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

Neunter Theil : Welcher das zwölfte, dreyzehnte, vierzehnte, funfzehnte, sechszehnte Buch der Pandekten und den ersten Titel des siebzehnten Buchs enthält

Leipzig: bey Adam Friedrich Böhme, 1800

http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167

Band (Druck) Freier Zugang





Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0001
DFG

K. f. 653 (9)
K. f. 653 (9.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0002
DFG

Praktischer

Commentar

über

die Pandekten

nach dem Lehrbuch

des Herrn GRR. Hellfeld.

Neunter Theil,

welcher das zwölfte, dreyzehnte, vierzehnte, funfzehnte, sechszehnte Buch der Pandekten und den ersten Titel des siebzehnten Buchs enthält.

Leipzig,
bey Adam Friedrich Böhme.
1800.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0005
DFG

Ex Bibliotheca Academiae Rostochiensis

Vorrede.

Ich halte es für nöthig, über die fernere Bearbeitung meines praktischen Commentars folgende Erklärung bekannt zu machen, damit ich durch Stilleschweigen nicht zu unrichtigen Aeußerungen über meine Arbeit Gelegenheit gebe. —

Nachdem nunmehr bereits neun Bände meines Commentars abgedruckt worden sind, hat mich die Erfahrung, welche doch bey allen unsern Handlungen die sicherste Führerin bleibt, deutlich belehrt,

daß

daß ich meinen Plan, den ich anfangs über die Ausarbeitung meines praktischen Commentars über die Pandekten entworfen hatte, nicht ganz ausführen kann. Ich war Willens, nicht nur alle praktische Grundsätze, die in Justinians Gesetzbuche enthalten sind, in meinen praktischen Commentar zusammen zu tragen, sondern ich wollte auch die verschiedenen Erklärungen der schwersten Rechtswahrheiten, wie man sie in den besten Schriften vorgetragen findet, anführen, damit Richter und Advokaten nicht nöthig hätten, viele Bücher nachzulesen, wozu es ihnen oft an Zeit und Gelegenheit fehlt.

Daß ein solches Werk Bedürfniß ist, kann durch richtige Gründe nicht bestritten werden; aber blos die Erfahrung konnte mich davon belehren, daß dieses Werk zu einer weit größern Anzahl von Bänden anwachsen muß, als ich vermuthete; denn

ich

ich habe gefunden, daß ein abgedruckter Band lange nicht so viel von meinem Manuscript enthält, als ich darauf berechnet hatte. Da ich nun mein Versprechen, das ganze Werk, wo möglich, mit funfzehen Bänden zu beendigen, halten muß, weil es sonst zu theuer werden würde, so werde ich das peinliche Recht, welches ich nach Anleitung des sieben und acht und vierzigsten Buchs der Pandekten, zugleich in diesem praktischen Commentar ausführlich bearbeiten wollte, in einem eigenen Werke vortragen, und solches in vier Bänden, jeden zu zwey Alphabet gerechnet, unter dem Titel: praktischer Commentar über das peinliche Recht nach dem Lehrbuch des Herrn GR. Koch, herausgeben.

Auf diese Art wird der praktische Commentar über die Pandekten nicht zu stark, und wenn mir Gott Gesundheit schenkt, hoffe ich diese noch rückständigen

ständigen fünf bis sechs Bände in zwey Jahren zu liefern, auch im letzten Bande zugleich ein ausführliches Register herauszugeben. Wer die Sache richtig zu beurtheilen im Stande ist, wird es nicht leugnen, daß sich in diesen sechs Bänden die praktischen Materien des Processes, des Eherechts, des Vormundschaftsrechts, des Erbrechts, sehr brauchbar bearbeiten lassen.

Inhalt.

Inhalt.

Lib. XII. Tit. I.

de rebus creditis.

§. 776—780.

Wenn wird der Contract ein Realcontract genennt? S. 1. Welche Contracte nennten die Römer Formular-Contracte? 1. Die Realcontracte entstehen sämmtlich aus pactis nudis, 2. Bey den Römern konnte man aus den pactis nudis, woraus ein Realcontract entstand, so bald der Vertrag erfüllt worden war, nicht klagen, 2. Was ist die Ursache, warum gewisse Contracte, Realcontracte genennt worden sind? 2. Die Realcontracte sind entweder benamte oder unbenamte Contracte, 2. Die vier benamten Realcontracte entstehen alle aus Verträgen, nach denen nur der eine Paciscent etwas von dem Seinigen hergiebt, 3. Die unbenamten Realcontracte entstehen aus solchen Verträgen, nach denen beyde Theile einander Etwas von dem Ihrigen überlassen, 3. Was versteht man unter einem Darlehn? 3. Nur fungibile Sachen können der Gegenstand des Darlehns seyn, 3. Bey fungibilen Sachen findet kein pretium affectionis statt, 3. In den mehresten Fällen wird nur Geld dem Andern Darlehnsweise überlassen, 3. Wie muß die Uebergabe bey der Eingehung eines Darlehns beschaffen seyn? 4. Wenn sagt man, die Uebergabe sey bey dem Darlehnscontracte breui manu geschehen? 4. Durch den geschlossenen Darlehnscontract

wird der Schuldner Eigenthümer der als Darlehn erhaltenen Sache, 4. Wie ist der Satz zu verstehen: Durch die geschehene Uebergabe bey dem Darlehnscontracte wird eine Alienation vorgenommen? 5. Wie wird der dem Darlehnscontracte angehängte Vertrag, daß der Schuldner weniger zurück geben soll, als er bekommen hat, erklärt? 5. Kann man dem Gläubiger versprechen, mehr zurück geben zu wollen, als man erhalten hat? 5. Die Römer machten einen Unterschied zwischen einem verzinslichen und einem unentgeltlichen Darlehn, 6. Wie wurde das zinsbare Darlehn bey den Römern geschlossen? 6. Man hielt das Darlehn bey den Römern seiner Natur nach für unverzinslich, 6. Heutzutage sind die Darlehne mehr für zinsbar als für unentgeltlich zu halten, 6. Wenn tritt die Vermuthung eines unentgeltlichen Darlehns ein? 6. Wie sind die Worte Darlehn, Anlehn und Vorschuß unterschieden? 7. Was bewirkt das Versprechen, dem Andern eine Summe gegen festgesetzte Bedingungen vorschießen zu wollen, heutzutage für eine Verbindlichkeit? 7. Es giebt verschiedene Geschäfte, die einem Darlehne ähnlich sind, 7. Kann der Darleiher verlangen, daß ihm das Darlehn in eben der Münzsorte wieder bezahlt werde, worin er solches bezahlt hat? 7. Kann der Schuldner angehalten werden in der zur Zeit der Wiederbezahlung gangbaren Münze zu bezahlen, wenn sie auch jetzt von besserem innerlichen Gehalte seyn sollte, als sie zur Zeit des Anlehns war? 8. Wenn ohne Bestimmung der gegebenen Münzsorten nur überhaupt eine gewisse Summe in der Schuldverschreibung ausgedrückt worden ist, so kann der Schuldner in der zur Zeit der Wiederbezahlung gangbaren Münzsorte, jedoch in dem Münzfusse, welcher zur Zeit des Anlehns eingeführt war, wieder bezahlen, 9. Derjenige, welcher behauptet, daß das Anlehn in einem andern Münzfuße bezahlt worden, als der gegenwärtige ist, wo die Wiederbezahlung geschieht, muß dieses beweisen, 9. Der Darleiher ist niemals schuldig, die Bezahlung in einer Münzsorte anzunehmen, die zur Zeit der Wiederbezahlung bereits verrufen ist, 10.

§. 781.

§. 781. 782.

Die Worte creditor und debitor werden im weitläuftigen Verstande von allen persönlichen Verbindlichkeiten gebraucht, S. 10. Wer kann ein Darlehn geben? 10. Was ist Rechtens, wenn der Pupill, der Minderjährige, der Verschwender ohne Bewilligung des Vormundes und Curators etwas verlehnt haben? 11. Wenn sagt man, die gelehnte Sache sey bona fide consumirt worden? 11. In diesem Falle hat die actio de bene depensis statt, 11. Was für eine Klage muß gebraucht werden, wenn der Schuldner die gelehnte Sache mala fide besessen hat? 11. Der Vormund muß bey Ausleihung der Pupillengelder sorgfältig zu Werke gehen, 11. Die Verwalter öffentlicher Gelder dürfen solche nicht ohne Befehl der Obern zinsbar ausleihen. 12. Ein Jude soll nicht anders als vor der Obrigkeit über Geldvorschüsse Urkunden ausfertigen lassen, 12. Nur derjenige kann gültiger Weise ein Darlehn aufnehmen, der sich andern Personen auf eine gültige Weise verbindlich zu machen im Stande ist, 13. Unter welchen Umständen muß ein Unmündiger, der noch nicht sieben Jahr alt ist, Geld borgen? 13. Wie muß das Darlehn geschlossen werden, wenn ein Minderjähriger, der über sieben Jahr alt ist, durch den Darlehnscontract verbindlich gemacht werden soll? 13. Es muß in der Schuldverschreibung nicht allein der Endzweck des Anlehns angeführt, sondern auch die wirklich geschehene nutzbare Verwendung in einem besondern Scheine beurkundet werden, 14. Das ganze Darlehn muß unter gerichtlichem Ansehen geschlossen werden, 14. Was für Vorsichten muß ein Darleiher beobachten, wenn er dem Curator eines Wahnsinnigen, eines Verschwenders, eines Abwesenden, einer Concursmasse, einer liegenden Erbschaft Geld leihen will? 15. Wie wird es gehalten, wenn ein Gesellschafter im Namen der Gesellschaft, oder ein Handelsvorsteher im Namen der Handlung Geld borgen will? 16. Wenn der Entlehner von allen Gesellschaftern Vollmacht zur Aufnahme des Anlehns gehabt hat, so wird die Gesellschaft

zur Wiederbezahlung verbindlich gemacht, 17. Unter welchen Umständen kann die Gesellschaft wegen der in ihren Nutzen geschehenen Verwendung wirksam belangt werden? 18. Kann ein Gesellschafter auch vermöge einer stillschweigenden Vollmacht Geld für die Gesellschaft borgen? 19. Wie kann man dem Handlungsfactor mit Sicherheit Geld lehnen? 20. Unter welchen Umständen ist ein Bevollmächtigter befugt, für den Herrn des Geschäfts Geld borgen zu können? 20. Was hat der Darleiher zu beobachten, wenn er an ganze corpora und Collegien Geld verborgen will? 21. Wenn sind blos die Aussteller einer Obligation verbindlich, welche Geld für eine Gemeine geborgt haben? 23. Die Verzicht derjenigen, welche die Schuldverschreibung Namens der Gemeine ausgestellt haben, auf die Einrede der nicht geschehenen Verwendung, ist ohne alle rechtliche Wirkung, 24. Wenn eine Gemeine wirklich nach dem Inhalt der Schuldverschreibung verbunden ist, so muß die Wiederbezahlung des Darlehns vom Gemeinevermögen geschehen, 25. Wie kann man an deutsche Reichskreise mit Sicherheit Geld verlehnen? 26. Von Geldanleihen an die deutschen Grafen- und Prälatencollegien, oder ritterschaftliche Kantone, 27. Von Geldanleihen unmittelbarer freyer Reichsstädte, 28. Was wird dazu erfordert, wenn einzelne in den Reichsstädten befindliche Collegien, Gelder Darlehnsweise aufnehmen wollen? 32. Von Geldanleihen mittelbarer Landstädte und Dörfer, 33. Borgt eine Kirche Geld, so kommt alles darauf an, wer dieses im Namen der Kirche zu thun berechtigt ist, 37. Von Geldanleihen der Kapitel, 38. Von Geldanleihen der Hospitäler, 42. Von Geldanleihen der Universitäten und Schulen, 42. Wie können Handwerksinnungen Geld borgen? 43. Um die Verwendung des verborgten Geldes hat sich der Regel nach der Gläubiger nicht zu bekümmern, 45. Wenn wird die Verwendung des Geldes mit Nutzen in der Schuldverschreibung angeführt? 47. Wie kann man sein Geld am sichersten ausleihen? 48.

§. 783.

§. 783.

Wie wird es gehalten, wenn vor der Wiederbezahlung eines Darlehns eine Münzveränderung vorgegangen ist? S. 51. Was versteht man unter der Münze? 51. Wie ist Schroot und Korn bey der Münze unterschieden? 52. In Deutschland ist der Münzfuß mehr als einmal verändert worden, 52. Der alte Reichsmünzfuß wurde durch den Zinnischen Fuß abgeschafft, 53. Vom Leipziger Münzfuße, 53. Vom Preußischen Münzfuße, 53. Vom Conventionsmünzfuße, 53. Wie wird der Werth der Münze berechnet, wenn Kapitale wieder bezahlt werden sollen, die in verschiedenen Münzfüßen bestanden haben? 54. Bey Entscheidung der Frage: in welchem Münzfuß das Darlehn wieder bezahlt werden muß, wenn sich nach der Zeit des entstandenen Darlehns Münzveränderungen zugetragen haben, müssen mehrere Fälle unterschieden werden, 54. Ist ausbedungen worden, daß eine gewisse gelehnte Geldsorte nach ihrer Zahl zurück gegeben werden soll, so bleibt es bey dem Vertrage, 55. Wenn etwas über den Münzfuß ausgemacht worden ist, so bleibt es dabey, 55. Wenn muß der Entlehner so viel zurück geben, als er durch das Darlehn dem innern Werthe nach erhalten hat? 55. So wie die Münze schlechter wird, steigen die Preise der Waaren, und wenn die Münze besser wird, fallen die Preise, 55. Ereignet sich eine blos Partikulärmünzveränderung, so wird auf die Zeit der Wiederbezahlung gesehen, 56. Partikulärmünzveränderungen verursachen keine Aenderungen in dem Preise der Dinge, sondern nur das Verhältniß einer Münzsorte gegen die übrigen, des Goldes gegen das Silber hat sich geändert, 56. Ist eine Münzsorte, worin das Darlehn vorgeschossen worden ist, zur Zeit der Wiederbezahlung gänzlich verboten, so muß der Schuldner in einer andern Münzsorte eben so viel wieder bezahlen, als sie nach der innern Güte der geliehenen gleich ist, 57. Wie wird es gehalten, wenn der äußere Werth der Münze herunter gesetzt worden, obgleich der innere geblieben ist? 57. Wie wird es

gehalten, wenn die Münze nach der Zeit der Auszahlung des Darlehns erhöht worden ist? 57. Wie muß die Wiederbezahlung eines Darlehns geschehen, wenn die bezahlte Münzgattung in der Schuldverschreibung angegeben worden ist? 59.

§. 784.

Wie kann die Zeit der Wiederbezahlung des Darlehns in der Schuldverschreibung bestimmt werden? S. 61. Wie wird es gehalten, wenn die Zeit der Wiederbezahlung des Darlehns ganz dem Belieben des Schuldners überlassen worden ist? 61. und 63. Das richterliche Ermessen muß alsdenn, wenn es des Gläubigers Absicht gewesen, den Schuldner zu schonen, eintreten, und er kann oft eine terminliche Wiederbezahlung anordnen, 62. Unvorsichtig ist es, den Zahlungstermin ganz unberührt zu lassen, 62. Wenn hat der Schuldner das Recht, seine Schuld zu jeder Zeit, wenn es ihm beliebt, abzutragen? 62. Was ist Rechtens, wenn der Schuldner die Wiederbezahlung nach Gelegenheit, so wie es seine Umstände zulassen, versprochen hat? 63. Was für Abreden können in Ansehung des Ortes der Wiederbezahlung genommen werden? 64. Der Schuldner ist der Regel nach verpflichtet, dem Gläubiger das Darlehn an seinem Wohnorte anzubieten, 64. Wenn kann der Schuldner aller Orten auf die Wiederbezahlung belangt werden? 65. Wenn gleich der Darlehnscontract nicht seinem Wesen nach eine schriftliche Urkunde erfordert, so ist es doch gewöhnlich, eine schriftliche Versicherung darüber auszustellen, 65. und 67. Worauf kommt es bey Abfassung einer förmlichen Schuldverschreibung an? 65. Nicht leicht muß der Gläubiger die Ehefrau aus der Obligation lassen, sondern sie als Mitschuldnerin oder Bürgin sich gehörig verbindlich machen lassen, 66. Wenn ist ein ganz einfacher Schuldschein hinlänglich? 67. Wenn fehlt es der Schuldverschreibung an der causa debendi? 68. Bey förmlichen Schuldverschreibungen über ein erhaltenes Darlehn hat man darauf zu sehen, den Darleiher theils wider jeden Widerspruch und alle Einwendun-

wendungen des Schuldners, theils wider desselben Unzahlfähigkeit sicher zu stellen, theils aber auch, um die Zinsen und andere Vortheile zu erhalten, 69. Wenn ist es für den Gläubiger vortheilhaft, sich versprechen zu lassen, daß ihm das gelehnte Geld in einer unzertrennten Summe zurück bezahlt werden müsse? 70. Bey den Römern war selbst ein dem Darlehnscontract angehängter bloßer Vertrag, wodurch Zinsen versprochen wurden, nicht hinreichend, den Schuldner zur Bezahlung der Zinsen verbindlich zu machen, 70. Warum muß der Punct von der Zinsenbezahlung in der Urkunde über das erhaltene Darlehn deutlich bestimmt werden? 71. Was über die gesetzliche Summe an Zinsen bezahlt worden, kann als eine Nichtschuld zurück gefordert werden, 72. Es darf nicht leicht auf den Fall der nicht zu rechter Zeit geschehenen Wiederbezahlung des Darlehns eine Geldstrafe ausbedungen werden, 72. Hüten muß sich der Gläubiger, daß er nicht etwa die schon verfallnen Zinsen zu Kapital schlägt, 73. Auch wegen des Interesse und der Kosten pflegt man in den Schuldverschreibungen über ein Darlehn zuweilen besondere Vorsichten zu beobachten, 73. In den Schuldverschreibungen über ein Darlehn kommen oft eine Menge Clauseln und Cautelen vor, davon einige als nützlich, andere aber als überflüßig oder unnütz zu betrachten sind, 75. In welchen Fällen ist es nützlich, die Verwendung des geborgten Geldes in der Schuldverschreibung anzuführen? 75. Es kommen in den Schuldverschreibungen eine große Menge Verzichtsklauseln vor, 76. Der Schuldner hat das Recht, wenn Jemand an seinen Gläubiger eine liquide Forderung hat, den Gläubiger seines Gläubigers zu bezahlen, 77. Geht es an auf die ipso iure eintretende Compensation in der Schuldverschreibung Verzicht zu leisten? 78. Von der Verzicht auf die Rechtswohlthat der Competenz und der Abtretung des ganzen Vermögens an die Schuldner, 78. Kann auf das Recht ein Moratorium zu suchen Verzicht geleistet werden? 79. Was wird im Schluß einer Schuldverschreibung über ein Darlehn angeführt? 80. Wie muß die Schuldverschreibung vom

Schuldner unterschrieben werden? 80. Muß eine Schuldverschreibung, die von einer Privatperson ausgestellt wird, unterschrieben werden? 81. Eine Schuldverschreibung muß reinlich, ohne Durchstreichungen, Auskratzungen, Einschaltungen und dergleichen geschrieben werden, 81. Die Summe des Darlehns muß mit Buchstaben geschrieben und eine eigene Zeile dazu genommen werden, 82. Der Darleiher thut immer besser, wenn er die Schuldverschreibung nicht selbst schreibt, und solche nur von dem Schuldner unterschrieben wird, weil ihm die Einrede des Betrugs entgegen gesetzt werden könnte, 82. Erfordern die Landesgesetze eigene Stücke zur Gültigkeit einer ausgestellten Schuldverschreibung über ein Darlehn, so muß der Darleiher auf die Gesetze des Orts, wo er contrahirt, sehr aufmerksam seyn, 82. In den Schuldverschreibungen kommen verschiedene Versicherungen vor, wodurch der Darleiher sowohl wegen Bezahlung der Hauptschuld als der Zinsen Sicherheit zu erhalten sucht, 83. Worin bestehen die Hauptvortheile eines zur Sicherheit des Darlehns rechtsgültig bestellten Unterpfandes? 84. Warum ist es nicht rathsam, sich bewegliche Sachen ohne die Uebergabe verpfänden zu lassen? 84. Wie ist ein Pfandschein und eine Schuldverschreibung über das Darlehn unterschieden? 85. Wie wird der Darlehnscontract wieder aufgehoben? 86.

§. 785.

Aus dem Darlehnscontract entspringt nicht nur die condictio certi ex mutuo, sondern es können auch andere Klagen deswegen gebraucht werden, S. 86. Was muß als der Grund der condictionis certi ex mutuo betrachtet werden? 87. Von der Person des Klägers und des Beklagten, 87. Worauf kann die Bitte gerichtet werden? 88. Was für Einreden können der Klage aus dem Darlehnscontract entgegen gesetzt werden? 88. Von der Einrede, das Geld sey nicht in Beklagtens Nutzen verwendet worden, 88. Man kann die Einrede vorschützen, es sey Beklagtem für jetzt die Be-

Bezahlung des Darlehns unmöglich, 89. Warum wurde die condictio certi ex mutuo bey den Römern actio Calendarii genennt? 89. Von der exceptione cursus vsurarum vltra alterum tantum, 90. Von der Einrede des Zinswuchers, 90. Minderjährige können die Einrede der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand brauchen, 91.

§. 786.

Worin war bey den Römern Syngrapha und Chirographum unterschieden? S. 91. Die Wirkungen eines Dokuments sind verschieden; einige dienen zum Beweise, andere bewirken eine Verbindlichkeit, 92. Der Regel nach nützt ein Dokument nur zur Beweisführung, und es bewirkt keine Verbindlichkeit, wenn es auch noch so alt seyn sollte, 92. Was nennten die Römer litterarum obligatio? 92. Was hieß bey den Römern contractus nominum? 93. Wie die Literalcontracte in den Zeiten vor Justinian eingerichtet gewesen, läßt sich nicht bestimmen, 94. Was waren die tabulae accepti et expensi bey den Römern? 94. Wie war numeratio pecuniae de mensa argentarii und numeratio de mensa et cista unterschieden? 95. Wodurch wurde die Gewohnheit Geld gegen eine Obligation des Entlehners zu verleihen eingeführt? 96. Der Darleiher mußte anfangs die wirkliche Auszahlung als den Grund der Klage beweisen, 96. Es wurde eine Zeit festgesetzt, wie lange die Einrede des nicht bezahlten Geldes sollte vorgeschützt werden können, 96. Bis auf den Justinian hatten die Schuldscheine noch nicht die Kraft, daß man sie als eine eigene Art von Contract betrachtete, 96.

§. 787. 788.

Werde ich aus einem Schuldscheine über ein Darlehn belangt, ehe er zwey Jahr alt ist, so kann der Kläger diesen Schein gar nicht als Beweismittel des Darlehns brauchen,

S. 97. Was versteht man unter der Einrede des nicht bezahlten Geldes? 97. Ist die Schuldverschreibung über ein Darlehn zwey Jahr alt, so entsteht eine Verbindlichkeit daraus, 98. Was ist Rechtens, wenn der Beklagte gesteht, er habe auf die noch nicht zwey Jahr alte Obligation zwar Etwas bekommen, aber doch nicht die ganze Summe, welche darin genannt ist? 98. Wenn muß der Kläger in diesem Falle beweisen, daß er die ganze Summe bezahlt habe? 99. Wenn hat der Beklagte nicht die Einrede des nicht bezahlten Geldes vorgeschützt, sondern des begangenen Zinswuchers? 99. Wie ist die exceptio non numeratae pecuniae und die exceptio vsurariae prauitatis unterschieden? 99. Die Regel: wenn Jemand aus einer Handschrift belangt worden, die noch nicht zwey Jahr alt ist, so kann er sich gegen die angestellte Klage durch die Einrede des nicht empfangenen Geldes schützen, hat verschiedene Ausnahmen, 100. Wie muß das Geständniß der wirklich geschehenen Auszahlung des Darlehns von Seiten des Schuldners beschaffen seyn? 100. Hat der Aussteller der Schuldverschreibung über ein Darlehn ausdrücklich vor Zeugen und auch stillschweigend eingestanden, daß er das Geld bezahlt erhalten habe, so kann er die Einrede des nicht bezahlten Geldes nicht mehr vorschützen, 101. Wie muß man eine Handschrift zurück fordern, die man in der Hoffnung Geld zu bekommen, ausgestellt hat, und die Bezahlung geschieht doch nicht? 102. Die Einrede des nicht bezahlten Geldes kann nur bey dem Darlehn und der Bestellung des Brautschatzes, aber bey keinem andern Contract gebraucht werden, 102. Auch auf die Quittungen kann man die Grundsätze von der Einrede des nicht bezahlten Geldes nicht anwenden? 103. Einige Rechtslehrer haben zu behaupten gesucht, man könne der über ein Darlehn ausgestellten Handschrift zwar die Einrede des nicht bezahlten Geldes entgegen setzen, allein man müsse die nicht geschehene Auszahlung allemal beweisen, wenn gleich die Obligation noch nicht zwey Jahr alt sey, 105. Es giebt Rechtslehrer, welche behaupten, nicht bloß bey dem Darlehne und dem Brautschatze, sondern

sondern bey jedem andern Contracte, wo Jemand durch den Empfang der Sache zur Restitution verpflichtet ist, könne gegen den Empfangschein die exceptio non numeratae pecuniae gebraucht werden, 105. Viele Rechtslehrer sind der Meinung, daß man einer Handschrift auch nach zwey Jahren die Einrede des nicht bezahlten Geldes entgegen setzen könne, wenn man sie nur beweisen wolle, 106. Wie ist die exceptio non numeratae pecuniae priuilegiata und non priuilegiata unterschieden? 107. Kann man sich bey dem Beweise der Einrede des nicht bezahlten Geldes der Eydesdelation bedienen? 107. Wenn kann einer Handschrift, die über zwey Jahr alt ist, wenigstens die Einrede des Betrugs entgegen gesetzt werden? 107. Aus dem Litteralcontract entspringt die condictio ex chirographo, 108. Wenn kann der Klage aus dem Schuldscheine über ein Darlehn die Einrede des Macedonianischen Rathsschlusses entgegen gesetzt werden? 108. Von der Einrede, die Handschrift sey ein instrumentum indiscretum, 109. Wenn kann die Einrede vorgeschützt werden: die Schuldursache sey zu allgemein angegeben worden? 109. Der Beklagte kann sich zur eydlichen Diffession der Urkunde anbiethen, 110. Wenn der Aussteller einer Schuldverschreibung das Geld wieder bezahlt hat, wovon in der Obligation die Rede ist, und er bekommt seine Obligation nicht zurück, so kann er sie condictione sine causa zurück fordern, 111. Wie muß sich der Aussteller der Schuldverschreibung, wenn er solche nach geleisteter Wiederbezahlung unter dem Vorgeben, sie sey verlohren gegangen, nicht wieder bekommen kann, dagegen sicher stellen, daß ihm die Bezahlung nicht noch einmal abgefordert wird? 111. Wenn muß sich der Aussteller einer Obligation, der das Geld nicht ausgezahlt bekommen hat, welches er nach der Obligation bekommen sollte, durch eine Protestation sicher zu stellen suchen? 112. Wenn kann die condictio causa data, causa non secuta angestellt werden? 112. Wenn hat die Prouocatio ex Lege diffamari oder ex Lege si contendat statt, im Fall das Geld auf die Schuldverschreibung nicht bezahlt worden ist? 112. Auch die actio pigneratitia

ratitia kann bey dergleichen Fällen angestellt werden? 113. Es kann auch die Reivindication gebraucht werden, 113. Von der querela non numeratae pecuniae, welche auch condictio cautionis, seu chirographi, desgleichen condictio obligationis genennt wird, 113. Die Querel findet nicht nur beym Literalcontracte, sondern auch bey andern Contracten statt, 113. Hat der Schuldner seinem Gläubiger die Quittung durch List abgelockt, so hat die actio de dolo, oder actio in factum wider ihn statt, 113. Ist ein Irrthum dabey vorgegangen, so kann condictio indebiti gebraucht werden, 114. Wer kann die querelam non numeratae pecuniae anstellen? 114. Jeder, der dabey interessirt ist, das heißt, dem die Vorenthaltung der Handschrift zum Nachtheil gereicht, kann die Querel anstellen, 114. Auch den mandatoribus steht die Querel zu, 114. Von der Person des Beklagten, 114. Das Gesuch kann alternativisch eingerichtet werden, wenn dem Aussteller der Handschrift noch etwas daran gelegen ist, daß ihm das Geld wirklich bezahlt werde, 115. Was für Einreden können gegen die angestellte Querel wegen nicht geschehener Auszahlung des versprochenen Geldes vorgeschützt werden? 115. Von der Einrede der Verjährung, 116. Von unzuläßigen Einreden, 116.

Lib. XII. Tit. II.

de iureiurando, siue voluntario, siue necessario, siue iudiciali.

§. 789. 790.

Allgemeine Bemerkungen über die Natur des Eydes, S. 117. Der Eyd besteht in der Anrufung Gottes zum Zeugen der Wahrheit und zum Rächer der Unwahrheit, 118. Welche Formel des Eydes kann man für wesentlich halten? 118. Vor den Zeiten der Reformation war in Deutschland überall die Formel gebräuchlich: als mir Gott helfe und alle Heiligen, 119. Selbst in katholischen Gerichten dürfen Protestanten nicht

nicht genöthigt werden, auf die Heiligen zu schwören, 119. Wenn muß eine jede Formel, die das Wesentliche eines Eydes enthält, und wornach ein Eyd abgelegt worden, für hinreichend gehalten werden? 119. Ist die Formel: bey dem Worte der ewigen Wahrheit, bey eydlichen Entsagungen für hinreichend zu halten? 120. Wenn die Anrufung des göttlichen Namens bereits im Anfange vorkommt, so ist es ein Pleonasmus, wenn solche beym Schlusse wiederholt wird, 120. Eine reseruatio mentalis findet nicht leicht bey den Formalien, bey dem Eingange, am Schlusse des Eydes, wohl aber bey den Materialien und dem Inhalte statt, 120. Warum ist die gewöhnliche Eydesformel: ich schwöre zu Gott dem Allmächtigen, der Sache nicht recht angemessen? 121. Auch der gewöhnliche Schluß, so wahr mir Gott helfe und sein heiliges Evangelium, ist undeutlich, 121. Im kanonischen Rechte werden dem Eyde drey Gefährten zugeschrieben, 121. Warum sind die reseruationes mentales für strafbar zu halten? 121. Es ist unrecht, wenn man weiß, der Gegner werde einen falschen Eyd schwören, und gleichwohl läßt man ihn schwören, 121. Wenn darf man den Schwörenden nicht für meineydig halten? 122. Wenn ist der Eyd unverbindlich? 122. Der Schwörende muß dasjenige, worüber er schwören soll, vollkommen verstehen, 122. Warum dürfen Personen unter vierzehn Jahren keinen Eyd ablegen? 123. Ein wahrhaftiger und nöthiger Eyd ist den Grundsätzen des Christenthums nicht zuwider, 123.

§. 791—797.

Der Eyd ist entweder ein iuramentum promissorium oder assertorium, S. 124. Das iuramentum assertorium ist entweder iuramentum veritatis, oder credulitatis und ignorantiae, 124. Begriff des iuramenti aestimatorii und non aestimatorii, 124. Vom iuramento in litem. Begriff des Minderungseydes, 125. Das iuramentum litis decisorium ist entweder principale

pale oder minus principale, 125. Es giebt verschiedene Arten dieser Eyde, 125. Vom iuramento litis deciſorio, neceſſario und voluntario, 126. Was wird ein feyerlicher Eyd genennt? 126.

§. 798. 799.

Vom Gebrauch des außergerichtlichen Eydes bey den Römern, S. 126. Wodurch unterscheidet sich dieser Eyd von dem gerichtlichen Eyde? 127. Was nennt man ein iuramentum litis deciſorium voluntarium iudiciale? 127. Ist es wesentlich nothwendig, daß der Richter bey der Zuerkennung der Beweisführung beyden Theilen die Eydesdelation ausdrücklich vorbehalten hat? 127. Ueber einen und eben denselben Umstand die Eydesdelation mit andern Beweismitteln zu verbinden, ist nicht einmal bedingungsweise erlaubt, 128. Warum ist die Beweisführung durch die Eydesdelation das unsicherste Beweismittel? 128. Wer hat das Recht dieses Beweismittel zu brauchen? 128. Nach einigen Landesgesetzen darf der Beweis durch die Eydesdelation nicht anders gebraucht werden, als bis der Beweisführer die Rechtmäßigkeit seiner Behauptung einigermaßen bescheinigt hat, 129. Was für Würkungen sind mit einem geleisteten Eyde verbunden? 129. Wer darf im Proceß dem Andern einen Eyd deferiren? 130. Ein Meineydiger wird nicht für unfähig gehalten, seinem Gegner den Eyd deferiren zu können, ob er gleich keinen Eyd schwören kann, 130. In welchem Jahre tritt die Eydesmündigkeit ein? 131. Wenn müssen Vormünder und Güterpfleger den ihnen zugeschobenen Eyd schwören? 132. Wie wird es gehalten, wenn der Eyd einer Corporation, Universität oder Gemeine deferiret worden ist? 132. Wie wird in solchen Gemeinheiten ein Schluß abgefaßt, wenn von ihren Besitzungen und Verbindlichkeiten die Frage ist? 133. Wenn schwören drey der ältesten Mitglieder einer Corporation? 134. Wenn der Gegenstand so beschaffen ist, daß die meisten Stimmen, wegen des ungleichen Vortheils oder Schadens nichts

nichts entscheiden können, so ist der Eyd von den meisten Mitgliedern zu leisten, 134. Wenn schwören die Gemeindevorsteher oder Verwalter den Eyd? 134. Unter mehrern Streitgenossen, die keine Gemeine ausmachen, wählt der Beweisführer denjenigen oder diejenigen, welche schwören sollen, 135. Der Cessionar kann dem Schuldner über die Legitimation zur Sache keinen Eyd deferiren, 135. und 138. Wenn kann der Contradictor im Concursproceß den Eyd deferiren, und wenn ist er schuldig, den ihm deferirten Eyd zu schwören? 135. Wenn kann der Gemeinschuldner einen Eyd ablegen? 136. Kann man angehalten werden, über fremde Sachen einen Eyd zu schwören? 136. In Fällen, wo die Handlung, worüber geschworen werden soll, zur Entscheidung des Rechtsstreits nichts beyträgt, kann keine Eydesablegung verlangt werden, 137. Wenn darf dem Gegner über den nämlichen Umstand kein Eyd deferirt werden? 137. Kann der Eyd einem Dritten deferirt werden, der nicht als streitender Theil zu einer Sache gehört? 138. Ueber die Meynung und Absicht, welche ein Dritter bey einem Verbrechen oder Vertrage gehabt hat, kann kein Eyd deferirt werden, 138. Ein Schuldner kann den Eyd nicht deferiren, wenn die böse Absicht zu vermuthen ist, daß er seine Gläubiger dadurch verkürzen wolle, 138. Vom Eyde bey der Injurienklage, 139. Wenn darf in Ehesachen der Eyd deferirt werden? 139. Vom Gebrauch des Eydes in peinlichen Sachen, 140.

§. 800—802.

Was versteht man unter der Antretung der Beweisführung durch die Eydesdelation? S. 140. Sie kann nach dem gemeinen Rechte in allen Theilen des Processes geschehen, 140. Bey der Antragung auf die Eydesablegung muß, wenn es zweifelhaft seyn sollte, gezeigt werden, daß die Eydesdelation statt finde, und die Puncte, welche beschworen werden sollen, müssen genau angezeigt werden, 141. Warum ist es der Vorsicht gemäß bey der Eydeszuschiebung allgemeine Ausdrücke

zu

zu brauchen? 141. Wie sollte die Formel abgefaßt werden, wenn ein Eyd nach der Wahrheit geschworen werden soll? 141. Wie lange hat die Antretung des Beweises durch den Eyd nach dem gemeinen Rechte statt? 142. Was für Veränderungen können mit der Beweisführung durch die Eydesdelation vorgenommen werden? 143. Worin besteht die Pflicht des Richters, wenn die Beweisführung durch den Eyd angetreten worden? 143. Was für Mängel in der Eydeszuschiebung muß der Richter verbessern? 143. Wie ist der Ausdruck in dem richterlichen Dekret auf die geschehene Eydeszuschiebung, daß sie der Gegner darauf erklären solle, zu verstehen? 144. Bey einigen Gerichten wird die Eydesformel dem Bescheide einverleibt, bey andern aber demselben besonders beygelegt, 144. Von Fehlern der Eydesformeln, 145. Worin besteht die Fortsetzung der Beweisführung durch den Eyd? 145. Ueber die Anfechtung der Eydesdelation wird ein eigenes Verfahren angestellt, 146. Der Regel nach hat ein jeder, dem ein Eyd zugeschoben worden ist, die freye Wahl, den Eyd anzunehmen, oder zurück zu schieben, oder die Gewissensvertretung zu ergreifen, 147. Wo die Beweissätze in Artikeln vorgetragen wird, ist die Erklärung auf den Eyd fast eben so beschaffen, wie eine Kriegsbefestigung, 147. Wenn kann ein Beweisartikel, worüber der Eyd zugeschoben worden, zergliedert werden? 147. Kann man den Eyd auch bedingungsweise annehmen? 148. Wenn die Erklärung auf den Eyd undeutlich abgefaßt ist, so kann sie erläutert werden, 148. Was für Gesuche können zugleich mit der Erklärung auf den Eyd vorgebracht werden? 148. Ueber die Würkungen der geschehenen Annahme eines deferirten Eydes sind die Rechtslehrer verschiedener Meinung, 148. Eine Veränderung derjenigen Puncte, worüber geschworen werden soll, ist dem Beweisführer nach geschehener Annahme des deferirten Eydes nicht mehr erlaubt, 149. Wer den Eyd angenommen hat, muß ihn nunmehr schwören, und kann schon nicht mehr referiren, 149.

§. 803.

§. 803. 804.

Die Relation des deferirten Eydes ist als ein Zeichen der Gewissenhaftigkeit zu betrachten, S. 150. Wenn hat keine Zurückgebung des deferirten Eydes statt? 151. Was ist Rechtens, wenn Jemand den ihm deferirten Eyd in einem solchen Falle referirt hat, wo es nicht geschehen darf? 151. Wie muß die Zurückschiebung des Eydes geschehen? 152. Wenn dem Deferenten der Eyd referirt worden ist, so muß er ihn wirklich abschwören, und kann sich nicht zur Gewissensvertretung anbieten, 152. In was für einer Schrift geschieht die Zurückschiebung des Eydes? 153. Worin bestehen die Wirkungen der geschehenen Zurückgebung des deferirten Eydes? 153. Die Gewissensvertretung ist durch den Gerichtsgebrauch eingeführt worden, 154. Ob sie auch bey dem gesetzlichen Eyde erlaubt sey, darüber streiten die Rechtslehrer, 154. Es wird bey der Gewissensvertretung eben so gehalten, als wenn ein ordentlicher Beweis geführt werden soll, 155. Wie ist die Gewissensvertretung einzurichten, wenn dem Beklagten über den Grund der Klage der Eyd deferirt worden ist? 155. Hat der Beklagte dem Kläger über den Grund einer vorgeschützten Einrede den Eyd deferirt, und dieser will nun sein Gewissen mit Beweis vertreten, so darf nichts weiter in die Artikel gebracht werden, als was auf die vorgeschützte Einrede Beziehung hat, 155. Gegenbeweis findet gegen die Gewissensvertretung nicht statt, 156. Zu welcher Zeit muß die Gewissensvertretung angefangen werden? 156. Kann der Gewissensvertreter noch zum Eyde zugelassen werden, wenn er gleich diesen Beweis desert werden lassen? 157.

§. 805—810.

Die eingereichte Erklärung auf die geschehene Eydesdelation muß dem Gegentheile mitgetheilt werden, S. 157. Von der Anberaumung des Schwörungstermins, 158. Von der Mittheilung der Eydesnotel, 158. Wie ist die Betheurungs-

theurungsformel abzufassen? 158. Von der Betheurungsformel in einem Judeneyde, 158. Von der Betheurungsformel in dem Eyde der Christen, 159. Wie ist der Schwörungssatz in der Eydesformel abzufassen? 159. Was für Handlungen kommen im Schwörungstermine vor? 160. Wenn muß die Eydesformel ausführlich erklärt werden? 161. Bey der Erklärung der Eydesformel kann solche noch verbessert oder verändert werden, 161. Von der Warnung vor dem Meineyde, 161. Was nennt man die Eydesaudienzen? 162. An manchen Orten müssen diejenigen, die einen Eyd schwören sollen, sich vorher von ihrem Beichtvater vor der Strafe des Meineydes verwarnen, und sich einen Schein darüber geben lassen, 162. Der Eyd muß ordentlicher Weise an Gerichtsstelle geschworen werden, 163. Wenn kann wegen der Ablegung des Eydes ein Ersuchungsschreiben erlassen werden? 163. Der Eyd muß in eigner Person geschworen werden, 164. Warum sollen alle gerichtliche Haupteyde der Regel nach von den Partheyen selbst geschworen werden? 164. In welchen Fällen darf die Eydesleistung durch einen Bevollmächtigten geschehen? 164. Wie wird das Formular des Eydes, welcher in die Seele des Andern geleistet werden soll, abgefaßt? 165. Welche Personen schwören den Eyd, der von einer Stadt, einer Gemeine, einer Innung geleistet werden soll? 165. Wenn die fürstliche Kammer den Eyd leisten soll, so thut es derjenige Beamte, der die beste Wissenschaft hat, 166. Ein Gutsbesitzer, ein Kaufmann, der alles durch seine Verwalter oder Buchhalter besorgen lassen, kann mit Recht verlangen, daß diese Personen für ihn schwören, weil er selbst von der Sache nichts weiß, 166. Von den Feyerlichkeiten, unter welchen die Eyde im Gericht geschworen werden, 167. Wie schwören Mannspersonen den Eyd? 167. Wie wird der Eyd von Frauenspersonen und Geistlichen geschworen? 167. Die Juden legen die Hand in die Bibel auf die Worte des zweyten Gebots, 167. Die Mennonisten schwören keinen förmlichen Eyd, 167. Ueber alles, was im Schwörungstermine vorgeht, wird ein Protokoll gehalten, 168. Erscheint ein Theil

be-

betrunken im Gericht zu Ablegung des Eydes, so wird solcher für verweigert gehalten, 168. Vor der Ablegung des Haupteydes muß der Eyd für Gefährde geleistet werden, 169. Was wird durch den allgemeinen Eyd für Gefährde beschworen? 169. Wenn kann dieser Eyd abgefordert werden? 169. Was für Personen brauchen keinen allgemeinen Eyd für Gefährde zu schwören? 170. Die Ablegung des allgemeinen Eydes für Gefährde entfernt zwar den Verdacht der Gefährde, hebt aber die verwegene Streitsucht nicht auf, und es kann daher derselben ungeachtet der Schwörende zur Erstattung der Proceßkosten verurtheilt werden, 170. Wie wird derjenige bestraft, der den allgemeinen Eyd für Gefährde nicht leisten will? 170. Was versteht man unter dem besondern Eyde für Gefährde? 171. In welchen Fällen muß dieser Eyd geschworen werden? 171. Wie wird die Verweigerung dieses Eydes bestraft? 172. Wenn der gerichtliche freywillige Eyd abgeschworen worden, so wird ein Dekret abgefaßt, welches der Beschaffenheit der Sache gemäß ist, 172. Einem Dritten hilft und schadet der abgelegte Eyd der Regel nach eben so wenig, als ein Urthel, das ihm nichts angeht, 172. Diese Regel hat verschiedene Ausnahmen, 173. Was für Wirkungen sind mit einem nachgelassenen Eyde verbunden? 173. Wie wird der Ungehorsam der Partheyen bestraft, die im Schwörungstermine nicht erschienen sind? 173.

§. 811. 812.

Von der Ablegung des Erfüllungseydes, S. 175. Der Reinigungseyd ist den Römern unbekannt gewesen, 175. Diese beyden Eyde können nicht zu den Beweisführungen im eigentlichen Sinne gerechnet werden, 175. Worin kommen beyde Eyde mit einander überein? 176. Wenn der Richter den Eyd zuerkannt hat, der Schwörende ist aber des Meineydes verdächtig, so kann der Beweisführer in gewissen Fällen einen andern Beweis führen, 176. Hat die Gewissensvertretung bey dem zuerkannten Erfüllungs- oder Reinigungs-

eyde statt? 176. Was für Würkungen sind mit dem abgeschwornen Erfüllungs- und Reinigungseyde verbunden? 177. Wenn ist auf den Erfüllungseyd zu erkennen, und wenn muß der Reinigungseyd geleistet werden? 177. Wenn sagt man, es sey ein Meineyd begangen worden? 180. Eine bloße Verletzung eingegangener Verbindlichkeiten ist kein Meineyd, wenn sie gleich in Absicht auf die zu leistende Schadensvergütung mit dem Meineyde gleiche Folgen hat, 180. Bey der Strafe eines Meineydes wird ferner vorausgesetzt, daß die eydlich bestätigten Verbindlichkeiten an und für sich gültig sind, 180. Selbst die Größe des Schadens wird bey Bestrafung des Meineydes in vielen Betracht gezogen, 181. Zur Zeit der freyen Republik in Rom hatte man keine Gesetze über die Strafe des Meineydes, 181. Wie wurde in Rücksicht auf den Schadensersatz unterschieden? 181. Ein falscher Zeuge wurde von dem Tarpejischen Felsen herunter gestürzt, 182. Nach den spätern Gesetzen wurden falsche Zeugen mit dem Exilio, der Relegation und der Ehrlosigkeit bestraft, 182. Von der Strafe des Meineydes unter den heidnischen Kaisern in Rom, 182. Unter den christlichen Kaisern bestrafte man den Meineyd, wenn keine andere in den Gesetzen benannte Verbrechen damit verbunden waren, mit der Infamie, 183. Von der Strafe des Meineydes nach dem kanonischen Rechte, 183. Strafe des Meineydes nach alten deutschen Gesetzen, 183. Nach der peinlichen Gerichtsordnung ist ein Unterschied zu machen, ob der Eyd im Gericht oder außergerichtlich abgeschworen worden ist, 184. Es wird die Distinction des römischen Rechts inter iuramentum delatum und neceſſarium nicht darin angeführt, 184. Worauf wird nach dem Gerichtsgebrauche bey Bestimmung der Strafe des Meineydes Rücksicht genommen? 185. Wie wird der in peinlichen Sachen begangene Meineyd nach dem Gerichtsgebrauche bestraft? 185. Die gewöhnliche Strafe des Meineydes, die in bürgerlichen Sachen statt findet, ist auch bey solchen Personen anzuwenden, welche im peinlichen Gericht einen Reinigungseyd abgelegt, und nachhin des Meineydes überführt werden, 185.

185. Von der Strafe des Meineydes, welcher in bürgerlichen Sachen begangen worden ist, 186. Eine solche Strafe kann auch in Ansehung derjenigen statt finden, die, um die Ehescheidung zu bewirken, wissentlich einen falschen Eyd wegen des Aufenthalts ihres abwesenden Ehegatten geschworen haben, 187. Wie wird der Meineyd in bürgerlichen Sachen bestraft, wenn der Eyd durch einen Bevollmächtigten geleistet worden ist? 188. Wie wird derjenige bestraft, der seinen Diensteyd gebrochen hat? 188. Wenn ist die Ehrlosigkeit mit der Strafe des Meineydes verbunden? 189. In Absicht der Beförderer und Theilnehmer gelten bey einem Meineyde, er mag gerichtlich oder außergerichtlich geschworen worden seyn, eben die Grundsätze, die von der Theilnahme an dem Verbrechen Anderer statt finden, 189. Vom Schadensersatze nach bewiesenem Meineyde, 189. Was für Milderungsgründe sind bey der Beurtheilung des Meineydes in Erwägung zu ziehen? 190.

Lib. XII. Tit. III.
de in litem iurando.

§. 813—819.

Was versteht man unter dem iuramento in litem? S. 193. Was wird bey der Bestimmung des Werthes einer Sache in Erwägung gezogen? 193. Sowohl der Kläger als der Beklagte kann die eydliche Angabe des Werthes einer Sache leisten, 193. Wie ist das iuramentum in litem veritatis, das iuramentum in litem affectionis, und das iuramentum singularis interesse unterschieden? 194. Was wird vorausgesetzt, wenn der Affectionseyd geleistet werden soll? 194. Warum kann dieser Eyd bey rebus fungibilibus nicht geleistet werden? 194. Besitzt der Gegentheil die Sache, die er mir herausgeben soll, er verweigert aber die Herausgabe, so muß sie ihm der Richter mit Gewalt abnehmen, und ich kann mich nicht zur Leistung des Affectionseydes anbieten, 194. Kann

der Affectionseyd in allen Fällen geschworen werden, wo der Gegentheil mir etwas nach einem mit ihm geschlossenen Contract leisten soll, er thut es aber aus Bosheit nicht? 195. Blos der dolus oder ein grobes Versehen des Beklagten begründet die Leistung des Affectionseydes, 195. Kann man auf die Ablegung des Affectionseydes Verzicht leisten? 195. Wenn wird auf die Ablegung des iuramenti in litem veritatis erkannt? 195. Wenn es ausgemacht ist, daß der Andere etwas herausgeben soll, er ist aber durch seine Bosheit oder ein grobes Versehen Schuld daran, daß die Sache weder in Natur herbey geschafft, noch ihr Werth genau angegeben werden kann, so ist es billig, daß der Kläger den Werth der Sache durch seinen Eyd bestimmt, 196. Was nennt man in infinitum schwören, und in immensum schwören? 196. Wenn Jemand den Werth der Sache ersetzt hat, wird er nun Eigenthümer derselben? 197. Hat Jemand dem Andern seine Sache mit Gewalt genommen, und die Sache ist nicht mehr da, oder ganz beschädigt, so kann der Kläger den Werth dieser Sache eydlich bestimmen, 197. Welcher Werth wird hierbey zum Maaßstabe genommen, da sich der Werth der Dinge oft ändert? 197. Was versteht man unter dem iuramento minorationis? 198.

Lib. XII. Tit. IV.

de condictione causa data, causa non secuta.

§. 820 — 824.

Welche Klagen nennten die Römer condictiones? S. 198. Was ist als der Grund der condictionis causa data, causa non secuta anzusehen? 199. Diese Condiction setzt voraus, daß Jemand dem Andern um eines zu erfüllenden Endzwecks willen etwas gegeben hat, 199. Dieser Endzweck muß ehrbar seyn, 199. Die Römer bedienten sich dieser Klage hauptsächlich bey contractibus innominatis,

natis, 200. Worin kann dasjenige bestehen, was der Andere zu Erfüllung des ehrbaren Endzwecks erhalten hat? 200. Von der Person des Klägers, 200. Wenn mußte actione praescriptis verbis auf die Erfüllung des unbenamten Contracts geklagt werden? 201. Von der Person des Beklagten, 201. Wider einen besondern Nachfolger darf die gegenwärtige Condiction nicht angestellt werden, 202. Worauf ist das Gesuch dieser Klage zu richten? 202. Was kann an Nutzungen der gegebenen Sache zurück gefordert werden? 202. Wie wird es mit der Bezahlung der Zinsen gehalten? 203. Was für Einreden können dieser Condiction entgegen gesetzt werden? 203. Wenn der Endzweck in etwas Unehrbaren bestanden hat, so darf das Gegebene nicht wieder zurückgefordert werden, 203. Wenn hat die gegenwärtige Klage wider den Beklagten nicht statt? 204. Wenn ist zu viel gefordert worden? 205.

Lib. XII. Tit. V.

de condictione ob turpem vel iniustam causam.

§. 825. 826.

Was nennt man einen schändlichen Endzweck? S. 206. Was versteht man unter einem unehrbaren Endzwecke? 206. Wer kann condictionem ob turpem vel iniustam causam anstellen? 207. Auch die Erben dürfen davon Gebrauch machen, 207. Von der Person des Beklagten, 207. Wie ist das Gesuch einzurichten? 208. Was für Einreden können dieser Condiction entgegen gesetzt werden? 208. Kann man auf die Anstellung der condictionis ob turpem causam Verzicht leisten? 208. Wenn darf das ob turpem causam Gegebene nicht zurück gefordert werden? 209. Gebe ich Jemandem etwas, um einen Dritten zu injuriren, so kann ich das Gegebene nicht zurück fordern, 210. Ist die Schande blos auf Seiten des Annehmers, so kann das Gegebene durch

die Condiction ob turpem causam zurück gefordert werden, 210. Hat die Obrigkeit Geld genommen, um ihre Gewalt zu mißbrauchen, so kann sie condictione ob turpem causam belangt werden, das Gegebene zu restituiren, 211. Die Parthey, welche hierdurch Schaden gelitten hat, wird zur Leistung des Zenonianischen Eydes admittirt, 211. Der Ausdruck causa iniusta wird in einem doppelten Verstande gebraucht, 211. Hat Jemand Geld auf einen Wechsel bezahlen müssen, da er doch keine Valuta bekommen hat, so stellt er condictionem ob causam iniustam an, 211. Auch wegen eines indebiti soluti kann diese Klage angestellt werden, 211.

Lib. XII. Tit. VI.

de condictione indebiti.

§. 827—835.

Was wird hier unter dem Wort „bezahlen“ verstanden? S. 212. Die Ursache, daß man etwas wieder zurück fordern kann, was man bezahlt hat, ohne daß man es schuldig war, besteht in der Verordnung der Gesetze, daß sich Niemand mit eines Andern Schaden bereichern soll, 213. Wenn ist condictio furtiua angestellt worden, und nicht condictio indebiti? 213. Die Bezahlung muß aus Irrthum geleistet werden, 213. Was ist Rechtens, wenn ich etwas wissentlich bezahlt habe, da ich es doch nicht schuldig war? 213. Der Irrthum, wodurch ich zu Bezahlung einer Nichtschuld verleitet worden bin, muß Entschuldigung verdienen, 213. Wie wird der Irrthum betrachtet, der aus Unwissenheit der Gesetze herrührt? 214. Kommt auf den Unterschied hierbey etwas an, ob Jemand durch die geschehene Bezahlung einer Nichtschuld wirklich Schaden gelitten hat, oder ob ihm blos ein Profit entgangen ist? 214. Was man als ein indebitum zurück fordern will, muß naturaliter indebitum seyn, 215.

Wenn

Wenn das indebitum naturaliter und ciuiliter tale ist, so kann ich es repetiren, 215. Wie muß bey der Zurückforderung unterschieden werden, wenn ein indebitum naturaliter, aber ciuiliter debitum bezahlt worden ist? 216. Was wird für ein Unterschied gemacht, wenn ein indebitum ciuiliter tale bezahlt worden, welches doch aber ein debitum naturaliter tale war? 216. Im römischen Rechte findet man einige Fälle, wo den Liebespflichten die Wirkung beygelegt worden ist, daß, wenn ich etwas in der Meynung bezahlt habe, ich sey vollkommen dazu verpflichtet, ich es nicht zurück fordern kann, 217. Warum kann eine Frauensperson dasjenige zurück fordern, was sie wegen geleisteter Bürgschaft bezahlt hat? 217. Verbieten die Gesetze eine Handlung, oder schreiben sie als durchaus nothwendig vor, so ist zwar das, was gegen das Gesetz unternommen wird, nichtig; schließt indessen Jemand ein Geschäfte gegen die Vorschrift der Gesetze, und zahlt oder giebt etwas zu dessen Erfüllung, so kann er es der Regel nach nicht zurück fordern, 218. Eine Frau kann jede ihr so gar schädliche Handlung gültig unternehmen, wenn der Schaden sogleich vor Augen liegt; aber intercediren kann sie deswegen nicht, weil hier der Nachtheil entfernt und ungewiß ist, 218. Wenn die Gesetze einer bisher klagbaren Verbindlichkeit ihre Wirkung völlig entzogen haben, und der Schuldner bezahlt aus Irrthum dennoch, so hat die condictio indebiti statt, 219. Wenn ein Geschäft natürlich erlaubt, auch bürgerlich nicht verboten ist, indessen nach Vorschrift der bürgerlichen Gesetze den völligen Effect nicht hervorbringt, so hat die Condiction des zu Erfüllung des Geschäfts Bezahlten, der Regel nach, nicht statt, 219. Wenn ein Ehegatte dem andern etwas schenkt, und die Schenkung widerruft, so kann er das Gegebene zurück fordern, 219. Wenn die natürliche Verbindlichkeit zwar vom Anfange völlig wirksam war, aber in der Folge sich Umstände ereignen, vermöge welcher sie nach den bürgerlichen Gesetzen den völligen Effect nicht mehr hat, so findet keine Zurückforderung statt, 219. Die condictio indebiti wird in Gesetzen auch actio

condictitia und actio condictionis genennt, 220. Auch der Besitz kann dem Andern ohne Ursache überlassen worden seyn, 220. Es geht an, Jemandem etwas zu versprechen, was eine Nichtschuld begründet, 220. Man kann Jemandem aus Irrthum eine wahre Schuld erlassen, 220. Auch in einer aus Irrthum geleisteten nicht schuldigen Handlung kann die Prästation bestehen, 221. Wer kann von der condictione indebiti Gebrauch machen? 221. Es geht an, diese Klage anzustellen, wenn man durch Urthel und Recht zur Bezahlung schuldig erklärt worden ist, 221. Wenn der Beklagte in einem Proceß, wo exceptiones altioris indaginis vorgeschützt werden können, die Einrede der Nichtschuld vorzuschützen vergessen, und er wird nun zur Bezahlung verurtheilt, so kann er die condictionem indebiti nicht mehr als Reconvention anbringen, 222. Auch derjenige kann die Condiction anstellen, der dadurch verletzt worden ist, daß die Nichtschuld bezahlt worden ist, 222. Von der Person des Beklagten, 222. Wie wird es mit der Person des Beklagten gehalten, wenn der Prokurator eines Andern die Nichtschuld in Empfang genommen hat? 222. Auch wider denjenigen, welcher dem Andern eine Nichtschuld abgetreten hat, kann die Condiction angestellt werden, 223. Wenn kann die exceptio indebiti in diesem Falle vorgeschützt werden? 223. Warum haften die Erben desjenigen, der eine Nichtschuld angenommen hat? 223. Wie wird das Gesuch eingerichtet, wenn condictio indebiti certi angestellt worden ist? 224. Warum dürfen in diesem Falle keine Zinsen gefordert werden? 224. Es wäre unbillig, wenn Jemand, der sich bona fide etwas hat bezahlen lassen, und keine Zinsen versprochen hat, gleichwohl Zinsen bezahlen sollte, 224. Wer das indebitum mala fide gefordert hat, und er wird deswegen condictione furtiua belangt, so muß er Zinsen bezahlen, 225. Bestand das Gegebene in einer individuellen Sache, so wird solche mit allen Nutzungen und dem Zuwachs zurück gefordert, 225. Wie wird das Gesuch eingerichtet, wenn das Gegebene boshafter Weise veräußert worden ist? 225. Wie muß das Gesuch

Gesuch der Klage eingerichtet werden, wenn condictio indebiti incerti angestellt worden ist? 225. Wenn fordert man die Quittung zurück? 225. Ist eine Hypothek über eine Nichtschuld bestellt worden, so bittet man um deren Cassation, 226. Wie wird das Gesuch eingerichtet, wenn Handlungen indebite geleistet worden? 226. Welche Klage concurrirt mit der condictione indebiti electiue? 226. Was für Einreden können wider die condictionem indebiti angestellt werden? 227. In welchen Fällen muß der Kläger beweisen, daß er eine Nichtschuld bezahlt habe? 227. Wenn kann vorgeschützt werden, Kläger sey durch die Bezahlung der Nichtschuld gar nicht verletzt worden? 227. Wenn kann vorgeschützt werden, die Handschrift sey über eine wahre Schuld ausgestellt worden? 228. Man kann vorschützen, es sey eine natürliche Verbindlichkeit vorhanden gewesen, 228. Wer zur Strafe seines boshaften Leugnens etwas doppelt bezahlt hat, kann das Bezahlte nicht condictione indebiti zurück fordern, 229. Beklagter kann vorschützen, er habe sich in Rechten geirrt, 230. Wenn die Ablieferung der Sache aus einer hinreichenden Ursache geschehen ist, so kann die condictio indebiti nicht gebraucht werden? 230. Wenn kann der gegebene Brautschatz condictione indebiti nicht zurück gefordert werden? 231. Kann man sich der Wiederforderung der bezahlten Nichtschuld begeben? 231. Von der Einrede, daß Klägern die rechtskräftige Befreyung von der Schuld nicht zu statten komme, 232. Von der Einrede der Unstatthaftigkeit der condictionis indebiti, weil Beklagter mit Klägern nichts zu thun gehabt, 232. Wenn kann excipirt werden, die Klage habe angebrachter Maßen nicht statt? 233. Wenn hat die Einrede statt, Beklagter sey durch das Erhaltene nicht reicher geworden? 234. Von der Einrede, daß keine Zinsen gefordert werden können, 234. Kann, anstatt die condictionem indebiti anzustellen, die Reivindikation gebraucht werden? 234.

Lib.

Lib. XII. Tit. VII.

de condictione sine causa.

§. 836.

Die condictio sine causa ist entweder generalis oder specialis, S. 235. In welchem Verstande können auch andere Condictionen als generelle Condictionen betrachtet werden? 235. Was versteht man unter einer condictione sine causa speciali? 236. Was ist der Grund der condictionis sine causa? 236. Schenkungen unter Ehegatten können durch diese Condiction zurück gefordert werden, 236. Wenn Jemand von dem Andern etwas auf eine gleich anfangs unverbindliche Art erhalten hat, und es ist die Frage von der Zurückgabe, so kommt es darauf an, ob die Sache noch in Natur vorhanden ist, oder nicht, 236. Warum kann ein Eigenthümer seiner Sache außer dem Falle, daß sie ihm gestohlen worden ist, nicht condiciren? 237. Bey der geschehenen Verbrauchung der Sache, die man condiciren will, kommt es wieder auf den Unterschied an, ob die Verbrauchung bona fide oder mala fide geschehen ist, 237. Warum kann die condictio sine causa angestellt werden, wenn man das verspielte Geld zurück fordert? 237. Die natürliche Billigkeit, worauf sich die gegenwärtige Condiction gründet, tritt auch ein, wenn Jemand etwas von einem Andern zwar anfangs aus einer gerechten Ursache erhalten hat, er besitzt aber diese Sache in der Folge ohne eine gerechte Ursache, 238. Wenn ich das Darlehn, worüber eine Schuldverschreibung ausgestellt worden, bezahlt habe, so besitzt der bezahlte Gläubiger diese Schuldverschreibung sine causa, 238. In dem Falle, wo der Andere eine Sache zwar anfangs aus einer gerechten Ursache erhalten hat, diese Ursache fällt aber in der Folge weg, kann die Reivindikation nicht angestellt werden, 238. Endlich ist die in den Gesetzen bestätigte natürliche Verbindlichkeit vorhanden, wenn Jemand etwas, das einem Andern gehört,

gehört, ohne irgend eine gerechte Ursache dazu zu haben, verbraucht, oder zu besitzen aufgehört hat, 239. Die condictio sine causa kann ebenfalls bisweilen eine condictio certi, und in andern Fällen eine condictio incerti seyn, 239. Vom Kläger und Beklagten, 239. Warum kann die condictio sine causa nicht wider einen dritten besondern Besitzer angestellt werden? 240. Vom Gesuch, wenn condictio sine causa angestellt worden, 240. Darf man auch um Erstattung der Zinsen bitten? 240. Was für Einreden können wider die angestellte condictionem sine causa gebraucht werden? 241.

Lib. XIII. Tit. I.

de condictione furtiua.

§. 837—841.

Was für Klagen werden bey den Römern gebraucht, wenn Jemand einen Diebstahl begangen hatte? S. 243. Klagte man bey dem Diebstahle blos auf die Entschädigung, so wurde condictio furtiua gebraucht, 243. Warum wird diese Klage in Gesetzen bisweilen auch actio furti genennt? 243. Bey uns wird diese Klage summarisch behandelt, 244. Die condictio furtiua ist ebenfalls condictio certi und incerti, 244. Jede Art des Eigenthums giebt ein Recht, die condictionem furtiuam anstellen zu können, 244. Warum kann der Pfandgläubiger, der Commodatarius, der Miethmann, der Depositor die condictionem furtiuam anstellen? 245. Man braucht blos die wirklich geschehene Entwendung zu beweisen, und nicht das zustehende Eigenthum oder das Interesse, 245. In wie fern können die Erben diese Condiction anstellen? 245. Von der Person des Beklagten, 246. Der Erbe haftet deswegen, weil er die dem Verstorbenen obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen schuldig ist, 246. Wenn kann wider einen dritten Besitzer geklagt werden?

den? 246. Der Regel nach hat freylich wider einen dritten besondern Nachfolger der gestohlnen Sache die condictio furtiua nicht statt, sondern wider diesen muß die Reivindikation angestellt werden, 247. Selbst wider die Obrigkeit, welche die gestohlne Sache, die beym Diebe gefunden worden, besitzt, und solche nicht herausgeben will, kann die condictio furtiua angestellt werden, 247. Wie muß die Bitte bey dieser Condiction eingerichtet werden? 247. Das Interesse kann nur sodann gefordert werden, wenn der Beklagte für einen unredlichen Besitzer gehalten werden muß, 248. Von den wider diese Condiction statt findenden Einreden, 248. Der Vermächtnißnehmer kann die Condiction nicht anstellen, wenn er den Besitz der verwandten Sache noch nicht gehabt hat, 248. Wenn hat die Einrede statt, Kläger habe bey der Sache kein Interesse? 248. Man kann vorschützen, Beklagter habe von dem Diebstahle nichts bekommen, 249. Es kann die Einrede vorgeschützt werden, Kläger habe das Gestohlne bereits wieder erhalten, 249. In welchen Fällen darf die Einrede der Verjährung der gegenwärtigen Condiction nicht entgegen gesetzt werden? 250. Ein dritter bonae fidei possessor, wie auch ein in bona fide sich befindender Erbe des Diebes kann die gestohlne Sache per praescriptionem longissimi temporis erwerben, so, daß wider ihn nicht einmal die Reivindikation statt hat, viel weniger die condictio furtiua, 255. Wenn kann die Einrede vorgeschützt werden, Beklagter habe die gestohlne Sache verbessert? 251. Hat die Obrigkeit das gestohlne Pferd füttern lassen, oder sie hat Kosten darauf verwendet, die gestohlne Sache ausfündig zu machen, so muß dieser Aufwand ersetzt werden, und bis dahin hat das Retentionsrecht statt, 251. Die öffentliche Strafe des Diebes hebt die Privatgenugthuung nicht auf, 252.

Lib. XIII. Tit. II.

de condictione ex Lege.

§. 842.

Wie können die unbenennten Klagen eingetheilt werden? S. 252. Hat die durch ein Gesetz eingeführte Klage keinen eigenen Namen erhalten, so wird sie überhaupt condictio ex Lege genennt, 253. Was hat zu dieser Benennung Gelegenheit gegeben? 253. Es giebt mehrere solche Klagen, jede hat ihre eigene Beschaffenheit und sie wird von Klagen dieser Art durch Beyfügung des Gesetzes, wodurch sie eingeführt worden, unterschieden, 254. Was versteht man unter den Condictionen ex canone? 254. Von den Condictionen ex statuto, 255. Wenn wird die Klage condictio ex moribus genennt? 256.

Lib. XIII. Tit. III.

de condictione triticiaria.

§. 843. 844.

Was hat zu der Benennung condictio triticiaria Gelegenheit gegeben? S. 256. Kann man diese Klage auch actio ad interesse nennen? 257. Was für Klagen haben wegen des Interesse statt? 257. Wenn die Leistung der Sache nicht zu rechter Zeit geschehen ist, so sieht man darauf, ob der Andere die Sache vermöge eines Contracts des guten Glaubens zu leisten schuldig war, 257. Wenn mußte bey Contracten des strengen Rechts, wo es auf die Leistung des Interesse ankam, die condictio triticiaria gebraucht werden? 255. Was wird als der Grund dieser Condiction angenommen? 258. Auf den Gegenstand der Schuld kommt nichts an, 258. Wenn der Schuldner eine Summe baares Geld

Geld bezahlen sollen, dieses aber nicht gethan hat, so hat die gegenwärtige Condiction nicht statt, 259. Wenn kann der Schuldner wider den Gläubiger condictionem triticiariam anstellen? 259. Von der Person des Klägers und Beklagten, 259. Wie ist das Gesuch abzufassen? 259. Weil sich diese Condiction auf die natürliche Billigkeit gründet, so hat das richterliche Ermessen dabey statt, und der Richter kann über des Klägers Interesse arbitriren, 260. Worauf hat der Richter bey Bestimmung des Interesse, dessen Vergütung durch diese Condiction gesucht worden, Rücksicht zu nehmen? 260. Was für Einreden können dieser Condiction entgegen gesetzt werden? 261. Bisweilen kommt dem Beklagten die Regel zu statten: debitor speciei eius interitu liberatur, 262. Ist bey Gelde ebenfalls bisweilen eine Bestimmung des Werthes nöthig? 262.

Lib. XIII. Tit. IV.

de eo, quod certo loco dari oporteat.

§. 845—848.

Hatte bey den Römern Jemand durch einen Contract des strengen Rechts versprochen, eine Sache an einem gewissen Orte zu leisten, so konnte er nirgends anders als an diesem Orte auf die Erfüllung seines Versprechens belangt werden, er war auch nicht schuldig, die Sache anderwärts zu liefern, S. 263. Warum führte der Prätor die condictionem de eo, quod certo loco dari oporteat ein? 263. Was ist der Grund dieser Klage? 264. Von der Person des Klägers, 265. Konnte sowohl der Gläubiger als der Schuldner von dieser Condiction Gebrauch machen? 265. Von der Person des Beklagten, 266. Wie wird das Gesuch nach Verschiedenheit der Fälle abgefaßt? 266. Von den wider diese Condiction statt findenden Einreden, 266.

Lib.

Lib. XIII. Tit. V.

de constituta pecunia.

§. 849—852.

Was versteht man unter dem constituto promissorio? S. 267. Vom constituto alieno, 267. Vom constituto proprio, 268. Ist das constitutum allemal als ein wiederhohlter Vertrag zu betrachten? 268. Warum bewirkte das constitutum bey den Römern eine Verbindlichkeit? 268. Wie war das constitutum alienum von einer Bürgschaft unterschieden? 269. Versprach man durch ein constitutum eine höhere Summe, so galt der Vertrag wenigstens so weit, als die Schuld schon in dem ältern Vertrage bestimmt war, 269. Bey den Römern hatte ein constitutum wichtige Wirkungen, 269. Das Wort pecunia wird hier in sehr weitläuftigem Verstande genommen, 270. Bey uns kommen ebenfalls Fälle vor, wo auf die Wiederhohlung eines Versprechens viel ankommt, 270. Dies constitutum delicti alieni ist heutiges Tages mit der Bürgschaft für einerley zu halten, 271. Worin besteht der Grund der actio de constituta pecunia? 271. Vom Kläger, 272. Von der nützlichen Klage de constituta pecunia, 272. Von der Person des Beklagten, 272. Von der Abfassung des Gesuchs, 273. Durch den Gebrauch der gegenwärtigen Klage wird diejenige, welche der Kläger schon vor dem geschehenen Constitutum, aus der durch das Constitutum blos bekräftigten Verbindlichkeit anstellen konnte, nicht aufgehoben, 273. Diese Regel hat Ausnahmen, 273. Wenn kann der Klage de constituta pecunia die Einrede entgegen gesetzt werden, daß gar keine Verbindlichkeit vorhanden gewesen sey? 274. Die Qualität der Verbindlichkeit kann durch das constitutum geändert werden, 274. Weil das constitutum ein Vertrag ist, so gehört die Acceptation zum Wesen desselben, und beyde Theile müssen mit einander einig seyn, 275. Es giebt Einreden, welche nur der wegen eines constituti debiti proprii ange-

stellten Klage entgegen gesetzt werden können, 275. Ein Pupill kann ohne Wissen und Willen seines Vormundes nicht constituiren, 275. Ein constitutum kann alternativisch eingerichtet werden, 276. Was für Einreden können der angestellten Klage propter constitutum debiti proprii nicht entgegen gesetzt werden? 276. Von den wider die Klage ex constituto debiti alieni vorgeschützten Einreden, 277. Das constitutum debiti alieni setzt eine Hauptverbindlichkeit voraus, 277. Wenn enthält das Versprechen eine unverbindliche Zusage einer fremden Handlung? 277. Ein Dritter kann eine fremde Schuld, ohne Wissen, ja wider den Willen des Schuldners constituiren, 279.

Lib. XIII. Tit. VI.

commodati vel contra.

§. 853—859.

Was versteht man unter dem Leihcontracte? S. 279 Wie ist solcher vom Miethcontracte unterschieden? 279. Ein persönlicher Nießbrauch und ein bittweise verstatteter Besitz der Sache und ein Commodatum sind verschiedene Dinge, 280. Wer kann eine Sache verleihen? 280. Sogar ein Dieb kann die gestohlne Sache verlehnen und auf deren Zurückgabe klagen, 281. Wer kann von dem Andern etwas zu einem bestimmten Gebrauch borgen? 281. Was ist Rechtens, wenn eine Sache mehrern geliehen worden ist? 281. Werden die Erben wegen eines von ihrem Erblasser begangenen Betrugs verurtheilt, so wird nicht darauf gesehen, ob etwas auf sie gekommen sey, sondern ein jeder wird in das Ganze verurtheilt, 282. Durch den Leihcontract wird eine nicht fungibile Sache zum bestimmten unentgeltlichen Gebrauche überlassen, 282. Wenn kann Geld einen Gegenstand des Leihcontracts abgeben? 282. Darauf wird nicht gesehen, ob die Sache, welche verlehnt wird, beweglich oder unbeweglich, körperlich oder unkörperlich ist, ob sie

sie dem, der sie verlehnt hat, eigenthümlich gehört oder nicht, 283. Der Regel nach darf der Verlehner die verlehnte Sache nicht vor geendigtem Gebrauche zurück fordern, 283. Der Entlehner darf die geliehene Sache nicht anders gebrauchen, als ihm vorgeschrieben ist, 284. Der Entlehner ist schuldig auf die gelehnte Sache mäßige Kosten zu verwenden, 284. Die gelehnte Sache muß gleich nach beendigtem Gebrauche wieder gegeben werden, 285. Ist mir eine fremde Sache wider Wissen und Willen des Eigenthümers gelehnt worden, so kann mir der Eigenthümer die Sache vor geendigtem Gebrauche wieder abfordern, ich mag Schaden leiden oder nicht, 285. Was für Verbindlichkeiten hat der Verleiher zu erfüllen? 286. Wenn muß der Verleiher dem Entlehner allen Schaden ersetzen? 286. Der Gebrauch wird im Leihcontract umsonst verstattet, 286. Eine Erkenntlichkeit, die nach dem geendigten Gebrauche gegeben worden, ändert die Natur des Leihcontracts nicht, 287. Was verstehen die Gesetze unter dem Wort honorarium? 287. Die Bezahlung für geleistete operas illiberales wird merces genennt, 287. Was für einen Grad des Fleisses muß der Entlehner bey diesem Contract beobachten? 288. Der Verleiher braucht nur die gröbste Nachläßigkeit zu vermeiden, 288. Wenn der Leihcontract beyden Theilen vortheilhaft ist, so muß jeder den mittlern Fleiß beobachten, 288. Wenn braucht der Entlehner nur für die gröbste Nachläßigkeit zu stehen? 288. Wer muß die Unglücksfälle bey dem Leihcontracte tragen? 288. Wie wird der Leihcontract aufgehoben? 289. Wenn ist es vorsichtig gehandelt über den geschlossenen Leihcontract eine schriftliche Urkunde auszufertigen? 290.

§. 860.

Des Leihcontracts wegen kann sowohl petitorisch als possessorisch geklagt werden, S. 290. Worauf gründet sich die actio commodati directa? 290. Die Ablieferung der Sache muß in dieser Klage angeführt werden, 291. Von

der Person des Klägers, 291. Warum braucht der Kläger bey dieser Klage sein Eigenthum nicht zu beweisen? 291. Wie klagen die Erben des Verlehners? 291. Von der Person des Beklagten, 291. Wie muß gegen die Erben des Entlehners geklagt werden? 292. Wenn bey Contracten vom Schadensersatze die Rede ist, so müssen die Erben auch für den Betrug des Erblassers haften, obgleich nichts dadurch auf sie gekommen ist, 293. Was hat gegen einen dritten Besitzer der gelehnten Sache für eine Klage statt? 293. Wie ist die Bitte in der Hauptklage aus dem Leihcontracte einzurichten? 293. Es schadet nichts, wenn der Verleiher die beschädigte Sache etwa schon ohne Protestation zurück genommen hat, 293. Ist die Sache durch des Beklagten Schuld nicht mehr vorhanden, so kann der Werth der Sache gefordert werden, bey dessen Bestimmung das iuramentum in litem sowohl veritatis als affectionis statt hat, 294. Wenn kann die Einrede vorgeschützt werden, der Contract sey ungültig? 294. Man kann die Einrede vorschützen, Beklagter könne nicht allein in Anspruch genommen werden, 295. Wenn die Sache zu einem gefährlichen Gebrauche geliehen worden, so ist der verursachte Schaden darnach zu beurtheilen, 295. Wenn sich der Beklagte darauf stützt, die gelehnte Sache sey ohne sein Verschulden zu Grunde gegangen, so muß er diesen Umstand beweisen, nur darf der Kläger nicht etwa in der Klage angeführt haben, Beklagter sey Schuld an dem Untergange der Sache; denn jetzt liegt ihm der Beweis dieses Factums ob, 295. Die Frage: welcher Parthey der Beweis aufzulegen sey, wenn von der begangenen Fahrläßigkeit oder dem durch einen Unglücksfall verursachten Untergange der geliehenen Sache die Frage ist, ist sehr streitig, 296. Wenn hat die Einrede statt, daß Kläger dem Beklagten erst zu entschädigen schuldig sey? 297. Die Reivindication wird mit der Hauptklage aus dem Leihcontract für cumulirt gehalten, 297. Man kann vorschützen, die Sache würde auch bey Klägern zu Grunde gegangen seyn, 298. Von der Leihcontractsgegenklage, 298. Worin kann die gerechte Ursache der zu leistenden Entschädigung

gung bey dem Leihcontracte bestehen? 298. Was für Klagen kann der Entlehner brauchen, wenn er dem Verleiher seine Sache bezahlt hat, und er bekommt die Sache nachher wieder? 299. Die rechtmäßige Ursache der zu leistenden Schadloshaltung muß in der Klage bestimmt angeführt werden, da sie den Klagegrund ausmacht, 299. Worauf ist das Gesuch in der Leihcontracts Gegenklage zu richten? 300. Wie wird es mit der Vergütung des nützlichen Aufwandes auf die gelehnte Sache gehalten? 300. Wenn kann die Einrede vorgeschützt werden, Kläger habe sich den Schaden durch seine eigene Schuld verursacht? 301. Was für possessorische Rechtsmittel können bey dem Leihcontracte gebraucht werden? 302.

Lib. XIII. Tit. VII.

de pignoratitia actione.

§. 861 — 865.

Das Wort pignus wird auf verschiedene Weise gebraucht, S. 303. Das Wort Unterpfand begreift im weitläuftigen Verstande auch die Hypothek unter sich, 304. Was versteht man unter dem abgeredten Unterpfande? 304. Wer kann sich ein Pfandrecht geben lassen? 305. Ist mehrern Gläubigern ein Unterpfand zu gleicher Zeit bestellt worden, so haftet es einem Jeden für das Ganze, diese aber können unter sich nicht klagen, woferne nicht das Unterpfand für jedes Antheil bestellt ist, 305. Wer kann dem Andern ein Pfandrecht ertheilen? 305. In eines Andern Namen kann nur der Bevollmächtigte, welcher einen besondern Auftrag dazu hat, oder dem alle Güter zur freyen Verwaltung überlassen worden sind, ein Unterpfand bestellen, 306. Auch gemeinschaftliche Sachen können verpfändet werden, 306. Unter welchen Bedingungen können fremde Sachen verpfändet werden? 306. Was ist Rechtens, wenn der Gläubiger wissentlich eine fremde Sache

zum Unterpfande angenommen hat? 307. Es ist genug, wenn der Pfandgeber ein Besitzer in gutem Glauben ist, und daß die Sache zur Zeit der Verpfändung zu seinem Vermögen gehörte, 307. Was für Sachen können verpfändet werden? 308. Der Nießbrauch, die superficies und eine Servitut, die auf dem Grundstück haftet, kann ohne dasselbe nicht verpfändet werden, 309. Wenn zweyen ein Unterpfand bestellt worden ist, so geht der erste vor, wenn gleich dem letztern die Sache übergeben worden seyn sollte, 309. Die allgemeine Hypothek verhindert die Veräußerung nicht, nur muß kein Betrug dabey vorgehen, 310. Was hat derjenige zu untersuchen, der sich ein Pfand geben läßt? 310. Es ist vorsichtig, ein Verzeichniß der verpfändeten Sachen aufzusetzen, 310. Bey verpfändeten Schuldverschreibungen muß sich der Pfandgläubiger das Original übergeben lassen, 311. Zur Bestellung eines Pfandrechts wird erfordert, daß eine wirkliche Verbindlichkeit existirt, 311. Weil eine gültige Hauptschuld vorhanden seyn muß, wenn ein Pfandrecht existiren soll, so haftet ein Unterpfand nicht eher, als bis der Gläubiger das Geld bezahlt hat, 311.

§. 866—868.

Worin besteht die aus dem Pfandcontracte entstehende Hauptverbindlichkeit des Schuldners? S. 312. Der Schuldner ist verbunden, ein anderes Unterpfand zu geben, wenn er eine fremde Sache, oder eine solche, die bereits einem Andern verpfändet war, verpfändet hat, 312. Der Schuldner muß den Gläubiger schadlos halten, wenn dieser sich bey dem Verkauf des Pfandes der Gewähr wegen hat verbindlich machen müssen, 313. Was für Rechte und Verbindlichkeiten hat der Pfandgläubiger? 313. Wie ist der Vertrag zu erklären, wenn die Contrahenten abgeredt haben, daß das Unterpfand nicht verkauft werden dürfe? 314. Will der Pfandschuldner sein Pfand verkaufen, so darf ihn der Pfandgläubiger nicht daran hindern, 314. Worin bestehet die Wirkung

Wirkung eines bestellten Unterpfandes? 314. Der Pfandcontract giebt dem Pfandgläubiger die Befugniß, das Pfand zu veräußern, wenn der Schuldner mit der Bezahlung säumig ist, 315. Die Veräußerung des Pfandes soll nicht ohne angestellte Klage vorgenommen werden, mit Vermeidung aller Hinterlist, 315. Was ist Rechtens, wenn abgeredt worden, daß der Schuldner das Unterpfand nicht veräußern solle? 315. Bey jeder Veräußerung des Unterpfandes muß vornehmlich auf die desfalls getroffene erlaubte Verabredung Rücksicht genommen werden, 316. Wenn muß der Pfandgläubiger den Ueberschuß des für das Pfand gelösten Geldes mit den Zinsen zurück geben? 316. Das Unterpfand kann sowohl wegen der Hauptschuld, als wegen der Nebenverbindlichkeiten verkauft werden, 317. Wenn kann zur Veräußerung des Unterpfandes geschritten werden, wenn dem Schuldner terminliche Zahlung zugestanden worden ist? 317. Ein Gläubiger kann das Eigenthum des Unterpfandes nach Verhältniß seiner Forderung nicht anders als durch ein landesherrliches Rescript erwerben, 317. In welchen Fällen kann der Schuldner gegen Erlegung des Kapitals und der Zinsen allemal die Einlösung vornehmen? 318. Ist es zweifelhaft, ob die geschehene Veräußerung bestehe, so wird immer für die Wiedereinlösung vermuthet und gesprochen, mithin für den Schuldner in so weit möglichst gesorgt, daß ihm sein Eigenthum erhalten werde, 318. Warum gereicht der Pfandcontract beyden Theilen zum Vortheil? 318. Warum ist bey dem Leihcontracte jeder Theil dem andern wegen einer von seiner Seite begangenen mittleren Nachläßigkeit verantwortlich? 319. Wie läßt sich die L. 13. §. 1. D. de pignor. act. ohne eine vorzunehmende Emendation erklären? 319.

§. 869.

Was versteht man unter dem commissorischen Vertrage? S. 320. Warum ist dieser Vertrag in Gesetzen schlechterdings für ungültig erklärt worden? 320. und 323. Ob die eyd-

eydliche Bestätigung diesen Vertrag gültig mache oder nicht, darüber haben die Rechtslehrer gestritten, 321. und 325. Auch der Vertrag ist unerlaubt, wenn der Schuldner seinen Bürgen zu einer bestimmten Zeit nicht befreyt haben werde, sondern er die Schuld bezahlen müssen, so solle dem Bürgen die zur Versicherung der Indemnisation verschriebene Sache verfallen seyn, 321. Gilt der Vertrag, daß im Nichtzahlungsfalle dem Gläubiger das Unterpfand für den wahren Preis verkauft seyn solle? 321. und 325. Es kann verabredet werden, daß der Schuldner das Pfand innerhalb einer gewissen Zeit nicht solle einlösen können, 322. Auch der Schuldner kann sich ausbedingen, daß die Schuld vor Ablauf einer bestimmten Zeit nicht aufgekündigt werden soll, 322. In der Schuldverschreibung kann dem Gläubiger auf den Fall des Verkaufs der verpfändeten Sache ein Vorkaufsrecht ausbedungen werden, 322. Auch der Verzicht auf das gesetzliche Verbot des commissorischen Vertrages ist ohne rechtliche Wirkung, 324. Alle Verträge, welche den commissorischen Vertrag in einer Einkleidung enthalten, sind verboten, 324.

§. 870. 871.

Vom antichretischen Vertrage, S. 327. Wie wird dieser Vertrag geschlossen? 327. Ist keine ausdrückliche Verabredung wegen Ausgleichung der Zinsen mit den Früchten getroffen worden, so wird der antichretische Vertrag nur in so weit vermuthet, als die wirklich von dem im Besitz habenden Pfandgute erhobenen Nutzungen die rechtmäßigen Zinsen nicht übersteigen, 327. Was ist für ein Unterschied zu machen, wenn ausdrücklich verabredet worden, daß der Darleiher anstatt der Zinsen des Kapitals die Früchte des Gutes behalten solle? 327. Bestehen die Einkünfte des verpfändeten Gutes in bestimmten Geldzinsen, so muß der Betrag der Summe, welche über die gesetzlichen Zinsen hinausgeht, von dem Kapital abgerechnet und dem Schuldner hievon die Berechnung gemacht werden, 328. Sind die Einkünfte des Gutes ungewiß,

wiß, daß der Betrag der Summe bald größer, bald kleiner ist, so kann auf die gesetzliche Summe der Zinsen nicht so genau Rücksicht genommen werden, folglich bringt man auch einen kleinen Ueberschuß nicht in Anschlag, 328. Wenn die Früchte ungewiß sind, dürfen sie nicht zu den höchsten Marktpreisen angeschlagen werden, und der Gläubiger ist berechtigt, die auf die Erbauung der Früchte verwendeten Kosten abzuziehen, 329. So wie der Pfandgläubiger die ungewissen Früchte gewinnt, wenn sie die gesetzlichen Zinsen um eine Kleinigkeit übersteigen, so muß er auch den Schaden tragen, und kann dem Schuldner nichts anrechnen, wenn er keine oder wenig Früchte erhalten hat, 330. Warum ist es vorsichtig gehandelt, den antichretischen Vertrag nicht stillschweigend einzugehen? 330. Der bloße Verzicht des Schuldners auf die Einrede des unerlaubten Zinswuchers ist von keiner rechtlichen Würkung, 331. Wenn kann dem Gläubiger niemals der Vorwurf eines unerlaubten Zinswuchers gemacht werden? 331. Was für eine Verabredung ist bey dem antichretischen Vertrage für den Gläubiger vortheilhaft? 332. Die Erklärung des Schuldners, daß dem Gläubiger die Ablegung der Rechnung ausdrücklich erlassen werde, ist ohne alle rechtliche Würkung, 332. Selbst bey ungewissen Früchten wird ein zu großer Ueberschuß nicht geduldet, 330. und 332. Eine Cautel ohne Würkung ist es ferner, wenn der Schuldner erklärt, daß er dem Darleiher den Ueberschuß der Früchte geschenkt haben wolle, 333. Ist die Verabredung von Nutzen, daß der Pfandgläubiger blos wegen derjenigen Früchte, die er wirklich erhoben, verantwortlich seyn wolle? 333. Um der Einwendung des unerlaubten Zinswuchers bey dem antichretischen Vertrage vorzubeugen, ist es am sichersten, das eingeräumte Pfandgut dem Schuldner für ein billiges Pachtgeld zu überlassen, 333. Wie kann der deshalb abgeredete Pachtcontract eingerichtet werden? 334. Welche Verabredungen sind für den Darleiher noch vortheilhafter? 334. Wie kann ein Kaufcontract mit dem antichretischen Vertrage verbunden werden? 335. Durch einen solchen mit der Uebergabe verbundenen Kauf, wird der Käufer

vollkommner Eigenthümer, 335. Wie muß die darüber ausgestellte Urkunde abgefaßt werden? 336. Warum ist der Darleiher und Käufer selbst diesem Kaufcontracte nicht vollkommen gesichert? 337. Bey diesem Kaufcontract ist auch auf das Näherrecht Rücksicht zu nehmen, 337.

§. 871—873.

Durch Bezahlung der Schuld wird das Unterpfandsrecht gehoben, S. 338. Was wegen einer begangenen unerlaubten Handlung, zum Beyspiel wegen eines begangenen Diebstahls, oder wegen eingejagter Furcht vom Schuldner hat bezahlt werden müssen, wird nicht vom Hauptstuhle abgezogen, 338. Durch eine bloße Verurtheilung zur Bezahlung wird das Unterpfand nicht aufgehoben, sondern erst durch die wirkliche Bezahlung, 339. Was ist in Ansehung der Verjährung des zeither vorhandenen Pfandrechts anzunehmen? 339. Wenn hört das Unterpfandsrecht deswegen auf, weil die verpfändete Sache zurück gegeben worden? 339. Wie hört das Pfandrecht vermittelst der Novation auf? 339. Wegen eines beträchtlichen Mißbrauchs des Unterpfandes hört das Pfandrecht auf, 340. Wenn die Hauptverbindlichkeit nichtig war, so wird das Unterpfand nicht sowohl aufgehoben, als vielmehr gleich vom Anfange für nichtig gehalten, 340. Von den übrigen Arten, wie ein Pfandrecht wegfällt, 340. Ist ein schriftlicher Aufsatz ein wesentliches Stück des Pfandcontracts? 341. Wie ist der Pfandschein über bewegliche Sachen einzurichten? 341. Wenn es Kostbarkeiten sind, die leicht vertauscht werden können, so werden solche billig in Gegenwart des Schuldners versiegelt, und dieser Umstand ist im Pfandscheine anzumerken, 342. Wie ist es zu halten, wenn es die Wichtigkeit des Unterpfandes rathsam macht, eine förmliche Urkunde auszufertigen? 342. Wie drückt man sich am deutlichsten aus, wenn der Pfandgläubiger ein allgemeines Unterpfand bekommen soll? 342. Die Specialhypothek erfordert eine genaue Beschreibung der dahin zu rechnenden

nenden Sachen, 342. Der Schuldner muß auf die Rechtswohlthat entsagen, daß er nicht verlangen wolle, daß zuvörderst die besondere Hypothek angegriffen werde, ehe sich der Gläubiger an die Generalhypothek halten könne, 342. Bey dem Verkaufe der Hypothek dürfen zwar die Partheyen vom gemeinen Rechte abweichende Verabredungen treffen, sie dürfen aber nur auf keinen unbilligen Druck des Schuldners abzwecken, 343. Wie wird die Pfandverschreibung eingerichtet, wenn ein Gut oder mehrere Grundstücke als Hypothek überlassen werden sollen? 343. Es muß von allen Gutseinkünften und Gerechtsamen ein vollständiges Verzeichniß verfertigt werden, 343. Daß sich der Pfandgläubiger nichts vom vorräthigen Nutz-, Bau- und Brennholze anmaßen dürfe, als was zu des Gutes Nothwendigkeit gehört, und vielleicht schon dazu bestimmt ist, versteht sich von selbst, 343. In Ansehung der Verbesserungen muß festgesetzt werden, daß keine andern, als die vom Schuldner bewilligten zu vergüten, sonst aber alles wieder weggenommen, und doch wieder in den vorigen Stand gesetzt werden soll, 344. Alle stillschweigende Verlängerungen oder Wiederaufhebungen des antichretischen Vertrages müssen in dem darüber geschlossenen Vertrage vermieden werden, 344. Es ist rathsamer eine erneuerte Verpachtung oder Verpfändung zu untersagen als zuzulassen, 344. Da es nichts hilft einen unbestimmten Anschlag des pfandweise übergebenen Gutes anzunehmen, so ist solcher mit aller Genauigkeit zu machen, 344. Wenn muß man den Gläubiger bey dem antichretischen Vertrage aller Remission und Vergütung des gehabten Mißwachses entsagen lassen? 344. Wenn eine obrigkeitliche Einwilligung in die Verpfändung des Gutes erfordert wird, so muß sich der Schuldner verbindlich machen, solche vor Auszahlung der Gelder auf seine Kosten herbey zu schaffen, 345.

§. 874.

§. 874. 875.

Bey dem Pfandcontracte können theils petitorische, theils possessorische Rechtsmittel gebraucht werden, S. 345. Worin besteht der Grund der Pfandklage? 345. Wenn findet diese Klage nützlicher Weise statt? 345. Hat man dem Gläubiger ein gesetzliches Pfandrecht an der Sache zugestanden, und er ist seiner Forderung wegen befriedigt worden, er will aber doch noch von seinem zeitherigen Pfandrechte Gebrauch machen, so kann die nützliche Pfandklage wider ihn angestellt werden, 346. Wer kann actionem pignoratitiam directam anstellen? 346. Hat der Gläubiger mit dem Dritten den Pfandcontract nicht geschlossen, sondern dieser hat dem Schuldner die Sache nur zu dem Endzweck geliehen, daß er solche verpfänden, und das darauf geborgt erhaltene Geld behalten soll, so kann der Dritte wider den Pfandgläubiger die actionem pignoratitiam directam nicht anstellen, 347. Von der Person des Beklagten, 347. Ist die Sache auch der Zinsen wegen mit verpfändet worden, so müssen auch diese bezahlt werden, ehe das Recht des Gläubigers getilgt werden kann, 347. Geht der Pfandgläubiger mit der verpfändeten Sache übel um, oder er hat ihr sonst einen Schaden zugefügt, so kann auf den Schadensersatz vor der Tilgung der Schuld geklagt werden, 347. Wider einen dritten Besitzer der verpfändeten Sache kann man sich der directen Pfandklage nicht bedienen, weil sie eine aus einem Contract entspringende persönliche Klage ist, 348. Wenn der Schuldner den Pfandgläubiger bereits befriedigt hat, und ein Dritter besitzt sein Pfand, so kann er wider diesen die Reivindication anstellen, 348. Hat der Pfandgläubiger das bey ihm versetzte Pfand weiter versetzt, und es dabey gesagt, daß die Sache nur bey ihm versetzt sey, so kann der Schuldner actionem pignoratitiam vtilem wider den dritten Besitzer anstellen, so lange die Schuld noch nicht getilgt ist, 349. Sollte der Pfandgläubiger das Pfand als seine eigene Sache weiter versetzt haben, so muß er dem Schuldner seine wider diesen zweyten Gläubiger zustehende actionem

actionem pignoratitiam directam cediren, 349. Von der Abfassung des Hauptgesuchs in der Pfandklage, 349. Der Schuldner kann auch den Zuwachs und den Gewinnst fordern, den der Gläubiger durch den Besitz des Pfandes erhalten hat, 350. Der Pfandgläubiger kann die Nutzungen des Pfandes verpachten, er muß aber über den Gewinn von den Nutzungen Rechnung ablegen, und selbige erst auf die Zinsen, sodann aber auf das Kapital abrechnen, 350. Wenn muß der Pfandgläubiger Verzugszinsen bezahlen? 350. Verkauft der Pfandgläubiger das Pfand, so darf er wegen des Kaufgeldes keinen Credit geben, wenigstens muß er für die Gefahr stehen, 350. Wie wird es gehalten, wenn der Pfandgläubiger das Pfand zwar gegen baare Bezahlung verkauft hat, der Käufer hält aber sein Wort nicht? 351. Was versteht man unter der hyperrocha? 351. Wenn kann aus dem Pfandcontracte executivisch geklagt werden? 351. Was für Einreden kann man gegen die Pfandklage brauchen? 351. Was versteht man unter den Worten: chirographaria pecunia? 352. Vom pacto de vendendo, 352. Beklagter kann vorschützen, Kläger habe ihm die auf das Pfand verwendeten Kosten noch nicht bezahlt, 353. Wenn kann der Kläger repliciren, Beklagter habe zu viel aufgewendet, und Klägern dadurch die Wiedereinlösung erschwert? 353. Kläger kann repliciren, er wolle dem Beklagten wegen seines verlangten Kostenersatzes Sicherheit bestellen, 354. Wie viel Fälle müssen unterschieden werden, wenn von der Verjährung der hypothekarischen Klage die Frage ist? 354. In welchen Fällen wird die hypothekarische Klage in vierzig Jahren verjährt? 354. Ist diese vierzigjährige Verjährung auch alsdenn anwendbar, wenn die Schuld, zu deren Sicherheit das Pfand bestellt worden ist, durch die dreyßigjährige Verjährung erloschen ist? 355. Mehrere Rechtsgelehrte haben es sonderbar gefunden, daß die hypothekarische Klage noch soll gebraucht werden können, wenn gleich die Hauptforderung nicht mehr klagbar ist, 355. Auch durch die Verjährung der persönlichen Klage

Klage wird die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners nicht aufgehoben, und diese macht, daß das Pfandrecht fortdauern kann, 355. Was für eine Verjährungszeit wird zur Verjährung der hypothekarischen Klage erfordert, wenn ein Dritter das Pfand als Pfandgläubiger in Händen hat? 356. Von der Verjährung der hypothekarischen Klage, wenn der Dritte das Pfand als Eigenthümer im Besitz gehabt hat, 356. Die Verjährung des Eigenthums von der verpfändeten Sache muß von der Verjährung der hypothekarischen Klage wohl unterschieden werden, 357. Unstatthaft ist die Einrede, daß die verpfändete Sache einem Andern gehöre, 357. Von der Pfandcontractsgegenklage, 358. Was wird vorausgesetzt, wenn diese Klage directe statt finden soll? 358. Was giebt es für besondere Ursachen der dem Pfandgläubiger von dem Schuldner zu leistenden Schadloshaltung? 359. Hierher gehört auch der Fall, wenn der Verpfänder oder der Schuldner dem Pfandgläubiger den Besitz des Pfandes genommen hat, 359. Wer kann die Pfandcontractsgegenklage anstellen? 360. Von der Abfassung des Gesuchs, 360. Was für Einreden können gegen die Pfandcontractsgegenklage gebraucht werden? 360. Wenn hat die Einrede statt, Beklagter habe die Sache nicht mit verpfändet? 361. Was für Einreden dürfen nicht gegen die Pfandcontractsgegenklage gebraucht werden? 362.

Lib. XIV. Tit. I.

de exercitoria actione.

§. 876—882.

Wenn wird eine persönliche Klage actio adiectitiae qualitatis genennt? S. 364. Einige actiones adiectitiae qualitatis konnten bey den Römern nur aus den Handlungen des Sclaven oder Sohnes, wider den Herrn oder Vater angestellt werden, 364. Die actio exercitoria gehört unter die actiones adiectitiae qualitatis, 365. Wer wurde bey den

den Römern exercitor genennt? 365. Wer war der magister nauis bey den Römern? 365. Was für Leute nahm man zu dieser Stelle? 365. Worauf gründet sich die actio exercitoria? 365. Das Wort nauis wird hier in einer sehr weitläuftigen Bedeutung gebraucht, 366. Was für Arten von Gewerbe wurden auf diesen Fahrzeugen getrieben, von denen in diesem Titel die Rede ist? 366. Wer kann actionem exercitoriam anstellen? 366. Der Contrahent kann klagen, wenn auch der Contract nicht mit dem Schiffskapitän selbst geschlossen worden ist, sondern mit seinem Substituten, 366. Von der Person des Beklagten, 367. Von mehrern Schiffsrhedern haftet jeder für das Ganze, 367. Auch wider ihre Erben kann die Klage angestellt werden, 367. Wie ist das Gesuch in der actione exercitoria einzurichten? 368. Es kommt alles darauf an, daß man sich nach der Instruction des Schiffskapitäns gerichtet hat, 368. Was für Einreden können gegen die actionem exercitoriam gebraucht werden? 368. Welche Einreden sind für unstatthaft zu halten? 368. Wenn wird actio exercitoria vtilis, oder actio quasi exercitoria angestellt? 369.

Lib. XIV. Tit. II.

de Lege Rhodia de iactu.

§. 883—890.

Worauf gründet sich die condictio ex Lege Rhodia de iactu? S. 369. Wenn in einer gemeinschaftlichen Gefahr, einer oder mehrere eine Einbuße des Ihrigen erlitten haben, wodurch es geschehen ist, daß die Sachen anderer Personen erhalten worden sind, so ist es billig, daß diejenigen, deren Sachen auf diese Weise erhalten worden sind, jenen ihren erlittenen Schaden verhältnißmäßig vergüten, 370. Was für Schäden gehören nach den Worten der Gesetze hieher? 370. Wer kann condictionem ex Lege Rhodia de iactu anstellen?

stellen? 371. Von der Person des Beklagten, 371. Wie ist die Bitte bey dieser Klage einzurichten? 371. Wie muß der Werth der geretteten Sachen bestimmt werden? 371. Wie wird der Preis der ausgeworfnen und verlohrnen Sachen angeschlagen? 371. Was für Einreden können wider die gegenwärtige Klage gebraucht werden? 372. Wenn hat actio ex Lege Aquilia statt? 372. Man kann einwenden, die gemeinschaftliche Gefahr sey durch den Auswurf aus dem Schiffe doch nicht abgewendet worden, 372. Es kann vorgeschützt werden, Kläger sey durch den Muthwillen eines Dritten um seine Sache gekommen, 373. Was ist Rechtens, wenn die Gefahr durch das Versehen eines Dritten verursacht worden ist? 373. Wenn kann vorgeschützt werden, Kläger habe seine Sache wieder bekommen? 373. Wie wurde in diesem Falle bey den Römern geklagt, und wie klagt man heutzutage? 374. Wenn kann die Einrede vorgeschützt werden, Kläger müsse den Schaden allein tragen? 374. Vom Strandrechte, 375. Wie ist dieses Recht entstanden? 376. Bey den alten Deutschen eigneten sich die Eigenthumsherrn Personen als ihr Eigenthum zu, wenn sie durch Schiffbruch ans Land getrieben worden waren, 376. Von Bergehäusern, 376. Vom Bergegelde, 377. Heutiges Tages gehört das Strandrecht zu den Benutzungen der Gewässer, 377.

Lib. XIV. Tit. III.

de institoria actione.

§. 891—893.

Warum wird der Erbe wegen der Handlungen seines Erblassers, der Pupill aus der That seines Vormundes, der Cessionar aus der Handlung des Cedenten verbindlich? S. 378. Der Regel nach kann man Jemanden wegen der verbindlichen That eines Dritten, dessen Erbe er nicht geworden ist, nicht verklagen, 379. Bey den actionibus adiectitiae qualitatis hat

hat man auf zweyerley zu sehen, 379. Die gerechte Ursache, worauf sich die actiones adiectitiae qualitatis gründen, besteht in der moralischen Theilnahme an der verbindlichen That des Dritten, 380. Es giebt viererley solche gerechte Ursachen, 380. Wird die gerechte Ursache in der Klage zugleich mit angeführt, so bekommt die Hauptklage einen Beynamen, 380. Die Natur der Hauptklage wird durch die hinzugekommene gerechte Ursache, warum sie wider eine dritte Person angestellt werden kann, nicht geändert, 380. Wird die besondere gerechte Ursache verschwiegen, so bleibt es bey dem Namen der Hauptklage, und die verschwiegene Qualität wird erst in der Replik angeführt, 380. Worauf gründet sich die actio institoria? 381. Was wird in Gesetzen unter dem Wort negotiatio verstanden? 381. Ist mit einem institor ein Contract geschlossen worden, so haftet der Herr des Gewerbes so gut, als wenn er selbst contrahirt hätte, 382. Was versteht man unter der Lex praepositionis bey dem institor? 382. Lieget in einer solchen Instruction auch eine stillschweigende Vollmacht zu gewissen Handlungen? 382. Wer kann die actionem institoriam anstellen? 383. Von der Person des Beklagten, 383. Warum haften mehrere Principale wegen des Ganzen? 383. Wie muß das Gesuch abgefaßt werden? 384. Wie kann man den mit dem Institor geschlossenen Contract beweisen? 384. Wenn darf die Einrede vorgeschützt werden, das Gewerbe sey dem Andern auf eine unverbindliche Art übertragen worden? 384. Man kann vorschützen, die ertheilte Instruction sey vom Institor überschritten worden, 385. In zweifelhaften Fällen wird vermuthet, ein Contrahent habe für sich contrahirt, 385. Es kann die Einrede vorgeschützt werden, der Contract sey mit keinem Institor geschlossen worden, 385. Man kann vorschützen, Kläger habe den Contract nach öffentlich widerrufener Präposition geschlossen, 386. Was für Einreden dürfen nicht wider die angestellte institorische Klage angestellt werden? 386. Von der actione quasi-institoria oder institoria vtili, 387. Diese Klage kann in zweyerley Fällen gebraucht werden, 387. Was

hat der Präponent zu thun, wenn er nicht für das Vergehen seines Factors stehen will? 387. Was für Klagen können außer der actione institoria gebraucht werden, weil ein Gewerbe durch einen Institor besorgt worden ist? 388. Kann der Herr des Gewerbes wider seinen Factor klagen? 388. Darf der Herr des Geschäfts aus dem Contract seines Institors wider denjenigen klagen, der mit diesem contrahirt hat? 389. Wenn der Institor nicht unter der Gewalt seines Präponenten stand, und dieser sich an solchem weder actione conducti noch actione mandati erhohlen kann, so kann er actionem quasi-institoriam aus dem Contracte anstellen, welchen der Institor mit dem Dritten geschlossen hat, 389. Was für eine Klage kann der Contrahent wider den Institor anstellen, mit dem er contrahirt hat? 390. Wenn kann wider den Factor wegen Handelssachen noch geklagt werden, wenn er gleich nicht mehr Factor ist? 390. Was für eine Klage kann der Factor wider denjenigen anstellen, mit dem er Namens der Handlung contrahirt hat? 391.

Lib. XIV. Tit. IV.

de tributoria actione.

§. 894. 895.

Was hat zu Einführung der tributorischen Klage Gelegenheit gegeben? S. 392. Was nennten die Römer merces peculiares? 392. Worauf gründete sich die actio tributoria? 392. Was wurde merx dominica genennt? 393. Wenn sagt man, die Vertheilung der Waaren, womit der Sohn oder Sclave gehandelt hatte, sey vom Vater nicht richtig unter die Gläubiger des Sohnes oder Sclaven vorgenommen worden? 393. Der Betrug des Vaters wurde nur als der entfernte Klagegrund betrachtet, 393. Wer konnte actionem tributoriam bey den Römern anstellen? 393. Von der Person des Beklagten, 394. Wie wurde das Gesuch der Klage

Klage eingerichtet? 394. Was für Einreden konnten wider diese Klage vorgeschützt werden? 394. Läßt sich von der tributorischen Klage heutzutage noch Gebrauch machen? 395.

Lib. XIV. Tit. V.

Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.

§. 896. 897.

Nach den ältern römischen Gesetzen konnte Niemand durch den Contract eines Andern verbindlich gemacht werden, selbst alsdenn nicht, wenn der Andere seiner Gewalt unterworfen war, S. 396. Wie milderte der Prätor diese Gesetze? 396. Wie wurde ein Contract angesehen, den ein der väterlichen Gewalt unterworfener Sohn geschlossen hatte? 397. Wenn konnte wider den Sohn auf die Erfüllung des von ihm geschlossenen Contracts geklagt werden, ob er gleich noch unter der väterlichen Gewalt stand? 397. In welchen Fällen ertheilte der Prätor den Söhnen das beneficium competentiae, wenn sie nach des Vaters Tode auf die Erfüllung des Contracts verklagt wurden, den sie beym Leben des Vaters geschlossen hatten? 398. Wenn hatte diese Rechtswohlthat nicht statt? 398.

Lib. XIV. Tit. VI.

de Senatusconsulto Macedoniano.

§. 898—904.

Was wurde durch das Sctum. Macedonianum verordnet? S. 399. Wodurch wurde die Abfassung dieses Gesetzes verursacht? 399. Der Sohn ist zwar der natürlichen Billigkeit nach zur Wiederbezahlung des Anlehns verbunden,

bunden, und kann das bezahlte Geld nicht wieder zurück fordern, 400. Gilt die eydliche Verzichtleistung auf den Macedonianischen Rathsschluß? 400. Nach dem Macedonianischen Rathsschlusse sind auch alle Contracte, wodurch die Kraft desselben gehemmt werden soll, ungültig, 401. Wenn der Sohn eigenes Vermögen besitzt, worüber er als ein wirklicher Hausvater disponiren darf, so kann er auch Geld darauf borgen, 401. Auf solche Güter, wovon der Vater den Nießbrauch zieht, darf der Sohn kein Geld borgen, 401. Wenn ist der Vater selbst verbunden, das dem Sohne gelehnte baare Geld wieder zu bezahlen? 402. Wie hat sich der Darleiher vorzusehen, damit der Vater verbindlich gemacht wird, das seinem Sohne gelehnte Geld selbst wieder zu bezahlen? 403. Die Einwilligung der Mutter oder des Hofmeisters sichert den Darleiher nicht, 403. Worin besteht die Wirkung des Macedonianischen Rathsschlusses? 403. Auch nach dem Tode des Kindes kann keine Bürgschaft zur Sicherheit des von ihm erborgten Darlehns vom Vater bestellt werden, 404. Wenn kann das Bezahlte sogar als eine Nichtschuld zurück gefordert werden? 404. Die Einrede des Macedonianischen Rathsschlusses kann noch bey der Hülfsvollstreckung vorgeschützt werden, und sie steht einem jeden Gläubiger, selbst einer Stadt oder einem Minderjährigen entgegen, 404. In welchen Fällen kann sich der Sohn nicht auf den Macedonianischen Rathsschluß berufen? 404. Alsdenn wird angenommen, der Vater habe stillschweigend in das Darlehn gewilligt, wenn er es gewußt und nicht widersprochen hat, 405. Wenn der Gläubiger ebenfalls ein Hausſohn ist, so darf sich der Schuldner nicht auf den Macedonianischen Rathsschluß berufen, 405. Der Sohn wird ferner verbindlich, wenn er das einem Andern, der kein Hausſohn war, gegebene Darlehn durch eine Novation zu bezahlen übernommen hat, 405.

Lib. XV. Tit. I.

de peculio.

§. 905—912.

Was nennten die Römer peculium? S. 407. Wenn hieß diese Art von Sachen peculium militare? 407. Wie war militia ſagata und militia togata unterſchieden? 407. Welche Dinge rechnete man zum peculio caſtrenſi des Sohnes? 407. Auch dasjenige, was ein Sohn mit dem Gelde, das zum peculio caſtrenſi gehörte, gekauft hatte, wird für peculium caſtrenſe gehalten, 408. Nur wirkliche Soldaten können ein Soldatenpeculium beſitzen, und keine Feldprediger und Kriegskommiſſäre, 408. Das peculium quaſi-caſtrenſe wird in einem öffentlichen Amte erworben, es mag ein geiſtliches oder ein weltliches ſeyn, 408. Was wird in Geſetzen puncti ſolatia genennt? 408. Wenn das Amt nur zur Erwerbung einer Sache Gelegenheit gegeben hat, ſo wird es ebenfalls mit zum peculio quaſi-caſtrenſi gerechnet, 409. Gehört auch dasjenige Geld zum peculio quaſi-caſtrenſi, was ein Student auf der Univerſität durch Repetition, oder Information verdient hat? 409. Viele Rechtsgelehrte führen auch donata a Principe vel Auguſta als Stücke des peculii quaſi-caſtrenſis an, 410. Wenn wird der Ausdruck peculium paganum gebraucht? 410. Was verſteht man unter dem peculio profectitio? 410. Wie iſt das peculium aduentitium vom peculio profectitio unterſchieden? 411. Was für Rechte haben die Geſetze mit dem peculio caſtrenſi oder quaſi-caſtrenſi verbunden? 411. Stirbt der Sohn, ohne ein Teſtament gemacht zu haben, ſo fällt dieſes Pekulium an ſeine Inteſtaterben, 412. Der Vater hatte bey Lebzeiten des Sohnes kein Recht auf das peculium caſtrenſe als das einzige, daß, wenn der Sohn eines Verbrechens wegen auf eine Inſel deportirt worden war, der Vater das peculium caſtrenſe behielt, 412. Was wurde durch kaiſerliche Conſtitutionem in Rückſicht auf die Inteſtaterbfolge des Vaters in

das peculium aduentitium seiner Kinder verordnet? 412. Das peculium militare behält seine Vorrechte, wenn auch der Sohn nicht mehr Soldat ist, oder das öffentliche Amt nicht mehr verwaltet, 413. Was für Rechte hat der Vater an dem peculio profectitio seines Sohnes? 413. Entläßt der Vater seine Kinder aus seiner väterlichen Gewalt, ohne ihnen das peculium profectitium vorher genommen zu haben, so wird angenommen, er habe es ihnen stillschweigend geschenkt, 413. Was für Rechte hat der Vater an dem peculio aduentitio seiner Kinder? 413. Wie lange kann der Vater auf den Nießbrauch dieses Pekuliums Ansprüche machen? 414. In welchen Fällen kann der Vater von diesem Pekulium etwas veräußern, ohne daß es eines obrigkeitlichen Dekrets bedurfte? 414. Stirbt ein Kind, welches ein peculium aduentitium besaß, so fällt dieses nach den Regeln der Intestaterbfolge auf die Eltern und Geschwister, 414. In welchen Fällen darf der Vater keinen Anspruch auf den Nießbrauch des peculii adventitii seines Kindes machen? 414. Wenn die Erbschaft des Kindes auf den Vater und die Geschwister des verstorbenen Kindes, vermöge der Intestaterbfolge gefallen ist, so kann er von den Erbportionen seiner Kinder keinen Nießbrauch fordern, 415. Verliehrt der Vater den Nießbrauch des adventizischen Pekuliums, so bald er übel damit gewirthschaftet hat? 416. Was für Rechte hat ein Kind über sein peculium aduentitium? 416. Wenn ist das peculium castrense entstanden? 417. Der Ursprung des peculii quasi-castrensis läßt sich nicht sicher angeben, 417. Zu welcher Zeit kam das peculium aduentitium auf? 417. Justinian setzte fest, daß alles, was die Kinder durch Glücksfälle oder ihre eigene Arbeit erwerben würden, zu ihrem peculio aduentitio gehören solle, 418. Wenn kann die actio de peculio angestellt werden? 418. Vom Kläger und Beklagten, 418. Wie ist das Gesuch einzurichten? 418. Bey einem filiofamilias wird allemal vermuthet, er besitze blos ein peculium profectitium, 419. Was versteht man unter dem priuilegio deductionis? 419. Kann die actio de peculio noch heutiges Tages gebraucht werden? 420. und 422.

Lib.

Lib. XV. Tit. II.

Quando de peculio actio annalis est.

§. 913.

Wie lange kann die actio de peculio angestellt werden, wenn der Sohn noch der väterlichen Gewalt unterworfen ist? S. 420. Warum führte der Prätor den Satz ein, daß die Klage aus dem Pekulium nach aufgehobener väterlicher Gewalt noch ein Jahr sollte angestellt werden können? 421. Der Prätor hat durch die Einführung der Klage aus dem Pekulium, die Hauptklage, welche aus dem Contract wider den Sohn selbst angestellt werden kann, nicht aufgehoben, 421. Wurde der Sohn zu der Zeit, wo er noch der väterlichen Gewalt unterworfen war, zur Erfüllung des Contracts verurtheilt, so mußte die actio iudicati bis nach aufgehobener väterlicher Gewalt ausgesetzt bleiben, 421. Wird der Sohn nach dieser Zeit auf die Bezahlung der ganzen Schuld exequirt, so kann er sich auf die Rechtswohlthat der Competenz berufen, 422.

Lib. XV. Tit. III.

de in rem verso.

§. 914—918.

Wenn hatte bey den Römern die actio de in rem verso directa statt? S. 422. Worauf gründet sich diese Klage? 423. Wenn sagt man, es sey des Andern sein Besztes befördert worden, folglich eine in rem versio vorhanden? 423. Wer kann actionem de in rem verso directam anstellen? 423. Vom Kläger und dem Beklagten, 424. Wenn kann diese Klage wider einen dritten Besitzer der Sache angestellt werden? 424. Wie muß die Bitte abgefaßt werden, wenn actio de in rem verso directa angestellt worden? 424.

Was für Einreden kann man wider diese Klage brauchen? 424. Wenn ist die Nutzverwendung als noch nicht hinlänglich bewiesen zu betrachten? 425. Wenn kann der Beklagte vorschützen, der Aufwand sey weder nöthig noch nützlich gewesen? 425. Es kann vorgeschützt werden, Beklagter habe schon dasjenige, was als Nutzverwendung gefordert werde, bezahlt, 426. Man kann vorschützen, ein anderer Gläubiger sey dem Kläger schon zuvorgekommen, 426. Bisweilen kann die Einrede gebraucht werden, Kläger fordere zu viel, 427. Der Beklagte kann vorschützen, er sey bereit, dem Kläger seine Klage, die er durch den Dritten erlangt habe, abzutreten, 428. Die Nutzverwendung darf deswegen nicht als nicht geschehen betrachtet werden, weil man keinen Effect davon sieht, 428. Ein Gläubiger muß vorsichtig seyn, und sich genau davon zu überzeugen suchen, daß die Nutzverwendung wirklich vorgenommen worden sey, 429. Wenn ich dem Sohne auf seine Versicherung, daß er zum Nutzen des Vaters Geld brauche, eine Summe vorschieſſe, und gleichwohl wendet es der Sohn nicht dazu an, kann ich wider den Vater auf die Bezahlung klagen? 429. Wenn kann actio de in rem verso vtilis angestellt werden? 429. Diese Klage hat statt, wenn man mit einem Geschäftsführer contrahirt hat, und der Contract war dem Herrn des Geschäfts vortheilhaft, 430. Wie ist die Klage in diesem Falle von der Klage aus der Geschäftsführung unterschieden? 430. Wenn hat die actio de in rem verso vtilis wider die Gesellschafter statt? 430. Unter welchen Umständen kann wider die Ehefrau, die mit ihrem Manne Geld geborgt hat, actio de in rem verso vtilis angestellt werden? 431. Auch wider den Pupillen kann diese Klage bisweilen gebraucht werden, 431. Bisweilen kann man die actionem quod iussu anstellen, weil sie vortheilhafter ist als die actio de in rem verso, 431. In mehrern Fällen kann man, wenn man mit einem freyen Menschen zu jemandes Besten contrahirt hat, diesen letztern aus dem Contract selbst belangen, 432. Was ist Rechtens, wenn der Contrahent kein freyer Mensch war? 432.

Lib.

Lib. XV. Tit. IV.
Quod iussu.

§. 919.

Was versteht man unter dem Worte iussus überhaupt? S. 433. Wenn sagt man, es sey eine Genehmigung vorhanden? 433. Was wird in Gesetzen als der Grund der Klage, welche actio quod iussu heißt, angenommen? 434. Wenn diese Klage statt haben soll, so muß der Mensch, welcher einen Contract geschlossen hat, unter desjenigen väterlicher oder herrschaftlicher Gewalt gestanden haben, auf dessen Befehl oder Genehmigung er den Contract geschlossen hat, 434. Nützlicher Weise kann diese Klage auch bey einer andern Gewalt gebraucht werden, 434. Der Contract oder Vertrag muß in des der väterlichen oder herrschaftlichen Gewalt unterworfenen Menschen eigenen Geschäften geschlossen worden seyn, 435. Vom Kläger, 435. Von der Person des Beklagten, 435. Was ist Rechtens, wenn mehrere Beklagte sind? 435. Wie ist das Gesuch einzurichten? 436. Wenn darf die Handlung des Vaters als kein iussus betrachtet werden? 436. Muß man den Willen des Vaters für einen iussum halten, so kann er gleich verklagt werden, und er kann die exceptionem ordinis nicht vorschützen, 436. Was ist Rechtens, wenn Jemand etwas geheissen hat, der dem Andern gar keinen Befehl geben konnte? 436. Vom Wiederruf des Befehls, 437. Borgt Jemand dem Sohne nach seines Vaters Tode Geld, so können die Erben des Vaters wegen dieser Summe nicht belangt werden, 438. Mit der actione quod iussu concurriren verschiedene andere Klagen, 438.

Lib. XVI. Tit. I.
ad Sctum. Vellcianum.

§. 920—927.

Unter den Kaisern August und Claudius wurden die Bürgschaften der Eheweiber für ihre Ehemänner untersagt, S. 440.

Was enthielt der Vellejanische Rathsschluß für eine Verordnung? 440. Was für Ursachen wurden in diesem Rathsschluß angeführt, weswegen den Frauenspersonen die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit nicht gestattet werden könne? 440. Wem kommt die durch den Vellejanischen Rathsschluß eingeführte Rechtswohlthat zu statten? 440. Welche Geschäfte einer Frauensperson sind nach der Absicht des Vellejanischen Rathsschlusses als verboten zu betrachten? 441. Die von einem Frauenzimmer übernommene Vertheidigung eines Angeklagten, wenn es auch ihr Mann, Kind oder Vater seyn sollte, ist unverbindlich, 441. Uebernimmt eine Frauensperson eine gemeinschaftliche Schuld ganz zu bezahlen, so haftet sie wegen des übernommenen Theils nicht, 442. Wenn muß der Bürge für eine Schuld, die eine Frauensperson zu bezahlen versprochen, haften? 442. Jeder Scheinhandel, wodurch die Verordnung des Vellejanischen Rathsschlusses unkräftig gemacht werden soll, ist ungültig, 442. Alle offenbar unbesonnene und nicht hinreichend erklärte Uebernahme einer fremden Schuld bindet eine Frauensperson nicht, 442. Was wird vermuthet, wenn eine Frauensperson die Bezahlung einer Schuld zugleich mit einer Mannsperson übernommen hat? 443. Die Verordnung des Vellejanischen Rathsschlusses kann in sehr vielen Fällen gar nicht angewendet werden, 443. Wenn eine Frauensperson bey Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit hinterlistig zu Werke gegangen ist, so muß sie bezahlen, 443. Warum gelten Schenkungen einer Frauensperson? 444. Der Vellejanische Rathsschluß fällt weg, wenn eine Frauensperson sogleich bezahlt, oder etwas an Zahlungsstatt hingegeben, oder ihren Käufer an einen Gläubiger überwiesen hat, 444. Wenn die Ehefrau den Vormündern ihrer Kinder, oder auch Fremden die Schadloshaltung versprochen hat, so kann sie sich nicht auf den Vellejanischen Rathsschluß berufen, 445. Wird eine Frauensperson durch die Bürgschaft nicht ärmer, so darf sie sich nicht auf den Vellejanischen Rathsschluß berufen, 445. Der Vellejanische Rathsschluß darf nicht vorgeschützt werden, wenn die Frauensperson eine Erbschaft gekauft hat, 445. Ist eine

eine Frauensperson majorenn, und sie bestätigt die übernommene Bürgschaft nach zwey Jahren, so kann sie sich auf den Vellejanischen Rathsschluß nicht weiter berufen, 446. War es schon bey den Römern gebräuchlich, daß eine Frauensperson auf die Rechtswohlthaten des Vellejanischen Rathsschlusses Verzicht leisten konnte? 446. Ob eine Ehefrau der Authentica si qua mulier ohne Eyd entsagen könne, ist zweifelhaft, 447. Der Vellejanische Rathsschluß verbot jede Art der Intercession eines Frauenzimmers, 447. Was für Rechte hat eine Frauensperson, wenn sie wider das Verbot des Vellejanischen Rathsschlusses, eine fremde Bürgschaft übernommen hat? 448. Wenn kann die Frauensperson wegen übernommener Intercession actione mandati klagen? 448. Die bürgerlichen Gesetze haben die Verbindlichkeit einer Frauensperson aus der geleisteten Intercession für nichtig erklärt, 448. Beruft sich eine Frauensperson auf den Vellejanischen Rathsschluß, so wird die Klage wider den Hauptschuldner wieder hergestellt, 449. Was muß in diesem Falle für eine Klage gebraucht werden? 449. Wenn ist die Intercession einer Frauensperson ganz nichtig, so, daß sie es nicht einmal nöthig hat, sich auf den Vellejanischen Rathsschluß zu berufen? 450. In welchen Fällen muß eine Frauensperson die Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses vorschützen, wenn sie von der wider sie angestellten Klage losgesprochen seyn will? 450. Warum verlangt Justinian ein öffentliches und von drey Zeugen unterschriebenes Instrument? 451. Ist die Intercession einer Frauensperson in einem von den sogenannten privilegirten Fällen auch ungültig, wenn kein öffentliches von drey Zeugen unterschriebenes Dokument darüber ausgestellt worden ist? 451. Wie wird die geschehene Renunciation auf den Vellejanischen Rathsschluß in der darüber ausgestellten Urkunde angeführt? 452. Wenn bedarf es keiner Specialrenunciation? 453. Wird eine Ehefrau verbindlich, wenn sie nach dem Tode ihres Mannes die für ihn geleistete Bürgschaft nochmals wiederhohlt hat? 453.

Lib.

Lib. XVI. Tit. II.

de compensationibus.

§. 928—937.

Was versteht man unter der Compensation? S. 454. Sie setzt eine wechselseitige Schuld voraus, 455. Die Compensation wird von den Rechtslehrern in die freywillige und in die nothwendige eingetheilt, 455. Worin sind diese Arten der Compensation unterschieden? 455. Einige Rechtslehrer haben die Compensation in temporalem und perpetuam eingetheilt, 455. Vor dem Justinian konnte man die Compensation gegen Verbindlichkeiten des strengen Rechts nicht anders vorschützen, als durch die Einrede des Betrugs, 455. Die Compensation kann nur zwischen eben dem Gläubiger und Schuldner gebraucht werden, 456. Wider welche Personen kann man die Compensation vorschützen? 456. Wenn kann sie auch gegen den Fiskus gebraucht werden? 456. Gegen welche Personen darf die Compensation nicht gebraucht werden? 456. Die Compensation erfordert eine gegenseitige Schuld, 457. Eine ungerechte Forderung ist so gut als gar keine, sie begründet also auch keine Compensation, 457. Wenn ich einem Haussohne aus einem Kaufcontracte etwas schuldig bin, er ist mir aber aus einem Darlehn etwas schuldig, so kann ich die Compensation gegen ihn brauchen, 457. Soll die Compensation statt finden, so muß die wechselseitige Schuld auch liquid seyn, 458. Wie ist die Regel zu verstehen: liquidi cum illiquido nulla est compensatio? 458. Wer gegen den Fiskus die Einrede der Compensation vorgeschützt hat, muß sie binnen zwey Monaten beweisen, 459. Soll die Compensation statt finden, so müssen die Schuldposten von einerley Beschaffenheit seyn, 459. Bey versprochenen Handlungen kann keine Compensation gebraucht werden, 460. Was für Würkungen sind mit der Compensation verbunden? 460. Von dem Augenblicke an, wo die wechselseitigen Schuldforderungen existirten, erlöschen sie beyde völlig, oder die eine wird wenigstens nach dem Be-

Betrage der Gegenforderung getilgt, 460. Ist die eine Schuld größer als die andere, so wird nur die concurrente Summe getilgt, 461. Die Verbindlichkeit hört nicht erst von der Zeit an auf, wo die Einrede der Compensation vorgeschützt worden ist, 461. Durch diese Einrede wird oft mehr, als durch eine Klage gewonnen, 461. In welchen Fällen kann man sich nicht auf die Compensation berufen? 461. Was versteht man unter dem Retentionsrechte? 462. Worauf gründet sich dieses Recht? 463. Was nennt man bey dem Retentionsrechte ein debitum connexum? 463. Es kann in allen Fällen ausgeübt werden, wo Jemand durch eine sogenannte Gegenklage seine Forderung suchen kann, 462.

Lib. XVI. Tit. III.

depositi vel contra.

§. 938—945.

Was versteht man unter dem Verwahrungscontracte? S. 464. Kann man nur bewegliche Sachen deponiren? 464. Wenn ein depositum rei immobilis existiren soll, so darf ich keine besondern facta, sondern blos eine allgemeine Aufsicht über die Sache versprechen, 465. Weil der Depositarius nur für die grobe Nachläßigkeit stehen muß, der Mandatarius aber culpam leuem prästirt, so ist dieser Unterschied nicht ohne praktischen Nutzen, 465. Körperliche und unkörperliche Sachen können deponirt werden, 465. Die dem Depositarius eigenthümlich gehörenden Sachen können nicht deponirt werden, 465. Das Wesen des Depositums bringt es mit sich, daß man die Aufsicht der Sache umsonst übernimmt, 466. Durch ein Honorarium wird die Natur des Depositums nicht verändert, 466. Warum wird der Depositarius wegen einer begangenen Untreue ehrlos? 466. Wie ist ein depositum regulare und irregulare unterschieden? 466. Warum ist der Deponent wegen der geringsten Nachläßigkeit, die er sich in Rücksicht auf den Depositarius zu Schulden kommen lassen, verantwortlich? 467. Der Regel nach ist der Depositarius nur wegen einer bey der Aufsicht begangenen groben Nachläßigkeit

läßigkeit verantwortlich, 467. Diese Regel hat mehrere Ausnahmen, 468. Wenn muß der Depositarius für die Unglücksfälle stehen? 468. Wie ist ein depositum simplex und miserabile unterschieden? 469. Wer bey den Römern ein depositum miserabile erhalten hatte, er leugnete aber den Empfang desselben und gleichwohl wurde er überwiesen, daß er die Sache wirklich angenommen habe, so mußte er den Werth doppelt bezahlen, 469.

§. 946. 947.

Wegen eines Depositums kann possessorisch und petitorisch geklagt werden, S. 469. Worauf gründet sich die actio depositi directa? 470. Welche Verbindlichkeiten entstehen aus der Natur des Depositums? 470. Der Kläger ist der Deponent, wenn er auch ein filiusfamilias seyn sollte, 470. Wie muß unterschieden werden, wenn mehrere Personen etwas zur Verwahrung gegeben haben, und sie wollen auf die Zurückgabe des Depositums klagen? 471. Von der Person des Beklagten, 471. Was ist Rechtens, wenn die Sache mehrern Personen zur Verwahrung übergeben worden ist? 472. Was ist bey mehrern Erben des Depositarius Rechtens, wenn von Anstellung der directen Klage aus dem Depositum die Rede ist? 472. Wenn kann actio depositi vtilis wider den Dritten angestellt werden? 473. Wie muß das Gesuch in der Hauptklage aus dem Depositum eingerichtet werden? 474. Wenn kann der Werth der deponirten Sache gefordert werden? 474. In welchen Fällen kann auf die Zurückgabe des Depositums exekutivisch geklagt werden? 474. Wie ist das Gesuch in Ansehung des Schadensersatzes einzurichten? 475. Wenn können Zinsen gefordert werden? 475. Was für Einreden kann man der directen Klage aus dem Depositum entgegen setzen? 476. Wie lange konnte man bey den Römern auf die poenam dupli klagen? 476. Geht es an, bey entstandener Feuersgefahr seine eigenen schlechten Sachen zu retten, und die viel kostbarern zur Verwahrung niedergelegten verbrennen zu lassen? 477. Darf das Retentionsrecht wider ein Depositum gebraucht werden? 478. Kann die Einrede

rede des Spoliums vorgeschützt werden, wenn man auf die Zurückgabe der deponirten Sache belangt worden ist? 479. Bey dem Depositum darf die Einrede der Compensation nicht vorgeschützt werden, 479. Warum hat die exceptio doli mali wider das Depositum nicht statt? 479. Man darf die Zurückgabe des Depositums durch die Einrede des an der Sache habenden dinglichen Rechts nicht verweigern, 480. Von der Gegenklage aus dem Verwahrungscontracte, 481. In welchen Fällen muß actio depositi contraria angestellt werden? 481. Vom Kläger und Beklagten, 481. Von der Abfassung des Gesuchs in dieser Klage, 481. Was für Einreden können dieser Klage entgegen gesetzt werden? 482. Von den Possessorienklagen, die bey dem Verwahrungscontract gebraucht werden können, 483.

§. 948. 949.

Was versteht man unter der Sequestration? S. 484. Wie ist die Sequestration vom Depositum verschieden? 485. Wenn darf eine Sequestration vorgenommen werden? 486. Was für Pflichten hat der Sequester zu beobachten? 486. Was für Klagen können wegen einer vorhandenen Sequestration gebraucht werden? 487. Wenn hat actio sequestraria directa statt? 488. Vom Kläger und Beklagten, 489. Von der Abfassung des Gesuchs, 489. Was für Klagen haben statt, wenn actio sequestraria directa angestellt worden ist? 490. Von der actione sequestraria contraria, 491. Kann der Sequester auch possessorische Rechtsmittel brauchen? 492. Wenn muß actio sequestraria vtilis angestellt werden? 494. Wie ist ein Depositionsschein abzufassen? 495.

Lib. XVII. Tit. I.

Mandati vel contra.

§. 950—960.

Allgemeine Bemerkungen über das Wesen der Consensualcontracte, S. 496. Von der Natur derselben, 498. Von der

der schriftlichen Abfassung derselben, 498. Was versteht man unter dem Vollmachtscontracte? 499. Es giebt verschiedene Eintheilungen der Vollmacht, 499. Von mündlichen, schriftlichen, vermutheten Vollmachten, 499. Von General- und Specialvollmachten, 500. Von gerichtlichen und außergerichtlichen Vollmachten, 500. Vom mandato in rem suam und in rem alienam, 501. Das mandatum wird in simplex und qualificatum eingetheilt, 501. Wie muß die Einwilligung bey dem Vollmachtscontracte beschaffen seyn? 503. Der Vollmachtscontract soll nur über erlaubte und ehrbare Geschäfte geschlossen werden, 502. Ein Auftrag wird der Regel nach unentgeltlich übernommen, 503. Was ist Rechtens, wenn der Bevollmächtigte die Grenzen seiner Vollmacht überschritten hat? 504. Warum wird der Bevollmächtigte ehrlos, wenn er sich eines Betrugs gegen den Principal schuldig gemacht hat? 505. Die Frage, welchen Grad von culpa der Mandatarius zu leisten habe, ist sehr streitig, 505. Wie ist der Vollmachtscontract von ähnlichen Geschäften unterschieden? 507. Von der Empfehlung, 509. In welchen Fällen ist der Vollmachtscontract als beendigt zu betrachten? 511. Von der Zurücknehmung der Vollmacht, 513. Von der Hauptklage aus dem Vollmachtscontracte, 514. Von der Gegenklage aus dem Vollmachtscoutracte, 519. Von den übrigen Klagen in Rücksicht auf den Vollmachtscontract, 533.

Lib. XII. Tit. I.

de rebus creditis.

§. 776.

Mit dem ersten Titel dieses zwölften Buchs wird der Anfang gemacht, Grundsätze von Realcontracten vorzutragen. Contractus reales heißen solche Contracte, deren verbindliche Kraft in der Erfüllung von Seiten des Einen Contrahenten liegt. Wenn ein römischer Bürger mit einem andern paciscirt hatte, so war dieser Vertrag entweder in feyerlichen Worten verabredet worden, oder dieses war nicht geschehen. Im ersten Falle war ein contractus formularius geschlossen worden; im letzten aber war entweder einer von folgenden fünfen vorhanden, emtio, locatio, societas, mandatum, emphyteusis, oder der Contract gehörte nicht darunter. Gehörte der Contract unter die angeführten fünfe, so wurde er contractus consensualis genennt. Konnte man den geschlossenen Vertrag nicht unter die Consensualcontracte rechnen, so kam es darauf an, ob er von dem einen Paciscenten bereits erfüllt worden war, oder nicht. Hatte ihn noch keiner von den Paciscenten erfüllt, so wurde der Vertrag pactum nudum genennt; wenn er aber bereits von einem der Paciscenten erfüllt worden war, so hieß der Vertrag contractus realis. Schloß z. B. A und B den Vertrag, daß A dem B sein Pferd, und B dem A seinen Ochsen dafür geben solle, so hieß der Vertrag pactum nudum; sobald aber entweder A das Pferd an

den B abgeliefert hatte, oder B dem A den versprochenen Ochsen übergeben hatte, so wurde das pactum in einen Realcontract verwandelt. Von diesen Realcontracten ist zu merken: 1) daß sie sämmtlich aus pactis nudis entstehen; denn vor dem Darlehn geht das pactum de mutuo dando vorher; vor dem Leihcontract das pactum de commodando; vor dem Depositum das pactum de deponendo; vor dem Pfandcontracte das pactum de pignore dando, vor dem Tausch das pactum de permutando, u. s. f. Bey den Römern entstand aus dem vor dem Realcontract vorhergehenden Vertrage keine Klage. Man konnte daher z. B. aus dem pacto de mutuo dando nicht klagen, das heißt, wenn Jemand dem Andern versprochen hatte, ihm ein Darlehn zu geben, und er hielt sein Wort nicht, so konnte er auf die Erfüllung dieses Versprechens nicht verklagt werden. Heutiges Tages entsteht zwar aus diesen Verträgen eine Klage; sie sind aber deswegen doch von den darauf folgenden Contracten immer noch verschieden; denn etwas anders ist der Vertrag, ich will dir ein Darlehn geben; der Vertrag, ich will dir ein Pfand geben, und etwas anders ist der Darlehnscontract, wo ich das Darlehn wirklich abliefere; der Pfandcontract, wo ich das Pfand wirklich abgebe. Daher entsteht auch bey uns aus dergleichen Verträgen nicht eben dieselbe Klage, die aus einem vorhandenen Realcontracte angestellt werden kann. 2) Ist zu bemerken, daß die Realcontracte diesen Namen nicht deswegen erhalten haben, weil die daraus entstehende Klage eine Realklage ist; denn Realklagen entstehen blos aus dinglichen Rechten, ein Contract verschafft aber blos ein persönliches Recht; sondern die Ursache der Benennung, contractus realis, liegt vielmehr darin, daß die verbindliche Kraft dieser Contracte in re, das heißt, in der geschehenen Erfüllung des Vertrags liegt.

Man theilt die Realcontracte in contractus nominatos und innominatos ein, und nominati contractus giebt es viere, nämlich mutuum, commodatum, depo-

posi-

positum, pignus. Sie entstehen alle aus pactis, wo nur der eine Theil Etwas von dem seinigen hergiebt. Bey einem Darlehn borge ich dem Andern eine Sache, ohne etwas dafür zu bekommen; bey dem Leihcontracte verstatte ich dem Andern den Gebrauch meiner Sache umsonst; in dem Depositum verwahrt der Andere meine Sache, ohne Etwas dafür fordern zu können; vermöge des Pfandcontracts übergebe ich dem Andern meine Sache zur Sicherheit der Schuld. Alle übrigen Realcontracte, außer den vier benannten, heißen contractus innominati, und sie werden in vier Classen eingetheilt, nämlich do vt des, do vt facias, facio vt des, facio vt facias. Sie entstehen sämmtlich aus solchen Verträgen, wo beyde Theile Etwas einander von dem ihrigen überlassen.

§. 777 — 780.

Das Darlehn, mutuum, besteht darin, daß man dem Andern eine fungibile Sache dergestalt giebt, daß er Eigenthümer davon werden, und eine andere von gleicher Qualität und Quantität zurückgeben soll. Von den Personen, welche diesen Contract schließen, wird die eine der Darleiher, mutuans, genennt, und die andere der Schuldner, mutuatarius. Fungibile Sachen heißen hier bewegliche Sachen, die man im Handel und Wandel einander zuzählt, zumißt, zuwiegt, welches bey Getraide, Fleisch, Wein, Bier, Geld, Eyern, Aepfeln, Birnen, Pflaumen u. dgl. der Fall ist. Von solchen fungibilen Sachen gilt der Satz: tantumdem est idem, oder vna res fungitur vice alterius; das heißt, gewöhnlich ist es uns ganz einerley, ob man dieses Individuum oder ein anderes von gleicher Qualität und Quantität hat; es kann bey dergleichen Dingen kein pretium affectionis statt finden. Es ist z. B. Jedermann völlig einerley, ob er diesen Scheffel Korn bekommt, oder einen andern von gleicher Güte. In den mehresten Fällen wird bey dem Darlehn Geld gegeben; es geht aber auch an, Getraide,

Brod, Butter, Wein und jede andere verzehrbare Sache zu verlehnen. Diese Sache übergiebt man dem Andern; denn so lange die Ablieferung fehlt, ist noch kein Darlehnscontract geschlossen worden. Hat der Andere meine Sache schon in Händen, so ist es genug, wenn ich erkläre, daß er sie als ein Darlehn behalten soll; es ist genug, daß ich sie ihm brevi manu übergebe. Gesetzt, ich habe Jemandem Geld gegeben, damit er es aufbewahren und für die Sicherheit sorgen soll; oder mein Commissionair hat Geld für mich eingenommen. In diesen Fällen kann traditio brevi manu geschehen; ich kann erklären, er solle dieses Geld als Darlehn behalten. Diesen Satz scheint Africanus in der L. 34. pr. D. mand. offenbar zu mißbilligen, wo es heißt: qui negotia Lucii Titii procurabat, is cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistolam ad eum emisit, qua significarat, certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi se debiturum cum vsuris semissibus. Quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit? Et an vsurae peti possint? Respondit *non esse creditam;* alioquin dicendum, ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Diese Schwierigkeit haben Idsinga [a]) und Andere dadurch zu heben gesucht, daß sie annehmen, Lucius Titius müsse auf den Brief seines Commissionairs nicht geantwortet haben.

Die Ursache der Ablieferung besteht darin, daß der Andere Eigenthümer der erhaltenen Sache werden soll. Er kann also darüber nach Gefallen disponiren. Hieraus folgt, daß das mutuum eine Alienation enthalte; denn eine Alienation ist nichts anders, als die Uebertragung meines Eigenthums an einen Andern. Salmasius stellte in seinem Buche de vsuris den Satz auf, das mutuum sey keine Alienation. Darüber gerieth er mit den Juristen seiner

a) Idsinga in Diss. de mutuo, in Oelrichs thes. nou. diss. belgic. Vol. I. Part. I. pag. 147.

seiner Zeit in einen Streit, der viele Schriften veranlaßt hat. Die Geschichte dieses Streits hat der verstorbene Walch [b]) erzählt. Die Argumente des Salmasius sind alle leicht zu beantworten, wenn man nur zwischen der Quantität und der körperlichen Sache, die der Gläubiger dem Schuldner darleihet, corpora quae mutuo dantur, distinguirt. Die Quantität, welche man Jemandem borgt, alienirt man nicht, das heißt, man begiebt sich nicht des Rechts, diese Quantität wieder zu fordern; hingegen die körperliche Sache, welche man übergeben hat, wird alienirt; denn man giebt dem Andern das Eigenthum derselben. Deswegen, weil die Quantität nicht alienirt wird, bemerkt Ulpian in der L. 55. D. de solut. nummi non alienantur, qui sic dantur vt recipiantur, das heißt, sie werden nicht gänzlich, nicht in allem Betracht alienirt. Auch nennt man eben deswegen geborgtes Geld aes alienum, weil der Schuldner so viel, als er bekommen hat, restituiren muß; weil die Summe res aliena ist.

Der Vertrag, daß mir der Schuldner weniger zurückgeben soll, als er bekommen hat, ist gültig; denn ich habe ihm in diesem Falle den Ueberrest geschenkt; hingegen der Vertrag, daß er mehr zurückgeben soll, als er erhalten hat, war bey den Römern unverbindlich, wenn er nicht durch eine Stipulation befestigt worden war. In der L. 17. D. h. t. sagt Paulus: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit. Heutiges Tages ist dieser Vertrag verbindlich, nur muß kein unerlaubter Wucher darunter verborgen seyn. Wenn ich z. B. Jemandem 500 Rthlr. borgen und mir versprechen lassen wollte, daß mir der Schuldner nach zwey Jahren 700 Rthlr. wieder bezahlen solle, so würde der Vertrag ungültig

b) Walch introd. in controu. pag. 495. tert. edit. Ayrer in Diss. de arbitrio iudicis circa vsuras pecuniae mutuaticiae, §. 4. Idsinga in cit. Diss. cap. 4.

seyn; denn ich würde auf diese Weise 150 Rthlr. mehr als Zinsen erhalten, da doch die Gesetze nur 5 Procent Zinsen zu nehmen erlauben.

Die Römer verstanden unter einem **Darlehn** zweyerley Gattungen, nämlich ein **unentgeltliches** und ein **zinsbares**. Das Wort mutuum zeigte bey ihnen denjenigen **dinglichen unentgeltlichen** Contract an, wodurch der Gläubiger dem Schuldner eine Gattung von **verzehrbarer** Sache mit der Bedingung eigenthümlich übergab, daß er zu der gehörigen Zeit eben so viel, in derselben Gattung, Zahl und Güte, wieder zurückgeben solle. Von diesem **unentgeltlichen** Darlehn unterschieden sie 1) das **zinsbare Darlehn**, oder den contractum foenoris, wobey durch eine solenne Stipulation Zinsen versprochen wurden; denn blos durch diesen accessorischen Contract konnte die Unentgeltlichkeit des Darlehns in einen zinsbaren Vorschuß verwandelt werden. Das **Darlehn** sollte bey den Römern seiner Natur nach unentgeltlich seyn, und keine Zinsen davon genommen werden, sogar daß die Zinsen nicht einmal durch ein sogenanntes pactum adiectum versprochen werden durften [c]). Heutzutage findet der Unterschied zwischen dem Darlehn und dem contractu foenoris nicht statt, und unsere Darlehne sind mehr für zinsbar und als für unentgeltlich zu halten, zumal bey solchen Gläubigern, welche sich mit zinsbarer Ausleihung der Capitalien abgeben, damit Gewerbe treiben, oder von Zinsen leben; wenn hingegen ein besonderes Wohlwollen oder die nahe Blutsfreundschaft zu dem Darlehn Anlaß gegeben hat, so kann dieses wohl die Vermuthung eines unentgeltlichen Darlehns begründen. Daß der contractus foenoris in Teutschland nicht vom Darlehn unterschieden sey, beweißt auch der Mangel einer eigenen Benennung. Wir nennen beydes Darlehn, von Seiten des

c) L. 17. pr. D. de pact. L. 11. §. 1. D. h. t. Nov. 136. c. 4.

des Gläubigers, Anlehn von Seiten des Schuldners. Der Ausdruck: Vorschuß, wird bey beyden Theilen gebraucht. Von einem Darlehn ist 2) heutigestages das Versprechen, eine Summe gegen festgesetzte Bedingungen vorschießen zu wollen, darin unterschieden, daß hier noch keine Uebergabe oder Auszahlung geschehen ist. In Teutschland, wo alle ehrbare Verträge verbindlich sind, entspringt aus einer solchen bestimmten Zusage eines Darlehns, wenn der Schuldner den Gläubiger nicht hintergangen hat, und sich nicht erst nachher die Unzahlfähigkeit des Schuldners zeiget, die Verbindlichkeit, entweder das Darlehn zu zahlen, oder Entschädigung zu leisten. 3) Ist von dem unentgeltlichen Darlehne das unzugesiegelt zur Verwahrung übergebene Geld, depositum irregulare, unterschieden; 4) die ohne Verbindlichkeit bezahlte Schuld, promutuum; 5) das stillschweigende Darlehn, welches wegen einer langejährigen Zinszahlung angenommen wird; und 6) das unablegliche Darlehn, welches auf Grundstücken dergestalt haftet, daß es ohne Bewilligung des Gläubigers nie zurückbezahlt werden kann.

Wenn in Hinsicht auf die Gattung der Münze unter den Contrahenten nichts verabredet worden, so kann der Darleiher nicht verlangen, daß ihm die dargelehnte Summe in der gleichen Münzgattung, worin das Anlehn bezahlt wurde, zurückgegeben werde [d]), sondern so wie die Natur des Darlehnscontracts es mit sich bringt, daß der Schuldner eben so viel in gleicher Art und Güte zurück gebe, als er empfangen hat, so muß sich auch der Darleiher begnügen, wenn ihm der Schuldner in jeder gangbaren Münze eben so viel, als er bekommen hat, zurückbezahlt;

d) Carpzov in Iurispr. for. Part. II. Const. 29. Def. 2. Lavterbach in differ. princ. iur. ciuil. et can. cum Hamb. statut. §. 46. Lyncker Dec. Ien. 1320. Madihn comment. sist. causam debitoris circa pecuniae solutionem, mutato post contractum nummorum valore, §. 11.

nur ist er bey einer großen Summe nicht mehr als 25 Gulden Scheidemünze anzunehmen schuldig [e]). Wenn ausdrücklich, ohne die gegebene Münzgattung zu bestimmen, die Rückbezahlung in einer zur Zeit derselben gangbaren Münze versprochen wird, so muß der Schuldner, wenn nur kein Zinswucher darunter versteckt ist, in der zur Zeit der Rückgabe gangbaren Münze bezahlen, wenn sie gleich jetzt von besserem innerlichen Gehalt, als zur Zeit des Anlehns ist [f]); aber auch der Gläubiger ist alsdenn ohne Rücksicht auf die mit dem innern Gehalt vorgegangene Veränderung verbunden, die Rückbezahlung in jeder zur Zeit derselben gangbaren Münze anzunehmen, weil in diesem Vertrage von beyden Seiten die Erklärung liegt, daß man auf den innerlichen Gehalt der zum Anlehn gegebenen Münze keine Rücksicht nehmen, sondern es dem Zufall überlassen wolle, wer dabey gewinne oder verliere [g]); nur versteht es sich von selbst, daß, wenn der Darleiher in guten Münzen das ausgelehnte Geld gegeben, und ihm die Zurückbezahlung in gangbarer Münze versprochen worden, ihm bey derselben nicht solche schlechte Münzsorten aufgedrungen werden dürfen, welche in schlimmen Zeitläuften mehr geduldet, als öffentlich gebilligt werden, und meistens um die Hälfte weniger innerlichen Werth haben, als sie haben sollten [h]). Wenn also ohne Bestimmung der gegebenen Münzsorten nur überhaupt eine gewisse Summe,

e) Kais. Ferdinands Münzverordnung v. J. 1559. §. die jetzt gemeldte. Hr. HR. Schmid in der Abhandlung: in welchen Münzsorten ist eine Geldschuld abzutragen? §. 136. Carpzov l. c. Part. II. Const. 29. Def. 3.

f) Schmid in den rechtl. Entscheidungen, S. 309 und 312. Strubens rechtl. Bedenk. im 4ten Thl. 63tes Bedenk.

g) Kohl in Exerc. Leg. 18. nr. 26. Lyncker in Dec. Ien. 115 et 133. Schmid in der angef. Abhandl. §. 165.

h) Besold in recapitulat. monetalium Qu. qu. 1. pag. 5 sqq.

Summe, z. B. tausend Gulden in der Schuldverschreibung ausgedrückt, und über die Münzsorte bey der Wiederbezahlung nichts, oder nur, daß sie in gangbaren Münzen geschehen solle, ausgedrückt ist, so kann der Schuldner allemal, ohne Rücksicht auf den innern Gehalt, nur eben die Summe in jetzt gangbaren Münzsorten zurückzahlen, jedoch in dem Münzfuße, welcher zur Zeit des Anlehns statt hatte [i]). Habe ich daher z. B. tausend Gulden Conventionsgeld im damals üblichen Zwanzig-Guldenfuß gegeben, so muß mir die Schuld immer in gleichem Münzfuße zurückbezahlt werden, wenn gleich zur Zeit der Wiederbezahlung der Vierundzwanzigguldenfuß eingeführt worden seyn sollte [k]); gleichwie hingegen, wenn der Darleiher die Münzen in hohem Werth, z. B. den Thaler zu sechs Gulden ausgeliehen, er sie in gleichem Werthe zurücknehmen muß, wenn gleich der äußerliche Werth der Münze, z. B. des zu 6 Fl. gegebenen Thalers auf 1 Fl. 30 Kr. gefallen ist [l]). In dieser Hinsicht muß immer derjenige beweisen, welcher behauptet, daß das Anlehen in einem andern Münzfuße gegeben worden, als welcher zur Zeit der Wiederbezahlung gilt. Es ist daher um so mehr der Vorsicht gemäß, in der Schuldverschreibung den Münzfuß anzugeben; da verschiedene Rechtsgelehrte behaupten, daß, wenn solches nicht geschehen sey, wenn gleich die Bezahlung in einer gewissen Münzsorte, z. B. in alten vollwichtigen Louisd'ors versprochen worden, der Schuldner dieselbe immer in dem Werthe, den sie zur Zeit der Bezahlung haben, bezahlen müsse und dürfe [m]).

i) Kohl. in exerc. Leg. 18. nr. 20 et 23.

k) Carpzov in Iurispr. forens. Part. II. Const. 28. Def. 5. Wernher in Obs. Tom. II. Part. VII. Obs. 218. Schoepf in Dec. Tom. I. Dec. 27. nr. 16.

l) Besold in recapit. monet. Qu. qu. 2. pag. 21 sqq. Bardili de resignatione sortis, §. 48.

m) Madihn in cit. comment. §. 9. n. 2 et 3.

Der Darleiher ist übrigens niemals schuldig, die Bezahlung in einer Münze, welche zur Zeit derselben schon verrufen ist, anzunehmen, wenn er auch das Anlehn in einer gleichen Münze, die aber zur Zeit der Auszahlung galt, bezahlt haben sollte n), hingegen in jeder zur Zeit der Wiederbezahlung gangbaren Münze muß er sich, der Regel nach, die Zurückbezahlung des Darlehns gefallen lassen, wenn auch die Münze wenige Tage nachher verrufen und außer Umlauf gesetzt wird, wiewohl einige Rechtslehrer o) dieses nicht zugeben wollen, es müßte denn der Schuldner die Bezahlung ohne Ursache verzögert, oder auf andere Art betrüglich dabey gehandelt haben; am vorsichtigsten handelt daher der Gläubiger, wenn er sich die Wiederbezahlung in Münzsorten versprechen läßt, die der Abschätzung nicht unterworfen sind.

§. 781.

Das Darlehn wird zwischen dem Gläubiger, welcher den Vorschuß thut, und dem Schuldner, welcher selbigen bekommt, geschlossen, obgleich die Ausdrücke: creditor und debitor im weitläuftigsten Verstande von allen persönlichen Verbindlichkeiten gebraucht werden. So viel den Gläubiger insbesondere betrifft, muß selbiger über die zum Darlehn gegebene Summe oder verzehrbare Sache völlig freye Macht zu schalten und zu walten haben, weil sich dieser Contract nicht ohne Uebertragung des Eigenthums der vorgeschossenen Summe denken lässet p). Daher kann der Pupill, der Minderjährige, der Verschwender

n) Carpzov in Iurispr. for. Part. II. Const. 28. Def. 3. Schmid in der angef. Abh. §. 152 u. 156 flg.

o) Leyser Spec. 529. Med. 20. Schmid a. a. O. §. 142 flg.

p) Pr. Inst. quib. mod. re contr. L. 2. §. 2 et 4. L. 4. pr. L. 11. pr. L. 16. et §. pen. D. h. t. L. 6. D. de verb. oblig.

schwender nicht anders Geld oder andere Sachen verlehnen, als mit Bewilligung des Vormundes oder Pflegers. Ist es ohne diese Bewilligung geschehen, so kann die verlehnte Sache zurück gefordert werden, und wenn sie noch vorhanden ist, hat die Vindication statt, ist sie aber consumirt, z. B. der Schuldner hat das geborgte Geld ausgegeben, den geborgten Wein getrunken, das Brod gegessen, so ist sie entweder bona fide consumirt, oder mala fide. Man sagt, sie sey bona fide consumirt, wenn der Schuldner geglaubt hat, der Gläubiger sey berechtigt gewesen, das Darlehn zu geben, hingegen wird sie mala fide consumirt genennt, wenn der Schuldner es wohl wußte, daß der Ausleiher kein Recht dazu hatte. Hat er sie bona fide consumirt, so kann er condictione sine causa belangt werden, daß er eine andere Sache von gleicher Qualität und Quantität zurückgebe; jedoch wird die hier statt findende Klage von einigen, nach dem Beyspiel der Basilika, auch die actio de bene depensis genennt q). Ist der Empfänger in mala fide gewesen, so hat nicht nur condictio sine causa, sondern auch actio ad exhibendum statt r). Wenn Jemand eine fremde Sache, ohne Auftrag vom Eigenthümer dazu zu haben, ausleihet, so ist der Contract ebenfalls ungültig, und der Eigenthümer kann die Sache mit eben den Klagen, wie bey dem vorigen Falle, zurückfordern.

Der Vormund darf zwar das Pupillengeld nicht müßig liegen lassen; er muß aber bey dessen Ausleihung sorgfältig zu Werke gehen. Am sichersten gehet der Vormund, und ist von aller Schadensvergütung frey, wenn er alle Umstände, die sich bey demjenigen, welcher das Capital suchet, zeigen, dem Obervormunde treulich vorlegt, und sich dessen Entschließung erbittet, ob die Ausleihung

q) Puettmann in Aduerf. Lib. II. cap. 4.

r) §. 2. Inst. quib. alien. licet vel non. L. 9. pr. D. de ruct. tut.

leihung nach den vorgelegten bescheinigten Umständen geschehen soll oder nicht.

Die Verwalter öffentlicher Gelder, sie mögen dem Staate, oder einer Stadt, oder der Kirche, oder Schule gehören, dürfen diese so wenig ohne Befehl der Obern, und noch weniger zu ihrem Vortheile, zinsbar ausleihen, wenn sie sich nicht eines Peculats schuldig machen wollen. In manchen Ländern ist es den Städten und Gemeinden untersagt, Gelder auf Zinsen auszuleihen, theils damit sie nicht darum betrogen werden, theils damit andern Privatpersonen die Gelegenheit nicht benommen werde, ihre Gelder unterzubringen. Die Verbote, welche in Ansehung der römischen Magistratspersonen zum Besten der Provinzen ertheilt worden, finden heutigestages nicht statt [s]).

Ein Jude soll nicht anders, als vor der Obrigkeit über Geldvorschüsse Urkunden ausfertigen lassen [t]), und diese muß darauf sehen, daß kein unerlaubter Wucher dabey zum Grunde liegt. Allein einen entweder sehr leichtsinnigen oder einen in Noth steckenden Schuldner hat der Jude gemeiniglich schon so in Furcht gejagt, daß er im Gericht nichts anders sagen darf, als was ihm der Jude vorgesagt hat. Die Obrigkeit thut deswegen wohl, dem Schuldner zu sagen: wenn er die Schuld jetzt als richtig anerkenne, so werde es ihm in der Folge nicht anders als durch einen sehr schweren Beweis möglich seyn, den Wucher und Betrug darzuthun, da doch der Jude, wenn er wirklich unerlaubten Wucher an ihm begangen habe, um den vierten Theil des Capitals bestraft werde.

Die Frage: ob ein Privatverwalter fremder Güter Gelder, die er erhoben, ausleihen dürfe, kommt auf die erhaltene Vollmacht zur Administration an.

§. 782.

s) L. 33 et 34. D. de reb. cred. tot. tit. C. de contr. iud. L. 3 et 16. C. si certum petat.

t) R. A. vom Jahr 1551. §. 78. 79.

§. 782.

Von der Person des Schuldners ist, im Allgemeinen genommen, folgende Hauptwahrheit zu bemerken: daß nur derjenige ein Darlehn aufnehmen kann, der sich andern Personen auf eine gültige Weise verbindlich zu machen im Stande ist. Hat also Jemand gar nicht das Recht, einen Vertrag zu schließen, oder er ist nicht befugt, über sein Vermögen zu disponiren, so kann er auch keinen gültigen Anlehnscontract eingehen. Es giebt eine große Anzahl Personen, welche nicht anders, als unter gewissen Einschränkungen Geld borgen können, worunter 1) minderjährige Personen gehören. Der Minderjährige ist entweder ein Unmündiger, welcher noch unter der Vormundschaft, oder ein Mündiger, welcher nicht unter der Vormundschaft steht. Im ersten Falle ist es selbst bey solchen Unmündigen, welche über sieben Jahre, also nicht mehr Kinder sind, ja selbst bey mündigen Minderjährigen heutzutage gewöhnlich, daß der Vormund ganz allein das Darlehn aufnimmt und die Schuldverschreibung ausstellt, in derselben aber bekennt, daß er das Geld im Namen seines Mündels entlehnt habe. In dergleichen Fällen muß aber immer eine erhebliche Ursache des Entlehnens angeführt, und um sich hierüber sicher zu stellen, der Schuldverschreibung ein obrigkeitliches Dekret beygelegt oder beygesetzt werden; auch ist es eine sehr nützliche Vorsichtsregel, wenn man in diesem Falle den Vormund oder Pfleger sich zugleich als Bürgen verbinden oder unterschreiben läßt. Wenn der über sieben Jahr alte Unmündige selbst nebst seinem Vormunde das Geld entlehnt, und die Schuldverschreibung ausstellt, so ist wenigstens diese Vorsicht nöthig, daß der Vormund als gleich bey dem Contract einwilligend vorgestellt, und nicht erst eine nachfolgende Genehmigung angeführt werde, indem die Autorität des Vormundes nach dem römischen Rechte gleich mit der Handlung selbst eintreten muß, und nicht erst durch eine nachfolgende Genehmigung nachgeholt werden kann,

auch

auch nach vieler Rechtsgelehrten Meynung eben dieses noch heutiges Tages Rechtens ist [u]), da hingegen bey einem Minderjährigen, welcher mündig ist, auch die nachfolgende Genehmigung des Pflegers hinreicht. Bey dem Anlehn an einen Minderjährigen sind es wichtige Vorsichtsregeln: 1) daß der Darleiher außerdem, daß der Pfleger seine Einwilligung auf eine erweisliche Art erkläre, aufmerksam darauf sey, daß das Geld zum Nutzen des Minderjährigen nicht allein erborgt, sondern auch verwendet werde, und er solches jederzeit beweisen könne, weil damit sowohl die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, als auch jeder andern Einwendung begegnet wird, indem der Minderjährige in dieser Voraussetzung verbunden ist, wenn er auch ohne seinen Pfleger sich verbunden hätte, oder dieser nicht rechtmäßig bestellt worden wäre. Es ist daher in der Schuldverschreibung nicht allein der Endzweck des Anlehns anzuführen, sondern auch die bereits geschehene Verwendung zu bezeugen, oder von Personen, welche es genau wissen, in einem besondern Scheine zu beurkunden. Sodann ist es 2) in diesem Falle eine nöthige Vorsicht, daß das ganze Darlehn unter gerichtlichem Ansehen geschlossen, daß vom Gericht über die Geldentlehnung und den Zweck derselben erkannt, die Unterpfänder nach vorheriger gerichtlicher Erkenntniß und Bewilligung verschrieben, und die ausgestellte Schuldverschreibung mit dem öffentlichen Siegel versehen werde, daher am Schluß dieser Schuldverschreibung angeführt wird, daß die Contrahenten die Obrigkeit gebeten, das Anlehn und die deshalb verschriebenen Unterpfänder von obrigkeitlichen Amts wegen zu bestätigen und zu beurkunden; daß alle Punkte der Verschreibung auf obrigkeitliches Erkenntniß und Genehmhaltung versprochen, und das Anlehn zu des Schuldners offenbarem Nutzen aufgenommen worden sey. Dieses obrigkeitliche Zeugniß wird entweder der Urkunde sogleich bey-

u) LAUTERBACH in coll. Pand. tit. de aut. tut. §. 8.

beygesetzt, oder dem Darleiher ein vollständiger Auszug des bey der Handlung geführten gerichtlichen Protokolls zugestellt. Durch diese gerichtliche Verhandlung wird den meisten Einwendungen wider die Schuld des Minderjährigen begegnet, jedoch bleibt es derselben ungeachtet dem Minderjährigen unbenommen, wenn er durch den Contract Schaden gelitten zu haben glaubt, und eine Verkürzung beweisen kann, noch innerhalb vier Jahren nach erlangter Volljährigkeit die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wider die gemachte Schuld zu suchen [x]; nur muß in diesem Falle der Entlehner den höchst beschwerlichen Beweis der Verkürzung über sich nehmen [y]. Will also der Darleiher noch sicherer gehen, so ist bey dem mündigen Minderjährigen der sicherste Weg, wenn man ihn jener Rechtswohlthat eydlich entsagen läßt, wodurch sie selbst nach dem römischen Rechte verlohren geht [z]; und weil jeder Vertrag mit Minderjährigen so vielen Anfechtungen unterworfen ist, so ist es vorzüglich bey Anlehnen an solche der Vorsicht gemäß, sich gute Bürgen bestellen zu lassen, welche auf jeden Fall, wenn der Hauptschuldner auch wegen seiner Minderjährigkeit sich seiner Schuldigkeit entziehen sollte, für denselben einzustehen versprechen.

Eben dieselben Vorsichten muß ein Darleiher auch bey andern Pflegschaften, z. B. von den Gütern eines Wahnsinnigen, eines Verschwenders, eines Abwesenden, einer Concursmasse, einer liegenden Erbschaft, gebrauchen, und sich in allen solchen Fällen vornämlich darin vorsehen, 1) daß der rechtmäßig bestellte Pfleger mit ihm con-

x) L. 1. C. de praed. minor.

y) L. 5. C. de praed. minor. WERNHER Obs. Part. X. Obs. 467. ENGELBRECHT D. de restitut. minor. cap. 3. §. 6.

z) Auth. sacrum pub. C. si aduers. vend. LYNCKER D. de iurisiurandi inualidate, cap. 6. §. 1. STRYCK in caut. testam. Sect. I. cap. 2. §. 22. WILDVOGEL D. de iuramento actus puberum confirmante, cap. 5. §. 1 sqq.

contrahire, und 2) alles dasjenige genau beobachtet werde, was erforderlich ist, damit eine solche Pflegschaft auf eine gültige und verbindliche Weise Geld entlehne. Da also immer eine gegründete wichtige Ursache erforderlich ist, um das Anlehen einer Pflegschaft wirklich verbindlich zu contrahiren, solche aber sowohl als die rechtmäßige Bestellung des Pflegers am sichersten durch ein obrigkeitliches Zeugniß dargethan wird, und meistens auch die obrigkeitliche Einwilligung nach den Gesetzen erforderlich ist, so ist ohne Zweifel in solchen Fällen die wichtigste Vorsichtsregel immer diese, daß sich der Darleiher ein obrigkeitliches Zeugniß über die Wahrheit alles dessen, was in der Schuldverschreibung enthalten ist, womit auch eine Erklärung der Einwilligung verbunden wird, geben lasse. Wenn z. B. ein Güterpfleger für seine Concursmasse Geld entlehnen, wenn er besonders dafür die zur Concursmasse gehörigen Güter verpfänden will, so kann solches nicht anders, als mit Einwilligung desjenigen Gerichts, bey welchem der Concursproceß anhängig ist, geschehen. Es ist daher in der vom Güterpfleger Namens der Concursmasse ausgestellten Schuldverschreibung eine gegründete Ursache der geschehenen Geldentlehnung und die obrigkeitliche Einwilligung anzuführen, und darüber ein obrigkeitliches Zeugniß und Decret beyzusetzen oder beyzulegen.

Andere Vorsichtsregeln sind nöthig, wenn ein Gesellschafter im Namen der Gesellschaft, oder ein Handlungsvorsteher im Namen der Handlung Geld borgen will. Da die Gesellschaft aus den Handlungen ihres Gesellschafters, wenn er gleich im Namen der Gesellschaft contrahirt, der Regel nach nicht, sondern allein der contrahirende Gesellschafter verbunden ist [a]), dieses aber noch mehr statt findet, wenn ein Gesellschafter in seinem eigenen Namen con-

a) LAVTERBACH in Diss. de sociorum obligatione quae oritur ex conuentione cum extraneis inita, §. 41 sqq. CONSIL. FACVLT. TVBING. Vol. II. Cons. 40. nr. 7. SCHOEPF in Dec. 38. nr. 1.

contrahirt hat, so sind besondere Vorsichtsregeln nöthig, wenn der Darleiher sich die ganze Gesellschaft verbindlich machen will. Entweder muß das Darlehn mit allen Gesellschaftern geschlossen, und in diesem Falle die Schuldverschreibung von allen unterschrieben, oder es muß wissentlich mit demjenigen, welcher von der ganzen Gesellschaft die Vollmacht, für sie zu contrahiren, hat, im Namen derselben contrahirt, und von diesem die Schuldverschreibung ausgestellt werden. Im ersten Falle sind die Gesellschafter, so lange die Gesellschaft besteht, in solidum b), nach getrennter Gesellschaft aber nur zu ihren Antheilen verbunden c). Auch im letzten Falle sind alle Gesellschafter in solidum verbunden d), und wenn ihr in die Gesellschaft eingeworfenes Vermögen nicht hinreicht, so müssen sie von ihrem übrigen Vermögen bezahlen, sie haben jedoch die Rechtswohlthat der Theilung nicht e). Auch ist die Gesellschaft in beyden Fällen, wenn gleich keine Verwendung bewiesen werden kann, verbindlich, wenn nur der Entlehner von allen Gesellschaftern Vollmacht zur Aufnahme des Anlehns gehabt hat. Contrahirt der Gläubiger mit einem nicht bevollmächtigten Gesellschafter, so muß er dafür sorgen, daß er in jedem Falle zu beweisen im Stande ist, daß entweder das Anlehn in der Folge von der ganzen Gesellschaft ausdrücklich oder stillschweigend, z. B.

b) Consil. Facvlt. Tvbing. Vol. II. Conf. 40. nr. 3. Vol. III. Conf. 203. nr. 7.

c) Leyser Spec. 185. Med. 6. Beck in Resp. ciuil. et crimin. Tom. II. Resp. 150. nr. 2. Schoepf in Dec. 36. nr. 2. Green D. de solutione nominum societatis ex communi prae aliis socii obaerati debitis, §. 10. Madihn in Princ. iur. Rom. Part. II. §. 210.

d) §. 2. Inst. quod cum eo L. 2. C. de inst. et exerc. act. L. 13. L. 14. D. de institit. act. Leyser l. c. Green l. c. Engav de societ. mercat. §. 38.

e) Lavterbach in D. de sociorum obligatione, quae oritur ex conuent. cum extran. inita, th. 23 et 58.

z. B. durch Bezahlung der Zinsen aus der gemeinen Casse, genehmigt [f]), oder das Geld zum gemeinschaftlichen Nuzzen der Gesellschaft nicht nur gelehnt, sondern auch verwendet worden sey; weil in diesem Falle, wenn gleich einer allein ohne Auftrag, selbst ohne der Gesellschaft zu erwähnen, Geld aufgenommen, alle Gesellschafter verbunden sind [g]). In diesem letzten Falle ist es nothwendig, daß der Endzweck der Anlehnung in der Schuldverschreibung angeführt, und so viel möglich auch der Beweis der Verwendung durch solche geführt werden könne. Selbst in dem Falle, wenn der bevollmächtigte Gesellschafter das Geld borgt, ist jene Vorsichtsregel der Klugheit gemäß, damit, wenn aus irgend einigem Grunde, z. B. wegen wiederrufener Vollmacht oder überschrittener Gewalt, die von ihm ausgestellte Schuldverschreibung als unverbindlich angefochten wird, die Gesellschaft dennoch, wegen der in ihren Nutzen geschehenen Verwendung, wirksam belangt werden könne. Eine weitere Vorsichtsregel, besonders auf den Fall, wenn mit allen Gesellschaftern contrahirt wird, besteht darin, daß außer den zur Gesellschaft gehörigen Gütern auch noch das eigene besondere Vermögen der Gesellschafter zum Unterpfande verschrieben werde, und die sich verbindenden Gesellschafter unter der Begebung der Rechtswohlthat der Excussion und Theilung sich einer für alle, und alle für einen verbinden. Wird das Darlehn mit dem bevollmächtigten Gesellschafter contrahirt, so muß der Darleiher hauptsächlich sich vorsehen, daß jener nicht die Gränzen seiner Vollmacht überschreite, weil aus solchen Handlungen, bey welchen die Vollmacht überschritten worden, die übrigen Gesellschafter nicht verbunden sind.

f) Beck in Resp. 73. nr. 8.

g) Lauterbach in cit. Diss. §. 46 et 86. Leyser Spec. 185. Med. 3. Consil. Facult. Tubing. Vol. II. Cons. 41. nr. 5. Vol. III. Cons. 173. nr. 85. Schoepf Dec. 38. nr. 2.

sind [h]). Eben deswegen muß der Darleiher dafür besorgt seyn, daß er auf jeden Fall, wo nicht die Vollmacht des Entlehners, jedoch die Aufnahme und Verwendung zum Nutzen der ganzen Gesellschaft beweisen könne. Zuweilen ist freylich auch eine stillschweigende Bevollmächtigung hinreichend, welche z. B. von allen Gesellschaftern unter einander vermuthet wird, wenn alle und jede, bald dieser, bald jener allein, im Namen der Gesellschaft gehandelt, und die übrigen es genehmigt haben [i]). Eben so wichtig ist, wenn ein bevollmächtigter Gesellschafter die Schuldverschreibung ausstellt, die Vorsicht, daß er in derselben ausdrücklich erkläre, daß er für die Gesellschaft das Geld entlehne, weil sonst immer vermuthet wird, daß er das Geld bloß für sich geborgt habe [k]), die Gesellschaft aber aus den Handlungen ihrer Mitglieder, welche sie, ohne der Gesellschaft zu erwähnen, vorgenommen, wenn es auch Vorgesetzte sind, niemals, es müßte denn die Verwendung in den Nutzen der Gesellschaft bewiesen werden, verbunden ist [l]). Uebrigens bleiben alle Gesellschafter verbunden, wenn gleich der Vorgesetzte das für die Gesellschaft entlehnte Geld nicht in ihren Nutzen verwendet hat; es versteht sich auch von selbst, daß die zeither vorgetragenen Grundsätze nur allein von Partikulargesellschaften zu verstehen sind; denn wenn mehrere in einer allgemeinen Gesellschaft ihres ganzen Vermögens leben, so verbindet die von dem einen Gesellschafter durch Entlehnen contrahirte Schuld die ganze Gesellschaft, er mag die Schuld in seinem oder in der Gesellschaft Namen gemacht haben.

h) LAUTERBACH in cit. Diss. de obligat. socior. §. 30. nr. 8. et §. 51 et 67.

i) LAUTERBACH l. c. th. 21. BECK in Resp. 173. nr. 10.

k) LAUTERBACH in cit. Diss. §. 30 et 48. LEYSER Spec. 185. Med. 1.

l) LAUTERBACH in Diss. cit. cap. 5. §. 41. ICTI TUBING. Vol. II. Cons. 40. nr. 18 sqq. BECK in Resp. 73. nr. 2 sqq.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0093
DFG

Aus dem zeither Angeführten ergiebt sich von selbst, was in dem Falle zu beobachten sey, wenn der Faktor einer Handlung für die Handlung, welcher er vorgesetzt ist, oder ein anderer Bevollmächtigter für den, von welchem er Vollmacht hat, Geld entlehnt. Im ersten Falle ist der Handlungsherr verbunden, wenn er entweder ausdrückliche Vollmacht zum Entlehnen gegeben, oder der Faktor zum Besten der ihm anvertrauten Handlung Geld geborgt [m]), oder das aufgeborgte Geld wirklich zum Nutzen der Handlung verwendet worden ist. Der Darleiher hat also, wenn der Entlehner nicht ausdrückliche Vollmacht hat, vornehmlich darauf zu sehen, daß er wirklich mit demjenigen contrahire, welcher der Handlung als Faktor vorgesetzt ist, weil aus dem Entlehnen eines andern, z. B. des Cassirers, diejenigen nicht verbindlich gemacht werden, welche ihn gesetzt haben [n]), und daß der Faktor die Gränzen seiner Gewalt nicht überschreite, weil außerdem der Handlungsherr nicht verbindlich ist. Um auf jeden Fall, wenn jene Erfordernisse nicht aufs strengste erwiesen werden könnten, eine gegründete Forderung zu haben, ist es der Klugheit gemäß, dafür zu sorgen, daß er die Verwendung in des Handlungsherrn Nutzen hinlänglich beweisen könne; auch kann er zu mehrerer Sicherheit sich von dem Entlehner Bürgschaft leisten, oder sein Vermögen verpfänden lassen.

Derjenige, welchem ein gewisses Geschäft aufgetragen worden, ist, der Regel nach, nicht zugleich berechtigt, im Namen des Gewaltgebers Geld zu borgen, und dieser ist durch das Anlehn nicht verbindlich gemacht worden, wenn die Natur des aufgetragenen Geschäfts nicht etwa die Geldaufnahme nothwendig macht, oder zu solcher ausdrücklich der Auftrag gegeben, oder das geborgte Geld zum Nutzen des

m) Leyser Spec. 161. Med. 5. Henr. Balth. Roth D. de commerciis institoriis, §. 25 et 26.

n) Schoepf in Conf. 6. nr. 23 sqq.

des Gewaltgebers verwendet o), oder das Anlehn nachher von ihm genehmigt worden ist. Eben so wenig ist derjenige, welcher von einer Privatperson zur Verwaltung gewisser Güter bestellt worden ist, berechtigt, im Namen derselben Gelder zu entlehnen, und sie ist aus dem Anlehn anders nicht verbunden, als wenn sie besondere Vollmacht dazu gegeben, oder eine Verwendung in ihren Nutzen bewiesen werden kann. Hat ein Dienstbote oder ein anderer Hausgenosse im Namen seines Herrn, ohne Auftrag dazu gehabt zu haben, Geld entlehnt, so wird dadurch der Herr nicht verbindlich gemacht, es müßte denn die Verwendung in seinen Nutzen bewiesen worden seyn. Ueberhaupt wird unter zweifelhaften Umständen immer vermuthet, daß solche Personen, besonders wenn sie sich für sich und ihre Erben verbinden, nur in ihrem eigenen Namen Geld entlehnt haben. Entlehnt also ein Bevollmächtigter für seinen Gewaltgeber Geld, so ist das Wichtigste, worauf der Darleiher zu sehen hat, dieses, daß die Vollmacht des Entlehners richtig sey, vom Bevollmächtigten nicht überschritten werde p), und der Darleiher jederzeit im Stande sey, die Vollmacht zu beweisen; daher es ohne Zweifel das Sicherste ist, wenn er die Vollmacht der Schuldverschreibung beylegen, oder die letzte nachher von dem Principal genehmigen, und durch seine Unterschrift die Genehmigung bezeugen läßt. In allen angegebenen Fällen ist es ebenfalls nützlich, wenn der Darleiher dafür sorgt, daß er die Verwendung des gelehnten Geldes zum Nutzen dessen, für den es geborgt worden, beweisen kann; auch verschafft es ihm mehr Sicherheit, wenn er sich von dem Entlehner Bürgschaft leisten, oder sein Vermögen verpfänden läßt.

Wollen mystische Personen, nämlich ganze corpora und Collegien, welche eigenes Vermögen haben, Geld

o) Leyser Spec. 130. Med. 5 et 6.

p) Hertius in Diss. de obligatione mandantis et mandatarii contemplatu tertii, §. 10.

borgen, so ist dazu erforderlich, daß das Collegium in der nach gemeinen Rechten erforderlichen, oder durch die Observanz hergebrachten Form seine Einwilligung gegeben habe. Hierbey ist vors erste darauf Rücksicht zu nehmen, ob ein Collegium seine gewissen Repräsentanten habe, welche Kraft einer immerwährenden Vollmacht, nicht nur alle Contracte, sondern auch Darlehne im Namen des ganzen corporis zu schließen berechtigt sind; oder ob es keine solche Repräsentanten hat [q])? Im ersten Falle, welcher bey Stadt- und Dorfgemeinden öfters eintritt, ist nur allein die Einwilligung der Repräsentanten [r]), wozu aber die Gegenwart der Repräsentanten, welche nicht widersprechen, nicht hinlänglich ist; im letztern Falle hingegen ist die Einwilligung des ganzen corporis erforderlich. In beyden Fällen ist aber nicht nothwendig, daß alle und jede einzelne Mitglieder des corporis einwilligen, sondern die Gesetze wollen nur, daß alle und jede Mitglieder, nach der bey jedem Collegium hergebrachten Weise zusammen berufen, und um ihre Einwilligung befragt werden; daß zum wenigsten zwey Drittheile derselben ihre Stimmen geben, und von diesen zwey Drittheilen die größere Zahl einwillige [s]). Ist alles dieses genau beobachtet worden, so ist das entlehnende Collegium durch seine Einwilligung verbunden, wenn auch der Darleiher die Verwendung zum Nutzen desselben nicht beweisen kann [t]). Wurde die Einwilligung auf die beschriebene Art nicht ertheilt, sondern das

q) Reinharth D. de incauto contrahente cum vniuersitatibus, Sect. II. §. 2 sqq.

r) Richter Dec. 71. nr. 3. Stryck in caut. contr. Sect. II. cap. I. §. 5. Reinharth l. c. §. 14.

s) Richter D. de vniuersitate, eiusdemque variis speciebus et iuribus, cap. 4. th. I.

t) Carpzov in Iurispr. forens. Part. II. Const. 6. Def. 18. nr. 10. Stryck in vsu mod. h. t. §. 27. Henne in Progr. de mutuo a collegiis et corporibus contracto, §. 3. Cramers Wetzlar. Nebenst. 113ter Thl. Nr. 12. §. 15.

das Anlehn allein von den Vorstehern, oder von dem Verwalter, oder einzelnen nicht dazu Bevollmächtigten erborgt, so sind, wenn gleich das öffentliche Siegel gebraucht worden [u]), blos die Entlehner und Aussteller der Obligation [x]), das ganze Collegium aber ist nicht anders verbunden, als wenn es entweder dem Entlehner zu der Aufnahme des Capitals in der gehörigen Form Vollmacht ertheilt [y]), oder solche in der Folge gebilligt hat, oder wenn die Verwendung des geborgten Geldes in den Nutzen desselben erwiesen werden kann [z]), welche Nutzverwendung schon allein hinreichend ist, wenn gleich der mit dem geborgten Gelde bewirkte Nutzen durch Zufall wieder verlohren gegangen, z. B. die damit gekaufte Sache durch Zufall zu Grunde gegangen seyn sollte [a]). Der Gläubiger muß diese Nutzverwendung beweisen, mit welchem Beweise er zu allen Zeiten gehört werden muß. Er kann diejenigen, welche das Geld von ihm erborgt und ihm die Schuldverschreibung ausgestellt haben, dahin belangen, daß sie ihm bey diesem Beweise der Nutzverwendung wider das Collegium beystehen [b]); es werden bey diesem Beweise Vermuthungen zugelassen [c]), und der Darleiher hat auch

u) Mavritivs in Consil. Chilon. 28. nr. 20. Richter in cit. Diss. cap. 4. §. 9.

x) Richter in Dec. 71. nr. 9. Leyser Spec. 131. Med. 6. Reinharth in cit. Diss. §. 31. Schvbarth in D. de administratione rerum ad ciuitates pertinent. th. 22.

y) Gail de arrestis Imp. cap. 9. nr. 6. Henne in cit. Progr. cap. 4.

z) Schilter in Exerc. h. t. th. 56 sqq. Wernher Obs. Tom. I. Part. I. Obs. 162.

a) Lavterbach in cit. Diss. cap. 2. §. 8. Richter in cit. Diss. cap. 4. §. 9 et 11.

b) Lavterbach in cit. Diss. cap. 5. §. 5. Richter in cit. Diss. §. 10.

c) Lavterbach l. c. §. 7. Richter l. c. cap. 4. §. 11. Henne in Progr. cit. §. 2.

die Vermuthung für sich, daß das Geld zum Nutzen des Collegiums verwendet worden sey, wenn ihm die Zinsen schon mehrmals von diesem Anlehn bezahlt worden sind [d]). Den Beweis kann er hauptsächlich aus den Rechnungen des Collegiums führen [e]), deren Herausgabe er zu fordern berechtigt ist [f]). Wird des Anlehns in den Rechnungen des Collegiums nicht gedacht [g]), oder es ist eine Schuld damit bezahlt worden, zu deren Bezahlung das Collegium nicht verbunden war [h]), so ist damit hinlänglich bewiesen, daß das Geld zum Nutzen der Gemeinde nicht verwendet worden sey.

Eine Verzicht derjenigen, welche die Schuldverschreibung ausgestellt haben, auf die Einrede der nicht geschehenen Verwendung ist ohne alle rechtliche Wirkung, weil der Aussteller durch diese Verzicht oder Erklärung dem Collegium keinen Nachtheil zufügen kann [i]), daher wird der Darleiher in dergleichen Fällen von der Verbindlichkeit, die nützliche Verwendung zu beweisen, niemals befreyt. Eben so wenig kann diese Wirkung einem Verzicht auf die Rechtswohlthat der L. 27. D. de reb. credit., welcher so häufig in den Schuldverschreibungen vorkommt [k]), oder dem Geständniß des Ausstellers über die geschehene nützliche Verwendung zugeschrieben werden [l]). Wenn aber auch

d) Lyncker in Dec. 117. et 770. Mavritivs in Consil. Chilon. 28. nr. 8.

e) Lavterbach in Diss. cit. cap. 5. §. 6. Richter l. c. cap. 4. §. 10.

f) de Cramer in Obs. Tom. I. Obs. 106.

g) Mavritivs in cit. Cons. 28. nr. 21.

h) Reinharth in cit. Diss. §. 18.

i) Richter Dec. 71. nr. 7. Wernher Obs. cit. 162. Henne in Progr. cit. §. 2.

k) Stryck in caut. contract. Sect. II. cap. 1. §. 10. Henne in cit. Progr. §. 7.

l) Leyser Spec. 131. Med. 9. Cramers Wetzlarische Nebenst. im 113ten Thl. Nr. 12. §. 15.

auch wirklich eine nützliche Verwendung bewiesen seyn sollte, so sind doch diejenigen Mitglieder des Collegiums nicht daraus verbunden, welche nicht eingewilligt haben, und sich des aus jener Verwendung entspringenden Vortheils begeben [m]); daher es immer sicherer ist, daß alle diejenigen, deren Einwilligung erforderlich ist, in der gehörigen Form einwilligen, welches aber, daß es geschehen sey, im Zweifelsfall nicht vermuthet wird, sondern vom Gläubiger bewiesen worden ist [n]), zu welchem Ende immer das öffentliche Siegel beygedruckt, oder ein glaubwürdiges Zeugniß über die förmlich geschehene Einwilligung beygesetzt wird.

Wenn eine Gemeinde wirklich nach dem Inhalte der Schuldverschreibung verbunden ist, so ist sie nur von ihren Gemeindegütern zu bezahlen schuldig, aber die einzelnen Mitglieder können nicht angehalten werden, von ihrem Vermögen zu bezahlen [o]); daher darf die Execution nur in das Vermögen der Gemeinde, nicht aber der einzelnen Mitglieder verfügt werden, und selbst die Verwalter, welche das Geld für die Gemeinde erborgt haben, können nicht belangt werden, von dem ihrigen zu bezahlen, es müßte denn das von der Gemeinde aufgenommene Geld zum Vortheil einzelner Mitglieder verwendet worden seyn [p]). Deswegen kann die Clausel allerdings von Nutzen seyn, nach welcher sich auf den Fall, wenn die Gemeindegüter nicht zureichen, auch die einzelnen Mitglieder zur Bezahlung verbinden [q]), oder die Verwalter oder an-

m) Leyser Spec. 131. Med. 7.

n) Reinharth in cit. Diss. §. 19.

o) L. 7. §. 1. D. quod cuiusque vniu. Carpzov in Iurispr. for. Part. II. Const. 6. Def. 24. Wernher Obs. Tom. I. Part. 5. Obs. 11. Henne in cit. Progr. §. 8.

p) Wernher in cit. Obs. 11. nr. 8.

q) Stryck l. c. cap. 1. §. 7. Wernher cit. Obs. 4. nr. 7. Henne in Progr. cit. §. 5.

dere Aussteller der Schuldverschreibung sich für die Schuld der Gemeinde verbinden, und zugleich der Rechtswohlthaten der Theilung und Excussion entsagen r). Ist das entlehnte Geld zum Nutzen der Gemeinde nicht verwendet worden, so sind die Aussteller der Schuldverschreibung verbunden, wenn sie gleich die Verwahrung herein gesetzt haben, daß sie für ihre eigene Person nicht verbindlich seyn wollten s). Wenn endlich zwar diejenigen, welche dazu berechtigt sind, Geld für die Gemeinde aufgenommen haben, das Geld aber in den Nutzen der Gemeinde nicht verwendet worden, so kann diese leicht die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten t), in welchem Fall sich der Darleiher allein an die Aussteller der Schuldverschreibung halten muß, und eben dieses ist Rechtens, wenn die Aussteller nicht gehörig zu Vorstehern bestellt worden sind u).

Nach den vorgetragenen Grundsätzen sind alle Anlehen, alle Schuld- und Pfandverschreibungen sowohl unmittelbarer als mittelbarer Collegien und Corporationen zu beurtheilen. Zu jenen muß man die Reichskreise, die Grafen- und Prälatencollegien, die unmittelbare Reichsritterschaft und die unmittelbaren Reichsstädte rechnen. Zu diesen gehören die Landstädte, Flecken, Dörfer, Kirchen, die mittelbaren Klöster, Universitäten, Spitäler, Heiligen, Handwerkszünfte, und andere vom Landesherrn öffentlich gebilligte Collegien. Wenn demnach ein Reichskreis durch die Abgesandten der Kreisstände zu Bestreitung gewisser Ausgaben, z. B. in Kriegszeiten, ein Geldanlehn zu erborgen beschlossen hat, so wird von den Abgesandten der Kreisstände oder von einer hierzu bevollmächtigten Depu-

r) Reinharth in cit. Diss. §. 23.

s) Richter in cit. Diss. cap. 4. §. 14.

t) Richter D. de vniuerf. eiusque spec. et iur. cap. 4. §. 8. Henne in Progr. cit. §. 6.

u) Richter cit. Diss. §. 8.

Deputation die Schuldverschreibung ausgestellt. Daß der Endzweck der Geldanleihe darin angeführt werde, ist zwar aus dem Grunde nicht nothwendig, weil der Kreis immer verbunden bleibt, wenn nur die Schuldverschreibung sonst in der gehörigen Form ausgefertigt worden ist, sollte auch der Darleiher die Verwendung nicht zu beweisen im Stande seyn. Allein damit der Gläubiger auf jeden Fall, wenn in der Form etwas versehen seyn sollte, gesichert ist, und auch die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausgeschlossen werde, ist es sicherer und gewöhnlich, daß in dem Eingang der Schuldverschreibung der Endzweck des Geldanlehns angeführt werde. Eine nothwendige Vorsicht für den Darleiher ist es aber, sich auf den Beweis des Endzwecks und der Verwendung des Geldanlehns gefaßt zu machen, wenn die Schuldverschreibung nicht in der gehörigen Form, und z. B. nur von einzelnen Kreisständen oder dem Kreiseinnehmer ausgestellt worden wäre, in welchem Falle allein die nützliche Verwendung zum Besten des Kreises ein Recht geben würde, wider selbigen klagen zu können, ohne sie aber nur die Aussteller der Verschreibung verbunden seyn würden. Die Gesandten verbinden sich im Namen der Kreisstände, und verschreiben nebst einem allgemeinen Unterpfande auf die Güter des Kreises, die in die Kreiscasse gehörigen ordentlichen und außerordentlichen Abgaben. Bey dem Schwäbischen Kreise ist keine besondere Unterschrift der ständischen Abgesandten gewöhnlich, sondern statt derselben werden die Siegel der fünf Kreisbänke unter die allgemeine Unterschrift beygedruckt.

Wenn von Grafen- und Prälatenkollegien oder von Reichsritterschaftlichen Kantonen einzelne Mitglieder oder Cassenverwalter, welche nicht dazu berechtigt sind, im Namen dieser Collegien Gelder erborgt haben, so sind nur diese, nicht aber die Collegien selbst verbindlich, wenn nicht die Verwendung dieser Summen zum Nutzen des Collegiums hinlänglich erwiesen werden kann, daher der Darleiher in diesem Falle dafür sorgen muß, daß er diesen

Be-

Beweis nöthigen Falls zu führen im Stande ist. Dieser Weitläuftigkeit bedarf es nicht, wenn die Schuldverschreibung entweder von den auf die erforderliche Weise einwilligenden Mitgliedern des Collegiums, oder von denen ausgestellt worden ist, welche nach der Observanz berechtigt sind, dieselbe im Namen des Collegiums auszustellen. Die Verzicht auf die L. 27. D. de reb. credit. ist in solchen Obligationen ebenfalls ohne Wirkung, aber nicht ohne Vortheil pflegt man im Eingange der Schuldverschreibung den Zweck der Anleihe anzuführen, um dadurch auf jeden Fall den Beweis der Verwendung zu erleichtern und der Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu begegnen. Bey den reichsritterschaftlichen Kantonen wird die Schuldverschreibung vom Ritterhauptmann und den Räthen ausgestellt, und das gemeinschaftliche Ritterschaftssiegel nebst den eigenen Petschaften der Unterschriebenen darunter gedruckt. Sie verbinden sich für sich, ihre Amtsnachkommen und die gesammte gemeine freie Ritterschaft des Kantons und verschreiben gemeiniglich alle dem Ritterorte zustehende Rechte, Einkünfte und Activcapitalien überhaupt, und sodann besonders das ihnen an einem oder mehreren Orten zustehende Besteurungsrecht, mit Angabe der Summe, welche es jährlich einträgt, zum Unterpfand. Oefters wird das Versprechen mit der Betheurung bekräftigt: bey unsern ritterlichen wahren Worten, Treuen und Glauben, welche, da ihr in der Praxis die Kraft eines Eydes zugeschrieben wird, zuweilen nützlich werden kann x).

Borgt eine unmittelbare freye Reichsstadt Gelder, so hat, wie bey mittelbaren Landstädten, der Darleiher vornehmlich darauf zu sehen, daß die Schuldverschreibung von denjenigen ausgestellt werde, welche dazu berechtigt sind. Der Regel nach sind die Verwalter und Cassirer nicht dazu berechtigt, und haben sie die Schuldverschreibung

x) Stryck caut. contr. Sect. II. cap. I. §. 3.

bung für sich allein ausgestellt, so sind sie auch nur dadurch verbindlich gemacht worden, nicht aber die Bürgerschaft der Stadt, wenn gleich die Aussteller im Namen der Stadt auf die Einrede des nicht in ihren Nutzen verwendeten Geldes Verzicht geleistet hätten. Nur alsdenn kann die Bürgerschaft aus einer solchen Schuldverschreibung belangt werden, wenn wirklich bewiesen werden kann, daß das Darlehn wirklich zum Nutzen der Stadt verwendet worden sey. Kann der Darleiher dieses nicht beweisen, so kann er seine Klage auch nur wider denjenigen anbringen, von welchem die Schuldverschreibung ausgestellt worden ist, nicht aber wider die ganze Bürgerschaft. Der Darleiher muß deswegen um seiner Sicherheit willen auf jeden Fall dafür sorgen, die Aufnahme und Verwendung des gelehnten Geldes zum Nutzen der Stadt beweisen zu können, damit er hinlänglich gedeckt sey, wenn es der Schuldverschreibung an der gehörigen Form fehlen, oder die Befugniß zur Aufnahme des Darlehns zweifelhaft seyn sollte, und die Bürgerschaft nicht einmal durch das Gesuch der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche Rechtswohlthat ihr zusteht y), sich von der Verbindlichkeit, die Schuld zu bezahlen, frey machen kann. Um die Verwendung zu beweisen, ist es nicht hinreichend, daß es in der Schuldverschreibung heißt, das Geld sey mit Bewilligung des Magistrats und der Bürgerschaft oder ihrer Repräsentanten geborgt, und daß die Schuldverschreibung mit dem öffentlichen Siegel bestärkt worden z), sondern das Sicherste ist immer, wenn in der Schuldverschreibung des Anlehns angegeben wird, worauf die Verwendung aus den Rechnungen der Stadtkasse leicht bewiesen werden kann. Ferner

y) Richter Dec. 71. nr. 13. Stryck in vsu mod. h. t. §. 35. Richter de vniuers. eiusdemque specieb. et iuribus, cap. 4. §. 8.

z) Stryck in caut. contr. Sect. II. cap. 1. §. 12. Reinharth D. de incauto contrahente cum vniuers. §. 15.

ner hat der Darleiher darauf zu sehen, daß er mit denjenigen contrahire und die Schuldverschreibung von denjenigen ausstellen lasse, welche berechtigt sind, dieses im Namen der ganzen Bürgerschaft zu thun. Es kommt hierbey alles zuerst darauf an, ob eine Bürgerschaft ihre Geschäfte in Gegenwart und mit Genehmigung aller zusammen berufener Bürger besorgt, oder ob die Obrigkeit in solchen Dingen allein zu handeln das Recht hat? Im letztern Falle, welcher mehrentheils bey Städten vorkommt, deren Regierungsverfassung aristokratisch ist, ist schon die ordnungsmäßige Einwilligung der Obrigkeit oder eines von ihr erwählten Syndicus allein hinreichend, die ganze Bürgerschaft zu verbinden [a]); nur muß die Obrigkeit hierbey die rechtliche Ordnung beobachten, und die ihr zustehende Gewalt nicht überschreiten, weil die Bürgerschaft hier nicht verbindlich gemacht werden kann, daher es in dieser Hinsicht rathsam ist, selbst in solchen obrigkeitlichen Schuldverschreibungen den Endzweck und die nützliche Verwendung anzuführen. Besitzt die Obrigkeit die Gewalt nicht, im Namen der ganzen Bürgerschaft Geldanleihen zu vollziehen, so muß entweder die ganze Bürgerschaft, oder diejenigen müssen einwilligen, durch welche sie vorgestellt wird. Bey Fällen der ersten Art finden sich mehr Schwierigkeiten, und es sind mancherley Formalitäten zu beobachten, wobey es der sicherste Weg ist, um den nöthigen Beweis führen zu können, daß in Gegenwart eines Notars oder einer andern öffentlichen Person die gesammte Bürgerschaft zusammen berufen wird, und daß von den Erschienenen, welche wenigstens zwey Drittel der Berufenen ausmachen müssen, die mehrern Stimmen eingewilligt haben, auch über diese förmlich erklärte Einwilligung eine schriftliche Urkunde von der gebrauchten öffentlichen Person ausgefertigt worden ist. Hat man dieses alles beobachtet, so darf die

a) REINHARTH in cit. Diss. Sect. II. §. 4 et 5. LUDWIG in Diss. iur. Rom. et Germ. in mutuo, Diss. 14. not. qq.

die Verbindlichkeit der ganzen Bürgerschaft nicht bezweifelt werden, wenn auch der Darleiher die Verwendung des angelehnten Geldes zu ihrem Nutzen nicht beweisen werden kann. Die meisten Reichsstädte haben aber eine solche Verfassung, daß die gesammte Bürgerschaft durch gewisse Personen oder Collegien vorgestellt wird, welche mancherley unterschiedene Benennungen, z. B. Alterleute, Ausschüsse, Gewerke, Gildmeister, Zunftmeister u. dgl. haben; denen daher auch das Recht zusteht, im Namen der Bürgerschaft eine Verbindlichkeit zu contrahiren, ein Anlehn aufzunehmen, und eine Schuldverschreibung auszustellen, und der Darleiher, welcher eine von ihnen in gehöriger Form ausgestellte Schuldverschreibung bekommen hat, ist hinlänglich gesichert, wenn er gleich die Verwendung des Geldes zum gemeinen Nutzen der Bürgerschaft nicht beweisen kann b). In der Schuldverschreibung bekennen sich also im Eingange diejenigen zu dem Empfange des Anlehns, welche solches im Namen der Bürgerschaft aufzunehmen berechtigt sind, für sich, die gesammte Bürgerschaft und ihre Nachkommen, führen zuerst den Endzweck des Anlehns zum gemeinen Nutzen an, verschreiben gemeiniglich der Reichsstadt Güter überhaupt, oder auch ein gewisses Gut zum Unterpfande, und nach der unterschiedenen Observanz jeder Reichsstadt unterschreiben entweder alle und jede einzelne Mitglieder des die Bürgerschaft vorstellenden Collegiums, oder es wird mit Beydruckung des öffentlichen Siegels, welches öfters statt der Unterschrift in diesen Fällen allein hinlänglich ist c), nur der

b) Reinharth cit. Diss. Sect. 2. §. 7. Lauterbach cit. diss. 14. not. 11. Mosers rechtl. Bedenken von vorsichtiger Anlehnung auf Güter, Gefälle und Gerechtsame, welche Reichs- oder Landständen im römischen Reiche zustehen, §. 26. woselbst Erkenntnisse des Reichshofraths angeführt sind.

c) Cramers Wetzlar. Nebenstunden, 33ster Thl. S. 11. §. 6.

der allgemeine Name des Collegiums unterschrieben. Zuweilen verschreiben sich auch noch besonders die Aussteller der Schuldverschreibung als Bürgen für ihre Bürgerschaft, welches dem Darleiher unter gewissen Umständen einen Vortheil verschaffen kann, und in gleicher Absicht verschreiben sie manchmal nebst den Stadtgütern auch ihre eigenen Güter zum Unterpfande. Die Entsagung auf die Rechtswohlthat der L. 27. D. de reb. credit. ist aus den bereits angeführten Gründen hier ebenfalls ohne allen Nutzen, und wenn diejenigen, welche nicht dazu berechtigt sind, im Namen der Bürgerschaft das Geld aufgenommen haben, so sind sie, so lange die Verwendung nicht bewiesen wird, allein verbindlich [d]), wenn sie gleich eine ausdrückliche Verwahrung, daß sie für ihre Person nicht verbunden seyn wollen, eingerückt hätten, oder jener Rechtswohlthat ausdrücklich entsagt worden wäre. Nur alsdenn ist die ganze Bürgerschaft verbunden, wenn in der Folge sie oder ihre Repräsentanten, z. B. durch Bezahlung der Zinsen, oder Genehmigung der Rechnung, worin das Anlehen oder die Zinsen vorkommen, die Geldaufnahme gebilligt haben. Zuweilen können besondere Stadtgesetze und Verfassungen noch eigene Vorsichtsregeln rathsam machen, wohin besonders z. B. diejenige gehört, nach welcher in Orten, wo Capitalienſteuern eingeführt sind, die schuldige Reichsstadt sich verbindlich macht, diese für den Darleiher zu übernehmen und zu bezahlen [e]).

Was dazu erforderlich sey, wenn einzelne in den Reichsstädten befindliche Collegien, z. B. das Steueramt, u. dgl. Gelder aufnehmen, lehrt theils die besondere Observanz einer jeden Reichsstadt, theils folgt es aus den angeführten allgemeinen Grundsätzen, und es ist kein Zweifel, daß, wenn nur dieses gehörig beobachtet wird, dasjenige corpus oder

d) Coccеii D. de instrumentis mutui praecipuis clausulis instructis, th. 16. pag. 13 sqq. Reinharth l. c. §. 13.

e) Stryck in caut. contract. Sect. II. cap. I. §. II.

oder Collegium verbunden sey, in dessen Namen die Schuldverschreibung ausgestellt worden ist. Nach den allgemeinen Grundsätzen ist so viel richtig, daß der Cassirer allein zu einer Geldaufnahme nicht berechtigt, und wenn er sie gemacht, er auch allein verbunden sey, so lange nicht die Aufnahme und Verwendung zum Besten des ganzen corporis bewiesen werden kann, sondern nach der Regel müssen alle Vorsteher eines solchen corporis oder alle Mitglieder eines solchen collegii in die Geldaufnahme einwilligen, und die Schuldverschreibung unterschreiben. Statt dessen aber wird häufig neben der allgemeinen Unterschrift nur das Siegel der Corporation beygedruckt, und kein Name besonders unterschrieben, wodurch aber im Grunde einem allein die Gewalt ertheilt wird, für das ganze corpus Schuldverschreibungen auszustellen. Auch sollte kein solches corpus oder Collegium einer Reichsstadt ohne Bewilligung des Magistrats das Recht haben, Gelder aufzunehmen, und diese Bewilligung durch ein der Schuldverschreibung beygesetztes Decret bezeugt werden.

Bey mittelbaren, das heißt, einem Landesherrn unterworfenen Landstädten und Dörfern, welche letztere mit erstern hierin gleiche Rechte haben [f]), finden beynahe durchaus eben die Grundsätze statt, welche bey den Reichsstädten gelten, nur daß bey denselben öfters die landesherrliche Einwilligung, wo nicht in die Geldaufnahme und Verpfändung selbst [g]), doch wenigstens zu derjenigen Unternehmung, zu welcher das geborgte Geld verwandt werden soll, erfordert wird. Die meisten Landstädte werden durch ihre Obrigkeiten, nämlich Bürgermeister, Gericht und

f) Lauterbach in Diss. ad Leg. 27. D. de reb. cred. cap. 3. §. 2.

g) Stryck cit. l. §. 11. Ludewig in diss. iur. Rom. et Germ. in mutuo diss. 14. not. ff. Mencken Diss. de bonorum vniuersitatis et praecipue curiarum alienatione, Sect. I. §. 8 et 9.

und Rath [h]), und eben so die Dorfgemeinden durch Schultheissen und Gericht vorgestellt [i]), welche daher auch die Gewalt haben, im Namen der Gemeinde Geld aufzunehmen [k]). Bey andern Gemeinden, besonders wo jene obrigkeitlichen Aemter alljährlich abwechseln, haben die Gemeindeobrigkeiten diese Gewalt nicht, und bey diesen ist es also nicht genug, wenn Bürgermeister, Stadtschultheiß, oder wie die Obrigkeiten heißen, die Schuldverschreibung ausstellen, unterschreiben und besiegeln, sondern es muß auch die ganze Gemeine, oder die ganze Bürgerschaft, oder diejenigen, durch welche sie vorgestellt wird, von dem Anlehen wissen, und darein willigen [l]); die Mitglieder größerer Gemeinden aber werden gemeiniglich durch eine Art von Volkstribunen vorgestellt, welche verschiedene Benennungen haben, z. B. Zunftmeister, Gildemeister, Viertelsmeister, Altmänner, Oberalten, Innungsmeister, Sechszehner [m]) u. s. f. Der Darleiher muß also auch hier sich genau darnach erkundigen, wer das Recht habe, für die entlehnende Gemeinde Geld zu borgen, damit sie in der Schuldverschreibung richtig angegeben und unterschrieben werden. Wo also die Gemeindeobrigkeiten jenes Recht haben, da ist der Darleiher hinlänglich gesichert, wenn nur sie die Schuldverschreibung ausgestellt und unterschrieben haben [n]), es müßte denn die Gemeinde,

h) Cons. Fac. Tvb. Vol. II. Conf. 113. nr. 7. de Cramer in Opusc. Tom. III. nr. 18. pag. 473.

i) Cramers Wetzlar. Nebenst. 33ster Th. Nr. 1. §. 6. S. 10.

k) Mevius in Dec. Part. III. Dec. 229. nr. 2. Mavritius in Consil. Chilon. 28. nr. 10. Cramer a. a. O.

l) Mavritius cit. Conf. 28. nr. 16 sqq. Mencken cit. Diss. Sect. I. § 9 et 10.

m) Mencken in cit. Diss. Sect. I. §. 11. Schvbarth D. de administrat. rerum ad ciuitat. pertinent. th. 29. Schilter in Exerc. ad tit. de reb. credit. thes. 59.

n) Schvbarth in cit. Diss. th. 30.

de, weil sie beweisen kann, daß das entlehnte Geld nicht in ihren Nutzen verwendet worden, die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand brauchen o). Ist die Einwilligung der ganzen Bürgerschaft oder ihrer Repräsentanten nöthig, und gleichwohl ist die Schuld ohne diese Einwilligung, allein von dem Magistrate oder dessen einzelnen Mitgliedern gemacht, und die Schuldverschreibung nur von ihnen ausgestellt und unterschrieben worden, so muß sich auch der Darleiher einzig und allein an die Aussteller der Schuldverschreibung halten, und er kann wider die Gemeinde anders nicht klagen, als wenn er zu beweisen im Stande ist, daß das von ihm erborgte Geld zum Nutzen der Gemeinde verwendet worden sey; daher es immer eine gute Vorsichtsregel ist, wenn in dem Eingange der Schuldverschreibung bemerkt wird, daß das Geld nicht überhaupt zum Nutzen des gemeinen Wesens, sondern auch zu welchem besondern Gebrauch, z. B. zu Erbauung oder Wiederherstellung eines Gemeindegebäudes, aufgenommen worden sey. Wenn eine Gemeinde mit den gehörigen Formalitäten auf ihren Credit Geld entlehnt, und es sodann ihrem Landesherrn oder einzelnen Gemeindegliedern wieder gelehnt hat, so kann sie nicht unter dem Vorwande, daß das Geld nicht in ihren Nutzen verwendet worden sey, die Bezahlung verweigern p), und es hilft ihr nichts, wenn es auch in der Schuldverschreibung ausdrücklich gesagt worden, daß die Gemeinde das Geld zum Besten und Nutzen des Landesherrn, um z. B. eine Execution von ihm abzuwenden, entlehnt habe q), beson-

o) Stryck in vsu mod. h. t. §. 127. Reinharth D. de incaute contrah. cum vniuers. §. 21. Schorpf D. de restitutione restitutionis in integr. §. 9. Cons. Fac. Tvb. Vol. VI. Cons. 24. nr. 3.

p) Leyser Spec. 131. cor. 3. Harpprecht in Consil. Tubing. 56. nr. 71 et 138. Cramers Nebenst. 70ster Thl. Nr. 2. §. 1.

q) Richter D. de vniuersitate, eiusdemque variis speciebus et iurib. cap. 4. §. 6.

ders wenn die Gemeinde dadurch einen Nachtheil von sich selbst abgewandt, oder einen Vortheil erhalten hat; es kann auch dem Gläubiger nicht ohne seine Einwilligung die Klage wider den Fürsten, oder andere, denen die Gemeinde das erhaltene Geld weiter verborgt hat, abgetreten werden [r]); ausgenommen, wenn diejenigen, welche nicht dazu berechtigt waren, das Geld im Namen der Gemeinde aufgenommen, und an den Fürsten oder Andere wieder ausgeliehen haben [s]). In der Schuldverschreibung bekennen sich also an Orten, wo sich die Gemeindeobrigkeiten im Namen der Gemeinde verbinden können, diese für sich und die gesammte Bürgerschaft; an andern Orten aber die Bürger, oder diejenigen, durch welche sie vorgestellt werden. Der Eingang der Schuldverschreibung besteht im letzten Fall aus folgenden Worten: Wir Bürgermeister und Rath der Stadt Weissensee bekennen für uns und unsere Nachkommen; nicht weniger: Wir Zunft-Viertelmeister u. s. f. im Namen gesammter Bürgerschaft und Gemeinde [t]). Wo die Bürger keine Repräsentanten haben, da heißt es z. B.: Wir Bürgerschaft und Gemeinde des allhiesigen Fleckens ꝛc.

Der Darleiher muß auch ferner dafür besorgt seyn, daß auf die rechtmäßig hergebrachte Weise im ersten Fall die Mitglieder des Magistrats, im zweyten Fall nebst diesen die Repräsentanten des Volks, und im letzten Fall die ganze Bürgerschaft und Gemeinde einwillige, und diese Einwilligung immer erweislich sey. Im ersten Fall ist hierzu hinreichend, wenn sämmtliche Magistratsglieder einzeln unterschreiben, oder zu der hergebrachten allgemeinen Unterschrift das öffentliche Stadtsiegel gedruckt wird. Im zweyten Falle ist nothwendig, daß auch diejenigen, durch welche

r) LAUTERBACH in concl. forens. Exerc. 22. th. 11.

s) LAUTERBACH l. c. th. 13. HARPPRECHT in Cons. Tub. 56. nr. 137.

t) STRYCK in caut. contr. Sect. II. cap. 1. §. 9.

welche die Bürgerschaft vorgestellt wird, besonders unterschreiben, oder statt der Unterschrift ihr eigenes Siegel beygedruckt werde; im letzten Falle aber ist kein anderer sicherer Weg, als daß die auf die hergebrachte Art zusammen berufene Gemeinde vor einem öffentlichen Notarius, oder einer andern öffentlichen Person ihre Einwilligung erkläre; über den ganzen Vorgang von jener öffentlichen Person eine glaubwürdige Urkunde ausgefertigt, und der Schuldverschreibung beygesetzt oder beygelegt werde. Dem Darleiher werden sodann zu seiner Sicherheit die Güter und Einkünfte der Stadt entweder überhaupt, oder gewisse Einkünfte und Güter besonders verschrieben, und noch weiter pflegt man zuweilen die Vorsicht zu treiben, wenn man sich die Gemeinde verbinden läßt, daß alle und jede Mitglieder für die Schuld stehen, und benöthigten Falls sie durch eine Umlage auf die Bürger abtragen wollen, und sie in dieser Rücksicht auf ihre eigenen Güter verpfänden.

Borgt eine Kirche Geld, so kommt alles darauf an, wer dieses im Namen der Kirche zu thun berechtigt ist, und von wem also die Schuldverschreibung ausgestellt werden muß, auf welche Umstände folglich der Darleiher Acht zu geben hat. Wenn also diejenigen das Geld aufnehmen, und die Schuldverschreibung ausstellen, durch welche die Kirche vorgestellt wird, so ist der Darleiher wegen seiner Forderung so sehr gesichert, daß er die Verwendung zum Nutzen der Kirche zu beweisen, eigentlich nicht schuldig ist. Wenn daher nach dem kanonischen Rechte der Prälat mit seinem Kapitel oder dem größern Theile desselben, welcher die Kirche vorstellt, das Geld aufnimmt, so ist es eben so gut, als ob es die Kirche selbst aufgenommen hätte, und der Darleiher braucht die Verwendung nicht zu beweisen [u]). Allein da doch viele Rechtsgelehrte

u) Nov. 120. cap. 6. §. 2. c. 4. X. de fideiuss. Stryck in not. ad Brvnnem. ius eccles. Lib. II. cap. 15. §. 28. Boehmer in iure eccles. Lib. III. tit. 16. §. 37.

anderer Meynung sind [x]), so ist es um so mehr nothwendig, daß der Darleiher auch in diesem Falle für den Beweis der Verwendung des geborgten Geldes besorgt sey, da der Kirche, wenn diese Verwendung nicht geschehen ist, und sie also eine durch den Darlehnscontract ihr verursachte Verkürzung beweisen kann, die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen kann; und wenn auch die Kirche in diesem Falle die ihr wirklich zugefügte Verkürzung beweisen muß [y]), so ist es dennoch am sichersten, wenn der Darleiher durch den geführten Beweis der Verwendung jene Rechtswohlthat sogleich niederschlagen kann.

In protestantischen Ländern sind, wo noch Kathedralkirchen und Kapitel existiren, mehrentheils die Vorgesetzten nebst dem Kapitel nicht befugt, Gelder für die Kirche zu borgen, sondern es wird zugleich die Einwilligung des Landesherrn oder des Patrons dazu erfordert. Wo dieses nicht hergebracht ist, an solchen Orten geschieht die Geldaufnahme für die Kirche mit Consens des Consistoriums, oder desjenigen Collegiums, welches in protestantischen Ländern unter mancherley Namen, z. B. eines Kirchenraths, um die ökonomischen Geschäfte der Kirche zu dirigiren, angeordnet worden ist, und dieses Collegium stellt auch die Schuldverschreibung nach der an jedem Orte hergebrachten Observanz aus, und unterschreibt solche. An einzelnen Orten nimmt entweder die ganze Gemeinde in Kirchenangelegenheiten Geld auf [z]), oder es sind eigene Kirchenvorsteher angeordnet, welche gemeiniglich aus den Geistlichen und einigen Magistratspersonen des Orts bestehen, mit deren Einwilligung die Aufnahme des Geldes geschehen muß. Gemeiniglich ist in protestantischen Ländern zu solchen Geldanleihen auch die landesherrliche Einwilligung nöthig. Wenn aber, wie es zur Sicherheit des

x) Gvtierez ad c. 4. X. de fideiuff. nr. 1. Tiraqvel de priuil. piar. cauſ. priuil. 13.

y) Boehmer l. c. §. 36.

z) Lyncker in Dec. Ien. 770.

des Darleihers immer rathsam ist, die Kirche zur Sicherheit des ihr gelehnten Kapitals gewisse besondere Unterpfänder verschreibt, alsdenn sind nach dem gemeinen Rechte mancherley Erfordernisse zu beobachten, weil den Prälaten sowohl, als den Kirchen alle Veräußerung und eben so jede besondere Verpfändung untersagt ist [a]), dergestalt, daß nach der Nov. 7. cap. 6. der Darleiher, welcher ein Gut der Kirche zum Unterpfand annimmt, seines Rechts verlustig wird, und das ausgelehnte Geld der Kirche zufällt; jedoch bleibt jenem der Regreß wider die Verwalter der Kirchengüter, durch deren Veranstaltung die Hypothek bestellt worden ist. Um daher die Verpfändung gewisser Kirchengüter gültig zu machen, müssen alle diejenigen Feyerlichkeiten, welche die Gesetze bey der Veräußerung oder Verpfändung derselben vorschreiben, genau beobachtet werden. Es bestehen solche, wie bekannt, in einer rechtmäßigen Ursache der Verpfändung, in einer darüber angestellten Untersuchung, in der darauf erfolgten Einwilligung des Prälaten und des Kapitels, und in einem zur Verpfändung ertheilten Decret. Ist alles dieses beobachtet worden, und kann es vom Darleiher hinlänglich bewiesen werden, so steht ihm auch das Recht zu, wenn ihm zu der gehörigen Zeit die schuldigen Gelder sammt Zinsen nicht bezahlt worden sind, ohne weitere neue Feyerlichkeiten, die Unterpfänder angreifen, und um seiner Befriedigung willen verkaufen zu lassen. Zur Verschreibung eines allgemeinen Unterpfandes werden zwar, wie die mehresten Rechtsgelehrten dafür halten, jene mancherley Feyerlichkeiten nicht erfordert [b]); allein da gleichwohl die angeführte VIIte Novelle im 6ten Kapitel auch zur Bestellung des allgemeinen Unterpfandes eine nothwendige Ursache erfordert, andern Theils der Darleiher auch bey dem allgemei-

a) Nov. 7. cap. 1. cap. 5. X. de reb. eccles. non alien. cap. 1 et 3. X. de pignor.

b) Boehmer in iure eccles. Lib. III. tit. 16. §. 35. Franz ad tit. de pignor. et hypoth. §. 50 sqq.

nen Unterpfande sich noch manchen Beschwerlichkeiten aussetzt, weil die unter dem allgemeinen Unterpfande begriffenen Güter nicht ohne Beobachtung aller Feyerlichkeiten veräussert werden können, so ist es der Klugheit gemäß, sich ein besonderes Unterpfand bestellen zu lassen. Um also eine Schuldverschreibung im Namen der Kirche mit möglichster Vorsicht auszufertigen, wird sie entweder von dem Prälaten und seinem Kapitel, oder von den Vorstehern der Kirche, durch welche sie vorgestellt wird, und welche die Gewalt dazu haben, oder von den Mitgliedern der Kirche oder ihrem Bevollmächtigten ausgestellt, und eben diese Personen bekennen sich auch im Eingange der Schuldverschreibung, und unterschreiben dieselbe. Im Fall, daß sämmtliche Mitglieder der Kirche die Gelder aufnehmen, muß, wie bey den Schuldverschreibungen der Gemeinden, auch ein glaubwürdiges Zeugniß ihrer rechtmäßigen Zusammenberufung und Einwilligung, oder im Fall ein Bevollmächtigter die Schuldverschreibung für sie ausstellt, muß dessen Vollmacht und ein glaubwürdiges Zeugniß über seine Bestellung beygebracht, und der Schuldverschreibung beygelegt oder beygesetzt werden. Sodann muß in dem Eingange der Schuldverschreibung der Endzweck des Geldanlehns, und zwar so, daß eine rechtmäßige Ursache daraus erhellet, angeführt werden, wobey angemerkt wird, daß diejenigen in das Anlehn gewilligt haben, deren Einwilligung nöthig ist. Nach diesen Puncten folgt die Verpfändung der der Kirche zugehörigen Güter und Gefälle, und zwar bestimmter Güter und Einkünfte; wobey noch angeführt wird, daß diese Verpfändung laut nachgesetzten oder beygelegten Decrets nach vorgängiger genauer Untersuchung von dem Höhern, nämlich vom Bischof, oder in protestantischen Ländern von dem Landesherrn oder von seinen Collegien genehmigt worden sey c). Endlich folgt die obgedachte Unterschrift.

Wenn

c) Hr. HR. Claproth in der Rechtswissensch. von richtiger u. vorsichtiger Eingeh. d. Verträge, 3r Th. §. 171. Nr. 4. S. 324.

Wenn der Prälat ohne sein Capitel, oder der Verwalter der Kirchengüter ohne besondere Vollmacht Gelder aufnimmt, so sind nach der Regel immer nur diejenigen, welche das Geld erborgt und die Schuldverschreibung ausgestellt haben, aus derselben verbunden, die Kirche selbst aber kann nicht belangt werden, wenn gleich die Aussteller der Schuldverschreibung ausdrücklich erklärt haben, daß sie das Geld im Namen und zum Nutzen der Kirche aufgenommen, und wenn sie gleich ausdrücklich der Einrede des nicht zum Nutzen der Kirche verwendeten Geldes sich begeben hätten. Aus einem solchen Anlehn ist die Kirche nur alsdenn verbunden, wenn entweder der Aussteller der Schuldverschreibung zu der Geldaufnahme eine Vollmacht gehabt, oder das Geld erweislich wirklich zum Vortheil der Kirche verwendet worden ist [d]), und der Darleiher solches hinlänglich beweisen kann. Daher muß der Darleiher in diesem Falle sich alle Mühe geben, die Schuldverschreibung so einzurichten, daß er die Verwendung des angelehnten Geldes zum Nutzen der Kirche ohne Schwierigkeit beweisen kann; zu welchem Ende vornämlich der Endzweck des Anlehns in der Schuldverschreibung genau anzuführen ist, und der Darleiher sich z. B. von demjenigen, welcher das der Kirche gelehnte Geld zu ihrem Vortheil empfangen hat, einen besondern Empfangschein geben läßt; wiewohl die Verwendung sonst auch durch Vermuthungen, besonders aber durch die Rechnungen bewiesen werden kann [e]). Bey mittelbaren, das heißt, der Landesherrschaft unterworfenen Klöstern ist außer dem, was schon von unmittelbaren Klöstern angeführt worden ist, nur dieses noch zu bemerken, daß sie gemeiniglich ohne Erlaubniß des Landesherrn oder seiner Collegien keine Gelder aufnehmen, noch ihre Güter verpfänden dürfen.

d) STRYCK in caut. contr. Sect. II. cap. 1. §. 13. BOEHMER in iure eccles. Lib. III. tit. 6. §. 40.

e) CONS. FAC. TUB. Vol. II. Cons. 170. nr. 30 sqq.

Wenn ein Hospital, ein Heiliger, welche Benennung die pia corpora auf dem Lande in manchen Ländern bekommen haben, oder andere pia corpora Geld aufnehmen, so ist, um sie vollkommen zu verbinden, nicht hinreichend, wenn die Beamten derselben, denen die Casse anvertraut ist, der Spitalverwalter, der Heiligenpfleger u. s. f. die Gelder aufnehmen und die Schuldverschreibung ausstellen. In diesem Falle würden nur allein die Aussteller der Schuldverschreibung verbunden seyn, wider die pia corpora aber selbst keine Klage statt haben, ausgenommen, wenn der Darleiher die Verwendung des erborgten Geldes in ihren Nutzen beweisen könnte; der Darleiher handelt daher in diesem Falle vorsichtig, wenn er theils den Endzweck der Anlehnung in der Schuldverschreibung angeben läßt, theils um den Beweis der wirklichen Verwendung des Geldes besorgt ist. Sicherer ist es, wenn alle diejenigen, welche über das pium corpus und dessen Administration die Aufsicht führen, das Geld entlehnen, oder ihre Einwilligung dazu geben, und die Schuldverschreibung unterschreiben, in welchem Falle das pium corpus verbunden, und auch die Verpfändung der Güter und Gefälle der frommen Stiftung gültig ist, wenn gleich der Darleiher die Verwendung des geborgten Geldes in dessen Nutzen nicht darthun kann. Weil jedoch solchen piis corporibus ohne viele Umstände eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt wird, wenn sie eine Verkürzung beweisen, so ist es auch in diesem Falle der Vorsicht gemäß, daß der Endzweck des Geldanlehns in die Schuldverschreibung eingerückt wird. An vielen Orten wird zu Geldanlehnen an die pia corpora die landesherrliche Genehmigung, oder wenigstens die Einwilligung der Obrigkeit erfordert.

Will eine Universität oder hohe Schule Geld borgen, so kommt es dabey auf ihre besondere ökonomische Verfassung an. Hat sie ihre eigenen Güter und Einkünfte, so ist kein Zweifel, daß sie auch Gelder entlehnen, und ihre Güter verpfänden könne; allein hierzu ist meistentheils die beson-

besondere Genehmigung des der hohen Schule vorgesetzten landesherrlichen Collegii, und immer die Einwilligung des ganzen akademischen Senats nothwendig. Daher muß die Schuldverschreibung von dem ganzen Senat ausgestellt, und entweder von allen und jeden einzelnen Mitgliedern unterschrieben, oder nebst der durch die Observanz hergebrachten Unterschrift mit dem Universitätssiegel versehen werden. Im Gegentheil ist weder das vom akademischen Senat zu Besorgung der ökonomischen Angelegenheiten bestellte Collegium, noch der zur Verwaltung der Justiz bestellte Syndicus, ohne besondere Vollmacht niemals berechtigt, im Namen der Universität Geld zu borgen, und ihre Güter zu verpfänden; daher nur die Aussteller aus den von denselben ausgestellten Schuldverschreibungen, die Universität aber nicht anders verbunden seyn kann, als wenn der Darleiher die Verwendung der angelehnten Gelder zum Nutzen der Universität bewiesen hat.

Wollen Handwerkszünfte Gelder aufnehmen, so versteht es sich von selbst, daß weder einzelne Meister, noch selbst die Obermeister, welche die Casse administriren und Rechnung führen, im Namen des Handwerks kein Geld aufnehmen und keine Schuldverschreibungen ausstellen können. Wer also von ihnen eine Schuldverschreibung annimmt, muß sich auch allein an die Aussteller der Schuldverschreibung halten, und kann die Handwerksinnung nicht belangen, sie müßte denn den Ausstellern Vollmacht gegeben haben, oder es müßte erweislich seyn, daß das angelehnte Geld zum Nutzen der ganzen Innung verwendet worden sey [f]). Sicherer handelt der Darleiher, wenn er sich die Schuldverschreibung von der ganzen Handwerksinnung, nämlich von den Obermeistern und den übrigen Mitgliedern ausstellen und unterschreiben läßt; in welchem Fall alsdenn der Darleiher die Verwendung des Geldes zum

f) Heineccius D. de collegiis et corporibus opificum, cap. 2. §. 19.

zum Nutzen der Innung nicht zu beweisen braucht. Wo die Handwerkseinnungen ihr eigenes Siegel haben, wird auch dieses beygedruckt. Ist das Anlehn bey der Handwerkszusammenkunft beschlossen und dem Obermeister die Besorgung der Sache übertragen worden, so ist es das Sicherste für den Gläubiger, daß der Schuldverschreibung eine beglaubte Abschrift des über die Berathschlagung und Genehmigung geführten Protocolls beygelegt, und diese sodann von den Obermeistern unterschrieben werde. Kann dieses Anlehn in der Folge aus der Handwerkskasse nicht zurück bezahlt werden, so muß nach Verhältniß des Handwerksvertriebes eines jeden Mitglieds, welcher durch beeydigte unpartheyische Taratoren anzuschlagen ist, von den Mitgliedern zusammen geschossen, oder ein neues Kapital aufgenommen werden. Sollte das Anlehn nicht zum gemeinen Besten der Innung von den Mitgliedern aufgeborgt worden seyn, so müssen alle, welche eingewilligt haben, oder ihre Erben zu Bezahlung des Kapitals einen gleichen Antheil beytragen [g]).

Ein eigener Fall des Anlehns ist es, wenn ein neu angestellter Beamter, dem eine Casse und Rechnung anvertraut wird, anstatt durch Bürgen oder Unterpfänder Caution zu leisten, angehalten wird, dem Fiscus oder demjenigen corpori, dessen Kasse er zu verwalten hat, eine gewisse Summe zu borgen, in der Absicht, damit, wenn der Beamte eine Untreue begangen hat, und am Ende seiner Verwaltung Etwas schuldig bleibt, das corpus die ihm schuldige Summe sogleich durch die angelehnte Summe erhalte [h]). Dem Beamten wird in diesem Falle für sein Anlehn eine gewöhnliche Schuldverschreibung zugestellt, und meistentheils ihm erlaubt, die ihm dafür schuldigen Zinsen als eine Ausgabe in Rechnung zu bringen.

Wird

g) Lyncker in resolut. 172.

h) Io. Fr. Schmid D. de mutuo officialium cautionis loco ab initio officii praenumerando, cap. 3.

Wird der Beamte alsdenn wirklich der Casse etwas schuldig, so ist kein Zweifel, daß das corpus, dessen Casse er veruntreuet hat, wegen seiner daher rührenden Forderung, selbst im Fall eines entstandenen Concursprocesses das Anlehn zurück behalten, und sich damit, in so weit die Summen des Restes und des Anlehns gleich sind, wegen seiner Forderung bezahlt machen könne. Eben so gewiß ist es auch, daß, wenn der Beamte durch den Tod oder auf andere Weise von seinem Amte kommt, er oder seine Erben die Zurückbezahlung jenes Anlehns samt den ausständigen Zinsen zu fordern berechtigt ist. Damit übrigens dem Corpus auf den Fall eines von dem Cassirer zu vertretenden Restes die Compensation durch den Satz: illiquidi cum liquido nulla est compensatio, nicht erschwert werde, so ist es rathsam, daß sich das Corpus ausdrücklich versprechen lasse, daß die angelehnte Summe nicht eher, als bis der Darleiher vom Amte abgegangen und die Rechnung richtig befunden worden, zurückgefordert werden, und alsdann wegen jeder Gegenforderung der Compensation Statt gegeben werden solle.

Um die Verwendung des Geldes hat sich der Gläubiger der Regel nach nicht zu bekümmern, und es ist daher unschicklich, daß die Verfasser von Schuldverschreibungen dem Schuldner die Einrede des in seinen Nutzen nicht verwendeten Geldes entsagen lassen. Wo es aber auf die Verwendung des Geldes wirklich ankommt, da ist es nicht genug, derselben in der Verschreibung zu gedenken, sondern sie muß in solchen Fällen noch auf andere Art erwiesen werden. Wirklichen Vortheil bringt es, der Verwendung des Geldes umständliche Meldung zu thun, wenn α) die Verwendung des Geldes der Forderung einen Vorzug zu Wege bringt [i]), oder β) der Schuldner nicht anders als durch die Verwendung verbindlich wird. Die erste Wirkung tritt ein, 1) wenn zur Ausbesserung der Häuser,

i) L. 3. §. 9. D. de in rem verso.

Häuser [k]), 2) zur Ausbesserung oder Erbauung eines Schiffs [l]), 3) zur Ankaufung eines Hauses oder anderer Sachen, oder zu deren Erhaltung, zu Abführung der öffentlichen Abgaben, Geld gelehnt, und die gekaufte oder ausgebesserte Sache zur Hypothek verschrieben worden ist [m]); 4) wenn zur Erlangung einer Militair- oder anderer Charge, oder zum Unterhalt der Miliz, und zu Kriegsbedürfnissen Geld gelehnt worden ist [n]); 5) wenn zu dem Ende Geld vorgeliehen worden ist, um eine ältere Hypothek zu tilgen, oder eine privilegirte Forderung abzutragen, der neue Gläubiger aber in diese Stelle treten will, welches auf zweyfache Weise geschehen kann, nämlich dadurch, daß sich der Gläubiger ausdrücklich bedingt, daß er das Geld zu dem genannten Endzweck vorschieße, und daß er in die Rechte des abgefundenen Gläubigers treten wolle, welches die mittelbare hypothekarische Succession ausmacht [o]), und ferner dadurch, daß der Gläubiger das Geld selbst an den abzufindenden Gläubiger auszahlet, und sich von selbigem sein Recht übertragen läßt, oder wenigstens der Schuldner in der Verschreibung sich erklärt, daß der neue Gläubiger durch die Abfindung des ältern in seine Rechte treten soll [p]). Keinesweges ist genug, daß mit meinem Gelde das vorige Unterpfand getilgt worden sey [q]). Als Fälle, wo die Ver-

k) L. 1. D. in quib. caus. pign. L. 24. §. 1. D. de reb. auct. iud. possed.

l) L. 5 et 6. D. qui pot. in pignore.

m) L. 3. §. 1. D. qui pot. in pign. L. 17. C. de pignor. L. 7. C. qui pot. in pign. Nov. 136. c. 3.

n) Nov. 97. cap. 4.

o) L. 3. D. quae res pign. dari. L. 12. §. 8. D. qui pot. in pign. L. 1. C. de his qui in prior. credit.

p) L. 12. §. 6. D. qui pot. in pign. L. 1. pr. quib. mod. pign. vel hyp. L. 1 et 4. C. de his qui in prior. cred. L. 12. C. de pignor.

q) L. 2. D. de pignor. action.

Verwendung des Geldes deswegen mit Vortheil in der Schuldverschreibung angeführt wird, weil der Schuldner ohne eine wirklich geschehene Verwendung nicht verbindlich wird, sind zu betrachten, 1) wenn der Vormund vor seinen Mündel, der Kirchenvorsteher für die Kirche, ein Vorgesetzter für das Collegium Geld borgt, bey dem er eingesetzt ist [r]; 2) wenn eine Stadt, eine Gemeinde, oder eine andere öffentliche Gesellschaft Geld geborgt hat; 3) wenn derjenige, an den das Geld ausgezahlt worden, andere Personen, ohne besondern Auftrag zu dieser Anleihe zu haben, verbindlich machen will, z. B. der Gesellschafter, Schiffer, Factor [s] u. s. f. Wo es nun in einer oder der andern Betrachtung auf die Verwendung des Geldes ankommt, da muß auch für deren Beweis gesorgt werden, welches bey der Auszahlung der gelehnten Gelder leicht wird, nach einigen Jahren aber viel Mühe kostet. In dieser Betrachtung handelt der Gläubiger am vorsichtigsten, wenn er das Geld an diejenigen selbst auszahlt, zu deren Befriedigung es erborgt worden ist, und sie eine Quittung darüber ausstellen läßt. Man kann sich auch die quittirten Baurechnungen, Reparaturrechnungen, die getilgten Verschreibungen u. s. w. vom Schuldner einhändigen lassen, wiewohl letzteres bey einem Schuldner von schlechter Denkungsart gefährlich ist. Es sind Fälle vorgekommen, daß der Schuldner zum Bauen und zu nöthigen Reparaturen Geld erborgt, und doch keinen Groschen dazu verwendet hatte. Sogar Obrigkeiten sind hintergangen und verleitet worden, ein Attestat auszustellen, daß der Erborger zu Fortsetzung seines Baues Geld nöthig habe, und gleichwohl hatte der Betrüger noch nicht einmal angefangen zu bauen, sondern versof das Geld in Schenken, wodurch seine Obrigkeit in die Verlegenheit kam, das Geld aus eignen Mitteln ersetzen zu müssen.

Wer

r) L. 3. C. quando ex facto tut.

s) L. §2. D. pro socio. L. f. D. de exercit. act.

Wer Geld ausleihen will, handelt am sichersten, wenn er sein Geld in die auf öffentlichen Credit angelegten Banquen und Landschaftskassen lehnt, wenn ihre Zahlbarkeit unerschütterlich und außer Zweifel ist, wenn er auch gleich weniger Zinsen bekommt. Diese Art, sein Geld unterzubringen, ist hauptsächlich denen anzurathen, welche nicht selbst so viel juristische Einsicht haben, die Sicherheit einer Privatanleihe zu prüfen, und sich auf Anderer geschickten Rath nicht genug verlassen können. Findet sich keine Gelegenheit, sein Geld sicher unterzubringen, so macht man es in öffentlichen Nachrichten bekannt, daß ein Kapital von 1000 Rthlrn. zur sicheren Ausleihung in Bereitschaft liege, und man sich bey N. desfalls melden könne. Findet ein Vormund dieses gebrauchten Mittels ungeachtet keine Gelegenheit zur sichern Unterbringung des Geldes, so ist es entweder Geld, welches er bey Antretung der Vormundschaft gefunden hat, oder es ist nach der Zeit eingelaufen. Ersteres muß er mit Ablauf des sechsten Monats [t]), letzteres nach zwey Monaten [u]) bey der Obervormundschaft gerichtlich niederlegen, wenigstens versiegeln lassen [x]), widrigenfalls aber selbst Zinsen davon bezahlen. Ist Gelegenheit zum Auslehnen vorhanden, so muß man bey einem künftigen Schuldner hauptsächlich auf zwey Stücke sehen, nämlich 1) auf die Sicherheit des Kapitals und der Zinsen, und 2) auf die Bequemlichkeit oder Beschwerde bey Anstellung einer künftigen Klage. Die Sicherheit des Kapitals beruht auf der Beschaffenheit des Schuldners, und hier geht es nach den Grundsätzen von der Person des Entlehners, welche in diesem Paragraphen vorgekommen sind. Einem schlechten Wirth oder Bösewicht muß man nichts borgen, wenn er gleich hinreichende Hypothek besitzt. Der schlechte Wirth wird sie bald verschlimmern und der Böse-

t) L. 15. D. de administr. et peric. tutor.

u) L. 7. §. 11 et 13. D. eod.

x) Nov. 72. c. 5. 6. 7.

Bösewicht wird chikaniren, wo er nur kann. Ist bey der Person nichts zu erinnern, so sieht man auf die Sicherheit des Unterpfandes, es mag in Grundstücken oder Pretiosen bestehen. Der Vormund ist nach dem römischen Rechte alsdenn außer Verantwortung, wenn er demjenigen seines Pupillen Geld gelehnt hat, welcher durchgängig als ein wohlhabender Mann betrachtet wurde y). Damit die Beschaffenheit der zu bestellenden Hypothek geprüft werden kann, eine Vorsicht, welche schon den Römern nicht unbekannt war z), so muß der Schuldner entweder einen Auszug aus dem öffentlichen Lagerbuche, oder doch wenigstens ein öffentliches Attestat beybringen, was für Grundstücke er als völliger Eigenthümer besitze. Sind es nicht völlig freye, sondern Lehngüter, Erbzinsgüter, Meyergüter, kurz solche, die nicht vom Besitzer völlig frey veräußert werden können, so muß man sich nicht anders einlassen, als wenn die Einwilligung des Lehnherrn und der Agnaten, es müßte denn die Verwendung unläugbar als eine Lehnsschuld angesehen werden können, des Erbenzinsherrn, oder der künftigen Erben, beygebracht werden. Diese Einwilligungen werden oft mit Einschränkungen in Ansehung der Zeit oder der Verwendung ertheilt, und sodann muß sich der Gläubiger, wenn er das Darlehn darauf hergegeben, genau darnach richten, oder die Einwilligung wird hernach gegen Ueberschreitung der im Consense enthaltenen Einschränkung mit Recht zurück genommen, gleichwie denn auch selbige von selbst erlöscht, wenn sie nur auf gewisse Jahre ertheilt worden ist. Nach angestellter Prüfung, was die Grundstücke, welche zur Hypothek verschrieben werden sollen, für eine Sicherheit gewähren, ist es vorsichtig gehandelt, einen obrigkeitlichen Auszug aus dem öffentlichen Hypothekenbuche zu verlangen, um daraus ersehen

y) L. 50. D. de admin. et peric. tutor. L. III. D. de condit. et demonstr.

z) Brissonius de formulis Lib. VI. nr. CXI. pag 512 sqq.

sehen zu können, was für Hypotheken schon darauf stehen, und ob die Grundstücke immer noch hinlängliche Sicherheit gewähren. Hin und wieder ist vorgeschrieben, daß die Grundstücke niemals über zwey Drittel oder drey Viertel ihres wahren Werths verpfändet werden sollen, und in diesem Falle muß die Obrigkeit von Amtswegen dafür sorgen, daß diese Verabredung nicht überschritten werde. In diese Hypothekenbücher sind der Regel nach nur die ausdrücklichen Hypotheken eingetragen, folglich muß ein vorsichtiger Gläubiger selbst darnach fragen, ob der Schuldner etwa eine Casse der Vormundschaft zu verwalten hat, ob er vorher schon verheyrathet gewesen, und sich mit den Kindern erster Ehe, oder seinen Geschwistern, gemeinschaftlichen Erben oder Gesellschaftern abgefunden habe, oder nicht. Auf diese Weise wird er erfahren, was für stillschweigende Hypotheken auf den Grundstücken liegen, oder wer ein Separationsrecht ausüben kann. Gegen diese Ansprüche sicher zu seyn, muß er sich von dem Schuldner die nöthigen Bescheinigungen vorlegen lassen. Hieraus läßt sich die Sicherheit des Schuldners am genauesten beurtheilen, und nun wird es nicht schwer fallen, die Frage zu beantworten: ob man ihm das gesuchte Kapital lehnen könne, oder nicht. Damit es keine Schwierigkeit zu heben giebt, wenn man den Schuldner verklagen muß, so ist es der Klugheit gemäß, sein Geld nicht an Mächtige zu verleihen, auch nicht an Auswärtige, die in entfernten Ländern oder an Orten leben, wo die Justiz schlecht verwaltet wird; oder wo der Gläubiger in allen Instanzen herumgezogen werden kann, ob er gleich klare Briefe und Siegel beygebracht hat. Diesen Schwierigkeiten sucht man dadurch auszuweichen, daß man dem Schuldner auf seinen ordentlichen Gerichtsstand Verzicht leisten, und die Gerichtsbarkeit prorogiren läßt. Sehr gut ist es auch, wenn er in dem Lande Güter besitzt, wo der Gläubiger wohnt, welche man sich daher zur Hypothek verschreiben lassen muß. Kann man es vermeiden, so lehne man kein Geld an Schuldner, die in solchen Ländern wohnen, aus wel-

welchen an die Reichsgerichte appellirt werden kann, oder in denen die Gläubiger, wenn ein Concurs über das Vermögen ihres Schuldners entstanden ist, die Kosten verhältnißmäßig tragen müssen, oder wo die Zinsen erst alsdenn bezahlt werden, nachdem alle Kapitale bezahlt worden sind.

§. 783.

Wer ein Darlehn giebt, veräußert zwar das Individuum, welches er weggegeben hat, nämlich die körperliche Sache, die der Gegenstand des Darlehns ist, aber nicht die Quantität; deswegen muß auch der Schuldner eine Sache von derselben Qualität und Quantität, als er bekommen hat, zurück geben. Von derselben Quantität. Hat er also eine Ohme Wein bekommen, so muß er auch eine Ohme restituiren. Von derselben Qualität. Hat er Hochheimer erhalten, so muß er Hochheimer und keinen Bergsträsser zurückgeben. Wenn Etwas von einer andern Gattung zur Wiederbezahlung versprochen wird, so wird das Darlehn in einen Tausch, und wenn es gerade die nämliche Sache ist, in eine Leihe einer bestimmten Sache zu einem ausbedungenen Gebrauch, commodatum, verwandelt.

Wenn das Darlehn in Geld bestanden hat, so kommt oft der Fall vor, daß zur Zeit der Wiederbezahlung eine Münzveränderung vorgegangen ist, und nun ist es nicht so gar leicht, richtig zu bestimmen, wie die Wiederbezahlung dergestalt zu bewirken sey, daß weder der Darleiher noch der Schuldner in der That einen Nachtheil erfährt, das heißt, daß der Darleiher nicht mehr und nicht weniger wieder bekommt, als er ausgelehnt hat. Um diese Frage richtig beurtheilen zu können, muß man die Natur und Beschaffenheit des Münzwesens gehörig kennen. Die Münze ist der Maaßstab, wornach der Preiß der Waaren festgesetzt wird, wie die Sache in der L. 1. pr. D. de contrah. emt. zusammengehalten mit der L. 2. C. de

vet. num. pot. richtig ausgedrückt wird. In den Reichsgesetzen wird bey Münzen ihr Schroot, d. h. der gesetzliche Gehalt des edlen Metalls und das gesetzliche Gewicht, welches den innern Werth ausmacht, und das Korn oder die Ausstückelung, d. h. das gesetzliche Gewicht eines jeden Geldstückes, welches durch das Gepräge angezeigt wird, und den äußern Werth enthält, unterschieden [a]). Der wahre Werth der Münzen kann nur nach dem sogenannten Münzfuße bestimmt werden. In Teutschland ist der Münzfuß mehr als einmal geändert worden. Im Jahr 1559. führte man den Cöllnischen Münzfuß ein, nach welchem die Mark fein Silber auf 9 Rthlr. ausgemünzt wurde. Diesem folgte im Jahr 1667. der Zinnische Münzfuß, vermöge dessen die Mark auf 10 Rthlr. 12 Gr. ausgemünzt wurde. Hierauf führte man im Jahr 1690. den Leipziger Münzfuß ein, welcher zuerst von den chur- und fürstlichen Häusern Sachsen, Brandenburg und Braunschweig-Lüneburg vertragsweise angenommen, sodann aber im Jahr 1738. durch einen Reichsschluß für einen allgemeinen Reichsmünzfuß erklärt wurde. Nach Verordnung dieses Reichsschlusses muß die feine Mark Silber in Zwey-Drittel-Stücken, wie auch in Ein-Drittel Stücken zu 12 Rthlr. oder 18 Gulden ausgemünzt werden, so daß ein Speciesthaler an innerlichem Werthe 2 Gulden betragen, und deren 8 Stück auf die rauhe Cöllnische Mark gehen, und fein 14 Loth und 4 Grane halten soll. Nach dem mit dem Leipziger in Verbindung stehenden Torgauer Fuß sollte die feine Mark Silber in Zweygroschenstücken zu 12⅜ Rthlr., in Groschen und Mariengroschenstücken zu 12½ Rthlr., und in Sechspfennigstücken zu 13 Rthlr. ausgemünzt werden. Dieser Torgauer Fuß ist übrigens in dem Reichsschluß vom

a) L. 1. C. de vet. numismat. pot. Kaiserl. Commiss. Decret vom J. 1676. im 4ten Thl. der Samml. der Reichsschl. S. 108. 112. 115.

vom Jahr 1738. nicht zugleich mit genehmigt worden. In Ansehung der Goldmünzen wurde verordnet, daß von Ducaten, das Stück zu vier Gulden gerechnet, 57 Stück auf die Cöllnische Mark gehen, und 23 Karat, 8 Grane fein halten. Goldgulden zu 3 Gulden sollten 72 Stück auf die Mark gehen, und 18 Karat, 40 Grane fein Gold, 3 Karat, 8 Grane fein Silber, und 1 Karat, 6 Grane Kupfer enthalten. Weil das hierbey zum Grund gelegte Verhältniß zwischen Gold und Silber, wie 1 zu $15\frac{1}{15}$ in Rücksicht auf den auswärtigen Werth dieser beyden Metalle, zum großen Nachtheil des teutschen Reichs fehlerhaft befunden worden war, so fand die im Jahr 1748. von Braunschweig-Wolfenbüttel zuerst vorgenommene Abweichung vom Leipziger Münzfuße in Kurzem so viele Nachfolger, daß darüber das Münzwesen in ganz Teutschland die größte Veränderung erfahren hat.

Die Veränderungen des teutschen Münzfußes sind auf folgende Weise entstanden. — Der alte Reichsfuß wurde durch den Zinnischen Fuß, der im Jahr 1667. im Kloster Zinna verabredet worden war, abgeschafft, indem Sachsen und Brandenburg die Verhältniß 1 zu $13\frac{5}{9}$ beobachten, und die feine Mark Silber zu $10\frac{1}{2}$ Rthlr. oder zu 15 fl. 45 Kr. ausmünzen wollten. Hierauf kam der Leipziger Fuß in Gang, im Jahr 1690, oder der 18 fl. Fuß, wornach Sachsen, Brandenburg und Hannover die Verhältniß 1 zu $15\frac{1}{15}$ annahmen, und die feine Mark Silber in Zweydritteln und Eindritteln zu 12 Rthlr. oder 18 fl. ausprägen wollten. Drittens folgte der Preußische oder Graumannische Fuß, wornach Preussen im Jahr 1750 die Verhältniß 1 zu $13\frac{4}{7}$, andere sagen aber $13\frac{11}{18}$, wieder andere $13\frac{79}{100}$ annahm, und die feine Mark Silber zu 14 Rthlr. ausmünzte. Viertens entstand der Conventionsfuß oder der 20 fl. Fuß im Jahr 1753 u. 1754. wornach die Verhältniß 1 zu $14\frac{1}{7}\frac{1}{1}$ festgesetzt, und die feine Mark Gold zu 283 fl. 5 Kr. $3\frac{8}{7}\frac{4}{7}$, und die feine Mark Silber zu 20 fl. ausgeprägt wird. Fünftens führte Bayern den 24 fl. Fuß ein, im Jahr 1766, indem

man die feine Mark Silber zu 24 fl. ausmünzte, und den Dukaten auf 5 fl. setzte. Nur Hannover hat den Leipziger Fuß beybehalten; Oestreich, Sachsen und Braunschweig-Wolfenbüttel nebst verschiedenen andern Reichsfürsten haben den Conventionsfuß angenommen; hingegen der Schwäbische Kreis und die meisten Stände des Fränkischen Kreises richten sich nach dem Vierundzwanzigguldenfuße. Das Agio des alten Reichsfußes gegen den Conventionsfuß beträgt 48 Rthlr. 3 Gr. 6½ Pf.; des Zinnischen gegen den Conventionsfuß in grober Sorte beträgt 11 Rthlr. 2 Gr. Kommen Kapitale, die wieder bezahlt werden sollen, in verschiedenen Münzfußen vor, so wird die Sache auf verpflichteter Sensale Gutachten, nach der besondern Beschaffenheit der wirklich verschriebenen Sorten, und nach Beschaffenheit der eingetretenen Münzveränderungen entschieden.

Bey Entscheidung der Frage: in welchem Münzfuße das Darlehn wieder bezahlt werden muß, wenn sich nach der Zeit des entstandenen Darlehns eine Münzveränderung zugetragen hat, müssen mehrere Fälle unterschieden werden. Man nehme an, in den Jahren 1760 und 1761. wurden Ephraimiten geschlagen, welche damals 30 Kr. oder 8 Gr. galten, im Jahr 1763. aber auf 12 Kreutzer oder 3 Gr. heruntergesetzt wurden. Nach dem Zwanzigguldenfuße darf eine Mark feines Silber nur zu 13½ Rthlr. ausgemünzt werden. In den Jahren 1757. 1758. wurde aber die Mark zu 19. 24 Thaler, im Jahr 1759. zu 25. 30 Rthlr. und in den Jahren 1760 und 1761. gar zu 31. 33 Rthlr. ausgemünzt. Der französische Laubthaler, welcher jetzt nur 2 fl. 45 Kr. gilt, war im Jahr 1761. auf vier Gulden und höher gestiegen. Gesetzt nun, daß ich von Jemandem im Jahr 1761. tausend Thaler in 30-Kreuzern oder in Laubthalern, das Stück zu 4 fl. geborgt hätte, und dieses Capital im Jahr 1795. zurück bezahlen mußte, wie viel war ich zu bezahlen schuldig? Oder im Jahr 1770. galt der alte Louisd'or nur 8 fl. 45 Kr.; i. J. 1795. aber nahm man ihn in Darmstadt für 9 fl. 30 Kr.

Wenn

Wenn ich nun im Jahr 1770. ein Capital in alten Louisd'ors, das Stück zu 8 fl. 45 Kr. bekommen habe, und es im Jahr 1795. zurückbezahlen mußte, so war die Frage: muß ich den Louisd'or zu 9 fl. 30 Kr. oder nur zu 8 fl. 45 Kr. rechnen? Bey dergleichen Wiederbezahlungen gelten folgende Grundsätze. —

a) Wenn eine gewisse Zahl an Geldstücken gegeben und ausbedungen ist, daß eine gleiche Zahl zurück gegeben werden solle, so bleibt es bey dem Vertrage, und es kommt nicht darauf an, ob diese Geldsorte im Werthe steigt oder fällt. Z. B. ich habe Jemandem 100 Stück Dukaten geliehen, und er hat mir versprochen, 100 Stück wiederzugeben.

b) Ist Etwas über den Münzfuß ausgemacht worden, so hat es sein Bewenden dabey; z. B. ich lehne dem A. 500 Rthlr. nach dem 20 fl. Fuß, und lasse mir versprechen, diese Summe in gleichem Fuße wieder zu bezahlen.

c) Wenn über den Münzfuß nichts ausgemacht worden ist, und es geht eine allgemeine Münzveränderung vor, das heißt, alle Münzsorten haben an ihrem innern oder äußern Werth eine Aenderung erfahren, weil ein ganz neuer Münzfuß eingeführt worden ist, so wird auf die Zeit des Darlehns gesehen, das heißt, der Schuldner bezahlt das Kapital in dem Münzfuße wieder, worin er es bekommen hat; er giebt dem innern Werth nach eben so viel wieder, als er empfieng. Wer also im Jahr 1761. 1000 Rthlr. in den damaligen geringen Münzsorten geborgt hat, dem kann nicht zugemuthet werden, 1000 Rthlr. im 24 fl. Fuße wiederzugeben, sondern er muß nur so viel wieder bezahlen, als jene 1000 Rthlr. schlechtes Geld nach dem 24 fl. Fuße werth sind und betragen. Sollte er 1000 Rthlr. in jetzt gangbaren guten Münzsorten wieder bezahlen, so würde er offenbar Schaden leiden, und der Gläubiger einen ungerechten Vortheil ziehen, weil sich mit allgemeinen Münzveränderungen auch die Preise der Dinge ändern. So wie die Münze schlechter wird, steigen die Preise der Waaren, und wenn die Münze besser wird,

fallen die Preise. Man bekam z. B. im Jahr 1761. für einen Ephraimiten nicht so viel Waare, als man jetzt für 8 Gr. oder 30 Kr. bekommt. Wenn indessen der Gläubiger beweisen könnte, daß die dem Schuldner geliehenen Münzsorten zur Zeit des ausgezahlten Darlehns einen höhern Cours gehabt haben, als sie nach ihrem innern Werthe haben sollten, z. B. daß die Ephraimiten zur Zeit des Contracts noch für voll und gut ausgegeben worden sind, so ist er, der Billigkeit nach, wohl damit zu hören.

d) Wenn die Münzveränderung nur partikulär ist, das heißt, wenn nur eine oder die andere Münzsorte ihren Werth verändert hat, so wird auf die Zeit der Wiederbezahlung gesehen; das heißt, der Schuldner bezahlt die Münze in dem Werthe, den sie jetzt zur Zeit der Zahlung hat. Wer also im Jahr 1770. ein Kapital in Louisd'ors, das Stück zu 8 fl. 45 Kr. erborgte, und es im Jahr 1795. wieder bezahlen mußte, der konnte das Stück zu 9 fl. 30 Kr. anrechnen. Der Gläubiger litt dabey keinen Schaden; denn wenn er im Jahr 1770. etwas für 9 fl. 30 Kr. einkaufte, und es mit Louisd'or bezahlen wollte, so mußte er noch 45 Kr. zulegen. Dieß hatte er im Jahr 1795. nicht nöthig; und er konnte mit einem Louisd'or allein so viel kaufen, als er im Jahr 1770. für einen Louisd'or und 45 Kr. bekam. Partikularmünzveränderungen verursachen keine Aenderungen in den pretiis rerum; sondern nur das Verhältniß einer Münzsorte zu den übrigen, oder das Verhältniß vom Werthe des Goldes zum Werthe des Silbers hat sich geändert [b]).

Herr HR. Claproth [c]) schreibt: wegen einer Münzveränderung, welche zur Zahlungszeit entweder schon

b) Eines Ungenannten Betrachtungen über das Recht bey der Bezahlung in veränderten Münzen, Braunschw. 1764. Strubens rechtl. Bedenk. 3ter Band 2tes Bedenken.

c) Claproths Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte, 2ter Thl. §. 176. S. 572.

schon eingetreten ist, oder doch bevorsteht, sind die verschiedenen Fälle zu unterscheiden. Entweder ist

1) jetzt die Münze, worin das Darlehn vorgeschossen worden, gänzlich verboten, und alsdenn ist eben so viel in anderer Münze, welche nach der inneren Güte der hergeliehenen gleich ist, zu bezahlen; oder

2) der äußere Werth der Münze, obgleich der innere geblieben, ist heruntergesetzt worden, und alsdann ist zu unterscheiden, ob zur Zeit des Darlehns die Münze, welche jetzt heruntergesetzt ist, von Jedermann nach dem ursprünglichen äußern Werthe ausgegeben und angenommen worden, und dann muß der Schuldner nicht in eben so viel Stücken der jetzt abgewürdigten Münze, sondern so viel bezahlen, als die besagte Münze zur Zeit der Anleihe durchgängig gegolten hat, weil der Schuldner sonst weniger wieder bezahlen würde, als er von dem Gläubiger wirklich bekommen hat. Alles muß hier nach der Zeit des Contracts abgemessen werden, und zwar nicht blos nach den Worten, sondern hauptsächlich nach dem Sinn der Partheyen [d]). Dafern aber die Abwürdigung des äußerlichen Werthes der Münze bald nach der Auszahlung des Darlehns und zwar so geschehen ist, daß der Schuldner die Gelder nicht hat für voll brauchen können, mithin in der That um so viel weniger am Gelde erhalten hat, dieser Unfall auch den Gläubiger auf alle Weise getroffen haben würde, so kann der Gläubiger nicht mehr wieder verlangen, als dem Schuldner wirklich zu Gute gekommen ist.

3) Zuweilen wird auch die Münze erhöht, welches geschahe, als der Zwanzigguldenfuß in den Vierundzwanzigguldenfuß umgeändert wurde, und hier verlangt der Gläubiger mit Recht, daß ihm dieselbe Münze, jedoch nach dem Zwanzigguldenfuße, wieder bezahlt werde.

d) L. 3. D. h. t. c. 26. X. de cens. Arg. des Commiss. Decrets v. J. 1657. Art. 2—7. Nr. 6. in der Sammlung der Reichsschl. Thl. 4. S. 53.

4) Wenn die Münze zwar ihren äußern Werth behält, aber der innere wahre Gehalt geringer angeschlagen, mithin die Münze besser wird, dann muß der Schuldner nur so viel zahlen, daß der Gläubiger nach dem innern Gehalt eben so viel wieder bekommt, als er ausgeliehen.

5) Wird der innere Gehalt höher angeschlagen, als er zur Zeit des Darlehns war, ist mithin die Münze schlechter geworden, welches am häufigsten geschieht, so muß, damit der Gläubiger nicht verkürzt werde, zwar eben die Münzsorte, aber nicht nach dem gegenwärtigen geringern Werthe, sondern nach dem Gehalte und Werthe bezahlt werden, den die Münze zur Zeit des Darlehns hatte. Livius [e]) erzählt schon einen ähnlichen Fall, welcher schreibt: Carthaginenſes eo anno argentum in ſtipendium Romam aduexerunt. Id quia probum non eſſe quaeſtores renunciauerant, experientibusque pars quarta decocta erat, pecunia Romae mutua ſumta, intertrimentum argenti ſuppleuerunt.

6) Wenn die vom Gläubiger ausgezahlte Münze so selten geworden ist, daß sie nicht angeschafft werden kann, so muß zwar der Gläubiger eine andere Münzsorte annehmen, der Schuldner muß aber das Aufgeld tragen, kurz, der Gläubiger ist nach dem Werthe seiner hergeliehenen Münzsorte völlig zu befriedigen [f]).

7) Es ist einerley, ob der Werth der Münze durch landesherrliche Verordnungen, oder durch den unbezweifelten Cours verändert wird [g]), welcher sodann einer Gewohnheit gleich zu achten ist, die nunmehr an die Stelle des gesetzlichen Werthes tritt; nur muß der Cours ausgemacht

e) Livius Lib. 32. cap. 2.

f) Carpzov Part. II. Conſt. 29. Def. 2. Struck in vſu mod. h. t. §. 12. de Pvffndorf in Obſ. Tom. I. Obſ. 159. §. 1. Cramers Wetzlar. Nebenſt. Thl. 6. Nr. 4.

g) L. 1. pr. D. de contrah. emt.

macht und beständig seyn, gleichwie auch zu einer Gewohnheit übereinstimmende Handlungen erfordert werden [h]).

8) Durchaus falsch ist es, daß alsdenn, wenn der Schuldner versprochen hat, daß in denen zur Zahlungszeit vollgeltenden Münzsorten die Wiederbezahlung geleistet werden solle, einzig diese Zeit in Betrachtung gezogen werden müsse, weil diese Verabredung dem Wesen des Darlehns widerspricht, welches darin besteht, daß so viel, nicht mehr und nicht weniger, wieder bezahlet werde, als der Gläubiger ausgezahlt hat, sonst auch entweder der Gläubiger verkürzt, oder der Schuldner gedrückt und dem Wucher das Wort geredet werden würde [i]), welches beydes die augenscheinlichste Billigkeit nicht gestattet [k]).

Herr RR. Gmelin [l]) schreibt: wenn das Anlehn in einer gewissen in der Schuldverschreibung ausgedrückten Münzgattung gegeben worden, so kann der Darleiher mit Recht verlangen, daß ihm die Zurückbezahlung in dem innerlichen Werthe, welchen die gelehnte Münzsorte zur Zeit des Anlehns hatte [m]), nämlich in einer Münze von gleich gutem innerlichem Gehalt, ohne Rücksicht auf ihren äußerlichen Werth geschehe [n]), und immer muß hierbey im Zweifelsfalle allein auf die Zeit des Contracts gesehen werden [o]), so daß, wenn die Münze zur Zeit der Wiederbezah-

h) L. 22. D. de reb. cred.

i) de CASSAREGIS in tract. de commerc. Disc. LXI.

k) L. 8. C. de iudiciis ibique GOTHOFREDVS.

l) Gmelin von Aufsätzen über Schuldverschreibungen, S. 50.

m) LEYSER Spec. 529. Med. 15. LAVTERBACH in Coll. Pand. ad tit. de solut. §. 23. et in tract. synopt. tit. de mutuo, §. 18 sqq.

n) STRVV. Exerc. 16. th. 29. SCHORCH in Consil. Fac. Erford. Cons. 325. de CRAMER in Obs. Tom. IV. Obs. 1042. de PVFENDORF in Obs. Tom. I. Obs. 159. Schmidt in der Abhandl. in welcher Münzs. §. 135 flg.

o) BESOLD in recapitulat. monetal. quaestion. Qu. I. pag. 14. SCHORCH in Prolus. §. 11.

bezahlung im innerlichen Werthe schlechter geworden ist, der Schuldner dem Darleiher den Abgang am innerlichen Werthe vergüten muß [p]), es müßte denn der zur Zeit des Anlehns vorhanden gewesene innerliche Gehalt der Münze nicht mehr gefunden werden können [q]). Aber auch, wenn die zur Zeit des Anlehns gegebene Münze nunmehr bey der Wiederbezahlung von besserem innerlichem Gehalte ist, kann der in gleicher Münze bezahlende Schuldner dasjenige, was er wegen verbesserter Münze mehr bezahlen würde, abziehen [r]), wenn gleich deswegen nichts, oder daß die Rückzahlung in gangbarer Münze geschehen solle, verabredet worden [s]), wiewohl verschiedene Rechtsgelehrte das Gegentheil behauptet haben [t]). Es giebt Rechtslehrer, welche behaupten, wenn nichts besonders ausgemacht worden sey, so werde blos auf die Zeit der Wiederbezahlung gesehen, denn der Schuldner sey nur allein zu einem gleichen äußerlichen Werthe verbunden, und mit dessen Leistung bezahle er, was er schuldig sey, wenn gleich der innerliche Gehalt der Münze schlimmer oder besser werde.

p) MAVRITIVS in Consil. Part. II. CONS. FAC. TYBING. IV. nr. 26 sqq. SCHORCH in cit. Prolus. §. 15. Strubens Bedenken, 2ter Thl. 22tes Bedenk.

q) LYNCKER Decis. 1en. 272.

r) CARPZOV in Iurispr. for. Part. II. Const. 28. Def. 4. STRVV. Exerc. 16. th. 30. TITIVS in Diss. de pecuniae deterioris atque melioris exaequatione, praesertim in mutuo, pag. 10 sqq. SCHORCH in Prolus. cit. de eo quod iust. est. §. 14.

s) de PVFENDORF in Obs. Tom. IV. Obs. 204. Strubens rechtl. Bedenk. 2ter Thl. 22tes Bedenk.

t) Hilliger in informatione iuris et aequi über die Frage: ob einer, der leicht oder gestaigert Geld ausgeliehen, nach jetzigem reducirten Münzwesen sich also müsse wieder bezahlen oder ein Abbruch geschehen lassen? 1623. MADIHN comment. sist. causam debitoris circa pecuniae solutionem, mutato post contractum nummorum valore, §. 7.

de u). In dieser Hinsicht wäre es als eine Cautel zu empfehlen, daß der Darleiher in der Schuldverschreibung auch den innerlichen Werth der Münze bestimmen läßt, welcher ihm zurückgezahlt werden soll. Uebrigens wird nach der Behauptung der mehresten Rechtsgelehrten auf die unterschiedene Form der Münze x) und auf den zur Zeit der Wiederbezahlung veränderten äußerlichen Werth derselben keine Rücksicht genommen, sondern der Schuldner muß die Münze in dem gleichen äußerlichen Werthe zurückgeben, den sie zur Zeit des Anlehns hatte y); jedoch behauptete z. B. Lyncker z), daß, wenn die Münze nach der Anleihung im äußerlichen Werthe gestiegen sey, der Darleiher sie im erhöhten Preise annehmen müsse.

§. 784.

Die Zeit der Wiederbezahlung wird entweder ganz bestimmt, z. B. bey Ablauf des Jahres von heute an gerechnet, oder unbestimmt, z. B. nach einer halb- oder vierteljährigen Aufkündigung verabredet. In solchen Fällen kann vor Ablauf der Zeit nicht auf die Wiederbezahlung geklagt werden. Soll nach geschehener Aufkündigung des Kapitals exekutivisch geklagt werden, so muß diese gleich bey der Klage bescheinigt, außerhalb Sachsen wenigstens der Eyd darüber sofort zugeschoben werden. Unvorsichtig ist es, die Zahlungszeit auf das Belieben des Schuldners, oder so wie es seine Umstände leiden, ohne daß er zu hart gedrückt werde, zu stellen. In dergleichen Fällen ist es daher zu viel verlangt, wenn der Schuldner ganz nach seiner

u) Madihn in cit. comment. §. 8 et 9. nr. 1. et §. 12.

x) Kohl in exerc. Leg. 18. nr. 18.

y) Struv. cit. Exerc. 16. th. 3. Cons. Fac. Tubing. Vol. VII. Conf. 45. nr 35. Schorch in cit. Prol. §. 16. Claproth a. a. O. §. 176.

z) Lyncker Dec. 1286.

ner Bequemlichkeit bezahlen will, sondern es kann der Richter einen den Umständen des Schuldners angemessenen Zahlungstermin bestimmen. Das richterliche Ermessen muß alsdenn, wenn des Gläubigers Absicht gewesen, den Schuldner nicht über den Haufen zu werfen, eintreten, und oft terminliche Wiederbezahlung gestattet werden [a]). Unvorsichtig ist es, den Zahlungstermin ganz unberührt zu lassen; sollte es aber geschehen seyn, so muß der Schuldner erst gemahnt oder ihm das Kapital aufgekündigt werden, ehe als geklagt werden darf, widrigenfalls kann der Schuldner, welcher sogleich bezahlet, nicht allein die Kostenerstattung, sondern auch, wenn sein Credit darunter leidet, Genugthuung fordern. Es wird zwar gemeiniglich in der Verschreibung angeführt, daß die Wiederbezahlung in eben der Sorte und Güte, auch in unzertrennter Summe geschehen soll, aber ohne daß es nöthig ist, weil die Natur des Darlehns solches ohnedieß mit sich bringt. Zur Annahme einer terminlichen Zahlung ist der Gläubiger nicht anders verbindlich, als wenn das Geld ebenfalls in einzelnen Posten dargeliehen worden ist [b]). Bisweilen vergönnet der Gläubiger dem Schuldner ausdrücklich die terminliche Wiederbezahlung; in dergleichen Fällen muß aber bestimmt werden, zu welchen Zeiten und in welcher Summe diese terminlichen Zahlungen geschehen sollen, indem es z. B. heißt: alle Jahre zu Michaelis, jedoch nicht unter 50 Rthlr.

Wenn über die Zeit der Wiederbezahlung in der Schuldverschreibung nichts ausdrücklich bestimmt worden ist, so kann der Schuldner zu jeder Zeit, welche ihm beliebt, seine Schuld bezahlen, und dadurch dem Darleiher in Rücksicht auf die Münzsorten und den unterbrochenen Zinslauf Nachtheil verursachen. Es können aber auch nachtheilige Folgen für den Schuldner daraus entstehen, weil

a) Carpzov Part. II. Const. 28. Def. 18.
b) L. 21. D. de reb. credit.

weil in Ermangelung einer Zeitbestimmung die Bezahlung zu jeder Zeit, und wenn es ihm die ungelegenste seyn sollte, von ihm gefordert werden kann, und hier hat blos der Richter das Recht, nach seinem Ermessen eine kurze Frist zu gestatten; ja wenn gleich die Abrede genommen worden, daß die Schuld auf jedesmaliges Begehren des Gläubigers, oder wenn es ihm gefällig, zurückgezahlt werden solle, so kann zwar der Gläubiger die Bezahlung zu jeder Zeit fordern, er muß aber doch dem Schuldner immer so viel Zeit lassen, als er nach des Richters Ermessen nöthig hat, um das gelehnte Geld in seinen Nutzen zu verwenden und es wieder aufzubringen [c]). Ist die Wiederbezahlung ausdrücklich in des Schuldners Belieben gestellt, oder ihm gar versprochen worden, daß ihm die Bezahlung niemals solle abgefordert werden, so kann der Darleiher auf die Wiederbezahlung, so lange der Schuldner lebt, nicht wider seinen Willen dringen, von seinen Erben aber kann er sie gleich nach seinem Tode fordern [d]). Hat der Schuldner die Bezahlung nach Gelegenheit, so wie es seine Umstände zulassen, versprochen, so kann er vom Richter nach seinem Ermessen zur Bezahlung angehalten werden, wenn er zu bezahlen im Stande ist, und der Gläubiger auf die Bezahlung gedrungen hat. Ist die Abrede genommen worden, daß jedem Theile das Recht zur Aufkündigung, z. B. ein Vierteljahr zuvor, verstattet seyn soll, so wird nach der gemeinen Meynung das Vierteljahr nicht vom Tage der geschehenen Aufkündigung, sondern erst von Endigung des Jahres an gerechnet [e]).

Ueber-

c) Carpzov Lib. IV. Resp. 56. nr. 17.

d) Lavterbach in Coll. Pand. tit. de solut. §. 29. Harpprecht in Consil. Tubing. 20. nr. 267 sqq. Wernher in Obs. Tom. I. Part. III. Obs. 113.

e) Mevius Part. III. Dec. 144. Stryck in cautel. contr. Sect. II. cap. 1. §. 19. Bolz in seinem wohl instruirten Amts- und Gerichtsactuarius, 2ter Thl. Sect. I. form. 1. not. 6.

Ueberhaupt sind viele Rechtsgelehrte der Meynung, daß ein auf jährige Verzinsung ausgelehntes Kapital niemals eher als nach Ablauf des Jahres wieder zurückgefordert werden könne [f]). Man handelt daher vorsichtig, die Verabredung über diesen Punkt genau zu bestimmen und zu sagen, daß die Wiederbezahlung, von Zeit der geschehenen Aufkündigung an gerechnet, binnen einem Vierteljahre geschehen solle, oder daß der Schuldner verspricht, nach vorheriger Aufkündigung, welche jedem Theile zu jeder Zeit frey stehen solle, in einem Vierteljahre die Wiederbezahlung zu leisten. Eine solche Verabredung kann sogar stillschweigend genommen werden [g]). Es kann auch verabredet werden, daß nur der Schuldner aufkündigen, der Gläubiger aber, so lange ihm die Zinsen richtig bezahlt werden, die Wiederbezahlung nicht fordern darf.

Ist über den Ort der künftigen Wiederbezahlung nichts verabredet worden, so kann leicht ein Streit darüber entstehen, wo die Rückbezahlung geschehen soll, besonders wenn der Darleiher seinen Wohnort verändert hat; und da, der Regel nach, der Schuldner nicht verbunden ist, dem Gläubiger die Bezahlung der Schuld anzubieten [h]), so ist es für den Gläubiger immer sicherer, hierüber in der Schuldverschreibung etwas zu bestimmen. Der Regel nach ist freylich der Schuldner verpflichtet, dem Gläubiger das schuldige Darlehn an seinem Wohnorte anzubieten [i]); nichts destoweniger können, besonders wenn der Schuldner an einem andern Orte als der Darleiher wohnt, folglich

f) Mevius in Dec. Part. III. Dec. 144.

g) Daries in Diss. de iusto termino solutionis, quando in instrumento obligationis solutioni terminus non est praefixus, §. 10 sqq.

h) Arg. L. 1. §. 3. D. de peric. et commodo rei vendit. Cocceii D. de instrumentis mutui praecipuis clausulis instructis, th. 16. pag. 16.

i) Stryck in Diss. de loco solutionis, cap. 1. §. 7 sqq.

lich die Ablieferung des Geldes mehrentheils mit Kosten verbunden ist, über die Frage: wer diese Kosten übernehmen müsse, Streitigkeiten entstehen, daher es rathsam ist, um solche zu vermeiden, in der Schuldverschreibung zu bestimmen, wo und auf wessen Kosten die Wiederbezahlung geschehen soll, zu welchem Ende entweder ein gewisser Ort, wo die Auszahlung des Geldes geschehen soll, bestimmt, oder z. B. verabredet wird, daß der Schuldner die ganze Summe an dem Orte, auf seine Gefahr und Kosten auszahlen wolle, wo sich der Darleiher zur Zeit der gefälligen Wiederbezahlung aufhalten wird. Sollte es verabredet worden seyn, daß es dem Gläubiger frey stehen solle, den Schuldner an allen Orten auf die Wiederbezahlung zu belangen, so ist es kein Zweifel, daß er aller Orten bezahlen muß, wo er vom Gläubiger angetroffen und auf die Bezahlung belangt wird, welches besonders bey Wechseln der Fall ist [k]).

Der Darlehnscontract erfordert zwar nicht wesentlich eine schriftliche Urkunde, es ist aber rathsam, auch gewöhnlich, eine schriftliche Versicherung darüber auszustellen. Nach dem römischen Rechte [l]) soll die Urkunde, wenn die Summe 50 libras auri übersteigt, bey Strafe der Nichtigkeit, vor drey Zeugen, und wenn der Aussteller nicht schreiben und lesen kann, vor fünf Zeugen ausgestellt werden, sobald die Summe über eine libram auri geht. Heutzutage wird bey größern Summen gewöhnlich eine förmliche Schuld- und Pfandverschreibung, bey geringern aber, oder unter Freunden, nur eine Handschrift, ein Schuldschein ausgestellt, welcher blos den Grund der Forderung, den Betrag, die Münzsorte, Zinsversprechen, die Aufkündigungs- und Zahlungszeit, mit wenigen Worten in sich faßt. Eine förmliche Schuldverschreibung wird folgendergestalt abgefaßt, indem 1) mit der bey einseitigen

k) Stryck in cit. Diss. cap. 2. §. 4 sqq.

l) L. fin. Cod. si cert. petat. Auth. sed nouo iure eod.

seitigen Contracten gewöhnlichen Anfangsclausel der Anfang gemacht wird, worauf 2) das Bekenntniß des erhaltenen Darlehns folgt. Die Summe wird mit Buchstaben ausgedrückt, und die Münzsorte oder die Beschaffenheit der sonstigen zum Anlehn gegebenen verzehrbaren Sache, z. B. Früchte, muß genau angegeben werden. Je deutlicher hierbey die Bestimmung abgefaßt wird, desto weniger Streit ist deshalb bey der Wiederbezahlung zu besorgen. Alle vielsinnige Ausdrücke, z. B. harte Sorten, gute Münze, u. d. gl. müssen deswegen vermieden werden. 3) In den nöthigen Fällen ist der Verwendung des Geldes und deren Bescheinigung Meldung zu thun. 4) Wird das Zinsversprechen umständlich niedergeschrieben. 5) Von beyden Seiten wird die Aufkündigungszeit bestimmt, und auf die unterlassene Zinszahlung billig die stillschweigende Aufkündigung verabredet. Bisweilen wird eine Zahlungszeit ohne vorhergegangene Aufkündigung bestimmt, indem es z. B. heißt: auf ein Jahr von Unterschrift der Schuldverschreibung an gerechnet. 6) Wird die Wiederbezahlung in unzertrennter Summe, und in eben den Münzsorten verabredet. Die Entsagung der Einrede der Theilung, wenn mehrere gemeinschaftliche Schuldner sich verbindlich machen, schließet sich hier am besten an, und wird folgendergestalt gefaßt: dieweil aber von mehreren gemeinschaftlichen Schuldnern, vermöge besonderer Rechtswohlthat, jeder nur für seinen Antheil belangt werden darf, so entsagen wir beyde Eheleute dieser Rechtswohlthat, und will vielmehr jeder von uns für das Ganze haften. Gleichwie aber ich, die Ehefrau, hierdurch meines Ehemannes Antheil an dieser Schuld über mich nehme, solches aber so wenig, als nebst meinem Ehemanne eine gemeinschaftliche Schuld gültig übernehmen kann, als begebe ich mich dieser der Ehefrau durch das Auth. si qua mulier verliehenen Rechtswohlthat, welche mir im Gericht wohl verständigt worden, mittelst Eydes: so wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort! Nicht leicht muß der Gläubiger die Ehefrau aus der Obligation lassen, sondern sie als Mitschuld-

schuldnerin oder Bürgin sich gehörig verbindlich machen lassen. Endlich werden 7) die Hypotheken und Bürgschaften bestellt. 8) Außer der Entsagung auf die Zinsen, wenn solche dem Kapital gleich kommen, ist keine dem Darlehn eigene Entsagung zu bemerken. Zuletzt wird die gewöhnliche Schlußclausel angeführt.

Hr. HR. Gmelin [m]) schreibt: seiner Natur nach erfordert der Darlehnscontract zu seiner Gultigkeit keinen schriftlichen Aufsatz; allein er wird, besonders über Geld, ohne solchen nicht leicht geschlossen, weil dadurch theils der Wille der Contrahenten genauer bestimmt, theils auch der Beweis für den Darleiher sehr erleichtert wird, und selbst unter guten Freunden, welche sicher auf ihre gegenseitige Ehrlichkeit und Redlichkeit rechnen können, erfordert es die Klugheit, daß dem Darleiher ein Schuldschein ausgestellt werde, weil man sonst ein solches Anlehn vergessen, oder im Fall eines schnellen Todes des Schuldners nicht wissen kann, ob seine Erben dem Darleiher auf sein Wort glauben und bezahlen werden. In dem Aufsatz wird der Contract selbst ein Anlehn, Darlehen, Geldaufnahme, das mutuum dare, Geld anlehnen, vorstrecken, vorschiessen, das mutuum accipere, Geld entlehnen oder aufnehmen, der Gebende Darleiher oder Gläubiger, und der Empfangende Entlehner oder Schuldner genennt.

Die Haupterfordernisse dieses Vertrags sind die Fähigkeit und Einwilligung der Contrahenten, und die Uebergabe der gelehnten Sache an den Schuldner; in dem Aufsatz muß daher vornämlich der Name des Darleihers ausgedrückt, die angelehnte Summe genau bestimmt, und daß sie gelehnt worden, bemerkt werden, der Aufsatz aber wird, da in dem Darlehnscontracte nur der eine Theil, nämlich der Entlehner sich verbindet, nur auf diesen allein eingerichtet. Wenn daher zwey gute Freunde von einander Geld entlehnen, besonders wenn von einer geringen

m) Hr. Hofr. Gmelin über Schuldverschreib. S. 43.

Summe die Rede ist, so ist ein ganz einfacher Schein hinlänglich, welcher enthält, daß einer von dem andern eine bestimmte Summe gelehnt bekommen, und dieselbe wieder zu bezahlen verspreche. Wesentlich ist die Benennung des Darleihers und des Entlehners, und die genaue Bestimmung der gelehnten Summe. Eben so nothwendig ist es, daß des Anlehns Erwähnung geschieht und also angeführt wird, daß man das Geld Darlehnsweise empfangen habe. Wenn es an diesem fehlte und der Schuldner blos erklärt hätte, daß er Geld empfangen oder schuldig geworden, so würde es dem Aufsatze an der causa debendi fehlen, und er würde als ein sogenanntes instrumentum indiscretum keine Beweiskraft haben n), und zu Anstellung einer Klage nicht gebraucht werden können, es müßte denn der Kläger die causam debendi anderswoher zu erweisen im Stande seyn o). Daher rührt es auch, daß der Mangel einer causae debendi den Gläubiger hindert, aus einer solchen Schuldverschreibung, wenn sie auch sonst alle Erfordernisse und die strengsten Clauseln enthält, niemals executiue geklagt werden kann p). Auch der Eyd, womit ein Versprechen bestätigt worden, und der Verzicht auf die Einrede der non expressae causae debendi, oder die Versicherung, daß das Versprechen mit gutem Vorbedacht geschehen sey, hilft jenem Mangel der causae debendi nicht ab, doch behaupten einige Rechtslehrer das Gegentheil.

n) Arg. L. 2. §. 3. D. de dol. mal. et met. exc. ENGELBRECHT D. de instrumentis indiscretis, Sect. I. §. 7 sqq. Sect. II. §. 2. LAVTERBACH in coll. Pand. ad tit. de fide instr. CARPZOV in Iurispr. for. Part. I. Const. 17. Def. 39. CONSIL. FACVLT. TVBING. Vol. IX. Cons. 59. nr. 90.

o) LEYSER Spec. 132. Med. 1. ENGELBRECHT in cit. Diss. Sect. II. §. 5.

p) LEYSER l. c. Med. 2. FIDERVS de mand. Lib. II. cap. 64. th. 2. nr. 4. Cramers Nebenst. 79ster Thl. Nr. 6. §. 21. S. 82.

theil q). Daß die Wiederbezahlung in der Verschreibung ausdrücklich versprochen werde, ist deswegen nicht schlechterdings nothwendig, weil die Verbindlichkeit dazu schon in der Natur des Anlehns liegt; da sie aber doch die Hauptverbindlichkeit dieses Contracts ausmacht, und gemeiniglich über die Wiederbezahlung noch dieses und jenes besonders verabredet wird, so läßt man diesen Punct niemals aus dem Aufsatze weg.

Bey andern Schuldnern erfordert die Klugheit und Vorsicht immer ein mehreres, um den Darleiher, theils wider jeden Widerspruch und alle Einwendungen des Schuldners, theils wider desselben Unzahlfähigkeit sicher zu stellen, theils aber auch, um Zinsen und andere Vortheile zu erhalten, daher öfters noch viele andere Bestimmungen in die Vertragsurkunde eingerückt, mancherley Clauseln hereingesetzt, und Cautelen gebraucht werden. Diejenigen Bestimmungen, welche die Wiederbezahlung betreffen, und sehr häufig vorkommen, beziehen sich vornämlich auf die zurück zu zahlende Summe, auf die Gattung der Münze, in welcher die Wiederbezahlung geschehen soll, die Zeit, den Ort und die Kosten der künftigen Wiederbezahlung. In Ansehung der wieder zu bezahlenden Summe wird nicht leicht etwas anders ausgemacht, als daß nach der Natur des Vertrags die gleiche Summe, welche gelehnt worden, wieder zurück gegeben werde; es ist aber doch allezeit erlaubt, zu verabreden, daß eine geringere, nicht aber daß eine größere Summe zurückgegeben werde, weil dieser Vertrag einen unerlaubten Zinswucher enthalten würde r). So viel ist erlaubt auszubedingen, daß, wenn Kraft des Vertrags die Summe erst nach einer gewissen Zeit zurückbezahlt werden soll, alsdenn die gesetzlich

q) STRYCK in caut. contr. Sect. II. cap. 7. §. 6 sqq. ENGELBRECHT in cit. Diss. Sect. II. §. 6.

r) BACHOV ad tit. de pactis sub rubr. de pactis quibusd. inutil. nr. 1 et 2. pag. 678. STRYCK caut. contr. Sect. II. cap. 1. §. 74.

seßlich erlaubten Zinsen dieses Zeitraums mit der gelehnten Summe zurückbezahlt werden [s]), z. B. für gelehnte 100 Rthlr. nach zwey Jahren 110 Rthlr. Zuweilen bedingt sich der Gläubiger aus, daß ihm das gelehnte Geld in einer unzertrennten Summe zurückbezahlt werde; da aber der Gläubiger, der Regel nach, niemals schuldig ist, eine terminliche Bezahlung anzunehmen, so ist diese Clausel überflüßig, ausgenommen in den Fällen, wo eine terminliche Wiederbezahlung angenommen werden muß, z. B. wenn die Summe nach und nach in einzelnen Summen gelehnt worden, oder das Darlehn muß von einzelnen Erben bezahlt werden, wo eine Partikularbezahlung erlaubt ist. Wenn der Schuldner die Freyheit haben will, die gelehnte Summe in getheilten Summen zu bezahlen, so muß er sich dieses ausdrücklich ausbedingen; damit aber der Schuldner in diesem Falle dem Gläubiger nicht mit geringen Bezahlungen beschwerlich falle, andern Theils der Gläubiger den Vortheil der Zinsentrichtung nicht zu schnell verliere, so wird in dergleichen Fällen gemeiniglich eine gewisse Summe festgesetzt, unter welcher und über welche der Darleiher eine Partikularzahlung anzunehmen nicht schuldig ist.

Nach dem römischen Rechte sollen wegen eines Darlehns keine Verzugszinsen bezahlt werden [t]), und selbst eine gerichtliche mora legte dem Schuldner diese Verbindlichkeit nicht auf [u]). Selbst ein dem Darlehnscontract angehängter bloßer Vertrag über die Zinsen war nicht hinreichend [x]). Wollte der Darleiher Zinsen haben, so war es

s) LAVTERBACH in Concluſ. forenſ. Exerc. 22. th. 6.

t) GRASS in collat. iur. ciuil. cum Receſſ. Imp. Sect. 6. §. 1. pag. 243.

u) GRASS l. c. pag. 245. BOEHMER de fundamento vſurar. pec. mutuat.

x) BOEHMER in cit. Diſſ. §. 3 et 11. PRAGEMANN D. de proceſſu liquidat. in antichreſi, cap. 3. §. 2.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0144
DFG

es schlechterdings nothwendig, sich solche durch eine ausdrückliche Stipulation versprechen zu lassen, in welchem Falle sie durch die Klage ex stipulatu gefordert werden konnten. Heutzutage müssen zwar nach unsern Reichs- und Landesgesetzen auch Verzugszinsen aus dem Darlehn bezahlt werden [y]). Ist kein Verzug begangen worden, so braucht auch ein Schuldner keine Zinsen zu bezahlen, wenn er sie nicht besonders versprochen hat [z]). Es kann also immer, wenn die Zinsen nicht besonders bedungen worden, ein Streit darüber entstehen, ob der Schuldner sich eines ungerechten Verzugs schuldig gemacht hat, und die bedungenen Zinsen sind in sofern immer vortheilhafter, weil sie selbst nach bezahlter Hauptschuld mit einer besondern Klage gefordert werden können, welches aber bey Verzugszinsen nicht der Fall ist [a]). Es ist also nicht nur nach rechtlichen Grundsätzen besser, sondern auch da meistentheils heutzutage Gelder um des Zinsgenusses willen ausgelehnt werden, immer gewöhnlicher, daß sich der Darleiher ausdrücklich Zinsen versprechen läßt, wozu ein bloßer Vertrag hinreichend ist [b]), wobey aber wieder mancherley Regeln der Vorsicht zu beobachten sind. Es muß vornämlich bestimmt werden, an welchem Tage, ob alle Jahre, halbe Jahre, Monate u. s. f. und wie viel jedesmal der Schuldner an Zinsen zu bezahlen habe. Um so mehr ist diese Vorsicht nöthig, weil es Rechtsgelehrte giebt, welche behaupten, daß, wenn die Zinsen überhaupt, ohne

y) Deputationsabsch. zu Speier vom Jahr 1600. §. 152. so viel nun. Boehmer in cit. Diss. §. 30 sqq. Lyncker in Dec. 589. Grass cit. loc. Sect. 6. §. 1. pag. 268. Cramer in Obs. Tom. III. Obs. 891. §. 6.

z) Lyncker Resolut. 551. Leyser Spec. 130. Med. 3 et 4. Wernher D. de licit. et illic. vsur. exact. cap. 1. §. 11.

a) Stryck de caut. contr. Sect. II. cap. 1. §. 25.

b) Boehmer in cit. Diss. de fundam. vsur. pec. mut. §. 30 sqq.

Bestimmung versprochen worden, der Schuldner gar keine schuldig sey [c]). Zu mehrerer Vorsicht wird öfters die Münzgattung, der Ort der Zinsbezahlung, und daß die Zinsen ohne des Darleihers Kosten bezahlt werden sollen, ausdrücklich festgesetzt. Bey diesem Zinsversprechen hat sich der Darleiher vorzüglich in Acht zu nehmen, daß er sich nicht etwa eine unerlaubte Summe von Zinsen versprechen läßt, weil wider dergleichen Zinswucher in den Reichsgesetzen nicht nur mancherley Strafen angeordnet, sondern auch die Zinsen auf fünf Procent eingeschränkt worden sind; auch darf das, was an Zinsen über die gesetzliche Summe versprochen worden, nicht zugesprochen, und was davon bezahlt worden, kann als indebitum zurückgefordert, oder von der Hauptschuld abgezogen werden, da selbst ein eydliches Versprechen unerlaubter Zinsen den Darleiher nicht verbindet. Eben so wenig ist es dem Darleiher erlaubt, unter einem andern Deckmantel sich größere als die gesetzlichen Zinsen bezahlen zu lassen; daher z. B. auf den Fall der nicht zu rechter Zeit geleisteten Wiederbezahlung nicht leicht eine Geldstrafe ausbedungen, oder die Wiederbezahlung einer größern als der gelehnten Summe versprochen werden darf. Das Verbot der römischen Gesetze, die Zinsen nicht länger zu nehmen, als bis sie der Summe des Kapitals gleich kommen, hat viele verleitet, dem Schuldner die Einrede zuzugestehen, daß die Zinsen nur so lange, bis sie dem Kapital gleich kommen, bezahlt werden sollen. Der deswegen gebrauchte Verzicht ist unnütz; denn wenn jenes Verbot noch heutiges Tages verbindlich ist, so wird doch durch dessen Uebertretung eine gesetzwidrige Handlung begangen, und kann also unter dieser Voraussetzung ein solcher Verzicht keine rechtliche Wirkung haben [d]). Allein da dieses Verbot heutiges Tages bey den höchsten

c) Crell in D. de reditibus annuis leuiori moneta solutis, §. 1. pag. 6.

d) Iac. Brvnnemann vindiciae doctrinarum Iohan. Brvnnem. Part. pr. Sect. I. M. 1. cap. 2. §. 122. pag. 126.

höchsten Gerichten nicht befolgt wird, so ist eine darauf geleistete Renunciation ganz unkräftig [e]). Hüten muß sich der Gläubiger, daß er nicht etwa die schon verfallenen Zinsen zu einem Kapital schlägt, und sich eine neue Schuldverschreibung darüber ausschlagen läßt, weil dieses eine Art des unerlaubten Zinswuchers ausmacht, und die mehresten Rechtsgelehrten selbst den anatocismum separatum für gesetzwidrig halten [f]). Noch mehr würde bey einem Darlehn der Vertrag unerlaubt seyn, vermöge dessen die Zinsen jedesmal zum Kapital geschlagen werden sollen, und von diesem Kapital eine Zinsentrichtung ausbedungen worden; welcher Vertrag nicht einmal gilt, wenn er auch mit einem Eyde bestätigt worden ist. An Orten, wo die Kapitalien versteuert werden, ist es ohne Zweifel erlaubt, sich versprechen zu lassen, daß der Schuldner die Kapitalsteuer übernehme, und für den Gläubiger bezahle, weil er damit die erlaubten Zinsen nur ganz zu erhalten sucht, folglich keinen unerlaubten Zinswucher begangen hat [g]).

Auch wegen des Interesse und der Kosten pflegt man in den Schuldverschreibungen zuweilen besondere Vorsichten zu beobachten. Bey dem Darlehn kann der Darleiher, wenn der Schuldner in mora ist, auch wenn es nicht versprochen worden, das Interesse fordern [h]), welches die erlaubten Zinsen übersteigen darf, im Fall die Größe gehörig bewiesen worden ist [i]). Aus diesem Grunde wird

e) de Ludewig in Diff. iur. Rom. et Germ. in vsuris praecipue vltra alterum tantum, diff. II. de Cramer Obf. iur. vniu. Tom. I. Obf. 23. §. 6. Obf. 102 et 256. §. 3.

f) Meditationen über verschiedene Rechtsmat. 2ter Band, 63ste Medit.

g) Stryck de caut. contract. Sect. II. cap. I. §. 41. Becks Formularbuch, Sect. 2. nr. 18.

h) Dep. Abfch. v. J. 1600. §. so viel 152. Grass in collat. iur. ciuil. Sect. 6. §. 2.

i) de Cramer Obf. Tom. IV. Obf. 1185. Wernher Diff. de licit. et illicit. vsurarum exactione, cap. I. §. 11 et 15.

öfters in die Schuldverschreibungen die Clausel gesetzt: daß der Schuldner das Kapital mit den gebührlichen Zinsen oder allen sonst erweislichen Schäden und Interesse wiederbezahlen wolle, welches die Wirkung haben soll, daß, wenn der Gläubiger ein größeres Interesse, als die Zinsen betragen, darthun kann, er keine Zinsen zu fordern brauche, sondern statt dessen auf die Entrichtung des Interesse dringen könne [k]). Wenn auch das Interesse gefordert worden, aber nicht gehörig bewiesen werden können, so kann der Gläubiger doch immer noch auf die Bezahlung der gewöhnlichen Zinsen antragen, und es geschiehet zum Ueberfluß, wenn sich der Darleiher vorbehält, in Ermangelung des Beweises sich an die Zinsen zu halten. Ueberhaupt wird die zeither erläuterte Clausel selten nützlich seyn, weil das Interesse immer schwer zu beweisen ist, und es ohnedieß gefordert werden kann, wenn der Schuldner die Bezahlung nicht zu rechter Zeit geleistet hat.

In Rücksicht auf die Kosten ist es ohne Zweifel eine nützliche Clausel, wodurch sich der Schuldner verbindlich macht, dem Gläubiger alle durch diese Schuld verursachten Kosten zu ersetzen, weil er sie alsdenn nicht nur im Fall eines ungerechten vom Schuldner erregten Streits, sondern auch in andern Fällen, selbst nach ausgebrochenem Concurs, durch eine eigene Klage vom Schuldner fordern kann, und noch besser ist es, wenn diese Zusage sogar durch Bürgen oder Unterpfänder versichert worden ist. Daß ein solcher Vorbehalt dem Gläubiger kein Recht gebe, unnöthiger Weise verursachte Kosten wieder fordern zu können, versteht sich von selbst; z. B. wenn der Gläubiger wegen einer völlig liquiden Forderung einen Advokaten an das Concursgericht geschickt hätte, welcher nicht nur den

k) Bolz im wohlinstruirten Actuarius, 2ter Thl. Sect. I. form. 1. not. d. Des klugen Beamten Formularbuch, Sect. III. class. 1. nr. 24. Stryck de cautel. contr. Sect. II. cap. 1. §. 26. Beck in respons. crim. et ciuil. Tom. II. Resp. 142. nr. 12.

den gewöhnlichen Verdienst, sondern auch große Reisekosten und Diäten deswegen vergütet haben will, da ein Advokat des Orts, wo der Concursproceß geführt wird, die Sache leicht besorgen können.

Außer den Versicherungen durch übergebene Pfänder, geschehene Unterpfandsversicherungen und Bürgschaften, kommen in den Schuldverschreibungen eine Menge Clauseln und Cautelen vor, und man kann mit Grunde behaupten, daß in keinen andern Urkunden über Verträge so viel Mißbrauch damit getrieben wird, als in dieser Art von Aufsätzen. Eine überflüßige Clausel ist es, wenn der Entlehner erklärt, daß ihm der Darleiher auf sein fleißiges Bitten und Ansuchen das Geld gelehnt habe. Sie enthält eine überflüßige Höflichkeit, die ohne allen Nutzen ist. Sehr gewöhnlich ist auch in Schuldverschreibungen die Erklärung des Schuldners, daß das Anlehn zu seinem guten scheinbaren Nutzen, zur Beförderung seines Hauswesens, oder zu einem gewissen bestimmten Gebrauch gegeben worden. Wenn der Entlehner ein Mann ist, der über das Seinige frey disponiren kann, kommt gar nichts darauf an, wozu das Geld entlehnt und verwendet worden, in welchem Falle diese Clausel auch ohne Nutzen ist [1]). Nützlich und meistens nothwendig ist die Clausel, wenn Jemand den Vorstehern einer Kirche, eines Spitals oder einer Gemeinde Geld gelehnt hat, weil diese Gesellschaften das Geld nicht wieder zu bezahlen brauchen, wenn es nicht in ihren Nutzen verwendet worden ist, sie auch die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen können. Bey Concursen genießen diejenigen Vorzüge, welche z. B. zur Erhaltung der Masse und Bestreitung ihrer Ausgaben, zur Bezahlung der Leichenkosten, zur Ausbesserung der Gebäude, zum Ankauf eines Grundstücks Geld hergeliehen haben. Das Nämliche ist Rechtens, wenn Jemand zu Tilgung einer hypothekarischen Schuld Geld

1) Stryck de cautel. contract. Sect. II. cap. I. §. 16.

Geld hergegeben, und sich ausbedungen hat, an die Stelle des befriedigten Gläubigers treten zu wollen. Diejenigen, deren Gelder zum Nutzen eines Lehns angewendet worden sind, genießen ein vorzügliches Recht. Daß in dergleichen Fällen der Beweis der Verwendung geführt werden müsse, ist bereits oben bemerkt worden.

Es kommen ferner in den alten Schuldverschreibungen eine große Menge Verzichtsclauseln vor. So wurde ehedem nach dem Bekenntniß des Schuldners die Formel eingerückt: wie ich denn solche Summe zu meinen Händen empfangen zu haben, hiermit eingestehe, und somit der Einwendung des nicht dargezählten Geldes in bester Form Rechtens entsage. Diese Clausel ist nach der mehresten Rechtsgelehrten Behauptung ohne Nutzen, weil man annehmen muß, daß der Schuldner, so wie die ganze Schuldverschreibung und das Bekenntniß der Auszahlung, also auch die Entsagung jener Einrede in der Hoffnung, das versprochene Kapital wirklich zu erhaltrn, niedergeschrieben habe [m]; und selbst eine eydliche Entsagung dieser Einrede kann von keiner rechtlichen Wirkung seyn [n], daher ist es immer eine bessere Vorsichtsregel auf diesen Fall, wenn der Verlehner das Geld dem Schuldner in Gegenwart zweyer glaubwürdigen Zeugen vorzählt und übergiebt, und sich einen besondern von dem Schuldner und den Zeugen unterschriebenen Quittungsschein ausstellen läßt, welcher gewöhnlich hinter die Schuldverschreibung ausgestellt wird, und nichts weiter als ein Bekenntniß über die in Gegenwart der Zeugen geschehene Bezahlung des gelehnt erhaltenen Geldes enthält. Noch sicherer ist es, wenn man den Schuldner nachher die erhaltene Bezahlung des gelehn-

m) L. fin. C. de non num. pec. Mveller D. de instrumentis priuatis, cap. 2. th. 3. Stryck in caut. contr. Sect. II. cap. 7. §. 8.

n) Ge. Sam. Madihn D. de vera indole literarum obligationis, §. 8. n. III. Stryck l. c. cap. 7. §. 11.

gelehnten Geldes in einem eigenen Schein bezeugen läßt o). Ferner wird die Einrede der nicht geschehenen Auszahlung des Darlehns dadurch gehoben, wenn der Schuldner wenigstens einmal die Zinsen bezahlt hat, weil man sicher annehmen kann, daß er so lange, als er das angelehnte Geld nicht empfangen hat, keine Zinsen bezahlen werde, daher kann jener Einrede auch durch eine vom Schuldner ausgestellte Gegenquittung über die Zinsenentrichtung begegnet werden.

Weil der Schuldner das Recht hat, wenn Jemand an seinen Gläubiger eine liquide Forderung hat, den Gläubiger seines Gläubigers zu bezahlen p), welches dem Darleiher zuweilen sehr beschwerlich werden kann, so läßt der Darleiher den Entlehner auf dieses Recht Verzicht leisten, zu welcher Absicht man die Worte in die Schuldverschreibung einrückt: verspreche, die gelehnten tausend Rthlr. an Niemanden anders, als an meinen Darleiher zu bezahlen, also daß auch die Bezahlung an einen unstreitigen Gläubiger des Darleihers mich von meiner Schuld nicht befreyen soll q). Allein so weit hergesucht diese Clausel schon an sich ist, so kann sie auch von keiner rechtlichen Wirkung seyn, indem es dem Gläubiger seines Darleihers immer frey steht, seine Forderung einem Jeden, also auch dem Schuldner seines Schuldners gegen erhaltene Bezahlung abzutreten, und der Schuldner, dem diese Forderung abgetreten worden, sie mit der Schuld compensiren kann. Eben so ist wohl auch die geleistete Verzicht eines Schuldners auf die Compensation, die von einigen Rechtsgelehrten r) angerathen wird, ohne rechtliche Wirkung; denn ist die

o) Wernher Obs. Tom. III. Part. I. Obs. 46 et 160 nr. I.

p) L. 49. D. de solut. L. 6. D. de doli except.

q) Stryck in caut. contr. Sect. IV. cap. I. §. 3.

r) Stryck in caut. contr. Sect. IV. cap. I. §. 3. Meier im Unterricht von allen im gemeinen Leben vorkommenden bürgerlichen Handlungen, 3tes Buch, 4ter Tit. §. 2. S. 127.

die Gegenforderung illiquid, so findet ohnedieß eine Compensation niemals statt; ist sie aber liquid, so kann keine Verzicht eine ipso iure eintretende Compensation hindern.

Manche Schuldner haben unter gewissen Umständen die Rechtswohlthat der Competenz zu genießen, kraft welcher sie, wenn sie zur Bezahlung einer Schuld angehalten werden sollen, nicht ihr ganzes Vermögen zur Bezahlung ihres Gläubigers herzugeben brauchen, sondern ihnen so viel, als sie zu ihrem künftigen Fortkommen nöthig haben, übrig gelassen werden muß; auch hat ein Jeder, welcher ohne sein Verschulden in eine solche Armuth gerathen ist, daß er seine Schulden nicht alle bezahlen kann, die Rechtswohlthat der cessionis bonorum, vermöge deren er sein ganzes Vermögen an die Gläubiger abzutreten befugt ist, um sich dadurch von der Nothwendigkeit, ins Gefängniß zu wandern, zu befreyen [s]). Nach der gemeinen Meynung kann der Schuldner jener [t]), wie dieser, sich begeben [u]), und daher lassen die meisten Verfasser von Formularien, den Schuldner auf diese Rechtswohlthaten Verzicht leisten. Allein so wenig eine solche den Gesetzen geradezu widersprechende Entsagung geduldet werden sollte, indem dadurch eine Rechtswohlthat, welche die Gesetze aus guten Gründen zum Vortheil bedrängter Schuldner eingeführt haben, vereitelt wird, auch ein bedrängter Schuldner leicht zu dieser Entsagung gebracht wird, so selten wird sie auch dem Gläubiger wirklich nützlich seyn, da eines Theils ihr

s) Salzmann D. de bancoruptor. §. 16 sqq. Richter D. de carcere et custodia reorum in causa ciuil. et criminali Mbr. 5. nr. 37.

t) Hellfeld in Diss. de beneficio competentiae ex proprio aeque ac tertii iure competente §. 7. Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze, 2ter Thl. 4te Hauptabth. 1stes Hptstck. §. 26.

u) Strecker D. de cessione bonorum, famam non fugillante, §. 12. Stryck in vsu mod. tit. de cess. bonor. §. 4. Beck in seiner vollst. Formularsamml. Sect. 2. nr. 78 sqq.

ihr einige Rechtslehrer x) gar keine rechtliche Wirkung zuschreiben, andern Theils das, was dem Schuldner als Competenz gelassen wird, selten von großem Belang ist, und nach der allgemeinen Praxis einem Schuldner auch ohne Rücksicht auf diese Rechtswohlthat immer das Nöthigste zu seinem weiteren Fortkommen gelassen zu werden pflegt; bey einem Schuldner aber, welcher nicht mehr bezahlen kann, es selten ein wirklicher Vortheil für den Gläubiger ist, wenn er denselben auf seine Kosten ins Gefängniß stecken, und darin lassen kann. So behaupten auch viele, daß der Schuldner in der Schuldverschreibung gültig und mit rechtlicher Wirkung der Wohlthat eines priuilegii moratorii entsagen könne y), und daß diese Entsagung selbst unter einer allgemeinen Verzicht auf alle Privilegien, Indulte und Rescripte, so den Schuldner wider die Bezahlung schützen möchten, begriffen sey, und rathen, daß man die von Unmittelbaren also ausgestellten Schuldverschreibungen ausdrücklich vom Reichshofrath bestätigen lasse z). Allein da dem Regenten in Fällen, wo er sonsten ohne Ungerechtigkeit ein Moratorium gestatten kann, ein solcher Verzicht diese Gewalt nicht nehmen kann, und daher andere Rechtsgelehrte mit Grund dieser Entsagung alle rechtliche Wirkung absprechen a), so wird auch diese Verzichtsclausel dem Gläubiger keinen wahren Vortheil verschaffen. Andere schreiben ihr alsdenn Wirkung zu, wenn sie mit einem Eyde bestätigt, oder die Entsagung durch das Rescript nicht aufgehoben ist b).

Der

x) LYNCKER in Resolut. 250.

y) LEYSER Spec. 12. Med. 1. Anweisung zur Abfass. rechtl. Aufsätze, 2ter Thl. 4te Hauptabth. 1stes Hptstck. §. 26.

z) Mosers rechtl. Bedenken von vorsichtiger Anlehnung auf Güter, Gefälle und Gerechtsame, welche Reichs- oder Landständen im heil. römischen Reiche zustehen, §. 30.

a) LYNCKER Resolut. 250.

b) LAUTERBACH D. de beneficio rescripti moratorii, cap. 5. th. 34.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0153
DFG

Der Schluß der Schuldverschreibung besteht vornämlich in der Bemerkung des Orts, Jahres, Monats und Tages, an welchem die Schuldverschreibung ausgestellt worden, und in der Unterschrift. Die Anführung des Orts und der Zeit ist zwar nicht wesentlich nothwendig [c]; allein es ist dem Darleiher selbst aus mancherley Gründen, z. B. wegen des Gerichtsstandes und der anzuwendenden Gesetze, wegen Bestimmung des Werths der Münze, des Zinslaufs, des Vorgangs seines Pfandrechts nach der Zeit und der Verjährung sowohl der Forderung, als der Einrede des nicht bezahlten Geldes daran gelegen, daß Ort und Zeit der entstandenen Schuld in der Schuldverschreibung bemerkt werde. Die Unterschrift wird gemeiniglich mit dem übrigen Inhalte der Schuldverschreibung durch die Worte: urkundlich meiner eigenhändigen Unterschrift, verbunden, welche aber auch entbehrlich sind. Eben so überflüßig ist es, wenn dem unterschriebenen Namen die Worte: manu propria, oder, mit meiner eigenen Hand, beygesetzt werden, weil die Schuldverschreibung als eine Privaturkunde nicht anders, als nach vorhergegangener Anerkennung beweißt; hingegen muß die Unterschrift eigenhändig, und in sofern irgend eine Verwechselung der Personen wegen Gleichheit der Namen zu besorgen ist, mit vollem Vor-, Zunamen, und mit dem Amtsnamen geschehen; auch wird es gewöhnlich als Vorsichtsregel für den Schuldner empfohlen, daß er seinen Namen gleich unmittelbar unter die Schuldverschreibung hinschreibt, oder von deren Ende bis zu seinem Namen einen Zug mache [d], damit derselben nicht ohne sein Wissen etwas weiteres beygesetzt werde, welches jedoch, wenn Ort, Jahr, Monat und Tag in einer Reihe mit der Schuldverschreibung geschrieben, und damit beschlossen wird, nicht leicht geschehen kann. Der Darleiher muß ferner bey der Unter-

c) Leyser Spec. 132. cor. 1. Spec. 265. Med. 1.
d) Stryck in caut. contr. Sect. I. cap. 6. §. 5 et 16.

Unterschrift darin die gehörige Vorsicht gebrauchen, daß der Schuldner selbst, oder derjenige, welcher in seinem Namen dazu berechtigt ist, und wenn der Schuldner nicht allein, sondern nur mit Beystand eines Andern einen Vertrag eingehen und sich verbinden kann, alsdenn auch nicht der Schuldner allein, sondern mit ihm sein Beystand unterschreibe, daher z. B. mit dem Minderjährigen sein Pfleger, und nach Sächsischen Rechten mit einem Frauenzimmer ihr Kriegsvogt, ohne welchen sie aus dem Anlehn nicht verbunden ist [e]), unterschreiben muß. Die Beydruckung des Siegels ist bey Schuldverschreibungen der Privatpersonen ganz überflüßig [f]), und wird daher von Einigen [g]) unrichtig als Vorsichtsregel empfohlen. Noch unnöthiger ist es, wenn der Unterschriebene, welcher kein Petschaft hat, die Formel: in Ermangelung eines Petschafts mit meiner eigenen Hand, seiner Unterschrift beysetzt, da bey Privatpersonen das Siegel niemals die Stelle der Unterschrift vertritt.

So wie bey allen Urkunden überhaupt genau darauf gesehen werden muß, so ist es auch besonders bey Schuldverschreibungen nicht zu vernachläßigen, daß sie reinlich, ohne Durchstreichungen, Auskratzungen, Einschaltungen und dergleichen geschrieben werden, weil aus dem Mangel dieser Dinge der Verdacht entsteht, daß eine Abänderung ohne Wissen des Schuldners vorgenommen worden sey. Es sind daher dergleichen Handlungen selbst in gedruckten Formularen von Schuldverschreibungen sorgfältig zu vermeiden, und man darf nicht leicht eine Veränderung machen, ohne daß der Schuldner durch seine Unterschrift die Einwilligung dazu gegeben hat. Eine zur Sicherheit des Schuldners gerei-

e) Lyncker Resolut. 550.

f) Leyser Spec. 132. Med. 8.

g) Stryck in caut. contr. Sect. 1. cap. 6. §. 19. Bolz im Amts- und Gerichtsactuarius, 2ter Thl. Sect. I. form. 1. not. l. S. 153.

gereichende Vorsicht ist es ferner, daß die Hauptsummen immer vollständig mit Worten, und nicht mit Zahlen ausgedrückt werden, weil mit diesen gar zu leicht eine Veränderung vorgenommen werden kann. Um die Hauptsumme gleich in die Augen fallend zu machen, welches besonders bey Inventarien und in andern Fällen eine Erleichterung schafft, ist es gut und sehr gewöhnlich, dieselbe auf eine eigene eingerückte Linie zu schreiben. Von wem auch die Schuldverschreibung, und wenn sie auch vom Darleiher selbst geschrieben ist, so ist sie gültig beweisend, und es kann aus derselben, wenn sie nur vom Schuldner unterschrieben ist, und die übrigen hierzu gehörigen Eigenschaften hat, auch executivisch geklagt werden [h]); jedoch wird der Darleiher immer besser thun, wenn er die Schuldverschreibung durch einen Andern schreiben läßt, weil, wenn er sie selbst schreibt, hierdurch eine Einrede des Betrugs, welche der Schuldner vorschützt, unterstützt werden dürfte.

Endlich ziehen an manchen Orten besondere Land- und Stadtgesetze besondere Vorsichtsregeln nach sich, daher der Darleiher auf die Gesetze des Ortes, wo er contrahirt, sehr aufmerksam seyn muß. So ist an vielen Orten bey Strafe der Nichtigkeit der Gebrauch des Stempelpapiers vorgeschrieben; an andern Orten darf kein Bürger oder Unterthan ohne landesherrliche oder obrigkeitliche Erlaubniß über eine gewisse Summe Geldes entlehnen; daher in Ermangelung dieser Einwilligung einige die ganze Schuld- und Pfandverschreibung für ungültig halten, andere aber die Schuldverschreibung nur für einen einfachen Schuldschein ansehen, und ihr das Pfandrecht absprechen [i]). Allein da eines Theils dergleichen Gesetze nicht von Geldanleihen, sondern vom

h) Leyser Spec. 132. Med. 7.

i) Frommann D. de negotii annuorum reddituum et vsurarum mutui foeneratitii natura, th. 10. Harprecht in Diss. de pignore publico, th. 20.

vom Gültkauf reden [k]), andern Theils die Einholung jener Einwilligung nicht bey Strafe der Nichtigkeit befohlen ist, so läßt sich nicht behaupten, daß, wenn der Schuldner unterlassen, um die nöthige Einwilligung nachzusuchen, hierdurch die Schuld- oder Pfandverschreibung ungültig werde [l]), da es sehr unbillig seyn würde, wegen dieser Unterlassung den Darleiher, welchem doch hierüber nichts vorgeschrieben worden, zu bestrafen.

Ich komme nun zu den, den Schuldverschreibungen gewöhnlichen, Versicherungen, durch welche der Darleiher sowohl wegen Bezahlung der Hauptschuld, als der Zinsen Sicherheit zu erhalten sucht. Sie bestehen vornämlich in der Verpfändung mit oder ohne Uebergabe, und in der Bürgschaft, wobey alle Aufmerksamkeit darauf zu verwenden ist, daß sie nicht allein gültig, sondern auch von der möglichst besten Wirkung sind. Zwar kann die Verpfändung mit oder ohne Uebergabe auch ohne einen schriftlichen Aufsatz gültig geschehen [m]); allein um des künftigen Beweises und der genauen Bestimmung willen erfordert ihn die Klugheit. Sie kann in demselben mit mancherley Ausdrücken vorgenommen werden, ohne daß das Wort Pfand oder Verpfändung schlechterdings nothwendig ist; denn schon die Erklärung: ich versichere den Darleiher auf meine Güter —; meine Güter sollen ihm haften —; mein Gläubiger soll in Entstehung der Zahlung sich aus meinen Gütern bezahlt machen, und solche anzugreifen berechtigt seyn, ist hinreichend [n]); doch ist es der Vorsicht

k) Canz in D. de emtione venditione annuorum redituum, §. 14.

l) Canz in Diss. cit. §. 13.

m) L. 4. D. de pignor. et hyp. L. 4. D. de fide instr.

n) Kraus D. requisita hypothecae conuentionalis in bonis immobilibus constituendae, §. 6. de Cramer Obs. iur. vniu. Tom. II. Part. II Obs. 671. Hr. HR. Gmelin in der Ordnung der Gläubiger, Cap. 4. §. 2. S. 217.

gemäß, daß durch einen deutlichen Ausdruck jedem Zweifel, jeder Zweydeutigkeit vorgebeugt werde. Die Hauptvortheile eines rechtsgültig bestellten Unterpfandes bestehen darin, daß der Gläubiger an den ihm verpfändeten Gütern ein dingliches Recht bekommt, dasselbe wider den Schuldner und jeden dritten Besitzer verfolgen, und auf den Fall, wenn ihn der Schuldner nicht befriedigt, sie angreifen kann, um sich wegen seiner Forderung davon bezahlt zu machen. Entsteht über des Schuldners Vermögen ein Concurs, so genießt der Gläubiger vermöge seines Pfandrechts eine vorzügliche Stelle in der zweyten oder dritten Classe. Aus dem allen sieht man, daß die Verpfändung eine der wichtigsten Vorsichtsregeln in den Schuldverschreibungen sey. Die angeführten Wirkungen sind nach dem gemeinen Rechte gleich, das Pfand mag dem Schuldner wirklich übergeben oder nur verschrieben worden seyn o). Jenes geschieht durch den Pfandcontract, und dieses vermittelst des Prätorischen Vertrages der Hypothek. Beyde Verträge geben dem Gläubiger ein dingliches Recht an der verpfändeten Sache; das übergebene Pfand hat aber vor dem blos verschriebenen den Vorzug, daß bey jenem der Darleiher gegen eine ihm nachtheilige Veräußerung weit mehr gesichert ist, als bey diesem, wo der Schuldner die dem Darleiher blos verschriebene Sache nicht veräußern, und daher, wenn eine bewegliche Sache verpfändet war, den Gläubiger, der den neuen Besitzer nicht kennt, leicht um seine ganze Sicherheit bringen kann. Deswegen ist es nicht leicht rathsam, sich bewegliche Sachen, ohne die Uebergabe, verpfänden zu lassen p). Es können nicht nur bewegliche, sondern auch unbewegliche Sachen

o) Boehmer D. de diuerso pignoris et hypothecae iure, cap. 1. §. 14.

p) Boehmer l. c. cap. 2. §. 75. Anweisung zur vorsichtigen und förml. Abfassung rechtl. Aufsätze, 1sten Theils 3te Hptabth. 5tes Hptstck. §. 4.

chen zum Pfande gegeben werden, und in solchen Fällen wird nicht allein in dem vom Schuldner ausgestellten Schuldscheine des übergebenen Pfandes samt den dabey dem Darleiher zugestandnen Rechten gedacht, sondern auch öfters ein eigener Pfandschein an den Schuldner ausgestellt. Dieser ist von der mit der Schuldverschreibung verbundenen Pfandverschreibung sehr unterschieden. Die letztere enthält die Erklärung und das Bekenntniß des Schuldners, daß er dem Gläubiger zur Sicherheit seiner Schuld eine Sache zum Pfand gegeben habe; der Pfandschein hingegen wird hauptsächlich wegen der aus dem Pfandcontracte herrührenden Hauptverbindlichkeit des Gläubigers, das erhaltene Pfand zurück zu geben, ausgestellt. Er enthält als wesentliche Stücke ein Bekenntniß des Gläubigers, daß er eine Sache als Pfand empfangen habe, und ein Versprechen, nach bezahlter Schuld die verpfändete Sache wiedergeben zu wollen. Eine natürliche Folge dieser Rechte ist es, daß die Schuld, zu deren Sicherheit das Pfand übergeben worden, genau ausgedrückt, und die verpfändete Sache nach ihrer Beschaffenheit, Zahl, Werth u. dgl. genau beschrieben werden muß q). Zuweilen werden auch besondere Nebenverträge über die sorgfältige Verwahrung des Pfandes, über die auf dasselbe zu verwendenden Kosten u. s. f. verabredet und angeführt. Eine der wichtigsten hierher gehörenden Verträge ist der antichretische Vertrag, wovon im Titel vom Pfandrechte gehandelt wird.

Dieses mag hinreichend seyn, auf die Menge der nützlichsten Wahrheiten aufmerksam zu machen, welche bey dem Darlehnscontracte zu erwägen sind. Es giebt deren noch eine große Anzahl, die in andern Titeln der Pandekten vorkommen; ich will also nur noch etwas von der Auf-

q) Anweisung u. s. f. 2ter Thl. 4te Hauptabth. 5tes Hptstck. §. 4 und 5.

hebung des Darlehns bemerken [r]). Ein Darlehn wird aufgehoben 1) durch die geschehene Wiederbezahlung; 2) durch gerichtliche Deposition des Kapitals; 3) durch die dreyßigjährige Verjährung, wenn der Schuldner in gutem Glauben ist. Der bloße Verlauf von 30 Jahren, die unterlassene Zinszahlung oder die unterlassene Einmahnung der Schuld giebt bey dem Schuldner selbst keine rechtliche Vermuthung ab, daß er sich in gutem Glauben befinde, wenn er nicht zugleich solche Umstände für sich hat, woraus er schließen konnte, die Schuld sey bezahlt oder getilgt. Bey Erben wird der gute Glaube nach Verlauf einer Zeit von 30 und mehr Jahren vermuthet, und dieses ist auch bey einem Corpus nach veränderten Mitgliedern der Fall. 4) Die Zinsen werden insbesondere dadurch in ihrem Fortlaufe gehindert, wenn der Gläubiger in der Annahme des Kapitals säumig ist, der Schuldner aber ihm selbiges durch Notarien und Zeugen hat anbieten lassen, und er solches gleichwohl aus unerheblichen Ursachen nicht angenommen hat [s]). 5) In verschiedenen Ländern hören die Zinsen gleich mit eröffnetem Concurs auf. 6) Fallen die Zinsen weg, wenn solche dem Kapital gleich kommen, und selbige jetzt auf einmal eingefordert werden, nur während des Rechtsstreits laufen sie fort.

§. 785.

Ist ein Anlehnscontract geschlossen worden, so kann sowohl der Gläubiger wider den Schuldner, als auch der Schuldner wider den Gläubiger klagen. Der Gläubiger hat theils die ordentliche aus diesem Contract entspringende condictio certi ex mutuo, theils eine Executivklage, wenn eine dazu dienliche Urkunde über diesen

r) Hr. HR. Claproth von Contracten und Verträgen, 2ter Thl. §. 179. S. 586.

s) L. 6. C. de vsur.

diesen Contract aufgesetzt worden ist, theils auch das Interdict ex L. 3. C. de pignor. Der Schuldner kann 1) von der Imploration pro decernenda iudiciali depositione, und 2) von dem Rechtsmittel ex L. 13. D. quod met. causa und ex L. 7. D. ad Leg. Iul. de vi priuata Gebrauch machen [t]).

Der Grund der condictionis certi ex mutuo, actionis mutui, Darlehnsklage [u]), besteht in dem Darlehnscontracte, nebst andern dabey verabredeten Puncten. Wenn das Darlehn bis zu einer gewissen Zeit gegeben worden, so muß der Kläger des Ablaufs dieser Zeit in der Klage gedenken, weil ihm der Beklagte sonst die Einrede, daß zu zeitig geklagt worden sey, entgegen setzen kann. Ueberflüßig und unvorsichtig würde es seyn, wenn man in der Klage sagen wollte, daß man des gelehnten Geldes selbst benöthigt sey; denn dieser Umstand gehört gar nicht zu dem Grunde der Verbindlichkeit, das Darlehn wieder zu bezahlen, und läugnet der Beklagte dieses Anführen, so ladet sich der Kläger einen unnöthigen Beweis auf.

Der Kläger ist der Gläubiger, welcher in seinem Namen entweder selbst, oder durch seinen Bevollmächtigten die Sache, worüber er frey disponiren konnte [x]), ausgelehnt hat [y]). Auch sein Erbe, der Cessionar u. s. f. kann diese Klage anstellen.

Der Beklagte ist der Schuldner, welcher sich verbindlich machen konnte [z]), und das Darlehn entweder selbst, oder durch einen Bevollmächtigten von Klägern oder seinem Bevollmächtigten, wenn er auch letztern nicht

t) Hr. HR. Schmidt von Klagen, §. 764.

u) L. 5. C. quib. non obiic. longi temp. praescr. de Pufendorf Obs. Tom. II. Obs. 41.

x) L. 2. §. 4. D. h. t. §. 2. Inst. quib. alien. licet.

y) L. 15. D. h. t. L. 4. C. si cert. pet. L. 2. C. per quas pers. cuique.

z) L. 34. §. 1. D. de reb. credit.

dafür gehalten haben sollte [a]), erborgt hat [b]). Auch der Erbe kann verklagt werden.

Das Hauptgesuch bey dieser Klage wird darauf gerichtet: daß Beklagter dergleichen, als er Darlehnsweise empfangen hat, in eben der Güte und Größe, Klägern zu restituiren schuldig [c]). In dessen Ermangelung bittet man um die Leistung des Werthes [d]). Im Nebengesuch wird theils um die versprochenen Zinsen, oder die Verzugszinsen, oder die Conventionalstrafe gebeten [e]).

Unter die wichtigsten Einreden, welche der angeführten Klage entgegen gesetzt werden können, gehört 1) die Einrede, daß Beklagter wegen des Macedonianischen Rathsschlusses nicht hafte [f]); 2) daß er des Schuldners Erbe nicht geworden sey [g]); 3) daß er die Schuld nicht für sich erborgt habe; welches bey Vormündern, bey Administratoren der Gemeindegüter der Fall ist. Es kann 4) die Einrede des nicht empfangenen Geldes vorgeschützt werden; desgleichen 5) daß das Geld nicht in Beklagtens Nutzen verwendet worden sey, und diese Einrede können Minderjährige, Städte, Kirchen und Universitäten brauchen. Hier muß nunmehr der Kläger den Vormündern oder Administratoren litem denunciren, und bitten, daß sie ihn wider den Beklagten vertreten, und aus ihren Rechnungen zeigen sollen, zu welchem Behuf das erborgte Geld

a) L. 32. D. de reb. credit.

b) L. 27. D. h. t. L. 13. C. si cert. pet.

c) Meisters praktische Bemerk. I, 19. II, 14.

d) L. 22. D. de reb. credit.

e) Paul. Wilh. SCHMIDT D. de poena conuentionali circa mutuum, Ien. 1760.

f) L. 7. pr. §. 4 et 10. L. 11. D. de Scto Maced. L. 40. D. de condict. ind.

g) L. 20. pr. §. 1. D. de acquir. vel omitt. hered. WERNHER Obs. Part. I. Obs. 320. Strubens rechtl. Bedenken, 1ster Thl. Nr. 107.

Geld verwendet worden sey; denn ist die Verwendung wirklich geschehen, so haben sie wider ihre Pflicht gehandelt, und der Kläger kann seinen Regreß wider sie nehmen [h]). Es kann 6) vorgeschützt werden, daß die Schuld bereits getilgt sey; oder 7) daß Kläger selbige erlassen habe [i]); oder 8) daß Kläger zu viel fordere [k]). Man kann 9) vorschützen, daß Beklagtem für jetzt die Bezahlung unmöglich sey. Wenn der Schuldner weder baares Geld hat, noch sich ein Käufer findet, der ihm von seinen Gütern Etwas um einen billigen Preis abkaufen will, damit er von den Verkaufsgeldern die Schuld tilgen kann, so muß der Gläubiger entweder noch in Geduld stehen, oder von des Schuldners Sachen so viel, als er zu fordern hat, um einen billigen Preis anstatt der Bezahlung annehmen [l]). Man kann 10) die Einrede vorschützen, daß keine Zinsen versprochen worden. Bey den Römern pflegte man sie mittelst einer Stipulation zu versprechen. In diesem Falle schrieb der Gläubiger den Namen des Schuldners, die Summe des Darlehns und der versprochenen Zinsen in seinen Calender, und davon soll es herrühren, daß in solchen Fällen die condictio certi ex mutuo eine actio calendarii genennt worden [m]). In den Rechtsgutachten des Hrn. GJR. Westphals [n]) wird behauptet, daß in

h) Boehmer de actionibus, Sect. II cap. 8. §. 5.

i) §. 3. Inst. de excepr. Hr. HR. Schmidt in den öffentl. Rechtsspr. Nr. LXV.

k) L. 11. §. 1. D. de reb. cred.

l) Nov. 4. cap. 3. Auth. hoc nisi C. de solut. Nov. 120. L. 31 D. de re iudic. R. A. vom Jahr 1654. §. 172. Lauterbach in Coll. Pract. Lib. 46. tit. 3. §. 18. Wernher Obs. Tom. I. Part. V. Obs. 69. Leyser Spec. 531. Med. 1 et 2.

m) L. 39. §. 14. D. de administr. et peric. tut. Cuiacius ad Africanum in L. pen. D. de reb. credit. Treutler Vol. I. Diss. 20. §. 10. nota a.

n) Westphal in den Rechtsgutachten und Erkenntnissen des bürgerlichen Rechts, XII. §. 1.

teutschen Gerichten schon aus dem Darlehn an sich Zinsen gefordert werden können, wenn auch der Schuldner weder dergleichen versprochen, noch die Wiederbezahlung ungebührlich verzögert haben sollte. Diese Meynung hat aber keinen rechtlichen Grund für sich. Es kann 11) vorgeschützt werden, daß die Zinsen bereits das Kapital übersteigen; auf welche exceptio cursus vsurarum vltra alterum tantum o) Kläger repliciren kann, 1) Beklagter sey selbst an der Anschwellung der Zinsen Schuld, indem sich Kläger alle Mühe gegeben habe, zu dem Seinigen zu kommen; oder 2) die Zinsen hätten erst nach der Zeit, als Beklagter bereits rechtskräftig zur Bezahlung condemnirt worden, das Kapital zu übersteigen angefangen. Es kann 12) die Einrede vorgeschützt werden, daß ein Zinswucher concurrire, welcher 1) eintritt, wenn Zinsen von Zinsen gefordert werden p), worauf aber replicirt werden darf, daß die Zinsen in ein besonderes Kapital verwendet und davon Zinsen bedungen worden, und dieses sey erlaubt q), wenn auch manche Rechtslehrer dieses nicht zugeben wollen r). Ein Zinswucher ist 2) vorhanden, wenn unmäßige Zinsen gefordert werden, das heißt, wenn das Zinsquantum, welches der Kläger fordert, in den Gesetzen verboten ist. Nach der Verordnung unserer teutschen Reichsgesetze können nicht mehr als fünf Reichsthaler von Hunderten gefordert werden s); eine Ausnahme hat statt, wenn

o) L. 27. §. 1. C. de vsur. Nov. 121. c. 1. 2. Nov. 138. de Pvfendorf Obs. Tom. I. Obs. 14. Strubens rechtl. Bedenk. 1ster Thl. Nr. 123. Thl. 3. Nr. 33.

p) L. 28. C. de vsuris.

q) Mevivs Part. IV. Dec. 213.

r) Stryck in vsu mod. Lib. XXII. tit. 1. §. 18. Strubens rechtl. Bedenk. 5ter Thl. Nr. 64.

s) Gerstlachers Handbuch der teutschen Reichsgesetze, Thl. 10. S. 2119 u. f. f. Hr. Prof. Weber von der natürl. Verbindl. §. 65.

wenn Provinzialgesetze den sechsten Zinsthaler verstatten, oder bey vsuris maritimis. 13) Kann die Einrede vorgeschützt werden, daß Beklagtem gegen das erborgte Darlehn die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt werden müsse [t]). Wenn ein Minderjähriger mit Bewilligung seines Curators Geld geborgt hat, so braucht zwar der Gläubiger die versionem in rem nicht zu beweisen; allein wenn der Minderjährige darthut, daß er durch das Darlehn in Schaden gekommen sey, so wird er in den vorigen Stand eingesetzt. Endlich kann 14) die Einrede der Verjährung vorgeschützt werden [u]), auf welche Einrede aber der Kläger repliciren darf, daß der Schuldner binnen der Zeit gemahnt worden sey, welchen Umstand der Kläger beweisen muß. Ist exekutivisch geklagt worden, so müssen alle diese Einreden sogleich liquid seyn.

§. 786.

Ueber den Darlehnscontract werden in den mehresten Fällen sogenannte Handschriften ausgestellt, von deren Natur folgendes zu merken ist. — In einem schriftlichen Aufsatze wird entweder gesagt, daß eine gewisse Verbindlichkeit vorhanden sey, oder man sieht daraus, daß die Verbindlichkeit aufgehoben worden sey. Ein Aufsatz der letzten Art wird eine Quittung genennt. Im ersten Fall wurde der Aufsatz bey den Römern entweder syngrapha genennt, oder chirographum. Syngrapha heißt ein solcher Aufsatz, worin beyde Theile bekennen, daß sie wechselseitige Verbindlichkeiten zu erfüllen haben, welches der Fall bey einem Pachtbriefe, Kaufbriefe bey Eheverträgen ist, u. s. f. Chirographum heißt ein Dokument, worin nur Einer bekennt, daß er dem Andern zu Etwas

t) L. 13. §. vlt. C. de iudic. L. 2. 3. C. si tut. vel curat. interu.

u) Carpzov Part. II. Const. 1. Def. 6. Lib. I. Resp. 33.

Etwas verbunden sey; z. B. ein Dokument, worin ich bekenne, 500 Rthlr. aus einem Darlehn schuldig zu seyn x).

Sieht man auf die Wirkungen eines Dokuments, so ist es zweyerley. Einige Dokumente dienen nur zum Beweise, andere aber wirken eine Verbindlichkeit. Aus einigen Dokumenten kann ich zwar einen Beweis vernehmen, daß ein gewisses factum geschehen sey; meinem Gegner aber ist es nicht verwehrt, das Gegentheil darzuthun. Hingegen giebt es Fälle, wo einer zu bezahlen schuldig ist, weil er sich zu der Schuld schriftlich bekannt hat, und wo er mit dem Beweise, er sey nichts schuldig, das Dokument enthalte eine Unwahrheit, gar nicht gehört wird.

Der Regel nach nützt ein Dokument zu weiter nichts, als zur Beweisführung, und es bewirkt keine Verbindlichkeit, wenn es auch noch vor so langer Zeit ausgefertigt worden ist; diese Regel hat aber zwey Ausnahmen. Es giebt nach dem römischen Rechte zwey Geschäfte, welche die ganz sonderbare Natur haben, daß ein darüber ausgestelltes Dokument, ehe eine gewisse Zeit verflossen ist, nicht einmal zur Beweisführung gebraucht werden kann; sobald aber eine festgesetzte Zeit verstrichen ist, bewirkt dieses Dokument eine eigene Verbindlichkeit. Von diesen Geschäften ist das eine das Darlehn und das andere die Bestellung eines Brautschatzes. Ein über diese beyden Geschäfte ausgestelltes Dokument wurde bey den Römern litterarum obligatio genennt, und neuere Rechtsgelehrte haben den Ausdruck, chirographarius, contractus litterarum, gebraucht. Streitig ist es unter den Rechtslehrern, ob dieser Contract als eine Gattung des Darlehnscontracts, mutuum praesumtum, oder als ein eigener

x) Höpfners Commentar über die Instit. §. 850.

eigener besonderer Contract zu betrachten sey, und ob er unter die wahren oder unter die Quasicontracte gehört y).

Zu den Zeiten der freyen Republik wurde ein geschlossener Contract über eine Schuld contractus nominum genennt, und zwar deswegen, weil die Namen der Schuldner in den Rechnungsbüchern standen. Sie wurden durch feyerliche Worte eingetragen, wie die Stipulationen, und man rechnete sie deswegen unter die Contracte des strengen Rechts. Nicht nur das Darlehn, sondern auch jeder andere Contract des guten Glaubens konnte mittelst einer Neuerung und Veränderung der Verbindlichkeit in einen contractum nominum verändert werden. Justinian bemerkt, zu seiner Zeit sey der Gebrauch abgekommen, dergleichen Contracte zu schließen, und deswegen kommt in den Pandekten fast gar nichts davon vor. In der berühmten L. 40. D. de reb. credit. steht ein Formular über ein Darlehn, woraus man die Beschaffenheit dieser Zahlungen abnehmen kann. Es heißt im Gesetz: lecta est in auditorio Aemilii Papiniani, Praefecti Praetorio, Iurisconsulti, cautio huiusmodi — Lucius Titius scripsi me accepisse a Publio Maeuio quindecim *mutua* numerata mihi de domo: et haec quindecim proba recte dari Calendis futuris stipulatus est Publius Maeuius, spopondi ego Lucius Titius. Si die suprascripta summa Publio Maeuio, ciue, ad quem ea res pertinebit, data, soluta, satisue eo nomine factum non erit, tunc eo amplius, quo post saluam, poenae nomine, in dies triginta, inque denarios centenos, denarios singulos dari stipulatus est Publius Maeuius, spopondi ego Lucius Titius; conuenitque inter nos, vti pro Maeuio ex summa suprascripta menstruos refundere debeam denarios tricenos ex omni summa ei, haerediue eius.

Wie

y) Gottl. Eusеb. Oeltze Diss. sub Praes. Ioach. Erdm. Schmidt hab. an et quatenus litterarum obligatio in Germania locum habeat? Ien. 1766. §. 24.

Wie die Literalcontracte in den ältesten Zeiten vor Justinian beschaffen gewesen, wissen wir nicht; und daher finden wir in den Schriften der Rechtsgelehrten [z]) mancherley Erklärungen dieses Geschäfts; folgende Erklärung ist aber wohl die wahrscheinlichste. Die Römer hielten es für ein Mittel, gute Hausväter zu bilden und die Verschwendung zu verhüten, daß jeder Bürger ein Rechnungsbuch über seine Einnahme und Ausgabe, unter der Rubrik: tabulae expensi et accepti halten mußte. Diese Bücher wurden dem Censor auf sein Verlangen zur Einsicht vorgelegt. Hatte ein Römer kein solches Buch, oder der Censor fand, daß es unordentlich geführt worden sey, oder daß Dinge darin standen, woraus ein schlechter Charakter geschlossen werden konnte, so bezeugte der Censor sein Mißfallen darüber, und der Bürger bekam einen Verweis. Cicero gedenkt dieser Rechnungen öfters. In diese Rechnungsbücher schrieb jeder genau ein, aus was für einer Ursache er an diesen oder jenen Gelder bezahlt habe; oder was er ihm noch schuldig sey. Unter der Einnahme standen die Posten, die ihm andere Personen schuldig waren. Besonders wurden die Geldnegoce sehr genau in diese Bücher eingetragen, daher auch der Beweis darüber aus diesen Büchern geführt wurde, wie man aus einer Stelle im Gellius [a]) sieht, welcher schreibt: is tamen cum suis multis patronis clamitabat, probari apud me debere, *pecuniam datam*, consuetis modis, *expensi latione*, mensae rationibus, chirographi exhibitione, tabularum obsignatione, testium interces-sione,

ne,

z) Gvndlingiana Part. XL. nr. 2. pag. 410. G. S. Madihn D. de vera indole litterarum obligationis §. 2. Mencken D. de vera indole litt. oblig. §. 1. in Eivs Opusc. pag. 399. Franc. Iof. Bodtmann D. sub Praes. Io. Nep. Enders de literarum obligatione, Wirceb. 1778. Schvmacher Diss. de natura contractus chirographarii iure Roman. et veteri et nouiore, Gott. 1787.

a) Gellivs in noct. Attic. Lib. XIV. cap. 2.

ne, ex quibus omnibus, si nulla re probaretur, dimitti iam se oportere, et aduersarium de calumnia damnari.

Wer dem Andern Geld lehnte, zahlte es entweder selbst aus, oder ließ es durch seinen Banquier auszahlen. Diese hatten auf dem Markte ihre Gewölber, und Capitalisten übergaben ihnen ihre Gelder, entweder blos zur Verwahrung, oder um solche gegen Verzinsung auszulehnen. Wenn nun der Darleiher das versprochene Geld dem Entlehner von seinen Geldern auszahlen ließ, die er bey dem Banquier stehen hatte, so nennte man diese Bezahlung durch den Banquier numeratio pecuniae de mensa argentarii, und das Darlehn wurde ein zinsbares, foenus, genannt, weil der Entlehner für den Gebrauch Zinsen bezahlen mußte [b]). Zahlte der Darleiher dem Entlehner das versprochene Geld von seinen zu Hause habenden Geldern aus, so nennte man die Auszahlung numeratio de domo et cista. Von solchen Darlehnen, die der Darleiher selbst auszahlte, konnten nicht anders Zinsen gefordert werden, als wenn sie der Entlehner durch eine Stipulation versprochen hatte.

Anfangs entstand die zwischen dem Darleiher und Entlehner eintretende Verbindlichkeit noch nicht aus der schriftlichen Anzeichnung, die der Darleiher und Entlehner in ihren Ausgabe- und Einnahmebüchern darüber gemacht hatten, sondern es kam blos auf die wirkliche Auszahlung an. Läugnete der Entlehner den Empfang, so mußte der Darleiher den Beweis des Darlehns führen, und dazu brauchte man sowohl die Bücher des Banquiers, als die Privatrechnungen, nach Verschiedenheit der Fälle, wie das Geld ausgezahlt worden war. Mit der Zeit fieng man an, gegen diese Anzeichnungen in den Privatrechnungen ein-

b) Brissonius de verb. signif. sub voc. argentarii mensa. Salmasius de foenore trapezitico. Gronov in Obs. Lib. IV. cap. 24. Sigonius de ant. iure Rom. Lib. II. cap. 11.

einzuwenden, daß sie als Beweise in seiner eigenen Sache keine Glaubwürdigkeit haben könnten, und nun wurde es gewöhnlich Gelder gegen eine Obligation des Entlehners zu verlehnen, welche bey Streitigkeiten über das gegebene Darlehn als Beweismittel der Entlehnung gebraucht wurden. Gegen diese Obligationen fieng man endlich auch an einzuwenden, der Aussteller habe kein Geld ausgezahlt bekommen, sondern die Obligation sey blos in der Hofnung von ihm ausgestellt worden, daß ihm der Darleiher das Geld wirklich auszahlen werde. Weil dieses geschehen seyn konnte, so mußten die Darleiher die wirkliche Auszahlung, als den Grund der Klage beweisen. In der L. 3. C. de non num. pec. heißt es: si ex cautione tua, licet hypotheca data, conueniri coeperis, exceptione oppoſita ſeu doli, ſeu non numeratae pecuniae, compellitur petitor probare pecuniam tibi eſſe numeratam, quo non impleto abſolutio ſequetur. Damit die Schuldner diese Einreden nicht beständig brauchen könnten, und den Darleihern die Beweisführung der wirklich geschehenen Auszahlung nicht zu schwer werden möchte, wenn sie solche nach sechs, acht, zwölf und mehr Jahren beweisen sollten, so schrieben die Kaiser eine Zeit vor, wie lange der Schuldner die Einrede des nicht erhaltenen Geldes vorschützen könnte. Anfangs gab man ihnen nicht länger als Ein Jahr Zeit, aber unter dem Kaiser Alexander Severus wurden fünf Jahr Zeit gegeben, wie man aus einem Bruchstücke des Hermogenianischen Codex c) sieht, wo es heißt: exceptionem non numeratae pecuniae non *anni*, ſed *quinquennii* ſpatio deficere nuper cenſuimus. Diese ganze Zeit über hatten die Schuldscheine noch nicht die Kraft, die ihnen unter dem Justinian beygelegt wurde, daß man sie nämlich als eine eigene Art von Contract betrachtete, sondern man hielt sie blos für Beweis-

c) Fragm. Cod. Hermog. tit. I. de caut. et non num. pecun. in SCHVLTINGI Iurispr. Anteiuſt. pag. 709.

Beweisurkunden, und wenn gleich die Einrede des nicht ausgezahlten Geldes nach Verlauf von fünf Jahren, vom Tage der Ausstellung an gerechnet, nicht weiter dagegen vorgeschützt werden konnte, so war es doch dem Beklagten erlaubt, die Nichtbezahlung selbst zu beweisen.

Der Kaiser Justinian machte bey diesen Schuldscheinen folgende Veränderungen [d]), und verordnete, 1) wenn eine Handschrift, worin der Aussteller bekennt, ein Darlehn empfangen zu haben, zwey Jahr alt ist, so soll aus diesem Schuldscheine allein eine Verbindlichkeit entstehen, das heißt, der Aussteller desselben muß das Darlehn wieder geben, dessen Empfang er bekannt hat, ohne daß er mit dem Beweise, er habe nichts bekommen, gehört wird.

§. 787. 788.

Bekenne ich in einem Schuldscheine, ein Darlehn erhalten zu haben, so werde ich entweder aus diesem Scheine belangt, ehe er zwey Jahre alt ist, oder nachdem er schon über zwey Jahre ausgestellt worden ist. Im ersten Falle kann ein solcher Schein gar nicht als ein Beweis der vorhandenen Verbindlichkeit betrachtet werden, sondern ich kann die Einrede des nicht bezahlten Geldes entgegen setzen; kann behaupten, ich hätte den Schuldschein in der Hoffnung ausgestellt, Geld darauf zu bekommen, dieses sey aber nicht geschehen. Dieses Vorgeben hat die Wirkung, daß der Kläger nun auf andere Art, z. B. durch Zeugen oder die Eydesdelation beweisen muß, daß er mir das Geld wirklich als Darlehn ausgezahlt habe. Die Ursache dieser gesetzlichen Verordnung liegt darin, weil es bisweilen geschieht, daß Jemand, der in Noth ist, einen Schuldschein ausstellt, ehe er noch das Geld bekommen hat,

d) §. vn. Inst. de lit. oblig. L. 14. C. de non num. pecunia.

hat, und der Besitzer einen solchen Schuldschein mißbraucht, und daraus klagt.

Im letzten Falle, nämlich wenn die Handschrift zwey Jahr alt ist, entsteht aus dem Schuldscheine eine Verbindlichkeit, das heißt, der Aussteller desselben muß diejenige Sache geben, die er als Darlehn erhalten zu haben, bekannt hat, ohne daß er mit dem Beweise, er habe nichts bekommen, gehört wird. Die Ursache dieser Verordnung liegt vielleicht darin, daß die Gesetzgeber es schlechterdings für unglaublich hielten, der Aussteller einer Handschrift werde so nachläßig seyn, und sie zwey Jahr in fremden Händen lassen, ohne Geld empfangen zu haben, und habe er es gethan, so verdiene seine grobe Nachläßigkeit damit bestraft zu werden, daß er dasjenige bezahlen müsse, wovon die Handschrift handele. Freylich lassen sich doch Fälle denken, wo der Aussteller der Handschrift gar keiner, oder doch keiner großen Nachläßigkeit schuldig ist. Gesetzt, ich gebe Jemandem, der sich mit Geldverschaffen beschäftigt, eine Obligation, weil er das Geld nicht anders ausgezahlt erhalten kann, wie er vorgiebt, ich bekomme aber doch kein Geld, ich fordere daher meine Obligation zurück. Er versichert mich, die Handschrift sey verlohren, zerrissen worden, oder ich bekomme wohl gar einen Revers darüber.

Eine wichtige Frage ist es: was Rechtens sey, wenn der Beklagte gesteht, er habe auf die noch nicht zwey Jahr alte Obligation zwar Etwas bekommen, aber doch nicht die ganze Summe, welche darin angegeben worden. Auch muß hier der Kläger beweisen, daß er die ganze Summe wirklich bezahlt habe. Mehrere Rechtslehrer e) behaupten es; man muß aber wohl folgenden Unterschied machen. Wenn der Beklagte behauptet, es sey bedungen gewesen, daß er die ganze Summe bekommen sollen, der

e) Sichard et Donellvs ad L. 2. C. de non num. pec. Wissenbach eod. l.

der Kläger habe ihn hintergangen, ihm nicht alles ausgezahlt, und gleichwohl die Handschrift behalten; so muß der Kläger beweisen, daß er die ganze Summe bezahlt habe. Von diesem Falle wird in der L. 9. C. de non num. pec. gehandelt, wie die Worte: placita creditor non dederit [f]), beweisen. Behauptet im Gegentheil der Beklagte, daß er die ganze Summe nicht bekommen habe, und demungeachtet aus Noth sich zu dem Empfang des Ganzen habe bekennen müssen, so muß er den Beweis führen, obgleich die Handschrift noch nicht zwey Jahr alt ist; denn er hat nicht die Einrede des nicht gezahlten Geldes vorgeschützt, sondern vsurariae prauitatis [g]). Von diesem Falle wird in der L. 2. C. de non num. pec. geredet, wo es heißt: minorem pecuniam te accepisse, et maiorem cautionem interposuisse, si apud eum, qui super ea re cogniturus est, *constiterit*, nihil vltra quam accepisti, cum vsuris in stipulatum deductis, restitute iubebit.

In der Praxis werden die beyden so sehr verschiedenen Exceptionen: vsurariae prauitatis und non numeratae pecuniae verwechselt. Die exceptio non numeratae pecuniae besteht darin, daß der aus der Handschrift belangte Beklagte behauptet, er habe sie in der Hoffnung ausgestellt, die darin ausgedrückte Summe zu erhalten, er habe aber nichts, oder nur einen Theil dieser Summe erhalten. Durch die exc. vsurariae prauitatis will der Beklagte erklären, ich war in Noth, habe wissentlich mich zum Empfang einer größern Summe bekannt, als ich erhalten habe; oder es kann auch heißen: der Kläger hat mir statt baaren Geldes Waaren, die er zu einem übertriebenen Preise angeschlagen, gegeben. Diese beyden Einreden gehen in vielen Stücken von einander ab.

f) HARMENOPVL. Lib. II. tit. 2. nr. 1 et 2.

g) Tob. Iac. REINHARTH D. de vsurar. prauitat. Erf. 1727. §. 23.

a) Jene, die except. non num. pecun. hat nur in zwey Geschäften statt, diese, die except. vsurariae prauitatis, in allen Contracten. b) Jene fällt weg, wenn der Beklagte den Empfang wiederholt gestanden hat; diese aber kann gebraucht werden, wenn der Beklagte aus Noth das Geständniß des Empfanges noch so oft wiederholt hat. c) Auch durch die geschehene Zinsenbezahlung wird nur jene, nicht diese ausgeschlossen. d) Jene kann nicht angeführt werden, wenn eine andere Schuld in ein Darlehn verwandelt worden ist h), wohl aber diese. e) Jene braucht der Beklagte nicht zu erweisen, wenn die Handschrift nicht das gesetzliche Alter hat, wohl aber diese. f) Wenn der Wucher bewiesen wird, so wird der Kläger gestraft; ist hingegen die Einrede des nicht bezahlten Geldes dargethan, so wird er blos mit seiner Klage abgewiesen. Umgekehrt g) wird der Beklagte mit der Strafe der doppelten Zahlung belegt, wenn er die Einrede des nicht bezahlten Geldes wider besser Wissen vorgeschützt hat i), welche Strafe denjenigen nicht trifft, der den Kläger eines Wuchers beschuldigt hat, diesen Umstand aber nicht beweisen konnte.

Es ist also die Regel: wenn Jemand aus einer Handschrift belangt wird, die noch nicht zwey Jahr alt ist, so kann er sich gegen die Klage durch die Einrede des nicht empfangenen Geldes schützen; diese Regel hat aber Ausnahmen, und zwar 1) wenn der Aussteller unter der Handschrift, oder in einer besondern Quittung bekannt hat, daß die Auszahlung des Geldes geschehen sey; nur muß dieses Geständniß nicht zu derselben Zeit, wo die Handschrift ausgestellt worden ist, sondern einige Zeit nachher geschehen seyn. Man nehme an, es heißt in der Handschrift: Ich Endesunterschriebener bekenne, daß mir Herr S. die Summe von 1000 Rthlrn. gegen 5 Procent vor-

h) L. 5. L. 13. C. de non num. pec.
i) Auth. contra qui C. de non num. pec.

vorgeschossen hat. Braunschweig den 3ten Febr. 1799. Unter dieser Handschrift steht: obige Summe ist mir unter heutigem Datum wirklich ausgezahlt worden; Braunschweig den 6ten Februar 1799. Man kann auch auf ein anderes Papier schreiben: daß mir von Hrn. S. die Summe von 1000 Rthlrn., worüber ich gestern eine Handschrift ausgestellt, heute richtig ausgezahlt worden, dieses bescheinige ich hiermit. Braunschweig den 2ten März 1799. Jetzt fällt die Ausflucht des nicht bezahlten Geldes weg; zwar nicht nach ausdrücklichen Gesetzen, aber doch nach der Rechtsanalogie und den Grundsätzen der gesunden Vernunft; denn es ist unglaublich, daß Jemand, ohne das Geld empfangen zu haben, eine solche doppelte Versicherung ausstellen werde k). Giebt man also ein Darlehn gegen Ausstellung eines Schuldscheins, und fürchtet, daß der Entlehner die Auszahlung läugnen werde, so muß man sich entweder durch ein solches doppeltes Bekenntniß in Sicherheit setzen, oder bey der Auszahlung Zeugen zuziehen.

Die Einrede des nicht bezahlten Geldes hat ferner alsdenn nicht statt, wenn der Aussteller etwa ausdrücklich vor Zeugen, oder auch stillschweigend eingestanden hat, daß er Geld auf die Handschrift bekommen habe. Ein Factum, wodurch er den Empfang stillschweigend eingesteht, ist, wenn er für die erhaltene Summe Zinsen, oder auf das Kapital etwas abschläglich bezahlt hat. Die Einrede des nicht bezahlten Geldes hat nicht statt, wenn der Erblasser im Testament den Empfang gestanden hat, und jetzt der Erbe belangt wird. Sie hatte bey den Römern nicht statt, wenn ein argentarius aus einer Handschrift klagte. Die Argentarien waren eine Art von Banquiers, die ihre Geldgeschäfte auf dem Forum trieben. Sie ließen sich keine Handschriften ausstellen, ohne sogleich zu bezah-

k) Strubens rechtl. Bedenken, 4ter Thl. S. 276.

len, und Niemand gab ihnen auch eine Handschrift, ohne baare Zahlung zu bekommen [l]).

Wenn eine Handschrift zwey Jahr alt ist, so entsteht eine Verbindlichkeit daraus; wie habe ich mir also zu helfen, wenn ich eine Handschrift, in der Hoffnung Geld zu bekommen, ausgestellt habe, und keines bekomme; folglich in Gefahr bin, daß der Besitzer nach zwey Jahren aus dem Schuldscheine gegen mich klagen wird? Es giebt in diesem Falle verschiedene Hülfsmittel. Man kann den Schuldschein condictione sine causa zurück fordern; man kann querelam non numeratae pecuniae anstellen, daß mir Beklagter entweder das Geld auszahlen, oder die Handschrift zurückgeben soll. Man kann endlich, wenn der Gegentheil abwesend ist, gegen alles aus der Handschrift zu besorgende Präjudiz gerichtlich protestiren. In diesem Falle wird die Einrede des nicht bezahlten Geldes vom Richter für beständig gültig erklärt, und nunmehr kann man sie brauchen, die Handschrift mag so alt seyn, als sie will.

Der Litteralcontract hat nur bey dem Darlehn und der Bestellung des Brautschatzes statt [m]). In diesen Geschäften geschieht es wohl zuweilen, daß Jemand eine Handschrift oder einen Empfangschein in der Hoffnung ausstellt, das Geld zu bekommen; bey andern Geschäften hingegen ist es nicht gebräuchlich, und deswegen fällt 1) die Einrede des nicht bezahlten Geldes in allen andern Geschäften weg. In Gesetzen [n]) wird ausdrücklich gesagt, wenn ich schriftlich bekenne, ein depositum erhalten zu haben, so dürfe die angeführte Einrede nicht gebraucht wer-

l) Io. Gottfr. Sieber Diss. I. de argentariis, Lipsi. 1737. Diss. II. de argentariis, eorumque inprimis officiis, ibid. 1739. Hvbert Diss. duae de argentariis veterum, in Oelrichs Thes. Diss. Belg. Vol. II. Tom. I. nr. 1 et 2.

m) Oeltze in cit. Diss. §. 26.

n) L. 14. §. 1. C. de non num. pecun.

werden; denn wer wird schriftlich bekennen, ein Depositum erhalten zu haben, ehe er es wirklich in Händen hat? Dieser Grund tritt auch bey andern Geschäften ein. Ich sage, die exceptio non numeratae pecuniae fällt bey allen Geschäften außer dem Darlehn und der Bestellung des Brautschatzes weg, das heißt, diejenige Einrede, welche den Beweis der wirklich geschehenen Bezahlung auf den Kläger wälzt, kann hier nicht gebraucht werden. Behauptet Jemand in einem andern Geschäfte, er habe das Geld nicht bekommen, dessen Empfang er doch schriftlich gestanden hat, und will es beweisen, so steht es ihm frey. Wenn ich also z. B. behaupte, daß ich zwar einen Empfangschein über ein Depositum, über Gelder, die ich habe verwalten sollen, ausgestellt, aber nicht erhalten hätte, und ich dieses beweisen will, so muß ich allerdings damit gehört werden, bey welchem Beweise selbst dem Gegner der Eyd deferirt werden darf o). In andern Geschäften entsteht aus einem Empfangschein, er mag so alt seyn als er will, keine Verbindlichkeit. Wenn ich z. B. vor zehen Jahren schriftlich bekannt hätte, 1000 Rthlr. als ein Depositum erhalten zu haben, und jetzt auf die Wiederbezahlung belangt würde, so kann ich einwenden, daß ich nichts empfangen habe, aber ich muß freylich den Beweis meines Vorgebens übernehmen.

Auch auf die **Quittungen** lassen sich die bisher vorgetragenen Grundsätze nicht anwenden, sondern hier geht es nach folgenden Sätzen: 1) wenn ein öffentlicher Gelderheber eine Quittung ausstellt, so entsteht sogleich daraus ein Beweis gegen ihn, da solche Personen nie eine Quittung geben, ehe sie das Geld in Empfang genommen haben. 2) Wenn mir Jemand anders eine Quittung gegeben hat, und er klagt nichts desto weniger die quittirte Summe ein, so geschieht dieses entweder binnen 30 Tagen, oder nachdem die Quittung 30 Tage alt ist. Gesetzt,

o) Strubens Bedenk. 3ter Thl. S. 93.

das erste geschieht, ich habe den 1sten Februar bezahlt, und unter diesem Datum eine Quittung erhalten; den 20sten März verklagt mich der Andere, und verlangt die Bezahlung der quittirten Schuld, daher ich seine Quittung vorlege. In diesem Falle kann er mir die Einrede oder vielmehr die Replik des nicht bezahlten Geldes entgegen setzen; das heißt, er kann sagen: er habe die Quittung in Hoffnung der Zahlung ausgestellt, er habe aber keine Bezahlung erhalten. Dieses hat die Wirkung, daß ich die geschehene Bezahlung auf andere Weise als durch die Quittung beweisen muß. Geschieht das Letzte, wenn ich z. B. meine Schuld den 1sten Februar bezahlt habe, und von ihm darüber quittirt worden bin, gleichwohl verklagt er mich den 20sten März auf die Bezahlung der Schuld. Hier kann ich mich mit meiner Quittung schützen, und sie hat vollkommene Beweiskraft, weil sie älter als 30 Tage ist. — Wie wird es gehalten, wenn der Erheber öffentlicher Gelder, oder wenn ein anderer Kläger, dem eine 30 Tage alte Quittung vorgelegt worden, beweisen will, daß er das Geld wirklich nicht bekommen habe, muß er nicht mit diesem Beweise gehört werden? Die billigere und durch den Gerichtsgebrauch angenommene Meynung geht dahin, daß dieß allerdings geschehen müsse [p], wiewohl der Herr Reichshofrath von Wernher [q] blos die Einrede des Betrugs, exceptio doli, für statthaft erklärt hat.

Wie die Grundsätze von der Beschaffenheit des Litteralcontracts zeither vorgetragen worden, scheinen sie im römischen Rechte zu liegen; allein nicht alle Rechtsgelehrte haben dieses zugegeben; denn 1) behaupten einige mit dem Zoll [r], man könne einer über ein Darlehn ausgestellten Hand-

p) Mveller ad Leyser. Obs. Tom. II. Fasc. I. Obs. 294.

q) Wernher Obs. Part. II. obs. 355. Obs. 356.

r) Herm. Zoll. D. de exceptione non numer. pecun. th. 5. Boehmer in Comp. Dig. h. t. §. 22.

Handschrift zwar die Einrede des nicht bezahlten Geldes entgegen setzen, aber man müsse sie allezeit beweisen. Sie führen für ihre Meynung an, die L. 3. und 10. C. de non num. pec. welche man für die gemeine Behauptung anführe, handelten von instrumentis indiscretis, das heißt, von solchen, die keine causam debendi enthalten, worin Jemand gestehe, daß er etwas schuldig sey, aber nicht aus welchem Grunde. Diese Erklärung hat alles wider sich; denn 1) ist die exceptio deficientis causae debendi eine exceptio *perpetua*, das heißt, man kann sie zu allen Zeiten brauchen, wenn aus dem Instrument geklagt wird, die exceptio non numeratae pecuniae aber hat nur eine gewisse Zeit statt; 2) die beyden Gesetze enthalten kein Wort von dem Mangel der causae debendi, und die Gesetze, welche Zoll für seine Meynung anführt, beweisen gar nichts [s]).

2) Mehrere Rechtslehrer [t]) sind der Meynung, daß nicht blos bey dem Darlehn und dem Brautschatze, sondern in allen Contracten, wo Jemand durch den Empfang der Sache zur Restitution verpflichtet wird, z. B. im Leihcontracte, im Pfandcontracte u. s. f. einem Empfangscheine, der noch nicht zwey Jahre alt ist, die exceptio non numeratae pecuniae entgegen gesetzt werden könne. Allein die Gesetze reden blos vom Darlehn und der Brautgabe, und ihr Inhalt ist auch so beschaffen, daß man sie ohne Widerspruch der gesunden Vernunft nicht ausdehnen kann [u]).

s) Slveter D. de except. non num. pec. §. 12 sqq.

t) Lavterbach in Coll. Pand. h. t. §. 63. Cocceii in iure controu. h. t. qu. 23. Meurers juriſt. Abhandl. S. 41 flg.

u) Dion. Gothofred. ad L. 6. C. de non num. pec. Hvber ad Inſt. tit. de liter. oblig. nr. 1. Zanger de except. P. 3. cap. 14. nr. 35 sqq. Carpzov P. I. Conſt. 33. Dec. 68. Madihn Diſſ. cit. §. 8. Strubens rechtl. Bedenk. 3ter Thl. S. 93.

3) Viele Rechtsgelehrte x) sind der Meynung, daß man einer Handschrift auch nach dem Ablauf der gesetzlichen Frist die Einrede des nicht bezahlten Geldes entgegen setzen könne, wenn man sie nur beweisen wolle. Sie behaupten, daß in den Gesetzen, wo es heißt, die exceptio non numer. pecun. habe nach Ablauf der gesetzlichen Frist nicht statt, nur von der privilegirten die Rede sey. Ob nun gleich diese Meynung einige ziemlich deutliche Gesetze, z. B. die L. 8. die L. 10. die L. 14. §. 2. C. de non num. pec. die Nov. 100. cap. 1. und den §. vn. Inst. de litter. oblig. gegen sich hat, so ist sie doch in den meisten Gerichten angenommen worden, und dieses ist sehr billig, da sie offenbar vernunftmäßig ist y). Man stelle sich z. B. den Fall vor, ich würde aus einem zwey Jahr alten Schuldscheine belangt, und legte einen von dem Kläger ausgestellten Mortifikationsschein vor. Sollte dieser nicht angenommen werden? Dieß wäre unsinnig. Im §. vn. Inst. de litt. oblig. heißt es: si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est, post multum temporis exceptionem opponere non potest. Hoc enim saepissime constitutum est. Sic fit, vt et hodie, dum quaeri non potest, scriptura obligetur. Harmenopulus z) macht die Bemerkung: qui negat numerationem esse factam, nisi intra biennium aut conuenietur, aut ea de re protestetur, nullam habet defensionem. Wenn die angeführte Meynung in einem Gerichte angenommen

x) Schilter Exerc. 22. th. 31. Voet h. t. nr. 32. Rebhahn in Paralip. Dec. 8. Qu. 3. Titii D. de putatiuo contractu literali, in Coll. Diss. Meurers juriſt. Abhandl. S. 60 u. flg.

y) Donell. in comment. iur. ciuil. Lib. 14. cap. 38. Hvnn. resolut. Lib. III. Part. 6. qu. 2. pag. 794. Fachin. in controu. Lib. II. cap. 81. Vinnivs in comment. ad tit. de litt. obl. nr. 7 sqq. Idem in quaest. sel. Lib. I. cap. 41. Nebelkrae Dec. 22. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 29. Madihn in cit. Diss. §. 11. Wernher Obs. Part. I. Obs. 6.

z) Harmenopvlvs Lib. II. tit. 2. num. 4.

nommen worden ist, so ist die exceptio non numeratae pecuniae von zweyerley Art, nämlich entweder priuilegiata oder non priuilegiata. Hat die Handschrift das gesetzliche Alter noch nicht, und man setzt ihr die Einrede des nicht bezahlten Geldes in der Absicht entgegen, daß der Kläger die geschehene Bezahlung beweisen muß, so heißt sie priuilegiata. Wenn hingegen die Schuldverschreibung das gesetzliche Alter erreicht hat, und ich setze derselben die Einrede des nicht bezahlten Geldes entgegen, muß aber solche beweisen, so wird sie non priuilegiata oder minus priuilegiata genennt. Gestritten wird darüber, ob der, welcher die nicht privilegirte Einrede des nicht bezahlten Geldes vorgeschützt hat, seinem Gegner den Eyd darüber zuschieben könne? Der Kaiser Justinian sagt in der L. 14. §. 3. C. de non num. pec. — illud semper obseruandum, vt in quibus casibus non permittitur, exceptionem non num. pec. proponere, vel ab initio, vel post laxatum tempus elapsum, *in his nec iusiurandum esse liceat.* Allein wo man in der Praxis die nicht privilegirte Einrede des nicht bezahlten Geldes statt finden läßt, da kann man auch die Eydesdelation nicht ausschließen. Eine andere Folge davon, wenn die angeführte Meynung in einem Gericht angenommen worden ist, besteht darin, daß hier der Literalcontract ganz wegfällt [a]), weil die Handschrift niemals eine Verbindlichkeit hervorbringt, sie mag so alt seyn als sie will. Sollte auch die zeither angeführte Praxis an einem Orte nicht recipirt seyn, so muß man dennoch nach den Grundsätzen des kanonischen Rechts die Einrede des Betrugs zulassen, das heißt, wenn Jemand aus einer Handschrift klagt, welcher weiß, daß nichts darauf bezahlt worden ist, er also in mala fide ist, so kann man ihm die Einrede des Betrugs entgegen setzen, wenn gleich die Handschrift das gesetzliche Alter hat [b]).

Zum

a) MADIHN in cit. Diss. §. 75.

b) WERNHER l. c. n. 6. REINHARDT ad CHRISTIN.

Zum Beschluß will ich noch Etwas von den **Klagen** anführen, zu deren Gebrauch der Litteralcontract Gelegenheit giebt. Die dem **Gläubiger** aus diesem Contracte zustehende Klage wird die chirographarische Klage genennt, condictio ex chirographo. Der **Kläger** ist derjenige, zu dessen Besten die Handschrift ausgestellt worden ist, wie auch sein Erbe. Der **Beklagte** ist der Aussteller der Schuldverschreibung, und sein Erbe. Die Klage gründet sich auf eine Handschrift, welche so alt ist, daß ihr die Einrede des nicht bezahlten Geldes nicht mehr entgegen gesetzt werden kann. Man bittet: Beklagten zur Recognition der Handschrift vorzuladen, und nachdem sie von ihm recognoscirt worden, ihn für schuldig zu erklären, daß er die in der Handschrift enthaltene Summe an Klägern wieder zu bezahlen schuldig.

Der **Beklagte** kann dem Kläger folgende **Einreden** entgegen setzen, als 1) daß er wegen des Macedonianischen Rathsschlusses nicht hafte [c]). Vermöge des Macedonianischen Rathsschlusses braucht ein noch unter der väterlichen Gewalt stehender Sohn eine Geldsumme, welche er ohne Einwilligung seines Vaters erlangt hat, weder selbst wieder zu bezahlen, noch ist sein Vater solches zu thun schuldig, sondern er kann die Wiederbezahlung durch die Einrede des Macedonianischen Rathsschlusses von sich abwenden. Auf diese Einrede kann der Kläger mancherley repliciren, z. B. Beklagter habe das Geld mit Genehmigung seines Vaters erborgt, indem der Vater dem Sohne ein Blanquet zur Erborgung des Geldes gegeben [d]). Ferner kann replicirt werden, es sey kein baares Geld, sondern andere verbrauchliche Sachen geliehen worden, nur

Vol. I. Obs. 42. Oeltze l. c. §. 32. Hr. Prof. Weber von Klagen und Einreden, S. 91.

c) L. 7. pr. §. 4 et 10. L. 11. D. de Scto. Maced. L. 40. D. de condict. indeb.

d) Wernher Part. II. Obs. 476.

nur muß es nicht in fraudem Scti. Macedoniani geschehen seyn; denn wenn dieses der Fall ist, kann man diesen Umstand als Duplik brauchen [e]). Die Beschaffenheit dieser Einrede muß aus dem Titel vom Macedonianischen Rathsschlusse beurtheilt werden.

Der Beklagte kann 2) gegen die Klage aus dem Chirographum vorschützen, die Handschrift enthalte gar keine Schuldursache. Diese Einrede hat statt, wenn es in der Handschrift blos heißt: Beklagter sey dem Kläger so und so viel schuldig, es ist aber nicht ausgedrückt, aus was für einer Ursache. Wenn aus einer Handschrift auf die Litteralverbindlichkeit geklagt werden soll, so muß ausdrücklich darin enthalten seyn, daß man das Geld zum Darlehn oder Mitgift bekommen habe. Wo dieß fehlt, kann gegenwärtige Klage nicht angestellt werden, obgleich von der Zeit der ausgestellten Handschrift die gesetzliche Zeit verstrichen seyn sollte [f]). 3) Kann vorgeschützt werden, die Schuldursache sey zu allgemein angegeben. Dieser Fall würde eintreten, wenn es in der Schuldverschreibung hieße: der Aussteller sey dem Gläubiger aus einem Contracte 100 Rthlr. schuldig worden. Diese Angabe der causa debendi ist aus dem eben angeführten Grunde zu Anstellung der chirographarischen Klage nicht hinreichend. Es kann 4) vorgeschützt werden, die Schrift sey nicht über ein Darlehn oder die Brautgabe ausgestellt worden [g]). denn wenn gleich das Dokument eine Vermuthung bewirkt; daß der Aussteller dasjenige, wovon die Rede darinnen ist, wirklich bekommen habe, so muß er dennoch, wenn er das Gegentheil darthun sollte, zu diesem Beweise gelassen werden. Man kann 5) vorschützen, die Schuld sey bereits wieder getilgt, und dieses kann durch eine Compensation,

e) L. 7. §. 3. D. ad Setum. Maced.

f) Stryck in caut. contr. Sect. II. cap. 7. §. 4-7. Carpzov Part. I. Const. 17. Def. 40.

g) L. 5. L. 14. §. 1. C. de non num. pecun.

sation, eine Bezahlung u. s. f. geschehen seyn [h]). Desgleichen darf 6) vorgeschützt werden, Kläger habe sich verbindlich gemacht, nichts zu fordern. Beyde Einreden darf der Beklagte brauchen, wenn sie auch illiquid seyn sollten, weil die condictio ex chirographo eine actio ordinaria ist.

Außer den angeführten Ausflüchten kann der Beklagte 7) die Einrede brauchen, er habe die Handschrift nicht ausgestellt, es sey selbige auch nicht mit seinem Wissen und Willen durch einen Andern in seinem Namen ausgestellt worden, oder mit andern Worten: er kann sich zur eydlichen Diseßion der Urkunde anbieten, wogegen aber der Kläger den Beweis führen kann [i]). Es steht zwar in der Nov. 18. cap. 8. und der daraus gezogenen Auth. qui C. de non num. pecun. auf das muthwillige Läugnen die Strafe der doppelten Bezahlung; allein dem Gerichtsgebrauche nach pflegt die Obrigkeit nur willkührlich selbst zu strafen [k]). Man kann 8) vorschützen, die Urkunde habe ihr gesetzliches Alter noch nicht erreicht; desgleichen 9) wenn gleich die gesetzliche Zeit verstrichen sey, so habe ja Beklagter die Urkunde vor Ablauf dieser Zeit von Klägern zurück gefordert, nur muß er diese Einrede beweisen [l]), er ist aber mit dieser Einrede zu jeder Zeit zu hören [m]), und er kann sich bey diesem Beweise der Eydesdelation bedienen [n]).

Die

h) L. 10. L. 14. pr. C. de non num. pecun.

i) Nov. 18. cap. 8.

k) Perez ad Cod. Lib. IV. tit. 30. nr. 21.

l) L. fin. C. de condict. ex Lege. L. 14. §. 4. C. de non num. pecun.

m) L. 8. C. de non num. pec. L. 5. §. vlt. D. de doli mali et met. exc. Wernher Part. I. Obs. 6. nr. 6 sqq. et in Supplem.

n) Struck in vsu mod. h. t. §. 15. Wernher Obs. l. c. nr. 3. de Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 64. §. 9.

Die zeither erläuterte chirographarische Klage wird von dem Gläubiger angestellt; aber auch zum Besten des Schuldners sind in Rücksicht auf den chirographarischen Contract verschiedene Rechtsmittel eingeführt worden. Die Gesetze nehmen vor allen Dingen auf den Umstand Rücksicht: ob er das Geld auf die ausgestellte Handschrift bekommen habe, oder nicht. Im ersten Falle kann der Schuldner, wenn er das Geld bereits wieder bezahlt, aber seine Handschrift nicht zurück erhalten hat, condictionem sine causa anstellen, weil der zeitherige Gläubiger die Handschrift nunmehr, nach erhaltener Bezahlung, sine causa, das heißt, sine iure besitzt. Kann der gewesene Gläubiger diese Handschrift, weil solche nicht mehr vorhanden, sondern abhanden gekommen ist, nicht zurückgeben, so kann sich der gewesene Schuldner auf einem doppelten Wege gegen allen etwa daraus besorglichen Nachtheil in Sicherheit setzen. Einmal kann er sich von dem gewesenen Gläubiger einen Mortificationsschein, das heißt, ein schriftliches Bekenntniß, ausstellen lassen, wodurch eine Urkunde, die nach getilgter Verbindlichkeit zurück gegeben werden sollen, aber abhanden gekommen ist, für ungültig und kraftlos erklärt wird. Der zweyte und sicherste Weg besteht darin, daß sich der Schuldner vor Gericht von dem Gläubiger das Geständniß ablegen läßt, daß er die ihm durch eine Handschrift von dem und dem Datum zugesicherte Bezahlung wirklich erhalten habe. Sicherer ist dieser Weg deswegen, weil der Mortifikationsschein dereinst von dem Erben des Gläubigers eydlich diffitirt werden könnte, welches man nicht anders verhindern könnte, als daß man durch Zeugen, oder Vergleichung der Hände bewiese, der verstorbene Gläubiger habe den Mortifikationsschein wirklich ausgestellt.

Sollte der Aussteller auf die ausgestellte Handschrift das Geld nicht bekommen haben, so ist derjenige, an den die Handschrift ausgestellt worden ist, entweder gegenwärtig oder nicht, sondern er hält sich auswärts auf. Ist er abwesend, so hilft sich der Aussteller vor Ablauf der gesetzlichen

setzlichen Zeit durch eine Protestation. Er reicht bey der Obrigkeit ein Schreiben ein, worin er die Beschaffenheit anführt, welche es mit der Obligation hat, und protestirt zugleich wider den Nachtheil, der ihm aus der Handschrift nach Verlauf der gesetzlichen Zeit, z. B. der zwey Jahre, verursacht werden könnte. Dieses hat die Wirkung, daß ihm nach Verlauf der Zeit die Verjährung nicht entgegen steht, sondern er demungeachtet noch die Einrede des nicht bezahlten Geldes dem Gläubiger mit voller Wirkung entgegen stellen kann.

Ist derjenige, dem die Handschrift eingehändigt worden ist, gegenwärtig, so ist dem Aussteller entweder noch daran gelegen, daß er das Geld bekommt, oder dieses ist nicht der Fall. In diesem letzten Falle kann er verschiedene Rechtsmittel brauchen, und zwar hat 1) die condictio causſa data, causſa non secuta statt, weil die Handschrift aus der Ursache und in der Absicht gegeben worden, daß ihm der Andere das Geld darauf auszahlen soll; da nun dieses nicht geschehen ist, so findet deshalb die angeführte Condiction wider ihn staet.

2) Kann die Prouocatio ex L. diffamari gebraucht werden. Gesetzt, es rühmt sich Jemand, ich sey ihm 100 Rthlr. schuldig, welches aber wider die Wahrheit ist, weil ich ihm zwar eine Handschrift ausgestellt habe, er mir aber das darin bestimmte Geld nicht bezahlt hat. Ich provocire ihn daher ex L. diffamari. Nun kömmt er, und schützt exceptionem veritatis vor, weil ich ihm eine Handschrift ausgestellt habe, welche er auch vorzeigt. Darauf muß ich repliciren, ich habe auf die Handschrift keine Bezahlung erhalten, ich habe die Handschrift nur in der Hoffnung, das Geld zu bekommen, ausgestellt. Ist nun diese noch nicht zwey Jahr alt, so muß der Provokat seine Einrede, daß ich das Geld bekommen, erweisen. Es kann auch die Prouocatio ex Lege si contendat gebraucht werden.

3) Hat nach Beschaffenheit der Umstände die actio pigneratitia, und zwar directa statt. Gesetzt, es macht mir Jemand Hoffnung, daß er mir 100 Rthlr. leihnen wolle,

wolle, ich möchte ihm nur zu seiner Sicherheit erst ein Pfand bringen. Ich thue das. Er nimmt das Pfand an, und verspricht mir, das Geld in drey Tagen gewiß auszuzahlen. Geschieht dieses nicht, so kann ich das Pfand actione pigneratitia zurück fordern.

4) Auch die Reivindication kann gebraucht werden, und zwar in dem angeführten Falle, wenn ich mein Pfand zurück fordere. Die actio pigneratitia ist vortheilhafter, wenn man wider denjenigen klagen muß, dem das Pfand gegeben worden ist, weil man hier den schweren Beweis des Eigenthums nicht zu führen braucht. Ist das Pfand schon in die Hand einer dritten Person gekommen, so muß man die Reivindication anstellen.

Ist derjenige, von dem die Handschrift ausgestellt worden, gegenwärtig, und es ist ihm, dem Aussteller, daran gelegen, das versprochene Geld zu erhalten, so muß er die querelam non numeratae pecuniae anstellen. Diese Klage, welche auch condictio cautionis, seu chirographi, desgleichen condictio obligationis genennt wird o), setzt voraus, daß man in einer Schrift von einem Andern Etwas erhalten zu haben gesteht, diese Sache aber nicht erhalten hat. Es kann diese Handschrift nicht nur über ein Darlehn oder den versprochenen Brautschatz, sondern auch über ein anderes Geschäfte, z. B. über ein Depositum, ein Commodatum, u. s. f. ausgestellt worden seyn. Daher findet die Querel nicht nur bey dem Litteralcontracte, sondern auch bey andern Contracten statt. Man nehme ferner an, ein Gläubiger habe seinen Schuldner zum Voraus quittirt, ehe er bezahlt worden ist; und diese Bezahlung erfolgt in der Folge wirklich nicht. Hier kann der Gläubiger die Querel brauchen. Hat der Schuldner seinem Gläubiger die Quittung auf andere Art durch List abgelockt, so kann die actio de dolo, desgleichen die actio

o) L. 7. C. de non num. pecun.

actio in factum gebraucht werden. Ist ein Irrthum dabey vorgegangen, so hat condictio indebiti statt p).

Der Kläger ist der Aussteller des schriftlichen Bekenntnisses, das heißt, derjenige, welcher in Hoffnung, etwas zu bekommen, sich zu dessen Empfang, welcher doch nach der Zeit nicht erfolgt ist, zum Voraus schriftlich bekannt hat; insbesondere derjenige, welcher über ein Darlehn, das er doch nicht erhalten hat, eine Handschrift ausgestellt hat, und es können auch Kaufleute diese Klage brauchen q).

Auch der Erbe kann sich derselben bedienen, desgleichen ein Jeder, welcher dabey interessirt ist, das heißt, derjenige, dem die Vorenthaltung der Handschrift zum Nachtheil gereicht, z. B. der Bürge, wenn sich auch der Schuldner zum Empfang bekennen sollte, weil ein solches Bekenntniß zum Nachtheil des Bürgen nicht gilt r). Selbst die Gläubiger des Schuldners können diese Klage brauchen, wenn z. B. über sein Vermögen ein Concurs entstanden ist, und der Schuldner eine Handschrift ausgestellt haben sollte, in welcher er zwar den Empfang eingestanden, in der That aber nichts empfangen hätte. Der Bevollmächtigte kann von diesem Rechtsmittel Gebrauch machen, wenn er auf des Gewaltgebers Handschrift Geld erborgen sollen, und er die Handschrift ausgeliefert hat, ehe ihm das Geld bezahlt wurde. Hier hat er ein Interesse, die Handschrift wieder zu bekommen, oder zu verlangen, daß ihm das Geld wirklich ausgezahlt werde, weil er seinem Gewaltgeber dafür haftet. Die Klage steht auch Auftragsertheilern, mandatoribus, zu s).

Diese Klage kann nur wider denjenigen, dem eine solche Handschrift, in der Hoffnung, die Sache zu erhalten, aus-

p) Hr. HR. Schmidt in den öffentl. Rechtsspr. Nr. 94. S. 628.

q) Lauterbach in Coll. Pand. h. t. §. 68.

r) L. 15. pr. D. de fideiuss.

s) L. 12. C. de non num. pec.

ausgestellt worden, der aber solche an den Aussteller nicht abgeliefert hat, ingleichen wider seinen Erben t), oder wider den angestellt werden, dem die Handschrift cedirt worden ist u). Wider einen Dritten, welcher die Handschrift besitzt, hat die Klage nicht statt; denn mit diesem hat der Aussteller der Handschrift nichts zu thun; er ist demselben nicht verbindlich, daher die Reivindication wider ihn gebraucht werden muß.

Das Gesuch muß alternativisch abgefaßt werden, weil der Beklagte zu einem von beyden verbindlich ist, wenn dem Aussteller der Handschrift noch etwas daran gelegen ist, daß ihm das versprochene Geld bezahlt werde. Man bittet: daß Beklagter die Sache, z. B. das Geld, worüber er die Handschrift bereits empfangen hat, an Klägern auszuzahlen, oder die Handschrift demselben zurück zu geben schuldig x).

Wider diese Querel kann 1) vorgeschützt werden, es sey keine Handschrift ausgestellt worden, und nun muß der Kläger vor allen Dingen darthun, daß er dem Beklagten die Handschrift übergeben habe; denn darauf gründet er sich, und verlangt deswegen, daß ihm entweder das Geld darauf ausgezahlt, oder die Handschrift wieder gegeben werde. Es kann 2) vorgeschützt werden, die Bezahlung sey geschehen, welche aber bey einer handschriftlichen Schuld, wenn die Querel vor Ablauf der gesetzlichen Zeit angestellt worden, von dem Beklagten erwiesen werden muß y). Ist diese Zeit bereits verflossen, so ist der Aussteller der Handschrift schlechterdings zur Bezahlung verbindlich, und allenfalls muß er sich alsdenn, wenn er sein Recht nicht wohl verfolgen können, weil er z. B. abwesend gewesen, darwider mit einer Imploration um die Wieder-

t) L. 8. C. de non num. pec.
u) L. 9 C. de non num. pec.
x) L. 1. §. 1. D. de cond. sine causa.
y) L. 10. C. de non num. pecun.

einsetzung in den vorigen Stand zu helfen suchen [z]). Man kann 3) vorschützen, daß die Verjährungszeit von zwey Jahren [a]), oder eine noch kürzere Zeit verstrichen sey [b]), wenn die Querel wegen einer solchen Schrift angestellt worden ist, bey welcher die Gesetze, nach Verlauf der Zeit, die Einrede des nicht empfangenen Geldes nicht mehr, und also auch keine Querel deshalb zulassen, welcher Fall bey Handschriften über einen Litteralcontract, desgleichen bey 30 Tage alt gewordenen Privatquittungen, eintritt [c]). Ist es eine Schrift, die diese Eigenschaft nicht hat [d]), so fällt diese Querel erst nach 30 Jahren weg [e]), daher der Aussteller der Handschrift sich dieser Querel so lange bedienen kann, jedoch muß er alsdenn gegen die ausgestellte Handschrift den Beweis übernehmen, daß er die Sache nicht empfangen habe [f]). Der Kläger kann übrigens auf die Einrede der Verjährung repliciren, daß ihm der Ablauf der Zeit nicht schaden könne, weil er ein Minderjähriger sey, wider welche Personen während ihrer Minderjährigkeit eine praescriptio temporalis, worunter die gegenwärtige gehöre, keinen Fortgang habe [g]). Endlich ist noch zu bemerken, daß der Beklagte gegen diese Querel nicht

z) L. 1. D. ex quib. causs. maior. L. 14. pr. C. in fine de non num. pec. LAUTERBACH h. t. §. 83.

a) §. vn. Inst. de litt. oblig.

b) Auth. quod locum C. de dot. caut. non num. L. 14. §. 2. C. de non num. pec.

c) L. 14. pr. et §. 2. C. de non num. pec. ZANGER de except. Part. III. cap. 14. nr. 31. CARPZOV Part. II. Const. 29. Def. 19. LYNCKER Dec. 423.

d) L. 14. §. 1. C. de non num. pecun.

e) L. 3. C. de praescr. trig. vel quadrag. annor.

f) L. 41. C. de contr. stipulat. §. 11 et 16. Inst. de inutil. stipulat. L. 134. D. de verb. oblig. CARPZOV Part. I. Const. 32. Def. 68.

g) L. 5. C. in quib. causs. in integr. restit. necess. non est.

nicht vorschützen darf, daß er aus der Handschrift, welche Kläger von ihm zurück fordere, exekutivisch klagen könne, eine Executivklage aber von dem Schuldner durch keine Prävention verhindert werden dürfe; denn dieser Einwand findet nur bey einer Prävention statt, welche eine solche Einrede betrifft, wobey der Beklagte keinen Beweis zu führen hat, da der präveniрende Kläger den Beweis übernehmen will, bey der vor Ablauf der gesetzmäßigen Zeit angestellten querela non numeratae pecuniae aber hat der Beklagte den Beweis der geschehenen Zahlung zu übernehmen h).

Lib. XII. Tit. II.

de iureiurando, siue voluntario, siue necessario, siue iudiciali.

§. 789. 790.

Die Religion hat zu allen Zeiten und bey allen cultivirten Völkern einen großen Einfluß auf die Rechtssachen, auf die Pflicht, die Wahrheit zu sagen, nicht zu läugnen, nicht zu betrügen, die Zusagen zu erfüllen, die Bande der Gesellschaft durch Eyde zu befestigen, gehabt. Ein jeder redlicher Mann, der die Pflichten gegen seinen Nächsten erfüllen, und seinen guten Namen bewahren will, muß in Sachen, die das Mein und Dein betreffen, aufrichtig zu Werke gehen, und die Wahrheit sagen. Man hat dafür gehalten, daß diese Pflicht durch die Religion noch erhöhet werden könne, wenn man von dem Gegner, der die Forderung nicht einräumt, verlangt, daß er die

h) Berger in elect. Proc. execut. §. 47.

Religion, die Allwissenheit Gottes in Erwägung ziehen, sich über alle weltliche Vortheile, über alle Verbindungen gegen Verwandte und Freunde, über Haß und Abneigung gegen Feinde hinaussetzen, und als ein Geist, der ewig leben, und als ein Mensch, der schon in dieser Welt die Strafe des Meineydes nicht erfahren will, die reine Wahrheit sagen, und solche mit dem Eyde bestärken soll. Der Eyd besteht in der Anrufung Gottes zum Zeugen der Wahrheit, und zum Rächer der Unwahrheit. In den ältesten Zeiten war der Eyd blos eine freywillige Versicherung der Wahrheit, welche bald bey dem Himmel, und dieses wurde so ausgelegt, als ob bey dem Schöpfer selbst geschworen worden wäre, bald bey den Geschöpfen, bald bey dem Wohl des Regenten, geschahe. Der römische Kaiser Alexander wollte es nicht als ein Verbrechen der beleidigten Majestät angesehen wissen, wenn dem Eyde entgegen gehandelt worden, sondern überließ blos Gott die Strafe [a]). Für die wesentliche Formel eines Eydes, wodurch wir die Wahrheit einer geschehenen Sache betheuern, kann man diejenige halten, worin gesagt wird, daß man vor dem Angesichte des allwissenden und allgegenwärtigen Gottes schwöre, daß die Sache so, wie man sie behaupte, beschaffen sey, und sich so zugetragen oder nicht zugetragen habe; so wahr man wünsche, selig zu werden und auf dieser Welt die Strafe des Meineydes nicht zu erfahren. Diese Eydesformel ist vielleicht die simpelste, ungekünstelteste, und dabey die kräftigste, die erdacht werden kann [b]). Ein jeder denkende Mensch muß mehr Bedenken tragen, nach dieser Formel einen falschen Eyd zu schwören, als nach dem gewöhnlichen Formular, wobey oft so wenig oder gar nichts gedacht wird. Dieses Formular hat nach dem Unterschiede der Religionspartheyen, Völker und Proceßordnungen

a) L. 2. C. de reb. credit. c. 8. 9. 10. c. 16. §. 2. C. 22. qu. 1.

b) Hr. von Tevenar in der Theorie vom Beweise, S. 84.

rungen mancherley Zusätze erhalten, oder es sind andere Worte gebraucht worden. Vor den Zeiten der Reformation war in Teutschland überall die Formel gebräuchlich: als mir Gott helfe und alle Heiligen [c]). Der Markgraf Heinrich von Meissen schwur mit zwanzig thüringischen Rittern in der Catharinenkirche zu Eisenach, auf einer Rippe der heiligen Elisabeth, daß ihm und nicht der Sophie von Braband, die Landgrafschaft Hessen gehöre, worauf sie ihre Handschuh in vier Stücken zerriß [d]). Weil die protestantischen Beysitzer des Reichskammergerichts Bedenken getragen, sich nach der alten Formel verpflichten zu lassen, so ist durch den Reichsabschied vom Jahr 1555. die Formel eingeführt worden: als mir Gott helfe und das heilige Evangelium, welche im kanonischen Rechte ebenfalls vorkommt [e]). Selbst in katholischen Gerichten dürfen Protestanten nicht genöthigt werden, auf die Heiligen zu schwören. Es läßt sich nicht behaupten, daß alle in Proceßsachen vorkommende Eyde nach diesem Formular geschworen werden müssen, und jeder für sachfällig zu erklären sey, der mit andern Worten das Wesentliche eines Eydes erklärt hat. Die Rechtslehrer sind daher der Meynung, daß, wenn die Landesgesetze keine Formel für die Wahrheitseyde, in Absicht ihrer Verbindung mit der Religion vorgeschrieben haben, eine jede Formel, die das Wesentliche eines Eydes enthält, für hinlänglich anzunehmen sey, es wäre denn, daß die Formel, nach welcher geschworen worden, sehr weit von der im Lande gewöhnlichen Eydesformel abweicht, oder sich ein Verdacht zeigt, daß diese Aenderung in der Absicht geschehen sey, um einem aufrichtigen Zeugnisse auszuweichen, in welchem Falle der Eyd nochmals nach dem gewöhnlichen Formulare

c) c. 12. C. 22. qu. 1.

d) Kopp von geistlichen Gerichten in Hessen, 1ster Thl. §. 388.

e) c. 11. C. 22. qu. 1.

geschworen werden muß, wenn es der Gegentheil verlangt [f]). Die Formel: bey dem Worte der ewigen Wahrheit, erklärt der Herr Vicepräsident von Pufendorf bey eydlichen Entsagungen für hinreichend. Als in einer reformirten Synode eine Versicherung en bonne conscience comme devant Dieu geschehen war, und die Sache in der Folge an die Gerichte gebracht wurde, so mußte der gewöhnliche Eyd nichts desto weniger noch geleistet werden. Es hatte sich Jemand, anstatt der gewöhnlichen Schlußclausel, in seinem Eyde der Worte bedient: so wahr ich gedenke selig zu werden; aber nach dem Erkenntniß in der Revisionsinstanz wurde der Eyd für nicht geleistet gehalten, auch die anderweitige Ablegung des Eydes nach dem gewöhnlichen Formulare, wozu sich die Parthey erboten hatte, verworfen, und solche für sachfällig erklärt [g]). Wenn die Anrufung des göttlichen Namens bereits im Anfange vorkommt, so ist es ein Pleonasmus, wenn solche beym Schlusse wiederholt wird. Eine reseruatio mentalis findet nicht leicht bey den Formalien, bey dem Eingange, am Schlusse des Eydes, wohl aber bey den Materialien, bey dem Inhalte statt. Nach den Grundsätzen der Vernunft hätte dieser Eyd entweder für hinlänglich angenommen werden müssen, oder weil der Schluß von den Formularen, die in den Preußischen Gerichtshöfen gebräuchlich sind, zu weit abgewichen, und der Gegner dagegen Einwendungen gemacht, hätte nach der L. 33. D. de iureiur. mit der anderweitigen Abnahme des Eydes, nach dem gewöhnlichen Formular verfahren, keinesweges aber derjenige, der den Eyd geschworen hatte, sofort für sachfällig erklärt werden sollen [h]).

Die

f) L. 33. D. h. t. Iust. Henn. Boehmer in iure eccles. Lib. II. tit. 24. §. 58. de Pvfendorf Obs. Tom. I. Obs. 43 §. 2. Tom. III. Obs. 98. §. 7.

g) Hr v. Hymmen in den Beyträgen zur jurist. Litteratur in den Preußischen Staaten, 2ter Thl. 6ster Rechtsfall.

h) Hr. Präs. v. Tevenar in der Theorie vom Beweise, S. 86.

Die gewöhnliche Eydesformel: ich schwöre zu Gott, dem Allmächtigen, ist der Sache nicht recht angemessen, da bey einem Eyde nicht sowohl Gottes Allmacht, sondern vielmehr seine Allwissenheit in Erwägung gezogen wird. Auch der gewöhnliche Schluß: so wahr mir Gott helfe und sein heiliges Evangelium, ist etwas undeutlich, relativ und schief gestellt. Wenn man alle Personen, die den Eyd nach diesem Formular geschworen haben, fragen sollte: was sie dabey dachten, so würden ihre Antworten sehr verschieden ausfallen, und viele aufrichtig gestehen, daß sie gar nichts dabey gedacht haben. Eben so gehört auch die gemeine Vorstellung, daß wir bey den Eyden Gott zum Bürgen und zum Mittler desjenigen machen, was wir beschwören, zu den mystischen Vorstellungen, die keinen Verstand haben.

Im kanonischen Rechte [i]) werden dem Eyde drey Gefährten zugeschrieben, nämlich 1) veritas, 2) iustitia, 3) iudicium. Weil jeder Eyd mit der Wahrheit auf das genaueste übereinstimmen soll, so schwört derjenige falsch, welcher den Worten einen andern Sinn giebt, als sie nach dem Sprachgebrauch haben, daher eben die sogenannten reseruationes mentales für unerlaubt und strafbar gehalten werden müssen [k]). Wer einen Andern zu Ablegung eines falschen Eydes beredet oder zwingt, macht sich dadurch eines Meineydes schuldig [l]). Es ist unrecht, wenn man weiß, der Gegner werde einen falschen Eyd schwören, und gleichwohl läßt man ihn schwören, da ein überwiesener Meineydiger gar nicht zu Ablegung des Eydes gelassen werden soll, ja sogar das leichtsinnige Anerbieten zum Eyde strafbar ist [m]). Alsdenn ist der Schwörende kein

i) c. 2. C. 22. qu. 2. c. 26. X. de iureiur.

k) c. 3. C. 22. qu. 2. in fine. c. 9. 11. 12. 13. C. 22. qu. 5.

l) c. 1. 4. 7. C. 22. qu. 5.

m) c. 8. C. 22. qu. 2. in fine. c. 8 et 13. C. 22. qu. 5. Leyser Spec. 567. Med. 23. 24.

Meineydiger, wenn er mehr thut als er versprochen hat, oder weil er dasjenige nicht thun will, was man von ihm verlangt, weil man den Eyd zu sehr ausgedehnt hat, oder es haben sich die Umstände so sehr geändert, daß man dasjenige gewiß nimmermehr versprochen haben würde, worüber der Eyd abgelegt worden, wenn auch diese Umstände gleich anfangs vorhanden gewesen seyn sollten [n]). Alsdenn ist ebenfalls kein Meineyd begangen worden, wenn der Gegentheil sein Versprechen nicht erfüllt hat, oder die Erfüllung des Versprechens wurde dem Promittenten unmöglich [o]).

Ueber die Rechtmäßigkeit oder Gerechtigkeit des abzulegenden Eydes ist im kanonischen Rechte der Satz aufgestellt worden: jeder Eyd muß gehalten werden, der ohne Verlust der ewigen Seligkeit gehalten werden kann [p]). Unverbindlich ist der Eyd, wenn Jemand durch widerrechtlichen Zwang oder durch Argliſt und Betrug dazu bewegt worden ist [q]); oder der Eyd streitet mit den guten Sitten, oder mit verbietenden Gesetzen, oder mit der Vernunft und der Billigkeit, oder es ist nicht möglich, denselben zu erfüllen, oder er ist einem andern Eyde entgegen [r]). Ein Eyd ist ferner unverbindlich, wenn er wider das Beste des Staats oder der Kirche anstößt.

Der dritte Gefährte des Eydes ist das iudicium, das heißt, der Schwörende muß dasjenige, worüber geschworen werden soll, vollkommen verstehen, und folglich im Stande seyn, das Wahre von dem Falschen zu unterscheiden. Eben deswegen wird die Eydesformel vor der Able-

n) c. 3. 16. 22. 25. X. de iureiur.

o) c. 3. 10. 25. X. de iureiur.

p) c. 8. 25. et 28. X. de iureiur.

q) c. 2. 8 et 29. X. de iureiur. c. 2. eod. in 6to. c. 2. de pact. in 6to.

r) c. 1. 6. 11. 12. §. 1. 13. 16. 18. 19. 20. 23. 24. 26. 33. X. de iureiur. c. 1. eod. in 6to.

Ablegung des Eydes vom Richter erklärt, und in Rechten unerfahrne Personen müssen davon unterrichtet werden, was sie beschwören sollen. Auf diesen Gefährten gründet sich die Einrichtung, daß Personen, die noch nicht vierzehen Jahr alt sind, keinen Eyd ablegen können [s]), und daß der Eyd allemal nüchtern abgelegt werden muß, daher kein Betrunkener admittirt werden darf [t]). Bey uns nimmt man die Eyde deswegen nicht leicht des Nachmittags ab.

Ein wahrhaftiger und nöthiger Eyd ist den Grundsätzen des Christenthums nicht zuwider, sondern blos die unnöthigen Eyde sind zu verwerfen; denn sie gehören unter die Vergehungen wider das zweyte Gebot vom Mißbrauch des Namens Gottes [u]). In der L. 2. C. de indicta viduit. wird der Satz aufgestellt: satis inhumanum est, per Leges, quae periuria puniunt, viam periuriis aperire. In der L. 1. D. h. t. wird der Eyd maximum expediendarum litium remedium genennt. Unter die unnöthigen Vervielfältigungen der Eyde gehörte die alte Sitte, daß eine große Anzahl von den Bekannten des Schwörenden mit ihm schwören, wovon sie consacramentales genennt wurden [x]).

§. 791 — 797.

Nachdem der Begriff des Eydes erläutert worden, so sind die verschiedenen Arten des Eydes anzuführen. Durch die eydliche Betheurung wird entweder etwas versprochen, oder die Wahrheit eines Umstandes behauptet.

Im

s) L. 14. §. 2. D. h. t. L. 4. pr. D. de in lit. iur. c. 14. 16. C. 22. qu. 5.

t) c. 16. C. 22. qu. 5.

u) Caussa XX. qu. 1. c. 26. X. de iureiur.

x) c. 4. X. de probat. c. 7. X. de frigid. c. 33. X. de testib. Heineccius in iur. German. Lib. III. c. 217 et 218.

Im ersten Falle heißt der Eyd iuramentum promissorium, im andern aber wird er iuramentum assertorium genennt. Jener kann entweder ein iuramentum obligatorium s. promissorium in specie seyn, oder iuramentum confirmatorium, je nachdem durch den Eyd entweder eine zu errichtende Verbindlichkeit sicher gestellt, oder die Leistung einer bereits vorhandenen Verbindlichkeit bestätigt wird. Zu dieser letzten Art gehört z. B. der Zeugeneyd, zu jener aber der Eyd, wodurch Sicherheit wegen der Wiederklage und des Ersatzes der Unkosten bestellt werden soll.

Durch das iuramentum assertorium kann dreyerley bekräftigt werden; denn man schwört, entweder daß man die Sache gewiß wisse, oder daß man Etwas dafür halte und glaube, wofür man es ausgegeben, oder daß man nichts von der Sache wisse; hierauf gründet sich der Unterschied der Eydesarten, welche iuramentum veritatis, credulitatis und ignorantiae genennt werden. Ein iuramentum assertorium wird entweder deswegen gebraucht, um den Werth einer Sache anzugeben, oder damit ein Proceß dadurch beendigt werden möge. Jener Eyd heißt iuramentum aestimatorium, dieser aber non aestimatorium seu litis-decisorium. Als Unterarten des iuramenti aestimatorii sind zu betrachten, das iuramentum in litem, das iuramentum expensarum und das iuramentum minorationis. Will der Beklagte entweder die von ihm geforderte Sache nicht herausgeben, oder er kann sie deswegen nicht herausgeben, weil er solche vorsätzlicher Weise veräußert hat, oder durch ein grobes Verschulden darum gekommen ist, so kann der Kläger den Werth dieser Sache eydlich bestimmen, und dieser Eyd wird iuramentum in litem genennt. Die eydliche Bestimmung des Werthes der Sache kann von dem Kläger auf eine doppelte Weise geschehen, nämlich entweder so, daß er den gemeinen Werth angiebt, das heißt, denjenigen, den ihr auch andere Personen beylegen, oder er giebt einen höhern Werth an, wobey er sich

nur

nur nach dem besondern Wohlgefallen richtet, den er an der Sache hat, oder er beschwört die geschehene Angabe eines besondern Interesse. Im ersten Falle heißt der Eyd iuramentum in litem veritatis [y]), im zweyten iuramentum in litem affectionis [z]), im dritten iuramentum in litem singularis interesse [a]). In Gesetzen wird das iuramentum in litem affectionis schlechtweg iuramentum in litem genennt [b]).

Der Minderungseyd, iuramentum minorationis, besteht darin, daß der Beklagte den vom Kläger angegebenen Werth der ihm mit Gewalt abgenommenen Sache, und den ihm dadurch verursachten Schaden auf eine geringere Summe eydlich bestimmt [c]). Eine Art dieses Eydes ist der sogenannte Zenonianische Eyd, welcher darin besteht, daß der Kläger den Werth der ihm mit Gewalt abgenommenen Sache, nach vorhergegangener Moderation des Richters, bestärkt [d]).

Durch das iuramentum non aestimatorium, seu litis decisorium wird entweder die Hauptsache entschieden, oder nur ein Nebenpunct. Im ersten Falle heißt der Eyd iuramentum litis decisorium principale, im andern Falle braucht man den Ausdruck, iuramentum litis decisorium minus principale. Eine Art Eyd dieser letzten Art ist das iuramentum perhorrescentiae, das iuramentum dandorum, das iuramentum respondendorum, das iuramentum manifestationis, das iuramen-

y) L. 2. §. 1. L. 8. L. penult. D. de in litem iurando.

z) L. 1. D. eod. L. 68. D. de rei vindic.

a) L. 7. D. si seruit. vindic. L. 7. pr. D. de administr. et peric. tut. L. 15. §. 9. D. quod vi aut clam.

b) L. 1. D. de in litem iurando. LAVTERBACH ad h. t. §. 2.

c) BERLICH Concl. Part. I. Concl. 33. nr. 4. WERNHER Obs. Part. IV. Obs. 151. nr. 381.

d) L. 9. C. vnde vi.

ramentum specificationis, das iuramentum calumniae, seu malitiae.

Derjenige Eyd, wodurch die Wahrheit einer streitigen Thatsache, wovon die Entscheidung eines Processes unmittelbar abhängt, betheuert wird, heißt überhaupt iuramentum litis decisorium. Diesen Eyd legt entweder der Richter einer Parthey auf, oder ein streitender Theil deferirt ihn seinem Gegentheile. Im ersten Falle wird solcher iuramentum litis decisorium necessarium genennt, im zweyten aber iuramentum litis decisorium voluntarium. Diese letztere Eydesart zerfällt wieder, je nachdem die Eydesdelation gerichtlich oder außergerichtlich geschieht, in das iuramentum litis decisorium voluntarium iudiciale, und extraiudiciale.

Wird der Eyd mit Beobachtung sehr auszeichnender Feyerlichkeiten abgelegt, so heißt er ein feyerlicher Eyd, ein gelehrter Eyd; geschieht dieses aber nicht, sondern man schwört blos die Eydesformel, ohne daß vorher Feyerlichkeiten beobachtet worden, so wird der Eyd ein nicht feyerlicher Eyd genennt.

§. 798. 799.

Ein gutes Mittel, bevorstehende, oder auch schon entstandene Rechtsstreitigkeiten ohne eine weitläuftige Proceßführung abzuthun, besteht darin, daß ein Theil dem andern über den streitigen Gegenstand außergerichtlich einen Eyd deferirt, und ihn dadurch selbst zum Richter in der Sache macht. Die Gesetze bestätigen dieses Mittel [e]), legen einem solchen zugeschobenen und ab-

e) L. 1. L. 2. L. 28. §. 10. D. h. t. L. 2. §. 8. C. de iureiur. propt. calumn. STRYCK in vsu mod. h. t. §. 5. nr. 1. BERGER in Oecon. iuris, Lib. IV. tit. 25. §. 5. nr. 1. KOCH D. de eo quod iustum est circa delationem iuramenti litis decisorii tam secundum ius commune quam secundum statut. Francof. Giss. 1773. §. 6. 7. 8.

abgeschwornen Eyde die Kraft eines prätorischen Vertrags bey, und es entspringt daher aus demselben nicht nur eine Einrede, sondern auch eine Klage, welche Klage jedoch die vorige Klage nicht aufhebt, sondern der Kläger hat die Wahl unter beyden [f]). Einige Rechtslehrer haben behauptet, nach dem heutigen Gerichtsgebrauche finde diese Eydeszuschiebung nicht mehr statt [g]). Uebrigens unterscheidet sich ein solcher außergerichtlicher Eyd von dem gerichtlichen in wesentlichen Stücken gar nicht, und weicht blos darin ab, daß er nicht nothwendig angenommen werden muß, und auch nicht zurückgeschoben werden kann [h]).

Einer der merkwürdigsten Eyde ist der sogenannte freywillige gerichtliche Eyd, iuramentum litis decisorium voluntarium iudiciale, und man versteht die Eydeszuschiebung darunter, welche von einer Parthey der andern gerichtlich, und mit richterlicher Genehmigung und Bestätigung geschehen ist. Sie ist als ein gesetzliches Beweismittel zu betrachten, dessen sich ein jeder Beweisführer, der Kläger sowohl als der Beklagte, der Regel nach bedienen kann, wenn er auch seine Behauptung zuvor mit wahrscheinlichen Gründen gar nicht unterstützt hat, oder wenn er auch andere Beweismittel brauchen könnte. Es ist daher nicht nöthig, daß der Richter, wenn er auf Beweis erkennt, dem Beweisführenden Theile die Eydesdelation ausdrücklich vorbehalten hat [i]). Liegt es dem Beweisführer ob, mehrere Punkte zu beweisen, so kann er nach

f) L. 30. pr. D. de iureiur. KOCH Diss. cit. §. 10.

g) VOET ad Dig. h. t. §. 41.

h) L. 17. pr. D. de iureiur. G. L. BOEHMER Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum delatum et relatum, §. 4. in Elect. Tom. II. pag. 677. MALBLANC Doctrina de iureiurando, §. 35-38.

i) MEVIVS Part. IV. Dec. 6. WERNHER Part. II. Obs. 388. LEYSER Spec. 135. Med. 1. SCHAVMBVRG in Princ. Prax. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. cap. 5. §. 6.

nach Willkühr einige durch den Eyd, und andere durch andere Beweismittel darthun; nur über einen und denselben Umstand die Eydesdelation mit andern Beweismitteln zu verbinden, ist nicht einmal bedingungsweise und subsidiarisch erlaubt k). Hätte Jemand den Beweis auf diese Art angetreten, so muß der Richter dem Beweisführer die Erklärung abfordern, ob er sich der Eydeszuschiebung oder der andern ebenfalls gewählten Beweismittel bedienen will l).

Weil gewissenlose Personen öft einen Meineyd begehen, und folglich der Umstand als nicht bewiesen betrachtet wird, der durch den Eyd bewiesen werden sollte, so wird der Beweis durch die Eydesdelation von den Rechtsgelehrten für das unsicherste und gefährlichste Beweismittel gehalten. Da übrigens diejenige Parthey, welche mit dem streitigen Gegenstande nach eigener Willkühr schalten und walten kann, diese Sache wegschenken, oder den Proceß liegen lassen kann, so steht es auch allen dergleichen Personen frey, sich dieses Beweismittels nach ihrer freyen Wahl zu bedienen, und nur diejenigen dürfen es nicht, die kein Recht haben, den streitigen Gegenstand zu veräußern, wiewohl der Herr von Leyser das Gegentheil behauptete m). In einigen Landesgesetzen hat man vorgeschrieben, daß der Beweis durch die Eydesdelation nicht anders soll gebraucht werden

k) c. 2. X. de probat. Schaumburg in Princ. Prax. l. c. c. 1. §. 6. Car. Fr. Elsaesser D. exhibens selecta capita de probat. et reprobation. §. 19. Oelze Anleitung zur gerichtlichen Praxis, § 173. Nettelbladts Anleitung zu der ganzen praktischen Rechtsgelahrtheit, §. 258.

l) Leyser Spec. 135. Med. 6 et 7. Spec. 137. Med. 4. 5. 6. Wehrn Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen, §. 58.

m) L. 25. §. 3. D. de probat. et praesumt. Nov. 73. cap. 4. Elsaesser in Diss. cit. §. 1-8. Io. Chr. Koch D. de eo quod iustum est circa delat. iuramenti litis decis. §. 13. Leyser Spec. 137. Med. 5.

werden können, als bis der Beweisführer die Rechtmäßigkeit seiner Behauptung einigermaßen bescheinigt hat n). Man hat diese Einrichtung deswegen getroffen, um die Meineyde zu verhüten, und die Processe zu vermindern. Ist in einem Lande kein solches besonderes Recht vorhanden, so bedarf es der angeführten Bescheinigung nicht o).

Wie bekannt, wird der geführte Beweis durch den abgelegten Eyd für einen geschlossenen Vergleich gehalten, und man hält die Sache nunmehr für eben so sicher entschieden, als ob sie durch ein rechtskräftiges Urthel entschieden worden wäre p). Die Wirkungen des geleisteten Eydes bestehen darin, daß 1) eine Verjährung deswegen angefangen werden kann q); daß 2) eine Neuerung der Verbindlichkeit dadurch bewirkt, und 3) wenn die geschehene Bezahlung beschworen worden, diese Handlung als eine Acceptilation betrachtet wird r). Er tilgt 4) die vorhandene Verbindlichkeit, wie jede andere Verbindlichkeit s). Es kann 5) die Zurückforderung einer ohne Verbindlichkeit abgelieferten Sache eben so gut geschehen, als ob niemals eine natürliche Verbindlichkeit, solche

n) Mevius in Dec. Part. VI. Dec. 405. Part. IX. Dec. 78.

o) L. 35 D. h. t. L. 3. C. de reb. credit. L. 22. §. 10. C. de iure deliber. Coccejii in iure contr. Lib. XII. tit. 2. qu. 24. Vinnius in select. iur. quaest. Lib. I. cap. 42. Brunnemann in Proc. ciuil. cap. 23. nr. 6. Koch in Diss. cit. §. 12. 13. Ge. Lud. Boehmer Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum, in Elect. iur. ciuil. Tom. II. Wernher Obs. Part. VII. Obs. 101. Part. VIII. Obs. 260. Canz de probabil. iurid. cap. III. Part. II. Sect. IV. §. 209. Malblanc de iureiur. §. 52. Schaumburg in Princ. Prax. Lib. I. Sect. I. Mbr. II. cap. 5. §. 2.

p) L. 1 et 2. L. 5. §. 2. L. 11. §. 1. L. 31. D. h. t. L. 1. pr. D. quar. rerum actio non datur. L. 8. C. de reb. credit. c. 26. X. h. t.

q) L. 13. §. 1. D. de iureiur.

r) L. 26. §. 2. L. 40. D. h. t.

s) L. 28 §. 10. D. de iureiur.

solche zu geben, vorhanden gewesen wäre [t]). Der abgelegte Eyd kann 6) eben so wenig als ungültig angefochten werden, als es angeht, die Gültigkeit eines rechtskräftigen Urtheils zu bestreiten, wenn man auch gleich das Gegentheil durch neu entdeckte Urkunden zu beweisen im Stande ist [u]).

Weil die Eydesdelation, welche von den Partheyen gebraucht wird, eine Handlung von großer Wichtigkeit ist, so können nur diejenigen davon Gebrauch machen, welche über die Sache, worüber geschworen werden soll, frey schalten und walten können [x]). Also nur der Eigenthümer, dem die freye Verwaltung seines Vermögens zusteht; mithin darf kein Unmündiger [y]), kein Wahnwitziger, kein Verschwender den Eyd deferiren [z]). Einem Minderjährigen wird die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu allen Zeiten ertheilt, wenn ihm die gebrauchte Eydesdelation nachtheilig ist [a]). Dem Sohne und dem Sclaven verstatteten es die Römer alsdenn, wenn er ein Pekulium besaß, und es zugleich nach Willkühr administriren durfte [b]). Ein Verwalter aller Güter, wie auch derjenige, welchem ausdrücklich zur Eydesdelation Vollmacht ertheilt worden, kann dem Andern den Eyd deferiren [c]). Ein Meineydiger wird nicht für unfähig gehalten, seinem Gegner den Eyd deferiren zu können, ob er gleich keinen Eyd schwö-

t) L. 40 et 42. pr. D. h. t.

u) L. 31. D. de iureiur.

x) L. 35. §. 1. D. h. t.

y) L. 17. §. 1. D. de iureiur. L. 1. §. 1. D. quar. rerum actio. L. 4. C. de reb. credit.

z) L. 35. D. §. 1. h. t.

a) L. 9. §. 4. D. de iureiur.

b) L. 20. L. 27. D. h. t.

c) L. 17. §. 3. L. 18 et 19. D. de iureiur. L. 60. D. de procurat. c. 4. de procur. in 6to.

schwören kann [d]). Vormünder und Güterpfleger sind bey dem Gebrauch einer Delation an die Beobachtung der nämlichen Vorschriften gebunden, die sie bey Veräußerungen zu beobachten haben [e]). Der Vertheidiger einer Stadt, oder andern Gemeinheit, und der fiskalische Anwald können nur vermöge eines besondern Auftrags den Eyd deferiren [f]).

Einem jeden Gegner kann derjenige, dem der Beweis obliegt, der Regel nach den Eyd deferiren, nicht aber einem Dritten, der an dem Processe in der That keinen Antheil hat [g]). Unmündigen oder Minderjährigen darf zwar ein Eyd deferirt werden, die wirkliche Eydesleistung aber wird bis zur erlangten Eydesmündigkeit ausgesetzt, und diese geht nach dem päpstlichen Rechte mit dem überlebten 14sten Jahre an [h]); in Gerichten ist aber theils das 16te, theils das 18te, und bey manchen Gerichten gar erst das 20ste Jahr dazu angesetzt worden. Auch gegen wirklich geleisteten Eyd kann ein Minderjähriger die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen [i]), wiewohl mehrere Rechtsgelehrte das Gegentheil behauptet haben [k]).

d) Io. Iac. HAILBRONNER D. de iusta iurisiurandi a periurio facta delatione, Alt. 1742. MALBLANC doctr. de iureiurando, §. 42. de PVFENDORF in Obs. Tom. IV. Obs. 92.

e) L. 17. §. 2. L. 35. pr. D. de iureiur.

f) L. 34. §. 1. D. h. t. L. 1. §. 1. D. de offic. procurat. Caesar.

g) c. 36. X. de iureiur.

h) c. 15. Causa 12. qu. 5. c. 16. Causa 22. qu. 5. de SELCHOW Elem. iur. germ. §. 78. C. F. WALCH D. de iurantis legitima aetate, in Opusc. Tom. II. Sect. III. Exerc. III. pag. 383. Knorrs Anleitung zum gerichtlichen Proceß, 1stes Buch, 13tes Hauptst. §. 21.

i) STRYCK in caut. iuram. Part II. Sect. I. cap. 3. nr. 33.

k) MEVIVS in Consil. postum. Cons. 8. pag. 209. Io. BRVNNEMANN in Consil. et Resp. acad. Cons. 78. pag. 515.

Vormünder und Güterpfleger müssen, wenn von ihren eigenen oder von solchen Handlungen die Rede ist, von denen sie Wissenschaft haben, den verlangten Eyd schwören [l]), und eben dieses findet bey Anwälden, Vertheidigern und andern Verwaltern statt [m]). Wenn mehreren Streitgenossen, oder ganzen Gemeinheiten der Eyd deferirt worden ist, so schwören, um eine zwecklose Vervielfältigung der Eyde zu verhüten, nur einige, und zwar diejenigen, welche die beste Wissenschaft von der Sache haben; die Gemeinde hat aber der Regel nach das Recht, sie zu wählen und sie mit einer hinreichenden Vollmacht zu versehen, jedoch steht dem Gegentheile die Befugniß zu, seine Einreden gegen die Gewählten vorzubringen, und aus hinreichenden Gründen die Ernennung anderer zu verlangen [n]).

Der Herr von Tevenar [o]) schreibt: wenn der Eyd einer Corporation, Universität oder Gemeinde deferirt worden, so kommt es, nach der Meynung vieler Rechtsgelehrten, darauf an, ob die streitige Sache die Universität als ein Corpus angeht, und allgemeine Gerechtsame, die für jedes Mitglied keinen besondern Nutzen haben, oder allgemeine Verbindlichkeiten, die nicht getheilt werden können, betrifft, solchemnach der Gegenstand sich auf das Ganze verbreitet, welches bey dem Wahlrechte der Prediger, der Küster, der Hirten, der Fall ist, oder ob solches in einem gemeinschaftlichen Nießbrauche oder Nutzen besteht, und sämmtliche Glieder einen individuellen Antheil daran haben, wie dieses bey Holzungen, der Huth, Trift, Jagd,

l) Leyser Spec. 136. Med. 1. 2. 5. Wernher Part. VI. Obs. 431.

m) Leyser Spec. 136. Med. 3 et 4. de Pvfendorf Obs. Tom. I. Obs. 181.

n) de Pvfendorf Obs. Tom. II. Obs. 124. Mevivs in Dec. Part. III. Dec. 54. Leyser Spec. 143. Med. 3. 4. 5. 6.

o) Hr. von Tevenar in der Theorie vom Beweise, S. 93 flg.

Jagd, Fischerey u. s. f. der Fall ist. Im ersten Falle sollen sämmtliche Mitglieder der Gemeinde, im letztern hingegen die ältesten, welche der Gegentheil in Vorschlag bringen kann, den Eyd abzulegen schuldig seyn. Dieser Unterschied, welchen die Gesetzgeber und die Rechtslehrer machen, hat bey der Anwendung den Nutzen nicht, den man sich bey dem Vortrage der Theorie davon verspricht. Sachen, die einem jeden Mitgliede einen Nuzzen, oder einem jeden keinen Nutzen bringen, theilbare und untheilbare Sachen sind, wenn von einer Universität oder Corporation die Rede ist, schwankende, idealische, unbestimmte Begriffe, die nur eine anscheinende, aber keine wirkliche Deutlichkeit haben, weil sich ein Nutzen nicht gut denken läßt, der einer Universität zusteht, woran die Mitglieder nicht einen mittelbaren oder unmittelbaren Antheil hätten. Daher rührt es, daß beständig über die Frage gestritten wird: ob der Eyd von sämmtlichen Mitgliedern oder nur von drey Personen aus der Gemeinde, welche die beste Wissenschaft von der Sache haben, geleistet werden soll. Hieraus entstehen Incidentpuncte, und es werden dadurch Processe in Processen veranlaßt, die wegen der Ungewißheit und Unzulänglichkeit der Grundsätze nicht allemal einförmig entschieden werden können. Eine Universität besteht aus vielen Familien, und kann für sich, als ein Corpus betrachtet, Besitzungen und Verbindlichkeiten haben. Ist hiervon die Rede, so beschließen die meisten Stimmen, die Sache mag eine theilbare oder nicht theilbare Substanz oder Nutzen betreffen, es wäre denn, daß einige Mitglieder an der Substanz oder an dem Nutzen einen ungleichen Antheil hätten, oder zur Erfüllung der Verbindlichkeiten mehr als andere beytragen müssen, solchemnach in einem ungleichen Verhältniß stehen, und deswegen die mehresten Stimmen nichts entscheiden.

Wenn der Universität über ein Recht, eine Besitzung oder Verbindlichkeit, die derselben als einem Corpus zusteht, der Eyd deferirt worden ist, so müßte dieser Eyd, nach der Verfassung der Corporationen, von den mehresten

Gliedern geschworen werden; weil aber ihre Anzahl sich oft auf tausend und mehrere erstreckt, so haben die Gesetze, um den Mißbrauch der Eyde, und die Weitläuftigkeit und Kosten, welche mit der Abschwörung verknüpft sind, zu vermeiden, festgesetzt, daß, wenn eine Corporation in solidum verbunden ist, oder in solidum Etwas zu fordern hat, und der größte Theil der Corporation den streitigen Satz behauptet, der Eyd nur von drey ältesten Mitgliedern, welche die beste Wissenschaft von der Sache haben, abgelegt werden soll, wenn gleich die Corporation, über die Art der Theilnahme, unter sich mancherley Einrichtungen und Abtheilungen gemacht hat, wenn nur diese Abtheilungen dem Dritten, weshalb der Eyd abgeleistet wird, nichts angehen; wobey es denn auch billig gelassen, und der Unterschied, den einige Proceßordnungen machen, ob die Sache theilbar oder nicht theilbar sey, ob solche einem jeden Mitgliede Nutzen bringe, oder nicht, wieder aufgehoben werden sollte. Wenn der Gegenstand so beschaffen ist, daß die meisten Stimmen, wegen des ungleichen Vortheils oder Schadens, nichts entscheiden können, so ist der Eyd nach Beschaffenheit der Umstände von den meisten Mitgliedern, oder wenn die Glieder der Corporation dem Dritten pro rata verbunden sind, oder von einem Dritten pro rata etwas zu fordern haben, von sämtlichen Theilnehmern zu leisten. Deswegen sollte auch in jedem Falle, wenn einer Universität oder Corporation der Eyd zuerkannt wird, zugleich bestimmt werden, ob solcher von zwey oder drey der Aeltesten aus der Gemeinde, oder von den meisten Gliedern der Gemeinde, oder von den sämmtlichen Theilnehmern geschworen werden solle, damit, wenn es zum Schwören kommt, über die Frage: wer den Eyd leisten solle, nicht ein neuer Incidentpunct entsteht. Sind alle Mitglieder der Gemeinde von der Beschaffenheit der Sache, worüber geschworen werden soll, gleich unterrichtet, so schwören die Gemeindevorsteher oder Verwalter den Eyd p).

Unter

p) L. 14 et 19. D. ad municip. L. 97. D. de condit. et demonst.

Unter mehreren Streitgenossen, die keine Gemeinheit ausmachen, wählt der Beweisführer denjenigen, oder diejenigen, welche schwören sollen [q]). Auch dem Cedenten kann der Eyd zugeschoben werden, wenn über die Cession ein Streit entstanden ist [r]); der Cessionar kann aber dem Schuldner über die Legitimation zu der Sache keinen Eyd zuschieben [s]). Dem Contradictor bey einem Concursprocesse kann weder über die Richtigkeit, noch über das Vorzugsrecht einer Anforderung der Eyd deferirt werden, behaupten einige Rechtslehrer [t]). Andere sind der Meynung, er dürfe sich der Eydesdelation bedienen, wenn ihm die Beweisführung obliege, nur müsse er vorsichtig dabey zu Werke gehen, und er dürfe auch nicht eher von der Eydesdelation Gebrauch machen, als wenn es an andern Beweismitteln fehle [u]). Wenn der Contradictor von dem Gegenstande, worüber er schwören soll, sich einige Wissenschaft hat erwerben können, so muß er den ihm deferirten Eyd schwören, er schwört aber in solchen Fällen nur nach seiner Vermuthung, oder betheuert sein Nichtwissen de credulitate vel ignorantia. Kann hingegen der Contradictor von dem streitigen Geschäfte schlechterdings keine Wissenschaft haben, so ist er zu verlangen berechtigt, daß

demonst. de Pufendorf in Obs. Tom. I. Obs. 179. Malblanc in doctr. de iureiur. §. 42.

q) Wernher Part. IV. Obs. 48. Knorrs Anleitung zum gerichtlichen Proceß, 1stes Buch, 13tes Hptstck. §. 12. Hr. HR. Claproth im ordentlichen bürg. Proceß, §. 333.

r) Leyser 201. Med. 5. Wernher Obs. Part. I. Obs. 338.

s) Wernher Obs. Part. III. Obs. 54. Gmelin und Elsässer in den gemeinnützigen juristischen Beobachtungen und Rechtsfällen. 1ster Thl. Nr. 8. S. 52.

t) Wernher Obs. Part. VIII. Obs. 469. Part. X. Obs. 446.

u) L. 17. §. 3. D. de iureiur. Eb. Chr. Canz Diss. de contradictore in concursu creditorum, Tub. 1769. §. 23.

der ihm deferirte oder referirte Eyd dem Gemeinschuldner deferirt oder referirt werde x). Weigert sich der Gemeinschuldner in dergleichen Fällen, den Eyd zu schwören, und räumt die liquidirte Forderung ein, so haben die dabey interessirten Gläubiger das Recht, dagegen zu protestiren, und dem Deferenten seinen Eyd entweder zurück zu schieben, oder die eydliche Bestärkung des Schuldners, daß es mit der Forderung seine Richtigkeit habe, zu verlangen. Ist der Gemeinschuldner ausgetreten oder gestorben, so muß der Eyd den Mitgläubigern zugeschoben werden, die ihn aber blos de ignorantia, daß sie nicht wissen, daß es mit der Forderung seine Richtigkeit habe, schwören y).

In Ansehung aller Sachen, worüber die streitenden Theile frey schalten und walten dürfen, findet, der Regel nach, die Eydeszuschiebung statt; diese Regel erfordert aber eine genaue Bestimmung und die Anführung der Ausnahmen. 1) Ueber fremde Handlungen, von welchen derjenige, welchem der Eyd deferirt wird, keine Kenntniß hat, ist er zu schwören nicht schuldig, und nur dazu kann er angehalten werden, sein Nichtwissen, oder auch sein Nichtglauben und Nichtdafürhalten eydlich zu betheuern z). In den Reichs-

x) L. 3. §. 1. L. 11. §. 3. L. 26. pr. D. h. t. L. 25. §. 7. D. ad Leg. Aquil. Chr. Ferd. HARPPRECHT D. de liquidatione in concursu per confessionem debitoris. Tub. 1753. §. 3. LEYSER Spec. 491. Med. 10 et 11. BRVNNEMANN in Proc. conc. credit. cap. III. §. 13. SCHAVMBVRG in Princ. Prax. Lib. II. cap. 8. §. 12. de PVFENDORF Obs. Tom. II. Obs. 152. MALBLANC in doctrina de iureiur. §. 42. pag. 126. Hr. HR. Claproth in der Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß, §. 333 Hofmanns teutsche Reichspraxis, 2ter Thl. §. 1252.

y) Hr. von Tevenar in der Theorie vom Beweise, S. 95.

z) Io. Gottl. REICHEL D. de vera iuramenti credulitatis natura et indole, Lips. 1735. Frid. BEHMER in nouo iure contr. Obs. 33. Iust. Henn. BOEHMER in iure Protest. Lib. II. tit. 24. §. 7 sqq. MALBLANC de iureiur. §. 44. Car. Christ. KOHL-

Reichsgesetzen [a]) hat man den Antwortungseyd, iuramentum respondendorum, wegen fremder Handlungen zugelassen, und von diesem Eyde, welcher blos ein Eyd für Gefährde ist, hat man auf den Haupteyd geschlossen, und läßt solchen jedoch nur in Ansehung des Wissens und Glaubens zu. Der Erbe und jeder Andere, der an die Stelle desjenigen tritt, über dessen Handlungen ihm der Eyd zugeschoben wird, müssen diesen Eyd leisten.

2) Die Eydeszuschiebung ist in allen Fällen unzuläßig, wenn entweder die Handlung, worüber geschworen werden soll, zur Entscheidung des Rechtsstreits nichts beyträgt, oder die Sache selbst so beschaffen ist, daß sie ihrer Natur nach durch keinen Eyd bewiesen werden kann, und es ändert hier sogar die Sache nicht, daß schon rechtskräftig auf den Eyd erkannt worden [b]). Hierher gehört unter andern der Beweis eines Gewohnheitsrechts, einer Observanz, und in den mehresten Fällen kann auch der Beweis eines unfürdenklichen Besitzes nicht durch den Eyd geführt werden [c]).

3) Wider den klaren Inhalt eines Instruments oder Geständnisses, oder wenn Ein Theil schon einen vollständigen Beweis geführt hat, so kann ihm, über den nämlichen Gegenstand kein Eyd mehr zugeschoben werden [d]).

Kohlschvetter D. de iureiurando credulitatis secundum praecepta philosophorum de probabili iudicium, Vit. 1788. Hr. von Tevenar in der Theorie vom Beweise, S. 88.

a) C. C. G. O. I, 89. pr. §. 1. und Tit. 90. R. A. vom J. 1654. §. 49.

b) c. 26. X. h. t. de Pvfendorf Obs. Tom. II. Obs. 109. Leyser Spec. 137. Med. 3. Spec. 464. Med. 30. Spec. 470. Med. 7. 8. Spec. 567. Med. 23. 24. Berger Suppl. Part. II. ad tit. 18. nr. 6. pag. 392.

c) Kemmerich de probat. consuet. Sect. II. §. 17. Malblanc de iureiur. §. 44. de Pvfendorf Tom. I. Obs. 151. Tom. II. Obs. 55. Hr. HR. Claproth im ordentl. bürg. Proceß, §. 321.

d) c. 2. 10 et 12. X. de probat. G. L. Boehmer in Princ. iur. can. §. 811.

4) Ueber ganz geringfügige Umstände muß der Richter keinen Eyd für statthaft erklären, weil es ein Mißbrauch des Namens Gottes seyn würde, sondern hier muß er nach der Billigkeit entscheiden [e]).

5) Einem Dritten, welcher nicht als streitender Theil zu einer Sache gehört, kann der Eyd nicht deferirt werden, er müßte denn die einzige Wissenschaft von der Sache haben, und auch gewissermaßen mit zu der Sache gehören [f]).

6) Kann der Eyd nicht über die Absicht und Meynung deferirt werden, welche ein Dritter bey einem Verbrechen oder Vertrage gehabt hat, weil man keine Wissenschaft davon haben kann, folglich es hier an dem dritten Gefährten des Eydes, der Beurtheilung dessen, worüber geschworen werden soll, fehlt [g]). In der L. 3. §. 3. D. h. t. wird es zwar gestattet, daß die Wittwe den Verwandten über ihre Schwangerschaft den Eyd deferiren dürfte; die Ursache hiervon ist aber darin zu suchen, daß die Römer den Eyd als einen Vertrag ansahen, und in dieser Rücksicht läßt sich auch die Verordnung der Gesetze noch eher vertheidigen, als bey uns, wo jede Gelegenheit vermieden werden muß, damit kein Mißbrauch des Namens Gottes begangen werde.

7) Ein Schuldner kann den Eyd nicht deferiren, wenn die böse Absicht zu vermuthen ist, daß er seine Gläubiger dadurch verkürzen wollen [h]).

8) Ein angeblicher Cessionarius kann, wenn er wider den Schuldner klagt, dieser ihm aber entgegen setzt, daß er seine Cession beybringen müsse, demselben hierüber keinen Eyd deferiren, weil dieses Handlungen eines Dritten betrifft, wovon der Schuldner nicht leicht etwas erfährt, und

e) Hr. HR. Claproth im ordentl. Proceß, 2ter Thl. S. 462.

f) L. 3. pr. D. h. t. L. 1. §. 2. D. quar. rer. act. non dat.

g) L. 4. pr. D. de in lit. iurando ibique GOTHOFRED.

h) L. 9. §. 5. D. h. t.

und auch der Schuldner dadurch, wenn er den Eyd referiren mußte, der vorgebliche Gläubiger aber ihn abschwört, dennoch von der nochmaligen Bezahlung der Schuld an den wahren Gläubiger nicht befreyet worden ist i).

9) Ueber den Stand einer Person kann der Eyd nicht weiter deferirt werden, als er die damit verbundenen bürgerlichen Rechte betrifft k).

10) In der Injurienklage darf über die Absicht des Beklagten, ob er den Kläger an seiner Ehre kränken wollen, oder nicht, dem Kläger nicht der Beweis zuerkannt werden, oder wenn dieses dennoch geschehen seyn sollte, und nun würde dem Beklagten der Eyd darüber deferirt werden, so kann er ihn nicht referiren, sondern es ist ihm vielmehr der Reinigungseyd aufzulegen, und zwar deswegen, weil Gedanken des Beleidigers, die unbekannt sind, gar nicht bewiesen werden können, und der Beleidigte über Etwas schwören müßte, wovon er keine Wissenschaft haben kann l).

11) In Ehesachen kann alsdenn kein Eyd zugeschoben werden, wenn die Trennung der Ehe dadurch befördert werden würde, folglich hat die Eydesdelation auch über das eheliche Unvermögen zur Vollziehung der fleischlichen Vermischung nicht statt; wohl aber darf der Eyd gebraucht werden, wenn er die Gültigkeit der Ehe zur Absicht hat, oder es ist nur von Eheverlöbnissen die Rede m). Das Ober-

i) WERNHER Obs. Part. III. Obs. 54. BERGER in Suppl. ad electa discept. for. Part. I. tit. 18. nr. VII.

k) L. 17. D. de iure patron.

l) L. 5. §. 8. D. h. t. Arg. L. 5. C. de iniur. ibique GOTHOFRED. STRYCK in vsu mod. ad tit. de iniur. §. 6. WERNHER Obs. Part. V. Obs. 104.

m) Iust. Henn. BOEHMER in iure eccles. Protest. Lib. II. tit. 24. §. 60—68. CARPZOV in iurispr. for. Part. I. Const. XII. Def. 30. Const. II. Def. 3. nr. I. IDEM in Iurispr. eccles.

Oberappellationsgericht zu Celle hat den Eyd, der von einer Ehefrau einem angeblichen Ehebrecher darüber deferirt worden war, daß er zu dem von ihr erzeugten Kinde nicht Vater sey, deswegen verworfen, weil die Mutter ihrem in der Ehe erzeugten Kinde, dessen eheliche Geburt der Ehemann nicht bestritten hat, durch diesen Eyd nicht schaden dürfe n).

12) In peinlichen Fällen darf kein Eyd deferirt werden, weil man sicher vermuthen kann, es werde Jemand eher falsch schwören, als das ihm Schuld gegebene Verbrechen zugestehen; wenn aber blos auf Privatgenugthuung und Schadensersatz geklagt wird, so findet, wenn der Richter seine Inquisition geendigt hat, und es an allen andern Beweismitteln fehlt, die Eydeszuschiebung allerdings statt o).

§. 800 — 802.

Bey dem Beweise durch den Eyd ist die sogenannte Antretung der Beweisführung durch die Eydeszuschiebung, oder der Eydesantrag, die Rührung des Gewissens, iuramenti delatio, ein wesentliches Stück. Sie besteht in der Erklärung des Beweisführers, er wolle, daß dasjenige, was der Gegentheil behauptet, für wahr gehalten werde, wenn derselbe solches eydlich erhärten würde. Diese Antretung kann nach dem gemeinen Rechte in allen Theilen des gerichtlichen Verfahrens, selbst noch nach dem Beschluß der Sache, wie auch nach völlig schlecht ausgefallenem, auf andere Art geführtem Beweis geschehen, und ist weder an einen gesetzlichen, noch an einen vom Richter vor-

ec lef. Lib. II. Def. 233. nr. 4. Lib. III. Def. 44. nr. 10. Def. 46. nr. 14. de Pufendorf Obſ. Tom. I. Obſ. 78. Malblanc de iureiur. §. 46. Leyser Spec. 315. Med. 7.

n) de Pufendorf Obſ. Tom. IV. Obſ. 91. §. 5.

o) L. f. C. de probat. Malblanc de iureiur. §. 45.

vorgeschriebenen Beweistermin gebunden. Alsdenn darf die Eydeszuschiebung nicht mehr gebraucht werden, wenn der von dem Beweisführer vorher geführte Beweis vollständig gegen ihn ausgefallen ist. Eine Ausnahme von der Regel ist es, daß in einigen Landesgesetzen und Proceßordnungen für die Eydeszuschiebung namentlich und ausdrücklich eine Nothfrist festgesetzt worden ist.

Gewöhnlich geschieht die Eydeszuschiebung gelegentlich in anderen processualischen Schriften, und selten trägt man sie in einer eigenen Schrift vor. In beyden Fällen muß 1), wenn es zweifelhaft seyn sollte, gezeigt werden, daß die Eydeszuschiebung statt finde, 2) sind die Puncte, welche beschworen werden sollen, genau zu bestimmen. Dieses geschieht entweder dadurch, daß die zu beschwörenden Puncte in sogenannte Artikel gebracht werden; oder der streitende Theil führt den Umstand besonders an, worüber der Andere schwören soll, oder er bezieht sich auf die Actenstelle, mit Anführung der Anfangs- und Schlußworte, wo der Umstand vorkommt, welcher beschworen werden soll. Wenn Zeit, Ort, Stunde, oder andere dergleichen Nebenumstände auf die Entscheidung der Sache einen wesentlichen Einfluß haben, so müssen sie ganz genau angegeben werden [p]). 3) Allgemeine Ausdrücke, z. B. man wolle dem Gegentheile über die bemerkten Puncte den Eyd deferiren, zu brauchen, ist der Vorsicht gemäß, damit der Gegentheil nicht Gelegenheit findet, darüber viel zu disputiren, oder der Richter nicht veranlaßt wird, die Eydeszuschiebung als unstatthaft zu verwerfen. Genau genommen, sollte, wenn der zugeschobene Eyd ein Eyd nach der Wahrheit ist, die Formel desselben also lauten: man wolle das, worüber geschworen werden soll, in dessen, dem der Eyd zugeschoben worden, Gewissen schieben. Bey dem Eyde nach der Glaubwürdigkeit sollte man

p) Wernher Obs. Part. IV. Obs. 239. Schaumburg Princ. prax. iurid. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. cap. 5. §. 8.

man sich statt des Wortes, Gewissen, der Ausdrücke, Wissenschaft und Wohlbewußt, oder auch Nichtwissen bedienen. Da aber der Richter am besten wissen muß, wie der Eyd abzufassen ist, so läßt man freylich die oben angeführte oder eine ähnliche allgemeine Formel schon hinreichend seyn q). Nach dem gemeinen Rechte wird endlich gebeten: dem Gegentheile diesen Schriftsatz mitzutheilen, und demselben binnen einem gewissen Termine die Einlassung darauf aufzulegen. Die Rubrik eines solchen Schriftsatzes ist: Eydeszuschiebung in Sachen u. s. f. Ist bey der Zulässigkeit der Eyde nichts zu erinnern, so macht man den Anfang dieser Schrift mit der Beziehung auf das Beyurtheil, worin der Beweis aufgelegt worden, und zeigt sodann die richtige Beobachtung der Beweisfrist, wenn die Gesetze eine solche Frist vorgeschrieben haben. Nach dem gemeinen Rechte kann die Antretung dieses Beweises in allen Theilen des gerichtlichen Verfahrens, ja selbst noch nach dem Beschluß der Sache geschehen, selbst noch nach völlig schlecht ausgefallenem, auf andere Art geführtem Beweise, und sie ist weder an einen gesetzlichen, noch an den vom Richter vorgeschriebenen Beweistermin gebunden, weil diese Beweisführung für ein subsidiarisches Beweismittel gehalten wird, und nur alsdenn hat sie nicht mehr statt, wenn der Gegentheil bereits einen vollständigen Beweis über den nämlichen Gegenstand geführt hat r).

Der auf die eben angeführte Art angetretene Beweis kann manche Veränderungen leiden. Der Beweisführer kann die geschehene Eydesdelation widerrufen; er kann die Puncte,

q) Wernher Obs. Part. IX. Obs. 63. Schavmburg Princ. Prax. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. cap. 5. §. 4. Knorrs Anleitung zum gerichtl. Proceß, 1stes Buch, 13tes Hauptstück. §. 7. 8. Claproths Proceß, §. 323.

r) Brvnnemann ad Leg. 12. C. de reb. credit. nr. 14. Mevius in Dec. Part. IV. Dec. 5. Leyser Spec. 135. Med. 1 et 2. de Pvfendorf Obs. Tom. I. Obs. 154. Strubens rechtl. Bedenk. 1ster Thl. 64. Bed.

Puncte, über welche geschworen werden soll, verändern; er kann auch andere Beweismittel wählen. Die erste Veränderung ist bis zur wirklichen Eydesleistung erlaubt; die zweyte bis zur geschehenen Erklärung desjenigen, dem der Eyd zugeschoben worden ist, oder wenn unter den Partheyen Streit darüber entstanden seyn sollte, bis zur erfolgten richterlichen Entscheidung; die dritte endlich findet, wenn kein Beweistermin anberaumt ist, so lange statt, bis derjenige, dem der Eyd zugeschoben worden ist, sich darüber erklärt hat; ist aber ein Beweistermin anberaumt worden, so muß die Zulässigkeit des gewählten neuen Beweismittels aus der Natur desselben beurtheilt werden.

Des Richters Pflicht besteht nunmehro vor allen Dingen darin, die geschehene Eydeszuschiebung von allen Seiten zu prüfen. Findet er, daß solche entweder gar nicht statt findet, oder daß derjenige, der sie unternommen hat, dazu nicht berechtigt ist, oder daß demjenigen, dem das Gewissen gerührt worden, gar kein Eyd deferirt werden kann, so muß er den deferirten Eyd, mit Anführung der Gründe, als unstatthaft verwerfen. Eben so muß er andere wesentliche Mängel, die sich bey der Eydeszuschiebung äußern, wenn sie nämlich auf unerhebliche, oder nicht auf alle erhebliche Umstände gerichtet, wenn sie dunkel, zweydeutig, oder verfänglich gefaßt ist, oder wenn sie statt auf das Nichtwissen oder Nichtglauben, auf die Wahrheit oder auch umgekehrt, gerichtet ist, den Acten und dem eigentlichen Beweissatze gemäß verbessern [s]). Nachdem dieses geschehen ist, so wird der von dem Beweisführer eingereichte Schriftsatz dem Gegentheile mit der Auflage zugefertigt, sich über den Eyd zu erklären, wozu ihm eine Frist

s) L. 34. §. 5 et 8. D. h. t. L. 12. §. 1. C. de reb. credit. Wernher Part. I. Obs. 69. P. X. 264. Leyser Spec. 137. Med. 1 et 4. Schaumburg Princ. Prax. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. cap. 5. §. 18. Claproths ordentl. Proceß §. 325.

Frist vorgeschrieben wird. Diese Frist wird nur in summarischen Sachen, die keinen Aufschub leiden, gleich das erstemal unter der Bedrohung, daß, in dem Falle des bewiesenen Ungehorsams, der Eyd für verweigert angesehen werden solle, angesetzt. Man bedient sich daher des allgemeinen Ausdrucks, sich auf den Eyd zu erklären, welches deswegen zu empfehlen ist, weil es mehrere Arten giebt, sich auf einen deferirten Eyd zu erklären; hat jedoch der Richter nur einer oder einiger Erklärungsarten gedacht, so wird der Parthey dadurch ihr Wahlrecht nicht benommen.

Bey einigen Gerichten wird die Eydesformel dem Bescheide einverleibt, bey andern aber demselben besonders beygelegt. Auf die Heiligen zu schwören, ist bey den Katholischen im Gebrauche. Die Evangelischen hingegen schwören, selbst in katholischen Gerichten nicht anders, als durch die Worte: so wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort, oder Evangelium [t]). Selbst die Kaiser schwören bey der Krönung mit dieser Formel; auch die Churfürsten an dem feyerlichen Tage, wo die Wahl des Kaisers geschieht; desgleichen die Reichsvasallen ihren Lehneyd [u]). Wenn Bekenner einer andern Religion einen Eyd schwören sollen, so muß die Eydesformel ihren Grundsätzen gemäß eingerichtet werden. Die Formel eines Judeneydes kommt selbst in den Reichsgesetzen [x]) vor. Mennonisten schwören

t) Passauer Vertrag vom Jahr 1552. §. 10. R. A. v. J. 1555. §. 107. C. C. G. O. Thl. 1. Tit. 71 flg.

u) Iust. Henn. Boehmer in iure protest. Lib. II. tit. 24. §. 55 sqq. Malblanc doctr. de iureiur. §. 93.

x) C. G. O. Thl. 1. Tit. 68. C. C. G. O. Thl. 1. Tit. 198. Boehmer l. c. Lib. II. tit. 20. §. 34. Malblanc l. c. §. 23. Beck de iurib. Iudaeorum, cap. XVI. §. 20 sqq. Io. Fr. Kayser s. Io. Guil. Englert D. de iuramento Iudaeorum, Giss. 1747. Io. Siegism. Thiel Principia iurisprudentiae Iudaicae per Germaniam communis, Hal. Sax. 1790. §. 385 sqq. Io. Ge. Estor de lubricitate Iurisiurandi Iudaeorum, Marb. 1746. Auch ins Teutsche übersetzt, Frkfr. und Leipzig 1753.

Roß-

schwören keinen förmlichen Eyd, sondern versichern nur bey Mannenwahrheit [1]). Zu wünschen ist es allerdings, daß die Eydesformeln von allen Verwünschungen gereinigt würden, und eben dadurch die Vorstellung gänzlich verbannt werden möchte, als ob der Schwörende den Ewigen zum Rächer der Unwahrheit auffordere [2]).

Die Fortsetzung der Beweisführung durch Eydeszuschiebung geschieht durch die Erklärung desjenigen, dem der Eyd zugeschoben worden ist, auf die geschehene Eydeszuschiebung. Diese Erklärung kann I) dahin gehen, daß der Eyd ganz oder zum Theil unstatthaft sey, welches die Anfechtung der Eydeszuschiebung genennt wird. II) Es können einige oder alle Puncte, worüber der Eyd zugeschoben worden ist, eingeräumt werden, und darin besteht die Einlassung auf die Eydeszuschiebung. III) Derjenige, dem der Eyd zugeschoben worden ist, kann sich erklären, ob er 1) den zugeschobenen Eyd ganz oder zum Theil abzuschwören bereit sey, welches die Anneh-

Roßmann von der Beschwörung eines Juden, in den Erlanger gelehrten Anzeigen v. J. 1749. Nr. 6. S. 121 flg. Joh. Christ. Preu Ordnung des jüdischen Eydes vor christlichen Gerichten, nach den Meynungen und Religionsgebräuchen der Juden, Wallerstein 1783. Joh. Bernh. Gottfr. Ofann über den Werth des Judeneydes vor christlichen Obrigkeiten, Göttingen 1794.

y) MALBLANC l. c. §. 7 et 113. Hr. von Balemann in den Visitationsschlüssen, die Verbesserung des kaiserlichen Reichskammergerichtlichen Justitzwesens betreffend, S. 80 u. 468.

z) August von Hoff, Etwas über den Ursprung, Begriff, Geschichte des Eydes und die Moralität der jetzt gewöhnlichen Eydesformeln, Berlin 1790. S. 21 flg. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses, § 457. a. Garve Anmerkungen und Abhandlungen zu Cicero von den Pflichten, 3ter Thl. S. 145 flg. Bahrdts neues Lehrgebäude der Religion, 1ster Band, S. 383. Döderleins Entwurf der christlichen Sittenlehre, S. 196. Car. Christ. KOHLSCHÜTTER D. de caussis contemti iurisiurandi, Viteb. 1792.

nehmung des Eydes genennt wird; oder ob er 2) den zugeschobenen Eyd ganz oder zum Theil nicht schwören wolle, sondern vielmehr die Leistung desselben von dem Deferenten verlange, welches man die Zurückschiebung des Eydes nennt; oder ob er 3) auf eine andere Art als durch seinen, oder des Gegentheils Eydschwur die Wahrheit desjenigen, worüber der Eyd zugeschoben worden, darthun wolle, und dieses heißt die Gewissensvertretung.

Durch die Anfechtung der Eydeszuschiebung wird ein eigenes Verfahren veranlaßt, in welchem ausgeführt wird, ob die Eydeszuschiebung überhaupt, oder so wie sie geschehen ist, statt finde. Derjenige, dem der Eyd zugeschoben worden ist, führt in seinem Exceptionssatze die Ursachen aus, warum der Eyd entweder gar nicht, oder doch nicht so, wie er deferirt worden, statt finde, und erklärt sich über denselben entweder gar nicht, oder nur auf den Fall, daß darauf erkannt werden sollte. Diesen Einwendungen sucht der Beweisführer in seinem Replikſatze zu begegnen, und darauf bringt derjenige, dem der Eyd zugeschoben worden ist, in der Duplik, mit welcher sich dieses Verfahren der Regel nach schließt, seine Vertheidigung wieder bey.

Wird der Richter schon durch den eingereichten Exceptionssatz überzeugt, daß die Eydeszuschiebung entweder ganz, oder doch so, wie sie geschehen, unzuläßig sey, so kann er sie auch sogleich, ohne einen weitern Schriftwechsel zu gestatten, mit Anführung der Gründe als unzuläßig verwerfen. Bey dem mindesten eintretenden Zweifel muß er die Partheyen hören, und sodann nach geendigtem Verfahren entweder denjenigen, dem der Eyd zugeschoben worden ist, von der Erklärung über denselben frey sprechen, oder ihn, Einwendens ungehindert, zu der Erklärung über denselben mit der Verwarnung schuldig erkennen, daß solcher widrigenfalls für verweigert gehalten werden soll. Sollte sich derjenige, dem der Eyd zugeschoben worden ist, auf allen Fall über denselben erklärt haben, so

wird

wird diese Erklärung nunmehr als unbedingt geschehen angenommen.

Der Regel nach hat jeder, dem ein Eyd zugeschoben worden ist, die freye Wahl, den Eyd anzunehmen, oder zurückzuschieben, oder die Gewissensvertretung zu ergreifen [a]). Erstreckt sich die gebrauchte Eydesdelation über verschiedene Puncte, so kann auch die Erklärung über den Eyd verschieden ausfallen, und wenn gleich der Richter ausdrücklich blos auf die Abschwörung des Eydes interloquirt haben sollte, so behält der Client demungeachtet sein Wahlrecht [b]). Eben deswegen ist die Ergreifung eines Rechtsmittels gegen ein solches Erkenntniß überflüßig. Selbst dann, wenn der Beweisführer vor der Erklärung gestorben ist, bleibt dem Gegentheil das Wahlrecht ungekränkt [c]).

Wo die Beweissätze in Artikeln vorgetragen werden, ist die Einlassung oder Erklärung auf den Eyd fast eben so beschaffen, wie eine Litiscontestation. Eigentlich sollte sich der Gegentheil bey jedem Beweisartikel deutlich und ohne Anhang erklären, ob er denselben zugestehe, oder läugne. Auf eigene Handlungen muß man sich durch Verneinen, auf fremde aber durch den Ausdruck, Nichtwissen, einlassen. Man läßt die Einlassungspuncte in der Ordnung auf einander folgen, wie sie in den Artikeln vorkommen, und bezieht sich in der Einlassung blos auf die Zahlen, womit die Artikel von einander unterschieden sind. Sollte ein Beweisartikel aus vielen einzelnen Sätzen bestehen, die der Gegentheil nicht alle auf gleiche Weise beantworten kann, indem er diesen Umstand läugnen muß, von jenem weiß er nichts, so hat er das Recht, einen solchen Artikel zu zergliedern, die einzelnen Sätze herauszuheben, und auf jeden besonders zu antworten. Weiß der Gegentheil

a) L. 9. C. de reb. credit. c. 2. X. de probat.

b) Leyser Spec. 139. Med. 3. 4. 5.

c) Wernher Obs. Part. II. Obs. 385. Schaumburg Princ. Prax. Lib. I. Sect. I. Mbr. 3. c. 5. §. 9.

nicht, ob ihm der Eyd mit Recht deferirt worden ist, oder nicht, so schützt er seine Einreden vor, von denen er glaubt, daß sie ihn von der Eydesablegung befreyen, und erklärt sich sodann blos auf den Fall, daß sie verworfen werden sollten, auf den Eyd. Eine solche Ungewißheit kann entstehen, wenn die Artikel dunkel sind, oder unerhebliche Umstände zu enthalten scheinen. Könnte es scheinen, die Einlassung sey nicht gehörig geschehen, sondern der Product habe einen oder mehrere Puncte boshafter Weise abgeleugnet, oder er habe sich widersprochen, so kann er seine Beantwortung so gut erläutern, als wie es bey der punctweise geschehenen Kriegsbefestigung geschieht.

Wünschet derjenige, dem der Eyd zugeschoben worden ist, und der solchen angenommen hat, solchen vor dem ordentlichen Richter seines Wohnungsortes, oder vor einer Gerichtsdeputation, oder durch einen besondern Bevollmächtigten abzulegen, oder sollen unter mehrern Streitgenossen, oder aus einer Gemeinheit Einer, oder Einige den Eyd ablegen, so können diese Gesuche sogleich bey der Erklärung über den Eyd angebracht, und müssen mit den passendesten Gründen unterstützt werden.

Ist der Eyd gehörig angenommen worden, so entstehen daraus wichtige Folgen, sowohl in Ansehung des Beweisführers, als in Rücksicht auf seinen Gegner. Ueber die Wirkungen der geschehenen Eydesannahme sind die Rechtslehrer verschiedener Meynung. Einige behaupten [d]), der Beweisführer könne den zugeschobenen Eyd noch bis zu der wirklichen Leistung desselben wiederrufen. Andere lassen die Wiederrufung des zugeschobenen Eydes nach der Annahme desselben nicht mehr zu, wenn nicht der Deferent erweisen, oder wenigstens eydlich erhärten kann, daß er neuen Beweis entdeckt habe, wovon er vorher keine Wissenschaft

d) L. 11. C. de reb. credit. MALBLANC in doctr. de iureiur. §. 54.

senschaft gehabt [e]). Andere lassen bis zur wirklichen Eydesleistung nicht nur Wiederrufung des Eydes, sondern auch, ohne Einschränkung, andern Beweis zu [f]). Eine Veränderung derjenigen Puncte, worüber geschworen werden soll, ist dem Beweisführer nach geschehener Annahme des deferirten Eydes nicht mehr erlaubt [g]). Mit neuem Beweise wird der Beweisführer nach geschehener Eydesannahme nur sodann gehört, wenn er einigermaßen bescheinigt hat, oder es eydlich erhärten will, daß er von dem neu entdeckten Beweise vorher keine Wissenschaft gehabt habe. In diesem Falle muß er dem Gegentheile die durch die Veränderung des Beweises verursachten Kosten ersetzen; er kann sich auch nunmehr der Eydeszuschiebung nicht mehr bedienen [h]). Manchmal wünscht man den Proceß bald zu beendigen, und deferirt deswegen dem Gegentheile den Eyd, weil man hofft, der Gegner werde so gewissenhaft seyn und keinen falschen Eyd schwören, ihn folglich nicht annehmen; es zeigt sich aber das Gegentheil, und der Gegner nimmt den Eyd an, wodurch die ganze Sache verlohren gehen würde, wenn man ihn schwören ließe. Unter diesen Umständen nimmt man seine Klage zurück, fängt den Proceß von neuem an, und wählt nun den Zeugenbeweis.

Von Seiten desjenigen, welcher den Eyd angenommen hat, besteht die Folge der Annahme des Eydes darin,

e) Nettelbladts Anleitung zur ganzen praktischen Rechtsgelahrtheit, §. 312. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß, §. 338. S. 447.

f) Leyser Spec. 158. Schavmbvrg Princ. Prax. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. cap. 5. §. 11.

g) J. Chr. Quistorps Abhandlung: ob der Inhalt, oder die Form eines zugeschobenen Eydes nach geschehener Annahme des andern Theils annoch Abänderungen und Verbesserungen zulasse, in den Beyträgen 4ter Thl. Nr. 6.

h) L. 11. C. de reb. credit.

daß er den angenommenen Eyd schlechterdings abschwören muß; und er kann denselben weder zurückschieben, noch auch sein Gewissen mit Beweis vertreten, es wäre denn, daß er neuen Beweis entdeckt hätte, und gehörig darthun, oder bescheinigen, oder doch eydlich erhärten könnte, daß er vorher keine Wissenschaft davon gehabt habe [i]). Zum Beschluß bemerke ich, wenn derjenige, dem der Eyd zugeschoben worden, unbescholtenen Namens ist, er sich auch zur Abschwörung desselben ernstlich angeboten hat, von seinem Gegner aber an der wirklichen Leistung verhindert worden ist, und darüber stirbt, so wird es eben so angesehen, als ob der deferirte und angenommene Eyd wirklich geschworen worden wäre [k]).

§. 803. 804.

Die Zurückgebung, Relation des deferirten Eydes ist als ein Zeichen der Gewissenhaftigkeit zu betrachten [l]), weil

i) Wernher Obs. Part. X. Obs. 394. Malblanc de iureiur. §. 55. Carpzov Iurispr. forens. Part. I. Const. 14. Def. 4. Strubens rechtl. Bedenk. 2tes Bedenk.

k) Cocceii in iure controu. Lib. XII. tit. 2. qu. 40. Stryck Diss. de morte loco iurisiurandi, Vol. II. Diss. nr. 4. Malblanc de iureiurando, §. 56. Wernher Part. X. Obs. 455. Leyser Spec. 144. Io. Ch. Koch D. de eo quod iustum est circa delationem iuramenti litis decisorii, Giss. 1773 §. 8. Wilh. Blanchard D. de probatione per libros mercatorum, Colon. 1780. cap. VII. §. 63. Gail Lib. II. Obs. 43. nr. 6. Henr. Lamberts Diss. mors non probans s. disquisitio et decisio quaestionis, vtrum libri mercatorum post eorum mortem plene probent? Duisburg. Cliuor. 1753. Io. Dau. Nevendorf Diss. de morte loco iurisiurandi, Bützouii 1787. Eisenhardts Rechtshändel, 6ter Th. Nr. 4. Hector Wilhelm von Günderode sämmtliche Werke, herausgegeben von Posselt, 2ter Band, Nr. 7.

l) Arg. L. 4. D. de alienat. iud. mut. causa facta. L. 25. §. 1. D. de constit. pecun.

weil man dadurch allen Verdacht eines begangenen Meineydes entfernt. Der Natur der Sache nach kann die Zurückgebung des Eydes geschehen, wenn eigene Handlungen des Deferenten, oder gemeinschaftliche, das ist, solche Handlungen, von welchen beyde Partheyen, vermöge der Natur des Geschäfts, Kenntniß haben oder haben können [m]), oder wenn Handlungen eines Dritten, die beyden Theilen gleich bekannt sind, den Gegenstand des zu schwörenden Eydes ausmachen, und wenn darneben beyde Theile gleich fähig sind einen Eyd abzulegen. Ist hingegen von den eigenen Handlungen desjenigen die Rede, dem der Eyd deferirt worden ist, wenn auch gleich der Deferent von einer solchen einseitigen Handlung desjenigen, dem der Eyd zugeschoben worden ist, Wissenschaft hat, weil sie z. B. in seiner Gegenwart vorgenommen worden ist, so findet keine Zurückschiebung des Eydes statt [n]). Der Eyd kann ferner nicht deferirt werden, wenn von den Handlungen eines Dritten, die demjenigen, dem der Eyd deferirt worden ist, allein, oder doch besser als dem Deferenten bekannt sind, die Rede ist, oder wenn der Deferent aus irgend einem Grunde unfähig ist, einen Eyd zu schwören, z. B. deswegen, weil er schon einen Meineyd begangen hat [o]). Wer den ihm deferirten Eyd in solchen Fällen, wo es nicht angeht, zurückschiebt, der wird nach der Behauptung einiger Rechtslehrer mit der Desertion des zugeschobenen Eydes bestraft [p]). Andere Rechtslehrer erklären

m) L. 11. §. 3. L. 12 et 13. D. rer. amot. c. 36, pr. X. h. t.

n) WERNHER Obs. Part. I. Obs. 214.

o) L. 34. pr. §. 7 et 8. D. h. t. L. 25. §. 3. D. de probat. L. 12. §. 1. C. de reb. credit. L. 11. §. 3. L. 12. §. 13. D de act. rer. amot. c. 36. X. h. t. MALBLANC de iureiur. §. 57. VOET ad Dig. h. t. §. 14. LAVTERBACH h. t. §. 58.

p) RIVINI Enunc. ad tit. 18. Enunc. 56. SCHAVMBVRG l. c. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. cap. 5. §. 9.

diese Behauptung für ungegründet, da sie weder aus Gesetzen bewiesen werden könne und auch mit der Billigkeit streite, und der Product nicht eher schuldig sey, sich im Productionsverfahren auf den Eyd zu erklären, als wenn die Proceßordnung dieses verlange, mithin dürfe auch die Strafe der Desertion nicht zuerkannt werden, sondern man müsse vielmehr die unerlaubte Zurückschiebung für unerlaubt ansehen, und es sey daher der Bescheid abzufassen, daß die Fol. Act. 101. geschehene Zurückgebung des über den 14ten Beweisartikel zurückgeschobenen Eydes nicht statt finde, sondern es ist Product sothanen Eyd entweder abzuleisten, oder sein Gewissen binnen Ordnungsfrist mit Beweis zu vertreten schuldig q). Die Zurückschiebung des Eydes muß über die nämlichen Puncte geschehen, worüber der Eyd deferirt worden ist, entweder nach eben der Formel, die der Beweisführer vorgetragen hat, oder nach einer aus rechtmäßigen Gründen zu verbessernden Formel, nur wird alles im entgegengesetzten Verstande ausgedrückt; und wo es die Umstände erfordern, wird der Eyd blos auf das Nichtwissen oder Nichtglauben gestellt r). Der Beweisführer muß diesen ihm deferirten Eyd schwören, und kann nicht darauf antragen, sein Gewissen mit Beweis zu vertreten, weil er die Beweisführung durch die Eydesdelation selbst gewählt hat, und ihn nun auch wider sich selbst gelten lassen muß s). Der Referent ist eben so wenig den Eyd für Gefährde zu schwören verbunden t), als dieser dem-

q) Oeltze Anleitung zur gerichtlichen Praxis, §. 242. S. 371.

r) L. 34. §. 8. D. de iureiur. L. 25. §. 3. D. de probat. L. 12. §. 1. C. de reb. credit. Claproths Einleitung in den ordentl. Proceß, §. 327. Knorr Anleitung zum gerichtlichen Proceß, 1stes Buch, 13tes Hptstck. §. 15.

s) Griebner in Princ. Prax. Lib. I. cap. 4. Sect. 4. §. 3. Knorrs Proceß, 1stes Buch, 13tes Hptstck. §. 337.

t) L. 34. §. 7. D. de iureiur. Berger in Oecon. iur. Lib. IV. tit. 26. thes. 8. nr. 2.

demjenigen, dem der Eyd zurückgeschoben worden ist, nach eben dem Haupteyde abgefordert werden kann, weil es hier auf eine unnöthige Vervielfältigung der Eyde hinauslaufen würde [u]). — Mit der Zurückschiebung selbst verbindet der Referent das Gesuch, den Gegentheil behörig davon zu benachrichtigen, und einen Termin zur Abschwörung des Eydes anzuberaumen; es kann auch nach Befinden der Umstände um die allenfalls nöthigen Ersuchungsschreiben gebeten werden [x]). Die Zurückgebung des Eydes geschieht entweder in einer besondern Schrift, welches nach dem gemeinen Proceß gewöhnlich ist, in Sachsen muß es bey der Einlassung auf die Klage oder auf die Beweisartikel geschehen.

Die Wirkungen der Zurückschiebung des Eydes bestehen darin, daß der Deferent, dem der Eyd zurückgeschoben worden ist, diesen Eyd schlechterdings schwören muß, und er kann ihn weder referiren, noch darf er sein Gewissen mit Beweis vertreten [y]). Eben so steht es dem Referenten auf keine Weise zu, die geschehene Zurückschiebung zu widerrufen, wenn er auch gleich den zugeschobenen Eyd nunmehr schwören, oder die Gewissensvertretung ergreifen wollte. Nur dann muß diese Regel billig eine Ausnahme leiden, wenn derselbe ganz neuen Beweis gefunden, und darthun, oder bescheinigen, oder doch eydlich erhärten könnte, daß er von diesem Beweise vorher keine Wissenschaft gehabt habe [z]).

u) Knorr a. a. O. §. 16.

x) Hr. HR. Claproth im ordentlichen Proceß, 2ter Thl. S. 475.

y) L. 34. §. 7. D. h. t. ibique Brvnnemann nr. 19. L. 12. §. 1. C. de reb. credit. Schavmbvrg in Princ. Prax. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. c. 5. §. 10. Knorrs Anleitung zum gerichtl. Proceß, 1stes Buch, 13tes Hauptst. §. 33.

z) Malblanc de iureiurando, §. 57. Christ. Wildvogel D. de relatione iurisiurandi, Ien. 1696. Ge. Andr. Ioachim

Ich komme zu der Gewissensvertretung, wovon die Römer nichts wußten [a]), sondern welche durch den Gerichtsgebrauch eingeführt, und in vielen Proceßordnungen ausdrücklich bestätigt worden ist; jedoch haben einige Rechtslehrer das Gegentheil zu behaupten gesucht [b]). Man kann sich dieser Gewissensvertretung bey einem willkührlichen Eyde überall bedienen, es müßte denn durch die Proceßordnung [c]) etwas anders eingeführt seyn. Ob sie auch bey dem gesetzlichen Eyde erlaubt sey, darüber streiten die Rechtslehrer. Einige behaupten, bey dem zuerkannten Erfüllungseyde sey die Gewissensvertretung nicht zulässig, wenn nicht neuer Beweis beygebracht worden, hingegen derjenige, dem der Reinigungseyd zuerkannt worden, könne sein Gewissen immer noch mit Beweis vertreten [d]). Andere Rechtslehrer sind der Meynung, sie sey auch sogar bey dem Erfüllungseyde zulässig, weil wir die Regel haben, der Eyd sey blos ein subsidiarisches Beweismittel,

Ioachim D. de referente iuramentum. Lipſ. 1729. Wolf. Ad. Lauterbach D. de iurisiurandi relatione, Tubing. 1659. Io. Flor. Rivinus Progr. quo iuramentum relatum, ſi facta aliena concernat, nunquam de veritate, ſed de credulitate tantum praeſtari debere, aſſeritur, Lipſ. 1737.

a) L. 34. §. 6 et 7. L. 38. D. h. t. L. 9. C. h. t. L. 25. §. 1. D. de conſt. pec. Franc. Duarenus in comment. prior. in titul. de iureiurando, c. 6. Idem in comment. poſter. cap. 3. in Eivs Opuſc. pag. 207 et 861. Io. Chriſt. Koch Progr. de probatione pro exoneranda conſcientia, in foro Romano ignota, Gieſſae 1783.

b) Malblanc doctr. de iureiurando, §. 58. Io Gottfr. Baver Progr. de defenſione conſcientiae per probationem iure communi fundata, Lipſ. 1733. et in Eivs Opuſc. Lipſ. 1787. Tom. I. pag. 381.

c) Grebner in Princ. Proc. Lib. I. cap. 4. Sect. III. §. 2. pag. 261.

d) Malblanc in tract. de iureiur. §. 58 et 75. Hofmanns teutſche Reichspraxis, 1ſter Thl. §. 679. S. 417. Knorrs Proceß, 1ſtes Buch, 13tes Hptſt. §. 39 und 40.

tel [e]), jedoch könne sie nach dem Verlauf der Beweisfrist durch keine solche Beweismittel geführt werden, woran sich derjenige bereits versäumt habe, der von der Gewissensvertretung Gebrauch machen will. Noch andere Rechtslehrer verwerfen die Gewissensvertretung sowohl bey dem Erfüllungseyde, als bey dem Reinigungseyde. Man kann sein Gewissen auch nur zum Theil mit Beweis vertreten, zum Theil aber darf man den Eyd acceptiren oder referiren [f]).

Es wird hier alles beobachtet, was geschehen muß, wenn ein solenner Beweis geführt werden soll. Man faßt Beweisartikel ab, und benennt Zeugen, und braucht Urkunden, wodurch sie in Gewißheit gesetzt werden. Da diese Beweisführung deswegen gebraucht wird, um die Wahrheit derjenigen Umstände in Gewißheit zu setzen, worüber der Eyd deferirt worden ist, so darf auch weiter nichts von Thatumständen in den Beweisartikeln vorgebracht werden. Ist also dem Beklagten über den Grund der Klage der Eyd deferirt worden, so muß der Beklagte in seinen Beweisartikeln blos solche Sätze anführen, woraus die Unwahrheit der von dem Kläger in seiner Klage vorgebrachten Umstände erhellet, aber davon darf er nichts in die Artikel einfließen lassen, was zum Beweise seiner vorgeschützten zerstörlichen Einreden dient [g]). Hat der Beklagte dem Kläger über den Grund einer von seinen vorgeschützten zerstörlichen Einreden den Eyd deferirt, und er will sein Gewissen mit Beweis vertreten, so darf er blos solche Sätze in den Artikeln vortragen, woraus sich die Unrichtigkeit des Grundes derselben darthun läßt, und er muß alles vermeiden, was auf den Beweis des Klagegrundes

e) Schavmburg in Princ. Prax. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. cap. 5. §. 12. Oelze Anleitung zur gerichtl. Praxis, S. 321.

f) Brvnnemann in Proc. ciuili, cap. 23. nr. 14.

g) Oelze a. a. O. S. 322.

grundes und der Repliquen einen Einfluß hat [h]). Gegenbeweis findet gegen die Gewissensvertretung nicht statt [i]), weil sie an die Stelle des deferirten Eydes tritt, und gegen einen deferirten Eyd kein Gegenbeweis geführt werden darf. Ob derjenige, gegen welchen die Gewissensvertretung gerichtet ist, das Recht habe, allgemeine sowohl als besondere Fragestücke zu übergeben, darüber sind die Rechtslehrer nicht einerley Meynung. Einige [k]) behaupten es, weil diese Artikel für ein nothwendiges Vertheidigungsmittel zu halten, welches Niemanden genommen werden könne. Andere behaupten das Gegentheil [l]).

Der Termin, binnen welchem die Gewissensvertretung angefangen werden muß, geht von der Zeit an, wo derjenige, dem der Eyd zugeschoben worden ist, sich zu derselben erboten hat; ist kein Beweistermin anberaumt, so findet sie noch allezeit statt [m]). Wenn der von dem Gewissensvertreter unternommene Beweis gegen ihn ausgefallen ist, oder wenn er denselben hat desert werden lassen, so zieht dieses den Verlust der Sache nach sich, und es muß wider ihn gesprochen werden [n]); doch behaupten andere Rechts-

h) Wernher Obs. Part. II. Obs. 352. Berger electa discept. forens. ad tit. 19. Obs. 2. Schavmburg in Princ. Prax. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. c. 5. §. 13. Oeltze Anleitung zur gerichtl. Praxis, §. 214. Knorrs Proceß, a. a. O. §. 26.

i) Malblanc de iureiurando, §. 58. Schavmburg l. c. Oeltze a. a. O. §. 215.

k) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß, 2ter Thl. §. 327. S. 475. Hr. RR. Danz im ordentl. Proceß, S. 502.

l) Stryck de cautel. iurament. Part. III Sect. II. cap. 3. nr. 32. Knorrs Proceß, 1stes Buch, 13tes Hauptstück, §. 27.

m) Knorr Anleitung zum gerichtl. Proceß, a. a. O. §. 25.

n) Schavmburg in Princ. Prax. l. c. §. 14. Oeltze Anleitung zur gerichtlichen Praxis, §. 215. Knorrs Anleit. zum gerichtlichen Proceß, a. a. O. §. 29 und 32. Ludovici Einleitung in den Civilproceß, Cap. 19. §. 34.

Rechtslehrer, der Gewissensvertreter sey immer noch zum Eyde zu lassen, wenn er gleich den Beweis desert werden lassen o). Ist der geführte Beweis vollständig für ihn ausgefallen, so fällt die Eydesleistung als überflüßig weg. Hat der Gewissensvertreter entweder gar nichts, oder doch nicht vollständig erwiesen, oder hat er dem übernommenen Beweise wieder entsagt, so kann er den zugeschobenen Eyd entweder noch annehmen, oder auch, nach Befinden der Umstände, zurückschieben p). Andere Rechtslehrer behaupten, es müsse, wenn der Gewissensvertreter einen unvollständigen Beweis geführt hat, auf den Erfüllungseyd, oder den Reinigungseyd erkannt werden q). Die richterliche Verfügung auf die angefangene Gewissensvertretung ist der Natur des gewählten Beweismittels gemäß einzurichten.

§. 805 — 810.

Die eingereichte Erklärung auf die geschehene Eydesdelation muß dem Gegentheile in allen Fällen mitgetheilt werden, und nach Befinden der Umstände kann ihm entweder vorerst noch eine Vernehmlassung abgefordert, oder es kann auch jetzt gleich, wenn der Eyd angenommen oder zu-

o) Richter Dec. Part. III. Dec. 108. §. 8. C. Fr. Elsaesser Diss. exhibens selecta capita processualia de probationibus et reprobationibus, Erlangae 1782. Obs. 2. §. 8 sqq.

p) Knorr a. a. O. §. 28. 30. 31. Ge. Lud. Boehmer in Princ. iur. canon. §. 813. Mevius in Dec. Part. VI. Dec. 168. Schavmburg l. c. Malblanc doctr. de iureiurando, §. 58. Mart. Fac. Faber D. de eo quod iustum est, si conscientiam probatione defensurus in probatione defecerit, Gotting. 1775. Griebner Princ. Prax. Lib. I. cap. 4. Sect. III. §. 4. Wernher Part. IV. Obs. 151.

q) Malblanc l. c. Schavmburg l. c. Carpzov Lib. III. tit. 5. Resp. 59. Griebner in Diss. de probat. quae iurisiur. cap. 5. Knorr a. a. O. §. 31.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685167/phys_0231 DFG

zurückgeschoben worden ist, und keine weitere Zweifel eintreten, ein Schwörungstermin anberaumt werden. Auf diesen sind beyde Partheyen, theils um den Eyd zu schwören, theils um zu sehen, wie er abgeschworen werde, behörig vorzuladen, und zugleich können die nöthigen richterlichen Verfügungen, z. B. in Ansehung der Eydesformel, des verlangten Eydes für Gefährde u. s. f. erlassen werden. Die Strafen des Ungehorsams, welche auf das Außenbleiben der streitenden Theile folgen, gleich hier auszudrücken, ist im ordentlichen Proceß nach dem gemeinen Rechte nicht gewöhnlich [r]).

Damit der Fall nicht eintritt, daß durch die Erinnerungen der Partheyen gegen die Eydesformel der Schwörungstermin rückgängig gemacht werde, so ist es in einigen Proceßordnungen vorgeschrieben, den Schwörungssatz in dem Urthel, worin der Eyd aufgelegt worden, genau vorzuschreiben; wo aber dieses nicht geschehen seyn sollte, da muß den Partheyen in der Citation zu Ablegung des Eydes zugleich aufgelegt werden, ihre Erinnerungen vor dem Termin zu übergeben [s]). Die Eydesformel besteht in den Worten, welche geschworen werden sollen, und sie heißt auch die Eydesnotel [t]). Man unterscheidet zwey Hauptstücke derselben, nämlich 1) die Anrufung Gottes und die Betheurung selbst, und 2) dasjenige, was eydlich betheuert werden soll. Jener Theil wird die eydliche Betheurungsformel genennt, dieser aber der Schwörungssatz, thema iurandum. Die Betheurungsformel besteht aus andern Worten in den Judeneyden, und aus andern bey Christeneyden. Der Jude schwört mit Anrufung Gottes (Adonai) des Schöpfers der Himmel und des Erdreichs — — und bittet, daß dieser ihm helfe, und bestätige die

r) Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß, §. 335—339.

s) Neue Goth. Proc. Ordn. 1ster Thl. 15tes Kap. § 5.

t) Oelze Anleitung zur gerichtl. Praxis, S. 377.

die Wahrheit des Schwörungssatzes; wo er aber nicht wahr und Recht habe in der Sache, sondern einige Unwahrheit darin gebraucht, daß er sey cheram und verflucht ewiglich, und daß ihn sodann verzehre das Feuer, das Sodom und Gomorra verzehrt hat, und alle Flüche, die in der Thora geschrieben stehen, und daß ihm auch der wahre Gott nimmermehr zu Hülfe komme in einigen seiner Sachen und Nöthen.

In den Eyden der Christen wird, nachdem der Schwörende seinen Vornahmen und Zunahmen hergesagt, der allmächtige und allwissende Gott, bey den Katholiken auch die Heiligen angerufen, und die Betheurung pflegt durch die Worte: so wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort oder Evangelium, zu geschehen; bey den Katholiken aber braucht man die Worte: so wahr mir Gott, die gebenedeyte Mutter Gottes und alle Heiligen helfen.

In Rücksicht auf den Schwörungssatz muß jede Eydesformel deutlich und ohne alle Zweydeutigkeiten abgefaßt werden, weil diese zu falschen Auslegungen, reseruationes mentales, verleiten können. Daher ist der Gebrauch der lateinischen Ausdrücke, die der Schwörende nicht versteht, schädlich, und weil die langen Perioden schwer zu verstehen sind, so müssen die verschiedenen Handlungen, welche beschworen werden sollen, in einzelne Sätze zergliedert werden. Ein solches richtiges Schwörungsformular in Rücksicht auf die einzelnen Sätze ist es z. B. wenn es heißt: ich Johann Carl Siegfried schwöre zu Gott dem Allmächtigen und Allwissenden einen wahren leiblichen Eyd, daß ich das geklagte Anlehn von 200 Rthlrn. im Jahr 1774. von Herrn George Feyerling nicht erhalten. Ingleichen schwöre ich, daß ich im Jahr 1776. nach dem Tode des Anleihers, dem Kläger N. die Bezahlung nicht versprochen habe. Auch schwöre ich, daß u. s. f. So wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort. Geht der Eyd auf Handlungen, die der Schwörende nicht selbst unternommen hat, welches man fremde Handlungen nennt, so werden sie nicht schlechterdings behauptungsweise

noch

noch verneinungsweise angeführt, sondern zweifelhaft, durch Glauben oder Nichtglauben, durch Nichtwissen [u]).

Diese Grundsätze gelten von allen Arten der Eyde, der Eyd mag ein freywilliger Eyd, oder ein Erfüllungseyd, oder ein Reinigungseyd, oder ein Eyd für Gefährde seyn. Bey jedem dieser Eyde müssen aber noch besondere Bemerkungen gemacht werden. Der freywillige Eyd darf weiter nichts enthalten, als solche Umstände, die dem Andern ins Gewissen geschoben worden sind, jedoch bleiben bereits zugestandene oder offenbar unerhebliche Umstände daraus weg, weil diese keines Beweises bedürfen [x]). Der Erfüllungseyd muß der Regel nach auf die Behauptung des Beweissatzes, und der Reinigungseyd auf die Verneinung desselben gerichtet werden [y]). In dem Eyde für Gefährde wird erklärt, daß der Beweisführer sich der Eydesdelation nicht aus böser Absicht bedient habe, sondern in der Ueberzeugung, daß sie nöthig sey.

Am Schwörungstermine kommen folgende Handlungen vor. Es versucht 1) der Richter die Güte unter den Partheyen, weil die Eyde sehr bedenkliche Beweismittel sind. Wollen die Partheyen sich nicht vergleichen, so wird 2) die Eydesformel, worüber sich die Partheyen verglichen haben, oder welche der Richter vorgeschrieben hat, durch den Gerichtsschreiber vorgelesen, und wo es nöthig ist, wird sie vom Richter erklärt [z]). Hierauf folgt 3) die Warnung vor dem Meineyde; 4) schwört der Beweisführer

u) Lauterbach D. de iuramento credulit. cap. 1. §. 25. cap. 2. §. 6. de Pufendorf Obs. Tom. II. Obs. 152. Strubens rechtl. Bedenk. 1ster Thl. 170stes Bedenk. S. 403.

x) L. 3. §. vlt. L. 34. §. 5 et 8. D. h. t.

y) Hommels Anleitung zum Referiren, §. 95.

z) Schaumburg Princ. Prax. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. cap. 5. §. 18. Willenberg D. de dubiis iuramentorum formulis, Gedan. 1702. Silberad D. de formulis iuramentor. et poenis periurii, Argent. 1731.

führer den Eyd für Gefährde, und 5) der Gegentheil den Haupteyd. Ueber das Erscheinen der Partheyen und alles, was im Termin vorgeht, wird 6) ein Protocoll gehalten.

Die Eydesformel muß alsdenn ausführlich erklärt werden, wenn es höchst wahrscheinlich ist, und man es aus einigen Antworten des Schwörenden augenscheinlich schließen kann, daß er die Schwörungspuncte gar nicht versteht. Dieser Fall tritt hauptsächlich bey Kunstwörtern oder lateinischen Ausdrücken ein. Bey dieser Erklärung kommt bisweilen der Fall vor, daß die Eydesformel verbessert oder verändert werden muß, weil gegründete Erinnerungen dagegen gemacht worden sind, oder der Schwörende hat etwas eingeräumt, was er vorher leugnete, welches nun folglich nicht beschworen werden darf, oder es ist bey der Abfassung ein Fehler vorgegangen, der von richterlichen Amtswegen verbessert werden muß [a]).

Die Warnung für dem Meineyde geschieht in bürgerlichen Sachen der Regel nach blos von dem Richter, ohne Zuziehung eines Geistlichen; es wäre denn, daß die besondere Wichtigkeit der Sache, oder ein gegründeter Verdacht gegen den Schwörenden diese rathsam machten, oder daß solche durch ein besonderes Herkommen eingeführt wäre [b]); überhaupt aber wäre zu wünschen, daß diese Verwarnungen den richtigen Begriffen von dem höchsten Wesen und den Verhältnissen der Sterblichen gegen dasselbe, gemäßer eingerichtet werden möchten, als es gewöhnlich

a) Oeltze. Anleitung zur gerichtl. Praxis, S. 383.

b) Gust. Henr. Mylius D. de officio iudicis et clerici in actu admonitionis de vitando periurio, Lipſ. 1727. Idem Diſſ. de admonitione de vitando periurio quae fit per clericum, Lipſ. 1733. Schaumburg Princ. Prax. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. cap. 5. §. 19. Claproths Einleitung in den ordentl. Proceß, §. 334. Oeltze Anleitung zur gerichtlichen Praxis, §. 252.

wöhnlich geschieht [c]). Jeder Rechtschaffene muß sich darüber betrüben, daß viele Richter die Warnung vor dem Meineyde sehr elend einrichten; auch ihr Vortrag keinen Eindruck macht, wenn er noch so gut abgefaßt seyn sollte, weil sie selbst als Personen bekannt sind, die den Namen Gottes beständig mißbrauchen. Bey vielen Gerichten hat man eine beständige Formel, worin die Moralität des Eydes und die Folgen des Meineydes vorgestellt werden, und diese ließt man vor. In einigen Gerichten geschehen alle Verwarnungen vor dem Meineyde durch einen Geistlichen, daher alle Eyde zu den sogenannten Eydesaudienzen ausgesetzt bleiben, wo ein Geistlicher zugegen ist, und die Warnung vor dem Meineyde nachdrücklich verrichtet. Im Hessischen, im Erfurtischen müssen alle diejenigen, welche einen Haupteyd schwören sollen, vorher zu ihrem Beichtvater gehen, damit er sie von der Wichtigkeit des Eydes und der Strafe des Meineydes unterrichte, und ihnen sodann darüber, daß sie genugsam unterrichtet sind, einen Schein ausstelle, den sie im Gericht zu übergeben haben [d]). Ein leichtsinniger Mensch, der seine Verachtung der Religion hinlänglich zu erkennen gegeben hat, muß es geschehen lassen, daß er durch einen Geistlichen vor dem Meineyde verwarnet wird. Auch geschieht es alsdenn, wenn die Sache, weswegen geschworen werden soll, so wichtig ist, daß man besorgen kann, der Schwörende werde sich durch die Wichtigkeit der Sache zum Meineyde bewegen

c) August von Hoff, Etwas über den Ursprung, Begriff, Geschichte des Eydes und die Moralität der jetzt gewöhnlichen Eydesformeln. Berlin 1790. S. 30 flg. Ge Friedr. Seiler neue Eydeswarnung zum Gebrauche in Gerichten, nebst einem Unterricht über den Judeneyd, von Joh. Christ. Ge. Bodenschatz, Erlangen 1791.

d) Hr. HR. Claproth im ordentl. Proceß, 2ter Thl. S. 484. Hr. GJR. Oelze in der Anleitung zur gerichtl. Praxis, S. 384.

bewegen lassen, welches bey peinlichen Sachen hauptsächlich der Fall ist [e]).

Nachdem bey der Verwarnung für dem Meineyde alles beobachtet worden ist, was geschehen soll, und die Partheyen bezeugen sich bereitwillig den ihnen aufgelegten Eyd abzulegen; so schreitet der Richter zur wirklichen Abnahme des Eydes, es mag die Rede von dem Eyde für Gefährde und dem Haupteyde, oder einem andern Eyde seyn. Diese Abnahme des Eydes geschieht ordentlicher Weise an der gewöhnlichen Gerichtsstelle, und nur besondere Ursachen rechtfertigen die Abnahme des Eydes an einem andern Orte. Es kann entweder Krankheit, oder vornehmer Stand der Person, welche schwören soll, oder die weite Entfernung, eine gegründete Ursache zu einer Ausnahme werden, daß der Eyd nicht im Gericht abgenommen werden darf. Kranke Personen und Vornehme schwören in ihren Wohnungen vor einer Gerichtsdeputation [f]). Wegen der weiten Entfernung kann der Eyd vor dem ordentlichen Richter abgelegt werden, nachdem der Richter des Processes deswegen ein Ersuchungs- und Auftragsschreiben an ihn erlassen hat. Nach dem kanonischen Rechte darf ein Geistlicher vor dem weltlichen Richter nicht schwören, wenn er nicht will, worauf aber bey den Protestanten nicht gesehen wird [g]). Die in solchen Fällen nöthigen außerordentlichen Kosten muß der bittende Theil allein tragen [h]).

e) Ludovici Einleitung in den Criminalproceß, Cap. 9. §. 57. Wernher Obs. Tom. II. Obs. 480.

f) Ioach. Schoepfer D. de egregiarum personarum priuilegio circa iuramenta, Rost. 1699.

g) c. 24. Causa 22. qu. 5. de Pvfendorf Obs. Tom. I. Obs. 179.

h) L. 15. D. de iureiur. L. 2. §. 1 et 3. C. de iureiur. propt. calumn. L. 14. §. 4 et 5. C. de reb. credit. Nov. 124. cap. 1. C. C. G. O. Thl. 2. Tit. 11. §. 2.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0237
DFG

Ein Eyd soll nicht nur an gewöhnlicher Gerichtsstelle geschworen werden, sondern der Schwörende ist auch verbunden, ihn in eigener Person zu leisten, und nur Churfürsten und Fürsten haben das Vorrecht, daß sie durch einen Bevollmächtigten, welcher aber wenigstens von Adel seyn muß, den Eyd ablegen können i). Der Eyd für Gefährde und solche Eyde, die blos einen Nebenpunct betreffen, und nicht die Hauptsache, können allenfalls durch einen Bevollmächtigten geschworen werden k). Alle gerichtliche Haupteyde sollen deswegen der Regel nach in eigener Person geschworen werden, weil bey den Eyden durch einen Bevollmächtigten die Feyerlichkeiten der Eydesleistung, und hauptsächlich die Warnung für dem Meineyde vergeblich sind. In den Sächsischen Gerichten ist daher jeder Eyd in die Seele eines Andern gänzlich verboten. Nach dem gemeinen Gerichtsgebrauche wird es alsdenn verstattet, den Haupteyd durch einen Bevollmächtigten zu schwören, wenn der Gegentheil selbst darein willigt, oder wenn die Ablegung des Eydes nicht leicht durch ein erlassenes Ersuchungsschreiben bewirkt werden kann. Daß die römischen Rechtsgelehrten die Ablegung des Eydes durch einen Bevollmächtigten nicht ganz verworfen haben, sieht man aus einigen Stellen l), wenn sie sich gleich auf das dominium litis gründen. Der Kaiser Justinian verordnete zwar ausdrücklich, daß der Principal selbst erscheinen soll m); er sagt aber doch nicht zugleich, daß ein Eyd, wenn er mit Bewilligung des Gegners durch einen Bevollmächtigten geleistet worden, für ungültig zu halten sey n). Zu dieser

i) R. A. v. J. 1521. Tit. 7. §. 10. C. C. G. O. Thl. 2. Tit. 11. §. 8. Sächs. Landr. 2tes Buch, 42ter Artik.

k) c. 6 et 7. X. de iuram. calumn. c. 3. eod. in 6to. R. A. v. J. 1654. §. 43.

l) L. 9. §. 6. L. 42. §. 2. D. de iureiur. L. 13. §. 13. L. 18. §. 16. D. de damno infecto.

m) L. 14. §. 4. C. de reb. credit.

n) Gvndlingiana Part. IV. Obs. 3. Berger in suppl. ad electa discept. forens. Part. II. tit. 18. §. 31.

dieser Eydesleistung in die Seele des Andern ist schlechterdings nöthig, daß der Bevollmächtigte eine richtige Vollmacht erhalte, worin die ganze Eydesformel steht, und die Erklärung, daß der Principal glaube, der Eyd, welchen sein Bevollmächtigter für ihn schwören würde, verbinde ihn eben so stark, als wenn er ihn in eigener Person abgelegt hätte. Die Formel eines solchen Eydes enthält die Erklärung, daß in die Seele des Principals geschworen werde, und die Betheurung geschieht mit den Worten: so wahr ihm Gott helfe. Es heißt z. B.: ich Carl Haberecht in habender Vollmacht des Herrn Christian Streitsüchtig schwöre in dessen Seele zu Gott dem Allmächtigen einen theuren Eyd, daß mein Principal die geklagten 500 Rthlr. nicht erhalten; so wahr ihm Gott helfe und sein heiliges Wort o). Will ein Jude den ihm aufgelegten Eyd durch einen Bevollmächtigten schwören lassen, so muß er nothwendig einen andern Juden zu seinem Bevollmächtigten ernennen p).

Soll eine Stadt, eine Gemeinde, eine Innung, oder eine andere Corporation einen Eyd ablegen, so hat sie das Recht, diejenigen Personen dazu zu ernennen, die bey der Sache, worüber geschworen werden soll, am mehresten gebraucht worden sind q). Wenn nur einige von den Bürgern einer Stadt, oder von den Mitgliedern einer Gemeinde oder Corporation, oder einige von mehrern Streitgenossen, einzig und allein die beste Wissenschaft von der Sache haben, die beschworen werden soll, so können diese von den übrigen zu Ablegung des Eydes ernannt werden, nur müssen sie ihnen eine besondere Vollmacht dazu ertheilen. Dem Gegentheile darf nicht verwehrt werden, Andere davon zu benennen, die bessere Wissenschaft von der

o) Oelze Anleitung zur gerichtl. Praxis, S. 385.

p) C. C. G. O. Thl. 1. Tit. 98. §. 1. Beck de iuribus Iudaeorum, pag. 490.

q) L. 97. D. de condit. et demonstr.

Sache haben, und nun muß der Richter entscheiden, wer von diesen Personen den Eyd schwören soll [r]). Ist die wahre Beschaffenheit der Sache dem Vorsteher und den sämtlichen Mitgliedern der Gemeinde gleich genau bekannt, so schwören die Vorsteher und diejenigen, welche die Gemeinde regieren, den Eyd, aber keinesweges dürfen sie blos den Syndikus zum Schwur bevollmächtigen, er müßte denn ganz allein die beste Wissenschaft von der Sache haben [s]). Sollte der Fall vorkommen, daß die Namens einer Gemeinde zum Schwören vorgeschlagenen Mitglieder nicht schwören wollen, sondern vorgeben, sie hätten keine genaue Kenntniß der Sache, worüber geschworen werden soll; sie geben auch wohl Andere an, welche mehr von der Sache wissen werden, so darf dieses für keine Verweigerung des Eydes gehalten werden, und es schadet folglich der Gemeinde nichts [t]). Soll die fürstliche Cammer in einem Processe, der das Recht eines Amtes betrifft, einen Eyd schwören, so kann sie denjenigen Beamten, der von dieser Sache das Mehreste weiß, zur Ablegung des Eydes vorschlagen [u]). Ein Gutsbesitzer, ein Kaufmann u. s. f., der alles durch seine Verwalter, Buchhalter u. s. f. besorgen lassen, darf mit Recht verlangen, weil er selbst von der Sache nichts weiß, daß diese Personen für ihn schwören [x]). Der Güterpfleger oder Contradictor, der von einem Geschäfte ganz und gar nichts weiß, kann darauf bestehen, daß

r) de Pvfendorf Obs. Tom. II. Obs. 124.

s) L. 14 et 19. D. ad municip. de Pvfendorf Obs. Tom. I. Obs. 179. Wernher Obs. Part. IX. Obs. 226.

t) Rivini Diss. de iureiurando in alterius animam, §. 51. Leyser Spec. 143. Med. 6.

u) de Pvfendorf Obs. Tom. I. Obs. 181. Leyser Spec. 136. Med. 3 et 4.

x) Carpzov Part. I. Const. 17. Def. 35. nr. 10. Mevius in Dec. Part. I. Dec. 237. Roesener de libris mercator. cap. 7. nr. 11.

daß der Eyd, der ihm deferirt oder referirt worden ist, von dem gemeinen Schuldner selbst geschworen werde [y]).

Was die Feyerlichkeiten betrifft, unter welchen die Eyde in den Gerichten abgeschworen werden, so richtet man sich dabey nach dem Herkommen eines jeden Gerichts [z]). Christen, männlichen Geschlechts, Geistliche ausgenommen, schwören mit aufgehobenen drey Vorderfingern, und eingeschlagenen zween letztern der rechten Hand, die flache Hand gegen den Richter haltend. Die Geistlichen und Weibspersonen leisten den Eyd mit Legung der rechten Hand, darin die zween letztern Finger eingeschlagen werden, auf die linke Brust. Die Juden legen die Hand in das Gesetzbuch, auf die Worte des zweyten Gebotes [a]). Der Gerichtsschreiber lieset die Eydesformel langsam vor, welche denn der Schwörende von Wort zu Wort vernehmlich wiederholen muß. Die Mennoniſten schwören keinen förmlichen Eyd, sondern versichern blos bey Mannenwahrheit [b]). Alle Religionsverwandte, die einen Gott, ein ewiges Leben, eine Bestrafung des Mißbrauchs des göttlichen Namens und der falschen Eyde glauben, können, wenn sie den Gebrauch des Verstandes und

y) Arg. L. 25. §. 1. D. ad Leg. Aquil. Rivini Diss. de iuram. in alter. animam, §. 33 squ. et §. 48.

z) Iac. Frid. Ludovici D. de solennibus Iudaeorum, Hal. 1702. Gvndlingiana Part. IV. Obs. 3.

a) Oeltze Anleitung zur gerichtlichen Praxis, S. 385. Io. Henr. Wolfart D. de iramentis Iudaeorum iudicialibus et cautionibus in iis vel adhibendis, vel improbandis, Erford. 1748. Io. Ge. Estor Diss. de lubrico iurisiurandi Iudaeorum, Marb. 1744. Dan. Wilh. Moeller D. de iuramentorum Iudaeorum a Christianis tam acceptorum quam exactorum fide et moralitate, et de iuramento Iudaeorum, Giss. 1744.

b) Malblanc de iureiur. §. 7 et 113. Hr. von Balemann in den Visitationsschlüssen, die Verbesserung des kaiserlichen Reichskammergerichtlichen Justizwesens betreffend. S. 86 und 468.

die Freyheit des Willens haben, einen Eyd ablegen, und dadurch ihren Zeugnissen mehrere Glaubwürdigkeit geben. Der Eyd von Personen geleistet, denen dieser Glaube fehlt, hat kein stärkeres Gewicht, als eine förmliche Versicherung auf Ehre und Reputation, oder als die Schwüre bey den Waffen des Mars und den Pfeilen des Apollo, oder die Betheurung der Calypso in der Odyssee des Homer, welche rief: es höre die Erde, und der weite Himmel hoch oben, und die Wasser des Styx, die unten rinnen. Die Verschiedenheit der theoretischen Begriffe über Religion und Tugend hat weniger Einfluß auf Eyde und Meineyde, auf wahre und falsche Zeugnisse, als gute Sitten, und ein praktischer Tugendwandel. Ein einfältiger tugendhafter Mensch ist gewissenhafter bey Eyden, als ein lasterhafter Gelehrter.

Ueber alles dasjenige, was im Schwörungstermine geschieht, wird ein Protokoll gehalten c). Den Anfang macht man mit Anführung des Orts, Tages, Jahres, der Gegenwart der Mitglieder des Gerichts und der Rubrik der Sache. Sodann wird in den Gerichten, wo der gemeine Proceß gilt, des Bescheides gedacht, worin der Schwörungstermin angesetzt worden. Hiernächst bemerkt man, wer von den Partheyen oder in ihrem Namen erschienen ist. Erscheint ein Theil betrunken, so wird der Eyd für verweigert gehalten. Immer berauschte Leute von niedrigen Ständen werden billig des Abends vor dem Schwörungstermine, oder des Morgens ganz früh ins Gericht geholt, und leidlich verwahrt, damit sie nüchtern bleiben. Bey Personen vornehmern Standes, welche dem Laster der Trunkenheit ergeben sind, wird die Strafe des verweigerten Eydes erkannt. Ist alles gesetzmäßig beobachtet worden, so wird die geschehene Eydesleistung bezeugt und angeführt, was von Seiten des Richters und der Partheyen vorgenommen worden, damit hieraus der

Beweis

c) Hr. HR. Claproth in der Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Proceß, 2ter Thl. S. 491.

Beweis hergenommen werden kann, es sey bey der Eydesleistung nichts unterblieben, was zur Gültigkeit dieser wichtigen Handlung erfordert wird.

Wir haben gesehen, daß im Schwörungstermin, wenn ein willkührlicher Eyd geleistet werden soll, von dem Deferenten erst der Eyd für Gefährde geleistet werden müsse. Es ist solcher theils der allgemeine Eyd für Gefährde, theils der besondere. Der allgemeine Eyd für Gefährde, iuramentum calumniae generale, durch welchen der Schwörende erhärtet: „daß er eine gerechte Sache zu haben glaube, was er vorbringe und begehre, nicht aus Gefährde oder böser Meynung, noch zu Aufschub und Verlängerung der Sachen, sondern allein zur Nothdurft thue, die Wahrheit nicht verhalten, auf des Gegentheils Vorbringen oder Erzählung der Geschichte in allen seinen Umständen ohne Gefährde antworten, und sobald er aus den Beweisthümern, oder sonst bey dem fernern Lauf der Sache befinden würde, daß er eine ungerechte Sache habe, davon abstehen und sich deren gänzlich entschlagen wollen, ist eine Erfindung des Kaisers Justinians [d]), welche durch die neuern Reichsgesetze bestätigt worden ist [e]), so sehr es auch zu wünschen ist, daß dieser Eyd vielmehr ganz abgeschafft worden wäre [f]). Diesen Eyd kann der Richter einer Parthey oder ihrem Sachwalter nicht nur bey dem Anfange des Processes, sondern auch in allen Theilen des gerichtlichen Verfahrens abfordern, und fordert solchen ein streitender Theil von dem andern, oder seinem Stellvertreter, so muß der Richter darüber erkennen, ob derselbe

d) §. 1. Inst. de poen. tem. litigant. L. 2. C. de iureiurando propt. calumn. Nov. 49. cap. 3. Nov. 124. cap. 1. Malblanc doctr. de iureiurando, §. 89. Io. Matth. Martini tract. an iusiurandum calumniae generale praeferendum sit speciali, Rostochi 1789.

e) C. C. G. O. Thl. 3. Tit. 38. §. 15. Thl. 1. Tit. 87—91. R. A. vom J. 1654. §. 43.

f) Malblanc de iureiurando, §. 90.

nothwendig sey oder nicht [g]). Niemand ist von demselben frey, als der Churfürsten, Fürsten und Stände verpflichtete Räthe, so viel ihrer Herren Rechtfertigungsursachen betrifft [h]); jedoch giebt es Rechtslehrer, welche auch diese zu diesem Eyde verpflichtet halten, wenn sie ein besonderer Verdacht der Gefährde trifft [i]). Andere Rechtslehrer sind gar der Meynung, jeder öffentlicher Beamter brauche diesen Eyd nicht zu schwören, wenn er vermöge seines habenden öffentlichen Amtes den Proceß führe [k]). Endlich giebt es Rechtslehrer, welche behaupten, ein streitender Theil könne von seinem Gegner, dem er eine besondere Hochachtung schuldig sey, diesen Eyd nicht fordern. Die Ablegung des Eydes entfernt zwar den Verdacht der Gefährde, hebt aber die verwegene Streitsucht nicht auf, und es kann daher, derselben ungeachtet, nicht nur der Schwörende in die Kosten verurtheilt [l]), sondern es kann, nach Befinden der Umstände, von demselben auch der besondere Eyd für Gefährde noch gefordert werden [m]). Durch einen besondern Bevollmächtigten kann dieser Eyd auf alle Fälle geleistet werden [n]). Will der Kläger diesen Eyd nicht leisten, so wird er mit dem Verlust der Sache bestraft, der Beklagte aber wird so behandelt, als wenn er die Klage eingestan-

g) R. A. v. J. 1654. §. 43. Mevius Part. VII. Dec. 387. Wernher Obs. Part. VIII. Obs. 460. Malblanc l. c. §. 90.

h) R. A. v. J. 1654. §. 43.

i) Ge. Henr. Ayrer Diss. de necessitate officii a iuramento calumniae non liberante, Gotting. 1747. Leyser Spec. 140 Med. 6.

k) Gail Obs. Lib. I. Obs. 90.

l) Wernher Obs. Part. V. Obs. 228.

m) c. 2. de iuram. calumn. in 6to. R. A. vom Jahr 1654. §. 41 und 43. Iust. Henn. Boehmer in iure eccles. Protest. Lib. II. tit. 7. §. 2. Malblanc de iureiur. §. 90.

n) R. A. v. J. 1654. §. 43. Boehmer l. c. §. 5.

gestanden hätte o). Die Anwälde, Fürsprecher und alle diejenigen, die in eines Andern Namen auftreten, werden, wenn sie diesen Eyd nicht schwören wollen, bey dem Processe nicht weiter angehört, sondern sie können über dieses auch noch mit Gelde bestraft werden p).

Der besondere Eyd für Gefährde, iuramentum calumniae speciale, seu iuramentum calumniae, geht nur auf einzelne processualische Handlungen, und ist schon bey den Römern in ältern Zeiten gebräuchlich gewesen q). Es kann dieser Eyd, eben so wie der allgemeine Eyd für Gefährde, nicht nur vom Richter von Amtswegen abgefordert werden, sondern es kann ihn auch ein Theil dem andern zuschieben. In diesem letzten Falle entscheidet der Richter über die Zulässigkeit oder Unstatthaftigkeit desselben r), und er kann auch, so wie der allgemeine, durch einen besondern Bevollmächtigten geschworen werden s). Die gewöhnlichen Fälle, wo dieser Eyd geschworen werden muß, sind folgende, und zwar 1) wenn eine Parthey zum drittenmale um Fristverlängerung nachgesucht hat; 2) wenn Jemand nach Verlauf der Nothfristen, oder wenn bereits in der Hauptsache rechtskräftig erkannt worden ist, einen andern Beweis führen will; 3) wenn Jemand seinem Gegner den Eyd deferirt hat; 4) wenn das Rechtsmittel der Appellation von einer Parthey gebraucht worden ist, oder 5) wenn

o) Auth. Principales, §. 5. C. de iureiur. propt. calumn.

p) Gail Obs. Lib. I. Obs. 89.

q) L. 34. §. 4. D. h. t. L. 8. §. 5. D. qui satisd. cog. L. 6. §. 2. L. 9. §. 3. D. de edendo. L. 15. D. ad exhib. L. 5. §. 14. D. de noui oper. nunciat. L. 13. §. 3. D. de damno infecto. L. 15. §. 1. D. de reb. auctor. iud. possid. L. 44. §. 4. D. famil. erciscund. c. 2. de iuram. calumn. in 6to. Malblanc l. c. § 89. Boehmer l. c. §. 82.

r) Boehmer l. c. §. 9. Malblanc l. c. §. 54. pag. 194. Claproths Einleit. in den ordentl. bürg. Proceß, §. 328.

s) c. 2. de iuram. calumn. in 6to. Ge. Lud. Boehmer in Princ. iur. canon. §. 727.

wenn sie um die abermalige Durchsicht und Prüfung der Acten gebeten hat [t]); und endlich 6) kann dieser Eyd nicht nur in den namentlich in den Gesetzen angegebenen Fällen, sondern überhaupt so oft ein wahrscheinlicher Verdacht der Gefährde eintritt, gefordert werden [u]). Durch die Verweigerung dieses Eydes zieht sich die Parthey den Verlust des Vortheils zu, den sie von der Handlung ziehen konnte, wobey der Eyd für Gefährde geschworen werden sollte.

Ich komme nun zu den Wirkungen des wirklich abgeschwornen gerichtlichen freywilligen Eydes. — Wenn der Eyd gehörig geschworen worden, so wird nach dem gemeinen Proceß ein Dekret abgefaßt, dessen Inhalt sich nach der Beschaffenheit des Processes richtet, wobey der Beweis durch die Eydesdelation gebraucht worden ist. Kann das Endurtheil in der Sache für jetzt noch nicht gesprochen werden, so wird den Partheyen blos die Abschrift des Schwörungsprotocolls zugefertigt, und darneben zugleich weiter verordnet, was der Gang des Processes mit sich bringt. Ist der Beweis blos durch den Eyd geführt worden, und der Beklagte hat den ihm deferirten Eyd geschworen, so wird er von der Klage entbunden, oder es wird sonst auf dasjenige erkannt, was der Beschaffenheit der Sache gemäß eintritt, und was die Eydesformel in sich faßt [x]). Ist ein sogenannter gemischter Eyd geführt worden, so wird dasjenige beobachtet, was der Natur der gebrauchten Beweismittel gemäß geschehen muß. Einem Dritten hilft und schadet der abgelegte Eyd der Regel nach eben so wenig, als ihm ein Urtheil in einer Sache, die ihn nichts angeht,

t) Malblanc de iureiurando, §. 90.

u) c. 2. de iuram. calumn. in 6to. G. L. Boehmer in Princ. iur. canon. §. 726.

x) L. 11. pr. §. 1. L. 28. §. 1 et 5. L. 36. D. de iureiur. Malblanc de iureiur. §. 63. Canz de probabil. iurid. §. 206 sqq. Schavmburg in Princ. Prax. Lib. I. Sect. I. Mbr. IV. cap. 1. §. 1. Claproths Einleitung in den ordentl. bürg. Proceß, §. 340.

argeht, weder Vortheil noch Schaden verursachen kann [y]). Vermöge einer Ausnahme von der Regel geschieht es aber doch, 1) daß, wenn von mehreren gemeinschaftlichen Gläubigern oder Schuldnern, welche mit einander geklagt haben, oder zusammen verklagt worden sind, dem einen davon der Eyd deferirt worden ist, oder es hat einer davon dem Gegentheile selbst den Eyd zugeschoben, dieses zugleich den übrigen Streitgenossen schadet, und dieser Satz gilt von allen Gesellschaften [z]). 2) Der Eyd des Hauptschuldners schadet oder hilft auch dem Bürgen, und umgekehrt, wenn der Eyd über die Hauptsache abgelegt worden ist. 3) Bey den Römern nutzte der Eyd des Sohnes oder des Sclaven dem Vater und dem Herrn [a]). Endlich bemerke ich, daß jeder, der über den Gegenstand, worüber geschworen werden soll, frey disponiren kann, auch einen Eyd nachzulassen berechtigt ist [b]), und ein solcher behörig nachgelassener Eyd bringt die nämlichen Wirkungen hervor, die mit einem wirklich abgeschwornen Eyde verbunden sind [c]). Weil ein Unmündiger über sein Vermögen nicht frey disponiren kann, so ist er auch nicht befugt, einen Eyd nachzulassen [d]).

Erscheinen beyde Partheyen in dem anberaumten Schwörungstermine nicht, so ist solcher nach dem gemeinen Rechte circumducirt, und die verfügten Ladungen verlieren ihre Wirkungen. Das Außenbleiben des einen streitenden Theils wird, wenn der Termin nur ein dilatorischer war, mit der gemeinen Strafe des Ungehorsams belegt;

y) L. 3. §. 3. L. 9. §. vlt. L. 11. in fine D. h. t.

z) L. 13. pr. L. 28. pr. et §. 3. D. h. t.

a) L. 7. L. 24 et 26. §. D. h. t. L. 24. D. de except. L. 1. §. 12. L. 2. pr. D. quar. rerum actio non datur.

b) L. 4. L. 6 et 9. D. h. t. L. 18. C. de reb. credit.

c) MALBLANC doctr. de iureiur. §. 61. Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß, §. 340.

d) L. 32. D. de iureiurando.

belegt; war hingegen der angesetzte Termin ein peremtorischer, welches der Regel nach auch hier erst der dritte Termin ist, und es bleibt derjenige, der den Eyd schwören sollte, ungehorsam aus, so wird der Eyd für verweigert gehalten, welches die Wirkung hat, daß die Puncte, worüber der Eyd hat geschworen werden sollen, für eingeräumt gehalten werden. Erscheint der Gegentheil nicht, welcher den Eyd für Gefährde schwören sollte, so wird der Haupteyd für geleistet gehalten [e]). War die Parthey bloß geladen, um zu sehen, wie der Haupteyd abgeschworen werde, so wird, ihres Außenbleibens ungeachtet, mit der wirklichen Eydesleistung fortgefahren [f]), wiewohl der Hr. Reichshofrath Wernher das Gegentheil behauptete [g]). Die Wirkungen der ausdrücklichen Verweigerung des Haupteydes, oder des Eydes für Gefährde sind die nämlichen, die alsdenn eintreten, wenn diese Eyde zur Strafe des Ungehorsams für verweigert geachtet werden [h]).

§. 811. 812.

Ist der in einem Proceß geführte Beweis nicht so vollkommen geführt worden, daß der Richter nunmehr die entstandene Streitigkeit mit gehöriger Gewißheit entscheiden kann, so legt der Richter entweder dem Kläger oder dem

e) L. 37. D. de iureiur.

f) L. 12. §. 4. C. de reb. credit. SCHAVMBVRG in Princ. Prax. iurid. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. cap. 5. §. 17. Knorrs Anleitung zum gerichtl. Proceß, 1stes Buch, 13tes Hauptstück, §. 17. 18. 19. Oelze Anleitung zur gerichtlichen Praxis, §. 255.

g) WERNHER Obs. Part. II. Obs. 450.

h) L. 5. §. 4. L. 34. §. 6 et 9. L. 37 et 38. D. h. t. L. 9 et 12. C. de reb. credit. MALBLANC doctrina de iureiurando, §. 61. Melch. Dethmar GROLLMANN Diss de recusatione iuramenti iudicialis, Giss. 1717. Ferd. Aug. HOMMEL Diss. de poena iurare nolentium, Lipf. 1748.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0248
DFG

dem Beklagten die Leistung eines Eydes auf. Soll der Eyd deswegen geschworen werden, um einen unvollständigen Beweis zu ergänzen, so wird der Eyd ein Erfüllungseyd genennt, oder das iuramentum suppletorium; geschieht hingegen die Eydesleistung deswegen, um einen unvollständigen Beweis gänzlich zu entkräften, so heißt ein solcher Eyd ein Reinigungseyd, iuramentum purgatorium. Schon die Römer kannten den Erfüllungseyd zu den Zeiten des Kaisers Hadrian i); das kanonische Recht hat ihn ausdrücklich bestätigt k), und in Gerichten wird er beständig gebraucht. Der Reinigungseyd ist eine Erfindung der Geistlichkeit in den barbarischen Zeiten des Mittelalters, welche durch ältere und neuere Gesetze l) bestätigt worden ist m); daher er auch heutiges Tages beständig in bürgerlichen und peinlichen Sachen gebraucht wird. Weil übrigens der Richter beyde Arten der Eyde auflegt, und die Partheyen sie einander nicht deferiren, so können sie nicht zu den Beweisführungen im eigentlichen Sinne gerechnet werden; eben so wenig als ein von Amtswegen veranstalteter Augenschein, oder als ein den Kunstverständigen von Amtswegen abgefordertes Gutachten. Beyde Eyde kommen darin mit einander überein, 1) daß sich die Partheyen dazu erbieten, und den Richter um Zulassung zu denselben bitten dürfen; 2) daß, wenn einmal

i) MALBLANC in doctr. de iureiurando, §. 69 — 72. Iust. Henn. BOEHMER in iure eccles. Protest. Lib. II. tit. 24. §. 69 et 70.

k) c. 36. X. de iureiurando. MALBLANC l. c. §. 72.

l) c. 36. X. de iureiur. R. A. vom Jahr 1512. Tit. von Gotteslästerern, §. und nachdem. Erklärung des Landfriedens v. J. 1521. Tit. 7. §. 8 flg. und vom J. 1522. Art. 11. und vom Jahr 1548. Tit. 14. §. 1. C. C. G. O. Thl. 2. Tit. 10. §. 1.

m) MALBLANC l. c. §. 108 — 110. Iust. Henn. BOEHMER Diss. de vsu iuramenti purgatorii in criminalibus, §. 1 — 7. in EIVS Exerc. ad Dig. Tom. III. nr. 48. pag. 234 sqq.

einmal über diese Eyde rechtskräftig erkannt worden ist, weder ein Eyd für Gefährde gefordert werden kann, noch auch die Zurückschiebung des Eydes statt findet n), wiewohl Hr. Engel das Gegentheil zu behaupten gesucht hat.

Hat der Richter einer Parthey einmal einen Eyd rechtskräftig zuerkannt, so kann der Gegentheil doch immer noch bis zur wirklichen Abschwörung desselben, um einen Meineyd zu vermeiden, einen andern Beweis wählen, in sofern er sich an diesem nicht versäumt hat, oder er, mittelst der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, nicht berechtigt ist, seinen neu entdeckten Beweis noch beyzubringen o); aber auch selbst dann, wenn der Eyd schon wirklich abgeschworen worden ist, findet neu entdeckter, vollkommener und ganz evidenter Beweis immer noch statt p). Bey dem zuerkannten Erfüllungseyde ist die Gewissensvertretung nicht zulässig, wenn nicht neuer Beweis beygebracht wird; derjenige hingegen, dem der Reinigungseyd zuerkannt ist, kann sein Gewissen immer noch mit Beweis vertreten q), jedoch sind die Rechtslehrer hier wieder verschiedener Meynung, indem einige die Gewissensvertretung auch beym Erfüllungseyde für zulässig erklären r), andere verwerfen aber sowohl bey dem Erfüllungseyde als bey dem Reinigungseyde die Gewissensvertretung.

Durch

n) Malblanc de iureiurando, §. 75. Maur. Aug. Engel D. de relatione iuramenti a iudice iniuncti, Lipſ. 1735.

o) Malblanc de iureiurando, §. 54 et 75.

p) L. 31. D. h. t. Schilter Exerc. 23. § 45. Stryck in vſu mod. h. t. §. 41. Malblanc l. c. §. 64 et 65. Wernher Obſ. Part. I. Obſ. 342. Knorrs Proceß, 1ſtes Buch, 3tes Hptſtck. §. 41.

q) Malblanc l. c. §. 58. 75. 110. Hofmanns teutſche Reichspraxis, §. 679. Knorr a. a. O. §. 39 und 40.

r) Schavmbvrg in Princ. Prax. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. cap. 5. §. 12. Oelze Anleitung zur gerichtlichen Praxis, §. 214.

Durch die Abschwörung des Erfüllungseydes wird der Beweis, der bisher unvollständig war, vollständig; der geleistete Reinigungseyd hingegen entkräftet einen unvollständigen Beweis gänzlich [s]). Was die Folgen der Nachlassung und der Verweigerung eines solchen zuerkannten Eydes, wie auch die Fähigkeit, denselben abzuschwören; die Zeit, binnen welcher er geschworen werden muß; die Formel; die wirkliche Leistung desselben, und die mit dieser verbundenen Feyerlichkeiten betrifft, so findet alles dasjenige vollkommene Anwendung, was bey dem iuramento litis decisorio voluntario iudiciali in Rechten verordnet, und zeither erklärt worden ist.

Endlich verdient noch die Frage beantwortet zu werden: wenn auf den Erfüllungseyd, und wenn auf den Reinigungseyd zu erkennen sey? Hier stellen die Gesetze die allgemeine Regel auf: aus den Verhältnissen der streitenden Theile, und der Natur des Gegenstandes, worüber geschworen werden soll, muß der Richter in einem jeden einzelnen Falle die Entscheidung hernehmen, ob auf den Erfüllungseyd oder Reinigungseyd zu erkennen sey [t]). Hieraus folgt 1), daß, wenn der Beweisführer des Meineydes wegen verdächtig ist, der Gegentheil zum Reinigungseyde zu lassen sey [u]); daß 2), wenn der Beweisführer nur den Eyd nach der Glaubwürdigkeit, sein Gegner aber den Eyd nach der Wahrheit schwören kann, der Reinigungseyd der Regel nach dem Erfüllungseyde, vorgezogen werden muß [x]); 3) daß auch bey dem künst-

s) Malblanc doctr. de iureiurando, §. 75 et 110.

t) c. 36. X. h. t. Ge. Lud. Boehmer in Princ. iur. canon. §. 816. Iust. Henn. Boehmer in iure eccles. Protest. Lib. II. tit. 24. §. 71 sqq.

u) de Canngieser in Decis. suprem. Tribunal. Hass. Cassel. Tom. V. Dec. 136. nr. 14. Berger in elect. discept. forens. ad tit. 35. Obs. 2.

x) Leyser Spec. 141. Med. 5. 6. Spec. 142. Med. 4

künstlichen Beweise der Richter genau prüfen muß, ob durch den geführten Beweis der eigentlich zu beweisende Satz wahrscheinlicher geworden ist, als das Gegentheil, und ob also der Erfüllungseyd oder der Reinigungseyd statt finde; 4) daß endlich, wenn zwar beyde Theile Beweis, jeder aber nur einen unvollständigen Beweis, geführt haben, die Fälle sorgfältig von einander unterschieden werden müssen, ob ein eigentlich sogenannter Gegenbeweis, oder ob ein uneigentlich sogenannter Gegenbeweis geführt worden ist. Nach der gemeinen Lehre der Rechtsgelehrten ist sodann auf den Erfüllungseyd zu erkennen, wenn der Beweisführer einen halben Beweis geführt hat [y]). Andere Rechtslehrer fordern mehr als halben Beweis, um auf den Erfüllungseyd sprechen zu können [z]). Aus dieser Beschaffenheit der Sache läßt sich der Schluß leicht machen, wenn auf den Reinigungseyd erkannt werden kann [a]). In peinlichen Fällen, und wenn von der Trennung der Ehe die Rede ist, kann der Erfüllungseyd nicht zuerkannt werden, wohl aber wenn blos von einem Verlöbnisse die Rede ist, nur muß hier mehr als ein halber Beweis vorhanden seyn [b]); ein Reinigungseyd kann aber

et §. MALBLANC de iureiur. §. 110. BERGER in Oecon. iuris, pag. 1064. Knorrs gerichtl. Proceß, 1stes Buch, 13tes Hptstck. §. 36.

y) STRYCK tract. de cautelis iurament. Part. III. Sect. III. cap. 6. LAVTERBACH in Coll. Pand. h. t. §. 75. CANZ tract. de probabilitate iuridica, §. 221.

z) MALBLANC doctr. de iureiur. §. 72. Hofmanns teutsche Reichspraxis, §. 687.

a) Io. Christ. KOCH Diss. de eo quod iustum est circa delationem iuramenti litis decisorii tam secundum ius commune quam secundum statuta Francofurtensia, Giss. 1773 §. 19—25. Oetze Anleitung zur gerichtl. Praxis, §. 282.

b) G. L. BOEHMER in Princip. iur. can. §. 816. Iust. Henn. BOEHMER in iure eccles. Lib. II. tit. 24. §. 75—79. WERNHER Obs. Part. III. Obs. 90.

aber in allen diesen Fällen allerdings gebraucht werden [c]).

Ein abgeschworner zugeschobener Eyd, wenn gleich der Meineyd bewiesen würde, kann zwar die Strafe des Meineydes nach sich ziehen, aber der andere Theil bekommt nach dem römischen Rechte nichts wieder [d]), es wäre denn, daß über einen letzten Willen erweislich ein falscher Eyd geschworen wäre [e]). Noodt war der Meynung, die L. f. C. de reb. credit. handele von einem nothwendigen Eyde, wobey die Wirkung des Vergleichs wegfalle. Justinian hat aber gewiß kein neues Recht einführen wollen, weil er dieses allemal sehr deutlich erklärte. Hier ist er von dem in eben dem Titel in der L. 1. enthaltenen Gegensatze ganz stille, folglich muß er von der Regel, die Lex 6n. aber von der Ausnahme, zur Erhaltung der letzten Willen zu verstehen seyn [f]). In unsern Gerichten nimmt man mehrentheils die Meynung an, daß alles ohne Unterschied in den vorigen Stand gesetzt werden müsse, sobald der Meineyd erwiesen ist [g]). Es hat diese Meynung auch den 107. Art. der P. G. O. für sich, wo verordnet ist, daß derjenige, so falsch geschworen, zuförderst schuldig seyn soll, das fälschlich abgeschworne Gut dem Verletzten wieder zurück zu geben. Auf alle Fälle kann derjenige, so falsch geschworen hat, das dadurch Erhaltene nicht behalten, sondern der

c) c. 34. X. h. t. c. 1. 4. 8. 10. 16. X. de purgat. can. G. L. Boehmer l. c. Iust. Henn. Boehmer l. c. §. 80 81. Malblanc l. c. §. 110.

d) L. 21. D. de dolo malo. L. 31. D. h. t. L. 15. D. de except. L. 1. C. de reb. credit. Stryck Diss. de probat. contra praestit. iuram legale.

e) Voet ad Dig h. t. nr. 26. Noodt ad h. t.

f) L. 3. §. 1. D. de transact. L. 112. §. vlt. Dig. de legat. I. L. 5. D. quemadm. testam. aper. c. 1. X. de transact. Hr. HR. Claproth im ordentlichen Proceß, S. 496.

g) Mevius in Dec. Part. II. Dec. 93. Faber in Cod. Lib. IV. tit. I. Def. 2.

Fiscus hat das Recht, die Sache einzuziehen [h]), und nun kann der verletzte Theil das Seinige als eine Gnadensache suchen.

Wegen Wichtigkeit der Sache will ich die Materie vom Meineyde ausführlicher erklären. — Unter dem Meineyde, periurium, versteht man im rechtlichen Verstande den Fall, wenn man vorsetzlich diejenigen Verbindlichkeiten verletzt, welche man mittelst eines körperlichen Eydes bestärkt hatte, oder wenn man überhaupt wissentlich falsch schwört, und dadurch zugleich zum Schaden und Nachtheil Anderer handelt. Der Meineyd setzt, vermöge seines Begriffs, einen wirklich abgeleisteten Eyd voraus; da nun dieser nicht allein in einem Berufen auf Gottes Zeugniß, sondern auch zugleich in einem Unterwerfen der göttlichen Rache, im Fall der Schwörende lügen sollte, beruht, so kann ein bloßes ernsthaftes Versprechen keinen Meineyd ausmachen; selbst nicht einmal in dem Falle, wenn man einem solchen Versprechen die Folgen und Wirkungen eines wirklich geleisteten Eydes vertragsweise beylegen wollte, und zwar ohne zu unterscheiden, ob die Rede von solchen Personen sey, die, vermöge ihrer besondern Religionsgrundsätze, überhaupt keinen Eyd ablegen, oder von solchen, deren Privilegien sie von einer formellen Eydesleistung befreyen. Eine bloße Verletzung eingegangener Verbindlichkeiten kann daher niemals nach den Grundsätzen, die von Meineyden gelten, beurtheilt werden, obwohl sie in Absicht auf die zu leistende Schadensersetzung mit dem Meineyde gleiche Folgen hat [i]).

Bey einem Meineyde setzt man weiter voraus, daß die eydlich bestätigten Verbindlichkeiten an und für sich gültig sind. Ferner erfordert man zum Meineyde den Vorsatz, oder daß Jemand wissentlich und freywillig seine übernommenen und eydlich bestätigten Verbindlichkeiten verletzt,

h) L. 9. D. de iure fisci.

i) de BOEHMER ad Art. 107. C. C. §. 1.

verletzt, oder Erklärungen und Aeußerungen, die er, der Wahrheit gemäß, abzugeben schuldig war, wider Eyd und Gewissen gethan habe. Im Fall daher der Vorsatz nicht bewiesen werden kann, oder Jemand seine Behauptungen nur mit falsch befundenen eydlichen Betheurungen bestärkt haben sollte, ohne dadurch zugleich gewisse übernommene Verbindlichkeiten zu verletzen, so können diejenigen Grundsätze, die vom Meineyde gelten, nicht statt finden [k]). Man geht daher so weit, daß man zum Meineyde nicht blos eine vorsetzliche Verletzung eines geleisteten Eydes erfordert, sondern auch zugleich bey der Bestrafung des Meineydes besonders darauf Bedacht nimmt, ob durch die geschehene Verletzung des Eydes irgend Jemandem ein Schaden verursacht worden ist. Auch selbst die Größe des Schadens wird bey dem Meineyde in vielen Betracht gezogen. Daß jedoch der bloße Vorsatz, seinen Eyd brechen zu wollen, zu einem wirklich vollbrachten Meineyde nicht genüge, versteht sich von selbst [l]).

Nach den Gesetzen der zwölf Tafeln und überhaupt zur Zeit der freyen Republik der Römer war auf den Meineyd keine besondere Strafe gesetzt [m]), inzwischen brachten die Censoren die Meineydigen in ihre Verzeichnisse [n]). In Absicht des Schadensersatzes unterschied man, ob der Richter den Eyd aufgelegt hatte, oder ob er auf Verlangen des streitenden Theils geschworen worden war. In jenem Falle, nicht aber in diesem, fand ein Schadensersatz statt [o]), weil ein Eyd, der mit Einwilligung des streitenden Theils abgeleistet worden war, als ein Vergleich betrachtet wurde, der folglich eines Meineydes wegen nicht

k) de BOEHMER l. c. §. 2.

l) WERNHER Obs. Part. VI. Obs. 483. nr. 3.

m) L. 22. D. de dolo malo. L. 2. C. de reb. credit. STRECKER de poena periurii, Erf. 1733.

n) CICERO de offic. Lib. I. c. 13. Lib. III. c. 31.

o) L. 31. D. h. t. L. 1. C. de reb. credit.

wieder aufgehoben werden konnte [p]). Ein falscher Zeuge wurde zur Zeit der freyen Republik von dem Tarpejischen Felsen heruntergestürzt [q]); dieses geschahe aber des falsi, und nicht des Meineydes wegen, welcher letztere unter solchen Umständen auch nicht einmal nach der Meynung derjenigen vorhanden seyn konnte, die nicht ohne Gründe behauptet haben, daß die Zeugen zur Zeit der freyen Republik keinen besondern Zeugeneyd abgelegt haben [r]). In den folgenden Gesetzen wurden falsche Zeugen mit dem Exilio, der Relegation, und der Ehrlosigkeit, vorkommenden Umständen nach, bestraft [s]).

Zur Zeit der monarchischen Regierungsverfassung in Rom, besonders unter den heidnischen Kaisern überließ man die Rache des Meineydes den Göttern [t]), wenn man gleich einem geleisteten Eyde zuweilen die Wirkung eines Vergleichs beylegte [u]). Unter den heidnischen Kaisern wurden die Eyde bey dem Schutzgott des Kaisers, per genium principis, abgelegt [x]), und unter verschiedenen Kaisern wurde ein solchergestalt begangener Meineyd so angesehen, als wenn man den Jupiter betrogen hätte, und daher als ein Verbrechen der beleidigten Majestät bestraft [y]).

In

p) §. 4. Inst. de except. L. 5. §. 2. D. h. t. L. 21. D. de dolo malo.

q) Gellius in noct. Attic. Lib. XX. cap. 1.

r) de Boehmer ad Art. 107. C. C. §. 7.

s) L. 16. D. de testib. L. 1. D. ad Leg. Cornel. de sicar.

t) L. 2. C. de reb. credit. Rivini Diss. de poena periurii, Lipsi. 1733. §. 8.

u) L. 21. C. de dolo. L. 31. D. h. t. L. 3. C. de reb. credit.

x) Eu. Otto D. de periurio per genium Principis, in Eius Diss. iur. publ. Part. I. Mollenbeck D. de genio Principis. Frick D. de iureiurando per genium Principis, Helmst. 1768.

y) Taciti Annales Lib. I. cap. 73. Malblanc de iureiur. Lib. III. c. 11. §. 96. pag. 393.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0256
DFG

In den nachherigen Zeiten fand des falschen Eydes wegen anfangs die Fustigation z), nachher aber eine gemäßigtere Strafe statt a). Unter den christlichen Kaisern hörte der Gebrauch, bey den Schutzgöttern des Kaisers zu schwören, auf, und es wurde an dessen Stelle das iuramentum per salutem, seu caput s. venerationem Principis eingeführt b), bis endlich auch dieses von Kaiser Carl dem Großen abgeschafft wurde c).

Unter den christlichen Kaisern bestrafte man den Meineyd, wenn keine andere in den Gesetzen benannte Verbrechen damit verbunden waren, mit der Infamie d). Kaiser Justinian verordnet, daß die sogenannten Personae illustres wegen eines begangenen Meineydes ihrer Würde verlustig seyn sollten e). Die nachherigen Kaiser waren in der Bestimmung der Strafe des Meineydes sehr schwankend, wovon angesehene Rechtslehrer die Ursache in dem immer mehr gestiegenen Ansehen der Geistlichkeit finden wollen f). Das kanonische Recht bestraft den Meineyd mit der Kirchenbuße, und verordnet, daß die unbußfertigen Meineydigen von der Kirchengemeinschaft ausgeschlossen und mit dem Kirchenbanne bestraft werden sollen g). Nach den alten teutschen Gesetzen bestraft man den Meineydigen mit Abhauung der Hand oder der Finger, nach an-

z) L. 13. §. 6. D. de iureiur.

a) L. 2. C. de reb. credit. L. 2. C. ad Leg. Iul. maiest. L. 7. §. 3. D. eod.

b) L. 33. D. h. t. L. 11. C. de transact. Malblanc l. c. Lib. III. cap. 4. §. 67.

c) Georgisch in Corp. iur. german. pag. 667 et 1164.

d) L. 41. C. de transact. L. 13. C. de restib.

e) L. 17. C. de dignit. Nov. LIII. cap. 4. Nov. 124. cap. 2.

f) Malblanc l. c. pag. 396.

g) c. 17. Causa 22. qu. 1. c. 10. X. de iureiur.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0257
DFG

dern aber mit Abschneidung der Zunge h). Doch erlaubte man dem Verbrecher durch Erlegung des sogenannten Widrigeldes jene Verstümmelung der Glieder abzukaufen. Verschiedene statutarische Rechte haben hauptsächlich die Ehrlosigkeit, als die Strafe des Meineydes eingeführt i).

Nach der peinlichen Gerichtsordnung, Art. 107. muß man bey der Bestimmung der Strafe des Meineydes unterscheiden, ob solcher im Gericht, oder außer Gericht abgeleistet worden. Im ersten Falle kommt es wieder darauf an, ob der Eyd nach seiner Beschaffenheit und seinen Folgen dem Schwörenden vorher sey erklärt, auch darauf unter gewöhnlichen Umständen wirklich körperlich sey abgeleistet worden, und daher als ein sogenannter gelehrter Eyd anzusehen sey, oder nicht. Wenn nun im ersten Falle ein solcher gelehrter Eyd wirklich abgelegt worden, so muß man bey erwiesenem Meineyde, Inhalts der peinlichen Gerichtsordnung, unterscheiden, ob jener peinliche oder bürgerliche Sachen betreffe. Im ersten Falle soll die gleiche Wiedervergeltung in Absicht des Falschschwörenden statt finden, in dem andern aber soll der Meineydige allen verursachten Schaden wieder ersetzen, dazu verläumdet seyn, und aller Ehren verlustig erklärt werden. Weiter sollen ihm die zween Finger, womit er falsch geschworen, abgehauen werden. Der Kaiser Carl der Fünfte erwähnt der Distinction des römischen Rechts inter iuramentum delatum et necessarium nicht, nach welcher die Frage: ob der Meineyd bestraft werden konnte, hauptsächlich zu beantworten war, und er scheint sie daher stillschwei-

h) Georgisch l. c. pag. 564. 584. 698. 705. 711. 738. 902. 1109. 1136. 1138. 1171. 1187. 1345. 1373. 1393. 1450. 1467. 1645. 1731. 1782. 1826. 1831. Westphal in Monum. inedit. Tom. IV. pag. 1933. de Boehmer ad Artic. 107. C. C. §. 6. Malblanc l. c. pag. 399.

i) Lübisches Recht, 4ter Thl. Tit. 14. Hamburgisches Recht, 4ter Thl. Art. 5.

schweigend verworfen zu haben [k]). Die Strafe eines Meineydes, der entweder ohne vorhergegangene Erklärung abgelegt, oder der außergerichtlich abgeleistet worden, übergeht der Kaiser mit Stillschweigen.

Nach dem Gerichtsgebrauche muß man bey der Bestimmung der Strafe des Meineydes vor allen Dingen darauf sehen, ob der Meineyd peinliche oder bürgerliche Sachen betreffe. Im ersten Falle hat sodann die Todesstrafe statt, jedoch pflegt man die Strafe des Schwerdtes in einem solchen Falle nicht zu überschreiten [l]), wenn ein Unschuldiger wegen des geschwornen Meineydes das Leben verlohren, und eine Leibesstrafe, wenn ein Unschuldiger durch die Aussagen meineydiger Zeugen entweder zur Tortur oder einer andern schweren Strafe verurtheilt worden [m]). Die peinliche Gerichtsordnung, Art. 68 und 107. droht falschen Zeugen, die im peinlichen Gerichte Jemandem eine Strafe zugezogen haben, die poenam talionis, und zwar selbst in dem Falle, wenn jene Zeugen sich nur unterstanden, ein solches Zeugniß abzulegen. Wenn Jemand im peinlichen Gericht zwar einen falschen Eyd geschworen, ohne jedoch dadurch Andern Schaden zugefügt zu haben, so pflegt man einen solchen als einen Falsarius, nach Beschaffenheit der Umstände, willkührlich zu bestrafen [n]). Die gewöhnliche Strafe des Meineydes, die in bürgerlichen Sachen statt findet, ist auch bey solchen anzuwenden, welche im peinlichen Gericht einen Reinigungseyd abgelegt und nachhin des Meineydes überführt werden [o]), obwohl

k) Leyser Spec. 567. Med. 13. Wernher Obs. Part. V. Obs. 141. de Boehmer ad Art. 107. C. C. §. 3.

l) de Boehmer ad Carpzov. Qu. 46. Obs. 3. Hellfeld ad Engav. Element. iur. crimin. §. 455.

m) L. 10. C. de calumniat. Art. 68. d. P. G. O. Beyer et Classen ad Art. 68. C. C. de Boehmer ad Carpzov. Quaest. 46. Obs. 2.

n) de Boehmer ad Art. 68. C. C.

o) Fichtner D. de variis periur. poen. §. 25.

andere wegen der L. 1. D. de bon. eor. auf die eigentliche Strafe des Meineydes nicht erkannt wissen wollen [p]). Ein im peinlichen Gerichte unrechtmäßiger Weise abgeforderter Eyd, wohin derjenige gehört, der zur Bestätigung der von dem Angeschuldigten geschehenen Aussagen nach geendigtem Verhör geschworen worden, kann nicht als ein eigentlicher Meineyd angesehen und bestraft werden [q]). Daß jedoch in Absicht derjenigen, welche den Meineyd in peinlichen Fällen vorsetzlicher Weise befördern, eben dieselben Grundsätze statt finden, die von den Meineydigen selbst gelten, hat keinen Zweifel [r]).

Wenn der Meineyd bürgerlicher Sachen wegen im Gericht nach vorgängiger Erklärung oder Avisation unter den gewöhnlichen Umständen, körperlich abgelegt worden, so sollte zwar eigentlich die Abhauung der Finger und die Ehrlosigkeit statt finden, ohne weiter zu unterscheiden, ob der Eyd vom Richter aufgelegt, oder ob er auf Verlangen des streitenden Theils geschworen worden; ob die Rede von einem Reinigungseyde, oder Erfüllungseyde sey; ob der Eyd einen Vergleich bestätige oder nicht; ob der Eyd aus gewinnsüchtigen Absichten geleistet worden, oder nicht [s]). Allein, dem eigentlichen Sinne der peinlichen Gerichtsordnung zuwider unterscheidet man gewöhnlich, ob durch den Meineyd Andern ein Schaden von einiger Erheblichkeit verursacht, und jener solchergestalt aus gewinnsüchtigen Absichten geschworen worden sey, oder nicht. In diesem Falle und wenn der Meineydige entweder allen ver-

p) Farinacc. Qu. 160. nr. 294. Froelich Part. II. pag. 78.

q) Menoch. de arbitr. iud. quaest. cap. 319. nr. 9. Harpprecht Dec. 40. nr. 37.

r) Art. 107. d. P. G. O. Wernher Obs. Part. IV. Obs. 141.

s) Leyser Spec. 567. Med. 20 et 21. de Boehmer ad Carpzov. Qu. 46. Obs. 2.

verursachten Schaden zu ersetzen im Stande ist, oder letzterer auch ganz unbeträchtlich ist, pflegt nur auf eine vierzehentägige Gefängnißstrafe, oder eine hiermit im Verhältniß stehende Geldbuße erkannt zu werden [t]). In jenem Fall aber, und wenn der Meineydige den verursachten Schaden zu ersetzen nicht im Stande ist, müßte es eigentlich bey der Abhauung der Finger das Bewenden behalten [u]); weil jedoch diese letztere Strafe heutiges Tages völlig außer Gebrauch ist [x]), so pflegt man nach dem Gerichtsgebrauche auf eine andere Leibesstrafe, die nach dem Zeugniß der Rechtslehrer, nach der Größe des Vorsatzes und des verursachten Schadens, in der Landesverweisung oder dem Staupbesen bestehen kann [y]), zu erkennen. Andere Rechtslehrer wollen mit mehrern Gründen an die Stelle der Abhauung der Finger, die Strafe des Festungsbaues [z]), oder die Verurtheilung zum Zuchthause, oder zu andern öffentlichen Arbeiten, etwa auf zwey Jahre, mit dem Verlust aller Ehren und Würden verbunden, gesetzt, den Meineydigen auch vor seiner Abführung mit einer Inschrift auf seine Brust an den Schandpfahl gestellt wissen [a]). Eine solche Strafe kann auch in Ansehung derjenigen statt finden, die, um die Ehescheidung zu bewirken, wissentlich einen falschen Eyd wegen des Aufenthalts ihres abwesenden Ehegatten geschworen haben [b]). Im Fall der Meineyd

nicht

t) Hommel Obs. 82. Kress ad Art. 107. C. C. §. 1. nr. 2. Classen ad h. l.

u) Carpzov Quaest. 46. nr. 52. Meister in Princ. iur. crim §. 462.

x) Beyer ad Art. 107. C. C. pos. 5. Strubens im 4ten Thl. der rechtl. Bedenk. 78stes Bedenk.

y) Carpzov l. c. nr. 43 sqq. Stryck in vsu mod. ad Leg. Corn. de fals. §. fin. Meister l. c. Koch instit. iur. crim. §. 548.

z) Strube a. a. O.

a) Malblanc de iureiur. pag. 406.

b) de Winckler in coroll. iur. crim. IX. in Opusc. minor. Dresd. et Lipsi. 1792. Vol. I. P. I. pag. 70 sqq.

nicht nach vorhergegangener Avisation, oder Erklärung, und mit gewöhnlichen Feyerlichkeiten abgelegt worden, so findet schon nach der peinlichen Gerichtsordnung, Art. 107. die gesetzliche Strafe keine Anwendung. Nach dem Gerichtsgebrauche erkennet man daher in einem solchen Falle nach den Grundsätzen, die von der Verfälschung und Betrügerey gelten, oder nach der Größe des Vorsatzes und des verursachten Schadens auf eine verhältnißmäßige Strafe [c]).

Sollte ein Meineyd entweder durch einen Bevollmächtigten begangen worden seyn [d]), oder Jemand, ohne körperlich einen Meineyd abzuleisten, blos an Eydes statt dieses oder jenes mündlich oder schriftlich, wiewohl fälschlich betheuern, oder seine eydlich gethane Versprechen und Verträge brechen, oder seiner eydlich geleisteten Verzicht zuwider handeln, oder überhaupt außergerichtlich einen Meineyd begehen, so pflegt man gewöhnlich, außer dem Schadenersatze, auf eine angemessene Geldbuße oder Gefängnißstrafe zu erkennen [e]). Bey dem Mangel alles Nachtheils, der entweder dem Staate oder einzelnen Personen aus einem außergerichtlichen Meineyde erwächset, pflegt deshalb nur sodann eine Rüge von Amtswegen statt zu finden, wenn durch jenen ein öffentliches Aergerniß gegeben worden. Ein solcher, welcher die Pflichten seines Amtes, wozu er sich eydlich verbunden hatte, vorsetzlich verletzet, ist dergestalt zu bestrafen, wie solches überhaupt von denjenigen, die im Gerichte einen körperlichen Meineyd begangen haben, angeführt worden; es wäre denn, daß unter solchen Umständen ein gewisses namentlich in den Gesetzen benanntes Verbrechen begangen worden, da es denn bey der Strafe des letztern, in sofern sie die Strafe des

c) Art. 112. d. P. G. O.

d) MALBLANC de iureiur. pag. 402.

e) KRESS ad Art. 107. C. C. §. 1. nr. 3. BEYER ad h. a. Pos. 4. de BOEHMER ad CARPZOV. Qu. 46. Obs. 2.

des Meineydes überschreitet, billig das Bewenden behält [f]).

Obwohl bewährte Rechtslehrer die infamiam iuris für eine Folge eines jeden sowohl gerichtlichen als außergerichtlichen Meineyds halten [g]), dieser Meynung es auch nicht an Gründen fehlt, so pflegt gleichwohl nach dem Gerichtsgebrauche zum wenigsten sodann, wenn die Strafe, die der Meineydige leidet, nicht an und für sich zu den Leibesstrafen oder den ehrlos machenden Strafen zu rechnen ist, demselben seine Ehre im Urthel besonders vorbehalten zu werden. Ueberhaupt wollen bewährte Rechtslehrer die Ehrlosigkeit nur sodann für eine Folge des Meineydes angesehen wissen, wenn nach vorgängiger Untersuchung jene durch Urthel und Recht ausdrücklich gebilligt oder bestätigt worden ist [h]).

In Absicht der Beförderer und Theilnehmer gelten bey einem Meineyde, er mag gerichtlich oder außergerichtlich geschworen worden seyn, eben dieselben Grundsätze, die von der Theilnahme an dem Verbrechen Anderer überhaupt angeführt worden. Die Rechtslehrer wollen zwar diejenigen für Beförderer eines Meineydes angesehen und bestraft wissen, die solchen Personen einen Eyd abfordern, bey welchen sie die Begehung des Meineydes nach der höchsten Wahrscheinlichkeit besorgen mußten [i]); allein, in sofern von einem zugeschobenen Eyde, der von Obrigkeitswegen gebilligt worden, die Rede ist, pflegt solches eben keine Anwendung zu finden.

Was den Schadensersatz nach bewiesenem Meineyde betrifft, so soll zwar nach dem römischen Rechte der Beschädigte mit dem verlangten Schadensersatze und dem Beweise

f) Pvettmann in elem. iur. crim. §. 121.

g) de Boehmer ad Carpzov. Qu. 46. Obs. 2. Malblanc de iureiur. pag. 409. nr. 589.

h) Kress et Classen ad Art. 107. C. C.

i) Cothmann Vol. I. Resp. 15. nr. 27.

Beweise des Meineydes sodann nicht gehört werden, wenn von einem sogenannten iuramento delato die Rede ist k); es behaupten aber die angesehensten Rechtslehrer, ohne einen Unterschied zwischen dem Eyde zu machen, das Gegentheil, und sie wollen, daß dem Beschädigten der Beweis des Meineydes unter allen Umständen verstattet werden müsse; daß ferner nach bewiesenem Meineyde die Sache in ihren vorigen Zustand zurück trete, wo sie vor Ablegung des Eydes war; daß das Urthel, welches sich auf einen geleisteten Meineyd gründet, ungültig sey, und nicht rechtskräftig werde; daß endlich der Meineydige allen verursachten Schaden ersetzen und der Richter darauf erkennen müsse l). Da diese Meynung selbst durch den 107. Art. d. P. G. O. bestätigt wird, so ist sie billig anzunehmen, und es muß daher nach dem heutigen Gerichtsgebrauche der Ersatz des verursachten Schadens unter allen Umständen, und ohne in Ansehung der Art der Eyde einen Unterschied zu machen, von dem Vermögen des Meineydigen geleistet werden. Ist der Meineydige arm, so wird bey Bestimmung der Strafe auf diesen Umstand Rücksicht genommen, und solche wegen des Unvermögens zum Schadensersatze geschärft m).

Zum Beschluß dieser Materie will ich auch Etwas über die Milderungsgründe beym Meineyde anführen. Aus den bisher vorgetragenen Grundsätzen läßt sich leicht der Schluß machen, daß es bey der Strafe des Meineydes hauptsächlich auf die Größe des Vorsatzes und des verursachten Schadens ankomme, und daß sich die Milderungsgründe hiernach leicht bestimmen lassen n). Daß

der

k) MALBLANC de iureiurando, Lib. III. §. 63. pag. 225 sqq.

l) KOCH l. c. §. 548. schol. MALBLANC l. c. §. 64. 65. pag. 230 sqq. de BOEHMER ad Art. 107. C. C. §. 4.

m) de BOEHMER ad CARPZOV. Qu. 46. Obs. 2.

n) KRESS et CLASSEN ad Art. 107. C. C. KOCH instit. iur. crim. §. 548.

der bloße Ersatz des Schadens als eine Milderungsursache beym Meineyde nicht in Betracht komme, haben mehrere berühmte Rechtslehrer o) zu behaupten gesucht; die gegenseitige Meynung rechtfertigt sich aber schon durch die zum Meineyde erforderlichen Eigenschaften, und hat nach dem Gerichtsgebrauche kein Bedenken p). Weil Kaiser Carl der 5te bey der Anwendung der gesetzlichen Strafe des Meineydes einen rechtmäßigen, und nach vorhergegangener Notification abgeleisteten Eyd voraussetzt q), so ist daher die Strafe des Meineydes zu mildern, wenn es an den Eigenschaften eines sogenannten gelehrten Eydes ermangeln sollte r). Der Umstand, daß die Warnung vor dem Meineyde blos von dem Richter ohne Zuziehung eines Predigers geschehen sey, hat auf die Bestimmung der Strafe des Meineydes keinen Einfluß s), wiewohl es einige Rechtslehrer behaupten wollen t). Da man auch bey der Zurechnung der Verbrechen besonders auf die Absicht ihres Urhebers sehen muß u), so kann der Umstand, daß der abgelegte Eyd nach den in einem Staate herrschenden Religionsgrundsätzen falsch sey, als eine Milderungsursache nicht angesehen werden; besonders wenn der Meineydige zu der Zeit, da er den Eyd abgelegt hat, denselben nach seinen Religionsgrundsätzen für wahr und verbindlich halten müssen,

o) de BOEHMER ad Art. 107. C. C. §. 4. LEYSER Spec. 567. Med. 22. Westphal im Criminalrechte, 35ste Anmerk. §. 3. S. 114.

p) G. I. F. MEISTER in iur. crim. §. 255. Dorn im peinl. Rechte, §. 274. Stelzer im Criminalrechte, §. 682. 683.

q) Art. 107. der P. G. O.

r) WICHMANNSHAVSEN D. de periurio iudiciali. Hal. 1714.

s) Art. 107. der P. G. O.

t) MYLIVS D. de admonitione de vitando periurio quae fit per clericum. IDEM in Diss. de officio iud. et cler. in actu admonit. de vitando periurio.

u) Arg. L. 39. D. de furt. §. 7 et 18. Inst. de oblig. quae ex delict.

sen, und diejenigen Eigenschaften nur überhaupt vorhanden sind, die man zu einem rechtmäßigen Eyde erfordert [x]). Ein Jude, der wissentlich und nach den Grundsätzen seiner Religion falsch geschworen, ist daher, ohne auf den Ort zu sehen, wo es geschehen, billig einem Christen in der Bestrafung gleich zu achten [y]). Im Fall aber auch ein wirklicher Meineyd vorhanden seyn sollte, so ist jedoch die von dem Meineydigen angezogene Unwissenheit in den Religionswahrheiten [z]), der Mangel nöthiger Kenntnisse von den eigentlichen Verbindlichkeiten und Folgen, die aus dem abgelegten Eyde entstehen, und der nicht gefaßte Sinn des Urthels, als Milderungsursachen bey der Bestimmung der Strafe des Meineydes allerdings in vielen Betracht zu ziehen [a]). Sollte der Angeschuldigte die Unmöglichkeit, den Eyd zu halten [b]), erweisen können, oder sollte er sich auf seine Armuth berufen [c]), wodurch der Meineyd veranlaßt worden, oder sollte der durch den Meineyd verursachte Schaden von keiner Beträchtlichkeit seyn [d]), so ist sodann die Strafe des Meineydes billig zu mildern.

x) L. 5. §. 1. D. h. t. cap. 10. C. XXII. qu. 5. c. 16. C. XXII. qu. 1.

y) Gmelin von den Rechten der Juden in peinlichen Sachen, §. 17.

z) Meister in den rechtlichen Erkenntnissen, Dec. 16.

a) Carpzov in Pract. rer. crim. Qu. 47. nr. 51 et 52. Thomasius D. de fatuitate brocard. vulgar. causa fatua a dolo excusat. Hal. 1720. cap. 2. §. 15.

b) c. 10. X. h. t. Nettelbladt D. de necessitate eiusque effectu in iure, Hal. 1752. §. 24.

c) Meister a. a. O.

d) Carpzov in Pract rer. crim. Qu. 46. nr. 47. Kress ad Art. 107. C. C. §. 1. Harpprecht Dec. 40. nr. 41 sqq.

Lib. XII. Tit. III.
de in litem iurando.

§. 813 — 819.

Der Eyd, von dem in diesem Titel die Rede ist, gehört unter die Haupteyde, wodurch ein entstandener Proceß völlig entschieden wird, und er wird gebraucht, um den streitigen Werth einer Sache zu bestimmen. Will der Beklagte die von ihm geforderte Sache nicht herausgeben, oder kann er sie nicht herausgeben, weil er dieselbe vorsetzlicher Weise veräußert hat, oder er ist durch sein Verschulden darum gekommen, daß er sie nun nicht mehr in Natur zurückgeben kann, so geben die Gesetze dem Kläger das Recht, den Werth der verlangten Sache durch den Eyd zu bestimmen, und dieser Eyd heißt iuramentum in litem. Bey dem Werth einer jeden Sache kommt der Werth der Hauptsache in Betrachtung, und überdieses auch der verursachte Schaden, desgleichen der entgangene Gewinn. Diese beyden Stücke erfordern eine Bestimmung, welche in sehr vielen Fällen durch Kunstverständige angegeben werden kann, indem sie eine Taration vornehmen, und hier bedarf es keines Bestimmungseydes; sehr oft läßt sich aber von einer solchen Bestimmungsart kein Gebrauch machen, weil die Sache gar nicht mehr so beschaffen ist, daß ihr voriger Werth durch Kunstverständige gehörig angegeben werden kann. In diesen Fällen muß man seine Zuflucht zur eydlichen Angabe des Werthes nehmen, und diese kann vom Kläger und vom Beklagten geschehen, wenn einer von ihnen Schaden gelitten hat, den der Gegentheil ersetzen muß. Wird der Werth der Sache beschworen, so giebt der Schwörende entweder den gemei-

nen Werth an, das heißt, denjenigen, den auch andere Personen der Sache beylegen, oder er behauptet einen größern Werth, wobey er auf sein Wohlgefallen Rücksicht nimmt, das er an der Sache hat, oder er beschwört die geschehene Angabe eines besondern Interesse. Im ersten Falle heißt der Eyd iuramentum in litem veritatis [a]); im zweyten iuramentum in litem affectionis [b]); im dritten iuramentum singularis interesse [c]). Bestimmt man durch seinen Eyd den Werth der Hauptsache, die der Gegentheil zurück geben soll, so wird der Eyd iuramentum veritatis speciale genennt; beschwört man zugleich auch noch den Schaden, den man dadurch leidet, daß die Hauptsache nicht zurück gegeben werden kann, oder doch wenigstens nicht unbeschädigt, so heißt der Eyd iuramentum in litem singularis interesse.

Wenn der Affectionseyd statt finden soll, so muß der Proceß über die Zurückgabe einer solchen Sache geführt werden, bey der sich die Beylegung eines höhern als des gemeinen Werths aus vernünftigen Gründen denken läßt; dergleichen Sachen sind aber nur die sogenannten res non fungibiles, weil es hier äußerst selten möglich ist, eine Sache von eben der Güte für die veräußerte zu geben; hingegen bey rebus fungibilibus findet ein solcher Eyd nicht statt, weil es einerley ist, ob ich diese oder eine andere Sache von völlig gleicher Beschaffenheit besitze. Es muß auch nicht möglich seyn, daß die schuldige Sache zurück gegeben werden kann. Besitzt also der Gegentheil die Sache noch, und er will sie nur nicht herausgeben, so muß sie ihm durch richterliche Hülfe abgenommen werden, und er kann nicht vorschützen, der andere möge den Affectionseyd

a) L. 2. §. 1. L. 8. L. penult. D. h. t.

b) L. 1. L. 2. §. 1. L. 8. L. penult. D. h. t. L. 68. D. de rei vindicat.

c) L. 7. D. si seruit. vind. L. 7. pr. D. de administr. et peric. tutor. L. 15. §. 9. D. quod vi aut clam.

eyd schwören, er wolle schon bezahlen, was hierdurch festgesetzt worden sey.

Es fragt sich, geht es in allen Fällen an, den Affectionseyd zu leisten, wo der Gegentheil schuldig ist, Etwas abzuliefern? Gesetzt, ich habe von Jemandem Etwas gekauft, und nun will mir der Verkäufer die verkaufte Sache nicht abliefern, oder er kann es auch nicht, weil er die Sache vor meinen Augen vernichtet hat. Kann in dergleichen Fällen der Käufer darauf dringen, den Affectionseyd zu leisten? Dieses geht zwar bisweilen an, aber nicht allemal. Man nehme an, ich kaufe von Jemandem ein Manuscript, das nicht mehr zu haben ist, der Verkäufer will es nun nicht abliefern, sondern verbrennt es; hier kann ich mit Recht verlangen, daß ich zum Affectionseyde gelassen werde. Ist es möglich, das verbrannte Manuscript wieder zu schaffen, weil es noch an andern Orten existirt, so muß mir mein Verkäufer für das verbrannte ein anderes schaffen, oder er wird verurtheilt, mir so viel Geld zu bezahlen, als man braucht, um das verbrannte Manuscript wieder zu kaufen. Soll der Affectionseyd geschworen werden, so muß der dolus oder ein grobes Versehen des Beklagten Schuld daran seyn, daß er die Sache nicht wieder geben kann; wenn man daher etwas aus Versehen verlohren oder zerbrochen hat, so kann der Beschädigte nicht verlangen, daß er zum Affectionseyde gelassen werde. Der Richter ist zwar berechtigt, die Abschwörung dieses Eydes zuzuerkennen, aber der Beschädigte hat das Recht zu erklären, er wolle den Eyd nicht schwören, sondern mit dem gemeinen Werthe zufrieden seyn, und dieses kann er deswegen verlangen, weil die Ablegung des Affectionseydes eine Rechtswohlthat ist, auf die man Verzicht leisten kann.

Auf die Ablegung des iuramenti in litem veritatis kann alsdenn erkannt werden, wenn die Sache, welche der Beklagte ausliefern soll, nicht mehr in Natur herbeygeschafft werden, man auch ihren wahren Werth nicht mit Zuverläßigkeit herausbringen kann. Ist es möglich, den

wahren Werth der Sache auf andere Weise zu erfahren, so braucht man den Kläger nicht den wahren Werth derselben beschwören zu lassen, weil es immer bedenklich bleibt, den Kläger in seiner eigenen Sache ein Zeugniß ablegen zu lassen, welches durch die Leistung des angeführten Eydes geschieht. Der dolus des Beklagten, das heißt, weil er vorsetzlich daran Schuld ist, daß er die fremde Sache nicht ausliefern kann, wird ferner erfordert, wenn der Kläger zu diesem Eyde gelassen werden soll. Warum hat er die Sache vorsetzlich veräußert oder vernichtet? Die Gesetze halten ferner ein grobes Versehen für eben so strafbar, und erklären die Regel für anwendbar: lata culpa dolo aequiparatur [d]); ja man hat den Satz aufgestellt, wenn es ausgemacht ist, daß der Andere Etwas ausliefern soll, diese Sache ist aber nicht vorhanden, daher sie weder in Natur zurück gegeben, noch auch ihr Werth angegeben werden kann, so ist es billig, daß der Kläger den Werth der Sache durch seinen Eyd bestimmt: quotiescunque constat de debito, toties actor admitti potest ad iuramentum veritatis [e]). Bey der eydlichen Angabe des Werthes, welcher durch den Affectionseyd bestimmt werden soll, kann der Kläger über die Gränzen des wahren Werthes hinausgehen, und die Größe nach der Zuneigung bestimmen, die er zu der Sache hat. Dieses heißt, er kann in infinitum schwören; doch darf er die Gränzen der Billigkeit nicht ganz und gar überschreiten, welches in immensum schwören genennt wird. Findet der Richter eine augenscheinliche Unbilligkeit bey der eydlichen Angabe, so kann er die Summe mäßigen [f]). Nur die Hauptperson kann diese Eyde schwören und nicht der Prokurator. Der Vor-

d) L. 3 et 10. D. h. t.

e) L. 1. §. 40. D. depos. cap. 32. X. de iureiur. Leyser Spec. 279. Med. 2. Carpzov Iurispr. forens. Part. III. Const. 22. Def. 9.

f) Leyser Spec. 146.

Vormund kann nicht zu Ablegung dieses Eydes gezwungen werden; will er es freywillig thun, so ist es gut, z. B. wenn er die Sache genau weiß, kann er diesen Eyd ablegen [g]).

Wenn nun Jemand den Werth ersetzt hat, wird er nun Eigenthümer der bezahlten Sache? — War der Kläger wahrer Eigenthümer der bezahlten Sache, so wird der Beklagte nach der Vergütung des Werthes Eigenthümer davon; wenn aber derjenige, dem der Werth ersetzt worden ist, nicht Eigenthümer war, so bekommt auch der Beklagte kein Eigenthum; denn er ist in dolo, daß er die fremde Sache behalten hat, und daher kann er auch die Publicianische Klage nicht anstellen, weil er nicht bona fide zum Besitz derselben gekommen ist. Er kann auch nicht auf die Gewährsleistung klagen; denn warum hat er eine fremde Sache an sich genommen. Er kann auch nicht verlangen, daß der Kläger ihm seine actiones wider den cedire, an den er sich sonst halten könnte, weil er die Sache von ihm erhalten hat.

Hat Jemand dem Andern eine Sache mit Gewalt genommen, so kann der Kläger den Werth dieser Sache eydlich angeben. Er giebt die Summe des erlittenen Schadens an, und den Betrag des entgangenen Gewinns; der Richter mindert beyde Summen, und nun beschwört der Kläger die Summe. Dieser Eyd wird der Zenonianische Eyd genennt, weil der Kaiser Zeno über diesen Fall eine eigene Verordnung abgefaßt hat [h]). Da der Werth einer Sache bald steigt, bald fällt, indem eine Sache innerhalb eines gewissen Zeitraums für einen verschiedenen Preis gekauft werden kann, so fragt sichs, welcher Preis wird hier zum Maaßstabe genommen? Die Römer sahen

g) STRECKER Diss. de iuramento in litem quando pro pupillo tutor admitti potest.

h) LEYSER Spec. 146. Med. 7. HORN Diss. de iuramento Zenoniano.

bey actionibus bonae fidei auf den höchsten Werth, den die Sache einmal gehabt hatte, ehe das Urtheil gesprochen worden; hingegen bey actionibus stricti iuris wurde auf den Werth gesehen, den die Sache zur Zeit der Litiscontestation hatte. Bey uns muß der höchste Werth ersetzt werden, den die Sache hatte, als das Endurthel gesprochen worden ist. In Sachsen ist es hergebracht, daß der Beklagte, wenn der Kläger wegen eines mit Gewalt verursachten Schadens auf dessen Vergütung geklagt, und die Summe seines Schadens angegeben hat, verlangen kann, er wolle diese Summe durch seinen Eyd mindern, das heißt, er wolle schwören: daß sich die Summe des angegebenen Schadens nach der Billigkeit nicht höher als auf den angenommenen Betrag belaufe, und dieser Eyd wird der Minderungseyd genennt [i]).

Lib. XII. Tit. IV.

de condictione causa data, causa non secuta.

§. 820 — 824.

Dieser und die folgenden Titel enthalten Grundsätze von Klagen, welche unmittelbar aus den Gesetzen herrühren. Wie man aus der L. 25. D. de oblig. et act. sieht, wurden bey den Römern alle persönlichen Klagen überhaupt condictiones genennt; im engern Verstande hieß aber condictio eine solche Klage, welche sich unmittelbar auf die Verordnung eines Gesetzes gründete. In manchen Fällen

i) Wernher Obs. Part. IV. Obs. 151. nr. 381. Berlich in Conclus. Part. I. Concl. 33. nr. 4.

Fällen ist durch die Gesetze, des persönlichen unmittelbar aus dem Gesetz entspringenden Rechts wegen, die Klage mit einem eigenen Namen belegt worden, und eine solche Klage ist die condictio causa data, causa non secuta, welche im Coder condictio ob causam datorum genennt wird [a]).

Der Grund der gegenwärtigen Klage ist die durch die Gesetze bestätigte natürliche Billigkeit [b]), daß derjenige, welcher außer einem benannten Contracte [c]), wegen eines zu erfüllenden oder nicht erfüllten [d]) ehrbaren Endzwecks [e]) etwas erhalten hat, mit des Andern Schaden sich nicht bereichere. Es muß also 1) Jemand zu dem Ende etwas erhalten haben, daß er einen gewissen Endzweck erfüllen sollen; dieser Endzweck wird in Gesetzen causa genennt. Diese Condiction setzt also eine causam *futuram* voraus; denn hat man Jemandem wegen etwas Vergangenen eine Sache gegeben, so ist dieses entweder aus Irrthum geschehen, oder nicht. Im ersten Falle hatte man condictionem indebiti: im zweyten aber fällt alles Zurückfordern weg [f]). Dieser zu erfüllende Endzweck muß 2) ehrbar seyn, und er kann darin bestehen, daß uns der Andere für unsere Sache eine andere geben soll, oder daß etwas geschehen oder nicht geschehen

a) Eckard in Exam. action. forens. Part. VII. pag. 1. Andr. Clvdivs D. de condictione causa data, causa non secuta, Francof. 1610. Gottfr. Strauss D. de condictione causa data, causa non secuta, Viteb. 1670 Frid. Wieger D. de condictione causa data, causa non secuta, Ien. 1675. Io. Christ. Hoeger Diss. de vsu condictionis causa data, causa non secuta, Alt. 1714.

b) L. 65. §. 4. D. de condict. indeb.

c) L. 5. C. de oblig. et act. L. 8 et 12. C. de contrah. emt. vend. L. 6 et 14. C. de rescind. vendit.

d) L. 52. D. de condict. indeb.

e) L. 1. D. h. t. L. 1. §. 1. D. de condict. ob turp. causam.

f) L. 52. D. de condict. indeb.

soll. Ist etwas ob causam futuram inhonestam gegeben worden, so muß condictio ob turpem causam angestellt werden. 3) Muß der Zweck, warum etwas gegeben worden, nicht erreicht worden seyn. Endlich ist auch 4) nöthig, daß der Andere außer einem benamten Contract zu Erfüllung eines ehrbaren Endzwecks etwas erhalten habe. Die Römer bedienten sich dieser Klage hauptsächlich bey contractibus innominatis, weil derjenige, der sich das pactum nudum noch nicht hatte erfüllen lassen, durch eine Reue wieder davon abgehen und das Gegebene oder Erlassene mit dieser Condiction wieder zurück fordern konnte. Wenn man daher bey einem benamten Contract dem Andern wegen eines zu erfüllenden Endzwecks etwas gegeben hat, z. B. der Verkäufer hat dem Käufer das Haus tradirt, damit ihm dieser das Kaufgeld bezahlen soll, so findet deshalb keine Reue statt, und es kann daher der Verkäufer deswegen, weil der Käufer mit der Bezahlung des Kaufgeldes zögerte, das Haus durch die gegenwärtige Condiction nicht zurück fordern, sondern er muß actione venditi auf die Erfüllung des Contracts klagen. Dasjenige, was der Andere zur Erfüllung des Endzwecks erhalten hat, kann übrigens entweder in einer gewissen Größe, in einer individuellen Sache, oder in Etwas anderm bestehen. Im ersten Falle ist die gegenwärtige Condiction als eine condictio *certi* zu beurtheilen, im letztern aber als condictio *incerti*; z. B. man hat Jemandem wegen eines zu erfüllenden, aber nicht erfolgten ehrbaren Endzwecks eine Schuld erlassen, und ihm deswegen seine Handschrift herausgegeben. Gesetzt, er hätte versprochen, meines Bruders Tochter zu heyrathen, und ich habe ihm deswegen die Schuld, welche er an mich zu bezahlen hat, erlassen; er heyrathet aber nachher doch meines Bruders Tochter nicht.

Der Kläger ist derjenige, welcher wegen eines ehrbaren Endzwecks etwas gegeben [g]) oder erlassen hat.

g) L. 1. pr. §. 1. D. h. t. L. 3. pr. et L. fin. D. eod.

hat [h]). Auch der Erbe kann von dieser Condiction Gebrauch machen, wenn sein Erblasser schon erklärt hatte, daß er den Vertrag aufheben wolle, und das Gegebene zurück verlange [i]). Wie bereits bemerkt worden, so konnte bey einem unbenamten Contract derjenige, der sich das pactum bilaterale nudum noch nicht hatte erfüllen lassen, durch eine Reue vom Vertrage wieder abgehen, und dasjenige, was er dem Andern bereits gegeben, mit dieser Condiction zurück fordern. Gesetzt nun aber, er hatte bey seinem Leben keine Reue geäußert, sondern war ohne solche gestorben, so konnte sein Erbe den Contract durch seine eigene Reue nicht aufheben, und es stand ihm aus diesem Grunde nicht frey, das Gegebene durch die gegenwärtige Condiction zurück zu fordern, vielmehr mußte er actione praescriptis verbis auf die Erfüllung des unbenamten Contractes klagen [k]). Verweigert der Andere die Erfüllung des Contractes auch jetzt ohne gegründete Ursache, so kann freylich der Erbe, wegen der von Seiten des Annehmers nicht geschehenen Erfüllung des Endzwecks, die gegenwärtige Condiction anstellen, damit sich der Beklagte nicht mit dem Schaden eines Andern bereichere [l]).

Der Beklagte ist derjenige, der wegen eines zu erfüllenden ehrbaren Endzwecks etwas erhalten, welcher Endzweck aber nicht erfüllt worden ist, entweder weil der Beklagte ihn nicht bewerkstelligen will [m]), oder weil er es wegen der Reue des Gebers nicht kann [n]). Heutiges Tages kann man diese Klage deswegen nicht anstellen, weil man

h) L. 4. L. 10. D. h. t. L. 4. C. de condict. ob caus. dat.

i) Arg. L. 32. §. 4. D. de donat. int. vir. et vxor.

k) Arg. L. 32. §. 2 et 3. D. de donat. int. vir. et vxor. LAUTERBACH in Coll. Pand. h. t. §. 10.

l) L. 2 et 3. C. de cond. ob caus. dator.

m) L. 3. §. 2. C. de condict. causa data. L. 8. C. de cond. ob caus. dator.

n) L. 3. §. 2. L. 5. pr. et §. vlt. D. h. t. VOET h. t. nr. 4 sqq.

den Contract nicht halten will, und man seine Rette deswegen zu erkennen gegeben o); es müßten denn Landesgesetze das römische Recht ausdrücklich bestätigt haben, welches z. B. im Würtembergischen der Fall ist p), oder es müßte eine offenbare Billigkeit dazu vorhanden seyn, weil sich nach Eingehung des unbenamten Contracts solche Umstände ereignet haben, daß, wenn man solche hätte vorher sehen können, man dem Andern die Sache gar nicht gegeben haben würde q). Wider den Erben kann diese Condiction allerdings angestellt werden, theils weil die Klage eine actio rei persecutoria ist, theils auch der Erbe sich mit des Klägers Schaden nicht bereichern darf r); aber wider einen besondern Nachfolger darf sie nicht angestellt werden, denn sie ist eine actio mere personalis, und nicht in rem scripta s).

Das Gesuch geht auf die Wiederherausgabe des Gegebenen mit allen Nutzungen und Zubehör, ohne darauf zu sehen, ob die gegebene Sache körperlich, beweglich, oder unbeweglich t), oder unkörperlich sey, und z. B. in einer Sicherheitsbestellung u) oder Befreyung x) besteht. Gesetzt, ein Frauenzimmer verspricht sich mit ihrem Schuldner, der ihr 1000 Rthlr. schuldig ist. Sie erklärt sich, er solle diese 1000 Rthlr. als Brautschatz ansehen. Hält nun der Bräutigam sein Wort nicht, und heyrathet sie nicht, so kann sie ihre 1000 Rthlr. durch gegenwärtige Condiction zurück fordern y). Von Nutzungen können auch

o) Boehmer de actionib. Sect. II. cap. 5. §. 22. Pütters Rechtsfälle, 1ster Thl. Nr. 36.

p) Lavterbach in Coll. Pand. Lib. 19. tit. 4. §. 6.

q) Barth in not. ad Schacheri Coll. pract. h. t. pag. 273. Hermann de action. for. §. 256. pag. 747.

r) L. 8. C. de cond. ob cauf. dator.

s) L. 4. C. de rerum permut.

t) L. 1. §. 1. L. 7. D. h. t.

u) L. 4. C. de condict. ob cauf. dator.

x) L. 4. D. de cond. causa data.

y) L. 10. D. de condict. causa data.

auch diejenigen zurück gefordert werden, welche der Beklagte vor der Einlassung auf die Klage erhoben hat [z]), und nur diejenigen sind ausgenommen, welche von ihm bereits bona fide verzehrt worden sind. Bey den Römern konnte man der Regel nach keine Zinsen durch die gegenwärtige Condiction fordern [a]), weil der Beklagte weiter nichts zu restituiren brauchte, als dasjenige, was ihm durch das von Klägern Erhaltene zu Theil geworden war, Zinsen aber hatte er nicht bekommen. Bey uns wird es in Ansehung der Zinsen eben so gehalten, wie bey den Fällen, wo die condictio indebiti statt findet.

Die Einreden, welche der gegenwärtigen Condiction entgegen gestellt werden können, sind verschieden, und zwar 1) kann der Beklagte vorschützen, er habe nichts erhalten. Jetzt muß der Kläger darthun, daß er wirklich etwas bekommen habe. 2) Kann vorgeschützt werden, es sey bey der Gebung oder Erlassung kein Endzweck angeführt worden; denn Kläger habe nichts gesagt, daß er Beklagtem die Sache wegen eines künftig zu erfüllenden Endzwecks gebe, welches er doch deutlich erklären sollen [b]). Diese Einrede kann durch die Replik entkräftet werden, daß der Endzweck vermöge der Natur der Sache schon stillschweigend angezeigt worden [c]), welcher Fall z. B. alsdenn eintreten würde, wenn Jemand dem Bräutigam seiner Tochter, noch vor geschehener Verheyrathung, 2000 Rthlr. als Brautschatz ausgezahlt hätte, und nun würde aus der Heyrath nichts. Der Beklagte kann 3) vorschützen, der Endzweck sey schon erfüllt, nur muß er dieses beweisen [d]); oder 4) der Endzweck bestehe in etwas Unehrbarem; denn hier gilt die Regel: in pari turpitudine melior est conditio

z) L. 38. §. 1. D. de vsur.
a) L. 3. C. de vsur.
b) L. 7. C. de condict. ob cauf. dator.
c) L. 6. 7. 8. D. de condict. cauf. data.
d) L. 1. pr. D. h. t.

ditio possidentis, so daß nicht einmal die condictio ob turpem causam statt hat [e]).

Außer den angeführten Einreden kann 5) vorgeschützt werden, der Kläger habe die Erfüllung des Endzwecks selbst gehindert [f]); z. B. der Beklagte hat die Klägerin, welche ihm in der Voraussetzung einer künftigen Ehe verschiedenes gegeben, wirklich heyrathen wollen, sie hat sich aber nachher mit einer andern Mannsperson eingelassen. Es kann 6) vorgeschützt werden, Kläger habe sich der Erfüllung begeben; z. B. die Klägerin hat sich gegen den Beklagten erklärt, sie wolle ihn nun nicht heyrathen. Jetzt ist eine Erlassung der Verbindlichkeit geschehen, welche freylich der Beklagte beweisen muß, wenn sie geläugnet worden. Man kann 7) vorschützen, die Sache sey ohne Beklagtens Verschulden zu Grunde gegangen [g]); z. B. das Haus, welches ich dem Andern für das Seinige geben sollen, ist durch einen Unglücksfall abgebrannt. Es kann 8) die Einrede vorgeschützt werden, Kläger sey zuvörderst schuldig, den Beklagten schadlos zu halten [h]). Gesetzt, ich habe für Jemanden eine weite Reise machen sollen, und er hat mir zu dem Ende 100 Rthlr. gegeben. Ich habe schon alle Anstalten zu der Reise gemacht, und deswegen einen Aufwand von 30 Rthlrn. gehabt. Nun besinnt er sich anders, und will mich nicht reisen lassen, sondern fordert seine 100 Rthlr. zurück. Hier kann ich verlangen, daß er sich die 30 Rthlr. abziehen lasse, weil es unbillig seyn würde, daß ich für meine Gefälligkeit Schaden leiden sollte. Man kann 9) vorschützen, die Klage habe wider Beklagten nicht statt [i]). Dieser Fall würde

e) L. 8. D. de condict. ob turp. caus.

f) L. 2. D. h. t. L. 5. §. 1. in fine D. de praescr. verb.

g) L. 5. §. 1. D. de praescr. verb. L. 1. C. de condict. ob caus. dator. Boehmer de action. Sect. II. cap. 5. §. 21 et 22.

h) L. 5 pr. D. h. t. Voet l. c.

i) L. 4. C. de rer. permut.

würde eintreten, wenn ſie wider einen beſondern Beſitzer angeſtellt worden. Hier muß man unterſuchen, ob wider ſelbigen nicht etwa die Reivindication angeſtellt werden kann, wovon in der L. 1. C. de donat. quae ſub modo ein Fall vorkommt. Ein Frauenzimmer hatte Jemandem ein Haus zu dem Ende geſchenkt, daß er ſie dafür lebenslang erhalten ſollte. Er that dieſes nicht, und hatte das Haus an einen Dritten verkauft. Hier wird im Geſetz geſagt, es könne wider den Dritten vtilis rei vindicatio angeſtellt werden. Man kann ferner 10) vorſchützen, daß zu viel gefordert worden ſey [k]), welches alsdenn der Fall ſeyn würde, wenn der Kläger auch Zinſen vom Beklagten verlangt hätte, da er doch weder in mora geweſen, noch ſelbſt Zinſen von dem Gelde erhoben hat. Es kann 11) vorgeſchützt werden, daß dasjenige, was erfüllt werden ſollen, in etwas Unmöglichem beſtanden habe [l]). Es iſt gleichviel, ob die Unmöglichkeit phyſiſch oder moraliſch iſt. Hierauf kann replicirt werden, daß Klägern dieſer Umſtand unbekannt geweſen, ſondern er habe ſich die Sache vielmehr als möglich vorgeſtellt [m]); der Beklagte muß aber gleichwohl das Erhaltene wieder zurück geben. Endlich kann 12) vorgeſchützt werden, die Klage ſey bereits durch die Verjährung erloſchen, welches in 30 Jahren geſchieht.

k) L. 24. D. de praeſcr. verb. L. 3. C. de vſur. BERGER in Oecon. iur. Lib. III. tit. 6. th. 6. nr. 2. LVDOVICI in doctr. Pand. Lib. XII. tit. 4. §. vlt.

l) L. 8. C. de condict. ob cauſ. dator.

m) L. 53. D. de reg. iur. L. 5. C. de condict. ob cauſ. dator.

Lib. XII. Tit. V.

de

condictione ob turpem vel inhoneſtam cauſam.

§. 825. 826.

Der Grund der in dieſem Titel vorkommenden Condiction [a]) beſteht in der unmittelbar durch die Geſetze beſtätigten natürlichen Billigkeit, daß derjenige, welcher Etwas erhalten hat, um einen von ſeiner Seite ſchändlichen oder ungerechten Endzweck zu erfüllen, davon zu des Andern ſeinem Schaden keinen Gewinn habe. Ein ſchändlicher Endzweck, cauſa turpis, iſt derjenige, welcher der Ehrbarkeit und den guten Sitten zuwider iſt. Ein ungerechter Endzweck wird es genannt, iniuſta cauſa, wenn er den Zwangsgeſetzen zuwider iſt. Solche Fälle würden es ſeyn, wenn Jemandem Etwas gegeben worden, damit er Etwas unterlaſſe, was er ſchon vermöge des Gefühls der Ehrbarkeit, oder wegen der Verordnung der Geſetze nicht thun ſollte; z. B. daß er nicht nackend auf der Straße herum läuft, daß er ſich nicht vollrinke, daß er keinen Diebſtahl begehe, daß er Niemanden injurire [b]); oder wenn Jemand, welcher eine Handlung nicht unternehmen wollen, wenn ihm nicht erſt etwas dafür gegeben worden, wirklich etwas in der Abſicht erhalten hat, da er es

a) Andr. CLVDII Diſſ. de condictione ob turpem vel iniuſtam cauſam, Helmſt. 1608. Io. Chriſt. SCHROETER in Progr. de condictione ob turpem cauſam, Ien. 1715.

b) L. 2. pr. D. h. t.

es doch schon aus Ehrbarkeit umsonst thun sollte, oder weil es die Gesetze befehlen. Ein solcher Fall würde es seyn, wenn Jemand die ihm in Verwahrung gegebene, geliehene, verlohrne und von ihm gefundene, oder auch die gestohlne Sache nicht eher herausgeben wollen, als bis er etwas bekommen hat [c]).

Der Kläger ist derjenige, welcher dem Andern wegen eines solchen schändlichen oder ungerechten Endzwecks Etwas gegeben [d]), oder erlassen [e]) hat. Ist keines von beyden noch wirklich geschehen, sondern er hat es nur erst zu thun versprochen, so braucht er nicht zu klagen, sondern kann es abwarten, bis der Andere das Versprochene von ihm fordert, und nun kann er sich durch die exceptionem doli mali oder in factum wider ihn schützen [f]). Weil diese Condiction unter die die Sache verfolgenden Klagen, actio rei persecutoria, gehört, so kann sie auch von den Erben angestellt werden [g]).

Man stellt die Condiction wider denjenigen an, welcher wegen eines auf seiner Seite schändlichen oder ungerechten Endzwecks Etwas erhalten hat, er mag das Schändliche oder Ungerechte wegen des Erhaltenen unterlassen, oder doch gethan haben [h]); z. B. er hat etwas bekommen, um den Kläger nicht zu beschimpfen. Dieses muß er zurück geben, er mag ihn injurirt haben, oder nicht. Wider den Erben kann die Condiction zwar auch angestellt werden [i]), aber nicht wider einen dritten besondern Nach-

c) L. 2. §. 1. L. 4. §. vlt. L. fin. pr. D. h. t. L. penult. L. vlt. C. de condict. ob turp. vel iniust. caus. L. 7. §. 3. D. de pact. L. 43. §. 9. D. de furt.

d) L. 1. pr. D. h. t.

e) L. 115. D. de reg. iur. L. 10. D. de cond. causa data.

f) L. 8. D. L. 5. C. h. t.

g) L. 37. D. de acquir. hered. L. 59. L. 128. §. 1. D. de reg. iur.

h) L. 1. §. 2. D. L. 4. C. h. t.

i) L. 7. §. 2. D. de cond. furt.

Nachfolger; denn sie ist zwar eine actio personalis rei persecutoria, nicht aber in rem scripta, weil der Kläger dem Beklagten die Sache doch mit seinem Willen zu eigen überlassen hat.

Die Bitte wird auf die Zurückgabe des Erhaltenen [k]) mit allen Nutzungen und der Zubehör [l]), oder wenn die Sache nicht mehr vorhanden seyn sollte, auf die Bezahlung ihres Werthes gerichtet [m]), z. B. wenn der Beklagte das erhaltene Faß Wein ausgetrunken hat. In Ansehung der Zinsen gelten eben die Grundsätze, welche bey der condictione indebiti angewendet werden [n]).

Der Beklagte kann vorschützen, 1) er habe die Sache nicht aus schändlichen oder ungerechten Absichten erhalten [o]); nunmehr muß Kläger die Schändlichkeit beweisen. Man nehme an, der Kläger hat dem Beklagten, der seine verlohrne Sache gefunden, oder der solche in guter Verwahrung gehabt, von freyen Stücken und gutwillig, Etwas zur Erkenntlichkeit gegeben; dieses kann er nicht zurückfordern. Es kann 2) vorgeschützt werden, Kläger habe sich seines Rechts begeben, indem er nach der Zeit erkläret, ob er gleich die gegebene Sache condictione ob turpem causam zurückfordern könne, so wolle er es doch nicht thun, sondern die Sache gut seyn lassen [p]). Gesetzt, der Kläger hat dem Beklagten, der ihm seine in Verwahrung gehabte Sache nicht herausgeben wollte, versprochen, er wolle ihm einen Dukaten geben, wenn er ihm solche ohne Widerrede herausgeben würde. Der Beklagte giebt nun die

k) L. 1. §. 2. L. 2. pr. §. 1. D. h. t.

l) L. 7. §. 1. L. 12. D. de cond. causa data. L. 38. §. 1. sqq. D. de vsuris.

m) L. 7. C. de cond. ob turp. caus. L. 8. D. de condict. furt. L. 65. §. 6. D. de cond. indeb.

n) L. 4. C. de condict. ob turp. caus.

o) L. 4. §. 4. D. h. t. LAVTERBACH h. t. §. 6.

p) L. 8. D. de condict. ab turp. caus.

die Sache an den Kläger heraus, und dieser giebt ihm den Dukaten wirklich, jedoch mit der Erklärung, ob er es gleich nicht schuldig sey, ihm den Dukaten zu geben, so wolle er es doch thun. Hier fällt die Zurückforderung weg, und der Dukaten ist als geschenkt zu betrachten. 3) Kann vorgeschützt werden, Kläger habe allein schändlich oder ungerecht gehandelt [q]). Dieser Fall trat bey den Römern ein, wenn Jemand öffentlichen Huren Geld oder andere Sachen gegeben hatte. 4) Hat die Einrede statt, Kläger habe selbst nicht gut gehandelt [r]). Gesetzt, ich gebe Jemandem 5 Rthlr., den Andern auszuprügeln. Er verspricht es zu thun, thut es aber nicht. Hier kann ich die 5 Rthlr. nicht durch gegenwärtige Condiction zurück fordern; denn es heißt: in pari turpitudine melior est conditio possidentis. Erfährt die Obrigkeit Etwas davon, so muß der Beklagte die 5 Rthlr. herausgeben [s]). Eben aus dem Grunde kann das zu unerlaubten und abergläubischen Handlungen hergegebene Geld nicht zurück gefordert werden, sondern ist dem Fiscus verfallen, wenn der Betrüger im Stande ist, dasselbe zu erstatten [t]). Es kann 5) vorgeschützt werden, Kläger fordere zu viel, welches alsdenn der Fall seyn würde, wenn der Kläger ungegründeter Weise Zinsen gefordert hätte [u]). Auch die Einrede der Verjährung kann 6) vorgeschützt werden, doch wird hierzu ein Zeitraum von 30 Jahren erfordert. Unstatthaft ist hingegen die Einrede, daß die Sache durch einen Unglücksfall verlohren gegangen; denn selbst in diesem Falle muß der Beklagte den Werth bezahlen, weil er in perpetua mora restituendi ist.

Die

q) L. 4. §. 3. D. h. t. LAUTERBACH h. t. §. 11.

r) L. 2. §. 2. L. 3. L. 4. pr. §. 1. D. h. t.

s) L. 9. in f. D. de iure fisci

t) Hr. HR. Geiger und Glück in den Rechtsfällen, 2ter Band, 32ste Abhandl.

u) L. 4. C. de cond. ob turp. caus.

Die condictio ob turpem causam wird also angestellt, wenn ich 1) Jemandem etwas gegeben habe wegen einer Ursache, welche schon die gesunde Vernunft für schändlich erklärt, oder welche wenigstens in den bürgerlichen Gesetzen als schändlich angesehen wird, und zwar 2) so, daß die Schande nur den Andern trifft, welcher das Gegebene erhalten hat. Die römischen Rechtsgelehrten sagten, wenn etwas einer schändlichen Ursache wegen gegeben wird, so fällt entweder die Schande auf beyde, den Gebenden und den Empfänger, alter turpiter dat, alter turpiter accipit, oder bloß auf den Gebenden, oder bloß auf den Empfänger. Im ersten Fall soll das Gegebene nicht zurück gefordert werden können, weil hier der Satz anwendbar ist: in pari turpitudine melior est ratio possidentis. Wenn ich also einem etwas gegeben habe, um einen Dritten zu verwunden, zu injuriren, so kann ich es nicht zurück fordern. Daß man das, was man im Spiel verlohren hat, zurück fordern kann, ist eine Ausnahme von der Regel: denn freylich hat der, welcher verspielt hat, die Gesetze eben sowohl übertreten, als der Gewinner. Im zweyten Falle, wenn die Schande allein den Geber trifft, hat die Zurückforderung eben so wenig statt. Daher sagt Ulpian in der L. 4. §. 2. D. h. t.: es könne einer nicht zurück fordern, was er einer Hure gegeben habe, quia meretrix turpiter facit, quod sit meretrix, non turpiter accipit, cum sit meretrix. Hingegen im dritten Fall, wenn die Schande blos auf Seiten des Empfängers ist, kann das Gegebene durch die Condiction ex turpi causa zurück gefordert werden. Wenn also z. B. Jemand von mir Geld empfangen hat, um einen Dritten nicht zu beschimpfen, nicht zu betrügen, nicht zu bestehlen u. s. f., so kann ich das Geld condiciren. Oder Jemand will mir nicht leisten, wozu er doch verbunden ist, will mir z. B. eine geliehene oder deponirte Sache nicht zurückgeben, der Erbe will mir das Vermächtniß nicht auszahlen, wie er doch schuldig ist; der Cassirer bezahlt mir meine Besoldung nicht, u. s. f. ich gebe also etwas, um

zu erhalten, was mir ohnehin gehört, so hat in diesen Fällen condictio ob turpem causam statt. Diese Klage wird besonders gebraucht, wenn Obrigkeiten von Unterthanen Geld genommen, ob sie gleich ihre Gewalt gemißbraucht haben; z. B. es wird Jemand vom Richter unschuldiger Weise ins Gefängniß geworfen, und er giebt Geld, damit er nur wieder loskommt. Dieses Geld kann condictione ob turpem causam zurück gefordert werden. Der Schaden, der solchen Personen in diesen Fällen verursacht worden, wird durch das iuramentum Zenonianum bestimmt x). Von beyden Seiten ist eine turpitudo vorhanden, wenn Jemand den Richter bestochen hat, ein ungerechtes Urthel abzufassen.

Die condictio ob causam iniustam hat nach der gewöhnlichen Vorstellungsart der Rechtslehrer statt, wenn ich Jemandem Etwas gegeben habe aus einer Ursache, wegen der zwar eine Klage statt fand, aber eine solche, gegen welche ich mich mit einer Exception hätte schützen können; z. B. ich war gezwungen worden, Jemandem Etwas durch eine Stipulation zu versprechen, und ich habe es auch gegeben. Hier findet die condictio ex causa iniusta statt. Man bemerke, daß der Ausdruck, causa *iniusta*, in einem doppelten Verstande gebraucht wird, nämlich 1) in dem Verstande, wovon im vorigen Titel gehandelt worden, und 2) in einem sehr eingeschränkten Verstande, wo causa iniusta für eine solche causa genommen wird, die zwar nach dem strengen Rechte als gültig betrachtet werden muß, die aber doch wider die natürliche Billigkeit anstößt. Heutzutage ist diese Condiction sehr selten anwendbar, außer bey Wechseln, wenn Jemand Geld auf einen Wechsel bezahlen müssen, ob er gleich die Valuta niemals erhalten hat. Ferner wird ein indebitum solutum durch diese Condiction zurück gefordert, wenn man Etwas bezahlt hat, was man nicht zu geben schuldig

x) Leyser Spec. 147. Med. 5.

war, sondern man bezahlte es aus Irrthum, weil man glauben mußte, man sey es schuldig, und nachher fand sichs, daß man nichts schuldig sey. Diese Sache kann der Andere ohne Unbilligkeit nicht behalten, weil Niemand mit des Andern Schaden reicher werden soll [y]). Uebrigens zieht die condictio ob iniustam causam keine Ehrlosigkeit nach sich [z]), weil sie blos rei persecutoria ist, die nicht ex facto illicito, sondern propter factum illicitum, immediate ex aequitate angestellt wird.

Lib. XII. Tit. VI.
de condictione indebiti.

§. 827 — 835.

Unter die Handlungen, wodurch man eben so stark verbindlich wird, als wenn man einen Contract geschlossen hätte, gehört die Bezahlung einer Nichtschuld, indebiti solutio. Bezahle ich Jmandem etwas aus Irrthum, was ich ihm nicht schuldig bin, und mein Irrthum verdient Entschuldigung, der Andere hätte auch nicht einmal nach dem Naturrechte eine gegründete Forderung an mich, so kann ich das Bezahlte eben so gut zurück fordern, als ob er mir die Zurückbezahlung versprochen hätte, quasi contraxissem. Unter bezahlen versteht man hier nicht blos das, was man im gemeinen Leben bezahlen nennt, das heißt, eine Geldschuld abtragen, sondern das Wort bezahlen wird hier in der allgemeinen juristischen Bedeutung gebraucht, wo bezahlen so viel heißt, als etwas leisten

y) L. 14. L. 66. D. h. t.
z) L. 36. D. de obligat. et action.

leisten oder thun, in der Absicht, mich von einer Verbindlichkeit zu befreyen. Der wahre Grund dieser Befugniß, die Nichtschuld zurück fordern zu können, besteht in der Verordnung der Gesetze, daß sich Niemand mit eines Andern Schaden bereichern soll [a]). Ob der, welchem ich die Nichtschuld bezahlt habe, sie wissentlich oder unwissend, bona oder mala fide angenommen, ist in so weit gleichgültig, daß er in beyden Fällen auf die Zurückgabe belangt werden kann; führe ich aber in der Klage an, der Beklagte habe es gewußt, ich sey ihm nichts schuldig, und gleichwohl habe er die Bezahlung von mir verlangt, so ist die Klage nicht condictio indebiti, sondern furtiua. Er muß die Zahlung verlangt haben; denn habe ich sie ihm freywillig, ohne sein Verlangen geleistet, so darf er nicht als ein Dieb beurtheilt werden.

Die Zahlung muß von mir aus Irrthum geleistet worden seyn, das heißt, weil ich entweder gewiß geglaubt habe, daß ich schuldig sey, oder ich zweifelte wenigstens, ob ich es nicht sey. Bezahle ich wissentlich Etwas, was ich nicht schuldig bin, so darf ich es auch nicht durch die condictionem indebiti zurück fordern, ob ich gleich nach Beschaffenheit der Umstände eine andere Klage, z. B. die condictionem sine causa, oder ex iniusta causa anstellen kann. Von diesem Fall ist Ulpian zu verstehen, welcher in der L. 26. pr. §. 1 et 2. D. h. t. die Bemerkung macht, daß derjenige, welcher von einem unverzinslichen Kapital Zinsen bezahlt hat, da er es doch wußte, daß er keine schuldig sey, die Zinsen nicht als eine Nichtschuld zurück fordern dürfe [b]).

Der Irrthum muß ferner Entschuldigung verdienen, und dieses ist unstreitig alsdenn der Fall, wenn der

a) Hr. Prof. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 35.

b) Weber in tract. de vsuris indebite solutis, Suerin. 1783. §. 17 sqq.

Irrthum sich auf die Unwissenheit einer Handlung gründet, z. B. ich habe es nicht gewußt, daß mein Erblasser die Schuld schon bezahlt habe. Wie steht es aber mit einem Irrthum, der aus der Unwissenheit der Gesetze herrührt; verdient auch dieser Entschuldigung? — Die Gesetze verordnen, wenn ein Soldat, oder ein Minderjähriger aus Unwissenheit der Gesetze eine Nichtschuld bezahlt hat, so können sie dieselbe zurück fordern, weil ihnen die Unbekanntschaft mit dem Inhalt der Gesetze unschädlich ist. Bezahlt Jemand, der kein Soldat ist und auch kein Minderjähriger, eine Nichtschuld, und er vermindert dadurch sein baares Vermögen, certat de damno vitando, so kann er die Nichtschuld ebenfalls zurück fordern. Unstatthaft ist die condictio indebiti, wenn Jemand durch die Bezahlung einer Nichtschuld blos einen Profit verlohren, eine Vermehrung seines Vermögens dadurch gehindert hat, certat de lucro captando. Gesetzt, es verlangt Jemand die Bezahlung einer Schuld von mir, die ihm mein Vater bezahlen sollen, ich bin nicht meines Vaters Erbe geworden, bezahle aber doch diese Post, weil ich glaube, ein Sohn sey schuldig, die Schulden seines Vaters zu bezahlen. Hier habe ich zwar aus Unwissenheit der Gesetze bezahlt; ich kann aber doch die Nichtschuld zurück fordern, weil mein Vermögen durch diese Bezahlung vermindert worden ist. Gesetzt aber, der Erbe bezahlt alle Legate, ohne das Falcidische Viertel davon abzuziehen, weil er von diesem Rechte nichts weiß; kann er das Falcidische Viertel nun doch noch zurück fordern? — Nein; denn er will sich bereichern, sein Vermögen durch dieses Viertel vergrößern, in diesen Fällen ist aber die Unwissenheit der Gesetze schädlich. Die Rechtslehrer haben auch über die Frage: ob die condictio indebiti statt finde, wenn ich ein indebitum aus Unwissenheit der Gesetze auszahle, sehr mit einander gestritten, und viele wollen dieselbe gar nicht zugeben [c]). Andere Rechtslehrer sind

c) Fachinaevs in controuers. Lib. VIII. cap. 106.

Lib.

sind der Meynung, welche ich vorgetragen habe d). Das Hauptgesetz, worauf sich jene Rechtslehrer stützen, ist die L. 10. C. de iur. et facti ignor. wo es heißt: cum quis *ius ignorans* indebitam pecuniam soluerit, cessat repetitio. Per ignorantiam enim *facti* tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est. Dagegen sagt aber Papinian in der L. 8. D. de iur. et facti ignor.: caeterum *omnibus iuris error* in damnis amittendae rei suae non nocet, und in dem ganzen Titel der Pandekten de condictione indebiti wird kein Unterschied zwischen einem errore iuris und facti gemacht. Das Rescript in der L. 10. C. ist wahrscheinlich in einem Fall ertheilt worden, wo die Condiction noch besonderer Umstände wegen wegfiel.

Was man als ein indebitum zurück fordern will, muß *naturaliter* indebitum seyn. Wenn ich nämlich Jemandem Etwas indebite bezahle, so sind drey Fälle möglich, als a) ich bin es ihm weder nach den natürlichen noch nach den bürgerlichen Gesetzen schuldig, indebitum *naturaliter* et *ciuiliter* tale; oder b) ich bin es ihm nach den bürgerlichen Gesetzen schuldig, aber nicht nach den natürlichen, indebitum naturaliter, debitum *ciuiliter*; oder c) ich bin es ihm nach den natürlichen, aber nicht nach den bürgerlichen Gesetzen schuldig, indebitum ciuiliter, debitum naturaliter. Im ersten Falle, wenn das indebitum naturaliter und ciuiliter tale ist, kann ich es repetiren, z. B. wenn eine Schuld abgetragen ist, so bin

Lib. X. cap. 11. Bronchorst Enantioph. Cent. II. Aff. 36. Baro in Opp. Tom. III. pag. 148. Cuiacius in Obſ. Lib. V. cap. 39. Donell in commenr. iur. ciuil. Lib. XIV. cap. 14. Hunnius in reſolut. Lib. III. tract. 3. Part. II. qu. 3. Marckart in Diſſ. de condictione indebiti per errorem iuris ſoluti, cap. 2. in Exerc. acad. pag. 88 ſqq.

d) Vinnius in Quaeſt. iur. ſel. Lib. I. cap. 47. Alb. Phil. Frick Diſſ. de indebitum ſoluente per ignorantiam iuris ciuilis ad indebiti condictionem admittendo, Helmſt. 1778.

ich weder nach dem natürlichen noch bürgerlichen Rechte schuldig, sie noch einmal zu bezahlen; zahle ich also dennoch zum zweytenmal, so kann ich die bezahlte Summe condictione indebiti zurück fordern. Im zweyten Fall, wenn ich ein indebitum *naturaliter*, aber *ciuiliter* debitum bezahle, so war entweder die Schuld so beschaffen, daß ich nach dem Willen der Gesetze darauf belangt werden konnte, oder nicht. Konnte ich nach Vorschrift der Gesetze wirksam belangt werden, so hat keine condictio indebiti statt; z. B. wenn der Depositarius das depositum miserabile abgeleugnet hat, und das duplum hat bezahlen müssen, so kann er es nicht zurück fordern. Hat wegen der Schuld keine wirksame Klage statt, so kann condictio indebiti angestellt werden; z. B. wenn ich Jemandem Etwas aus Furcht oder Zwang verspreche, so bin ich nach den strengen bürgerlichen Gesetzen es zu bezahlen schuldig; weil die Römer ein erzwungenes Pactum für ungültig hielten; da aber solche Verträge nach dem Naturrechte ungültig sind, und jeder, der daraus verklagt worden, die Einrede der Furcht vorschützen, und sich dadurch gegen die wider ihn angebrachte Klage schützen kann, folglich die Klage ohne Wirkung ist, so darf ich auch das, was ich vermöge eines erzwungenen Vertrags bezahlt habe, wieder zurück fordern.

Im dritten Falle soll man nach der gemeinen Meynung der Rechtslehrer einen Unterschied machen, ob a) die natürliche Verbindlichkeit für eine vollkommene gehalten werden muß, zu deren Erfüllung man nach dem Naturrechte gezwungen werden kann, oder b) ob die natürliche Verbindlichkeit eine unvollkommene ist. Wenn ich Etwas bezahlt habe, wozu ich nur unvollkommen verbunden war, und ich wußte es auch, daß ich nur unvollkommen verpflichtet sey, so hat die Condiction nicht statt. Man findet indessen im römischen Rechte einige Fälle, wo den Liebespflichten die Wirkung beygelegt worden, daß, wenn ich Etwas in der Meynung bezahlt habe, ich sey vollkommen dazu verpflichtet, ich es nicht zurück

rück fordern kann, weil ich doch eine Liebespflicht hatte, es zu bezahlen [e]). Habe ich hingegen geglaubt, ich sey vollkommen verpflichtet, so hat die Condiction statt, sagt man ferner. War die Verbindlichkeit zu bezahlen nach dem Naturrechte erzwingbar, so ist sie entweder durch die bürgerlichen Gesetze gänzlich zernichtet, oder sie ist blos nicht bestätigt worden. Ist sie ganz zernichtet worden, so hat die condictio indebiti statt; z. B. wenn ein Frauenzimmer das bezahlt, was sie aus einer Bürgschaft schuldig war, weil sie es nicht wußte, daß sie ihre Bürgschaft nicht verbindlich machen können, so kann sie das Bezahlte zurück fordern; denn obgleich die Bürgschaft nach dem Naturrechte gültig war, also auch eine natürliche Verbindlichkeit zur Bezahlung existirte, so haben sie doch die bürgerlichen Gesetze gänzlich zernichtet. Ist die natürliche Verbindlichkeit blos nicht confirmirt worden, so darf die condictio indebiti nicht angestellt werden. Borgt also ein der väterlichen Gewalt unterworfener Sohn Geld, so ist er nach dem Naturrechte schuldig, es zu bezahlen. Die römischen Gesetze haben diese natürliche Verbindlichkeit zwar nicht bestätigt, aber doch auch nicht zernichtet; bezahlt daher ein filius familias das erborgte Geld, so darf er die condictionem indebiti nicht anstellen [f]).

Wie bekannt, hat Hr. Prof. Weber die zeither vorgetragene gemeine Theorie bestritten, und gezeigt, daß sie höchst schwankend und unzuverläßig sey. Er hat dagegen folgende Regeln aufgestellt.

Erste Regel: wenn die Gesetze eine Handlung verbieten, oder als durchaus nothwendig vorschreiben, so ist zwar das, was gegen das Gesetz unternommen wird, nich-

e) L. 32. §. 2. D. de cond. indebiti. Hr. Prof. Weber von Verbindlichkeiten, §. 49.

f) Hertius in Diss. de condictione indebiti ciuiliter, debiti naturaliter, in Eius Opusc. Vol. I. Part. III. pag. 94 sqq.

tig; schließt indessen Jemand ein Geschäfte gegen die Vorschrift der Gesetze, und zahlt oder giebt Etwas zu dessen Erfüllung, so kann er es der Regel nach nicht wieder fordern. Wenn z. B. die Gesetze die Veräußerung einer Sache verbieten, und ich veräußere sie demungeachtet und übergebe sie, so kann ich sie nicht zurück fordern. Diese Regel hat aber auch ihre Ausnahmen, und man kann das Bezahlte zurück fordern, man mag aus Irrthum oder wissentlich bezahlt haben, 1) wenn der Bezahlende zur Zeit der Zahlung nicht über das Seinige disponiren konnte, z. B. der Pupill contrahirt ohne des Vormundes Einwilligung und bezahlt. Es wird hierbey auf die Zeit der Zahlung gesehen; denn wenn ich das, was ich als Pupill ungültig versprochen habe, bezahle, nachdem ich majorenn geworden bin, so kann ich es nicht zurück fordern. 2) Wenn das Geschäfte deswegen für ungültig erklärt ist, damit nicht Jemand durch listige Beredung um das Seinige gebracht werde. Daher kann ich ein Geschenk über 500 Dukaten, welches nicht gerichtlich bestätigt worden, zurück fordern. Ein anderes gilt bey Frauenzimmern, wenn sie das, was sie aus einer Intercession schuldig sind, nicht aus Irrthum, sondern wissentlich bezahlen. Der Grund hiervon liegt wahrscheinlich in der ganz eigenen Raison der Legislation über die weiblichen Intercessionen. Eine Frau kann jede, ihr auch schädliche Handlung gültig unternehmen, wenn der Schaden sogleich vor Augen liegt. Intercediren kann sie nicht, weil hier der Nachtheil entfernt und ungewiß ist. Bezahlt sie also das, wozu sie aus der Intercession verbunden war, da sie doch wußte, daß sie deswegen nicht verklagt werden durfte, so steht ihr das Gesetz nicht bey. 3) Wenn der Vertrag aus der Ursache untersagt worden ist, weil selbst dem Staate daran liegt, daß das Gegebene und Bezahlte dem verbleibe, der sich dessen hat berauben wollen; z. B. wenn Jemand über Güter, die ihm zu seinem künftigen Unterhalte vermacht sind, außergerichtlich einen Vergleich schließt, und die vermachten Stücke weggiebt. 4) Wenn der Gläubiger,

wegen

wegen des ungerechten Vortheils, den er aus dem Handel zieht, dem Gesetzgeber vorzüglich verhaßt ist, weil eigentlich nur ihm die Uebertretung der Gesetze vorzuwerfen ist. Daher kann man zurück fordern, was man an Zinsen mehr bezahlt hat, als nach den Gesetzen genommen werden sollen, was man den Advokaten als quotam litis gegeben hat. Daß man das, was man im Spiel verlohren hat, zurück fordern kann, ist etwas besonderes, da der, welcher verspielt hat, die Gesetze eben sowohl übertreten hat, als der Gewinnende.

Zweyte Regel: wenn die Gesetze einer bisher klagbaren Verbindlichkeit ihre Wirkung völlig entzogen haben, und der Schuldner bezahlt aus Irrthum dennoch, so hat die condictio indebiti statt. Dahin gehört z. B. der Fall, wenn der Gläubiger wegen gebrauchter Privatgewaltthätigkeit sich seines Rechts verlustig gemacht hat; oder wenn ich eine Schuld bezahle, von der ich durch ein rechtskräftiges Urthel losgesprochen worden bin.

Dritte Regel: wenn ein Geschäfte natürlich erlaubt, auch bürgerlich nicht verboten ist, indessen nach Vorschrift des Civilrechts den völligen Effect nicht hervorbringt; so hat die Condiction des zur Erfüllung des Geschäfts Bezahlten der Regel nach nicht statt. Was also Jemandem vermöge eines pacti nudi, oder eines pacti adiecti, welches keine Klage bewirkt, was blos aus einer natürlichen Verbindlichkeit eines in fremder Gewalt stehenden Menschen bezahlt worden ist, kann nicht zurück gefordert werden. Eine Ausnahme ist bey Schenkungen der Ehegatten. Wenn ein Ehegatte dem andern etwas schenkt und die Schenkung wiederruft, so kann er auch das Gegebene zurück fordern.

Vierte Regel: wenn die natürliche Verbindlichkeit zwar vom Anfang völlig wirksam war, aber in der Folge sich Umstände ereignen, vermöge welcher sie nach den bürgerlichen Gesetzen den völligen Effect nicht mehr hat, so findet keine Zurückforderung statt. Hierher gehört der Fall, wenn die Klage des Gläubigers durch die Verjährung getilgt, oder der Gläubiger im Concurs präcludirt worden ist; wenn

wenn die Gesetze dem Schuldner gestatten, von einem sonst bündigen Vertrage wegen veränderter Umstände wieder abzugehen, obgleich das natürliche Zwangsrecht ihm dieses nicht erlaubt.

Was die wesentliche Eigenschaft der condictionis indebiti betrifft [g]), welche auch actio condictia, und actio condictionis genennt wird [h]), so ist der Grund derselben die durch die Gesetze bestätigte natürliche Billigkeit [i]), daß derjenige, welcher eine Nichtschuld aus Versehen [k]) erhalten hat, durch deren verweigerte Zurückgabe sich mit des Andern Schaden nicht bereichere [l]). Unter einer Nichtschuld versteht man eine Prästation, wozu man weder nach dem Naturrechte noch nach dem Civilrechte verbindlich war. Eine solche Prästation kann auf gar verschiedene Weise vorkommen, und zwar 1) dadurch, daß man dem Andern aus Versehen etwas Nichtschuldiges gegeben hat, wenn es auch nur in der Ueberlassung eines Besitzes bestehen sollte [m]); 2) daß man Jemandem Etwas, das man ihm nicht schuldig ist, aus einem Versehen versprochen hat [n]). Ferner kann 3) die Prästation in der aus Irrthum geschehenen Erlassung einer wahren Schuld bestehen [o]), z. B. man erläßt Jemandem aus Versehen eine Dienstbarkeit.

g) Io. Volck. Beckmann Diss. de condictione indebiti, Ien. 1665. Bernh. Schultzii Diss. de condictione indebiti, Kil. 1677. Ier. Eberh. Linck Diss. de condictione indebiti, Arg. 1751.

h) §. 1. Inst. quib. mod. re contrah. oblig. L. 1. C. h. t.

i) L. 15. L. 66. D. de condict. indeb.

k) L. 53. D. de reg. iur. L. 9. pr. et §. 5. D. L. 10. C. de iur. et facti ignor. L. 6 et 7. C. h. t. L. 9. C. ad Leg. Falcid.

l) L. 14. D. de condict. indeb.

m) L. 15. §. 1. L. 40. §. 1. D. de condict. indeb.

n) L. 31. D. L. 2. 3. 4. C. h. t. L. 6. C. de iur. et facti ignor.

o) Arg. L. 4 et 10. D. de cond. causa data, causa non secuta coll. c. L. 115. D. de reg. iur.

keit. Auch 4) in einer aus Irrthum geleisteten nicht schuldigen Handlung kann die Prästation bestehen [p]). Gesetzt, es giebt Jemand vor, er habe meinem Vater 100 Rthlr. geliehen und fordert eine Obligation von mir über dieses angebliche Darlehn. Ich lasse mich dazu bewegen; nachher wird es aber offenbar, daß es eine erdichtete Schuld ist. Jetzt kann die ausgestellte Obligation condictione indebiti zurück gefordert werden, und es hat condictio cautionis statt [q]). Besteht die Nichtschuld in einer gewissen Größe, z. B. in 100 Rthlrn. oder in einer individuellen Sache, z. B. in einem Grundstück, so wird die Klage condictio indebiti certi [r]) genennt; wenn aber etwas anders geleistet worden, es ist z. B. der Besitz überlassen worden, so heißt die Klage in Gesetzen [s]) condictio indebiti incerti.

Der Kläger ist derjenige, welcher eine Nichtschuld geleistet hat [t]), wenn es auch gleich bey einer Executivsache auf vorgängige richterliche Sentenz geschehen wäre, weil er dabey mit seinen Exceptionibus altioris indaginis nicht gehört, sondern zu der Wiederklage verwiesen worden, daher er nicht aus freyem Willen und in der Absicht, dem Andern etwas zu schenken, sondern aus einer Rechtsnothwendigkeit, indem er die rechtskräftige Sentenz befolgen müssen, bezahlt hat. Wird nach beendigter Executivsache die Reconvention angestellt, und das Bezahlte als eine Nichtschuld zurück gefordert, so darf der Wiederbeklagte die Einrede des rechtskräftigen Urthels nicht entgegen setzen, und thut er es, so replicirt man ihm, daß die Einrede der Nichtschuld dort nicht angebracht werden könne.

p) Eberh. Christ. CANZII Diss. de condictione facti indebiti, Tubing. 1769.

q) L. 31. D. L. 3. C. h. t.

r) L. 12. D. de nouation.

s) L. 15. §. 1. L. 40. §. 1. D. h. t. L. 12. D. de nouat.

t) §. 1. Inst. quib. mod. re contr. oblig. L. 31. D. L. 5. C. h. t.

könne [u]). Wäre der ordentliche Proceß oder der summarische Proceß angestellt worden, wo exceptiones altioris indaginis vorgeschützt werden können, und der Beklagte vergißt es, die Einrede der Nichtschuld vorzuschützen, und nun wird er zur Bezahlung verurtheilt, so kann er die condictionem indebiti als Reconvention nicht anbringen [x]). Auch derjenige kann die Condiction anstellen, der dadurch verletzt worden, daß die Nichtschuld geleistet worden ist [y]). Wenn also der Vormund im Namen seines Pupillen, der Procurator im Namen seines Principals eine Nichtschuld bezahlt hat, so kann der Vormund, oder der Procurator nicht in seinem Namen die Condiction anstellen, sondern er muß es Namens des Pupillen, oder des Principals thun. Der Pupill kann die Klage auch selbst anstellen; denn wenn gleich der Vormund oder der Procurator die Bezahlung von seinen eigenen Geldern geleistet haben sollte [z]), so hat er die Zahlung doch nicht für sich geleistet, und der Unmündige und der Principal ist durch die Zahlung verletzt worden, da ihnen das Geld in Rechnung gebracht worden. Die Erben können diese Condiction ebenfalls anstellen [a]).

Der Beklagte ist derjenige, dem eine Nichtschuld bezahlt worden ist. Hat er sie als Procurator empfangen, so hat der Principal ihm entweder vorher Vollmacht ertheilt, daß er die Forderung als eine ihm gebührende Schuld eintreiben solle, oder diese Vollmacht fehlt. Im letztern Falle muß die Condiction wider den Procurator angestellt werden.

u) Wernher Obs. Part. I. Obs. 240. Rivinus ad tit. 6. Ord. Proc. Sax. Enunc. 6.

x) Wernher l. c. nr. 6. Rivinus l. c. enunc. 7.

y) L. 5 et 6. §. 3. L. 47 et 57. pr. D. L. 6. C. h. t. Lauterbach h. t. §. 26 et 27.

z) L. 6. §. 3. D. de condict. indeb.

a) L. 12. D. L. 1. C. cond. indeb.

werden [b]). Im ersten Falle, wenn der Principal dem Procurator eine größere Summe, als er fordern konnte, einzutreiben aufgetragen, oder wenn er die Nichtschuld nachher genehmigt hat, muß die Condiction wider den Principal selbst angestellt werden [c]).

Auch wider denjenigen, welcher eine Nichtschuld einem Andern abgetreten hat, kann die Condiction angestellt werden [d]); denn durch die Cession hat er sich von seiner Verbindlichkeit, dem Kläger die empfangene Nichtschuld zurück zu geben, nicht losmachen können. Gesetzt, ich habe meinem Gläubiger Jemanden, der mir nichts schuldig ist, als meinen Schuldner abgetreten oder delegirt; so kann mein Gläubiger wider mich wegen der ihm von mir delegirten Nichtschuld die condictionem indebiti anstellen. Ist Jemandem blos etwas indebite versprochen worden, und er hat das vermeyntlich daraus erlangte Recht einem Andern abgetreten, und dieser klagt wider den Promittenten, so kommt diesem die exceptio indebiti zu statten, weil der Cessionar eben die Einreden wider sich gelten lassen muß, welche wider den Cedenten statt finden. Die Erben haften auch, ob sie gleich von der Nichtschuld, welche ihr Erblasser bekommen, nicht reicher geworden seyn sollten, weil nichts davon auf sie gekommen ist; denn man belangt sie nicht wegen eines von dem Verstorbenen begangenen Verbrechens, sondern der Anspruch gründet sich auf die Verbindlichkeit, welche der Verstorbene zu erfüllen hatte, sich mit des Klägers Schaden nicht zu bereichern [e]), in welche

b) L. 57. §. 1. D. de condict. indeb.

c) L. 6. §. 1. L. 12. L. 57. §. 1. D. L. 1. C. h. t. L. 18. D. de cond. furt. Boehmer de action. Sect. II. cap. 5. §. 2. Hommel Rhapf. Obf. 28.

d) L. 57. §. 1. D. L. 2. C. h. t. L. 12 et 13. D. de nouat.

e) L. 26. §. 11. D. h. t. Arg. L. 49. D. de oblig. et action.

welche Verbindlichkeit der Erbe durch Uebernahme der Erbschaft getreten ist. Wider einen dritten besondern Besitzer der als eine Nichtschuld geleisteten Sache kann die condictio indebiti nicht angestellt werden, weil sie eine actio personalis ist [f]), wenn sie auch gleich dieser Dritte von dem Accipienten umsonst erhalten haben sollte [g]).

Bey der Abfassung der Bitte, wenn die condictio indebiti angestellt worden, kommt es vor allen Dingen darauf an, ob condictio indebiti *certi* angestellt worden ist. Hier wird, wenn eine gewisse Größe indebite bezahlt worden, gebeten: daß Beklagter dergleichen, als er empfangen hat, von eben der Güte und Größe an Klägern zurück zu geben schuldig ist [h]). Eben deswegen wird in solchen Fällen das indebitum mit einem Darlehn verglichen, und daher haftet der Schuldner, obgleich die Sache nicht mehr vorhanden ist. Zinsen können in dieser Klage nicht gefordert werden. Habe ich Jemandem vor zwey Jahren Ein tausend Rthlr. indebite bezahlt, so kann ich zwar diese Summe zurück fordern, aber keine zweyjährige Zinsen; denn es wäre unbillig, wenn Jemand, der sich bona fide etwas hat bezahlen lassen, und keine Zinsen versprochen hat, dergleichen gleichwohl bezahlen sollte. Andere Rechtslehrer führen an: die condictio indebiti war eine actio *stricti iuris*, und in dergleichen Klagen durften keine Zinsen gefordert werden, wenn sie nicht versprochen worden; allein es ist ungewiß, ob die condictio indebiti unter die actiones stricti iuris gerechnet worden sey. Viele Rechts-

f) L. 49. D. de condict. indeb.

g) Lauterbach h. t. §. 23. Cocceii in iure controu. Lib. IV. tit. 3. §. 4.

h) L. 7. L. 19. §. 2. L. 65. §. 6. D. h. t. L. 25. in fine D. de praescr. verb. §. 1. Inst. quib. mod. re contr. oblig. §. 6. Inst. de obligat. quae quasi ex contr. L. 5. §. 3. D. de oblig. et action.

Rechtsgelehrte i) haben behauptet, daß die condictio indebiti heutiges Tages auch auf Zinsen angestellt werden könne; wenigstens alsdenn, wenn der Empfänger das Geld in seinen Nutzen verwendet und selbst Zinsen davon gezogen habe. Diese Meynung ist von andern Rechtslehrern widerlegt worden k). Wer das indebitum mala fide gefordert hat, und nun condictione furtiua belangt wird, der muß freylich Zinsen bezahlen l).

Besteht das Gegebene in einer individuellen Sache, species, so wird solche mit allen Nutzungen und Zuwachs zurück gefordert m). Ist die Sache nicht mehr vorhanden, und vom Beklagten boshafter Weise veräußert worden, so haftet er wegen alles dem Kläger dieserhalb zustehenden Interesse; wenn aber keine bösliche Veräußerung geschehen, so haftet er blos wegen desjenigen, was er erhalten hat.

Ist condictio indebiti incerti angestellt worden, so wird das Gesuch überhaupt auf die Wiederherausgabe des Ueberlassenen gerichtet n). Wenn eine gegründete Schuld erlassen worden seyn sollte, so kann die Quittung zurück gefordert und geboten werden, daß der Richter die Schuld für nicht erlassen erkläre o). Ist Etwas nicht schuldiger Weise

i) GRASS in collat. iur. Rom. cum Recess. Imp. Sect. VI. §. 1. pag. 276. LAVTERBACH h. t. §. 29. STRYCK in vsu mod. h. t. §. 2. GVNDLING in Diss. de vsu pract. distinct. actionum bon. fid. et stricti iuris, c. 2. §. 29. BERGER in suppl. ad electa disc. forens. Part. I. tit. 50. Obs. 5.

k) HOMMEL Rhapsod. Obs. 28. Henr. Io. Otto KOENIG D. de quaest. an vsurae veniant in condictione indebiti. Hal. 1774. §. 3 sqq. MVELLER ad LEYSER. Tom. II. fasc. I. Obs. 1. 337.

l) L. 18. D. de condict. furtiua.

m) L. 7. L. 15. pr. L. 26. §. 12. L. 65. §. 5. D. h. t. L. 38. §. 2. D. de vsur.

n) L. 12. L. 15. §. 1. L. 22. L. 40. §. 1. D. h. t.

o) L. 31. D. L. 3. C. h. t. Schmidts öffentliche Rechtssprüche. Nr. XCIII.

Weise versprochen worden, so kann man die darüber ausgestellte Handschrift und gegebenen Pfänder wieder verlangen [p]). Sollte eine Hypothek darüber constituirt worden seyn, so bittet man um deren Cassation. Sollte etwas nicht Schuldiges wirklich geleistet worden seyn, z. B. die Bauern sind zeither weiter gefahren, als sie es zu thun schuldig sind, sie haben es aber aus Irrthum gethan, so wird gebeten: daß Kläger die abgeforderten Frohnen zu leisten nicht verbunden, Beklagter ihn daher in Zukunft damit zu verschonen, auch wegen der bisher ungebührlich abgeforderten, und von ihm, ohne solches schuldig zu seyn, geleisteten Fuhren, nach vorgängiger Liquidation, ihm billig mäßige Vergütung zu thun schuldig [q]).

Uebrigens concurrirt mit unserer Condiction electiue die condictio *furtiua*, wenn der Beklagte wissentlich eine Nichtschuld, um sich dadurch zu bereichern, angenommen hat [r]).

Sonderbar sind in dieser Materie zwey Verordnungen des römischen Rechts. Es wird darin verordnet, wenn ich eine Schuld eher bezahlt habe, als ich sie bezahlen sollte, so darf die condictio indebiti nicht angestellt werden. Ferner heißt es: wenn ich in einem solchen Falle aus Irrthum eine Nichtschuld bezahle, wo auf das muthwillige Leugnen die Strafe des doppelten Ersatzes gesetzt worden, vbi lis inficiando crescit, so soll die Condiction ebenfalls wegfallen. Wer z. B. ein depositum miserabile ableugnet, muß es doppelt ersetzen; fordert nun Jemand ein solches Depositum von mir, ich weiß es nicht, ob

p) L. 31. D. L. 3. C. de cond. indeb.

q) L. 26. §. 12. L. 40. §. 2. D. h. t. L. 1. C. in quib. caus. coloni. Melch. Deth. GROLLMANN D. de operarum debitarum mutatione, cap. 6. §. 22 et 25. Christ. Gottl. GMELIN D. de condictione facti indebite praestiti, §. 16 et 23.

r) L. 18. D. de condict. indeb. LAVTERBACH h. t. §. 22.

ob ich es erhalten habe oder nicht, bezahle indessen den Werth auf seine Versicherung; nachher zeigt sichs, daß er mir nichts aufzuheben gegeben hat; hier soll keine Condiction zuläßig seyn [s]).

Wider diese Klage finden folgende Einreden statt, und zwar 1) kann vorgeschützt werden, Beklagter habe nichts erhalten, und nun muß Kläger die geschehene Bezahlung beweisen [t]); 2) das Ganze, was er erhalten habe, sey als keine Nichtschuld zu betrachten [u]); 3) es sey dasjenige, was er zum Theil als eine Nichtschuld bezahlt zu haben behaupte, keine Nichtschuld [x]). Hier muß der Kläger in beyden Fällen beweisen, daß er indebite bezahlt habe, weil diese Art zu bezahlen nicht leicht vorkommt; schützt hingegen der Beklagte vor, daß Kläger zur Zahlung verbunden gewesen, so muß er dieses beweisen [y]), und hier hat auch die Eydesdelation statt [z]). Man kann 4) vorschützen, Kläger sey durch die Bezahlung der Nichtschuld gar nicht verletzt worden. Gesetzt, der gewesene Pupill klagt nach geendigter Vormundschaft wegen einer Nichtschuld, die sein gewesener Vormund für ihn bezahlt habe. Hier kann der Beklagte excipiren, Kläger sey nicht verletzt worden, da ihm der Vormund diese Post nicht

s) VINNIVS ad §. 7. Inst. de obligat. quae quasi ex contr.

t) L. 25. pr. D. de probat.

u) L. 25. pr. et §. 1. D. de probat.

x) L. 25. §. 2. D. de probat.

y) LAVTERBACH h. t. §. 24. WERNHER Obs. Part. III. Obs. 181. Part. VIII. Obs. 263. Aug. Frider. SCHOTT D. de probatione condictionis indebiti rite suscipienda, Lips. 1767. Aug. Frid. MVELLER a BERNECK Diss. inaug. de probatione indebiti ad Leg. 25. D. de probat. et praes. Lips. 1772. Bauii VOORDA D. de munere probandi in causa indebiti siue soluti siue promissi, secundum L. 25. D. de probat. et praesumt. Lugd. Bat. 1775.

z) L. 25. §. 3. D. de probat.

mit in Rechnung gebracht habe. Der gewesene Vormund muß selbst auf die Zurückgabe der Nichtschuld klagen, und kann condictionem indebiti vtilem anstellen [a]).

Außer den angeführten Einreden kann 5) vorgeschützt werden, die Handschrift über das Versprechen, cautio, sey nicht, ohne dazu verpflichtet gewesen zu seyn, ausgestellt worden, in welchem Falle bey einer indiscreten Handschrift, das heißt, einer solchen, worin keine Schuldursache, causa debendi, angeführt worden, Beklagter die Schuld beweisen muß [b]). Das angeführte Gesetz handelt übrigens nur von dem Falle, wo die Handschrift selbst, als indebite ausgestellt, zurück gefordert wird, und kann daher nicht angewendet werden, wenn die in einer indiscreten Handschrift angegebene Schuld bezahlt worden ist, und diese Zahlung jetzt, als indebite geschehen, zurück gefordert wird. Hier bleibt es vielmehr vermöge der angeführten L. 26. D. de probat. bey der Regel: daß der Kläger den Beweis der Nichtschuld führen muß. Es kann 6) vorgeschützt werden, daß eine natürliche Verbindlichkeit vorhanden gewesen sey [c]). Man nehme an, ein filius familias hat das geborgte baare Geld bezahlt, da er sich doch der Bezahlung durch Vorschützung der Einrede des Macedonianischen Rathsschlusses hätte entziehen können. Nunmehr kann er das bezahlte Geld durch die condictionem indebiti nicht zurück fordern. Man nehme ferner an, ein Gläubiger hätte sich durch Wegnahme einer seinem Schuldner gehörenden Sache selbst helfen wollen, so verliert er nach dem römischen Rechte zur Strafe seine

a) L. fin. §. 1. D. de condict. indeb.

b) L. 25. §. 4. D. de probat.

c) L. 10. L. 13. L. 19. L. 38. pr. L. 40. pr. D. de cond. indeb. L. 3. C. de vsur. L. 9. §. 4 et 5. D. ad Sctm. Maced. Gottfr. Stravss D. ad Legem quod pupillus 41. D. de cond. indeb. Hainburg c. Resp. Io. Aug. Hellfeldt Diss. inaug. de condictione mulieri intercedenti competente, Ien. 1739. Hr. Prof. Weber von Verbindlichk. §. 75 flg.

seine Forderung, und der Schuldner wird von seiner Verbindlichkeit frey [d]). Gesetzt nun aber, der Schuldner bezahlt ihn nachher dennoch, und nun will er das Bezahlte durch die condictionem indebiti zurück fordern; so kann ihm die angeführte Einrede entgegen gesetzt werden. Alsdenn hat freylich diese Einrede nicht statt, wenn die natürliche Verbindlichkeit durch die bürgerlichen Gesetze ganz verworfen worden, welcher Fall bey Frauenzimmern eintritt, wenn sie sich verbürgt und nach dieser Bürgschaft bezahlt haben. Diese können das Bezahlte zurück fordern und condictionem indebiti in dieser Absicht anstellen, ohne daß ihnen die Einrede entgegen gesetzt werden darf, es sey doch wenigstens eine natürliche Verbindlichkeit erfüllt worden [e]). Man kann 7) vorschützen, Beklagter habe eine bürgerliche Verbindlichkeit erfüllt [f]). Wenn Jemand auf seine über ein Darlehn ausgestellte Handschrift, welche zwey Jahr alt ist, das darin verschriebene Kapital bezahlt, ob er gleich nichts empfangen hat, der darf das bezahlte Geld nicht durch die condictionem indebiti zurück fordern. Eben dieses ist Rechtens, wenn Jemand zur Strafe seines boshaften Leugnens etwas doppelt bezahlen müssen. Hier ist die praestatio dupli für keine Bezahlung einer Nichtschuld zu halten, weil ein debitum ciuile vorhanden gewesen war. Dieser Fall kommt beym deposito miserabili, beym legato ad pias causas, beym damno iniuria dato vor.

Es kann 8) vorgeschützt werden, Kläger habe die Nichtschuld wissentlich und ohne sich zu irren, bezahlt [g]);

d) L. 13. D. quod met. causa.

e) L. 16. §. 1. D ad Sctm. Velleian.

f) L. 4. C. h. t. §. vlt. Inst. de oblig. quae quasi ex contr. Brockes in sel. obseruat. Arg. Obs. I. nr. 10. Nic. Hertii Diss. de condictione indebiti ciuiliter, debiti naturaliter, Giessae 1690.

g) L. 9. pr. C. de condict. ind. L. 53. D. de reg. iur. Weber de vsuris indebite solutis, II, 13.

denn jetzt wird die Bezahlung für eine Schenkung gehalten. Gesetzt, es hat der Kläger für den wahren Schuldner dessen Gläubiger bezahlt, ob er es gleichwohl wußte, daß er diesem Gläubiger nichts schuldig war [h]). Hierauf kann replicirt werden: es sey aus zweifelhafter Meynung geschehen [i]). Man kann 9) vorschützen, Kläger habe sich in Rechten geirrt [k]). Auf diese Einrede kann replicirt werden, Kläger sey ein Minderjähriger, eine Weibsperson, ein Soldat, und es schade ihm daher die Unwissenheit in Rechtssachen nichts. Ferner kann replicirt werden, Kläger suche durch den vorgeschützten Rechtsirrthum keinen Gewinn zu machen, sondern blos einen wirklichen Schaden zu vermeiden, indem er Zinsen bezahlt habe [l]). Es kann 10) vorgeschützt werden, daß der Irrthum des Klägers die aus freyem Willen geschehene Entrichtung der Sache nicht widerruflich mache [m]), sondern es sey die Ablieferung oder Bezahlung der Sache aus einer hinreichenden Ursache geschehen. Gesetzt, der Kläger hat dem Beklagten eine Uhr geschenkt, weil er sich eingebildet, daß derselbe in seiner Abwesenheit seine Geschäfte besorgt habe; nachher erfährt er aber, daß dieses wirklich nicht geschehen sey, und stellt

h) L. 44. D. de cond. indeb.

i) L. 11. C. de condict. indeb. LAVTERBACH h. t. §. 21.

k) L. 10. C. de iur. et facti ignor. LAVTERBACH h. t. §. 18. Io. Wilh. MARCKARDTI Diss. de condictione indebiti per errorem iuris soluti, in EIVS Exerc. acad. Io. Eberw. REICHMANNI Diss. de condictione indebiti ob ignorantiam iuris non excludenda, Marb. 1723. Abr. KAESTNERI Diss. an condictio indebiti, solutione per errorem iuris facta, locum habeat? Lipsi. 1744. Alb. Phil. FRICKII Diss. de indebitum soluente per ignorantiam iuris ciuilis ad indebiti condictionem admittendo, Helmst. 1778.

l) L. 7 et 8. D. de iur. et facti ignor.

m) L. 65. §. 2. D. de cond. indeb. LAVTERBACH h. t. §. 8.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0304
DFG

stellt deswegen condictionem indebiti an. Diese hat nicht statt; denn die Schenkung besteht, wenn sie gleich aus Irrthum geschehen ist; allenfalls muß actio de dolo angestellt werden, wenn der Beklagte durch seinen Betrug Klägern zur Schenkung inducirt hat. Man kann 11) vorschützen, daß er zu dem Gegebenen oder Bezahlten nach der natürlichen Billigkeit verpflichtet gewesen n), folglich sey es keine Nichtschuld. Man nehme an, es hat Jemand einem Frauenzimmer, das er aus Irrthum für seine natürliche Tochter gehalten, einen Brautschatz gegeben; nachher aber zeigt sichs, daß es sein Kind nicht ist, sondern einen andern Vater hat. Jetzt kann er den Brautschatz condictione indebiti nicht zurück fordern; denn in der L. 32. §. 2. D. h. t. heißt es im Allgemeinen: sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.

Man kann 12) vorschützen, die Gebung oder Zahlung sey eines Vergleichs wegen geschehen o); desgleichen 13) daß sich Kläger der Wiederforderung, im Fall auch die Schuld in Zukunft für eine ganz ungegründete Forderung befunden werden sollte, ausdrücklich begeben p), worauf aber Kläger repliciren kann, es sey nur eine allgemeine Verzicht geschehen, und diese steht der Wiederforderung

n) L. 32. §. 2. D. h. t. et Brvnnemann ad h. l. nr. 5. Clvdivs de condictione indebiti, cap. 4. nr. 91. Mevius Part. II. Dec. 190. Lavterbach h. t. §. 32. Wernher Obs. Part. I. Obs. 159. Io. Chr. Saligii Diss. larua pieratis detracta causis piis quoad condictionem indebiti, Hal. 1722. Leyser Spec. 484. Med. 24. Weber de vsuris indebite solutis, II, 7. und von der natürlichen Verbindlichk. §. 49.

o) L. 65. §. 1. D. de condict. indeb. L. 2. C. eod. Lavterbach h. t. §. 32. Wernher Part. II. Obs. 354. Pütters Rechtsfälle, II, 238.

p) L. 11. C. de condict. indeb. Io. Wvnderlich Diss. de condictionis indebiti renunciatione, Ien. 1757.

nicht entgegen q). Es kann 14) vorgeschützt werden, Kläger habe sich an der Rechtswohlthat der Competenz versäumt r). Wird der Ehemann auf die Bezahlung des in baarem Gelde erhaltenen Brautschatzes seiner gewesenen Ehefrau belangt, so kann er sich auf die Rechtswohlthat der Competenz berufen. Gesetzt nun aber, er hat die Zahlung doch völlig geleistet, so kann er unter dem Vorwande, daß er wegen der ihm zustehenden Rechtswohlthat der Competenz weniger zu bezahlen schuldig gewesen, nichts wieder zurück fordern. Es kann 15) vorgeschützt werden, daß Klägern die rechtskräftige Befreyung von der Schuld nicht zu statten komme s), weil er dazu, wovon er durch die rechtskräftige Sentenz befreyt worden, doch wenigstens natürlich verbunden gewesen. Gesetzt, ein wirklicher Schuldner ist durch ein rechtskräftiges Urthel von der Bezahlung der Schuld frey gesprochen worden. Er stirbt, und sein Erbe, welcher nichts davon weiß, bezahlt die wirklich gegründete Schuld. Nunmehr erfährt er den Inhalt des rechtskräftigen Urthels, und will das Bezahlte als eine Nichtschuld zurück fordern; dieses darf er aber nicht.

Man kann 16) vorschützen, die Klage dürfe wider den Beklagten, als einen successorem singularem, nicht angestellt werden t); 17) sie habe gar nicht statt u), weil Beklagter mit Klägern nichts zu thun gehabt. Gesetzt, der

q) L. fin. §. 3. D. h. t. Lavterbach h. t. §. 33.

r) L. 9 et 11. D. de cond. indeb.

s) L. 28. L. 60. pr. D. h. t. Io. Gottfr. Hartvng D. de condictione indebiti contra rem iudicatam, Viteb. 1713. Io. Balth. Wernher Diss. de condictione indebiti iniqua iudicis sententia absoluto et soluenti haud competente, Viteb. 1728. Hr. Prof. Weber von der natürl. Verbindl. §. 94.

t) §. 1. Inst. quib. mod. re contrah. oblig. L. 49. D. de cond. indeb. Lavterbach h. t. §. 28.

u) L. 33. D. de cond. indeb. Boehmer de action. Sect. I. cap. 5. §. 30. nr. 7.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0306
DFG

der Kläger hat auf einem Platze etwas gebaut, den er für den seinigen gehalten; dieser Platz gehört aber einem Andern. Von diesem können die Baukosten nicht condictione indebiti, sondern actione in factum gefordert werden. Es kann 18) vorgeschützt werden, die Klage habe angebrachter Maaßen nicht statt x). Gesetzt, es hat ein Minderjähriger ohne seinen Vormund eine Nichtschuld erhalten; hier kann die condictio indebiti nicht wider ihn angestellt werden; wofern der Kläger nicht ausführt, daß der Unmündige dadurch reicher geworden ist. Man nehme ferner an, eine Dorfgemeinde hat einen in einem andern Dorfe eingezogenen Delinquenten bewacht; nach der Zeit findet sichs, daß die Nachbarn des andern Dorfs die Wachdienste zu thun schuldig gewesen, und sie also für solche diese Dienste indebite geleistet habe. Die Gemeinde klagt also auf die Bezahlung dieser indebite geleisteten Wachdienste, und verlangt für jeden Tag eine Vergütung von vier Groschen. Diese Klage hat angebrachtermaaßen nicht statt, weil die Beklagte nicht reicher geworden; wer hat es den Klägern geheißen, die Wachen zu übernehmen? sie sind also selbst in Schuld. Die actio negotiorum gestorum findet auch nicht statt, weil Kläger in den Gedanken gestanden, sie erfüllten ihre eigene Schuldigkeit durch Bewachung des Delinquenten. Sie hätten es der andern Gemeinde ankündigen sollen, vielleicht hätte sie die Dienste selbst geleistet, ohne sich solche durch einen Andern für Geld leisten zu lassen. Hätten sie sich ohne Ursache geweigert, die Wachdienste zu leisten, da sie doch solche zu übernehmen schuldig waren, und die Kläger haben die Dienste geleistet, so kann die actio in factum auf die Bezahlung des Wachgeldes wider sie angestellt werden.

Es kann 19) vorgeschützt werden, die individuelle Sache sey nicht mehr vorhanden y). Ist der Beklagte ein

x) §. 1. Inst. quib. mod. re contrah. obligat. verglichen mit der L. 59. D. de oblig. et act. und der L. 13. §. vlt. D. h. t.

y) L. 26. §. 12. L. 65. §. 8. D. de condict. indeb.

redlicher Besitzer, so haftet er nur in so weit, als er durch die Nichtschuld reicher geworden; ein unredlicher Besitzer hingegen muß den wahren Werth vergüten. Ferner kann 20) vorgeschützt werden, Beklagter sey durch das Erhaltene nicht reicher geworden [z]), indem er z. B. das indebite erhaltene Pfand, ohne es zu wissen, daß er es indebite bekommen, wieder verschenkt hat. Man kann 21) die Verjährung vorschützen; denn nach dreyßig Jahren ist diese Klage verjährt [a]). Endlich hat 22) die Einrede statt, Kläger habe zu viel gefordert, weil er von dem Kapital zugleich Zinsen verlangt hat, da Beklagter selbiges doch nicht benutzt habe [b]).

Es fragt sich: ob man nicht, anstatt die condictionem indebiti anzustellen, die Reivindication brauchen könne, besonders wenn man wider einen dritten Besitzer des indebite Gegebenen klagen will? Einige Rechtslehrer [c]) behaupten es und zwar aus dem Grunde, weil derjenige, welcher etwas indebite giebt, dieses aus Irrthum thut; denn hätte er sich nicht geirrt, so würde er gewiß nichts gegeben haben. Es liegt also ein error solutioni causam dans zum Grunde; ein dergleichen Irrthum macht aber, daß die Ueberlassung des Eigenthums für nicht geschehen zu achten ist [d]); denn auf Seiten des Gebers ist kein verus titulus dominium transferendi vorhanden [e]); wo dieser

z) L. 65. §. 8. D. de cond. indeb.

a) L. 3. C. de praescr. trig. vel quadrag. annor. L. 48. D. de vsurp. et vsuc. L. 3. D. pro suo.

b) L. 1. C. de cond. indeb. CARPZOV Part. II. Const. 30. Def. 18. HOMMEL Rhapf. Obs. 28. Fratr. BECKMANNOR. Consil. Part. II. Dec. 67. Frid. BEHMER in nouo iure controu. Tom. II. Obs. 108. Chr. Henr. BREVNING Diss. an in condictione indebiti vsurarum ratio habenda, Lipf. 1770.

c) DIETRICH in System. elem. iurispr. ciuil. §. 1514.

d) L. 35. D. de acquir. rer. domin.

e) L. 18. pr. D. de reb. credit.

dieser aber fehlt, da geht auch das Eigenthum nicht über [f]). Weil jedoch auf Seiten des Accipienten, wenn er sich in bona fide befindet, die Meynung vorhanden ist, die Sache sey die seinige, so kann er selbige, wenn sie beweglich ist, in drey Jahren, und wenn sie unter die unbeweglichen gehört, in langer Zeit vermöge des Titels pro suo verjähren [g]), und diese Verjährung kommt noch mehr einem dritten besondern Besitzer zu statten, wenn er die Sache im guten Glauben und durch einen rechtmäßigen Titel an sich gebracht hat. Mehrere Rechtslehrer [h]) sind indessen der Meynung, das indebite Gegebene könne nicht vindicirt werden.

Lib. XII. Tit. VII.

de condictione sine causa.

§. 836.

Die condictio sine causa ist entweder *generalis* oder *specialis*. Erstere ist diejenige Condiction, wodurch von dem Andern dasjenige, was er unter keinem Beystand der Rechte behalten kann, zurück gefordert wird. In diesem Verstande ist auch die condictio indebiti, die condictio causa data, causa non secuta, und die condictio ob turpem vel iniustam causam, eine condictio sine causa.

f) L. 31. pr. D. de acquir. rer. dom.

g) L. 3. D. pro suo. L. 48. D. de vsurp. et vsucap.

h) Hopp ad §. 1. Inst. quib. mod. re contrah. obligat. Brvnnemann Cent. V. Dec. 5.

sa [a]). Die condictio sine causa *specialis* hingegen ist diejenige Condiction [b]), wodurch in Ermangelung anderer benannten Condictionen, oder dinglichen Klagen, von dem Andern dasjenige, was er unter keinem Beystand der Rechte behalten kann, zurück gefordert wird [c]).

Der Grund dieser Condiction ist ebenfalls die in den Gesetzen bestätigte natürliche Billigkeit, daß Jemand Etwas wieder gebe, oder ersetze, was er entweder auf eine gleich anfänglich unverbindliche Art von einem Andern erhalten hat, z. B. durch ein verbotenes Spiel; oder wenn ein Pupill ohne seinen Vormund Jemandem etwas gelehnt hat, oder wenn Jemand, der fremde Gelder als Depositengelder in seiner Verwahrung gehabt, solche ohne Wissen des Eigenthümers verlehnt hat [d]); oder wenn ein Ehegatte dem Andern Etwas geschenkt hat, von welchen Schenkungen es in Gesetzen [e]) heißt: ab initio causa in hac donatione deficit. Bey Fällen dieser Art, das heißt, wo Jemand auf eine gleich anfangs unverbindliche Art von dem Andern Etwas erhalten hat, ist die Sache entweder noch in Natur vorhanden, oder nicht, sondern sie ist bereits consumirt. Im ersten Falle kann es von einem jeden Besitzer vindicirt werden, weil kein Eigenthum auf den Accipienten übergegangen ist [f]). Die condictio sine causa

a) L. 1. pr. sqq. L. 4. D. h. t. L. 10. D. de condict. caus. data. L. 66. D. de cond. indeb.

b) Eckard in exam. act. forens. Part. V. pag. 161. Wernher Part. II. Obs. 402. Nic. Fragemann D. de condictionis sine causa fundamento et vsu, Ien. 1718. Frid. Vlr. Pestel Diss. de condictionis sine causa fundamento et vsu, Rint. 1776.

c) L. fin. D. de vsufr. quemadmod. cau. L. 5. §. vlt. Diss. de donat. int. vir. et vxor. §. 14. Inst. de action.

d) L. 11. §. fin. L. 13. D. de reb. cred. L. 19. §. 1. D. eod.

e) L. 5. in fine. L. 6. D. de donat. inter vir. et vxor.

f) L. 11. §. fin. D. de reb. credit.

causa darf hier nicht angestellt werden; denn ein Eigenthümer kann seine Sache außer dem Falle, daß sie ihm gestohlen worden, nicht condiciren, weil man durch eine Condiction nur solche Dinge, die noch nicht unser sind, zu erlangen sucht [g]), dasjenige aber, was schon das Unsrige ist, nicht erst das Unsrige werden kann. Im zweyten Falle muß weiter unterschieden werden, ob die Verbrauchung bona oder mala fide geschehen ist. Ist jenes, so findet wider den Andern nur die condictio sine causa statt [h]). Hier kann nicht alles Interesse gefordert werden; auch das iuramentum in litem hat nicht statt, sondern der Andere haftet nur in so weit, als etwas sine causa auf ihn gekommen ist [i]). Ist hingegen dieses, da findet wider denjenigen, welcher die Sache mala fide consumirt hat, die actio ad exhibendum statt [k]). Gesetzt, der Depositarius hat die deponirten Gelder selbst ausgegeben, oder sie einem Dritten, welcher wußte, daß es deponirte Gelder waren, geliehen, und dieser hat sie ausgegeben. Jetzt kann durch gedachte Klage alles Interesse von ihm gefordert, und solches durch das iuramentum in litem bestimmt werden. Ich habe bemerkt, daß die gegenwärtige Condiction statt habe, wenn Jemand durch ein verbotenes Spiel Etwas erhalten hat. Die condictio indebiti kann nicht füglich angestellt werden, weil das Spielgeld wissentlich und nicht aus Versehen gegeben wird. Eine besondere condictio ex Lege 3. C. de aleat. ist hier auch nicht nöthig, weil es in dem Gesetze heißt: et competentibus actionibus repetatur [l]).

Die

g) §. 14. Inst. de actionibus.

h) L. 11. §. vlt. L. 13. D. de reb. credit.

i) L. 32. in fine D. de reb. credit.

k) L. 11. §. fin. D. de reb. credit.

l) L. 1 et 3. C. de aleat. Berger in Oecon. iur. Lib. III. tit. 10. §. 7. not. 4. Wernher Obseruat. Part. IX. Obs.

Die gedachte in den Gesetzen bestätigte natürliche Billigkeit tritt ferner ein, wenn Jemand Etwas von einem Andern zwar anfangs aus einer gerechten Ursache erhalten hat, er besitzt aber diese Sache in der Folge ohne eine gerechte Ursache. Gesetzt, ich habe dem Uhrmacher meine Uhr zum Repariren gegeben; er läßt sich solche stehlen, und muß sie bezahlen. In diesem Falle habe ich das für die gestohlne Uhr erhaltene Geld aus einer gerechten Ursache von ihm bekommen. Nach einiger Zeit bekomme ich die Uhr selbst wieder; nunmehr besitze ich das Geld sine causa, und deswegen kann es der Uhrmacher von mir condiciren. Man nehme ferner an, ich stelle meinem Gläubiger über die mir geliehenen 500 Rthlr. eine Obligation aus; so besitzt er sie ex iusta causa; habe ich ihm aber das ganze Darlehn wieder bezahlt, so besitzt er nunmehr die Handschrift sine causa, und deswegen kann ich sie von ihm condiciren. Gesetzt, ich habe Jemandem zur Sicherheit eines geschlossenen Kaufs eine goldene Uhr übergeben, um ihn damit zu versichern, daß ich den Kauf halten wolle. Nachher bezahle ich das Kaufgeld, und er übergiebt mir die verkaufte Sache, behält aber die goldene Uhr. Diese kann ich condictione sine causa von ihm zurück fordern [m]). In dem Falle, wo der Andere eine Sache zwar anfangs aus einer gerechten Ursache erhalten hat, diese Ursache fällt aber in der Folge weg, kann die Reivindication nicht angestellt werden, weil das Eigenthum der Sache, welche der Andere bekommen hat, aus einer gerechten Ursache auf ihn übergegangen war. Sollte er sie also veräußert haben, so kann gedachte Klage wider einen Dritten nicht angestellt werden; sondern es hat wider den ehemaligen Accipienten blos

Obs. 214. Leyser Spec. 126. Med. 3. Sigism. Gotl. Hilliger Diss. de actionibus occasione ludi competentibus vel non, Lips. 1712. Strubens rechtliche Bedenken, 4ter Thl. Nr. 131.

m) L. 1. §. 3. L. 2. D. h. t. L. 11. §. 6. D. de act. emt.

blos die condictio sine causa statt, welche Einrichtung bey einem Concurs von großer Wichtigkeit ist n). Endlich ist die angeführte in den Gesetzen bestätigte natürliche Verbindlichkeit vorhanden, wenn Jemand Etwas, das einem Andern gehört, ohne irgend eine gerechte Ursache dazu zu haben, verbraucht, oder zu besitzen aufgehört hat o). Gesetzt, es hat Jemand mala fide mein Haus besessen, so kann ich die nicht mehr vorhandenen, sondern bereits consumirten Nutzungen, z. B. das Miethgeld, welches er eingehoben und wieder ausgegeben hat, condictione sine causa von ihm ersetzt verlangen; ist aber etwas vom Miethgelde auf nöthige Reparaturen verwendet worden, so geht diese Summe davon ab, weil ich diese Ausgaben selbst hätte machen müssen. Uebrigens kann diese Klage ebenfalls bisweilen eine condictio certi, und in andern Fällen condictio incerti seyn p).

Gegenwärtige Condiction kann von demjenigen angestellt werden, dem die angeführten Sachen, welche der Andere sine causa besitzt, gehören q), desgleichen von seinen Erben r). Der Beklagte ist derjenige, der des Klägers Sache entweder gleich anfangs auf unverbindliche Art von selbigem erhalten, oder erst nach der Zeit sie auf eine ungerechte Art zu besitzen angefangen, oder sie sonst, ohne eine gerechte Ursache dazu zu haben, verbraucht, oder zu besitzen aufgehört hat. Sie kann auch wider seinen Erben angestellt werden s); aber nicht wider einen Dritten besondern

n) Boehmer de action. Sect. II. cap. 5. §. 32.

o) L. 29. D. de condict. indeb. L. 3. C. de cond. ex Lege et sine causa.

p) L. 3. D. h. t.

q) L. 1 et 3. C. de aleator.

r) L. 32. D. de reb. credit.

s) L. 1. C. de aleat. Oldendorp in Progymn. action. forens. class. 6. act. 5. nr. 5.

dern Nachfolger, da sie eine bloße persönliche Klage, und keine actio in rem scripta ist. Gesetzt also, ich habe dem A. eine Handschrift über 500 Rthlr. ausgestellt; ich bezahle ihm dieses Geld, er giebt mir aber die Handschrift unter dem Vorwande, daß er sie nicht gleich finden könne, nicht zurück. Ich sterbe, und er cedirt die Handschrift an den Titium. Mein Erbe erfährt es und klagt wider den Titius auf die Herausgabe der Handschrift. Diese Klage findet nicht statt; sie konnte blos wider meinen ehemaligen Gläubiger angestellt werden, weil dieser die Obligation nicht mehr aus einem gerechten Grunde besaß. Wider den Titius muß vielmehr die Reivindication angestellt werden.

Man muß das Gesuch bey dieser Condiction verschieden abfassen. Ist die Sache noch vorhanden, so bittet man den Beklagten anzuhalten, selbige mit allen von Zeit des Empfangs oder des aufgehörten rechtmäßigen Besitzes erhobenen Nutzungen und der Zubehör heraus zu geben. Sollte die Sache bereits verbraucht seyn, so wird gebeten, daß er das Verbrauchte ersetze. Mehr, z. B. auch Zinsen, kann man nicht suchen [t]), zumal wenn der Beklagte die Sache gleich anfangs aus gerechter Ursache bekommen hat; denn jetzt hat er die Sache als die seinige benutzen können. Bey uns können Zinsen alsdenn gefordert werden, wenn der Beklagte die Restitution verweigert hat, und folglich wegen seines Verzugs zur Zinsenentrichtung verpflichtet ist. Wird ein unredlicher Besitzer actione ad exhibendum auf die Herausgabe belangt [u]), und muß das Interesse mittelst des iuramenti in litem erhärtet werden, so werden auch Zinsen zugesprochen, folglich kann man auch darum bitten [x]).

Wider

t) Oldendorp l. c. nr. 5.

u) L. 14. D. ad exhib. L. 4. C. de crim. expil. hered. L. 37. D. de donat. inter virum et vxor. §. 2. Inst. quib. alien. licet.

x) L. 3. §. 2. L. 5. §. 2. D. ad exhib. Boehmer de action. Sect. III. cap. 5. §. 32.

Wider die zeither erklärte Condiction kann man folgende Einreden vorschützen, als 1) Beklagter habe nichts erhalten, was Klägern gehört habe; jetzt muß Kläger die Ablieferung beweisen; 2) die gerechte Ursache, um welcher willen er die Sache besitze, daure noch fort, mithin sey er auch noch nicht schuldig die Sache heraus zu geben. 3) Kann vorgeschützt werden, er habe das Geld mit Klägers Willen verbraucht [y]). Gesetzt, Beklagter hat den Kläger um 50 Rthlr. angesprochen, und letzterer hat sie ihm, in der Absicht, ihm ein Geschenk damit zu machen, gegeben; Beklagter aber hat sie nur lehnen wollen. Dieser Handel ist ein ungültiges Geschäfte, weil auf beyden Seiten nicht einerley Wille vorhanden war. Hat nun Beklagter das Geld verthan, so kann Kläger doch nichts wieder fordern, und thut er es, so steht ihm gegenwärtige Einrede entgegen. Man kann 4) vorschützen, das Spiel sey nicht verboten gewesen [z]), worauf aber replicirt werden kann, Kläger fordere nur dasjenige, was über die gesetzmäßige Summe darin verlohren worden sey. 5) Es sey nichts über die gesetzmäßige Summe durchs Spiel verlohren worden [a]). Man kann 6) vorschützen, Kläger habe das, was er verlange, schon ersetzt erhalten, mithin suche er sich durch diese Klage zu bereichern [b]). Endlich kann 7) die Einrede der Verjährung entgegen gesetzt werden; doch tritt diese erst nach funfzig Jahren ein, wenn das Verspielte zurück gefordert wird [c]).

Un-

y) L. 18. pr. D. de reb. credit. L. 36. D. de acquir. rer. domin.

z) Stryck in vsu mod. Lib. XI. tit. 5. §. 6.

a) L. 3. D. de aleat.

b) §. 2. Inst. quib. alien. licet, vel non, verbis: aut ex ea locupletior sit.

c) L. 3. C. de aleat.

Unstatthaft ist die Einrede, daß Beklagter von der Sache nicht mehr reicher sey [d]); ausgenommen ist jedoch die Schenkung unter Ehegatten; denn wenn der beklagte Ehegatte aus einer solchen Schenkung belangt wird, so haftet er nur in so weit, als er sich durch die Schenkung noch reicher befindet. Der Grund, warum in allen andern Fällen diese Einrede unstatthaft ist, ist kein anderer, als weil gedachter Fall einzig und allein in den Gesetzen [e]) ausgenommen worden ist, und deswegen tritt die Regel ein: exceptio in casibus non exceptis regulam firmat.

d) L. 29. D. de condict. indeb. PRAGEMANN in cit. Diss. §. 15. 17. 18.

e) L. 5. §. 18. D. L. 8. C. de donat. int. vir. et vxor.

Lib. XIII. Tit. I.

de condictione furtiua.

§. 837 — 841.

Wenn bey den Römern von Jemandem ein Diebstahl begangen worden war, so konnte wegen dieses Diebstahls theils criminaliter auf eine öffentliche Strafe geklagt werden; theils ciuiliter. In diesem letzten Falle verlangte man entweder blos den Ersatz des Schadens, oder eine Geldstrafe. Klagte man auf die Entschädigung, so wurde condictio *furtiua* gebraucht [a]). Der Grund dieser Klage besteht ebenfalls, wie bey den übrigen Condictionen, in der von den Gesetzen bestätigten natürlichen Billigkeit, daß Niemand durch einen begangenen Diebstahl einen schändlichen Gewinn erreicht [b]). Es wird diese Condiction in Gesetzen [c]) bisweilen auch actio furti genennt; dieses geschieht aber blos wegen des mitanzuführenden Diebstahls; denn beyde Klagen sind sehr verschieden, weil 1) die actio furti eine actio personalis natiua ist, welche aus einem Verbrechen, dem Diebstahle, entspringt; die condictio furtiua hingegen ist eine actio personalis

a) ECKARD in Exam. action. forens. Part. II. pag. 161 sqq. Andr. CLVDII Comment. ad tit. Dig. et Cod. de condictione furtiua, Lipſ. 1630. 1650. Zach. PRVESCHENCK Diſſ. de condictione furtiua, Ien. 1638. Io. STRAVCHII Diſſ. de condictionis furtiuae natura et vſu hodierno, Ien. 1714. Conr. Gottl. STRECKERI D. de condictione furtiua, Erford. 1729.

b) L. 5. pr. D. de calumniat.

c) L. 14. §. 16. L. 71. pr. D. de furt.

datiua, welche nicht aus dem begangenen Diebstahle, sondern unmittelbar aus der von den Gesetzen bestätigten natürlichen Billigkeit entspringt. 2) Die actio furti ist eine actio mere poenalis; hingegen die condictio furtiua ist eine actio rei persecutoria [d]). 3) Die actio furti ist eine actio famosa; hingegen die condictio famosa macht den Beklagten nicht ehrlos [e]). Heutigestages wird diese Klage vermöge der peinlichen Gerichtsordnung [f]) summarisch verhandelt. Die Condiction ist ebenfalls wie die condictio indebiti entweder eine condictio certi [g]), wenn eine gewisse Größe, oder eine individuelle Sache gefordert wird, oder eine condictio incerti [h]), wenn dadurch etwas anders gesucht wird, z. B. der Besitz oder das Interesse.

Die Klage kann angestellt werden I) von dem Eigenthümer der gestohlnen Sache, er mag der wahre Eigenthümer, der auch die Reivindication anstellen könnte, oder ein dominus putatiuus, z. B. der bonae fidei possessor seyn, der die actionem Publicianam anstellen kann [i]); er mag das Eigenthum zur Zeit des geschehenen Diebstahls schon gehabt haben, oder erst nach der Zeit, nachdem die Sache gestohlen worden, Eigenthümer geworden seyn [k]). In Rücksicht auf diese Personen ist es auch eine condictio certi, weil sie eine gewisse individuelle Sache suchen, welche gestohlen worden, und woran ihnen das Eigenthum zusteht. Die Klage kann II) von jedem Andern angestellt werden, dem daran gelegen ist, daß der Dieb-

d) L. 7. §. 1. 2. D. de condict. furt.

e) L. 36. D. de oblig. et action. FORNERIVS rer. quotid. Lib. II. cap. 24. in OTTONIS Thes. Tom. II. pag. 186.

f) Art. 207. der P. G. O. LEYSER Spec. 149. Med. 6.

g) L. 8. pr. D. de condict. furt.

h) L. 12. §. 2. D. de condict. furt.

i) L. 136. D. de reg. iur.

k) L. 10. §. 2 et 3. D. h. t. LAVTERBACH h. t. §. 8.

Diebstahl nicht begangen worden. Dahin gehört 1) derjenige, dem zwar kein Eigenthumsrecht an der gestohlnen Sache zusteht, der aber doch ein dingliches Recht an der Sache hat, welches der Fall bey dem Pfandgläubiger ist [l]), oder der die Sache vermöge eines persönlichen Rechts besessen hat, und andern Personen wegen der Sache verbindlich ist, wie dieses der Fall bey dem Entlehner, dem Miethmanne, dem Depositar ist [m]). In Rücksicht auf diese Personen ist die condictio furtiua eine condictio incerti, weil sie solche wegen der durch den Diebstahl verursachten Entziehung des Besitzes anstellen, da ihnen daran gelegen ist, daß sie diesen Besitz wieder bekommen. Hierdurch läßt sich der Einwurf heben, welchen man aus der L. 14. §. 16. D. de furtis machen könnte, wo es heißt: condictio autem ei demum competit, qui dominium habet; denn man muß diese Worte von der condictione furtiua certi verstehen. Ist dem Kläger das Eigenthum oder das Interesse geleugnet worden, so braucht er solches nicht förmlich zu erweisen, sondern es ist genug, daß er darthut, die Sache sey ihm entwendet worden; denn hierdurch beweißt er, daß er die Sache besessen habe, und der gute Glaube wird vermuthet. Hier wird nicht hauptsächlich über das Eigenthum oder das Interesse gestritten, sondern darüber, daß der Andere durch den Diebstahl einen schändlichen Gewinn habe [n]).

Auch der Erbe des Eigenthümers kann III) die Condiction anstellen, wenn ihm das Eigenthum der gestohlnen Sache zu Theil worden ist, im Fall der Erblasser mehrere Erben hinterlassen hat, und einer davon bekommt die gestohlne Sache vermöge der Erbschaftsvertheilung; denn jetzt haben die übrigen kein Interesse bey der Sache; oder wenn das Eigenthum ohne eine That des Verstorbenen

l) L. 10. §. 2 et 3. D. de cond. furt.

m) L. fin. §. 3. C. de furt. LAVTERBACH h. t. §. 10.

n) BOEHMER de actionib. Sect. II. cap. 5. §. 36.

nicht verlohren worden ist o); denn hat der Verstorbene die Sache bey seinem Leben schon veräußert, oder sie Jemandem vermacht, so ist das Eigenthum auf diese Personen gekommen, und hier kann Jeder die condictionem furtivam anstellen, wenn ihm die Sache nach erworbenem Besitz entwendet worden ist. War der Legatarius noch nicht im Besitz der vermachten Sache, so kann er auch nicht sagen, daß ihm die Sache gestohlen worden, es ist ja keine Entwendung der Sache geschehen; in diesen Fällen muß aber die Reivindication von ihm angestellt werden.

Es kann die Klage wider den Dieb p), desgleichen wider den Räuber q) angestellt werden; desgleichen wider ihre Erben, wenn auch der Erbe von des Verstorbenen Diebstahl nicht reicher seyn sollte r). Der Erbe haftet, weil er die dem Verstorbenen obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen schuldig ist. Sind mehrere Erben vorhanden, so ist die Verbindlichkeit des Verstorbenen zum Schadenersatze, ipso iure unter sie als dergestalt getheilt zu betrachten, daß ein jeder nach der Größe seines Antheils an der Erbschaft den Schaden vergüten muß s). Es hat die Klage gewissermaaßen auch gegen die übrigen Nachfolger statt t), und zwar wenn der dritte Besitzer der gestohlnen Sache solche an sich gebracht hat, ob er es gleich wußte, daß sie gestohlen sey, oder wenn er die gestohlne Sache zwar im guten Glauben besitzt, sich aber dadurch reicher befin-

o) L. 10. §. 2 et 3. L. 11. D. h. t. CLVDIVS de condict. furt. cap. 34. nr. 8.

p) L. 5. D. de condict. indeb.

q) L. 2. §. 26. D. de vi bonor. rapt. L. 10. §. 1. D. de condict. furt.

r) L. 5. L. 7. §. 2. L. 9. D. de condict. furt. §. fin. Inst. de obligat. quae ex delict. nasc.

s) L. 9. D. de condict. furt.

t) L. 7. §. 2. L. 19. D. de condict. furt. L. 1. D. de priuat. delict. §. 26. Inst. de rer. diuis. ibique VINNIVS et HOPP.

befindet. Gesetzt, die gestohlne Sache ist ihm geschenkt oder vermacht worden. Hier hat er keinen Schaden, wenn er sie wieder zurück giebt, und das Eigenthum konnte er nicht erwerben, weil dergleichen Sachen nicht verschenkt noch vermacht werden dürfen. Wollte er sie behalten, so würde er sich mit dem Schaden des Bestohlnen bereichern. Sollte ihm die gestohlne Sache wohlfeiler verkauft worden seyn, als sie wirklich werth ist, so muß er die Sache gegen Empfang seines Kaufgeldes wieder herausgeben. Der Regel nach hat freylich wider einen dritten besondern Nachfolger der gestohlnen Sache die condictio furtiua nicht statt, sondern wider diesen muß die Reivindication angestellt werden [u]). Endlich kann auch ein Jeder, der die gestohlne Sache ohne Titel besitzt, z. B. selbst die Obrigkeit, wenn sie den Dieb eingezogen, und sich die gestohlne Sache angemaßt hat, dieselbe aber dem Bestohlnen nicht herausgeben will, durch diese Klage belangt werden [x]). Verheimlicht Jemand die gestohlne Sache, so kann er ebenfalls durch unsere Condiction belangt werden, ob er sie gleich nicht mehr besitzt, nur muß er einen Genuß davon haben [y]).

Die Bitte wird, im Fall die gestohlne Sache noch vorhanden ist, auf ihre Herausgabe mit allen Nutzungen gerichtet [z]). Ist sie nicht mehr vorhanden, so bittet man um den Ersatz des Werthes und die Vergütung alles Interesse. Bey der Bestimmung des Werthes wird auf den höchsten Werth Rücksicht genommen, den die Sache einmal

u) L. 5. D. de condict. furt.

x) L. 6. C. de furt. Art. 217 et 218. C. C. C. Reichsabsch. v. J. 1598. §. und nachdem. Richter Part. II. Dec. 96. nr. 177. Berlich Concl. Part. II. Concl. 45. nr. 32. Stryck in vsu mod. h. t. §. 8.

y) Arg. L. 6. C. de furt. Wernher Obs. Tom. I. Part. III. Obs. 96.

z) L. 8. pr. et §. 2. D. de condict. furt.

seit der Zeit des begangenen Diebstahls gehabt hat [a]), weil der Dieb in perpetua mora restituendi gewesen. Das Interesse kann übrigens nur sodann gefordert werden, wenn der Beklagte für einen unredlichen Besitzer gehalten werden muß, welcher Fall beym Diebe hauptsächlich eintritt, und in dergleichen Fällen kann der Kläger verlangen, daß man ihn desfalls zum iuramento in litem lasse [b]).

Als Einrede kann gebraucht werden, 1) die Sache sey nicht gestohlen worden [c]); 2) Beklagter habe die Sache nicht gestohlen, sondern z. B. sein Sohn [d]); 3) die Sache gehöre jetzt dem Kläger nicht mehr [e]); 4) die Sache sey dem Kläger nicht gestohlen worden [f]). Gesetzt, es ist eine vermachte Uhr nach des Erblassers Tode, ehe der Legatarius sie in Besitz erhalten, gestohlen worden. Der Legatarius will deswegen unsere Condiction anstellen. Dieses geht nicht; denn ob er gleich nach des Testirers Tode ipso iure Eigenthümer der vermachten Uhr geworden ist, daher er auch die Reivindication anstellen können, so steht ihm doch die gegenwärtige persönliche Klage nicht zu, weil er den Besitz der Uhr noch nicht gehabt hat. Der Erbe kann diese Klage anstellen, weil er dem Vermächtnißnehmer wegen der Uhr haftet, wenn er sich solche durch sein Versehen stehlen lassen.

Man kann 5) vorschützen, Kläger habe bey der Sache kein Interesse. Ist z. B. demjenigen, der ein Pferd gemiethet

a) L. 8. pr. et §. 1. L. 16. D. de condict. indeb.

b) L. 3. D. h. t. L. 9. D. de in litem iur. LAVTERBACH h. t. §. 13.

c) L. 13. §. 2. D. de iureiur. STRYCK in vsu mod. h. t. §. 3.

d) L. 4. D. de cond. furt. CLVDIVS de condict. furt. cap. 33. LEYSER Spec. 149. Med. 5.

e) L. 10. §. 2. 3. L. 17. D. h. t. LAVTERBACH h. t. §. 4. BOEHMER de action. Sect. II. cap. 5. §. 36.

f) L. 11. D. de cond. furt.

miethet hat, solches mit Gewalt abgenommen worden, ohne daß er diese Beraubung zu verhindern im Stande war, so braucht er dem Vermiether das Pferd nicht zu bezahlen, folglich hat er auch bey der Sache weiter kein Interesse, und deswegen muß der Vermiether als Eigenthümer die Condiction anstellen. Es kann 6) vorgeschützt werden, Kläger habe selbst keinen rechtmäßigen Besitz der Sache gehabt [g]), weil er die Sache gestohlen oder gekauft hatte, da er doch wußte, daß sie gestohlen sey; und doch könne diese Condiction nur vom Eigenthümer der gestohlnen Sache angestellt werden. Man kann 7) vorschützen, Beklagter habe sich erboten, Klägern die gestohlne Sache wieder zu geben, er habe sie aber nicht annehmen wollen, sondern sich erklärt, Beklagter könne sie behalten [h]). Beweißt der Beklagte diese Erklärung, so haftet er dem Kläger nicht weiter, wenn die Sache durch einen Zufall verlohren gegangen seyn sollte. Es kann 8) vorgeschützt werden, Beklagter habe sich mit Klägern verglichen [i]); desgleichen 9), er habe von dem Diebstahl keinen Gewinn erhalten [k]). Diese Einrede könnte z. B. von demjenigen vorgeschützt werden, der bey dem Diebstahl zwar behülflich gewesen ist, der wirkliche Dieb hat ihm aber von dem Diebstahle nichts abgegeben. Diese Condiction gründet sich auf den Satz der natürlichen Billigkeit, daß der Beklagte von dem Diebstahle keinen schändlichen Gewinn haben soll, und diesen hat der Beklagte unter diesen Umständen nicht. Bey der actione furti darf diese Einrede nicht gebraucht werden. Man kann 10) vorschützen, Kläger habe das Gestohlne bereits wieder erhalten, oder er sey deshalb schon befriedigt worden [l]). Sollte also der Kläger die gestohlnen Sachen

g) L. 12. §. 1. L. 76. §. 1. D. de furt. Leyser Spec. 149. Med. 1.
h) L. 8. pr. D. de condict. furt.
i) L. 29. §. 1. D. de verb. obligat. L. 17. D. h. t.
k) L. 6. D. de condict. furt.
l) L. 1. L. 10. pr. D. h. t. L. 57. D. de reg. iur.

von der Obrigkeit bereits wieder erhalten haben, oder der Dieb selbst hat sie ihm wieder gegeben, so leidet er weiter keinen Schaden. Endlich kann 11) vorgeschützt werden, Beklagter sey nicht allein Erbe; denn die Erben haften wegen der Verbindlichkeiten des verstorbenen Diebes in solidum, wenn gleich jeder zum Schadensersatze nach Verhältniß seines Erbtheils beytragen muß [m]).

Es giebt mehrere Einreden, welche man der gegenwärtigen Condiction nicht entgegen setzen darf, und unter diese Einreden gehört 1) die Einrede, daß die Klage bereits durch die Verjährung erloschen sey [n]). Die Verjährung von dreyßig Jahren findet zwar statt, wenn der Kläger nicht zu zeigen im Stande ist, daß ihm die Sache gestohlen worden [o]); führt er aber dieses aus, so kommt dem Diebe die praescriptio longissimi temporis nicht zu statten, weil er in perpetua mora restituendi ist, und den Titel seines Besitzes, daß er die Sache als eine gestohlne besessen, nicht ändern können. Ein dritter bonae fidei possessor, wie auch ein in bona fide sich befindender Erbe des Diebes [p]), kann die Sache per longissimum tempus erwerben, so daß wider ihn nicht einmal die Reivindication statt hat, vielweniger die condictio furtiua. Es darf 2) nicht vorgeschützt werden, daß Beklagter den Streit wegen der gestohlnen Sache mit Klägern auszuführen bereit gewesen [q]). Dadurch wird er von der Verbindlichkeit, die Sache zu restituiren, oder wenn sie nicht mehr vorhanden war,

m) L. 9. D. de condict. furt.

n) NOV. 119. cap. 7. L. 11. in fine C. vnde vi. L. 8. §. 1. in fine D. h. t. L. 8. C. de vsufr. L. 2. C. de praescr. trig. vel quadr. ann. ART. 209. C. C. C. ibique KRESS. Io. Christ. SCHRÖTER Diss. de furtiuae rei prohibita vsucapione, Jen. 1715. SCHAVMBVRG ad STRVVII Iurispr. Lib. II. tit. 9. §. 14. LEYSER Spec. 457. Med. 8.

o) L. 21. §. 5. D. de act. rer. amot.

p) LEYSER Spec. 149. Med. 7.

q) L. 20. D. de condict. furt.

war, ihren Werth dem Kläger zu bezahlen, nicht befreyt. Warum hat er sie dem Kläger nicht gleich herausgegeben; denn dieser war nicht schuldig, die Reivindication wider ihn anzustellen [r]). Unstatthaft ist 3) die Einrede, daß Beklagter die gestohlne Sache verbessert habe [s]); z. B. er hat die gestohlne Uhr auf seine Kosten repariren lassen; jedoch hat diese Einrede nur wider den Dieb selbst statt. Es darf 4) nicht vorgeschützt werden, daß Beklagter die gestohlne Sache in eine andere Form gebracht habe [t]); z. B. er habe aus den gestohlnen silbernen Löffeln silberne Leuchter gemacht. Es darf 5) der Dieb nicht vorschützen, daß er etwas auf die Sache verwendet habe [u]). Hat die Obrigkeit etwas auf die gestohlne Sache verwendet, z. B. sie hat das gestohlne Pferd füttern lassen, oder es hat Jemand Kosten darauf verwendet, um die gestohlne Sache ausfündig zu machen, so muß dieser Aufwand ersetzt werden, und es kann zur Sicherheit das Retentionsrecht ausgeübt werden. Unstatthaft ist 6) die Einrede, daß der Diebstahl vom Beklagten nicht allein begangen worden sey [x]), weil mehrere Theilnehmer am Diebstahle in solidum haften; desgleichen 7), daß die Sache nicht mehr vorhanden sey; z. B. der Dieb selbst oder sein Erbe schützt vor, er habe die gestohlne Sache verlohren, sie sey durch einen Unglücksfall zu Grunde gegangen. Dieses hilft nichts, sondern er muß den Werth bezahlen [y]); sollte er aber zur Restitution erbötig gewesen seyn, und der Bestohlne nimmt sie nicht an, so kann er die angeführte Einrede vorschützen [z]). Endlich darf 8) die Einrede nicht entgegen

r) §. 19. Inst. de obligat. quae ex del. nasc. L. 1. D. h. t.
s) L. 13. in fine D. de condict. furt.
t) L. 13. D. de condict. furt.
u) L. 13. cit. L. 1. C. de inf. expos. Richter Part. II. Dec. 96. nr. 175 sqq.
x) L. 1. C. de furt.
y) L. 8. D. de condict. furt.
z) L. 8. pr. D. de cond. furtiua.

gegen gesetzt werden, der Dieb sey bereits bestraft worden [a]). Die öffentliche Strafe, daß der Dieb z. B. ins Zuchthaus gekommen, hebt die Privatsatisfaction des Bestohlnen nicht auf. Nach gemeinem Sächsischen Rechte wird es zwar vermöge der Glosse zum Landrechte, 2tes Buch, 30ster Art. Nr. 4. dafür gehalten, wo es heißt, mit dem Tode wettet man dem Richter und büsset dem Kläger [b]); allein das Wort büssen heißt nur, der Kläger verliere durch den Tod des Diebes seine Pönalklage, die actionem furti, und man kann nicht behaupten, daß dadurch auch die actio rei persecutoria, die condictio furtiua wider die Erben des Diebes unstatthaft gemacht worden sey. In Churſachsen ist daher jene irrige Meynung durch eine besondere Constitution vom Jahr 1719. verworfen worden [c]). Hypothekarisch kann der Bestohlne nicht klagen [d]).

Lib. XIII. Tit. II.

de condictione ex Lege.

§. 842.

Die Klagen sind entweder benennte oder unbenennte; die unbenennten entweder actiones in factum, oder praescriptis verbis, oder condictiones ex Lege. Die im

a) L. 7. §. 1. D. de condict. furt. L. 45. D. pro socio. L. vn. C. quando ciuil. act. crim. praeiud. Stryck h. t. §. 7. Boehmer de action. Sect. II. cap. 5. §. 38. Leyser Spec. 149. Med. 4.

b) Carpzov Part. IV. Const. 32. Def. 23.

c) Boehmer in iure eccles. Lib. V. tit. 17. §. 131.

d) Leyser Spec. 149. Med. 7. cor. 2.

im römischen Rechte vorkommenden Klagen sind entweder durch eigene Gesetze ausdrücklich eingeführt; oder von den römischen Rechtsgelehrten erfunden worden. Gründet sich eine Klage auf ein eigenes Gesetz, so hat sie entweder überdieses noch ihre eigene Benennung erhalten, oder dieses ist nicht geschehen. Hat sie keinen eigenen Namen erhalten, so wird die Klage überhaupt condictio ex Lege genennt. Bisweilen wurde nämlich durch neuere Gesetze ein Recht zu klagen eingeführt, wo vorher keines statt fand; ohne daß in diesem Gesetze die Art der Klage bestimmt war, und ohne daß man diese Klage als Gattung einer schon eingeführten und benennten Art von Klagen ansehen konnte. In dergleichen Fällen brauchte man den Ausdruck: condictio ex Lege, und setzte stillschweigend das Gesetz dazu, worin sie eingeführt worden war; daß es also eigentlich so betrachtet werden mußte, als sagte man: condictio ex Lege, scilicet illa, qua introducta est actio, und es wurde auch immer zugleich dieses Gesetz dazu gesetzt. Daher heißt es in der L. vn. Dig. h. t. — si obligatio lege noua introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex Lege agendum est. Der berühmte Westenberg [a]) hat von dieser Entstehungsart der Klagen weitläuftig gehandelt. In der L. 35. §. vlt. C. de donat. wurde verordnet, daß man aus einer Schenkung sollte klagen können, wenn sie gleich ohne eine Stipulation vorgenommen worden sey. Man nennte daher die auf die Erfüllung der gemachten Schenkung gehende Klage condictionem ex L. 35. §. vlt. Cod. de donat. Nach der L. 10. C. de reuoc. donat. soll es erlaubt seyn, eine Schenkung wegen der Undankbarkeit des Beschenkten wiederrufen zu können; und deswegen heißt die Klage, welche in dieser Absicht angestellt wird, condictio ex L. 10. C. de reuoc. donat. Es giebt mehrere solcher Klagen; jede hat ihre eigene Beschaffenheit, und sie wird von andern

a) Westenberg Diss. IV. de caussis obligationum.

andern Klagen dieser Gattung durch Hinzufügung des Gesetzes, wodurch sie eingeführt worden, unterschieden. Eine Klage dieser Art ist z. B. die condictio ex L. 6. C. de secund. nuptiis, die condictio ex L. 9. C. de locat. cond., die condictio ex L. 30. C. de inoffic. test., die condictio ex L. 5. §. 1. D. de naut. foenor., die condictio ex L. 3. C. commun. vtriusque iud.

Die Rechtslehrer haben nach dem Beyspiel der im römischen Rechte vorkommenden Condictionen Rechtsmittel ausgedacht, welche sich auf Verordnungen des kanonischen Rechts gründen, und ihnen die Benennung, condictio ex canone beygelegt [b]). So ist z. B. im c. 2. de pactis in 6to, und im cap. 26 und 28. X. de iureiur. die Regel aufgestellt worden: omne iuramentum, quod salua salute aeterna seruari potest, seruandum est, nach welcher eine Handlung unter den Lebendigen, wenn sie blos wegen der dabey verabsäumten äußern Form ungültig ist, dennoch für gültig gehalten werden muß, wenn sie durch einen Eyd bestärkt worden, und der Eyd ohne Verlust der Seligkeit gehalten werden kann [c]). Gesetzt, es hat Jemand dem Andern über 500 Dukaten, z. B. 2000 Rthlr. zu schenken versprochen, und dieses Versprechen eydlich bestärkt; er will es aber hernachmals nicht halten, weil die Schenkung nicht gerichtlich insinuirt worden, so kann wider ihn die condictio ex canone angestellt werden. Eine andere Condiction dieser Art ist die condictio ex cap. 5. X. de raptor., nach welcher die Erben wegen einer von ihrem Erblasser vorgenommenen verbotenen Handlung, dem Beschädigten aus der Erbschaft den Schaden ersetzen müssen, wenn die Erbschaft so weit zureicht.

b) BOEHMER de action. Sect. II. cap. 5. §. 42. Io. Georg. FICHTNER D. de condictione ex canone non dabili, Alt. 1707. Io. Iac. de BERTRAM D. de condictione ex canone, Giess. 1709.

c) Iac. Frid. LVDOVICI Diss. de genuino intellectu brocardici vulgaris: omne iuramentum etc. Hal. 1705.

reicht. Man nehme an, Cajus habe aus dem Nachlasse der Mevia, welche bey ihm gestorben, vor Antretung der Erbschaft 200 Rhlr. baar Geld und zwey Demantringe heimlich weggenommen. Diese Handlung wurde bey den Römern crimen expilatae hereditatis genennt. Cajus stirbt, und sein Erbe findet weder dieses Geld noch die zwey Ringe unter seiner Erbschaft. Jetzt können die Erben der Mevia nichts destoweniger wider den Erben des Cajus auf die Bezahlung der 200 Rhlr. und die Ausantwortung der Ringe, oder ihre Bezahlung klagen, und in dieser Absicht die condictionem ex cap. 5. X. de raptor. anstellen.

Auch auf die Verordnungen teutscher Partikulargesetze hat man die Grundsätze von den im römischen Rechte vorkommenden Condictionen angewendet, und eine Klage dieser Art condictionem ex statuto genennt [d]). Das teutsche Recht kann ein Reichsabschied, ein Landesgesetz, ein Stadtrecht seyn. Gesetzt, es ist in einer Stadt oder in einem Dorfe eingeführt worden, daß Jeder, der in dem Weichbilde der Stadt, oder in der Mark des Dorfs ein Grundstück an sich bringen will, das Bürgerrecht, oder das Nachbarrecht an sich bringen muß, wenn er auch nicht an dem Orte wohnt; gleichwohl will ein Grundstücksbesitzer dieses nicht thun, so kann die condictio ex statuto wider ihn angestellt werden. Aehnliche Fälle kommen bey dem Redintegrationsrechte, bey dem Retractrechte vor. Der Herr von Leyser [e]) behauptete, es müsse in Fällen der Redintegration die Reivindication angestellt werden; diese Meynung ist aber nicht anzunehmen, weil die Vorfahren das veräußerte Stück Feld richtig gekauft haben, daher der Käufer das Eigenthumsrecht erwerben können. Einige Rechtsgelehrte glauben, wenn sie keine Klage angeben können,

d) Stryck in vsu mod. Lib. XII. tit. 2. §. 1. Hr. HR. Schmidt in den öffentlichen Rechtssprüchen, Nr. LIX.

e) Leyser Spec. 100. Med. 1.

können, so dürften sie vorgeben, die Imploration des richterlichen Amtes habe statt; diese Behauptung ist aber ebenfalls falsch; denn wenn gleich der Richter bey Gelegenheit einer andern angestellten Klage oft etwas zuerkennen kann, was der Kläger zu bitten vergessen hat, so muß man doch hieraus keine Befugniß zu Anstellung einer besondern Klage folgern.

Gründet sich die Zulässigkeit einer Klage auf ein Gewohnheitsrecht, so hat man die Klage condictionem ex moribus genennt [f]), welcher Fall hauptsächlich auf die nach teutschen Gesetzen statt findenden Klagen aus einem bloßen Vertrage, ex pacto nudo, angewendet worden ist.

Lib. XIII. Tit. III.
de condictione triticiaria.

§. 843. 844.

Bey Erklärung der in diesem Titel vorkommenden Condiction finden sich die größten Schwierigkeiten, wegen der dunkeln und sich zu widersprechen scheinenden Gesetze [a]). Sie hat ihren Namen entweder von einem Prätor, Triticius, der sie eingeführt hat, oder von den Anfangsworten

ten

f) Io. Geo. Drezell. D. de fundamento nonnullarum actionum, quae ex obligatione a iure ciuili et moribus orta peculiariter recepta oriuntur, Alt. 1705. Stryck in vsu mod. Lib. XIII. Art. 2. §. 6.

a) Io. Stravchii Diss. de condictione triticiaria, Ien. 1670. Io. Sam. Stryck D. de condictione triticiaria Hal. 1700. Io. Ge. Fichtner D. de Franciscanorum actione, Alt. 1727. Io. Car. Wachendorf in Diss. triad. Diss. II. pag. 201 sqq.

ten des Edicts: triticum, vinum, oleum etc.; jedoch sind beyde Meynungen für bloße Muthmaßungen zu halten. Sie ist eine actio praetoria [b]), personalis und rei persecutoria. Zuweilen pflegt man sie heutiges Tages auch wohl actio ad interesse zu nennen; allein dieser Ausdruck ist viel zu allgemein, weil vielfältig auch die aus einem contractu bonae fidei entspringenden Klagen auf die Prästation des Interesse gerichtet werden können, z. B. die actio emti [c]), die actio conducti [d]). Ist Jemand schuldig, mir eine Sache zu leisten, und dieses geschieht entweder gar nicht, oder doch nicht auf die gehörige Art, so daß mir die Leistung nunmehr schädlich, oder doch wenigstens unnütz seyn würde, so kann man alsdenn den Werth dieser Sache, oder was man sonst für ein Interesse dabey hat, von dem Andern fordern. Diese Leistung der Sache geschieht entweder nicht zu gehöriger Zeit, oder nicht am gehörigen Orte. Bey Fällen der ersten Art, wenn nämlich die Leistung nicht zu rechter Zeit geschehen ist, kommt es darauf an, ob der Andere die Sache vermöge eines Contracts des guten Glaubens zu leisten schuldig war, und er that es nicht. Hier fordert man den Werth oder das Interesse durch die nämliche Klage, welche aus dem Contract entsteht; z. B. actione commodati [e]), actione emti venditi [f]), actione depositi [g]). Gesetzt, ein Kaufmann verkauft dem Andern drey Fässer Kaffee, davon jedes ohngefähr 1000 Pfund hält, und verspricht sie mit dem ersten Fuhrmann, den der Käufer absenden wird, zu übersenden. Der Käufer schickt denn auch bald darauf einen Fuhrmann ab; der Verkäufer giebt ihm aber den Kaffee

b) Arg. inscr. L. 1. 3. 4. D. h. t.
c) L. 1. pr. D. de act. emt. vend.
d) L. 15. §. 8. L. 19. §. 1. D. locat. cond.
e) L. 3. §. 1. 2. L. 10. pr. D. commodati.
f) L. 1. pr. L. 12. D. de act. emt. vend.
g) L. 1. 8. 10. 47. D. depos.

Kaffee nicht mit. Zur Zeit des geschlossenen Handels galt das Pfund Kaffee 5 Gr. 4 Pf. und nach der Zeit ist er auf 12 Gr. gestiegen, wodurch dem Käufer ein Schaden von 833 Rthlr. 8 Gr. verursacht worden ist. Dieses Schadens wegen muß actione emti geklagt werden. War der Contract ein Contract des strengen Rechts, und der Kläger hatte sich den Werth oder das Interesse vorher durch eine Stipulation ausbedungen, so mußte beydes actione ex stipulatu gefordert werden [h]). Fehlte es an der Stipulation, so brauchte man die gegenwärtige condictionem triticiariam [i]); und sie hatte auch statt, wenn Jemand etwas außer einem Contract zu leisten schuldig war [k]).

Der Grund dieser Condiction ist die in den Gesetzen bestätigte natürliche Billigkeit, daß ein Schuldner, welcher nicht durch einen Contract, wobey schon seiner Natur nach die natürliche Billigkeit beobachtet werden muß [l]), die Sache zu leisten schuldig ist, sondern vermöge einer Verbindlichkeit von anderer Art, und solche aus Vorsatz, oder Nachläßigkeit, oder wegen eines von ihm selbst zu tragenden Unglücksfalls [m]), entweder gar nicht, oder nicht zu rechter Zeit entrichtet hat, dem Gläubiger den Werth derselben ersetze [n]). Auf den Gegenstand der Schuld kommt nichts an; sie mag körperlich und beweglich oder unbeweglich und unkörperlich, z. B. eine Servitut seyn, und bey letzterer sieht man nicht darauf, ob sie personalis, z. B. der Nießbrauch, oder realis [o]) sey. Der Schuldner soll deshalb,

h) L. 28. D. de novat.
i) L. 1. pr. D. de cond. tritic.
k) L. 1 sqq. D. de condict. tritic.
l) L. 3. §. 1 et 2. L. 10. pr. D. commod. L. 1. pr. L. 12. D. de act. emt. et vend. Boehmer de action. Sect. II. cap. 5. §. 45 et 46.
m) L. 3. D. h. t. Arg. L. 1. D. de eo quod certo loco. Struv. Exerc. XVIII. §. 64.
n) L. 3 et 4. D. de condict. tritic.
o) L. 3. D. de condict. tritic.

deshalb, weil er die schuldige Sache entweder gar nicht, oder doch nicht zu rechter Zeit geleistet hat, dem Gläubiger ihren Werth ersetzen. Wenn daher der Schuldner eine Summe baares Geld bezahlen sollen, und dieses nicht gethan hat, so kann die gegenwärtige Condiction nicht gebraucht werden, weil das Geld keiner Werthbestimmung bedarf, sondern vielmehr selbst der Maaßstab ist, wornach der Werth der Dinge bestimmt wird p). Dieses hat Gelegenheit zu der Benennung, actio Franciscanorum gegeben, weil die Franziscanermönche kein Geld bey sich führen dürfen. Hat der Schuldner das geborgte Geld nicht zur rechten Zeit bezahlt, so muß vom Gläubiger die condictio certi ex mutuo angestellt werden q), und thut er es nicht am gehörigen Orte, so hat deswegen die condictio quod certo loco statt. Sollte der Gläubiger in mora accipiendi seyn, und die ihm zu rechter Zeit angebotene Sache nicht haben annehmen wollen, so kann sie der Schuldner deponiren; und es wird ihm auch die condictio triticiaria nicht zu versagen seyn, wenn er dadurch Schaden gelitten hätte r).

Die zeither erläuterte Condiction wird von dem Gläubiger, dem die Sache hätte überlassen werden sollen, wie auch von seinem Erben angestellt, und sie kann wider den Schuldner, der die zu leisten schuldige Sache nicht abgeliefert hat, angestellt werden, wie auch wider seinen Erben.

Die Bitte geht dahin, daß Beklagter, weil er die versprochene Sache nicht mehr überlassen kann, oder weil dem Kläger an deren Ueberlassung nichts mehr gelegen ist, ihm den Werth derselben, mit Rücksicht auf den durch die Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit verursachten Scha-

p) L. 1. pr. D. h. t. L. 42. in fine D. de fideiuss.
q) L. 1. pr. D. h. t. L. 22. D. de reb. credit.
r) Arg. L. 2. pr. D. de eo quod certo loco.

den und entzogenen Gewinn s), nach richterlichem Ermessen t) zu ersetzen schuldig. Weil sich diese Condiction auf die natürliche Billigkeit gründet; so hat auch das richterliche Ermessen dabey statt, und der Richter kann über des Klägers Interesse arbitriren. Eben deswegen rechnet man diese Klage unter die actiones arbitrarias. Bey dem richterlichen Ermessen kommt es 1) darauf an: ob die Leistung der Sache aus Vorsatz oder Nachläßigkeit des Schuldners nicht geschehen ist, und ein gewisser Tag, an dem die Erfüllung des Versprechens geschehen sollte, festgesetzt war. Hier sieht man auf den höchsten Werth, welchen die Sache von dem gesetzt gewesenen Tage an, wo er sich eines Verzugs schuldig zu machen anfieng, bis auf den Tag, wo ihm die Leistung der Sache durch Urthel und Recht zuerkannt wurde, gehabt hat u). In Ermangelung einer solchen Zeitbestimmung kommt es auf die Beschaffenheit der Verbindlichkeit des Schuldners an. War die Verbindlichkeit obligatio pura, so wird auf den Werth der Sache Rücksicht genommen, den sie zu der Zeit hatte, wo sie zu Grunde gieng x); war die Verbindlichkeit hingegen eine obligatio conditionata oder sub die, so sieht man auf den Werth, den die Sache hatte, da die Bedingung erfüllt wurde, oder der Tag existirte y). 2) Sollte die Leistung der Sache wegen einer von dem Schuldner selbst zu übernehmenden Widerwärtigkeit nicht geschehen seyn, so muß ebenfalls auf den nur gedachten Unterschied Rücksicht genommen werden. War nämlich ein gewisser Tag zur Lei-

s) L. 3. L. 4. D. h. t. Arg. L. 6. §. 4. D. de act. emt. L. 19. §. 1. D. locat. condict.

t) Helfr. Vlr. Hvnnii tract. de rerum aestimatione, Giessae 1616. Petr. Mvellervs D. de aestimatione iudicis, Ien. 1690. Boehmer de actionibus, Sect. II. cap. 5. §. 49.

u) L. 3. D. h. t. Leyser Spec. 150. Med. 1 sqq.

x) L. 3. D. de condict. tritic.

y) L. 4. D. h. t. L. 22. D. de reb. credit.

Leistung der schuldigen Sache bestimmt, so sieht man auf den Werth, den die Sache an diesem Tage hatte; im entgegengesetzten Falle hingegen kommt der Werth in Betrachtung, den die Sache zur Zeit ihres Unterganges hatte z). Bey Bestimmung des Werths der Sache darf auch der Ort nicht außer Acht gelassen werden, weil die Sachen nicht an allen Orten einerley Werth haben. Hierbey kommt es darauf an, ob ein Ort vorher bestimmt gewesen, oder nicht. Bey Fällen der ersten Art muß auf den Werth, den die Sache an dem bestimmten Orte hatte, Rücksicht genommen werden a); im zweyten Falle aber sieht man auf den Werth des Orts, wo der Werth gefordert wird b).

Wider unsere Condiction können folgende Einreden gebraucht werden, nämlich 1) Beklagter sey Klägern die geforderte Sache nicht schuldig gewesen, folglich dürfe Kläger deswegen keine Leistung des Interesse fordern. 2) Er habe es weder aus Vorsatz, noch aus Nachläßigkeit unterlassen, die Sache zu leisten, Kläger möge daher eins von beyden erweisen. Gegen diese Einrede kann replicirt werden: wenn das auch der Fall seyn sollte, so rühre doch der Schaden von einem Unglücksfalle her, den der Beklagte zu übernehmen schuldig sey. Man nehme an, ich habe Jemandem, der sehr viel Korn auf seinem Boden liegen hat, zwanzig Scheffel davon abgekauft; diese zwanzig Scheffel waren mir aber noch nicht zugemessen worden, jedoch gieng unser Vertrag dahin, daß sie mir den 1sten März gebracht werden sollten. Im Februar brennt das Gebäude mit dem Korne weg. Da mir das Korn noch nicht zugemessen gewesen, so traf dieses Unglück den Verkäufer c), und ich fordere mein Kaufgeld nebst dem In-

z) L. 3. D. de condict. tritic.
a) L. 4. D. de condict. tritic.
b) L. 4. cit. L. 22. D. de reb. credit.
c) L. 35. §. 5. D. de contrah. emt. vendit.

teresse zurück, und dieses besteht darin, was die zwanzig Scheffel Korn am 1sten März mehr gegolten haben, als ich dafür bezahlt habe. Es kann 3) vorgeschützt werden, daß Beklagter durch einen Unglücksfall, den Kläger tragen müsse, an der Ablieferung der Sache verhindert worden sey [d]). Den Unglücksfall muß der Kläger z. B. in dem vorhin angeführten Beyspiel tragen, wenn er sich die zwanzig Scheffel Korn bereits vor ausgebrochenem Feuer hat zumessen lassen; denn hier kommt dem Beklagten die Regel zu statten: debitor speciei eius interitu liberatur. Es kann 4) vorgeschützt werden, Kläger müsse damit zufrieden seyn: was ihm auf den Nichtleistungsfall bereits vorher versprochen worden sey [e]); z. B. wenn des Interesse wegen einer Conventionalstrafe ausbedungen worden. 5) Er habe sich mit Klägern bereits verglichen; 6) Kläger sey an der Nichtleistung selbst Schuld [f]), indem er sich die Sache anzunehmen geweigert. 7) Die Sache lasse keine Bestimmung ihres Werthes zu, welches bey dem Gelde der Fall ist [g]); dieses ist jedoch nur unter der Voraussetzung anzunehmen, wenn mit dem Gelde keine Veränderung vorgegangen ist, und es nicht schlechter ausgeprägt worden ist. Wäre dieses geschehen, so bekommen dadurch die dermaligen schlechten Münzsorten mit den ehemaligen bessern, welche man zu fordern hat, einen verschiedenen Werth gegen einander, welcher sich bestimmen läßt. Betragen 100 Rthlr. in dermaligem schlechten Gelde, gegen das vormalige bessere Geld, welches man zu fordern hat, nur 50 Rthlr., so kann man das Agio fordern; das heißt, der Schuldner muß, wenn er in schlechtem Gelde bezahlt, noch

d) L. 1. §. 1. D. de peric. et commodo rei vend.

e) L. 28. D. de nouat. Io. Helu. Schvetz Diss. de interesse conuento, Giess. 1652.

f) L. 39. L. 72. D. de solut. Rom. Teller Diss. de mora creditoris, Lipf. 1765.

g) L. 1. pr. D. de cond. tritic.

noch so viel dazu legen, als nöthig ist, wenn das bezahlte schlechte Geld so viel werth seyn soll, als das vormalige gute; denn sonst bekommt der Gläubiger nicht rem eiusdem qualitatis et quantitatis zurück [h]). Man kann 8) vorschützen, Beklagter sey noch bereit, die Sache zu entrichten, und Kläger leide bey der gegenwärtigen Annahme weder Schaden, noch entgehe ihm ein Gewinn. Hier fällt der Grund der Klage weg, folglich muß Beklagter sein Interesse beweisen, von dessen Beweise Carpzov [i]) gehandelt hat. Endlich kann 9) vorgeschützt werden, die Klage sey bereits verjährt [k]).

Lib. XIII. Tit. IV.

de eo, quod certo loco dari oporteat.

§. 845 — 848.

Wenn mir Jemand durch einen Contract des strengen Rechts versprochen hatte, eine Sache an einem gewissen Orte zu leisten, so konnte ich ihn nirgends anders als an diesem Orte belangen; er war auch nicht schuldig, sie anderwärts zu liefern. Gesetzt aber, er ließ sich niemals an dem bestimmten Orte sehen, wollte oder konnte nicht an diesen Ort kommen; jetzt hatte ich gar kein Mittel, zu dem Meinigen zu gelangen. Der Prätor milderte diese Härte der Gesetze. Er erlaubte mir in seinem Edict, 1) meinen Schuldner auch an seinem Wohnorte zu verklagen, ja 2) von ihm zu verlangen, daß er mir daselbst die Erfüllung

h) L. 3. D. de reb. credit.
i) Carpzov in Resp. Lib. III. Resp. 100.
k) L. 3. C. de praescr. trig. vel quadrag. annor.

seines Versprechens leiste. War mir diese Veränderung des Lieferungsortes nachtheilig, so konnte ich das interesse loci fordern. Litt hingegen der Schuldner Schaden dabey, so mußte ich ihm das Interesse vergüten. Uebrigens hieng die Bestimmung des Interesse in beyden Fällen gänzlich vom Ermessen des Richters ab; ja er konnte sogar, nach Beschaffenheit der Umstände, den Beklagten, wenn er zur Lieferung an den bestimmten Ort bereit gewesen war, von der Verbindlichkeit, anderwärts zu liefern, ganz frey sprechen [a]). Bey Contracten des guten Glaubens war diese Klage nicht nöthig; denn hier konnte man schon aus dem Contracte selbst dasjenige fordern, was man bey contractibus stricti iuris durch die condictionem de eo quod certo loco suchte [b]).

Der Grund der angeführten Condiction [c]) besteht in der durch die Gesetze bestätigten natürlichen Billigkeit, daß ein Schuldner, oder Gläubiger, welcher nicht aus einem Contracte, der ohnehin schon die Beobachtung der Billigkeit erfordert [d]), eine Sache an einem gewissen Orte zu leisten, oder anzunehmen schuldig ist [e]), und dieses nicht thut [f]), den hieraus entstandenen Schaden und entgangenen Gewinn, nach dem Ermessen des Richters [g]), nunmehr an einem andern, als dem eigentlichen Zahlungsorte, welcher aber in der Klage angegeben werden muß, ersetze [h]).

Der

a) L. 4. §. 1. D. de eo quod certo loco.
b) L. 7. pr. et §. 1. D. de eo quod certo loco.
c) Petr. Stephani Diss. de eo, quod certo loco oportet, Ien. 1671.
d) L. 7. pr. D. de eo quod certo loco.
e) L. 2. §. 1. D. h. t. L. vn. C. vbi conu. qui certo loco dare promis.
f) L. 1. D. de eo quod certo loco.
g) L. 2. §. 8. L. 4. §. 1. in fine D. h. t.
h) § 33. Inst. de action. L. 2. pr. et §. 8. D. de eo quod certo loco.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0338
DFG

Der Kläger ist der Gläubiger, welcher die Sache an dem festgesetzten Orte von dem Schuldner nicht erhalten hat i), wie auch sein Erbe. In der L. 2. pr. cit. h. t. heißt es zwar von dieser Klage: vtriusque vtilitatem continet, tam *actoris*, quam *rei*. Quod si *rei* interest, *minoris sit pecuniae condemnatio*, quam intentatum est; aut si actoris, maioris pecuniae fiat; aber damit ist doch sicher nicht gesagt, daß theils der Gläubiger, theils der Schuldner hier den Kläger abgeben könne. Der Prätor gab diese Klage dem Gläubiger in Fällen, wo durch einen contractum stricti iuris ein gewisser Zahlungsort bestimmt war, um auch anderwärts die Zahlung fordern zu können, wenn entweder 1) der Schuldner sich an jenem Orte nicht sehen ließ, oder 2) der Gläubiger verhindert wurde, die Erfüllung daselbst anzunehmen; jedoch mit dem Unterschiede, daß im ersten Falle der Schuldner das Interesse in Ansehung des veränderten Zahlungsortes vergüten, im zweyten aber der Gläubiger sich zur Entschädigung des Schuldners bereit erklären mußte. Wenn der Gläubiger geklagt hat, so kann die Ursache, warum er die Sache an dem bestimmten Orte nicht erhalten hat, sich entweder auf seiner Seite selbst ereignet haben, weil er nämlich verhindert worden, die Sache an dem bestimmten Orte anzunehmen; oder die Ursache ist auf Seiten des Schuldners vorhanden, welches sich am gewöhnlichsten zuträgt, daß dieser nämlich sein Versprechen an dem bestimmten Orte zu erfüllen, entweder freywillig, oder weil er dazu genöthigt worden, nicht erfüllt hat k). Im ersten Falle muß der klagende Gläubiger dem beklagten Schuldner, falls dieser durch die Aenderung des Lieferungsortes einen Schaden leidet, sich zugleich anbieten, diesen Schaden zu ersetzen l).

i) L. 2. pr. D. de eo, quod certo loco.
k) L. 1. D. de eo, quod certo loco.
l) Arg. L. 2. pr. D. h. t.

Der Beklagte ist bisweilen der Schuldner, welcher die Sache an dem festgesetzten Orte nicht geleistet hat, bisweilen der Gläubiger, wenn er die Sache an dem bestimmten Orte nicht angenommen hat m), wie auch der Erbe. Die Bitte geht dahin, wenn der Gläubiger geklagt hat, daß der beklagte Schuldner die Sache annoch an dem Orte, wo jetzt geklagt wird, leiste n), auch, wenn die Ursache der nicht geschehenen Leistung auf Seiten des Schuldners vorhanden ist, nach dem Ermessen des Richters, den Schaden vergüte und den Gewinn ersetze, welcher dem Kläger dadurch, weil das Versprechen nicht an dem festgesetzten Orte erfüllt worden, verursacht worden, oder entgangen ist o). Wenn der Schuldner geklagt hat, bittet er, daß beklagter Gläubiger die Sache an dem Orte, wo geklagt wird, annehme, auch nach dem Ermessen des Richters den Schaden ersetze, oder den Gewinn vergüte, welcher dem Kläger dadurch verursacht worden oder entgangen ist, daß Beklagter die Sache an dem bestimmten Orte nicht angenommen hat.

Als Einreden wider diese Klage kann gebraucht werden: 1) daß Beklagter an dem angegebenen Orte nichts zu leisten, oder nichts anzunehmen gehabt habe; 2) daß Kläger in Rücksicht des Orts zu viel fordere p); 3) daß Kläger die Nichterfüllung des Versprechens an dem abgeredeten Orte selbst verursacht habe; 4) daß Beklagter sein Versprechen an dem bestimmten Zahlungsorte noch zu erfüllen, und deshalb Sicherheit zu bestellen bereit sey q); 5) daß Kläger die Sache, ohne Vorbehalt eines Interesse, an

m) L. 2. pr. D. t.

n) L. 8. D. de eo, quod certo loco.

o) L. 2. pr. §. 8. D. h. t. L. 8. C. vbi conu.

p) §. 33. Inst. de action. Boehmer de action. Sect. II. cap. 5. §. 53.

q) L. 4. §. 1. D. de eo quod certo loco.

an einem andern Orte schon in Empfang genommen [r]; 6) daß Beklagter sich wegen des Interesse nicht verbürgt habe [s]; 7) daß Kläger eine unrichtige Aestimation verlange [t]; 8) daß Kläger die eigentliche Zahlungszeit nicht erwartet habe [u].

Lib. XIII. Tit. V.

de constituta pecunia.

§. 849 — 852.

Das constitutum ist entweder possessorium oder promissorium. Ersteres ist der Vertrag, daß ich meine Sache nicht mehr in eigenem, sondern in des Andern Namen besitzen wolle; z. B. ich verkaufe mein Haus, behalte mir aber den Besitz als Miethsmann, als Usufructuar, u. s. f. Unter dem constituto *promissorio* wird ein Versprechen verstanden, das sich auf eine schon vorhandene Verbindlichkeit bezieht. Es ist entweder proprium oder alienum. Ein constitutum *proprium* wird es genennt, wenn ich etwas verspreche, was sich auf meine eigene schon vorhandene Verbindlichkeit bezieht; ein constitutum *alienum* ist es, wenn das Versprechen auf eine fremde Verbindlichkeit Beziehung hat; das heißt, wenn ein Anderer etwas schuldig ist, und ich verspreche entweder eben dasselbe oder etwas anders anstatt dessen zu leisten. Das constitutum *proprium*

r) L. 10. in fine Dig. h. t. Stryck h. t. §. 5.

s) L. 8. D. h. t. Stryck l. c.

t) L. 22. D. de reb. credit. Leyser Spec. 151.

u) L. 43. D. de iudic. L. 2. §. 6. D. h. t. L. 137. §. 2. D. de verb. oblig.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0341
DFG

prium kann in einer bloßen Bestätigung der alten Verbindlichkeit bestehen; man kann aber auch die Verbindlichkeit durch ein constitutum ändern, z. B. vermindern, einen andern Ort der Erfüllung festsetzen. Auch die Person des Gläubigers kann durch das constitutum geändert werden. Wenn ich dem A. etwas schuldig bin, so kann ich es mit seiner Bewilligung dem B. durch ein constitutum versprechen [a]).

Mehrere Rechtslehrer behaupten, das constitutum sey ein *pactum geminatum*; diese Behauptung ist aber nicht ganz richtig; denn man kann eine Verbindlichkeit, die aus einem Contracte und einem Vergehen herrührt, zum Gegenstande des constituti machen, wo doch von keinem bereits vorhandenen Vertrage die Rede seyn kann. Auch umgekehrt ist ein wiederholter Vertrag nicht allezeit ein constitutum. Wenn ich Jemandem heute etwas verspreche, was ich schon ehedem versprochen hatte, so ist dieses nicht immer ein constitutum. Die wiederholte Zusage muß in Beziehung auf das vorhergehende Versprechen, und auf die daraus entstandene Schuld geschehen [b]). Ueber die Ursache, warum das constitutum bey den Römern eine Verbindlichkeit bewirkt habe, wird gestritten [c]); es wurde nämlich dieser Vertrag ohne feyerliche Worte geschlossen, und daher entsteht die Frage: warum es gleichwohl eine Klage bewirkt habe? — Der Prätor betrachtete

a) L. 1. §. 2 et 5. L. 3. §. 2. L. 5. L. 13. L. 14. §. 1 et 2. L. 19. D. de constit. pec. L. 2. pr. C. h. t. Hr. Prof. Weber von der natürl. Verbindl. 3te Abtheil. §. 125.

b) Grangiani in Paradox. iur. ciuil. cap. 38. in Otton. Thes. Tom. V. pag. 632. Otto ad §. 9. Inst. de action. Schulting in thes. controu. Decad. 47. nr. 4. Bachov de action. Disp. 8. nr. 3. Gundlingiana Part. XX. pag. 478 sqq.

c) Westenberg de caus. obligat. Diss. VII. cap. 6. Franzke h. t. nr. 7.

tete ein dergleichen Versprechen als ein wohl überlegtes und ernstlich gemeyntes Versprechen; er hielt es daher für schändlich, wenn es der Promittent nicht halten wollte.

Das constitutum alienum unterscheidet sich von einer geleisteten Bürgschaft; denn diese wurde bey den Römern durch eine Stipulation eingegangen, das constitutum aber errichtete man durch gemeine Worte oder nudis verbis. Eben deswegen war die Bürgschaft ganz ungültig, wenn sich der Bürge auf eine höhere Summe, oder zu einer andern Sache, oder zu härteren Bedingungen verbindlich gemacht hatte, das constitutum nicht. Richte ich mein constitutum, das heißt, meinen Vertrag auf eine andere Sache, z. B. ich sage, wenn A. die schuldigen 100 Rthlr. nicht bezahlt, so will ich dir mein Reitpferd geben; so muß ich diese andere Sache, hier das Reitpferd geben. Verspreche ich durch ein constitutum eine höhere Summe, so gilt der Vertrag wenigstens in so weit, als die Schuld schon in dem ältern Vertrage bestimmt war, quoad concurrentem summam. Wenn ich mich für eine Schuld von 1000 Rthlrn. constituendo auf 1100 Rthlr. verbindlich gemacht habe, so muß ich für die 1000 Rthlr. haften. Wenn ich mich durch das constitutum zu einer härtern Bedingung verbindlich gemacht habe, so bin ich zwar nicht zu der härtern Bedingung verpflichtet, aber doch dazu, wozu der Hauptschuldner verbindlich ist. Wenn ich z. B. durch ein Constitutum etwas unbedingt verspreche, was der Hauptschuldner nur unter einer Bedingung schuldig ist, so bin ich nur unter der Bedingung verpflichtet.

Bey den Römern hatte ein constitutum wichtige Wirkungen. Aus einem pacto nudo konnte nicht geklagt werden; versprach aber Jemand mit gemeinen Worten etwas, worüber schon eine Verbindlichkeit vorhanden war, so nennte man dieses Versprechen ein constitutum, und der Prätor gab eine Klage daraus, welche actio constitutoria,

toria [d]), oder constitutae pecuniae genennt wurde [e]). Auch die Klage, die man gegen einen Argentarium, Banquier, anstellen mußte, wenn er Jemandem aufs neue etwas versprochen hatte, nennte Justinian actionem de constituta pecunia, da sie vorher actio receptitia hieß. Das Wort pecunia wird in sehr weitläuftigem Verstande genommen, und man versteht alle und jede Sachen darunter, sie mögen körperliche oder unkörperliche seyn, worüber paciscirt werden kann [f]). Hier wird jede Verbindlichkeit darunter verstanden, worüber man mit dem andern pacisciren kann.

Heutiges Tages ist das constitutum nicht so nöthig und nützlich, wie bey den Römern, weil wir aus jedem Versprechen klagen können, es mag geschehen seyn, mit welchen Worten es wolle, es mag vorher schon eine Verbindlichkeit vorhanden gewesen seyn oder nicht. Uebrigens ist es nicht zu leugnen, daß bey uns ebenfalls Fälle vorkommen, wo die Wiederholung eines Versprechens sehr viel bewirkt. Bisweilen kann nunmehr die Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses nicht gebraucht werden. Bisweilen macht sie, daß einer ausgestellten Obligation die Einrede des nicht bezahlten Geldes nicht entgegen gesetzt werden kann. Eine Ehefrau, welche in die Veräußerung ihres Brautschatzes, oder der Wiederlage, donationis propter nuptias, gewilligt, und diese Einwilligung nach zwey Jahren aufs neue bestätigt hat, kann nunmehr die Veräußerung nicht umstoßen, wofern sie sich auf andere Weise an dem Vermögen des Mannes zu erhohlen im Stande ist. In Rücksicht auf die Wiederlage ist dieses wenigstens als ausgemacht anzunehmen [g]); ob es aber auch bey dem Brautschatze wirklich so sey, darüber haben die

d) L. 20. D. de const. pec.
e) L. 2. §. 1. C. de const. pec.
f) L. 2. §. 1. C. h. t. L. 178. pr. L. 222. D. de verb. signif.
g) Nov. 61. cap. 1.

die Rechtslehrer gestritten, und viele [h]) leugnen es. Es kommt alles auf die Erklärung der Schlußworte des §. 3. in der angeführten 61sten Novelle, Cap. 1. an, wo es heißt: et multo potius haec in dote valebunt; ob nämlich diese Worte so viel sagen wollen, daß die wiederholte Einwilligung der Ehefrau auch die Veräußerung der Dotalstücke gültig mache. Da Julianus in seinem Auszuge aus den Novellen, constit. 55. diese Erklärung angenommen hat, so hat sie allerdings viel für sich [i]). Auf das Argument, welches Cujacius und Andere auch noch aus der Ueberschrift der 61sten Novelle hernehmen, ist wenig zu bauen, da die Ueberschriften der Novellen nicht von Justinian sind, sondern nach der Zeit darüber gesetzt worden.

Das constitutum debiti alieni ist heutiges Tages, da die Bürgschaften nicht durch Stipulation übernommen werden, mit dieser für einerley zu halten; doch geht es wohl an, den Vertrag, wodurch ich mehr, oder etwas anders als die Hauptschuld übernehme, oder mich härter verbindlich mache, nicht Bürgschaft, sondern constitutum alienum zu nennen. Ausgemacht ist es ferner, daß bey uns derjenige, welcher einer fremden Verbindlichkeit beygetreten, und mehr versprochen hat, als der Hauptschuldner, dieses mehrere leisten muß; und wer härtere Bedingungen übernommen, auch diese zu erfüllen schuldig ist [k]).

Wie bereits angeführt worden, entsteht aus dem constituto die actio de constituta pecunia, deren Grund das

h) Bachov ad Treutler. Vol. II. Disp. VII. th. 9. lit. D. Lauterbach in Coll. Pand. ad tit. de fundo dotal. §. 16. Sande de prohib. rer. alienat. Part. I. cap. 10. §. 1. Mueller ad Leyser. Tom. III. Fasc. 2. Obs. 550.

i) Cuiacius ad cit. Nov. Finestres de iure dotium, pag. 237. Voet ad tit. de fundo dotal. Stryck in Diss. de iure mariti in bon. vxor. cap. 2. § 57. Leyser Spec. 311. Med. 3.

k) Stryck in vsu mod. ad tit. de fideiussor. §. 9.

das constitutum, sowohl eines debiti proprii, als alieni ist, das heißt, der Vertrag, wodurch man eine bereits vorhandene eigene oder fremde Verbindlichkeit zu erfüllen versprochen hat [l]). Der Kläger ist der Gläubiger, dem dieses Versprechen geschehen ist [m]), wie auch sein Erbe [n]). Nützlicher Weise kann die actio de constituta pecunia auch von demjenigen angestellt werden, zu dessen Besten ein Dritter seine Stelle vertreten, und das wiederholte Versprechen angenommen hat [o]); z. B. wenn Jemand dem Vormunde eines Minderjährigen, dem Syndikus einer Gemeinde, durch ein Constitutum versprochen hat, daß dem Minderjährigen oder der Gemeinde die Bezahlung geleistet werden solle, so kann der Minderjährige oder die Gemeinde wider ihn die nützliche Klage de constituta pecunia anstellen.

Man stellt die Klage wider denjenigen an, welcher es durch einen Vertrag aufs neue versprochen hat, seine eigene Verbindlichkeit oder die eines Andern zu erfüllen [p]). Auch wider seinen Erben kann geklagt werden [q]). Es können auch mehrere Beklagte seyn, z. B. wenn sich zwey Personen verbindlich gemacht haben, für die Schuld des Titius zu haften. Hier entsteht nun die Frage, wie sie haften? Man muß einen Unterschied machen, ob das constitutum schlechthin geschehen ist, oder ob sie sich in solidum verbindlich gemacht haben, das heißt, ob jeder versprochen hat, für die ganze Schuld zu haften. In Fällen der ersten Art haben sie das Recht, auf das beneficium diuisio-

l) Eckard in exam. act. forens. Part. I. pag. 37 sqq. Koch Diss. de constituto debiti alieni, eiusque a fideiuss. discrimine. Hr. Prof. Weber von der natürl. Verbindlichk. §. 124 u. f. f.

m) L. 5. §. 5. L. 25. §. 1. L. 26. L. 27. D. h. t.

n) L. 18. §. 2. D. L. 2. pr. C. h. t.

o) L. 5. §. 9. D. de constit. pecun.

p) §. 9. Inst. de action. L. 5. §. 2. D. de pec. constit.

q) L. 1. L. 2. pr. C. de constit. pecun.

diuisionis Anspruch zu machen [r]); im zweyten Falle hingegen kann jeder allein auf Bezahlung der ganzen Schuld belangt werden [s]); nach der Praxis gestattet man ihnen aber ebenfalls das beneficium diuisionis, wenn sie sämmtlich im Stande sind, den Gläubiger zu befriedigen [t]).

Das Gesuch geht dahin, daß Beklagter seinem Versprechen an dem Orte, und zu der Zeit, wie solches verabredet worden [u]), gehörig nachkomme; und in dessen Ermangelung ist er zur Leistung des Interesse verbunden [x]). Ist zur Erfüllung des Versprechens keine Zeit bestimmt worden, so kann zwar sogleich auf die Erfüllung des schlechthin geschehenen Constitutums geklagt werden [y]); allein es wird doch in Gesetzen selbst für billig erklärt, wenigstens zehen Tage Frist zur Erfüllung des Versprechens zu gestatten [z]). Uebrigens wird durch diese Klage diejenige, welche dem Kläger etwa schon aus der bekräftigten Verbindlichkeit des Beklagten vorher zustand, nicht aufgehoben [a]). Der Grund hiervon liegt darin, weil das Constitutum blos ein accessorischer Vertrag ist. Der Vertrag bestätigt eine schon vorhandene Verbindlichkeit, hebt solche aber nicht auf. Ist es also ein constitutum debiti alieni, so behält auch der Gläubiger seine Klage, die er wider den Hauptschuldner hat, und deswegen wird auch das priuilegium prioris actionis durch ein Constitutum nicht aufgehoben [b]). Soll die erste Klage durch das Constitutum aufgehoben werden, so muß eine Novation vorgenommen worden seyn [c]), und dieses würde geschehen seyn, wenn

z. B.

r) L. fin. C. de constit. pecun.
s) L. 16. pr. D. de constit. pecun.
t) Carpzov in Iurispr. for. Part. II. Const. 17. Def. 18.
u) L. 4. L. 16. §. 1. L. 19. §. 1. D. de constit. pec.
x) L. 14. §. 2. D. de constit. pecun.
y) §. 2. Inst. de verb. oblig. L. 213. D. de verb. signif.
z) L. 21. §. 1. D. de constit. pecun.
a) L. 18. §. 3. L. 28. D. de constit. pecun.
b) L. 3. pr. D. de constit. pecun.
c) L. fin. C. de nouat.

z. B. bey dem constituto debiti alieni der Constituent versprochen hat, für den Schuldner selbst zu haften [d]).

Als Einreden kommen dem Beklagten sowohl bey einem constituto debiti proprii als alieni zu statten, 1) daß gar keine Verbindlichkeit vorhanden, oder die vorige Verbindlichkeit ganz unkräftig sey [e]). Gar keine Verbindlichkeit war z. B. vorhanden, wenn sich der Kläger aus einer schändlichen oder ungerechten Ursache etwas versprechen lassen [f]). Gesetzt, eine Gemeinde ist schuldig, die Inquisiten umsonst zu bewachen, sie weigert sich aber bey einem Falle, dieses zu thun. Um sie zu ihrer Schuldigkeit zu bewegen, verspricht ihr Jemand, die Wachkosten zu bezahlen. Klagt sie nun wider ihn actione de constituta pecunia, so kann der Beklagte exceptionem turpis vel iniustae causae entgegen setzen. Man kann 2) vorschützen, daß mehr versprochen worden, als die Schuld wirklich betrage; hier gilt jedoch nur das zu viel Versprochene nicht [g]). Wäre für die Schuld etwas anders versprochen worden, so besteht das Constitutum [h]); denn die Qualität der Verbindlichkeit kann durch ein constitutum geändert werden. Es geht an, daß für eine Schuld eine andere von gleichem Werthe constituirt wird; z. B. anstatt der 100 Rthlr. in baarem Gelde kann ich dem Gläubiger für 100 Rthlr. Getraide versprechen. Es können dem Gläubiger in Ansehung des Orts oder der Zeit größere Vortheile versprochen werden [i]); z. B. der Gläubiger hat erst

d) Franck de fideiussor. cap. 1. nr. 28. Stryck ad Lavterb. lib. 13. tit. 5. ad verb. verus actio. Brvnnemann ad L. 28. D. de constit. pecun.

e) L. 1. §. 7. L. 3. §. 1. D. de const. pec. Lavterbach h. t. §. 9.

f) L. 6 et 7. C. de cond. ob turp. caus. Lavterbach h. t. §. 6.

g) L. 11. §. 1. L. 12. D. de pec. constit.

h) L. 1. §. 5. D. de const. pecun.

i) L. 3. §. 2. D. de constit. pecun.

erst nach Verlauf von zwey Jahren 100 Rthlr. zu fordern, der Schuldner verspricht sie ihm aber gleich zu bezahlen. 3) Kann die Einrede vorgeschützt werden, daß Kläger wegen unterlassener Acceptation kein neues Recht erhalten habe. Weil das constitutum ein Vertrag ist, so gehört auch die Acceptation zum Wesen desselben, und beyde Theile müssen mit einander einig seyn. Dieses mag geschehen seyn, auf welche Art es wolle, mündlich, schriftlich, oder durch andere Zeichen; es sey unmittelbar von ihm selbst, oder mit Hülfe anderer Personen geschehen [k]). Endlich kann 4) vorgeschützt werden, die Klage sey bereits durch die Verjährung erloschen [l]).

Es giebt Einreden, welche nur der wegen eines constituti debiti proprii angestellten Klage entgegen gesetzt werden können, und eine solche Einrede ist es 1), daß Beklagter dem Kläger vorher gar nicht verpflichtet gewesen sey [m]). Hierauf kann replicirt werden, wenn auch der Vertrag nicht als ein constitutum gelte, so müsse man ihn bey uns als ein simples Versprechen betrachten, weil Jeder dem Andern wissentlich etwas versprechen kann, wozu er vorher nicht verpflichtet war. Dieser Fall würde eintreten, wenn der Erbe dem Legatar versprochen hätte, ihm sein Legat auszuzahlen, obgleich das Testament nicht gelte. 2) Kann vorgeschützt werden, daß Beklagter sich gar nicht habe verbindlich machen können; denn so kann ein Pupill ohne seinen Vormund nicht constituiren [n]). Konnte er sich allerdings verbindlich machen, so wird ihm dieses replicirt; z. B. wenn ein filius familias, der ein Peculium besitzt, auf diese

k) L. 1. pr. L. 14. §. vlt. L. 15. D. h. t.

l) L. 2. pr. C. de const. pec.

m) L. 1. §. 7. L. 18. §. 1. D. de constit. pec. L. 2. pr. C. eod. Stryck in vsu mod. h. t. §. 3. Boehmer de action. Sect. II. cap. 7. §. 21. Hr. Prof. Weber von der natürl. Verbindl. §. 126.

n) L. 1. §. 2. 3. L. 5. §. 2. L. 14. §. 3. L. 15. D. h. t.

Art etwas versprochen hat. Dieser haftet nicht nur selbst, sondern auch sein Vater actione de peculio. Es kann 3) vorgeschützt werden, daß Beklagter mit Klägers Zufriedenheit einem Andern die Zahlung zu leisten versprochen habe o). Gesetzt, der Beklagte ist dem Kläger 100 Rthlr. aus einem Darlehn schuldig, und beyde werden vermittelst eines Constitutums mit einander einig, daß der Beklagte diese Schuld an den Titius bezahlen könne. Hierauf kann replicirt werden, das constitutum sey alternativisch verabredet worden, daß nämlich Beklagter entweder ihm, dem Kläger, oder dem Titius die hundert Rthlr. bezahlen solle; nun sey aber das Letzte noch nicht geschehen, folglich sey er schuldig, Klägern die Zahlung zu leisten.

Eine unstatthafte Einrede würde es 1) seyn, wenn der Beklagte vorschützen wollte, die erste Verbindlichkeit sey durch List, Furcht, Irrthum veranlaßt worden p). Bey einer wiederholten Zusage vermuthet man dergleichen nicht, und wenn auch anfangs ein solcher Fehler des Versprechens vorhanden gewesen seyn sollte, so ist solcher doch dadurch unwirksam gemacht worden, daß sich der Beklagte noch einmal freywillig zu der Schuld bekannt hat. Unstatthaft ist 2) die Einrede, daß Beklagter das Geld nicht erhalten habe q); denn dadurch, daß sich der Beklagte nach der Zeit noch einmal zum Empfang des Geldes bekannt hat, ist hinlänglich von ihm erklärt worden, daß ihm das Geld wirklich ausgezahlt sey, und dieses gilt auch, wenn sein Erbe nach der Zeit statt seiner sich zum Empfang des Geldes bekannt hätte, weil der Erbe mit dem Erblasser eine

o) L. 8. L. 30. D. h. t. §. 4. Inst. de inutil. stipulat. Stryck h. t. §. 4.

p) L. 2. L. 4. C. de his quae vi. Boehmer de action. Sect. II. cap. VII. §. 20. not. m.

q) L. 29. C. de pact. L. 4. C. de non num. pec. Boehmer l. c.

eine Person ausmacht [r]). Eben so unstatthaft ist 3) die Einrede, daß in Ansehung der Zeit oder des Ortes mehr versprochen worden sey; denn bey einem Vertrage dieser Art kann die Qualität der Verbindlichkeit verändert werden [s]).

Ist die Klage wegen eines constituti debiti alieni angestellt worden, so kann der Beklagte vorschützen, 1) daß der vorgebliche Hauptschuldner dem Kläger nicht verbindlich gewesen sey [t]). Das constitutum debiti alieni ist ein pactum accessorium, und setzt daher eine Hauptverbindlichkeit voraus. Fehlt es nun an einer dergleichen Hauptverbindlichkeit, so ist die accessorische, welche durch das constitutum bewirkt werden sollen, unnütz. Es kann 2) vorgeschützt werden, daß er sich nicht für andere verbindlich machen können [u]); 3) daß er selbst zu bezahlen nicht versprochen habe [x]). Gesetzt also, der Handelsdiener hat gesagt, sein Herr werde die Schuld bezahlen, und nicht: er wolle für seinen Herrn die Schuld bezahlen, so kann er die gegenwärtige Einrede vorschützen. Man nehme ferner an, der Vater hätte zu einem Gläubiger seines verstorbenen Schwiegersohns gesagt, er solle keinen Heller verlieren, sondern seine Tochter, die Wittwe, solle alles bezahlen, wenn auch ihr ganzes Einbringen darauf gehen sollte. Dieses Versprechen enthielt eine unverbindliche promissio facti alieni, weshalb der Vater nicht haftete, zumal er nicht gesagt hatte, er wolle alles thun, um seine Tochter zu bewegen, die Schuld zu bezahlen, oder im Fall die Tochter nicht bezahlen würde, wolle

r) Wernher Obs. Part. I. Obs. 160.

s) L. 3. §. 2. L. 16. §. 1. D. h. t.

t) L. 11. pr. D. h. t. L. 2. pr. C. eod.

u) L. 1. §. 1. D. h. t. L. 1. pr. D. ad Sctm. Velleian.

x) L. 5. §. 4. D. de const. pec. Schmidts öffentliche Rechtsspr. Nr. LV. §. 5.

er dafür haften [y]). Der Beklagte kann 4) vorschützen, das Versprechen sey geschehen, ohne eine Person zu nennen [z]). Gesetzt, der Beklagte hätte zum Kläger gesagt, er werde schon bezahlt werden, oder man versichere ihn, er werde gewiß bezahlt werden. Hier ist nicht ausgedrückt worden: von wem die Bezahlung geleistet werden solle; jedoch kann dem Beklagten darüber, daß er die Worte nicht von sich verstanden habe, der Reinigungseyd aufgelegt werden [a]); auch kann replicirt werden, es erhelle aus den vorhergehenden und nachfolgenden Worten, oder aus andern Umständen, daß der Constituent sich gemeynt habe [b]). Es kann 5) vorgeschützt werden, daß nicht Klägern, sondern einem Andern, mit Klägers Zufriedenheit constituirt worden sey [c]). 6) Kläger solle erst den Hauptschuldner [d]) belangen; wo aber nach Befinden der Umstände replicirt werden kann, Beklagter habe dem beneficio excussionis entsagt, oder er habe mittelst einer Novation mit Befreyung des Hauptschuldners, die Schuld als seine eigene übernommen. Auch kann 7) vorgeschützt werden, daß Kläger erst die Mitconstituenten verklagen müsse [e]). Unstatthaft würde es seyn, wenn Beklagter vorschützen wollte, daß die übernommene Bezahlung ohne Einwilligung

y) §. 3 et 20. Inst. de inutil. stipulat. L. 38. §. 21. D. de verb. oblig. L. 1. §. 4. D. h. t.

z) Nov. 115. cap. 6. Auth. si quando. C. de const. pec. Schmidt de fideiussore plane non obligato, §. 30. Idem de fideiussore principaliter obligato, §. 64 et 65.

a) Leyser Spec. 152. Med. 4.

b) Arg. L. 219. D. de verb. signif. Lavterbach in Coll. Pand. Lib. XIII. tit. 5. §. 11.

c) L. 5. §. 2. D. h. t. Boehmer de action. Sect. II. cap. 7. §. 22.

d) Nov. IV. cap. 1. Carpzov Part. II. Const. 18. Def. 2. Stryck in vsu mod. Lib. XIII. tit. 5. in fine.

e) L. 3. C. de constit. pec.

gung des Hauptschuldners geschehen sey; denn es kann auch ein Dritter eine fremde Schuld, ohne Wissen, ja wider Willen des Schuldners, constituiren, weil er ihm dadurch nicht schadet, sondern vielmehr den Nutzen verschafft, daß ihm der Gläubiger wegen des Constitutums noch länger creditirt [f].

Lib. XIII. Tit. VI.

commodati vel contra.

§. 853 — 859.

Ein merkwürdiger Realcontract ist der Leihcontract, wo ich Jemandem eine nicht fungibile Sache zu einem gewissen Gebrauche unentgeltlich übergebe, in der Absicht, daß er dieselbe Sache, rem in specie, nach geendigtem Gebrauche zurückgeben soll; z. B. ich überliefere Jemandem mein Pferd umsonst, um damit eine Reise nach Braunschweig zu machen; ich verstatte Jemandem den Gebrauch meines Wagens umsonst, damit er zu einer Hochzeit reisen kann. Es ist also dieser Contract 1) vom Miethcontracte darin unterschieden, daß in diesem für den Gebrauch ein bestimmtes Miethgeld entrichtet wird [a]. Würde blos aus Dankbarkeit für den genossenen Gebrauch der Sache etwas freywillig gegeben und von der andern Seite angenommen, so ändert dieses die Natur des Leihcontracts nicht [b]. 2) Unterscheidet sich der Leihcontract von der

f) L. 27. D. de const. pecun.

a) L. 5. §. 12. D. h. t. §. 2. Inst. quib. mod. re contrah. oblig. L. 17. §. 3. D. de praescr. verb.

b) Arg. L. 2. §. 24. D. de vi bonor. rapt.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0353
DFG

persönlichen Servitut des Nießbrauchs; denn diese bleibt so lange wirksam, als derjenige lebt, dem diese Servitut zugestanden worden ist. 3) Ist das **Precarium**, oder der bittweise überlassene Gebrauch davon unterschieden. **Bittweise** drückt die Sache nicht genug aus, weil das commodatum ebenfalls **bittweise** verstattet wird. Der **Leihcontract** unterscheidet sich von der willkührlichen Leihe dadurch, daß in ersterem ein **bestimmter**, in letzterer aber ein ganz **unbestimmter** unentgeltlicher Gebrauch verabredet ist, mithin bey dieser die Sache nach Willkühr des Eigenthümers zurück gefordert werden kann [c], wenn auch eine Zeit sollte bestimmt worden seyn [d]; bey der **Leihe** aber muß das Ende des bestimmten Gebrauchs abgewartet werden. Die willkührliche Leihe wird nicht durch einen Contract, sondern blos auf die geschehene Bitte bewilligt [e], und dabey nur der Betrug, und die als gleich betrachtete grobe Nachläßigkeit bestraft, weil der Verleiher das Recht hatte, die Sache zu aller Zeit zurück zu fordern [f]. Die willkührliche Leihe geht auch nicht auf die Erben über, wohl aber der noch nicht geendigte unentgeltliche Gebrauch [g].

Von den bey dem Contract vorkommenden Personen wird die eine der **Verleiher** genennt, commodans, und die andere der **Entlehner**, commodatarius. **Jener** versteht den Gebrauch seiner Sache umsonst, dieser aber enthält den unentgeltlichen Gebrauch. Durch die Leihe wird weder Eigenthum noch bürgerlicher Besitz übertragen [h], mithin ist es nicht nöthig, daß der Verleiher Eigen-

c) L. 1. pr. L. 2. §. 2. L. 15. pr. D. de precar.

d) L. 12. pr. D. de precar.

e) L. 1. pr. L. 2. §. 3. L. 4 et 14. D. de precar. coll. L. 17. §. 3. D. h. t.

f) L. 8. §. 3. 5. 6. D. de precar. L. 29. pr. D. mandati.

g) L. 12. §. 1. D. de precar. c. 3. X. eod.

h) L. 89. D. commodati.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0354
DFG

genthümer sey i), sogar daß auch der Dieb eine Sache ausleihen, und auf deren Zurückgabe klagen kann k); wer sich aber wider Willen des Eigenthümers wissentlich eine Sache leihen lässet, gegen den kann die actio commodati, furti und condictio furtiua vom Eigenthümer angestellt werden l), und allemal bleibt es ein Diebstahl des Gebrauchs. Heutiges Tages kann freylich wohl nicht auf das Duplum geklagt werden, wohl aber auf den Schadenersatz und die Bestrafung, welche alsdenn härter seyn muß, wenn Kinder und Gesinde zu dergleichen heimlichen Ausleihen verleitet worden sind. Wer etwas zu einem bestimmten Gebrauche umsonst entlehnen will, muß berechtigt seyn, sich andern Personen verbindlich machen zu können, er müßte denn durch den verstatteten Gebrauch reicher geworden seyn m). Von mehreren, denen eine Sache geliehen worden ist, ist einer für alle verbindlich; wird aber nur der eine belangt, so muß er damit gehört werden, wenn er die übrigen auf seine Gefahr ausklagen will n); ist aber mehreren eine Sache auf gemeinschaftliche Gefahr geliehen worden, so ist jeder nur für seinen Antheil verbindlich o). Die Erben desienigen, dem eine Sache geliehen worden ist, sind gemeiniglich nur für ihre Erbantheile verbindlich, es sey denn, daß einer allein im Stande wäre, die geliehene Sache zurück zu liefern p); oder man müßte den einen Erben wegen seiner Handlungen allein für verbindlich halten q). Werden die Erben wegen eines von ihrem Erblasser begangenen Betrugs verurtheilt,

i) L. 15. D. commodati.
k) L. 16. D. commodati.
l) L. 14. D. commodati.
m) L. 1. §. 2. L. 2. L. 3. pr. D. h. t.
n) L. 7. pr. D. commodati vel contra.
o) L. 21. §. 1. D. commod. vel contra.
p) L. 3. §. 3. D. commodati vel contra.
q) L. 17. §. 2. D. commodati vel contra.

so wird nicht darauf gesehen, ob etwas auf sie gekommen sey, sondern ein jeder wird für das Ganze verurtheilt [r]). Hatten Kinder, die der väterlichen Gewalt unterworfen waren, oder Sclaven, bey den Römern etwas entlehnt, so war ihr Vater oder Herr zu nichts weiter verbindlich, als was von ihrem Pekulium bezahlt werden konnte.

Durch den Leihcontract wird eine nicht fungibile Sache zum bestimmten unentgeitlichen Gebrauche überlassen; denn fungibile Sachen kann man nicht wohl brauchen, ohne sie zu consumiren, zu verderben, wegzugeben; gleichwohl soll der Commodatar die geliehene Sache in Natur und unverdorben wiedergeben. Fungibile Dinge, z. B. Wein, Getraide, Geld, sind also kein Gegenstand dieses Contracts. Ist es aber doch möglich, eine gewisse fungibile Sache zu gebrauchen, ohne sie zu consumiren oder auszugeben, und ich gebe sie Jemandem ausdrücklich zu einem solchen Gebrauche, so ist der Contract für einen Leihcontract zu halten [s]). Dieser Fall kommt bey baarem Gelde vor, wenn Jemandem baar Geld gelehnt wird, nicht daß er es ausgeben soll, sondern zu einem andern Zwecke, z. B. um es vorzuzeigen, damit bey andern Personen eine gewisse Vorstellung erweckt oder erhalten werden soll. Dieser Gebrauch wird in Gesetzen *dicis* gratia und ad ostentationem genennt. In der angeführten L. 4. D. h. t. heißt es z. B.: saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae vt *dicis gratia* numerationis loco intercedant. Ueber die wahre Lesart dieser Stelle, den Ursprung und die Bedeutung des Ausdrucks dicis gratia verdient Wieling [t]) nachgelesen zu werden. Der Hr. GTR. Höpfner bemerkt §. 770. seines Commentars: in einer gewissen Reichsstadt solle jeder neu aufzunehmende Bürger eine

r) L. 12 et 49. D. de oblig. et action. Arg. L. 7. §. 1. D. depos.

s) L. 4. D. commodati vel contra.

t) Wieling lect. iur. ciuil. Lib. I. cap. 3.

eine gewisse Summe im Vermögen haben, der Rath sey aber schon zufrieden, wenn ihm diese Summe vorgezeigt worden, ohne zu untersuchen, ob sie dem neuen Bürger eigenthümlich gehöre. Lehne ich nun an diesem Orte einem solchen Bürger so viel Geld, als er dazu braucht, damit er es vorzeigen und mir solches nach dieser Vorzeigung wieder zurück geben soll, so ist ein Leihcontract geschlossen worden. Bisweilen lehnt sich Jemand von einem guten Freunde eine Summe Geld, um seine Gläubiger dadurch zu überführen, er sey im Stande sie zu bezahlen, indem er ihnen zwey Säcke vorzeigt, worin in jedem 1000 Rthlr. in Speciesthalern sind, welche er eben bekommen habe, und sie nur erst nachzählen wolle; sie möchten sich jetzt nur noch gedulden. Darauf wird nicht gesehen, ob die Sache, welche verlehnt wird, beweglich oder unbeweglich, körperlich oder unkörperlich ist, ob sie dem, der die Sache verlehnt, eigenthümlich gehört oder nicht [u]). Bey den Römern konnten auch Sclaven verliehen werden, welches sich bey unsern Leibeigenenen anwenden ließe, an Orten, wo man sie einzeln verkaufen und verschenken kann. Weil der Leihcontract unter die dinglichen Contracte gehört, so ist es seiner Natur gemäß, daß er nicht als wirklich vollkommen verbindlich betrachtet werden kann, als nach geschehener Uebergabe. Heutzutage kann aus einem bündigen Versprechen auf die Erfüllung geklagt werden, und wenn diese nicht mehr eintreten kann, auf den Schadenserſatz.

Man verleiht die Sache zu einem bestimmten Gebrauche, und deswegen darf der Verlehner die Sache der Regel nach nicht vor geendigtem Gebrauche zurück fordern; jedoch hat alsdenn eine Ausnahme statt, wenn ein unvermutheter Zufall die Veranlassung giebt, daß der Verlehner seine Sache selbst nöthig habe [x]). Man nehme an, ich hätte Jeman-

u) L. 16. D. commodati vel contra.

x) Struv. Exerc. XIX. th. 8. Hahn ad Wesenb. h. t. nr. 11. Stryck ad Lavterb. h. t. nr. 22.

Jemandem meinen Reisewagen auf acht Tage geliehen, damit er alle Tage zu seiner Gesundheit ausfahren könne; ich brauche ihn aber den dritten Tag selbst zu einer unvermutheten Reise; hier kann ich den Wagen vor geendigtem Gebrauche zurück fordern. Die Vertheidiger dieser Meynung berufen sich auf die L. 3. C. de locat. wo es heißt: der Vermiether könne vor geendigter Miethzeit die Sache, wegen eines unvermutheten Bedürfnisses zurück fordern. Hieraus schließt man, also ist auch der commodans um so viel mehr dazu befugt, da er den Gebrauch der Sache umsonst verstattet, der Vermiether hingegen eine Vergütung dafür erhält. Andere Rechtslehrer [y]), z. B. Voet, wenden dagegen ein, wenn der Miethmann den Gebrauch vor geendigter Miethzeit verliert, so bezahlt er auch das ganze Miethgeld nicht, folglich leidet er keinen so großen Schaden, als der commodatarius; also ist der Schluß von dem Miethmanne auf den commodatarius sehr unsicher. Der Entlehner darf die geliehene Sache nicht anders gebrauchen, als ihm vorgeschrieben ist; und braucht er sie anders, z. B. er spannt das zum Reiten geliehene Pferd ein, oder er reitet mit dem Pferde, welches ihm zu einer Reise von sechs Meilen geliehen worden, weiter, so handelt er unerlaubt, und eine solche Handlung wird in Gesetzen furtum vsus genennt. Die Bestimmung des Gebrauchs, welcher von einer geliehenen Sache gemacht werden darf, kann auf verschiedene Weise geschehen. Entweder werden die Handlungen, worin der verstattete Gebrauch bestehen soll, einzeln angeführt, oder die Bestimmung liegt schon in der Art des verstatteten Gebrauchs [z]). Der Entlehner ist schuldig, mäßige Kosten auf die gelehnte Sache zu verwenden [a]), und unter mäßigen Kosten versteht man solche, die schlechterdings angewendet werden mußten, wenn die Sache

y) Tvlden ad tit. Cod. commodati, nr. 1. Voet h. t. nr. 9.

z) L. 5. §. 7. L. 10. pr. D. h. t.

a) L. 18. §. 2. D. commod. vel contra.

Sache unbeschädigt zurück gegeben werden sollte; sie müssen sich auch nicht höher belaufen, als bezahlt wird, wenn man die geborgte Sache gemiethet hätte. Solche mäßige Kosten sind z. B. die Fütterungskosten eines Thieres, welches man geborgt hat; oder wenn man etwas machen lassen, damit die gelehnte Sache keinen Schaden leide. Wer also in den gelehnten Reisewagen ein paar Nägel hat einschlagen lassen; wer dem gelehnten Pferde ein Hufeisen hat aufschlagen lassen, der kann nichts vergütet verlangen. Die gelehnte Sache muß gleich nach beendigtem Gebrauche wieder gegeben werden, und der Entlehner darf sie nicht etwa unter dem Vorwande, sie sey sein Eigenthum, oder er habe Abrechnung, zurück behalten. Thut er es nicht, so muß er allen Schaden ersetzen, der durch seine Vorenthaltung verursacht worden ist [b]). Habe ich Jemandem eine Sache deswegen gelehnt, daß er sich etwas darauf borgen soll, und nun liegt es nicht an ihm, daß er mir die Sache nach geendigtem Gebrauch nicht wieder schaffen kann, so darf ich nicht die Klage aus dem Leihcontract wider ihn anstellen, sondern ich muß nur verlangen, daß er mir die Klage aus dem Pfandcontract, die er eigentlich anstellen konnte, abtrete [c]). Ist mir eine fremde Sache, ohne Wissen und Willen des Eigenthümers, gelehnt worden, so kann mir der Eigenthümer die Sache vor geendigtem Gebrauche wieder abfordern, ich mag Schaden leiden oder nicht. Eben dieses ist Rechtens, wenn ich von einer solchen Person etwas lehne, die nicht berechtigt ist, für sich allein darüber zu disponiren, welches der Fall z. B. bey einem Minderjährigen ist. Der Leihcontract giebt dem Entlehner blos das Recht, den bestimmten Gebrauch von der geliehenen Sache machen zu können; übrigens aber erlangt er weder das Eigenthum, noch den bürgerlichen Besitz von der gelehnten Sache [d]).

Der

b) L. 5. pr. D. L. vlt. C. commod.
c) L. 5. §. 12. D. L. 3. C. commodati vel contra.
d) L. 8 et 9. D. commod. vel contra.

Der Verleiher ist schuldig, dem Entlehner die gelehnte Sache so lange unentgeltlich zu lassen, als der bestimmte Gebrauch dauert. Er ist ferner zur Entschädigung verbunden, wenn er sich bey der Verleihung eines Betrugs oder groben Versehens schuldig gemacht hat. Lehnte bey den Römern Jemand dem Andern einen Sclaven, von dem er wußte, daß er ein diebischer Kerl sey, und er bestahl den Entlehner, so konnte er sich nicht mit der bloßen Uebergabe desselben, noxae datio, von der Verbindlichkeit zum Schadensersatze befreyen e). Eben so, wenn Jemand dem Andern ein mit einer nicht in die Augen fallenden ansteckenden Krankheit behaftetes Thier, ein stetisches oder sich bäumendes Pferd geliehen hat, ohne diesen Fehler vorher zu sagen, und der Anleiher dadurch in Schaden oder Unglück gerathen ist, so muß der Verleiher allen Schaden ersetzen. Solche Kosten, die zur Erhaltung der Sache schlechterdings nothwendig waren, und die der Entlehner gemacht hat, müssen ihm von dem Verleiher bezahlt werden, jedoch müssen sie etwas ansehnliches betragen f). Hat der Entlehner dem Verleiher den Werth der verlohrnen Sache bezahlt, und ersterer bekommt sie in der Folge wieder, so kann er verlangen, entweder die erhaltene Vergütung des Werths wieder zurück zu geben, oder ihm die Sache abzutreten g).

Der Gebrauch wird umsonst überlassen. Sobald ich mir für den Gebrauch meiner Sache etwas habe versprechen lassen, so ist kein Leihcontract geschlossen worden. Bekomme ich Geld, so ist es ein Miethcontract; bekomme ich etwas anders, als Geld, so ist es ein unbenennter Contract, do vt des. Giebt mir der Entlehner nach geendigtem Gebrauch eine Erkenntlichkeit freywillig, so bleibt der Contract was er anfangs war, und wird dadurch in keinen

e) L. 31. D. de pignorat. act.
f) L. 18. §. 2. D. commodati vel contra.
g) L. 17. §. fin. D. commodati vel contra.

nen andern Contract verwandelt. In Gesetzen wird von solchen Erkenntlichkeiten der Ausdruck, honorarium gebraucht h); es hat aber dieses Wort mehrere Bedeutungen; denn 1) versteht man eine freywillige Belohnung darunter, die man Jemandem zu Bezeigung seiner Dankbarkeit für den Gebrauch seiner Sachen, oder wegen eines von ihm geleisteten Dienstes giebt, in welchem Verstande es auch hier genommen wird. Es bedeutet dieses Wort aber 2) auch eine Vergütung, welche ich für solche Dienste schuldig bin, die sich nicht schätzen lassen, und für welche ich die Vergütung nicht als ein Aequivalent, sondern zum Beweis meiner Erkenntlichkeit gebe. Wenn ich z. B. Jemandem Auftrag gebe, mir eine Braut zu verschaffen, und ihm auf den Fall, daß er das Jawort erhält, eine Summe Geld verspreche, so wird dieses ein honorarium genennt; denn sein Dienst, den er mir geleistet hat, läßt sich nicht taxiren, und ich gebe das Geld nicht als eine Compensation für seine Arbeit, sondern um meine Dankbarkeit zu bezeigen. Daher heißt man auch honorarium das, was man Jemandem für operas liberales giebt, oder solche Arbeiten, die Niemand als ein Gelehrter leisten kann, wie z. B. der Unterricht in den Wissenschaften, die Führung eines Processes ist. Operae illiberales nennten die Römer Arbeiten, die von Personen verrichtet werden, die nicht Gelehrte zu seyn brauchen, welches der Fall bey Handwerksarbeiten, bey Botengehen u. s. f. ist. Eine für operas liberales geleistete Vergütung wird deswegen honorarium genennt, weil man glaubt, daß sich dergleichen Dienste und der daraus zu ziehende Nutzen nicht schätzen lasse, ein Ehrengeld; hingegen merces ist der Lohn und die Bezahlung für operas illiberales i).

Eine

h) L. 5. §. 12. D. h. t. §. 2. Inst. quib. mod. re contr. oblig. Arg. L. 2. §. 24. D. de vi bonor.

i) Ad. Frid. TRENDELENBVRG Diss. de honorario eiusque a mercede discrimine, Kil. 1775.

Eine wichtige Frage bey dem gegenwärtigen Contract ist es: was für ein Grad des Fleißes bey diesem Contract beobachtet werden müsse, und wer für die Unglücksfälle zu stehen schuldig sey? Der Natur der Sache nach muß zwischen dem Entlehner und dem Verleiher ein Unterschied gemacht werden. — Weil der Entlehner allen Vortheil von dem Contracte hat, und der Verleiher gar keinen, so ist es der Billigkeit gemäß, daß jener den höchsten Grad des Fleißes beobachte, oder culpam *leuissimam* prästire, dieser aber nur den niedrigsten Fleiß zu beobachten schuldig sey, das heißt, für seine grobe Nachläßigkeit stehen müsse. Wenn sich also der Entlehner nur das mindeste Versehen zu Schulden kommen läßt, und die entlehnte Sache leidet dadurch Schaden, oder geht ganz zu Grunde, so muß er diesen Schaden vergüten. Diese Regel hat aber folgende Ausnahmen, nämlich 1) ist jeder den mittlern Fleiß zu beobachten oder culpam leuem zu prästiren schuldig, wenn der Leihcontract beyden Contrahenten vortheilhaft ist; z. B. wenn ich Jemandem mein Pferd zu einer Reise leihe, welche mir aber auch vortheilhaft ist, indem er mir etwas mitbringen soll, so muß jeder culpam leuem prästiren. 2) Lehne ich Jemandem Etwas bey einer Gelegenheit, die mir allein zum Vortheil gereicht, so braucht der Entlehner nur für die gröbste Nachläßigkeit zu stehen. Gesetzt, es macht Jemand blos aus Gefälligkeit eine Reise, um für mich etwas zu bestellen, und ich lehne ihm mein Reitpferd, damit er desto geschwinder an Ort und Stelle kommen soll.

Bey Entscheidung der Frage: wer die Unglücksfälle übernehmen müsse? geht man von dem Satze aus: der Entlehner wird nicht Eigenthümer der geliehenen Sache, sondern er ist schuldig, sie dem Verleiher zu restituiren, und zwar in Natur, das heißt, dasselbe Individuum, welches er bekommen hat, und nicht etwa eine andere Sache von gleicher Qualität und Quantität; wenn ich aber dem Andern eine Sache restituiren soll, und sie geht durch einen Zufall verlohren, so muß der Eigenthümer den Schaden

tragen,

tragen, weil es einmal zur Regel gemacht worden: casum sentit dominus. Man nehme also an, die geliehene Sache geht durch einen Zufall zu Grunde, so muß der Verleiher den Schaden tragen, und der Entlehner steht für nichts. Etwas anders ist es freylich, wenn der Entlehner versprochen hat, er wolle den Unglücksfall tragen, das heißt, wenn er den Unglücksfall übernommen hat, oder er läßt sich bey dem Gebrauch der entlehnten Sache nur die geringste Nachläßigkeit zu Schulden kommen, oder er giebt die geliehene Sache nicht zu rechter Zeit zurück; denn in diesen Fällen muß er den Unglücksfall tragen und dem Herrn der geliehenen Sache solche bezahlen. Im Sachsenspiegel im 3ten Buch, Art. 5. wird gesagt, der Entlehner solle den Schaden tragen; diese Verordnung ist aber unbillig, und das römische Recht ist billiger und der Vernunft gemäßer [k]).

Der Leihcontract wird 1) durch beyderseitige Bewilligung aufgehoben. 2) Ist er als geendigt zu betrachten, wenn die bestimmte Zeit verlaufen ist; 3) wenn der bestimmte Gebrauch von der Sache gemacht worden ist; 4) wenn ein beträchtlicher Mißbrauch mit der geliehenen Sache gemacht wird [l]); 5) wenn der Verleiher die verlehnte Sache selbst nothwendig braucht. Durch eine Verjährung kann man die gelehnte Sache nicht anders an sich bringen, als wenn der Entlehner den Grund seines Besitzes geändert, und sich zu dem Ende auf einen das Eigenthum übertragenden Contract gegründet, wobey sich der Verleiher die Verjährungszeit hindurch beruhigt hat [m]).

In

k) Griebner Diss. de aequitate Legum Romanarum circa periculum rei commodatae. Leyser Vol. XIII. Part. I. pag. 435.

l) Arg. L. 3. C. de locat. conduct.

m) L. 1. C. commun. de vsucap. L. 2. C. de praescr. trig. vel quadrag. annor. L. 33. §. 1. D. de vsurpat. et vsucap. L. 2. §. 1. D. pro hered. et poss.

In den mehresten Fällen wird über den Leihcontract kein schriftlicher Versicherungsschein ausgestellt, weil dieses Geschäft unter Freunden, die Vertrauen zu einander haben, geschlossen, und mehr über Haushaltungssachen, als andere Sachen eingegangen wird. Sind es Sachen von Werth, so ist dessen Ausstellung allerdings rathsam; es ist aber kein umständlicher Contract, sondern ein bloßer Versicherungsschein erforderlich, worin der Entlehner bekennt, die beschriebenen Sachen zu dem deutlich angegebenen Gebrauche vom Verleiher bekommen zu haben, mit der Versicherung, solche nach gemachtem Gebrauche unbeschädigt wieder zurück zu liefern, wobey zugleich eine Strafe festgesetzt werden kann. Die übrigen in Gesetzen bestimmten Verbindlichkeiten in diesem Scheine zu wiederholen, wäre unnöthige Weitläuftigkeit.

§. 860.

Des Leihcontracts wegen kann sowohl petitorisch als possessorisch geklagt werden, und petitorisch kann sowohl der Verlehner klagen, als auch der Entlehner, in welcher Rücksicht ersterem die actio commodati directa, und dem letzteren die actio commodati contraria zusteht [n]).

Was die Leihcontractsklage, actio commodati directa, betrifft [o]), so ist ihr Grund ein geschlossener und erfüllter Leihcontract, und sie kann auch auf andere vermöge dessen Natur oder einer dabey geschehenen Verabredung zu leistende Verbindlichkeiten gegründet werden [p]). Weil dieser Contract ein Realcontract ist, so muß man in der Klage

n) Guil. Leyser D. de commodato et ex eo descendentibus obligationibus et actionibus, Viteb. 1677, Mich. Henr. Geo. Reinhard comment. de commodato eiusque actionibus, Elford. 1752.

o) Eckard in exam. action. forens. Part. V. pag. 301.

p) §. 2. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.

Klage ausdrücklich anführen, daß dem Beklagten die Sache zu einem gewissen Gebrauche übergeben worden sey. Man führt z. B. an, daß man Beklagtem den Wagen auf acht Tage zu einer Reise nach Braunschweig geliehen habe. Weil auch solche Verbindlichkeiten die gegenwärtige Klage begründen, die durch eine bey dem Contract geschehene Verabredung festgesetzt worden, so kann man darauf klagen, daß der Entlehner den Unglücksfall, welcher die Sache getroffen habe, zu leisten schuldig sey, wenn er dieses durch eine besondere Verabredung versprochen hat.

Der Kläger ist der Verlehner, commodans q), wenn er auch nicht Eigenthümer der verliehenen Sache seyn sollte; denn er kann klagen, wenn er auch die Sache gestohlen hat r), weil dieser Umstand auf die Rechte des Entlehners keinen Einfluß hat. Dieser muß die gelehnt erhaltene Sache zurück geben, wenn sie auch eine gestohlne seyn sollte. Hierin liegt der Grund, warum der Kläger bey dieser Klage sein Eigenthum an der Sache nicht zu beweisen braucht; folglich darf auch in der Klage nicht angeführt werden, daß Klägern die dem Beklagten geliehene Sache eigenthümlich zugehöre. Klagt der Erbe des Verleihers, so muß er beweisen, daß der Erblasser verstorben und er sein Erbe geworden sey. Sind mehrere Erben vorhanden, und es klagt nur einer von ihnen, und verlangt die Sache allein zurück, so muß er es in der Klage anführen, daß ihm die Sache in der Erbschaft zugefallen sey.

Die gegenwärtige Klage muß wider den Entlehner angestellt werden s); er bestehe aus einer oder mehreren Personen. Ist eine Sache mehreren Personen geliehen worden, und zwar ausdrücklich auf gemeinsame Gefahr, das heißt, daß nicht einer allein für das Ganze, sondern sie alle mit einander dafür haften wollen, so haftet ein jeder

q) L. 21. pr. D. commodati vel contra.
r) L. 15 et 16. D. commod. vel contra.
s) §. 2. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.

für seinen Antheil, es müßte denn einer von ihnen die ganze Sache restituiren können, indem er z. B. die geliehene Sache allein besitzt [t]). Ist also die Sache verlohren gegangen, so giebt jeder nur seinen Antheil dazu. Sollte die Sache schlechthin geliehen worden seyn, so haftet ein Jeder nicht nur wegen solcher selbst, sondern auch wegen Betrugs und Fahrläßigkeit in solidum [u]). Ist also der eine nicht soluendo, so hält sich der Leiher an den Andern, und hier läuft derselbe so leicht keine Gefahr, etwas einzubüssen. So lange indessen die Entlehner noch alle soluendo sind, steht ihnen der Billigkeit nach das beneficium diuisionis zu [x]).

Was die Erben des Entlehners betrifft, so kommt es vor allen Dingen darauf an, ob die Sache noch in Natur vorhanden ist, oder nicht. Ist das Erste, so fordert man solche von dem Besitzer heraus, und dieser kann die Einrede mehrerer Erben nicht vorschützen [y]). Tritt der andere Fall ein, daß nämlich die Sache nicht mehr in Natur vorhanden ist, so ist solche entweder durch die Schuld des einen Erben zu Grunde gegangen, oder sie ist dolo vel culpa des Erblassers verlohren worden; z. B. er hat sie verkauft, oder sie ist verpfändet worden. Im ersten Fall kann der Erbe, welcher daran Schuld ist, daß die Sache zu Grunde gegangen ist, allein auf das Ganze belangt werden [z]). Im zweyten Fall haften die Erben alle pro rata, das heißt; nach dem Antheil, den ein Jeder an der Erbschaft hat [a]); denn wenn bey Contracten vom Schadensersatze die Rede ist, müssen die Erben auch für

t) L. 21. §. 1. D. commod. vel contra.

u) L. 5. §. fin. D. commod. vel contra.

x) L. 9. pr. D. de duob. reis. STRYCK in vsu mod. h. t. §. 9. LAVTERBACH h. t. §. 13.

y) L. 3. §. 3. L. 5. §. 15. D. h. t.

z) L. 17. §. 2. D. commod. vel contra.

a) L. 12. D. de obligat. et action.

für den Betrug des Erblassers haften, obgleich nichts dadurch auf sie gekommen seyn sollte.

Wider einen Dritten kann diese Klage nur sodann angestellt werden, wenn dieser sich verbindlich gemacht hat, er wolle dafür stehen, daß der Verleiher seine Sache wieder bekomme [b]); jedoch kann wider ihn die Reivindication angestellt werden [c]), wenn die Gesetze oder Gewohnheiten des Orts nicht dagegen sind, weil man die alte teutsche Regel befolgt: Hand muß Hand wahren; oder wo man seinen Glauben gelassen hat, da muß man ihn auch wieder suchen [d]).

Die Bitte wird hauptsächlich auf die Zurückgabe der nämlichen Sache mit allem Zuwachs und Nutzungen gerichtet [e]), und die Zurückgabe kann sogar executivisch gesucht werden, wenn der Verleiher über den Leihcontract ein klares Instrument in Händen haben sollte [f]). Ferner kann um den Ersatz alles durch Verschulden des Entlehners [g]) verursachten Schadens gebeten werden, und selbst um Vergütung des durch einen Zufall entstandenen Schadens kann der Kläger nachsuchen, wenn die erforderlichen Umstände eintreten [h]). Es schadet nichts, wenn der Verleiher die beschädigte Sache etwa schon ohne Protestation zurück genommen hat, weil von Niemanden vermuthet

b) Chr. Henr. Brevning Diss. an commodati actio directa dari possit contra tertium possessorem, Lips. 1771.

c) L. 8 et 9. D. h. t. Carpzov Part. II. Const. 20. Def. 5.

d) Stryck in vsu mod. h. t. §. 7 et 8.

e) l. 5. § 12. D. h. t. L. 38. §. 1. D. de vsur. Hr. HR. Schmidt in der Abhandl. in welchen Münzsorten ꝛc. §. 251.

f) Berger in elect. proc. execut. §. 31. Ludovici im Civilproceß, 3tes Kap. §. 3 und 10.

g) L. 5. §. 2. L. 18. pr. D. h. t. Lavterbach h. t. §. 19 et 20.

h) L. 5. §. 4 et 7. D. L. 1. C. h. t. Lavterbach h. t. §. 21 et 22.

wird, daß er sich seines Rechts, einen Schadenersatz zu fordern, begeben hat; denn er kann die Beschädigung zur Zeit der Ablieferung ja noch nicht recht gewußt haben i). Ueberdieses kann der Leiher auch noch alles dasjenige fordern, was er sich sonst ausbedungen hat. Wenn z. B. dem Entlehner die Sache käuflich angeschlagen worden, so geht sie nachher entweder durch einen Zufall verlohren, oder nicht. Im ersten Falle fordert der Verleiher die Bezahlung des Werthes; im zweyten aber hat der Entlehner die Wahl, ob er die Sache zurückgeben, oder den Werth bezahlen will k); daher muß hier alternativisch geklagt und angeführt werden: daß Beklagter entweder den Reisewagen oder die versprochenen 200 Rthlr. dafür zu erstatten schuldig. Ist die Sache durch des Beklagten Schuld nicht mehr vorhanden, so kann der Werth schlechthin gefordert werden, wo in Ermangelung anderer Beweismittel das iuramentum in litem, sowohl veritatis als affectionis statt findet l).

Wider diese Klage kann 1) die Einrede vorgeschützt werden, der Contract sey ungültig m), und dieser Fall tritt um jeder Ursache willen ein, weshalb man aus einem Contract nicht verbindlich ist. Wenn z. B. einem Unmündigen, ohne Einwilligung seines Vormundes etwas geliehen worden ist, so kann man die gegenwärtige Klage nicht wider ihn anstellen, wenn er sich auch gleich nach erlangter Pubertät einen Betrug oder eine Unachtsamkeit dabey hat zu Schulden kommen lassen n); denn der Leihcontract war gleich anfangs ungültig, mithin hat auch die actio commodati daraus nicht entspringen können, da solche

i) L. 8. §. 15. D. quib. mod. pignor. vel hypoth. soluit.

k) L. 10. §. 6. D. de iure dotium.

l) L. 5. pr. D. de in litem iurando.

m) L. 1. §. 3. D. de pactis. L. 1. §. 2. L. 3. pr. D. commod. vel contra.

n) L. 1. §. 2. C. commod. vel contra.

solche einen gültigen Leihcontract voraussetzt. Es kann 2) vorgeschützt werden, der verstattete bestimmte Gebrauch sey noch nicht beendigt [o]); worauf replicirt werden kann, man brauche die Sache selbst unvermuthet [p]); es muß aber diese Replik in die Klage selbst eingerückt werden. 3) Kann man excipiren, Beklagter habe mit Klägern nicht contrahirt, und diese Einrede findet statt, wenn die Leihcontractsklage wider einen Dritten angestellt worden ist. 4) Kann die Einrede vorgeschützt werden, Beklagter könne nicht allein in Anspruch genommen werden. Dieses ist alsdenn der Fall, wenn eine Sache mehreren geliehen worden, oder wenn der Entlehner mehrere Erben hinterlassen hat, und gleichwohl wird die Klage nur wider einen davon allein angestellt, da er doch nicht wegen des Ganzen, sondern nur für seinen Antheil verantwortlich ist. Es hat 5) die Einrede statt, daß die Sache zu einem gefährlichen Gebrauche geliehen worden sey; das heißt, wo es vorher zu sehen war, daß die Sache nicht ohne Schaden genutzt werden könne. Gesetzt also, ich leihe Jemandem bey bösem Wege zu einer weiten Reise einen Wagen, und nun wird solcher unterwegens sehr beschädigt [q]). Es kann 6) vorgeschützt werden, die Sache sey ohne sein Verschulden nicht mehr vorhanden [r]). Dieses muß der Beklagte beweisen; nur muß sich der Kläger nicht auf das Verschulden des Beklagten gegründet haben; denn leugnet der Beklagte diesen Umstand, so muß ihn Kläger beweisen. Der Kläger darf also z. B. in seiner Klage nicht sagen, Beklagter habe das ihm geliehene Pferd zu Schanden geritten. Um

o) L. 17. §. 3. D. commod. vel contra.

p) Arg. L. 3. C. locati. HAHN ad WESENB. Lib. XIII. tit. 6. nr. 11.

q) L. 5. §. 7. L. 10. pr. L. fin. D. commod.

r) L. 18. pr. L. 20. D. h. t. L. 14. §. 1. D. depos. Chr. Henr. BREVNING Diss. an actione commodati directa conueniatur recte commodatarius, cui res commodata euicta erat? Lips. 1772.

sich diesen Beweis nicht aufzubürden, muß er in der Klage blos anführen, daß er Beklagtem die Sache, z. B. den Wagen geliehen, und dieser denselben beschädigt zurück gegeben habe, daher er diesen Schaden zu ersetzen verbunden sey. Will nun der Beklagte einwenden, der Schaden sey ohne sein Verschulden entstanden, so muß er ausführen, er sey mit der Sache, z. B. mit dem Wagen, auf das vorsichtigste umgegangen. Gegen diese Einrede kann übrigens replicirt werden, Beklagter habe die Unglücksfälle übernommen; wenn dieses aber auch wäre, so hilft dieses besondere Versprechen doch alsdenn dem Kläger nichts, wenn der sich ereignete Unglücksfall unter die allerungewöhnlichsten gehört, daß man sich solchen gar nicht vorgestellt hat [s]). Uebrigens ist die Frage: welchem streitenden Theile in Ansehung der begangenen Fahrläßigkeit, imgleichen der durch Unglücksfälle oder ein bloßes Ungefähr entstandenen Beschädigung die Beweisführung obliege, noch sehr streitig [t]). Es kann 7) vorgeschützt werden, daß er wegen des Versehens nicht hafte [u]); welcher Fall alsdenn eintritt, wenn dem Entlehner die Sache blos zum Besten des Verleihers geliehen worden ist, und gleichwohl verlangt er nun von ihm, daß er für das geringste, oder für ein mittleres Versehen haften soll, da er doch in solchen Fällen nur dolum und culpam latam zu prästiren schuldig ist. Gereicht der Leihcontract beyden Contrahenten zum Besten, und gleichwohl behauptet der Verleiher, der Entlehner sey wegen des geringsten von ihm begangenen Fehlers verantwortlich, das heißt, er müsse culpam levissimam prästiren, da er doch nur für die mittlere Nachläßigkeit

s) Wernher Obs. Part. II. Obs. 470.

t) Leyser Spec. 176. Med. 5. 6. Mencke doctr. de action. II, 2. 3. 9. Wehrn doctr. iur. de damno etc. §. 20. Höpfners Commentar über die Instit. §. 761. nr. 4. Meisters praktische Bemerkungen aus dem Civilrechte, II, 6. Glücks Erläuter. der Pandekt. §. 324. not. c. u. 327. 6. IV, 361 etc.

u) L. 5. §. 10. D. commodati vel contra.

läßigkeit verantwortlich ist, so kann ihm die angeführte Einrede entgegen gesetzt werden. Man kann 8) die Einrede vorschützen, daß Kläger den Beklagten erst zu entschädigen schuldig sey [x]). Dieser Fall würde eintreten, wenn er die Sache, ohne daß er derselben selbst unvermuthet benöthigt gewesen, vor geendigtem Gebrauch wieder zurück gefordert hätte, und der Beklagte kam dadurch in Schaden. Dieserhalb steht dem Entlehner schon die actio commodati contraria zu; und deswegen ist es ihm auch erlaubt, wenn er verklagt worden ist, sich durch eine Einrede zu vertheidigen. Ferner würde die angeführte Einrede zuläßig seyn, wenn der Beklagte genöthigt gewesen, auf die Sache einen größern Aufwand zu verwenden, als ihm durch die unentgeltliche Leihe der Sache Vortheil verschafft worden. Uebermäßigen Aufwand, impensae immodicae, das heißt, derjenige, welcher den gehabten Nutzen übersteigt, muß der Verleiher ersetzen, und bis dieses geschehen, kann der Entlehner das Retentionsrecht ausüben. Es kann 9) vorgeschützt werden, die Klage sey schon verjährt [y]). Ist gleich die persönliche Klage, die actio commodati directa, nach 30 Jahren erloschen, so ist dem Leiher dennoch die rei vindicatio wider den Entlehner immer noch zuständig; als welche zugleich mit der actione commodati, wenn zumal die salutarische Clausel angehängt worden, für cumulirt zu achten ist, weil der Leiher die geliehene Sache insgemein als die seinige wieder zurück fordert, und er also, im Fall des abgeleugneten Eigenthums, dieses Eigenthum zugleich darzuthun hat, welches Beweises er sonst bey der bloßen actione commodati überhoben ist [z]). Es kann 10) vorgeschützt werden, daß Kläger ihm erst die geraubte Sache wieder zu geben ha-

x) L. 18. § 4. D. commod. vel contra.

y) L. 3. C. de praescr. trig. vel quadrag. annor. L. 1. C. de annal. except.

z) Arg. L. 15 et 16. D. h. t.

be [a]); 11) daß Beklagtem des höchsten Fleißes von Klägern erlassen worden; 12) daß ein Dritter, ohne sein, des Entlehners, Verschulden, den Schaden verursacht habe; 13) daß er die Sache wegen eines von dem Richter darauf gelegten Arrestes nicht aushändigen könne; 14) daß die Sache wegen eines bereits gehabten alten Fehlers zu Grunde gegangen, oder schadhaft geworden sey [b]); 15) daß die Sache auch bey Klägern zu Grunde gegangen seyn würde [c]); 16) Kläger habe ihm die Sache geschenkt; 17) Klägers Forderung sey durch eine Gegenforderung bereits gehoben worden [d]). Unstatthaft ist die Einrede, daß Beklagtem das Eigenthum an der Sache zustehe, wofern sie nicht gleich bewiesen werden kann. Er muß dennoch die Sache nach dem Contracte restituiren, und wenn dieses geschehen, kann er sie vindiciren. Vielweniger darf die einem Dritten angehende Einrede vorgeschützt werden, daß Klägern die Sache nicht eigenthümlich zustehe; denn dieses ist eine exceptio de iure tertii [e]).

Von der zeither erklärten Klage ist die actio commodati contraria, die **Leihcontracts-Gegenklage** unterschieden, deren **Grund** der Leihcontract und eine in Ansehung desselben vorhandene gerechte Ursache der zu leistenden Schadloshaltung ist [f]). Die gerechte Ursache der zu leistenden Schadloshaltung ist bey allen actionibus contrariis überhaupt eine solche Ursache, derentwegen die Gesetze dem Kläger von dem Beklagten eine Schadloshaltung verstatten. Bey dem Leihcontract besteht diese Ursache

1) darin,

a) Berlich in Conclus. Part. I. Concluf. 21. nr. 60. Rivinus Spec. excepr. forens. cap. 41. nr. 15.

b) Arg. L. fin. C. de peric. et commodo rei vendit.

c) L. 14. §. 1. D. depos. vel contra.

d) L. 18. §. 4. D. h. t. L. fin. pr. et §. 1. C. de compensat.

e) L. 15. L. 16. D. h. t. Stryck in vsu mod. Lib. XIII. tit. 6. §. 11.

f) L. 17. §. 3. D. commod. vel contra.

1) darin, daß der Entlehner durch den Leiher vorsätzlich, oder durch die größte Unvorsichtigkeit, dolo vel culpa lata, in Schaden gebracht worden ist [g]; 2) daß der Leiher die Sache vor geendigtem bestimmten Gebrauche, ohne erhebliche Ursache wieder zurück gefordert hat [h]; 3) daß der Entlehner einen übermäßigen Aufwand auf die geliehene Sache machen müssen; 4) daß der Leiher die Sache wieder erhalten, nachdem ihm der Entlehner dafür bereits den Werth bezahlt gehabt. Hier ist folgender Unterschied zu machen. Entweder ist dem Entlehner daran gelegen, die Sache selbst wieder zu haben, oder nicht. Im ersten Fall kann er solche vindiciren, weil er durch die geleistete Aestimation Eigenthümer davon geworden ist [i]. Im andern Fall will er entweder lieber sein Geld wieder haben, oder es ist ihm eins so lieb, wie das andere; er ist zufrieden, wenn er nur eins wieder bekommt. Ist jenes, so kann er wider den Leiher die condictionem sine causa anstellen. Ist dieses, so muß er wider denselben actione commodati contraria alternativisch klagen, daß er ihm entweder die Sache aushändige, oder die dafür geleistete Aestimation wiedergebe [k]. Uebrigens muß die rechtmäßige Ursache der zu leistenden Schadloshaltung, da sie den Klagegrund ausmacht, in der Klage bestimmt angeführt werden.

Die Leihcontractsgegenklage wird von dem Entlehner [l], wie auch von seinem Erben angestellt, und hat wider den Verleiher [m] und seinen Erben statt. Das Gesuch geht auf eine von dem Beklagten zu leistende Schadloshaltung, sie mag nun entweder wegen der auf die gelehnte

g) L. 17. §. 3. L. 18. §. 3. L. 22. D. commod.
h) L. 17. §. 3. D. commod.
i) L. 63. D. de rei vind. L. 5. §. 1. D. commod.
k) L. 17. §. vlt. D. commod. vel contra.
l) L. 21. pr. D. commod. vel contra.
m) L. 17. §. 3. D. commod. vel contra.

gelehnte Sache verwendeten Kosten [n]) gefordert werden, oder weil der Verleiher an dem gehabten Schaden Schuld ist [o]). Wie bereits bemerkt worden, kann der Entlehner nur einen übermäßigen Aufwand ersetzt verlangen, wenn solcher nothwendig gemacht werden mußte. Was hingegen einen blos nützlichen, oder blos des Vergnügens wegen gemachten Aufwand betrifft, so hat der Leiher in solchen entweder ausdrücklich oder stillschweigend gewilligt, oder nicht. Im ersten Fall kann der Entlehner solchen ersetzt verlangen; im andern aber hat er nur ein ius tollendi [p]). Unter dem Schaden, zu dessen Ersatz der Entlehner verbunden ist, wird der Regel nach nur ein solcher verstanden, welcher dolo oder culpa lata des Verleihers verursacht worden ist, weil er der Regel nach keinen Nutzen von diesem Contracte hat [q]), sondern nur der Entlehner. Gereicht der Contract blos zum Vortheil des Leihers, so ist er auch wegen der geringsten Nachläßigkeit verantwortlich [r]). Ziehen beyde Contrahenten von dem Contracte gleichen Vortheil, so ist jeder wegen der mittlern Nachläßigkeit verantwortlich [s]). Die Art der Fahrläßigkeit muß in der Klage angeführt werden.

Es giebt verschiedene Einreden, welche vom Beklagten vorgeschützt werden können, wenn die Leihcontractsgegenklage wider ihn angestellt worden ist, und eine solche Einrede ist es 1), daß der Kostenaufwand geringe sey, und solcher den gehabten Nutzen nicht übersteige [t]). Es kann 2) vorgeschützt werden, der Aufwand sey wider Verbot gemacht

n) L. 18. §. 2. D. commod. vel contra.
o) L. 17. §. 3. L. 18. §. 3. L. 22. D. h. t.
p) L. 15. D. de pignor. act.
q) L. 5. §. 10. D. commod. vel contra.
r) L. 5. §. 10. D. commod. vel contra.
s) L. 18. pr. D. commod. vel contra.
t) L. 18. §. 2. D. commodati vel contra.

gemacht worden [u]). Hierauf kann Kläger repliciren, der Aufwand sey so nothwendig gewesen, daß ohne solchen die Sache zu dem bestimmten Gebrauche gar nicht genutzt werden können. Es hat 3) die Einrede statt, Kläger habe mehr Kosten auf die Reparatur der Sache verwendet, als nothwendig gewesen; er hätte dabey bedenken sollen, daß dem Beklagten die Wiedererstattung zu schwer fallen werde [x]). Man kann 4) vorschützen, der Schaden sey illiquid, Kläger müsse ihn erst beweisen; oder 5) er habe sich den Schaden durch seine eigene Schuld verursacht, und müsse ihn daher auch selbst tragen; z. B. er hat das geliehene Pferd lahm geritten, und deshalb etwas aufwenden müssen, um es wieder herzustellen. Man kann 6) vorschützen, Beklagter habe die Sache wegen einer angetretenen unvermutheten Nothwendigkeit zurück fordern müssen, und dieser Umstand hebe die Verbindlichkeit auf, die Sache dem Entlehner bis nach geendigtem bestimmten Gebrauch zu lassen [y]); denn jeder Vertrag werde unter der Voraussetzung geschlossen, rebus sic stantibus. Darauf kann Kläger repliciren: es sey kein unvermuthetes Selbstbedürfniß gewesen, sondern Beklagter habe sich solches vorher denken können. Außer den angeführten Einreden kann 7) vorgeschützt werden, Beklagter habe den Fehler der Sache nicht gewußt [z]). Man nehme an, Beklagter hat Klägern ein Pferd geliehen, das rotzig war, wovon er nichts wußte. Dieses Pferd steckte andere an, wodurch Kläger in Verdruß gerathen und Schaden gehabt hat. Diesen verlangt er nunmehr ersetzt. Beklagter kann darauf repliciren: Kläger habe den Fehler gar wohl wissen können, wenn er nicht äußerst nachläßig bey der Sache

u) L. 24. C. de negot. gest. BERGER in Oecon. iur. Lib. III. tit. 2. §. 7. not. 6.

x) Arg. L. 25. D. de pignor. actione.

y) Arg. L. 3. C. locati.

z) L. 18. §. 3. D. commod. vel contra. L. 22. D. eod.

Sache zu Werke gegangen. Man kann 8) vorschützen, Kläger habe den Schaden wahrnehmen können [a]). Gesetzt, es ist Klägern ein steifes Pferd geliehen worden; er ist damit gestürzt, und hat ein Bein gebrochen. Nunmehr verlangt er vom Beklagten das Heilerlohn. Eben dieses würde der Fall seyn, wenn mir Jemand seinen Reisewagen lehnt, woran ein Rad sehr beschädigt ist; ich nehme ihn an, fahre damit fort, das Rad zerbricht, ich werde umgeworfen und breche den Arm. Hier kann ich nicht klagen. Endlich kann 9) vorgeschützt werden, die Klage sey bereits durch die Verjährung erloschen; dazu wird aber ebenfalls ein Ablauf von dreyßig Jahren erfordert. Unstatthaft ist die Einrede, daß die geliehene Sache Beklagtem nicht eigenthümlich gehöre, weil man auch fremde Sachen verlehnen darf. So viel von den peritorischen Klagen, welche wegen eines geschlossenen Leihcontracts gebraucht werden können.

Es giebt auch possessorische Rechtsmittel, welche entweder dem Leiher oder dem Entlehner zu statten kommen. Der Leiher kann possessorisch klagen, er mag es als Eigenthümer thun, oder als Civilbesitzer der geliehenen Sache [b]); und in beyden Fällen kann er von dem interdicto retinendae possessionis Gebrauch machen [c]). Weigert sich der Entlehner, ihm die geliehene Sache, ohne eine gerechte Ursache zu haben, wieder abzutreten [d]), so kann er nicht nur das interdictum recuperandae possessionis brauchen, sondern auch die Spolienklage.

Der Entlehner kann, wenn ihm die Sache vermöge eines geschlossenen Leihcontracts übergeben worden ist,

a) Arg. L. 43. §. 1. D. de contrah. emt. vendit.
b) L. 8. L. 9. D. commod. vel contra.
c) L. 1. §. 1. D. commod. vel contra.
d) L. 12. in fine D. de vi et vi arm. L. 20. D. de acquir. vel amitt. poss. L. 10. C. vnde vi. Berger in Oecon. iur. Lib. III. tit. 2. §. 7. not. 4. Idem in Respons. Part. II. Resp. 81. Leyser Spec. 153.

ist [e]), im Namen des Leihers, wider einen Fremden das interdictum retinendae possessionis [f]) brauchen, und es steht ihm auch das Retentionsrecht zu, das ihm aber hier nichts hilft [g]). Ist ihm der natürliche Besitz der gelehnten Sache entzogen worden, so kann er wider jeden, der ihm diesen Besitz genommen hat, und selbst wider den Leiher das interdictum vnde vi anstellen [h]). Er kann sich auch der Spolienklage bedienen.

Lib. XIII. Tit. VII.

de pignoratitia actione.

§. 861 — 865.

Das Wort pignus, Pfand, wird in dreyerley Verstande genommen; denn man versteht 1) ein Recht darunter; 2) eine Sache, und 3) einen Contract. Hier wird es in der letzten Bedeutung gebraucht, und man versteht einen Realcontract darunter, wodurch ich meinem Gläubiger eine Sache zur Sicherheit meiner Forderung mit der Bedingung übergebe, daß er sie nach abgetragener Schuld wieder zurückgeben soll. Bey den Römern hatte man in ältern Zeiten einen feyerlichen Pfandcontract, wobey wahrscheinlich aes et libra gebraucht wurde, und welcher

e) §. 2. Inst. quib. mod. re contr. oblig.

f) L. 17. D. de precar. L. 18. pr. D. de adquir. vel amitt. poss.

g) L. 18. §. 2 et 3. D. commod. vel contra.

h) L. 1. C. si per vim vel alio modo. L. 12 et 18. D. de vi et vi armata. Boehmer de action. Sect. II. cap. 4. §. 32.

welcher nexus hieß [a]). Die Sache, welche zur Sicherheit übergeben wird, heißt das Faustpfand, oder das Pfand schlechtweg. Der Schuldner heißt der Verpfänder, und der Gläubiger wird der Pfandnehmer genennt. Das Wort Unterpfand begreift im weitläuftigen Verstande auch die Hypothek unter sich, und beyde Bedeutungen des Worts werden 1) vom Pfandcontract, oder Hypothekversprechen, 2) von der zum Unterpfand oder zur Hypothek bestellten Sache, 3) von dem dinglichen Rechte verstanden, welches aus dem Unterpfande und der Hypothek entsteht. Wir nehmen hier hauptsächlich auf die erste und zweyte Bedeutung Rücksicht. Vom Pfandcontract ist der Hypothekvertrag [b]) unterschieden. Er ist ein vom Prätor genehmigter Vertrag, wodurch eine Sache, ohne deren wirkliche Uebergabe [c]) an den Gläubiger, zur Sicherheit dergestalt eingesetzt wird, daß derselbe hierdurch ein dingliches Recht an dieser verschriebenen Sache erlange, vermöge dessen er im Nichtbezahlungsfalle den Besitz und die Abtretung der verhypothecirten Sache bis zu seiner Befriedigung verlangen, und wenn sie auch alsdenn noch nicht erfolgen sollte, den Verkauf dieser verschriebenen Sache in rechtlicher Ordnung fordern kann. Das Unterpfand, welches durch den Pfandcontract oder Hypothekvertrag bestellt wird, heißt das abgeredete Unterpfand. Ein anderes ist das Prätorische, welches durch Verordnungen des Prätors, ein anderes das gerichtliche, pignus iudiciale, welches durch die in der Execution erkannte Einweisung, ein anderes, welches stillschweigend und durch gesetzliche Verordnung, pignus tacitum legale, eingeführt ist. Endlich kann auch in einem letzten Willen ein Unterpfand ausdrücklich bestellt

a) Io. Cannegieter ad Vlpian. fragm. tit. 9. pag. 77 sqq.

b) L. 9. §. 2. D. de pignor. action. L. 4. D. de pignor. et hyp.

c) L. 5. §. 1. D. de pignor. et hypoth. L. 13. §. 3 eod. §. 7. Inst. de act. L. 238. §. 2. D. de verb. signif.

bestellt werden, gleichwie ein stillschweigendes statt findet, sobald auch nur dem Gläubiger seine eigene Forderung vermacht worden ist. Dieses letztere Unterpfand wird, ohne förmliche Uebergabe, sogleich nach dem Tode des Erblassers, für bestellt angenommen. Wer, ohne daß ihm ein Unterpfand oder eine Hypothek bestellt worden, die Sache des Schuldners ohne dessen Bewilligung besitzt, muß den Zufall, sonst aber nur das Verschulden vergüten, wenn er die Sache mit Bewilligung des Schuldners unter sich hat [d]).

Alle Personen, welche im Stande sind, sich Andern verbindlich zu machen, können sich auch Sicherheit mittelst Unterpfandes oder einer Hypothek versprechen lassen [e]), es müßte denn bey einer oder der andern Person eine Ausnahme gemacht worden seyn. Hin und wieder ist es den Juden untersagt worden, sich Hypotheken auf unbewegliche Güter bestellen zu lassen; sogar daß dieß Verbot oft auch auf jährliche Einkünfte, welche den unbeweglichen Gütern gleich geachtet werden, ausgedehnt ist. An andern Orten wird zwar eine solche Hypothek für rechtsbeständig angenommen, nur darf seibige der Jude sich nicht etwa in der Execution gerichtlich zuschlagen lassen, noch sonst an sich bringen, sondern es muß solches nothwendig an einen Christen verkauft werden [f]). Ist mehreren Gläubigern ein Unterpfand zu gleicher Zeit bestellt worden, so haftet es einem Jeden für das Ganze; diese aber können unter sich nicht klagen, woferne nicht das Unterpfand für jedes Antheil bestellt ist [g]).

Was den Pfandgeber betrifft, so wird erfordert, daß er über das Unterpfand frey schalten und walten dürfe [h]); denn

d) L. 30. D. de pignor. act. L. 3. C. de pignor.
e) L. 38. D. de pignor. act.
f) Hr. HR. Claproth von Contracten, §. 205.
g) L. 20. §. 1. D. de pignor. act. L. 10. D. de pignor. et hyp. L. 16. §. 8. eod.
h) L. 9. §. 1. D. de pignor. et hyp. L. 1. pr. §. 1. D. quae res pignor.

denn es liegt in der Verpfändung schon eine vorläufige Bewilligung der Veräußerung; sonst muß der oder diejenigen ihre Einwilligung geben, denen die verpfänderen Sachen gehören, oder die darüber zu gebieten haben, mithin muß vom Vasallen, gemeiniglich vom Erbzinsmann, Meyer, u. d. g. die Einwilligung des Obereigenthümers, und beym Lehn auch der Agnaten, bey Erbgütern aber die Einwilligung der Erben beygebracht werden. Eine milde Stiftung kann bey den Protestanten, nicht ohne Einwilligung des Consistoriums, und bey Catholiken des Bischofs ein Unterpfand bestellen. Städte und Gemeinden dürfen, wegen der höchsten Oberaufsicht, nicht anders als mit landesherrlicher Bewilligung die städtischen und Gemeindegüter verpfänden. In eines Andern Namen kann nur der Bevollmächtigte, welcher dazu besondern Auftrag hat, oder dem alle Güter zur freyen Verwaltung überlassen sind, ein Unterpfand bestellen [i]). Derjenige, welcher ein hypothekarisches Schuldbekenntniß, worin sein Grundstück verhypothecirt ist, im Namen und anstatt des Schuldners eigenhändig geschrieben hat, hat dadurch stillschweigend in die Verpfändung gewilligt [k]). Blos demjenigen, welcher contrahirt hat, nicht demjenigen, der das Geld hergegeben hat, wird das Unterpfand erworben.

Zum Unterpfande können nur diejenigen Sachen gegeben werden, welche wegen der Forderung Sicherheit verschaffen, mithin nur eigenthümliche [l]), auch gemeinschaftliche Sachen, nämlich für den dem Pfandgeber daran zustehenden Antheil [m]), nicht aber fremde Sachen, es sey denn 1) unter der Bedingung, wenn sie von ihm erwor-

i) L. 11. §. fin. L. 12. D. L. 18. §. fin. L. 19. D. de pignor. act. L. 1. et vlt. C. si aliena res pignor. L. 60. §. fin. D. mandati.

k) L. 26. §. 1. D. de pignor. et hyp.

l) L. 20. pr. D. de pignor. act.

m) L. 7. §. 4. L. 8. §. 4. D. quib. mod. pign. vel hyp.

erworben worden [n]), oder 2) mit ausdrücklicher oder stillschweigender vorhin erklärter oder nachgeholter Einwilligung des wahren Eigenthümers, oder 3) wenn dieser den Eigenthümer böslich hintergangen hat [o]), und endlich 4) wenn der Eigenthümer durch Erbfolge in die Stelle des unbefugten Pfandgebers tritt [p]). Hat der Gläubiger wissentlich eine fremde Sache zum Unterpfande angenommen, so kann er nicht leicht durch die Pfandcontractsgegenklage darauf dringen, daß ihm eine andere Sache zum Unterpfande bestellt werde, wohl aber kann er dieß durch die Zurückhaltung, jedoch nur wider den Pfandgeber, und nicht wider den Eigenthümer, zu erlangen suchen [q]); wenn aber der Pfandcontract selbst nichtig ist, so hat auch keine Zurückhaltung statt [r]). Es ist indessen genug, wenn nur der Pfandgeber ein Besitzer in gutem Glauben ist [s]), und daß zur Zeit der Verpfändung die Sache zu seinem Vermögen gerechnet wurde; mithin muß der Gläubiger beydes, wenn es bezweifelt wird, erweisen; der Gläubiger kann aber unter diesen Umständen immer mit der actione Seruiana vtili, oder der hypothekarischen Klage sein Unterpfandsrecht gültig machen, wenn gleich der Schuldner nachher die verpfändete Sache durch ein rechtskräftiges Urthel verlohren hat [t]). Alsdenn ist es nicht nöthig, zu beweisen, daß die verpfändete Sache zur Zeit der Verpfändung zu den Gütern des Schuldners gehört habe, und von ihm in gutem Glauben besessen worden sey, wenn ein allgemeines Unterpfand aller gegenwärtigen und zukünfti-

n) L. 16. §. 7. D. de pignor. et hypoth.

o) L. 39. D. de pignor. coll. cum L. 26. §. 1. D. de pignor. et hypoth. L. 2. C. si aliena res. L. 11. C. de distr. pignor.

p) L. 22. D. de pignor. et hyp.

q) L. 1. pr. L. 16. §. 1. D. de pignor. et hyp.

r) L. 25. D. de pignor. et hypoth.

s) L. 22. D. de pignor. et hyp.

t) L. 3. pr. et §. 1. D. de pignor. et hyp. L. 5. C. eod.

gen Güter bestellt ist [u]). Wenn daher ein Schuldner eine Sache, die ihm noch nicht zum Eigenthum übergeben ist, verpfändet, und nachdem sie ihm in der folgenden Zeit übergeben war, selbige wiederum einem Andern verpfändet, so geht der erste Gläubiger dem letztern doch vor; es wäre denn, daß der letztere das Geld zu Ankaufung dieser Sache hergeschossen hätte, und diese ihm sogleich beym Anlehne verpfändet worden; findet aber der erste den letzten ab, so tritt er an seine Stelle [x]).

Wer ein Pfand geben will, muß über die Sache völlig frey schalten und walten können [y]), und die verpfändete Sache muß einen Gegenstand des Handels und Wandels abgeben können. Alle Sachen können verpfändet werden, wenn sie nur dem Gläubiger Sicherheit verschaffen, sie mögen unter die körperlichen oder unkörperlichen gehören. Ich kann Jemandem z. B. ein Zehendrecht einer Schuldforderung verpfänden, welches unkörperliche Dinge sind. Sowohl bewegliche als unbewegliche Dinge können verpfändet werden. Gewöhnlicher ist es zwar, daß man die unbeweglichen Sachen nur verhypothecirt, sie können aber doch auch oppignorirt werden. Ich kann sowohl meine eigene als fremde Sachen verpfänden, nur muß im letzten Fall der Eigenthümer entweder voraus einwilligen, oder seine Genehmigung nach geschehener Verpfändung ertheilen [z]). Sachen, die kein Gegenstand des Commerzes sind, können nicht verpfändet werden, folglich nicht freye Menschen, z. B. seine Kinder [a]). Es kann nicht verpfän-

u) L. 15. §. 1. D. de pignor. et hypoth.

x) L. 3. §. 1. D. qui pot. in pignor. L. 5. C. si aliena res pignori data sit.

y) c. 1. 2. 3. X. de pignor. L. 1. §. 2. D. quae res pignor.

z) Christ. Gottl. GMELIN comment. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit, Ulm. 1768. 8.

a) L. fin. D. quae res pignor. L. 3 et 6. C. eod.

pfändet werden der Nießbrauch oder die sogenannte superficies, das heißt, der Ueberbau auf fremdem Grund und Boden [b]; keine Servitut, welche auf dem Grundstück haftet, ohne dasselbe [c]. Soll eine Forderung verpfändet werden, so muß diese Verpfändung dem Schuldner des jetzigen Schuldners angezeigt werden [d]. Auch Sachen, worüber ein Proceß geführt wird, können nicht verpfändet werden; denn während des Processes soll keine Neuerung mit dessen Gegenstande vorgenommen werden, sondern es soll alles in dem bisherigen Zustande bleiben. Ein Unterpfand kann dem Andern wieder zum Unterpfande bestellt werden, wenn beydes Geldforderungen sind [e]. Zum Unterpfande im eigentlichen Verstande wird zwar die Uebergabe erfordert, es ist aber doch die bloße Uebergabe allein, ohne das Versprechen der Unterpfandsbestellung nicht hinreichend, weil selbige sich allemal nach der Natur des vorhergegangenen Titels richtet, mithin muß auf die Verabredung und die Absicht der Partheyen gesehen werden [f]. Wenn zweyen ein Unterpfand bestellt ist, so geht der erste vor, wenn gleich dem Letztern die Sache übergeben worden [g]; ist aber eine Sache zweyen von verschiedenen Nichteigenthümern verpfändet worden, so ist der Besitzer vorzuziehen [h]. Dasjenige, was der Hauptsache zuwächst, wenn selbiges gleich nicht ausdrücklich mit benennt ist, wird immer für mit verpfändet gehalten [i], und

b) L. 11. §. 2. L. 13. §. 3. D. de pignor. et hypoth.

c) L. 11. §. 3. D. de pignor. et hypoth.

d) L. 4. C. quae res pignor. L. 3. C. de nouat. Carpzov. Iurispr. forens. Part. II. Const. 23. Def. 7.

e) L. 13. §. 2. D. de pignor. et hypoth. L. 3. D. de distract. pignor. L. 1 et 2. C. si pignus pignori.

f) L. 1. pr. et §. 1. D. de pignor. act. L. 1. §. 6. D. de oblig. et action.

g) L. 12. §. 10. D. qui pot. in pignor.

h) L. 14. D. qui pot. in pignor.

i) L. 18. §. 1. L. 21. D. de pignor. act. L. 16. §. 1. D. de pignor. et hyp. L. 1. C. de partu pignor. et omni causa.

wenn ein Inbegriff mehrerer Sachen, z. B. eine Heerde, verpfändet worden, so gehört alles an die Stelle des nicht mehr vorhandenen Viehes wieder zugezogene doch zum Unterpfande [k]). Eben dieses tritt auch bey einem verpfändeten Waarenlager in Ansehung der nachher angeschafften Waaren ein, dahingegen tritt eine einzelne angeschaffte Sache nicht in die Stelle einer abgegangenen [l]). Immer haftet die ganze verpfändete Sache [m]); jedoch hindert die allgemeine Hypothek die Veräußerung nicht, nur muß kein Betrug dabey vorgehen [n]).

Wer sich ein Pfand geben läßt, muß untersuchen 1), ob er durch das Pfand hinlänglich gesichert ist, und hier ist nach Gelegenheit eine Taxation vorzunehmen; 2) ob der Verpfänder das Recht habe, die Sache zu versetzen. Es muß 3) der Gläubiger prüfen, ob nicht schon Jemand eine Hypothek an dem Faustpfande hat; denn jetzt muß der Pfandgläubiger sein Pfand herausgeben, wenn der ältere Gläubiger auf die Veräußerung dringt. Auch darauf muß 4) der Pfandgläubiger Rücksicht nehmen, ob die ihm versetzte Sache nicht etwa mit einem Fideicommiß beschwert ist. Eine andere Vorsicht ist es 5), für die Gewißheit zu sorgen, was für Sachen versetzt worden sind, worauf bey der Zurückgabe des Pfandes alles ankommt. Zu dem Ende muß ein genaues Verzeichniß der versetzten Sachen ausgefertigt werden, worin die Zahl, der Werth, die Beschaffenheit derselben angeführt ist. Dieses Verzeichniß muß so accurat und vollständig seyn, daß gar kein Zweifel über irgend einen Umstand entstehen kann. Erlaubt es die Beschaffenheit des Pfandes, so versiegelt man die Sachen, damit

k) L. 13. pr. D. de pignor. et hyp. coll. cum L. 26. §. 2. eod. L. 32 et 34. pr. eod.

l) L. 13. pr. L. 26. §. fin. L. 34. pr. D. de pignor. et hyp. Voet h. t. §. 7.

m) L. 15. §. 2. D. de pignor. et hyp.

n) L. 2 et 3. C. de ferno pign. dato. Schilter Exerc. XXIII. §. 30. Mevius Part. VII. Dec. 191. nr. 5.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0384
DFG

damit sie nicht gebraucht werden. Bey verpfändeten Schuldverschreibungen muß sich der Pfandgläubiger das Original übergeben lassen, und vor Eingehung des Pfandcontracts untersuchen, ob die Forderung zahlbar sey, und wenn sich dagegen nichts einwenden läßt, muß er dafür sorgen, daß dem Schuldner seines Schuldners die Verpfändung bekannt gemacht, und ihm angedeutet wird, nichts auf die Forderung zu bezahlen. Ein betrügerischer Verpfänder kann sich sonst das Geld auszahlen lassen, und giebt über die Obligation einen Mortificationsschein.

Weil der Pfandcontract sowohl als der Hypothekvertrag nur eine hinzukommende Verabredung enthält, so muß eine Hauptschuld vorhergehen und diese gegründet seyn; es fällt und steht also dieser hinzugekommene Contract und Vertrag mit dem Hauptvertrage; hierzu ist aber eine in der bloßen natürlichen Billigkeit gegründete Schuld hinreichend, und es bedarf keiner Verbindlichkeit, die sich auf das strenge Recht gründet. Wenn ich also Jemandem aus einem simpeln Versprechen etwas schuldig bin, und ich gebe ihm deshalb ein Pfand, so ist der Pfandcontract gültig; denn die aus dem simpeln Versprechen entstehende Schuld ist zwar eine blos natürliche, aber doch nicht ganz zernichtet. Gesetzt aber, eine Weibsperson ist etwas aus einer Bürgschaft schuldig, und sie giebt dem Gläubiger deshalb ein Pfand, so ist dieser Pfandcontract ungültig; denn die aus einer Bürgschaft entstandene Schuld der Weibsperson ist eine natürliche ganz destruirte Schuld o). Weil eine gültige Hauptschuld vorhanden seyn muß, wenn ein Pfandrecht existiren soll, so haftet ein Unterpfand nicht eher, als bis der Gläubiger das Geld bezahlt hat p). Eine Ausnahme tritt bey demjenigen ein, welcher einen

o) L. 1. §. 4. L. 5. L. 13. §. 5 et 6. L. 14. D. de pignor. et hypoth. L. 9. §. 1. D. de pignor. act. L. 2. D. quae res pignor. §. 1. Inst. de fideiuss. L. 6 et 7. D. de fideiuss.

p) L. 4. D. quae res pignor.

Brautschatz versprochen, und sich wegen dessen Zurücklieferung eine Hypothek hat versprechen lassen, nunmehr aber den Brautschatz nach und nach abgetragen hat [q]). Ein unter einer Bedingung bestelltes Unterpfand wird auf die Zeit des Contracts zurückgezogen, wenn die Bedingung eintritt [r]).

§. 866 — 868.

Die aus dem Pfandcontract entstehende **Hauptverbindlichkeit des Schuldners** besteht darin, die zur Sicherheit als Pfand versprochene Sache dem Gläubiger wirklich zu übergeben [s]), und ist dieses geschehen, so kann sie der **Gläubiger** dem Schuldner wiederum pachtweise, durch eine Leihe, und auf andere Art, jedoch unter Vorbehalt seines Unterpfandrechts, einräumen. Außer der Hauptverbindlichkeit zur Uebergabe des Unterpfandes liegt dem Schuldner die Pflicht ob, 1) für allen Schaden, welchen er bey Gelegenheit des gegebenen Unterpfandes dem Gläubiger durch ein mittelmäßiges Verschulden [t]) zugefügt hat, zu haften; 2) ist er verbunden ein anderes Unterpfand zu geben, wenn er etwa eine fremde [u]), oder eine andere schon verpfändete Sache, wenn er gleich sonst zahlbar genug ist [x]); oder eine Sache, die Fehler an sich hat, wenn es auch unwissend geschehen seyn sollte, verpfändet hat; nur muß der Gläubiger dieses alles nicht schon vorher gewußt haben [y]), oder eine beträchtliche Sache für eine geringe Schuld verpfändet worden seyn; hat aber der Schuldner hierunter böslich verfahren, so wird dieses als ein Stellionat ange-

q) L. 1. D. qui pot. in pignore hab.
r) L. 11. §. 1. L. 12. §. 2. D. qui pot. in pignor.
s) L. 10. C. de pignor. act. L. 16. §. 3. D. de pignor. act.
t) L. 9. pr. D. de pignor. act. L. 13. §. 1. D. eod.
u) L. 2 et 9. pr. D. de pignor. act. L. 6. C. si aliena res.
x) L. 32. D. de pignor. act. L. 54. D. de fideiuss.
y) L. 16. §. 1. D. de pignor. act.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0386
DFG

angesehen [z]). 3) Wenn ihm das Unterpfand bittweise, oder durch Verpachtung eingeräumt worden ist, so muß er, sobald es zur Veräußerung kommt, und erstern Falls, auf jeden Wink das Unterpfand zurück liefern [a]). 4) Muß er die nothwendigen und nützlichen, nicht übermäßig, oder mit seiner Bewilligung aufgewendeten Kosten erstatten [b]), und der Gläubiger kann dieserhalb das Zurückbehaltungsrecht ausüben [c]). 5) Muß er den Gläubiger schadlos halten, wenn dieser bey dem Verkaufe des Unterpfandes nicht unnöthiger Weise sich wegen der Gewährsleistung hat verbindlich machen müssen, weshalb er ebenfalls an den übrigen nicht verkauften verpfändeten Sachen das Zurückbehaltungsrecht ausüben kann [d]). Wenn aber der Gläubiger die ihm verpfändete fremde Sache mit dem Bedinge verkauft hat, daß er wegen der Gewehr nicht haften wolle und solle, so wird der Schuldner sogleich befreyt, sonst aber hängt die Befreyung davon ab, ob Gewähr geleistet werden muß, oder nicht [e]).

Der Pfandinhaber oder Pfandgläubiger hat das Recht, 1) das Pfand und die Früchte davon so lange im Besitz zu behalten, bis er völlig befriedigt worden ist. Der Pfandinhaber kann 2) das Pfand veräußern, wenn der Schuldner nicht bezahlen will, da er doch dazu verbunden ist; jedoch soll diese Veräußerung nicht ohne Anzeige geschehen, auch muß redlich dabey zu Werke gegangen werden; Betrug zu verhüten, soll der Verkauf öffentlich geschehen, und deswegen ist der Vertrag ungültig,

z) L. 1. §. 2. L. 16. §. 1. L. 36. pr. et §. 1. D. de pignor. act.

a) L. 22. §. 3. D. de pignor. act.

b) L. § et 25. D. de pignor. act. L. 7. C. eod.

c) L. 8. pr. D. de pignor. actione.

d) L. 9. §. 1. D. de pignor. act. coll. cum L. 22. §. fin. D. eod.

e) L. 12. §. 1. D. de distract. pignor.

daß der Pfandinhaber das Pfand allein verkaufen könne [f]). Haben die Contrahenten verabredet, daß das Unterpfand nicht verkauft werden dürfe, so ist dieser Vertrag dem Wesen des Pfandcontracts entgegen, und die Gesetze verordnen, er solle blos die Wirkung haben, daß der Schuldner vorher erst dreymal wegen der Bezahlung gemahnt werden müsse, ehe der Verkauf geschehen darf, und ohne diese dreymalige Erinnerung könne der Gläubiger als ein Dieb belangt werden, wahrscheinlich deswegen, weil er einen widerrechtlichen Gebrauch des Pfandes gemacht habe [g]). Andere Grundsätze gelten, wenn der Vertrag geschlossen worden, daß der Schuldner das Pfand nicht veräußern wolle, welches ihm erlaubt ist; denn jetzt gilt der Verkauf nicht, weil er kein Recht dazu hatte, mithin der neue Besitzer auch keins erwerben konnte [h]). Wider seinen Willen kann der Pfandinhaber nicht angehalten werden, das Pfand zu verkaufen; will es aber der Schuldner thun, so darf ihn der Pfandinhaber nicht daran hindern; und er muß das Pfand gegen hinlängliche Sicherheit herausgeben, ja diese Sicherheitsbestellung ist nicht einmal nöthig, wenn der Schuldner das Pfand öffentlich verkaufen lassen will, und dabey erklärt, daß die Schuld davon bezahlt werden soll [i]).

Die Wirkung eines Unterpfandes besteht hauptsächlich in einem dinglichen Rechte [k]), und daraus folgt von selbst, daß diese Wirkung auf jeden Besitzer mit dem darauf haftenden Unterpfande übergehe [l]). Der Pfandgläubiger erwirbt dadurch ferner den rechtsbeständigen Besitz,

f) L. 4. 5. 7. 9. C. de distract. pignor. L. 10. C. de pignor. et hyp. L. 4. C. si vend. pign. agat. L. 6. C. de rem. pignor. L. 1. C. de jure domin. impetr.
g) L. 1. C. deb. vend. pign. L. 4. D. de pignor. act.
h) L. 7. §. vlt. D. de distract. pignor.
i) L. 6. D. de pignor. actione.
k) L. 17. D. L. 8. 14. 15. 18. C. de pignor. et hypoth.
l) L. 11. §. 2. D. de pignor. act. Nov. 112. cap. 1.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0388
DFG

Besitz, dem Eigenthume des Schuldners unbeschadet m); es würde dieses auch sonst eben so gut seyn, als wenn der Gläubiger befugt wäre, das Pfand auf eine unerlaubte Art zu kaufen. Endlich giebt der Pfandcontract dem Gläubiger die Befugniß, das Pfand zu veräußern, wenn der Schuldner mit der Bezahlung säumig ist, und dieses ist der Hauptzweck der ganzen Verpfändung. Diese Veräußerung darf nicht ohne Vorherverkündigung oder rechtliche Klage n) vorgenommen werden, mit Vermeidung aller Hinterlist o). Um diese zu vermeiden, soll sie durch öffentliche Versteigerung geschehen, daher der Vertrag als widerrechtlich angesehen wird: daß der Gläubiger das Unterpfand einseitig verkaufen dürfe p); jedoch scheinen die L. 3. pr. C. de iure dom. impetr. und die L. 13. C. de pignor. et hyp. entgegen zu stehen. Ist abgeredet worden, daß das Unterpfand nicht veräußert werden soll, so würde diese Verabredung nach den Worten wider das Wesen des Unterpfandes laufen, mithin ungültig seyn; allein man versteht sie so, daß man annimmt, der Schuldner solle vorher dreymal erinnert werden, ehe zur Veräußerung geschritten werden darf; widrigenfalls soll der Gläubiger als ein Dieb belangt werden q), vielleicht deswegen, weil er einen ganz verbotenen Gebrauch vom Unterpfande gemacht hat. Im umgekehrten Falle, wenn abgeredet ist, daß der Schuldner das Unterpfand nicht veräußern solle, welches ihm sonst

m) L. 35. §. 1. L. 37. D. de pignor. act. L. 9. C. eod. L. 16. D. de seruit. L. 9. D. de noui oper. nunciat. MATHAEVS de auction. Lib. I. c. 3. nr. 11.

n) L. 10. C. de pign. et hyp. L. 4. C. de distr. pignor.

o) L. 5. 7. et 9. C. de distr. pignor.

p) L. 4 et 9. C. de distract. pignor. L. 4. C. si vend. pignor. agat. L. 6. C. de remiss. pignor. L. 1. C. de iure domin. impetr.

q) L. 1. C. debitor. vendit. pignor. L. 4. D. de pignor. actione.

sonst als Eigenthümer des Unterpfandes oder der Hypothek ungehindert frey stehen mußte, weil die Sache immer mit dieser Beschwerde auf jeden dritten Besitzer übergeht, so ist die Veräußerung nichtig, damit die Verabredung aufrecht erhalten wird [r]). Die Worte in dem angeführten Gesetz: si pactum sit a creditore, *ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus*, haben allerdings einen richtigen Sinn; denn dem Eigenthümer ist es ohne Zweifel erlaubt, seine Sache zu veräußern; ja nach der L. 6. D. de pignor. act. muß ihm das Unterpfand gegen Caution ausgeliefert werden, wenn er es veräußern will. Dieser Caution bedarf es nicht einmal, wenn er die Veräußerung öffentlich vornehmen läßt, und erklärt, daß der Gläubiger durch das Kaufgeld befriedigt werden soll. Bey den Römern hob man eine geschehene Freylassung, die wider den dem Kaufcontract eines Sclaven hinzugefügten Vertrag vorgenommen worden, als nichtig auf [s]). Ueberhaupt muß bey jeder Veräußerung des Unterpfandes vornehmlich auf die desfalls getroffene erlaubte Verabredung gesehen werden [t]). Der Gläubiger, welcher das Unterpfand verkauft, ist von dem Seinigen keine Gewähr zu leisten schuldig, wofern er nicht betrüglich zu Werke gegangen [u]). Der Regel nach kann der Gläubiger nicht gezwungen werden, das Unterpfand zu verkaufen; dringt aber der Schuldner darauf, so kann er gegen hinreichende Sicherheit verlangen, daß ihm das Unterpfand zur Veräußerung verabfolgt werde [x]). Den Ueberschuß des Kaufgeldes muß der Gläubiger alsdenn mit den Zinsen zurück geben, wenn er das Geld genutzt, oder auf Zinsen ausgelehnt, oder sich desfalls einen Verzug

r) L. 7. §. vlt. D. de distract. pignor.

s) L. 5. C. si mancip. ita fuer. alien. vt manum. L. f. C. qui non possunt ad libert. peru. L. 4. §. 9. D. de manumiss.

t) L. 3. §. 1. C. de iure domin. impetr.

u) L. 11. §. 16. D. de act. emti venditi.

x) L. 6. D. de pignor. actione.

Verzug zu Schulden kommen lassen [y]). Wenn der Gläubiger ohne sein Verschulden vom Käufer keine Bezahlung erhält, so bleibt der Schuldner noch immer haften [z]); nur muß er dem Käufer nicht auf seine Gefahr und ohne den Schuldner zu fragen, Credit gegeben haben. Veräußert der Schuldner das Unterpfand ohne Vorwissen des Gläubigers, so bleibt demselben nicht allein sein dingliches Recht wider den Käufer, sondern auch die persönliche Klage wider den Schuldner unbenommen [a]). Uebrigens kann das Unterpfand sowohl wegen der Hauptschuld als wegen der Nebenverbindlichkeiten verkauft werden [b]). Bey abgeredeter terminlicher Wiederbezahlung kann gemeiniglich nicht eher, als bis alle Termine verflossen sind, zur Veräußerung geschritten werden, es sey denn, daß die Veräußerung des Unterpfandes auf den Fall verabredet worden, wenn die Bezahlung nicht zur abgeredeten Zeit geleistet worden [c]). Ein Gläubiger kann das Eigenthum des Unterpfandes nach Verhältniß seiner Forderung nicht anders als durch ein landesherrliches Rescript erwerben [d]), wobey folgendes zu beobachten ist, daß nach vorhergegangener Ansage oder richterlichem Ausspruch zur Veräußerung geschritten worden, und sich binnen zwey Jahren kein Käufer gefunden. Sodann sollen noch zwey Jahre zur Einlösung gestattet, und nach dieser Zeit zwar durch das landesherrliche Rescript dem Gläubiger das Eigenthum beygelegt werden, jedoch dem Schuldner noch die Befugniß zustehen, binnen zwey Jahren das Unterpfand, gegen Entrichtung Kapitals, Zin-

y) L. 6. §. 1. L. 7. L. 42. D. de pignor. act.

z) L. 9. pr. D. de distract. pignor.

a) L. 14. C. de pignor. et hyp. Auth. hos ita eod. L. 5. §. 1. L. 6. D. de distr. pignor.

b) L. 8. §. fin. L. 11. §. 3. D. de pignor. act. L. 18. D. qui pot. in pignore.

c) L. 8. §. 3. D. de pign. act.

d) L. 1. in f. L. 2. C. de iure domin. impetr.

Zinsen und Entrichtung aller Schäden, zu lösen. Wenn der Schuldner das Unterpfand dem Gläubiger unter diesen Umständen selbst zugeschlagen hat, so kann er dasselbe nicht wieder zurückfordern [e]). Verkauft der Gläubiger die Sache nachher theurer, ohne daß er Verbesserungen gemacht hat, so muß er dasjenige, so über die Schuld hinausgeht, noch an den Schuldner zurückgeben [f]). In folgenden Fällen kann der Schuldner gegen Erlegung des Kapitals und der Zinsen allemal die Einlösung vornehmen, nämlich 1), wenn es so abgeredet ist, oder 2) der Schuldner sich dazu mittelst gegründeter Wiedereinsetzung in den vorigen Stand den Weg bahnt [g]); oder 3) der Gläubiger mit der Veräußerung des Unterpfandes nicht redlich zu Werke gegangen ist, sondern Jemanden als Käufer aufgestellt, und sodann sich solche von demselben wieder abtreten lassen [h]). Auch 4) wenn der Käufer betrüglich gekauft hat, so kann er von ihm seine Sache gegen Erlegung des Hauptstuhls und der Interessen zurückfordern [i]). 5) Wenn der zweyte oder folgende Gläubiger das Pfand gekauft hat; ist aber der Käufer in diesen Fällen schon durch die Verjährung gedeckt, so hält sich der Schuldner blos an den Gläubiger [k]). Ist es zweifelhaft, ob die Veräußerung bestehe, so wird immer für die Wiedereinlösung vermuthet und gesprochen, mithin für den Schuldner in soweit möglichst gesorgt, daß ihm sein Eigenthum erhalten werde [l]).

Der Pfandcontract gereicht beyden Theilen zum Vortheil; denn der Schuldner hat den Nutzen davon, daß er

e) L. 34. D. de pignor. act. L. 13. C. de pign. et hyp.

f) L. 1. in f. C. de iure dom. impetr.

g) L. 7. §. 1. D. de distract. pignor.

h) L. 10. C. de distract. pignor.

i) L. 1. 3. 4. C. si vend. pignor. agatur.

k) L. 5. §. 1. L. 6. D. de distract. pignor. L. 2. C. si vendito pign. agatur.

l) c. 4. X. de pignor.

er Credit bekommt, welches ohne Pfand nicht würde geschehen seyn, und der Vortheil des Gläubigers besteht darin, daß er Sicherheit bekommt. Hieraus folgt, daß in diesem Contracte jeder Theil dem andern culpam *leuem* leisten muß. In Gesetzen [m]) heißt es: vbi *vtriusque* vtilitas vertitur, vt in emto, vt in locato, vt in dote, vt in *pignore*, vt in societate, et dolus et culpa praestatur. Gegen den Satz: daß im Pfandcontract jeder Theil dem andern culpam leuem zu leisten schuldig sey, haben einige Rechtslehrer die L. 13. §. 1. D. de pign. act. angeführt, wo es heißt: venit autem in hac actione, et dolus, et culpa, vt in *commodato;* venit et custodia: vis maior non venit. Dieser Scheinwiderspruch hat daher die Ausleger zu mancherley Erklärungen, zum Theil auch zu Verbesserungen dieser Stelle veranlaßt [n]). Der Kritiker Noodt behauptete, es sey ein Schreibfehler in dem Gesetz; denn es müsse nicht vt in commodato heißen, sondern at in commodato, welche Meynung aber schon vor ihm der Niellius in seinen obseruat. feudalibus vorgetragen. Da man aber in keinem Manuscripte der Pandekten diese Lesearт gefunden hat, folglich die Emendation bedenklich ist, so hat Wieling eine Erklärung des Gesetzes vorgetragen, wobey es gar keiner Emendation bedarf. Er behauptet, daß unter den Worten: *hac actione*, gar nicht die actio pignoratitia, sondern eine andere im Proö-

m) L. 14. D. de pignor. act. L. 5. §. 2. D. commod. §. 4. Inst. quib. mod. re contr. oblig.

n) Marckart recept. lectiones, Part. I. pag. 107. Wieling lect. iur. ciuilis, Lib. I. cap. 7. pag. 28. Noodt in Probab. Lib. I. c. 4. Lib. IV. c. 3. G. S. Madihn in Progr. creditor. in pignore non semper media diligentia liberari ad L. 13. D. de pignor. act. Crell Diss. de custodia et periculo pignoris, Viteb. 1733. §. 1. Lamprecht comment. ad L. 13. D. de pignorat. actione, Gotting. 1750. Rivinvs in Diss. de culpa leuissima in pignore a credit. praestanda. Mveller ad Leyser. Obs. 344. Hr. GJR. Westphal vom Pfandrechte, S. 79.

Proömium dieses Gesetzes angeführte Klage zu verstehen sey; denn der Fall des Gesetzes sey folgender: — der Pfandgläubiger verkaufte das Pfand, ohne dazu befugt zu seyn, z. B. ehe noch der Zahlungstermin erschienen war; machte aber mit dem Käufer aus, daß er es dem Schuldner auf sein Verlangen herausgeben solle. Jetzt kann der Schuldner gegen den Käufer entweder die Reivindication, oder die actionem in factum anstellen, und in hac actione, sagt das Gesetz, venit et dolus et culpa *vt in commodato;* und das billig; denn warum kaufte der Beklagte die Sache, da er wußte, daß der Gläubiger nicht befugt war, sie zu verkaufen. Man kann freylich gegen diese Erklärung der Stelle noch manches einwenden o); es haben jedoch diese Einwendungen keine starken Argumente für sich.

§. 869.

Der Vertrag, welcher unter dem Namen pactum commissorium, lex commissoria bekannt ist, ist derjenige, wodurch der Schuldner verspricht, daß, wenn er binnen einer festgesetzten Frist nicht bezahlen würde, der Gläubiger das Unterpfand für einen gewissen Preis eigenthümlich behalten solle p). Weil durch diesen Vertrag die größten Ungerechtigkeiten ausgeübt werden können, indem ein in Noth steckender Schuldner, der Geld schaffen muß, oft kein anderes Mittel weiß, als diesen Vertrag einzugehen; leichtsinnige Verschwender aber aus Leichtsinn kein Bedenken tragen werden, so etwas zu versprechen, und geitzige Wucherer dadurch Gelegenheit bekommen, ihre Niederträchtigkeit zu befriedigen, so ist dieser Vertrag in Gesetzen schlechterdings für ungültig erklärt worden q).

Es

o) MARCKART in Probab. recept. lect. Part. I. pag. 101 sqq. LAMPRECHT in dir. Dissert. §. 10 et 19.

p) L. 34. D. de pignor. actione.

q) L. 1. Cod. Theod. de commiss. rescind. L. 3. C. de pact. pign. c. 7. X. de pign. Reichspolizeyordn. v. J. 1577. Tit. 70. §. 5.

Es gilt auch kein Verzicht auf dieses gesetzliche Verbot, und der Vertrag darf auch alsdenn nicht für verbindlich gehalten werden, wenn er einige Zeit nach der Verpfändung geschlossen worden ist. Ob die eydliche Zusage diesen Vertrag gültig mache, oder nicht, darüber streiten die Rechtslehrer; die Behauptung derjenigen hat aber unstreitig die stärksten Gründe für sich, welche den Eyd für ungültig erklären, weil er wider ein verbietendes Gesetz anstoße [r]). Aus eben den Gründen der zu verhütenden Ungerechtigkeit ist die Verabredung untersagt worden, daß, wenn der Schuldner zu einer bestimmten Zeit den Bürgen nicht befreyen wird, sondern er selbst die Schuld mit seinem Gelde bezahlt haben würde, die zur Versicherung verschriebene Sache dem Bürgen als sein Eigenthum zufallen solle [s]); dahingegen ist der Vertrag erlaubt, daß im Nichtzahlungsfalle dem Gläubiger das Unterpfand für den wahren Preis verkauft seyn solle; nur darf der Preis nicht zugleich bestimmt worden seyn [t]), sondern er muß zur Verfallzeit entweder durch gesetzliche Taxation, oder durch öffentliche Versteigerung, keinesweges aber durch bloße Verabredung bestimmt worden seyn [u]). Einige Rechtslehrer haben zwar auch diesen Vertrag für unerlaubt erklärt, weil die ältere L. 16. in fine D. de pignor. et hyp., die L. fin. C. de pact. pignor. aufgehoben worden sey; diese Meynung ist aber ungegründet, weil hier kein solcher Vertrag geschlossen worden, wodurch der Schuldner Nachtheil leiden könnte [x]).

Ein

r) Stryck in vsu mod. Pand. Lib. XII. tit. 7. §. 9. de Boehmer in elementis iuris criminal. Sect. II. §. 364. Negvsantivs de pignor. et hypothec. part. pr. 4. nr. 3.

s) L. 81. pr. D. de contrah. emtione.

t) L. 16. §. 9. D. de pignor. et hypoth.

u) Arg. L. fin. pr. D. de emt. vendit.

x) Hr. Prof. Weber im Niedersächsischen Archiv für Jurisprudenz, 1sten Bandes 3tes Stück, Nr. 14.

Ein anderer erlaubter Vertrag ist es, wenn ausbedungen worden, daß der Schuldner das Pfand innerhalb einer gewissen Zeit nicht solle einlösen können; denn dieser Vertrag ist alsdenn vortheilhaft, wenn der Pfandgläubiger ein Grundstück zum Unterpfand erhalten hat, wovon er die Einkünfte, anstatt der Interessen, ziehen darf, weil solche Grundstücke bisweilen nicht eher gehörig benutzt werden können, als nach Verlauf einer gewissen Zeit. Dieser Vortheil würde dem Pfandgläubiger entgehen, wenn der Schuldner das Pfand vor der Zeit einlößt y), und damit dieses nicht geschehen möge, wird ein solcher Contract geschlossen.

Auch der Schuldner kann sich ausbedingen, daß die Schuld vor Verlauf einer bestimmten Zeit nicht aufgekündigt werden soll; und so kann er sich auch versprechen lassen, so lange dem Gläubiger der Besitz des Grundstücks, wovon er die Einkünfte zieht, gelassen werde, oder er die Zinsen richtig erhalte, er die Schuld zurück zu fordern nicht berechtigt seyn solle. Eben so kann in der Schuldverschreibung dem Gläubiger auf den Fall des Verkaufs ein Verkaufsrecht, und auf den weitern Fall, wenn sich kein billiger Käufer finden sollte, die Ueberlassung des verpfändeten Gutes für einen bestimmten Preis versprochen werden, und hier kann sich der Darleiher ausbedingen, wenn er die Sache kaufe, von dem Kaufgelde nicht nur die rückständigen Zinsen, sondern auch den Rückstand vom Kapital, wie auch die auf dem Gute haftenden Lasten abzuziehen z). Es kann auch der Vertrag geschlossen werden, daß die Schuld aufhören solle, sobald das Unterpfand völlig zu Grunde gegangen ist. Eigentlich hört eine Schuld deswegen nicht auf, weil sie die Hauptverbindlichkeit ist, und die Verpfändung der Nebenverbindlichkeit ausmacht.

Ein

y) Lauterbach Diss. de iure antichret. th. 62. Carpzov in Iurisprud. forens. Part. II. Const. 28. Def. 12.

z) Leyser Spec. 158. corol. 1.

Ein solcher Vertrag wird pactum remissorium genennt, eine Schuldenlöschung. Unter den alten Teutschen hatte man die Regel: mit dem Untergange des Pfandes hört zugleich die Schuld auf, weil sie von Hypotheken nichts wußten, die Faustpfänder aber gleichsam eigenthümlich überlassen wurden [a]).

Weil die Rechtswahrheiten vom commissorischen Vertrage sehr verwickelt sind, und doch so viel darauf ankommt, so will ich die Erläuterung dieser Materie einrücken, wie sie vom Hrn. Hofr. Gmelin [b]) vorgetragen worden ist. Es heißt in der angeführten Stelle: einen sogenannten commissorischen Vertrag dem Pfandvertrage anzuhängen, ist durch ausdrückliche Gesetze [c]) verboten; es darf also nicht bedungen werden, daß, wenn das eingesetzte Unterpfand innerhalb einer gewissen Zeit nicht eingelößt würde, es alsdenn dem Gläubiger um die angelehnte Summe verfallen seyn solle, weil ein des Geldes bedürftiger Schuldner leicht dahin gebracht werden kann, daß er in der Hoffnung, in der bestimmten Zeit die angelehnte Summe wieder zurück bezahlen zu können, zu einem solchen Versprechen sich versteht, wodurch er, da der Werth des Pfandes gewöhnlich die angelehnte Summe übersteigt, sehr verkürzt, und vom Gläubiger ein höchst strafbarer Zinswucher begangen wird. Auch die Verzicht des Schuld-

a) L. 6. C. de pignor. act. Ius Prou. Saxon. Lib. II. Art. 24. Spec. Sueuic. cap. 311.

b) Hr. HR. Gmelin von Schuldverschreib. §. 63. S. 128.

c) L. fin C. de pact. pignor. cap. 7. X. de pignor. I. Feud. 27. Reichspolizeyordnung v. J. 1577. Tit. 20. §. und dieweilen man. NEGVSANTIVS de pignoribus et hypothec. Part. princip. IV. nr. 2. LAVTERBACH in tract. synopt. de pignor. actione, §. 7. BOEHMER D. de diuerso pignor. et hypoth. iure, cap. I. §. 13. lit. c. MENCKEN D. de Lege commissoria in iure reprobata, th. 7 sqq. FRANZK. ad tit. Dig. de pignor. et hypoth. th. 17 sqq. HOFACKER in Princ. iuris ciuilis Rom. German. §. 1203.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0397
DFG

ners auf das Verbot des commissorischen Vertrags kann von keiner rechtlichen Wirkung seyn [d]), und ist selbst alsdenn ungültig, wenn er nach Verlauf einiger Zeit nach der Verpfändung verabredet wird [e]). Eben so sehr sind alle andere Verträge verboten, welche den commissorischen Vertrag in einer andern Einkleidung enthalten; also z. B. der Vertrag, daß das Pfand niemals wieder eingelößt werden solle, oder mit einer Zeiteinschränkung, daß der Schuldner, wenn er z. B. innerhalb drey Jahren nicht bezahlen würde, das Pfand einzulösen, nicht mehr befugt seyn, oder ihm das Pfand um die angelehnte Summe verkauft seyn solle, enthält nur den commissorischen Vertrag in einer andern Einkleidung, indem es gleichviel ist, ob der Schuldner das Pfand nicht mehr einlösen könne, oder ob es dem Darleiher verfallen sey; er ist also, da er eben so sehr als der commissorische Vertrag zu groben Vervortheilungen des Schuldners Anlaß geben könnte, eben so gewiß unerlaubt und ohne rechtliche Wirkung [f]). Mit gleichem Grunde wird der Vertrag für ungültig gehalten, kraft dessen, wenn der Schuldner in gewisser Zeit nicht bezahlt, die verpfändete Sache um einen bestimmten Preis dem Gläubiger bleiben oder verkauft seyn solle [g]), obwohl, wenn der in diesem Vertrage bestimmte Preis so billig ist, daß der Schuldner nichts dabey verliert, derselbe wegen ermangelnden Grundes des Gesetzes für gültig gehalten wird [h]). Mehrere Rechtsgelehrte halten auch dafür, daß der

d) Mencken in cit. Diss. thes. 34.

e) Overbecks Meditationen, 3ter Band, 162ste Meditat.

f) Negvsant. de pignor. et hypoth. part. princip. IV. nr. 6. Bachov de pignor. et hypoth. Libr. I. cap. 16. nr. 9. Mencken in Diss. cit. th. 28.

g) Wernher in select. observat. forens. Tom. III. Part. IV. Obs. 62. Claproths Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge, 2ter Thl. §. 212.

h) Leyser Spec. 158. cor. 1.

der commissorische Vertrag, wenn er mit einem Eyde bekräftigt wird, gültig sey, und selbst das kanonische Recht scheint damit übereinzustimmen i); und Andere sagen, der Vertrag ist zwar ungültig, aber der Schuldner muß den Eyd halten k). Allein da dieser Vertrag, um eine ungerechte Vervortheilung des Schuldners zu hindern, für unerlaubt erklärt worden ist, folglich um eine unerlaubte Handlung erlaubt und gültig zu machen, der Eyd nicht mißbraucht werden darf, so kann nach richtigern Grundsätzen auch der Eyd diesen Vertrag nicht gültig machen l).

Weil der Grund von dem Verbot des commissorischen Vertrags darauf beruht, daß ein bedrängter Schuldner dadurch leicht um das Eigenthum seiner Sache gebracht und vervortheilt werden kann, so muß dieses Verbot alsdenn hinwegfallen, wenn die Besorgniß einer Vervortheilung nicht entstehen kann m); daher hält man billig denjenigen Vertrag für erlaubt, worin, ohne den Preis der Sache zu bestimmen, ausgemacht wird, daß das Unterpfand, wenn nach Verlauf einer gewissen Zeit die Schuld nicht bezahlt würde, dem Darleiher für einen billigen, oder von unpartheyischen Schätzern zu bestimmenden Werth verfallen seyn oder verkauft werden solle n), in welchem Falle das Pfand,

i) cap. 7. X. de pignor. Gail Lib. II. Obs. 40. nr. 4. Rotermvnd Diss. de iureiurando acribus inualidis adiecto, cap. 2. § 9. Mencken in cit. Diss. th. 31. Bolz in seinem Amts- und Gerichtsactuarius, Sect. I. form. 5. not. d.

k) Bachov de pignor. et hypoth. Libr. I. cap. 16. nr. 1.

l) Negvsant. l. c. nr. 3. Lavterbach in tract. synopt. tit. de iurament. §. 7. nr. 8. Franzk. l. c. th. 20.

m) Bachov D. de pignor. et hypoth. Lib. I. cap. 15. nr. 3 et 7.

n) L. 16. §. fin. D. h. t. Arg. L. fin. pr. D. de contrah. emt. Negvsant. l. c. nr. 6. Stryck in caut. contract. Sect. II. cap. 4. §. 38. Mencken in cit. Diss. §. 27. de Cramer in Obs. Tom. I. Obs. 434. Franzk. l. c. th. 21. Bachov l. c. cap. 16. nr. 9. Boehmer D. de diuerso pignor.

wenn es vom Schuldner in der bestimmten Zeit nicht eingelößt worden, unpartheyisch angeschlagen, und von dem Darleiher, so viel als dieser Anschlag über den Betrag der Schuld sich belauft, an den Schuldner herausbezahlt wird. Ungeachtet auch dieser Vertrag als ein wahrer commissorischer Vertrag von Andern für ungültig gehalten wird, weil durch die L. fin. C. de pact. pignor. welche den commissorischen Vertrag überhaupt verbietet, die ältere L. 16. §. vlt. Dig. de pignor. aufgehoben worden sey o), so ist eines Theils sehr zu zweifeln, ob jener Vertrag ein commissorischer genennt werden könne, andern Theils giebt es der Sinn des Gesetzes, daß, wenn der Vertrag so abgefaßt ist, daß dabey eine Vervortheilung des Schuldners nicht vorfallen kann, alsdenn das Verbot nicht anwendbar sey. Uebrigens kann der Darleiher bey diesem Vertrage nicht viel gewinnen, weil er das verpfändete Gut nicht anders als um den unpartheyischen Anschlag bekommt, ja es nicht einmal um diesen Anschlag bekommen kann, wenn ein Anderer mehr zu bezahlen sich erbietet p), und im übrigen auch dieser Vertrag den ältern und vorzüglichern Pfandgläubigern in ihrem auf jenem Gute habenden Pfandrechte nichts entziehen kann.

§. 870. 871.

Der wichtigste derjenigen Verträge, welche mit dem übergebenen Unterpfande verbunden zu werden pflegen, ist der

pignor. et hypoth. iure, cap. 1. §. 13. lit. γ et ϰ. Lauterbach cit. l. §. 7. nr. 10. Anweisung zur Abfassung rechtlicher Aufsätze, 2ter Thl. 4te Hptabth. 5tes Hptstück, §. 15.

o) Ad. Jo. Weber's kurze Erörterung der Frage: wie weit erstreckt sich eigentlich bey Verpfändungen das Verbot der sogenannten Legis commissoriae, in dem Niedersächsischen Archiv für Jurisprudenz und juristische Litteratur, 1sten Bandes 4tes Stück, nr. 14.

p) Mevius Part. I. Dec. 21.

der antichretische Vertrag, durch welchen nämlich dem Gläubiger eine Sache, welche Früchte bringt, zum Pfand also übergeben wird, daß er statt der zu fordern habenden Zinsen die Früchte davon zu genießen habe. Diese Benutzung des Pfandes wird entweder ausdrücklich bedungen, oder sie wird ohne die ausdrückliche Erklärung der Partheyen alsdenn bedungen zu seyn vermuthet, wenn eine Sache, welche Früchte bringt, ohne Vorbehalt der Früchte und ohne Zinsversprechen dem Darleiher zum Pfande übergeben wird q). Ist keine ausdrückliche Verabredung wegen Ausgleichung der Zinsen mit den Früchten geschehen, so wird jener Vertrag nur in so weit vermuthet, als die wirklich aus dem besessenen Pfandgute erhobenen Nutzungen nicht die rechtmäßigen Zinsen übersteigen; daher der Darleiher wegen der genossenen, und wegen der Früchte, welche er hätte genießen können, Rechnung abzulegen, und was er über die rechtmäßigen Zinsen genossen, sich vom Kapital abziehen zu lassen, oder was er nach der Berechnung über das Kapital und die Zinsen genossen, an den Schuldner zurück zu geben verbunden ist r). Wenn keine Zinsen versprochen worden, sollten von Rechtswegen die Früchte des Pfandes vom Kapital abgezogen werden s). Ist die ausdrückliche Verabredung genommen worden, daß der Darleiher anstatt der Zinsen des Kapitals die Früchte des Gutes genießen solle, so ist zu unterscheiden, ob das Gut gewisse Früchte, deren jährlicher Betrag genau bestimmt

q) L. 8. D. ex quib. caus. pign. Lavterbach in Diss. de iure antichres. §. 13 sqq. God. Dan. Hofmann s. Beitler D. Ictus mathemat. et in spec. analysta circa antichres. et interusur. Sect. I. §. 7. Boehmer D. nullum excessum vsurarum in pacto antichretico esse tolerandum, §. 2 sqq. Hofacker in Princ. iur. ciuil. Rom. Germ. §. 1199.

r) L. 1. L. 3. C. de pignor. act. Consil. Fac. Tubing. Vol. I. Cons. 35. nr. 8. Beitler cit. Diss. §. 7.

s) Pragemann Diss. de processu liquidat. in antichresi, cap. 3. §. 4.

werden kann, oder nur ungewisse Früchte trägt, deren Betrag von den jedesmaligen Einkünften des Gutes, von der Güte und dem zufälligen Werthe der Früchte abhängt [t]). In dem ersten Falle, wenn z. B. die Einkünfte des Unterpfandes in bestimmten Geldzinsen bestehen, muß das, was sie die Summe der rechtmäßigen Zinsen übersteigen, an dem Kapital selbst abgerechnet, und dem Schuldner Rechnung davon abgelegt werden, wiewohl Kreß anderer Meynung war [u]). Daß in den Gesetzen der angeführte Unterschied nicht gegründet, und in beyden Fällen kein Uebermaaß der Zinsen zu dulden sey, behaupten mehrere Rechtslehrer [x]); hingegen wird der Vertrag ohne Ausnahme für gültig und verbindlich erklärt von Hancker [y]), er gesteht aber auch, daß ihm die Praxis zuwider, und etwas anders zu behaupten sey, wenn der Vertrag zu Bedeckung des Zinswuchers eingegangen worden. Sind die Einkünfte des Gutes ungewiß, so daß der Belauf ihres Werthes, wie z. B. bey Zehendfrüchten [z]), bald größer, bald geringer ist, so kann man auf die erlaubte Summe der Zinsen nicht so genau sehen, und pflegt also auf eine mäßige Ueberschreitung derselben keine Rücksicht zu nehmen [a]), daher auch in solchen Fällen der Darleiher

t) Hofacker in Princ. iur. ciuil. Rom. Germ. §. 1201.

u) Consil. Fac. Tubing. Vol. I. Cons. 88. nr. 44. Lauterbach D. de iure antichres. thes. 44 et 60. Kress in Diss. de creditore antichretico, rationes non reddente, c. 1. §. 13 sqq.

x) Pragemann in Diss. de processu liquidat. in antichres. cap. 2. §. 5. Mencken D. nullum excessum vsurarum in pacto antichretico esse tolerandum, §. 4 sqq.

y) Hancker Diss. de vera indole et natura antichreseos, §. 11.

z) Frhr. von Cramer in den Wetzlar. Nebenst. 4ter Thl. Nr. 4. §. 1 sqq.

a) L. 14. L. 17. L. 23. C. de vsur. Lauterbach Diss. de iure antichr. th. 45. et 48. et 160. Cons. Fac. Tubing. Vol. I. Cons. 88. nr. 39 sqq. et Vol. V. Cons. 10. nr. 9.

Io.

leiher nicht verbunden ist, dem Schuldner von den gezogenen Einkünften des Gutes Rechnung abzulegen [b]), es müßte denn der Ueberschuß der Zinsen sehr groß seyn [c]). Wenn also die Früchte des Pfandes schon bey Errichtung des Vertrags von solchem Belang gewesen, daß ihr Ertrag gewöhnlich, auch in mittelmäßigen und schlechten Jahren die Summe der rechtmäßigen Zinsen überschritten, so ist der Gläubiger sich deswegen einen Abzug machen zu lassen verbunden; jedoch dürfen in dieser Hinsicht die Früchte nicht zu den höchsten Marktpreißen angeschlagen werden, und der Gläubiger ist berechtigt, die auf die Erzielung der Früchte verwendeten Kosten abzuziehen [d]). Hat der Gläubiger das Gut erst nach eingegangenem Vertrage in bessere Aufnahme und Benutzung gebracht, und deswegen mehrere Früchte bezogen, so ist er solche nicht anders, als von Zeit der Litiscontestation herauszugeben verbunden [e]).

Io. Bonau. FRANZ ad tit. Dig. de pign. et hypoth. th. 16. STRYK in caut. contr. Sect. 2. cap. 4. §. 21. BEITLER in cit. Diss. Sect. I. §. 7. de PVFENDORF in animad. iur. 102. Frhr. von Cramers Wetzlar. Nebenst. 4ter Thl. Nr. 4. §. 1. Ebenderselbe im 39sten Thl. Nr. 2. §. 3. Im 42sten Thl. Nr. 7. §. 2. S. 122.

b) LAVTERBACH in cit. Diss. §. 56. Conf. Fac. Tub. Vol. I. Conf. 35. nr. 7. BRVNNEMANN Cent. II. Dec. 32. BECK in Resp. crimin. et ciuil. Tom. II. Resp. 99. nr. 9. et Resp. 159. nr. 11 sqq. HOMMEL in Rhapf. Vol. V. Obs. 603. Gebr. Overbeck in den Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, 2ter Band, 90ste Meditat. Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze, 2ter Thl. 4te Hauptabthl. 5tes Hauptstück, §. 43.

c) BRVNNEMANN et BECK ll. cc. LAVTERBACH cit. Diss. §. 47. 50 et 56. COCCEII Diss. de antichr. §. 11 sqq. Consil. Fac. Erford. Conf. III. nr. 16. BEITLER cit. Diss. Sect. I. §. 8.

d) Cramers Wetzlar. Nebenstunden, 37ster Thl. Nr. 8.

e) Cramers Nebenst. 4ter Thl. Nr. 4. §. 5. Claproth in seiner Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge, 2ter Th. §. 177.

So wie aber der Darleiher die ungewissen Früchte gewinnt, wenn sie gleich den Belauf der rechtmäßigen Zinsen übersteigen, so muß er hingegen auch den Schaden tragen, und kann dem Schuldner nichts anrechnen, wenn er keine oder wenig Früchte erhoben hat [f]).

Da in dem Falle, wenn der Darleiher von den jährlich bezogenen ungewissen Früchten Rechnung abzulegen hat, manche unangenehme Folgen daraus entstehen, weil über die jährliche Berechnung der Früchte, wovon allemal die Bestellungskosten abgezogen werden müssen, unzählige Schwierigkeiten und Streitigkeiten entstehen, und jeder Theil dem andern viel Verdruß darüber erregen kann, auch der Darleiher, wenn wegen der Früchte das Kapital selbst nach und nach vermindert wird, eine unbequeme theilweise Bezahlung bekommt [g]), so ist es immer rathsamer, daß der antichretische Vertrag nicht stillschweigend eingegangen, sondern ausdrücklich geschlossen, und der jährliche Ertrag durch unpartheyische Schätzer aufs genaueste berechnet [h]), und wo möglich ein solches Gut zum Pfande gegeben werde, dessen Einkünfte nach Abzug der Kosten eben so viel, als die rechtmäßigen Zinsen des gelehnten Geldes betragen. Gleichwie ferner in dem Falle, wenn dem Darleiher von gewissen Früchten mehrere, als die rechtmäßigen Zinsen betragen, überlassen werden, solches billig als ein unerlaubter Zinswucher angesehen, folglich nicht nur die überschießenden Zinsen vom Kapital abgezogen, sondern auch nach Befinden der Umstände eine Strafe erkannt wird; auch in dem Falle, wenn die ungewissen Früchte den Belauf der rechtmäßigen Zinsen zu sehr übersteigen, billig dem Darleiher Einhalt gethan, und ein verhält-

f) LAUTERBACH in cit. Diss. §. 51 et 53.

g) PRAGEMANN in Diss. de processu liquidationis in antichresi, cap. I. §. II.

h) Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze, im angeführten 5ten Hauptst. §. 74.

verhältnißmäßiger Abzug gemacht wird [i]), ja selbst der bloße Verzicht des Schuldners auf die Einrede des unerlaubten Zinswuchers von keiner rechtlichen Wirkung ist [k]), nicht weniger die Erklärung des Schuldners, daß die Früchte niemals vom Kapital selbst abgezogen werden, sondern dem Darleiher bleiben sollen, oder daß von dem Gläubiger niemals Rechnungsablegung gefordert werden, oder seine Angabe des Betrags der Früchte völlige Glaubwürdigkeit haben solle, ungültig ist [l]), so muß in dieser Rücksicht der Darleiher alle Vorsicht gebrauchen, um dem Vorwurfe eines unerlaubten Zinswuchers auszuweichen. Aus diesem Grunde ist es der Klugheit gemäß, wenn das verpfändete Gut gewisse Einkünfte hat, dem Gläubiger nur so viel davon als Zinsenvergütung zu überlassen, als die rechtmäßigen Zinsen betragen. Sind die Früchte ungewiß, so müssen sie durch eine vorherige Vergleichung der Einkünfte von mehreren Jahren genau bestimmt und dadurch gewiß gemacht werden, worauf man sie dem Darleiher in dieser Eigenschaft oder als Pachtzins, mit der Bedingung, daß der Ueberschuß über die gesetzmäßigen Zinsen entweder vom Kapital abgezogen [m]), oder welches wegen dadurch vermiedener Stückzahlung rathsamer ist, dem Schuldner jedesmal baar herausbezahlt werde, überläßt. Bey dieser Verabredung kann dem Gläubiger niemals der Vorwurf eines unerlaubten Zinswuchers gemacht werden, und er bekommt jedesmal, ohne Rechnung ablegen zu müssen,

i) LAVTERBACH in cit. Diss. th. 47. WERNHER select. Obs. Tom. II. Part. VII. Obs. 115. Cons. Fac. Erford. Cons. 3. nr. 19. Cons. III. nr. 13. de PVFENDORF in Obs. iur. vniu. Tom. II. Obs. 76. §. 3. Tom. III. Obs. 57. Cramers Nebenst. 39ster Thl. Nr. 8. §. 3.

k) LYNCKER in Dec. Ien. 906.

l) PRAGEMANN in Diss. de processu liquidationis in antichresi, cap. I. §. 12.

m) Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze, 2ter Thl. S. 141.

müssen, seine Zinsen richtig. Damit auch der Pfandgläubiger wegen der ungleichen Benutzung mehrerer Jahre nicht in Schaden komme, so ist es eine gute Vorsichtsregel, daß die Benutzung von Feldgütern auf eine bestimmte Zeit von Jahren also verabredet werde, daß, wenn nach derselben die Schuld nicht bezahlt worden, dem Gläubiger die Benutzung des Gutes wieder auf die gleiche Zeit überlassen werden muß.

Hat sich also ein Gläubiger von dem Schuldner nach der gewöhnlichen Formel versprechen lassen, daß er für die ihm geliehene Summe dem Gläubiger sein Gut dergestalt übergebe, daß er es nach eigenem Belieben, ohne Ablegung einiger Rechnung, anstatt der Zinsen benutzen möge, und ihm also die Ablegung der Rechnung hiermit ausdrücklich erlassen seyn solle n), so ist diese Clausel ohne alle rechtliche Wirkung; denn wenn der Pfandinhaber ohnehin zu Ablegung einer Rechnung nicht verbunden ist, so ist sie überflüßig; wenn er aber dazu verbunden ist, so kann sie auch der Schuldner nicht nachlassen o), weil dieses zu einem unerlaubten Zinswucher Anlaß geben könnte, dieser aber nicht allein um des Privatvortheils des Schuldners willen, sondern auch des gemeinen Besten wegen verboten ist, worauf Privatpersonen keine Verzicht leisten können. Eher scheint es Nutzen zu haben, wenn der Schuldner erklärt, daß die Einkünfte ungewiß und veränderlich sind. Allein eines Theils weiß man dieses oder das Gegentheil ohnehin schon aus der Art des verpfändeten Gutes, andern Theils wird auch bey ungewissen Früchten ein zu großes Ueber-

n) Stryck in caut. contract. Sect. II. cap. 4. §. 23. Cramers Wetzlar. Nebenstunden, 39ster Thl. Nr. 8. §. 3 flg. 42ster Thl. Nr. 7. §. 3. Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze, 2ter Thl. 4te Hauptabth. 5tes Hptstück, §. 13.

o) Beck in Resp. crim. et ciuil. Tom. II. Resp. 99. nr. 6. Hommel Rhapf. Tom. V. Obs. 603. nr. 25.

Uebermaaß nicht geduldet. Es ist ferner eine Cautel ohne Wirkung, wenn der Schuldner erklärt, daß er den Ueberschuß der Früchte dem Darleiher geschenkt haben wolle p), weil diese Schenkung nur ein Deckmantel des verbotenen Zinswuchers ist. Unwirksam ist es, wenn man den Schuldner versprechen läßt, daß er der erhobenen Früchte wegen dem bloßen Angeben des Gläubigers Glauben beymessen wolle, weil es durch diesen Weg dem Gläubiger ganz leicht gemacht wäre, einen unerlaubten Zinswucher zu begehen und zu verstecken q). Einige Formularschreiber halten es für eine Cautel zum Vortheil des Gläubigers, wenn er den Schuldner erklären lassen, daß der Gläubiger nicht schuldig seyn solle, von den fructibus percipiendis einige Rechnung abzulegen, oder sich solche in Rechnung bringen zu lassen, sondern daß er blos wegen derjenigen, welche er wirklich erhoben, gehalten seyn solle. Es ist nicht zu läugnen, daß diese Cautel rechtliche Wirkungen habe, und in dem Falle, wo der Pfandinhaber von den Früchten Rechnung abzulegen schuldig ist, ihn von der Vergütung der nicht erhobenen Früchte, welche er aber doch erheben können und sollen, befreyen könne r); allein sie ist unbillig und sehr übertrieben, weil auf diese Weise die Schuld des Gläubigers, welcher das Pfandgut nicht, wie ein guter Hausvater verpflichtet ist, benutzt hat, allein dem Schuldner zur Last fällt; daher andere der Clausel die billige Einschränkung beysetzen: jedoch daß der Gläubiger bey Erhebung der Nutzungen nicht vorsätzlich etwas versäume.

Um der Einwendung des unerlaubten Zinswuchers bey diesem Vertrage desto mehr zu begegnen, wird öfters auch dieser Weg eingeschlagen, daß das dem Pfandgläubiger eingeräumte Pfandgut ihm vom Schuldner um einen gewissen jährlichen Zins verpachtet, und sodann in dem Vertrage

p) Beck in cit. Resp. 99. nr. 7.
q) Stryck in caut. contract. Sect. II. cap. 4. §. 23 et 36.
r) Stryck l. c. cap. 4. §. 24.

Vertrage festgesetzt wird, daß von dem jährlichen Pachtgelde die jährlichen Zinsen des erborgten Kapitals abgezogen, der Ueberschuß aber entweder vom Kapital abgezogen oder vom Gläubiger an den Schuldner baar bezahlt werden solle [s]). Es ist kein Zweifel, daß dieser Vertrag gültig sey, und wenn nicht die geringe Summe des versprochenen Pachtgeldes augenscheinlich den Verdacht bestärkt, daß unter diesem Handel ein unerlaubter Zinswucher versteckt sey [t]), so ist der Darleiher nicht schuldig Rechnung abzulegen, und dieser Vertrag kann nicht als rechtswidrig angefochten werden; nur muß das Pachtgeld billig bestimmt worden seyn, damit kein gegründeter Verdacht eines versteckten unerlaubten Wuchers entstehen kann. Der Pachtcontract kann entweder in die Schuldverschreibung eingerückt, oder außer der Schuldverschreibung eine besondere Urkunde über den Pachtcontract aufgesetzt werden, welches letztere insbesondere alsdenn räthlicher ist, wenn in dem Pachtcontracte mancherley Nebenverträge enthalten sind, und in demselben auch dem Schuldner und Verpachter mancherley Dinge vom Gläubiger versprochen worden sind. Noch sicherer und bequemer für den Darleiher ist die Verabredung, daß das verpfändete Grundstück öffentlich verpachtet, von dem Pachtzins zuerst alljährlich die Zinsen, sodann die andern Beschwerden des Gutes entrichtet, und das übrige dem Schuldner zugestellt werden solle; oder wenn statt dieser Verpachtung ein sicherer Verwalter bestellt, beeydigt und gerichtlich angewiesen wird, vor allen andern dem Gläubiger jährlich die Zinsen zu entrichten [u]).

Andere

s) STRYCK dit. cap. 4. §. 37. Anweisung zur Abfassung rechtl. Aufsätze, 2ter Thl. 4te Hauptabtheil. 5tes Hpst. §. 14.

t) L. 14. C. de vsur. de PVFENDORF Obs. Tom. III. Obs. 158. MADIHN Princ. iur. Rom. Part. II. §. 222. KRAVS D. num creditor conducens antichresin fructus legitimam vsurarum quantitatem excedentes lucretur? §. 7. Cramers Wetzlar. Nebenst. 4ter Thl. Nr. 4. §. 3 und 4.

u) Hr. HR. Claproth in seiner Rechtswissenschaft von richtiger

Andere Pfandgläubiger suchen hierbey noch sicherer zu gehen, wenn sie anstatt einer Schuld- und Pfandverschreibung sich eine Urkunde über einen Kaufcontract mit einem Wiederkaufsgedinge ausfertigen, und den getroffenen Handel also vorstellen lassen, daß der Schuldner als Verkäufer, der Darleiher als Käufer des antichretisch verpfändeten Gutes angenommen, das zum Unterpfand verschriebene Gut als verkauft, das angelehnte Kapital als Kaufschilling, und die versprochene Zurückbezahlung desselben und die Wiedereinlösung des Pfandes als Wiederkauf angesehen wird. Es ist kein Zweifel, daß dieser Kaufcontract als ein solcher gültig sey [x]), wenn nur die Worte desselben keinen Zweifeln ausgesetzt, und keine unnatürliche Nebenverträge, z. B. daß der Verkäufer Eigenthümer bleiben soll, beygesetzt sind; denn sonst würde der Handel immer eher für einen versteckten Pfandcontract zu halten seyn [y]). Durch einen solchen mit der Uebergabe verbundenen Kauf wird der Käufer vollkommener Eigenthümer, also daß er zwar als solcher die auf dem Gute haftenden Beschwerden und die Gefahr übernehmen muß, aber auch wegen der vom Gute erhobenen Früchte Niemandem Rechnung abzulegen schuldig ist. Weil jedoch nach der billigen und richtigern Meynung vieler Rechtsgelehrten bey einem solchen Kaufcontracte zwar auf einen geringen Unterschied der Nutzungen und der Zinsen nicht gesehen [z]), aber derselbe, wenn ein unerlaubter Zinswucher darunter verborgen wird, nicht nur,

richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge, 2ter Thl. S. 664.

x) Consil. Fac. Tubing. Vol. IX. Cons. 19. Lyncker Dec. 1130. Gasser in select. Obs. forens. cap. 8. Obs. 3. nr. 3.

y) Gasser l. c. Brvnnemann Cent. III. Dec. 77.

z) Fredersdorf in der Anweisung für angehende Justizbeamte und Unterrichter, 3ten Bandes 2ten Thls. 7ter Abschn. 3tes Kapit. §. 9.

nur, wie einige Rechtslehrer [a]) behauptet haben, wegen einer Verletzung über die Hälfte aufgehoben, sondern so weit er ungerechte Zinsen begünstigt, für ungültig erklärt und bestraft wird [b]), so hat sich der Käufer wohl in Acht zu nehmen, daß der Kaufschilling mit dem Werthe des verkauften Gutes, und die Früchte desselben mit den Zinsen, welche der Kaufschilling rechtmäßig tragen würde, in einem nicht zu ungleichen Verhältniß stehen. In eben diesen Rücksichten muß der Aufsatz in den angegebenen Fällen lediglich wie ein Kaufbrief eingerichtet, und hingegen eines Darlehns und eines Pfandes gar nicht gedacht werden [c]); denn weil Niemand auf seiner eigenen Sache ein Pfandrecht haben, Niemand eine Sache zugleich eigenthümlich und pfandweise besitzen kann, so würde ein Aufsatz, in welchem neben dem Kauf auch des Anlehns und Pfandes gedacht würde, immer als ein Darlehns- und Pfandcontract beurtheilt werden. Da aber durch den Kaufcontract mit dem Eigenthum auch alle Gefahr und Schaden auf den Käufer übergeht, folglich der Käufer, wenn z. B. das gekaufte Haus abbrennen sollte, in großen Schaden kommen würde, so ist es eine gute Vorsichtsregel, wenn sich auf diesen Fall der Käufer vorbehält, daß, wenn das gekaufte Gut ohne des Käufers Schuld durch ungefähren Zufall zu Grunde gehen sollte, der Käufer allein den Schaden leiden und dem Käufer das Wiederkaufsgeld

a) STRYCK in caut. contr. Sect. II. cap. 4. §. 25.

b) Reichsabschied vom Jahr 1530. Tit. 30. wo es heißt: und unter dem Schein des Wiederkaufs mancherley Gefährlichkeiten und Unziemlichkeit verübt wird. Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtl. Aufsätze, 2ter Thl. 4te Hauptabthl. 5tes Hauptstück, §. 14. LYNCKER Dec. 251. LEYSER Spec. 158. Med. 5 et 6. BOEHMER D. de suspectis conuentionum formulis, cap. 2. §. 38. de PVFENDORF Obs. Tom. II. Obs. 75. PRAGEMANN D. de processu liquidat. in antichresi, cap. 2. §. 11.

c) STRYCK cit. cap. 4. §. 27 sqq.

geld dennoch erlegen solle [d]). Uebrigens ist auch bey diesem Kaufcontract der Darleiher oder Käufer nicht vollkommen gesichert; denn wenn er auch durch diesen Contract das Gut des Schuldners gekauft und in Besitz genommen hat, so bleibt nach bekannten Rechtsgrundsätzen die vorher darauf gelegte Pfandbeschwerde auf dem Gute haften, und geht auf jeden Käufer über; folglich wenn ältere oder sonst vorzügliche Pfandgläubiger im Concurs über des Verkäufers Vermögen nicht befriedigt werden, so können sie mit der Pfandklage den Käufer als Besitzer des ihnen verpfändeten Gutes auf Abtretung desselben, oder die Bezahlung ihrer Forderung belangen. In dieser Rücksicht ist es für den Käufer eine vorzügliche Vorsichtsregel, daß er dafür besorgt sey, daß mit dem von ihm bezahlten Kaufschilling vorzüglichere Pfandgläubiger bezahlt, und ihm von denselben ihre Rechte abgetreten werden, wodurch er den Vortheil erhält, daß er, so weit die ihm abgetretenen Forderungen reichen, allen denjenigen vorgeht, und von allen denjenigen nicht belangt werden kann, welche den Pfandgläubigern, die ihm ihre Forderungen abgetreten haben, nachstehen. Eben so wird es dem Käufer sehr nützlich seyn, wenn er zu dem Kaufcontracte die Einwilligung der ältern und vorzüglichern Pfandgläubiger, z. B. einer Ehefrau, welche ein Heyrathsgut und Paraphernalvermögen zu fordern hat, zu erhalten sucht, weil solche Pfandgläubiger durch die Einwilligung in die Veräußerung ihrem Pfandrecht entsagen [e]). Es ist endlich bey einem solchen Kaufcontract auch auf das Losungs- oder Näherrecht Rücksicht zu nehmen, welches vielleicht durch denselben gegründet wird, und dem Gläubiger oder Käufer leicht beschwerlich werden, und Schaden zuziehen kann.

§. 871

d) Stryck cit. cap. 4. §. 26. von Cramers Wetzlar. Nebenstunden, 4ten Thls. Nr. 4. §. 9.

e) Gmelins Ordnung der Gläubiger, Cap. 4. §. 7.

§. 871 — 873.

Das Unterpfand wird aufgehoben 1) durch Bezahlung der ganzen Schuld [f]. Wenn blos ein Erbe des Schuldners seinen Antheil erlegt, oder einem Erben des Gläubigers der ihm gebührende Antheil entrichtet wird, so bleibt doch das ganze Unterpfand verhaftet, und kann bey nicht erfolgter Bezahlung verkauft werden [g]. Hat der Gläubiger das Geld nicht ausgezahlt, so wird das Unterpfand auch ohne Bezahlung frey [h]. Wollte der Schuldner verrufene oder geringere Münze bezahlen, so wird dadurch keine Befreyung des Unterpfandes bewirkt [i]. Der Bezahlung kommt die Anbietung mit dem Beutel in der Hand [k], nicht weniger eine jede andere hinreichende Genugthuung gleich, welche vom Gläubiger als solche angenommen wird [l]; denn wider seinen Willen kann er nicht gezwungen werden, etwas anders als Zahlung anzunehmen [m]; was aber wegen einer begangenen unerlaubten Handlung, z. B. wegen eines begangenen Diebstahls oder wegen eingejagter Furcht, vom Schuldner hat bezahlt werden müssen, wird nicht vom Hauptstuhl abgezogen [n].

Durch

f) L. 9. §. 3. D. de pignor. act. L. 11. §. 3. eod. L. 16. §. 6. D. de pignor. et hypoth. L. 6. C. de distract. pignor. L. 2. C. debitorem vendit. pign. L. 43. D. de solut.

g) L. 8. §. 2. D. de pignor. act. L. 11. §. 4. eod. L. 1. C. de luit. pignor. L. 16. C. de distr. pignor. L. 1 et 2. C. si vnus ex plurib. hered.

h) L. 11. §. 2. D. de pignor. actione. L. 1 et 2. C. si pignor. conuent.

i) L. 24. §. 1. D. de pignor. act.

k) L. 9. §. fin. L. 20. §. 2. D. de pignor. act. L. 10. C. eod. L. 20. C. de pignor. et hyp. L. 5 et 8. C. de distr. pignor. L. 3. C. de luit. pignor.

l) L. 9. §. 3. D. de pignor. actione.

m) L. 10. D. de pignor. actione.

n) L. 22. pr. §. 1. D. de pignor. act.

Durch eine bloße Verurtheilung zur Bezahlung wird das Unterpfand nicht aufgehoben, sondern nur eine wirkliche Bezahlung o). Das Unterpfand hört 2) auf, wenn die erforderliche Verjährung eintritt; wozu aber wider den Schuldner eine Zeit von vierzig Jahren erfordert wird, welche Zeit von dem Tage an gerechnet wird, wo der Gläubiger erklärt hat, die Sache nicht mehr als Unterpfand, sondern aus einem andern das Eigenthum übertragenden Titel besitzen zu wollen, und hierzu schwieg der Schuldner vierzig Jahre stille. Wider einen dritten Besitzer wird das Unterpfand binnen dreyßig Jahren p), wider den Gläubiger aber von einem Dritten binnen zehen oder zwanzig Jahren, nachdem er gegenwärtig oder abwesend gewesen, verjährt, die Schuldforderungsklage wider den Schuldner selbst geht aber hierdurch nicht verlohren q). Der Schuldner verjährt durch einen vierzigjährigen Besitz das Unterpfand, und wenn er es im guten Glauben besitzt, auch die Forderung selbst. In Ansehung der uralten Reichsverpfändungen ist in den Reichsgesetzen verordnet, daß selbige nicht eingelößt werden sollen, welches einer Verjährung ähnlich ist q). 3) Durch die Zurückgabe des Unterpfandes hört die Verpfändung ebenfalls auf, wenn sie in der Absicht geschehen ist, das Unterpfand aufzugeben. Bringt der Schuldner die Sache durch List wider an sich, so wird er gleichsam als aus einem Diebstahle mit der actione ad exhibendum zu dessen Zurücklieferung angehalten r). 4) Durch den Verkauf des Unterpfandes. 5) Durch eine Umänderung der Schuld oder

o) L. 13. §. 4. D. de pignor. et hyp.

p) L. 10. et C. de pignor. act. collat. cum L. 7. C. de praescr. trig. vel quadrag. annor.

q) Inst. Pac. Osnabr. Art. V. §. 9. 26. 27. Capit. Caes. Art. X. §. 4.

r) L. 3. D. de pignor. act. L. 1. §. 1. D. de liberat. leg. L. 2. C. de distract. pign. L. 2. C. de remiss. pignor.

Novation, wofern nicht abgeredet ist, daß das Unterpfand unverändert bleiben solle [s]); wie auch durch eine Neuerung der Sicherheit [t]), wenn statt des Unterpfandes Bürgschaft geleistet worden. 6) Wenn die Bedingung nicht eingetreten ist, unter welcher das Unterpfand bestellt worden [u]). 7) Durch einen beträchtlichen Mißbrauch des Unterpfandes [x]). 8) Durch Erwerbung des Eigenthums [y]). 9) Wenn die Nutzungen des Unterpfandes dem Kapitale gleich kommen [z]), wovon aber heutzutage eben so wenig Gebrauch gemacht wird, als wenn die erhobenen Zinsen so viel als das Kapital betragen. 10) Geht das Unterpfand verlohren durch den gänzlichen Untergang, aber nicht die Forderung selbst, wofern nicht ein anderes abgeredet ist [a]). Eine mit dem Unterpfande vorgenommene Veränderung, von welcher Art sie auch seyn mag, ändert an dem Unterpfande nichts [b]). 11) Wenn die Hauptforderung nicht besteht, so wird das Unterpfand nicht sowohl aufgehoben, als vielmehr gleich vom Anfange für nichtig gehalten. 12) Wenn das Recht, so der Schuldner an der Sache hatte, aufhört [c]); welches 13) auch bey einer bedungenen Wiederaufrufung des Kaufcontracts durch eine angebotene vortheilhaftere Bedingung, addictio in diem, nicht aber bey einem bloßen Reukauf eintritt, so weit die Reue von Seiten des Schuldners ausgeübt werden sollte [d]). 14) Wenn mit vorheriger Bewilligung oder nachheriger Genehmigung des Gläubigers der Schuldner eine

s) L. 11. §. 1. D. de pignor. act.
t) L. 5. §. 2. D. quib. mod. pign. et hyp.
u) L. 11. §. 2. D. de pignor. act.
x) L. 24. in f. D. de pignor. act.
y) L. 29. D. de pignor. actione.
z) L. 1. D. de pignor. act.
a) L. 6 et 9. C. de pignor. actione.
b) L. 16. §. 2. D. de pignor. et hyp. L. 29. §. 2. L. 35. D. eod.
c) L. 13. §. 2. L. 31. D. de pignor. et hyp.
d) L. 3. L. 10. D. quib. mod. pign. vel hyp.

eine Veräußerung des Unterpfandes unternommen hat; wenn aber die Veräußerung selbst oder die vorgegebene Bewilligung oder Genehmigung als nichtig aufgehoben wird, so bleibt das Unterpfand bey Kräften [e]). Hierher gehört ferner der Fall, wenn bey der Veräußerung die dinglichen Gläubiger durch förmliche öffentliche Ladung zur Angabe ihrer Ansprüche vorgeladen worden sind, und die gegenwärtigen Hypothekgläubiger ihre Forderungen nicht angegeben haben, auch keine ganz gültige Ursache der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht angegeben werden kann [f]). 15) Wenn eine Erlassung der Schuld, pactum de non petenda, vorgegangen ist [g]); oder 16) es ist die Verschreibung in der Absicht zurückgegeben worden, um dadurch die Erlassung anzuzeigen; oder 17) über die Schuld oder über die Verpfändung ein Eyd zugeschoben, und selbiger verneinend abgeschworen worden [h]). 18) Wenn die Zeit verlaufen ist, auf welche das Unterpfand gestellt worden ist [i]).

Was die Abfassung einer Urkunde über diesen Contract betrifft, so kann derselbe zwar gültiger Weise mündlich eingegangen werden, weil nichts weiter zu dessen Vollkommenheit gehört, als die Einwilligung von beyden Seiten und die Uebergabe [k]); allein es ist rathsam, darüber etwas schriftlich aufzusetzen. Ueber bewegliche Sachen bedarf es nur eines kurzen Scheins, welcher Summe und Münzsorten des Darlehns, das Zinsversprechen und die Procente, auch die zur Sicherheit gegebene genau beschrie-

e) L. 4. §. 1. L. 8. §. 15. D. quib. mod. pignor. vel hyp. L. 5. 10 et 11. C. de remiss. pign. L. 158. D. de reg. iur.
f) L. 6 et 8. C. de remiss. pignor.
g) L. 8. §. 1 et 2. C. de remiss. pignor.
h) L. 6. pr. ibid.
i) L. 6. L. pen. D. quib. mod. pign. vel hyp.
k) L. 4. pr. L. 23. §. 1. L. 34. §. 1. D. de pignor. et hypoth.

bene Sache enthält. Wenn es Kostbarkeiten sind, die leicht vertauscht werden können, so werden selbige billig in Gegenwart des Gläubigers versiegelt, und dieser Umstand im Scheine bemerkt. Bey verzehrbaren Sachen ist Maaß, Gewicht und Güte um so mehr genau auszudrükken, als hiernach die Wiedererstattung geschehen muß.

Macht es die Wichtigkeit des Pfandes rathsam, eine förmliche Urkunde aufzusetzen, so wird 1) dasjenige, was den Hauptcontract betrifft, welcher sehr verschieden seyn kann, vorausgesetzt. 2) Zur Versicherung nicht allein der Hauptverbindlichkeiten, sondern auch billig ausdrücklich der Nebenverbindlichkeiten, wird nun entweder Unterpfand oder Hypothek bestellt. Gemeiniglich bestellt man eine allgemeine und besondere Hypothek, und erstere wird folgendergestalt ausgedrückt: alles gegenwärtige und zukünftige Vermögen, auch Gerechtsame und Forderungen, und wie es sonst Namen haben mag. Zu eingeschränkt ist der Ausdruck: alles bewegliche und unbewegliche Vermögen; denn woferne hier nicht deutlich aus der Absicht der Partheyen erhellet, daß alles übrige Vermögen ebenfalls darunter begriffen seyn solle, so kann nichts weiter als das körperliche, bewegliche und unbewegliche Vermögen als Hypothek betrachtet werden. Die Special-Hypothek erfordert eine genaue Beschreibung der dahin zu rechnenden Sachen, wozu man vorzüglich diejenigen nimmt, welche nach dem Zeugniß aus dem Hypothekenbuche, wenn selbiges mit Genauigkeit gehalten wird, noch Niemanden anders verpfändet sind. Bey dieser allgemeinen und besondern Hypothek ist es nicht undienlich, daß sich der Gläubiger vorbehält, mit denen zu seiner Befriedigung verschriebenen Sachen bey ihrer nöthigen Veräußerung nach Belieben eine Aenderung vornehmen zu können, gleichwie denn auch billig der Schuldner der Rechtswohlthat entsagen muß, daß er nicht verlangen wolle, daß zuvörderst die besondere Hypothek ausgeklagt werde, ehe man sich an die Generalhypothek halten könne. Einem Dritten kann diese Entsagung freylich nicht entgegen gesetzt werden. Bey dem

Ver-

Verkaufe der Hypothek dürfen zwar die Partheyen vom gemeinen Rechte abweichende Verabredungen treffen; sie dürfen aber nur auf keinen unbilligen Druck des Schuldners abzwecken, wohin billig das Versprechen zu rechnen, daß der Schuldner der Rechtswohlthat der Uebergabe an Zahlungsstatt nach der Schätzung entsagen soll, wenn kein billiges Gebot geschieht.

Ich gehe fort zur Bestellung eines ordentlichen Unterpfandes, und zwar eines Gutes, wenigstens mehrerer Grundstücke. Von diesen muß ein Verzeichniß nach der Lage und den Nachbarn gemacht und dabey angeführt werden, wie sie jetzt gedünget, geackert und bestellt sind, wobey denn entweder abzureden ist, daß der Gläubiger dieses entweder nach eydlicher Schätzung, oder nach einem zu treffenden Vergleiche erstatten, oder wenn er es jetzt unentgeltlich erhält, auch künftig unentgeltlich wieder abliefern solle. Eben diese Verabredung ist bey der zu einem ganzen Gute gehörigen Länderey erforderlich, und wird oft wegen des vorräthigen Mistes, Strohes, der Fütterung, des Viehbestandes, der Acker- und Haushaltungsgeräthschaft, von dem Besatz der Fischteiche eine ähnliche Verabredung gemacht. Ist die Länderey oder das Gut auf diese Weise übergeben worden, so ist es auch rathsam, keinen andern Antritts- und Abtrittstermin als die nämliche Zeit, auch billig die gleichmäßige Uebertragung der Ueberlieferungs- und Ablieferungskosten festzusetzen. Sonst muß noch außerdem von allen Gutseinkünften und Gerechtsamen ein vollständiges Verzeichniß gemacht, die Zeit, von welcher der Gläubiger in die Hebung treten soll, bestimmt, auch billig bey der Waldung festgesetzt werden, wie viel er jährlich Holz schlagen darf, welches jedoch nicht erforderlich ist, wenn das Holz forstmäßig in Schläge eingetheilt ist. Daß sich der Gläubiger nichts vom vorräthigen Nutz-, Bau- und Brennholze, als was zu des Gutes Nothwendigkeit gehört, und vielleicht schon dazu bestimmt ist, anmaßen könne, versteht sich von selbst. Wegen des pfleglichen Gebrauchs der Jagd, der Zehendgerechtigkeit, der

Dienste, der Gerichtsbarkeit sind billige Verordnungen zu verabreden und in der Urkunde festzusetzen. Patronatrechte, Sitz und Stimme auf den Landtagen, kurz solche Gerechtsame, welche mehr einen Vorzug als Nutzen ausmachen, werden billig dem Schuldner vorbehalten. In Ansehung der Verbesserungen ist zu verabreden, daß keine andere, als die vom Schuldner bewilligte zu vergüten, sonst aber alles wieder weggenommen und doch wieder in den vorigen Stand gesetzt werden soll. Blos wenn sie über Verbesserungen, ob sie nöthig sind oder nicht, uneinig seyn sollten, ist auf eine Entscheidung verschiedener Acker- oder Bauverständiger zu compromittiren. Die Wiedereinlösungszeit wird entweder in jedem Jahre, oder nur nach einer gewissen Anzahl Jahre verabredet, und hierbey sind alle stillschweigende Verlängerungen oder Aufhebungen, da man die Erneuerung des Contracts leicht ausdrücklich vornehmen kann, zu vermeiden. Es ist rathsamer, eine weitere Verpachtung oder Verpfändung zu untersagen als zuzulassen, weil man bey der überlassenen Bestellung und Benutzung eines Gutes seinen Mann kennen muß. Mit Einwilligung des Schuldners kann es in der Folge doch noch allemal geschehen, und wenigstens muß derselbe sich vorbehalten, aus erheblichen Ursachen einen andern Pachter oder Pfandinhaber zu verweigern. Da es nichts hilft, einen unbestimmten Anschlag des Gutes anzunehmen, so ist selbiger billig mit aller Genauigkeit zu machen, und darnach dem Gläubiger seine fünf vom Hundert auszuwerfen. Auch wegen der Unglücksfälle ist das Nöthige zu verabreden. Wenn der Gläubiger nichts als seine Zinsen bekommt, so muß ihm bey entgehendem Nutzen Entschädigung zugesagt werden; ist aber bey dem Anschlage schon auf die Unglücksfälle Rücksicht genommen und desfalls der Ertrag geringer gesetzt worden, so muß er aller Remission und Vergütung entsagen. Ist irgend zu besorgen, daß das Gut verkauft werden möchte, so ist es nicht billig, den Schuldner hierunter weiter einzuschränken, als daß nur der Abtrittstermin ausgehalten, und desfalls das Gut

zur

zur Sicherheit bestellt werde. Endlich wenn Lehn-, Erbenzins-, Meyer-, Erbgüter verpfändet werden sollen, so muß sich der Schuldner billig verbindlich machen, vor Auszahlung der Gelder, auf seine Kosten, die nach dieser Verschiedenheit erforderliche Einwilligung herbeyzuschaffen. Die obrigkeitliche Bestätigung ist bey freyadelichen Gütern nicht unumgänglich nöthig, wohl aber bey Bürger- und Bauergütern.

§. 874. 875.

Bey dem Pfandcontracte können theils petitorische, theils possessorische Rechtsmittel gebraucht werden. Die petitorischen Klagen sind die actio pignoratitia *directa* [l]), die Hauptpfandklage, oder die schlechthin sogenannte Pfandklage, welche dem Schuldner zusteht, und die Pfandgegenklage, actio pignoratitia *contraria*, die der Gläubiger anstellen kann. Der Grund der Pfandklage [m]) oder actionis pignoratitiae directae ist der Pfandcontract; es muß daher in der Klage angeführt werden, daß man dem Beklagten die Sache zur Sicherheit seiner Forderung übergeben und ihn bereits befriedigt habe, oder doch wenigstens bereit sey, ihn zu befriedigen, er aber sich der Herausgabe der Sache widerrechtlicher Weise weigere. Auch andere vermöge der Natur des Contracts oder eines dabey geschlossenen Vertrags zu leistende Verbindlichkeiten dienen zum Grunde dieser Klage [n]). Nützlicher Weise findet diese Klage auch statt,

l) §. 28. Inst. de actionib. §. vlt. Inst. quib. mod. re contrah. oblig. L. 9. §. 3. D. h. t.

m) Io. Helu. Sinold cogn. Schvetz Diss. de actione pignoratitia, Giessae 1653. Leonh. Lud. Mencken Diss. de actione pignoratitia, Viteb. 1758. Hr. GJR. Westphal vom Pfandrechte, §. 254.

n) §. vlt. Inst. quib. mod. re contrah. obligat.

wenn der Gläubiger die Sache nicht vermöge eines Pfandcontracts, sondern auf andere Art pfandweise erhalten haben sollte o). Dieser Fall tritt ein, 1) wenn Kläger bereits vorher eine Hypothek an der Sache gehabt hat, und ihm kraft derselben solche, so lange bis er befriedigt worden, hat eingeräumt werden müssen; 2) wenn er durch eine gerichtliche Immission ein prätorisches Pfandrecht an der Sache erlangt hat; 3) wenn dem Gläubiger ein gesetzliches Pfandrecht an der Sache zugestanden und er befriedigt worden ist. Wer z. B. von dem Andern ein praedium vrbanum gepachtet hat, so hat der Verpachter an den eingebrachten Sachen ein gesetzliches Unterpfand; ist nun aber das Pachtgeld entrichtet, es sind auch die übrigen aus dem Pachtcontracte entspringenden Verbindlichkeiten erfüllt worden, und gleichwohl kann er die hereingebrachten Sachen nicht verabfolgen lassen, so kann man actione pignoratitia directa wider ihn klagen p).

Der Kläger ist derjenige, welcher dem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung eine Sache pfandweise überlassen hat q), und dieses ist der Regel nach der Schuldner, jedoch kann es auch ein Dritter zum Besten des Schuldners gethan haben. Wenn dieses geschehen ist, so ist der Gläubiger aus dem Pfandcontracte, welchen er mit diesem Dritten geschlossen hat, verbunden, demselben nach seiner erhaltenen Befriedigung das Pfand wieder herauszugeben. Hat der Gläubiger mit dem Dritten den Pfandcontract nicht geschlossen, sondern dieser hat dem Schuldner die Sache nur zu dem Endzweck geliehen, daß er

o) L. 3. 4. D. de damno infecto. L. 11. §. 5. D. h. t. L. 6. D. de distract. pignor. L. 5. §. 21. D. vt in poss. legat. seruand. caus. Boehmer de action. Sect. II. cap. 8. § 32.

p) L. 6. D. in quib. caus. pign. tac. contrah. L. 11. §. 5. D. h. t.

q) §. fin. Inst. quib. mod. re contrah. oblig. L. 9. §. 4. L. 22. §. 2. D. de pignor. act.

er solche versetzen, und das darauf geborgt erhaltene Geld behalten solle, so hatt der Dritte wider den Pfandgläubiger nicht actionem pignoratitiam directam, weil er mit demselben nicht contrahirt hat. Er kann nicht einmal die Reivindication anstellen, weil die Sache mit seinem Wissen und Willen versetzt worden ist, vielmehr muß er sich in diesem Falle an den Schuldner halten, damit dieser das Pfand nach der Zeit wieder einlöse und zurückgebe, und zu diesem Endzweck kann er actionem commodati directam, oder actionem praescriptis verbis anstellen [r]). Daß auch der Erbe des Schuldners die Hauptpfandklage anstellen könne, ist eine ausgemachte Sache [s]).

Der Beklagte ist der Gläubiger, er bestehe aus einer oder mehreren Personen [t]), auch dessen Erbe [u]), nachdem er gänzlich befriedigt [x]), oder ihm die Bezahlung gerichtlich angeboten worden ist [y]). Die verpfändete Sache kann von dem Pfandgläubiger nicht eher, als bis derselbe wegen seiner Forderung gänzlich befriedigt worden ist, abgefordert werden; das heißt, es darf an dem, was der Schuldner demselben zu entrichten hat, und wofür die Sache verpfändet worden, nicht das Geringste fehlen. Ist also die Sache auch der Zinsen wegen mit verpfändet worden, so müssen auch diese bezahlt werden, ehe das Recht des Gläubigers getilgt werden kann [z]). Noch vor der Befriedigung des Pfandgläubigers kann wider solchen geklagt werden, wenn er mit der verpfändeten Sache übel umgegangen ist, oder ihr sonst Schaden zugefügt hat, in welchem

r) L. 27. D. de pignor. act. MOLINA in tract. de iustitia et iure, tract. II. Disp. 529. RAVENSBERG Diss. de pignore in re aliena constituendo, §. 27.

s) L. 12. C. de pign. L. 2. C. si pignus pign. dat. sit. LEYSER Spec. 115. Med. 2. 3. 4.

t) L. 20. §. 1. D. de pignor. act.

u) L. fin. C. si vend. pignor.

x) L. 9. §. 3. D. de pignorat. actione.

y) L. 9. §. 5. D. de pignor. actione.

z) L. 11. §. 3. D. de pignorat. actione.

chem Falle zwar nicht auf die Restitution, jedoch auf den Schadensersatz geklagt werden kann [a]). Wider einen dritten Besitzer der verpfändeten Sache kann man sich dieser Klage geradezu und directe nicht bedienen, wenn gleich der Pfandgläubiger das Pfand wieder bey ihm versetzt, oder gar an ihn veräußert hat, weil unsere Klage eine aus einem Contract entspringende persönliche Klage ist [b]). Verschiedene Rechtslehrer berufen sich zwar hauptsächlich auf das cap. 6. X. de pignor. und behaupten nach Anleitung desselben die gegenseitige Meynung [c]); allein diese Stelle handelt zwar wohl davon, daß der Schuldner wegen seines Pfandes wider einen Dritten klagen könne, aber es wird nichts davon angeführt, was für eine Klage gebraucht werden müsse, ob es gleich scheint, daß die actio pignoratitia gemeynt sey [d]). Es kommt hierbey auf folgenden Unterschied an. Entweder hat der Schuldner den Gläubiger bereits befriedigt, oder dieses ist nicht geschehen. Im ersten Falle kann er wider den dritten Besitzer die Reivindication anstellen [e]), weil er nach geschehener Bezah-

a) L. fin. pr. D. de pignor. act. Boehmer de action. Sect. II. cap. 8. §. 31. not. e. Wernher Obs. Part. II. Obs. 367.

b) L. 17. D. de pignor. act. L. fin. C. si vend. pignor. Io. Fr. Schneider D. de incompetentia actionis pignoratitiae contra tertium, Hal. 1750. D. W. Warnekros Diss. inaug. sistens quaestionem: an actio pignoratitia directa contra tertium possessorem institui queat? Praeside C. N. Schlichtkrvl, Gryphiswaldae 1771. Io. Nic. Lvetkens Diss. inaug. de actione pignoratitia contra tertium non competente, Gotting. 1777. Abrah. Brack Diss. inaug. de actione pignoratitia contra tertium pignoris possessorem competente et non competente, Giessae 1786.

c) Mevius in Dec. Part. V. Dec. 343. Leyser Spec. 155. Med. 5. Stryck in vsu mod. h. t. §. 9. Puett-mann in aduers. iur. Lib. II. nr. 2. Strubens Bedenken, 5ter Thl. Nr. 149.

d) Wernher Obs. Part. III. Obs. 2. nr. 60 sqq.

e) L. 46. §. 2. D. de pignor. actione.

Bezahlung die völlige Ausübung seines an der Sache habenden Eigenthumsrechts wieder erlangt hat. Im zweyten Falle ist ferner zu unterscheiden, ob der Gläubiger das Pfand, als ein seinem Schuldner zustehendes Pfand, weiter an Jemanden versetzt hat, oder nicht, sondern als seine eigene Sache. Ist jenes, so hat der Schuldner wider denjenigen, an welchen das Pfand weiter versetzt worden, actionem pignoratitiam vtilem [f]), wo denn aber dieser Umstand zu Begründung der Klage mit angeführt werden muß. Hat hingegen der Pfandgläubiger die Sache als seine eigene an einen Andern weiter versetzt haben, so muß er in diesem Falle dem Schuldner seine wider diesen zweyten Gläubiger ihm zustehende actionem pignoratitiam directam cediren, und jener klagt sodann ex iure cessо seines Gläubigers. Hat der Gläubiger das Pfand gar nicht verkauft und das Kaufgeld noch nicht erhalten, so muß er dem Schuldner die actionem venditi wider den Käufer cediren [g]). Besteht der Beklagte aus mehrern Personen, so ist jeder als ein correus debendi zu betrachten, und haftet in solidum, wie bey dem commodato [h]).

Die Bitte bey dieser Klage ist verschieden, doch geht das Hauptgesuch dahin, daß Beklagter das Pfand mit allem Interesse dem Kläger wieder herauszugeben schuldig sey [i]). Hierzu gehören die Nutzungen des Pfandes [k]), worunter diejenigen zu verstehen sind, welche der Beklagte von der, Frucht oder Nutzungen bringenden, Sache erhoben hat, oder seinem Pfande nach davon hätte erheben können, aber

f) Arg. L. 26. pr. D. depositi. L. 13. D. h. t. WERNHER Obs. Tom. III. Part. III. Obs. 2.

g) L. 13. pr. D. de pignor. actione.

h) L. 5 §. fin. D. commodati.

i) §. vlt. Inst. quib. mod. re contrah. oblig. L. 9. §. 5. D. de pignorat. actione.

k) L. 22. §. 1. D. h. t. L. 16. §. 4. D. de pignor. L. 1. 2. 3. C. de pign. act.

aber nicht diejenigen, welche der klagende Schuldner davon erhoben haben würde; denn der Gläubiger ist kein malae fidei possessor. Der Schuldner kann auch den Zuwachs und den Gewinnst fordern, den er durch das Pfand erhalten hat [l]). Gesetzt, das Pfand ist ihm gestohlen worden, und er hat durch die deshalb angestellte Klage etwas erworben, als bey der actione furti das quadruplum, bey der condictione furtiua das Interesse; oder er hat das ihm verpfändete Gut oder Haus verpachtet gehabt und damit etwas erworben; denn die Nutzungen kann er verpachten [m]), er muß aber über den Gewinn von den Nutzungen Rechnung ablegen, und selbige erst auf die Zinsen, sodann aber vom Kapital selbst abrechnen [n]). Verzugszinsen muß der Beklagte von Zeit der erhobenen Klage, da er sich geweigert hat, die verpfändete Sache wieder auszuhändigen, bezahlen [o]). Ist das Pfand von dem Gläubiger auf rechtmäßige Weise veräußert worden, und er hat das Kaufgeld dafür schon erhalten, so muß er dem Schuldner den Ueberschuß des Kaufgeldes herausgeben, auch Zinsen davon entrichten, wenn er das Geld selbst genutzet, oder solches herauszugeben verzögert hat [p]). Hat er das Kaufgeld noch nicht erhalten, und solches dem Käufer eine Zeitlang creditirt, so muß er dem Schuldner ebenfalls den Ueberschuß herausgeben, und dieser braucht sich nicht an den Käufer anweisen zu lassen; denn das Creditgeben geht auf seine Gefahr, und ist ein Unternehmen, welches den Schuldner nichts angeht. Ist das Kaufgeld dem Käufer vom Pfandgläubiger nicht creditirt worden,

l) L. 18. §. 1. D. de pignor. actione. L. 22. pr. §. 1. D. eod. Pütters Rechtsfälle, 2ter Band, 198. Bed. Nr. 147 flg. 199. Resp. nr. 165 flg.

m) L. 35. §. 1. L. 37. D. de pignorat. actione.

n) L. 1. 3. et 12. C. de pignor. act.

o) L. 7. D. h. t. L. 32. §. 2. D. de vsur.

p) L. 6. §. 1. L. 7. L. 24. L. 42. §. 2. D. de pignor. actione.

worden, so muß der Schuldner entweder so lange warten, bis der Käufer bezahlt hat, und dann kann er den Ueberschuß verlangen, oder, wenn er das nicht will, so muß er sich von dem Pfandgläubiger dessen wider den Käufer habende actionem venditi abtreten lassen; durch diese letztere wird jedoch der Gläubiger noch nicht von seiner Verbindlichkeit frey, sondern der Schuldner klagt wider den Käufer auf des Gläubigers Gefahr; kann er wider den Käufer nichts ausrichten, weil solcher nicht zahlfähig ist, so muß ihm der Gläubiger dennoch den Ueberschuß des Werthes, oder die hyperrectam entrichten q). Will der Kläger executivisch klagen, so muß auch die Befriedigung des Gläubigers klar seyn, oder er muß sich wenigstens in der Klage dazu erbieten. Hiernächst muß auch aus dem Pfandbriefe deutlich erhellen, daß dem Pfandgläubiger die Sache wirklich pfandweise übergeben worden, und daß also keine bloße Hypothek bestellt worden sey.

Als Einreden kann der Beklagte brauchen, 1) daß die in der Klage angeführte Sache gar nicht bey ihm verpfändet worden sey, und nun muß der Kläger die wirkliche Verpfändung beweisen; 2) daß Kläger die Sache nicht bey ihm verpfändet habe. Diese Einrede würde statt haben, wenn der Gläubiger das Pfand wieder bey einer dritten Person verpfändet hat, und nun würde diese dritte Person von dem Schuldner durch die Hauptpfandklage in Anspruch genommen. Hier kann der Beklagte vorschützen, er sey aus dem Pfandcontracte nicht verbindlich; worauf aber der Kläger repliciren kann, die Sache sey ihm, als ein dem Kläger zugehöriges Pfand, verpfändet worden. Es kann 3) vorgeschützt werden, Kläger habe ihn noch nicht bezahlt, und nun muß Kläger erst zeigen, auf welche Weise der Gläubiger wirklich befriedigt worden sey r). Hierauf kann der Kläger repliciren, Beklagter sey

q) L. 24. §. 2. D. de pignor. actione.
r) L. 9. §. 3. D. de pignor. act.

sey selbst Schuld daran, daß die Bezahlung noch nicht geleistet worden [s]), desgleichen, das Geld sey gerichtlich deponirt worden. Auch kann 4) vorgeschützt werden, Kläger habe noch nicht alles bezahlt [t]); oder 5) daß er ihm auch noch wegen einer andern Schuld verhaftet sey; welche Einrede sich auf die Verordnung der L. vn. C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse gründet [u]). Wenn gleich der Gläubiger wegen der Schuld, zu deren Sicherheit ihm das Pfand gegeben wurde, völlig befriedigt worden ist, der Schuldner ist ihm aber auch noch aus einem andern Grunde etwas schuldig, so braucht er das Pfand nicht eher herauszugeben, als bis er auch dieser Schuld wegen befriedigt worden ist. Daß es nur eine Anlehnsschuld, debitum ex mutuo, seyn müsse, ist nicht nöthig, sondern der Ausdruck: chirographaria pecunia wird blos der Pfandschuld entgegen gesetzt, und bedeutet jede andere Forderung, die der Pfandgläubiger an den Schuldner hat, worauf sich aber der Pfandcontract nicht erstreckt. Man nehme an, ich versetze bey dem Titius meine Uhr für 10 Rthlr., nach der Zeit aber kaufe ich ihm auch ein Buch für 5 Rthlr. ab, welches ich ihm nicht bezahle. Wie ich die Uhr einlösen will, und ihm daher die geborgten 10 Rthlr. nebst den Zinsen bezahlt habe, weigert er sich, die Uhr eher herauszugeben, bis ich die 5 Rthlr. Kaufgeld auch bezahlt haben würde. Gesetzt nun, ich klage actione pignoratitia directa wider ihn auf die Herausgabe des Pfandes, so kann er nur die angeführte Einrede entgegen setzen.

Außer den angeführten Einreden kann 6) vorgeschützt werden, daß er auf den Fall der nicht zu gesetzter Zeit geschehenen Wiedereinlösung ihm die Sache käuflich zu über-

s) L. 20. §. 2. D. de pignor. actione.

t) L. 8. §. 2. L. 11. §. 4. L. 24. §. 1. D. de pignor. actione.

u) C. N. Schlichtkrvl Prog. in L. vn. C. etiam ob chirographar. pecun. etc. Gryphiswaldae 1777.

überlassen versprochen habe x). Diese Einrede heißt mit andern Worten so viel: es sey auf den angegebenen Fall ein pactum de vendendo geschlossen worden. Es hat 7) die Einrede statt, daß die Sache durch einen Unglücksfall zu Grunde gegangen sey y), worauf aber replicirt werden kann, daß Beklagter den Unglücksfall zu tragen übernommen, oder daß er Schuld daran sey, oder er habe die Zurücklieferung zu Klägers Nachtheil verzögert, und müsse ihm daher das Interesse prästiren. Es kann 8) vorgeschützt werden, Kläger habe Beklagtem die aufgewendeten Kosten noch nicht vergütet; denn da der Gläubiger wegen der auf die verpfändete Sache aufgewendeten Kosten klagen, und deswegen actionem pignoratitiam contrariam anstellen kann, so muß er noch vielmehr das Recht haben, sich der angeführten Einrede zu bedienen. Der Kläger kann aber repliciren, Beklagter habe den Aufwand wider Klägers Verbot gemacht z). Dieser Replik kann die Duplik entgegen gesetzt werden, die Kosten hätten schlechterdings auf die Sache verwendet werden müssen, und der Schuldner habe, ungeachtet ihm die dringende Gefahr bekannt gewesen, dennoch zur Erhaltung der Sache selbst keine Anstalt gemacht, wodurch die Sicherheit des Beklagten darunter gelitten haben würde a). Es kann ferner replicirt werden, Beklagter habe zu viel aufgewendet, und dadurch Klägern die Wiedereinlösung erschwert, daher er sich

x) L. 16. §. fin. D. de pignor. L. vlt. pr. D. de contr. emt. STRVV in iurispr. forens. Lib. III. tit. 35. §. 11. MEVIVS Dec. I, 21. Hrn. Prof. Weber's Erörterung der Frage: wie weit erstreckt sich eigentlich bey Verpfändungen das Verbot legis commissoriae? Kiel 1784. im Niedersächsischen Archiv für Jurisprudenz, I, 3. 14.

y) §. 4. Inst. quib. mod. re contrah. obligat. L. 5 et 6. C. de pignor. act.

z) L. 40. L. 53. D. mandati. L. 24. C. de negot. gest. LEYSER Spec. 155. Med. 2.

a) LEYSER Spec. 156. Med. 4.

sich den Abzug gefallen lassen müsse, wenn es auch gleich impensae *vtiles* seyn sollten [b]). Man kann repliciren, die Kosten dürften als impensae voluptuariae nicht in Anschlag gebracht werden; desgleichen, Kläger wolle dem Beklagten wegen seines verlangten Kostenersatzes Sicherheit bestellen; und nun kommt es auf das Ermessen des Richters an, ob dem Gläubiger dadurch in seinem Retentionsrechte nicht geschadet werde [c]). Es kann 9) vorgeschützt werden, daß Kläger Beklagtem die Nutzungen des Pfandes, anstatt der von dem Kapital zu entrichten versprochenen Zinsen überlassen habe [d]). Endlich kann 10) die Einrede der Verjährung der längsten Zeit, nachdem die Bezahlung geschehen ist [e]), vorgeschützt werden, ohne daß jedoch der Gläubiger hierdurch das Eigenthum des Pfandes erlangt.

Von der Verjährung der **hypothekarischen Klage** [f]) müssen drey Fälle unterschieden werden, nämlich 1) ob die zur Hypothek verschriebene Sache in den Händen des Schuldners selbst ist, oder seiner Erben, oder 2) ob sie ein Dritter als **Pfandgläubiger** besitzt, oder 3) ob sie ein Dritter als Eigenthümer im Besitz hat. Im ersten Falle, wenn der Schuldner oder seine Erben das Pfandstück besitzen, wird die hypothekarische Klage in **vierzig Jahren verjährt**, weil Justinian in der L. 7. §. 1. C. de praescr.

b) L. 25. D. de pignorat. actione.

c) STRYCK Diss. de cautione per possessionem non auferenda, cap. XI. §. 22.

d) L. 14. C. de vsuris.

e) L. 9. §. 3. D. de pignor. act. L. 7. §. 4. C. de praescr. trig. vel quadrag. annor.

f) L. 10 et 12. C. de pignor. act. **Cramers** Wetzlar. Nebenst. 74ster Thl. Nr. VI. S. 119 u. flg. Thl. 111. Nr. 1. S. 321. Thl. 112. Nr. 1. S. 481. Ioh. Lud. SCHMIDT D. de praescriptione actionis pignoratitiae directae, Ien. 1756. et in Opusc. de praescript. Opusc. II. S. 87. C. F. VOIGT Diss. sub Praes. MARTINI de praescriptione actionis pignoratitiae directae, Rostochii 1794.

praescr. trig. vel quadrag. annor. den vierzigjährigen Zeitraum vorgeschrieben hat. Allein nun entsteht die Frage: ob diese Frist auch alsdenn statt findet, wenn die Hauptforderung, wegen der das Pfandrecht ertheilt wurde, durch die dreyßigjährige Verjährung erloschen ist. Man nehme den Fall an: ich bin einen Kaufschilling schuldig, und habe deswegen eine von meinen Sachen dem Gläubiger verpfändet. Dieser klagt aber binnen 30 Jahren den Kaufschilling nicht ein; seine Personalklage ist also erloschen; kann er demungeachtet vor Ablauf der 40 Jahre die hypothekarische Klage gegen mich noch anstellen? Nach der richtigern Meynung allerdings; denn Justinian hat ohne Unterschied der hypothekarischen Klage gegen den Schuldner die vierzigjährige Frist zur Verjährung vorgeschrieben. Viele Rechtsgelehrte, z. B. Donellus und Titius [g]), finden es zwar sonderbar und beynahe widersprechend, daß die hypothekarische Klage noch statt finden solle, wenn die Hauptforderung nicht mehr klagbar ist; daß eine accessorische Verbindlichkeit noch soll verfolgt werden können, wenn die Hauptverbindlichkeit aufgehoben worden ist. Sie behaupten daher, daß Justinians Verordnung auf den Fall einzuschränken sey, wenn die Hauptverbindlichkeit noch nicht verjährt ist, weil z. B. der Gläubiger den Schuldner von Zeit zu Zeit gemahnt hat. Andere Rechtslehrer, z. B. Brückner und Herr Prof. Weber [h]), haben gezeigt, daß diese Voraussetzung falsch ist, und daß sich Justinians Verordnung rechtfertigen läßt. Auch durch die Verjährung der persönlichen Klage wird die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners nicht aufgehoben, und diese macht, daß das Pfandrecht fortdauern

g) Donellvs in comment. iur. ciuil. Lib. XVI. cap. 26. Titivs in iure priuato, Lib. III. cap. 16. §. 17.

h) Wilh. Hier. Brvecknер D. de praescript. pign. vel hypoth. Ien. 1719. §. 8. Hr. Prof. Weber von der natürl. Verbindlichk. §. 110.

kann i). Eben so unrichtig ist es, wenn einige behaupten, daß, wenn die Hauptverbindlichkeit auch nach dem Ablauf von 40 Jahren noch fortdauert, weil z. B. der Schuldner von Zeit zu Zeit die Zinsen bezahlt hat, die hypothekarische Klage nicht erloschen sey, wie Hr. Prof. Weber a. a. O. ausgeführt hat.

Der zweyte Fall war, wenn ein Dritter als Pfandgläubiger das Pfand in Händen hat, z. B. der Schuldner hat mir die Sache zuerst verhypothecirt, nach der Zeit giebt er auch einem Andern ein Pfandrecht, und tradirt ihm zugleich die Sache; ich stelle also die hypothekarische Klage gegen diesen Besitzer an. In diesem Falle kommt es darauf an, ob der Schuldner noch lebt, oder nicht. Bey Lebzeiten des Schuldners hat der Besitzer des Pfandes den Ablauf von 40 Jahren nöthig, um sich gegen die hypothekarische Klage eines andern Pfandgläubigers schützen zu können; ist hingegen der Schuldner gestorben, so sind 30 oder 40 Jahre zur Verjährung bestimmt; 30 Jahre, wenn der Besitzer die Zeit seines eigenen Besitzes allein in Anschlag bringt; 40 Jahre, wenn er zugleich die Zeit, da der Schuldner das Pfand selbst besessen hat, sich anrechnen will k). Warum das Leben oder der Tod des Schuldners in diesem Stücke in Betrachtung kommt, ist schwer oder vielmehr gar nicht zu erklären l).

Endlich der dritte Fall ist, wenn ein Dritter das Pfand als Eigenthümer besitzt. Der Schuldner hat z. B. eine Sache dem A. verpfändet, mir aber nachher verkauft. Hier muß ich die Sache 10 Jahre unter Gegenwärtigen, 20 Jahre unter Abwesenden besitzen, wenn ich einen gerechten Titel habe, und von dem auf der Sache haftenden Pfandrechte nichts weiß; hingegen erst in 30 Jahren wird die Verjährung vollendet, wenn ich von

i) Ioh. Lud. Schmidt in cit. Opusc. III. §. 3 sqq.
k) L. 7. §. 2 et 3. C. de praescr. trig. vel quadrag. annor.
l) Hr. GJR. Westphal vom Pfandrechte, §. 247.

von dem Pfandrechte weiß, oder keinen rechtmäßigen Titel habe [m]). Uebrigens muß man die Verjährung des Eigenthums am Pfandstücke von der Verjährung der hypothekarischen Klage unterscheiden. Wenn ein dritter Besitzer das Eigenthum des Pfandes gegen den Verpfänder verjährt, so folgt daraus noch nicht, daß auch die hypothekarische Klage verlohren sey. So wenig in dem Falle, wenn der Eigenthümer die verpfändete Sache veräußert hat, dieses dem Pfandgläubiger an seinem Rechte Schaden thut, eben so wenig ist es ihm nachtheilig, wenn Jemand das Eigenthum des Pfandes durch Verjährung an sich gebracht hat [n]). Noch ist zu bemerken: Justinian sagt zwar in der angeführten L. 7. im Pr.: es sey notissimi iuris, daß die actio hypothecaria gegen einen extraneum rei suppositae possessorem 30 Jahr dauere, und er gedenkt hierbey keines Mangels weder am Titel noch am guten Glauben; allein da nach andern Gesetzen, der L. 1 et 2. C. si aduers. credit. der L. 8. pr. C. de praescr. trig. vel quadrag. annor. und der L. 14. C. de obligat. et act. gegen einen Dritten, der das Pfand als Eigenthümer besitzt, die hypothekarische Klage binnen 10 oder 20 Jahren angestellt werden muß; so sind, wenn kein Widerspruch angenommen werden soll, Justinians Worte von dem Falle zu verstehen, wo es am Titel oder guten Glauben fehlt.

Unstatthaft ist die Einrede, daß die verpfändete Sache einem Andern gehöre; denn dieses ist eine exceptio de iure tertii [o]); diese Bewandniß würde es aber nicht haben, wenn der beklagte Gläubiger die ihm verpfändete fremde Sache von ihrem Eigenthümer als Erbe oder Legatar

m) L. 1 et 2. C. si aduers. creditor. L. 8. pr. C. de praescr. trig. vel quadr. annor. L. 7. C. de obligat. et action.

n) L. 44. §. 5. D. de vsurp. et vsucap. Westphal a. a. O. §. 246.

o) L. 9. §. 4. D. de pignor. actione.

tar erhalten haben sollte; denn nunmehr ist sie sein Eigenthum p). Es darf der Beklagte die Sache auch nicht unter dem Vorwande vorenthalten, daß ihm selbst ein Eigenthum daran zustehe, wenn dieses Vorgeben erst noch einer weitern Ausführung bedarf; so wie auch nicht entgegen gesetzt werden darf, daß Kläger durch einen Vertrag sich verbindlich gemacht habe, das Pfand nicht wieder einlösen zu wollen q).

Ich gehe fort zu der **Pfandcontractsgegenklage**, actio pignoratitia contraria. Ihr **Grund** ist der Pfandcontract und eine in Ansehung desselben vorhandene gerechte Ursache zur Entschädigung r). Soll dieselbe directe statt finden, so muß die verpfändete Sache dem **Gläubiger** durch den Pfandcontract in Besitz gegeben worden seyn. Ist dieses noch nicht geschehen, sondern er hat an der Sache auf andere Art, z. B. durch einen prätorischen Vertrag, ein Pfandrecht erlangt, und es ist nun die Frage: was ihm nunmehr wegen eines dabey erlittenen Schadens für eine Klage auf die zu leistende Schadloshaltung zustehe, so ist ein Unterschied zu machen, ob er die ihm verhypothecirte Sache nach der Zeit in Besitz erhalten hat, z. B. durch die hypothekarische Klage, oder ob dieses nicht geschehen ist. Im ersten Falle ist sie einem gegebenen Pfande gleich zu schätzen, und folglich kann er actionem pignoratitiam contrariam vtilem s) anstellen. Im letzten Falle hat er, wo nicht ebenfalls nur gedachte Klage t), doch wenigstens actionem honorariam seu in factum ex pacto u). Als besondere Ursachen der in Anse-

p) L. 29. D. de pignor. actione.
q) STRVV in Iurisprud. forens. Lib. II. Tit. 35. §. 25.
r) L. 8. pr. L. 9. pr. D. de pignor. actione.
s) LAVTERBACH in Coll. Pand. Lib. XIII. tit. 7. §. 25. COCCEII in iure controu. Lib. XIII. tit. 7. qu. 13.
t) L. 9. pr. L. 36. §. 1. D. de pignor. act.
u) L. 17. §. 2. D. de pactis.

Ansehung dieses Contracts dem Pfandgläubiger von dem Schuldner zu leistenden Schadloshaltung sind folgende zu betrachten, und zwar 1) wenn eine fremde oder fehlerhafte Sache verpfändet worden ist [x]). Hieran hat der Pfandgläubiger keine Sicherheit, weil, wenn die Sache eine fremde ist, das heißt, einem Andern zugehört, er ihre Vindication besorgen muß. Ist sie fehlerhaft, so leistet sie ihm die nöthige Sicherheit nicht. Der Pfandschuldner ist auch deswegen nicht von seiner Verbindlichkeit befreyt worden, weil er es nicht gewußt hat, daß die Sache nicht die seinige, oder fehlerhaft sey [y]). Auch befreyt ihn der Umstand nicht, daß er sonst genugsames Vermögen besitzt, weil ihm der Gläubiger anderer Gestalt nicht, als gegen Pfand, creditiren wollen. Eine andere besondere Ursache der Entschädigung ist vorhanden, wenn eine solche Sache zum Pfande gegeben worden, die schon an Jemanden verpfändet ist [z]); desgleichen wenn der Pfandgläubiger auf die verpfändete Sache einen nothwendigen Aufwand, oder einen blos nützlichen, der ihm aber doch vom Schuldner nicht verboten worden ist [a]), gemacht hat; desgleichen wenn er bey dem Pfandcontracte, oder während desselben durch die verpfändete Sache, per dolum, oder culpam latam oder leuem des Verpfänders, Schaden gelitten hat [b]). Hierher gehört auch der Fall, wenn der Verpfänder oder der Schuldner dem Pfandgläubiger den Besitz des Pfandes genommen hat [c]).

x) L. 1. §. 2. L. 9. pr. L. 32. D. h. t.

y) L. 16. §. 1. D. de pignor. act.

z) L. 36. §. 1. D. de pignor. actione.

a) L. 8. pr. D. L. 7. in f. C. h. t. L. 25. D. eod.

b) L. 24. pr. L. 25. D. h. t. §. 4. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.

c) L. 3. L. 22. §. 3. D. de pignor. actione.

Der Kläger ist der Gläubiger, dem etwas verpfändet worden [d]), wie auch sein Erbe. Man klagt wider denjenigen, welcher dem Gläubiger zu seiner Sicherheit ein Pfand gegeben hat [e]), und demselben aus einer gerechten Ursache zur Schadloshaltung verbindlich ist, wie auch sein Erbe. Das Gesuch ist auf eine von dem Beklagten zu leistende Entschädigung zu richten [f]), und muß nach Verschiedenheit dessen, was dem Kläger wegen des Pfandes entgeht, bestimmt ausgedrückt werden [g]). Ist also z. B. deswegen geklagt worden, weil eine fremde oder fehlerhafte Sache, oder eine solche, welche schon verpfändet ist, zum Unterpfande überlassen worden ist, so wird gebeten: daß Beklagter ein anderes tüchtiges und zureichendes Unterpfand Klägern zu übergeben schuldig. Brunnemann hat zwar zu behaupten gesucht, daß in diesem Falle nicht auf die Ablieferung eines andern Pfandes gedrungen werden könne, sondern vielmehr auf die Leistung des Interesse; allein das Interesse besteht ja eben hier in der Ueberlassung eines bessern Pfandes, damit er wegen seiner Forderung hinlängliche Sicherheit habe, weil er dem Schuldner ohne Pfand nichts borgen wollen [h]).

Von den Einreden, welche gegen diese Klage gebraucht werden können, sind zu merken, 1) daß er Klägern die Sache nicht verpfändet habe. Gesetzt, ein Dritter hat für den Schuldner seine Sache verpfändet, und dieser hat nach der Zeit dem Gläubiger das Pfand wieder genommen.

d) L. 9. §. 1. L. 16. §. 1. D. de pignor. act.

e) L. 1. §. 2. L. 16. §. 1. D. h. t. Lavterbach in Coll. Pand. Lib. XIII. tit. 7. §. 26.

f) L. 8. pr. L. 9. pr. D. de pignor. actione.

g) Lavterbach in Coll. Pand. Lib. XIII. tit. VII. §. 27. 28. 29.

h) Brvnnemann ad L. 54. D. de fideiuss. Boehmer de action. Sect. II. cap. 8. §. 36.

men. Hier muß sich der Gläubiger an diesen Dritten halten, und auch den Kostenaufwand von ihm ersetzt verlangen. Der Dritte hält sich nunmehr an den Schuldner actione mandati oder negotiorum gestorum contraria. Repliciret kann werden, der klagende Schuldner habe durch eine gerichtliche Immission, oder, wegen seiner vorher gehabten Hypothek, die Sache in Besitz erhalten, daher ihm die actio pignoratitia contraria vtilis zustehe [i]). Es kann 2) vorgeschützt werden, Beklagter habe die Sache nicht mit verpfändet. Diese Einrede kann z. B. gebraucht werden, wenn der Schuldner aus dem dem Gläubiger pfandweise angegebenen Hause die Mobilien herausgenommen hat, und der Gläubiger solche zurückfordert. Hier kann sich der Schuldner damit schützen, daß er zwar das Haus, nicht aber zugleich die in selbigem befindlichen Mobilien verpfändet habe. Man kann 3) vorschützen, Kläger habe es gewußt, daß die verpfändete Sache eine fremde gewesen sey [k]); wogegen aber replicirt werden kann, Beklagter habe versprochen, auf den Evictionsfall dem Kläger eine andere Sache zu verpfänden [l]). Hierher gehört auch die Einrede, daß die Sache mit Bewilligung des Eigenthümers verpfändet worden sey. Es kann 4) vorgeschützt werden, die Sache gebe Klägern immer noch eine hinreichende Sicherheit, wenn sie gleich auch einem Andern verpfändet sey [m]). Man kann 5) vorschützen, der Kostenaufwand sey unnöthig gewesen [n]); desgleichen 6) er sey wider Klägers Verbot gemacht worden. Ist das Verbot unrechtmäßiger Weise eingelegt worden, so schadet es nichts, und man setzt diesen Umstand als Replik entge-

i) LAVTERBACH in Coll. Pand. Lib. XIII. tit. 7. §. 25.

k) L. 27. C. de euict.

l) L. 7. C. commun. vtriusque iudicii.

m) L. 36. §. 1. D. de pignor. act.

n) L. 8. pr. L. 25. D. de pignor. act.

gen o). Es hat 7) die Einrede statt, Kläger habe sich seines Pfandrechts begeben p), welches alsdenn der Fall ist, wenn er dem Schuldner das Pfand von selbst freywillig zurück gegeben hat. Hierauf kann replicirt werden, die Zurückgabe des Pfandes sey deswegen geschehen, weil Beklagter ihm die Schuld gleich zu bezahlen versprochen, er habe aber sein Wort nicht gehalten q). Auch dadurch kann sich der Pfandgläubiger seines Pfandrechts begeben, wenn er sein Pfand zurückgiebt, und wegen der Schuld einen Bürgen annimmt r). Außer den angeführten Einreden kann 8) die Einrede vorgeschützt werden, er habe sich den Schaden durch seine eigene Schuld zugezogen s); desgleichen 9), es sey die Schuld schon getilgt worden t); wie auch 10), die gemachte Forderung sey verjährt u).

Eine unstatthafte Einrede würde es seyn, 1) wenn der Beklagte vorschützen wollte, Kläger sey bey Beklagtem nicht gefährdet, das heißt, er habe keinen Schaden zu besorgen x). Ein solcher unrichtiger Gebrauch dieser Einrede würde es z. B. seyn, wenn der Beklagte eine fremde Sache versetzt hätte, der Kläger verlangte deswegen eine andere Sache dafür, und nun erwiederte der Beklagte, er habe keine Gefahr bey ihm zu besorgen, weil er reich genug sey, seine Schuld zu bezahlen. Dieses Vorgeben befreyt

o) Leyser Spec. 156. Med. 4. Hr. Prof. Weber in den Beytr. zum stillschweigenden Conventionalpfandrechte, III, 16. 17.

p) L. 22. §. 4. D. de pignor. actione.

q) L. 3. D. de pignorat. act.

r) L. 5. §. 2. D. quib. mod. pign. vel hyp. soluit.

s) L. 5. pr. L. 7. §. 2. L. 8. §. 1. D. quib. mod. pign. vel hyp. L. 7. C. de remiss. pign.

t) L. 11. D. de precar.

u) Io. Lud. Schmidt in Opusc. de praescriptione, Opusc. II. pag. 192.

x) L. 32. D. de pignor. act.

befreyt nicht von der Ueberlieferung eines andern Unterpfandes, weil der Gläubiger ihm ohne Unterpfand nicht crediticen wollen. Unstatthaft ist 2) die Einrede, daß die Sache durch einen Zufall zu Grunde gegangen sey y). Gesetzt, es ist dem Pfandgläubiger die versetzte goldene Uhr bey einem gewaltsamen nächtlichen Einbruche mit gestohlen worden, so verliert er zwar dadurch sein Pfandrecht, nicht aber seine an den Schuldner zu machende Forderung. Oder es ist dem Gläubiger ein Haus verpfändet worden, worauf er verschiedene nöthige und nützliche Kosten verwendet hat. Nach dieser Zeit brennt das Haus ab, ohne daß er Schuld daran ist. Hier kann der Pfandgläubiger nichts desto weniger die actionem pignoratitiam contrariam wider den Schuldner anstellen, daß er ihm den gemachten Aufwand vergüte; welche Klage er in diesem und in dem vorhergehenden Falle mit der condictione certi ex mutuo alternativisch cumuliren kann, doch ist es ihm unverwehrt, nur eine von beyden anzustellen.

Die possessorischen Rechtsmittel, deren Gebrauch der Pfandcontract verstattet, lassen sich bey der Materie von Hypotheken am bequemsten erläutern.

y) §. 4. Inst. quib. mod. re contrah. obligat. L. 9. C. de pign. act.

Lib. XIV. Tit. I.

de exercitoria actione.

§. 876 — 882.

Die persönlichen Klagen entstehen entweder aus einer verbindlichen Handlung, oder unmittelbar aus der Billigkeit. Bey den Klagen der ersten Art macht man nochmals einen Unterschied, ob sie gegen Jemanden wegen seiner eigenen Handlung angestellt werden können, oder wegen der Handlung eines Andern, welche Handlung er aber nach der Vorschrift der Gesetze als seine eigene betrachten muß. Solche Klagen werden actiones *adiectitiae* qualitatis genennt. Eine jede Klage kann actio *adiectitiae* qualitatis werden, wenn sie gegen mich aus einer fremden Handlung angestellt wird. Die actio *emti* wird z. B. *adiectitiae* qualitatis, wenn ich sie gegen den Vater aus einem Kaufe anstelle, welchen ich mit dem Sohn auf Befehl des Vaters geschlossen habe, und in diesem Falle heißt sie actio *emti quod iussu*. Die Klage ist ferner *adiectitiae* qualitatis, wenn ich aus einem mit dem Faktor geschlossenen Kauf gegen den Handelsherrn klage, und heißt in diesem Falle actio *emti institoria*. Eben so giebt es auch eine actionem *emti* exercitoriam, tributoriam, de peculio, de in rem verso; es giebt eine actionem *locati* quod iussu, *locati* institoriam etc. Einige actiones *adiectitiae* qualitatis konnten bey den Römern nur aus der Handlung des Sclaven, oder filiifamilias, wider den Herrn und Vater, andere hingegen aus der Handlung eines jeden Menschen, er mochte Sclave, Sohn, oder Fremder seyn, wider ihn angestellt werden. Zu jener Klasse gehörte die actio quod iussu,

iussu, de peculio und tributoria, zu dieser aber die actio exercitoria, institoria und de in rem verso. Nach dem Civilrechte konnte man bey den Römern durch den Contract eines Andern nicht verbindlich gemacht werden, selbst alsdenn nicht, wenn der Andere in seiner Gewalt war; diesen Satz milderte aber der Prätor und setzte fest, daß der Vater und Herr in gewissen Fällen durch den Contract des Sohnes oder Sclaven verbindlich gemacht werden sollten.

Wie bereits bemerkt worden, ist die actio *exercitoria* eine von den Klagen, die man *adiectitiae* qualitatis nennt. *Exercitor*, der Schiffspatron, der Schiffsrheder heißt derjenige, welcher ein Schiff ausrüstet, es mit allen nöthigen Dingen versieht, und den Vortheil davon zieht, das Schiff mag sein eigenes oder ein gemiethetes seyn. *Magister nauis*, Schiffsmeister, ist der, welchem der Rheder das ganze Schiff anvertraut, daß er auf der Reise für alles sorge, und dem Schiffsvolke die nöthigen Befehle ertheile. Unter ihm steht der Schiffer, der Ober- und Untersteuermann, welche die Befehle wegen des Segelns ertheilen, und abwechselnd die Wache haben. Bey den Römern wurde bisweilen ein freyer Mensch als exercitor nauis angestellt, bisweilen der Sohn, bisweilen der Sclave des Rheders, bisweilen der Sclave eines Andern. Schließt der Schiffsmeister einen Contract über ein ihm anvertrautes Geschäfte, so kann er selbst, es kann aber auch der Schiffsrheder aus diesem Contract actione *exercitoria* belangt werden [a]).

Der Grund dieser Klage ist ein Contract [b]), oder vollkommen verbindlicher Vertrag, den man mit einem Schiffsmeister, magister nauis, wegen eines mit dem Schiffe

a) Adr. Temminck Diss. de exercitoria actione, Basil. 1663. Eckard in exam. actionum forensium, Part. XII. pag. 62.

b) §. 2. Inst. quod cum eo, qui in alien. potest.

Schiffe von ihm zu betreibenden Gewerbes [c]), nach der ihm ertheilten Instruction [d]), geschlossen hat. Das Wort Schiff wird hier in sehr allgemeiner Bedeutung genommen, und man versteht ein jedes Fahrzeug darunter, worauf etwas, es mag ein Mensch, oder eine Sache, oder beydes seyn, über das Wasser gebracht wird, das Wasser mag ein Meer, eine See, oder ein Fluß seyn. Wegen der weitläuftigen Bedeutung des Wortes Schiff sind auch Flössen und Fähren, pontones, darunter zu verstehen [e]). Das Gewerbe, welches mit dem Schiffe getrieben wird, besteht in der Ueberfahrt der Personen und Sachen über das Wasser, um davon alle Einkünfte zu ziehen. Derjenige, welcher dieses Gewerbe in seinem eigenen Namen treibt, heißt exercitor nauis, quia negotiationem *exercet*, der Schiffsrheder, der Schiffspatron.

Der Kläger ist derjenige, welcher mit dem Schiffer, oder seinem Substituten [f]) über etwas, dem er bey dem Schiffe vorgesetzt worden ist, nach der ihm ertheilten Instruction contrahirt hat [g]), der Schiffer mag von einem Stande oder Alter seyn, von welchem es sey; ein freyer Mensch oder ein Sclave, majorenn oder minderjährig, weil sichs der Schiffspatron selbst beyzumessen hat, daß er einen Minderjährigen zum Schiffer angestellt hat [h]). Der Contrahent kann ferner klagen, wenn auch der Contract nicht mit dem Schiffer selbst, sondern mit seinem Substituten geschlossen worden ist, wenn auch der Schiffer sich solchen ohne Wissen und Willen des Schiffspatrons substituirt haben sollte; doch wird erfordert, daß er es nicht ohne erhebliche Ursache gethan hat. Dieses ist zum

c) L. 1. §. 1 et 7. D. h. t. §. 2. Inst. cit.
d) L. 1. §. 12. D. de exerc. actione.
e) L. 1. §. 6. D. de exercit. actione.
f) L. 1. §. 5. D. de exercit. actione.
g) §. 2. Inst. quod cum eo, qui in aliena potest. L. 1. §. 7 et 12. D. h. t.
h) L. 1. §. 4. D. de exercit. actione.

zum Besten der Schiffenden eingeführt worden, weil es sich zu Wasser nicht füglich thun läßt, daß man dem Schiffspatron von der Nothwendigkeit der Substitution Nachricht geben kann. Dieses läßt sich eher bey einem Gewerbe zu Lande von einem institor bewerkstelligen; und hierdurch unterscheidet sich die actio *exercitoria* von der institoria, bey welcher letztern der Präponent nicht haftet, wenn der Contract mit einem Substituten des Faktors geschlossen worden, da doch der Faktor das Recht, sich Jemanden zu substituiren, nicht erhalten hatte. Auch der Erbe des Contrahenten kann gegenwärtige Klage anstellen i).

Der Beklagte ist der Schiffsrheder oder Schiffspatron k), er mag aus einer oder aus mehrern Personen bestehen l), welche alsdenn Schiffsfreunde genennt werden; es mag das Schiff ihr Eigenthum seyn, oder sie mögen es gemiethet haben. Von mehrern Schiffsrhedern haftet jeder in solidum, so wie mehrere Präponenten, wenn gleich ihre Antheile an dem Schiffe sehr ungleich seyn sollten. Daher haftet auch derjenige, welcher den kleinsten Antheil hat, für das Ganze m), und er kann wider die übrigen actione pro socio oder communi diuidundo seinen Regreß nehmen n). Etwas anders wäre es, wenn die mehrern Schiffsfreunde selbst contrahirt hätten; denn hier haftet jeder nur nach seinem Antheil, den er an dem Schiffsgewerbe hat o). Auch wider den Erben kann die Klage angestellt werden p).

Das

i) L. 4. §. 4. D. de exerc. actione.

k) §. 2. Inst. quod cum eo, qui in aliena potest. L. 1. §. 15. D. de exercit. actione.

l) L. 1. §. 24 et 25. D. de exercit. actione.

m) L. 3. D. de exercit. actione.

n) L. 3. cit. L. 13. §. fin. L. 14. D. de instit. actione.

o) L. 4. pr. D. h. t. LAUTERBACH in Coll. Pand. h. t. §. 9.

p) L. 4. §. 4. D. de exercit. actione.

Das Gesuch wird darauf gerichtet, daß Beklagter dasjenige gänzlich leiste, was Kläger nach dem geschlossenen Contract zu fordern hat. Gänzlich, das heißt, alles zusammen, was Kläger vermöge des mit dem Schiffsmeister geschlossenen Contracts fordern kann; nicht etwa blos dasjenige, was dadurch auf Beklagten gekommen ist, oder in wiefern er dadurch reicher geworden ist. Es kommt alles darauf an, daß man sich nach der Instruction des Schiffsmeisters gerichtet hat [q]). Habe ich z. B. einen Kauf, einen Miethcontract mit ihm geschlossen, so stelle ich actionem *emti*, actionem *locati* exercitoriam an. Wenn ich blos mit dem Schiffer contrahirt habe, so hat diese Klage nicht statt; denn dieser hat keinen Auftrag, Contracte im Namen des Rheders zu schließen.

Als Einrede wider diese Klage kann 1) gebraucht werden, es sey mit dem Schiffer kein Contract geschlossen worden [r]); 2) der Gegenstand des Contracts sey dem Schiffsmeister nicht aufgetragen worden [s]); 3) es sey nicht mit allen Schiffern contrahirt worden [t]); worauf aber Kläger repliciren kann, er habe es nicht nöthig gehabt, weil der Schiffspatron jedem Schiffer seine eigene Art von Geschäften aufgetragen habe. Es kann 4) vorgeschützt werden, Kläger habe sich nicht nach der Schiffsordre oder Instruction des Schiffers gerichtet [u]). Auch kann 5) vorgeschützt werden, daß die Klage durch den Ablauf von dreyßig Jahren bereits verjährt worden [v]). Unstatthaft würde die Einrede seyn 1), daß der Schiffer einen Betrug begangen habe, oder nachläßig gewesen sey [x]); wie auch 2) daß

q) §. 2. Inst. quod cum eo, qui in aliena potest. L. 1. §. 15. D. de exerc. actione.
r) L. 1. §. 2. D. de exercit. actione.
s) L. 1. §. 12. D. de exercit. actione.
t) L. 1. §. 13 et 14. D. de exercit. actione.
u) L. 1. §. 12. D. de exercit. actione.
v) L. 4. §. 4. D. de exercit. actione.
x) L. 1. §. 9 et 10. D. de exercit. actione.

daß der Contract blos mit dem Substituten geschlossen worden sey.

Die Klage wird actio quasi-exercitoria, oder actio exercitoria vtilis genennt, wenn der Schiffsmeister bey seiner Verwaltung eine unerlaubte Handlung unternommen hat [y]); denn hier haftet der Schiffspatron ebenfalls. Gesetzt, der Schiffer hat mit Convoye absegeln sollen; ist aber ohne solche abgesegelt, und darauf von einem Kaper weggenommen und beraubt worden. Hier muß der Schiffspatron den Contrahenten, welche ihre Waaren auf das Schiff verdungen haben, allen dadurch verursachten Schaden ersetzen. Die Gesetze haben dieses wegen des für das gemeine Wesen aus dem Schiffsgewerbe entspringenden Vortheils eingeführt [z]). Der Contrahent hat ferner die Wahl, ob er wider den Schiffspatron oder wider den Schiffsmeister klagen will, wenn der letztere ein freyer Mensch ist.

Lib. XIV. Tit. II.

de Lege Rhodia de iactu.

§. 883 — 890.

Der Grund der condictionis ex Lege Rhodia de iactu [a]) besteht in der durch die bürgerlichen Gesetze [b]) bestätigten natürlichen Billigkeit, daß der Schaden durch einen

y) L. 1. §. 2. D. de exercit. actione.

z) L. 1. §. 2. 5. 17. et 18. D. de exerc. actione. Boehmer de actionibus, Sect. II. cap. 10. §. 5. Stryck in vsu mod. h. t. §. 1 et 19.

a) Schilter Exerc. XXVII. §. 25. Pagenstecher ad Lavterbachii Comp. Digest. Lib. XIV. tit. 2. Stryck in vsu mod. h. t. §. 8. Boehmer de actionib. Sect. II. cap. 8. §. 112. Eckard in exam. action. forens. Part. XII. pag. 68.

b) L. 1. D. de Lege Rhodia de iactu.

einen gemeinschaftlichen Beytrag ausgeglichen werde, den Jemand zur Abwendung einer allgemeinen Gefahr durch die Einbuße des Seinigen gelitten [c]). Wenn in einer gemeinschaftlichen Gefahr, das heißt, in einer solchen Gefahr, die mehrere zusammengenommen angeht, einer oder mehrere eine Einbuße des Ihrigen erlitten haben, wodurch es geschehen ist, daß die Sachen anderer Personen erhalten worden sind, so ist es billig, daß diejenigen, deren Sachen erhalten worden sind, den Schaden mit einander tragen, welcher jenen durch die Einbuße des Ihrigen erwachsen ist. In der L. 2. pr. D. de Lege Rhodia de iactu heißt es: aequissimum est commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, vt merces suas saluas haberent. Nach den Worten des Gesetzes gehört der Fall hierher, wenn man zur Zeit eines besorglichen Schiffbruchs [d]), zur Erleichterung des Schiffs, Waaren oder andere Sachen [e]), z. B. Schiffsgeräthe, Seegel, Seegelstangen, den Mast, die Anker, Schiffsseile, Ankerseile ausgeworfen, und selbige zu Grunde gegangen sind, dadurch aber das Schiff und andere Sachen, auch solche, die das Schiff eben nicht beschweren, als Uhren, Edelsteine, Ringe, erhalten worden sind. Hier muß der Herr des Schiffs und der Sachen, welche erhalten worden sind, einen Beytrag zum Ersatz des Schadens derjenigen thun, welche deswegen ihre Sachen eingebüßet haben; und deswegen heißt es: der Schaden geht über Schiff und Gut. Gesetzt, bey einer plötzlich entstandenen Feuersbrunst wird mein Haus niedergerissen, um dadurch zu verhindern, daß die Flamme weiter um sich greife; oder im Kriege hat sich der Feind einer Stadt bemächtigt, und er droht solche an mehreren Orten

c) L. 2. pr. in fine D. de Lege Rhodia de iactu.

d) L. 2. pr. D. de Lege Rhodia de iactu.

e) L. 1 et 2. §. 1. in fine. L. 3 et 5. §. 1. D. de Lege Rhodia de iactu.

Orten in Brand zu stecken, wenn ihm nicht eine bestimmte Summe von Contributionsgeldern bezahlt werde. Gesetzt nun, einer von den reichsten Einwohnern schießt diese Gelder vor, so müssen ihm die übrigen solche nach ihrem Antheile ersetzen. Löst Jemand das von einem Seeräuber weggenommene Schiff aus, so muß der Herr des Schiffs und diejenigen, deren Sachen dadurch erhalten worden sind, ihm das bezahlte Geld wiedergeben [f]).

Die Klage wird von demjenigen angestellt, der das Seinige zur Erhaltung der Sachen Anderer in einer gemeinschaftlichen Gefahr eingebüßt hat [g]), wie auch von seinem Erben. Man stellt sie wider denjenigen oder diejenigen an, deren Sachen dadurch gerettet worden sind, daß Andere das Ihrige zu deren Erhaltung in gemeinschaftlicher Gefahr aufgeopfert haben [h]). Bey den Römern konnte der Kläger wider diese nicht unmittelbar klagen [i]), sondern er mußte den Schiffer actione locati belangen, daß solcher die geborgenen Sachen so lange, bis der Beytrag geschehen sey, zurückbehalte, oder wenn er die Sachen nicht mehr hatte, daß er diejenigen, welche ihm solche zur Ueberfahrt verdungen, actione conducti auf ihren Beytrag verklage [k]). Es können auch die Erben dieser Personen verklagt werden.

Das Gesuch wird darauf gerichtet, daß Beklagte nach der Größe des Werthes ihrer geretteten, und des Verlusts der vom Kläger eingebüßten Sachen [l]), zur Vergütung des erlittenen Schadens einen Beytrag zu thun schuldig [m]). Der Werth der geretteten Sachen

f) L. 2. §. 3. D. de Lege Rhodia de iactu.
g) L. 1. L. 2. §. 3. D. de Lege Rhodia de iactu.
h) L. 2. pr. in fine D. de Lege Rhodia de iactu.
i) L. 14. pr. D. de praescr. verb.
k) L. 2. pr. D. de Lege Rhodia de iactu. LAUTERBACH in Coll. Pand. Lib. XIV. tit. 2. §. 10.
l) L. 2. §. 2 et 4. D. de Lege Rhodia de iactu.
m) L. 1. L. 2. §. 2. D. de Lege Rhodia de iactu.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0445
DFG

wird nach dem Preiße bestimmt, wofür solche verkauft werden können, und nicht nach demjenigen, wofür sie vom Eigenthümer eingekauft worden; denn nicht dasjenige, wofür sie eingekauft worden, sondern dasjenige, wofür sie gegenwärtig verkauft werden können, ist durch den Auswurf der eingebüßten Sachen erhalten worden n). Der Werth der ausgeworfenen und verlohrnen Sachen wird nach dem Preiße bestimmt, den sie damals wirklich hatten, und man sieht nicht darauf, daß sie so und so theuer verkauft werden können, wenn sie nicht ins Wasser geworfen worden. Man sieht hierbey auf keinen Gewinnst, sondern auf den Schaden, den der Kläger durch den geschehenen Auswurf wirklich gelitten hat, und in Gesetzen o) heißt es: detrimenti, non lucri fit praestatio.

Wider diese Condiction kann der Beklagte einwenden, 1) es sey in der That keine gemeinschaftliche Gefahr vorhanden gewesen p). Gesetzt, es ist Jemandem bey einer entstandenen Feuersbrunst sein Haus niedergerissen worden, obgleich gar keine gemeinschaftliche Gefahr vorhanden war, indem das Feuer entweder schon wieder gelöscht worden, oder das niedergerissene Haus lag sehr weit davon entfernt. Hier kann der Eigenthümer nicht wider die Einwohner des Ortes klagen, daß sie ihn entschädigen sollen, sondern er muß sich actione Legis Aquiliae blos an den halten, der ihm sein Haus widerrechtlicher Weise niederreißen lassen. Es hat 2) die Einrede statt, die gemeinschaftliche Gefahr sey durch die Sache, welche Kläger eingebüßt habe, doch nicht abgewendet worden q). Versinkt also das Schiff nach geschehenem Auswurf doch noch, oder es wird zertrümmert, und nun hat jeder so viel gerettet,

n) L. 2. §. 4. D. de Lege Rhodia de iactu.
o) L. 1 et 2. §. 2. D. de Lege Rhodia de iactu.
p) L. 2. §. 2. D. h. t. verb. tempestate graui orta necessario iactura facta erat.
q) L. 4. pr. L. 5. pr. L. 7. D. h. t.

tet, als er konnte, entweder durch Werfung in ein Boot oder auf einem Stück Holz, so kann derjenige nichts fordern, dessen Sachen vorher schon ausgeworfen worden waren. Wird bey einer Feuersgefahr doch der Gewalt des Feuers durch Niederreißung meines Gebäudes nicht Einhalt gethan, sondern es brennen noch alle Gebäude weg, die hinter meinem Gebäude stehen, und jeder rettet von seinen Sachen was er kann, so darf ich keine Entschädigung von diesen Personen fordern. Man kann 3) vorschützen, Kläger sey durch den Muthwillen eines Dritten um seine Sache gekommen [r]); z. B. es hat Jemand die Sache aus Muthwillen über Bord geworfen; oder 4) die Gefahr sey durch das Versehen eines Dritten verursacht worden [s]). Gesetzt, die gemeinschaftliche Gefahr ist dadurch entstanden, weil der Schiffer das Schiff nicht gehörig verwahrt gehabt, oder er hatte es überladen, und deswegen war man genöthigt, dasselbe durch Auswerfen verschiedener Sachen zu erleichtern. In solchen Fällen müssen sich die Eigenthümer der ausgeworfenen Sachen an den Schiffer actione locati halten, weil er an der gemeinschaftlichen Gefahr Schuld ist. Sollten sie sich an diesem nicht erhohlen können, so findet diese Condiction doch auch wider die Reisegefährten statt, deren Sachen mit jener ihrem Schaden erhalten worden sind; es war doch eine gemeinschaftliche Gefahr vorhanden, welche die Kläger nicht verursacht haben, und durch die Einbuße ihrer Sachen sind die Güter der übrigen erhalten worden [t]). Es kann 5) vorgeschützt werden, Kläger habe seine Sache wieder bekommen [u]). In diesem Falle kann er weiter nichts fordern, als was der Schaden beträgt, welcher

r) L. 14. pr. §. 2. D. de praeser. verb.

s) L. 27 §. 23. D. ad Leg. Aquil. L. 30. §. 2. D. locati. L. 28. §. 12. D. de poen. LAVTERBACH h. t. §. 2. SCHAVMBVRG in Comp. Dig. h. t. §. 3.

t) HAVER in memor. actionum, pag. 144.

o) L. 2. §. 7. L. 4. §. 1. D. de Lege Rhodia de iactu.

durch die erlittene Beschädigung der Sache entstanden ist, und weil er sie nicht so gut wieder erhalten, als sie zu der Zeit war, wo der Auswurf geschahe [x]). Hat er sie ganz unbeschädigt wieder bekommen, so kann er gar nichts fordern, und er muß, wenn er wirklich schon etwas erhalten hat, das bereits Erhaltene wieder herausgeben. In der L. 2. §. 7. D. h. t. heißt es: exoneratur collatio. Bey den Römern klagten diejenigen, welche schon bezahlt hatten, wider den Schiffer actione ex locato, und der Schiffer forderte von demjenigen, welcher die Bezahlung erhalten, das bereits Bezahlte actione ex conducto wieder zurück [y]). Heutiges Tages bedarf es dieser Weitläuftigkeiten nicht, sondern derjenige, welcher bereits bezahlt hat, kann das Bezahlte von dem, der es erhalten, unmittelbar condictione sine causa wieder zurück fordern. Es kann 6) die Einrede vorgeschützt werden, Kläger müsse den Schaden allein tragen [z]), weil selbiger nicht durch die Abwendung einer gemeinschaftlichen Gefahr verursacht worden sey. Wenn z. B. das Schiff durch einen Sturm beschädigt worden ist, und es haben die Waaren dabey Schaden gelitten, so kann weder der Herr des Schiffs noch ein Eigenthümer der beschädigten Waaren eine Vergütung von denjenigen verlangen, die mit auf dem Schiffe waren, oder Waaren darauf hatten. So auch, wenn bey einer Feuersbrunst ein Haus bereits in Flamme gerathen ist, und man reißt es nieder, damit das Feuer nicht weiter um sich greift; so kann der Eigenthümer dieses Hauses von denjenigen, deren Häuser stehen geblieben sind, keine Entschädigung fordern, weil das Niederreißen nicht zu Abwendung der gemeinschaftlichen Gefahr geschehen ist [a]).

Man

x) L. 4. §. 2. D. de Lege Rhodia de iactu.

y) L. 2. §. 2. D. de Lege Rhodia in iactu.

z) L. 2. §. 1. L. 6. D. h. t. Pütters Rechtsfälle, II, 241.

a) Harppreght ad §. 13. Inst. de Lege Aquil. nr. 6. Schoepfer in Synops. iur. Rom. Lib. XIV. tit. 2. nr. 14.

Man kann 7) vorschützen, Kläger müsse ebenfalls seinen Antheil von dem erlittenen Schaden mit tragen [b]); denn die gemeinschaftliche Gefahr muß von allen übernommen werden, daher der Kläger nicht frey ausgehen kann, sondern er muß ebenfalls einen Theil des Schadens nach der Größe des Werthes seiner geretteten Sachen mit übernehmen. Es kann 8) vorgeschützt werden, Beklagter sey deswegen keinen Beytrag zu thun schuldig, weil er keine Sachen auf dem Schiffe gehabt, sondern blos für seine Person als Passagier mitgefahren sey; daher heißt es in der L. 2. §. 2. D. h. t.: corporum liberorum aestimationem nullam fieri posse. Ferner kann 9) vorgeschützt werden, Beklagter sey nicht schuldig, von den zum Anziehen bey sich gehabten Kleidungsstücken etwas beyzutragen [c]). Es hat 10) die Einrede statt, Kläger suche blos einen Gewinn [d]); desgleichen kann 11) vorgeschützt werden, die Klage sey durch den Ablauf von dreyßig Jahren verjährt.

Da der Hr. GRR. des Strandrechts gedacht hat, so will ich etwas darüber anführen [e]). — Bey den ältesten Teutschen waren, wegen des Mangels eines allgemeinen Schutzes und Privatrechts, die Fremden übel daran. Man sahe sie für Feinde und Kundschafter an, und machte sie daher gleich zu Knechten, sogar auch diejenigen, welche Schiffbruch, oder ein anderer unglücklicher Zufall auf teutschen Boden führte. Alles, was solche

b) L. 1. D. h. t. Stryck in vsu mod. h. t. §. 7. Struve Exerc. XV. th. 20.

c) L. 2. §. 2. D. h. t. Lauterbach in Coll. Pand. h. t. §. 7.

d) L. 2. §. 4. D. h. t. Strubens rechtl. Bedenken, 3ter Thl. Nr. 21.

e) Hr. HR. Runde im teutschen Privatrechte, §. 112. Hr. RR. Danz im Handbuche des teutschen Privatrechts, 1ster Thl. §. 112. S. 423.

Personen bey sich hatten, fiel demjenigen zu, der sie angriff und überwältigte. Dadurch ist in der Folge das Grundruhr- oder Strandrecht entstanden, welches in der Befugniß besteht, die Güter und Waaren der durch erlittenen Schiffbruch unglücklich gewordenen Leute, ja selbst ihre Personen, sich zuzueignen. Fremde und ihr Eigenthum verfielen dem Grundherrn, oder dem Eigenthümer des Bodens, auf den sie angetrieben wurden. Dieß war natürlich nicht immer der Landesherr, sondern auch Communen und andere Privateigenthümer übten, wie dieses unzählige Beyspiele beweisen, die nämliche Befugniß aus [f]). Deswegen dachte man niemals daran, aus diesem barbarischen, die gesunde Vernunft und Menschheit beleidigenden Rechte ein Regale machen zu wollen; vielmehr haben Kaiser und Landesherren schon frühzeitig an dessen Abschaffung gearbeitet. Schon unter dem Kaiser Friedrich dem IIten erkannte man die Ungerechtigkeit desselben, und erließ nachdrückliche Verordnungen dagegen. Allein da solches doch noch in der peinlichen Gerichtsordnung Carls des Vten unter die zu dieser Zeit an etlichen Orten im Schwange gehenden Mißbräuche gezählt wird, so muß das ältere dießfallsige Verbot, wenigstens nicht an allen Orten, zur Vollziehung gekommen seyn [g]).

Nunmehr weiß man schon lange nichts mehr davon, sondern es sind fast aller Orten eigene Gebäude, unter dem Namen Bergehäuser, erbaut worden, in welche die gestrandeten Sachen abgeliefert werden müssen, und worin sie

f) Schvback vom Strandrechte, S. 291 und 322.

g) Schvback l. c. pag. 119. Pfeffinger ad Vitriarivm Tom. III. pag. 1473. 1474. de Boehmer et Cress ad Art. 218. C. C. C. Gerstlachers Handbuch der teutschen Reichsgesetze nach dem möglichst ächten Text in systematischer Ordnung, 10ter Thl. S. 2294. Friedr. Ernst Carl Mereau Miscellaneen zum teutschen Staats- und Privatrechte, 1ster Thl. Gotha 1791. Nr. 18. S. 424.

sie unter öffentlichem Schutze und Aufsicht aufbewahrt werden. Meldet sich in der Folge der Eigenthümer, und kann sich als solchen legitimiren, so werden ihm seine verlohrnen und wiedergefundenen Güter, gegen Erlegung einer bestimmten Summe Geldes, das Bergegeld genennt, ohne Anstand zurück gegeben. In den meisten Strandordnungen, welche überhaupt hierbey die nähern Bestimmungen an die Hand geben müssen, ist eine gewisse Zeit, gewöhnlich Jahresfrist, festgesetzt, innerhalb welcher der Eigenthümer der gestrandeten Sachen sich melden muß, weil er nach Ablauf derselben seines Eigenthums durch Verjährung verlustig geachtet wird. Nach diesen Betrachtungen verdient das Grundruhrrecht, in seiner heutigen Gestalt, nicht nur nicht den Vorwurf der Grausamkeit, sondern es muß vielmehr als eine wohlthätige Anstalt für Verunglückte, wenn anders der Termin, innerhalb welchem die gestrandeten Sachen wieder gefordert werden müssen, nicht zu kurz anberaumt worden ist, geschätzt werden. Dasselbe als ein Regale an und für sich ansehen zu wollen, dafür ist durchaus kein Grund vorhanden. Selbst wenn man unter dem Namen eines Hoheitsrechts dem Regenten alle herrenlose Sachen zuschreibt, so findet dieses hier doch keine Anwendung, da in unserm Falle ein animus derelinquendi von Seiten des Eigenthümers gar nicht denkbar ist. Vielmehr gehört das Strandrecht unläugbar zu den Benutzungen der Gewässer, ist also ein Ausfluß des Eigenthums derselben, und aus diesem Grunde sowohl, als auch vermöge der Oberaufsicht und Polizeygewalt sind die Landesherren allerdings wohl befugt, in Ansehung der Bergehäuser, des Bergegeldes u. s. f. in eigenen Strandordnungen die nöthigen Verfügungen zu treffen, und auch die gestrandeten Sachen, zu welchen entweder gar kein, oder doch kein Eigenthümer innerhalb der vorgeschriebenen Zeit sich meldet, sich anzumaßen.

Lib. XIV. Tit. III.

de institoria actione.

§. 891 — 893.

Es ist zwar bereits etwas über den Ausdruck: actio adiectitiae qualitatis bemerkt worden [a]); der Wichtigkeit dieser Materie wegen, will ich die Sache noch ausführlicher erläutern. Eine actio adiectitiae qualitatis ist diejenige Klage, welche wider Jemanden, wegen der verbindlichen That eines Dritten, dessen Person er, den Rechten nach, nicht vorstellt, aus einer besondern gerechten Ursache angebracht wird; denn wäre dieses, daß er des Dritten Person den Rechten nach vorstellte, so haftet er aus dessen Handlung, gleichsam als wenn es die seinige wäre, und es hat die daraus herrührende Klage wider ihn statt. Aus diesem Grunde ist der Erbe wegen der Handlung seines Erblassers verbunden [b]); der Pupill aus der That seines Vormundes [c]); der Cessionar aus der That des Cedenten [d]). Der Regel nach kann man Jemanden wegen der verbindlichen That eines Dritten, dessen Erbe er nicht

a) Henr. Bergeri Diss. de adiectitiarnm qualitatum fontibus, Viteb. 1687. et in Eivs Diss. select. Nr. XII. Lud. Ern. Hert. Diss. de actionibus adiectitiarum qualitatum earumque vsu hodierno, Ienae 1718.

b) L. 22. D. de vsurpat. et vsuc. L. 2. §. 2. D. de verb. obligat. L. 62. D. de reg. iur.

c) L. 3. C. quando ex facto tutor.

d) L. 5. C. de hered. vel act. vend. L. 4. §. 27. D. de doli mali et met. except.

nicht geworden ist, z. B. wegen des Contracts, welchen dieser Dritte mit uns geschlossen hat, nicht verklagen e). Soll Jemand verbindlich seyn, so muß er diese Verbindlichkeit durch seine eigene Handlung auf sich bringen. Gesetzt nun aber, es ist eine gerechte Ursache verhanden, weshalb man wider Jemanden aus der verbindlichen Handlung eines Dritten klagen kann, so wird er unmittelbar aus den Gesetzen verbindlich, deshalb zu haften, und hierdurch wird eine actio adiectitiae qualitatis begründet. Gesetzt, ich habe dem Sohne des Cajus ein Haus für 600. Rthlr. verkauft, weil mir es sein Vater geheißen hat. Hier kann ich actione venditi wider den Vater auf die Bezahlung der 600 Rthlr. klagen, und unter diesen Umständen ist die actio venditi eine actio adiectitiae qualitatis, weil im Klageschreiben des Geheißes des Cajus, als des Vaters, als der besondern gerechten Ursache gedacht werden muß. Bey dieser Art von Klagen hat man also auf zweyerley zu sehen, nämlich 1) auf die That, wodurch uns derjenige, welcher sie unternommen hat, unmittelbar selbst verbindlich geworden ist. In dem angeführten Beyspiele ist der Sohn des Cajus aus dem Kaufe des Hauses dem Verkäufer unmittelbar verbunden. Die Klage, welche deswegen statt findet, heißt die Hauptklage, actio principalis, oder directa, und diese wird durch die eingeführte actionem adiectitiae qualitatis nicht aufgehoben, weil diese nur außer der Hauptklage eingeführt worden ist. Es muß bey diesen Klagen 2) auf die besondere gerechte Ursache gesehen werden, warum man diese Klage wider einen Dritten anstellen kann. Hier sind wieder zwey Fragen zu beantworten, und zwar 1), was ist für eine solche gerechte Ursache zu halten, aus welcher man wider Jemanden wegen der verbindlichen That eines Dritten klagen kann? und 2) was giebt es für solche gerechte Ursachen? Die gerechte Ursache besteht in der mora-

e) L. 11. D. de obligat. et action.

moralischen Theilnahme an der verbindlichen That des Dritten; denn wenn Jemand auf keine Weise nach den Gesetzen an der verbindlichen That eines Dritten Antheil nimmt, so kann er auch wegen solcher nicht belangt werden. Es giebt viererley solche gerechte Ursachen, und zwar: 1) praepositio, worauf sich die actio exercitoria und die actio institoria gründet; 2) iussus; 3) versio in rem; 4) concessio peculii.

Diese gerechte Ursache wird in der Klage entweder gleich angeführt, und heißt alsdenn eben adiectitia qualitas, oder sie wird, wie es nach neuern Gesetzen [f]) erlaubt ist, darin verschwiegen. Ist jenes geschehen, so bekommt die Hauptklage, welche nun eine actio adiectitiae qualitatis geworden ist, deswegen einen besondern Namen, und heißt z. B. actio emti institoria. Ihre Natur selbst wird also dadurch nicht geändert; sondern diese bleibt, wie sie ist. Durch die hinzugekommene Qualität bekommt sie nur die Eigenschaft, daß sie wider einen Dritten, welcher außer der Qualität nicht verbindlich seyn würde, statt findet. Wenn also z. B. die Hauptklage ihrer Natur nach eine actio bonae fidei ist, so bleibt sie dieses auch noch, wenn sie gleich eine actio adiectitiae qualitatis geworden ist. Wenn ich daher actionem venditi, die ich wider den Sohn anstellen kann, wider seinen Vater anstelle, weil er es dem Sohn geheißen, den Kauf zu schließen, so hört sie dadurch nicht auf, eine actio bonae fidei zu seyn [g]). Wird die besondere gerechte Ursache verschwiegen, so bleibt es bey dem Namen der Hauptklage, und die dabey verschwiegene Qualität wird erst nachher in der Replik vorgebracht, wenn er die Einrede vorgeschützt hat, daß ihn die Sache nichts angehe. Der Richter darf daher die Klage nicht angebrachtermaßen verwerfen, wenn in solcher von der

f) §. 8. Inst. quod cum eo, qui in aliena potest.

g) Hopp ad §. 28. Inst. de action. Idem ad Pr. Inst. quod cum eo etc.

der qualitate adiectitia nichts angeführt worden seyn sollte. Weil nun die actio adiectitiae qualitatis mit einer verbindlichen That eines Dritten begründet werden muß, so folgt, daß, wenn die That des Dritten unverbindlich ist, weil derselbe z. B. durch Furcht, Gewalt, oder Argliſt zum Contract bewogen worden ist, daß alsdenn der Beklagte dadurch die wider ihn angestellte Klage entkräften könne. Ueberhaupt kann sich der Beklagte aller der Einreden bedienen, welche sonst wider die Hauptklage zuläßig sind, weil, wie vorhin gedacht worden, die Natur der Hauptklage durch die hinzugefügte Qualität nicht geändert wird; z. B. die exceptio implementi non secuti, wenn die Hauptklage aus einem zweyseitigen Contracte, die Einrede des nicht bezahlten Geldes, der geschehenen Bezahlung, u. s. f.

Nachdem dieses vorausgeschickt worden, gehe ich fort zur Erläuterung der in diesem Titel angeführten Klage, welche actio *institoria* [h]) heißt, und mit einer andern Klage, welche actio *institutoria* genennt wird, nicht verwechselt werden darf. Sie ist eine prätorische Klage [i]), und setzt einen Contract voraus, oder einen vollkommen verbindlichen Vertrag [k]), der mit dem institore, wegen solcher Angelegenheiten, deren Besorgung ihm aufgetragen worden ist [l]), nach der erhaltenen Instruction lex praepositionis, geschlossen worden ist [m]). In Gesetzen wird von solchen Angelegenheiten das Wort negotiatio gebraucht, und man versteht ein Geschäfte darunter, welches Gewinnstes wegen getrieben wird. Geschieht dieses auf dem Lande, so

h) Am. Eckolt D. de institoria actione, Lipſ. 1674. Eckard in Exam. action. forens. Part. XII. pag. 73.

i) §. 2. Inst. quod cum eo etc.

k) §. 2. Inst. quod cum eo, qui in aliena potest. L. 1. D. h. t.

l) §. 2. Inst. cit. L. 3. L. 5 et §. 11.

m) L. 11. §. 5. D. de institor. actione.

so heißt derjenige, welchen der Herr des Gewerbes diesem Geschäfte vorgesetzt hat, institor, quia negotio gerendo instat, ein Gewerbsvorsteher, Gewerbsaufseher, Handlungsvorsteher, Faktor. Ist mit einem solchen institor ein Contract geschlossen worden, so haftet der Herr des Gewerbes so gut, als wenn er selbst contrahirt hätte, und zwar kommt bey jenem nichts darauf an, ob er 1) ein freyer Mensch oder ein Sclave, 2) ob er paterfamilias oder filiusfamilias, 3) ob er eine Mannsperson oder eine Weibsperson, 4) ob er minderjährig oder majorenn ist n); nur muß der Contract über solche Sachen geschlossen worden seyn, worüber der institor ausdrücklich oder stillschweigend, jedoch wird hier kein consensus praesumtus als hinreichend angesehen o), gesetzt worden ist, und er darf auch nicht wider die ihm ertheilte Vollmacht gehandelt haben. Die Vorschrift, welche ihm zur Regel und Richtschnur dienen muß, wird Lex praepositionis, die Ordre, die Instruction genennt, und man versteht nichts anders, als eine Vollmacht darunter, welche dem Institor vom Herrn des Gewerbes ertheilt, und worin er angewiesen worden ist, wie er handeln soll. Uebrigens begreift diese Instruction das Recht, nicht nur solche Handlungen vornehmen zu können, die ausdrücklich darin genannt sind, sondern auch andere, die als stillschweigend verstattet, angenommen werden müssen, wohin alles dasjenige gehört, ohne welches das Gewerbe nicht mit Vortheil betrieben werden kann. Soll also der Vorsteher z. B. Waaren einkaufen, und der Handelsherr hat ihm kein Geld, oder nicht genug Geld dazu gegeben, so ist dem Vorsteher stillschweigend die Befugniß ertheilt worden, das nöthige Geld zu diesem Waareneinkauf erborgen

n) L. 2. L. 7. §. 1 et 2. D. de instit. actione.

o) Arg. L. 1. §. 5. D. de exercit. act. L. 7. §. 11. D. ad Sctm. Maced. L. 18. D. mandati. Wernher in Obs. Part. V. Obs. 288.

erborgen zu können, und deswegen kann der Gläubiger, welcher das Geld vorgeschossen hat, wider den Herrn des Gewerbes die actionem institoriam *ex mutuo* anstellen p), und die Einrede wird nicht geachtet, es stehe nicht ausdrücklich in der Instruction, zu dem gegenwärtigen Waareneinkaufe Geld borgen zu können.

Der Kläger ist derjenige, welcher mit dem Institor über etwas, dem er vorgesetzt worden, nach der ihm ertheilten Instruction einen Contract oder Vertrag geschlossen hat, er mag dieses in eigener Person, oder durch Jemanden, dem er Vollmacht dazu gegeben, oder sich substituirt hat, gethan haben q). Betrifft der Contract etwas anders, so muß sich der Contrahent allein an den Institor halten, weil er hier nicht als Institor gehandelt hat. Auch die Erben und die Bürgen, welche sich für den Institor verbürgt haben, können die gegenwärtige Klage anstellen r).

Der Beklagte ist der Herr des Gewerbes, der Präponent, der Principal, das heißt, derjenige, welcher in seinem eigenen Namen das Gewerbe treibt, und Jemanden dazu vorgesetzt hat, er mag das letztere unmittelbar selbst, oder durch einen Andern, z. B. durch seinen Bevollmächtigten oder Vormund gethan haben s), und dieser Principal kann aus einer oder aus mehrern Personen bestehen t). Mehrere Principale haften in solidum, das heißt, wegen des Ganzen, welches deswegen eingeführt worden ist, um Handelsgeschäfte dieser Art desto sicherer zu befördern, und damit derjenige, welcher mit einem Institor von mehrern Principalen contrahiren will, aus Besorg-

p) L. 5. §. 13. D. de instit. actione.
q) L. 5. §. 11. L. 11. §. 5. D. de instit. actione.
r) L. 5. §. 16. L. 11. pr. L. 15. D. de instit. actione.
s) §. 2. Inst. quod cum eo, qui in alien. potest. L. 11. §. 2. D. h. t. L. 5. §. vlt. D. h. t.
t) L. 13. §. 2. L. 14. D. de instit. actione.

Besorgniß, daß er nachher mit vielen in Streit gerathen werde, mit solchem sich einzulassen kein Bedenken trage [u]). Hier tritt also eine nach unmittelbarer Verordnung der Gesetze statt findende Correalverbindlichkeit ein. Der Handelsherr, welcher den Kläger befriedigt hat, kann nachher wider seine Mitgesellschafter actione pro socio, oder communi diuidundo, seinen Regreß nehmen [x]). Mehrere Erben eines Präponenten haften nur pro rata [y]).

Das Gesuch geht darauf, daß der Beklagte dasjenige gänzlich leiste, was man vermöge des geschlossenen Contracts zu fordern hat [z]). Es muß alles geleistet werden, was Kläger vermöge des mit dem Institor geschlossenen Contracts zu fordern berechtigt ist, und der Beklagte kann nicht vorschützen, er wolle das leisten, was auf ihn gekommen ist, oder wodurch er reicher geworden sey. Genug daß bey dem Contract nach des Institors Instruction gehandelt worden ist; denn hierdurch allein wird der Herr des Geschäfts verbindlich.

Unter die Einreden, welche der gegenwärtigen Klage entgegen gesetzt werden können, gehört 1) die Einrede, daß mit dem Institor kein Contract geschlossen worden sey. Nunmehr muß der Kläger diesen Contract beweisen, und hierzu kann er die Handschrift des Institors brauchen [a]). Es kann 2) vorgeschützt werden, das Gewerbe sey auf eine unverbindliche Art einem Andern übertragen worden [b]). Dieses kann sowohl von Seiten des Präponenten geschehen seyn, z. B. wenn ein Unmündiger das Gewerbe ohne Einwilligung seines Vormundes übernommen hat; als auch von

u) L. 2. D. de exercit. actione.

x) L. 13. §. 2. D. de instit. actione.

y) L. 14. in fine D. de instit. actione.

z) §. 2. Inst. quod cum eo, qui in alien. potest.

a) Leyser Spec. 159. Med. 2.

b) L. 9. L. 11. §. 1. D. h. t. L. 1. §. 5. D. de exercit. actione.

von Seiten des Institors, wenn dieser sich Jemanden substituirt hat, da er doch nach der Instruction kein Recht hatte, durch andere Personen das Geschäfte zu besorgen. Hierauf kann replicirt werden, der Substitut habe das Geschäft eben so gut verrichtet, als es nur von dem Institor selbst würde verrichtet worden seyn [c]); so wie man auch repliciren kann, der Präponent, als Beklagter, habe das Geschäft genehmigt [d]). Man kann 3) vorschützen, der Contract sey nicht über eine Handlung geschlossen worden, welche mit dem aufgetragenen Gewerbe in Verbindung stehe [e]). Replicirt der Kläger, es sey doch Beklagtens Nutzen befördert worden; so muß Beklagter dupliciren, in diesem Falle habe eine andere Klage statt, die er anstellen müsse. Es kann 4) vorgeschützt werden, Kläger habe die ertheilte Instruction überschritten [f]); worauf sich repliciren läßt, dieß sey ungegründet, indem es stillschweigend darin enthalten sey; wie auch, Beklagter haste doch so weit, als die Ordre nicht überschritten worden. Man kann 5) vorschützen, der Contract sey nicht in des Principals Namen geschlossen worden; z. B. der Institor hat für sich ein Kapital erborgt. In zweifelhaften Fällen wird vermuthet, daß ein Contrahent für sich contrahirt habe; denn daß es Namens eines Andern geschehe, erfordert eine besondere Anzeige. Es hat 6) die Einrede statt, der Contract sey mit keinem Institor geschlossen worden [g]); der angebliche Institor habe sich blos dafür ausgegeben; er habe die Waaren z. B. nur unter seiner Aufsicht gehabt.

Man

c) Arg. L. 8. §. 3. D. mandati.

d) L. 7. pr. D. de instit. actione.

e) L. 5. §. 1. D. de instit. actione coll. c. L. 1. C. h. t.

f) L. 11. §. 5. D. de instit. act. Leyser Spec. 161. Med. 3 et 4. Mveller ad Leyser. Obs. 346. II, 1. 194.

g) L. 11. §. 6. D. de instit. act. Lavterbach h. t. §. 11. Wernher Obs. Part. V. Obs. 238. Leyser Spec. 161. Med. 6 et 7.

Man kann 7) vorschützen, es sey eine Novation vorgenommen worden [h]), indem z. B. der Kläger für die Schuld, mit seiner, des Beklagten, Befreyung, selbst den Institor zum Schuldner angenommen, welches aber der Beklagte freylich beweisen muß. 8) Hat die Einrede statt, Kläger habe den Contract nach öffentlich wiederrufener Präposition geschlossen [i]). Nach der Wiederrufung hat der bisherige Institor dieses zu seyn aufgehört, und eine dergleichen Wiederrufung pflegt dadurch zu geschehen, daß der Präponent an das Gewölbe, wo bisher die Handlung oder das Gewerbe geführt worden ist, schriftlich bekannt macht, man solle mit seinem zeitherigen Faktor nicht mehr contrahiren. Heutzutage macht man solche Sachen in den Zeitungen bekannt. Hierauf kann replicirt werden, es sey kein Anschlag da gewesen; z. B. wenn ihn Jemand, ohne daß Beklagter etwas davon gewußt, abgerissen hätte [k]). Man kann 9) vorschützen, Kläger habe nicht mit einem allein contrahirt; wenn nämlich der Beklagte zu dem Gewerbe mehr als einen Institor gebraucht, und solchen die Instruction dahin ertheilt hat, daß sie allemal in Gesellschaft und keiner für sich allein einen Handel besorgen sollen, so hat diese Einrede statt [l]). Es läßt sich hierauf repliciren, sie hätten das Recht gehabt, sammt und sonders handeln zu können. Endlich hat 10) die Einrede der Verjährung statt [m]).

Es giebt auch Einreden, welche nicht vorgeschützt werden dürfen, und dahin gehört 1) die Einrede, daß der Institor sich einen Betrug oder eine Unvorsichtigkeit zu Schulden kommen lassen [n]). Der Principal muß sich es

h) L. 13. §. 1. D. de institit. act.
i) L. 11. §. 2 et 3. D. de institit. act.
k) Brvnnemann ad L. 11. D. de institit. actione.
l) L. 11. §. 5. D. de inst. act.
m) L. 15. D. de institit. act.
n) L. 7. §. 2. L. 11. §. 4. D. h. t. L. 5. pr. D. de tribut. actione. L. 1. §. 2. in fine D. de exercit. act.

es selbst beymessen, daß er keinen redlichern und fleißigern Menschen zum Institor angenommen hat; jedoch muß der Kläger an dem Betruge nicht selbst Schuld seyn. Es darf 2) nicht als Einrede gebraucht werden, daß der Contract nach des Präponenten Tode mit dem Institor geschlossen worden sey o); der Kläger mag es gewußt haben oder nicht, daß der Präponent bereits gestorben war; genug daß er mit dem Institor nach seiner Instruction gehandelt hat; denn die Bestellung eines Faktors geschieht für sich und seine Erben. Wollte der Präponent das Geschäfte des Faktors nicht länger fortdauern lassen, so mußte er es öffentlich wiederrufen; denn dieses erfordert die öffentliche Sicherheit des Handels.

Mit der zeither erläuterten Klage darf man weder die sogenannte actionem quasi institoriam, oder institoriam vtilem, noch andere dabey vorkommende Klagen verwechseln. Die actio quasi institoria oder institoria vtilis hat in zwey Fällen statt, nämlich 1) wenn der Institor bey seiner Verwaltung ein Verbrechen begangen hat; dafür muß der Präponent stehen, und selbst der dolus des Institors befreyt ihn von dieser Verbindlichkeit nicht p). Will der Präponent nicht dabey haften, so muß er alle Schuld von sich ablehnen können, und dieses muß er in der Replik anführen. Gesetzt, ein Landfuhrmann hat einen Knecht, welchen er über sein Fuhrwerk gesetzt hat, um Fracht anzunehmen, und selbige an die verdungenen Oerter hinzufahren. Ein Kaufmann in Hamburg giebt diesem Knechte oder Schaffner für 500 Rthlr. seidene Waaren mit, die er nach Braunschweig abliefern soll. Der Knecht fährt damit nach Frankfurt, verkauft die Waaren daselbst, und geht mit dem Gelde in alle Welt. Hier kann der Hamburger Kaufmann wider den Landfuhrmann

o) L. 5. §. 17. L. 11. pr. L. 17. §. 2 et 3. D. de inst. actione.

p) L. 5. §. 8. D. de instit. actione.

actione institoria *vtili* auf die Bezahlung der Waaren klagen. Der zweyte Fall, wo unsere Klage gebraucht werden muß, ist alsdenn vorhanden, wenn man aus einem mit einem bloßen Bevollmächtigten geschlossenen Contract den Bevollmächtigten in Anspruch nehmen will [q]; hier kann aber der Bevollmächtiger vorschützen, daß der Bevollmächtigte die Gränzen der Vollmacht überschritten habe; 2) daß der Contract nach bereits wiederrufener Vollmacht geschlossen worden sey.

Was die übrigen Klagen betrifft, welche deswegen gebraucht werden können, weil ein Gewerbe durch einen Institor besorgt worden ist, so müssen dabey mehrere Fälle unterschieden werden. — Die actio institoria ist zum Besten desjenigen eingeführt worden, der mit einem Gewerbsvorsteher contrahirt hat; denn sie wird von dem Contrahenten wider den Präponenten angestellt. Es fragt sich aber: was für eine Klage kann der Herr des Gewerbes brauchen? — Dieser kann nicht nur wider seinen Gewerbsvorsteher oder Faktor klagen [r], sondern es hat auch zuweilen eine Klage aus dem Contracte seines Institors wider den Contrahenten statt [s]. In Ansehung des Faktors kommt es darauf an, ob er der Gewalt des Präponenten unterworfen war, oder nicht, sondern ein freyer Mensch ist. Im ersten Falle hat zwischen ihm und dem Präponenten keine Klage statt, weil beyde für eine Person gehalten werden, und Niemand wider sich selbst klagen kann [t]. Besitzt der Sohn ein peculium militare, so kann

q) L. 10. §. 5. D. mand. vel contra. L. 19. pr. D. de instit. act. Boehmer de action. Sect. II. cap. 10. §. 9.

r) L. 1. §. 18. D. de exercit. act. Lavterbach h. t. §. 4. Hvld. ab Eyben Diss. de actionibus, quae dantur inter praeponentem et factorem, Giessae 1687.

s) L. 1 et 2. D. de instit. act. Lavterbach h. t. §. 12. Boehmer de action. Sect. II. cap. 10. §. 6.

t) L. 11. in fine C. de impub. et aliis substit.

kann sich der Vater daran halten, weil er hierüber Verbindlichkeiten einzugehen befugt ist. Im letzten Falle, nämlich wenn der Institor ein freyer Mensch ist, kann der Präponent wider ihn klagen, und er muß diejenige Klage wider ihn anstellen, welche aus dem Contracte entspringt, wodurch der Faktor in seine Dienste getreten ist; mithin entweder die actio conducti, oder die actio mandati, je nachdem der freye Mensch die Besorgung des Gewerbes gegen Bezahlung, oder umsonst übernommen hat [u]).

In Rücksicht auf den Contrahenten, welcher mit dem Institor einen Contract geschlossen hat, ist zu merken, daß der Herr des Geschäfts aus dem Contracte seines Institors wider denjenigen, der mit diesem contrahirt hat, klagen kann, 1) wenn der Institor unter seiner, des Präponenten väterlichen Gewalt steht. Hier muß eben die Klage gebraucht werden, welche aus dem Contract entsteht, den der Institor mit dem Contrahenten geschlossen hat; z. B. die Klage aus dem Kaufcontract, wenn ein Kauf geschlossen worden; denn in dergleichen Fällen hat er sich durch diesen Faktor die Verbindlichkeit des Contrahenten erworben, mithin auch die deshalb statt findende Klage [x]). Anders verhält sich die Sache, wenn der Institor nicht unter der Gewalt des Präponenten stand, und der Präponent sich an seinem Institor weder actione conducti, noch actione mandati [y]) erholen kann. Hier kann er actionem quasi-institoriam aus dem Contracte anstellen, welchen der Institor mit dem Dritten geschlossen hat, z. B. wegen eines geschlossenen Kaufs die actionem venditi quasi-institoriam. Außer diesen beyden Fällen kann der Präponent nicht wider den Contrahenten klagen; denn dazu hat der Prätor keine Klage eingeführt, weil

u) Arg. L. 1. §. 18. D. de exercit. actione.
x) Pr. Inst. per quas pers. L. 1. D. de instit. actione.
y) L. 1. in fine D. h. t. L. 2. eod.

der Präponent wider seinen Faktor, der ein freyer Mensch ist, schon eine Klage hat, und ihn actione conducti oder mandati belangen, oder sich die Klage von ihm abtreten lassen kann, welche ihm, dem Faktor, wider den Contrahenten zusteht.

Es fragt sich weiter: was für eine Klage kann der Contrahent wider den Institor anstellen, mit dem er contrahirt hat? — Es ist die nämliche, welche aus dem Contracte entspringt, den er mit dem Institor geschlossen hat; jedoch hat sie nur unter folgenden Einschränkungen statt, nämlich: 1) muß der Institor ein freyer Mensch seyn [z]). Deswegen darf die Klage nicht für unstatthaft gehalten werden, weil der Faktor noch unter der väterlichen Gewalt steht; denn wenn auch dieses der Fall ist, und er auch nichts eigenes besitzt, so muß der Vater für ihn bezahlen, weil er das väterliche Gewerbe besorgt hat. Ein Hausſohn kann übrigens wegen jeder Verbindlichkeit verklagt werden; aber bey einem römischen Sclaven gieng es nicht an, weil er keine personam standi in iudicio hatte; und deswegen mußte die actio institoria wider seinen Herrn, als den Präponenten, angestellt werden. 2) Wird vorausgesetzt, daß der Faktor noch wirklich in Diensten des Präponenten steht [a]). Ist der Dienst zu Ende, so ist es billig, daß er auch keine Beschwerden weiter davon habe; und nunmehr mag der Contrahent wider den Präponenten selbst klagen, da ihn das Gewerbe allein angegangen ist [b]). Soll der Faktor auch dann noch haften, wenn sein Dienst bereits zu Ende ist, so muß eine solche Verbindlichkeit vorhanden seyn, weshalb er auch ohne Rücksicht auf seinen ehemaligen Dienst in seinem eigenen Namen

z) Pr. Inst. per quas pers. L. 7. §. 1. D. de instit. act. L. 1. §. 17. D. de exercit. act.

a) L. 20. D. de instit. actione.

b) L. 7. §. 1. L. fin. D. de instit. act. L. 7. §. 11. D. ad Sctm. Maced. LAUTERBACH h. t. §. 12.

Namen belangt werden kann. Dieser Fall tritt ein, 1) wenn er sich selbst für den Präponenten verbindlich gemacht, z. B. verbürgt hat [c]; 2) wenn er sich fälschlich für den Institor ausgegeben hat; 3) wenn er es nicht gesagt hat, daß er blos im Namen des Präponenten contrahire, und der Contrahent wußte es auch nicht selbst schon, daß er nur ein Institor sey; 4) wenn er mit dem Präponenten in Compagnie steht, folglich ein Mitgesellschafter desselben ist. Hier haftet er als Gesellschafter selbst nach niedergelegter Stelle eines Handelsfaktors.

Endlich fragt sich: was der Institor für eine Klage wider den Contrahenten anstellen könne? — Ebenfalls die aus dem Contract entspringende, z. B. wenn er ihm von den Waaren seines Präponenten etwas verkauft, und das Geld dafür noch nicht bekommen hat, actionem venditi [d]; nur muß der Faktor keine unter des Präponenten Gewalt stehende Person seyn; denn wäre er z. B. ein filiusfamilias, so hätte er das Recht, aus dem Contracte zu klagen, nicht sich, sondern seinem Vater erworben; und dieses würde der Fall seyn, wenn er ein Sclave wär [e]. Es darf überdieses auch nicht etwa der Dienst schon beendigt seyn [f]; denn in diesem Falle hat der Institor ordentlicher Weise kein Interesse mehr, weil er nicht für sich, sondern für seinen Präponenten contrahirt hat.

c) L. 67. D. de procurat.

d) L. 45. §. 5. D. mandati. MOLLENBEC. in thes. iur. ciuil. Lib. XIV. tit. 3. nr. 22.

e) L. 1. D. h. t. L. 41. D. de pecul. Pr. Inst. per quas pers.

f) Arg. L. 20. D. de instit. actione. LAUTERBACH h. t. nr. 22.

Lib. XIV. Tit. IV.
de tributoria actione.

§. 894. 895.

Bey den Römern blieben die Söhne gewöhnlich in der väterlichen Gewalt, so lange sie lebten, und führten während dieser Zeit zuweilen einen Handel. Auch die römischen Sclaven wurden häufig zum Handeln gebraucht, und ihnen zu dieser Absicht peculia gegeben. Man nennte es merces peculiares, wenn der Sohn oder Sclave die Waare entweder durch einen Handel mit seinem peculio, oder durch andere Arbeiten erworben hatte. Wenn nun der Sohn oder Sclave mit Vorwissen des Vaters oder Herrn handelte, und er wurde bey diesem Handel banquerot, so war der Vater oder Herr schuldig, die merces peculiares unter die Gläubiger pro rata zu vertheilen. That er dieß nicht, sondern vertheilte die Waaren entweder gar nicht, oder doch nicht pro rata, so wurde er actione tributoria, das heißt, distributoria belangt, daß er die Theilung vornehmen oder besser einrichten soll. Der Grund der angeführten Klage besteht also in einem Contracte [a]), welcher mit einem unter väterlicher oder herrschaftlicher Gewalt stehenden Menschen [b]) über gewisse, ihm von seinem Vater oder Herrn zu seinem eigenen Gewerbe [c]) überlassene Kramwaaren geschlossen worden ist.

Hat

a) §. 3. Inst. quod cum eo qui in alien. pot. L. 1. pr. D. de tribut. act.

b) L. 1. §. 4. D. de tribut. act.

c) L. 11. §. 2. D. de instit. act.

Hat der Vater oder Herr die Kramwaaren dem Sohne oder Sclaven dazu überlassen, daß solcher damit in des Vaters oder Herrn Namen ein Gewerbe treiben soll, so wird die Waare merx dominica, aber nicht merx peculiaris genennt. In Rücksicht auf solche Waaren ist der Sohn oder Sclave ein institor, und es mußte wider den Herrn oder Vater die actio institoria angestellt werden [d]). Der Contract muß mit Wissen und ohne Widerspruch des Vaters oder Herrn geschlossen worden seyn, und der Vater oder Herr muß den Gläubiger vorsätzlich und aus Betrug nicht auf gehörige Weise befriedigt haben, oder die Waaren gar nicht vertheilen wollen [e]). Man sagt, die Vertheilung sey nicht auf gehörige Weise geschehen, wenn der Gläubiger vom Vater oder Herrn entweder gar nichts oder weniger, als er zu fordern hatte, bekommen hat [f]). Der Betrug ist übrigens nicht der nächste Klagegrund, sondern blos der entfernte; denn der nächste besteht darin, daß sich der Vater oder Herr nicht mit des Gläubigers Schaden bereichern soll; daher heißt es in der L. 8. D. h. t.: haec actio non de *dolo* est, sed rei persecutionem continet.

Der Kläger ist der Gläubiger, welcher über die angeführten Kramwaaren mit dem unter väterlicher oder herrschaftlicher Gewalt stehenden Menschen mit Wissen und ohne Widerspruch des Vaters oder Herrn contrahirt hat; denn widersprach der Vater oder Herr, so sollte man sich mit dem Sohne oder Sclaven nicht einlassen, und welcher nunmehr vom Vater oder Herrn entweder gar nichts bekommen hat, oder nicht gehörig befriedigt worden ist [g]). Auch der Erbe des Gläubigers kann die Klage anstellen [h]).

d) L. 7. §. 3. D. de tribut. act.
e) L. 5. §. 19. L. 7. pr. §. 1 et 2. L. 8. D. de tribut. act.
f) L. 7. §. 2. D. de tribut. act.
g) §. 3. Inst. quod cum eo, qui in alien. potest.
h) L. 8. D. de tribut. actione.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0467
DFG

Der Beklagte ist der Vater oder Herr, der den Gläubiger von den Krammaaren nicht gehörig befriedigt hat [i]); ingleichen sein Erbe; wenn durch diesen Handel etwas auf ihn gekommen ist; aber wegen des Betrugs des Verstorbenen haftet er nicht [k]). Das Gesuch wird darauf gerichtet: daß Beklagter Klägern wegen seiner an den Krammaaren habenden Forderung befriedige, oder wenn es nicht gehörig geschehen ist, eine andere Vertheilung vornehme [l]). Wird wider den Erben geklagt, so bittet man, daß er Klägern so viel zu Befriedigung seiner Forderung herausgebe, als durch des Verstorbenen ungleich gemachte Abtheilung auf ihn gekommen ist.

Man kann dieser Klage folgende Einreden entgegen setzen, und zwar 1), die Krammaaren gehen Beklagten nichts an, weil er solche dem Sohne oder Sclaven zu keinem eigenen Gewerbe überlassen habe [m]). Besitzt also der Sohn ein peculium aduentitium extraordinarium, woran der Vater keinen Anspruch machen darf, und er treibt einen Handel damit, so muß sich der Gläubiger deswegen allein an den Vater halten. 2) Kann vorgeschützt werden, er habe dem Handel widersprochen [n]); 3) es sey der Handel nicht über die geklagten Krammaaren geschlossen worden [o]); 4) Beklagter habe sich bey der verhältnißmäßigen Vertheilung der Krammaaren keiner Gefährde schuldig gemacht [p]); oder 5) es sey keine ungleiche Vertheilung geschehen [q]). Es kann 6) vorgeschützt werden, wenn der Erbe verklagt worden, er sey durch die von dem Ver-

i) §. 3. Inst. quod cum eo, qui in alien. pot.
k) L. 7. §. 5. L. 8. L. 9. §. 2. D. de tribut. actione.
l) L. 6. L. 7. §. 2. D. de tribut. actione.
m) L. 2. D. de tribut. actione.
n) L. 1. §. 3. D. de tribut. actione.
o) L. 5. §. 15 et 16. D. de tribut. act.
p) L. 8. D. de tribut. actione.
q) L. 5. §. 8 et 18. D. de tribut. actione.

Verstorbenen gemachte Vertheilung nicht reicher geworden. 7) Hat die Einrede statt, die Klage sey durch die Verjährung erloschen, da bereits 30 Jahre vergangen [r]). Unstatthaft ist die Einrede des Vorzugsrechts, priuilegium deductionis [s]); und so kann auch, nach Behauptung einiger Rechtslehrer [t]), kein gänzlicher Nichtgebrauch dieser Klage vorgeschützt werden, sondern sie kann nach ihrer Meynung heutiges Tages noch nützlich seyn, wenn ein Vater, der ein Kaufmann ist, seinen Sohn noch in seiner Kost behalten, und demselben zu Betreibung eines eigenen Gewerbes gewisse Waaren, um damit zu handeln, überlassen, solche aber nachher übel unter die Gläubiger vertheilt haben sollte. Hat die Obrigkeit eines verarmten Schuldners Vermögen an sich gezogen, eigenmächtig einen Curator bestellt, und die Güter unter die Gläubiger, ohne sie vorher alle vorgeladen zu haben, nach Gefallen vertheilt; so können diejenigen Gläubiger, welche nichts davon gewußt, und eine nähere Forderung hatten, wegen der nicht gehörig geschehenen Vertheilung wider die Obrigkeit klagen. Andere Rechtslehrer [u]) führen an: bey den Römern blieben die Söhne gewöhnlich in der väterlichen Gewalt, so lange sie lebten, und führten während dieser Zeit zuweilen einen Handel. Auch die römischen Sclaven wurden häufig zum Handeln gebraucht, und ihnen zu dem Ende peculia gegeben. Heutiges Tages führen die Söhne, so lange sie in der väterlichen Gewalt sind, selten einen Handel für sich. Wenn ein Sohn für seine eigene Rechnung ein Gewerbe treiben will, so stellt er auch seine eigene Haus-

r) L. 7. §. 5. D. de tribut. actione.

s) §. 5. Inst. quod cum eo, qui in alien. potest. L. 1. pr. et §. 2. L. 5. §. 7 sqq. D. de tribut. act.

t) Schilter Exerc. XXVII. §. 47. Stryck in vsu mod. h. t. §. 1. Oldendorp in Progymn. act. for. Classl. IV. Art. 6 et 7. Strubens Bedenk. Thl. 3. Nr. 108.

u) Hr. GTR. Höpfner im Commentar, §. 1152.

Haushaltung an, und geht aus der väterlichen Gewalt heraus. Die peculia der Sclaven sind auch nicht gewöhnlich; daher kann schon aus diesem Grunde die actio tributoria schwerlich vorkommen. Auserdem aber schlägt der Richter, wenn ein Concurs entsteht, sich ins Mittel, und überläßt die Austheilung der Masse keinem Andern; die tributorische Klage ist also ganz ungewöhnlich.

Lib. XIV. Tit. V.

Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.

§. 896. 897.

Nach dem Civilrechte kann ich durch den Contract eines Andern nicht verpflichtet werden, selbst alsdenn nicht, wenn der Andere in meiner Gewalt ist. Diesen Satz milderte der Prätor, und setzte fest, daß der Vater und Herr in gewissen Fällen aus den Contracten sollte belangt werden können, welche der Sohn oder Sclave geschlossen hatte. Es giebt sechs Fälle, wo der Vater und Herr aus den Contracten seines Sohnes oder Sclaven belangt werden konnte; und zwar 1) wenn er den Contract befohlen oder genehmigt hatte; 2) wenn er dem Sohn oder Sclaven ein Peculium gegeben hatte; 3) wenn der Sohn oder Sclave mit Vorwissen des Vaters und Herrn gehandelt hatte, und merces peculiares vorhanden waren; 4) wenn der Sohn oder Sclave vom Vater oder Herrn zum Schiffsmeister auf seinem Schiffe bestellt worden war; 5) wenn der Herr sie zu Institoren über sein Gewerbe bestellt hatte; 6) wenn er aus ihrem Contract Vortheil gehabt hatte.

War

War keiner von diesen sechs Fällen vorhanden, so konnte man gar nicht wider den Vater klagen. Hier entsteht aber die Frage: darf wider den Sohn, welcher für sich einen Contract geschlossen hat, gar nicht geklagt werden? — Bey der Lehre von den Verhältnissen des Vaters und seiner Kinder gegen einander, haben wir gesehen, daß Söhne, die der väterlichen Gewalt unterworfen waren, zwar als keine Personen betrachtet wurden, aber doch in Rücksicht auf den Staat, und gegen andere Bürger, wenn nur die Rechte der väterlichen Gewalt dadurch nicht eingeschränkt wurden. Es war ihnen also auch erlaubt, verbindliche bürgerliche Geschäfte einzugehen, folglich auch sich zu gewissen Leistungen verbindlich zu machen, deren Erfüllung sie nicht verweigern durften, wenn ihnen solche möglich war. Man machte einen Unterschied, ob der Sohn ein peculium militare, es mochte ein castrense oder quasi-castrense seyn, oder ein peculium aduentitium irregulare besaß. In diesen Fällen konnte wider ihn geklagt werden, daß er von diesem Vermögen den Contract erfülle. Hatte er kein peculium von dieser Art, oder blos ein peculium aduentitium regulare, so konnte man nicht eher auf die Erfüllung des Contracts wider ihn klagen, als bis er nicht mehr unter der väterlichen Gewalt stand; denn wenn er auch ein peculium aduentitium regulare besaß, so war der Vater gesetzlicher Administrator desselben, und hatte den Nießbrauch desselben; folglich durfte der Sohn ihm diesen Nießbrauch durch keine Art von Verträgen oder Contract schwächen, oder ihn gar darum bringen, welches doch geschehen seyn würde, wenn der Sohn angehalten werden konnte, seine Verbindlichkeiten von diesem Peculium zu erfüllen.

Sobald der Sohn der väterlichen Gewalt nicht mehr unterworfen war, fiel das zeitherige Hinderniß weg, und daher konnte auch auf die Erfüllung derjenigen Contracte wider ihn geklagt werden, die er geschlossen hatte, wie er noch der väterlichen Gewalt unterworfen war. Damit er aber durch solche Contracte nicht ganz und gar an Bettelstab

stab gebracht würde, welcher Fall alsdenn eintreten mußte, wenn sein ganzes Vermögen auf die Erfüllung des geschlossenen Contracts verwendet wurde, so ertheilte der Vater den Söhnen in dergleichen Fällen das beneficium competentiae, worunter man die Rechtswohlthat versteht, daß gewisse Personen nicht bis auf den letzten Heller ihres Vermögens exequirt werden können, sondern daß ihnen nothdürftige Nahrung und Kleider gelassen werden müssen. Wird ein Sohn, der noch in der väterlichen Gewalt contrahirt hat, aus diesem Contracte sogleich nach des Vaters Tode verklagt, er hat aber von seinem Vater wenig oder gar nichts geerbt, auch noch nichts erwerben können, so darf ihm nicht alles genommen werden, damit der Contract auf das genaueste erfüllt werde, sondern es muß ihm der nothdürftige Lebensunterhalt gelassen werden. Einige Rechtslehrer haben behauptet, es müsse ihm so viel gelassen werden, als sein Pflichttheil betragen würde; diese Meynung ist aber unerweislich, sondern es wird auf die Größe der Schulden gesehen, und des Vermögens, das der Sohn hat. Uebrigens fällt diese Rechtswohlthat weg, wenn sie der Erbe des Sohnes verlangt, oder wenn sich der Sohn derselben unwürdig gemacht hat, weil er sich betrügerischer Weise für seinen eigenen Herrn ausgab; oder wenn er wegen seiner bösen Handlungen bestraft werden soll; oder wenn er nach des Vaters Tode Zeit genug gehabt hat, die Schulden zu bezahlen, und den Contract zu erfüllen.

Lib. XIV. Tit. VI.
de Senatusconsulto Macedoniano.

§. 898 — 904.

Dieser Titel enthält eine Ausnahme von dem vorigen Titel, und es wird der Satz darin ausgeführt, in wiefern der Haussohn einen Darlehnscontract schließen dürfe. Ein römisches Gesetz, der Macedonianische Rathsschluß, verordnete, daß kein filiusfamilias ein Geldanlehn aufnehmen sollte, und daß der, welcher ihm Geld gelehnt haben würde, weder bey Lebzeiten, noch nach dem Tode des Vaters berechtigt seyn sollte, es wieder zu fordern; das nomen, wie es im Gesetze heißt, die Schuld solle nicht bonum, nicht gültig, nicht exigibel werden, exspectata patris morte. Die Veranlassung zu diesem Gesetz war der Umstand, daß viele filiifamilias in Rom durch solche Geldanleihen zu lüderlichen Streichen verleitet wurden, sich in Schulden stürzten, die Väter bestahlen, und ihnen wohl gar nach dem Leben standen. Ob das Gesetz unter dem Kaiser Claudius oder unter dem Vespasian abgefaßt seyn mag, und ob es von einem lüderlichen Sohne, der Macedo hieß, oder von einem gottlosen Wucherer dieses Namens benannt worden, ist bestritten. Es wurde also zur Regel gemacht, daß ein der väterlichen Gewalt unterworfener Sohn von Niemanden sollte Geld borgen können, und wenn ihm Jemand Geld geborgt hätte, so sollte weder der Sohn noch der Vater angehalten werden können, etwas wieder zu bezahlen [a]). Dieser Verord-

a) Pr. Inst. quod cum eo, qui in alien. potest. L. 1. pr. D. h. t. Lauterbach h. t. §. 2. Ioppert D. de mutuo a filiofamilias sui iuris facto, tacite agnito, §. 1 sqq.

Verordnung wegen läuft der Darleiher Gefahr, wegen der dem Vater und dem Sohne zustehenden Einwendung des Macedonianischen Rathsschlusses seiner ganzen Forderung verlustig zu werden. Der Sohn ist zwar der natürlichen Billigkeit nach zur Wiederbezahlung eines solchen Anlehns verbunden, und kann das Geld, wenn er es aus einem Rechtsirrthum bezahlt hat, nicht unter dem Vorwande einer Nichtschuld schlechterdings nicht wieder zurück fordern [b]); aber dem Darleiher steht doch immer, wenn er klagt, jene Einrede entgegen. Man hat deswegen dieser Einwendung auf mancherley Art auszuweichen gesucht. Eine bloße Erklärung des Entlehners, daß er jener Einwendung entsage, ist von keiner rechtlichen Wirkung, weil das Gesetz nicht aus Begünstigung des Sohnes, sondern vielmehr des Vaters und aus Haß wider ungerechte Wucherer, welche einen Sohn zu Verbrechen wider die Eltern verleiten können, abgefaßt worden, folglich kann ihm der Sohn nicht gültiger Weise entsagen [c]). Einige Rechtslehrer haben zwar eine eydliche Verzicht auf diese Rechtswohlthat für verbindlich erklärt, wenn es in der Schuldverschreibung heißt: daher ich nach vorgängiger Belehrung wohlbedächtlich, so wahr mir Gott helfe, der Einwendung des Macedonianischen Rathsschlusses entsage [d]). Allein da ein solcher Eyd der in den Gesetzen eingeführten öffentlichen Disciplin offenbar zuwider laufen, und unerlaubten wucherlichen Handlungen Thür und Thor öffnen würde, so halten Andere mit Recht diese eydliche Entsagung für unwirksam [e]). Es ist ferner eben so wie eine

b) L. 9. §. 5. D. h. t. L. 14. D. de reb. credit.

c) de Pufendorf in Obs. iur. vniu. Tom. II. Obs. 171. Strubens rechtl. Bedenk. 1ster Thl. 156stes Bedenk.

d) Stryck de cautel. contrar. Sect. II. cap. I. §. 15. Wernher in select. Obs. Tom. II. Part. VI. Obs. 334. Ioppert in cit. Diss.

e) Lauterbach in Coll. Pand. h. t. §. 57. Io. Sam. Stryck in meletem. de iurament. I. cap. 2. §. 19. Boehmer

eine Geldanlehnung ungültig, wenn man zur Uebertretung des Gesetzes, welches bey dem sogenannten contractu Mohatra geschieht, die Geldanlehnung unter einem andern Namen versteckt, und dem Hayssohne mancherley Waaren in einem hohen Preiße giebt, damit er sie verkaufen und das dafür erhaltene Geld als Anlehn wieder bezahlen soll [f]).

Ist nun die Frage: wie kann sich derjenige, welcher einem Haussohne Geld lehnen will, hinlängliche Sicherheit wegen dieses Darlehns verschaffen? so ist vor allen Dingen darauf zu sehen, ob der unter väterlicher Gewalt stehende Sohn eigenes Vermögen hat, das er selbst als Hausvater besitzt, welches bey einem peculio castrensi oder quasi-castrensi der Fall ist. Unter diesen Umständen kann der Sohn, so weit jenes Vermögen zureicht, gültig und verbindlich Geld entlehnen, und zur Sicherheit das, was zu jenem eigenen Vermögen gehört, verpfänden, ohne daß der Darleiher die Einwendung des Macedonianischen Rathsschlusses zu befürchten braucht [g]), welches daher eine sehr gute Vorsichtsregel ist. Besitzt der Sohn kein solches Vermögen, sondern nur ein peculium aduentitium regulare, wovon der Vater den Nießbrauch ziehen kann, so bleibt das Darlehn unverbindlich; der Darleiher kann sich auf dieses Vermögen nicht sicher verweisen lassen, und es ist also eine unnütze Formel, wenn es in der ausgestellten Schuldverschreibung heißt:

MER D. de suspect. conuent. formul. cap. 2. §. 30. de PVFENDORF l. c. MADIHN in Princ. iur. Rom. Part. V. §. 19. Struben a. a. O.

f) L. 3. §. 2. L. 7. pr. et §. 3. D. h. t. WERNHER Obs. Tom. I. Part. II. Obs. 453. BOEHMER D. de suspect. conuent. formul. §. 31. Claproths Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte, 2ter Thl. §. 172.

g) L. 2. D. L. fin. §. 1. C. h. t. LAVTERBACH in tr. syn. tit. de Scto Maced. §. 1. th. 4. nr. 6. et §. 2. th. 6.

heißt: zu mehrerer Versicherung, und wenn wider Verhoffen mein Vater sich weigern würde, diese Schuld zu bezahlen, setze ich dem Darleiher mein gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen, besonders mein mütterliches Vermögen, ausdrücklich zum Unterpfande ein.

Der Macedonianische Rathsschluß darf in verschiedenen Fällen, wenn Jemand einem Sohne, der noch der väterlichen Gewalt unterworfen ist, Geld gelehnt hat, nicht angewendet werden, weil es auch Fälle giebt, wo ein solches Darlehn als gültig betrachtet werden muß. Dieser Fall ist vorhanden, wenn der Vater ausdrücklich in die Geldaufnahme gewilligt hat h), und hier muß er die Schuldverschreibung unterschreiben und seine Einwilligung erklären, daher es eben so gut ist, er stellt die Obligation auf sich selbst. Ein solches Darlehn ist ferner gültig, wenn der Darleiher beweisen kann, daß er dem Sohne das Geld aus redlichen Absichten zu rechtmäßigen Ausgaben vorgeschossen, folglich dadurch, wo nicht geradezu, jedoch per indirectum, des Vaters Nutzen befördert worden sey i). Schickt also z. B. der Vater seinem auf der Universität sich aufhaltenden Sohne nicht zu gehöriger Zeit das nöthige Geld, um davon Hauszins, Kost, Collegia und andere nöthige Ausgaben zu bestreiten, und deswegen lehnt Jemand dem Sohne Geld; so kann weder der Vater noch der Sohn sich auf den Macedonianischen Rathsschuß berufen, sondern beyde können auf Kapital und Zinsen belangt werden, wenn gleich der Sohn das nachher vom Vater zur

h) L. 9. §. 3. L. 12. D. L. 9. L. vlt. C. ad §. 1. Sctm. Maced. Lauterbach in tract. synopt. §. 2. th. 7. nr. 1 et 2. de Ludewig in Diss. iur. Rom. et Germ. in mutuo, Diss. 10. not. cc.

i) L. 7. D. L. 2. L. 5. C. ad Sctm. Maced. Lauterbach cit. §. 2. th. 8. Wernher in select. Obs. Tom. I. Part. IV. Obs. 167. Crell. in Diss. priuilegium pecuniae ad certum vsum creditae ex animo dantis aestimandum, §. 3.

zur Wiederbezahlung dieses Anlehns erhaltene Geld nicht dazu angewendet haben sollte. Der Darleiher muß also bey der Abfassung der Schuldverschreibung, welche in den übrigen Punkten eben so abgefaßt wird, wie jede andere verbindliche Obligation, die Vorsicht brauchen, daß er sich von dem Vater des Entlehners seine Einwilligung am Ende des Schuldscheins bezeugen läßt, welches entweder durch eine in der Schuldverschreibung selbst gedachte Unterschrift des Vaters, oder durch einen am Ende besonders beygesetzten Schein geschieht. Hat der Vater nicht ausdrücklich eingewilligt, so muß der Endzweck, zu welchem dem Sohne das Geld gelehnt worden ist, genau angeführt werden, und um die Verwendung des gelehnten Geldes zum Nutzen des Vaters zu beweisen, ist es ohnstreitig das sicherste Mittel, wenn der Darleiher mit dem angelehnten Gelde die Schulden, zu deren Bezahlung das Geld entlehnt wird, bezahlt, und die von den bezahlten Gläubigern auf ihn gestellten Quittungen der Schuldverschreibung beylegt. Die Einwilligung der Mutter, oder des bey dem Sohne auf der Universität zur Gesellschaft und Führung angestellten Hofmeisters sichert den Darleiher nicht [k]).

Aus dem Wesen eines verbietenden Gesetzes, dergleichen der Macedonianische Rathsschluß ist [l]), folgt, daß auch die Forderung nicht durch den Tod des Vaters, oder wenn der Sohn auf andere Art sein eigener Herr geworden, gültig werde [m]), und daß sowohl dem Vater als dem Sohne, wenn der eine oder der andere belangt wird, die Einrede des Macedonianischen Rathsschlusses zu statten

k) GASSER in select. obseruat. forens. cap. 8. Obs. 31. nr. 9. LEYSER in Spec. 163. cor. 6.

l) §. 7. Inst. quod cum eo. L. 1. pr. D. h. t.

m) L. 1. pr. L. 9. §. 4. D. h. t. L. 40. pr. D. de condict. indeb. TACITI Annal. Lib. XI. cap. 13.

komme [n]), wenn auch gleich das erborgte Geld noch unter dem Vermögen des Sohnes oder der Tochter befindlich seyn sollte [o]). Die Bürgen sind aus einem solchen verbotenen Contracte nicht verbindlich, und die bestellten Hypotheken oder gegebenen Unterpfänder fallen weg, weil die Hauptverbindlichkeit nicht gilt [p]), es müßte sich denn der Bürge in der Absicht zu schenken verbindlich gemacht haben [q]), sogar daß auch nach dem Tode des Kindes vom Vater kein Bürge ernannt werden kann, weil keine Hauptschuld existirt [r]). Was von diesem verbotenen Darlehn wieder bezahlt worden, wird als eine Nichtschuld in folgenden Fällen zurück gefordert, nämlich wenn der Vormund, ohne von diesem Contracte Wissenschaft zu haben, oder der Sohn vom Vermögen des Vaters bezahlt hat [s]). Die Einrede des Macedonianischen Rathsschlusses kann noch bey der Hülfsvollstreckung vorgeschützt werden, und sie steht einem jeden Gläubiger, auch einer Stadt oder einem Minderjährigen entgegen [t]).

Die Einrede des Macedonianischen Rathsschlusses fällt weg, 1) wenn sich der Schuldner dolo für einen Hausvater ausgegeben und den Gläubiger hintergangen hat, oder der Schuldner wurde öffentlich als ein Hausvater betrachtet [u]). 2) Wenn der Hausſohn, nachdem er großjährig und sein eigener Herr geworden, die Schuld frey-

n) L. 7. §. 10. L. 9. §. 3. D. de Scto Maced.

o) L. 9 §. 2. D. de Scto Maced.

p) L. 7. pr. L. 9. §. 3. L. 18. D. h. t. L. 12 et 13. D. mand.

q) L. 2. D. quae res pign.

r) L. 11. D. de fideiuſſ.

s) L. 8. L. 9. §. 1. D. coll. c. L. 10. §. 4 et 5. D. h. t.

t) L. 11. L. 15. D. de Scto Maced.

u) L. 3. pr. §. 1 et 2. coll. c. L. 19. D. de Scto Maced.

freywillig bezahlt hat, und zwar das Ganze; denn sonst wird nur, so weit das Darlehn wieder bezahlt worden, die Verbindlichkeit begründet [x]). Wer aber das Darlehn aus einem Irrthume in Thatsachen als gültig anerkannt hat, kann sich immer noch mit der Einrede des Macedonianischen Rathsschlusses schützen [y]). 3) Fällt die Einrede des Macedonianischen Rathsschlusses weg, wenn der filiusfamilias ein peculium castrense oder quasi-castrense besitzt, und Geld darauf geborgt hat [z]). 4) Hat die Einrede nicht statt, wenn der Vater in das Anlehn gewilligt, und solches durch Bezahlung genehmigt hat [a]); alsdenn wird aber dafür gehalten, daß der Vater stillschweigend in das Darlehn gewilligt habe, wenn er es gewußt und nicht widersprochen hat [b]). 5) Gilt das Darlehn, wenn das Geld in des Vaters Nutzen und Vortheil verwendet worden ist [c]). 6) Wenn der Gläubiger ebenfalls ein Haussohn ist [d]), weil dieser, ob sie gleich beyde gleiche Rechte haben, doch blos den Schaden von sich abzuwenden sucht. 7) Wenn das Darlehn einem andern als einem Hausssohne geliehen ist, und dieser nur durch eine Neuerung des Vorigen Verbindlichkeit übernommen hat [e]). 8) Gilt das Darlehn, wenn der Hausssohn solches als Soldat aufgenommen hat [f]), weil er hier ebenfalls die Rechte eines Hausvaters hat. 9) Wenn das

x) L. 7. §. vlt. L. 9. pr. D. de Scto Maced. L. 2. C. eod.

y) L. fin. D. de Scto Maced.

z) L. 5. §. 3. L. 2. D. de Scto Maced.

a) L. 7. §. 11 et 15. L. 9. §. 3. D. L. 2 et 5. C. h. t.

b) L. 12 et 16. D. L. fin. C. de Scto Maced.

c) L. 7. §. 2. 11 et 14. L. 17. D. de Scto Maced. L. 5. C. eod.

d) L. 3. §. 3. D. de Scto Maced.

e) L. 13. D. de Scto Maced.

f) L. fin. §. 1. C. de Scto Maced.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0479
DFG

Darlehn zwar mit dem Hausſohne abgeredt worden, er nahm es aber doch erſt als Hausvater in Empfang g). 10) Gilt das Darlehn, wenn der Gläubiger zweifelte, ob das Darlehn nicht wider den Macedonianiſchen Rathsſchluß aufgenommen werde; es trat aber Jemand auf, und leugnete das, erklärte auch, daß die Auszahlung auf ſeine Gefahr geſchehen könne. In dieſem Falle iſt dieſer letzte aus ſeinem Auftrage zur Erſtattung des Vorſchuſſes verbindlich h).

g) L. 3. §. 4. L. 4 et 6. D. de Scto Maced.
h) L. 12. §. 13. D. mandati.

Lib. XV. Tit. I.

de peculio.

§. 905 — 912.

Peculium wurde bey den Römern alles das genennt, was ein filius- oder eine filiafamilias vom Vermögen des Vaters abgesondert besaß, das heißt, was sie entweder dergestalt hatten, daß es ihnen und nicht dem Vater eigenthümlich gehörte, oder was sie doch so besaßen, daß es nicht mit dem übrigen Vermögen des Vaters vermischt war, sondern besonders verwaltet wurde.

Ein Peculium wurde *militare* genennt, wenn es der filiusfamilias durch die militiam oder bey Gelegenheit derselben erworben hatte; was er nicht würde erworben haben, wenn er nicht in militia gewesen wäre. Unter dem Worte militia verstanden die Römer nicht nur den Soldatenstand, sondern auch alle öffentlichen Aemter und Würden, besonders die Advokatur. Jener, der Soldatenstand, wurde militia *sagata* genennt; dieser, oder die Verwaltung öffentlicher Civilbedienungen, hieß militia *togata*. Hatte der Sohn etwas im Soldatenstande, oder militia sagata erworben, oder bey Gelegenheit derselben, so hieß dieses Vermögen peculium castrense. Hierher gehörte die Beute, die er im Kriege eroberte; was ihm von seinem Obern wegen seines Wohlverhaltens geschenkt wurde; was ihm sein Vater zur Anschaffung der Equipage gab; eine Erbschaft oder ein Vermächtniß, welches er von seinen Mitsoldaten erhielt. Selbst wenn sein Bruder, der mit ihm bey einem Corps diente, starb, und ihn in Rücksicht auf den Militärdienst zum Erben einsetzte, wurde die Erbschaft als ein peculium castrense betrachtet.

Auch dasjenige, was er von dem Gelde, das zum peculio castrensi gehört, gekauft hat, wird zum peculio castrensi gerechnet. Der Grund hiervon liegt darin, daß das peculium eine vniuersitas iuris ist, bey vniuersitatibus iuris aber wir die Regel haben: res succedit in locum pretii; wenn ich Geld von einer vniuersitate iuris nehme, und eine Sache dafür kaufe, so ist die Sache auch ein Theil der vniuersitatis. Noch ist zu bemerken, daß nur wirkliche Soldaten ein peculium castrense erwerben können, also keine Feldprediger, Kriegskommissäre, Marketender und andere Personen, die mit den Soldaten im Felde sind [a]).

Das peculium quasi-castrense wird in einem öffentlichen Amte, es mag ein geistliches oder ein weltliches seyn, erworben. Hierher gehört 1) dasjenige, was ein Advokat, Magister, Doctor, praktischer Arzt durch die Wissenschaften erwirbt, was ein Beamter, Secretär, Archivarius, Regierungsrath, Rentmeister, Cammerrath, Prediger, Professor u. s. f. an Besoldungen, oder Accidenzien bekommt. In der L. 4. §. 1. C. de aduocat. diu. iud. kommt der Ausdruck: puncti solatia vor. Solatia ist so viel als solaria oder salaria; und Puncti soll wahrscheinlich functi heißen, und so viel als functionis bedeuten [b]); wiewohl Wildvogel die Sache anders erklärt hat. 2) Wenn auch das Amt keine gelehrten Kenntnisse erfordert, welches z. B. bey dem Amte eines Stallmeisters, eines Fecht-, Tanz-, Küchenmeisters u. s. f. der Fall ist, so ist nichts desto weniger die damit verbundene Einnahme als ein peculium quasi-castrense zu betrachten. Endlich wird 3) etwas zum peculio quasi-castrensi gerechnet, wenn das Amt nur zur Erwerbung einer Sache Gelegenheit gegeben

a) Hr. RR. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts, 3ter Thl. S. 128.

b) Heineccius ad Brisson. de verb. signif. voc. *pungere*. Wildvogel in elect. pag. 96 sqq.

gegeben hat. Setzt also ein Professor den andern aus kollegialischer Freundschaft zum Erben ein, so ist diese Erbschaft ein peculium quasi-castrense. Auch was ein Vater seinem Sohne, welcher Doctor, Arzt, Advokat, u. s. f. ist, in Rücksicht auf diese Würde geschenkt hat, wird zu dieser Art des Vermögens gerechnet. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß der Erwerber in allen diesen Fällen ein filiusfamilias seyn müsse. Mehrere Rechtsgelehrte haben zu behaupten gesucht, daß alles, was durch die Wissenschaften oder bey Gelegenheit der Studien erworben werde, ein peculium quasi-castrense sey; mithin gehöre hieher, was ein Student auf der Universität durch Repetition, oder Information, oder als Hofmeister, erworben habe [c]). Diese Behauptung läßt sich aber aus dem römischen Rechte nicht beweisen; denn die dafür angeführten Gesetze [d]) handeln alle nur von demjenigen Erwerb, der in öffentlichen Aemtern und Würden gemacht worden ist [e]). Der verstorbene Herr Ordinarius Bauer führt die L. 1. C. de castrensi pec. milit. und die L. 4. C. famil. ercisc. an, woraus erhelle, daß einer, der zum Soldaten bestimmt sey, schon als Soldat angesehen werde, und ein peculium castrense haben könne; beyde Gesetze reden aber von einem filiofamilias eunti in militiam, in castra, scheinen also von wirklichen Soldaten zu reden. Eben so wenig kann man das, was sich ein Student von seinen zum Studiren erhaltenen Geldern erspart hat, oder

c) Schoepfer in synopf. h. t. nr. 15 sqq. Stryck de succeff. ab inteft. Diff. 11. cap. 3. §. 7. Idem ad Lav. terb. sub tit. de pecul. voc. ſtudioſus. Io. God. Bayer Diff. de peculio quasi-castrensi ſtudioſorum, §. 8 sqq. in Eivs Opuſc. Tom. I. pag. 54 sqq.

d) L. 7. C. de aſſeſſor. L. vn. C. de caſtrenſ. omn. pal. pecul. L. fin. C. de caſtrenſ. pec. milit. L. fin. C. de inoff. teſt.

e) Enenckel de priuil. parent. priuil. X. nr. 38. pag. 550. Vinnivs de collat. cap. 10. §. 11. Beyer ad Pand. h. t. nr. 3 sqq.

eine Bibliothek, welche ihm der Vater angeschafft hat, ein Geschenk, das er der Studien wegen bekommt, u. dgl. zum peculio quasi-castrensi rechnen [f]). Viele Rechtsgelehrte führen auch donata a Principe vel Augusta als Stücke des peculii quasi-castrensis an, womit es folgende Bewandniß hat. — Hat der Landesherr oder seine Gemahlin einem filiofamilias, in Rücksicht auf den Militärstand, oder auf eine Civilbedienung, etwas geschenkt, so ist dieses Geschenk für ein peculium *militare*, castrense oder quasi-castrense zu halten; hat aber das Geschenk eine andere Beziehung und Ursache, so soll es demungeachtet nach dem angeführten Gesetz die Rechte eines peculii militaris haben. Hieraus folgt, daß es ein unnützer Streit ist, wenn darüber gestritten wird, ob ein solches Geschenk ein peculium quasi-castrense sey, wie die mehresten Rechtsgelehrten behaupten, oder ob es ein peculium adventitium sey, wie Galvani [g]) behauptet hat. Am schicklichsten ist es wohl, wenn man es peculium quasi-militare nennt.

Unter dem peculio *pagana* versteht man jedes andere Pekulium, welches nicht durch die militiam, auch nicht bey Gelegenheit derselben acquirirt worden ist; und es wird in das peculium profectitium oder aduentitium getheilt. Profectitium wird es genennt 1), wenn die Kinder etwas vom Vater selbst bekommen haben, und 2) wenn ihnen etwas von einem Andern, aber doch um des Vaters willen, zu Theil worden ist. Dieß wird zwar in keinem Gesetz ausdrücklich angeführt [h]), man schließt es aber aus der L. 21 et 22. D. de vsufr. Ein solches Pekulium der ersten Art würde es seyn, wenn der Vater dem Sohne ein Landgut übergeben hat, um von den Einkünften

f) Cocceii in iure controu. h. t. qu. 1.

g) Galvani de vsufr. cap. 7.

h) Beyer in themat. ex var. iur. Ex. 5. th. 4. Franzk. in resolut. Lib. II. cap. 27.

künften zu leben; oder er übergiebt ihm ein Waarenlager, um damit zu handeln. Ein peculium der zweyten Art ist es, wenn Jemand, dem vom Vater Gefälligkeiten erwiesen worden sind, dem Sohne ein Geschenk macht, u. s. w. Uebrigens muß man auch in allen diesen Fällen wieder voraussetzen, daß die Kinder in der väterlichen Gewalt sind und bleiben; denn sonst wäre das, was ihnen der Vater giebt, kein peculium.

Von allen diesen peculiis ist das peculium aduentitium unterschieden, und darunter versteht man dasjenige, was die Kinder nicht vom Vater, auch nicht in Rücksicht ihres Vaters erwerben. Dergleichen ist, was die Kinder sich durch eigenen Fleiß und Arbeit verdienen; was sie von der Mutter oder von andern Personen erben; was sie von einem Dritten, und zwar nicht um des Vaters willen, geschenkt bekommen; herrenlose Dinge, welche sie occupiren. Leisten die Kinder ihren Eltern im Hauswesen, oder bey ihrem Ackerbaue, Handelschaft, Handwerk u. s. f. Beystand, so erwerben sie sich dadurch nichts; indessen können sie, wenn ihre Dienste mehr betragen, als die genossenen Alimente, einen Lohn verlangen i); treibt aber ein Kind für sich allein ein eigenes Gewerbe, so ist der Verdienst sein, und dem Vater gehört nur der Nießbrauch.

Was die Rechte betrifft, welche in Rücksicht dieser verschiedenen Pekulien eintreten, so hat das peculium *militare*, sowohl castrense als quasi-castrense, große Vorzüge vor den übrigen. Der Sohn hat 1) ein vollkommenes Eigenthumsrecht darüber; das heißt, er wird in Rücksicht auf dieses peculium als ein paterfamilias angesehen; alle Dispositionen, die ein paterfamilias mit seinem Vermögen vornehmen darf, kann auch der Sohn über dieses Pekulium machen, ja sogar Geld borgen, ohne daß ihm das Sctum Macedonianum entgegen steht k). Er kann also

i) Leyser Spec. 17. Med. 2. ibique Mveller. Strubens rechtliche Bedenken, 3ter Band, 49stes Bedenk.
k) L. 1. §. fin. D. ad Sctm. Maced. L. vlt. §. 1. C. eod.

also 2) nicht nur unter den Lebendigen durch Kauf, Tausch, Schenkungen u. s. w., sondern auch *mortis causa* darüber disponiren; das heißt, einen letzten Willen und eine donationem mortis causa darüber errichten. Stirbt er ohne letzten Willen, so fällt dieses peculium an seine Intestaterben, das ist, an die Personen, die von ihm vermöge der Gesetze erben, es mögen nun seine Kinder, oder Eltern, oder Geschwister seyn. Der Vater darf sich dasselbe daher in diesem Falle nicht allein zueignen, und sich auf seine väterliche Gewalt deswegen berufen, wiewohl nach dem ältern römischen Rechte dieses mit allen Pekulien geschehen konnte; der Vater hatte bey Lebzeiten des Sohnes kein Recht auf das peculium castrense, als das einzige, daß, wenn der Sohn eines Verbrechens wegen auf eine Insel deportirt worden war, der Vater das peculium castrense behielt [l]). Starb der Sohn ohne Testament, so fiel dieses peculium, so wie das paganum, dem Vater vermöge der väterlichen Gewalt zu [m]); durch kaiserliche Verordnungen aber wurde festgesetzt, daß das peculium *aduentitium*, ohne Zweifel also auch das castrense, auf die Kinder des Sohnes, in deren Ermangelung auf die Geschwister, und wenn auch deren keine da wären, erst alsdenn auf die Eltern fallen sollte, und zwar iure *communi*, wie Justinian sagt, das ist, nicht iure peculii, sondern iure hereditario [n]). Nach der Nov. 118. erben die Eltern mit den vollbürtigen Geschwistern das peculium militare, so wie alles übrige Vermögen des verstorbenen filiifamilias. Der Sohn kann 3) wegen dieses peculii mit dem Vater Verträge schließen und Processe führen, da sonst zwischen Vater und Sohn keine Ver-

l) L. 3. C. de bonis proscript.

m) L. 2. L. 9. L. 14. D. de castrens. pecul.

n) L. 4 C. de bon. quae lib. Pr. Inst. quib. non est perm. ibique Vinnius nr. 4. Rav in Diss. hist. iur. ciuil. de peculiis, Lipsi. 1770. pag. 25.

Verträge gelten und kein Proceß statt findet. Es behält das peculium militare seine Vorzüge, wenn auch der Sohn nicht mehr Soldat ist, oder das öffentliche Amt nicht mehr verwaltet o).

In Ansehung des peculii *profectitii* haben die Gesetze verordnet, daß der Vater voller Eigenthümer desselben seyn soll; das heißt, er hat das Eigenthum, die Civilpossession und den Nießbrauch davon; die Kinder haben nichts, als den natürlichen Besitz und die Administration desselben. Wird aber das Vermögen des Vaters confiscirt, so sollen den Kindern die peculia profectitia nach einer Verordnung des Kayfers Claudius nicht genommen werden p). In der L. 3. §. 4. in fin. D. de minor. heißt es: si patris bona a fisco propter debitum occupata sunt, peculium ex Constitutione Claudii separatur. Entläßt der Vater die Kinder aus seiner väterlichen Gewalt, ohne diese peculia zurück zu fordern, so hat er sie ihnen stillschweigend geschenkt; stirbt aber der Vater, so müssen die Kinder das peculium profectitium in die Erbmasse conferiren, das heißt, es sich anrechnen lassen.

Von dem peculio *aduentitio* gehört den Kindern das Eigenthumsrecht; der Vater aber hat der Regel nach die Administration und den Nießbrauch q), dergestalt, daß er nicht, wie ein anderer vsufructuarius, Caution zu leisten, und ein Inventarium zu errichten, oder eine eydliche Specification aufzusetzen schuldig ist r). Dieser Nießbrauch dauert

o) L. 17. §. 1. L. 19. §. 2. D. de castrens. pecul.

p) Vinnivs ad Pr. Inst. quib. non est permiss. nr. 5.

q) Carol. Ad. Bravn D. de vsusfructus parentum in bonis liberorum genuino fundamento, Ien. 1743.

r) L. 8. §. 5. C. de bon. quae lib. Leyser Spec. 165. Med. 9. Wernher Obs. Part. III. Obs. 35. Strubens rechtl. Bedenk. 2ter Band, 103tes Bedegk. Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien, 1stes Stück, S. 18.

dauert so lange, als die väterliche Gewalt, ja bisweilen noch länger. Wenn er nämlich sein Kind freywillig emancipirt, so behält er Zeitlebens den halben Nießbrauch, als eine Belohnung der Emancipation. Der Vater kann sogar von diesem Pekulium, wenn es nöthig, oder den Kindern nützlich ist, etwas veräußern, ohne daß erst ein obrigkeitliches Dekret dazu ertheilt wird. Außer diesem Falle ist aber der Vater nicht befugt, die aduentitia zu veräussern, und thut er es, so ist die Alienation nichtig, und die Kinder können ihre Güter vindiciren, wenn sie nicht des Vaters Erben geworden sind [s]), wiewohl mehrere Rechtslehrer [t]) ihnen auch in diesem Falle die Vindication gestatten wollen, welche Behauptung aber unerweislich ist [u]). Stirbt ein Kind, welches ein peculium aduentitium hat, so fällt dieses nach den Regeln der Intestaterbfolge auf die Eltern und Geschwister [x]). Nach dem ältern römischen Rechte behielt der Vater den Nießbrauch Lebenslang [y]). In folgenden Fällen hat der Vater keinen Nießbrauch vom peculio aduentitio seiner Kinder [z]); nämlich

s) L. 14. C. de rei vindicat. L. 3. C. de reb. alien. non alien. L. 14. C. de euict.

t) Faber ad Codic. Lib. VI. tit. 34. Def. 2. Hert Resp. 522. nr. 12. 14. Frommann D. de administr. aduentit. legit. §. 81.

u) Henr. Ern. Floercke Diss. de parent. iur. in pecul. aduent. cap. 4. §. 11. Stryck Diss. de facto defuncti ab herede non praestando, cap. 2. nr. 31. Boehmer in Resp. Tom. II. Part. I. Resp. 431. nr. 3. 4. 5. Tom. III. Part. II. Dec. 39. nr. 9 sqq. Decis. Cassellan. Tom. II. Dec. 235. nr. 5.

x) Nov. 118. cap. 2.

y) L. 7. §. 1. C. ad Sctm. Tertull. Koch de succes. ab intest. §. 47.

z) Rav in cit. Diss. §. 10. Georg. Henr. Aldringen Diss. de bonis, quae liberis in potestate patris constitutis extra militiam ita adquiruntur, vt pater vsumfructum non habeat, Aug. Treuir. 1786.

lich 1), wenn der Sohn gegen den Willen des Vaters etwas erwirbt; z. B. eine Erbschaft antritt. Der Grund ist, weil Rechtswohlthaten Niemanden aufgedrungen werden; da nun der Vater nicht wollte, daß der Sohn die Sache acquiriren sollte, so kann er auch keinen Nießbrauch davon prätendiren. 2) Gehört der Fall hierher, wenn Jemand den Kindern ein Geschenk macht, oder eine Erbschaft, oder ein Vermächtniß mit der Bedingung aussetzt, daß der Vater keinen Nießbrauch haben solle. 3) Wenn eins von mehrern Kindern stirbt, und also seine Erbschaft auf den Vater und die Geschwister fällt. Hier kann der Vater nicht den Nießbrauch von den Erbportionen seiner Kinder prätendiren. Man nehme an, daß B stirbt, und er hinterläßt 3000 Rthlr. Hier werden diese 3000 Rthlr. unter den Vater H und die beyden Brüder C und D in gleiche Theile vertheilt, der Vater kann aber von den 2000 Rthlrn., welche dem C und D zugefallen sind, keinen Nießbrauch verlangen. Der Grund liegt wohl darin, weil der Vater nach dem Rechte des Coder in dergleichen Fällen gar nichts erbte, sondern alles auf die Brüder C und D fiel. Der Kaiser Justinian ertheilte ihnen nun zwar in der 118. Novelle, Cap. 2. ein Successionsrecht; weil er ihm aber keinen doppelten Vortheil zuwenden wollte, so sprach er ihm den Nießbrauch von den Erbportionen der Miterben ab. Er sagt: nullum vsum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare; quoniam pro hac vsus portione hereditatis ius et secundum proprietatem per praesentem dedimus legem. Endlich gehört 4) folgender Fall nach der L. 50. D. ad Sctm. Trebell. hierher. — Ein Vater war zum Erben eingesetzt und ihm aufgelegt worden, dem Sohne die Erbschaft abzutreten, wenn dieser aus der väterlichen Gewalt gehen würde; der Vater wirthschaftete aber mit dieser Erbschaft schlecht. Hier rescribirte der Kaiser Hadrian, der Vater solle dem Sohne die Erbschaft sogleich, noch während der väterlichen Gewalt, abtreten, und keinen Nießbrauch derselben zu

fordern

fordern berechtigt seyn. Einige Rechtslehrer [a]) behaupten, von diesem singulären Falle lasse sich nicht der allgemeine Satz abstrahiren, daß der Vater den Nießbrauch der Adventitien verliere, sobald er übel wirthschaftet; andere Rechtslehrer sind aber der gegentheiligen Meynung, und sprechen dem Vater den Nießbrauch unter diesen Umständen schlechterdings ab [b]). Dieser Unterschied hat Gelegenheit gegeben, das peculium *aduentitium* in *ordinarium*, s. *regulare*, s. *minus plenum* und *extraordinarium*, s. *irregulare*, s. *plenum* einzutheilen. Peculium ordinarium, regulare, minus plenum heißt das, wovon der Vater den Nießbrauch hat; peculium extraordinarium, irregulare, plenum aber wird es genennt, wovon ihm kein Nießbrauch zusteht. Ueber dieses letztere peculium kann der Sohn inter viuos nach Gefallen disponiren, er kann es also verkaufen, vertauschen u. s. w. auch darf er es mortis causa verschenken. Ein Testament darüber zu machen, ist er nicht befugt; denn kein filiusfamilias hat testamentifactionem activam, und selbst der Vater kann ihm hierzu nicht das Recht geben. Ueber das peculium *militare* darf der Sohn deswegen ein Testament machen, weil er hier als ein paterfamilias betrachtet wird.

Die Rechtsgeschichte der Pekulien hat der Herr von Pufendorf und Hr. Domcapitular D. Rau [c]) ausgeführt, und über die Geschichte des peculii quasi castrensis findet man beym Jac. Gothofredus gute Bemerkungen [d]).

Das

a) Scipio GENTILIS tract. de bonis maternis, cap. 12.

b) LAVTERBACH Diss. de vsufr. paterno, th. 39. FROMMANN Diss. de administratione aduentitiorum legitima, §. 90 sqq. HEVSINGER comment. de iure peculii aduentitii extraordinar. Isen. 1751. 8. pag. 13.

c) de PVFENDORF in Obs. Tom. I. Obs. 98. Tom. IV. Obs. 153. Christ. RAV Diss. historia iuris ciuilis de peculiis, Lipsi. 1770.

d) Iac. GOTHOFREDVS ad Cod. Theodos. Lib. II. tit. 10. L. 3. pag. 163. edit. RITTER.

Das peculium castrense findet man unter dem **August**, oder wie Andere glauben, schon unter dem **Julius Cäsar**, ja nach des Hrn. Domcapit. Meynung ist es noch älter. Ausgemacht ist es, daß die Kaiser, **Titus**, **Nerva**, **Domitian** und **Trajan** die Verordnung bekannt machten, ein Soldat solle Eigenthümer seines peculii castrensis seyn, und darüber disponiren können [e]). Wenn das peculium quasi-castrense gebräuchlich geworden, ist ebenfalls unbekannt; doch gedenkt **Ulpian** desselben einigemal [f]). Erst von dem Kaiser **Constantin** dem **Großen** haben wir ein deutliches Gesetz [g]) darüber, worin er den Hofbedienten unter andern Privilegien auch das ertheilte, daß alles, was sie bey ihren Bedienungen durch Sparsamkeit erwerben würden, oder vom Kaiser geschenkt bekommen, ihr ganz freyes Eigenthum seyn solle. Nach der Zeit dehnte man dieses Vorrecht auf alle öffentliche Bedienten aus. Das peculium aduentitium soll nach der Behauptung der mehresten Rechtsgelehrten erst unter dem Kaiser **Constantin** dem **Großen** entstanden seyn; man findet aber schon frühere Spuren desselben unter dem Kaiser **Hadrian** und **Antonin** dem **Frommen** [h]). Der Kaiser **Constantin** setzte fest, der Vater solle von dem mütterlichen Vermögen nur den Nießbrauch haben; verordnete auch, daß der Vater ein **Drittel** des Nießbrauchs als ein praemium emancipationis behalten sollte [i]). Die nachherigen Kaiser dehnten dieses auf alles mütterliche Vermögen aus [k]). **Justinian** setzte endlich in der L. 6. C. de bon. quae lib. fest, daß alles, was die Kinder durch Glücksfälle oder eigene Arbeit erwerben würden, zu ihrem

e) L. 1. D. de testam. milit.
f) Rav in cit. Diss. §. 8.
g) L. 15. Cod. Theod. de priuil. eor. qui in sacro palat. milit. L. vn. C. Iust. de castrens. omn. palat. pecul.
h) Rav in cit. Diss. §. 9.
i) L. 1 et 2. Cod. Theod. de bonis matern.
k) L. 6 et 7. Cod. Theod. de bonis matern.

ihrem peculio aduentitio gehören sollte, und der Vater könne die Hälfte als praemium emancipationis behalten.

Was die actio de peculio betrifft [l], so besteht der Grund derselben in einem Contracte [m], der mit Jemanden, als er noch unter der väterlichen oder herrschaftlichen Gewalt stand [n], in Rücksicht des gesammten [o], ihm von seinem Vater oder Herrn verwilligten Pekuliums geschlossen worden [p]. Auch ein Verbrechen eines solchen Menschen giebt alsdenn den Grund ab, die angeführte Klage anstellen zu können, wenn der Vater oder Herr reicher dadurch geworden ist [q].

Der Kläger ist derjenige, welcher mit einem unter väterlicher oder herrschaftlicher Gewalt stehenden Menschen, in Rücksicht auf sein Pekulium einen Contract geschlossen [r], oder der eines von ihm begangenen Verbrechens wegen etwas von ihm zu fordern hat; wie auch sein Erbe. Man stellt die Klage wider den Vater oder Herrn des Sohnes oder Sclaven an, mit dem man wegen seines Pekuliums contrahirt hat [s], oder von dem ein Verbrechen begangen worden ist. Auch der Erbe desselben kann belangt werden [t]. Die Bitte wird darauf gerichtet, daß Beklagter von dem gesammten Sondergute, so weit als solches zureicht, den Kläger wegen seiner aus dem Contract her-

l) L. 1. §. 1. L. 21. §. 4. L. 36. D. h. t. Eckard in exam. act. forens. Part. XII. pag. 81 sqq.

m) §. 10. Inst. de action. L. 14. D. de negot. gest. L. 7. D. de tut. L. 21. D. de admin. tut.

n) L. 1. §. 4. D. de peculiis.

o) L. 32. pr. in fine Dig. h. t. L. 11. D. de tribut. actione.

p) L. 18. §. 5. D. de castrens. pecul.

q) L. 3. §. 12. D. h. t. L. 58. D. de reg. iur.

r) L. 3. §. 5. D. de pecul.

s) §. 10. Inst. de action.

t) L. 14. D. de pecul.

herrührenden Forderung befriedige [u]). Gründet sich die angestellte Klage auf ein begangenes Verbrechen, so wird gebeten, daß Beklagter von dem Pekulium so viel herausgebe, als er durch das begangene Verbrechen reicher geworden [x]).

Gegen diese Klage kann die Einrede vorgeschützt werden, 1) der Contract sey über kein Pekulium geschlossen worden, welches der Sohn von ihm, oder in Ansehung seiner erhalten habe; denn bey einem filiofamilias wird allemal ein peculium profectitium vorausgesetzt [y]). 2) Kann vorgeschützt werden, Beklagter sey durch das Verbrechen des Sohnes oder der Tochter nicht reicher geworden; 3) der Sohn sey zur Zeit des geschlossenen Contracts oder begangenen Verbrechens nicht mehr seiner väterlichen Gewalt unterworfen gewesen; oder 4) der Sohn habe zu dieser Zeit kein Pekulium mehr besessen [z]). Es kann 5) vorgeschützt werden, es müsse erst dasjenige abgezogen werden, was der Sohn ihm und andern unter seiner Gewalt stehenden Personen schuldig sey [a]). Die Gesetze ertheilen dem Vater den Vorzug wegen solcher Ansprüche, welches Vorrecht priuilegium deductionis genennt wird [b]), und man hält nunmehr nur dasjenige für Pekulium, was nach geschehenem Abzug übrig bleibt. Kläger kann hierauf repliciren, Kläger könne seine Befriedigung auf andere Weise ebenfalls erhalten [c]). Man kann 6) vorschützen, es sey von dem Pekulium nichts mehr

u) §. 10. Inst. de action. §. 4. Inst. quod cum eo etc. L. 32. pr. in fine D. h. t.

x) L. 3. §. 12. D. de pecul.

y) L. 18. §. 5. D. de castrens. pec. STRYCK in vsu mod. Lib. XV. tit. 1. §. 4.

z) L. 8. D. de peculiis.

a) L. 9. §. 2. 3. D. de pecul. §. 4. Inst. quod cum eo etc.

b) L. 5. §. 7. D. de tribut. actione.

c) L. 11. §. 6. D. de pecul.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0493
DFG

vorhanden [d]); weil z. B. schon andere Gläubiger davon befriedigt worden. Auch kann 7) die Einrede der Verjährung entgegen gesetzt werden [e]). Unstatthaft würde die Einrede seyn, wenn man vorschützen wollte, daß diese Klage nach unserer Gerichtsverfassung gar nicht mehr gebräucht werden könne [f]); denn es geschieht auch noch heutiges Tages bisweilen, daß ein Vater seinem erwachsenen und der väterlichen Gewalt unterworfenen Sohne ein Pekulium giebt. Nützlicher Weise kann diese Klage auch bey den in einem Kloster sich aufhaltenden Mönchen gebraucht werden, wenn sie vom Abt oder vom Kloster ein Pekulium erhalten haben sollten [g]).

Lib. XV. Tit. II.

Quando de peculio actio annalis est.

§. 913.

So lange der Sohn noch der väterlichen Gewalt unterworfen ist, kann die actio de peculio 30 Jahre angestellt werden, wie jede andere persönliche Klage. War der Sohn von der väterlichen Gewalt befreyt worden, so konnte bey den Römern die actio de peculio nach dem strengen Rechte nicht weiter angestellt werden, weil nach Endigung der väterlichen Gewalt auch kein peculium mehr existirt [a]).

Diese

d) L. 21. pr. D. h. t. L. 6. D. de tribut. actione.

e) L. 1. §. 1 et 3. D. quando de peculio actio annalis est.

f) Schilter Exerc. 27. §. 47 et 89. Stryck in vsu mod. Lib. XV. tit. 1. §. 2.

g) Christinaevs in Decis. Vol. III. Dec. 34. nr. 1. Stryck l. c. §. 16.

a) L. 1. §. 3. D. quando de pecul. act. annal. est.

Diese Einrichtung hielt der Prätor für unbillig, und führte die praescriptionem annalem ein, daher nunmehr die Klage wegen des Pekuliums, nach aufgehobener väterlichen Gewalt, noch in Jahresfrist angestellt werden kann, und dieses Jahr fängt er von der Zeit an zu laufen, wo der Kläger auf keine Weise durch die Gesetze verhindert wurde, klagen zu können.

Außer der zeither erklärten Klage, die ein Pekulium voraussetzt, kann auch diejenige Klage, welche unmittelbar aus dem Contracte entspringt, den der filiusfamilias geschlossen hat, angestellt werden, und diese steht dem Contrahenten wider den Sohn zu, weil der Prätor durch Einführung der actionis de peculio, als einer actionis adiectitiae qualitatis, die Hauptklage nicht hat aufheben wollen [b]). Hierbey kommt es darauf an, ob der Sohn bey Schließung des Contracts hinlänglich zu erkennen gegeben hat, daß er denselben Contract einzig und allein in Rücksicht auf sein Pekulium schließe, oder der Contrahent wußte es selbst. In diesen beyden Fällen haftet der Sohn weiter nicht, als das Sondergut zureicht [c]). Wurde der Contract ohne diese beyden Voraussetzungen geschlossen, so haftet der Sohn wegen der ganzen Schuld [d]). Wird er nun zu der Zeit, wo er noch der väterlichen Gewalt unterworfen ist, verklagt und zur Erfüllung des Contracts verurtheilt, so muß die Vollstreckung des Urthels, oder die actio iudicati so lange ausgesetzt bleiben, bis er nicht mehr unter der väterlichen Gewalt steht; er müßte denn ein peculium militare oder aduentitium extraordinarium besitzen. Klagt man nach aufgehobener väterlicher Gewalt

b) L. 39. D. de obligat. et action. L. 5. pr. D. quod cum eo etc.

c) Arg. L. 20. in fine D. de instit. act. L. 6. §. 1. D. de negot. gest. STRYCK in vsu mod. Lib. XIV. tit. 5. §. 3. Lib. XV. tit. 1. §. 3.

d) L. 44. D. de pecul.

wider ihn auf Bezahlung der ganzen Schuld, so kann er sich auf die Rechtswohlthat der Competenz berufen, wenn er auf dieses Vorrecht nicht etwa ausdrücklich Verzicht geleistet hat e). — Zum Beschluß bemerke ich noch, daß die actio de peculio bey uns höchst selten ist. Wir geben unsern Sclaven nicht leicht peculia, und die Söhne gehen gemeiniglich aus der väterlichen Gewalt, sobald sie für sich handeln. Sollte indessen ein Vater für seinen Sohn einen Handel etabliren, und ihn bey sich im Hause und am Tische behalten, dieser also in der väterlichen Gewalt bleiben, so wird jene Klage angestellt.

Lib. XV. Tit. III.

de in rem verso.

§. 914 — 918.

Habe ich mit dem Sclaven oder Sohne contrahirt, ohne daß der Herr oder Vater Befehl dazu gegeben; ohne daß der Sclave oder Sohn magister nauis oder institor war; ohne daß merces peculiares oder ein peculium vorhanden sind, so kann ich doch den Herrn oder Vater belangen, wofern ich nur beweisen kann, daß ihnen dieser Contract Vortheil zu Wege gebracht hat; z. B. der Sohn hat Getraide von mir gekauft, und ich kann beweisen, daß es in des Vaters Haushaltung verwendet worden ist; denn es würde höchst unbillig seyn, wenn sich der Herr oder Vater mit meinem Schaden bereichern wollten. In dergleichen Fällen wird die

e) L. 2. pr. §. 1. L. 5. pr. D. L. 2. C. quod cum eo etc. STRYCK in vsu mod. Lib. XIV. tit. 5. §. 4. WESTENBERG in Princ. iur. sec. ord. Dig. eod. tit. §. 4.

die actio de in rem verso und zwar directa angestellt [a]). Der Grund dieser Klage besteht in einer sogenannten Nutzverwendung, das heißt, darin, daß man zu Jemandes Besten [b]), welches eine dritte Person [c]) befördern wollen [d]), mit dieser dritten Person einen Contract geschlossen hat [e]). Des Andern Bestes ist befördert worden, wenn eine denselben angehende nothwendige oder nützliche Ausgabe bestritten, oder gar sein Vermögen vermehrt worden ist. Man nehme an, der Sohn hat von Jemandem Geld geborgt und damit des Vaters Schulden bezahlt, oder sein Haus davon repariren oder gar in einen bessern Stand setzen lassen, oder er hat eine Wiese zu dem väterlichen Gute gekauft, aber das Kaufgeld noch nicht dafür bezahlt. In allen diesen Fällen sagt man, es sey eine versio in rem vorhanden, und in allen diesen Fällen wird dafür gehalten, es sey in der That mit ihm, als mit dem Dritten contrahirt worden [f]). War dieser Dritte ein Sohn oder Sclave, so wurde keine Rücksicht darauf genommen, ob er ein Pekulium zu verwalten gehabt, oder nicht [g]); denn der Vater oder Herr haftete hier nicht wegen des ihm übergebenen peculii, sondern aus der Nutzverwendung.

Der Kläger ist derjenige, welcher mit einem Dritten zu des Beklagten Besten contrahirt hat [h]). Man

a) ECKARD in Exam. act. forens. Part. XII. pag. 83.

b) §. 4. Inst. quod cum eo etc. L. 3. §. 1 sqq. L. 5. §. 2. D. h. t.

c) L. 7. §. 1. C. quod cum eo, qui in alien. L. 20. pr. L. 21. D. de in rem verso. STRYCK de act. forens. Sect. II. cap. 10. §. 15.

d) L. 1. pr. L. 7. §. 4 et 5. L. 11. D. de in rem verso.

e) §. 4. Inst. quod cum eo etc. L. 1. pr. D. de in rem verso.

f) L. 1. pr. D. de in rem verso.

g) L. 7. pr. §. 1. D. de in rem verso.

h) §. 4. Inst. quod cum eo etc. L. 7. §. 1. C. eod.

stellt die Klage wider denjenigen an, zu dessen Besten mit einem Dritten contrahirt worden ist [i]); desgleichen wider seinen Erben [k]). Bisweilen kann man auch wider einen dritten Besitzer der Sache klagen; nämlich alsdenn, wenn er mit des Klägers Schaden reicher seyn sollte. Man nehme an, die Sache ist durch Klägers Geld erhalten oder verbessert worden, und dieser Vortheil ist nun auf diesen dritten Besitzer gekommen, ohne daß er dem vorigen Besitzer, nämlich dem Vater oder Herrn, etwas dafür gegeben, mithin man sagen kann, daß er die Sache von ihm umsonst bekommen. In diesem Falle darf er sich mit des Klägers Schaden nicht bereichern, und die actio de in rem verso ist in diesem Falle eine actio in rem scripta [l]). Die Bitte wird darauf gerichtet, daß Beklagter dasjenige leiste, was aus dem mit dem Dritten geschlossenen Contracte in seinen Nutzen verwendet worden [m]). Es haftet also der Beklagte, z. B. der Vater nicht gleich wegen des Ganzen, daß er alles bezahlen müßte, was der Sohn nach dem geschlossenen Contracte dem Kläger schuldig ist, sondern er ist nur in so weit verbindlich, als man erweislich machen kann, daß Etwas zum Besten des Vaters verwendet worden sey. Weit vortheilhafter ist es daher, wenn man die actionem quod iussu wider den Vater anstellen kann; denn hier braucht man die Nutzverwendung nicht darzuthun, sondern es ist hinreichend, wenn man ausführt, der Vater habe den Befehl zum Contract gegeben.

Unter die Einreden, welche unserer Klage entgegen gesetzt werden können, gehört 1) die Einrede, es sey ganz und

i) §. 4. Inst. quod cum eo etc. L. 1. pr. D. de in rem verso.

k) L. 7. pr. C. quod cum eo etc.

l) Leyser Spec. 167. Med. 1.

m) L. 10. §. 4. D. h. t. §. 4. Inst. quod cum eo etc.

und gar keine Nutzverwendung geschehen [n]). Jetzt muß sie der Kläger beweisen; hierzu ist es aber nicht hinreichend, daß er zeigt, der Dritte, nämlich der Sohn oder Sclave, sey gewohnt gewesen, das, was er erhalten, zum Besten seines Vaters oder Herrn anzuwenden, sondern es muß die wirkliche Nutzverwendung bewiesen werden. Es kann 2) vorgeschützt werden, der Aufwand sey weder nöthig noch nützlich gewesen [o]). Ist etwas blos zum Vergnügen aufgewendet worden, z. B. ein Kaufmann hat meinem Sohne verschiedene Galanteriewaaren auf Credit verkauft, und weil er sein Geld nicht von ihm bekommen kann, stellt er die actionem de in rem verso wider mich an. Hier muß er abgewiesen werden, weil keine versio in rem existirt, und der Vater muß sichs blos gefallen lassen, daß der Kaufmann die Waaren wieder zurück nimmt [p]), wenn es ohne Schaden geschehen kann. Bisweilen kann replicirt werden: das Creditgeben sey mit Beklagtens Bewilligung geschehen, und er habe dergleichen Geschäfte schon mehrmals genehmigt [q]). Es kann 3) vorgeschützt werden, es sey nicht alles in Beklagtens Nutzen verwendet worden, und Kläger fordere daher zu viel [r]); oder 4) der Dritte habe zwar wohl seinen eigenen Nutzen zu befördern gesucht, aber nicht des Beklagten [s]); z. B. der filiusfamilias hat zu Bezahlung seiner eigenen Schulden von Jemandem 300 Rthlr. geborgt. Man kann 5) vorschützen, Kläger habe die Absicht gehabt, eines Dritten seinen Nutzen zu befördern, aber nicht des Beklag-

n) L. 3. §. 9. D. de in rem verso. L. 5. in fine Inst. quod cum eo etc. Stryck in caut. contract. Sect. II. cap. 1. §. 16.

o) L. 3. §. 4. L. 5. §. 2. D. de in rem verso.

p) L. 3. §. 4. D. de in rem verso.

q) L. 3. §. 3. 4. et 6. D. de in rem verso.

r) L. 10. §. 4. D. de in rem verso.

s) L. 11. D. de in rem verso.

klagtens [t]). Man nehme an, der Kläger hat sich für den Dritten, z. B. den Sohn, wegen einer Schuld verbürgt. Hier kann zwar der Gläubiger wider den Vater actione de in rem verso klagen, nicht aber der Bürge, auch nicht derjenige, welcher sich dieser Schuld wegen blos bey dem Gläubiger verbürgt hat. Dieser muß allenfalls wider den Vater actionem de peculio anstellen, weil der Vater nicht doppelt actio de in rem verso belangt werden kann. Es kann 6) vorgeschützt werden, Beklagter habe den Dritten schon wegen des geschlossenen Contracts befriedigt [u]). Unter diesen Umständen muß sich Kläger an diesen Contrahenten halten; z. B. der Vater hat seinem Sohne, der 100 Rthlr. von mir erborgt hat, um eine väterliche Schuld zu bezahlen, dieses Geld schon gegeben, um mich wieder zu bezahlen, und dieser verthut es. Hier kann ich von dem Vater weiter nichts fordern, sondern ich muß mich an den Sohn halten, weil der Vater das zu seinem Besten verwendete Geld nicht zweymal zu bezahlen schuldig ist [x]). Sollte der Vater dem Sohne das Geld aus Betrug ausgezahlt haben, damit ich nur ihn nicht belangen könnte, und der Sohn ist ein verschwenderischer Mensch, und hat das Geld durchgebracht, so kann der Vater actione de dolo belangt werden. Man kann 7) vorschützen, ein anderer Gläubiger sey dem Kläger schon zuvorgekommen [y]); wenn nämlich von mehrern Gläubigern nur einer, nicht aber alle zusammen wider den Beklagten actione de in rem verso klagen können, und einer von ihnen hat die Klage eher angestellt, als die andern. Man nehme an, der Sohn borgt sich Tuch zu einem

t) L. 18. D. de in rem verso.

u) L. 10. §. 6. D. de in rem verso. Stryck h. t. §. 6.

x) L. 4. D. de in rem verso.

y) L. 3. §. 10. L. 4. D. de in rem verso. Stryck de action. forens. Sect. I. Mbr. 8. § 23. Alcuins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristenfakultät, II, 30.

nem Kleide, welches ihm sein Vater machen lassen muß, und behandelt dasselbe für 25 Rthlr. Hierauf borgt er diese 25 Rthlr. vom Cajus, um das Tuch davon zu bezahlen. Ehe er diese Bezahlung leistet, brechen Spitzbuben in seine Stube ein, und stehlen ihm das Tuch und das Geld. In diesem Falle haftet der Vater beyden, nämlich dem Kaufmanne und auch dem Cajus, weil jeder des Vaters Bestes befördern wollen, und ihnen der Diebstahl nicht zugerechnet werden kann, auch der Sohn an dem Diebstahle nicht Schuld war; es wird daher der Diebstahl als ein Unglücksfall betrachtet. Die Gesetze halten es jedoch für hart, daß der Vater wirklich in diesem Falle nicht nur das Tuch bezahlen soll, sondern auch die geborgten 25 Rthlr., und verordnen daher, daß er von seiner Verbindlichkeit frey werden soll, wenn er nur einmal bezahlt hat, und hierbey geht derjenige vor, welcher sein Geld eher erhalten hat. In der L. 4. D. h. t. wird bemerkt: occupantis meliorem conditionem esse debere. Hätten sich beyde zugleich gemeldet, und keiner ist bezahlt worden, so geht der Kaufmann vor, weil seine Forderung älter ist. Die Teutschen hatten die Parömie: den Letzten beißen die Hunde. Außer den angeführten Einreden kann 8) vorgeschützt werden: es sey eines Andern Nutzen befördert worden [z]; z. B. ein Sclave hatte zwey Herren, und er beförderte durch den geschlossenen Contract den Nutzen des andern Herrn. Man kann 9) vorschützen: Kläger fordere zu viel [a]; z. B. nicht alles, was der Sohn durch den Contract schuldig geworden ist, ist zum Nutzen des Vaters verwendet worden; oder Kläger hat mehr aufgewendet, als Beklagter wegen seiner Vermögensumstände aufgewendet haben würde; er würde z. B. seinem Sohne nicht so feines Tuch zum Kleide ausgenommen haben [b]. Auch kann 10) vor-

z) L. 13 et 14. D. de in rem verso.
a) L. 5. pr. L. 2. D. de in rem verso.
b) L. 3. §. 4. D. de in rem verso.

vorgeschützt werden, Beklagter habe dem Dritten, z. B. dem Sohne, das Geschäfte vorher verboten [c]); desgleichen 11), die Klage sey bereits durch den Ablauf von 30 Jahren verjährt [d]); wie auch 12), Beklagter sey bereit, seine Klage, die er durch den Dritten erlangt habe, an Klägern abzutreten [e]). Man nehme an, der Sohn hat seines Vaters Hauswesen zu besorgen, und borgt in diesen Geschäften 200 Rthlr. von Mevius, verlehnt solche aber wieder an den Paulus. In diesem Falle hat der Vater durch seinen Sohn eine Schuldforderung wider den Paulus erworben. Gesetzt nun, Mevius klagt wider den Vater actione de in rem verso auf die Wiederbezahlung der 200 Rthlr., der Vater findet aber seine Rechnung nicht dabey, den Paulus als seinen Schuldner zu betrachten, so kann er seine Schuldforderung an den Mevius abtreten, und sich dadurch von der Klage wegen der Nutzverwendung befreyen [f]).

Folgende Einreden dürfen nicht vorgeschützt werden; nämlich 1) Beklagter habe zu dem gemachten Aufwande seine Einwilligung nicht gegeben [g]); 2) darf nicht vorgeschützt werden, Beklagter habe von der Nutzverwendung wirklich keinen Vortheil gehabt, sondern es sey solcher durch einen Unglücksfall verhindert worden [h]). Es ist zu Anstellung der gegenwärtigen Klage hinreichend, wenn der Contract zu des Beklagten wahrem Nutzen geschlossen worden ist; wenn gleich derselbe nachher, ohne des Dritten Schuld, keinen Vortheil bewirkt hat. Borgt also der Sohn 300 Rthlr., um dringende Ausgaben des Vaters damit

c) Arg. L. 3. §. 2. D. h. t. L. vlt. Cod. de negot. gest.
d) L. 1. §. 3. D. de in rem verso. L. 7. pr. C. quod cum eo, qui in al.
e) L. 3. §. 5. D. h. t. L. 51. D. de peculio.
f) Lauterbach in Coll. Pand. h. t. §. 6.
g) §. 4. Inst. quod cum eo, qui in alien. potest.
h) L. 3. § 7 et 8. L. 17. pr. D. de in rem verso.

damit zu bezahlen; dieses Geld wird ihm aber vor der geschehenen Bezahlung gestohlen, so kann der Darleiher nichts desto weniger die actio de in rem verso wider den Vater anstellen. Eben dieses würde Rechtens seyn, wenn das Haus abgebrannt ist, zu dessen Reparatur Jemand dem Sohne 500 Rthlr. gelehnt hat. Ist der Dritte, z. B. der Sohn, durch seine Unachtsamkeit an dem Unglücksfalle Schuld, indem er sich das Geld aus Sorglosigkeit stehlen lassen, oder verthut das Geld lüderlicher Weise, so haftet der Beklagte, z. B. der Vater, nicht i). Ein Gläubiger muß daher vorsichtig seyn, und sich genau davon zu überzeugen suchen, daß die Nutzverwendung wirklich vorgenommen worden sey. Hier ist noch die Frage zu beantworten: wenn ich dem Sohne in der Voraussetzung und wegen der Versicherung des Sohnes, daß es zum Nutzen des Vaters geschehe, etwas borge, und der Sohn wendet es doch nicht dazu an, ob hier doch eine Klage wider den Vater angestellt werden könne? Dieses wird in der L. 2 et 5. C. ad Sctm. Maced. bejahet, wenn ich nach den vorhandenen Umständen glauben konnte, daß der Sohn das Erborgte zu dem angegebenen Zwecke verwenden werde, nur muß ich, wie es in der L. 7. §. 13. D. ad Sctm. Maced. heißt, modum probabilem nicht überschritten haben k).

Von der actione de in rem verso *directa* ist die actio de in rem verso *utilis* unterschieden, und sie hat alsdenn statt, wenn die Klage auf andere Fälle angewendet wird, als solche sind, die nach den Gesetzen bey der actio de in rem verso *directa* vorausgesetzt werden. Diese letzte Klage gründet sich nämlich darauf, daß Jemand, der unter der väterlichen oder herrschaftlichen Gewalt desjenigen stand, wider den die actio de in rem verso ange-

i) L. 3. §. 9. L. 17. pr. D. de in rem verso.

k) Crell Diss. de priuil. pecuniae ad rectum vsum creditae ex animo dantis aestimando, Viteb. 1736. §. 2.

angestellt werden soll, mit dem Andern einen Contract geschlossen hat, wodurch des Vaters oder Herrn Vortheil befördert worden ist. Ein solcher Contract kann aber auch von Jemandem geschlossen worden seyn, der nicht unter dessen väterlicher oder herrschaftlicher Gewalt stand, zu dessen Vortheil der Contract verabredet worden ist. Hier wird die Klage actio de in rem verso *vtilis* genennt l). Im Allgemeinen wird diese Klage gebraucht, wenn ich mit dem A contrahire, B zieht von diesem Contract Vortheile, und A steht mit diesem B in einer gewissen Verbindung m). Hierher gehört 1) der Fall, wenn man mit einem negotiorum gestore contrahirt hat, und der Contract war dem Herrn des Geschäfts vortheilhaft. Unter diesen Umständen kann die actio de in rem verso *vtilis* angestellt werden. Man nehme den Fall an, ich lasse in der Abwesenheit des A an seinem Hause eine sehr nothwendige Reparatur vornehmen, und habe alles mit den Maurern und Zimmerleuten auf das Beste veraccordirt. Hier können diese aus dem Accord wider den A auf ihre Bezahlung klagen, und müssen actionem de in rem verso *vtilem* anstellen. Es darf übrigens diese Klage nicht mit der actione negotiorum gestorum contraria verwechselt werden; denn diese stellt der Geschäftsführer selbst wider den Herrn des Geschäfts an; die actio de in rem verso aber wird von demjenigen angestellt, der mit dem Geschäftsführer contrahirt hat. 2) Wenn ein Gesellschafter contrahirt, ohne von seinen Mitgesellschaftern Auftrag dazu zu haben, oder er schließt den Contract der Ordre nicht gemäß, die Gesellschaft zieht aber doch von dem Contracte Vortheil, so kann die angeführte actio de in rem verso *vtilis* wider sie gebraucht werden n). 3) Stellen Ehegatten eine Schuldverschreibung

l) L. 7. §. 1. C. quod cum eo, qui in alien. potest. est.

m) Io. Ierem. Hert Diss. de rarioribus quibusdam iuris controuersiis, Giess. 1713. pag. 36 sqq.

n) L. 82. D. pro socio.

bung mit einander aus, worin sie bekennen, eine gewisse Summe erhalten zu haben; so kann nur der Mann verklagt werden, wofern der Gläubiger nicht beweisen kann, daß das Geld zum eigenen Besten der Ehefrau verwendet worden sey o); kann er aber diesen Beweis führen, so hat actio de in rem verso vtilis wider die Frau statt. Habe ich also dem Manne 100 Rthlr. geliehen, um damit eine Schuld zu bezahlen, die seine Frau zu bezahlen schuldig war, und der Mann hat diese Schuld wirklich damit getilgt, so kann ich actionem de in rem verso vtilem wider die Frau anstellen; sie würde sich sonst mit meinem Schaden bereichern, da sie durch mein Darlehn von der Schuld frey geworden ist, die sie zu bezahlen schuldig war. Zu bemerken ist noch: daß die dritte freye Person, mit welcher wir zu Jemandes Besten contrahirt haben, auch selbst aus dem mit uns geschlossenen Contracte unmittelbar belangt werden kann. So kann ich, nach dem angeführten Beyspiele, den Ehemann auch actione mutui verklagen. Dieses ist alsdenn sehr nützlich, wenn die dritte Person wirklich keine Nutzverwendung zu desjenigen Vortheil vorgenommen hat, von dem doch die Rede war. Man nehme an, der Vormund borgt 400 Rthlr. von mir für seinen Pupillen. Hat er dieses Geld in des Pupillen Nutzen verwendet, so kann ich wider den Pupillen actione de in rem verso vtili klagen; im entgegengesetzten Falle aber haftet der Vormund selbst actione mutui.

Es giebt noch andere Klagen, welche neben der actione de in rem verso angestellt werden können, und zwar hat 1) die actio quod iussu statt, welche wider den Herrn oder Vater gebraucht werden kann, im Fall er den durch seinen Sohn oder Sclaven geschlossenen Contract genehmigt hat p). Hiervon hat man den Vortheil, daß man die Nutz-

o) Auth. si qua mul. C. ad Sctm. Velleian. Berger in Dec. summi pronocat. Senat. elect. Saxon. Dec. 44 et 45.

p) L. 5. §. 2. D. de in rem verso. L. 1. §. 6. D. quod iussu.

Nutzverwendung nicht zu erweisen braucht, sondern es ist schon hinreichend, wenn man die Genehmigung dargethan hat. Man kann 2), wenn man mit einem freyen Menschen zu Jemandes Besten contrahirt hat, diesen unmittelbar aus dem Contracte belangen [q]). Wendet er ein, er habe nicht sein eigenes Bestes, sondern den Vortheil eines Dritten durch den Contract befördern wollen, so kommt es darauf an, ob er diese Absicht dem Contrahenten, als dem Gläubiger, bey Schließung des Contracts zu erkennen gegeben habe, oder nicht. In diesem letztern Falle hilft ihm die vorgeschützte Einrede nichts, weil der Contrahent lediglich mit ihm contrahirt, und blos auf seine Person Rücksicht genommen hat. Im ersten Falle ist die Einrede von Nutzen, wenn er des Andern Bestes durch den geschlossenen Contract wirklich befördert hat, und der Contrahent muß sich hier an den Andern actione de in rem verso halten [r]). Ist wirklich des Andern Bestes nicht befördert worden, so hilft ihm die vorgeschützte Einrede nichts, weil er pflichtwidrig gehandelt hat, daß er das Geld nicht zum Besten des Andern anwendete. Dieses findet seine Anwendung, wenn ein Vormund, ein administrator ciuitatis, zum Besten seines Pupillen oder der Stadt Geld geborgt, und es doch nicht in deren Bestes verwendet hat.

War der Contrahent kein freyer Mensch, sondern er stand unter eines Andern väterlicher oder herrschaftlicher Gewalt, so kommt es darauf an, 1) ob er ein peculium hat, und dieses so beschaffen ist, daß er frey darüber disponiren darf. Besitzt also der Sohn ein peculium militare, oder aduentitium extraordinarium, so kann er selbst belangt werden [s]). Ist das peculium nicht so beschaffen, sondern der Sohn hat nur ein peculium profecti-

q) L. 7. §. 1. C. quod cum eo, qui in alien. potest.
r) L. 6. §. 1. D. de negot. gestis.
s) L. 4. §. 1. L. 18. in fine D. de castrensi peculio.

fectitium, oder der Sclave verwaltet ein peculium servile, so muß wider den Vater oder Herrn die actio de peculio angestellt werden [t]. 2) Hat der Sohn oder Sclave kein peculium, so würde die wider diese Personen angestellte Klage vergeblich seyn.

Lib. XV. Tit. IV.

Quod iussu.

§. 919.

Iussus, ein Befehl überhaupt, ist eine Erklärung gegen eine Person, die unter unserer Gewalt steht, daß sie etwas thun soll. Diese Erklärung kann unter den Lebendigen geschehen und durch einen letzten Willen, sowohl mündlich als schriftlich; sie kann allgemein seyn, oder auf einzelne Handlungen gehen; vor der Handlung vorausgehen und darauf folgen. Geht sie voraus, so heißt die Erklärung iussus im eigentlichen Verstande; erfolgt sie nach vollbrachter Handlung, so wird sie ratihabitio, die Genehmigung, genennt. In den Gesetzen dieses Titels versteht man unter dem Worte iussus, diejenige Handlung, wodurch ein Hausvater bey den Geschäften derjenigen, welche unter seiner Gewalt stehen, seine Einwilligung zu erkennen giebt [a]; dieses mag vor, oder nach vollbrachtem Geschäfte geschehen [b]. Ertheilte der Vater oder Herr seinem Sohne oder Sclaven den Befehl, zu con-

t) §. 4. Inst. quod cum eo, qui in alien. potest. est. L. 32. pr. in fine D. de peculio.

a) L. 1. §. 1. 3. 6. D. quod iussu.

b) L. 1. §. 6. D. quod iussu.

contrahiren, und dieser hatte einen Contract dem Befehle gemäß geschlossen, so hieß die wider den Vater oder Herrn statt findende Klage die actio quod iussu [c]). Der Grund dieser Klage ist ein Contract oder ein vollkommen verbindlicher Vertrag [d]), den man auf Jemandes Geheiß oder Genehmigung [e]), mit einem unter dessen Gewalt stehenden Menschen [f]), in des letztern eigenem Geschäfte geschlossen hat [g]). Geht das Geschäfte unmittelbar den Herrn oder Vater an, so wird dieser deshalb geradezu aus dem Contracte belangt, welcher darüber geschlossen worden ist [h]). Es muß also 1) der paterfamilias mir es geheissen haben, mit einem seiner Gewalt unterworfenen Menschen zu contrahiren; oder er muß wenigstens seine Genehmigung in den Contract ertheilt haben. Der Mensch muß daher eigentlich entweder unter seiner väterlichen oder herrschaftlichen Gewalt stehen. Nützlicher Weise kann die Klage auch bey einer andern Gewalt gebraucht werden, wo Jemand des Andern Willen zu befolgen vollkommen verbunden ist [i]); z. B. wenn die Frau auf Geheiß ihres Mannes; der Unterthan auf Geheiß seiner Obrigkeit; der Verwalter auf Geheiß des Herrn des Geschäfts contrahirt hat. 2) Wird vorausgesetzt, daß das Geheiß, oder die Genehmigung einen Contract, oder einen vollkommen verbindlichen Vertrag zum Gegenstande hat; z. B. der Sohn hat Jemandem auf Geheiß seines Vaters

c) Eckard in Exam. action. forens. Part. XII. pag. 88 sqq.

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

e) L. 1. §. 1 et 3. D. h. t. L. 1. pr. D. quod cum eo, qui in alien. pot. L. 7. C. ad Sctm. Maced.

f) L. 2. §. 1. D. quod iussu.

g) §. 1. Inst. quod cum eo, qui in alien. pot. L. 1. §. 8 et 9. D. h. t.

h) L. 5. pr. D. quod iussu. L. 4. C. quod cum eo, qui in alien. pot.

i) L. 7. §. 1. C. quod cum eo, qui in alien. pot. Struck in vsu mod. h. t. §. 1.

Vaters etwas zu schenken versprochen. Hat der nicht freye Mensch auf Geheiß des Vaters oder Herrn ein Verbrechen begangen, so ist der Vater dieses Verbrechens wegen selbst verantwortlich [k]). 3) Muß der Contract oder der vollkommen verbindliche Vertrag in des nicht freyen Menschen eigenem Geschäfte geschlossen worden seyn, das heißt, einem solchen, welches ihn selbst unmittelbar angeht. Wenn der Vater oder Herr durch den Sohn oder Sclaven zu seinem Nutzen contrahirt hat, so wird es so angesehen, als wenn er es selbst gethan hätte, und deswegen wird er aus dem Contracte, als wenn er solchen mit dem Dritten selbst geschlossen hätte, directe belangt; daher auch die anzustellende Klage keine actio adiectitiae qualitatis ist.

Der Kläger ist derjenige, welcher, nach des Andern Geheiß, mit einem seiner Gewalt unterworfenen Menschen contrahirt hat, wie auch sein Erbe [l]). Man stellt die Klage wider denjenigen an, nach dessen Geheiß oder Genehmigung mit einem seiner Gewalt unterworfenen Menschen contrahirt worden ist [m]); der iussus mag unmittelbar von ihm selbst, oder mittelbarer Weise durch einen Andern, z. B. den Vormund [n]), oder den wahren Prokurator ertheilt worden seyn. Es kann der Beklagte auch aus mehrern Personen [o]) bestehen. Haben mehrere einen Sclaven, so haben sie das Geheiß entweder alle zusammen ertheilt, oder nur einer allein. Im ersten Falle haften sie alle zusammen, und im letztern nur der Ertheiler des Befehls. Wider den Erben des Beklagten hat die Klage

k) L. 2. D. de noxal. action. L. 11. §. 3. D. de iniur.

l) Oldendorp in Progym. action. forens. Class. IV. art. 7.

m) §. 1. Inst. quod cum eo, qui in alien. potest. L. 1. pr. L. 4. D. quod iussu.

n) L. 2. pr. D. quod iussu.

o) L. 5. §. 1. D. quod iussu.

ebenfalls statt. Die Bitte geht auf die gänzliche Leistung dessen, was Kläger nach dem geschlossenen Contracte zu fordern hat p), und zwar in solidum, das heißt, ich werde auf das Ganze erequirt, und nicht etwa nur so weit, als das Pekulium zureicht, wie es bey der actione de peculio geschieht.

Man kann gegen diese Klage vorschützen, 1) es sey kein Geheiß vorhanden, und dieser Fall kann auf doppelte Art eintreten; nämlich α) wenn die Handlung des Beklagten in keinem Geheiß besteht; z. B. weil der Vater von dem Handel seines Sohnes nur Wissenschaft gehabt, oder wenn er den Sohn blos empfohlen hat q); oder wenn er für eine Geldschuld des Sohnes blos gut gesagt hat; denn jetzt haftet er nicht ex iussu, sondern aus der Bürgschaft, in welchem Falle ihm aber die exceptio excussionis zu Statten kommt, der Gläubiger solle sich erst an das eigene Vermögen des Sohnes halten. Die Einrede des Macedonianischen Rathsschlusses hingegen kann er unter diesen Umständen nicht vorschützen r). Muß man den Willen des Vaters für einen iussum halten, so kann er gleich verklagt werden, ohne daß ihm die exceptio ordinis zu statten kommt; daher irrt Brunnemann und Stryck s), welche beydes der Wirkung nach für einerley halten. β) Ist kein Befehl ertheilt worden, wenn der Mensch, mit welchem der Kläger contrahirt hat, nicht unter des Beklagten Gewalt stand, folglich Beklagter ihm gar keinen Befehl ertheilen können. Ist es doch geschehen, z. B. des

p) §. 1. Inst. quod cum eo, qui in alien. pot. L. 1. pr. D. h. t.

q) L. 1. §. 5. D. h. t. L. 5. §. 18. D. de instit. actione.

r) Io. Lud. Schmidt in tract. de fideiussore plane non obligato, §. 204. 206.

s) Brvnnemann ad L. 1. in fine D. quod iussu. Stryck in vsu mod. h. t. §. 3.

des Menschen sein Onkel hat es gethan, so hieß er es entweder dem, der etwas borgen wollte, z. B. seinem Neffen, oder er hieß es dem Gläubiger, von dem das Darlehn verlangt wurde. Im ersten Falle haftet er nicht, weil ihm keine Gewalt über diesen Neffen zustand; er müßte denn in dolo gewesen seyn [t]); im zweyten Falle aber haftet er dem Gläubiger aus dem Auftrage, und dieser kann actionem mandati contrariam wider ihn anstellen. Es kann 2) die Einrede vorgeschützt werden, Beklagter habe keine hinlängliche Macht gehabt, ein Geheiß zu ertheilen [u]); z. B. der Pupill befiehlt seinem Sclaven etwas ohne Bewilligung des Vormundes. Hier haftet er nun nicht. 3) Kann vorgeschützt werden, das Geheiß sey noch vor Eingehung des Contracts wiederrufen worden [x]); worauf aber Kläger repliciren kann, Beklagter habe ihm vor geschlossenem Contracte vom Wiederrufe keine Nachricht gegeben; oder der Wiederruf sey erst nach geschlossenem Contracte geschehen. Es kann 4) eingewendet werden, das Geheiß sey überschritten worden [y]). Man nehme an, der Vater hat zwar erklärt, seinem Sohne bis auf 20 Rthlr. Geld zu borgen, aber mehr nicht, noch weniger zu unnöthigen Ausgaben. Hier haftet der Vater nur wegen 20 Rthlrn. Beklagter kann 5) vorschützen, derjenige, welcher an seiner Stelle den Befehl ertheilt habe, sey dazu nicht berechtigt gewesen [z]); z. B. es hat sich Jemand für den Prokurator des Vaters ausgegeben, und in dieser Voraussetzung wegen seines Sohnes etwas geheißen, da er doch des Vaters Prokurator nicht war. Hier kann der Vater nicht ex iussu belangt werden, sondern man muß den fälschlich angegebenen Prokurator verklagen.

t) Arg. L. 30. pr. D. ad Sctm. Velleian.
u) L. 1. §. 7. D. quod iussu.
x) L. 1. §. 2. D. quod iussu.
y) L. 3. D. quod iussu.
z) L. 1. §. 9. in fine D. quod iussu.

klagen. Es kann 6) vorgeschützt werden, das Geheiß sey mit dem Tode dessen, der es ertheilt gehabt, erloschen [a]). Borgt also dem Sohne Jemand nach des Vaters Tode Geld, so können seine Erben nicht actione quod iussu belangt werden, sondern nur wegen dessen, was vorher geschehen ist. Endlich kann 7) vorgeschützt werden, die Klage sey bereits verjährt; wozu aber eine Zeit von 30 Jahren erfordert wird, weil diese Klage, so wie die aus dem Contract entspringende Hauptklage, eine actio perpetua ist.

Mit dieser zeither erklärten Klage concurriren noch verschiedene andere Klagen. Es kann nämlich 1) der Contrahent aus dem, auf Jemandes Geheiß, mit einem unter seiner Gewalt stehenden Menschen geschlossenen Contracte selbst belangt werden [b]), und hier findet die actio principalis seu directa statt. So kann der Sohn, der auf seines Vaters Geheiß etwas für sich gepachtet hat, selbst mit der aus dem Pachtcontracte entspringenden Hauptklage, der actione locati, belangt werden, ohne daß dadurch die actio adiectitiae qualitatis aufgehoben wird, weil der Sohn bey dem Geheiß sein eigenes Geschäfte durch den Contract zu befördern gesucht hat; jedoch kommt es mit darauf an, ob der Sohn schon volljährig gewesen, oder nicht. Im ersten Falle wird er condemnirt, und er muß, wenn er ein peculium militare hat, davon die Bezahlung leisten, so weit als es zureicht [c]); im letztern Falle aber kommt ihm die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu statten, wenn er durch das Geschäfte lädirt worden [d]). Hat der Sohn nicht für sich gehandelt, sondern nur

a) L. 50. D. de adquir. vel omit. hered. LAUTERBACH in Coll. Pand. Lib. XV. tit. 4. §. 9.

b) L. 3. §. 4. D. de minor. L. 7. D. quod cum eo, qui in alien. pot.

c) L. 7. D. quod cum eo, qui in alien. pot.

d) L. 3. C. de in integr. restit.

nur als Verwalter der väterlichen Sachen, so haftet er zwar auch während seiner Verwaltung als ein Institor, nicht aber nach deren Beendigung [e]). 2) Bestand das Geheiß nicht sowohl in einem Befehl, als vielmehr in einem Auftrage, welcher an den Gläubiger gerichtet worden [f]), so hat wider den Gewaltgeber die actio mandati contraria statt [g]). Endlich kann 3) der Gläubiger auch von der actione fideiussoria Gebrauch machen, wenn sich Jemand zur Sicherheit seiner Forderung verbürgt haben sollte [h]).

e) L. 23. D. de minor. LAVTERBACH h. t. §. 8.

f) L. 1. §. 2. D. quod iussu. L. 7. D. quod cum eo, qui in alien. potest.

g) L. 7. D. quod cum eo, qui in alien. potest. L. 8. C. mand. STRYCK in vsu mod. h. t. §. 2.

h) L. 1. §. 5. D. h. t. L. 8. C. quod cum eo etc.

Lib. XVI. Tit. I.

ad Sctum. Velleianum.

§. 920 — 927.

Der Kaiser August und nach ihm Claudius gab das Gesetz, daß sich keine Ehefrau für ihren Ehemann verbürgen sollte [a]). Nachher wurde unter dem Consulat des Markus Silanus, und des Vellejus Tutor ein Rathsschluß abgefaßt, und darin festgesetzt, daß wider ein Frauenzimmer, die sich verbürgt hatte, keine Klage statt finden sollte, und auch wegen eines Darlehns, das sie für eine andere Person aufgenommen, sollte sie nicht verklagt werden können [b]). Dieser Rathsschluß ist das bekannte Sctum. Velleianvm. Bey dieser Verordnung wird zur Ursache angeführt, daß, weil Frauenspersonen keine männlichen Aemter aufgetragen würden, ihnen auch die Uebernahme einer Bürgschaft und die Erborgung eines Darlehns für andere Personen nicht gestattet werden könne, weil dabey nicht blos eine Bemühung oder Dienstleistung, sondern auch die Gefahr, ihr Vermögen zu verlieren [c]), eintrete, und sie doch dazu nach der Schwäche ihres Geschlechts leicht bewogen werden könnten [d]). Die durch diesen Rathsschluß eingeführte Rechtswohlthat kommt nicht nur Frauenzimmern, die sich verbürgt oder für Andere Geld

a) L. 2. pr. D. ad Sctm. Velleian.
b) L. 1. pr. L. 2. §. 1. D. ad Sctm. Velleian.
c) L. 1. §. 1. D. ad Sctm. Velleian.
d) L. 2. §. 2. D. ad Sctm. Velleian. Hr. Prof. Weber in den Beyträgen zu der Lehre von Klagen und Einreden, S. 21. der 2ten Ausg.

Geld geborgt haben, zu statten, sondern auch den Bürgen, welche sich auf Geheiß eines Frauenzimmers verbürgt haben, und selbst der Mutter, die sich für die Schuld ihres Sohnes verbürgt hat. Hat der Gläubiger von diesem Auftrage der Frauensperson nichts gewußt, so wird die Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses durch die Replik des Betrugs entkräftet [e]; der Bürge kann aber der Frauensperson, die ihm zu Uebernahme der Bürgschaft den Auftrag gegeben hat, wenn sie ihre weibliche Rechtswohlthat vorgeschützt hat, diese Replik nicht entgegen sezzen, sondern er kann nur seine Befriedigung von demjenigen, für welchen er sich verbürgt hat, durch die actionem negotiorum gestorum einklagen [f].

Da die Absicht des Vellejanischen Rathsschlusses diese ist, daß Frauenzimmer durch Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit keinen Verlust ihres Vermögens leiden sollen, so sind folgende Geschäfte als verboten zu betrachten, und zwar 1) die eigentliche und wirkliche Bürgschaft [g], womit 2) das constitutum einer fremden Schuld für gleich gehalten wird [h]. 3) Die völlige Uebernahme einer fremden Schuld oder die Expromission [i]; 4) das für einen Andern mit Wissen des Gläubigers erborgte Darlehn [k]; 5) die übernommene Vertheidigung eines Angeklagten, wenn es auch ihr Ehemann, ihr Vater oder ihr Sohn seyn sollte [l], weil in diesem Falle Sicherheit wegen der Erfüllung des Urthels bestellt werden mußte. 6) Gehört hierher die Verpfändung ihrer Sachen zur Sicherheit einer fremden Schuld [m]; 7) die Ueberweisung

e) L. 6 et 16. §. 1. D. h. t. L. 14. C. eod.
f) L. 7. D. ad Sctum. Velleian.
g) L. 2. §. 1. D. ad Sctm. Velleian.
h) L. 1. §. 1. coll. c. L. 28. D. de constit. pecun.
i) L. 1. §. 2. D. ad Sctm. Velleian.
k) L. 2. §. 1. D. ad Sctm. Velleian.
l) L. 2. §. 5. D. ad Sctm. Velleian.
m) L. 8. pr. D. ad Sctm. Velleian. L. 5. C. eod.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0515
DFG

ihres Schuldners zum Besten eines Dritten; ist ihr aber der überwiesene Schuldner nichts schuldig, so kann sich dieser ebenfalls mit der Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses schützen [n]). 8) Rechnet man hieher die Uebernahme einer gemeinschaftlichen Schuld, wodurch sich die Frauensperson verbindlich gemacht hat, für die ganze Schuld zu haften [o]). 9) Der Bevollmächtigte des Frauenzimmers, welcher nach ihrem Auftrage Bürgschaft geleistet hat, kann sich wider den Gläubiger, der dieses Verhältniß wußte, durch die Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses schützen; hat aber der Gläubiger von diesem Auftrage nichts gewußt, so ist zwar das Frauenzimmer gedeckt, der Bürge aber muß wegen geleisteter Bürgschaft bezahlen [p]). 10) Gehört der Fall hierher, wenn eine Frauensperson Sachen verkauft und das Kaufgeld einem andern bezahlt wird, dem sie aushelfen will [q]); 11) das Compromiß [r]); 12) überhaupt alle Uebernahme einer fremden Schuld, die entweder bereits existirt, oder die erst entstehen soll, sie mag ganz oder zum Theil übernommen werden [s]). Auch jeder Schleichhandel, wodurch die Verordnung des Vellejanischen Rathsschlusses eludirt werden soll, ist verboten [t]). 13) Alle offenbar unbesonnene und nicht hinreichend erklärte Uebernahme einer fremden Schuld bindet eine Frauensperson nicht. Eine Ehefrau hatte z. B. eine bestimmte Summe von 100 Rthlrn. gemeinschaftlich erborgt, und nun hieß es in der Schuldverschreibung: damit aber der Herr Gläubiger sowohl dieser Post und der gegenwärtig bereits schuldigen Waarenforderungen, als auch der künftigen wegen genugsam

n) L. 8. §. 4 et 6. D. ad Setm. Velleian.
o) L. 17. §. 2. L. 18. D. ad Sctm. Vellei.
p) L. 30. §. 1. L. 32. §. 3. D. L. 15. C. h. t.
q) L. 32. §. 2. D. ad Sctm. Velleian.
r) L. 31. §. 2. D. de recept.
s) L. 2. §. 4. L. 26. D. ad Sctm. Velleian. L. 18. C. eod.
t) L. 29. §. 1. D. L. 19. C. ad Sctm. Velleian.

nugsam gesichert seyn möge, so tritt die Ehefrau als Bürgin ein, und entsagt ꝛc. Sonst kam kein Wort von den künftigen Schulden vor, und das Protocoll war nicht vorgelesen worden; daher mußte diese Bürgschaft sehr eingeschränkt erklärt werden. Uebernimmt eine Frauensperson zugleich mit einer Mannsperson die Bezahlung einer Schuld, so wird in zweifelhaften Fällen immer vermuthet, daß sie mehr eine fremde Schuld übernommen, als sich selbst hinlänglich verbindlich gemacht habe u), und dieses ist noch mehr zu vermuthen, wenn die Ehefrau mit ihrem Ehemanne eine gemeinschaftliche Schuld übernommen hat. Ein vorsichtiger Gläubiger muß also in diesem Falle, wenn gleich keine Bürgschaft angeführt wird, die Ehefrau auf die Authentica si qua mulier und andere Frauenspersonen auf den Vellejanischen Rathsschluß Verzicht leisten lassen.

So wichtig der Vortheil scheint, welcher den Frauenzimmern durch das Sctum. Velleianvm ertheilt worden ist, wenn man die zeither angeführten Fälle betrachtet, so unbedeutend muß man dieses Gesetz halten, wenn man weiß, in wie vielen Fällen dasselbe gar nichts hilft, sondern eine Frauensperson eben so gut durch die Uebernahme einer fremden Schuld verbindlich gemacht werden kann, als eine Mannsperson. Eine Frauensperson darf sich auf das Vellejanische Gesetz nicht berufen, 1) wenn sie bey Uebernahme der fremden Verbindlichkeit hinterlistig gehandelt hat; denn hier gehört sie nicht zu denen, welche sich aus weiblicher Schwäche zu Uebernahme einer Bürgschaft bereden lassen x). 2) Darf sie sich nicht darauf berufen, wenn sie nicht eine fremde Verbindlichkeit übernommen hat, sondern ihre eigene, es mag eine Hauptverbind-

u) L. 8. §. 14. D. ad Sctm. Velleian.

x) L. 2. §. 3. L. 23. L. 30. pr. D. L. 5 et 18. C. ad Sctm. Velleian. L. 11. C. de distract. pignor.

verbindlichkeit [y]), oder eine Nebenverbindlichkeit [z]) seyn. 3) Wenn Jemand mit der Frauensperson hauptsächlich contrahirt hat, ohne daß er es wußte, daß sie contrahire, um eine fremde Verbindlichkeit zu contrahiren; wußte er es aber, so bindet der Contract die Frauensperson nicht, sondern sie kann sich durch den Vellejanischen Rathsschluß decken [a]). Es scheint zwar die L. 13. C. ad Sctm. Velleian. entgegen zu stehen, dieses Gesetz redet aber davon, daß die Anwendung des Geldes die Natur des Contracts nicht ändere, mithin schade es dem Gläubiger nicht, wenn er auch den Endzweck der Verwendung des Geldes gewußt hat, wenn nur das Geld wirklich gleich anfangs als ein Darlehn ausgezahlt worden. 4) Fällt der Vellejanische Rathsschluß weg, wenn eine Frauensperson etwas verschenkt hat, wenn es auch der Beschenkte wußte, daß sie es thue, um Jemandem auszuhelfen, weil die Gesetze annehmen, daß Frauenzimmer sich leichter bewegen lassen, etwas zu versprechen, als etwas wegzuschenken [b]), oder welches einerley ist, weil bey einer Schenkung der Nachtheil sogleich bemerkt wird, indem sie die Sache weggeben muß, bey Bürgschaften aber äußert sich der Schaden erst in der Folge. Aus eben dieser Ursache darf sich ein Frauenzimmer nicht auf den Vellejanischen Rathsschluß berufen, wenn sie etwas sogleich bezahlt, oder etwas an Zahlungsstatt hingiebt, oder ihren Käufer an einen Gläubiger überweiset [c]); wofern dieses nur nicht wegen einer bereits vorher versprochenen Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit geschehen ist, oder weil die Frauensperson nichts

y) L. 25. D. L. 2 et 12. C. h. t. L. 8. §. 1. D. qui satisd. cog.

z) L. 3. L. 27. §. 2. D. ad Sctm. Velleian.

a) L. 4. pr. L. 11. 12. 13. pr. L. 17. pr. §. 1. L. 19. §. 5. L. 27. pr. L. 28. §. 1. L. 29. pr. D. L. 10. C. h. t.

b) L. 4. §. 1. L. 21. §. 1. D. ad Sctm. Velleian.

c) L. 5. D. L. 1. 2. 4. C. ad Sctm. Vellei.

nichts davon wußte, daß sie nach dem Vellejanischen Rathsschlusse solche Handlungen wiederrufen könne [d]). Der Vellejanische Rathsschluß fällt 6) weg, wenn sie ein gehabtes Unterpfand zurück giebt, oder auf die Hypothek Verzicht leistet [e]); desgleichen 7), wenn die Ehefrau den Vormündern ihrer Kinder, oder auch Fremden die Schadloshaltung versprochen hat, weil sie auf diese Weise nur ihre eigene Verbindlichkeit übernimmt [f]). Etwas anders ist Rechtens, wenn sie einem Erben, der wegen der Antretung der Erbschaft noch zweifelhaft ist, verspricht, daß sie dasjenige, was von den Erbschaftsschulden nicht bezahlt worden, selbst bezahlen wolle [g]). Ein Frauenzimmer darf sich 8) auf den Vellejanischen Rathsschluß nicht berufen, wenn sie ihren eigenen Schuldner sofort überweiset, weil sie hier die Verminderung ihres Vermögens augenblicklich bemerken kann [h]); desgleichen 9), wenn sie des Hauptschuldners Erbe geworden ist [i]); oder 10) wenn sie das, wofür sie sich verbürgt, in Händen hat, und durch die Bürgschaft nicht ärmer wird [k]); oder 11) nebst ihrem Gesellschafter eine gemeinschaftliche, zum Besten der Gesellschaft, oder unter solchen Umständen contrahirte Schuld übernimmt, woraus ein größerer Schaden entstanden seyn würde, wenn der Gläubiger dieses Geld nicht vorgeschossen hätte [l]). 12) Darf der Vellejanische Rathsschluß nicht vorgeschützt werden, wenn die Frauensperson eine Erbschaft gekauft hat, oder sie hat die Erbschaftsschulden auf sich schreiben lassen, oder sie verbürgt sich für ihren Bürgen wegen einer eben so großen Schuld; denn es wird die ange-

d) L. 9. C. ad Sctm. Velleian.
e) L. 8. pr. D. L. 11. L. 21. C. ad Sctm. Velleian.
f) L. 8. §. 1. L. 19. pr. §. 1 et 2. D. L. 6. pr. C. h. t.
g) L. 19. §. 4. D. ad Sctm. velleian.
h) L. 8. §. 5. L. 24. pr. D. L. 2. C. ad Sctm. Velleian.
i) L. 8. §. 13. D. ad Sctm. Velleian.
k) L. 15. L. 16. pr. L. 21. pr. L. 22. D. ad Sctm. Velleian.
l) L. 17. §. 2. D. ad Sctm. Velleian.

angenommene Schwäche des weiblichen Geschlechts nicht in allen Stücken der Minderjährigkeit und der damit verknüpften Unbesonnenheit gleich geachtet [m]). 13) Wenn sie majorenn ist, und nach zwey Jahren die vorige Verbindlichkeit nochmals durchgängig bestätigt [n]); jedoch darf es keine Schuld des Ehemannes seyn. 14) Wenn sie für die übernommene Bürgschaft eine verhältnißmäßige Vergütung bekommen, und sie dieses in einer öffentlichen Urkunde, oder vor drey Zeugen mündlich erklärt hat [o]). 15) Wenn sie für die Freyheit eines Menschen, oder 16) für den von einem Andern versprochenen Brautschatz sich als Bürgin verbindlich gemacht hat, weil diese Gegenstände in den Rechten begünstigt werden [p]). 17) Wenn sie sich bey einem minderjährigen Gläubiger verbürgt hat, und der Hauptschuldner nicht bezahlen kann; denn die Begünstigung der Minderjährigen ist stärker, als die, welche Frauenzimmern ertheilt worden ist [q]). 18) Wenn ein Frauenzimmer für denjenigen Sicherheit wegen Erfüllung des Urthels bestellt hat, der sich selbst an sie halten kann, wenn er zur Bezahlung verurtheilt worden [r]). 19) Wenn sie die Bürgschaft nach dem Tode des Hauptschuldners wiederholt hat [s]). Auch fällt 20) der Vellejanische Rathsschluß weg, wenn das Frauenzimmer Verzicht darauf geleistet hat. Ob diese Renunciation schon bey den Römern geschehen können, darüber streiten die Rechtslehrer; jedoch haben es die größten Rechtslehrer [t]) aus den stärksten

m) L. 13. pr. L. 32. pr. D. ad Sctm. Velleian.

n) L. 22. C. ad Sctm. Velleian. Auth. si qua mulier C. ad Sctm. Velleian.

o) L. 23. C. ad Sctm. Velleian.

p) L. 24. L. vlt. C. ad Sctm. Velleian.

q) L. 12. D. de minor.

r) L. 3. D. ad Sctm. Velleian.

s) Arg. L. 4. C. ad Sctm. Velleian.

t) Iust. Henn. BOEHMER D. de efficaci mulierum intercessione. VINNIVS in sel. iur. quaest. Lib. I. cap. 48. AVERAN. Lib. II. interpret. iur. cap. 5. ENGELBRECHT in

stärksten Gründen geleugnet, und sie ist blos durch die Praxis eingeführt worden. Ob eine Ehefrau der Authentica si qua mulier ohne Eyd entsagen könne, ist ebenfalls controvers. Läßt man die Entsagung auf das Sctm. Velleianum ohne Eyd gelten, so kann man auch eine solche Renunciation auf die Auth. si qua mulier nicht aus richtigen Gründen für ungültig halten u); indessen ist an vielen Orten nach dem Gerichtsgebrauche eine eydliche Entsagung erforderlich, und rathsamer ist es allemal, daß der Gläubiger auf eine beschworene Renunciation dringt, da die meisten Rechtslehrer die unbeschworne Renunciation der Eheweiber für ungültig halten, und behaupten, daß dieser Satz, wo nicht in geschriebenen Gesetzen gegründet, doch durch den allgemeinen teutschen Gerichtsgebrauch bestätigt worden sey x).

Der Vellejanische Rathsschluß verbot die Intercessionen aller Frauenspersonen überhaupt; folglich ist nicht nur ihre Bürgschaft, sondern jede Intercession ungültig. Eine Frauensperson intercedirt nämlich für einen andern, 1) wenn sie zwar in eigenem Namen, aber doch zu eines Andern Nutzen contrahirt hat; z. B. sie läßt bey einem Kaufmanne Waaren auf ihre Rechnung holen, und giebt sie mir; 2) wenn sie eine fremde Schuld durch eine Bürgschaft, ein constitutum, ein mandatum qualificatum als correa, oder durch Expromission übernimmt; 3) wenn

in Diss. ad Sctm. Velleian. cap. 2. §. 3 sqq. Hellfeld in comment. de intercessione mulier. §. 37 sqq. Amaley D. de renunciatione Scti Velleiani contra iuris rationem in Praxi recepta, Lugd. Bat. 1778. §. 16 sqq. Joh. Georg Schlitte in Schotts Wochenblatte, 3ter Band, S. 563 flg. Röslin von weiblichen Rechten, 2ter Band, S. 163 flg. Hr. Prof Weber von der natürl. Verbindlichkeit, §. 74.

u) Hahn ad Wesenb. h. t. nr. 9. Boehmer in cit. Diss. cap. 3. §. 8. not. II.

x) Cothmann Vol. V. Resp. 48. nr. 3. Brvnnemann ad L. fin. D. ad Sctm. Velleian. nr. 16. Mevivs in Dec. Part. VII. Dec. 229. nr. 1. Leyser Spec. 172. Med. 1.

3) wenn sie ihre Sachen hergiebt, damit sie zum Nutzen eines Andern verpfändet werden; jedoch ist im ersten Falle die Intercession nur alsdann ungültig, wenn es der Gläubiger gewußt hat, daß die Frauensperson für einen andern borge, und im dritten Falle gilt sie nicht, wenn er es wußte, daß ihr das Pfand gehöre [y]). Hat nun eine Frauensperson wider den Vellejanischen Rathsschluß eine fremde Schuld übernommen, so hat sie folgende Befugnisse. Sie kann 1) die Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses der wider sie angestellten Klage als eine exceptionem litis ingressum impedientem entgegen setzen, und das nämliche können auch ihre Erben und Bürgen thun [z]); ja es kann diese Einrede noch bey der Vollstreckung des Urthels entgegen gesetzt werden [a]). 2) Hat sie bereits für einen Andern bezahlt, so kann sie das Bezahlte als eine Nichtschuld durch die condictionem indebiti zurück fordern [b]). Sie kann auch, wenn sie das Bezahlte nicht zurück fordern will, actione mandati klagen [c]); will sie aber, daß wider den vorigen Schuldner nicht geklagt werden soll, so muß sie auf die Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses Verzicht leisten [d]). 3) Sie kann ihre zur Befreyung des Schuldners bestellten und vom Gläubiger veräußerten Unterpfänder mit den Früchten wieder zurück fordern, weil das Unterpfand als ein dazugekommener Contract nicht gilt, sobald die Hauptverbindlichkeit nicht besteht [e]). Es ist zwar die Verbindlichkeit eines Frauenzimmers aus der geleisteten Intercession im natürlichen Rechte gegründet, die positiven Gesetze haben sie aber auf-

y) L. 11. L. 19. §. fin. L. 27. D. ad Sctm. Velleian. LAVTERBACH h. t. §. 7 sqq.
z) L. 20. C. ad Sctm. Velleian.
a) L. 11. D. ad Sctum. Maced.
b) L. 40. pr. D. de cond. indeb.
c) L. 31. D. ad Sctm. Velleian.
d) L. 32. §. 4. D. ad Sctm. Velleian.
e) L. 32. D. §. 1. h. t. L. 39. §. 1. D. de rei vindicat.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0522
DFG

aufgehoben. Daraus folgt 4), daß der Richter diese Einrede von Amtswegen suppliren müsse, wenn sie gleich nicht vorgeschützt worden seyn sollte. 5) Beruft sich eine Frauensperson auf den Vellejanischen Rathsschluß, so wird sie zwar von aller Verbindlichkeit befreyt, es wird aber die Klage wider den Hauptschuldner wieder hergestellt [f]. Es kann auch wider den Hauptschuldner geklagt werden, wenn gleich der Gläubiger Erbe der Frauensperson, die für ihn intercedirt hat, geworden seyn sollte [g], oder sich gegen sie als befriedigt erklärt hat [h]; denn sie war nicht verbindlich, folglich konnte auch ihr Erbe nicht verbindlich werden. Hat aber die Frauensperson dergestalt bezahlt, daß sie das Bezahlte nicht wieder fordern kann, oder es ist unter diesen Umständen eine Acceptilation, eine Verbindlichkeit des strengen Rechts entstanden, so wird der Hauptschuldner befreyt [i]. Eben dieses ist begreiflich der Fall, wenn seine Verbindlichkeit entweder an und für sich den Rechten nach nicht besteht, oder er ist durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gedeckt [k]. Die auf die Wiederherstellung der Verbindlichkeit gerichteten Klagen, welche restitutoriae, rescissoriae oder institutoriae heißen, gehen wider die Erben, können von den Erben so lange angestellt werden, als sie noch nicht verjährt sind [l], und selbst wider den losgelassenen Bürgen [m]. Die Unterpfänder, welche der Frauensperson vielleicht wegen dieser Sache übergeben worden sind, müssen dem Gläubiger eingeräumt werden, wenn ihre Intercession auf-

f) L. 1. §. 2. L. 8. §. 2 et 6. D. L. 16. C. ad Sctm. Velleian.

g) L. 8. §. 12. D. ad Sctm. Velleian.

h) L. 8. §. 9. D. ad Sctm. Vellei.

i) L. 8. §. 10. D. ad Sctm. Velleian.

k) L. 8. §. 15. D. ad Sctm. Velleian.

l) L. 10. D. ad Sctm. Velleian. PHILIPPI in Diss. de rescissoria actione occasione Scti. Velleiani.

m) L. 14. D. ad Sctm. Velleian.

aufgehoben worden ist n). Hat der Gläubiger eine Expromission abgeredet, und darauf eine Acceptilation vorgenommen, der Schuldner stellt aber nun eine Frauensperson als Schuldnerin auf, so muß er einen bessern andern Schuldner oder Expromissor schaffen o).

In der 134. Novelle, Cap. 8. und der daraus gezogenen Auth. si qua mulier Cod. ad Sctm. Velleian. wird die Intercession einer Ehefrau für ihren Ehemann noch stärker verboten, als es im Scto. Vellejano verboten worden. Eine Intercession für den Ehemann ist nämlich 1) ohne Unterschied schlechterdings ganz und gar nichtig; hingegen die Intercession für einen andern nicht immer. Bey dieser ist ein Unterschied zu machen, ob sie in einem öffentlichen und von drey Zeugen unterschriebenen Instrumente geschehen ist, oder nicht. Im letzten Falle ist die Intercession ganz nichtig, so daß die Frauensperson nicht nöthig hat, sich auf den Vellejanischen Rathsschluß zu berufen; im erstern Falle aber ist die Intercession nicht ganz null, sondern die Frauensperson muß die Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses vorschützen, wenn sie von der Klage losgesprochen seyn will. In der L. 23. Cod. ad Sctm. Velleian. heißt es: ne autem mulieres perperam sese pro aliis interponant, sancimus, non aliter eas in tali contractu posse pro aliis se obligare, nisi instrumento *publice* confecto et a *tribus* testibus subsignato accipiant homines a muliere pro aliis confessionem. Tunc etenim tantummodo eas obligari, et sic omnia tractari, quae de *intercessionibus* feminarum vel veteribus legibus cauta, vel ab imperiali auctoritate introducta sunt. Sin autem extra eandem obseruationem mulieres acceperint intercedentes, pro nihilo habeatur huiusmodi scriptura

n) L. 29. pr. D. ad Sctm. Velleian. verb. sed non sine ratione.

o) L. 8. §. 8. D. ad Sctm. Velleian.

scriptura vel sine scriptis obligatio, tanquam nec confecta, nec penitus scripta; vt nec Senatusconsulti auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto. Hier entsteht die Frage: warum verlangt Justinian ein öffentliches und von drey Zeugen unterschriebenes Instrument? Ist es nicht genug, wenn das Dokument blos von der Obrigkeit ausgefertigt worden ist? Dieses letztere halten mehrere Rechtslehrer p) für hinlänglich. Man kann ferner fragen: handelt das Gesetz von Interceſſionen, welche an sich ungültig sind, oder von allen? Wie wir gesehen haben, gilt die Interceſſion eines Frauenzimmers in mehreren Fällen, theils weil der Fall gegen den Vellejanischen Rathsschluß privilegirt ist, welcher Fall alsdenn eintritt, wenn sich die Frauensperson zum Besten eines Minderjährigen, oder für den Loslassungspreiß eines Sclaven, oder für einen Brautschatz verbürgt hat; theils aus andern in den Gesetzen gebilligten Ursachen. Eine solche Ursache ist es, wenn die Frauensperson betrügerisch gehandelt hat, sie weiß es z. B. gar wohl, daß ihre Bürgschaft ungültig ist, und doch verbürgt sie sich, um nur den Gläubiger zum Borgen zu bewegen. Ferner ist die Interceſſion gültig, wenn sie etwas borgt, und es nachher ohne des Gläubigers Wissen einem Dritten giebt; desgleichen wenn ihre Sache ohne des Gläubigers Wissen versetzt worden ist, oder wenn sie für die Interceſſion etwas bekommen hat; oder wenn sie die Interceſſion nach zwey Jahren wiederholt hat, u. s. f. — Ist nun eine in dergleichen Fällen geschehene Interceſſion auch null, wenn kein öffentliches, von drey Zeugen unterschriebenes Dokument darüber ausgestellt worden? — Schon die alten Juristen, Bulgarus und Martinus stritten über diese Frage, wie man aus der Gloſſe über die angeführte L. 23. C. ad Sctm. Velleian.

p) Stryck de caut. contract. Sect. II. cap. 6. §. 12. Röslin von weiblichen Rechten, im 2ten Bande, S. 191.

sieht. Viele neuere Rechtsgelehrte q) sind der Meynung, Justinians Verordnung sey nur von Interceſſionen zu verstehen, die nach den ältern Geſetzen ungültig waren; Röslin nimmt aber a. a. O. dieſes nur mit Einſchränkung an. Er hält dafür, daß 1) in den vorhin angeführten privilegirten Fällen, 2) wenn die Frauensperſon betrüglich gehandelt hat, ihre Interceſſion gültig ſey, obgleich kein öffentliches Inſtrument darüber errichtet worden; daß ſie hingegen in allen andern Fällen nichtig ſey. Dieſe Behauptung ſcheint gute Gründe für ſich zu haben; denn es iſt nicht wahrſcheinlich, daß Juſtinian die Privilegien gegen den Vellejaniſchen Rathsſchluß habe aufheben, und noch weniger glaublich iſt es, daß er eine offenbare Betrügerey habe begünſtigen wollen.

2) Iſt zu merken: eine Interceſſion einer Frauensperſon für Jemanden, der nicht ihr Ehemann iſt, wird gültig, wenn ſie nach zwey Jahren wiederholt worden; hingegen die Interceſſion für den Ehemann gilt nicht, wenn ſie auch noch ſo oft wiederholt worden iſt. 3) Auf den Vellejaniſchen Rathsſchluß kann eine Frauensperſon nach der in den Gerichten angenommenen Meynung gültig renunciren, und zwar ohne Eyd; der Auth. ſi qua mulier aber kann nach dem Gerichtsgebrauche vieler Gerichte nicht anders als eydlich entſagt werden, und es wird in der Verſchreibung z. B. folgende Stelle eingerückt: übrigens begebe ich Anna Eliſabeth Gertrudin gebohrne Sperlingin mich, unter dem bereits gethanen heiligen Verſprechen, und unter den von mir nachgeſprochenen Worten: ſo wahr mir Gott zur Seligkeit verhelfen ſolle, der in dergleichen Fällen dem weiblichen Geſchlechte zum Beſten eingeführten Gerechtigkeiten und Rechtswohlthaten, namentlich dem Scto. Velleiano und der Authentica ſi qua mulier C. ad

q) Ragvel ad L. 23. C. h. t. pag. 236. Bachov ad Treutler. Vol. I. Diſp. 25. th. 2. lit. B. Franzk. ad Dig. h. t. nr. 35. Boehmer in Diſſ. de efficaci mulierum interceſſ. cap. 1. §. 7. not. cc.

ad Sctm. Velleianum, Kraft deren ein Frauenzimmer, wenn sie sich für Jemanden verbürgt hat, zur Bezahlung nicht verpflichtet ist; der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, vermöge welcher es gewissen Personen frey steht, sich in den vorigen Stand setzen zu lassen; ingleichen des beneficii ordinis, diuisionis et excussionis, Kraft deren bey einer solidarischen Verbindlichkeit jeder nur seinen Antheil bezahlen darf, und daß der Bürge nicht eher belangt werden darf, als wenn der Hauptschuldner zuvor ausgeklagt worden, nachdem mir solches alles, in Gegenwart und mit Genehmigung meines mir gerichtlich bestellten Geschlechtsvormundes, Herrn Kaufmann Paulus, von dem Herrn Stadtrichter Rivinus wohl und deutlich erklärt und die damit verbundenen Wirkungen bekannt gemacht worden. — Sollte eine Frauensperson diese Entsagung in Ansehung der Geschäfte einer gewissen Art bereits bey anderer Gelegenheit geleistet haben, so bedarf es keiner Specialdenunciation [r]).

Ueber die Frage: ob eine Ehefrau verbindlich werde, wenn sie nach dem Tode ihres Mannes die für ihn geleistete Bürgschaft nochmals wiederholt hat, ist von den Rechtslehrern gestritten worden. Einige [s]) behaupten es, weil die Ursache des Verbots, daß sie nämlich durch ihren Ehemann zu Uebernahme der Bürgschaft verleitet oder gar gezwungen worden sey, nach seinem Tode wegfalle. Andere Rechtslehrer, z. B. Carpzov, erklären die ganze Bürgschaft für völlig ungültig; andere verlangen, sie müsse nach des Mannes Tode auf den Vellejanischen Rathsschluß Verzicht leisten, weil sie doch jetzt

r) Anweisung zur Abfassung rechtl. Aufsätze, 2ter Thl. S. 534.

s) de Pvfendorf in Obs. Tom. III. Obs. 74. pag. 204. Leyser Spec. 172. Med. 7 et 8. Berger in Oecon. iur. pag. 452. edit. Winckler. Decis. Cassell. Tom. I. Dec. 52. nr. 4.

als eine Frauensperson zu betrachten sey, die sich für Jemanden verbürgt habe; und wieder andere Rechtslehrer machen einen Unterschied, ob sich die Frau nach des Mannes Tode aus Liebe zu ihm aufs neue verbürgt habe, oder ob es auf Zureden seiner Verwandten geschehen sey. Im ersten Falle sey sie durch die Bürgschaft vollkommen verbindlich gemacht worden, und sie könne sich nun nicht auf ihre weiblichen Vorrechte berufen; im zweyten Falle aber werde ihre Bürgschaft so angesehen, als habe sie sich für eine fremde Person verbürgt, folglich werde zur Gültigkeit dieser wiederholten Bürgschaft erfordert, daß sie auf den Vellejanischen Rathsschluß Verzicht geleistet habe t).

Lib. XVI. Tit. II.

de compensationibus.

§. 928 — 937.

Eine allgemeine Tilgungsart der Verbindlichkeiten ist die Compensation, oder die Abrechnung zweyer gegenseitigen unbestrittenen Schuldforderungen, welche eben den Gläubiger und Schuldner, auch einen der Abrechnung fähigen Gegenstand betreffen a). Sie setzt eine wechselseitige

t) Carpzov in Iurispr. forens. Part. II. Const. 16. Def. 3. Crell in Diss. de intercessione pro debitore mortuo ad Leg. 22. D. de fideiuss. Tenzel Diss. de vidua defuncti mariti debita suscipiente, an gaudeat benef. Scti Velleian. et Auth. si qua mulier. Wolfhardt Diss. de intercess. viduae pro marito mortuo, Rint. 1738. Zoller Diss. an intercess. foemin. post mortem mariti sine iuramento valeat, Lips. 1767. Madihn in Princ. iur. Rom. Part. II. pag. 393.

a) L. 1 et 2. D. de compens.

seitige Schuld voraus; beyde Schuldforderungen sind unbedingt, und beyde sind liquid; und die eine Forderung ist von eben derselben Art, wie die andere. Daß die Forderungen von einerley Quantität sind, ist nicht nöthig; denn die eine Forderung kann z. B. 1000 Rthlr. betragen, die andere aber nur 600 Rthlr. Hier findet doch die Abrechnung bis auf 600 Rthlr. statt. Sind alle diese Erfordernisse vorhanden, so heben sich die wechselseitigen Schuldforderungen auf, und zwar von selbst, ipso iure, ohne daß die Interessenten etwas darüber zu verabreden brauchen.

Die Rechtslehrer theilen die Compensation in die freywillige, voluntariam, und die nothwendige, necessariam, ein. Necessaria ist die wahre Compensation, wie sie beschrieben worden; die freywillige soll darin bestehen, wenn ich mit dem andern einen Vertrag schließe, vermöge dessen ich ihm nicht zahlen will, was ich ihm schuldig bin, und er mir nicht zahlen soll, was er mir schuldig ist. Die nothwendige Compensation erfordert, daß die beyderseitige Schuld von einerley Art sey; hingegen durch die freywillige können Ansprüche von verschiedener Art gehoben werden. Wenn ich z. B. dem A ein Pferd schuldig bin, und er mir einen Ochsen, so können wir ausmachen, daß wir diese Verbindlichkeiten gegen einander aufheben wollen. Einige Rechtslehrer haben die Compensation auch in die temporalem und in die perpetuam eingetheilt; es ist aber nur die perpetua für eine eigentliche Compensation zu halten, hingegen die temporalis ist nichts anders als die Retention. In den ältern Zeiten konnte man die Compensation gegen Verbindlichkeiten des strengen Rechts nicht anders vorschützen, als unter der Einrede des Betrugs; der Kaiser Justinian änderte aber dieses ab, und verstattete ihr einen allgemeinen Gebrauch, legte ihr auch die Wirkung der Zahlung selbst in Rücksicht auf den Zinslauf bey [b].

b) §. 30. Inst. de act. L. 7. C. de solut.

Was die Personen betrifft, welche die Compensation gegen einander brauchen können; so findet solche nur zwischen eben dem Gläubiger und Schuldner statt [c]), wenn gleich der Gläubiger des Gläubigers die Compensation bewilligte, weil eine solche Delegation nur mit Bewilligung des Schuldners geschehen könnte. Sie kann selbst wider einen Minderjährigen [d]), wider die Erben des Gläubigers und wechselseitigen Schuldners [e]), oder wer sonst auf rechtmäßige Art in ihre Rechte und Verbindlichkeiten tritt [f]), gebraucht werden. Auch der Bürge kann nicht allein, was der Gläubiger dem Hauptschuldner schuldig ist, sondern auch, was er von jenem für seine Person zu fordern hat, in Abrechnung bringen [g]). Selbst wider den Fiskus kann die Gegenrechnung gebraucht werden, wenn man an eben die Casse etwas zu bezahlen hat [h]). Dahingegen darf die Compensation nicht gebraucht werden, 1) zwischen dem Schuldner und demjenigen, der nur seines Amtes wegen als Gläubiger anzusehen ist, folglich auch eine andere Person vorstellt [i]), welches bey einem Vormunde, bey einem Bevollmächtigten der Fall ist. Sie darf 2) nicht gebraucht werden zwischen dem Schuldner und demjenigen Gläubiger, der den Schuldner des Schuldners in seiner Gewalt hat, es müßte denn die Forderung aus der Verwaltung eines erhaltenen Pekuliums herrühren [k]); ein Hausſohn kann jedoch, wenn er wegen der Genehmigung seines Vaters Sicherheit bestellt, dasjenige in Anrechnung bringen, was sein Vater zu fordern hat [l]).

Die

c) L. 18. §. 1. D. de compens. L. 9. C. eod.
d) L. 11. C. de compens.
e) L. 16. pr. D. de compens.
f) L. 18. D. de compens.
g) L. 4 et 5. D. de compens.
h) L. 12 et 24. D. L. 1. C. h. t. L. 46. §. 4 et 5. D. de iure fisci.
i) L. 23. D. de compensat.
k) L. 9. pr. D. tot. tit. C. ne filius pro patre.
l) L. 9. §. 1. D. de compensat.

Die Compensation erfordert eine gegenseitige Schuld. Beleidige ich also den Andern durch ein Verbrechen, und er beleidigt mich durch ein Verbrechen, so können wir zwar in Ansehung der Privatgenugthuung mit einander compensiren, aber in Ansehung der öffentlichen Strafe findet keine Compensation statt. Verwunde ich z. B. Jemanden in einer mit ihm angefangenen Schlägerey, und er verwundet mich ebenfalls, so können wir zwar in Ansehung der Heilungskosten mit einander compensiren, das heißt, er darf von mir kein Schmerzengeld und kein Heilerlohn fordern, und ich von ihm nicht; aber die Strafe, die wir beyde verdient haben, fällt deswegen nicht weg. Da wir beyde den Staat durch unser Verbrechen beleidigt haben, so werden wir auch beyde gestraft m).

Eine ungerechte Forderung ist so gut als gar keine; sie begründet also auch keine Compensation. Gleiche Bewandniß hat es mit einer natürlichen, durch die Positivgesetze völlig aufgehobenen Schuld. Bin ich Jemandem Etwas nach dem Naturrechte schuldig, die bürgerlichen Gesetze haben aber diese natürliche Verbindlichkeit ganz zernichtet, so darf keine Compensation gebraucht werden. Bin ich also z. B. einem Frauenzimmer aus einem Darlehn etwas schuldig, und sie ist mir aus einer Bürgschaft etwas schuldig, so hat keine Compensation statt; denn die aus einer Bürgschaft herrührende Verbindlichkeit einer Weibsperson ist durch die bürgerlichen Gesetze, namentlich den Vellejanischen Rathsschluß völlig aufgehoben worden. Ist die natürliche Verbindlichkeit nicht ganz aufgehoben, sondern nur nicht durch die bürgerlichen Gesetze bestätigt worden, so hat die Compensation statt. Wenn ich daher einem Hausſohne aus einem Kaufcontracte etwas schuldig bin, er ist mir aber aus einem Darlehn etwas schuldig, so kann ich die Compen-

m) Sixt. Iac. Kapp D. de compensatione circa maleficia vel quasi, Tubing. 1778. §. 15 sqq.

sation gegen ihn brauchen; denn obgleich seine Verbindlichkeit vermöge des Macedonianischen Rathsschlusses keine Klage begründet, so ist sie doch nicht völlig aufgehoben worden n). Mit dem Unterschiede zwischen einer natürlichen, nicht bestätigten, und einer völlig zernichteten Verbindlichkeit glaubt man insgemein die Sache ganz deutlich vortragen zu können; sie ist aber nicht hinreichend, sondern man muß vielmehr bey dieser Materie, so wie bey der Lehre von der condictione indebiti, die vier Arten von natürlichen, nach dem bürgerlichen Rechte gar nicht, oder nicht völlig wirksamen Verbindlichkeiten unterscheiden, und alsdann sich an die Regel halten: wo das, was man zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bezahlt hat, nicht zurück gefordert werden kann, da kann auch diese Verbindlichkeit keine Compensation bewirken; hat aber die Zurückforderung statt, so tritt auch die Compensation ein.

Soll die Compensation statt finden, so muß die wechselsweise Schuld auch liquid seyn, das heißt, wenn Jemand eine klare und unbezweifelte Forderung an mich macht, und ich verlange dagegen auch etwas von ihm, welche Forderung weder sogleich auf der Stelle, noch binnen einer vom Richter zu bestimmenden Frist von mir erwiesen werden kann, sondern eine weitläuftige Untersuchung erfordert, so muß ich bezahlen, und die Einrede der Compensation hat nicht statt; jedoch kann ich nachher meine Forderung durch die Wiederklage einklagen, und meinen Beweis beybringen o). Auf diese Art ist die Regel zu verstehen: liquidi cum illiquido nulla est compensatio p). Ob aber

n) Hr. Prof. Weber in den Beyträgen zur Lehre von Klagen und Einreden, S. 53. der 2ten Ausgabe.

o) L. 14. §. 1. C. h. t. L. 8. D. L. 6 et 8. C. eod. L. 1. C. rer. amotar.

p) Schilter Exerc. XXVIII. th. 17. Hert ad Paroem. Geld vor, Recht nach, in Opusc. Vol. II. Part. III. pag. 297.

aber diese Regel den Gesetzen gemäß sey, das ist noch eine große Frage; denn in der L. fin. C. de compens. woraus man sie beweisen, ist blos von dem Falle die Rede, wenn die Einrede der Compensation erst am Ende des Processes vorgeschützt wird, post multa variaque certamina, a parte, quae iam paene conuicta est, wie es im Gesetze heißt. Schützt sie also der Beklagte gleich anfangs vor, so ist nicht abzusehen, warum diese Einrede nicht so gut seyn sollte, als die andern peremtorischen Einreden, welche zulässig sind, sie mögen eine weitläuftige oder kurze Untersuchung erfordern q). Uebrigens hat der Fiscus das Vorrecht, daß, wer ihm die Einrede der Compensation entgegen setzt, sie binnen zwey Monaten beweisen muß r). Bin ich dem Andern etwas sogleich und unbedingt schuldig, er mir aber erst nach einer gewissen Zeit, oder unter einer Bedingung, so kann ich mich auf keine Compensation berufen, sondern ich muß bezahlen, was ich schuldig bin, und mit meiner Forderung warten, bis der Zahlungstermin eintritt, oder die Bedingung erfüllt wird s).

Soll die Compensation statt finden, so müssen die Schuldposten von einerley Art seyn. Bin ich also Jemandem ein Individuum schuldig, und er will mir ein genus geben, so fällt die Compensation weg; z. B. ich bin ihm ein gewisses bestimmtes Pferd schuldig, er mir einen Ohm Wein t). Wir können zwar einen Vertrag schließen, daß ich das Pferd, und er den Wein behalten soll; das ist aber keine wahre Compensation, keine compensatio neces-

q) VINNIVS in select. iur. quaest. Lib. I. cap. 50. REINHARDT ad CHRISTIN. Vol. I. Obs. 69. BECKMANNOR. Consil. et Decis. Arg. 34. nr. 5. Hr. Prof. Weber in den Beytr. a. a. O. S. 62.

r) L. 46. §. 4. D. de iure fisci.

s) L. 6 et 14. D. h. t. L. 30. D. de condict. indeb.

t) Arg. L. 18. pr. D. de pignor. act. L. 13. §. 2. D. de pignor. et hypoth. coll. c. L. 2. §. 1. D. de reb. credit.

necessaria, die ipso iure geschieht. Eben so wenig hat die Compensation statt, wenn ich dem Andern ein Individuum schuldig bin, und er giebt mir ein anderes; z. B. ich bin ihm dieses Pferd, er mir diesen Garten schuldig; oder wenn ich ihm ein genus, und er mir ein anderes genus schuldig ist, z. B. ich bin ihm 100 Rthlr. und er mir einen Ohm sechs und sechziger Hochheimer Wein [u]). Bey versprochenen Handlungen hat ebenfalls keine Compensation statt [x]). Eine an einem gewissen Orte zu bezahlende Schuld wird zwar compensirt, aber es muß das Interesse zugleich mit in Anschlag gebracht werden, welches sich auf die Verschiedenheit des Ortes gründet [y]).

Weil die Compensation die Aufhebung einer Schuld bewirkt, und solche ipso iure geschieht, so hat sie 1) eben die Wirkungen, welche mit der Zahlung verbunden sind. Der Schuldner wird frey, die Bürgen werden von ihrer Verbindlichkeit befreyt, die Pfänder müssen zurück gegeben werden; der Zinsenlauf [z]) hört auf, u. s. w. Es ist daher besser, jetzt nicht zu bezahlen, als das Bezahlte hernach durch Ausführung der Gegenforderung wieder zu erhalten [a]). Von dem Augenblicke an, wo die wechselseitigen Schuldforderungen existirten, erlöschen sie entweder beyde völlig, oder die eine wird wenigstens nach dem Betrage der Gegenforderung getilgt [b]). Von dem Augenblicke an, wo die wechselseitigen Schuldforderungen existirten, erlöschen sie beyde völlig, wenn sie von gleicher Quantität sind, z. B. wenn ich dem A 200 Rthlr. schuldig bin, und er wird mir heute eben so viel schuldig, so sind beyde Schuldposten erloschen. Ist die eine Schuld

größer

u) Hr. Prof. Weber in den Beyträgen, S. 64.
x) L. 98. §. 6. L. 10. pr. D. de solut.
y) L. 15. D. de compensat.
z) L. 4. 5. 12. D. de compensat.
a) L. 3. D. de compensat.
b) L. 4. 11. 12. 21. D. L. 4. 5. 14. pr. C. de comp.

größer als die andere, so wird nur die concurrente Summe getilgt, das heißt, von der größern geht so viel ab, als die kleinere ausmacht. War ich dem A 500 Rthlr. schuldig, und er wird mir heute 300 Rthlr. schuldig, so geht von der größern Summe, von den 500 Rthlrn. die summa concurrens, das heißt, die Summe der kleinern Schuld, die Summe von 300 Rthlrn. ab. Also nicht erst von der Zeit an, wo die Einrede der Compensation vorgeschützt worden ist, hört die Verbindlichkeit auf; auch nicht erst von der Zeit an, wo die wechselsweisen Forderungen liquid gemacht worden sind [c]). Ist die Compensation sofort klar, so kann sie noch bey der Exekution vorgeschützt werden [d]); nur muß dieses Vorschützen nicht zur Verlängerung der Sache gebraucht werden, welches alsdenn geschehen würde, wenn der Beklagte vorher hinreichende Wissenschaft davon gehabt, und doch nichts von der Compensation gesagt hätte [e]). Durch diese Einrede wird oft mehr als durch eine Klage gewonnen; denn so erlangt man z. B. durch die Klage aus dem Pekulium wider den Vater oder Herrn nicht seine ganze Forderung; aber die Einrede der Compensation hebt die Forderung ganz, wenn die Gegenforderung so viel beträgt [f]).

In folgenden Fällen darf man gar keinen Gebrauch von der Compensation machen; und zwar 1), wenn die zur Verwahrung übergebenen Sachen zurück gefordert werden [g]); 2) wenn Alimente gefordert worden sind [h]); 3) nicht im Wechselproceß oder im Executivproceß, wenn

c) STRVV Exerc. XXI. th. 26. de PVFENDORF in Obs. Tom. I. Obs. 168. Hr. Prof. Weber a. a. O. S. 69.

d) L. 16. §. 1. D. L. 2. C. de compensat.

e) Arg. L. 14. §. 1. C. de compensat.

f) L. 9. pr. D. de compensat.

g) L. 14. §. 1. C. h. t. in fine §. 30. Inst. de action. L. 11. C. depos.

h) L. 3. C. de compensat.

wenn die Einrede nicht sofort klar ist, oder bey angestelltem Executivproceß eher bewiesen werden kann, als der Zahlungstermin eintritt. 4) Darf die Compensation nicht gebraucht werden wider einen mit dem Fiscus geschlossenen Kaufcontract. Bey den Römern durfte sie 5) nicht wider Forderungen der Wechsler, welche durch eine solenne Scriptur contrahirt worden waren, debita Calendarii, entgegen gesetzt werden. 6) Hat sie nicht statt wider öffentliche und herrschaftliche beständige oder solche Abgaben, welche zu einem bestimmten Endzweck gegeben werden müssen; auch nicht wider dasjenige, so aus einem Fideicommiß gefordert wird [i]); 7) nicht wider ein begangenes Spolium [k]). 8) Darf die Compensation nicht gebraucht werden, wenn die ganze Gegenforderung rechtskräftig verworfen worden ist; ist aber die Compensation blos vom Richter nicht attendirt worden, so kann der Beklagte die Forderung immer noch einklagen [l]). Sie darf 9) nicht gebraucht werden, wenn sie vermöge einer ausdrücklichen Verabredung nur bey gewissen Posten gebraucht werden soll, oder wenn ganz und gar kein Verzicht darauf geleistet worden ist [m]).

Mit der Compensation darf das ius retentionis, das Retentionsrecht, nicht verwechselt werden, worunter man das Recht versteht, eine fremde Sache, die man besitzt, so lange in seinem Besitz zu behalten, bis mir der Andere leistet, was er mir schuldig ist. Gesetzt, es hat mir Jemand seinen Reisewagen aus Gefälligkeit geliehen; dieser zerbricht unter Weges, und ich lasse ihn repariren. In diesem Falle bin ich nicht schuldig, den Wagen eher zurück zu geben, als bis mir die nöthigen Auslagen bezahlt worden sind; ich habe also das Retentionsrecht an dem Wagen,

i) L. 17 et 20. D. L. 3. C. de compensat.
k) L. 14. §. fin. C. de compensat.
l) L. 7. §. 1. D. de compensat.
m) L. 13. D. de compensat.

Wagen. Oder Jemand kauft mir eine Sache ab, und verspricht baare Zahlung, leistet sie aber nicht. Hier kann ich an der Sache das Zurückbehaltungsrecht so lange ausüben, bis mir das Kaufgeld bezahlt worden ist. Dieses Retentionsrecht gründet sich entweder auf den Willen einer Privatperson oder auf die Verordnung der Gesetze; daher hat diese Befugniß ein doppeltes Fundament. Rührt es von dem Willen einer Privatperson her, so kann dieses entweder durch einen Vertrag verabredet worden seyn, oder es ist durch eine letzte Willensverordnung begründet worden. Im ersten Falle wird das Recht ius retentionis *conuentionale* genennt, im andern aber testamentarium. Befiehlt der Erblasser, daß Jemand nicht eher aus den Gütern gehen soll, als bis er wegen seiner Anforderungen befriedigt worden ist, so existirt ein ius retentionis testamentarium. Das andere Hauptfundament der Retention besteht in dem Willen der Gesetze; diese wollen es aber nur ob debitum connexum statt finden lassen; das heißt, bey Ansprüchen, welche auf der Sache, die man besitzt, haften, und die aus dem Contracte, wodurch der Andere zum Besitz gekommen, herrühren. Ist die Forderung nicht so beschaffen, so wird die Forderung debitum non connexum genennt, und deswegen hat kein Retentionsrecht statt. Man nehme an, mein Pachter hat ein Gut von mir gepachtet, und nun lehnt er mir 1000 Rthlr. als ein Darlehn. Deswegen darf er nicht im Besitz des Gutes bleiben wollen, wenn seine Pachtzeit aus ist, und ich es anderweit verpachtet habe. Wollte er hier ein Retentionsrecht ausüben, so würde dieses eine unerlaubte Selbsthülfe seyn. Es kann hingegen in allen Fällen ausgeübt werden, wo Jemand durch eine sogenannte Gegenklage, actionem contrariam, zu seiner Anforderung gelangen kann. So darf es der Pachter gegen den Verpachter wegen der wirklichen Verbesserungen ausüben [n]; die Gesellschaft kann es bey den

n) L. 38. D. de rei vindicat.

den Gesellschaftssachen anwenden o); der Advokat hat es an den Privatacten und Urkunden des Clienten, wenn er ihm sein Honorarium nicht bezahlen will. Die Ehefrau kann es zur Sicherheit ihres Brautschatzes ausüben, wenn sie ihres Mannes Vermögen im Besitz hat. Eine Ausnahme haben die Gesetze bey dem Faustpfande gemacht, und dem Gläubiger das Recht ertheilt, das Pfand nicht herausgeben zu dürfen, wenn ihm sein Schuldner außer der Pfandschuld noch mehr schuldig ist.

Lib. XVI. Tit. III.

Depositi vel contra.

§. 938 — 945.

Unter die wichtigsten Realcontracte gehört auch der Verwahrungscontract, der Hinterlegungscontract, das Depositum, und man versteht denjenigen unentgeltlichen Contract darunter, wodurch ich Jemandem eine bewegliche oder unbewegliche Sache mit der Bedingung übergebe, daß er sie mir unentgeltlich verwahre, und sobald ich es verlange, zurück gebe. Die Personen heißen der Deponent und der Depositarius. Die Rechtslehrer haben darüber gestritten, ob man nur bewegliche Sachen deponiren könne, oder auch unbewegliche. Huber und mehrere a) haben behauptet, nur bewegliche Sachen könnten deponirt werden. Christian Thomasius widerlegte den

o) L. 14. D. communi diuidundo.

a) Hvber in Praelect. ad Pand. h. t. nr. 1. Car. Gottl. Weidlich Diss. de custodia rei alienae immobilis non deposito, sed mandato, §. 5. Lips. 1732.

den Huber in seinen Scholien, und auf diese Seite sind mehrere Rechtsgelehrte getreten [b]). Daß man im römischen Rechte nichts von einem deposito rei immobilis findet, ist richtig; daraus folgt aber immer noch nicht, daß die Römer die Sache auch gar nicht gekannt haben. Es ist wohl sehr wahrscheinlich, daß auch unbewegliche Sachen als blos deponirt betrachtet werden können; nur muß ich, wenn ein depositum rei immobilis existiren soll, keine besondere *facta*, sondern blos eine allgemeine Aufsicht der Sache versprechen; denn sobald jenes geschehen ist, wird die Sache als eine Vollmacht beurtheilt. Wenn ich z. B. verreise, und Jemanden bitte, daß er auf meinem Landgute die vorfallenden Geschäfte besorgen möge, so habe ich ihm Vollmacht dazu ertheilt; gesetzt aber, ich gehe nur auf kurze Zeit weg, und bitte meinen Nachbar, auf mein verschlossenes Gut Achtung zu geben; so kann diese Besorgung für ein Depositum gehalten werden. Weil der Depositarius nur für die grobe Nachläßigkeit stehen muß, der Mandatarius aber culpam leuem prästirt, so ist dieser Unterschied nicht ohne praktischen Nutzen. Es können körperliche und unkörperliche Sachen, z. B. die den unbeweglichen Grundstücken anklebenden Gerechtigkeiten, verzehrbare und unverzehrbare Sachen, da beyde einer Verwahrung fähig sind, lebendige und leblose Sachen [c]), sogar Menschen, einen Gegenstand dieses Contracts abgeben. Die dem Depositarius eigenthümlich gehörenden Sachen können nicht in Verwahrung gegeben werden [d]). Der Natur eines Realcontracts gemäß wird solcher erst durch die geschehene Uebergabe vollzogen. Was zu den deponirten Sachen noch sonst gehört, z. B. die Kleider des Menschen, der Zaum des Pferdes, wird nicht als deponirt betrachtet [e]), welche Bestimmung aber sonderbar ist. Von den

b) WALCH introd. in controu. pag. 526. tert. edit.
c) L. 1. §. 5. D. depositi vel contra.
d) L. 15 et 31. D. depositi vel contra.
e) L. 1. §. 5. D. depos. vel contra.

den Kleidungsstücken ist es freylich begreiflich; denn darauf kann der deponirte Mensch selbst Achtung geben; aber warum bey den andern zu den deponirten Sachen gehörigen Dingen die Grundsätze vom Verwahrungscontracte nicht angewendet werden sollen, davon läßt sich kein Grund angeben.

Zum Wesen des Depositums gehört es, daß der Depositarius meine Sachen unentgeltlich bewahrt; denn bekommt er etwas dafür, so ist es ein Miethcontract, wenn ihm Geld für seine Bemühung versprochen seyn sollte; ein contractus innominatus hingegen ist es, wenn sich der Deponent zu etwas anders verbindlich gemacht hat; hingegen ein Honorarium, das heißt, durch eine freywillig geleistete, vorher nicht versprochene Belohnung wird die Natur unsers Contracts nicht verändert.

Wenn ich dem Andern etwas als Depositum übergebe, so halte ich ihn für einen rechtschaffenen und gegen mich freundschaftlich gesinnten Mann; handelt er nun dieser guten Meynung zuwider, und betrügt mich, so wird er mit der Ehrlosigkeit bestraft. Dahin gehören die Fälle, wenn er die deponirte Sache vorsetzlich verdirbt, verkauft, mir das Depositum gänzlich ableugnet, die Zurückgabe ohne alle Ursache verweigert. Da heutiges Tages nur diejenigen infam werden, die vom Richter durch Urthel und Recht ausdrücklich für Betrüger erklärt worden sind, so wird ein Depositar bey uns auch nur unter diesen Umständen ehrlos.

Der Depositar soll nur auf die Sache Achtung geben, aber sie nicht gebrauchen; thut er es, so begeht er nach dem römischen Rechte ein sogenanntes furtum vsus. Zuweilen wird aber doch dem Depositar der Gebrauch verstattet, welches sowohl ausdrücklich als stillschweigend geschehen kann. Stillschweigend verstattete man bey den Römern den Gebrauch, wenn man das Geld offen, das heißt, unversiegelt, unverschlossen deponirte. In beyden Fällen ist nunmehr ein unregelmäßiger Verwahrungscontract, depositum irregulare, vorhanden.

handen. Dieses Geschäft hört zwar nicht auf, ein depositum zu seyn [f]), es nähert sich aber doch andern Contracten, das heißt, es nimmt doch einige Eigenschaften von andern Contracten an. Deponire ich nämlich 1) bey Jemandem eine fungibile Sache, und ich verstatte den Gebrauch derselben, so nähert sich das Geschäfte dem Darlehn, und unter diesen Umständen braucht man den Ausdruck, depositum irregulare im strengen Verstande. Gebe ich 2) eine nicht fungibile Sache zur Verwahrung, und verstatte dem Depositar einen unbestimmten Gebrauch, so hat das Geschäfte einige Aehnlichkeit mit dem Prekarium. 3) Ist der Gebrauch bestimmt und unentgeltlich, so kommt der Contract dem Leihcontracte nahe [g]), wiewohl verschiedene Rechtslehrer [h]) anderer Meynung sind, und behaupten, das Depositum werde in diesem Falle nicht irregulär; dieser Streit betrifft aber in der That nur Worte. 4) Dem Miethcontracte nähert sich das Geschäfte, wenn der Depositar für den Gebrauch eine bestimmte Summe Geld versprochen hat, und endlich 5) einem ungenannten Contracte wird es ähnlich, wenn etwas anders als Geld versprochen worden.

Weil der Deponent allen Vortheil von diesem Contracte hat, der Depositar aber gar keinen, so ist jener wegen der geringsten Nachläßigkeit verantwortlich, dieser braucht aber nur für die begangene grobe Nachlässigkeit zu stehen. Ein berühmtes Gesetz in dieser Materie ist die L. 32. D. depositi, wo Celsus bemerkt: quod *Nerua* diceret, *latiorem* (i. e. latam) culpam dolum esse, *Proculo* displicebat, (und mit Recht; denn culpa

f) L. 25. §. 1. D. depos. Hvnnivs in Resolut. pag. 709. Coccei h. t. Qu. 1.

g) Berger in Oecon. iur. Lib. III. tit. 2. §. 9. not. 1. pag. 433.

h) Lavterbach in Coll. Pand. h. t. §. 2. Reinharth ad Christin. Vol. III. Obs. 22. nr. 7 sqq.

lata und dolus sind wesentlich verschieden) mihi verissimum videtur, (in gewissem Verstande kann man es in einigen Fällen allerdings behaupten, und hierzu gehört folgender Fall). Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est (wenn Jemand ein sehr nachläßiger Mensch ist), nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, (und er nicht einmal so viel Aufmerksamkeit auf die deponirte Sache verwendet, als auf seine eigene, er begeht also culpam latam in *abstracto*, leuem in *concreto*) fraude non caret. Nec enim salua fide minorem iis (der deponirten Sachen) quam suis rebus, diligentiam praestat [1]). Ausnahmen von dieser Regel treten ein, 1) wenn er sich zur Uebernahme des Depositums selbst erboten hat; denn jetzt muß er culpam leuissimam prästiren; jedoch schränkt man diese Ausnahme billig dahin ein, daß, wenn ich aus Mitleid mich gegen Jemanden, der seine Sache sonst nicht unterbringen kann, erbiete, sie in Verwahrung zu nehmen, ich zur Leistung der culpae leuissimae nicht verpflichtet sey. 2) Ist der Depositarius, wie ein Commodatarius, zu Leistung der culpae leuissimae verbindlich, wenn ihm der Deponent einen bestimmten Gebrauch der deponirten Sache erlaubt hat. Einige Rechtslehrer machen noch mehr Ausnahmen, die es aber in der That nicht sind.

Da endlich der Deponent Eigenthümer der deponirten Sache ist und es auch bleibt, so muß er den Schaden tragen, wenn die deponirte Sache durch einen Zufall zu Grunde gegangen ist; ausgenommen 1), wenn das Depositum ein irreguläres, und zwar ein solches ist, das sich dem Darlehn nähert; 2) wenn der Depositar die Sache nicht zu rechter Zeit wieder zurück gegeben hat, und durch diesen Verzug ist der Untergang der Sache mit verursacht worden; 3) wenn

1) Diet. Rvng D. de culpa in abstracto et concreto, Goetting. 1751. cap. 1. pag. 15 sqq.

3) wenn sich der Depositar verbindlich gemacht hat, für die Unglücksfälle zu stehen.

Was den Unterschied zwischen einem depositum *simplex* und miserabile betrifft, so ist letzteres dasjenige, welches in einer dringenden Gefahr übergeben worden ist, daher es auch depositum necessarium genennt wird; unter dem erstern versteht man aber ein solches, wo die Deposition durch keine solche Gefahr verursacht worden ist, daher man ein depositum simplex auch nur voluntarium nennt. Ein depositum miserabile ist es z. B., wenn ich bey einer Feuers-, Wassers-, Kriegsnoth mit meinen Sachen flüchte, und sie einem Bekannten in Verwahrung gebe [k]). Dieses Depositum war bey den Römern von dem gemeinen Depositum dadurch unterschieden, daß in jenem der dolus des Depositars mit der Strafe des doppelten Ersatzes bestraft wurde. Uebergab man Jemandem ein depositum miserabile, er leugnete solches boshafter Weise ab, und wurde nunmehr von dem Empfang überführt, so mußte er es doppelt ersetzen. Diese Strafe tritt bey dem gemeinen depositio nicht ein. Der Grund der Verschiedenheit liegt darin, weil es weit schändlicher und strafbarer ist, ein depositum miserabile als ein anderes abzuleugnen, und weil man bey solchen dringenden Gefahren meistens nicht im Stande ist, sich vom Depositar eine Bescheinigung geben zu lassen, es auch wohl gar vergißt, wem man eine Sache aufzuheben gegeben hat. Heutiges Tages wird von den römischen Pönalklagen kein Gebrauch gemacht, und deswegen kann man auch in dem gegenwärtigen Falle nur auf die Bezahlung des Schadens klagen.

§. 946. 947.

Wegen eines Depositums kann possessorisch und petitorisch geklagt werden. Von den petitorischen

k) L. 1. §. 1. 2. 3. D. depos. vel contra.

Klagen heißt die eine actio depositi *directa*, und die andere wird actio depositi *contraria* genennt. Erstere ist wesentlich, die andere zufällig. Die actio depositi *directa* l) gründet sich auf den Hinterlegungs- oder Anvertrauungscontract, und andere, vermöge dessen Natur, oder eines dabey geschlossenen Vertrags zu leistende Verbindlichkeiten m). Man muß also in der Klage anführen, daß man dem Beklagten die Sache in Verwahrung gegeben habe; denn sie gründet sich auf einen Realcontract. Zu den Verbindlichkeiten, die aus der Natur des Depositums entstehen, gehört es 1), daß der Depositarius dolum und culpam latam prästirt n); 2) daß er, wenn er die Sache zu restituiren saumselig ist, Verzugszinsen entrichten muß o); denn der Contract gehört unter die contractus bonae fidei; die Sache mag in Geld, oder in etwas anderm bestanden haben, weil die Gesetze keinen Unterschied machen p). Genug, daß der Deponent die Sache hätte benutzen können, wenn er sie sogleich zurück erhalten hätte. Diesen entzogenen Nutzen muß ihm der Aufheber vergüten. Ein Beyspiel einer durch einen besondern geschlossenen Vertrag festgesetzten Verbindlichkeit ist es, wenn verabredet worden, daß der Aufheber für die Gefahr der Sache stehen soll.

Der Kläger ist der Deponent q), wenn er auch ein filiusfamilias seyn sollte r). Darauf kommt nichts an, ob der Deponent und Kläger Eigenthümer der deponirten Sache ist, oder nicht; denn es soll ja durch den Depo-

l) ECKARD in exam. action. forens. Part. I. pag. 103 sqq. Part. IV. pag. 334. Part. XI.
m) §. 3. Inst. quib. mod. re contrah. obligat.
n) L. 5. §. 2. D. commod. vel contra.
o) L. 24. L. 2. C. depos.
p) PAELICKE de actionibus, pag. 244. §. 24. nota d.
q) §. 3. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.
r) L. 19. D. depositi.

Depositencontract kein Eigenthum auf den Andern gebracht, sondern blos die Verbindlichkeit, die Sache zu verwahren, begründet werden; das Verwahren kann aber nicht nur bey unsern eigenen, sondern auch bey fremden Sachen geschehen; und daher kann auch die deponirte Sache einem Andern weiter in Verwahrung gegeben werden. Haben mehrere Personen eine Sache in Verwahrung gegeben, und sie sind correi credendi, so kann derjenige von ihnen, welcher den übrigen zuvor kommt, die ganze Sache allein zurück fordern [s]). Sind sie nicht correi credendi, so kommt es darauf an, ob die Sache theilbar ist, oder nicht. Ist sie theilbar, so kann ein Jeder nur nach dem Antheil, den er an der Sache hat, etwas davon heraus verlangen. Dieses ist der Fall, wenn baares Geld deponirt worden. Wenn die Sache untheilbar ist, so müssen sie zusammen klagen; einer allein kann es nicht; außer procuratorio nomine, oder ex iure cessо der übrigen; z. B. wenn ein Kästchen mit allerhand Pretiosen deponirt worden ist [t]). Eben so verhält es sich auch in Ansehung mehrerer Erben [u]).

Der Beklagte ist der Aufheber, er mag eine Manns- oder Weibsperson seyn [x]). In Sachsen haftet eine Weibsperson sogar, wenn sie auch gleich ohne ihren Geschlechtsvormund die Sache in Verwahrung genommen haben sollte [y]); denn man kann eben nicht sagen, daß sie sich dadurch einem nachtheiligen Geschäfte unterzogen hätte. Ist die Sache mehrern Personen in Verwahrung

s) L. 1. §. 44. D. depositi vel contra.

t) L. 1. §. 44. L. 17. pr. D. h. t. Lauterbach in coll. pract. Lib. XVI. tit. 3. §. 21.

u) L. 1. §. 36. L. 14. pr. D. h. t. Lauterbach l. c. §. 22 et 23.

x) §. 3. Inst. quib. mod. re contrah. obligat.

y) Carpzov Part. II. Dec. 141. Wernher Part. IX. Obs. 176.

gegeben worden, so haften sie in solidum, weil die Verbindlichkeit, die Sache zu verwahren, etwas individuelles ist, und daher ihrer Natur nach in einer Correalverbindlichkeit besteht; jedoch kommt es hierbey vor allen Dingen darauf an, ob die Sache noch bey dem einen von den mehrern Depositarien vorhanden ist, oder nicht; sodann ob sie wegen Betrugs oder einer groben Nachläßigkeit abhanden gekommen ist. In jenem Falle muß die Klage wider denjenigen angestellt werden, der sie besitzt, weil sie dieser allein nur wiedergeben kann. In diesem Falle aber haben entweder alle an dem Betruge, oder an der groben Nachläßigkeit Antheil, weil sie z. B. die Sache verkauft und sich in das dafür erhaltene Geld getheilt haben; oder nur einer hat sich des Betrugs schuldig gemacht. Ist das erste, so haftet jeder in solidum, und zwar so, daß, wenn der eine nicht bezahlen kann, und man daher wider ihn nichts ausrichten können, die Klage immer noch wider die übrigen statt findet [z]); ist aber das zweyte, so muß man den, welcher sich des Betrugs oder der groben Nachläßigkeit schuldig gemacht hat, belangen, und die übrigen haften erst in subsidium [a]); denn wollte man diese zuerst in Anspruch nehmen, so können sie die exceptionem excussionis vorschützen.

Was mehrere Erben des verstorbenen Aufhebers betrifft, so hat man bey solchen darauf zu sehen, ob die Sache noch in Natur vorhanden ist, oder nicht. Besitzt der eine die deponirte Sache, so wird sie ihm allein abgefordert [b]). Sollte die deponirte Sache nicht mehr in Natur vorhanden, sondern durch Betrug oder eine grobe Nachläßigkeit abhanden gekommen seyn, so war entweder der verstorbene Aufheber Schuld daran, oder sein Erbe.

Im

z) L. 1. §. 43. depos. verb. non electione, sed solutione liberatur.

a) L. 1. §. 43. D. depositi.

b) Arg. L. 3. §. 3. D. commodati.

Im ersten Falle haftet jeder Erbe nach dem Antheile, den er an der Erbschaft hat [c]). Man verklagt sie zusammen vor ihrem gemeinschaftlichen Richter, und haben sie dergleichen nicht, einen jeden bey seiner Obrigkeit. Im zweyten Falle muß weiter unterschieden werden, ob alle Erben an dem Betruge oder an der groben Nachläßigkeit Antheil genommen haben, oder nicht. Haben sie alle Antheil daran genommen, so haftet jeder von ihnen in solidum, wenn von einer untheilbaren Sache die Rede ist; hingegen nur pro rata haften sie, wenn die Sache theilbar ist, doch wird vorausgesetzt, daß sie alle soluendo sind, denn außerdem haften sie alle in solidum [d]). Wenn nicht alle Erben am Betruge oder an der groben Nachläßigkeit Antheil haben, sondern einer davon, so haftet auch nur dieser allein, und die übrigen können nicht belangt werden [e]).

Wider einen Dritten hat diese Klage directe nicht statt, weil mit ihm nicht contrahirt worden ist, indessen kann es *vtiliter* geschehen, wenn der Depositarius dem Dritten die Sache als eine bereits bey ihm deponirte Sache in Verwahrung gegeben hat [f]). Man nehme an, ich gebe dem Cajus, weil ich eine Reise vornehmen will, meine Juwelen in Verwahrung. Da ich zurück komme, und meine Juwelen vom Cajus wieder fordere, antwortet er mir, er habe sie, weil er während meiner Abwesenheit selbst verreisen müssen, dem Titius anderweit in Verwahrung gegeben, und ihm dabey ausdrücklich gesagt, daß die Juwelen mir gehörten. Will mir nun Titius die Juwelen in Güte nicht herausgeben, so kann ich actione de-

c) L. 7. §. 1. L. 9. D. depositi.

d) L. 22. D. depositi.

e) L. 9 et 10. D. depositi. LAVTERBACH in Coll. Pand. Lib. XVI. tit. 3. §. 27. 28.

f) L. 8. C. ad exhib. Chr. RAV D. de actione depositi aduersus tertium possessorem, Lipſ. 1775.

positi *utili* wider ihn klagen. Sonst aber, wenn nämlich der Depositar die bey ihm deponirte Sache nicht als eine solche, die ihm zur Verwahrung gegeben worden, einem Andern zur Verwahrung übergeben hat, kann der erste Deponent wider den zweyten Depositar anderergestalt nicht, als ex iure cesso klagen [g]). Will er wider diesen Dritten die Reivindication anstellen, so ist ihm dieses zwar nicht verwehrt; allein hier muß er den schweren Beweis des Eigenthums übernehmen; und sollte an dem Orte, wo er klagen will, die Regel gelten: Hand muß Hand wahren, so kann wider den Dritten selbst diese Klage nicht angestellt werden.

Das Gesuch wird hauptsächlich auf die Zurückgabe der nämlichen Sache, die bey ihm deponirt worden, rem in specie, mit allem, was dazu gehört, das heißt, mit allem Zuwachs und Nutzungen [h]), gerichtet. Der Werth der deponirten Sache kann nur zufälliger Weise gefordert werden, wenn nämlich der Erbe die Sache, ohne zu wissen, daß sie deponirt gewesen, veräußert hat; denn in diesem Falle hat er entweder schon das Geld dafür bekommen, oder nicht. Im ersten Falle muß er es herausgeben [i]); im andern aber muß er dem Deponenten seine Klagen, die er gegen den Andern der Sache wegen hat, abtreten [k]); oder wenn es angeht, die Sache wieder an sich zu bringen suchen, und sie alsdenn dem Deponenten herausgeben [l]). Besitzt der Deponent die nöthigen Urkunden, so kann er wegen der Zurückgabe der deponirten Sache exekutivisch klagen [m]). Es ist sehr zu rathen, über die zur Verwahrung

g) L. 1. §. 11. 16. D. depositi vel contra.
h) L. 1. §. 24. L. 38. §. 18. D. depos. vel contra.
i) L. 1. § vlt. D. depositi.
k) L. 2. D. depositi vel contra.
l) L. 3. D. depositi vel contra.
m) Mevius Part. II. Dec. 31. Wernher in Obs. Tom. II. Part. X. Obs. 320. Stryck de caut. contr. Sect. II. cap. 3. §. 17. Hommel Rhapf. Obs. 4. nr. 8.

rung übergebenen Sachen eine Urkunde aufzusetzen, und solche von dem Depositarius unterschreiben zu lassen; besonders in dem Falle, wenn Jemand Sachen in einer verschlossenen Kiste in Verwahrung nehmen soll. Hier zeige man ihm erst die Sachen, setze sodann ein Verzeichniß derselben auf mit Angabe des Werthes, und lasse sich sodann von dem Verwahrer das Bekenntniß darunter ausstellen, daß er die verzeichneten Sachen zur Verwahrung angenommen habe. Hier kann man dieses Instrument zu Anstellung des Executivprocesses brauchen, wenn das Depositum in Güte nicht zu erlangen ist.

Außer der Zurückgabe der deponirten Sache kann man noch den Ersatz des der deponirten Sache mit Vorsatz oder aus der gröbsten Nachläßigkeit zugefügten Schadens fordern. Ist dem Aufbewahrer für die Aufhebung ein Honorarium versprochen worden, so muß er auch den Schaden ersetzen, welchen er durch seine mittlere Nachläßigkeit verursacht hat [n]); ja zuweilen muß er sogar für die Unglücksfälle stehen, und zwar 1) alsdenn, wenn er die Unglücksfälle übernommen hat [o]); 2) wenn vor dem Unglücksfalle eine schädliche Verzögerung vorhergegangen ist [p]); 3) wenn er die Sache boshafter Weise veräußert hat, und solche, ob er sie gleich nach der Zeit wieder bekommen hat, darauf erst zu Grunde gegangen ist [q]). Es können Zinsen gefordert werden, wenn sich der Deponent solche ausbedungen hat, oder es ist dem Depositar die Erlaubniß ertheilt worden, das deponirte Geld zu nützen, und er hat es wirklich gebraucht [r]). Man kann ferner bitten: daß der Beklagte

n) §. 3. Inst. quib. mod. re contr. oblig. L. 1. §. vlt. L. 32. D. depos. L. 5. §. 2. D. commod.

o) L. 1. C. depos. vel contra.

p) L. 12. §. 2. D. h. t. LAVTERBACH h. t. §. 32 sqq. Matth. Benon. HERING Diss. de casu fortuito a depositario praestando, Rostoch. 1736.

q) L. 1. §. 25. D. depositi.

r) L. 24. in fine. L. 25. §. 1. L. 26. §. 1. L. 28. L. 29.

Beklagte wegen seines Betrugs, weil er sich vorsetzlich geweigert, die ihm anvertraute Sache zurück zu geben, für ehrlos erklärt werde [s]). In diesem Falle muß sich der Beklagte entweder vor Abfassung des Urthels mit dem Kläger vergleichen, oder den Richter bitten, ihm in der Sentenz seine Ehre vorzubehalten; denn geschieht jenes, so kann er nicht verurtheilt werden, und thut der Richter das letztere, so darf ihn Niemand für ehrlos halten [t]).

Unter die Einreden, welche der angestellten directen Klage aus dem Depositum entgegen gesetzt werden können [u]), gehört 1) die Einrede, die Sache sey ihm gar nicht zur Verwahrung übergeben worden [x]). Der Beklagte darf aber ja diese Einrede nicht vorschützen, wenn er wirklich die Sache in Verwahrung genommen hat. Bey den Römern war auf dieses boshafte Leugnen die poena dupli gesetzt, wenn ein depositum miserabile vorsetzlich geleugnet wurde, und die Gesetze machen keinen Unterschied, ob der Aufheber selbst, oder sein Erbe das Depositum vorsetzlich, das heißt, wider besser Wissen und Gewissen geleugnet habe. Hat der Erbe nichts von dem Depositum gewußt, mithin solches nicht wider besser Wissen und Gewissen geleugnet, so haftet er nur wegen des bloßen Ersatzes [y]). Wollte man auf die poenam dupli klagen, so mußte dieses in Jahresfrist geschehen; denn nach Verlauf desselben konnte nur auf das Einfache geklagt werden [z]).

In

L. 29. D. h. t. Casp. Ach. Beck Diss. de vsuris ex deposito praestandis, Ien. 1722. Lavterbach h. t. §. 30. Wernher Part. VI. Obs. 347.

s) L. 1. D. de his, qui notant. infam. L. 10. C. depos.

t) L. 4. §. 1 et 2. D. de susp. tutor. Mevius in Dec. Part. II. Dec. 340.

u) Henr. Bodini Diss. de iustis caussis recusandi depositum, Hal. 1612.

x) Mevius in Decis. Part. V. Dec. 382. Leyser Spec. 179. Med. 16. cor. 3.

y) L. 1. §. 1. L. 18. D. depositi.

z) L. 18. D. depositi vel contra.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0550
DFG

In verschiedenen teutschen Ländern ist diese Strafe des römischen Rechts, so wie andere Strafen des boshaften Ableugnens, ausdrücklich bestätigt worden [a]). Es kann 2) die Einrede vorgeschützt werden, die zur Verwahrung erhaltene Sache sey bereits wieder restituirt worden; 3) sie sey mit Arrest belegt; 4) sie sey ohne sein Verschulden zu Grunde gegangen. Hier muß der Kläger darauf repliciren, Beklagter müsse dieses beweisen; denn er habe dadurch zu erkennen gegeben, die deponirte Sache sey durch einen Unglücksfall verlohren gegangen. Hier muß der Beklagte darthun, daß er sich weder eines Betrugs noch einer groben Nachläßigkeit schuldig gemacht habe. Wollte der Kläger repliciren: Beklagtens Vorgeben sey nicht wahr, sondern er sey allerdings an dem Untergange der Sache Schuld, so müßte er diese Behauptung beweisen, dadurch hätte er sich aber einen Beweis aufgebürdet, dessen er überhoben seyn können [b]).

Außer den angeführten Einreden kann 5) vorgeschützt werden, Beklagter brauche für keinen Schaden zu stehen [c]), das heißt, die Sache sey weder durch seinen Vorsatz, noch durch sein grobes Versehen zu Grunde gegangen, sondern culpa leui, oder leuissima, oder gar durch einen Unglücksfall; wohin auch gehört, wenn der Depositarius bey einer entstandenen Gefahr, z. B. bey einer Feuersbrunst, seine eigenen Sachen eher zu retten gesucht hat, als die er in Verwahrung genommen [d]). Hierwider kann replicirt wer-

a) Codex Frideric. 3ter Thl. Tit. 11. §. 7. Evl. Churs. Proc. Ordnung, Tit. 16. §. 3. Altenb. Proc. Ordnung, 1ster Thl. Cap. 14. §. 4. Weimarische Constit. zur Verbesserung des Processes, v. J. 1775. §. 8.

b) Leyser Spec. 176. Med. 5 et 6.

c) §. 3. Inst. quib. mod. re contrah. obligat.

d) Cocceii in iure controu. Lib. XVI. tit. 3. qu. 12. Stryck de cautel. contract. Sect. II. cap. 3. Strubens rechtl. Bedenk. 3ter Thl. 62stes Bedenk.

werden: es könne dem Beklagten bey dieser Rettung dolus oder culpa lata beygemessen werden; er habe die deponirten Sachen gar wohl mit retten können; oder sie wären weit mehr werth gewesen, als seine geretteten Sachen. Es kann 6) die Einrede vorgeschützt werden, die deponirte Sache sey ihm geschenkt worden; 7) daß mehrere Erben vorhanden; 8) Kläger müsse ihn erst der niedergelegten Sachen wegen entschädigen [e]). Bey dem Depositum darf der Regel nach nicht einmal das Retentionsrecht gebraucht werden. Wenn ich dem Depositar etwas schuldig bin, so ist er nicht befugt, die deponirte Sache so lange zurück zu halten, bis ich meine Schuld bezahlt habe. Wegen der offenbaren Billigkeit läßt man doch in der Praxis die Retention alsdenn statt finden, wenn der Depositar um des Depositums willen Schaden gelitten, oder solche Kosten auf die deponirte Sache verwendet hat, weswegen er die Gegenklage aus dem Verwahrungscontracte anstellen kann.

In der L. 11. C. depos. wird gesagt: der Depositarius solle die Sache, wenn sie von ihm zurückgefordert worden sey, alsobald und ohne allen Verzug restituiren, und nicht etwa die exceptionem doli mali vorschützen. Daraus haben einige Rechtslehrer [f]) den Schluß ziehen wollen, also könne er sich auch nicht einmal des Retentionsrechts in keinem Falle bedienen; dieses Gesetz muß aber blos von einer illiquiden Forderung verstanden werden, und zwar von einer solchen, weswegen der Depositar gar nicht einmal die actionem depositi contrariam anstellen kann.

e) Arg. L. 18. §. 4. D. commod. vel contra. Stryck in vsu mod. h. t. §. 9. Vinnius in select. iur. quaest. Lib. I. qu. 51. G. L. Boehmer Diss. de iure retentionis, §. 8. in Elect. iur. ciuil. Vol. II. pag. 628. Hering in Diss. de retentione in deposito licita, Sect. II. §. 23 sqq.

f) Lauterbach h. t. §. 37. Hahn ad Wesenbec. h. t. nr. 3. nr. V.

kann [g]). Am besten thut der Depositar, wenn er sich das Retentionsrecht ausbedingt. Man kann 9) vorschützen, die Klage sey bereits verjährt [h]); jedoch erwirbt der Depositarius durch die Verjährung kein Eigenthum an der niedergelegten Sache, weil die praescriptio actionis personalis die Reivindication nicht vertilgt. Es kann endlich 10) die Einrede des Spoliums vorgeschützt werden, das heißt, Kläger müsse ihm erst die geraubte Sache zurückgeben [i]).

Unstatthaft ist 1) die Einrede der Compensation. Wenn ich nämlich eine fungibile Sache, z. B. 1000 Rthlr. bey Jemandem deponirt hätte, und er mir die Zurückgabe aus dem Grunde verweigern wollte, weil ich ihm 1000 Rthlr. aus einem andern Fundamente, z. B. einem Kaufe schuldig sey, die beyderseitige Schuld sich also gegen einander aufhebe, so würde die Einrede verworfen werden müssen. Er muß mir das Depositum herausgeben, und alsdenn seine Forderung gegen mich einklagen [k]). Der Grund dieser Verordnung ist, weil man das Depositum als etwas sehr Heiliges ansahe, und es daher für unerlaubt hielt, sich der Restitution einer deponirten Sache durch irgend einige Ausflucht entziehen zu wollen. Es hat 2) die exceptio doli mali nicht statt, weil sie im Grunde nichts anders ist, als die angeführte exceptio compensationis unter einer andern Gestalt. Wenn der Depositar sagen wollte, du hast 1000 Rthlr. bey mir deponirt, bist mir aber 1000 Rthlr. aus einem Kaufe schuldig, du handelst

g) Boehmer de action. Sect. II. cap. 8. §. 29.

h) L. 3. C. de praescr. trig. vel quadrag. annor. L. 1. C. de annal. excep.

i) Berlich Part. I. Concl. 21. nr. 60. Rivinus in Spec. exc. for. cap. 41. nr. 15.

k) L. 11. pr. C. depos. Hopp ad §. 30. Inst. de action. G. L. B. I. c. §. 8. Hr. Prof. Weber von Verbindlichkeiten, 1, 6. 64.

delst also betrüglich, daß du das Depositum zurückforderst; du giebst zu erkennen, daß du mich hintergehen willst. Eben so wenig kann sich der Depositar 3) dadurch von seiner Verbindlichkeit, die deponirte Sache heraus zu geben, befreyen, daß er ein dingliches Recht an der Sache zu haben vorgiebt. Man nehme an, ich hätte eine Uhr bey Jemandem deponirt, und verlange sie zurück, er behauptete aber, die Uhr gehöre ihm, und sey ihm vor kurzem gestohlen worden; er sey also nicht schuldig, sie herauszugeben. Diese Ausflucht muß verworfen werden. Er muß die Uhr herausgeben, und nun kann er sie vindiciren. Eine Ausnahme tritt alsdenn ein, wenn der Depositar sogleich erweisen kann, daß er, und nicht der Deponent, Eigenthümer der Sache sey [l]); doch läßt sich gegen diesen Satz manches einwenden [m]). Man darf auch nicht vorgeben, die Sache gehöre einem Andern [n]); jedoch steht es dem Dritten frey zu interveniren, und zu verlangen, daß ihm selbige abzutreten, wenn er sogleich darzuthun vermag, daß die Sache seine, oder ihm vom Hinterleger genommen worden sey [o]). Zu den unstatthaften Einreden gehört auch die Einrede des Pfandrechts [p]); z. B. wenn der Deponent dem Depositarius schuldig ist, und demselben sein ganzes Vermögen, worunter sich denn auch die deponirte Sache mit befindet, unterpfändlich verschrieben hat. Es ist doch gerade nicht diese Sache zur Sicherheit der Forderung als Pfand gegeben worden, daß er nämlich solche so lange, bis er befriedigt worden, inne behalten soll, sondern sie ist ihm nur im Vertrauen auf seine Treue zu dem Ende gegeben worden, daß er solche so lange aufheben soll, bis

l) L. 15. D. L. 11. pr. C. depos. L. 25. C. locat. Boehmer de actionib. Sect. II. cap. 8. §. 29. nota d.

m) Leyser Spec. 153. Med. 2.

n) L. 1. §. 39. D. depositi.

o) L. 31. §. 1. D. depositi. Boehmer l. c.

p) L. 11. pr. C. depositi.

bis sie wieder zurück gefordert wird; diesen Contract darf er durch Untreue nicht verletzen [q]).

Hat der Depositar die deponirte Sache herausgegeben, ohne das Retentionsrecht wegen seiner an den Deponenten habenden Forderungen auszuüben, so muß er die Gegenklage aus dem Hinterlegungscontracte anstellen, deren Grund der Hinterlegungscontract ist und eine in Ansehung desselben vorhandene gerechte Ursache der zu leistenden Schadloshaltung [r]). Die Klage hat 1) statt, wenn der Depositarius durch die Schuld des Deponenten Schaden gelitten hat; z. B. wenn ich Jemanden bitte, meinen Hund in Verwahrung zu nehmen, welcher beißt, ich sage das nicht, und nun beißt er den Depositarius oder Jemanden von den Seinigen. 2) Wird die Klage angestellt, wenn der Depositar auf die deponirte Sache Kosten verwendet hat; nur müssen sie entweder zur Erhaltung der Sache nothwendig, oder mit Vorwissen und Einwilligung des Deponenten gemacht worden seyn. Jede von diesen Ursachen muß, wie bey der actione commodati contraria, in der Klage bestimmt angeführt werden. Der Kläger ist der Depositarius oder sein Erbe [s]); und der Beklagte ist der Deponent oder sein Erbe. Das Gesuch wird auf eine von dem Beklagten zu leistende Schadloshaltung gerichtet, theils wegen der auf die Sache verwendeten Kosten [t]), theils wegen des durch des Deponenten Verschulden verursachten Schadens [u]). Darauf, daß der Beklagte zugleich, wegen seines Betrugs für ehrlos erklärt werden möge, kann nicht angetragen werden [x]); denn

q) Stryck de cautel. contract. Sect. II. cap. 3. §. 5.

r) L. 5. pr. D. depositi vel contra.

s) Oldendorp de action. Class. IV. art. 23. qu. VI. verb. heredibus quoque.

t) L. 5. pr. L. 12. pr. L. 23. D. depos. vel contra.

u) L. 31. pr. D. de pignor. action. L. 61. §. 5. D. de furt.

x) L. 6. §. 7. D. de his, qui not. infam.

denn die Gesetze haben die Ehrlosigkeit nur auf den Betrug gesetzt, den der Depositarius durch Verweigerung der Zurückgabe der deponirten Sache begeht, weil er dadurch das in ihn gehabte Zutrauen verletzt. Die Gegenklage aus dem Verwahrungscontracte bezieht sich aber nur auf die Entschädigung.

Die Einreden, von denen der beklagte Deponent Gebrauch machen kann, sind verschieden; denn es kann 1) vorgeschützt werden, er habe Klägern keine Sache in Verwahrung gegeben, und nun muß dieser die Hinterlegung beweisen. 2) Kann vorgeschützt werden, der Kostenaufwand sey nicht nöthig gewesen. Hätte der gemachte Aufwand ganz und gar unterbleiben können, so kann der Depositarius gar nichts wiederfordern; ist hingegen nur mehr aufgewendet worden, als nöthig gewesen, so kann der Ersatz des unnöthigen Aufwandes nicht wieder gefordert werden. 3) Hat die Einrede statt, der Aufwand sey wider das erklärte Verbot gemacht worden; oder 4) Kläger sey an seinem Schaden selbst Schuld [y]; oder 5) der Schaden rühre von einem Unglücksfalle her [z]; oder 6) Kläger habe den Fehler der Sache gewußt, oder ihn doch wissen können; oder 7) Kläger habe die Sache zu seinem eigenen Nutzen in Verwahrung gehabt; z. B. ich habe Jemandem mein Pferd in Verwahrung gegeben, und ihm auf sein Verlangen zugleich gestattet, das Pferd zu seinen Arbeiten zu brauchen, wenn er wolle. Dieses ist ein depositum irregulare. Dadurch verwandelt sich das depositum in ein commodatum, und der Depositarius muß nunmehr zwar dem Deponenten, nicht aber dieser jenem culpam leuissimam praestiren. Es kann 8) die Einrede der Compensation vorgeschützt werden; z. B. der Depositarius hat einen Aufwand von 5 Rthlrn. gehabt, er ist aber dem Deponenten gerade so viel schuldig; hier muß er abrechnen.

y) L. 203. D. de reg. iur.
z) L. 9. §. vlt. D. de reb. credit.

nen [a]). Soll die Compensation statt finden, so müssen auch debita mutua eiusdem qualitatis et quantitatis vorhanden seyn. In der L. fin. C. de compensat. heißt es zwar, es solle bey dem deposito keine Compensation vorgeschützt werden können; allein der Kaiser beziehet sich dabey ausdrücklich auf seine in der L. 11. C. depos. enthaltene Constitution; dieses Gesetz redet aber nur von der actione depositi *directa*. Gegen diese soll keine Compensation vorgeschützt werden können. Endlich kann 9) die Einrede der Verjährung vorgeschützt werden [b]).

Die **Possessorienklagen**, die bey dem Verwahrungscontracte gebraucht werden können, sind eben diejenigen, welche bey dem commodato vorkommen. Der **Deponent** kann als Eigenthümer und Civilbesitzer der deponirten Sache [c]) nicht nur ein interdictum retinendae possessionis [d]), sondern auch das interdictum imperiale recuperandae possessionis, oder die **Spolienklage**, wider den Deponenten anstellen, wenn sich dieser weigern sollte, ihm die deponirte Sache herauszugeben, ohne eine gerechte Ursache dazu zu haben [e]).

Der **Depositarius**, der die Sache durch den Hinterlegungscontract in Besitz erhalten hat [f]), kann zwar das interdictum retinendae possessionis nicht wider den Deponenten selbst anstellen [g]), jedoch in seinem Namen

a) LAVTERBACH in coll. Pand. h. t. §. 43.

b) L. 3. C. de praescr. trig. vel quadrag. annor. L. 1. C. de annal. except.

c) L. 17. §. 1. D. depos. vel contra.

d) L. 1. pr. D. depos. vel contra. L. 11. D. de peric. et commodo rei venditae. L. 3. §. vlt. D. de adquir. vel amitt. possess. LAVTERBACH in Coll. pract. Lib. XVI. tit. 3. §. 10.

e) L. 12. in fine D. de vi et vi armat. L. 11. pr. C. depos. verb. illico modis omnibus compellatur.

f) §. 3. Inst. quib. mod. re contrah. obligat.

g) L. 1. §. 8. D. vti poss. Arg. L. 17. D. de precar. CLVDIVS de rebus quotid. cap. 9. Sect. 3. nr. 46.

wider einen Dritten [h]); wie denn auch derselbe nicht nur wider den Deponenten selbst [i]), sondern auch in dessen Namen gegen Andere [k]), das interdictum vnde vi, und die Spolienklage anstellen kann.

§. 948. 949.

Eine Gattung des Depositums ist die Sequestration, worunter man die Deposition einer Sache versteht, worüber ein Proceß geführt wird, und welche mit der Bedingung geschieht, daß die Sache demjenigen zugestellt werden soll, der den Proceß gewonnen haben wird. Es setzt also die Sequestration 1) voraus, daß über die Sache ein Proceß geführt wird [l]); ist kein Proceß vorhanden, es legen aber doch zwey Personen etwas bey einem Dritten nieder, daß er es in einem gewissen Falle einem von ihnen zurück geben soll, so wird der Depositar in der L. 18. D. de praescr. verb. quasi-sequester genennt. Es wird 2) erfordert, daß man die streitige Sache einem Dritten in Besitz giebt, und zwar 3) so lange, bis der Proceß zu Ende ist. Alsdenn soll sie dem, welcher gewonnen hat, herausgegeben werden. Der, welcher eine solche Sache in Verwahrung bekommt, heißt der Sequester. Uebrigens kann Niemand, von dem eine Summe Geld gefordert wird, sofort angehalten werden, das Geld niederzulegen, wohl aber verlangt dieß derjenige Beklagte mit Recht, welcher mit Vorbehalt der besagten Ausführung zur Bezahlung verurtheilt worden ist, und sich bey seinen anscheinenden Einreden hernach nicht würde erholen können [m]).

Die

h) Arg. L. 17. D. de precar. L. 18. pr. D. de adquir. vel amitt. poss.

i) L. 12. L. 18. D. de vi et vi arm. L. 7. C. vnde vi. Boehmer de action. Sect. II. cap. 4. §. 32.

k) L. 1. C. si per vim vel alio modo.

l) L. 110. D. de verb. signif. L. 17. pr. D. depositi.

m) L. vn. C. de prohib. sequestr. pecun.

Die Sequestration ist von den übrigen Gattungen des Depositums sehr verschieden. Das Depositum geschieht mit Bewilligung des Deponenten, hingegen die Sequestration wird zuweilen wider die Bewilligung des Besitzers der Sache vorgenommen. Also bisweilen geschieht die Sequestration wider Willen des Besitzers. Der Regel nach ist es verboten, gegen den Willen des Besitzers, die Sache, worüber gestritten wird, zu sequestriren; denn unter dem Processe muß derjenige im Besitze bleiben, der ihn vor Anstellung des Processes hatte. Man darf keinen Proceß gleich mit der Execution anfangen, wie die Gesetze sagen. Diese Regel hat freylich Ausnahmen, und es giebt wirklich verschiedene Fälle, wo eine solche Sequestration erlaubt ist. Dieser Fall tritt ein, 1) wenn zu befürchten ist, daß der Besitzer mit der Sache die Flucht ergreifen n), oder 2) die Sache, z. B. die streitige Erbschaft, verschwenden werde, daher am Ende kein Gegenstand der Execution vorhanden seyn würde, wenn die Sequestration nicht angeordnet worden wäre. 3) Wenn man befürchtet, daß es während des Processes zwischen den Partheyen zu Thätlichkeiten kommen, und die eine Parthey die andere im Besitz stöhren werde o). Führen also z. B. zwey Nachbarn über eine Wiese einen Proceß, und es ist während dieses Processes schon einigemal zu Schlägereyen und blutigen Auftritten zwischen ihnen gekommen, so kann der Richter die Wiese bis zu ausgemachter Sache sequestriren. 4) Wenn der Besitzer die Sache, z. B. den streitigen Wald dergestalt zu behandeln anfängt, daß man voraussieht, er werde ihn bis nach ausgemachter Sache gänzlich ruiniren.

Die Sequestration wird gemeiniglich vom Richter nach einer vorläufigen Untersuchung der rechtmäßigen Ur-

n) L. 7. §. vlt. D. qui satisd. cogant.

o) c. 3. X. de sequestrat. L. 21. §. fin. D. de appellat. L. 22. §. §. D. solut. matr.

sache angeordnet; es können aber auch die Partheyen die Sequestration unter sich abreden. Der Richter darf die Sequestration nicht anders verfügen, als wenn die Sache noch nicht so weit klar ist, daß die eine Parthey in den Besitz eingesetzt werden kann. Schlechterdings darf keine Sequestration vorgenommen werden, wenn ein Theil schon im Besitz ist, vielmehr muß dieser dabey mit allem Nachdruck wider alle Beeinträchtigung geschützt werden [p]). Gemeiniglich muß von einem Theile um die Sequestration nachgesucht werden, und nicht leicht wird sie von Amtswegen erkannt, außer 1) beym Kammergericht, wenn zwischen Reichsunmittelbaren über den Besitz gestritten wird, und sehr zu befürchten ist, daß sie zu den Waffen greifen werden [q]), um solchergestalt Frieden zu erhalten, und es zu keinem Landfriedensbruche kommen zu lassen. 2) Wird von Ehegerichten eine Braut, um welche sich zwey Partheyen streiten, leicht sequestrirt, das heißt, ehrbaren Matronen zur Aufsicht gegeben [r]). 3) Konnte der Prätor bey Kindern eine Sequestration anordnen, wenn über die väterliche Gewalt gestritten wurde [s]).

Sobald die Frage: ob zur Sequestration zu schreiten, ausgemacht ist, so wird die Sache einem sichern Manne, nach einem umständlichen, in Gegenwart der Partheyen gerichtlich, oder vor einem Notarius und Zeugen verfertigten Verzeichnisse zur Verwahrung [t]), und nach Beschaffenheit der Umstände zur Verwaltung übergeben. Dieser Sequester wird für seine Bemühung durch einen bestimmten Lohn befriedigt, und so lange er die Sequestration

p) L. 9. C. de transact. L. 1. §. 3. D. vti possid.

q) Ord. Cam. de 1521. tit. 32. Ord. Cam. de 1555. Part. II. tit. 21. §. 1 et 3.

r) c. 14. X. de sponsal. c. 4. X. de sponsa duor. c. 8. X. de restitut. spoliator.

s) L. 3. in fine D. de liber exhibend.

t) L. 14. D. de verb. signif.

tion besorgt, als Besitzer angesehen [u]); er muß alle Jahre Rechnung ablegen, die Sache in guter Aufsicht behalten [x]), und dem künftigen Sieger die Sache am gehörigen Orte abliefern [y]). Ohne rechtmäßige Ursache und ohne ein richterliches Decret darf er sein Amt nicht niederlegen [z]). Sachen, die sich nicht halten, folglich nicht aufbewahrt werden können, wie auch die erhobenen Früchte muß er, nicht durch einen Privatverkauf, sondern durch einen öffentlichen Verkauf ins Geld setzen, und das dafür erhaltene Geld, nach Abzug der zu berechnenden nöthigen Ausgaben, zur gerichtlichen Verwahrung abliefern, oder sonst damit nach den Pflichten eines guten Hausvaters verfahren [a]). Billig müssen die Gelder sicher ausgeliehen werden, welches am rathsamsten mit Bewilligung beyder streitenden Theile geschieht, und bey einander entgegen laufenden Meynungen derselben consentirt die Obrigkeit in die sichere Ausleihung. Daß man den Sequester hinlängliche Caution durch Hypothek bestellen läßt, ist um so nöthiger, weil bey Güterpflegern keine gesetzliche Hypothek statt findet. Die erkannte Sequestration muß allemal aufgehoben, oder gar nicht erkannt werden, wenn bey gegründeter Besorgniß grober Thätlichkeiten, oder der Herdurchbringung, der Flucht, oder eines andern unwiederbringlichen Schadens hinreichende Sicherheit geleistet wird [b]).

Was die Klagen betrifft, welche in Rücksicht auf eine Sequestration statt finden [c]), so kommt es dabey auf

u) L. 17. D. depos. vel contra.
x) L. 7. pr. D. depositi vel contra.
y) L. 5. §. 1. D. depositi vel contra.
z) L. 5. §. 2. D. depositi vel contra.
a) L. 20. C. de agric. et cens. L. fin. D. de requir. reis vel absent. damn.
b) L. fin. C. de ordine cognit.
c) Trendelenburg D. de sequestratione curatius finienda, Helmst. 1766.

den Unterschied zwischen dem sequestro *voluntario* und *necessario* an. Im ersten Falle ist wieder darauf zu sehen, ob der Sequester die bloße Verwahrung der streitigen Sache erhalten hat, oder ob ihm außer derselben auch zugleich deren Verwaltung anvertraut worden. In Fällen der ersten Art muß die actio depositi sequestraria, sowohl directa als contraria gebraucht werden; bey den Fällen der zweyten Art hingegen können dreyerley Klagen statt finden, nämlich die actio mandati, wenn der Sequester die Verwaltung umsonst übernommen hat; die actio locati, wenn ihm die Verwaltung gegen einen billigen Lohn überlassen worden ist, welches heutiges Tages gewöhnlich zu geschehen pflegt [d]); die actio praescriptis verbis, wenn dem Sequester etwas anders als ein Lohn für seine Mühe versprochen worden, z. B. bey einem zur Sequestration übergebenen Acker, ein Theil der Nuzzungen. Alle drey Klagen heißen hier actiones sequestrariae, nämlich die erste wird actio *locati* sequestraria, die andere actio *mandati* sequestraria, und die dritte actio *praescriptis verbis* sequestraria genennt.

Die actio depositi *sequestraria directa* gründet sich auf ein sequestrum *voluntarium*, da Jemandem ein streitiges Object [e]) von den Partheyen bloß zur Verwahrung überlassen worden ist [f]). Sie kommt mit der actione depositi directa in den mehresten Stücken überein; jedoch unterscheidet sich ein bloßes Depositum von einem Sequestrum dadurch, daß jenes nicht nur von mehrern, sondern auch von einer Person allein geschlossen werden kann; bey einem sequestro hingegen sind mehrere Personen erforderlich, welche die streitige Sache einer oder mehreren Personen zur Verwahrung übergeben. Der Sequester

d) Stryck in not. ad Lavterbachii Comp. Dig. h. t. ad verba actio depos. sequestraria.

e) L. 17. pr. D. depositi vel contra.

f) L. 6. D. depositi vel contra.

Sequester ist ihnen in solidum verbindlich, wie man aus der L. 17. pr. D. depositi sieht, wo es heißt: in sequestro in solidum vnusquisque videtur deposuisse; jedoch geschieht dieses bedingungsweise, daß er die Sache demjenigen ganz aushändigen soll, der den Proceß gewonnen haben wird [g]; und daher muß der Kläger in der Klage auch anführen, daß ihm die Sache durch eine rechtskräftige Sentenz zugesprochen worden sey. Der Kläger ist der obsiegende Theil, oder sein Erbe, dem die sequestrirte Sache nach entschiedenem Streite abgetreten werden muß [h]. Der Beklagte ist der Sequester, der die Verwahrung übernommen hat, oder sein Erbe [i]. Das Gesuch wird darauf gerichtet, daß Beklagter die sequestrirte Sache dem Kläger gänzlich abtrete, auch ihm den durch seine Schuld verursachten Schaden ersetze. Die Abtretung muß also gänzlich, das heißt, mit allen Früchten und Zuwachs geschehen [k]. Der Sequester muß ferner allen mit Vorsatz oder durch die gröbste Nachläßigkeit verursachten Schaden ersetzen [l]; z. B. er hat das ihm in Sequestration gegebene Pferd davon laufen lassen. Hierher gehört ferner der Fall, wenn er ohne Bewilligung der Obrigkeit dem einen Theile die Proceßkosten aus der sequestrirten Sache vorgeschossen hat [m]; desgleichen wenn er die Sache nicht an dem verabredeten Orte ausgehändigt hat [n]; desgleichen, wenn er ohne gerechte Ursache, und ohne Vorwissen der Obrigkeit sich von der Sequestration vor geendigtem Processe losgesagt, und solche nicht weiter besorgt hat [o].

g) L. 6. D. depositi vel contra.
h) L. 17. pr. D. depos. vel contra.
i) L. 5. §. 1. L. 12. §. 2. D. depositi vel contra.
k) L. 1. §. 24. D. depos. vel contra. L. 38. §. 10. D. de vsur.
l) §. 3. Inst. quib. mod. re contr. oblig. L. 7. pr. D. h. t.
m) Leyser Spec. 87. Med. 5.
n) L. 5. §. 1. D. depositi vel contra.
o) L. 5. §. 2. D. depositi vel contra.

Der Sequester kann folgende Einreden vorschützen, und zwar 1) der Proceß sey noch nicht durch ein rechtskräftiges Urthel entschieden; der Gegentheil habe ein Rechtsmittel gegen das Urthel eingewendet. Er kann 2) vorschützen, Kläger habe den Proceß nicht gewonnen: oder 3) er habe die streitige Sache dem Gegentheile auf Befehl des Richters aushändigen müssen [p]). Zuweilen sieht der Richter voraus, welcher Theil den Proceß aller Wahrscheinlichkeit nach gewinnen wird. Hier kann er dem Sequester anbefehlen, dieser Parthey die Sache noch vor geendigtem Streite zu überlassen; dieses darf jedoch nicht anders als gegen Sicherheitsbestellung geschehen, daß er die erhaltene Sache dem obsiegenden Theile unverzüglich restituiren wolle, wenn er den Proceß wider Erwarten gewonnen haben sollte. Dieser Umstand begründet die Replik: es sey noch keine Caution bestellt worden. Uebrigens finden auch mehrere Einreden wider diese Klage statt, die bey der directen Klage aus einem Depositum gebraucht werden. Endlich fragt sich: wenn der Sequester die Sache veräußert hat, kann alsdenn der obsiegende Theil wider den Dritten klagen? — Dieses geht an, nur muß es durch die Reivindication geschehen [q]), nicht actione rei iudicatae, weil diese nur eine actio personalis ist [r]); denn die Adjudication giebt wohl bey den iudiciis diuisoriis ein Eigenthum, aber nicht bey andern Geschäften [s]). Die actio hypothecaria findet auch nicht statt, weil die streitenden Theile an den Gütern des Sequesters kein Unterpfandsrecht haben [t]). — Merkwürdig ist es, daß die actio sequestraria von dem Sieger und gegen den Sieger

p) Leyser Spec. 177. Med. 3.

q) L. 8. C. depositi vel contra.

r) L. 6. §. vlt. D. de re iudic.

s) §. vlt. Inst. de offic. iudic.

t) Arg. L. 24. §. 2. D. de reb. auct. iud. poss. Leyser Spec. 177. Med. 3. cor. 1.

Sieger angestellt wird, wenn er gleich nicht derjenige ist, welcher dem Sequester die Sache übergeben hat. Wenn ich z. B. mit dem A einen Proceß über ein Haus führe, das Haus dem B zur Sequestration übergebe, und den Proceß verliere, so stellt A jene Klage gegen den B, oder auch B gegen ihn an. Die Ursache hiervon liegt darin, daß, wenn A gleich das Haus nicht sequestrirt hat, die Gesetze doch annehmen, daß er in die Sequestration, als eine ihm nützliche Handlung gewilligt, also mit ihm contrahirt habe. So ist auch Paulus zu verstehen, welcher in der L. 6. D. h. t. die Bemerkung macht: proprie autem in sequestre est depositum, quod *a pluribus* in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur. Eine Verbesserung dieser Stelle hat der verstorbene D. Ernesti u) vorgeschlagen, nämlich man solle lesen: sequestro est positum, statt in sequestre est depositum.

Die actionem depositi sequestrariam contrariam stellt der Sequester oder sein Erbe wider die streitenden Theile an, mit denen der Sequester contrahirt hat, und besonders wider den obsiegenden Theil. Auch wider ihre Erben kann sie gebraucht werden. Ihr Grund besteht in einem sequestro voluntario und in der in Rücksicht auf dasselbe vorhandenen gerechten Ursache der zu leistenden Schadloshaltung. Das Gesuch wird auf eine von dem Beklagten zu leistende Schadloshaltung gerichtet. Gegen diese Klage kann eingewendet werden, 1) Kläger habe sich seiner Forderungen begeben; 2) Beklagter habe sich schon mit Klägern über die gemachten Forderungen verglichen; 3) er müsse sich abgeredeter Maßen bloß an denjenigen halten, der den Proceß verlohren habe. Außer diesen Einreden können auch diejenigen gebraucht werden, die der Gegenklage aus dem Verwahrungscontracte entgegen stehen.

Bey

u) Ernesti ad Taciti Annal. Lib. III. cap. 71.

Bey der Frage: ob der Sequester auch possessorische Rechtsmittel anstellen könne, ist vor allen Dingen darauf zu sehen, worüber von beyden Theilen gestritten, und was daher dem Sequester überlassen worden; ob nämlich der Proceß nur den Besitz oder die Sache selbst betroffen habe. Im ersten Falle hat der Sequester den Besitz [x]), folglich darf er auch das interdictum retinendae und recuperandae possessionis nebst der Spolienklage anstellen; es müßte denn ausgemacht worden seyn, daß der Sequester die Sache nicht im rechtlichen Verstande solle besitzen können, sondern eine bloße Verwahrung Namens der streitenden Theile ausüben solle [y]); oder wenn ihm zwar etwas, das den freyen Gebrauch des Besitzes angeht, nicht aber der Besitz selbst in Sequestration gegeben worden, welcher Fall z. B. alsdenn eintritt, wenn ihm blos der Auftrag ertheilt worden, die Früchte des Gutes in Verwahrung zu nehmen [z]). Endlich darf er keine possessorischen Rechtsmittel anstellen, wenn sichs aus den Umständen ergiebt, daß er die Sache nicht eigentlich besitzen, sondern blos zur Verwahrung inne haben soll [a]). Man nehme an, ein Vasall hat sich seines an dem Lehn habenden Rechts durch eine Felonie verlustig gemacht; daher der Lehnherr das Gut eingezogen und in Besitz genommen hat. Der Vasall fängt dieses ergriffenen Besitzes wegen einen Proceß mit ihm an, und der Lehnherr giebt nunmehr das Lehngut einstweilen einem Dritten in Verwahrung. Hier hat dieser das Lehngut blos Namens des Lehn-

x) L. 17. §. 1. D. depos. vel contra, ibique Brvnnemann nr. 3. Menoch tract. de retinend. poss. remed. III. nr. 93. Andr. Clvdivs in tract. de iure sequestrat. cap. 9. nr. VI.

y) Stryck de cautel. contract. Sect. II. cap. 3. §. 20.

z) L. 21. §. 3. D. de appellat. c. 3. X. de sequestrat. possess. et fruct. Leyser Spec. 177. Med. 2.

a) Iac. Menoch de retinend. possess. remed. III. nr. 95.

Lehnherrn inne. Eigentlich ist es kein sequestrum, weil der Vasall seinen Besitz am Gute bereits verlohren, und es dem Dritten nicht mit in Verwahrung gegeben hat. Geschieht also eine Beunruhigung im Besitz, so kommt deshalb nicht dem Dritten, dem das Gut in Verwahrung gegeben worden, sondern dem Lehnherrn das interdictum vti possidetis zu statten. Der Dritte ist blos als ein Depositarius zu betrachten.

Wird der Proceß über die Sache selbst geführt, so hat der Sequester keinen Besitz, weil ihm blos die Sache in Verwahrung gegeben worden ist [b]). Est quidem in possessione, sed non possidet. Er wird hier einem bloßen Depositarius gleich gehalten, der an der Sache keinen eigentlichen Besitz hat. Der eigentliche Besitz gehört den streitenden Theilen, besonders demjenigen davon, der den Proceß gewinnt; denn durch die Sequestration wird eigentlich Niemand seines Rechts oder Besitzes entsetzt, sondern nur die Aufsicht und höchstens die Verwaltung der streitigen Sache, zum Vortheil dessen, dem sie gehört, bis zum Ausgange des Streits besorgt. Daraus folgt also, daß dem Sequester auch keine possessorischen Rechtsmittel zuständig seyn können [c]); er hat solche blos Namens der streitenden Theile, außer daß ihm doch wider diese, wegen der bloßen Inhabung das interdictum vnde vi, oder die Spolienklage zusteht, wenn sie ihm die Detention ohne rechtmäßige Ursache entziehen. Sollten indessen die streitenden Theile sich des rechtlichen Besitzes der Sache so lange, als sie mit einander darüber streiten, begeben, und solchen

b) L. 6. D. de possess. vel contra. L. 39. D. de adquir. vel amitt. poss. Phil. Wasmvth Diss. de sequestro non possidente, nisi apud eum possessio deposita fuerit. Harderov. 1748. Westphal von den Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung, §. 521.

c) Cluvius in tract. de rebus quotidianis, cap. 4. nr. 90. Berger in oecon. iuris, Lib. III. tit. 2. th. 10. not. 1.

solchen dem Sequester überlassen haben, alsdenn kann dieser allerdings possessorische Rechtsmittel brauchen. In diesem Falle kann auch hernachmals der obsiegende Theil, wenn die sequestrirte Sache eine fremde gewesen, und er dereinst gegen den wahren Eigenthümer sich der Usucapion bedienen will, die Zeit nicht mit in Rechnung bringen, während welcher der Sequester die Sache besessen hat, weil er ihm, nämlich dem obsiegenden Theile, in diesem Falle, da der Besitz der Sache im rechtlichen Verstande dem Sequester überlassen worden, keinen Besitz an der Sache zugestanden hat [d]).

Ist die Sequestration als ein sequestrum necessarium zu betrachten, so kann der obsiegende Theil nach geendigtem Streite wider den Sequester, wenn dieser die Sache in Güte nicht herausgeben will, actionem depositi sequestrariam *vtilem* anstellen [e]), weil, wenn der Richter eine Sequestration angeordnet hat, selbige so angesehen wird, als wenn er sie anstatt der Partheyen in ihrem Namen angeordnet hätte. Deswegen erwirbt der obsiegende Theil aus dem Vertrage, den der Richter mit dem Sequester zu seinem, des obsiegenden Theils, Besten geschlossen hat, ein Recht zu klagen. Einige Rechtslehrer [f]) sind gar der Meynung, man brauche die angeführte Klage nicht anzustellen, weil der obsiegende Theil die rechtskräftige Sentenz für sich habe; daher brauche er blos das richterliche Amt dahin zu imploriren, daß dem Sequester ernstlich aufgelegt werden möge, die bisher sequestrirte Sache ohne fernere Verweigerung dem Imploranten sofort auszuantworten. Der Sequester kann übrigens in beyden

d) L. 39. pr. D. de acquir. vel amitt. poss.

e) Arg. L. 8. C. ad exhib. LAUTERBACH in Coll. Pract. h. t. §. 49. GRASS de action. direct. et vtili, §. 31.

f) HUBER ad Dig. Lib. 17. tit. 2. §. 13. BOEHMER de action. Sect. II. cap. 8. §. 27.

den Fällen vorschützen, die Sequestration sey noch nicht wieder aufgehoben g).

Zum Beschluß will ich auch etwas über die Abfassung eines Depositenscheins anführen. — Schon die Römer pflegten über den Verwahrungscontract Scheine auszustellen h). Heutiges Tages werden besonders unter guten Freunden nicht leicht dergleichen Scheine ausgestellt, so sehr es um Lebens und Sterbens willen anzurathen ist, da die Pflichten der Freundschaft durch die gute Ordnung nicht verletzt werden können. In diesem Scheine, der keine förmliche Contractsurkunde ist, brauchen die durch Gesetze hinreichend bestimmten Verbindlichkeiten nicht wiederholt zu werden, sondern es ist hinreichend, wenn 1) die zur Verwahrung übergebenen Sachen, nach allen unterscheidenden Kennzeichen, einzeln und umständlich angeführt worden sind. Uebergiebt man einen versiegelten Kasten u. d. gl., so sind die Sachen entweder dem Depositarius in den Kasten hereingezählt worden, oder er hat sie nicht gesehen. Erstern Falls bekennt der Depositarius, daß ihm diese Stücke zugezählt worden; aber in dem letztern Falle muß er das ja nicht eingestehen, sondern sich z. B. folgendergestalt ausdrücken: einen mit des Herrn N. Petschafte über dem Schlosse versiegelten oben gewölbten mit schwarzem Leder überzogenen auf allen Ecken mit Eisen einfaßten Coffre, worin a) ꝛc. b) ꝛc. seyn sollen u.s.f. Es muß 2) ausdrücklich gesagt werden, daß diese Sachen ihm, dem Depositarius, zur Verwahrung gegeben worden. 3) Wenn der Depositarius einigen unentgeltlichen Gebrauch von den in Verwahrung gegebenen Sachen machen darf, so ist es rathsam, dieses genau zu bestimmen; in diesem Falle muß aber der Schein gedoppelt ausgefertigt, und von beyden Theilen wechselseitig unterschrieben werden.

g) L. 35. L. 100. D. de regul. iur.
h) L. 24 et 26. D. depositi vel contra.

Lib. XVII. Tit. I.

Mandati vel contra.

§. 950 — 960.

Nach abgehandelten Realcontracten haben die Verfasser der Pandekten die Consensualcontracte folgen lassen, oder diejenigen Contracte, welche nichts als die bloße Einwilligung zu ihrer Vollkommenheit erfordern. Bey den übrigen drey Classen der Contracte wird außer der Einwilligung entweder die Uebergabe, oder der Gebrauch feyerlicher Worte, oder ein schriftlicher Aufsatz zur Vollkommenheit des Contracts erfordert [a]). Die Benennung Consensualcontracte rührt nicht daher, weil sie den Consens der Contrahenten erfordern; denn alle Verträge erfordern ihn, und müßten folglich sämtlich Consensualcontracte heißen, sondern die Ursache dieser Benennung liegt darin, daß diese Contracte nichts weiter als den Consens zu ihrer Eingehung und Verbindlichkeit erfordern. So ist es bey andern Contracten nicht; ein Realcontract ist nicht eher geschlossen worden, als bis einer von den Contrahenten diesen Contract erfüllt hat; ein Verbalcontract existirt nicht eher, als bis die Formel des Contracts ausgesprochen worden ist; und ein Litteralcontract ist erst alsdenn eingegangen worden, wenn der dazu erforderliche schriftliche Aufsatz geschrieben worden ist. Alle diese Umstände brauchen bey keinem Consensualcontracte beobachtet zu werden. Dieser Beschaf-

a) §. vn. Inst. de obligat. ex consensu.

Beschaffenheit der Sache ungeachtet, das heißt, wenn gleich die Consensualcontracte zu ihrer Vollkommenheit weiter nichts als die Einwilligung erfordern, so sind gleichwohl die pacta de ineundo contractu consensuali von den Consensualcontracten selbst gar sehr unterschieden; z. B. das pactum de vendendo ist vom Kauf unterschieden; denn 1) bewirken diese Consensualcontracte eine Verbindlichkeit etwas zu thun, oder zu geben; hingegen die pacta de ineundo contractu consensuali bewirken blos die Verbindlichkeit zum Thun; ich verspreche zu contrahiren, also etwas zu thun. 2) Kann ein pactum de ineundo contractu consensuali unter andern Personen geschlossen werden, als die sind, welche hernachmals den Consensualcontract selbst geschlossen haben; ich kann z. B. Jemandem versprechen, daß mein Erbe ihm etwas verkaufen soll. 3) Wenn zwey Personen ein pactum de contrahendo geschlossen haben, so wollen sie noch nicht als wirkliche Contrahenten angesehen seyn, sondern ihre Absicht geht dahin, es erst in der Zukunft zu werden. Daher entsteht 4) auch aus dem Vertrage eine andere Klage, als aus dem Contract. Aus dem Kaufcontract z. B. entsteht actio *emti* auf die Ablieferung der Waare, und actio *venditi* auf die Bezahlung des Kaufschillings; hingegen aus dem pacto de vendendo kann blos die Klage angestellt werden, daß der Andere den Kauf schließe. 5) Mußte bey den Römern ein Vertrag, wenn man daraus sollte klagen können, durch eine Stipulation eingegangen werden, die Consensualcontracte erforderten die Feyerlichkeit nicht. 6) Bey den Consensualcontracten existirt eine wechselseitige Verbindlichkeit, aber bey den vorausgehenden Verträgen blos eine einseitige. Wenn ein Kauf geschlossen worden, so ist der Verkäufer schuldig, die Waare abzuliefern, und der Käufer ist schuldig, das Kaufgeld zu bezahlen; hingegen durch das pactum de vendendo mache ich mich verbindlich, die Sache dem Andern zu verkaufen, er aber wird nicht verbindlich gemacht, sie zu kaufen. Diese Wahrheiten haben verschiedene

Rechtslehrer [b]) vortreflich ausgeführt, obgleich andere nicht ihrer Meynung sind [c]).

Was die Natur dieser Consensualcontracte betrifft, so sind sie 1) alle als negotia bonae fidei zu betrachten, weil sie ohne Formel geschlossen werden; man sieht daher bey ihnen auf die Billigkeit, und bleibt nicht strenge an den Worten hängen; jedoch kann man nicht den entgegen gesetzten Fall annehmen und sagen, alle negotia bonae fidei sind zugleich Consensualcontracte; denn die Realcontracte werden ebenfalls als negotia bonae fidei beurtheilt. 2) Können sie unter Abwesenden durch Bothen oder Briefe geschlossen werden, welches bey der Stipulation nicht angieng. Auch durch einen Wink und stillschweigend kann ein Consensualcontract geschlossen werden. Wenn Jemand zum Becker hingeht, eine Semmel nimmt, und dem Becker das Geld dafür hingiebt; wenn Jemand in ein Transportschiff steigt, so ist im ersten Falle ein Kauf, und im andern ein Miethcontract stillschweigend geschlossen worden.

Die Consensualcontracte werden oft auch schriftlich aufgesetzt; ja oft wird ausgemacht, daß sie nicht eher verbindlich seyn sollen, als bis sie aufgesetzt, unterschrieben und untersiegelt seyn würden. In diesem Falle sagt man, die Partheyen haben in scriptis contrahirt; es ist also ein Unterschied zwischen einem mündlich abgeschlossenen, und nachher nur des Beweises wegen schriftlich aufgesetzten Contracte, und zwischen einem in scriptis geschlossenen Contracte. Uebrigens ist zu bemerken, wenn ein Consensualcontract auch in scriptis geschlossen worden ist, so ist er darum kein Literalcontract; denn es entsteht doch auch jetzt aus der Scriptur keine Verbindlichkeit.

Will

b) Mvdaevs de contrah. emt. venditione, cap. 2.

c) Bachov ad Trevtler. Vol. I. Disp. 28. th. 7. lit. A. Stryck ad Lavterb. sub tit. de contrah. emt. vendit. verbo differat etc. Ludovici in vsu distinct. iurid. tit. de contrah. emt. vendit. dist. 7.

Will einer von den Contrahenten beweisen, daß die Urkunde nicht nach der wahren Absicht der Contrahenten ausgearbeitet worden sey, so wird er damit gehört. Haben die Paciscenten weiter nichts als dieses ausgemacht, daß der Contract schriftlich aufgesetzt werden solle, so folgt immer noch nicht schlechterdings, daß sie in scriptis haben contrahiren wollen. Wer dieses behaupten will, muß entweder zeigen, daß es die Contrahenten ausdrücklich erklärt haben, oder daß es aus den Umständen erhelle; und im Zweifel ist anzunehmen, daß die Scriptur blos des Beweises wegen habe gebraucht werden sollen [d]).

Nach dem ältern römischen Rechte gab es nur vier Consensualcontracte, nämlich 1) den Kauf und Verkauf, emtio venditio, 2) den Miethcontract, locatio conductio, 3) den Gesellschaftscontract, societas, 4) den Vollmachtscontract, mandatum; aber Kaiser Zeno führte den fünften Consensualcontract, den Erbzinscontract oder den contractum emphyteuticarium ein.

Unter dem Vollmachtscontracte, der Bevollmächtigung, dem Auftrage, der Commission, versteht man denjenigen Consensualcontract, wodurch sich Jemand verbindlich macht, ein ihm übertragenes erlaubtes Geschäfte eines Andern umsonst zu verrichten. Derjenige, welcher dieses Geschäfte verrichtet, wird der Bevollmächtigte, Gewalthaber, mandatarius, oder procurator genennt, wiewohl das Wort procurator in einer etwas eingeschränktern Bedeutung gebraucht wird, als der Ausdruck: mandatarius [e]).

Ein Auftrag kann ausdrücklich, er kann auch stillschweigend ertheilt werden, und der ausdrückliche wird entweder mündlich oder schriftlich, oder durch ei-

d) Hvber ad tit. de contrahenda emt. vendit. §. 2 sqq. Brvnnemann ad Leg. 17. C. de fide instrum. Stryck in caut. contract. Sect. II. cap. 8. §. 2 sqq. de Pvfendorf Obs. Tom. II. Obs. 52.

e) Vinnivs in quaest. sel. Lib. I. cap. 52.

nen Bothen ertheilt. Stillschweigend bevollmächtige ich Jemanden, wenn ich es zugebe, daß er in meiner Gegenwart mein Geschäfte verrichtet; z. B. wenn ich mit Jemandem auf die Messe gehe, und weil ich weiß, daß er eine Uhr kaufen will, in seiner Gegenwart mit einem Uhrenhändler einen Handel schließe. Es giebt auch vermuthete Aufträge, mandata praesumta; denn so dürfen z. B. Eltern für ihre Kinder, Kinder für ihre Eltern, Brüder für Brüder oder Schwestern vermöge einer vermutheten Vollmacht, oder ex mandato praesumto, im Gericht erscheinen f).

Besteht der Gegenstand der Vollmacht und des Auftrags in einem einzelnen Geschäfte, so wird der Ausdruck: mandatum *speciale* gebraucht; gebe ich hingegen Jemandem Vollmacht, alle meine Geschäfte zu besorgen, weil ich z. B. auf lange Zeit verreisen will, oder weil mich eine gefährliche und langwierige Krankheit hindert, meine Angelegenheiten selbst zu besorgen, so habe ich eine Generalvollmacht, ein mandatum generale, ausgestellt.

Müssen die zu verrichtenden Geschäfte im Gerichte besorgt werden, so wird der Auftrag mandatum *iudiciale*, ratione *obiecti*, genennt; sollen hingegen außergerichtliche Geschäfte besorgt werden, so heißt die Vollmacht mandatum *extraiudiciale*. Ein mandatum iudiciale hat der Anwald, der für mich im Gericht erscheint, und meinen Proceß führt; hingegen einen außergerichtlichen Auftrag hat derjenige, den ich auf die Leipziger Ostermesse geschickt habe, um mir zwey englische Reitpferde zu kaufen. Die Vollmacht wird aber auch in Ansehung der Art, sie auszustellen, in die gerichtliche und außergerichtliche eingetheilt. Wenn ich vor der Obrigkeit erkläre, daß ich den A zu meinem Bevollmächtigten ernennt haben wolle, so ist es ein mandatum *iudiciale* ratione *modi*; erkläre ich dieses aber nicht im Gericht, sondern, wie man sagt,

f) L. 35. D. de procurator.

sagt, priuatim, es mag schriftlich oder mündlich geschehen seyn, so habe ich eine außergerichtliche Vollmacht ertheilt, ein mandatum *extraiudiciale* ratione *modi*.

Das mandatum ist ferner entweder purum, oder in diem dilatum, oder conditionatum. Soll Jemand meine Geschäfte nur eine gewisse Zeitlang besorgen, so habe ich ihm ein mandatum in diem dilatum ertheilt; bekommt er unter einer gewissen Bedingung Vollmacht, so heißt sie mandatum conditionatum; und mandatum purum wird die Vollmacht genennt, wenn sie weder mit Beyfügung einer Zeit noch einer Bedingung ertheilt worden ist.

Man theilt ferner die Vollmacht in mandatum in rem suam, und in rem alienam ein. Ertheile ich Jemandem Vollmacht, daß er meine Geschäfte zu meinem Nutzen besorgen soll, so wird er mandatarius in rem alienam genennt; besorgt aber Jemand ein fremdes Geschäfte zu seinem eigenen Vortheil, das heißt, er klagt eine Forderung in meinem Namen ein, die ich ihm doch gänzlich abgetreten habe, so heißt er mandatarius oder procurator in rem suam. Diese Art der Vollmacht war bey den Römern sehr gebräuchlich, weil nach dem alten römischen Rechte derjenige, dem ich eine von meinen Forderungen, die ich an einen Dritten hatte, abgetreten, diese Post nicht in seinem eigenen Namen einklagen konnte, sondern er mußte es als ein Bevollmächtigter in meinem Namen thun. In neuern Gesetzen hob man diesen wunderlichen Satz auf, oder machte ihn wenigstens unnütz, und daher verlohr sich auch der Gebrauch des mandati in rem suam fast gänzlich. Zuweilen kommt es doch noch vor; wenn sich nämlich Jemand eine Schuld cediren lassen, und er will diese Cession nicht bekannt werden lassen, wozu er mancherley Ursachen haben kann, so klagt er sie in diesem Falle als Bevollmächtigter des Cedenten ein, und hier wird er als procurator in rem suam betrachtet.

Endlich giebt es auch ein mandatum *simplex* und ein mandatum *qualificatum*. Ersteres ist dasjenige, wenn

Jemand meine Geschäfte zu meinem Besten besorgt; *qualificatum* aber wird es genennt, wenn ich Jemandem auftrage, etwas zum Besten eines Dritten, aber auf meine Gefahr zu thun; z. B. wenn ich Jemanden ersuche, einem Dritten etwas auf meine Gefahr zu borgen, wobey ich erkläre, daß ich für die Schuld haften wolle. Gesetzt, ich bitte einen Kaufmann, meinem auf der Universität lebenden Vetter Credit zu geben, und ich verspreche, die Schuld zu bezahlen. Wer einen solchen Auftrag giebt, ist als ein Bürge zu betrachten, und er heißt im eigentlichen und strengern Verstande mandator; denn bisweilen wird jeder, der einen Auftrag ertheilt, so genennt g).

Der Begriff der Vollmacht zeigt es, daß dieser Contract nichts weiter als die Einwilligung beyder Theile erfordert, denn er ist ein Consensualcontract; obgleich diese Einwilligung nicht nothwendig vor angefangenem Geschäfte ertheilt werden muß. Besorgt Jemand meine Geschäfte, so sind drey Fälle möglich, und zwar 1), ich gebe meine Einwilligung dazu, noch ehe er das Geschäfte unternimmt. Hier ist unstreitig ein Vollmachtscontract vorhanden. 2) Kann der Fall seyn, Jemand fängt an meine Geschäfte zu besorgen, ohne Auftrag von mir dazu zu haben; ich gebe aber meine Einwilligung dazu, ehe das Geschäfte vollendet ist. Auch hier ist ein Vollmachtscontract vorhanden, das heißt, ich muß das, was schon geschehen ist, eben so gut anerkennen und gelten lassen, als wenn ich zum Voraus Auftrag dazu ertheilt hätte. 3) Geschieht es, daß Jemand mein Geschäfte nicht nur ohne Auftrag angefangen, sondern es auch so beendigt hat, und ich gebe nun erst meine Einwilligung dazu. Hier ist kein Vollmachtscontract vorhanden, sondern eine Geschäftsbesorgung, oder negotiorum gestio.

Jeder Vollmachtscontract soll nur über erlaubte und ehrbare Geschäfte geschlossen werden; denn wenn auch das, was dem Andern aufgetragen worden ist, kein Verbrechen ist,

g) Brissonius de verbor. signif. voc *mandator*.

ist, aber doch wider die guten Sitten anstößt, so hat er die Rechte eines Mandatars nicht. In Gesetzen [h]) wird dieser Satz auf einen lüderlichen jungen Menschen angewendet, der dem Andern den Auftrag gegeben hatte, für eine Hure Bürgschaft zu leisten. Trage ich Jemandem auf, etwas Unerlaubtes zu thun, z. B. Jemanden zu bestehlen, zu injuriren, u. s. f. so entsteht auf seiner Seite keine Verbindlichkeit, den Auftrag auszurichten, und auf meiner Seite entsteht keine Verbindlichkeit ihn zu entschädigen, wenn er bey oder durch die Befolgung des Auftrags Schaden leidet, z. B. gestraft wird. Dieser Fall kommt oft in Processen vor, wo hitzige Clienten ihren Advokaten zum Schimpfen Auftrag geben.

Ein Auftrag wird der Regel nach unentgeltlich übernommen, das heißt, unter der Bedingung, daß der Bevollmächtigte kein vollkommenes Recht haben soll, etwas für seine Bemühung zu fordern; eine Belohnung oder ein honorarium, das heißt, eine solche Vergütung darf jedoch versprochen werden, die nicht sowohl ein Aequivalent für die Dienste des Bevollmächtigten ausmacht, sondern nur als ein Zeichen der Erkenntlichkeit des Principals betrachtet werden kann [i]). Ausgemacht ist es aber, daß, wenn man gleich dem Mandatar nichts versprochen hat, er aber ein Mann ist, der durch Uebernahme gewisser Aufträge, die man Commissionen nennt, sein Brod zu verdienen sucht, er dennoch ein Honorarium fordern kann [k]). Unbestritten ist es übrigens, daß, wenn der Principal nach geendigtem Geschäfte freywillig ein Honorarium giebt, dadurch die Natur des Vollmachtscontractes nicht geändert werde.

Zum Wesen des Vollmachtscontractes gehört es ferner, daß der Bevollmächtigte die Gränzen des erhaltenen

h) L. 12. §. 11. D. mandati vel contra.
i) L. 6. L. 7. D. h. t. L. 25. §. 11. D. de heredit. petit.
k) Strubens rechtl. Bedenken, 4ter Thl. S. 449.

Auftrags nicht überschreite, und thut er es, so ist seine Handlung in Rücksicht auf den Principal nichtig, der Principal ist nicht verbunden, solche in so weit als die Gränzen überschritten worden, quoad excessum, zu genehmigen, und als seine eigene Handlung wider sich gelten zu lassen; der Bevollmächtigte aber ist verbunden, sowohl dem Principal als dem Dritten, mit dem er contrahirt hat, das Interesse zu leisten, das heißt, allen Schaden zu ersetzen, der ihnen durch die Ueberschreitung der Vollmacht verursacht worden ist. Die Rechtsgelehrten Sabinus und Cassius behaupteten, der Mandatar, welcher die Gränzen seiner Vollmacht überschreite, habe gar keine Klage. Wenn ich Jemandem z. B. aufgetragen, eine Sache für 100 Rthlr. zu kaufen, und er gab 200 Rthlr. dafür, so könne er mich auch nicht einmal wegen 100 Rthlrn. belangen; die Juristen Nerva und Prokulus aber waren der Meynung, die Klage auf 100 Rthlr. finde allerdings statt; und diese Behauptung wurde angenommen [1]). Nur fragt sichs: wenn die gekaufte Sache wirklich 200 Rthlr. werth ist, kann der Mandatar die andern 100 Rthlr. nicht durch die Gegenklage aus der Geschäftsführung einklagen? — Dieses geht nicht [m]); aber das Retentionsrecht kann er so lange ausüben, bis der Principal die 200 Rthlr. bezahlt hat; will er aber nicht so viel geben, und der Bevollmächtigte will die 100 Rthlr. nicht nachlassen, so kann der Principal auf das Interesse klagen [n]). Hat der Bevollmächtigte das Geschäfte seinem Auftrage gemäß eingerichtet, so muß es der Principal ratihabiren, das heißt, er muß alle Handlungen als die seinigen gelten lassen, die der Bevollmächtigte in dem Geschäfte unternommen hat.

Weil

1) L. 3. §. fin. L. 4. L. 33. D. h. t. §. 8. Inst. h. t. ibique a Costa, Vinnivs et Heineccivs.

m) Vinnivs ad §. 8. Inst. h. t. nr. 5.

n) Struv Exerc. XXII. th. 12.

Weil der Principal auf den Bevollmächtigten ein vorzügliches Zutrauen setzt, denn man giebt der Regel nach nur demjenigen einen Auftrag, den man für vorzüglich geschickt zur Besorgung desselben, und zugleich für ehrlich hält, so folgt, daß der Regel nach der Mandatarius das übernommene Geschäfte selbst verrichten muß, und es keinem andern verrichten lassen darf; thut er es aber, und der Substitut besorgt das Geschäfte auf die gehörige Art, so muß es der Principal gelten lassen. Aus gleichem Grunde wird der Mandatar ehrlos, wenn er sich eines Betrugs gegen den Principal schuldig gemacht hat. Streitig ist es, ob auch der Principal ehrlos werde, wenn er den Mandatarius betrogen hat; denn in der L. 6. §. vlt. D. de his, qui not. infam. behauptet Ulpian: *contrario* iudicio damnatus *non erit* infamis, und die actio mandati *contraria* hat wider den Principal statt. Auf der andern Seite hat gleichwohl eben dieser Ulpian kurz vorher ausdrücklich erklärt, auch der Principal falle in die Strafe der Ehrlosigkeit, wenn er sich eines Betrugs wider den Mandatar schuldig gemacht habe; und dieses ist auch der Natur der Sache gemäß, wenn der Mandatar den Auftrag aus bloßer Freundschaft und im Vertrauen auf des Principals Ehrlichkeit übernommen hat; außer diesem Falle aber ist freylich kein Grund zu dieser harten Strafe vorhanden.

Die Frage, welchen Grad von culpa der Mandatarius zu leisten habe, ist sehr bestritten, und die meisten Rechtslehrer o) sind der Meynung, er müsse culpam *leviſſimam* präſtiren. Andere Rechtslehrer p) behaupten,

o) VINNIVS in sel. iur. quaest. Lib. I. cap. 52. PROVSTEAV ad L. 23. D. de reg. iur. in MEERMANNI Thes. Tom. III. pag. 510 sqq. COCCEII in iure controu. h. t. Qu. 13. LEYSER Spec. 179. Med. 2. ibique MVELLER. WALCH in introd. in controu. pag. 600. edit. tert.

p) LVDOVICI in doctr. Pand. h. t. §. 6. BOEHMER in introd. in ius Digest. h. t. §. 19.

er brauche nur für die mittlere Nachläßigkeit zu stehen, das heißt, er präſtire nur culpam leuem. Wieder andere Rechtslehrer haben zu behaupten geſucht [q]), der Mandatar präſtire nur culpam latam. Noch Andere behaupten, man müſſe auf die verſchiedenen Arten des Geſchäfts ſehen, ſie gehen aber in der nähern Beſtimmung dieſer Geſchäfte von einander ab. Der bekannte Otto [r]) verlangt vom Mandatarius, daß er den bey ſeinen eigenen Geſchäften gewöhnlichen Fleiß anwende, außer wenn er ein Honorarium bekomme, oder den Auftrag als Kunſtverſtändiger erhalten habe, in welchen Fällen er culpam leuiſſimam leiſten müſſe. Der verſtorbene Hr. GTR. Höpfner ſchrieb §. 926. ſeines Commentars über die Inſtitutionen: ich halte dafür, daß der Regel nach der Mandatar culpam *leuem*, der Principal hingegen *leuiſſimam* zu leiſten habe. Wenn ich Jemandem ein Geſchäfte übertrage, ſo ſetze ich voraus und verlange, daß er es mit dem gehörigen Fleiße, wie ein ordentlicher Mann, nicht nachläßig thun ſoll. Erfordert das Geſchäfte ſeiner Natur nach eine ſehr große Aufmerkſamkeit, ſo muß der Mandatar auch dieſe darauf verwenden, folglich culpam *leuiſſimam* präſtiren. Der Principal zieht allen Vortheil von dem Contracte, weil der Mandatar das Geſchäfte der Regel nach unentgeltlich beſorgt; er leiſtet daher culpam leuiſſimam. Hat er dem Mandatar ein Honorarium verſprochen, ſo leiſtet er nur culpam leuem. Diejenigen Rechtslehrer, welche den Mandatar wegen der geringſten Nachläſſigkeit für verantwortlich halten, berufen ſich vorzüglich auf die L. 13. C. mandati; da es aber ausgemacht iſt, daß die römiſchen Rechtsgelehrten in der Lehre von

q) Zoesivs ad Pand. h. t. nr. 15. Schilter Exerc. 28. th. 88. Pagenstecher ad Lavterb. Manip. I. pag. 61. Wieling ad Reinold. Opuſc. pag. 581. Colleg. iur. Argent. h. t. th. 14.

r) Otto ad §. 11. Inſt. de mandato.

von der culpa gar keine feste und bestimmte Terminologie hatten, so ist auf dieses und andere Gesetze dieser Art wohl nicht viel zu bauen; sondern die Natur der Sache, die Rechtsanalogie und die Billigkeit müssen vielmehr entscheiden. Warum soll der Mandatarius culpam *leuissimam* prästiren, wenn er mir aus Freundschaft und umsonst einen Dienst geleistet hat? Der Depositar haftet nur wegen eines groben Vergehens, der Vormund nur wegen eines mittelmäßigen; aus welchem Grunde soll nun der Mandatar für das mindeste Versehen stehen? Niemand wird eine Commission übernehmen, wenn er sich einer solchen Verantwortlichkeit dadurch aussetzt, wie Brunnemann t) sehr richtig bemerkt. Damit ist es nicht ausgemacht, daß man sagt, der Mandatar hätte den Auftrag nicht annehmen sollen; denn eben dieses kann man auch vom Depositar sagen, der doch unstreitig nur *latam* culpam prästirt, und von jedem andern Contrahenten.

Wenn man die Natur des Vollmachtscontracts hinlänglich kennen lernen will, so muß man ihn mit ähnlichen Geschäften vergleichen, und den Unterschied zwischen diesen Geschäften zeigen. Es ist dieser Contract 1) von der Geschäftsführung unterschieden; denn der Vollmachtscontract gehört unter die wahren Contracte, die negotiorum gestio aber unter die Quasicontracte. Im Vollmachtscontracte erklärt der Herr des Geschäfts, daß er seine Geschäfte von dem Andern will besorgen lassen; bey der Geschäftsführung aber besorgt Jemand fremde Geschäfte, ohne dazu Auftrag zu haben. Der Vollmachtscontract ist 2) vom Miethcontracte unterschieden. Wer mir seine Dienste vermiethet, der läßt sich einen Lohn dafür versprechen; der Mandatarius aber besorgt das Geschäfte umsonst. 3) Ist ein ertheilter Rath etwas anders, als ein Auftrag. Wer dem Andern einen Rath giebt, ist kein Gewaltgeber; und wer sich den ertheilten Rath

t) Brvnnemann ad Leg. 10. D. mandati vel contra.

Rath gefallen läßt und ihn befolgt, ist kein Bevollmächtigter. Den Auftrag ertheile ich zu meinem Besten oder zu meinem und des Bevollmächtigten Vortheile, oder auch zum Besten einer dritten Person; der Rath wird hingegen zum Nutzen dessen ertheilt, dem er ertheilt worden ist. Wer einen guten Rath erhalten hat, ist nicht schuldig ihn zu befolgen; aber der Bevollmächtigte ist schuldig, das Geschäfte zu besorgen, oder wenigstens frühzeitig genug zu erklären, daß er den Auftrag nicht annehme. Ueberdieses ist der Gewaltgeber schuldig, den Bevollmächtigten zu entschädigen, wenn er bey dem Auftrage Schaden leidet; der Ertheiler eines guten Raths aber ist nicht schuldig, für den üblen Erfolg seines Raths zu haften; ausgenommen alsdenn, wenn er ihn in der boshaften Absicht zu schaden, oder auf seine Gefahr ertheilt, das heißt, dabey erklärt hat, er wolle für die gute Wirkung stehen, und für allen Schaden verantwortlich seyn; oder wenn er sich für einen Kunstverständigen ausgiebt, und gleichwohl ist sein ertheilter Rath unvernünftig; welcher Fall z. B. alsdenn eintreten würde, wenn ein Pferdearzt mir Pferdearzeneyen vorschlägt, die so offenbar schädlich sind, daß meine Pferde davon krepiren t). In der L. 2. D. h. t. bemerkt der Jurist Cajus, womit der §. 1. Inst. h. t. übereinstimmt: es gäbe fünf Gattungen des Auftrags, nämlich 1) in gratiam mandantis solius, 2) in gratiam mandantis et mandatarii, 3) in gratiam tertii, oder aliena causa, 4) mandantis et tertii causa, 5) mandatarii et tertii causa, und sie erläutern jeden Fall mit Beyspielen, worauf sie sagen: si tua (sc. mandatarii) tantum gratia interuenit mandatum, magis *consilium* quam mandatum est. Sie leugnen es also doch nicht ganz, daß es ein mandatum heißen könne, und die klassischen Juristen sehen

t) Lauterbach Diss. de consiliis eorumque iure. Mueller ad Leyser. Obs. 377. Cramers Wetzlar. Nebenst. 45ster Thl. 3tes Stück.

sehen' es wirklich als ein mandatum an. So behauptet z. B. der Jurist Julianus in der L. 32. D. h. t.: wenn ich einem zugeredet habe, eine Erbschaft anzutreten, mit der Versicherung, daß ich ihm für den Schaden stehen wolle, so könne er mich actione mandati belangen; und doch habe ich ihm keinen Auftrag, sondern nur einen Rath ertheilt. Auch Ulpian ist in der L. 6. §. 5. D. h. t. der Meynung, wenn ich Jemandem ein mandatum ertheilt habe, so könne actio mandati gegen mich angestellt werden, wenn mir gleich an der Erfüllung des ertheilten mandati nichts gelegen sey. Der Vollmachtscontract ist 4) von der Empfehlung verschieden. Ich empfehle dem Andern etwas, wenn ich ihm die guten Eigenschaften einer Person oder Sache rühme, in der Absicht ihn zu bewegen, daß er mit dieser Person oder über diese Sache einen Vertrag schließe, oder der Person Gefälligkeiten erzeige. Jede Empfehlung ist von dem Auftrage ebenfalls unterschieden; denn derjenige, dem etwas empfohlen wird, ist nicht schuldig, die Empfehlung zu befolgen, und der Empfehlende ist nicht verpflichtet, für den Ausgang zu haften, er müßte denn entweder vorsetzlich und wissentlich etwas Schlechtes empfohlen, oder sich verbindlich gemacht haben, für allen Schaden zu stehen, oder ein Kaufmann empfiehlt einem andern Kaufmanne Jemanden in der Absicht, um ihm Credit zu verschaffen; denn unter Kaufleuten ist es eingeführt, daß der Empfehlende in diesem Falle als Bürge für den Empfohlnen haftet u). Es fragt sich übrigens: ob ich in allen Fällen, wenn ich dem Andern etwas gerathen oder empfohlen habe, den Schaden, der ihm durch meinen Rath oder durch meine Empfehlung verursacht worden ist, zu ersetzen schuldig bin, sobald er erweisen kann, welcher Beweis aber freylich äußerst

u) Finckelthaus Obs. 16. nr. 7. Marqvard de iure mercat. Part. II. cap. 11. nr. 69. Stryck in vsu mod. h. t. §. 10. Wernher Obs. Tom. I. Part. 1. Obs. 167.

äußerst schwer ist [x]), daß er ohne diese Empfehlung die Sache gar nicht gethan haben würde. Viele Rechtslehrer haben dieses zu behaupten gesucht, wenigstens in dem Falle, wenn der Rath oder die Empfehlung speciell gewesen seyn sollte, indem man z. B. gesagt habe, ich rathe dir, diesem Menschen Geld zu borgen, ich rathe dir, diese Sache zu kaufen [y]). Diese Behauptung hat viel wider sich; denn wenn es gleich wahr ist, daß Ulpian in der L. 6. §. 5. h. t. sagt: plane si tibi mandauero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit, aut (oder, wie Haloander liest, at) si non esses facturus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio. Ueber die Lesearт dieser Stelle ist gestritten worden [z]); allein da man bey jeder Handlung auf die Absicht des Handelnden sehen muß, und zuverläßig derjenige, welcher etwas anräth oder empfiehlt, im Zweifel die Absicht nicht hat, sich verbindlich machen zu wollen, so muß man Ulpians Worte auf den Fall einschränken, wo jene Absicht, sich verbindlich machen zu wollen, erklärt worden ist. Der berühmte Noodt [a]) war ebenfalls der Meynung, daß der Rath und die Empfehlung blos aus dem Grunde, weil der Andere dadurch allein bewogen worden ist, etwas zu thun, nicht verpflichte; es läßt sich aber seine Erklärung der L. 6. nicht vertheidigen, wie Voet [b]) bewiesen hat. Unter den

x) Ant. Faber in Ration. ad L. 6. §. 5. D. mandati.

y) Vinnivs ad §. 6. Inst. h. t. nr. 4. Harpprecht Cod. tit. nr. 4. Cocceii in iure controu. h. t. qu. 8. Stryck in vsu mod. h. t. §. 10. Casp. Achat. Beck Diss. de eo quod iustum est circa commendat. cap. 2. §. 25.

z) Marckart in Probabil. pag. 87. Opusc. iurid. ex miscell. Obseruat. Belgic. edit. Pvettmanni, pag. 81.

a) Noodt in Probabil. Lib. IV. cap. 12. et in Comment. ad Dig. h. t. pag. 372.

b) Voet in Comment. ad Pand. h. t. nr. 4.

den praktischen Schriftstellern giebt es mehrere [c]), welche die angeführte Behauptung für richtig halten. Freylich wenn man nur diejenige Empfehlung eine specielle nennt, bey welcher der Empfehlende durch Worte und Werke zu erkennen giebt, daß er sich verpflichten wolle, so hat die Sache kein Bedenken [d]). Auch 5) vom Befehl, iussus, ist der Vollmachtscontract unterschieden. Einen Befehl giebt man solchen Personen, die unserer Gewalt unterworfen sind, unsern Kindern, Sclaven und Gesinde; Aufträge hingegen nehmen solche Personen von uns an, denen wir nichts zu befehlen haben, weil sie unserer Gewalt nicht unterworfen sind.

Der Vollmachtscontract hört auf, 1) durch die von beyden Theilen in dieser Absicht ertheilte Einwilligung; das heißt, wenn der Principal erklärt, er wolle seine Geschäfte nicht länger durch den Bevollmächtigten besorgen lassen, und dieser ist damit zufrieden. Es hört 2) der Vollmachtscontract auch alsdenn auf, wenn blos der Principal erklärt, daß er seinen Auftrag zurücknehme, der Bevollmächtigte mag dieses gerne sehen oder nicht; oder 3) wenn der Bevollmächtigte erklärt, er möge den Auftrag nicht weiter besorgen, obgleich der Principal dieses nicht zufrieden ist. Da der Vollmachtscontract unter die zweyseitigen Contracte gehört, und diese sonst nicht anders als mit beyder Theile Einwilligung aufgehoben werden können, so scheint dieses bey dem mandato etwas Besonderes zu seyn, daß ein Theil ohne des Andern Einwilligung davon abgehen kann; es liegt aber der Grund, warum der Principal und Gewaltgeber die Vollmacht zurücknehmen kann, in dem Umstande, daß in der Ertheilung

c) Hvnnivs in Resolut. pag. 874 sqq. Mevivs in Dec. Part. VIII. Dec. 120. Lavterbach h. t. §. 17. Berger in resolut. Leg. obstant. h. t. qu. 1. Leyser Spec. 182. Med. 2. Cramers Nebenstunden, 41ster Thl. S. 93 flg.

d) Mveller ad Leyser. Obs. 377.

lung einer Vollmacht an sich und nothwendiger Weise kein Versprechen liegt, daß ich das Geschäfte schlechterdings durch diesen und keinen andern Bevollmächtigten wolle besorgen lassen, sondern man erklärt blos, daß man das, was der Bevollmächtigte thut, genehmigen und ihn entschädigen wolle. Hierzu kommt, daß, wer ein fremdes Geschäfte umsonst besorgt, es nicht für unbillig halten kann, wenn man ihn der Mühe überheben will; doch möchte in dem Falle freylich etwas anders anzunehmen seyn, wenn der Auftrag auch zum Vortheil des Bevollmächtigten gereicht; denn hier geht es wohl nicht so schlechterdings an, daß der Principal den Auftrag nur nach seinem Belieben wiederruft. Der Grund, daß auch der Bevollmächtigte den Auftrag aufkündigen kann, liegt wohl darin, daß man die Besorgung dieser Art mehrentheils blos aus Freundschaft übernimmt, daher halten es die Gesetzgeber für hart, Jemanden zur Erfüllung eines solchen Versprechens zu zwingen. Sie nehmen daher an, daß, wer einen Auftrag als Mandatar übernommen habe, sich nur alternativisch verbindlich machen wollen, entweder das Geschäfte zu besorgen, oder zu rechter Zeit zu erklären, daß er es nicht besorgen werde. Uebrigens muß jeder Theil, der den Auftrag revociren will, dieses zu rechter Zeit thun. Der Gewaltgeber muß es re integra thun, das heißt, ehe sich der Bevollmächtigte schon so weit in das Geschäfte eingelassen hat, daß es ihm unmöglich wird, wieder zurück zu gehen, und thut es jener nicht re integra, so muß er diesem allen dadurch verursachten Schaden ersetzen. Auch der Bevollmächtigte, der den erhaltenen Auftrag nicht besorgen will, muß dieses dem Gewaltgeber bey Zeiten melden, das heißt, zu der Zeit, wo der Principal das Geschäfte noch in eigener Person besorgen, oder noch einen andern Bevollmächtigten finden kann, der es eben so gut besorgt, als der erste Bevollmächtigte. Geschieht die Renunciation nicht in Zeiten, so kann zwar der Mandatar nicht gezwungen werden, den Auftrag zu erfüllen, aber auf das Interesse kann man ihn belangen.

belangen. Als eine Ausnahme ist es zu betrachten, daß der Bevollmächtigte auf die Vollmacht renunciren kann, wenn er rechtmäßige Ursachen dazu hat e); doch versteht sichs von selbst, daß, wenn der Mandatar gleich mit Grund ein nicht gänzlich erfülltes Mandat aufkündigt, er allemal wegen dessen, was er schon gethan hat, actione mandati belangt werden kann.

Endlich ist der Vollmachtscontract 4) als beendigt zu betrachten, wenn der Gewaltgeber oder der Bevollmächtigte gestorben ist. Wer dem Andern einen Auftrag giebt, nimmt mehrentheils auf die persönlichen Eigenschaften des Bevollmächtigten, auf seine Ehrlichkeit, Geschicklichkeit, Vermögensumstände, u. s. f. Rücksicht; und wer einen Auftrag übernimmt, thut es der Regel nach nur aus Freundschaft für den Gewaltgeber. Stirbt der Gewaltgeber vorher, ehe der Bevollmächtigte das Geschäfte zu besorgen angefangen, so ist dieser nicht verbunden, dasselbe zu verrichten; und besorgt er es doch, ob ihm gleich der Tod des Gewaltgebers bekannt war, so kann er auf keine Schadloshaltung klagen. Hat der Mandatar das Absterben des Gewaltgebers nicht gewußt, und in dieser Unwissenheit das Geschäfte verrichtet, so ist er entschuldigt. Billig dehnt man dieß auch dahin aus, wenn er aus Unwissenheit in Rechtssachen geglaubt hat, er müsse das Geschäfte besorgen, wenn gleich der Principal gestorben sey f). Ertheile ich Jemandem ausdrücklich den Auftrag, für mich und meine Erben, oder der Auftrag soll erst nach meinem Tode besorgt werden, z. B. der Andere soll mich begraben lassen; so kann freylich der Tod des Gewaltgebers den Contract nicht aufheben. Stirbt der Bevollmächtigte, so dürfen seine Erben das Geschäfte

e) §. 11. Inst. de mandato.

f) VINNIUS ad §. 10. Inst. de mandato, nr. 4.

schäfte nicht besorgen; der Bevollmächtigte mag es bereits angefangen haben, oder nicht [g]). Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die Erben des Gewaltgebers den Bevollmächtigten wegen dessen, was er schon aufgewendet hat, entschädigen müssen, und daß die Erben des Bevollmächtigten für das zu haften verbunden sind, wofür ihr Erblasser verantwortlich war.

Bey dem Vollmachtscontracte muß man zweyerley Klagen von einander unterscheiden, nämlich 1) diejenigen, welche zwischen den Personen statt finden, die den Contract geschlossen haben, und 2) solche Klagen, welche sowohl der Gewaltgeber als der Bevollmächtigte wider eine dritte Person, mit welcher letzterer contrahirt hat, anstellen kann, und die auch dieser wider jene brauchen kann. Zu den erstern Klagen gehört die actio mandati *directa* und die actio mandati *contraria*. Der Vollmachtscontract ist einer von denjenigen Bilateralcontracten, bey denen der Bevollmächtigte allezeit und gleich anfangs, der Gewaltgeber hingegen nur zuweilen und zufälliger Weise verbindlich gemacht wird. Der Bevollmächtigte wird nämlich verpflichtet, das übernommene Geschäfte zu besorgen, oder es in Zeiten aufzukündigen; der Gewaltgeber hingegen ist schuldig, den Bevollmächtigten zu entschädigen, wenn dieser bey dem Geschäfte zufälliger Weise Kosten oder Schaden gehabt hat. Der Bevollmächtigte kann um dieser Ursache willen actionem mandati *directam* anstellen, der Gewaltgeber hingegen actionem mandati *contrariam*.

Der Grund der actionis mandati *directae* [h]) ist der Vollmachtscontract [i]), und jede, vermöge dessen Natur

g) Vinnius ad §. 10. Inst. de mand. nr. 3.
h) Eckard in exam. action. forens. Part. XI. pag. 289.
i) §. 28. Inst. de actionibus.

Natur oder eines mit dem Contract verbundenen Vertrags zu leistende Verbindlichkeit. Der Kläger ist der Gewaltgeber, welcher bey dem aufgetragenen Geschäfte noch ein Interesse hat k); denn fällt dieses weg, so kann auch der Bevollmächtigte nicht weiter auf die Ausrichtung des Auftrags belangt werden. Gesetzt, ich habe dem B Auftrag gegeben, mit dem C wegen des Verkaufs seines Hauses zu unterhandeln; ich bekomme aber Gelegenheit, mit dem C selbst in Handel zu treten, weil er mir das Haus angeboten hat, und ich kaufe auch das Haus. Hier kann die actio mandati *directa* nicht weiter wider den B statt finden; ich müßte denn noch ein Interesse haben; z. B. der Bevollmächtigte hat mir das Geld noch nicht zurück gegeben, das ich ihm als Schlüsselgeld ausgezahlt hatte. Auch die Erben des Gewaltgebers können die Klage anstellen; denn wenn gleich die Fortdauer des Vollmachtscontractes mit dem Tode des Gewaltgebers aufgehört, so wird doch die Klage dadurch nicht unkräftig, die ihr Erblasser anstellen konnte, sondern die Erben des Gewaltgebers können den Bevollmächtigten wegen desjenigen, was vorher geschehen, belangen l); und sind mehrere Erben vorhanden, so hat jeder von ihnen so viel Recht, als sein Erbantheil beträgt m). Bisweilen kann die actio mandati directa auch von einem Dritten angestellt werden, nämlich alsdenn, wenn der Gewaltgeber durch den ertheilten Auftrag sein Bestes befördern wollen. Gesetzt, A hat dem abwesenden B 200 Rthlr. schenken zu wollen sich erklärt, und er schickte diese 200 Rthlr. an den C, damit er sie dem B zuschicken soll, C schickt aber das Geld nicht fort. Jetzt kann B wider den C klagen.

k) L. 8. §. 6. D. mandati vel contra.

l) L. 58. pr. D. mandati.

m) L. 6. D. famil. ercisc. Oldendorp Class. 4. act. 24. §. 6.

Der Beklagte ist der Bevollmächtigte, wie auch sein Erbe, welche sogar wegen des Betrugs ihres Erblassers zu haften schuldig sind n); denn wenn gleich der Contract mit dem Tode des Bevollmächtigten aufhört, so bleibt doch sein Erbe wegen des Geschehenen verantwortlich. Haben Mehrere die Besorgung eines Geschäfts übernommen, so haftet ein Jeder für das Ganze, weil die Verbindlichkeit, eine Handlung zu verrichten, als eine untheilbare Sache betrachtet wird o).

Die Bitte kann auf mancherley Gegenstände gerichtet werden; hauptsächlich aber geht sie 1) darauf, daß der Beklagte das übernommene Geschäfte dem erhaltenen Auftrage gemäß p), treu q) und mit dem ihm obliegenden Fleiße besorge r). Weil ein jeder Auftrag der ertheilten Vollmacht gemäß besorgt werden muß, so darf der Bevollmächtigte die Gränzen seiner Vollmacht nicht überschreiten, und dieses würde doch geschehen, wenn er zum Nachtheil des Principals etwas unternehmen wollte, wozu er weder ausdrücklich noch stillschweigend Auftrag erhalten hat, z. B. er kauft die Sache theurer, er verbürgt sich für eine größere Summe, als ihm aufgetragen worden. Der Bevollmächtigte muß auch nicht einmal stillschweigend Auftrag zu einer Handlung gehabt haben, wenn ihn kein Vorwurf der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeiten treffen; oder man nicht soll behaupten können,

n) L. 12. L. 49. D. de obligat. et action.

o) L. 60. §. 2. D. h. t. Carpzov in Iurispr. forensi, Part. II. Const. 17. Def. 13. Lavterbach in Coll. pract. Lib. XVII. tit. I. §. 20.

p) §. 8. Inst. h. t. L. 5. pr. L. 41. D. eod.

q) L. 10. pr. L. 59. §. 1. D. mandati vel contra.

r) L. 13. L. 21. C. §. 11. Inst. L. 22. §. 11. D. mandati.

können, daß er die Gränzen seiner Vollmacht überschritten habe. Für stillschweigend aufgetragen ist alles dasjenige zu halten, was als ein Mittel zur Ausführung des Zwecks gebraucht werden kann, welchen der Bevollmächtigte zu erreichen, sich bemühen soll. Soll ich also Jemanden aus einer Handschrift executivisch belangen, so kann ich auch dem Beklagten die Handschrift zur Recognition vorlegen, wenn gleich in der Vollmacht kein Wort davon steht [s]). Das Gesuch kann 2) hauptsächlich darauf gerichtet werden, Rechnung von dem geführten Geschäfte abzulegen, und alles dasjenige herauszugeben, was Beklagter im Namen des Klägers dabey in Empfang genommen hat [t]). Hat er von dem gekauften Gute Früchte erhoben, oder hat er das Grundstück wohlfeiler gekauft, als die ihm dazu ausgezahlte Geldsumme beträgt; oder er verkaufte das Gut theurer, als ihm der Preiß festgesetzt worden, so muß er in allen diesen Fällen den Ueberschuß zurückgeben, weil er das aufgetragene Geschäfte nicht zu seinem eigenen Besten besorgen sollte, er also kein procurator in rem suam war, sondern zum Vortheil des Gewaltgebers. Eine andere Folge ist es, daß er die erworbenen Klagen abtrete, und die gekaufte Sache an Klägern ausliefere [u]). Die Abtretung der Klage war nach dem ältern römischen Rechte deswegen nöthig, damit der Gewaltgeber wider den Dritten, mit dem der Bevollmächtigte contrahirt hatte, ex iure *mandatarii* klagen könnte; allein nach neuern Gesetzen hat der Gewaltgeber dieses Befugniß nützlicher Weise, und er kann aus dem

s) Leyser Spec. 180. Med. 3.

t) L. 10. §. 2. L. 22. pr. D. mandati. Hugo Donellvs in comment. iur. ciuil. Lib. VIII. c. 11. Pütters Rechtsfälle, 2ter Band, 199. Resp. nr. 173.

u) L. 8. §. 10. D. mandati. Struv in iurispr. forens. Lib. III. tit. 19. §. 8.

Contracte klagen, den sein Bevollmächtigter mit dem Dritten geschlossen hat [x]). Es kann 3) gebeten werden, daß er Klägern das Interesse entrichte, wenn er das aufgetragene Geschäfte gar nicht besorgt, oder nicht ganz besorgt hat [y]); oder wenn er die Gränzen der Vollmacht überschritten [z]), oder wenn er die Vollmacht zu zeitig aufgekündigt hat [a]). Zur Unzeit giebt man die übernommene Vollmacht ab, wenn es zu einer solchen Zeit geschieht, wo der Gewaltgeber das Geschäfte weder selbst, noch durch einen Andern füglich besorgen lassen kann. Die Gränzen der Vollmacht kann der Bevollmächtigte blos auf seine Gefahr überschreiten [b]); und er ist in diesem Falle gehalten, den Principal wegen alles Nachtheils zu entschädigen, der ihm durch diesen Exceß verursacht worden ist [c]). Unter dem Interesse wird aller verursachte Schaden und aller entzogene Gewinn verstanden. Man kann 4) in den durch die Gesetze bestimmten Fällen auf die Bezahlung der Zinsen das Hauptgesuch richten. Dieser Fall tritt ein, wenn der Bevollmächtigte Geld abliefern sollen, und dieses nicht zu rechter Zeit abgeliefert hat [d]); wenn er Gelder des Principals, die dieser auszuleihen gewohnt war, nicht ausgelehnt hat, da es ihm doch an Gelegenheit nicht fehlte [e]).

Wenn

x) L. 8. §. 5. L. 43 et 45. D. mandati.

y) L. 5. §. 1. L. 6. §. 1. L. 27. §. 2. D. mandati.

z) L. 5. pr. L. 41. D. mand. §. 8. Inst. eod. Sam. Frid. Willenberg Diss. de mandatario mandatum excedente, Gedani 1728.

a) L. 13. §. fin. D. de re iudic. §. 11. Inst. mand.

b) L. 36. §. 2. D. mandati.

c) L. 5. §. 3. D. mandati vel contra.

d) L. 32. §. 2. D. de vsur.

e) L. 10. §. 3. L. 13. §. 1. D. mandati vel contra. Lauterbach in Coll. pract. h. t. §. 30. Leyser Spec. 179. Med. 3.

Wenn er des Principals Geld ohne dessen Bewilligung in seinen eigenen Nutzen verwendet hat, so mußte er bey den Römern zwölf Procent Zinsen des Monats bezahlen [f]). Endlich kann das Hauptgesuch 5) auf die Vergütung alles verursachten Schadens, den er dem Kläger dolo, culpa lata, leui oder nach Beschaffenheit des Geschäfts auch nur culpa leuissima verursacht hat, gerichtet werden [g]). Alles, was der Bevollmächtigte durch das Geschäfte erwirbt, gehört dem Herrn des Geschäfts. Gebe ich also Jemandem Vollmacht, eine Sache für einen gewissen Preis zu kaufen, und er bekommt sie wohlfeiler, so ist der Profit mein. Gebe ich Jemandem Commission, eine Sache für eine bestimmte Summe zu verkaufen, und er bringt sie höher an, so ist der Profit ebenfalls mein. Was der Bevollmächtigte bey Gelegenheit des Geschäfts erwirbt, z. B. wenn ihm das Geschäfte Gelegenheit giebt, auch noch für sich einen vortheilhaften Handel zu machen, das gehört ihm. Besitzt der Gewaltgeber eine klare Urkunde, die über den Vollmachtscontract ausgestellt worden ist, so kann er executivisch daraus klagen [h]). Man nehme an, der Verkäufer hat dem Käufer in dem schriftlich abgefaßten Kaufcontracte aufgetragen, das Kaufgeld an seinen Schuldner auszuzahlen, und der Käufer thut es gleichwohl nicht. Hier kann der Verkäufer wider den Käufer, der zugleich sein Bevollmächtigter ist, aus dem schriftlichen Kaufcontracte executivisch klagen.

Ist die actio mandati *directa* angestellt worden, so muß der beklagte Bevollmächtigte untersuchen, ob er nicht

f) L. 38. D. de negot. gestis.

g) L. 9. L. 13. L. 21. C. mand. Leyser Spec. 179. Med. 2.

h) Berger in suppl. ad elect. proc. execut. pag. 389.

eine oder mehrere von folgenden Einreden wider die Klage vorschützen kann; nämlich 1), es sey gar kein Auftrag ertheilt worden [i]); jetzt muß der Kläger die wirklich geschehene Ertheilung der Vollmacht beweisen. Der Beklagte kann mit der nämlichen Wirkung vorschützen, er habe bey Uebernahme des Geschäfts nicht frey gehandelt, indem er dazu gezwungen oder listiger Weise überredet worden sey, oder er sey damals völlig betrunken gewesen. Der Beklagte kann 2) vorschützen, er habe keine freye Macht gehabt, die Besorgung des Geschäfts zu übernehmen; welcher Fall bey einem Minderjährigen eintritt, weil er sich ohne Einwilligung seines Curators nicht verbindlich machen kann. Eben dieses ist der Fall, wenn ein Frauenzimmer an einem solchen Orte, wo die Geschlechtsvormundschaft eingeführt ist, ohne Concurrenz ihres Vormundes ein Geschäfte zu besorgen versprochen hat, und noch mehr, wenn das von ihr übernommene Geschäfte in einer Intercession besteht [k]). Es kann 3) die Einrede vorgeschützt werden, der Auftrag habe in etwas Unerlaubtem bestanden [l]); giebt mir also Jemand den Auftrag, einen wucherlichen Contract zu schließen, und ich schließe den Contract nicht, daher er mich auf Entschädigung belangt, so kann ich die angebrachte Einrede in der Replik ausführen. Es hat 4) die Einrede statt, die Vollmacht sey durch den Tod erloschen [m]); 5) Kläger habe bey dem ertheilten Auftrage weiter kein Interesse; oder 6) Kläger habe die Vollmacht zurückgenommen [n]); 7) Be-

i) L. 20. §. 1. D. mandati.

k) L. 7. D. ad Sctm. Velleian.

l) §. 7. Inst. L. 6. §. 3. L. 22. §. 6. D. h. t.

m) L. 26. pr. L. 27. §. 3. D. mand. §. 7. Inst. h. t. LAUTERBACH h. t. §. 46 et 47.

n) L. 12. §. 16. D. §. 9. Inst. h. t.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0594
DFG

7) Beklagter habe solche aufgekündigt o). Es kann 8) vorgeschützt werden, die Unmöglichkeit verhindere die Ausführung des Geschäfts; z. B. eine ihm zugestoßene Krankheit p); worauf aber replicirt werden kann, er hätte dieses melden sollen, und weil es nicht geschehen, müsse er für den entstandenen Schaden stehen. Beklagter kann 9) vorschützen, er habe die Vollmacht nicht überschritten q). Jetzt muß der Kläger beweisen, wodurch Beklagter der Vollmacht zuwider gehandelt, und ihm dadurch geschadet habe; z. B. Beklagter habe die eingekaufte Waare nicht zu der bestimmten Zeit abgeschickt, sondern viel später; unterdessen sey der Preis gefallen, und Kläger habe sie deswegen mit Schaden verkaufen müssen. Schützt der Beklagte vor, daß er der Vollmacht gemäß gehandelt habe, so muß er ausführen, daß er alles beobachtet habe, was ihm nach der Vollmacht obgelegen. Beklagter kann auch zeigen, daß der Kläger wenigstens keinen Schaden deswegen gelitten, wenn auch die Vollmacht überschritten worden seyn sollte r), sondern vielmehr Vortheil. Es kann 10) vorgeschützt werden, er sey keine Zinsen zu bezahlen schuldig s); z. B. deswegen, weil er das Geld mit Wissen und Willen des Klägers benutzt habe; oder weil er das Geld nicht sicher ausleihen können; oder weil er es blos auf seine Gefahr auf Zinsen ausgelehnt, und Kläger in die Ausleihung des Kapitals ohne Verzinsung gewilligt habe t); oder weil er das Geld nicht genutzt, oder weil Kläger

o) L. 22. §. 11. D. §. 11. Inst. h. t.

p) §. 11. in fine Inst. de mandato.

q) L. 56. L. 62. D. de procurat.

r) Leyser Spec. 180. Med. 3.

s) L. 13. §. 1. D. de vsuris.

t) L. 10. §. 8. in fine D. mandati.

Kläger selbst nicht gewohnt gewesen, das Geld auf Zinsen auszuleihen. Man kann 11) vorschützen, der Schaden sey von ohngefähr entstanden [u]); worauf replicirt werden kann, Beklagter möge dieses beweisen. Replicirt der Kläger, Beklagter sey Schuld an dem Schaden, oder er habe die Gefahr übernommen [x]), so muß er den Beweis führen. Es kann 12) die Einrede vorgeschützt werden, Klägern stehe die Einrede der vorzunehmenden Division [y]), desgleichen 13) der Excussion entgegen. Die Einrede der Theilung kann gebraucht werden, wenn der Beklagte das Geschäfte nicht allein, sondern mit Mehreren übernommen hat, und sie haben es auch mit einander besorgt. Die Einrede der Excussion hat statt, wenn Mehrere sich zwar verbindlich gemacht haben, das Geschäfte zu besorgen, es hat es aber doch nur Einer davon besorgt. Hier kann, wenn ein Anderer von ihnen belangt wird, derselbe darauf antragen, der Bevollmächtigte solle sich erst an den halten, der das Geschäfte allein besorgt habe. Ist dieser zur Bezahlung unfähig, so muß der Kläger diesen Umstand in der Duplik vorschützen, und nun wird freylich jene Einrede unkräftig. Auch die Einrede der Verjährung kann 14) vorgeschützt werden. Da die actio mandati *directa* eine actio personalis ciuilis ist, so wird solche erst nach dreyßig Jahren verjährt. — Eine ungegründete Einrede würde es seyn, wenn der Beklagte vorschützen wollte, daß

u) L. 13. C. mandati.

x) L. 39. D. mandati. L. 23. D. de regul. iur.

y) Carpzov in iurispr. forens. Part. II. Const. 17. Def. 13.

z) L. 3. C. de diuid. tutel. Strvv Exerc. XXII. th. 11. ibique Mveller.

a) L. 3. C. de praescript. trig. vel quadr. annor. Strubens rechtl. Bedenk. 5ter Thl. 203tes Bedenk.

daß er das aufgetragene Geschäfte in seinem eigenen Namen besorgt habe; denn diese Handlung ist als contractwidrig zu betrachten [b]). Wer ein Geschäfte blos zu meinem Besten zu besorgen sich verbindlich gemacht hat, der darf es nachher nicht zu seinem Besten besorgen, oder er handelt wider Treue und Glauben. Wer sich also in meinem Namen mit einer Person verloben soll, der darf es nicht in seinem Namen thun. Unstatthaft würde es ferner seyn, wenn der Beklagte vorschützen wollte: Kläger müsse sich an den Substituten halten. Mit diesem hat der Gewaltgeber nicht contrahirt, sondern er hält sich an seinen Bevollmächtigten, dem er die Besorgung des Geschäfts überlassen hat, und dieser mag sich an seinen Substituten halten. Entweder hat der Principal seinem Bevollmächtigten die Erlaubniß gegeben, sich Jemanden substituiren zu können, oder er ertheilte ihm diese Gewalt gar nicht. Im ersten Falle hat zwar die Substitution geschehen können; allein der Herr des Geschäfts hat dabey nicht gewollt, daß der Bevollmächtigte nach geschehener Substitution von seiner Vollmachtsverbindlichkeit frey seyn sollte. Die verwilligte Substitution ist nur deswegen geschehen, um die Gränzen der Vollmacht zu erweitern, damit der Bevollmächtigte das zu besorgen übernommene Geschäfte desto leichter und ungehindert ausrichten könne, wenn er solches selbst zu besorgen verhindert worden. Dazu kommt, daß der Bevollmächtigte den Afteranwald sich selbst substituirt hat, und nicht dem Principal. Bey Fällen der zweyten Art, wo dem Bevollmächtigten von seinem Principal das Recht, sich Jemanden substituiren zu können, gar nicht ausdrücklich ertheilt worden ist, muß ein Unterschied gemacht werden zwischen der Besorgung eines gerichtlichen und eines außergerichtlichen Geschäfts. Bey gerichtlichen Geschäften hat die Substitution in diesem

b) L. 10. §. 3. D. mand. Leyser Spec. 179. Med. 1.

diesem Falle gar nicht geschehen können, weil der Principal bey diesem Geschäfte blos auf die eigene persönliche Geschicklichkeit des Bevollmächtigten Rücksicht genommen hat [c]). Bey außergerichtlichen Geschäften kann zwar der Regel nach die Substitution geschehen [d]), jedoch blos auf des Bevollmächtigten eigene Gefahr. Er muß eine solche Person dazu wählen, welche bey Besorgung des Geschäfts eben den Fleiß anzuwenden geschickt ist, der von ihm angewendet werden sollte; wählte er nun einen Unfähigen dazu, so wird es so angesehen, als wenn er das Geschäfte nicht gehörig besorgt hätte [e]). Auch hier tritt die Ausnahme ein, das heißt, die Substitution darf schlechterdings nicht geschehen, wenn der Herr des Geschäfts, bey Ertheilung seines Auftrags, wegen der Wichtigkeit des Geschäftes blos auf die persönliche Geschicklichkeit des Bevollmächtigten Rücksicht genommen hat [f]).

Hat der Bevollmächtigte bey der Ausrichtung des Auftrags Kosten gehabt, ist ihm durch die Schuld des Principals Schaden verursacht worden, hat er Verbindlichkeiten übernehmen müssen; so stellt er die actionem mandati contrariam an, daß ihm die Kosten ersetzt, der Schaden vergütet und er von den übernommenen Verbindlichkeiten befreyt werde. Wenn ihm sogleich bey Ertheilung des Auftrags ein Honorarium versprochen worden, so kann er dieses ebenfalls actione mandati contraria fordern; und bey den Römern stellte man actionem ex stipulatu an, wenn sich der Bevollmächtigte das Hono-

c) L. 8. §. 3. D. mandati. c. 1. de procurat. in 6to. LAUTERBACH in Coll. Pand. h. t. §. 7.

d) L. 8. §. 3. D. mandati. c. 1. in fine de procurat. in 6to.

e) STRYCK in vsu mod. h. t. §. 13.

f) c. fin. de procurat. in 6to. STRYCK l. c.

Honorarium durch eine Stipulation ausbedungen hatte. Ist nichts versprochen worden, der Bevollmächtigte kann aber nach seinen Verhältnissen doch ein Honorar fordern, weil er z. B. ein sogenannter Commissionär ist, so stellt er eine außerordentliche Klage an, extraordinaria persecutio datur [g]). Der Principal ersetzt also nur solche Schäden, woran er Schuld ist, und nicht den, welchen der Bevollmächtigte durch einen bloßen Unglücksfall leidet. Gebe ich ihm also den Auftrag, mir einen Sclaven zu kaufen, nicht einen gewissen, sondern einen, den er wählen kann, und er kauft einen, wird von ihm bestohlen, so kann er mich nicht actione mandati contraria belangen [h]); gebe ich ihm hingegen den Auftrag, einen bestimmten Sclaven für mich zu kaufen, und er wird von diesem bestohlen, so muß ich den Schaden ersetzen [i]); jedoch wird wieder dabey vorausgesetzt, daß ich doch etwas versehen habe; ich habe es nämlich entweder gewußt, oder hätte es doch wissen können, daß der Sclave stiehlt. Dieses erhellet aus den Schlußworten der Stelle des Afrikanus in der L. 61. D. de furt. wo es heißt: nam certe mandantis culpam esse, qui talem seruum sibi emi mandauerit [k]). Einen Schaden, den der Bevollmächtigte durch einen wirklichen Unglücksfall leidet, ersetzt der Principal nicht, wenn ihn auch der Bevollmächtigte ohne die Uebernehmung des Geschäftes nicht würde erlitten haben. Giebt mir also Jemand den Auftrag, eine Reise für ihn zu thun, und ich werde von Straßenräubern geplündert, so ist der Principal nicht verbunden, mich zu entschädigen,

g) Cocceii in iure controv. h. t. qu. 7.

h) L. 26. §. 7. D. mandati vel contra.

i) L. 61. §. 5. D. de furt.

k) Wernher Obs. Part. V. Obs. 214. nr. 49 sqq.

wenn dieses auch nach der Billigkeit behauptet werden muß [l]; man muß indessen auch hier voraussetzen, daß der Gewaltgeber nichts davon gewußt habe, es auch nicht wissen können, daß die Straße unsicher sey.

Der Grund der Gegenklage aus dem Vollmachtscontracte besteht also in einem Vollmachtscontracte und in einer in Ansehung desselben vorhandenen gerechten Ursache der dem Bevollmächtigten zu leistenden Schadloshaltung [m]. Es kann auch eine durch einen angehängten Vertrag entstandene Verbindlichkeit der Grund dieser Klage seyn [n]. Unter einer gerechten Ursache zur Schadloshaltung versteht man überhaupt eine solche, weshalb die Gesetze dem Bevollmächtigten das Recht geben, von seinem Gewaltgeber eine Entschädigung fordern zu können. Eine Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung der Principal vermöge eines dem Vollmachtscontracte angehängten Vertrages verpflichtet wird, ist es, wenn sich der Bevollmächtigte bey Eingehung des Contracts durch einen Vertrag ein Honorarium oder Salarium hat versprechen lassen. Ist der Bevollmächtigte eine solche Person, welcher für die Besorgung gewisser Geschäfte etwas bekommt, wobey es aber doch auf die Freygebigkeit des Principals mehr ankommt, als auf ein sicheres Herkommen, welcher Fall eben bey den sogenannten Commissionärs eintritt, so kann dieses Geld gefordert werden, wenn gleich nichts vorher darüber genau verabredet worden ist. Auch ein Bürge kann aus diesem Grunde eine Vergütung fordern, wenn ihn der Schuldner um die Uebernahme der Bürgschaft gebeten hat.

Der Kläger ist der Bevollmächtigte, wenn gleich die Bevollmächtigung mit zu seinem eigenen Vortheil bey-

l) L. 26. §. 6. D. mandati.

m) L. 15. L. 20. pr. D. mandati.

n) L. 6. pr. L. 10. §. 9. D. L. 1. in fine C. mandati.

beygetragen haben, und er also in dieser Rücksicht procurator in rem suam gewesen seyn sollte, in welchem Falle die Klage actio mandati contraria *utilis* genennt wird o). Auch die Erben des Bevollmächtigten können klagen p), so wie auch mehrere zu klagen berechtigt sind. Man stellt die Klage wider den Gewaltgeber oder Principal an; und dafür ist auch derjenige zu halten, welcher ein Geschäfte ratihabirt hat q), z. B. der Vater, der es genehmigt hat, daß man seinem Sohne Geld gelehnt hat. Auch gegen denjenigen kann man klagen, welcher gegenwärtig gewesen, und ohne zu widersprechen, hat geschehen lassen, daß Kläger sich für ihn verbürgt, oder für ihn bezahlt hat r), in welchem Falle eine stillschweigende Bevollmächtigung vorhanden ist. Es hat die Klage ebenfalls wider die Erben des Gewaltgebers statt, und der Beklagte kann auch aus mehreren Personen bestehen s).

Das Gesuch geht bey der **Gegenklage** aus dem **Vollmachtscontracte** überhaupt auf die Schadloshaltung des Bevollmächtigten, und die Erfüllung der Nebenverträge, welches Gesuch nach Beschaffenheit der einzelnen Fälle speciell abgefaßt werden muß, und hier kann t) um die Wiedererstattung der bey dem besorgten Geschäfte verwendeten Kosten gebeten werden, wenn auch der Principal weniger aufgewendet haben würde, wenn er die Sache selbst besorgt hätte u), oder wenn auch der Bevollmächtigte das Geschäfte nicht ganz beendigen können, z. B. er hat einen

o) L. 22. §. 2. D. mandati. §. 2. Inst. eod.

p) L. 12. §. 7. L. 14. D. mandati.

q) L. fin. C. ad Scim. Maced. Leyser Spec. 178. coroll.

r) L. 6. §. 2. L. 18. L. 22. §. 10. D. h. t. L. 6. C. eod. Hayer in mem. act. pag. 151. 152.

s) L. 58. pr. L. 39. §. 8. D. mandati.

t) L. 10. §. 9. L. 27. §. 4. D. mandati.

Vergleich schließen sollen, der Gegentheil ließ sich aber zu keinen billigen Bedingungen bewegen [u]; oder wenn auch das Geschäfte ohne Verschulden des Bevollmächtigten einen schlechten Erfolg gehabt [x], weil dieser nicht für den Ausgang, sondern nur für seinen Fleiß zu stehen braucht; oder wenn auch dem Bevollmächtigten ein Honorarium oder Salarium versprochen worden [y], weil er dieses nicht als Vergütung für die aufgewendeten Kosten bekommt, sondern zur Erkenntlichkeit für seine freundschaftliche Besorgung des Geschäfts. Soll es zugleich als Kostenersatz betrachtet werden, so ist dieses ausdrücklich zu verabreden [z]. Uebrigens ist der Gewaltgeber zum Kostenersatze nicht anders verbunden, als wenn der Bevollmächtigte die Kosten aus wirklicher Nothwendigkeit, das heißt, weil das Geschäfte nicht anders zum Vortheil des Principals besorgt werden konnte, verwendet hat, folglich kann er keinen Ersatz fordern, wenn sie ohne Noth verwendet worden, oder der Bevollmächtigte sahe blos auf seinen Vortheil dabey. Es kann 2) das specielle Gesuch auf die Bezahlung der Zinsen gerichtet werden, welcher Fall eintritt, wenn der Principal die gehabten Auslagen nicht zu rechter Zeit vergütet hat [a]; oder wenn der Bevollmächtigte sein Geld auf des Principals Geschäfte verwendet hat, besonders wenn er gar ein ausstehendes Capital zu diesem Endzwecke eingezogen hat, welches ihm verzinset wurde, und er nun diese Zinsen entbehrt hat; oder wenn er das Geld zu den Auslagen selbst geborgt hat, und Zinsen dafür bezahlen müssen; oder wenn er die Auslagen zwar mit seinem eigenen

u) L. 56. §. vlt. D. mandati.

x) L. 4. C. mandati.

y) L. 10. §. 9. D. mandati.

z) Leyser Spec. 180. Med. 4.

a) L. 32. §. 2. D. de vsur.

nen Gelde besorgt hat, er konnte diese Gelder aber ausleh-nen und Zinsen dafür erhalten. Alle diese Umstände muß der Richter nach der Billigkeit entscheiden [b]). Es kann 3) das specielle Gesuch auf den Ersatz des bey dem Geschäfte durch die Schuld des Gewaltgebers erlittenen Schadens gerichtet werden [c]). Man kann 4) auf die Befreyung von der wegen des Geschäfts übernommenen Verbindlichkeit dringen [d]). Hat also der Bevollmächtigte zum Besten des Gewaltgebers Geld borgen und zur Sicherheit des Kapitals sein Haus verpfänden müssen, und dieser macht keine Anstalt zu Bezahlung des Kapitals und zur Befreyung von der Hypothek, so klagt er actione mandati contraria auf die Befreyung von der Sicherheitsbestellung. Eben dieser Fall tritt ein, wenn sich der Bevollmächtigte wegen des Geschäfts verbürgen müssen. Es kann 5) das specielle Gesuch auf die Wiederbezahlung der für den Principal bezahlten Schuld gerichtet werden [e]); z. B. wenn der Bevollmächtigte als Bürge bezahlen müssen. Auch auf die Bezahlung der versprochenen Belohnung oder Besoldung kann 6) das specielle Gesuch gerichtet werden [f]). Ist das Honorarium nach Eingehung des Vollmachtscontracts versprochen worden, so ist entweder etwas Gewisses versprochen worden, oder nicht, sondern der Gewaltgeber hat dem Bevollmächtigten nur überhaupt eine Belohnung für seine Mühe versprochen. Im ersten Falle kann der Bevollmächtigte das Versprochene actione ex stipulatu

b) L. 12. §. 9. D. mandati. L. 1. C. eod.

c) L. 26. §. 7. D. h. t. L. 61. §. 5. D. de furt.

d) L. 45. pr. et §. 5. D. h. t. STRVV Exerc. XIII. th. 13.

e) L. 10. §. 11. D. mandati.

f) L. 6. pr. D. L. 1. in fine C. mand. WALCH introd. in controv. III, 4. 4. 1. TRENDELENBVRG de honorario eiusque a mercede discrimine, Kilon. 1775. §. 8 sqq. Strubens rechtl. Bedenk. 1ster Thl. 172tes Bedenk.

certi fordern, wofern es nicht in einer Summe baaren Geldes besteht [g]), wo die actio locati statt hat; war aber etwas anders für seine Mühe versprochen worden, so wird actio praescriptis verbis gebraucht, weil hier ein unbenannter Contract: facio vt des, zum Grunde liegt [h]). Ist etwas Ungewisses zur Vergütung versprochen worden, so muß nach dem römischen Rechte condictio incerti gebraucht werden; heutzutage aber klagt man aus dem Vertrage. Sollte ganz und gar nichts versprochen worden seyn, und die von dem Bevollmächtigten geleisteten Dienste sind so beschaffen, daß man sie umsonst zu leisten pflegt, so kann auch nichts zur Vergütung gefordert werden [i]); leistet man aber diese Dienste nicht umsonst, so findet imploratio officii iudicis statt [k]). So pflegt z. B. bey den Advocaten schon durch Gesetze oder Gewohnheiten etwas bestimmt zu seyn. Daß ein Advokat in seiner eigenen Sache ein Honorarium fordern könne, wird vom Hrn. v. Quistorp [l]) behauptet, welcher die zum Beweis des Gegentheils angeführten Gesetze, die L. 28. D. locati und die L. 6. C. de fruct. lit. expens. zugleich widerlegt hat. Endlich kann 7) das specielle Gesuch auf die Bezahlung und Berichtigung desjenigen, was Kläger auf Beklagtens Gefahr übernommen hat, gerichtet werden [m]). Man nehme an, der Beklagte hätte dem Kläger geschrieben, daß er auf seine, des Beklagtens

g) L. 1. §. 4. D. §. fin. D. mandati.

h) §. 1. in fine Inst. de locat. cond. L. 22. D. de praescr. verb.

i) L. 56. §. penult. D. L. 17. C. mand.

k) L. 1. §. 1. 10 et 12. L. 4. D. de extraord. cognit. Hopp ad §. 13. Inst. de mandato. Lavterbach in Coll. pract. h. t. §. 15.

l) Hr. von Quistorp in den Beyträgen zu verschiedenen Rechtsmaterien, 1stes Stück, Nr. 6.

m) L. 22. §. 13 et 14. D. h. t. Boehmer de action. Sect. II. cap. 8. §. 131.

klagtens Gefahr, dem Cajus 500 Rthlr. vorschießen solle, in welchem Falle ein mandatum qualificatum ertheilt worden. Der Kläger giebt das Geld, kann aber vom Cajus nichts wieder erhalten. Hier muß der Beklagte bezahlen.

Wider die Gegenklage aus dem Vollmachtscontracte können folgende Einreden vorgeschützt werden, und zwar 1) Kläger habe zu viel auf das Geschäfte verwendet, oder er habe es aus Unvorsichtigkeit gethan; oder der Aufwand sey ganz und gar nicht nöthig gewesen; oder er habe ihn blos seiner Geschäfte, oder seines Vergnügens wegen gemacht. 2) Kann vorgeschützt werden, der Aufwand sey wegen eines nicht verbindlichen Auftrags gemacht worden [n]), welcher Fall bey einem mandato rei turpis eintreten würde; oder 3) es sey von dem Aufwande zur Zeit weder Rechnung abgelegt, noch solche hinlänglich erwiesen worden; oder 4) es sey kein Grund zur Entrichtung der Zinsen vorhanden; oder 5) Beklagter sey an dem Schaden nicht Schuld [o]). Es kann 6) vorgeschützt werden, Kläger habe den Schaden nicht wegen des besorgten Geschäftes gelitten; desgleichen 7) der Schaden sey an solchen Sachen verursacht worden, die Kläger bey der Besorgung des Geschäfts nicht mitnehmen sollen, er hätte z. B. keine kostbare Kleider anziehen, keine Juwelen mitnehmen sollen [p]). Man kann 8) vorschützen, die Gefahr sey ihm vorausgesagt worden; 9) Kläger habe die Vollmacht überschritten [q]). Ueberschreitet der Bevollmächtigte

n) L. 6. §. 3. L. 22. §. 6. D. mand. §. 7. Inst. eod. HAVER in memor. act. pag. 153. not.

o) L. 26. §. 6. D. h. t. LAUTERBACH h. t. §. 36.

p) HAHN ad WESENB. h. t. nr. 10.

q) L. 22. pr. L. 41. D. mand. §. 8. Inst. de mand. L. 10. C. de procur. Guil. Bernh. BECKMANNI Diss. de obligatione mandantis erga mandatarium fines mandati excedentem, Hal. 1747.

die Gränzen der Vollmacht, so kann er nicht einmal actionem negotiorum gestorum anstellen, weil er wider Wissen und Willen seines Principals gehandelt hat [r]; genehmigt aber der Principal dasjenige, worin die Vollmacht überschritten worden, so haftet er aus der Vollmacht [s], weil die nachfolgende Genehmigung an die Stelle der ertheilten Vollmacht tritt, wovon der Principal eben durch seine Genehmigung abgegangen ist [t]. Es kann 10) vorgeschützt werden, der Bevollmächtigte habe mehr Kosten darauf verwendet, als der Gewaltgeber darauf verwenden wollen [u]; desgleichen 11), Kläger müsse sich erst an den Hauptschuldner halten [x], und diese Einrede findet bey einem mandato qualificato statt, kann folglich von dem mandatore vorgeschützt werden. Es kann 12) vorgeschützt werden, es sey keine Vollmacht ertheilt worden [y], sondern ein bloßer gut gemeynter Rath [z]; doch kann Kläger darauf replicieren, dieses sey ungegründet, sondern Beklagter habe viele Ueberredungssucht bewiesen, und nur dadurch sey er dazu verleitet worden, was geschehen sey; oder er habe aus Gefährde gehandelt [a]. Behauptet der Beklagte, es sey eine bloße

r) L. 40. D. L. fin. C. de negot. gest. Lauterbach h. t. §. 22.

s) L. 12. C. mandati. L. 60. D. de regul. iur.

t) L. 6. §. 9. D. de negot. gest. L. 7. pr. in fine C. ad Sctm. Maced.

u) L. fin. C. de negot. gest. Wernher Obs. Part. VIII. Obs. 330.

x) Nov. IV. cap. 1. Boehmer de action. Sect. II. cap. 3. §. 131.

y) L. 20. §. 1. D. mandati.

z) §. 6. Inst. de mandato.

a) L. 7. §. fin. D. de dolo malo.

bloße Empfehlung geschehen [b]), so kann darauf replicirt werden, sie habe in einer speciellen Empfehlung bestanden, und wegen solcher hafte der Empfehlende, er möge dabey vorsetzlich zu des Klägers Schaden gehandelt haben, oder ohne diese Gefährde [c]). Endlich kann auch die Einrede der Verjährung vorgeschützt werden, doch wird hier ebenfalls eine dreyßigjährige Verjährung vorausgesetzt.

Hat der Bevollmächtigte mit einem Dritten Verträge geschlossen, so entsteht die Frage: was hat dieser Dritte sowohl gegen den Gewaltgeber, als gegen den Bevollmächtigten für Rechte und Verbindlichkeiten? — Hier sind mehrere Fälle zu unterscheiden, und zwar 1) kann der Gewaltgeber aus dem Contracte, welchen der Bevollmächtigte für ihn geschlossen hat, nicht directe gegen den Dritten klagen, wenn er sich nicht die Rechte seines Bevollmächtigten cediren, das heißt, sich von seinem Bevollmächtigten eine Vollmacht zu Anstellung der Klage geben lassen; jedoch gieng man in neuern römischen Gesetzen von dieser Strenge ab, und verstattete dem Gewaltgeber das Recht, ohne erhaltene Vollmacht actionem *vtilem* anstellen zu können. In einigen Fällen konnte der Gewaltgeber actionem directam auch ohne geschehene Cession anstellen, nämlich alsdenn, wenn sich der Bevollmächtigte etwas in Ansehung einer dem Principal gehörigen Sache versprechen lassen, si de re domini stipulatur, z. B. er ließ dem Hause des Principals eine Servitut versprechen; oder wenn dem Bevollmächtigten in Gegenwart des Principals etwas versprochen worden war; oder wenn der Gewaltgeber wegen Abwesen-

b) L. 12. §. 12. D. mand. ECKARD in exam. action. forens. Part. V. pag. 58.

c) MEVIVS Part. VII. Dec. 120. SCHOEPFER in Syn. iur. Rom. h. t. nr. 31 sqq.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0607
DFG

Abwesenheit des Bevollmächtigten keine Cession von ihm bekommen konnte [d]). Bey uns wird auf diese Subtilitäten nicht mehr gesehen, sondern der Gewaltgeber kann in allen Fällen aus dem Contracte des Bevollmächtigten wider den Dritten klagen, ohne daß eine Cession erfordert, noch ein Unterschied zwischen der directen und nützlichen Klage gemacht wird; jedoch war Franzke [e]) anderer Meynung, und behauptete, daß bey der Frage, ob sich der Cessionarius die persönlichen Privilegien des Cedenten zueignen dürfe, es darauf ankomme, ob er die directe oder die nützliche Klage angestellt habe; denn im ersten Falle habe er diese Privilegien, im letzten aber nicht.

2) Ist zu merken, der Bevollmächtigte kann aus dem von ihm geschlossenen Vertrage zwar gegen den Dritten auf die Erfüllung des Vertrags klagen, dieser kann sich aber mit der exceptione doli schützen. Hat der Bevollmächtigte z. B. eine Sache des Principals verkauft, so kann er zwar auf die Bezahlung des Kaufgeldes klagen, aber der Käufer kann ihn mit der exceptione doli abweisen; denn er kann und muß die Bezahlung dem Principal selbst leisten, die Vollmacht müßte denn auch darauf gerichtet seyn, daß der Bevollmächtigte die Bezahlung annehmen solle.

3) Konnte der Gewaltgeber nach dem alten römischen Rechte aus dem Contracte seines Bevollmächtigten gar nicht verklagt werden, weil hier die Regel galt: alter ex alterius contractu non obligatur. Die neuern

d) Giphanius ad L. 68 et 72. D. de procurat. in lect. Altorph. pag. 76 sqq. Of. Avrel de variant. Cviacii interpr. Disp. 9. in Ottonis Thes. Tom. III. pag. 716.

e) Franzk in resolut. Lib. I. Qu. 14.

neuern römischen Gesetze gaben die actionem *quasi-institoriam* wider den Gewaltgeber. Die actio *institoria* wird gegen mich angestellt, wenn mein institor, mein Handelsfaktor einen Contract geschlossen hat; da nun der Faktor ein Bevollmächtigter ist, so hat man die Klage auf alle Gewaltgeber und Bevollmächtigte ausgedehnt, und sie actionem *quasi-institoriam* genennt [f]).

4) Der Bevollmächtigte kann aus dem von ihm, Namens des Gewaltgebers geschlossenen Contracte nicht verklagt werden; er müßte denn entweder etwas von dem Vermögen des Gewaltgebers in Händen haben, wo er hiervon zu bezahlen schuldig ist, oder er hat in seinem eigenen Namen contrahirt und es nicht gesagt, daß er nur als Bevollmächtigter contrahire; oder er hat sich als Bürge selbst mit verbindlich gemacht; oder endlich, er hat die Gränzen seiner Vollmacht überschritten.

f) L. 10. §. 5. D. mandati.

Ende des neunten Theils.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685167/phys_0614
DFG

g geschehen [b]), so kann darauf replicirt
n einer speciellen Empfehlung bestan-
lcher hafte der Empfehlende, er möge
des Klägers Schaden gehandelt haben,
fährde [c]). Endlich kann auch die Ein-
ng vorgeschützt werden, doch wird hier
ßigjährige Verjährung vorausgesetzt.

ollmächtigte mit einem Dritten Ver-
so entsteht die Frage: was hat dieser
gen den Gewaltgeber, als gegen den
en für Rechte und Verbindlichkeiten? —
Fälle zu unterscheiden, und zwar 1)
tgeber aus dem Contracte, welchen der
e für ihn geschlossen hat, nicht directe
n klagen, wenn er sich nicht die Rechte
chtigten cediren, das heißt, sich von
ichtigten eine Vollmacht zu Anstellung
lassen; jedoch gieng man in neuern rö-
von dieser Strenge ab, und verstattete
das Recht, ohne erhaltene Vollmacht
nstellen zu können. In einigen Fällen
altgeber actionem directam auch ohne
n anstellen, nämlich alsdenn, wenn sich
igte etwas in Ansehung einer dem
rigen Sache versprechen lassen, si de
atur, z. B. er ließ dem Hause des Prin-
tut versprechen; oder wenn dem Bevoll-
egenwart des Principals etwas ver-
bar; oder wenn der Gewaltgeber wegen
Abwesen-

12. D. mand. ECKARD in exam. action.
g. 58.

Part. VII. Dec. 120. SCHOEPFER in Syn.
31 sqq.