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

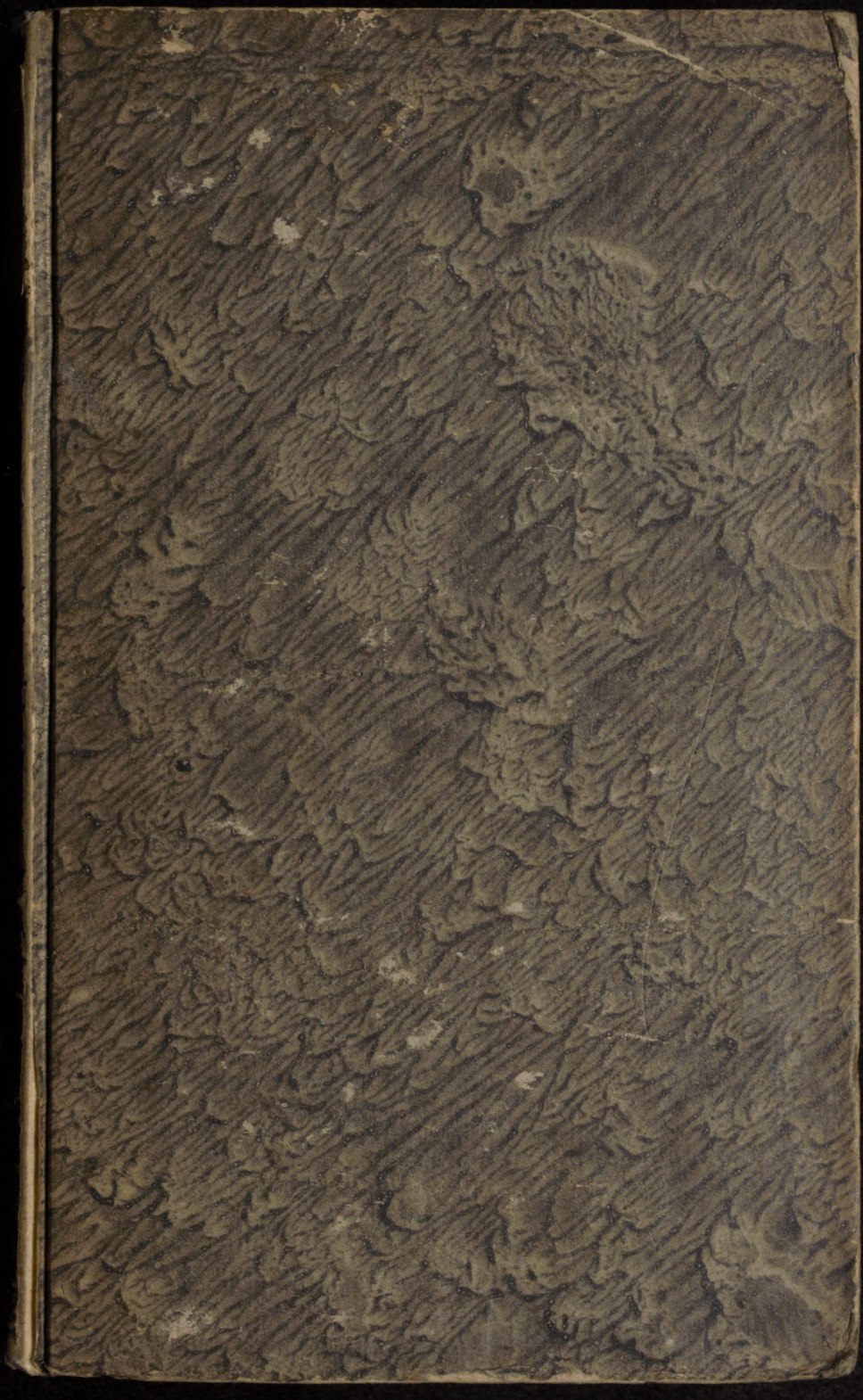
Praktischer Commentar über die Pandekten

Funfzehenter Theil : Welcher die Erklärung des sieben und dreyßigsten und der folgenden Bücher, wie auch ein Register über die im Commentar erklärten Titel der Pandekten, enthält

Leipzig: bey Adam Friedrich Böhme, 1804

http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418

Band (Druck) Freier Zugang



Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0001
DFG

K-f-653 (15)
K.f.-653 (15)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de
/rosdok/ppn1701685418/phys_0002
DFG

Praktischer
Commentar
über
die Pandekten
nach dem Lehrbuch
des Herrn GRR. Hellfeld.

Funfzehenter Theil,

welcher die Erklärung des sieben und dreyßigsten und der folgenden Bücher, wie auch ein Register über die im Commentar erklärten Titel der Pandekten, enthält.

Leipzig,
bey Adam Friedrich Böhme.
1804.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0005
DFG

Ex Bibliotheca Academiae Rostochiensis

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0006
DFG

Vorrede.

In Zeiten, wie die gegenwärtigen sind, wo alle weise Regierungen die sichere Erfahrung machen können, daß aufgeklärte und gute Bürger sich freuen, und die Lasten ihres Standes williger übernehmen, wenn sie sehen, daß von der Regierung des Landes, auf die Verbesserung der bürgerlichen Gesetze, die größte Sorgfalt verwendet wird, da es doch jeden aufgeklärten und dabey gutdenkenden Bürger kränken muß, wenn er sieht, daß gewissenlose Richter und Advokaten, mit Hülfe dunkler und schlechter Gesetze, die größten Bedrückungen

ihrer Mitbürger zu verbergen im Stande sind, wird jeder weise Staatsmann kein Bedenken tragen, sein Vergnügen über die Beendigung eines Werks zu äußern, worin man die wichtigsten Grundsätze des ganzen bürgerlichen Rechts zusammen getragen findet, die in ein zweckmäßiges bürgerliches Gesetzbuch gehören.

Daß mein nunmehr mit diesem Bande, unter dem Segen der Vorsehung, die mir die zu Ausarbeitung desselben nöthige Gesundheit geschenkt hat, geschlossener praktischer Commentar, eine so große Anzahl von Rechtswahrheiten der sämmtlichen bürgerlichen Gesetze enthält, als man in keinem einzigen teutschen Werke dieser Art findet, wird kein einsichtsvoller Rechtsgelehrter leugnen, der die Sache zu beurtheilen im Stande ist. Eben so wahr

ist

ist es, daß die in meinem Commentar zusammengetragenen Rechtswahrheiten für so beschaffen gehalten werden können, daß ihnen die möglichste Vollkommenheit, wozu es bey Festsetzung von Wahrheiten dieser Art von Menschen gebracht werden kann, nicht abzusprechen ist. Es sind Rechtswahrheiten, die, nach mehr als tausendjährigen Erfahrungen und Beobachtungen, durch die einsichtsvollsten Römer gebilligt und in die von ihnen abgefaßten römischen Gesetze aufgenommen worden sind; worin man eine solche Reichhaltigkeit der verschiedensten Fälle aller Art antrifft, die man in keinem von unsern neusten und besten Gesetzbüchern finden wird.

Vollkommen wahr ist es, was ein berühmter Engländer schreibt: die vortrefflichen Grundsätze

von Billigkeit, welche man auf jeder Seite der Pandekten in Menge antrifft, rühren größtentheils aus den besten Zeiten der Republik, und von Männern her, welche ohne alle eigennützige Absichten, und aus wahrer Liebe für ihre Mitbürger, sich der Rechtsgelehrsamkeit widmeten. Viele davon lebten unter dem August, durch dessen Großmuth und Aufmerksamkeit die Wissenschaften aufs höchste gestiegen waren. Ihre Schreibart zeichnet sich vorzüglich durch Kürze und Stärke aus, und ist, wenig Kunstworte ausgenommen, welche jede Wissenschaft hat, eben so rein, als die Sprache der klassischen Schriftsteller ihres Zeitalters. Die übrigen spätern Erklärer der Gesetze bekleideten die höchsten Würden im Staate, und waren eben sowohl wegen ihrer Fähigkeiten und Kenntnisse, als wegen ihres recht-

rechtschaffenen Charakters berühmt. Sie vertheidigten oft kühn die Rechte der Menschheit gegen die Unterdrückungen schlechter Richter, und gaben durch ihren Muth und ihre Standhaftigkeit den billigen und edlen Grundsätzen Ansehen und Dauer, welche ihre Nachfolger in das berühmteste Gesetzbuch aller Zeiten aufnahmen.

Wer sollte, bey dieser Beschaffenheit der Sache, nicht eine vollständige Sammlung aller, im Gesetzbuch Justinians enthaltenen Rechtssätze, die in ein einziges Werk zusammen getragen worden, wünschen, und bereitwillig seyn, den bestmöglichsten Gebrauch davon zu machen. Ein Rechtsgelehrter, der auf die Ehre eines einsichtsvollen Rechtsgelehrten mit Recht Anspruch machen will, muß alle die Schriften über das römische Recht, welche ich auf

den ersten vierzehen Seiten des ersten Theils meines Commentars angeführt habe, mehr als einmal durchgelesen und geprüft haben. So unbillig es seyn würde, wenn man diese Arbeit bloßen Richtern und Advokaten zumuthen wollte; so pflichtmäßig ist es für diese wichtigen Personen im Staate, daß sie allen Fleiß darauf verwenden, sich die gehörige Einsicht von dem Inhalt beständig vorkommender Gesetze zu erwerben. Dazu kann ihnen mein Commentar die beste Gelegenheit verschaffen, da er Erklärungen der Gesetze enthält, die aus den Schriften der berühmtesten neuern Rechtsgelehrten genommen sind, von denen zu erwarten ist, daß sie die besten Ausleger der Gesetze mehr als einmal gelesen und geprüft haben.

Die

Die weitläuftige Inhaltsanzeige, die ich jedem Theile meines Commentars vordrucken lassen, kann jedem Rechtsgelehrten zum Leitfaden dienen, eine Prüfung anzustellen, wie reichhaltig oder wie mangelhaft seine juristischen Kenntnisse sind. Dieser Inhalt ist ferner dazu brauchbar, sich in der Geschwindigkeit über die Beschaffenheit der Rechtswahrheiten zu belehren, die bey einem vor sich habenden Rechtsfalle ihre Anwendung finden; wo man sodann im Werke selbst die Erläuterung derselben durch Gesetze und Schriftsteller nachlesen kann. Mein Wunsch war es, ein recht weitläuftiges, doppeltes Register, über das ganze Werk, dem Publikum vorzulegen. Das erste Register sollte ein sogenanntes Sachregister seyn, wie man es bey dem königlich preußischen allgemeinen Landrecht

findet;

findet; und im zweyten Register wollte ich alle Gesetze aus den einzelnen Titeln der Pandekten anzeigen, die in dem praktischen Commentar angeführt worden sind, welches Register der verstorbene Herr GJR. Westphal seinen Erklärungen des römischen Rechts andrucken lassen. Diese beyden Register erfordern wenigstens sechzig Bogen, und die Ausarbeitung derselben ist so mühsam, daß ich einige Jahr darauf verwenden muß, wenn mir Gott das Leben und die nöthige Gesundheit schenkt.

Inhalt.

Lib. XXXVII. Tit. I.

de bonorum possessionibus.

§. 1598.

Es ist äußerst schwer, in der ganzen Materie vom Erbrechte überall richtige und zusammenhängende Grundsätze aufzustellen, S. 1. Warum darf man sich nicht wundern, daß man in den Schriften älterer und neuerer Schriftsteller über das Erbrecht, Behauptungen findet, die für falsch gehalten werden müssen? 1. Unter die schwersten Materien des Erbrechts gehört die Lehre von dem durch die Edicte der römischen Prätoren eingeführten Erbrechte, 2. Die Succession des Prätors war eine mehr natürliche und billigere Erbfolgeordnung, als die hereditas legitima im eigentlichen Verstande, 2. Es ist nicht herauszubringen, wenn diese Successionsordnung entstanden ist und wer sie in Gang gebracht habe, 3. Die Prätoren hatten bey Einführung derselben eine doppelte Absicht, 3. Das alte Successionssystem hatte hauptsächlich drey erhebliche Mängel, welche verbessert werden mußten, 3. Warum fielen die Erbschaften nach dem ältern Successionssystem öfter an den Fiskus, und wurden den nächsten Blutsverwandten entzogen? 3. Was für Personen ertheilten die Prätoren ein Successionsrecht unter dem Namen bonorum possessio? 3. Die Prätoren suchten durch ihre aufgestellten Rechtssätze das Erb-

recht der Civilerben zu bestätigen, und die gerichtliche Verfolgung desselben zu erleichtern, 3. Das System der prätorischen Erbfolge verbreitete sich nicht nur über die testamentarische, sondern auch über die Intestaterbfolge, 4. Wohin war die Hauptabsicht des prätorischen Erbfolgesystems gerichtet? 4. Die Römer suchten in ihren Testamenten durch die gemachten Substitutionen es zu verhindern, daß ihr Vermögen nicht als bonum vacans an den Fiskus fallen möchte, 4. Die Prätoren sollen die Absicht gehabt haben, ein vollständiges, neues, auf die Billigkeit gegründetes Gebäude aufzuführen, 4. Wie gingen die Prätoren bey Aufführung dieses Gebäudes zu Werke? 5. Was für eine Bemerkung läßt sich in den Gesetzen über den Gebrauch der Worte bonorum possessio entdecken? 5. Findet man in Gesetzen eine deutliche Festsetzung des Begriffs von der bonorum possessio? 5. Von welcher Art der bonorum possessionis ist in dem Titel der Institutionen, der davon handelt, die Rede? 6. Wie wird die bonorum possessio von den heutigen Rechtsgelehrten definirt? 6. Warum brauchten die Prätoren die Worte, bonorum possessor, bonorum possessio, statt heres und hereditas? 6. Wie ist die von den Prätoren aufgestellte neue Erbfolgeordnung von den Rechtsgelehrten beurtheilt worden? 6. Können die Prätoren eines Misbrauchs ihrer richterlichen Gewalt beschuldigt werden, weil sie neue Grundsätze in der Erbfolgeordnung eingeführt haben? 7.

§. 1599 — 1602.

Die bonorum possessio war von sehr verschiedener Art, S. 8. Was ist bonorum possessio ordinaria, und wenn wird sie extraordinaria, desgleichen subsidiaria genennt? 8. Die römischen Rechtsgelehrten haben die Ausdrücke, bon. poss. ordinaria und extraordinaria auch gebraucht, wenn sie von der bonorum poss. edictali und decretali reden wollten, 8. Es ist schwer, einen richtigen Begriff anzugeben, was in Gesetzen allemal bey den Worten bonor. possessio edictalis und decretalis anzunehmen sey, 8. Giebt die bonorum possessio

sessio ein wahres, mit dem bürgerlichen Erbrechte gleiche Kraft habendes, Erbfolgerecht, so wird sie edictalis genennt, 9. Wenn man durch die erhaltene bonorum possessio vor der Hand nur den ruhigen Besitz der Erbschaft bekommt, so braucht man den Ausdruck, bonor. possessio decretalis, auch extraordinaria, 9. Die bonorum possessio decretalis war blos prouisionalis, interimistica, temporalis, 9. Wie man das Recht, welches man durch die erhaltene bonorum possessio edictalis, cum re, erwarb, nennen will, ist gleichgültig, 9. In Gesetzen heißt es: bonorum possessores edictales loco heredum constituuntur, 9. Fast alle Rechtsgelehrten ziehen die causae cognitio mit in den Begriff der Worte bonor. poss. edictalis et decretalis; davon steht aber in Gesetzen nichts, 9. Weil das prätorische Recht von suis heredibus und der Suität nichts weiß, und Niemand ipso iure bonorum possessor werden soll, so führten die Prätoren die Agnition der bonorum possessionis ein, 10. Es kann solche auch durch fremde Personen vorgenommen werden, 10. Bey der bonorum possessio edictalis war kein besonderes Dekret des Prätors nöthig, wodurch das prätorische Erbrecht wegen geschehener Agnition zuerkannt wurde, 10. Bisweilen war ein solches Dekret zufällig; dieses änderte aber das Wesen der bonor. poss. edictalis nicht, 10. Bey der bonor. poss. decretalis mußte schlechterdings ein Dekret abgefaßt werden, wodurch Jemand zum bonor. possess. erklärt wurde, 10. Dieses Unterschieds wegen heißt es, die bonor. possessio decretalis wurde a magistratu pro tribunali gegeben, bey der edictali aber verfuhr er de simplici et plano, 11. Wie war die Zeitfrist, binnen welcher jede Art der bonor. possessionis agnoscirt werden mußte, unterschieden? 11. Wird auch nach neuern Gesetzen zu jeder Art der bonor. possessionis, sie sey decretalis oder edictalis, eine Agnition derselben im Gericht erfordert? 11. Die neuern Gesetze haben nur solennes petitionis formulas aufgehoben. 11. Eine praesumta agnitio bonorum possessionis edictalis läßt sich aus Gesetzen nicht beweisen, aber wohl ist eine tacita möglich und erlaubt, 11. Es giebt auch nicht blos eine

repudiatio bon. poſſ. expreſſa, ſondern auch eine tacita, 12. Die bonor. poſſ. edictalis und decretalis ſind durch ihr Weſen, ihre Wirkung, und ihre Folgen himmelweit von einander unterſchieden, 12. Der bon. poſſ. edictalis wird in Geſetzen ſucceſſor honorarius genennt, 12. Ein ſolcher prätoriſcher Erbe genießt alle Rechte des Civilerben, 12. Es mußte die bonorum poſſeſſio edictalis cum re ſeyn, und bleiben, es durfte ihn auch nicht ein heres potior iure civili oder praetorio verdrängen wollen, und die bonor. poſſ. edictalis durfte nicht bedingungsweiſe erhalten worden ſeyn, 12. Der bonor. poſſ. decretalis erwarb blos einen qualificirten interimiſtiſchen Beſitz der Erbſchaft, 12. Das Erbfolgerecht bleibt hier für den Beſitzer und für andere Competenten der Erbſchaft ſuſpendirt, 13. Die bonor. poſſ. decretalis iſt ihrem Weſen nach allemal nur eine modificirte temporaria und interimiſtica hereditas, 13. Die bon. poſſ. edictalis kann auch in einigen Fällen conditionalis oder prouiſionalis ſeyn, 13. Eine bon. poſſ. edictalis iſt ein an und für ſich beſtehendes Erbrecht, 13. Worauf gründet ſich jede bonor. poſſ. decretalis? 13. Wenn kann der bon. poſſ. decretalis auf die bonor. poſſ. edictalem Anſpruch machen? 13. Wenn Jemand auf die deutlichſte und beſtimmteſte Weiſe enterbt worden war, ſo konnte er weder bon. poſſ. Carbon., noch ventris nomine ſuchen, 13. Nach Juſtinians Geſetzen kann bey dem ventre exheredato die bon. poſſ. edictalis gebraucht werden, 14. Die bon. poſſ. edictalis wird zwar niemals ipſo iure acquirirt, aber ſie wird doch edicto vel lege noua deferirt, mithin geht ſie durch eine ausdrückliche oder ſtillſchweigende Repudiation, durch Verlauf der Bittfriſt, durch ein inzwiſchen erfolgtes Ableben, verlohren, 14. Es giebt nur drey ſpecies der bonor. poſſ. decretalis, 14. Die bonor. poſſ. litis ordinandae gratia iſt eine wahre bonor. poſſ. edictalis, 15. Die bonorum poſſeſſio edictalis wird in die neceſſariam und vtilem eingetheilt, 15. Die bonorum poſſeſſio decretalis iſt allemal neceſſaria, 16. Agnoſcirt ein heres ciuilis die bonor. poſſ. edictalem, welches er gar nicht abſolut nöthig hatte,

hatte, so ist und bleibt er doch allemal in actu primo ein Civilerbe, 16. Gefällt es ihm nicht, die bonor. poss zu agnosciren, so bleibt sein Civilerbrecht doch allemal in seiner Kraft und Wirkung, und er hat nur die mit der bonor. poss. verknüpften großen commoda nicht zu genießen, 16. Anders verhält es sich bey demjenigen, welcher blos und allein durch die bonor. poss. edictalem ein Erbrecht erlangt; denn dieser fällt ganz durch, wenn er die Agnition versäumt hat, 16. Die Worte bonor. poss. necessaria und vtilis werden von alten und neuen Rechtsgelehrten beständig gebraucht, 17. Die bon. possessio vnde liberi ist nach Verschiedenheit der Fälle bald necessaria, bald vtilis, 17. Die bonor. possessio decretalis ist allemal necessaria, 17. Die bonorum possessio ist vel cum re, vel sine re, 17. Res bedeutet hier die Erbschaft, 17. Die bonor. possessio sine re kann auch euentualis oder conditionalis genennt werden, 17. Es lassen sich überhaupt vier Fälle denken, wenn man eine bonor. poss. edictalis voraussetzt, 18. Die bonorum possessio decretalis ist niemals cum re, 18. Wer von der bonor. possessio Gebrauch machen will, muß nicht überhaupt zu aller Succession unfähig seyn, 19. Die bonor. poss. decretalis kann nur von dem kompetenten Richter ertheilt werden, 19. Eine bonor. poss. edictalis kann bey jedem Richter agnoscirt werden, 19. Die den emancipirten Kindern vom Prätor ertheilte bonor. poss. war perpetua, 20. Die bonor. poss. ventris nomine war blos temporaria, 20. Es ist sehr bestritten, ob die bonor. poss. edictalis und decretalis als verschiedene Classen zu betrachten sind, und wie sie unterschieden gewesen, 21. Die mehresten bonor. possessiones rühren aus Edicten der Prätoren her, 21. In den Institutionen werden zehen Arten der bonor. poss. ex edicto Praetorum angeführt, 21. Man hat bonor. poss. ex Lege Papia, ex Lege Cornelia, ex Scto. Aproniano, 21. Wohin gehören die bon. poss. temporales? 22. Wie ist bonor. poss. necessaria und vtilis unterschieden? 22. Vom Unterschied zwischen der bon. poss. testamentaria und ab intestato, 22. Was ist bon. poss. contra lignum? 22.

Lib. XXXVII. Tit. II.

Si tabulae testamenti nullae extabunt.

§. 1603.

Bey der bon. poss. testamentaria kommt die Frage vor, ob zu solcher nothwendig erfordert werde: tabulas testamenti adhuc extitisse tempore mortis testatoris? S. 23. Das Edict verlangt deutlich, daß das Testament damals, als der Testirer gestorben, noch existirt habe, 24.

Lib. XXXVII. Tit. III.

de bonorum possessione furioso, infanti, muto, surdo, coeco, competente.

§. 1604.

Eine Art der bonor. poss. decretalis soll die gewesen seyn, quae furioso vel dementi heredi voluntario datur, S. 24. Es war über den Anfall dieser Erbschaft vor Justinian ein Streit unter den römischen Rechtsgelehrten, 25. Man stritt darüber, ob die bonor. poss., welche ihrer Natur nach als edictalis betrachtet werden mußte, z. B. secundum tabulas, oder ex edicto vnde liberi, diese Eigenschaft auch bey dem furioso herede behalte, oder ob sie bey diesem Erben blos die Wirkung der bon. poss. decretalis habe, 25. Justinian trat in seiner Entscheidung auf die Seite derjenigen Rechtsgelehrten, die ihr nur diese letzte Wirkung beylegten, 25. Justinian setzte fest, wie es mit der Bestellung eines Vormundes für den furiosum, mit der Verwaltung der Erbschaft, und dem Rückfall, wenn der furiosus gestorben war, gehalten werden solle, 26. Die gegenwärtige Constitution Justinians ist bereits vor der Ausarbeitung der Pandekten abgefaßt worden, 26. Warum kommt in den Pandekten wenig von dieser Frage vor? 26. Nach Justinians Entscheidung entstand die Frage: ob bey der bon. poss., die Justinian angeordnet hat, ein Dekret

des

des Richters nöthig sey? 27. Wenn gleich die Fälle des heredis furiosi extranei seu voluntarii sehr selten vorkommen, so giebt es doch welche, 27. Ein Beyspiel dieser Art, 27. Kommt der Blödsinnige zu Verstande, so kann er die Erbschaft repudiiren, wenn er es für besser hält, 29. Stirbt der Blödsinnige, so hat die erhaltene bonor. poss. gar keine Wirkung, und die Erbschaft muß an diejenigen zurück gegeben werden, welche sie gleich bekommen haben würden, wenn der Blödsinnige gar nicht da gewesen wäre, 29.

Lib. XXXVII. Tit. IV.

de bonorum possessione contra tabulas.

§. 1605.

Wie erklärt sich Justinian über die Fälle, wo bon. poss. testamentaria eintritt? S. 30. Wenn soll bon. poss. contra tabulas statt finden? 30. Der Prätor ließ die suos und non suos liberos ohne Unterschied erben, er emendirte also das Civilrecht, 30. Die Hauptabsicht ging auf die emancipatos, oder non suos, 30. Wenn wurde der suus ebenfalls als bon. possessor necessarius betrachtet? 31. Auch der präterirte Vater, oder Patron, mußte ehedem die bon. poss. cont. tab. agnosciren, 31. Welche Personen hatten es nicht nöthig, von dieser bon. poss. Gebrauch zu machen? 31. Nach welcher Ordnung kamen die Kinder zur bon. poss. contra tabulas? 31. Der Nähere in seinem Stamme ging dem Entferntern vor, 32. Der präterirte emancipirte Sohn ging seinen ebenfalls in der väterlichen Gewalt des Erblassers nicht mehr stehenden Kindern, von denen keines ein Civilintestaterbe war, vor, 32. Dem iuri gradus wurde vor dem iure potestatis eine stärkere Kraft ertheilt, 32. Durch das Edict des Prätor Salvius Julianus vom Jahr Christi 131 wurde dieser Satz geändert, und eine Concurrenz des Vaters und Sohnes in das Großväterliche Vermögen statuirt, 32. War der emancipirte Sohn gültig enterbt, so fiel den Enkeln die dem Sohne,

ihrem Vater, sonst gebührende Hälfte zu, 33. Wie wurde es gehalten, wenn der emancipirte präterirte Sohn die bon. poss. cont. tab. nicht agnoscirt hatte? 33. Abstinirte einer von den mehrern Enkeln des Sohnes, so accrescirte dessen Portion an der Hälfte nicht dem Sohne, sondern sie fiel an die übrigen Enkel, 33. Ist das Julianische Edict noch bey uns anwendbar? 34. Wenn der Vater den Sohn emancipirt, und den Enkel als Sohn adoptirt hatte, so stiftete dieser nunmehr einen besondern Stamm, und deswegen bekam der emancipirte Sohn einen Stammtheil, und der adoptirte Enkel erhielt als Sohn auch einen eigenen Stammtheil, 34. Was war Rechtens, wenn nur ein präterirtes Kind die bonor. poss. cont. tab. suchen durfte, das andere aber nicht? 34. Welche Personen konnten die bonor. poss. vnde liberi suchen? 35. Es ist falsch, wenn man behauptet, die bonor. poss. cont. tab. und die bon. poss. vnde liberi sey einerley Sache, 35. Die bonor. poss contra tabulas ist eine bon. poss. testamentaria, hingegen die bon. poss. vnde liberi ist eine bon. poss. non testamentaria seu ab intestato, 35. Durch die bon. poss. contra tabulas necessaria wird das Testament umgestoßen, und der Weg zur Intestaterbfolge eröffnet, 35. Die ganze Frage scheint ein Wortstreit zu seyn, 36. Bey der bon. poss. cont. tab. necessaria kommen mehr Fälle vor, welche die Frage von der Ungültigkeit des Testaments verwickelter machen, als die Sache nach der 118. Novelle ist, 36. Die bon. poss. cont. tab. als vtilis betrachtet, hat Justinian in der 118. Novelle nicht aufgehoben, 36. Es ist wahrscheinlich, daß selbst die bonor. poss. cont. tab. als necessaria betrachtet, in der 118. Novelle nicht abgeschafft worden ist, 37. Die fratres et sorores vterini, und noch weniger die Söhne und Töchter der fratrum sororumque germanorum et consanguineorum haben in der 118ten Novelle ein Recht auf den Pflichttheil bekommen, 37. Was folgt daraus, wenn man annimmt, nach der Novelle 115. Cap. 3. können die unförmlich präterirten oder enterbten non sui liberi, welche ein ius legitimae und Intestaterbrecht haben, nicht blos die querelam inofficiosi testamenti anstellen, sondern das Testament

ment auch durch die Nullitätsquerel anfechten, die Frage mag vom Testament des Vaters, oder der Mutter, oder ihrer Ascendenten seyn? 38. Nimmt man an, daß gegen ein nach der Novelle 115. Cap. 3. unförmliches Testament nicht die querela nullitatis iuris noui, sondern blos die querela inofficiosi statt finde; so fällt der heutige Gebrauch der bon. poss. cont. tab. vtilis so gut weg, als der necessariae, 39. Die Rechtsgelehrten haben die Schwierigkeiten über diese Frage auf sehr verschiedene Weise zu heben gesucht, 39. Einige Rechtsgelehrte machen einen Unterschied, ob man die Enterbung oder Präterition nach der alten Form, oder nach der neuen, durch die 115te Novelle eingeführten Form betrachten wolle, 39. Ist die Enterbung selbst nach der alten Form ungültig geschehen, so ist das Testament null und nichtig, und hier findet querela nullitatis iuris veteris mit dem Effect statt, daß das ganze Testament für nichtig erklärt wird, 39. Der Präterition, wenn solche einer förmlichen Enterbung gleich gehalten wird, ist eigentlich keine alte Form vorgeschrieben gewesen, 39. Ist die Enterbung oder Präterition nach der alten und neuen Form ungültig, z. B. deswegen, weil gar keine, oder eine ungerechte Ursache der Enterbung im Testament angeführt worden ist, so muß querela inofficiosi testamenti angestellt werden, 39. Wenn ist die querela nullitatis iuris noui eine Erdichtung, wovon in der 115ten Novelle kein Wort steht? 40. In der 115ten Novelle ist in Hinsicht der Wirkung unter den beyden Fällen, ob gar keine, oder keine rechtmäßige Ursache der Enterbung angeführt worden ist, oder ob die angeführte rechtmäßige Ursache nicht bewiesen werden kann, gar kein Unterschied gemacht worden, und daher muß die querela inofficiosi testamenti in beyden Fällen gebraucht werden, 40. Wenn der suus, welcher nicht einmal nach der alten Form rite enterbt worden ist, bon. poss. cont. tabul. suchen will, so bekommt er sie, das Testament ist gänzlich null, und der suus braucht als bon. poss. vtilis die Legate nicht auszuzahlen, 43. In der Praxis wird das Gegentheil angenommen, 43. Von der Anwendung der nouae clausulae im Julianischen Edict de coniungendis cum emancipato liberis, 44. Die bon.

possessio cont. tabulas ist nach Verschiedenheit der Fälle bald necessaria, bald vtilis, 45. In welchen Fällen wurde die bon. poss. cont. tab. gebraucht? 45. Vorzüglich merkwürdig sind die bonor. possessiones, welche selbst noch bey uns von den suis gebraucht werden müssen, wenn sie eine Erbschaft erwerben wollen, 46. Was für ein Fall ist in der L. 12. §. 1. D. de bon. poss. cont. tab. entschieden? 47.

Lib. XXXVII. Tit. V.

de legatis praestandis contra tabulas bon. poss. petita.

§. 1606.

Welche Legate mußten bezahlt werden, wenn das emancipirte Kind die bon. poss. cont. tab. gegen das väterliche Testament gebraucht hatte? S. 48.

Lib. XXXVII. Tit. VI.

de collatione bonorum.

§. 1607 — 1614.

Warum hat der Prätor die Collation eingeführt? S. 49. Erbten die emancipati mit den suis, so mußten die emancipati das Vermögen conferiren, was sie nach ihrer Emancipation erworben hatten, 49. Die Collation gründet sich auf den vermutheten Willen der Eltern, daß es ihr Wille sey, ein jedes ihrer Kinder solle von ihrer hinterlassenen Erbschaft so viel bekommen, als das andere, 49. Dasjenige Kind ist zur Collation nicht verpflichtet, welches die Erbschaft ausgeschlagen hat, 50. Ist die Frage: ob die Enkel iure repraesentationis oder iure proprio succediren? wichtig? 50. Die Enkel sollen von der großväterlichen Erbschaft nicht mehr bekommen, als ihre Eltern davon erhalten hätten, wenn sie Erben der

der Eltern geworden, 51. Daß die Enkel ihrer Eltern Erbschaft ausgeschlagen haben, verschafft ihnen blos den Vortheil, daß sie die Schulden ihrer Eltern zu bezahlen nicht angehalten werden können, 51. Ist des Enkels Vater oder seine Mutter an die großväterliche Erbschaft eine wahre Schuld zu bezahlen schuldig, so geht diese auf Rechnung der ganzen Erbschaft, und der Enkel braucht sie von seiner Portion nicht zu bezahlen, wenn er von der elterlichen Erbschaft abstinirt hat, 52. Es muß conferirt werden, wenn einige von den Kindern, oder alle Kinder, von den Eltern bey ihrem Leben etwas bekommen haben, 52. Alimente werden nicht conferirt, 52. Was die Kinder von den Eltern mortis causa bekommen haben, wird nicht conferirt, weil hierbey die Ursache der Collation wegfällt, und die Eltern hinlänglich dadurch erklärt haben, daß sie keine Gleichheit haben wollen, 52. Die peculia castrensia, quasi castrensia und aduentitia werden nicht conferirt, 53. Es versteht sich von selbst, daß die Kinder ihr Eigenthum nicht conferiren dürfen, 53. Werden die Kosten der Hochzeitmahlzeit conferirt? 53. Werden die Hochzeitgeschenke conferirt? 53. Ist dem Kinde etwas gegeben worden, daß es das Kind zum Voraus haben soll, so wird dieser Theil des Vermögens nicht conferirt, 54. Muß eine simple Schenkung conferirt werden? 54. Wenn fällt die Collation weg? 55.

Lib. XXXVII. Tit. VII.

de collatione dotis.

§. 1615.

Der simpeln Schenkung wird die donatio ob causam entgegen gesetzt, S. 55. Der Brautschatz muß conferirt werden, 55. Blos der Werth des Brautschatzes wird conferirt, 55. Der Werth des Brautschatzes wird nach der jetzigen Beschaffenheit in Rechnung gebracht, da die Erbschaft vertheilt werden soll, 56.

Lib. XXXVII. Tit. VIII.

de coniungendis cum emancipato liberis.

§. 1616.

Wenn der Vater seinen Sohn emancipirt, und dessen Sohn den Enkel in seiner väterlichen Gewalt behalten hatte, so wurde der Enkel suus, S. 56. Der Prätor gab dem emancipirten Sohn die bonor. poss., wodurch er Erbe der halben väterlichen Erbschaft wurde, 56.

Lib. XXXVII. Tit. IX.

de ventre in possessionem mittendo et curatore eius.

§. 1617.

Wenn findet bonor. possessio ventris nomine statt? S. 57.

Lib. XXXVII. Tit. X.

de Carboniano Edicto.

§. 1618.

Was für ein Fall hat die Einführung des Carbonianischen Edicts veranlaßt? S. 57. Wie haben die Worte des Edicts gelautet? 58. Es mußte controuersia de statu et bonis simul vorhanden seyn, 58. Ein filius exheredatus konnte diese bonor. poss. nicht suchen, 58. Es konnte diese bonor. poss. nach Verschiedenheit der Umstände, entweder contra, oder secundum tabulas seyn, oder ab intestato, 58. Mußte das Kind mit der bon. poss. ex Edicto Carbon. auch zugleich die bonor. poss. edictalem agnosciren? 58.

Lib.

Lib. XXXVII. Tit. XI.

de bonorum possessione secundum tabulas.

§. 1619.

Was für Benennungen findet man in Gesetzen von der bonor. poss. secund. tabulas? S. 59. Diese bon. poss. blieb bey dem Inhalt des Testaments stehen, und befolgte solchen, 59. In allen noch vorhandenen Fragmenten ist nur eine einzige Stelle enthalten, wo die bon. poss. sec. tab. aus einem mündlichen Testament angeführt wird, 60. Warum hat Salvius Julianus in dem beständigen Edict keine nouam clausulam wegen der mündlichen Testamente gemacht? 60. Die neuern römischen Gesetze bestätigten die bonor. poss. secundum nuncupationem, 60. Wird in Gesetzen auch von einer bonor. poss. contra nuncup. testam. geredet? 61. Woraus läßt sichs beweisen, daß diese Art der bon. poss. gebraucht werden können? 61. Man muß nicht glauben, daß der Prätor auf alle und jede, nach dem Civilrecht ungültige Testamente, die bonor. poss. secund. tabul. ertheilt habe, 62. Wenn ein Testament vorgelegt wurde, das sieben Zeugen untersiegelt hatten, so gab der Prätor den darin eingesetzten Erben bon. poss. sec. tab., 62. Aus mündlichen Testamenten gab der Prätor anfangs keine bonor. possess., 62. Sind die Gesetze, welche von septem signis testium reden, so ganz allgemein von einer jeden bon. poss. secund. tabul. zu verstehen? 63. Der Prätor ertheilte auf ein testam. militare zwar die bon. poss. secundum tabulas, aber nicht contra tabulas, 63. Muß das prätorische Recht, zumal was die äußere Form eines Testaments betrifft, in seinem Wesen gelassen werden, wenn es nicht ausdrücklich oder analogisch abgeschafft worden ist? 63. Wenn gab der Prätor dem postumus suus die bonor. poss. sec. tabulas? 63. In welchen Fällen dieser Art gab der Prätor keine bon. poss. sec. tabulas? 64. Wie wurde es gehalten, wenn der im Testament des Vaters übergangene Sohn vor dem Testirer starb? 64. Von der bonor. poss. sec. tab. ex testamento irrito, 64. Von der bon. poss. sec. tab. aus dem

dem ersten Testament, wenn ein zweytes vorhanden gewesen, aber von dem Erblasser vernichtet worden ist, damit das erste Testament gelten soll, 65. Von der bon. poss. sec. tabul. aus zwey Testamenten von einerley Datum, 65. Von der bon. poss., wenn der Erbe unter einer affirmativen Bedingung eingesetzt worden ist, 65.

Lib. XXXVIII. Tit. VI.

Si tabulae testamenti nullae extabunt, vnde liberi.

§. 1629. 1630.

Wenn ertheilte der Prätor die bonor. possessionem ab intestato? S. 70. Diese bonor. poss. ist ihrer Natur nach eine edictalis, 70. Warum mußte der präsumtive Erbe, welcher bon. poss. decretalem erhalten hat, immer auch noch bon. poss. ordinariam agnosciren? 70. Die bonor. possessio decretalis ex Edicto Carboniano steht demjenigen nicht im Wege, der eine bonor. poss. decretalem ab intestato zu suchen berechtigt ist, 71. Die bon. poss. ab intestato kann cum re, oder sine re seyn, 71. Die bon. poss. ab intest. ist entweder necessaria oder vtilis, 71. Wer nach dem Civilrecht schlechterdings nicht Erbe werden konnte, durfte auch die bon. poss. ab intestato nicht suchen, 71. In vielen Fällen war die bon. poss. ab intestato dem Civilerben sehr vortheilhaft, 71. Wenn ein Enkel allein von seinem Großvater erben will, ohne zugleich Erbe seines Vaters seyn zu wollen, so ist ihm hierzu bon. poss. ab int. nöthig, 72. In diesem Falle war die ertheilte bon. poss. eine extraordinaria, 72. Agnoscirt ein Civilerbe die bonor. possessionem, so wird das ihm zustehende Civilerbrecht dadurch nicht aufgehoben, 72. Der Prätor hat acht verschiedene Grade der bonor. poss. ab intestato angenommen, 72. Wer wurde extraneus manumissor genennt? 73. In Ulpians Fragmenten kommt von der bonor. poss. vnde decem personae nichts mehr vor, 73.

Wenn

Wenn der Prätor die bon. poss. tanquam ex familia ertheilt habe, ist ungewiß, 73. Justinian hat die zehen Grade der bon. poss. ab intestato auf vier Grade reducirt, und die übrigen gar abgeschafft, 74. Welche zwey Fragen müssen bey der prätorischen Intestaterbfolge immer genau unterschieden werden? 74. Worauf hat der Prätor bey Ertheilung der bon. poss. vnde liberi beständig gesehen? 74. Hauptsächlich führte der Prätor diese Intestaterbfolge um der emancipirten Kinder willen ein, 74. Schadet die Adoption? 75. Auch die liberi non sui konnten diese bon. poss. suchen, 75. Auf was für Umstände wurde bey den suis liberis gar nicht gesehen? 75. War ein Enkel erst nach dem Tode des Großvaters concipirt worden, so gab ihm der Prätor keine bon. poss. ab intestato, 76. Waren blos emancipirte Kinder da, und sie hatten alle bon. poss. erhalten, so succedirten sie nach den Köpfen, 76. Wenn accrescirte ein vakanter Erbtheil den übrigen Kindern? 76. Wenn ein emancipirter Sohn und ein Enkel von ihm vorhanden war, oder auch mehrere, so unterschieden die Gesetze mancherley Fälle, 76. Was ist unter der noua clausula des Julians zu verstehen? 77. Verlangte der Enkel seine Hälfte nicht, so accrescirte solche dem emancipirten Sohne, dem Vater des Enkels, 77. Waren blos Enkel von verschiedenen Söhnen vorhanden, so trat die Succession nach den Stämmen ein, 78. Eine Art der bon. poss. vnde liberi ist die bon. poss. litis ordinandae gratia, 78. Diese bon. poss. ist ein bloßes präparatorisches Rechtsmittel, wobey alles auf den Ausgang der querelae inofficiosi testamenti ankam, 78. War die bon. poss. litis ordinandae gratia Anfangs sine re, und wurde nachher nach Entscheidung über die querelam inoff. test. entweder cum re, oder blieb sine re? 78. So lange der Proceß über das angefochtene pflichtwidrige Testament noch nicht entschieden ist, läßt sich gar nicht fragen, ob die bon. poss. lit. ord. grad. cum re oder sine re sey, 79. Warum führte der Prätor die bon. poss. ab intestato ein? 79. Nach Ulpians Zählung hat der Prätor nur sieben Klassen dabey angenommen, 79. Ist die bon. poss. litis ordinandae gratia als eine decretalis betrachtet worden? 80. Wenn mußte

diese

diese bonor. possessio gebraucht werden? 87. Sie war zwar eine bon. poss. edictalis, aber eine bloße conditionalis seu euentualis, 81.

Lib. XXXVIII. Tit. VII.

vnde legitimi.

§. 1631.

Wer erhielt die bon. poss. vnde legitimi? S. 82. Welche Personen heißen hier legitimi? 82. Diese bon. poss. war keine necessaria, sondern blos vtilis, 83. So lange ein suus heres zu hoffen ist, kann keiner der übrigen legitimorum die bon. poss. suchen, 83. Die Nähe des Grades wird nach der Zeit bestimmt, da die bon. poss. deferirt worden ist, 83.

Lib. XXXVIII. Tit. VIII.

vnde cognati.

§. 1632.

Wenn ertheilte der Prätor den Cognaten die bon. poss. ab intestato? S. 84. Das eigene dieser bon. poss. bestand darin, daß der Prätor nicht über den sechsten Grad ging, 84. Wenn ließ der Prätor den siebenten Grad zur Intestaterbfolge zu? 84. Was für Personen wurden vom Prätor unter die Cognaten gezählt? 84. Derjenige, welcher aus diesem Edict die bon. poss. suchen wollte, mußte die iura cognationis nicht nur zur Zeit des Todes des Erblassers haben, sondern auch zu der Zeit, da er die bonor. possessionem agnoscirte, 86. Wie wurde die Nähe des Grades bey dieser Intestaterbfolge bestimmt? 86.

Lib.

Lib. XXXVIII. Tit. IX.

de successorio edicto.

§. 1633.

Warum gab der Prätor das edictum successorium? S. 87. In diesem Edict bestimmte der Prätor die Zeit, wie lange jeder Erbe Zeit haben solle, die bonor. possessionem zu agnosciren, 87. Diese Zeitfrist wird in Rücksicht ihrer Berechnung als ein tempus vtile beurtheilt, 88. Die Zeit fängt nicht eher zu laufen an, als wenn man es weiß, daß der Erblasser gestorben, und dadurch eine bonor. poss. deferirt worden ist, 88. Die Zeitfrist der Agnition ist in Rücksicht auf ihren Lauf eine nützliche Zeit, 88. Eine Unwissenheit des Rechts hält den Ablauf der Zeitfrist nicht auf, wenn der prätorische Erbe Gelegenheit hatte, einen Rechtsgelehrten zu Rathe zu ziehen, 88. Die Verjährungszeit der Anmeldung zur Civilerbschaft ist in Rücksicht auf ihren Anfang, und ihren Lauf, ein tempus continuum, 88. Es behaupten viele Rechtsgelehrte, daß die bonor. possessio noch wirksam seyn könne, wenn dreyßig Jahre nach Anfall der Erbschaft vergangen sind, weil der Anfang der Zeit zur Agnition ein tempus vtile ist, 90. Wollen Kinder, welche sui heredes sind, die bonor. poss. suchen, so kommt ihnen dabey eine dreyfache Frist zu statten, 90. Von der neunzigjährigen Verjährung der Erbschaft bey Kindern, die ihrer Eltern Erbschaft suchen, 91.

Lib. XXXVIII. Tit. X.

de gradibus et adfinibus et nominibus eorum.

§. 1634.

In dem successorischen Edict machte der Prätor die wichtige Aenderung, daß er eine successionem ordinum et graduum einführte, S. 91. Das Wort gradus heißt hier so viel, als Classe, 91. Man versteht unter gradus auch die

Entfernung der Verwandten von dem Stammvater, 92. Das vom Justinian reformirte und abgekürzte System der bonor. possessionis edictalis, (denn die decretalis gehört nicht hierher,) besteht aus drey Hauptclassen, 92. Die neue Ordnung ist wesentlich, und darf nicht falsch gestellt werden, 92. Die bon. possessio ab intestato hat vier Unterklassen, 92. Die bon. poss. extraordinaria hat gar keinen beständig gleichen Platz, 92. Bey diesen Classen, oder ordinibus, oder gradibus, oder speciebus, die bonor. possessio extraordinaria ausgenommen, gilt die Hauptregel: die vorgehende Classe hat vor der nachfolgenden den Vorzug, und schließt diese aus, 92. Die bon. poss. cont. tab. schließt die bon. poss. sec. tabulas aus, 93. Kann eine bonor. poss. aus der vorgehenden Classe mit einer bonor. poss. aus einer jener nachstehenden Classe statt finden, weil beyde kompatibel sind, so geht es an, und dieser Fall ist als Ausnahme zu betrachten, 93. Fälle dieser Art, 93. Was heißt successio ordinum, seu specierum, seu capitum, seu classium? 95. Selbst nach dem alten Civilrecht galt eine successio ordinum, 95. Wenn kein ordo testati vorhanden war, so trat ordo intestati ein, 94. Vom ordine suorum, 95. Der ordo consanguineorum war nach den Gesetzen der zwölf Tafeln ganz unbekannt, 95. Nach dem ordine consanguineorum folgte der ordo agnatorum, 95. Justinian hob den ordo consanguineorum auf, und vereinigte ihn mit dem ordo agnatorum, 95. Nach dem ordo agnatorum kam ordo gentilium zur Erbfolge, 95. Wenn alle drey ordines fehlten, so wurde die Erbschaft als ein bonum vacans betrachtet, und kam an den populum, 95. Die zeither vorgetragenen Grundsätze wurden auch bey den ordinibus bonorum possessionis angewendet, 95. Wenn kann die successio ordinum, ciuilis genennt werden? 96. Wenn heißt die successio ordinum, praetoria? 96. Wenn galt schon nach dem alten Civilrechte eine successio ordinum? 96. Bey der Intestaterbfolge hatte nach dem alten Civilrechte keine successio ordinum statt, sondern hier galt die Regel: in legitimis hereditatibus successio non est, 96. Der Prätor führte bey seinem

seinem Successionssystem durch das edictum successorium eine successio ordinum überhaupt ein, 96. Es konnte sich Jemand selbst auf die Art succediren, wenn er in einem vorhergehenden ordo die Bittfrist versäumt hatte, 97. Hatte Jemand die bon. poss. sec. tabulas versäumt, so konnte er ceteris paribus noch bon. poss. vnde liberi, oder vnde legitimi, oder vnde cognati, erlangen, 97. Was ist unter der successio graduum, oder de gradu in gradum zu verstehen? 97. Lassen sich in dem ordo liberorum, gradus denken, wie in dem ordo agnatorum? 97. Nach dem alten Civilrechte galt gar keine successio graduum, 98. Abstinirte der suus, so konnte sein Sohn, wenn er gleich ebenfalls in des verstorbenen Großvaters väterlicher Gewalt gewesen war, doch nicht zur Erbschaft gelangen, 98. In dem ordine vnde liberi lassen sich gradus denken, 98. Wenn wird der Enkel suus des Großvaters? 98. Nach dem alten Civilrecht wurde der Enkel, welcher kein suus war, nur als Cognat des Großvaters bey der Erbfolge betrachtet, 99. In welchem Falle hatte der filius emancipatus die bonor. poss. vnde liberi? 99. Wie accrescirte die Hälfte des emancipirten Sohnes, wenn er die bonor. poss. vnde liberi nicht agnoscirt hatte? 100. Es kann nicht erwiesen werden, daß schon der Prätor in dem ordo vnde liberi die successionem graduum gelten lassen, 100. Welche Lex haben die Glossatoren horribilem et difficillimam totius Codicis genennt? 101. Es existirt keine einzige Stelle, woraus sich erweisen ließe, daß der Prätor in dem ordo liberorum eine successio graduum gelten lassen, 101. Welche Stelle ist falsch verstanden worden, um diese Behauptung zu widerlegen? 101. Wer gelangte nach dem alten Civilrechte in dem ordine vnde legitimi zur Erbschaft? 101. In dem ordine vnde legitimi ließ auch der Prätor bey den Agnaten keine successio graduum gelten, 102. Ob durch die, in dem ordine agnatorum vom Justinian gemachte, Verbesserung auch die successio graduum in dem ordine liberorum eingeführt worden sey, darüber wird gestritten, 102. Wo ließ sich der Fall, daß Jemand sich selbst succediren könne, gar nicht denken? 103. In dem ordine cognatorum kann

der Fall eintreten, daß Jemand von dem Verstorbenen ein duplex, triplex cognatus in diuerso gradu ist, 103. Auch bey dem Pflichttheile und der querela inofficiosi kommt die successio ordinum und graduum in eodem ordine zur Sprache, 104. Das edictum successorium findet dabey gar keine Anwendung, 104. Wenn in der nämlichen Classe mehrere Personen zugleich und mit einander zur Succession gerufen werden, so erben sie alle, 104. Werden in der nämlichen Classe mehrere Personen nach Gradesvorzug zur Erbfolge gerufen, so succediren die nächsten im Grade und schließen die entferntern aus, 104. Wenn eine Person aus einer vorgehenden Classe die bonor. poss. binnen der bestimmten Zeit nicht agnoscirt hat, so kommen die Personen aus der folgenden Classe zur Succession, 105. Wie wird es gehalten, wenn von zwey verschiedenen bonorum possessoribus, wovon der eine dem andern vorgeht, und ihn ausschließt, der nachstehende den ihm vorgehenden in der Agnition der bonor. possessionis prävenirt hat? 105. Nach dem Pandektenrechte war eine anticipirte Agnition der bonor. possess. gänzlich ungültig, 105. Der Kaiser Constantius hat diese Subtilität aufgehoben, 106. Wer geht in der Collision vor, der heres ciuilis oder der bonorum possessor edictalis? 106. In welchen Fällen stand das Civilsuccessionssystem und das prätorische Successionssystem in keinem Widerspruche? 107. Der enterbte oder präterirte Notherbe bekommt die Erbschaft, wenn er in der querela nullitatis iuris vel veteris vel noui, oder in der querela inofficiosi gesiegt, oder die bonor. poss. cont. tab. zu hoffen hat, und solche bittet, wo er nunmehr dem eingesetzten Erben, welcher die bonor. poss. sec. tabul. gesucht hat, vorgeht, 107. Nothwendig ist es, daß der enterbte oder präterirte Notherbe den Testirer überlebt haben muß, 108. Wenn kann der auf den enterbten oder präterirten Notherben folgende Civilintestaterbe oder prätorische Intestaterbe das Testament nicht umstossen? 108. Bey der Collision zwischen dem herede ciuili und dem bonor. possessore findet vor allen Dingen der Unterschied zwischen der bon. poss. edictali, necessaria und vtili seine Anwendung, 109. Ist die bonor. possessio nur vtilis, so kann

kann sie das Civilrecht nicht ungültig machen, 109. Wenn hat der bon. possessor vtilis vor dem herede ciuili gar keinen Vorzug, sondern wenn gelangen beyde Erben zur Erbschaft? 110. Wenn geht der heres ciuilis dem heredi praetorio vor? 110. Es kann auch der Fall eintreten, daß die bonor. poss. in einem Falle gewissermaaßen vtilis und gewissermaaßen necessaria ist, 111. Was für Regeln gelten bey der Collision der bonor. poss. edictali necessaria mit dem iure ciuili? 111. Es giebt Fälle, wo der bonor. poss. necessarius mit dem herede ciuili concurrirt und beyde erben, 112. Was für Fälle giebt es, wo der bonor. poss. necessarius den heredem ciuilem ausschließt, und die Erbschaft allein bekommt? 114. Welche Fälle können vorkommen, wo der bonor. poss. necessarius den heredem ciuilem weder ausschließt, noch auch mit demselben concurrirt, und wo die bon. poss. sine re ist? 115. Was für Grundsätze gelten von der Collision der bonorum possessorum unter sich? 116. Die collidirenden bonorum possessores sind entweder vel eiusdem ordinis seu speciei vel diuersi, 117. Was für Fälle können hier vorkommen? 117.

Lib. XXXVIII. Tit. XV.

Quis ordo in possessionibus seruetur.

§. 1639.

Die bonor. possessio extraordinaria kann die Wirkung einer edictalis, oder auch decretalis haben, S. 121. Die bonor. poss. decretalis ist durch die neuesten römischen Gesetze nicht abgeschafft worden, 121. Die bon. poss. edictalis necessaria verschafft in der Hauptsache mehr Vortheil, als die vtilis, 121. Die bon. poss. edictalis cum re giebt ein wirkliches Erbrecht, 121. Die bonor. poss. decretalis gilt noch heutiges Tages, 122. Wenn kann die bon. poss. cont. tabulas noch heutiges Tages gebraucht werden? 122. Giebt es Fälle, wo die bon. poss. cont. tabulas noch heuti-

ges Tages eine neceſſaria iſt? 122. Ein vor dem Teſtator verſtorbenes Kind kann bon. poſſ. cont. tab. nicht brauchen, 124. Iſt die bon. poſſ. litis ordinandae gratia bey uns noch anwendbar? 125. Die bon. poſſ. ſecund. tab. als vtilis betrachtet, kann bey uns gebraucht werden, und als neceſſaria muß ſie ſogar gebraucht werden in allen den Fällen, wo der Prätor ein, nach dem Civilrecht ungültiges, Teſtament gelten läßt, und die Erbſchaft daraus ertheilt, 125. Die Civilerbſchaften unterſcheiden ſich von den prätoriſchen Erbſchaften in der Ordnung, wie man die eine oder die andere erlangt, 125. Die bon. poſſ. iſt auch in Anſehung der Perſonen, welche ſie bekommen, von der Civilerbſchaft unterſchieden, 126. Die bonor. poſſeſſio kann geſucht werden, ehe die Erbſchaft deferirt worden iſt, 126.

Lib. XXXVIII. Tit. XVI.

de ſuis et legitimis heredibus.

§. 1640.

Nach dem römiſchen Rechte iſt die Erbfolge entweder eine geſetzliche, oder eine teſtamentariſche, S. 127. Wenn heißt die Erbfolge rechtmäßig? 127. Die Inteſtaterbfolge war bey den Römern von zweyerley Art, 127. Beyde Arten der Erbfolge können nach dem römiſchen Rechte ein doppeltes Fundament haben, nämlich das Recht der Verwandtſchaft, oder ein beſonderes Fundament, 128. Wenn wird Jemand in Geſetzen inteſtatus genennt? 128. Was für Fälle gehören hierher? 128. Bey der Lehre von der Inteſtaterbfolge ſind vornehmlich zweyerley Gegenſtände zu unterſuchen, 129. Was verſteht man bey der Inteſtaterbfolge unter der Ordnung, wer dazu gelangt? 129. Die Art, wie viel der Inteſtaterbe bekommt, iſt die zweyte Frage bey der Materie von der Inteſtaterbfolge, 129. Derjenige ſuccedirt ab inteſtato, dem die Geſetze die Erbſchaft zunächſt deferiren, 130. Der Regel nach gehen die Verwandten des Erblaſſers den fremden Perſonen bey der Inteſtaterbfolge vor,

vor, 130. Der Curator des verstorbenen Blödsinnigen schließt die Verwandten desselben bey der Intestaterbfolge aus, 130. Unter den römischen Civilgesetzen, worin die Intestaterbfolge der Verwandten vorkommt, sind die Gesetze der zwölf Tafeln die ältesten, 130. Die Intestaterbfolge hatte schon unter dem Romulus statt, 130. Nach den Gesetzen der zwölf Tafeln succedirten nicht alle Verwandte, sondern nur diejenigen, die zur Familie des Verstorbenen gehörten, 131. Das Familienverhältniß war in dieser Rücksicht dreyfach, 131. Was nennte man Suität, Agnation, und Gentilität? 131. Vom ordo suorum, ordo agnatorum, ordo gentilium, 131. Emancipirte Kinder, Agnaten, welche ihr Agnationsrecht durch eine Capitisdeminution verlohren hatten, und Cognaten, waren nach dem alten römischen Rechte der zwölf Tafeln, von der Intestaterbfolge gänzlich ausgeschlossen, 131. Die sui sind in den zwölf Tafeln nicht namentlich angeführt worden, 132. Welche Personen wurden als sui des Erblassers betrachtet? 132. Was wurde bey den Enkeln und allen entferntern Descendenten vorausgesetzt, wenn sie als sui heredes succediren wollten? 132. Auch die postumi wurden als sui heredes betrachtet, 133. Auch die Ehefrau des Erblassers gehörte nach den Gesetzen der zwölf Tafeln zu den suis heredibus, 134. Auch die Töchter und Enkelinnen waren als sui heredes zu betrachten, 134. Wie theilten die sui heredes die Erbschaft? 134. Kein filius familias und keine Frauensperson hinterließ suos heredes, 134. Das ius sui heredis ging durch jede Capitisdeminution verlohren, 134. Wie kann man das verlohrne ius sui heredis wieder acquiriren? 134. Das Wort Agnaten wird in zweyerley Verstande gebraucht, 135. Wie konnte Jemand Agnat werden? 135. Nach den Gesetzen der zwölf Tafeln succedirten die Agnaten ohne Unterschied des Geschlechts lediglich nach der Nähe des Grades, und der nächste schloß den entfernten aus, er mochte ein männlicher oder ein weiblicher Agnat seyn, 135. Wie ist die Benennung consanguinei zum Unterschiede von den übrigen Agnaten entstanden? 136. Worin bestand der Unterschied zwischen männlichen und weiblichen Agnaten nach der iurisprudentia media? 136.

Bey den consanguineis in dieser Bedeutung sahe man so wenig auf das Geschlecht des Ueberlebenden als auf das Geschlecht des Verstorbenen, 136. Bey der Succession der Agnaten kam es damals lediglich auf die Nähe des Grades an, und deswegen schloß der Bruder des Verstorbenen, des Bruders Sohn aus, 137. Durch die disputatio fori wurde es eingeführt, daß Bruders Kinder in capita succediren sollten, 137. Wie wurde es damals gehalten, wenn der nächste Agnat die Erbschaft ausgeschlagen hatte, oder gestorben war, ehe er sie angetreten hatte, und es war keiner desselben Grades mehr vorhanden? 138. Man befolgte den Rechtssatz, in legitimis hereditatibus successio non est, 138. Waren keine Agnaten vorhanden, die auf die Erbschaft Ansprüche machen konnten, so kam die Reihe an die Gentilen, 138. Wer wurde als gentilis beurtheilt bey der Intestaterbfolge des alten Civilrechts? 139. Zu Cicero's Zeiten war die Intestaterbfolge der Gentilen noch im Gebrauch, aber zu des Cajus und Ulpians Zeiten nicht, 139. Was ist der Grund zu Abschaffung der Gentilität gewesen? 140. Von der Intestaterbfolge der Ascendenten ist in den Gesetzen der zwölf Tafeln nirgends die Rede, 140. Wie muß die Succession des Vaters nach dem alten römischen Rechte beurtheilt werden? 140. Nur dann wurde der Vater als wahrer Erbe des Sohnes angesehen, wenn der Sohn über das peculium castrense ein Testament gemacht, und den Vater darin zum Erben eingesetzt hatte, 141. Warum konnte die Mutter nach den Gesetzen der zwölf Tafeln nicht von ihren Kindern erben? 141. Die Intestaterbfolge der Verwandten nach den zwölf Tafeln gründete sich weder auf die Erhaltung des Vermögens in der Familie, noch auf die Gemeinschaft der Güter oder der Erhaltung der sacrorum priuatorum, noch auf die Erhaltung der Gleichheit des Vermögens der Bürger, 142. Die älteste Intestaterbfolge der Römer rührte blos aus der besondern Verfassung ihrer Familien her, 142. Mit diesem Fundament läßt sich die Intestaterbfolge des weiblichen Geschlechts nach den Gesetzen der zwölf Tafeln sehr gut vereinigen, 142. Die alte römische Intestaterbfolge wurde durch das neuere Civilrecht, vor Justinian, etwas abgeändert, 142.

Der

Der Kaiser Claudius hat der Mutter zuerst ein Erbrecht auf das Vermögen ihrer Kinder ertheilt, 143. Vom Tertullianischen Senatuskonsultum, 143. Die Großmutter war durch diese Neuerung nicht bedacht worden, 143. Wenn schloß der Vater und die fratres consanguinei die Mutter aus? 144. Erst zwanzig Jahre nachher erhielten auch die Kinder ein gesetzliches Intestaterbfolgerecht an den Gütern ihrer Mutter, durch das Sctum Orphitianum, 144. Schon vorher konnten die Kinder die Klage des Pflichtwidrigen Testaments wider der Mutter Testament brauchen, 145. Die Enkel erlangten durch den angeführten Rathschluß kein Erbrecht an dem Vermögen ihrer Großmutter, 145. Die Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius gaben eine Verordnung darüber, 146. Es schadet den Enkeln an ihrem Erbrechte nicht, wenn auch ihr Vater oder ihre Mutter emancipirt worden war, 146. Auch bey dem alten Erbrechte der Mutter wurde durch Gesetze christlicher Kaiser vor dem Justinian vieles geändert, 146. Constantin verordnete, eine Mutter, die das ius liberorum nicht hatte, sollte doch ihrem verstorbenen Kinde in dem dritten Theil der Güter succediren, wenn gleich Agnaten vorhanden wären, 147. Diese Verordnung schränkte auf einer andern Seite das Erbrecht der Mutter ein, 147. Was verordneten die Kaiser Valentinian und Valens über das Erbrecht der Mutter an dem Vermögen ihrer Kinder? 147. Die Kaiser Theodosius und Valentinian änderten die Verordnung ihrer Vorfahren ab, 147. Das alte Erbrecht des Vaters wurde durch die Verordnungen der christlichen Kaiser ebenfalls sehr abgeändert, 148. Die Kaiser Constantin der Große, Gratian, Valentinian, Theodosius, Arcadius und Honorius, haben Gesetze über das Erbrecht des Vaters an dem Vermögen seiner Kinder abgefaßt, 148. Was für eine Erbfolge hatte nach den Gesetzen dieser Kaiser statt, wenn ein Kind in der väterlichen Gewalt gestorben war? 149. In welchen Fällen hatte der Vater blos den Nießbrauch an dem Vermögen seiner verstorbenen Kinder? 149. Was heißt das, das peculium des Sohns fiel an den Vater nicht iure peculii, sondern iure communi? 149. Wie wurde succedirt, wenn ein Enkel ohne Kinder starb, der einen Vater

und einen Großvater hinterließ? 150. Bey den emancipirten Kindern wurde, nach dem mittlern Rechte, anfangs ein Unterschied gemacht zwischen der Beerbung eines emancipirten Sohnes und der Succession einer emancipirten Tochter, 150. Die Kaiser Theodosius II. und Valentinian III. verordneten, daß, wenn Kinder bey Lebzeiten der Mutter wären emancipirt worden, und diese nachher ihre Mutter beerbten, der Vater den Nießbrauch von einer portio virilis erhalten solle, 151. Was für Neuerungen führte der Kaiser Anastasius bey dem Erbrechte des Vaters an dem Vermögen seiner Kinder ein? 151.

Lib. XXXVIII. Tit. XVII.

ad Sctum Tertullianum et Orphitianum.

§. 1641.

Das prätorische Successionssystem blieb immer noch ein sehr unvollkommnes Erbfolgerecht, S. 152. Der Kaiser Justinian wollte anfangs das alte System nicht abschaffen, sondern nur verbessern, 152. Die erste wichtige Veränderung des Justinians in der Erbfolgeordnung erstreckte sich auf den ordo liberorum, 152. Justinian schloß die Agnaten von der Erbfolge aus, wenn Enkel von einer Tochter, oder Urenkel von einer Enkelin, ihre Großmutter oder Urgroßmutter, oder ihren mütterlichen Großvater oder Urgroßvater beerbten, 152. Erst durch die 18te Novelle hob Justinian den Unterschied zwischen den Sohnskindern und den Tochterkindern auf, und verordnete, daß die Tochterkinder ohne alle Verminderung ihres Erbtheils, auf gleiche Weise, wie die Enkel von einem Sohne erben sollten, 153. Was verordnete Justinian, wenn Kinder von einem Andern, mit Einwilligung ihres Vaters, adoptirt worden waren? 153. Wie erweiterte Justinian bey emancipirten Kindern das prätorische Recht? 154. Von den ältern Verordnungen Justinians über das Erbrecht der unehelichen und legitimirten Kinder, 154. Auch in dem ordine agnatorum und legitimorum hat Justinian schon vor der 118ten Novelle

velle wichtige Veränderungen gemacht, 154. Justinian hob den Unterschied zwischen männlichen und weiblichen Agnaten völlig auf, 154. Justinian führte auch bey dem ordine agnatorum eine successionem graduum ein, 155. Justinian hob bey der Mutter das ius liberorum auf, 155. Justinian änderte das Sctm. Tertullianum ab, 155. Hatte das verstorbene Kind außer der Mutter und den Geschwistern auch einen Vater hinterlassen, so unterschied Justinian zwey Fälle bey der Intestaterbfolge dieses Kindes, 156. Der Vorzug, den Justinian der Mutter in dem Falle bey der Intestaterbfolge gab, wenn sie mit den Schwestern ihres verstorbenen Kindes allein succedirte, hat er ihr in der Folge wieder genommen, 156. Was für Neuerungen hat Justinian bey dem Erbrechte des Vaters gemacht? 157. Von der Erbfolge des Vaters in dem peculio seiner Kinder, 157. Von der Erbfolge des Vaters, wenn ein emancipirtes Kind gestorben war, 157. Wie wurde succedirt, wenn mit dem Vater die Brüder und Schwestern des emancipirten Kindes concurrirten? 157. Justinian hat auch in dem ordine cognatorum durch seine ältern Verordnungen verschiedene Neuerungen vorgenommen, 158. Er hat den Halbgeschwistern von mütterlicher Seite das Recht der Agnaten beygelegt, 158. Justinian versetzte aus dem ordo cognatorum einige Personen in die Klasse der Agnaten, 158. Justinian erklärte ausdrücklich, daß außer den Schwestersöhnen und Töchtern durchaus keine andere Personen aus dem dritten Grade der Cognation das Agnationsrecht haben sollten, 158. Justinian ertheilte den Söhnen und Töchtern der emancipirten Geschwister ein stärkeres Agnationsrecht, 159. Was ertheilte Justinian den vollbürtigen Geschwistern für ein Vorrecht vor den Halbgeschwistern des Verstorbenen, in dessen Vermögen ab intestato succedirt wurde? 159.

§. 1642. 1643.

Justinian gründete alle seine ältern Gesetze über die Intestaterbfolge auf das alte Fundament der Intestaterbfolge nach den Gesetzen der zwölf Tafeln, welches in dem Familien-

rechte

rechte und dem Agnationsrechte bestand, S. 160. Die Großmutter mußte noch immer bey der Intestaterbfolge ihrer Enkel erst um die bonor. poss. ex edicto vnde cognati bitten, 160. Durch die 118te Novelle riß Justinian das alte Fundament der Intestaterbfolge von Grund aus weg, und nahm dafür blos die Verwandtschaft mit dem Erblasser zur Ursache der Intestaterbfolge an, 160. Justinian hob den alten Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten bey der Intestaterbfolge ganz auf, 161. Justinian verordnete, der nähere Cognat sollte den entferntern Agnaten ausschließen, 161. Die Cognaten erbten bis ins Unendliche fort, 161. Ascendenten sollen mit vollbürtigen Geschwistern vollkommen succediren, 161. Söhne und Töchter verstorbener Geschwister bekamen vom Justinian das Repräsentationsrecht, 161. Bey der Succession der Descendenten soll kein Unterschied seyn, ob sie emancipirt sind, oder noch in der väterlichen Gewalt stehen, 162. Das ius suitatis hat Justinian nicht aufgehoben, 162. Man behauptet zwar insgemein, daß emancipirte Kinder die ihnen deferirte väterliche Erbschaft, wenn sie vor Antritt derselben gestorben sind, wenigstens auf ihre Descendenten transferiren, 162. Durch die Anstellung einer eigenen Haushaltung wird das ius sui heredis verlohren, 163. Von welcher Zeit an konnte von dem Edict des Prätors de coniungendis cum emancipato liberis eius kein Gebrauch mehr gemacht werden? 163. Justinian hat in der 118ten Novelle vier Classen oder Ordnungen festgesetzt, nach welchen die Verwandten ab intestato succediren sollen, 164. Was für Hauptregeln müssen bey der Anwendung der neuesten Justinianeischen Intestaterbfolgeordnung beständig angewendet werden? 164. So lange ein Descendent vorhanden ist, der ab intestato succediren kann und will, kann kein Ascendent dazu gelangen, 164. Die Verwandten, welche zur zweyten Classe gehören, schließen die Verwandten der dritten und vierten Classe bey der Intestaterbfolge aus, wenn sie gleich in einerley Grade mit dem Verstorbenen verwandt seyn sollten, 165. Verwandte, die zu eben derselben Classe gehören, schließen einander nicht aus, wenn sie gleich von verschiedenen Linien und Graden sind, sondern sie succedi-

ren mit einander, 165. Bey den Classen der Intestaterbfolge nach Justinians Einrichtung findet nicht nur eine successio ordinum, sondern auch graduum statt, 165. Fällt der nächste Erbe weg, weil er die ihm deferirte Erbschaft entweder ausschlägt, oder vor der Antretung derselben verstirbt, so kommt nun der nächstfolgende in derselben, oder in der folgenden Classe ipso iure ciuili zur Succession und braucht die bonor. possessionem nicht weiter, 165. Nach dem neuen Intestaterbfolgesystem ist es ausgemacht, daß auch im ordine liberorum eine successio graduum gilt, 165. Sind mit demjenigen, welcher die Erbschaft ausschlägt, noch andere vorhanden, die mit ihm zugleich in capita oder stirpes zur Erbschaft gerufen werden, so findet keine successio graduum statt, sondern hier tritt das ius accrescendi ein, 165. Stirbt der nächste Intestaterbe vor Antritt der Erbschaft, so findet die successio graduum nur alsdenn statt, wenn das Transmissionsrecht nicht eintritt, 166. Bey geschehener Transmission der deferirten Erbschaft fällt sowohl das ius accrescendi, als das edictum successorium weg, 166. Schlägt der nächste Verwandte die Erbschaft aus, und er war der alleinige nächste Intestaterbe, so tritt nunmehr die successio graduum ein, das heißt, der folgende Grad bekommt ein Erbrecht, es mag in eben derselben, oder in einer verschiedenen Linie seyn, der Fall mag vorkommen in der Linie des Descendenten, oder der Ascendenten, oder der Seitenverwandten, 166. Concurriren mit dem repudiante noch andere Intestaterben entweder in capita, oder in stirpes, denen die Erbschaft zugleich deferirt worden ist, so fällt die successio graduum weg, und die vakante Erbschaftsportion accrescirt den übrigen Miterben, 166. Hat der Erblasser mehrere Söhne hinterlassen, und einer von ihnen schlägt die väterliche Erbschaft aus, so succediren seine Kinder nicht ab intestato, sondern der Erbtheil des repudirenden Sohnes accrescirt den übrigen Söhnen, 167. Hat der Verstorbene Vater und Mutter als Intestaterben hinterlassen, der Vater schlägt die Erbschaft aus, so kann der väterliche Großvater nicht succediren, sondern die Mutter schließt ihn aus, und sie bekommt, vermöge des iuris accrescendi, die ganze

ganze Erbschaft ihres verstorbenen Sohnes, 167. Hat der Erblasser einen Vater und einen leiblichen Bruder hinterlassen, der Vater schlägt die Erbschaft aus, so succedirt nun der väterliche Großvater nicht ab intestato, sondern der leibliche Bruder des Verstorbenen wird allein Erbe, 167. Hinterläßt der Verstorbene einen leiblichen Bruder, und von einem verstorbenen Bruder sind Söhne und Töchter da; der leibliche Bruder repudiiret die Erbschaft, so succediren dessen Kinder nicht, sondern der Erbtheil des Repudiirenden accrescirt den übrigen Bruders Kindern, 167. Stirbt der nächste Verwandte vor Antretung der Erbschaft, und das Transmissionsrecht findet statt, so fällt die successio graduum weg, 167. Wenn der nächste Verwandte vor Antretung der Erbschaft gestorben ist, und es hat kein Transmissionsrecht statt, so wird der folgende Grad in so fern zur Erbfolge gelassen, als derselbe entweder in derselben Linie nun der einzige nächste Intestaterbe ist, oder doch wenigstens durch die Concurrenz der Verwandten in der andern Linie nicht gehindert wird, 167. War der Vater der einzige nächste Intestaterbe seines verstorbenen Sohnes, und er stirbt vor Antretung der Erbschaft, so succedirt nun der Großvater, 167. Wurde beyden Eltern die Erbschaft des verstorbenen Sohnes deferirt, und der Vater stirbt vor der Antretung, so kommt den väterlichen Großeltern keine successio graduum zu statten, sondern die Mutter succedirt allein, vermöge des iuris accrescendi, als propior ascendens, 168.

§. 1644.

Was versteht man unter der Verwandtschaft, cognatio, bey der Intestaterbfolge? S. 168. Was heißt Schwägerschaft bey der Materie von der Intestaterbfolge? 168. Bewirken blos iustae nuptiae eine Schwägerschaft? 169. Die Affinität begründet an sich, wenn sie noch so nahe ist, kein Intestaterbfolgerecht, 169. Was nennt man die Blutsfreundschaft? 169. Wenn wird die Blutsfreundschaft eine rechtmäßige genennt? 169. Die unrechtmäßige Blutsfreundschaft heißt auch eine blos natürliche Verwandtschaft, 169. Die natür-

natürliche Blutsfreundschaft bewirkt der Regel nach auf Seiten der Mutter und der mütterlichen Anverwandten ein vollkommnes Intestaterbfolgerecht, 169. Was versteht man unter der bürgerlichen oder gesetzlichen Verwandtschaft, und was ist die geistliche Verwandtschaft? 169. Zwischen welchen Personen tritt eine gesetzliche Verwandtschaft ein? 170. Warum wird die Verwandtschaft aus der Adoption in Gesetzen agnatio genennt? 170. Mit der Mutter des Adoptivvaters und den mütterlichen Verwandten desselben wird das Adoptivkind nicht verwandt, denn diese sind bloße Cognaten, 170. Jede Adoption, selbst die unvollkommene, bewirkt ein Erbrecht, jedoch nicht immer ein wechselseitiges, nur muß die Adoption nicht bey Lebzeiten des Adoptivvaters wieder aufgehoben worden seyn, 170. Die geistliche Verwandtschaft hat ursprünglich wirklich eine Adoption zum Grunde, 170. Die Idee der Wiedergeburt, welche die Bibel mit der Taufe verbindet, veranlaßte die Vorstellung, daß derjenige, der ein Kind tauft, oder aus der Taufe hebt, wie ein geistlicher Vater dieses Kindes anzusehen sey, 171. Justinian bestätigte die geistliche Verwandtschaft zuerst als ein Ehehinderniß, 171. Was wird bey der geistlichen Verwandtschaft Compaternität genennt, und was heißt dabey Fraternität? 171. Warum wurde die geistliche Verwandtschaft auf die Firmelung ausgedehnt? 171. Was ist durch das Tridentinische Concilium geändert worden? 171. Die geistliche Verwandtschaft giebt selbst bey den Katholiken kein Erbrecht, 171. Die Römer unterschieden cognatio im eigentlichen Verstande und agnatio, 171. Die cognatio im eigentlichen Verstande hieß bey den Römern die blos natürliche Verwandtschaft, und sie bewirkte an sich keine Familienrechte, sie mochte aus einer rechtmäßigen Ehe herrühren, oder nicht, 171. Agnatio hieß bey den Römern die bürgerliche Verbindung, welche die Gesetze unter Personen festgesetzt haben, denen ein gemeinschaftliches Familienrecht zusteht, 172. Emancipirte Kinder waren keine Agnaten, 172. Welche Personen wurden bey den Römern Cognaten genennt? 172. Die Verwandtschaft ist in Ansehung der Linien sehr verschieden, 172. Was heißen Verwandten der geraden Linie, und was versteht man unter

unter Seitenverwandten? 173. Wie ist die Obersippschaft und die Untersippschaft unterschieden? 173. Welche Personen rechnet man zur Seitenverwandtschaft? 173. Wodurch unterscheidet sich die Verwandtschaft der geraden Linie von der Seitenlinie am merklichsten? 173. Bey dem Erbrecht gilt in Ansehung der Bestimmung des Grades die Regel: so viel Zeugungen, so viel Grade, 173. Welche Personen kommen im ersten Grade der aufsteigenden und der absteigenden Linie vor? 174. Welche Personen kommen im zweyten Grade der aufsteigenden und der absteigenden Linie vor? 174. Welche Personen kommen im dritten Grade aufwärts und abwärts vor? 174. Die Seitenverwandten unserer Ascendenten werden thii und thiae genennt, 174. Was für Personen kommen im vierten Grade aufwärts und abwärts vor? 174. Welche Personen werden consobrini genennt? 175. Welche Personen heißen fratres et sorores patrueles, und welche werden amitini genennt? 175. Was für Personen stehen im fünften Grade aufwärts und abwärts? 175. Welche Personen kommen im sechsten Grade der Verwandtschaft aufwärts und abwärts vor? 175. Bey der weitern Bestimmung der Grade muß beständig die Regel befolgt werden: jede erzeugte Person macht einen neuen Grad der Verwandtschaft bey der Berechnung des Erbrechts aus, 175. Ueber den siebenten Grad wird nicht leicht der Fall vorkommen, daß bey Erbschaften Verwandte noch am Leben sind, 176. Was sind Bilateralverwandte und was heissen Unilateralverwandte? 176. Dieser Unterschied ist bey der Erbfolge der Geschwister und ihrer Söhne und Töchter von großer Wichtigkeit, 176. Vollbürtige Geschwister werden in der Lehre von der Erbfolge diejenigen genennt, welche nicht nur von eben demselben Vater mit derselben Mutter gezeugt worden, sondern auch in Ansehung dieser beyden Eltern vollkommen successionsfähig sind, 176. Sind Kinder zwar von einerley Eltern, aber nicht in rechtmäßiger Ehe gezeugt, auch nachher nicht vollkommen legitimirt worden, so sind solche uneheliche Kinder unter sich keinesweges als vollbürtige Geschwister anzusehen, 177. Welche Geschwister werden bey der Intestaterbfolge Halbgeschwister genennt? 177. Als Halbgeschwister werden

den bey der Erbfolge angesehen diejenigen, welche auf eine vollkommne Art adoptirt oder arrogirt worden sind, 177. Der Tod des Adoptivvaters oder Arrogators hebt die Verwandtschaft unter diesen Halbgeschwistern nicht auf, 177. Die Halbgeschwister werden eingetheilt in consanguinei und in uterini, 178. Die Verwandtschaft mit dem Erblasser kann bisweilen auf mehr als eine Art begründet werden, und nun heißt sie eine doppelte Verwandtschaft, 178. Heyrathen solche Personen, welche doppelt verwandt sind, einander, und zeugen Kinder, so sind diese Kinder mit den Verwandten ihrer beyderseitigen Eltern dreyfach verwandt, 178. Hat der Verstorbene mehrere rechtmäßige und erbfähige Verwandten hinterlassen, so schließt der nächste darunter die entferntern aus, 179. Bey Bestimmung der Nähe wird auf die Zeit gesehen, wo die Erbschaft ab intestato deferirt worden ist, 179. Es ist schwer zu bestimmen, wer als der nächste Intestaterbe zur Zeit des Todes des Erblassers betrachtet werden muß, 179. Wie wird die Frage bestimmt, wenn der Erblasser mit Hinterlassung eines Testaments gestorben ist, dieses Testament war aber gleich anfangs nicht gültig gemacht worden? 179. Wie wird das Recht zur Intestaterbfolge beurtheilt, wenn das Testament des Erblassers gültig gemacht worden, es hat aber erst nach dem Tode des Erblassers seine Gültigkeit verlohren? 180. Hier kann der Fall vorkommen, daß ein solcher zur Erbschaft gelangt, der zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht der nächste Verwandte war, wenn nämlich unterdessen der nähere gestorben ist, 180. Beyspiele von Fällen dieser Art, 180. Man kann die allgemeine Regel festsetzen, derjenige succedirt ab intestato, welcher zu der Zeit der nächste Verwandte des Verstorbenen ist, da ihm die Erbschaft deferirt wird, 181. Die Nähe der Verwandtschaft, worauf sich ein ausschließendes Intestaterbfolgerecht gründet, darf nicht blos nach der Nähe des Grades beurtheilt werden, sondern es muß zuerst auf die Ordnung der Classe gesehen werden, wie die Verwandten succediren, 181. Was nennt man eine Classe bey der Intestaterbfolge? 181. Die stärkere Classe schließt immer die schwächere aus, wenn gleich die Verwandten der schwächern Classe in einem gleichen oder

nähern Grade mit dem Verstorbenen verwandt sind, 181. Warum schließt der Urenkel des Erblassers dessen Vater bey der Intestaterbfolge aus? 181. Des Verstorbenen Bruders Sohn schließt den Vaters Bruder des Erblassers von der Erbschaft aus, ob sie gleich in einerley Grade mit dem Verstorbenen verwandt sind, 181. Es ist eine Hauptregel bey der Intestaterbfolge, qui ordine praecedit, licet gradu sit posterior, praefertur ei, qui est posterior ordine, quantumuis gradu prior, 182. Eine andere Regel bey der Intestaterbfolge ist es, es kommt dabey alles auf die Nähe des Grades an, und der dem Grade nach nähere Verwandte schließt den entferntern Verwandten aus, 182. Bey Descendenten schließt der Nächste nicht den Entferntern bey der Intestaterbfolge aus, 182. Warum gehen vollbürtige Geschwister bey der Intestaterbfolge den Halbgeschwistern vor? 182. Die Vollbürtigkeit giebt den vollbürtigen Geschwistern ein gleiches Successionsrecht mit den Ascendenten des Verstorbenen, 183. Was versteht man unter dem Repräsentationsrechte bey der Intestaterbfolge? 183. Was für Regeln finden ihre Anwendung, wenn man den Zeitpunct gehörig bestimmen will, nach welchem die Fähigkeit der erbfähigen Intestaterben in jedem Falle zu beurtheilen ist? 183. Hat der Erblasser gar kein Testament gemacht, oder sein hinterlassenes Testament ist null, oder es hat noch beym Leben des Testirers seine Gültigkeit verlohren, so wird auf die Zeit des Todes des Erblassers gesehen, wenn man die Frage entscheiden will, ob der Erbe fähig ist, die Erbschaft zu acquiriren, 183. Hat der Erblasser gar kein Testament gemacht, oder sein Testament ist nichtig, oder es ist noch bey Lebzeiten des Testirers ungültig geworden, so wird auf die Zeit des Todes des Erblassers gesehen, wenn man die Frage entscheiden soll, ob der Erbe fähig ist, die Erbschaft zu erwerben, 183. Bey heredibus suis ist dieser Umstand unanwendbar, 184. Hinterläßt der Erblasser ein gültiges Testament, es wird aber nach seinem Tode destitutum, weil der Erbe die Erbschaft nicht angetreten hat, so muß der Intestaterbe nicht nur zur Zeit des Todes des Erblassers fähig seyn, die Erbschaft anzunehmen, sondern auch zu der Zeit, wo es gewiß zu seyn

seyn angefangen hat, daß der Testamentserbe die Erbschaft nicht angetreten hat, 184. Wie lange muß diese Fähigkeit des Intestaterben dauern? 184. Was für Fälle müssen bey der Frage unterschieden werden, was Rechtens ist, wenn der nächste Intestaterbe unfähig ist, die Erbschaft anzunehmen? 184. Einem Verwandten, der als ciuiliter mortuus zu betrachten ist, wird die Erbschaft gar nicht deferirt, 184. Was ist bey der Delation der Intestaterbschaft Rechtens, wenn der nächste Intestaterbe nicht schlechthin pro ciuiliter mortuo zu halten ist, sondern er kann nur für seine Person die Erbschaft nicht annehmen; es ist aber ein Anderer da, welcher das demselben zufallende Vermögen zu acquiriren berechtigt ist? 185. Kann ein Mönch ob votum paupertatis eine Erbschaft ab intestato acquiriren? 185. Stirbt der Mönch vor Antretung der Erbschaft, so darf das Kloster keinen Anspruch auf die Erbschaft machen, 185. Wenn das Kloster aufgehoben worden ist, so erlangt der gewesene Mönch seine Erbfähigkeit wieder, 186.

§. 1644. b.

Wie ist die Frage von der Vertheilung der Erbschaft unter die Intestaterben zu beantworten? S. 186. Findet auch bey den Großeltern, so wie bey den Enkeln, eine successio in stirpes statt? 186. Es giebt drey Arten, wie succedirt wird, nämlich nach den Köpfen, nach den Stämmen, nach den Linien, 187. Nach den Köpfen wird succedirt, wenn die Erbschaft nach der Anzahl der succedirenden Personen vertheilt wird, 187. Nach den Stämmen wird succedirt, wenn einer oder mehrere, vermöge des Repräsentationsrechts, succediren, und diese zusammen das Erbtheil erhalten, welches ihr verstorbener Ascendent bekommen hätte, wenn er noch lebte, 187. Nach den Linien wird succedirt, wenn die Erbschaft unter die Ascendenten des Verstorbenen dergestalt vertheilt wird, daß die eine Hälfte auf die väterliche, die andere Hälfte aber auf die mütterliche Linie fällt, 187. Wenn wird die Successionsart die successio in genera genennt? 187. Nicht alle successio in

stirpes geschieht nach dem Repräsentationsrechte, 188. Kinder und Enkel des Erblassers succediren iure proprio, und doch auch zugleich in stirpes, 188. Bey der successio in lineas ist es ein wesentlicher Umstand, daß die Großeltern beyder Linien gleichen Grades seyn müssen, 188. Was heißt successio in allem? 189. Wer die Erbschaft ganz allein bekommt, succedirt immer aus eigener Person und aus eigenem Rechte, 189. Sind mehrere Erben da, so giebt es vier verschiedene Arten, wie ab intestato succedirt wird, 189. Was heißt bey der Intestaterbfolge portio virilis? 189. Die successio in capita findet bey Descendenten, Ascendenten und Seitenverwandten statt, 189. Es wird nicht nothwendig erfordert, daß die Personen, welche in capita succediren, in gleichem Grade verwandt seyn müssen, 189. Was wird in Gesetzen eine successio ex stirpibus genennt? 190. Wenn blos Enkel von einem verstorbenen Sohn oder Tochter vorhanden sind, so findet keine successio in stirpes statt, sondern in capita, 190. Die successio in stirpes tritt ein, die Miterben mögen in gleichen oder in verschiedenen Graden mit dem Verstorbenen verwandt seyn; sie mögen aus einem eigenen Rechte, oder vermöge der Repräsentation succediren, 190. Wenn der Erblasser einen Bruder, und Kinder von einem verstorbenen Bruder hinterlassen hat, so bilden die Kinder einen Stamm, und der Bruder stellt den andern Stamm vor, 191. Die successio in stirpes findet bey den Enkeln des Erblassers bis ins Unendliche statt, ohne allen Unterschied des Grades, also nicht blos bey Enkeln, sondern auch bey Urenkeln und Ururenkeln, 191. Bey Seitenverwandten erstreckt sich die successio in stirpes nicht weiter, als so weit das Repräsentationsrecht statt findet, 191. Es kommen auch Fälle bey der successio nach Stämmen vor, wo die Intestaterben der Zahl nach gleich sind, 191. Der Unterschied der Erbfolge in stirpes bleibt in Rücksicht des iuris accrescendi von großer Wichtigkeit, 192. Es kann bey der Erbfolge nach Stämmen der Fall eintreten, daß ein Enkel von mehrern Stämmen abstammt, 192. In Gesetzen wird der Ausdruck, successio in lineas nicht gebraucht, 192. Wenn findet die successio in lineas

lineas statt? 192. Ist nur eine Linie vorhanden, so tritt die successio entweder in capita, oder in assem ein, 192. Bisweilen bestimmt das Gesetz den Theil der Erbschaft, den der Intestaterbe bekommen soll, 192.

§. 1644. c.

Was versteht man unter dem Repräsentationsrechte? S. 193. Es nimmt dieses Recht in der Person des Succedirenden seinen Anfang, 193. In Gesetzen kommt der Ausdruck, ius repraesentationis nicht vor, sondern sie nennen die Sache ein Privilegium, 194. Das Repräsentationsrecht findet nur bey der Erbfolge der Seitenverwandten statt, 194. Warum bedürfen Enkel das Repräsentationsrecht nicht? 194. Das Repräsentationsrecht dürfen nur Söhne und Töchter solcher Geschwister des Erblassers brauchen, welche schon vor ihm gestorben sind, 194. Wenn succediren des verstorbenen Bruders Kinder nach dem Repräsentationsrechte? 195. Kommt den Bruders Kindern das Transmissionsrecht zu statten? 195. Starb der Bruder des Erblassers, ehe er den Anfall der Erbschaft erfuhr, oder seine Kinder ließen die ihrem Vater noch zustehende Deliberationszeit vergehen, ohne sich zu erklären, so haben diese Bruders Kinder weiter keinen Anspruch an der Erbschaft, 195. Weil das Repräsentationsrecht ein Privilegium ist, so darf keine Ausdehnung vorgenommen werden, 196. Justinian hat den Geschwisterkindern das Repräsentationsrecht nur in dem Falle gegeben, wenn sie mit den Geschwistern ihrer verstorbenen Eltern concurriren, 196. Das Repräsentationsrecht setzt als nothwendige Bedingung voraus, daß, wer vermöge desselben succediren will, wirklich Erbe seines verstorbenen Ascendenten geworden seyn müsse, aus dessen Rechte er nunmehr den verstorbenen Erblasser beerben will, 196. Bemerkung über den Fall, wenn des Bruders Kinder ex iure repraesentationis succediren, 197. Bisweilen bekommt ein Intestaterbe mehrere Portionen zugleich, 197. Es können verschiedene Arten der Verwandtschaft in einer Person zusammen kommen, wenn von der Intestaterbfolge die Rede ist, 198.

Warum ist keine doppelte Verwandtschaft vorhanden, wenn ein Vater seinen leiblichen Sohn, den er emancipirt hatte, wieder arrogirt? 198. Adoptirt ein Großvater seinen Enkel, so tritt die doppelte Verwandtschaft ein, nämlich mit der natürlichen Cognation vereinigt sich die bürgerliche, die durch die Adoption bewirkt wird, 198. Wenn die Mutter des adoptirten Enkels noch lebt, so wird diese ciuiliter als die Schwester desselben, und ihr Sohn ciuiliter als ihr Bruder angesehen, 199. In Fällen, wo die beyden Arten der Cognation, nämlich die natürliche und die bürgerliche, in einer Person zusammen treffen, giebt diese doppelte Verwandtschaft ein Recht, eine doppelte Erbportion zu fordern, 199. Wie wird die Erbschaft vertheilt, wenn der adoptirte Enkel von seinem Großvater erbt, seine Mutter ist gestorben, es sind aber noch mehrere Enkel von derselben vorhanden? 199. Ist die Mutter des adoptirten Enkels noch am Leben, so verschafft die cognatio ciuilis keine doppelte Portion, 199. Die cognatio ciuilis hat hier blos die Wirkung, daß der adoptirte Enkel, als Adoptivsohn, zugleich mit seiner Mutter, nicht anders, als wenn er ihr Bruder wäre, dem Großvater succedirt, 199. Ist der adoptirte Enkel vor dem Großvater verstorben, und hat außer dem Großvater noch leibliche Eltern hinterlassen, so erbt zwar der Großvater, als pater adoptiuus, mit den leiblichen Eltern des adoptirten Enkels, er kann aber in diesem Falle keine doppelte Portion fordern, 199. Eine Duplicität der Verwandtschaft kann eintreten, wenn Jemand in der nämlichen Art der Cognation durch mehrere Generationslinien mit dem Erblasser verbunden ist, 200. Eine solche doppelte Verwandtschaft existirt, wenn Geschwisterkinder einander heyrathen, 200. Auch unter den Ascendenten kann die angeführte Duplicität vorkommen, 200. Die doppelte Verwandtschaft kann unter Seitenverwandten vorkommen, wenn zwey Blutsfreunde einander geheyrathet haben, 201. Das doppelte Verwandtschaftsverhältniß, welches sich auf die Ehe zweyer Verwandten, und die daher rührende Zeugung gründet, bewirkt nur alsdenn ein Recht zu einer doppelten Erbportion, wenn die Erbfolge nach Stämmen oder nach Linien eintritt, 201. In Fällen, wo bloß auf die Anzahl der erbberechtig-

rechtigten Personen gesehen wird, hat eine confusio linearum statt, 201. Ein Irrthum ist es, wenn man bey der Erbfolge der Descendenten nach Stämmen, und bey der Erbfolge der Ascendenten nach Linien, wegen der Duplicität des Stammes oder der Linie, kein Recht zu einer doppelten Erbportion gelten lassen will, 202. Die Duplicität der Verwandtschaft, und die Duplicität des Bandes sind zwey ganz verschiedene Dinge, 202. Die Bandesduplicität geht nicht über die Geschwisterkinder hinaus, 202. Die Duplicität der Verwandtschaft zeigt nur in der absteigenden und aufsteigenden Linie die Wirkung, wo nach Stämmen und Linien succedirt wird, 202. Bisweilen wird die Erbportion eines Intestaterben dadurch vergrößert, weil das ius accrescendi statt hat, 202. Wie ist dieses Recht durch die Usualinterpretation der Gesetze der zwölf Tafeln eingeführt worden? 202. Die Untheilbarkeit der Person des Erblassers, welche der Erbe vorstellt, rechtfertigt die angenommene Auslegung vollkommen, 203. Wie hat Justinian das Accrescenzrecht bey der Intestaterbfolge abgeändert? 203. Der Zuwachs geschieht immer nach dem Verhältniß des Erbtheils, den jeder Miterbe, vermöge der Art, wie er succedirt, von der Erbschaft bekommt, eben so, als ob der weggefallene Erbe gar nicht da gewesen wäre, 203. Wenn accrescirt die vakante Erbportion allen übrigen Erben nach den Stämmen? 203. Fällt einer von den Enkeln weg, so wächst sein Erbtheil blos den übrigen Enkeln zu, eben so, als wenn der weggefallene Enkel gar nicht da gewesen wäre, 204. Sind Enkel von verschiedenen Söhnen vorhanden, und einer von den Enkeln des einen verstorbenen Sohnes fällt weg, so wächst desselben Erbtheil seinen Geschwistern zu, und die Enkel des andern Sohnes bekommen nichts davon, 204. Wie wirkt das Accrescenzrecht, wenn der Erblasser blos Großeltern hinterlassen hat, und eine von diesen Personen schlägt seinen Erbtheil aus? 204. Wie wirkt das Accrescenzrecht, wenn Geschwister des Verstorbenen und von einem verstorbenen Geschwister, Kinder als Erben auftreten? 204. Das Accrescenzrecht kommt denen nicht zu statten, deren Erbrecht durch die Gesetze in bestimmte Gränzen eingeschlossen sind, daß es eine angewiesene Portion nicht überschreiten

schreiten darf, 205. Das Accrescenzrecht ändert keinesweges diejenige Art zu succediren, welche bey dem Tode des Erblassers durch den Anfall der Erbschaft einmal begründet worden ist, 205.

§. 1645 — 1649.

Nicht alle Descendenten sind erbfähig bey der Intestaterbfolge, S. 206. Alle ehelich gebohrne Descendenten haben ein völlig gleiches Recht zur Intestaterbfolge ihrer Ascendenten, und sie beerben sie ohne Unterschied des Geschlechts und Grades bis ins Unendliche, 206. Die entferntern Descendenten erben nur alsdenn, wenn ihnen kein näherer in derselben Linie vorgeht, 206. Wenn der Vater erben will, und kann, so schließt er seine Kinder schlechterdings aus, und von dem Edict des Prätors de coniungendis cum emancipato liberis eius kann kein Gebrauch gemacht werden, 206. Als suus heres kann ein postumus nie erben, 207. Weil nach der 118ten Novelle bey der Intestaterbfolge der Descendenten blos auf rechtmäßige Abstammung von dem verstorbenen Ascendenten gesehen werden soll, so müssen auch solche Enkel den Großvater beerben, die erst nach seinem Tode concipirt worden sind, 207. Der Unterschied zwischen solchen Kindern, die noch der väterlichen Gewalt unterworfen sind, und den emancipirten Kindern kommt bey der Intestaterbfolge nicht mehr in Betrachtung, 207. Unter welchen Umständen wird nach neuern Gesetzen, bey der Intestaterbfolge, auf das Verhältniß der väterlichen Gewalt Rücksicht genommen? 207. Das noch ungebohrne Kind wird für schon gebohren gehalten, wenn es auf dessen Vortheil ankommt, 208. Von der Erbfolge der Brautkinder, 209. Descendenten aus einem matrimonio putatiuo erben von ihren Eltern eben so gut, wie ganz legitime Kinder, 209. Die Unwissenheit, worin die Eltern bey einer putativen Ehe lebten, muß eine solche seyn, die ihnen rechtlich nicht imputirt werden kann, 210. Ist nur ein Descendent vorhanden, er sey Kind, oder Enkel, oder Urenkel, so bekommt er die ganze Erbschaft, 210. Sind mehrere Erben des ersten Grades da, das heißt, Söhne oder Töchter des Verstorbenen, so erben sie alle

alle nach den Köpfen, 211. Concurriren Kinder des Erblassers mit dessen Enkeln, oder Urenkeln, von einem vorher gestorbenen Descendenten, so tritt die Regel ein: wenn Kinder und Enkel concurriren, so geschieht die Erbfolge nach den Stämmen, 211. Sind blos Enkel von einem verstorbenen Sohne, oder einer Tochter da, so erben sie nach den Köpfen, 211. Enkel von verschiedenen Kindern erben nach den Stämmen, 211. Wir haben die Regel, Enkel sollen in stirpes succediren, ohne einen Unterschied zu machen, ob neben ihnen auch Söhne und Töchter des Verstorbenen vorhanden sind, oder nicht, 211. Sollten die Enkel in diesem Falle nach den Köpfen erben, so würden sie öfters einen größern oder geringern Theil der Erbschaft bekommen, als ihr verstorbener Ascendent erhalten haben würde, wenn er noch lebte, 212. Justinian hat durch die 118te Novelle blos diejenigen alten Gesetze abgeschafft, worin ein unbilliger Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten angenommen worden ist, 212. Die Rechtslehrer theilen sich über die Beantwortung der Frage: aus welchem Grunde Enkel ihre Großeltern beerben, in drey Partheyen, 212. Einige Rechtslehrer behaupten, die Enkel erben von ihren Großeltern vermittelst des Transmissionsrechts, 212. Andere zu dieser Classe gehörende Rechtsgelehrte nehmen an, die Enkel succediren ihren Großeltern durch das Repräsentationsrecht, 212. Eine andere Parthey behauptet, Enkel, Urenkel, u. s. f. succedirten ihren Großeltern, Urgroßeltern u. s. w. aus einem eigenen Rechte, 213. Die dritte Parthey macht einen Unterschied zwischen der Repräsentation in Rücksicht des Grades, und der Repräsentation in Rücksicht der Person, 213. Die Succession der Enkel gründete sich schon vor der 118ten Novelle auf die Verordnung der Gesetze, 214. Justinian hat darin nichts geändert, daß Enkel nicht ex persona et iure parentum praemortuorum, sondern aus einem eigenen Rechte succediren, 212. Das Repräsentationsrecht setzt immer eine solche Successionsordnung voraus, wo es auf die Nähe des Grades ankommt, und der Nähere den Entferntern ausschließen kann; dieß ist aber bey der Succession der Descendenten nicht der Fall, 215. Wenn gleich das Recht der Erbfolge den Enkeln ein für

allemal in den Gesetzen angewiesen ist, so können ihnen doch die Gesetze nicht mehr Recht geben, als ihre Eltern selbst hatten, 215. Ist es ein unnützes Wortspiel, ob man sagt, die Enkel succedirten iure proprio, oder iure repraesentationis, weil sie doch in dem einen Fall nicht mehr, als in dem andern erhalten, und immer nur in stirpes succediren? 216. Ist eine Einkindschaft geschlossen worden, so erben die Stiefkinder nach dem Einkindschaftsvertrag, 217. Was ist Rechtens, wenn Kinder der ersten Ehe dasjenige Vermögen zum Voraus bekommen, welches der verstorbene gemeinschaftliche Ascendent von seinem verstorbenen Ehegatten geerbt, oder sonst durch dessen Freygebigkeit erhalten, und wovon derselbe durch seine zweyte Verheyrathung schon bey seinem Leben das Eigenthum verlohren hatte? 217. Wie ist die L. 3. C. de sec. nupt. zu verstehen? 217. Wie ist die 27ste Novelle und deren 46. Kapitel zu erklären? 218. Falsch ist es, wenn einige Rechtsgelehrte diese Vorschrift des römischen Rechts auf unsere statutarische Portion des in der zweyten Ehe verstorbenen Parens ausdehnen wollen, 218. Was ist Rechtens in Ansehung des Antheils vom Vermögen der Kinder der ersten Ehe, welches der zur zweyten Ehe geschrittene Ehegatte besessen hat, wenn sämmtliche Kinder der ersten Ehe vor ihm verstorben sind? 219. Von der Intestaterbfolge der durch eine nachfolgende Ehe legitimirten Kinder, 219. Was ist bey Kindern Rechtens, die im Ehebruch oder einem Incest erzeugt worden sind? 220. Bloße Sponsalien sind zur Legitimation nicht hinreichend, 220. Von der Intestaterbfolge solcher Kinder, die durch ein landesherrliches Rescript legitimirt worden sind, 220. Sind gar keine ehelichen Kinder da, so succediren die durch ein Rescript vollkommen legitimirten Kinder eben so gut, als ehelich gebohrne Kinder, 221. Nach einer ausdrücklichen Verordnung des Kaisers Justinian, soll die Legitimation durch ein Rescript nicht anders erlaubt seyn, als wenn gar keine ehelichen Kinder da sind, 221. In der Praxis wird angenommen, daß die ehelichen Kinder den Pflichttheil zum Voraus erhalten, wenn sie mit Kindern ab intestato succediren, die durch ein Rescript vollkommen legitimirt worden sind, 222. Daß die legitimirten Kinder

Kinder nicht nur dem Vater, sondern auch den übrigen väterlichen Verwandten ab inteſtato ſuccediren, verordnet das römiſche Recht deutlich, 222. Von der Succeſſion der unehelichen Deſcendenten, welche nicht legitimirt worden ſind, 222. Die Worte ſpurius und vulgo quaeſitus werden in Geſetzen in verſchiedener Bedeutung gebraucht, 223. Kinder, welche aus einer, unter Bedrohung mit einer peinlichen Strafe verbotenen Ehe erzeugt worden ſind, erben weder vom Vater noch von der Mutter, 223. Wenn hieß der Inceſt bey den Römern inceſtus iuris gentium? 223. Die Römer rechneten die Ehe mit des Bruders oder der Schweſter Tochter zum inceſtu iuris gentium, 224. Auch die Ehe zwiſchen Stiefeltern und Stiefkindern, zwiſchen Schwiegereltern und Schwiegerkindern rechneten die Römer zum inceſtu iuris gentium, desgleichen die Ehe zwiſchen Geſchwiſtern, 224. Wenn wurde der Inceſt inceſtus iuris ciuilis bey den Römern genennt? 224. Welche Kinder ſind als unfähig zur Inteſtaterbfolge zu betrachten, weil ihre Eltern in einer inceſtuoſen Ehe gelebt haben? 225. Es iſt die Verordnung des römiſchen Rechts auch auf ſolche Kinder anzuwenden, die in einem inceſten unehelichen Beyſchlaf erzeugt worden ſind, 225. Von der Inteſtaterbfolge ſolcher Kinder, die im Ehebruch oder in einer Bigamie erzeugt worden ſind, 226. Die in einer putativen Ehe erzeugten Kinder ſind erbfähig, 226. Die von den zeither angeführten illegitimen Kindern handelnden Geſetze gehen ſo weit, daß ſie verordnen, dergleichen Kinder ſollten von ihren Eltern nicht einmal die Alimente fordern dürfen, 226. Sind die Worte: neque alendus a patre blos von väterlichen Aſcendenten zu verſtehen? 226. Nach der Praxis bekommen uneheliche Kinder ſo gar noch aus der Erbſchaft ihrer Eltern den Lebensunterhalt, 227. Den im Ehebruch erzeugten Kindern wollen die Rechtslehrer kein Succeſſionsrecht zugeſtehen, weder in dem Vermögen des Vaters, noch der Mutter, 227. Welche Kinder werden nach dem römiſchen Rechte als adulterini betrachtet? 227. Bey der Frage von der Inteſtaterbfolge der im Ehebruch erzeugten Kinder muß allemal vorausgeſetzt werden, daß beyde Eltern in mala fide geweſen ſind, 228. Von der Inteſtaterbfolge ſolcher Kinder, die ſpurii

und

und vulgo quaesiti in Gesetzen genennt werden, 228. Von einer mater illustris erben die unehelichen Kinder nur alsdenn, wenn ihre Mutter keine ehelichen Kinder hinterlassen hat, 228. Wer wurde unter Justinian persona illustris genennt? 228. Von der Intestaterbfolge der im Concubinat erzeugten Kinder, 229. Niemand durfte sich neben der Ehefrau auch noch eine Concubine halten, 229. Keine foemina honesta et ingenua durfte sich als Concubine brauchen lassen, 230. Die Wohlthat der Intestaterbfolge, die den liberis naturalibus auf das Sechstel der väterlichen Erbschaft ertheilt worden ist, erstreckt sich blos auf Kinder des ersten Grades, Söhne und Töchter, 230. Muß die Concubine das Sechstel bekommen, wenn ihre natürlichen Kinder die väterliche Erbschaft ausgeschlagen haben, oder sie sind bereits alle gestorben? 230. Einige Rechtslehrer sind der Meynung, die Concubine könne nur den halben sextans fordern, das heißt, ein Zwölftel, wenn sie allein am Leben ist, 230. Mehrere Rechtsgelehrte haben behauptet, in Teutschland müßten Kinder, die mit einer Concubine erzeugt worden, eben so, wie bey den Römern, die spurii beurtheilt werden, folglich dürften sie keinen Anspruch auf den sechsten Theil der väterlichen Erbschaft machen, 231. Die teutschen Reichsgesetze verbieten zwar den Concubinat; es ist aber gleichwohl nichts darüber verordnet worden, daß die in solchem erzeugten Kinder kein Intestaterbrecht haben sollen, folglich ist zu ihrem Vortheil zu entscheiden, 232. In der Praxis ist man noch weiter gegangen, und hat das Erbrecht der Concubinenkinder auch auf die im Stuprum erzeugten Kinder ausgedehnt, 235. Für diesen Gerichtsgebrauch streitet das nicht zu verwerfende Argument, daß diese Gattung der unehelichen Kinder im kanonischen Rechte den römischen Concubinenkindern in andern Stücken, namentlich in der Legitimation und Alimentation, gleich gemacht worden sind, 235. Kann auch die Mutter eines im Stuprum erzeugten Kindes noch heutiges Tages von dem sextante einen Kindestheil verlangen, ja auch ohne ihre Kinder allein succediren? 235. Von der Intestaterbfolge der Adoptivkinder, 235. Die arrogirten und vollkommen adoptirten Kinder haben in Ansehnng ihres Adoptivvaters das

völlige Erbrecht der suorum heredum, 235. Von der Successsion eines unvollkommen adoptirten Kindes, 235. Der Ehefrau des Adoptivvaters succedirt kein Adoptivkind, auch von den Verwandten der mütterlichen Linie erbt es nichts, 236. Die adoptirten Kinder schließen alle Verwandte des Adoptivvaters in der aufsteigenden und in der Seitenlinie aus, 236. Ist ein Kind von einer Frauensperson adoptirt worden, so succedirt zwar dasselbe seiner Adoptivmutter ab intestato, aber von ihren Verwandten erbt es nichts, 236. Durch die geschehene Emancipation geht das Erbrecht der Adoptivkinder verlohren, 236. Bey der Frage: ob adoptirte Kinder auch ihren leiblichen Eltern succediren, wurde in Gesetzen anfangs ein Unterschied gemacht, 236. Warum succedirten die adoptirten Kinder ihrer leiblichen Mutter bey den Römern? 236. Dem leiblichen Vater succedirten Kinder, die von einem Andern arrogirt worden waren, nicht, weil sie durch die geschehene Arrogation die iura suitatis und agnationis in Rücksicht auf ihren leiblichen Vater verlohren hatten, 237. Nach der neuesten Verordnung Justinians läßt sich mit Grund behaupten, daß sowohl ein arrogirtes Kind, als ein unvollkommen adoptirtes, ohne Unterschied seinem leiblichen Vater so gut succediren könne, als dem Adoptivvater, 237.

§. 1650 — 1652.

Von der Intestaterbfolge derjenigen Intestaterben, die zur zweyten Klasse gerechnet werden, S. 238. Die Ascendenten des Erblassers erben ohne Unterschied des Geschlechts ab intestato, und der nähere unter ihnen schließt jederzeit den entferntern aus, 238. Diejenigen Rechtsgelehrten irren, welche bey der Succession der Ascendenten ein Repräsentationsrecht angenommen haben, 238. Welche Ascendenten sind successionsfähig? 239. Die Successionsrechte sind wechselseitig, 239. Nur diejenigen Ascendenten erben ab intestato, von denen die Descendenten in der ersten Classe geerbt haben würden, wenn die Eltern vor ihnen gestorben wären, 239. Wenn incestuosi, adulterini, spurii, von der Erbfolge der Eltern ausge-

ausgeschlossen sind, so können auch diese Eltern ihnen nicht ab intestato succediren, 239. Die Regel: Ascendenten succediren ihren Descendenten in eben der Maaße, wie die Descendenten von ihren Ascendenten geerbt haben würden, hat mehrere Ausnahmen, 239. Wenn ein Kind in einer putativen Ehe erzeugt worden ist, und es war nur eines von beyden Eltern in bona fide, so succedirt das Kind zwar beyden Eltern vollkommen, allein dem Kinde succedirt nur derjenige Ascendent allein, welcher in bona fide war, 240. Ist ein Kind auf eine unvollkommene Art adoptirt worden, so beerbt es zwar den Vater ab intestato; dieser aber erbt nicht ab intestato von diesem Kinde, 240. Wenn das gestorbene Kind adoptirt worden, so entsteht die Frage: ob die leiblichen Eltern dieses Kindes mit dem Adoptivvater zugleich ab intestato erben? 240. Ist ein Kind vollkommen adoptirt worden, so erbt dessen Mutter ab intestato, 240. Den Adoptivvater des verstorbenen adoptirten Kindes schließt die Mutter bey der Intestaterbfolge nicht aus, 241. Der leibliche Vater des verstorbenen adoptirten Kindes wird von dem Adoptivvater bey der Intestaterbfolge nicht ausgeschlossen, 241. In der zweyten Classe der Intestaterbfolge succediren, außer den Descendenten des Verstorbenen, auch seine vollbürtigen Geschwister, 241. Justinian hat die Regel angenommen: Ascendenten sollen allen Seitenverwandten vorgehen, und blos bey den vollbürtigen Geschwistern des Verstorbenen soll eine Ausnahme statt finden, 242. Halbgeschwister haben in der zweyten Classe, wo Ascendenten vorhanden sind, kein Recht zur Intestaterbfolge, 242. Die Großeltern erben so gut, wie die Eltern mit den vollbürtigen Geschwistern des Verstorbenen, 242. Die Großeltern gelangen erst zur Succession, wenn keine Eltern des Verstorbenen vorhanden sind, 243. In der zweyten Classe der Intestaterbfolge erben auch die Söhne und Töchter verstorbener vollbürtiger Geschwister des Verstorbenen, nicht nur, wenn sie allein vorhanden sind, sondern auch alsdenn, wenn vollbürtige Geschwister des Erblassers zur Erbfolge kommen, 243. Ob den Geschwisterkindern das Repräsentationsrecht auch in dem Falle zustehe, wo sie blos mit Ascendenten concurriren, oder ob sie nicht

nicht vielmehr in diesem Falle von der Intestaterbfolge ausgeschlossen werden, darüber wird sehr gestritten, 243. Blos die Söhne und Töchter vollbürtiger Geschwister dürfen von dem Repräsentationsrechte in der zweyten Classe Gebrauch machen, nicht aber die Enkel, weil diese zur vierten Classe gehören, 244. Nur solche Kinder vollbürtiger Geschwister des Erblassers kommen in der zweyten Classe zur Intestaterbfolge, welche in der ersten Classe ein vollkommnes Erbrecht auf das Vermögen ihrer Eltern haben, 244. Der natürliche Sohn kann von seinem Onkel nicht ab intestato erben, 244. Die Geschwisterkinder, welche in der zweyten Classe mit ihren Ascendenten zur Intestaterbfolge berechtigt seyn sollen, dürfen keine solchen Personen seyn, welche in Gesetzen überhaupt von der Erbfolge der Seitenverwandten ausgeschlossen worden sind, 244. Wie wird in der zweyten Classe ab intestato succedirt? 244. Hierbey sind drey Fälle zu unterscheiden, 245. Wenn beyde Eltern des Verstorbenen noch am Leben sind, so theilen sie die Erbschaft in gleiche Theile unter sich, und schließen die Großeltern aus, 245. Lebt nur eines von den Eltern des Verstorbenen, es mag dessen Vater seyn, oder die Mütter, so bekommt dieser die Erbschaft allein und schließt die Großeltern aus, 245. Sind nur Ascendenten, und zwar von einer und eben derselben Linie und Grade vorhanden, so erben sie ebenfalls nach den Köpfen, 245. Hinterläßt der verstorbene Descendent Großeltern von beyden Linien, welche in demselben Grade mit dem verstorbenen Enkel verwandt sind, so wird die Erbschaft nach den Linien getheilt, in zwey gleiche Theile, und den einen Theil bekommt die väterliche Linie, den andern die mütterliche, 246. Schwer ist die Frage: wenn die Großeltern sowohl von väterlicher als mütterlicher Linie gestorben sind, und es leben blos noch die Urgroßeltern, wie nunmehr die Erbschaft vertheilt werden muß? 246. Wenn wird in diesem Falle die Hälfte der Erbschaft an die väterliche Linie überlassen, und die andere Hälfte an die mütterliche Linie? 246. Wie wird eine solche Hälfte vertheilt, wenn ungleiche Personen von den Ascendenten da sind; succediren sie hier ebenfalls nach den Linien, oder wird nach den Köpfen getheilt? 247. Auf die Verschiedenheit des Vermögens

wird

wird bey der Erbfolge der Ascendenten keine Rücksicht genommen, 248. Sollte es bey dieser Erbfolge darauf ankommen, von welcher Linie die Güter des verstorbenen Descendenten herrühren, so würde oft der entferntere Ascendent den nähern ausschließen, wenn die Güter gerade von dieser Linie herkommen, 248. Die Gesetze, worauf sich die Gegner berufen, reden theils von ganz andern Fällen, theils müssen sie als aufgehoben betrachtet werden, 248. Vom iure recadentiae, 249. Concurriren Ascendenten mit vollbürtigen Seitenverwandten der zweyten Classe bey der Intestaterbfolge, so müssen drey Fälle unterschieden werden, 249. Hinterläßt der Verstorbene Ascendenten und vollbürtige Geschwister, so wird die Erbschaft nach den Köpfen vertheilt, 249. Auf gleiche Weise wird die Erbschaft vertheilt, wenn vollbürtige Geschwister mit Großeltern des Verstorbenen erben wollen, 249. Hinterläßt der Verstorbene Ascendenten, Geschwister und Geschwisterkinder, so theilen sich die Ascendenten und leiblichen Geschwister des Verstorbenen in die Erbschaft nach den Köpfen, die vollbürtigen Geschwisterkinder aber erben nach den Stämmen, 249. Es fragt sich, wie es gehalten wird, wenn der Verstorbene einen Vater, einen leiblichen Bruder, und von einem verstorbenen Bruder mehrere Söhne hinterlassen hat? 250. Hinterläßt der Verstorbene Ascendenten und Söhne oder Töchter verstorbener vollbürtiger Geschwister, so erben die Ascendenten nach den Köpfen, der Verstorbenen vollbürtige Geschwisterkinder aber bekommen von der Erbschaft den Stammtheil, 250. Kann der Vater den Nießbrauch von den Erbtheilen der Geschwister des verstorbenen Descendenten verlangen, wenn sie noch in seiner väterlichen Gewalt stehen? 251. Darf der Vater in dem Falle, wo das verstorbene Kind noch unter seiner väterlichen Gewalt stand, den Nießbrauch von dessen peculio aduentitio behalten, weil er ihn schon beym Leben des Kindes gehabt hatte? 251. Diese Frage wird auf dreyerley Weise von den Rechtsgelehrten beantwortet, 252. Es ist ganz offenbar, daß Justinian dem Vater den Nießbrauch von den Erbtheilen der Miterben deswegen abgesprochen hat, weil er ihm keinen doppelten Vortheil zuwenden wollte, 253. Hinterläßt der Verstorbene blos vollbürtige Seiten-

Seitenverwandte der zweyten Classe, so müssen ebenfalls drey Fälle unterschieden werden, wenn die Frage ist, wie die Erbschaft vertheilt wird, 254. Hinterläßt der Verstorbene blos vollbürtige Geschwister, so theilen sie die Erbschaft unter sich nach den Köpfen, 254. Stirbt der Erblasser, und hinterläßt vollbürtige Geschwister und vollbürtige Geschwisterkinder, als Intestaterben, so erben die Geschwister nach den Köpfen, und die Geschwisterkinder, vermöge des Repräsentationsrechts, nach den Stämmen, 254. Was für Fälle lassen sich denken, wenn der Verstorbene keine vollbürtigen Geschwister als seine Intestaterben hinterläßt? 254. Hinterläßt der Verstorbene blos Kinder eines verstorbenen vollbürtigen Bruders, so erben sie nach den Köpfen, 254. Wenn der Verstorbene mehrere Kinder von mehrern verstorbenen vollbürtigen Geschwistern hinterläßt, so ist es nach dem römischen Rechte nicht entschieden, ob diese Geschwisterkinder nach den Stämmen oder nach den Köpfen succediren, 255. Der Glossator Azo behauptete sehr richtig, Geschwisterkinder des Verstorbenen hätten das Repräsentationsrecht nur in dem Falle nöthig, wenn sie mit des Verstorbenen Geschwister ab intestato erben wollen, 255. Weil der Reichsabschied nicht alle vorkommende Fälle genau entschieden hat, so wird darüber gestritten, ob die vollbürtigen Geschwisterkinder auch alsdenn nach Köpfen erben, wenn der Erblasser zugleich einen Halbbruder hinterlassen hat, welchen sie ausschließen, 256. Sie schließen ihn iure ordinis aus, weil auch ihr Vater den Halbbruder iure ordinis ausschließen würde, wenn er noch lebte, 257. Das Repräsentationsrecht ist gar nicht dazu eingeführt worden, um andere von der Intestaterbfolge auszuschließen, sondern blos deswegen, um mit andern zu succediren, von denen man sonst wäre ausgeschlossen worden, 257. Es wird ferner darüber gestritten, ob die Kinder verstorbener vollbürtiger Geschwister auch alsdenn in capita succediren, wenn Kinder von einem verstorbenen Halbbruder da sind, 258. Hier gilt die Regel: hindert das Daseyn eines Halbbruders nicht, daß die Kinder vollbürtiger Geschwister nach den Köpfen erben, so kann die Existenz der Kinder eines Halbbruders noch weniger eine Aenderung bewirken,

ken, 258. Die Kinder vollbürtiger Geschwister schließen den Vaters Bruder iure ordinis ganz und gar aus, weil er zur vierten Classe gehört, und erstere erben nach den Köpfen, 259. Soll die Erbfolge nach den Köpfen bey den Geschwisterkindern statt finden, so wird nothwendig vorausgesetzt, daß ihnen die Erbschaft gleich anfangs ganz allein deferirt worden sey, und hier kein näherer da war, um dessen willen sie von dem Repräsentationsrechte Gebrauch machen müssen, 259. Die Erbfolge nach den Stämmen, nach welcher die Geschwisterkinder in einem Concurrenzfalle, vermöge des Repräsentationsrechts, succediren, wird dadurch keinesweges in eine Erbfolge nach den Köpfen verwandelt, 259. Hat des Erblassers leiblicher Bruder, welcher die Erbschaft ausgeschlagen hat, oder welcher vor der Antretung derselben gestorben ist, Kinder hinterlassen, so entsteht die Frage: ob diese Kinder mit zur Erbfolge kommen? 260. Auch bey Geschwisterkindern giebt es Fälle, wo eine successio in stirpes statt findet, wenn sie gleich nur allein erben, 261.

§. 1653 — 1656.

Wenn erben die Halbgeschwister, und deren Söhne und Töchter ab intestato? S. 261. Welche Geschwister werden bey der Intestaterbfolge eines Verstorbenen als seine Halbgeschwister beurtheilt? 261. Diejenigen Kinder, die blos durch eine unvollkommne Adoption mit einander verbunden worden, sind so wenig, als die zusammengebrachten Kinder, für Halbgeschwister zu halten, die einander ab intestato beerben, und selbst die Einkindschaft ändert hier der Regel nach nichts, 262. Wenn Halbgeschwister successionsfähig sind, so erben sie von einander, sie mögen Halbgeschwister vom Vater her, oder von der Mutter her, eheliche oder uneheliche seyn, 263. Auch die Söhne und Töchter verstorbener Halbgeschwister erben in der dritten Classe ab intestato, nur müssen sie in der ersten Classe, in Ansehung ihrer Eltern, vollkommen erbfähig seyn, 263. Sie haben ebenfalls ein Recht nach dem Repräsentationsrechte zu succediren, 263. Soll die Frage beantwortet werden, wie in der dritten Classe ab intestato succedirt wird, so sind drey Haupt-

Hauptfälle zu unterscheiden, 263. Sind Halbgeschwister allein vorhanden, so wird nach Köpfen geerbt, und ist nur ein Halbbruder vorhanden, so bekommt er die Erbschaft allein, 263. Wird auf den Ursprung des Vermögens Rücksicht genommen, wenn Halbgeschwister von verschiedener Art, nämlich consanguinei und vterini concurriren? 264. Es ist eine Hauptregel des neuern römischen Rechts, daß die Güter, so bald sie von den Eltern auf die Kinder vererbt worden sind, ihre ursprüngliche Beschaffenheit verliehren, und nun eine eigene Erbschaft ausmachen; es schließt auch die Successionsart nach den Köpfen ohnehin schon allen Unterschied des Vermögens aus, 264. Die Praxis nimmt auf den Unterschied des Vermögens Rücksicht, welches unmittelbar vom Vater oder von der Mutter des Verstorbenen herrührt; hingegen dasjenige Vermögen des Verstorbenen, das er von den übrigen väterlichen oder mütterlichen Ascendenten geerbt hat, wird als gemeinschaftlich getheilt, 265. Hinterläßt der Verstorbene Halbgeschwister und Halbgeschwisterkinder des ersten Grades, so erben die ersten nach den Köpfen und die letztern nach den Stämmen, vermöge des Repräsentationsrechts, 265. Concurrirt nur ein Halbbruder des Verstorbenen mit eines verstorbenen Halbbruders Söhnen, so findet blos die Erbfolge nach den Stämmen statt, 266. Auch bey Halbgeschwisterkindern wird in der Praxis ein Unterschied gemacht, wo das Erbschaftsvermögen herkommt, wenn sie vermittelst des Repräsentationsrechts in stirpes succediren, weil sie hier in die Rechte ihrer verstorbenen Eltern eintreten, 266. Sind blos Halbgeschwisterkinder vorhanden, so erben sie alle nach den Köpfen, und hier wird selbst nach der Praxis nicht weiter auf den Unterschied des Vermögens gesehen, 266. Ist ein Vaters Bruder des Verstorbenen vorhanden, so schließen ihn des Halbbruders Kinder schon iure ordinis aus, weil er zur vierten Classe der Intestaterben gehört, 266. Was für Personen succediren in der vierten Classe ab intestato? 267. Wer in der vierten Classe ab intestato succediren will, muß seinem Vater oder seiner Mutter selbst, durch welche er erben will, vollkommen succediren können, 267. Will Jemand in der vierten Classe ab intestato succediren, so muß zwischen ihm

und dem Erblasser keiner stehen, der in Ansehung seines Vaters oder seiner Mutter kein vollkommnes Recht zur Intestaterbfolge hat, 267. Ein unvollkommen adoptirtes Kind erbt in der vierten Classe von dem verstorbenen Erblasser nicht ab intestato, 268. Bey der Frage: wie in der vierten Classe succedirt wird, gilt die Regel, der nähere Verwandte schließt den entferntern Verwandten schlechterdings aus, und hier findet weder ein Repräsentationsrecht statt, noch wird auf die doppelte Verwandtschaft gesehen, 269. Die volle Geburt giebt in der vierten Classe kein stärkeres Recht zur Intestaterbfolge, 269. Mehrere Verwandte von eben dem Grade der Verwandtschaft erben nach Köpfen, 269. In der vierten Classe wird auf keinen Ursprung und Unterschied des Vermögens Rücksicht genommen, 269. In der vierten Classe der Verwandten, die ab intestato succediren, hört die Erbfolge mit keinem Grade auf, auch nicht mit dem zehnten, sondern wer erbfähig ist, kann erben, 270.

§. 1657 — 1662.

Von der Intestaterbfolge ex speciali fundamento, S. 270. Man erbt auf diese Art bisweilen das ganze Vermögen, bisweilen nur einen bestimmten Theil, bisweilen blos eine einzelne Sache, 270. Ein specielles Erbrecht hat der Verpfleger eines Blödsinnigen, 270. Der fremde Verpfleger tritt hier an die Stelle des ordentlichen Erben, welcher sich durch seine Undankbarkeit der Erbschaft unwürdig gemacht hat, und er muß daher auch dasjenige leisten, was der eigentliche Erbe zu thun schuldig gewesen wäre, 271. Aus einem besondern Fundament succedirt der überlebende arme Ehegatte mit den nächsten Verwandten des Erblassers, 271. Vom Erbrechte der Frau an dem Vermögen ihres Mannes vor Justinian, 271. Hinterließ der verstorbene Ehegatte Verwandte, so erbte der überlebende Ehegatte so wenig nach dem Civilrechte, als nach dem Edict des Prätors, er mochte reich oder arm seyn, 271. Was für eine Neuerung führte Justinian bey der Erbfolge der Ehegatten ein? 272. In der 53sten Novelle ist nur von einer solchen Wittwe die Rede, die dem Manne keinen Brautschatz zuge-

zugebracht hatte, 273. In der 117ten Novelle änderte Justinian manches ab bey der Intestaterbfolge der Ehegatten, 273. Concurrirt die Ehefrau mit drey oder weniger Erben ihres verstorbenen Ehemannes, so soll sie den vierten Theil der Erbschaft bekommen; wenn aber mehr als drey Erben da sind, soll sie nach dieser Novelle nur eine Virilportion bekommen, 273. Nach der 117ten Novelle als der neuesten Verordnung hat nur die Ehefrau, als überlebende Wittwe, ein Recht zur Intestaterbfolge mit den Intestaterben ihres verstorbenen Mannes, 274. Wie ist die 53ste Novelle mit der 117ten Novelle zu vereinigen? 274. Es ist wohl sicher, daß die 53ste Novelle durch die 117te Novelle, was das alte Erbrecht des armen Ehemannes betrifft, gänzlich aufgehoben worden ist, 275. Die Regel, daß Erbrechte wechselseitig sind, kann da nicht angewendet werden, wo die Gesetze deutlich das Gegentheil festgesetzt haben, 276. Das Successionsrecht der armen Wittwe setzt voraus, daß sie mit ihrem verstorbenen Ehemanne bis an den Tod in einer rechtmäßigen Ehe gelebt hat, 276. Auch die Braut hat die Rechte der armen Wittwe, wenn die Trauung ohne ihr Verschulden nicht geschehen ist, 277. Wenn ist die Wittwe für arm zu halten? 277. Die Absicht Justinians war, die Wittwe durch das ertheilte Erbrecht vor Dürftigkeit und drückendem Mangel zu schützen, davon sie während des Ehestandes nichts erfahren hat, 277. Darf die Wittwe den in Gesetzen festgesetzten Theil von der Erbschaft ihres Mannes fordern, wenn Kinder da sind, und sie hat reiche Eltern? 278. Ein Vater, der Vermögen hat, ist schuldig, seine in der Ehe gestorbene, unausgesteuerte Tochter auf seine Kosten begraben zu lassen, 278. Die Gesetze haben die Erbfolge der Wittwe blos auf den Fall der äußersten Noth, und als eine Ausnahme von der gewöhnlichen Regel der Erbfolge eingeführt, 278. Das Erbrecht der Wittwe wird gleich mit dem Tode des Mannes begründet, und kann ihr von dieser Zeit an, weder durch eine andere Heyrath, noch durch veränderte Umstände entzogen werden, 278. Der verstorbene Ehegatte wird als reich angesehen, wenn seine Verlassenschaft zum Unterhalt der Kinder und der Wittwe zureicht, 278. Sind nur drey oder noch weniger Erben da, mit denen

die Wittwe erbt, so bekommt sie den vierten Theil der Erbschaft, 279. Wenn vier oder mehr Erben da sind, so bekommt die Wittwe nicht mehr, als jeder Miterbe, das heißt, eine portionem virilem, 279. Eine falsche Meynung ist es, daß es auf die Zahl der Erben nur alsdenn ankomme, wenn der überlebende arme Ehegatte mit seinen Kindern concurrirt, 279. Erbt die arme Wittwe mit Enkeln, so werden sie nach den Stämmen berechnet, und nicht nach den Köpfen, 280. Sind die Intestaterben Kinder des reichen Ehegatten, welche die arme Wittwe mit diesem ihrem verstorbenen Ehemanne in der Ehe gezeugt hat, oder es sind Enkel von solchen erzeugten Kindern, so erlangt die arme Wittwe an ihrer Erbportion kein Eigenthumsrecht, sondern blos den Nießbrauch, und das Eigenthum gehört den Kindern, oder Enkeln, 280. Erbt die arme Wittwe mit solchen Kindern ihres verstorbenen Ehemannes, die in einer andern Ehe erzeugt worden sind, oder mit den Eltern desselben, oder mit dessen Seitenverwandten, so wird die Wittwe vollkommne Eigenthümerin des ererbten Antheils, 280. Stirbt die Wittwe in der zweyten Ehe, und hinterläßt Kinder aus derselben, so hat dieß nur die Folge, daß die Portion, welche die Wittwe aus der Verlassenschaft ihres ersten Mannes erhielt, von ihrem Nachlaß abgesondert werden muß, weil solche den Kindern der ersten Ehe zum Voraus gehört, 281. Justinian wollte nicht, daß das Eigenthum der Portion, wovon die Wittwe blos den Nießbrauch bekommen hat, den Kindern sogleich zu Theil werden, und unwiderruflich von ihnen erworben, sondern blos, daß es ihnen erhalten werden soll, 282. Bey der Bestimmung der Qualität und Quantität des Erbtheils der Wittwe wird lediglich auf die Zeit des Todes des Ehemannes gesehen, 282. Bey der Berechnung des Erbtheils der Wittwe muß sie sich dasjenige auf ihren Erbtheil anrechnen lassen, was ihr von ihrem Manne vermacht worden ist, 283. Ist der Brautschatz der Wittwe nicht so groß, daß sie davon leben kann, so wird er mit zur Erbschaft geschlagen, und nun bekommt sie den gewöhnlichen Antheil von des Mannes Erbschaft, 283. Die Wittwe ist schuldig, nach dem Verhältniß ihres Erbtheils, auch zur Bezahlung der Schulden ihres Mannes

Mannes beyzutragen, 283. Wie geschieht hier die Berechnung? 283. Bekommt die Wittwe blos den Nießbrauch ihres Erbtheils, so darf sie nichts zur Erbschaft conferiren, 284. Wie ist das Recht der Wittwe an der erhaltenen Erbportion beschaffen, wenn sie mit ihren leiblichen Kindern und mit ihren Stiefkindern ab intestato erbt? 284. Der Erbtheil der Wittwe wird wie ein Pflichttheil beurtheilt, 284. Kann die Wittwe das Testament ihres Mannes ganz umstoßen, worin sie von ihrem Erbtheile ganz ausgeschlossen worden ist? 284. Zur Erlangung ihres Erbtheils kann die Wittwe condictionem ex Lege anstellen, 285. Darüber wird sehr gestritten, ob die Wittwe wegen des ihr gebührenden Erbtheils als eine wahre Erbin zu beurtheilen sey, 285. Nimmt man an, daß die Wittwe in Ansehung des ihr gebührenden Erbtheils ein wahres gesetzliches Erbrecht hat, so kann ihr auch das ius accrescendi nicht ganz abgesprochen werden, 287. Von der Transmission des der Wittwe zu Theil gewordenen Erbtheils von der Erbschaft ihres Mannes, 287. Warum mußte die prätorische Intestaterbfolge ex edicto vnde vir et vxor eingeführt werden? 287. Von dem besondern Erbrechte gewisser Collegien und Corporationen, 288. Wie war legio und vexillatio unterschieden? 288. Was sind caduca legionum? 289. Ein besonderes Erbrecht hat die Kirche, wenn ein bey ihr angestellter Geistlicher gestorben ist, ohne ein Testament zu machen, 289. Nach dem Gerichtsgebrauche wird auch den Armenhäusern das Recht zugestanden, das Vermögen ihrer Beneficiaten an sich zu nehmen, wenn sie keine rechtmäßigen Erben hinterlassen haben, 290. Vom Erbrecht der Universitäten, 290. Haben Zünfte ein besonderes Erbrecht an dem Vermögen ihres Zunftgenossen? 290. Der socius liberalitatis principalis hat ein besonderes Erbrecht, 290. Was für Personen schließt der socius liberalitatis imperialis aus? 291. Die richtigere Meynung ist es wahrscheinlich, da der socius erst alsdenn in dem Antheile des Verstorbenen an der geschenkten Sache succediren soll, wenn gar keine Erben da sind, folglich das Wort Erbe hier in der gewöhnlichen Bedeutung zu nehmen ist, so kann die Absicht des Gesetzes wohl nur dahin gehen, daß blos der Fiskus dem socio

liberalitatis Principis nachstehen soll, 291. Wenn succedirt der Fiskus in das erblose Vermögen des ohne Erben verstorbenen Erblassers, nach der Analogie der Erbfolge, ab intestato? 292. Worauf gründet sich das Recht des Fiskus, das erblose Vermögen in Besitz zu nehmen? 292. Die Erbfolge des Fiskus ist zu dem Zweck eingeführt worden, damit, wenn auch gleich der Verstorbene keinen eigentlichen Erben hinterläßt, gleichwohl des Verstorbenen rechtliche Verhältnisse ihre Kraft zeigen, und durch den succedirenden Fiskus aufrecht erhalten werden sollen, 293. Wenn der Fiskus succediren will, muß erst eine Edictalcitation erlassen werden, 293. Bey den Römern hatte ein ganz eigenes rechtliches Verfahren bey diesen Fällen statt, 293. Liegt der vakante Nachlaß in verschiedenen Gerichtsbezirken, so ist es sehr bestritten, welcher Fiskus hier die Erbschaft bekomme? 294. Das Erbrecht des Fiskus rührt aus dem römischen Rechte her, und sollte folglich auch nach solchem beurtheilt werden, 294. Der Fiskus muß so gut, wie jeder andere Erbe, die Schulden des Verstorbenen bezahlen, 294. Reicht die Erbschaft zu Bezahlung der Schulden nicht zu, so streitet man darüber, wie weit der Fiskus hafte? 295. Muß der Fiskus über die vakante Erbschaft ein Inventarium errichten lassen? 296. Der Fiskus ist schuldig, wie jeder andere Erbe, die Vermächtnisse und Fideikommisse auszuzahlen, 296. Die Lex Julia caducaria ließ bey Testamentserben das ius accrescendi nicht gelten, 297. Der Fiskus muß sein Recht auf erblose Güter in vier Jahren ausüben, sonst geht es verlohren, 297. Es ist bey der Intestaterbfolge eine Hauptregel, viuentis non est hereditas, 298. Von der Erbfolge in das Vermögen eines Verschollenen, 299. Bey einem verschollenen Achtziger nimmt man nur die Hälfte der gesetzlichen fünf Jahre an, 299. Auf jeden Fall succedirt dem Verschollenen derjenige, welchem zur Zeit des präsumirten Todes die Erbschaft deferirt worden ist, weil jetzt erst von der Erbfolge die Frage seyn kann, 299. Bey römischen Bürgern, welche in der feindlichen Gefangenschaft gestorben waren, nahm man an, der Gefangene sey gleich in dem Moment, wo er sich gefangen geben müssen, gestorben, 300. Wie wird die Frage entschieden, wenn

zwey

zwey Personen zugleich gestorben sind, wer nunmehr der nächste Erbe dieser Personen sey? 300. Sind Eltern und Kinder zugleich ums Leben gekommen, so soll nach dem römischen Rechte darauf gesehen werden, wie alt die Kinder waren, da sie starben, 301. Vor dem siebzehnten Jahre wurde kein Römer zum Soldaten angeworben, 301. Sterben Eltern und Kinder zugleich eines natürlichen Todes, so wird angenommen, die Kinder haben die Eltern überlebt, 302. Wenn andere Personen, die keine Eltern und Kinder sind, von denen aber doch die eine Person die andere beerbt haben würde, in gleicher Lebensgefahr ums Leben kommen, so wird angenommen, keiner habe den andern überlebt, 302. Hätte der Vater nur seinem zuletzt sterbenden Sohne einen Fideikommißerben auf einen gewissen Theil der Erbschaft ernannt, und beyde Söhne sterben zugleich, so fällt das Fideikommiß weg, 303. Verliehren Ehegatten in einem sie betroffenen Unglücksfalle das Leben zugleich, so wird angenommen, kein Theil habe den andern überlebt, 304. Vom Anfall einer Erbschaft, 304. Welche Erben wurden bey den Römern sui heredes genennt? 304. Wenn hieß der Erbe heres extraneus? 305. Wie war die aditio hereditatis und die agnitio bonorum possessionis bey den Römern unterschieden? 305. Nur in Ansehung der heredum extraneorum fand der Unterschied statt, zwischen einer hereditas delata und acquisita, 306. Was ist hereditas iacens? 306. Die Intestaterbfolge gründet sich, wenn man das allgemeine Fundament derselben näher angeben will, der Regel nach auf den präsumtiven Willen des Verstorbenen, und man kann mit Recht sagen, daß sie gleichsam als ein Testament anzusehen sey, welches die Gesetze für den Verstorbenen nach seiner vermuthlichen Willensmeynung gemacht haben, 307. Es ist der Natur der Sache gemäß, daß die Erbfolge eines Verstorbenen nach den Gesetzen des Ortes zu beurtheilen sey, wo der Erblasser die mehreste Zeit wohnte, 307. Warum kann man annehmen, der Wille des Erblassers gehe dahin, daß ihm in sein ausländisches Vermögen eben so, wie in dasjenige, welches er an dem Orte seiner Wohnung besaß, nach den ihm bekannten Gesetzen seines Wohnortes succedirt werde, 308. Da die Erb-

schaft die Person des Erben vorstellt, so kann sie auch nur nach den Gesetzen beurtheilt werden, denen der Verstorbene für seine Person unterworfen war, 308. Gesetzt, der Verstorbene hätte ein nach den Gesetzen seines Wohnortes gültig gemachtes Testament hinterlassen, und darin über seine ausländischen Güter disponirt, so muß der iudex rei sitae solches ebenfalls als gültig anerkennen, 309. Die Erbfolge einer eximirten Person darf nicht nach den Statuten, denen die gemeinen Einwohner des Orts, wo diese Person wohnt, unterworfen sind, beurtheilt werden, sondern nach denjenigen Gesetzen, welche dem privilegirten Gerichtsstande, den der Verstorbene hatte, zur Vorschrift dienen, 309. Nach der Praxis wird auch hier ein Unterschied gemacht, zwischen dem beweglichen und dem unbeweglichen Nachlaß solcher Personen, 310. Die Erbschaft eines Vagabunden wird nach den Gesetzen des Ortes, wo er gestorben ist, beurtheilt, 310. Der Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten, die das Vermögen eines Verstorbenen ausmachen, und mit seinem Tode nicht erlöschen, wird die Erbschaft oder Verlassenschaft eines Menschen, im objectiven Sinn des Worts, genennt, 311. Nicht jedes Eintreten in die Stelle eines Verstorbenen ist für eine Erbfolge zu halten, 311. Ohne Erbschaft ist keine Erbfolge denkbar, 312. In ganz persönliche Rechte des Verstorbenen findet keine Succession statt, 312.

§. 1663 — 1669.

Es muß ein Unterschied gemacht werden, zwischen einer rechtmäßigen Erbfolge und einer gesetzlichen Erbfolge, S. 313. Nach teutschen Rechten kann eine Succession auch durch einen Erbvertrag begründet werden, 313. Bey Erbverträgen gilt die Regel des römischen Rechts nicht, paganus pro parte testatus et pro parte intestatus decedere nequit, 314. Bey der Conventionalerbfolge findet kein ius accrescendi statt, wenn mehrere Erben durch einen Vertrag bestimmt worden sind, 314. Bey uns muß bey der Entscheidung einer streitigen Erbfolge vor allen Dingen darauf Rücksicht genommen werden, ob und in wie weit eine vertragsmäßige Erbfolge statt finde, 314.

Die

Die Römer unterschieden diejenigen Verträge, welche über die eigene Erbschaft derjenigen Personen, die den Vertrag errichtet haben, geschlossen worden sind, von solchen Verträgen, die über die künftige Erbfolge einer dritten Person eingegangen worden waren, 315. Wie ist das pactum successorium dispositiuum affirmatiuum und pactum successorium dispositiuum negatiuum seu renunciatiuum unterschieden? 315. Nach den Grundsätzen des römischen Rechts hatten die Intestaterben ein Recht auf die Verlassenschaft ihres Verwandten, welches ihnen nur durch ein Testament, wenn es richtig gemacht worden, in welchem Falle es gesetzliche Kraft hatte, genommen werden konnte, 316. Die Verträge über die Erbschaft einer dritten unbestimmten Person waren bey den Römern verbindlich, 317. Unter den Teutschen fielen die Ursachen weg, um welcher willen die Erbverträge bey den Römern größtentheils verhaßt waren, 317. In den ältesten Zeiten gab es zweyerley Arten der Erbverträge in Teutschland, 318. Erst nachdem die teutschen Völker durch ihre Kriege mit den Römern die Testamente kennen lernten, fingen sie an, solche letzte Willensverordnungen zu errichten, wie die Römer hatten, 318. Die Geistlichkeit suchte den Gebrauch der Testamente unter den Teutschen auf alle mögliche Weise zu verbreiten, 318. Wie errichteten die Teutschen ihre letzten Willensverordnungen, ehe sie die Testamente kannten? 319. Heutiges Tages spricht man, der Regel nach, nach dem römischen Rechte, bis die Beybehaltung einer eigenen Art zu testiren, an einem Orte erwiesen ist, 319. Welche Personen dürfen Erbverträge in Teutschland schließen? 319. Wenn darf der letzte von der Familie einen Erbvertrag schließen? 319. Was versteht man unter Erbverbrüderungen? 320. Auch freye Bürger durften in alten Zeiten Erbverbrüderungen schließen, 320. Zum Beweise einer geschlossenen Erbverbrüderung ist es eingeführt worden, daß die Personen, unter welchen der Vertrag geschlossen worden, sich einander den Brudertitel geben, und einer des andern Wappen führt, 320. Von Ganerbschaften, 321. Was wurde bey Ganerbschaften der Burgfriede genennt? 321. Von Burgmannschaften, 321. Von Burgmännern und Burg-

Burgmannschaften, 322. Für Erbverträge darf man die Burgmannschaften nicht halten, 322. Wie sind die Stammgüter von der Errungenschaft unterschieden? 322. Stammgüter durften schlechterdings nicht veräußert werden, sondern sie gingen immer aus der Hand des einen Besitzers auf den andern fort, durch die sogenannte Erbfolge, 322. Die Erbfolge der Agnaten war eine bloße Lineal-succession, und weder eine Gradual-succession noch eine vermischte Erbfolge, 323. Starben die männlichen Descendenten aus, so fielen die Stammgüter an die Töchter, und nun wurde es bey der Erbfolge eben so gehalten, wie bey Mannspersonen, 323. Die Töchter succedirten nach Köpfen, die Enkel von einer Tochter nach Stämmen, 323. Durch eine falsche Anwendung des römischen Rechts wäre es beynahe dahin gekommen, daß für die teutsche Stammerbfolge eine römische Erbfolgeordnung eingeführt worden wäre, 323. Man wußte sich dagegen nicht anders zu helfen, als durch sogenannte Familienfideikommisse und Verzichtleistungen der Töchter auf die väterliche Erbschaft, so lange männliche Descendenten da seyn würden, 324. Unter dem hohen Adel hat sich das alte teutsche Recht über die Stammerbfolge durchgehends erhalten, 324. Es blieb der eingeführten Renunciationen ungeachtet immer noch ein unbezweifelter Rechtssatz, daß Töchter und ihre Nachkommen sogleich für erbfähig gehalten werden, wenn keine erbfähigen männlichen Descendenten des ersten Erwerbers vorhanden sind, 324. Was nennt man den Vorbehalt auf den ledigen Anfall? 324. Die erbfähigen weiblichen Descendenten des ersten Erwerbers eines Stammgutes heißen Regredienterben, 325. Es muß bey der Erbfolgeordnung der Regredienterben blos auf die nächste Verwandtschaft mit dem zuletzt verstorbenen Besitzer des Stammgutes, wie es nach dem römischen Rechte bey der Intestaterbfolge gehalten wird, gesehen werden, 325. Behält sich die Verzicht leistende Tochter gewisse Rechte vor, so wird die Sache dadurch in den Stand zurück gesetzt, worin sie vor der geschehenen Verzichtleistung war, wenn der ledige Anfall eintritt, 326. Wie geschehen die Verzichtleistungen? 326. Stillschweigende Verzichtleistungen werden nicht vermuthet, 326. Dürfen sich die Töchter weigern,

weigern, Verzicht zu leisten? 327. Adeliche Töchter haben von Stammgütern keinen Pflichttheil zu fordern, 327. Wie müssen Verzichtleistungen der Töchter erklärt werden? 327. Man erklärt jede Begebung eines Rechts allemal nach den Umständen, unter welchen sie geschehen sind; ändern sich die Fälle völlig, so kann auch die ehedem geschehene Renunciation nicht weiter gelten, 327. Wenn gelten die Verzichtleistungen ganz und gar nicht? 328. Die Teutschen ließen alle gleich nahe erbfähige Erben zur Theilung der Erbschaft, 328. Wodurch ist die Erbfolgeordnung nach Primogeniturrecht eingeführt worden? 328. Wenn wird die Erbfolgeordnung eine Linealsuccession genennt? 328. Was nennt man die Gradualsuccession? 329. Bis in den Anfang des dreyzehenten Jahrhunderts war in Teutschland bey dem hohen Adel die Primogenitur durchgängig im Gebrauch, 329. Auch der niedere Adel führte die Primogenitur ein, 329. Was wird zu Einführung der Primogenitur erfordert? 329. Wie werden die jüngern Brüder bey der Erbfolge nach Primogeniturrecht abgefunden? 330. Man darf diese Abfindung nicht nach den Rechtssätzen vom römischen Pflichttheile beurtheilen, 330. Vermehrt der Erstgebohrne seine Einkünfte durch Sparsamkeit, so darf von den jüngern Prinzen keine Vermehrung ihrer Apanage gefordert werden, 331. Eine eigene teutsche Erbfolgeordnung ist der Majorat, 331. Man muß die Linealsuccession des gemeinen Rechts, und die Linealsuccession bey der Primogenitur genau unterscheiden, 331. Im gemeinen Rechte wird die ganze Anzahl von Verwandten, welche einen gemeinschaftlichen Stammvater mit dem Verstorbenen hatten, eine Linie genennt, 331. Die Descendenten des zuletzt Verstorbenen machen keine Linie, und nach dem gemeinen Rechte giebt es auch hier keine Linealsuccession, 332. Bey der Erbfolge der Seitenverwandten nimmt das römische Recht blos auf die Grade Rücksicht, das Lehnrecht sieht aber zugleich auf den gemeinen Stammvater, 332. Von der Vererbungsart, welche die Linealsuccession des gemeinen Rechts heißt, weicht die Erbfolge vermöge eines gestifteten Majorats nur in so ferne ab, daß allemal unter mehrern, welche in einer und eben derselben Linie und Grade stehen, nur der älteste

älteste erbt, 333. Der Minorat ist diejenige ausschließende Erbfolgeart, da unter mehrern erbfähigen Personen die jüngste der ältern vorgezogen wird, 333. Vom Seniorat, 333. Die Worte, Erstgeburt, Seniorat, Majorat, Minorat, der Aelteste, werden sowohl in den Urkunden, als auch in den Schriften der Rechtsgelehrten oft verwechselt, 333. Bisweilen ist unter dem Worte, der Nächste, ein Majorat zu verstehen, 333. Was wird unter der Einkindschaft verstanden? 334. Aus Unbekanntschaft mit der Natur der Einkindschaft haben die ältern Rechtsgelehrten Grundsätze des römischen Rechts von Adoptionen darauf unrichtig angewendet, 335. In der ersten gesetzlichen Verordnung, welche im Maynzischen abgefaßt worden, wurde dieser Fehler begangen, 335. Wenn bey vorhandenen unmündigen Kindern eine Einkindschaft geschlossen werden soll, so müssen ihnen Vormünder von der Obrigkeit dazu bestellt werden, 336. Nur leibliche Eltern haben das Recht, zum Besten ihrer Kinder eine Einkindschaft zu schließen, aber Stiefeltern dürfen es nicht, 336. Worauf hat die Obrigkeit zu sehen, wenn eine Einkindschaft bey vorhandenen unmündigen Kindern geschlossen werden soll? 336. Den Kindern, welche viel reicher sind, als die übrigen Kinder, wird eine besondere Summe allein ausbedungen, welche sie bekommen, und diese Summe wird der Voraus genennt, 336. Es dürfen keine andern Güter in die Einkindschaft gezogen werden, als diejenigen, worüber beyde Eltern auf den Todesfall zu disponiren berechtigt sind, 337. Unbestimmte künftige Erbfälle, oder andere blos zu hoffen habende Vermögensstücke dürfen nicht zur Einkindschaft gezogen werden, 337. Beyspiel, wie bey Errichtung der Einkindschaft verfahren wird, 337. Worauf hat der Richter bey Prüfung des Vermögens, worüber die Einkindschaft geschlossen werden soll, Rücksicht zu nehmen? 339. Wie ist der Voraus und die Ausnahme der Eltern unterschieden? 340. Bey der Frage: Was für rechtliche Folgen mit einer Einkindschaft verbunden sind, müssen zweyerley Rechte genau unterschieden werden, 340. Der Vater bekommt durch die vorgenommene Einkindschaft nicht die väterliche Gewalt über die Kinder seiner Frau, 341. Davon hängen wichtige Folgen ab, 341. Durch eigene Landesgesetze ist dem

dem Vater die väterliche Gewalt zugesprochen worden, weil man die Einkindschaft wie die Adoption beurtheilte, 341. Auf die Vermögensrechte hat die Einkindschaft den Einfluß, daß die eingekindschafteten Kinder von beyden Eltern eben so viel erben, als jedes ihrer leiblichen Kinder, 342. Die Einkindschaft ist ein wahrer Erbvertrag, der mit dem Pflichttheile nichts zu thun hat, 342. Ueber dasjenige Vermögen, welches nicht zur Einkindschaft gezogen worden, können Eltern ein Testament machen, oder unter den Lebendigen disponiren, wenn sie wollen, 342. Ist die Einkindschaft nicht auf die gehörige Weise errichtet worden, so kann sie durch die Nichtigkeitsklage oder die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angefochten werden, 343. Wie kann eine Einkindschaft mit Bewilligung beyder Theile aufgehoben werden? 343. Die Obrigkeit hat bey Einkindschaften in allen Stücken, wo es auf das Beste der Kinder ankommt, eben die Rechte und Pflichten zu beobachten, welche ihr als Obervormund zustehen, 343. Eltern können die Einkindschaft aufheben, wenn Kinder ihres groben Undanks wegen diese Strafe verdienen, 344. Alsdenn bedarf die Einkindschaft keiner obrigkeitlichen Bestätigung, wenn alle Kinder majorenn sind, oder wenn die Einkindschaft an solchen Orten errichtet wird, wo keine Gütergemeinschaft eingeführt ist, 344. Jeder Richter, der auch nur die bürgerliche Gerichtsbarkeit hat, darf Einkindschaften bestätigen, welche Personen seines Gerichtssprengels betreffen, doch muß er berechtigt seyn, Vormünder zu bestätigen, 344. Die von den Eltern abgeredete Einkindschaft wird dem Richter entweder schriftlich überreicht, oder mündlich zu Fertigung eines Protokolls darüber vorgetragen, 345. Die Einkünfte von dem Voraus läßt man gewöhnlich den Eltern, damit ihnen die Erziehung der Kinder nicht zu schwer wird, 346.

Lib. XXXIX. Tit. I.

de noui operis nunciatione.

§. 1670 — 1675.

Was wird in Gesetzen nouum opus genennt? S. 347. Wie geschahe die nunciatio noui operis bey den Römern? 347. Das mündliche Verbot des neuen Baues und die deswegen geleistete Sicherheitsbestellung hatte die Folge, daß man nunmehr den Gegentheil als Besitzer anerkennen mußte, 348. Wer das Verbot eines neuen Baues brauchen will, muß ein Realrecht an der Sache haben, zu deren Nachtheil die Neuerung geschieht, 349. Wie kann ein Miteigenthümer, und ein Usufructuarius den neuen Bau hindern? 349. Darf die nunciatio noui operis bey Landservituten gebraucht werden? 350. Geschahe das Verbot der neuen Anlage mündlich, so mußte es an dem Orte selbst eingelegt werden, wo die Neuerung geschehen war, 350. Das Verbot der neuen Anlage setzt eine Neuerung voraus, die Jemand dem Andern zum Nachtheil an einer unbeweglichen, oder an einer damit in Verbindung stehenden Sache vorgenommen hatte, 351. Eine unerlaubte Anlage ist es, wenn Jemand eine Wand bauen läßt, die nicht da gewesen ist, oder er läßt eine da gewesene Wand wegreißen, oder eine Hecke, einen Zaun führen, oder wegnehmen, 351. Die nunciatio noui operis hat statt, wenn Jemand eine solche Neuerung vornehmen will, von der er gar keinen Nutzen hat, 351. Wie ist die Anzeige abzufassen, die man dem Richter übergiebt, um die neue Anlage zu untersagen? 352. Von der allgemeinen und besondern Wirkung der geschehenen Anzeige des neuen Baues, 352. Wer die Selbsthülfe bey der Verhinderung der neuen Anlage brauchen will, muß es in continenti thun, 353. Was für eine Wirkung hatte bey den Römern die nunciatio noui operis per iactum lapilli? 353. Der Richter soll nach geschehenem Gesuch um das Verbot des angefangenen Werkes von dem Imploranten den Eyd für Gefährde fordern, 353. Von der Sicherheit, die wegen des angefangenen neuen Baues bestellt werden muß, 354.

Lib.

Lib. XXXIX. Tit. II.

de damno infecto et ſuggrundiis et protectionibus.

§. 1676—1682.

Wie mußte man ſich bey den Römern gegen den Schaden Sicherheit verſchaffen, den man dadurch leiden konnte, wenn ein baufälliges Gebäude auf unſern Grund und Boden gefallen war? S. 355. Von der miſſio ex primo et ex ſecundo decreto, 356. Wie wird heut zu Tage verfahren, wenn ich durch des Nachbars baufällige Dinge Schaden leiden kann, wenn ſie auf meinen Grund und Boden fallen? 356.

Lib. XXXIX. Tit. III.

de aqua et aquae pluuiae arcendae actione.

§. 1683—1686.

Wenn hat actio aquae pluuiae arcendae ſtatt? S. 358. Was heißt Regenwaſſer? 358. Das verbotene Werk muß auf einem Privatgrundſtück unternommen oder niedergeriſſen worden ſeyn, 358. Sehr oft muß cautio damni infecti beſtellt werden, 358. Bisweilen muß actio ex Lege Aquilia angeſtellt werden, 359. Wenn hat actio negatoria de fluminibus et ſtillicidiis ſtatt? 359. Wie muß der durch ein verbotenes Werk veränderte Lauf des Regenwaſſers beſchaffen ſeyn, wenn die Klage dieſes Titels gebraucht werden ſoll, 359. Bisweilen muß das interdictum quod vi aut clam gebraucht werden, 359. Dieſer Titel findet ſeine Anwendung, wenn der Nachbar Graben ziehen laſſen, um dadurch das Regenwaſſer auf meine Felder zu ziehen, 360. Die Bitte bey der Klage dieſes Titels richtet ſich nach Beſchaffenheit des Falles, weswegen geklagt worden iſt, 360.

Lib. XXXIX. Tit. V.

de donationibus.

§. 1694 — 1706.

Wenn ist eine Schenkung geschehen? S. 362. Eine Schenkung kann auf zweyerley Weise geschehen, 362. Nach seiner ursprünglichen und eigentlichen Bedeutung heißt donatio die wirkliche Weggabe der Sache, 362. Die Schenkung ist als ein modus adquirendi naturalis zu betrachten, 363. Das älteste bekannte römische Gesetz, welches von Schenkungen handelte, war die Lex Cincia, 364. Wie ist die Schenkung unter den Lebendigen und die Schenkung auf den Todesfall unterschieden? 365. Was ist mortis causa capio? 366. Die Schenkung unter den Lebendigen ist von sehr verschiedener Art, 367. Wie ist donatio remuneratoria und donatio modalis unterschieden? 367. Justinian hat die Schenkung für ein pactum legitimum erklärt, 368. Jede Schenkung muß die Eigenschaften eines Vertrags haben, 368. Alle Sachen, worüber man Verträge schließen kann, dürfen verschenkt werden, 368. Alle Verbindlichkeiten des Schenkers gehen nicht auf den Beschenkten über, weil er kein successor vniuersalis ist, 369. Was ist bey Schenkungen zwischen Vater und Sohn Rechtens? 369. Wenn kann eine Schenkung unter den Lebendigen widerrufen werden? 371. Der Schluß von der querela inofficiosi testamenti auf die querelam inofficiosae donationis ist richtig, 371. Wenn kann die Schenkung unter den Lebendigen wegen eines begangenen Undanks widerrufen werden? 372. Wenn der Schenkgeber nach der Schenkung Kinder bekommt, so kann die Schenkung von ihm widerrufen werden, 373. Wer kann nichts verschenken? 374. Von Schenkungen unter Ehegatten, 375. Nach neuern Gesetzen muß eine Schenkung über 500 Dukaten gerichtlich geschehen seyn, 377. Aus einer Schenkung, in so weit sie 500 Dukaten übersteigt, kann ich nicht belangt werden, wenn sie nicht gerichtlich insinuirt worden ist, 377. Was für Klagen kann der Schenkgeber anstellen? 378. Die angeführten Klagen finden auch bey Schen-

Schenkungen unter Ehegatten statt, 380. Wenn hat querela inofficiosae donationis statt, und wenn muß actio ad supplementum legitimae gebraucht werden? 381. Bisweilen muß wegen der Schenkung condictio causſa data, causſa non secuta angestellt werden, 381. Was für Kinder muß der Schenkgeber nach geschehener Schenkung bekommen haben, wenn er die Schenkung widerrufen will? 382. Was für Fälle sind zu unterscheiden, wenn auf den Widerruf der Schenkung wegen vorhandener Kinder soll geklagt werden können? 383. Ueberlebt der Schenker seine Kinder, so kann er die Schenkung deswegen doch widerrufen, 384. Sogar wider eine Kirche kann man auf die Zurückgabe der Schenkung klagen, propter superuenientiam liberorum, 385. Was ist die actio ingrati? 388. Von der querela inofficiosae donationis, 392. Von der querela inofficiosae dotis, 397. Was für Klagen kann der Beschenkte anstellen, wenn ihm etwas gültig geschenkt worden ist? 402.

Lib. XXXIX. Tit. VI.

de mortis causa donationibus et capionibus.

§. 1707 — 1712.

Was ist donatio mortis causa? S. 406. Diese Schenkung ist ein Mittelding zwischen einem Vertrage und einem letzten Willen, 407. Worin kommt die Schenkung von Todeswegen mit einem letzten Willen überein? 407. Nur solchen Personen kann etwas auf den Todesfall geschenkt werden, denen man im letzten Willen etwas hinterlassen darf, 408. Was hat die Schenkung von Todeswegen mit den Verträgen gemein? 409. Von der Annahme der Schenkung von Todeswegen, 410. Bey der Frage, was für Klagen aus einer geschehenen Schenkung von Todeswegen herrühren, ist ebenfalls, wie bey Schenkungen unter den Lebendigen, die Person des Schenkers und des Beschenkten zu unterscheiden, 411. Der Schenker hat außer der nützlichen Eigenthumsklage die Condiction ex Lege 30. D.

de mort. cauſſa donat. 413. Was für Klagen kann der von Todeswegen Beſchenkte anſtellen? 413. Iſt das Geſchenk dem Beſchenkten von Todeswegen nicht übergeben worden, und er ſtirbt, ohne daß der Schenkgeber die Schenkung widerrufen hat, ſo hat der Beſchenkte Realklagen und perſönliche Klagen, 414.

Lib. XLI. Tit. I.

de acquirendo rerum dominio.

§. 1726 — 1735.

Wie iſt der Titel des Realrechts und der modus acquirendi unterſchieden? S. 418. Es giebt viele Titel, 420. Von der Occupation, 421. Die herrenloſen Sachen ſind dreyerley, 421. Zur Occupation wird die Apprehenſion erfordert, 422. Von der Jagd, 423. Iſt es erlaubt, in einem fremden Teiche oder See zu fiſchen? 425. Darf man Thiere, welche ihrem Eigenthümer entlaufen ſind, einfangen? 426. Von der Eroberung im Kriege, 429. Vom iure poſtliminii bey den Römern, 431. Vom Finden, 432. Von der Erwerbung eines gefundenen Schatzes, 432. Was iſt bey verlohrnen Sachen Rechtens? 434. Vom Strandrechte, 437.

§. 1736 — 1746.

Von der Acceſſion oder Erwerbung einer acceſſoriſchen Sache, S. 438. Was iſt die Hauptſache, und welche Sache muß als Nebenſache betrachtet werden? 438. Von Inſeln, 440. Von der Alluvion und Avulſion, 441. Vom Flußbette, wenn der Fluß einen andern Lauf genommen, 443. Von der künſtlichen Acceſſion, 444. Wenn das principale mein Eigenthum iſt, und ich habe eine fremde Sache damit verbunden, ſo wird die res acceſſoria durch die Verbindung mein Eigenthum, 445. Was iſt bey der Vergütung der acceſſoriſchen Sache Rechtens? 446. Wie wirds gehalten, wenn der Eigen-

Eigenthümer der accessorischen Sache die fremde Hauptsache damit verbunden hat? 447. Von der Adjunction, 447. Die Römer wirkten Purpurfäden in ihre Kleider, und besetzten sie auch mit Purpurstreifen, 448. Von der Accession, welche durch das Bauen geschieht, 449. Von der Specifikation, 451. Unter welchen Umständen wird die Specifikation ein Erwerbungsmittel des Eigenthums? 451. Muß der Specifikant in bona fide seyn, wenn er den neuen Körper acquiriren will? 454. Von der Commixtion, 455. Von der Confusion, 455. Was ist bey geschehener Commixtion Rechtens? 457. Von der Erwerbung des Eigenthums durch Säen und Pflanzen, 458. Von Bäumen, die an der Gränze stehen, 459. Von der Erwerbung der Früchte, die eine Sache trägt, 461. Der Eigenthümer zieht die Früchte iure soli, wie es in Gesetzen heißt, 463. Auch ein bonae fidei possessor hat das Recht auf die Früchte, 465. Wie wirkt die Einlassung auf die Klage auf den fidem des Besitzers? 467. Von der Erwerbung des Eigenthums durch die geschehene Uebergabe, 471.

Lib. XLI. Tit. II.

de acquirenda vel amittenda possessione.

§. 1747 — 1754.

Was versteht man unter dem Besitz? S. 476. Wie lange habe ich den körperlichen Besitz einer Sache? 478. Mein physisches Vermögen, über die im Besitz habende Sache zu disponiren, kann durch äußerliche Umstände, oder durch Verträge, auf eine Zeitlang erschwert oder eingeschränkt werden, 479. Wenn habe ich den Besitz einer unbeweglichen Sache verlohren? 481. Es giebt verschiedene Arten des Besitzes, 483. Was versteht man unter dem Civilbesitze? 485. Die römischen Rechtsgelehrten machten bey dem natürlichen Besitze verschiedene sehr subtile Abweichungen, 486. Vom wahren Besitz und dem analogischen oder Quasibesitz, 487. Wie besitzt man blos intellectuell? 488. Wie wird der Besitz erworben? 489. Beym con-

constituto possessorio wird der Besitz ohne eine körperliche Handlung erworben, 490. Wie lange bleibt man im Besitz? 491. Wenn kann gesagt werden, dolo possidere desii? 492. Was soll der Satz anzeigen: nemo sibi causam possessionis mutare potest? 492. Von den allgemeinen Wirkungen des Besitzes, 493. Der fehlerfreye Besitz bewirkt das Retentionsrecht, 495. Was sollen die Worte anzeigen: bona fides tantundem possessori praestat, quantum veritas, 496. Ein unvordenklicher Besitz vertritt die Stelle eines rechtlichen Titels, 497.

Lib. XLI. Tit. III.

de vsurpationibus et vsucapionibus.

§. 1755 — 1776.

Wenn werde ich Eigenthümer einer Sache, ohne eine dazu gekommene Verjährung? S. 497. Was versteht man unter der Verjährung, oder Präscription? 498. Geschichte der römischen Gesetzgebung über die Verjährung, 500. Hat Justinian die Usukapion und die Präscription zusammen geschmolzen? 503. Wenn wird eine Sache nach dem römischen Rechte in drey Jahren verjährt? 505. Wie wird die Zeit der Verjährung berechnet, wenn einer von den Interessenten zum Theil gegenwärtig, zum Theil abwesend gewesen ist? 506. Von der bona fides bey der Verjährung, 507. Vom Besitz bey der Verjährung, 509. Von der Unterbrechung des ruhigen Besitzes, 512. Vom rechtmäßigen Titel bey der Verjährung, 518. Welche Sachen können nicht in der gewöhnlichen Zeit verjährt werden? 520. Von der dreyßigjährigen Verjährung, 523. Von der vierzigjährigen Verjährung, 526. Von der hundertjährigen Verjährung, 528. Von der Immemorialpräscription, 529. Die vorhandene Verjährung bewirkt bisweilen eine Einrede, bisweilen kann aber auch auf ihre Aufhebung geklagt werden, und es hat actio rescissoria statt, 532.

Lib.

Lib. XLII. Tit. I.

de re iudicata et de effectibus sententiarum et de interlocutionibus.

§. 1784 — 1797.

Von der Acteninrotulation, S. 542. Was versteht man unter den Erläuterungsacten? 545. Wie viel Fakultäten können verbeten werden? 548. Von der Actenversendung, und ihrer Absicht, 551. Von der Beschaffenheit der heutigen Fakultäten und Schöppenstühle, 554. Vom Referenten, 561. Was nennt man ein Urthel, oder rechtliches Erkenntniß? 568. Von Zweifels- und Entscheidungsgründen, 576. Was nennt man rationes respondendi? 577. Wie ist ein Urthel und eine Instruction unterschieden? 580. Von rechtlichen Gutachten, 582. Von der Publikation des abgefaßten Urthels, 585. Von der Rechtskraft des Urthels, 586. Einige wenige Arten richterlicher Verfügungen werden niemals rechtskräftig, 589. Was hat der Referent zu prüfen, wenn ein Endurthel abgefaßt werden soll? 591. Im Endurthel soll über alles erkannt werden, 595. Wenn ist ein Urthel unheilbar nichtig? 599. Kann der Kläger verurtheilt werden? 601. Wenn müssen dritte Personen ein Urthel respectiren? 604. Von der Exekution eines rechtskräftigen Urthels, 608. Von der Liquidation der zuerkannten Forderung, 610. Wie muß die Exekution des Urthels vorgenommen werden? 624. Von der Subhastation, 638. Von der actio iudicati bey den Römern, 652.

Lib. XLII. Tit. II.

de confessis.

§. 1798 — 1801.

Was nennt man ein Geständniß? S. 657. Was versteht man unter der confessione qualificata? 660.

Lib. XLII. Tit. V.

de rebus auctoritate iudicis possidendis.

§. 1812—1822.

Was versteht man unter dem Wort Concurs? S. 664. Vom imminenten Concurs, 671. Vom materiellen Concurs, 673. Vom formellen Concurs, 674. Vom allgemeinen und besondern Concurs, 675. Bey welchem Richter muß der allgemeine Concurs geführt werden? 678. Verlangt der Gemeinschuldner selbst die Eröffnung des Concurses, so muß der Richter gleich Anstalt dazu machen, 681. Von Nachlaßverträgen, 684. Wie muß der Concursproceß geführt werden? 686. Von der Pflicht des Concursvertreters oder litis curatoris, 687. Von der Liquidation der Schulden, 690. Vom Lokationsurthel, 696. Vom Distributionsbescheide, 698.

Lib. XLII. Tit. VI.

de separationibus.

§. 1823—1827.

Es ist Hauptsache bey der Festsetzung der Concursmasse, daß alles abgesondert wird, was nicht dazu gehört, S. 699.

Lib. XLII. Tit. VII.

de curatore bonis dando.

§. 1828. 1829.

Was hat der Richter bey der Versiegelung des Concursvermögens zu beobachten? S. 701. Wenn wird kein Güterpfleger angenommen? 703. Was für Pflichten hat der Güterpfleger zu beobachten? 704.

Lib.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0086
DFG

Lib. XLII. Tit. VIII.

Quae in fraudem creditorum facta sunt, vt restituantur.

§. 1830—1832.

Was ist Rechtens, wenn der Gemeinschuldner eine arglistige, zum Schaden der Gläubiger gereichende Veräußerung vorgenommen hat? S. 707. Wenn kann das interdictum fraudatorium gebraucht werden? 707. Wenn hat actio Paulliana statt? 708. Die actio Paulliana ist theils realis, theils personalis, 712.

Lib. XLIII. Tit. I—XXXIII.

de interdictis.

§. 1833—1878.

Was nennten die Römer ein Interdict? S. 715. Vom Interdict quorum bonorum, 717. Vom Interdict quod legatorum, 720. Vom Interdict ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, 721. Vom Interdict de tabulis exhibendis, 721. Vom Interdict de vi et vi armata, 725. Vom Interdict vti possidetis, 727. Vom Interdict de superficiebus, 730. Vom Interdict de itinere actuque priuato, 732. Vom Interdict de aqua quotidiana et aestiua, 734. Vom Interdict de riuis, et de fonte, 736. Vom Interdict de cloacis et quod vi aut clam, 738. Vom Interdict de remissionibus, de precario, de arboribus caedendis, de glande legenda, de libero homine exhibendo, 741. Vom Interdict de liberis exhibendis,

item ducendis, vtrubi, de migrando, 744. Vom interdicto Saluiano, 748.

Lib. XLIV. Tit. I.

de exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis.

§. 1879 — 1888.

Was versteht man unter einer Einrede? S. 750. Was nennt man die Replik? 755.

Lib. XLIV. Tit. III.

de diuersis temporalibus praescriptionibus et accessionibus possessionum.

§. 1891 — 1894.

Die extinctive Verjährung erstreckt sich hauptsächlich auf die Klagen, S. 757. Wer ist in mala fide? 759. Wie lange dauert eine Klage? 763. Bey der Verjährung der Realklagen sind zwey Dinge genau zu unterscheiden, 764. Wenn wird die actio pignoratitia verjährt? 766. Von der Verjährung der persönlichen Klagen, 769.

Lib. XLV. Tit. II.

de duobus reis constituendis.

§. 1903 — 1906.

Wenn hat obligatio in solidum statt? S. 772. Was ist obligatio correalis actiua und passiua? 774.

Lib.

Lib. XLVI. Tit. I.

de fideiussoribus et mandatoribus.

§. 1908 — 1919.

Wer wird ein Bürge genennt? S. 779. Es giebt dreyerley ähnliche Geschäfte, die man für keine wirkliche Bürgschaften halten darf, 779. Wer wird mandator genennt? 779. Was versteht man unter der Expromission? 779. Wer kann Bürge werden? 780. Die Bürgschaft setzt eine gültige Verbindlichkeit voraus, 781. Die Wirkungen der Bürgschaft sind verschieden, 783. Die Bürgen haben drey Rechtswohlthaten, 784. Was versteht man unter der Rechtswohlthat der Excussion? 784. Vom beneficio cedendarum actionum, 786.

Lib. XLVI. Tit. II.

de nouationibus et delegationibus.

§. 1920 — 1926.

Wenn sagt man obligatio ipso iure tollitur? S. 788. Von den Tilgungsarten der Verbindlichkeiten, welche ope exceptionis geschehen, 789. Die Tilgungsarten, die ipso iure geschehen, sind entweder communes oder proprii, 789. Was versteht man unter der Novation? 790. In welchen Fällen kommt die nouatio cumulatiua voluntaria vor? 790. Die eigentliche oder privative Novation ist entweder mit einer Delegation verbunden, oder dieses ist nicht der Fall, 791. Wenn geschieht die Delegation ohne Novation? 792. Worin besteht die Delegation, oder Uebertragung einer Schuld? 793. Von den Wirkungen der eigentlichen Delegation, 794. Von der Assignation, 795.

Lib.

Lib. XLVI. Tit. III.

de solutionibus et liberationibus.

§. 1927 — 1935.

Das Wort solutio hat verschiedene Bedeutungen, S. 796. Wer kann bezahlen? 796. Was ist datio in solutum? 798. Muß der Schuldner die ganze Schuld auf einmal bezahlen? 799. Wie muß die Zahlung geleistet werden? 799. Sobald der Schuldner alles richtig bezahlt hat, was er schuldig war, hört seine zeitherige Verbindlichkeit völlig auf, 800.

Lib. XXXVII. Tit. I.

de

bonorum possessionibus.

§. 1598.

Wie schwer es sey, in der ganzen Materie vom Erbrechte überall richtige und zusammenhängende Grundsätze aufzustellen, und bey Entscheidung der Prozesse in Erbschaftsangelegenheiten die richtigste Anwendung davon zu machen, das wissen philosophische Rechtsgelehrte, die zu Ausarbeitung eines Gesetzbuchs gebraucht worden sind, und die Beysitzer der höchsten Gerichte, denen es darum zu thun ist, ihre schweren Pflichten, als die höchsten Richter im Lande, die im Namen des Regenten die Gerichtsbarkeit verwalten sollen, auf das gewissenhafteste zu erfüllen. Beschäftigt sich ein solcher Rechtsgelehrter mit der schweren Arbeit, alle Grundsätze des römischen Rechts über diesen Gegenstand genau kennen zu lernen, und richtig zu verstehen; so entgeht ihm die Bemerkung nicht, daß hier unendliche Schwierigkeiten vorkommen, wenn man alle davon handelnde Gesetze richtig erklären, und mit unsern heutigen philosophischen Grundsätzen über die Erbschaftsmaterie genau zusammen halten will.

Liest man mit beständiger Rücksicht auf diese Wahrheiten, alle vom Erbrechte handelnden Schriften, alter

und neuer Rechtsgelehrten, durch, so darf man sich nicht wundern, daß man nicht selten Behauptungen findet, die für falsch gehalten werden müssen. Ein Rechtsgelehrter, der nach moralischen Grundsätzen handelt, wird zwar diese Unrichtigkeiten nicht für gleichgültig ausgeben, aber doch auch nicht über die Verfasser der Schriften, worin man dergleichen Irrthümer findet, mit einer hämischen und sittenlosen Kritik herfallen, sondern ihm wird es blos um Verbreitung richtiger Grundsätze, durch Anzeige der ihm falsch vorkommenden Behauptungen zu thun seyn. Hätten einige unserer jetzigen Rechtsgelehrten, die über diese Materie geschrieben haben, sich von dieser guten Seite zeigen wollen; so würden ihre Schriften gewiß mehr Nutzen gestiftet, und ihr Andenken auf eine edlere Art empfohlen haben, als man bey der geführten Sprache in ihren Schriften annehmen kann.

Einen unumstößlichen Beweis, wie viel Mühe es koste, die Grundsätze des römischen Rechts von dem Erbrechte, nach ihrem ganzen Umfange, kennen zu lernen, kann man von dem durch die Edicte der Prätoren eingeführten Erbrechte, welches unter der Benennung, bonorum possessio, bekannt ist, hernehmen. In den neuesten Schriften über diesen Gegenstand findet man folgende Behauptungen von der Einführung dieses Erbrechts vorgetragen [a]). — Außer der alten gesetzlichen und streng römischen, jedoch durch das neue Civilrecht schon vor Justinian etwas erweiterten und gemilderten Intestaterbfolge, oder hereditas legitima, im eigentlichen Verstande, gab es noch eine andere durch die Jurisdiction und das Edict des Prätors eingeführte, mehr natürliche und billigere Successions-

a) Bonorum possessio, Litterarisches Testament nebst Commentar, Revision und Codicill, vom Geheimenrath und Kanzler D. Koch. Giesen 1799. S. 22. u. folg. — Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des ältern u. neuern Römischen Rechts, als Beytrag zur Erläuterung der Pandekten, von D. C. F. Glück, Königl. Preuß. Hofrathe u. s. f. Erlangen 1803. S. 181. flg.

cessionsart, welche bonorum possessio genennt wird, schreibt Herr Hofrath Glück. Wenn diese Successionsart entstand, und wer ihre Urheber gewesen, liegt zwar im undurchdringlichen Dunkel verhüllt; so viel ist indessen gewiß, daß sie zu Cicero's Zeiten schon in lebhaftem Gebrauch war [b]).

Der Prätor hatte bey Einführung derselben eine doppelte Absicht. Er wollte dadurch die Mängel der alten Intestaterbfolge verbessern, welche durch die Gesetze der zwölf Tafeln in gar zu enge Grenzen eingeschlossen war, und welche daher zu manchen Unbilligkeiten Anlaß gab. Es waren in dem alten Successionssystem vorzüglich drey erhebliche Mängel bemerklich, die dem Prätor einer nothwendigen Verbesserung zu bedürfen schienen. Dahin gehörte 1), daß man sein Erbrecht nach den Gesetzen der zwölf Tafeln, durch jede, auch die geringste Capitisdeminution verlohr; 2) daß nur dem nächsten Agnaten allein die Erbschaft deferirt wurde, und hier durchaus keine Successsion des Entferntern statt fand, wenn der Nähere die Erbschaft ausschlug; und 3) daß kein Cognat succedirte. Kein Wunder, wenn der Fall sich öfterer, als es billig war, ereignete, daß der Fiskus die Erbschaft als bona vacantia einzog, und solche den nächsten Blutsverwandten entriß.

Der Prätor nahm sich hauptsächlich derjenigen an, welchen nach dem alten Civilrecht entweder gar kein Erbrecht zustand, oder die solches durch die geringste Capitisdeminution verlohren hatten [c]), und gab ihnen der Billigkeit wegen ein Successionsrecht unter dem Namen der bonorum possessio. Eine andere Absicht des Prätors bey der Einführung der bonorum possessio war die, das Erbrecht der Civilerben dadurch zu bestätigen, und die gerichtliche Verfolgung desselben zu erleichtern [d]).

b) Cicero in Verrem I. cap. 44.

c) Pr. Inst. de bonor. poss. L. 6. §. 1. D. h. t.

d) Pr. Inst. h. t. L. 6. §. 1. D. h. t.

Der Hr. Geh. Rath Koch schreibt [e]), das System der prätorischen Erbfolge, bonorum possessio genannt, welches sich sowohl über die testamentarische, als die Intestat-Succession verbreitet, ist ein aus dem bürgerlichen Rechte, aus den nach und nach sich formirenden Abänderungen desselben, mores maiorum, und aus den für nöthig und billig erachteten Zusätzen, Verbesserungen, Ampliationen u. s. f. zusammengesetztes künstliches System, von welchem Justinian im Pr. Inst. de bonor. poss. ganz richtig gesagt hat: angustissimis finibus constitutum *per legem duodecim tabularum* ius percipiendarum hereditatum *Praetor ex aequo et bono* dilatauit.

Das prätorische Successionssystem selbst hatte zur allgemeinen und Hauptabsicht: ne quis sine successore moreretur, damit die Erbschaft nicht als bona vacantia an das Aerarium, an dessen Stelle nachher der Fiskus trat, fallen sollte; welches bey dem so kurz, als eingeschränkt, gefaßten Successionssystem des Civilrechts gar zu leicht und zu oft eintreten konnte [f]); wiewohl die Römer in ihren Testamenten durch die Substitutionen diesem vorzubeugen suchten. Es war also dieses prätorische Successionssystem im Grunde nur zum Nachtheil der Nation und der Staatskasse, an deren Stelle unter den Kaisern der Fiskus trat, und zum wahren Vortheil der Bürger entstanden und geformt; denn wenn auch in einem vorkommenden Falle ein einzelner Bürger die ihm nach dem Civilrechte gebührende Erbschaft durch dasselbe etwa verlohr; so gewann sie doch dadurch ein anderer Bürger, welchem sie der Billigkeit nach mehr, als jenem, zufallen zu müssen geachtet wurde.

So viel die innere Beschaffenheit des prätorischen Successionssystems betrifft; so hatte der Prätor die Absicht dabey, ein vollständiges, neues, auf Billigkeit gegründetes, Gebäude aufzuführen. Er theilte sein System in

e) Hr. GR. Koch a. a. O. S. 26.

f) Hr. GR. Koch a. a. O. S. 30.

in ordines, species, classes etc. ab; führte durch das successorische Edict nicht allein die successio ordinum überhaupt, sondern auch in dem ordo vnde cognati die successio graduum ein, und bestätigte das ius accrescendi. Bey der Aufstellung dieses Gebäudes ging er so zu Werke, daß er 1) Sätze des Civilrechts in sein System aufnahm und solche bestätigte; 2) Lücken des Civilrechts ausfüllte; und 3) ausdrückliche Sätze des Civilrechts, welche jedoch kein Verbot enthalten durften g), umstieß, und das Gegentheil einführte.

Ueber die Benennung, bonorum possessio, wird in Gesetzen h) die Bemerkung gemacht: hereditatis autem *bonorumue possessio*, vt *Labeo* scribit, non vti *rerum* possessio accipienda est: est enim *iuris* magis, quam *corporis* possessio. Hiernach behaupten die Rechtsgelehrten in ihren Schriften, es dürfe keine Versetzung des Worts possessio geschehen, wenn man bestimmt reden wolle; denn etwas anders sey der Besitz einer Sache, possessio bonorum seu rerum, und etwas anders verstehe man unter dem prätorischen Erbrechte, welches den Namen bonorum possessio erhalten habe. Die römischen Rechtsgelehrten haben freylich diesen, auf Versetzung der beyden Worte gegründeten, Namensunterschied nicht immer genau beobachtet i), so wie sie auch schlechtweg possessio sagten.

Ob Ulpian in der L. 3. §. 2. D. h. t. die bonorum possessio in genere definirt habe, oder ob er in dieser Stelle blos von der bonorum possessio *edictali* rede, indem es daselbst heißt: bonorum possessio ius est persequendi retinendique patrimonii siue rei, quae cuiusque, cum moritur, fuit, darüber wird gestritten. Die mehresten Rechtsgelehrten behaupten das erste, der Hr. GR. Koch aber

g) L. 12. §. 1. D. h. t. L. 14. D. de testib.

h) L. 3. §. 1. D. de bonor. poss.

i) Heineccius Antiquit. III, 10. 1.

aber das letzte [k]). In den Institutionen wird kein Begriff der bonorum possessio angegeben; und es ist auch in dem ganzen Titel, der davon handelt, blos von der edictali die Rede; welches von der davon handelnden Stelle im Ulpian [l]) ebenfalls anzunehmen ist; ja man muß solche der Regel nach allemal voraussetzen, wenn dieser Ausdruck ohne Beysatz vorkommt. Der mehrmals angeführte Hr. Geheime Rath Koch ist der Meynung, man müsse sagen: bonorum possessio ist ein Recht, welches der Prätor, oder ein neues Gesetz, nach des Prätors Muster, auf eine Erbschaft ertheilet hat: ius, quod Praetor, Lexue noua, ad Praetoris similitudinem, in hereditatem concedit, iure ciuili incognitum.

Daß sich der Prätor der Ausdrücke: bonorum possessor, bonorum possessio, statt heres, hereditas bediente, brachte die Natur der Sache mit sich, wenn keine beständige Verwechselung mit der Civilerbfolge geschehen sollte. Niemand wurde auch ipso iure bonorum possessor; und jede Agnition mußte gerichtlich geschehen, welches bey der Civilerbschaft anders war. Es gab ferner bey der bonorum possessio keine abstentio, immixtio, aditio, pro herede gestio u. s. f., sondern bey der bonorum possessio brauchte man die Worte: agnoscere, petere, postulare, accipere, admittere, amplecti etc.

Ueber das Recht der Prätoren, in ihren Edicten die angeführten Neuerungen im Successionswesen einzuführen, haben ältere und neuere Rechtsgelehrte sehr verschieden geurtheilt, wie folgende Stelle aus des Hrn. Kanzler Koch Abhandlung über diese Materie [m]) beweist. — Der Prätor, schreibt der Hr. GR. Koch, oder nach der modernen Sprache, der römische Justitzdirector, custos Iuris Quiritium,

k) Hr. GR. Koch a. a. O. S. 41.

l) VLPIAN. in fragm. XXVIII.

m) Hr. GR. Koch a. a. O. S. 22. Hr. Hofr. Glück a. a. O. S. 185.

tium, oder wer ihn lieber nennen will, der römische Justizminister, welcher nur ein Jahr lang am Ruder war, wird besonders auch wegen seiner Operationen in dem Successionswesen, von einigen Gelehrten eines Betrugs und eines ganz illegalen Verfahrens beschuldigt, und als ein treuloser Staatsdiener, der mit den römischen Gesetzen, so wie Robespierre mit den Köpfen der Franzosen, sein Spiel getrieben, ganz gesetzwidrig gehandelt und mit seiner ersonnenen Wortmaske dem römischen Volke, seinem Souverain, ein Quid pro Quo vorgegaukelt habe, ausgeschrien.

Aber eben diese fuglosen Ankläger, Heineccius und Consorten, haben die wahre Beschaffenheit der römischen Prätur, und der damit in Hinsicht der Legislatur verknüpften, jedoch mit aller Vorsicht, und in wichtigen Sachen nach einer, im consilio Praetoris geschehenen Prüfung, auch ohne lauten Widerspruch, wenigstens des angesehensten Theils der Rechtsgelehrten, auszuübenden eingeschränkten, und im Fall einer ausgeübten Ungerechtigkeit wenigstens mit der Talionsstrafe begleiteten Gewalt, im blinden Eifer nicht recht bedacht, sonst hätten sie ohnmöglich auf solche elende Einfälle gerathen können.

Der Prätor trieb auch seine Sache gar nicht heimlich, sondern machte es dem Volke, als dem Souverain und Gesetzgeber, durch das Edict bekannt, und wenn er etwas offenbar Ungerechtes, der Justizverfassung ganz Nachtheiliges, durch sein Edict einzuführen sich hätte erlauben wollen, so würden die Nachfolger in der Prätur solches nicht ebenfalls gebilligt, und in ihren Edicten beybehalten haben, auf jeden Fall aber würde das zahlreiche, und in großem Ansehen stehende, Corps der virorum constantis perpetuaeque voluntatis ius cuique suum tribuendi sich gegen einen solchen Unfug zuverläßig gesetzt, und es dem Souverain denuncirt haben. Wer kann also an der guten und löblichen Absicht des Prätors, welche bey dem nach und nach gebildeten System der bonorum possessio durchaus zum Grunde lag, im mindesten nur zweifeln?

Es wird eben deswegen der Prätor nicht nur vom Justinian gelobt, welcher in den Institutionen n) schreibt: donec *Praetores* paullatim *asperitatem iuris ciuilis* corrigentes, siue quod deerat implentes, *humano proposito* alium ordinem *edictis suis* addiderunt; sondern auch zwey große römische Rechtsgelehrte, Ulpian o) und Papinian p), behaupteten von dem Prätor, in Hinsicht der aus der römischen Suität nach dem Civilrecht fließenden Folgen, daß derselbe contra *iuris scrupulositatem* et *nimiam subtilitatem* testatoris voluntatem *ex bono et aequo* in Schutz genommen habe.

§. 1599 — 1602.

Die bonorum possessio war von sehr verschiedener Art, und diese mußten daher durch Eintheilungen kenntlich gemacht werden. Wenn die bonorum possessio ihren Grund im Edict des Prätors hat, so heißt sie *ordinaria*; rührt sie aber aus einer Lege noua, einem Scto oder aus einer Constitutione Principis her, so nennt man sie *extraordinaria*, auch *subsidiaria* q). Bemerkenswerth ist es, um Irrthümer zu vermeiden, daß die römischen Rechtsgelehrten die Worte, *ordinaria* und *extraordinaria* auch gebraucht haben, wenn sie von der bonorum possessio *edictalis* und *decretalis* redeten; und in solchen Stellen muß es aus der Connexion beurtheilt werden, in welchem Sinne das Wort jedesmal gebraucht worden ist r).

Wichtiger und schwerer in Ansehung der Festsetzung des Begriffs ist die Eintheilung der bonorum possessio in *edictalis* und *decretalis*, daher die Rechtslehrer sehr von einan-

n) §. 3. Inst. de legit. agnat. succeff.

o) L. 12. D. de iniusto, rupto etc.

p) L. 17. D de iniusto rupto etc.

q) van Eck in Princip. iur. ciuil. Lib. XXXVIII. tit. 14.

r) Koch bonorum possessio, etc. S. 45.

einander abgehen. Die Herren Roch, Höpfner, und Glück s) sagen: sieht man auf das Recht, welches die bonorum possessio giebt, so ist dieses entweder ein wahres Erbrecht, welches sich von dem iure hereditario ciuili nur blos dem Namen nach unterscheidet, oder sie giebt vor der Hand nur den ruhigen Besitz der Erbschaft, um Alimente daraus zu erhalten, so lange bis der Zweifel oder das Hinderniß gehoben ist, welches für jetzt der wirklichen Erwerbung der Erbschaft im Wege steht. Jene Art wird bonorum possessio *edictalis*, diese aber *decretalis* genannt. Sie war blos prouisionalis, interimistica, temporalis, und sie kommt auch unter der Benennung, *extraordinaria* vor.

Wie man das Recht, welches durch die bonorum possessio *edictalis*, versteht sich cum re, erworben wird, nennen will, ist gleichgültig. Genug, daß der bonorum possessor edictalis dem Civilerben in Hinsicht des Successionsrechts gleich gehalten, und die bonorum possessio edictalis im Grunde eben so wie eine hereditas ciuilis angesehen wird. Julian t) und Justinian u) sagen: bonorum possessores edictales *loco heredum* constituuntur. In vielen Stellen wird von der bonorum possessio *edictalis* der Ausdruck, *hereditas*, und von dem bonorum possessor *edictalis*, der Name *heres* gebraucht x). Fast alle Rechtsgelehrte bringen die causae cognitio mit in den Begriff, und glauben, hierin liege ein wesentlicher Unterschied; diese Meynung hat aber keine Gesetze für sich y).

s) Roch a. a. O. S. 52. Höpfner im Commentar über die Instit. §. 656. S. 713. der neuesten Ausgabe. Glück von der Intestaterbfolge. §. 70. S. 189.

t) L. 13. pr. D. de bonor. poss. contra tab.

u) Pr. Inst. de bonor. poss.

x) L. 138. L. 170. D. de verb. signif. L. 3. §. 1. D. de bonor. poss. L. 1. C. quorum bonor. L. 1. C. vnde liberi, L. 9. C. qui admitti ad bonor. poss. L. 12. C. de iure delib.

y) Roch a. a. O. S. 55.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0099
DFG

Die bonorum possessio *edictalis* und *decretalis* ist in dem Edict des Prätors, oder in einer Lex noua versprochen. Weil das prätorische Recht von suis heredibus und der Suität nichts weiß, und Niemand ipso iure die bonorum possessio erlangt, es auch in Gesetzen heißt: inuito nemini bonorum possessio adquiritur [z]), so muß jeder, wäre er auch nach dem Civilrecht ein suus heres, in der vorgeschriebenen peremtorischen Zeitfrist solche agnosciren. Diese Agnition kann übrigens auch durch eine andere Person, z. B. durch den Vormund, Prokurator, negotiorum gestor, bey welchem die Ratihabition nöthig ist, geschehen, ja sogar eine Frauensperson kann die bonorum possessio für einen andern agnosciren [a]). Unter der Agnition versteht man die vor Gericht geschehene Erklärung, daß man prätorischer Erbe seyn wolle.

Die bonorum possessio *edictalis* erfordert weiter nichts, als die gehörig geschehene Agnition vor dem Richter, um sie wirklich zu haben und zu erlangen, und es ist kein besonderes Dekret des Richters, wodurch derselbe auf meine Agnition mir die bonorum possessio ertheilt, und mich zum bonorum possessor erklärt, nöthig. Meine bloße und alleinige, vor dem Richter geschehene, Agnition ist erforderlich und hinlänglich. War allenfalls wegen eines besondern Umstandes ein Dekret nöthig, z. B. wenn ein pupillus infantia maior, der keinen Vormund hatte, die bonorum possessio edictalis suchte [b]), so war und blieb deswegen doch die bonorum possessio *edictalis*, und hatte die Wirkungen derselben. Ein solches Dekret war nur zufällig, nicht aber wesentlich nöthig [c]). Bey der *decretali* ist die bloße Agnition nicht genug, sondern um wirklich in dem vorhandenen Falle die bonorum possessio *decretalis* zu erlangen und zu bekommen, ist ein Dekret des Richters erfor-

z) L. 3. §. 3. D. h. t. L. 3. C. vnde legitimi.
a) L. 3. §. 7. L. 7. D. de bonor. poss.
b) L. 18. §. 4. C. de iure delib.
c) VINNIVS ad §. 3. Inst. de bonor. poss. nr. 2.

erforderlich und nöthig, wodurch mir die bonorum possessio ertheilt und ich für einen bonorum possessor decretalis erklärt werde.

Hieraus erhellet nun zugleich, warum die Zeitfrist, binnen welcher die bonorum possessio agnoscirt werden mußte, bey der edictalis und decretalis darin unterschieden war, daß bey jener omnes dies, quibus quouis modo Praetoris copia fuit; bey dieser aber nur die dies sessionum gezählt worden sind. Nach der juristischen Sprache wird die *decretalis* a magistratu *pro tribunali* gegeben, bey der *edictalis* aber verfährt er *de plano*. Ausgemacht ist es übrigens, daß die bonorum possessio *decretalis* auch nach neuern Gesetzen noch vor Gericht gesucht werden müsse, weil ein Decret nöthig ist. Mehrere Rechtsgelehrte haben zwar zu behaupten gesucht, daß, so wie bey der aditio hereditatis ciuilis, auch bey der bonorum possessio *edictalis*, nach neuern Gesetzen eine außergerichtliche Agnition, und si quocunque modo eam admittentis iudicium ostenderit, hinlänglich sey [d]). Andere Rechtslehrer halten die gemeine Lehre für gegründet, daß die Agnition der bonorum possessionis edictalis noch gerichtlich geschehen müsse, und die neuern Gesetze nur solennes petitionis formulas, verborum inanium captiones aufgehoben haben [e]). Eine *praesumta* agnitio bonorum possessionis *edictalis* läßt sich zwar aus Gesetzen nicht beweisen, aber eine agnitio *tacita* war allerdings zulässig, wie Papinian [f]) bemerkt. In dem Gesetz ist die Rede von einem Cognaten, welcher nach dem Civilrecht kein Intestaterbe war, und folglich nicht anders, als durch das prätorische Edict auf die Erbschaft Anspruch machen und das ihm

d) L. 9. C. qui admitti. L. 7. §. 3. C. de curat. furios. §. 7. Inst. de bonor. poss. Stypp Progr. de fatis bonor. poss. sub Imperatoribus etc. Bonae 1793. §. 15. 16.

e) Hofacker in Princ. Iur. Rom. §. 1667. nota a. Koch a. a. O. S. 66.

f) L. 14. D. de bonor. poss.

ihm nachtheilige Testament als falsch anfechten konnte; daher Papinian bemerkt: petere *debuit*. So giebt es auch nicht blos eine repudiatio bon. poss. *expressa*, sondern auch eine *tacita*, wie in mehrern Stellen g) gesagt worden ist.

Die bon. poss. *edictalis* und *decretalis* sind durch ihr Wesen, ihre Wirkung und Folgen himmelweit von einander unterschieden. Ein bon. poss. *edictalis*, oder wie er auch in einigen Gesetzen genennt wird, ein successor honorarius, welcher die bon. poss. *edictalis* agnoscirt hat, erlangt ein prätorisches wahres Successionsrecht; ist loco et vice heredis und genießt die nämlichen Rechte eines Civilerben h); kann actionibus vtilibus et fictitiis klagen und verklagt werden i); schließt das ius accrescendi seines Miterben aus k); hemmt das edictum successorium und versperrt dem in gradu oder ordine folgenden Competenten den Weg, und die agnoscirte prätorische Erbschaft geht nach seinem Tode auf seine Erben über l). Hierbey ist vorauszusetzen, daß die bon. poss. cum re war und blieb, wenn auch kein potior iure *ciuili* oder *praetorio* sich aufwarf und ihn wieder verdrängte, auch die bon. poss. nicht bedingungsweise impetrirt war.

Hat Jemand die bon. poss. *decretalem* erlangt, der bekommt blos einen qualificirten interimistischen Besitz, und erlangt der Regel nach damit zugleich die Alimente; aber ein prätorisches Erbrecht erwirbt er dadurch nicht, schließt das ius accrescendi so wenig, als den in gradu oder

g) L. 14. pr. L. 15. D. de bonor. poss. contra tabul.

h) Pr. Inst. de bonor. poss. L. 13. pr. D. de bon. poss. contra tab.

i) L. 1 et 2. D. de poss. hered. petit. L. 1. L. 2. L. 3. D. h. t. VLPIAN. Fragm. XXVIII. 12.

k) Roch a. a. O. S. 74. Glück a. a. O. S. 187.

l) L. 2. §. 13. D. ad Sctm. Tertull. L. 3. C. qui admitti ad bon. poss.

oder ordine ſequentem heredem ciuilem oder praetorium aus, ſondern das Erbfolgerecht ſelbſt bleibt überhaupt für ihn und für andere Competenten ſuſpendirt [m]).

Eine bon. poſſ. *decretalis* iſt alſo ihrem Weſen und ihrer Abſicht nach allemal nur eine modificirte temporaria und interimiſtica hereditas; ſie iſt aber, ſo lange ſie währt, cum re vel quaſi, das heißt, ſie bewirkt den wirklichen Beſitz. Eine bon. poſſ. *edictalis* hingegen iſt ihrem Weſen und ihrer Abſicht nach weder temporaria, noch interimiſtica, ſondern ſie iſt eine plena et perpetua hereditas praetoria, wiewohl ſie vel cum vel ſine re gleich Anfangs ſeyn und bleiben, oder in der Folge werden kann. Eine bon. poſſ. *edictalis* kann auch in einigen Fällen eine conditionalis oder prouiſionalis ſeyn und genannt werden; z. B. wenn ein heres ſub conditione *caſuali* inſtitutus pendente adhuc conditione die bon. poſſ. ſecundum tab. praeſtita cautione agnoſcirt; denn es kann die Condition nachher wegfallen.

Eine bon. poſſ. *edictalis* iſt ein an und für ſich beſtehendes Erbrecht, ius, beneficium, commodum; hingegen eine jede bon. poſſ. *decretalis* hat entweder ein Civilerbrecht, oder eine bon. poſſ. *edictalis*, ſie ſey nun, nach Verſchiedenheit des vorkommenden Falls, welche ſie wolle, vel teſtati vel inteſtati, vel contra, vel ſecundum tabulas, vel vnde liberi u. ſ. f. zum Fundament. Hieraus folgt, daß nur der, welcher ein Civilerbrecht, oder eine bon. poſſ. *edictalis* ſchon erlangt, oder wenigſtens künftig zu hoffen hat, z. B. ein venter, auf eine bon. poſſ. *edictalis* Anſpruch machen kann. So hat z. B. derjenige, welcher auf die deutlichſte und beſtimmteſte Weiſe enterbt worden iſt, weder bon. poſſ. Carbon. noch ventris

m) L. 51. D. de hered. petit. L. 1. §. 19. L. 9. D. de vent. in poſſ. L. 5. §. 3 L. 6. §. 5. L. 15. D. de Carb. edicto. L. 1. §. 4. D. ſi tab. teſt. L. 2. §. 11 et 12. D. ad Sctm. Tertull. L. 7. C. de curat. furioſ.

tris nomine zu hoffen n), weil ein exheredatus die bon. poss. contra tabulas nicht bekommen kann o); und die bon. poss. sec. tab. desgleichen die ab intestato, bey einem exheredato von selbst wegfällt. Erst nach der, in der Novelle 115. Cap. 3. über die Enterbungsursachen, von Justinian gemachten neuen Verordnung, findet bey dem ventre exheredato die bon. poss. *edictalis* statt, weil bey diesem Kinde sich keine rechtmäßige Enterbungsursache denken läßt.

Die bon. poss. *edictalis* wird nach der juristischen Sprache zwar niemals ipso iure acquirirt, aber sie wird doch edicto vel lege noua deferirt; mithin kann man von ihr sagen, daß sie durch ausdrückliche oder stillschweigende Repudiation, durch Versäumung der Bittfrist, oder durch das inzwischen erfolgte Ableben, verlohren gehe p); von der bon. poss. *decretalis* hingegen bemerkt Ulpian in der L. 1. §. 7. D. de succ. edicto — *decretalis* bon. poss. an *repudiari* possit, videamus: et quidem *diebus finiri* potest, sed *repudiari* eam non posse *verius est*, quia *nondum delata est*, nisi cum fuerit *decreta*, rursum posteaquam *decreta* est, *sera repudiatio* est, quia quod *adquisitum* est, *repudiari* non potest.

Eine bon. poss. *edictalis* erfordert der Regel nach kein besonderes Dekret des Richters; wohl aber eine bon. poss. *decretalis*, jedoch streiten die Rechtsgelehrten über die bon. poss. *decretalis*, quae datur furioso heredi voluntario.

Diesen Rechtssätzen gemäß giebt es nur drey species der bon. poss. *decretalis*, und zwar 1) die Carboniana; 2) diejenige, quae ventris nomine datur ad exemplum Carbo-

n) L. 1. §. 2. 3. 6. 9. D. de ventre in poss. L. 1. §. 8. D. de Carb. edicto. L. 20. D. de inoffic. test.

o) L. 8. D. de bon. poss. cont. tab.

p) L. 4. D. h. t. L. 14. D. de bon. poss. cont. tabul. L. 2. pr. D. de bon. poss. sec. tabul.

Carbonianae, und 3) die, quae furioso vel dementi heredi *voluntario* datur.

Die bon. poss. secundum tabulas, quae datur heredi sub tali conditione instituto, quae cautionem *Mutianam* non admittit, ist keine decretalis, sondern eine *edictalis;* wiewohl sie nachher, deficiente conditione, wieder sine re werden kann; denn sie ist nur eine prouisionalis et conditionalis.

Eben so ist die bon. poss litis ordinandae gratia, keine bon. poss. decretalis, sondern eine wahre *edictalis* ex edicto vnde liberi, welche blos von der Absicht, weshalb sie einem filio *emancipato exheredato* gegeben wird, nämlich ad effectum agendi, das heißt, die querelam inofficioſi anstellen zu können, ihre Benennung erhalten hat.

Noch sind folgende Sätze wohl zu merken [q]); nämlich 1), sowohl die bon. poss. *ordinaria* als die *extraordinaria* ratione *auctoris* kann ratione *iuris* seu *effectus* entweder eine *edictalis*, oder eine *decretalis* seyn. 2) Die bon. poss. *edictalis* sowohl, als die *decretalis* ratione *iuris* seu *effectus* kann ratione *auctoris* entweder eine *ordinaria*, oder eine *extraordinaria* seyn. Die eine von beyden Qualitäten bestimmt nicht genau die andere; daher ich z. B. nicht bestimmt und überhaupt sagen kann: bon. poss. *extraordinaria* semper est decretalis. Der Ausdruck *auctoris* bezieht sich auf den Umstand, daß die bonorum possessio entweder aus einem Edict des Prätors herrührt, oder aus einer Lex noua.

Die bonorum possessio ist ferner entweder *necessaria* oder *vtilis*. In dem Pr. Inst. de bon. poss. heißt es nämlich: ius bonorum possessionis introductum est a Praetore *emendandi* veteris iuris gratia. Aliquando tamen, neque *emendandi*, neque *impugnandi*, veteris iuris, sed *magis confirmandi* gratia, Praetor pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui, *recte facto*, testa-

q) Hr. Kanzler Koch a. a. O. S. 83.

teſtamento, heredes inſtituti ſunt, dat *ſecundum tabulas* bonorum poſſeſſionem. Item *ab inteſtato ſuos* heredes et *agnatos* ad bonorum poſſeſſionem vocat. Sed et *remota* quoque *bonorum poſſeſſione* ad eos pertinet hereditas *iure ciuili*. Quos autem *ſolus* Praetor vocat ad hereditatem, *loco heredum* conſtituuntur, et vocantur *bonorum poſſeſſores*. In der L. 6. §. 1. D. h. t. bemerkt der Juriſt Paulus: bonorum poſſeſſionis beneficium *multiplex* eſt: nam quaedam bonorum poſſeſſiones competunt *contra voluntatem;* quaedam *ſecundum* voluntatem defunctorum, nec non *ab inteſtato* habentibus *ius legitimum*, vel *non habentibus* propter capitis deminutionem. Quamuis enim *iure ciuili* deficiant *liberi*, qui propter capitis deminutionem deſierunt *ſui* heredes eſſe: propter aequitatem tamen *reſcindit* eorum capitis deminutionem Praetor. *Legum* quoque *tuendarum cauſa* dat bonorum poſſeſſionem.

Dieſen Stellen gemäß, muß die Eintheilung der bonor. poſſ. in *neceſſariam* und *vtilem* in dieſe Materie aufgenommen werden; jedoch findet dieſer Unterſchied nur bey der bon. poſſ. *edictalis* ſeine Anwendung, weil die bon. poſſ. *decretalis* allemal *neceſſaria* iſt. Agnoſcirt ein heres *ciuilis* die bon. poſſ. *edictalem*, welches er gar nicht abſolut nöthig hat, ſo iſt und bleibt er doch allemal in actu primo ein Civilerbe, ob er gleich durch die agnoſcirte bonor. poſſ. ein bonorum poſſeſſor worden iſt, und als ſolcher nunmehr betrachtet und behandelt werden muß. Gefällt es ihm nicht, die bon. poſſ. zu agnoſciren, ſo bleibt ſein Civilerbrecht doch allemal in ſeiner Kraft und Wirkung, und er hat nur die mit der bon. poſſ. verknüpften vorzüglichen commoda nicht zu genießen r). Anders verhält es ſich bey dem, welcher blos und allein durch die bon. poſſ. *edictalem* ein Erbrecht bekommt, und iure *ciuili* keins hat. Hier iſt die bon. poſſ. *edictalis* eine

neceſſa-

r) L. 10. D. de collat. L. 91. D. de R. I. L. 13. C. de iure delib. L. 1. C. de ſuis et legit.

necessaria, wenn er zur Erbschaft gelangen will. Agnoscirt er die bonor. poss. nicht binnen der bestimmten kurzen Zeit, so fällt er ganz durch.

Die Worte: bonor. poss. *necessaria* vel *utilis*, werden von alten und neuen Rechtsgelehrten beständig gebraucht, und sind auch ganz deutlich. Man könnte auch sagen: bon. poss. est vel *voluntaria* vel *necessaria*, da Justinian s) selbst den Ausdruck *necessaria* gebraucht hat. Diese Eintheilung findet in mehrern Fällen ihre Anwendung; denn so ist die bonor. poss. *contra* tab. et *secundum* tab. nach Verschiedenheit der Fälle bald *utilis*, bald *necessaria*. Die bon. poss. *unde liberi* ist ebenfalls bald *necessaria* bald *utilis*. Die bon. poss. *unde legitimi* ist allemal *utilis*. Die bon. poss. *unde cognati*, und *unde vir et uxor* ist allemal *necessaria*, desgleichen auch die bon. poss. *extraordinaria*; nicht weniger die bon. poss. *decretalis*.

Eine vierte Eintheilung gründet sich auf den Umstand, daß die bon. poss. entweder *cum re* oder *sine re* genennt wird. In Gesetzen t) findet man den Unterschied zwischen bon. poss. *edictalis cum re* und *sine re* seu *effectu*, deutlich angeführt. Daß *res* die Erbschaft bedeutet, ist von selbst klar, folglich wie bon. possessio *cum re* diejenige, durch welche man auch wirklich zur Erbschaft entweder gleich anfangs gelangte, oder solche doch nachher bekam; *sine re* aber, wenn das nicht war, sondern ich entweder dadurch gar nicht wirklich zur Erbschaft gelangte, oder solche wieder herausgeben mußte, und in diesen Fällen blos die Ehre des Namens eines bon. poss. durch die Agnition der bon. poss. davon getragen hatte; daher auch eine solche bon. poss. *sine re* nicht unschicklich eine euentualis oder conditionalis genannt werden könnte. Ulpian sagt in den angeführten Stellen: bon. poss. *cum re*, id est cum *effectu*

s) §. 4. Inst. h. t.

t) Vlpian. Fragm. XXIII, 6. XXVIII, 13. L. 6. §. 2. L. 7. D. L. 25. C. de inoffic. test. L. 12. pr. D. de iniusto rupto etc.

effectu habetur, si nemo alius iure heres sit; ferner, *cum re*, si is, qui accepit, *cum effectu* bona retinet; *sine re*, cum alius *iure ciuili* euincere hereditatem possit: veluti si suus heres intestato sit, *bonorum possessio sine re* est, cum suus heres euincere hereditatem iure legitimo possit. Diese letzte Definition ist zu enge, schreibt Hr. Kanzler Koch u); denn es kann ja auch ein potior bonorum possessor auftreten, und dem Besitzer, welcher die bonor. possess. früher agnoscirt hatte, die Erbschaft evinciren.

Es lassen sich überhaupt hierüber vier Fälle denken. Entweder ist die bon. poss. *edictalis* gleich anfangs *cum re* und bleibt es auch, welcher Fall eintritt, wenn sich kein stärkerer heres *ciuilis* oder *bon. possessor* meldet; oder sie ist gleich anfangs *sine re*, und bleibt es auch in der Folge; und dieser Fall kann bey der bonor. poss. litis ordinandae gratia, welche nichts anders, als eine bon. poss. vnde liberi ist, eintreten, wenn nämlich der filius *emancipatus* exheredatus den Proceß verliehrt; oder sie ist anfangs *cum re*, wird aber in der Folge *sine re*, wenn sich ein stärkerer Civilerbe oder bon. poss. gemeldet hat; oder sie ist anfangs *sine re*, und wird in der Folge *cum re*. Dieser Fall tritt ein, wenn der filius *emancipatus exheredatus* den Proceß gewinnt.

Die angeführte Distinction gehört nur zur bon. poss. *edictalis*; denn die bon. poss. *decretalis* giebt in jedem Falle nur ein interimistisches Recht, und bewirkt an sich gar kein Erbrecht. Es kann also seyn, daß der bon. poss. in der Folge zur Erbschaft wirklich gelangt, oder auch nicht gelangt. Wahr ist es freylich, daß ihm die bon. poss. *decretalis* allemal vorerst den qualificirten Besitz der Erbschaft verschafft. Das ist aber nach der Sprache der römischen Rechtsgelehrten keine bonorum possessio *cum re*.

Bey

u) Hr. Kanzl. Koch a. a. O. S. 228.

Bey einer jeden bonorum possessio ist erforderlich, daß derjenige, der davon Gebrauch machen will, ein erbfähiges Subject, und nicht überhaupt von aller Succession ausgeschlossen sey; denn in Gesetzen [x]) heißt es: vbicunque Lex, vel Senatus, vel Constitutio capere hereditatem prohibet: et *bonorum possessio cessat.* Dahin gehört ein rei capitalis damnatus, ein deportatus, ein peregrinus, ein apostata; ein relegatus hingegen war nicht ausgeschlossen [y]). Zweytens wird bey jeder bonor. poss. erfordert, daß sie binnen der bestimmten Zeitfrist gerichtlich agnoscirt werden muß; und die *decretalis* kann nur von dem kompetenten Richter ertheilt werden, die *edictalis* darf bey einem jeden Richter agnoscirt werden.

Was ich zeither zur Erläuterung des Begriffs der bonor. poss. gesagt habe, findet man in der mehrmals angeführten Schrift des Hrn. Kanzl. Koch; weil es nothwendig ist, seine Grundsätze recht bekannt zu machen, da sie mit so viel Zuversicht als richtig ausgegeben werden. Der verstorbene Hr. Geh. Tr. Rath Höpfner hat diese Materie in einem angenehmern Styl aus einander gesetzt; seine Ideen verdienen daher, besonders wegen der vortrefflichen Zusätze des Hrn. D. und Prof. Weber ebenfalls die sorgfältigste Verbreitung. — Bonorum possessio ist ein Recht, schreibt der Hr. Geh. Tr. Rath Höpfner [z]), welches der Prätor, oder ein neues Gesetz, nach des Prätors Muster, auf eine Verlassenschaft ertheilt. Ich sage, es ist ein Recht auf eine Erbschaft. Dieses Recht besteht entweder in einem wirklichen Successionsrecht, in dem Recht, eine Erbschaft zu haben und zu behalten, das nur den Namen ius hereditarium, ius succedendi nicht führt; oder es ist blos das Recht, eine Verlassenschaft,

x) L. 12. §. 1. D. de bon. poss.

y) L. 13. D. h. t.

z) Höpfners Comment. über die Institut. Ausg. vom Jahr 1803. S. 713.

auf die ich ein vermuthliches Erbrecht habe, zu besitzen, und die Alimente daraus zu ziehen, so lange, bis ein jetzt zweifelhafter Umstand außer Zweifel gesetzt werden wird. Im ersten Falle nennen es einige Juristen bonorum possessionem *perpetuam*, im letzten *temporalem*. Wenn der Prätor den emancipirten Kindern bonorum possessionem giebt, so ist es eine perpetua; denn sie bekommen ein wahres Erbrecht, das in seinen Wirkungen vom iure hereditario ciuili gar nicht verschieden ist. Stirbt hingegen Jemand und es ist eine schwangere Wittwe vorhanden, deren noch ungebohrnes Kind, wenn es schon gebohren wäre, des Verstorbenen Erbe seyn würde; so bekommt die Wittwe, der venter, wie die römischen Juristen sagten, bonorum possessionem ventris nomine, um die Alimente zu ziehen, so lange bis man sieht, ob sie ein lebendiges Kind zur Welt bringt. Man bestellt aber zugleich einen Curator, welcher ein Inventarium über die Erbschaft macht, das Vermögen verwaltet, und der Wittwe alles Nöthige, Essen, Trinken, Kleidung, Bedienung, Wohnung, u. s. f. verschafft; curatorem ventris. Dieß ist also eine bonorum possessio temporalis [a]). Eine zweyte hat in folgendem Fall statt. — Stirbt Jemand, und hinterläßt ein unmündiges Kind, welches bisher von Jedermann für sein wirkliches eheliches Kind gehalten worden ist, dem aber jetzt die Verwandten die eheliche Geburt ableugnen, so kann dieses Kind bitten, daß man es in den Besitz des väterlichen Vermögens setze, bis es mündig ist, und sich erbieten, nach erreichter Mündigkeit den Proceß mit den Verwandten auszumachen. Diese bonorum possessio heißt ex edicto Carboniano.

Bey den Classikern findet man eine Eintheilung der bon. poss. in *edictalem* und *decretalem* [b]); ob aber dieß ver-

a) Stryck de succeff. ab inteſtato, Diff. IX.

b) L. 1. §. 7. D. de succeff. edicto. L. 1. §. 4. D. vnde liber. L. 30. §. 1. D. de acquir. vel omitt. hered.

verschiedene Gattungen der bon. poss. und wie sie unterschieden waren, ist sehr bestritten. Insgemein heißt es [c]), die decretalis sey diejenige bon. poss. welche nur nach geschehener causae Cognition, die edictalis, welche ohne eine causae Cognition ertheilt wurde. Andere sagen [d]): die edictalis ist die perpetua, die decretalis die temporalis. Ich zweifele, ob sich dieser Punkt je aufs Klare wird bringen lassen; und am Ende ist auch wohl wenig daran gelegen. Noch eine Gattung von temporeller bon. poss. ist die, welche der Curator eines Blödsinnigen bekommt. Anders giebt dieß Giphanius [e]) an.

Die bonorum possessio gründet sich 1) entweder in dem Edict des Prätors, oder 2) in einem neuen Gesetz, einer neuen Lege, einem neuen Senatusconsult, einer Kaiserlichen Constitution. Die meisten bonorum possessiones gründen sich im Prätorischen Edict, und diese nennt man ordinarias; aber die neuen Gesetzgeber haben zuweilen den Prätor nachgeahmt, und ebenfalls bonorum possessiones ertheilt, welche extraordinariae genannt worden. Der Kaiser Hadrian ertheilte z. B. durch eine Constitution, den Verwandten eines Soldaten, der wegen eines militairischen Verbrechens zum Tode verurtheilt wird, bonorum possessionem. Man hat bonorum possessiones ex Lege Papia, Lege Cornelia, Scto Aproniano [f]). Justinian nennt §. 2. Inst. h. t. die zehen Prätorischen bonorum possessiones: contra tabulas, secundum tabulas, vnde liberi, vnde legitimi, vnde decem personae, vnde cognati, tamquam ex familia, vnde patroni, vnde vir et vxor, vnde cognati manumissoris,

c) Vinnivs ad §. 3. Inst. h. t.

d) Heineccivs ad Vinn. l. c. Koch bon. poss. §. 6. Glück in der Intestaterbf. §. 70.

e) Giphanivs in explanat. diffic. leg. Cod. Colon. 1614. 4. Tom. II. pag. 16.

f) Vinnivs ad §. 3. Inst. h. t. nr. 1.

ordinarias; hingegen im §. 3. nennt er die bonor. poss. ex Legibus, Senatusconsultis, Constitutionibus Principum ein *extraordinarium* auxilium. Aber wohin gehören die bon. poss. temporales, z. B. ex edicto Carboniano ventris nomine etc.? Vinnius a. a. O. zählt sie zu den extraordinariis.

Hauptsächlich und ihrem ersten Ursprunge nach ist die bonorum possessio denen zu Gute eingeführt worden, welche nach dem Civilrecht keinen Anspruch auf die Erbschaft machen konnten; der Prätor gab aber dem Edicte die Ausdehnung einer allgemeinen Erbfolgeordnung, und nahm auch wirkliche Civilerben darin mit auf [g]). Der Civilerbe kann also wegen mancher damit verbundenen Vortheile [h]) auch auf diesem Wege sein Erbrecht verfolgen. Die bonor. poss. ist deswegen nach einer sich hierauf gründenden Eintheilung entweder *necessaria*, ohne welche gewissen Personen sonst gar kein Recht zur Nachfolge zukommen würde; oder *utilis*, deren sich diejenigen bedienen können, die auch außerdem schon nach der Regel des Civilrechts ein Successionsrecht haben.

Die bonor. possessio, welche gegeben wird, wo ein Testament vorhanden ist, heißt bon. poss. facto testamento, oder *testamentaria*, oder auch ex testamento, die, welche der Prätor giebt, wo keins ist, bon. poss. *ab intestato*. Jene ist entweder contra tabulas oder secundum tabulas. Wenn der Prätor einem bon. poss. giebt, der durch ein Testament ausgeschlossen ist, so heißt sie contra tabulas; auch contra lignum [i]), weil die Alten bisweilen auf hölzerne Tafeln schrieben; giebt er sie hingegen dem im Testament eingesetzten Erben, so ist sie secundum tabulas. Zuerst giebt der Prätor gewissen Personen bon. possess. contra tabulas; wenn aber der, dem sie zusteht, nicht

g) Pr. §. 1 et §. 2. Inst. h. t.

h) Koch a. a. O. §. 18 u. 29.

i) L. 19. D. de bon. poss. cont. tab.

nicht darum bitten will, oder nicht in der gehörigen Frist darum bittet, so giebt nun der Prätor dem im Testament eingesetzten Erben bonor. possessionem secundum tabulas.

Bisweilen hat die bonor. possessio keine Wirkung; sine re est. Hierher gehört der Fall, wenn dem, der bon. poss. erhalten hat, ein Anderer die Erbschaft aus dem Civilrecht wieder abstreitet; wenn einer bon. poss. erhält, der unter einer Bedingung eingesetzt ist, die Bedingung fällt aber nachher weg; wenn ein enterbter non suus bon. poss. litis ordinandae gratia erhalten hat, die querelam inofficiosi anstellt, und den Proceß verliehrt.

Lib. XXXVII. Tit. II.

Si tabulae testamenti nullae extabunt.

§. 1603.

Bey der bon. poss. testamentaria kommt die Frage vor: ob zu solcher nothwendig erforderlich sey, tabulas testamenti adhuc extitisse *tempore mortis* testatoris, licet postea interierint? Diese Frage kann natürlicher Weise nur bey einem schriftlichen Testamente vorkommen. — Freylich wird hier vor allen Dingen vorausgesetzt, daß das Testament nicht vom Testirer selbst vor seinem Absterben kassirt worden; denn ist dieses der Fall, so gilt das Testament weder iure ciuili noch iure praetorio [a]). Ein schriftliches Testament kann aber noch bey Lebzeiten des Testirers wider seinen Willen durch allerhand Zufälle zernichtet werden. Das Edict verlangt bey

a) tit. Dig. de his quae in testamento delentur.

der bon. poss. sec. tabul. klar und deutlich, daß das Testament damals, als der Testirer gestorben, noch existirt habe [b]); und weil Cajus und Tryphonin [c]) von der bon. poss. secund. tabulas auf die bonor. poss. contra tabul. argumentirten, so scheint auch die Existenz des Testaments noch beym Absterben des Testirers zur bon. poss. cont. tabul. nöthig zu seyn.

Ein nach dem Civilrechte errichtetes gültiges Testament, welches vor dem Ableben des Testators wider seinen Willen und Absicht zernichtet worden war, war und blieb doch allemal, wenn nur dessen vorige Existenz gehörig erwiesen werden konnte, nach dem Civilrecht gültig und kräftig [d]), mithin konnte der eingesetzte Erbe auf die Erbschaft nach dem Civilrechte gegründeten Anspruch machen.

Lib. XXXVII. Tit. III.

de

bonorum possessione furioso, infanti, muto, surdo, coeco, competente.

§. 1604.

Eine Art der bonor. poss. *decretalis* ist nach der Behauptung der Rechtsgelehrten [a]) die, quae furioso vel dementi heredi *voluntario* datur. Justinian führt in der L. 7. C. de curat. furios. an, daß in dem Falle, wenn einem

b) L. 1. §. 2 et 3. D. de bonor. poss. secund. tabul.

c) L. 12. §. 1. L. 19. D. de bon. poss. cont. tabul.

d) de Pufendorf in Obs. iur. vniu. Tom. I. Obs. 138.

a) Koch, poss. bon. S. 79.

einem furioso, als voluntario seu extraneo heredi, eine Erbschaft nach dem Civilrechte, oder nach dem Prätorischen Edicte angefallen sey, magna et inextricabilis vetustissimo iuri dubitatio exorta est, siue adire hereditatem, vel bonorum possessionem petere *furiosus* possit, vel non; freylich der furiosus nicht selbst, sondern dessen Vater oder Vormund für ihn; et si curator eius, oder tutor, oder pater, *ad bonorum* possessionem *petendam* admitti debeat: et *iuris auctores ex vtroque latere magnum habuere certamen.* Das kann über nichts anders gewesen seyn, als darüber: ob die bonorum possessio, welche ihrer Natur nach eine bon. poss. *edictalis* ist, z. B. secundum tabulas, oder ex edicto vnde liberi auch bey dem furioso heredi diese Qualität, und deren Wirkungen behalte und habe, oder ob sie bey dem furioso heredi nur die Qualität einer bon. poss. *decretalis* bekomme, und nur derselben Wirkungen genieße. Nos itaque *vtramque auctorum aciem certo foedere* compescentes, sancimus, *furiosum* quidem nullo modo posse vel hereditatem adire, vel bonorum possessionem agnoscere. Das bedurfte doch warlich keiner Kaiserlichen Sanction, schreibt Hr. Kanzl. Koch a. a. O., und die acies iuris auctorum kann diesen Punkt nicht einmal betroffen haben, wenn man nicht annehmen will, daß sie unsinnige Andabaten gewesen wären. Curatori, versteht sich auch tutori oder patri, autem eius *licentiam* damus, immo magis *necessitatem* imponimus, si *vtilem* ei esse successionem existimauerit, eam bonorum possessionem agnoscere, quae *antea ex decreto* dabatur, et *ad similitudinem* bonorum possessionis habere: (hierdurch und durch die folgende neue Sanction in Hinsicht der Kadenz der Erbschaft, entschied also Justinian für die Meynung der Juristen, welche die, einem furioso ertheilte, bon. poss. nur als eine *decretalem* gelten ließen, deren Meynung auch schon vor dem Justinian die Oberhand behauptet hatte, und in der Praxis angenommen war,) quum petitio bonorum possessionis *Constantiniana* Lege

sublata sit, et ab eo introducta obseruatio, quae pro antiqua sufficit petitione. Darauf kommt bey der jetzigen Frage eigentlich nichts an. Justinian disponirt ferner, wie es mit der Anstellung eines Vormundes, der Verwaltung der Erbschaft, und mit der Kekadenz derselben, si furiosus in furore diem suum finierit, vel ad suam sanitatem perueniens hereditatem repudiauerit, gehalten werden solle, vt nempe successio referatur vel ad *substitutum*, vel *ad heredes ab intestato*, vel ad nostrum *aerarium:* eo scilicet obseruando, vt hi veniant ad successionem, *qui mortis tempore furiosi propinquiores existant ei*, ad *cuius bona* vocabuntur, si non *in medio* esset *furiosus:* omni satisdatione vel cautione, quam per inextricabilem circuitum veteris iuris auctores induxerunt, radicitus excisa.

Anton Faber [b]) beschuldigt den Justinian eines unwahren Vorgebens, weil sich in den, in den Pandekten aufbehaltenen Fragmenten der römischen Juristen von der großen Bedenklichkeit keine Spur finde. Hierauf läßt sich antworten, daß die angeführte Constitution eher abgefaßt worden ist, als die Pandekten ausgearbeitet worden sind, und die Verfasser darin wenig angeführt haben, weil sie Befehl hatten, nicht zu weitläuftig zu seyn. Es wird übrigens davon geredet in der L. 11. D. de auct. et consil. tut. Hier erklärt sich Cajus nicht deutlich, von welcher Art der bon. poss. bey einem furioso die Rede sey; ob man gleich wegen der Verbindung des pupilli sanae mentis et *furiosi* darauf verfallen könnte, zu glauben, Cajus habe bey beyden in diesem Punkte eine Rechtsparität statuirt, und er habe es mit denjenigen Rechtsgelehrten gehalten, welche den furiosum zur bonor. poss. *edictali* durch die von seinem Vormunde geschehene Agnition derselben zugelassen hatten. Mehr kommt von dieser Sache vor in der L. 1. D. h. t. in der L. 2. §. 11 et 13. D. ad Sctum Tertullian.

Justi-

b) Ant. Faber in Iurispr. Papinianae scientiae, Tit. 12. pr. 3. illat. 20.

Justinian hat den Streit angeführtermaßen entschieden. Nun entstand die Frage: ob bey dieser bon. poss., wovon das Gesetz redet, noch ein Dekret des Richters nöthig sey? Mehrere Rechtsgelehrte c) leugnen es, mit dem Alciat, Donell und Scip. Gentilis; andere aber, als Giphanius und Hilliger, haben es behauptet. Denn Justinian versteht unter der petitione nichts anders, als die *agnitionem* bon. poss., wobey Constantinus d) die verborum inanium captiones aufgehoben, auch qualemcunque testationem amplectendae hereditatis für hinlänglich erklärt hätte. Durch die Worte: quae autem *ex decreto* dabatur, will Justinian sagen, daß er in so fern das alte Recht bestätige; denn Constantinus so wenig als Justinian, haben an das bey der bon. poss. decret. allerdings nöthige Dekret weder gedacht, noch solches in den Fällen, worin es nöthig war, aufgehoben; und ein solches Dekret ist von den verborum inanium captionibus, mit welchen die agnitio oder petitio bon. poss. vorhin geschehen mußte, ganz verschieden. Aus dieser Beschaffenheit der Sache folgt, daß auch bey dieser species der bonor. poss. *decretalis*, so wie bey den übrigen noch jetzt ein Dekret nöthig sey, und ertheilt werden müsse. Wenn gleich die Fälle des heredis furiosi extranei s. voluntarii sehr selten vorkommen, so giebt es deren doch e). Im Jahr 1773 kam der Fall vor, daß ein ganz sinnloser (demens) Sohn, dessen Mutter vor ihm gestorben war, starb. Sein Vater, in dessen väterlicher Gewalt er sich befand, lebte noch, und von der Mutter Seite waren deren Geschwister und Geschwister Söhne und Töchter am Leben. Daß der Sohn kein suus heres von seiner Mutter gewesen war, ist entschieden.

c) Perez ad Cod. V, 70. 20. Brvnnemann ad Cod. V, 70. ad Leg. vlt. nr. 5.

d) L. 9. C. qui admitti ad bon. poss.

e) Sande in Decis. Fris. IV, 8. 9.

schieden [f]). Der Vater machte auf die mütterliche Erbschaft seines Sohnes, als Vater unter dem Panier der väterlichen Gewalt, Anspruch, und glaubte, daß er nunmehr als Vater, Kraft der väterlichen Gewalt, proprio iure die Erbschaft anzutreten, und die Anverwandten von der mütterlichen Seite auszuschließen berechtigt sey. Der Vater berief sich auf des Hrn. Hofr. Beckmanns Ansehen, welcher in seiner bekannten Disputation [g]) dieses behauptet. Der Kanzler Koch setzte dieser Behauptung folgende Thesis [h]) entgegen: Si filio familias *furioso* s. *dementi*, vt heredi *voluntario*, defertur hereditas, et *pater nomine filii* bonorum possessionem *prouisionalem* agnoscat, filius *familias* autem postea *in furore diem suum finierit: patri* permissum non est, illam hereditatem adeundo sibi adquirere. Sed illi ad successionem veniunt, qui mortis tempore furiosi propinquiores existunt ei, ad cuius bona vocabuntur, si non in medio esset furiosus, per L. 7. C. de curat. furios. Nec dici potest, quod *Iustinianus* hoc mutauerit in L. 8. C. de bonis quae liber. vti visum Ill. Beckmanno [i]). Lex enim cit. octaua de filio familias — *sanae mentis* hereditatem *repudiante* loquitur, et ipse Beckmannvs §. 14. 19—21. statuit, aliam in hac materia rationem esse infantis et filii familias *ratione vtentis*, aliam *furiosi*. Et notum quoque est, quod *Lex generalis* non deroget *legi speciali*.

Wenn

f) §. 3. Inst. de hered. qual. L. 4. §. 2. D. de bon. poss. cont. tab.

g) Beckmann Diss. de adquisitione hereditatis dementi delatae, Gotting. 1772. §. 27.

h) Koch Diss. de quaest. an post hered. cum beneficio legis et inuentarii aditam, quoad debitorum socialium exsolutionem iure Francofurtensi hereditatis renunciationi adhuc locus sit, nec ne? Giessae, 1773.

i) Beckmann in Diss. de adquisit. hered. dementi delatae, Gott. 1772. §. 32.

Wenn man die angeführten Sätze gehörig verstehen will, so muß man auf den Rechtsgrundsatz zurück sehen, daß, wer eine Erbschaft antreten will, dieses nach seinem eigenen freyen Willen thun muß; denn kein anderer, als der Erbe selbst, kann eine Erbschaft antreten. Daher kann eben, wenn der Erbe blödsinnig ist, sein Vater oder sein Curator die Erbschaft nicht für ihn antreten, sondern er muß blos um die bonorum possessionem bitten. Diese bonorum possessio hat nun nach der angeführten L. 7. C. de curat. furiosi vel prodigi den Effect nicht, daß die Erbschaft dem Blödsinnigen unwiderruflich aquirirt wird; sondern sie wirkt nur so viel, daß die zum Unterhalt des Blödsinnigen erforderlichen Kosten aus der Erbschaft genommen werden dürfen. Kommt der Blödsinnige zu Verstande, so kann er die Erbschaft repudiiren, wenn er es für gut hält; thut er es aber nicht, so bleibt sie unwiderruflich sein Eigenthum. Stirbt er im Blödsinne, so hat die erhaltene bonorum possessio gar keine Wirkung, und die Erbschaft muß an diejenigen abgegeben werden, welche sie gleich bekommen haben würden, wenn der Blödsinnige nicht da gewesen wäre. Man nehme den Fall an: A. stirbt und hinterläßt einen blödsinnigen Enkel C.; der Vater dieses Enkels B. bittet und erhält bonorum possessionem, Namens des Blödsinnigen. Nun stirbt der Blödsinnige, ohne zuvor seinen Verstand wieder zu bekommen. Auf wen fällt die großväterliche Erbschaft? Nicht auf den Vater B., sondern auf des Großvaters Bruder D.; denn dieser würde succedirt haben, wenn der Blödsinnige nicht vorhanden gewesen wäre [k]).

k) Sande in Decis. Fris. Lib. IV. Def. 8. §. 9.

Lib. XXXVII. Tit. IV.

de

bonorum possessione contra tabulas.

§. 1605.

Justinian sagt a): sunt autem bon. poss. ex testamento hae: *prima*, quae *praeteritis* liberis datur, vocaturque *contra tabulas*: *secunda*, quam *omnibus* iure scriptis heredibus *Praetor* pollicetur, ideoque vocatur *secundum tabulas*. Die Worte: *ex testamento* hat Justinian überhaupt improprie genommen, und darunter so viel, als facto testamento, verstanden; denn die bonor. poss. contra tabulas kann im eigentlichen Verstande keine successio *ex* testamento genannt werden. Die bon. poss. contra tabulas, oder contra *lignum*, wie sie in der L. 19. D. h. t. genannt wird, wurde dem vom Vater, oder väterlichen Großvater, präterirten, oder doch nicht rite enterbten, Kinde, es mochte ein suus, oder ein *emancipatus* seyn, gegeben, und dasselbe gelangte dadurch, nach Verschiedenheit der Fälle, entweder allein, oder mit andern zur Erbschaft des Vaters, oder des väterlichen männlichen Ascendenten. Die suos und non suos liberos ließ der Prätor ohne Unterschied erben; er rescindirte die capitis deminutionem, wie Paullus b) bemerkt, und emendirte in so fern das Civilrecht. Die Hauptabsicht des Prätors ging zwar auf die emancipatos, oder non suos, und bey diesen war die bonor. possessio eine *necessaria*; den *suis praeteritis* gab er sie aber auch, jedoch wurde sie bey diesen nur als *utilis* angesehen; den Fall, welcher in der

a) §. 1. Inst. de bon. poss.

b) L. 6. §. 1. D. de bonor. poss.

der L. 12. §. 1. D. h. t. vorkommt, ausgenommen, wo der suus ebenfalls als bon. poss. *necessarius* betrachtet wird. Ehedem mußte auch der präterirte Patron, und der präterirte Vater, als manumissor betrachtet, von der bon. poss. contra tab. Gebrauch machen [c]), welche Fälle nach neuern Gesetzen abgeschafft worden sind. Daß übrigens nur ein praeteritus, oder ein non rite exheredatus, und wer dafür gehalten wurde, die bon. poss. contra tab. suchen durfte, sagen die Gesetze [d]) deutlich, und weil die von der Mutter den weiblichen und cognatischen Ascendenten geschehene Präterition einer Enterbung gleich gehalten wurde, so durfte auch in diesem Falle die bon. poss. contra tab. nicht gebraucht werden [e]). Diese bon. poss. wird ferner gegen ein testamentum iure militari conditum nicht ertheilt [f]). In einem Soldatentestament vertrat auch die Präterition eine wahre Enterbung, wenn der Testator es wußte, daß er ein Kind habe [g]).

Die Ordnung, nach welcher der Prätor die bon. poss. contra tab. den dazu qualificirten Kindern, sowohl *suis* als *non suis* ertheilte, war die nämliche, welche in der bon. poss. vnde liberi von ihm zum Grunde gelegt wurde [h]); es galt also eine wahre und eigentliche Lineal- oder Stammfolge.

Der

c) L. 1. §. 2. L. 2. pr. L. 3. §. 10. D. de bon. libert. Tit. Dig. si quis a parente manum.

d) L. 32. D. de lib. et posth. L. 6. pr. L. 10. §. 5. D. de bonor. poss. cont. tab. L. 1. §. 9. D. si tab. test. nullae extab.

e) §. 7. Inst. de exher. liber. L. 4. §. 2. D. h. t. L. 13. D. de suis et legit. hered.

f) L. 30. D. de test. milit.

g) §. 6. Inst. de exhered. liber. L. 9 et 10. C. de testam. milit.

h) L. 1. §. 5. D. si tab. test. nullae extab. vnde liberi.

Der Nähere in seinem Stamme ging dem Entferntern in selbigem vor i), folglich ging vor 1), der präterirte Sohn seinem Kinde, dem Enkel, welche beyde der väterlichen Gewalt unterworfen waren; denn der Sohn, als *suus*, war nur Civilintestaterbe, der Enkel aber nicht. 2) Der präterirte emancipirte Sohn seinem ebenfalls in der väterlichen Gewalt des Erblassers nicht stehenden Kinde, dem Enkel, von denen keiner ein Civilintestaterbe war. Mithin war es ganz natürlich, daß der Prätor vor des Erblassers Sohne, dem Vater, vor dessen Enkel, dem Sohne, den Vorzug iure gradus geben mußte. 3) Der präterirte emancipirte Sohn ging, iure gradus, seinem in der väterlichen Gewalt des Großvaters verbliebenen Kinde, dem Enkel, vor, welches gleichwohl nach dem Civilrechte in locum sui succedirt, und nepos *suus*, mithin der alleinige Civilintestaterbe, mit Ausschluß seines emancipirten Vaters, war.

Dem iuri *gradus* wurde also vor dem iure *potestatis* eine vorzügliche Kraft und Würkung beygelegt. Bis auf den Prätor Salvius Julianus, im Jahr Christi 131 galt dieser in dem angeführten dritten Falle dem iuri *gradus* vor dem iure *potestatis*, in den vorherigen Edicten beygelegte Vorzug. Aber der, durch seine Digesta berühmte Julian, hat unter der Autorität des Kaisers Hadrian in diesem Falle ein neues Recht eingeführt, nach welchem der Vater (Sohn) seine Kinder (Enkel), die in der väterlichen Gewalt des Großvaters geblieben, mithin sui waren, und das ius potestatis für sich hatten, nicht mehr iure gradus ausschloß, sondern beyde concurrirten, und entweder die ganze Erbschaft, wenn ihr Stamm der einzige war, oder die Portion ihres Stammes, wenn mehrere vorhanden waren, in zwey gleiche Theile theilten, wovon die eine Hälfte der emancipirte Sohn, die andere

i) L. 1. §. 1. L. 4. §. 1. L. 6. §. 1. D. h. t. L. 7. pr. D. si tab. test. nullae. L. 9. §. 2. D. de liber. et post. L. 6. pr. D. de iniusto etc.

andere Hälfte aber der oder die Enkel, welche in der väterlichen Gewalt des Großvaters geblieben waren, bekamen [k]). Ulpian nennt diese neue Verordnung: id caput *Edicti*, quod a IVLIANO introductum est: id est ex *noua clausula*, auch ex *nouo Edicto* [l]).

War der emancipirte Sohn gültig enterbt, so fiel den Enkeln die dem Sohne, ihrem Vater sonst gebührende Hälfte zu [m]); wurde aber das Testament durch die querela inofficiosi umgestoßen, so bekam der enterbte Sohn seine Hälfte [n]).

Agnoscirte der emancipirte präterirte Sohn die bon. poss. cont. tab. nicht, so accrescirte dessen Hälfte seinem, in der väterlichen Gewalt des Großvaters gebliebenen, Enkel, seinem Kinde [o]). Das nämliche galt auch umgekehrt, wenn der Enkel, Sohn, seine Hälfte nicht haben wollte, daß solche dem emancipirten präterirten Sohne, seinem Vater, accrescirte [p]). — Abstinirte einer von den mehrern Enkeln des Sohns, so accrescirte dessen Portion an der Hälfte nicht dem Sohne, das heißt, dem Vater des Enkels, sondern den übrigen Enkeln, seinen Brüdern [q]).

Daß die angeführte Concurrenz, nach der 118. Novelle, auch bey der testamentarischen Successsion nicht mehr statt finde, sondern der emancipirte Sohn seinen Kin-

k) L. 1 et 3. D. de coniung. cum emanc. lib. L. 1. §. 13. D. de vent. in poss. L. 1. §. 7. L. 6. §. 3. D. h. t. L. 3. §. 6. D. de collat.

l) L. 3. D. de coniung. cum emancip. L. 1. §. 13. D. de ventr.

m) L. 1. §. 4 et 5. D. de coniung. cum emancip. lib.

n) L. 23. pr. D. de inoff. testam.

o) L. 5. pr. et §. 2. D. de coniung. cum emancip. L. 3. §. 6. L. 9. D. de collat.

p) L. 1. 4. 12. D. de coniung. cum emancip.

q) Lex cit. 1. §. 12. D. de coniung.

Kindern, welche in des Großvaters väterlicher Gewalt verblieben, vorgehe, das ist wenigstens die gemeine Lehre [r]), wiewohl es auch nicht an solchen Rechtsgelehrten fehlt, die das Julianische Edict noch heutiges Tages bey der testamentarischen Succession für gültig erklären [s]).

Der Linealfolge war es gemäß, daß in dem Fall, wenn der Vater den Sohn emancipirt, und den Enkel als Sohn adoptirt hatte, dieser einen besondern Stamm stiftete, und daher der emancipirte Sohn einen Stammtheil, und der adoptirte Enkel, als Sohn, auch einen Stammtheil bekam [t]). Hierher gehören auch die besondern Fälle, welche Julian angeführt hat [u]).

Die Enkel traten an die Stelle des gestorbenen Sohnes, ihres Vaters, und bekamen dessen Stammportion; es mochten Enkel nur in einem Stamme, oder in allen vorhanden seyn. Das nämliche galt auch nach den Regeln der Stammfolge bey den Urenkeln, u. s. f. so, daß das ius repraesentationis in infinitum statt hatte [x]).

Konnte ein präterirtes Kind die bon. poss. contra tab. erhalten, das andere aber nicht; z. B. deswegen, weil es zum Erben eingesetzt war; so trat durch das erste das edictum contra tabulas ein, *praeteritus* committebat edictum, und das letztere, welches z. B. auf weniger, als sein Intestaterbtheil betrug, zum Erben eingesetzt worden war, konnte nun die bon. poss. contra tabulas ebenfalls auch agnosciren, und es kam nichts darauf an, ob

r) Stryck et Lavterbach ad tit. Dig. de coniung. cum emanc.

s) Meier in Coll. Argent. et Voet ad cit. tit. Dig.

t) L. 3. §. 3. D. h. t. L. 1. §. 9. D. de coniung. cum emanc. liber.

u) L. 13. §. 3. D. h. t. L. 3. §. 6. D. de collat.

x) L. 1. §. 8. L. 3. pr. et §. 5. L. 6. §. 1. L. 11. §. 1. D. h. t. L. 1. §. 7 et 17. D. de coniung. cum emanc.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0124
DFG

ob das erste die bon. poss. contra tabulas agnoscirte, oder nicht [y]); nur mußte der filius heres institutus sich noch nicht in die Erbschaft immiscirt, oder solche angetreten haben [z]). Merkwürdig ist es, was Ulpian in der L. 10. §. 5. D. h. t. gesagt hat, womit die L. 20. pr. eod. zusammen gehalten werden kann.

Sehr auffallend ist es ferner, daß Ulpian in Rücksicht der Personen, welche die bon. poss. vnde liberi zu hoffen haben, das edictum contra tabulas zur Norm und Vorschrift macht, woraus die Liste der Personen, welche sich der bonor. poss. vnde liberi zu erfreuen hätten, gemacht werden könnte [a]); dahingegen Cajus bey der Frage: gegen welches Testament die bon. poss. contra tab. statt finde, einen entgegengesetzten Gang nimmt, und von der bonor. poss. *secundum* tabulas auf die bon. poss. *contra* tabulas argumentirt [b]). Auf die nämliche Art argumentirt auch Tryphoninus [c]).

Viele berühmte Rechtsgelehrte haben zu behaupten gesucht, die bon. poss. contra tabul. sey nichts anders, als die bon. poss. vnde liberi. Diese Meynung läßt sich nicht beweisen; denn die bon. poss. contra tabul. ist eine testamentaria, und die bon. poss. vnde lib. ist eine non testamentaria seu ab intestato. Hiervon ist die Frage zu unterscheiden: ob durch die bon. poss. contra tab. *necessaria* das Testament umgestoßen werde, und deswegen die Intestaterbfolge eintrete. Dieses behaupten viele Rechtsgelehrte [d]), und sie haben die deutlichsten Gesetze [e]) für sich.

y) L. 3. §. 11. L. 10. §. 6. L. 8. §. 11 et 14. D. h. t.

z) L. 14. pr. D. h. t.

a) L. 1. §. 5. D. si tab. test. nullae extab.

b) L. 12. §. 1. D. h. t.

c) L. 19. D. de bon. poss. contra tab.

d) VINNIVS ad §. 1. Inst. de bon. poss. nr. 1.

e) L. 1. pr. D. de legat. praest. L. 17. C. de collat. L. 4. C. de liber. praet.

Der gelehrte Averanius hat das Gegentheil zu beweisen gesucht, und Hr. Prof. Hofacker stimmt ihm bey [f]), mit Beziehung auf dessen Argumente. Herr Kanzler Koch a. a. O. S. 127. schreibt: ich halte die ganze Frage im Grunde für einen Wortstreit; denn wie der Prätor operirt, und in wie fern er bey der bon. poss. cont. tab. *necessaria* den Inhalt des Testaments gelten lassen, oder umgestoßen habe, das ist entschieden.

Die querela inofficiosi hatte vor der in der 115. Novelle gemachten Modifikation, welche durch die bey der bon. poss. cont. tab. necessaria geltenden, prätorischen Operation veranlaßt worden ist, eine ganz andere und weit stärkere Würkung, als ihr Justinian gelassen hat; aber doch auch nach der 115. Nov. wird durch die querela inofficiosi das Testament quoad heredis institutionem der Regel nach ganz umgestoßen, und es tritt die Intestatsuccession ein; jedoch treten bey der bon. poss. cont. tab. *necessaria* mehrere Fälle ein, welche die Frage von der Umstoßung des Testaments verwickelter machen.

Was hat aber Justinian durch seine Gesetze bey der bon. poss. contra tab. für eine Veränderung bewirkt? — So viel die bon. poss., als *utilis* betrachtet, betrifft, so hat Justinian solche nirgends aufgehoben, auch nicht in der 115. Novelle. So viel aber die bon. poss., als *necessaria* betrachtet, anbelangt, so hat er solche mehr erweitert [g]), und sie auch solchen Kindern gegeben, die der Prätor nicht dazu berief. Keinesweges aber hat Justinian in diesen beyden Gesetzen die ganze bon. poss. cont. tab. aufgehoben [h]). Wahrscheinlich ist auch in der 118. Novelle gar nicht von der testamentarischen, sondern blos von der Intestatsuccession

f) Averanius in Inter. Lib. 1. cap. 7. Hofacker Princ. iur. ciuil. §. 1639.

g) L. 4. C. de lib. praet. et exhered. §. 5. Inst. de exhered. lib.

h) Vinnius ad §. 5. Inst. de exhered. lib.

cession die Rede, und die bon. poss. *necessaria* dadurch nicht aufgehoben worden; so wie auch aus einem in der 118. Novelle ertheilten Intestaterbrechte auf die testamentarische Succession keine unmittelbare Folge vorhanden ist, wenn die Analogie es nicht nothwendig erfordert. So haben z. B. die fratres et sorores *vterini*, und noch weniger die Söhne und Töchter der fratrum sororumque *germanorum* et *consanguineorum*, durch die 118. Novelle auf den Pflichttheil ein Recht bekommen.

Viele Rechtsgelehrte sind freylich der Meynung, Justinian habe die suos und emancipatos, auch in Ansehung der testamentarischen Succession, durch die 118. Novelle Cap. 1. einander gleich gemacht, welche Meynung auch Hr. Prof. Stupp i) nicht ganz verwirft, aber dabey nicht consequent geblieben ist, und nicht bedacht hat, daß er §. 4—7. die Lehre des Alciat, Cujaz ꝛc. in Schutz genommen hatte, welche sogar behaupten, daß durch die Nov. 118. Cap. 1. der Unterschied zwischen den suis und emancipatis auch in Ansehung des Intestatsuccessionsrechts selbst nicht aufgehoben sey, mithin die emancipati noch immer nur ex iure Praetoris, mittelst der bon. poss. vnde liberi zur Intestaterbschaft gelangten, welches jedoch ganz falsch ist, da in der 118. Novelle kein Wort von der bon. poss. vorkommt, und Justinian für die sämmtliche Verwandtschaft des Verstorbenen eine allgemeine kaiserliche Intestatsuccessionsordnung, welche ein Civilintestaterbrecht begründen und wirken sollte, gemacht hat; mithin die emancipati gar nicht mehr nöthig haben, zu der bon. poss. vnde liberi ihre Zuflucht zu nehmen.

Herr Kanzler Koch k) schreibt: — wenn man die Novelle 115. Cap. 3. so erklärt, daß den unförmlich präterirten oder enterbten non-suis liberis, welche ein ius legitimae und Intestaterbrecht haben, nicht blos

i) Stupp a. a. O. §. 12.

k) Koch a. a. O. S. 131.

die querela inofficioſi zuſtehe, ſondern ſie auch ein ſolches Teſtament als ipſo *nouo iure* nullum, durch die Nullitätsquerel anfechten können, die Frage möge von Teſtamenten des Vaters, oder der Mutter, oder deren Aſcendenten ſeyn, ſo können ſogar nunmehr die Kinder gegen ein ſolches unförmliches Teſtament der Mutter oder der übrigen weiblichen und cognatiſchen Aſcendenten, wenn ſie wollen, die bonor. poſſ. contra tabulas nach der Rechtsanalogie, (denn welches Kind das Teſtament mit der querela nullitatis anfechten konnte, dem gab auch der Prätor die bon. poſſ. contra tabulas,) erlangen, welches vor der Novelle 115. und 118. nicht möglich war, da ſie nach des Prätors Edikte nur als legitimi heredes ex Scto *Orphitiano* die bon. poſſ. ab inteſtato vnde legitimi zu hoffen hatten, gegen das Teſtament aber, worin ſie präterirt waren, die querelam *inofficioſi* teſtamenti anſtellen mußten, und die bon. poſſ. contra tabulas nicht brauchen durften. Ich argumentire folgendergeſtalt.— Weil die 118. Novelle, die emancipatos liberos ſ. non-ſuos ſo gut zu Civilinteſtaterben, als die ſuos gemacht hat, nämlich quoad ipſum ſucceſſionis ius, denn von dem modo hereditatem adquirendi, vel ipſo iure, vel ope aditionis iſt hier gar nicht die Rede, welches der Grundſatz iſt, von welchem man ausgehen muß; ſo können ſie nunmehr gegen das Teſtament, worin ſie nach der Nov. 115. Cap. 3. unförmlich präterirt oder enterbt ſind, entweder die in der 115. Novelle gegründete Nullitätsquerel anſtellen, oder auch, wenn ſie wollen, die bon. poſſ. contra tabulas cum re bitten; es ſey von des Vaters oder eines väterlichen männlichen Aſcendenten, oder eines weiblichen und cognatiſchen Aſcendenten, nach der Novelle 115. Cap. 3. unförmlichem Teſtamente die Rede. Es tritt hier ein, was Papinian [1]) ſagt: ius *praetorium* ius *ciuile* ſubſequitur. Nimmt man an, daß gegen ein nach der Novelle 115. Cap. 3. unförmliches Teſtament nicht die querela

1) L. 14. D. de teſtibus.

querela nullitatis *iuris noui*, sondern blos die querela *inofficiosi* statt finde; so fällt auch die bon. poss. contra tabulas *vtilis* so gut von selbst weg, als die *necessaria*.

Nun sollen die, von den Rechtsgelehrten über Justinians Gesetz in der 115. Novelle, in Verbindung mit dem vorherigen Civilrecht und prätorischen Recht, aufgestellten Systeme vorgetragen werden.

Erstes System. Einige Rechtsgelehrte machen einen Unterschied: ob man die Enterbung oder Präterition nach der alten Form, oder nach der neuen Form der 115. Novelle betrachte. Ist die Enterbung (der Präterition, wenn solche einer förmlichen Enterbung gleich gehalten wird, ist eigentlich keine alte Form vorgeschrieben,) selbst nach der alten Form ungültig, so ist das Testament null und nichtig, und dagegen können die *sui* die querelam nullitatis *iuris veteris* mit dem Effekt anstellen, daß das ganze Testament für nichtig erklärt werden muß. Die non-sui oder emancipati müssen, gegen des Vaters oder des väterlichen männlichen Ascendenten Testament, in diesem Fall die bon. poss. contra tab. bitten, welche die Wirkungen hat, die ihr in dem prätorischen Edikte ertheilt worden sind. Justinian redet in der 115ten Novelle Cap. 3. von diesem Falle nicht, wiewohl die Praxis wegen der Auth. ex causa C. de liberis praeter. angenommen haben soll, daß auch in diesem Falle alle Vermächtnisse ꝛc. bey Kräften bleiben [m]).

Ist die Enterbung oder Präterition nach der alten Form gültig, so ist sie ferner auch nach der neuen Form entweder gültig oder ungültig; welches letzte alsdenn der Fall ist, wenn entweder gar keine, oder eine ungerechte Ursache im Testament angeführt ist. Ist das erste, so findet unstreitig keine andere Klage als die querela inofficioli statt, und nunmehr ist blos die Frage: ob

m) Koch Diss. de testamento per matrimonium vel nullo vel rupto, §. 4. Giessae 1773.

die im Testament angeführte gerechte Ursache auch wahr, oder ob sie falsch sey? Ist das zweyte, so müssen die sui und auch die non-sui noch immer die vorige Klage, nämlich die querelam inofficiosi anstellen, und die so genannte querela *nullitatis iuris noui* ist eine Erdichtung, woran Justinian in der 115. Nov. nicht gedacht hat; jedoch wirft in diesen beyden Fällen die querela inofficiosi das Testament nicht ganz über den Haufen. Diese Erklärung hat Vinnius zuerst ausführlich von der Sache vorgetragen, und ihm pflichten mehrere Rechtsgelehrte bey n). Außer den angeführten Beweisen für dieses System trägt der Hr. Geh. Rath Koch a. a. O. S. 141. auch folgendes Argument vor, weil er dieses System in der Theorie für das richtigste hält. Er sagt: nach der 115. Novelle ist in Hinsicht der Wirkung unter beyden Fällen, ob gar keine, oder keine rechtmäßige Ursache angeführt ist, oder ob die angeführte rechtmäßige Ursache nicht erwiesen werden kann, gar kein Unterschied gemacht, sondern beyde Fälle sind an dem nämlichen Platze, wo ihre Entscheidung stehet, mit einander verknüpft vorgetragen; es muß also die Klage, welche nach dem Willen des Gesetzgebers in dem einen Falle statt hat, auch in dem andern gebraucht werden, weil der Gesetzgeber keine neuen Klagen genannt und vorgeschrieben hat, mithin es bey den Klagen bewenden lassen, welche in solchen Fällen nach der vorigen Legislation gebraucht werden mußten; das ist nun aber in beyden Fällen keine andere, als die querela inofficiosi testamenti. Der Einwurf, daß in dem Falle, wenn gar keine, oder keine gerechte Enterbungsursache in dem Testament angeführt ist, der Proceß sehr kurz sey, weil der eingesetzte Erbe damit nicht gehört werden dürfe, wenn er beweisen wolle, daß gleichwohl eine gerechte Ursache vorhanden sey, ist ganz unbe-

n) Vinnivs ad Pr. Inst. de inoffic. test. Idem in Quaest. iur. sel. Lib. II. cap. 20 et 21. Hvber ad cit. tit. §. 2. Voet eod. tit. §. 13.

unbedeutend; denn dadurch wird das genus actionis nicht bestimmt, und wenn der im Besitz der Erbschaft sich befindende eingesetzte Erbe in Güte nicht weichen will, so entsteht ein Proceß, es mag nun der Angriff mit der querela nullitatis oder inofficiosi testamenti geschehen.

Zweytes System. Andere Rechtsgelehrte, deren Anzahl die größere ist, sind zwar in Rücksicht eines Testaments, welches sogar nach der alten Form, entweder iure *ciuili* oder iure *Praetorio* ungültig ist, und wogegen entweder die querela nullitatis iuris veteris, oder die bon. poss. contra tabulas *necessaria* statt findet, nicht einerley Meynung wegen der Wirkung beyder Rechtsmittel in Ansehung der Vermächtnisse u. s. w. Nach der Behauptung einiger Rechtsgelehrten, sollen entweder alle wegfallen oder nur zum Theil, nachdem von der querela nullitatis *iuris veteris*, oder der bon. poss. contra tabulas *necessaria* die Rede ist. Andere Rechtsgelehrte lassen alle Legate u. s. f. gelten, und damit kömmt die Praxis überein. Darin stimmen diese Rechtsgelehrte einmüthig überein, daß, wenn die Enterbung, oder Präterition, nicht allein nach der alten, sondern auch nach der neuen Form gültig ist, die querela inofficiosi, wozu die emancipati die bon. poss. litis ordinandae gratia nicht mehr nöthig haben, angestellt werden müsse; sey aber solche nach der neuen Form ungültig, so habe die querela nullitatis *iuris noui*, sowohl gegen das väterliche als mütterliche Testament statt, durch welche zwey Klagen zwar nicht das ganze Testament umgestoßen werde, sie weichen aber doch in mancherley Rücksicht von einander ab, es sey auch die letztere vortheilhafter als die erstere, z. B. in Rücksicht der Verjährungszeit, des Ueberganges auf die Erben, u. s. f. *). Unter den Rechtsgelehrten, welche dieses zweyte System für richtig halten, sind besonders merkwürdig, Carpzov, Brunnemann, Schilter, Berger,

*) Höpfners Comment. §. 525.

Thomasius, Cocceji, Böhmer, Reinharth, Schaumburg, Hellfeld, Bauer, Sartorius, Haubold, Wernher, Westphal, Madihn.

Ein drittes System hat der Hr. Geh. Rath Schneidt in Würzburg vorgetragen [p]), welcher behauptet, in der Nov. 115. sey weder von einer querela nullitatis *iuris noui*, noch inofficiosi testamenti die Rede, sondern es müsse nach solcher condictio ex Lege gebraucht werden. Der Hr. Geh. Rath Koch antwortet darauf: der Hr. Geh. Rath Schneidt habe wohl nicht daran gedacht, daß die condictio ex Lege keine Realklage, sondern nur eine Personalklage ist, und, wenn man weder querelam inofficiosi, noch auch querelam nullitatis *iuris noui* gelten lassen, sondern beyde aus der Novelle 115. verbannen, und der Klage aus der 115. Novelle einen neuen Namen geben will, solche doch, wenn man nicht gegen die klaren Rechtsgrundsätze anstoßen will, mit dem Namen einer Condictio ex Lege unmöglich belegt werden kann, weil diese Klage doch allemal eine Realklage seyn und bleiben muß. Die actio expletoria oder die condictio ex L. 30. C. de inoffic. test. läßt sich nicht hierher ziehen, um daraus ein Argument formiren zu können.

Ein viertes System hat Hr. Prof. Woltär [q]) aufgestellt, und er behauptet: Nouella 115. c. 3 et 4. querelam de inofficioso testamento non emendauit, sed nouum omnino iuris introduxit remedium. Dieses *nouum* iuris remedium wird von ihm querela inofficiosi testamenti *noua* seu *Iustinianea* genennt, und die aus dem vorigen Recht herrührende Klage soll *vetus* heißen.

Der

p) Schneidt Diss. de querela inofficiosi inter liberos et parentes exul., Wirceb. 1778.

q) Woltaer Diss. flores ad ius querelae de inofficioso testamento sparsi, Hal. 1779. Idem in Fascic. secundo obseruat. ad ius ciuile, obs. XXVII. Idem in Heineccii Element. iuris ciuilis, Hal. 1785.

Der Hr. Geh. Rath Koch schreibt S. 179. des angef. Buchs: es ist ein richtiger Satz: das Kind, welches nach dem Civilrecht gegen ein Testament die querelam nullitatis anstellen kann, das kann auch, wenn es will, bonor. poss. contra tabulas erlangen.

I. Wenn also der suus, welcher nicht einmal nach der alten Form rite enterbt ist, bon. poss. contra tab. suchen will, so bekommt er sie, das Testament ist gänzlich null, und der suus braucht als bonorum possessor *vtilis* die Legate nicht zu prästiren. Die Novelle 115. redet von diesem Falle nicht. Darüber ist Vinnius mit den übrigen Anhängern des ersten Systems nachzulesen. Andere Rechtsgelehrte r) behaupten heutiges Tages so wie bey der querela nullitatis iuris *antiqui*, also auch in diesem Falle bey der bon. poss. cont. tab. *vtili* das Gegentheil, und die Praxis stimmt ihnen auch fast überall bey.

II. Wäre ein suus, zwar nach der alten Form, nicht aber nach der neuen, rite enterbt; so kann er zwar, wenn man das zweyte System zum Grunde legt, statt der querelae nullitatis iuris *noui* die bon. poss. contra tabulas bekommen, aber dann muß er nach der Novelle 115. Cap. 3. alle Legate u. s. f. prästiren; denn sonst würde durch diesen Weg die Verordnung der Novelle vereitelt, welches man wohl nicht annehmen darf s).

III. Wenn ein emancipatus von dem Vater, oder dem väterlichen männlichen Ascendenten nach der alten Form nicht rite enterbt ist, so bekommt er bon. poss. cont. tabulas *necessariam*, und braucht nur diejenigen Legate u. s. f. zu bezahlen, wozu ihm das prätorische Edict verbindlich macht. Die Novelle 115. redet auch von diesem Falle nicht; die Praxis hat dieses zur Regel gemacht. Wenn diejenigen Rechtsgelehrten, welche glauben, daß die emancipati den suis auch in der testamentarischen Suc-

r) Müller ad Struvium Exerc. XXXII. thes. 32.

s) Stryck in vsu mod. Lib. XXXVII. tit. 6.

Succession durch die 118. Novelle Cap. 1. gleich gemacht worden, consequent urtheilen wollten, so mußten sie auch behaupten, daß in diesem Falle nicht mehr die bon. poss. cont. tab. nöthig sey, sondern daß die emancipati, so wie die sui, in diesem Falle das Testament mit der querela nullitatis iuris *antiqui* anfechten könnten, und gar keine Legate zu bezahlen schuldig wären.

IV. Wenn ein emancipatus von dem Vater oder von dem väterlichen männlichen Ascendenten zwar nach der alten Form, nicht aber nach der neuen, rite enterbt worden ist, so gilt das nämliche bey ihm, was unter Nummer II. vom suo gesagt worden ist.

V. Wenn Kinder von der Mutter oder den übrigen weiblichen und cognatischen Ascendenten nicht nach der neuen Form präterirt oder enterbt sind, so können sie, wenn man das vorangeführte zweyte System zum Grunde legt, nach der Rechtsanalogie statt der querelae nullitatis iuris *noui* die bon. poss. contra tabulas bekommen, sie müssen aber alle Legate bezahlen.

Nun noch zum Beschluß ein Wort über die heutige Anwendung der *nouae clauſulae* im Julianischen Edict de coniungendis cum emancipato liberis. — Wenn man das aus der Novelle 115. und 118. hergenommene Argument gelten läßt, so sind nach der 118. Novelle die liberi non-sui in Hinsicht des Intestaterbrechts den suis gleich; folglich muß auch bey den liberis non-suis in der bon. poss. cont. tab. wegen der Ordnung unter den vorhandenen Descendenten dasjenige gelten, was der Prätor bey den liberis suis statuirte. Nun ging aber der filius *ſuus* praeteritus seinem Kinde, dem Enkel, obgleich solches ebenfalls noch in der väterlichen Gewalt des Großvaters war, vor, weil er nach dem Civilrechte ein Intestaterbe, und zwar der nächste war; folglich muß solches auch, wenn wir Rechtsanalogie gelten lassen und consequent seyn wollen, nach der Novelle 118. bey dem filio non-suo, dessen Kind in des Großvaters väterlicher Gewalt geblieben ist, gelten, daß dieser filius non-

non-suus, wenn er den Weg der bon. poss. cont. tab. erwählen wollte, seinem Kinde, dem in der väterlichen Gewalt des Großvaters gebliebenen Enkel, vorgezogen werde, und die Concurrenz derselben, jeder zur Hälfte, nicht mehr statt finde. Es tritt hier die L. 14. D. de testib. ein, wo es heißt: ius *praetorium* ius *ciuile* sequitur. Wenn also das ius ciuile nouum ganz andere Grundprincipien einführte, als vorher gegolten haben, so attendirt solches auch der Prätor, und modificirt sein prätorisches Recht darnach.

Da es nicht geleugnet werden kann, daß man, bey schweren Materien in der Rechtsgelehrsamkeit, nur dadurch die gehörige Kenntniß einer Lehre erlangen kann, wenn man die Erklärungen der berühmtesten Rechtsgelehrten mit einander vergleicht, so will ich anführen, wie der verst. Hr. Geh. Tr. Rath Höpfner die Lehre von der bon. poss. contra tabulas vorgetragen hat t). Es heißt bey ihm: die bon. poss. cont. tab. ist nach Verschiedenheit der Fälle bald *necessaria*, bald *vtilis*. Sie wird 1) den Kindern gegeben, wenn sie im Testament ihres Vaters übergangen oder nicht förmlich enterbt worden sind. Die sui, wenigstens die Söhne, haben sie der Regel nach nicht nöthig, wenn sie das Testament nach dem Civilrecht anfechten. Anders verhielt es sich mit den Emancipirten, die aber doch auch nach der Novelle 115. nicht mehr auf diese bon. poss. allein eingeschränkt sind. 2) Dem Patron, wenn ihn der libertus übergangen hat u); und daher erhält sie auch 3) der Vater, als manumissor, gegen das Testament seines emancipirten Sohnes, worin er präterirt ist x). Zuweilen konnte der Vater in diesem Fall durch die bon. poss. nicht das ganze Testament umwerfen. Wenn der Sohn eine schändliche Person eingesetzt hatte,

t) Höpfners Commentar, §. 559. S. 747.

u) L. 1. §. 2. L. 2. pr. L. 3. §. 10. D. de bon. libert.

x) Tot. Tit. dig. si quis a parente manumiss.

hatte, so galt das ganze Testament nicht; war aber eine ehrliche Person zum Erben eingesetzt, so wurde die bon. poss. nur auf den Pflichttheil gegeben [y]). Uebrigens konnte der Vater auch als Vater die querelam inofficiosi test. gegen das Testament seines emancipirten Sohnes anstellen; wenigstens will man dieß aus der L. vlt. D. eo beweisen, und wenn das richtig ist, so hat denn auch nach dem Recht der Nou. 115. cap. 4. der Vater jene bon. poss nicht mehr nöthig, sondern er kann querelam inofficiosi oder nullitatis ex Nou. 115. anstellen.

Vorzüglich merkwürdig sind, fährt Hr. Höpfner fort, die bon. possessiones, welche selbst den suis, und das auch noch heutzutage, nöthig sind, um eine Erbschaft zu erhalten. Dahin gehören folgende Fälle. — 1) Ein Sohn ist im Testament übergangen, der andere Sohn und ein fremder Erbe sind eingesetzt; der übergangene Sohn will aber das Testament nicht angreifen. Hier kann der eingesetzte Sohn, im Namen und statt seines Bruders bon. poss. cont. tab. suchen, um den fremden Erben auszuschließen, und die Erbschaft allein zu bekommen [z]). 2) Ein Vater macht ein Testament, setzt seine Kinder und zugleich einen fremden Erben ein; er bekommt einen postumum; das Testament wird also rumpirt; der postumus stirbt aber wieder vor dem Testirer. Um den fremden Erben auszuschließen, müssen die eingesetzten Kinder bon. poss. cont. tabulas suchen [a]). Der Prätor giebt zwar in dem Fall, wenn der im Testament übergangene Sohn das Testament nicht anfechten will, desgleichen wenn der nicht eingesetzte postumus vor dem Testator gestorben ist, bon. poss. secundum tabulas; allein in den oben angeführten beyden Fällen giebt es doch auch zum Vortheil der Kinder bon. poss. cont. tab. Wollen diese nicht

y) L. 3. D. de bon. poss. cont. tab.

z) L. 3. §. 10 et 11. L. 4. §. 3. L. 10. §. fin. D. h. t.

a) L. 3. §. 11. L. 4. §. 3. D. h. t.

nicht darum bitten, oder lassen sie die vorgeschriebene Jahresfrist, ohne zu bitten, verstreichen, so kann nun der mit eingesetzte fremde Erbe um die bon. poss. secundum tabulas einkommen.

Hr. Prof. Weber hat zu dieser Stelle folgende Anmerkung gemacht. — Man vergleiche bey diesem Paragraph Koch bon. poss. §. 8 und 30. nr. 11. welcher besonders in dem hier zuletzt angeführten zweyten Falle das Gegentheil behauptet, weil ein vor dem Testirer verstorbenes Kind die bon. poss. nicht bekommt, mithin auch die übrigen aus der Person dieses postumi solche nicht erlangen können, um den eingesetzten fremden Erben zu verdrängen, daher blos bon. poss. sec. tab. statt finden kann. Es ist auch nicht zu läugnen, daß cit. LL. 3. §. 11. und L. 4. §. 3. D. de bon. poss. cont. tab. die von dem Verfasser mit mehrern Rechtsgelehrten angenommene Meynung nicht begünstigen. Uebrigens kömmt hier noch ein anderer merkwürdiger Fall in Betrachtung, davon in der berühmten L. 12. §. 1. D. de bon. poss. cont. tab. die Rede ist. — Jemand hinterläßt zwey Testamente, wovon das erste in der Form vollkommen, iure factum, das zweyte und jüngere aber unvollkommen ist, imperfectum. Im ersten wird der Sohn des Testirers gültig enterbt, im zweyten aber praeterirt ihn der Vater ganz. Hier giebt das Gesetz dem Sohn bon. poss. cont. tabul. gegen das zweyte Testament, jedoch nur in dem Falle, wenn der darin eingesetzte Erbe, so bald der Sohn wegfällt, remoto filio, die Erbschaft würde erhalten können; denn alsdenn ist das erste Testament durch das zweyte für aufgehoben zu achten. Dieß läßt sich allerdings vermöge der L. 2. D. de iniusto, rupto, verglichen mit der L. 21. §. 3. C. de testam. alsdenn annehmen, wenn in dem zweyten, obgleich an sich mangelhaften Testament ein Verwandter eingesetzt worden ist, der, wenn der Sohn nicht da wäre, ab intestato erben würde, da sonst das einmal gültig gemachte Testament durch ein zweytes, aber unvollkommenes, nicht aufgehoben wird, folglich es

bey

bey der Enterbung des Sohnes bleiben würde. Noch in der Erklärung der L. 12. §. 1. D. de bon. poss. cont. tab. die in seiner Schrift bon. possessio steht, hält dafür, daß auf das persönliche Verhältniß des im zweyten Testament eingesetzten Erben hier gar nichts ankomme (und gleichwohl nimmt doch Cajus nicht undeutlich den Grund seiner Entscheidung von diesem zweyten Erben her), sondern daß die Zulässigkeit der bon. poss. cont. tab. gegen das zweyte Testament nur davon abhänge, daß bey diesem doch die Prätorische Testamentsform beobachtet worden. Alsdenn würde aber der Ausdruck des Gesetzes, welcher dieß gar nicht zu erkennen giebt, sehr unvollständig seyn.

Lib. XXXVII. Tit. V.

de

legatis praestandis contra tabulas bon. poss. petita.

§. 1606.

Erhielt ein emancipirtes Kind die bon. poss. contra tabulas, so war es schuldig verschiedene Vermächtnisse zu bezahlen, die in dem Testament hinterlassen worden, nämlich solche, welche Kinder, Eltern, die Frau, oder die Schwiegertochter als Brautschatz bekommen sollten.

Lib. XXXVII. Tit. VI.

de

collatione bonorum.

§. 1607 — 1614.

Die bonorum possessio, welche der Prätor den emancipirten Kindern ertheilte, machte die Collation nothwendig. Die emancipati erbten nach des Prätors Willen mit den suis. Gleichwohl hatten die sui alles, was sie erworben hatten, ihrem Vater überlassen müssen; die emancipati hingegen behielten das für sich, was sie erworben hatten. Daraus entstand eine Unbilligkeit, und eine Verletzung für die suos. Der Prätor setzte deswegen fest, daß, wenn sui mit emancipatis erbten, die letztern das Vermögen conferiren sollten, was sie nach ihrer Emancipation erworben hatten.

Die Collation gründet sich auf den vermuthlichen Willen der Eltern; es ist nämlich zu vermuthen, daß die Eltern ihre Kinder, bey der Vertheilung ihres Vermögens, einander gleich halten, das heißt, haben wollen, ein Kind soll so viel bekommen als das andere. Daher kommt bey Erbschaftsvertheilungen der Eltern die Collation, oder die Einwerfung vor. Erben Kinder von ihren Eltern, und sie haben beym Leben der Eltern schon etwas bekommen, jedoch nicht in der Absicht, daß sie es zum Voraus behalten sollen, so müssen sich die Kinder diese Dinge bey der Erbvertheilung auf ihren Theil abrechnen lassen; aus dem Grunde, weil den Eltern ein Kind so lieb seyn muß, als das andere.

Die Collation geschieht nur, wenn Kinder von ihren Eltern erben, es mag nach einem Testament geschehen, oder ab intestato. Dieser Regel gemäß, ist dasjenige Kind zur Collation nicht gehalten, welches die Erbschaft ausgeschlagen hat [a]). Unter Eltern versteht man hier alle Ascendenten; und unter Kindern alle Descendenten. Bestritten ist es, ob die Enkel, wenn sie von ihrem Großvater erben, sich auch das anrechnen lassen müssen, was ihr Vater oder ihre Mutter, von deren Erbschaft sie sich aber losgesagt haben, bereits vom Großvater bekommen hatten. Dieses wird vom Herrn Kanzler Koch [b]) behauptet, welcher schreibt: es sind einige Juristen, z. B. J. S. Fr. Böhmer und Doles, welche behaupten, daß die Enkel ꝛc. nicht iure repraesentationis, sondern iure proprio succediren, welches die Folge und den Nutzen haben soll, daß die Enkel, welche von ihrer Eltern Erbschaft abstinirt oder solche repudiirt haben, aus der Person ihres Vaters oder ihrer Mutter in die großväterliche oder großmütterliche Erbschaft zu conferiren nicht schuldig sind. Ich muß offenherzig gestehen, daß ich es für ein bloßes unnützes Wortspiel halte, ob die Enkel iure repraesentationis oder iure proprio succediren. Justinian sagt in der Novelle 118. Cap. 1.: nepotes *in proprii parentis locum succedere, tantam* de hereditate morientis accipientes partem, *quantam* eorum parens, si viueret, habuisset. Also: succedunt in proprii parentis locum. Ob man das nun ius repraesentationis, oder ius proprium nennen will, das ist ganz gleichgültig. Genug, daß die Enkel nur *tantam* de hereditate morientis accipiunt partem, *quantam* eorum parens, si viueret, habuisset.

Was

a) L. 8. L. 9. D. h. t. C. H. F. Roeszler renunciationem hereditat. ab onere collat. liberare, Frf. ad Viadr. 1800.

b) Grundlinien einer neuen Theorie von der Succession mehrfacher Verwandten, vom Geh. Rath und Kanzler Koch, Gießen 1798. S. 11.

Was den Collationspunkt betrifft, so kann die Enkel die neue Lehre, nach welcher sie den Großeltern iure proprio succediren sollen, von der Collation eben so wenig befreyen, weil sie, in jedem Fall, sie mögen ihrer Eltern Erbschaft angenommen, oder ausgeschlagen haben, nicht mehr aus der großelterlichen Erbschaft, nach Justinians angeführter Verordnung prätendiren können, als ihre Eltern, wenn sie noch lebten, daraus als Erben bekommen hätten. Die conferenda ihrer Eltern aber gehören, nach den Grundsätzen von der collatione bonorum, noch gewissermaaßen mit zur Erbschaft der Großeltern, und kommen bey Bestimmung der ganzen Erbschaft nicht nur mit in die Rechnung, sondern sie vermindern auch die dem Kinde von der ganzen Erbschaftssumme zugetheilte Portion, das heißt, die conferenda werden darauf angerechnet. Es sind z. B. drey Kinder, von welchen das erste 100 Fl., das zweyte aber 200 Fl. zu conferiren hat. Man nehme an, daß die, außer den conferendis, vorhandene baare Erbschaft 900 Fl. beträgt, folglich ist die zu vertheilende ganze Erbschaftssumme mit Einschluß der conferendorum 1200 Fl., die Erbportion eines jeden Kindes beträgt also 400 Fl. Das erste Kind bekommt demnach, mit Zurechnung seiner conferendorum, noch baar 300 Fl., das zweyte Kind 200 Fl., und das dritte, welches nichts zu conferiren hat, 400 Fl.

Daß die Enkel ihrer Eltern Erbschaft ausgeschlagen haben, das hat lediglich und allein die Wirkung, daß sie die Schulden ihrer Eltern zu bezahlen nicht verbunden sind; conferenda sind aber keine eigentliche und wahre Schulden, sondern die conferenda hat das Kind in Hinsicht seiner zukünftigen Erbschaftsportion vorläufig sub onere collationis, wenn es sich mit seinen conferendis nicht begnügen will, als welches in dessen Wahl stehet, in so fern der Pflichttheil der übrigen Kinder nicht verkürzt wird, bekommen. Wäre also des Enkels Vater oder Mutter der großelterlichen Erbschaft mit einer wahren und eigentlichen Schuld verhaftet, z. B. der Vater hat seinem

Sohne ein wahres Darlehn auf einen Schuldbrief gegeben, und der Enkel hätte von seines Vaters Erbschaft abstinirt, so wäre der Enkel zu Bezahlung dieser Schuld weder verbunden, noch könnte sie ihm auf seine Erbschaftsportion angerechnet, oder davon abgezogen werden, sondern die väterliche Schuld, wenn aus dessen Verlassenschaft gar nichts, oder nicht alles zu erhalten ist, geht der ganzen großelterlichen Erbschaftsmasse verlohren, und alle Erben leiden den Verlust [c]).

Wenn Eltern den Kindern, oder Seitenverwandte einander succediren, so wird nicht conferirt. Es muß conferirt werden, wenn einige von den Kindern, oder alle Kinder, schon von den Eltern, inter viuos, etwas bekommen haben. Man nehme an: A. stirbt, der Sohn B. hat zu Anschaffung eines Waarenlagers tausend Thaler, der Sohn C. zu Ankauf eines Hauses zwey tausend Thaler, die Tochter D. zum Brautschatze vier tausend Thaler bekommen. Jedes dieser Kinder muß sich hier das schon Erhaltene anrechnen und abkürzen lassen. Nur Alimente, Speise, Trank, Kleidung, Arzney, u. dergl. kurz alles, was zu des Lebensunterhalt nöthig ist, wird nicht conferirt. Daher sind auch die Kosten, die auf den Unterricht eines Kindes in Wissenschaften, Künsten und Handwerken, verwendet werden, nicht zu conferiren; denn sie werden als Alimente betrachtet; und selbst das Geld, was die Bücher zum Studiren kosten, wird nicht conferirt [d]).

Was die Kinder von den Eltern mortis causa bekommen haben, wird nicht angerechnet; denn hier fällt der Grund der Collation weg. Wenn die Eltern einem Kinde etwas mortis causa schenken, oder zum Voraus vermachen; so geben sie zu erkennen, daß sie keine Gleichheit haben

c) Hvber in praelect. iur. ciuil. Dig. h. t. §. 5.

d) I. F. Wernher Diss. de collatione circa libros studiorum gratia comparatos, in Eivs Disquis. iurid. collect. noua, pag. 128. sqq.

ben wollen. Eben so wenig werden die peculia castrensia, quasi castrensia und aduentitia conferirt. Wenn die castrensia und quasi castrensia von den Kindern selbst acquirirt worden sind, so ist es natürlich, daß sie ihnen nicht angerechnet werden können; so wenig als die aduentitia. Merkwürdig ist es, daß diese bona, vermöge eines priuilegii, auch alsdenn nicht conferirt werden, wenn die Eltern sie den Kindern gegeben haben. Giebt der Vater seinem Sohne 500 Thaler zu Anschaffung einer Officiersequipage, so ist der Sohn nicht schuldig, diese 500 Thaler zu conferiren.

Es soll nach den Gesetzen dasjenige nicht conferirt werden [e]), was die Eltern hergegeben haben, damit ihr Kind aus der Kriegsgefangenschaft hat ranzionirt werden können. Die Kinder conferiren auch ihr Eigenthum nicht. Hat also der Vater dem einen seiner Kinder das mütterliche Vermögen, wovon er den Niesbrauch ziehen konnte, zeitiger ausgeliefert, als er es zu thun schuldig war, so dürfen die übrigen Kinder die Summe dieses Niesbrauchs nicht zur Collation ziehen, weil der Vater sich seines Rechts vor der Zeit begeben konnte, und das Kind hat nun sein volles Eigenthum benutzt [f]).

Die Kosten, welche Eltern auf die Hochzeitmahlzeit eines Kindes verwendet haben, werden deswegen nicht conferirt, weil das Kind nicht reicher dadurch geworden ist. Der Vater hat die Mahlzeit bezahlt, um seine Ehre zu befördern, und deswegen würde es unbillig seyn, die Kosten dem Kinde anzurechnen. Selbst wenn die Kinder Hochzeitgeschenke bekommen haben, leidet dieser Satz keine Ausnahme, da solche nicht von dem Vater herkommen, sondern von fremden Personen, und bey der Collation wird nur alles in Rechnung gebracht, was Kinder von den Eltern bekommen haben. Nimmt der Vater die Hochzeitge-

e) L. 17. C. de postlim. reuers.

f) L. 6. §. 2. C. de bon. quae lib.

zeitgeschenke zu dem Ende in Empfang, weil er es vorher zur Bedingung gemacht, daß er die Hochzeitmahlzeit dafür ausrichten wolle, und nachher überläßt er sie den Kindern, so kann eine Collation nicht verweigert werden.

Außer den angeführten Fällen dürfen Kinder dasjenige nicht conferiren, was sie von den Eltern in der Absicht bekommen haben, daß sie diese Sache zum Voraus haben sollen. Hier wird ein deutlicher Wille der Eltern angenommen, daß bey diesem Voraus keine Collation statt finden soll, weil Eltern berechtigt sind, die Collation nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend zu verbieten. Ob ein von den Eltern erhaltenes simples Geschenk von dem Kinde conferirt werden müsse, oder nicht, darüber wird von den Rechtsgelehrten gestritten. Viele behaupten es, weil in Gesetzen g) der Fall vorkommt, daß ein Vater dem einen Kinde dotem oder donationem propter nuptias gegeben, und nun machte er dem andern Kinde, um es jenem Kinde gleich zu machen, ein Geschenk. Deswegen heißt es im Gesetz: iubemus ad similitudinem eius, qui ante nuptias donationem vel dotem conferre cogitur, etiam illam personam, quae nulla dote vel ante nuptias donatione data, solam *simplicem donationem* a parentibus suis accepit, conferre eam, nec recusare collationem *ex eo*, quod *simplex* donatio *non aliter confertur*, nisi huiusmodi legem donator, tempore donationis, suae indulgentiae imposuerit. Diejenigen Rechtsgelehrten, welche behaupten, auch simple Schenkungen müssen conferirt werden, führen die Schlußworte dieses Gesetzes zum Beweis ihrer Behauptung an, und sagen: es ist in den Worten deutlich enthalten, daß eine simple Schenkung nur alsdenn nicht conferirt werde, wenn der Vater, der die Schenkung gemacht, die Collation ausdrücklich verboten hat; fehlt es aber an diesem Verbot, so muß die Schenkung, um die Gleichheit unter Kindern zu beobachten, conferirt werden.

Die

g) L. 20. §. 1. C. de collat.

Die Collation fällt weg, wenn Kinder von der erhaltenen Sache ohne ihr Verschulden nichts mehr haben, weil sie ohne ihr Verschulden zu Grunde gegangen ist. Endlich fällt die Collation weg, wenn die Eltern solche untersagt oder erlassen haben; weil hier die Vermuthung der Gewißheit nachstehen muß. Eine Erlassung der Collation wird alsdenn angenommen, wenn die Eltern das ganze Vermögen unter die Kinder vertheilen; z. B. der Vater sagt, mein ältester Sohn soll alle meine bewegliche, und mein jüngster alle unbewegliche Vermögensstücke haben h).

Lib. XXXVII. Tit. VII.

de

collatione dotis.

§. 1615.

Eine simple Schenkung darf der Regel nach nicht conferirt werden; anders verhält es sich aber mit der donatio ob causam. Haben nämlich die Eltern den Kindern etwas zum Brautschatz, zu Errichtung eines Hauswesens, zu Anschaffung eines Waarenlagers, des Handwerkszeuges geschenkt, so muß der Brautschatz u. s. f. allerdings conferirt werden. Die Tochter conferirt nur den Werth des erhaltenen Brautschatzes, und kann nicht angehalten werden, die Sache selbst zur Erbschaftsmasse herauszugeben, um sie in die gemeinschaftliche Vertheilung einzuwerfen. Der Mann hat das bürgerliche Eigenthum des Brautschatzes, und dieses kann ihm durch die vorzunehmende Collation nicht

h) Strubens rechtliche Bedenken, 2ter Band, 98tes Bedenken.

genommen werden. Man bestimmt den Werth des Brautschatzes nach der jetzigen Beschaffenheit desselben, da die Collation geschieht, und darf nicht zurückstehen, was er werth gewesen, als ihn die Tochter bekam; weil alle zu conferirende Sachen nur nach dem Werthe in Rechnung kommen, den sie jetzt haben.

Lib. XXXVII. Tit. VIII.

de

coniungendis cum emancipato liberis.

§. 1616.

Nachdem die eingeschaltete Materie von der Collation vorgetragen worden, folgen wieder Grundsätze von der bonorum possessio. Der gegenwärtige Titel handelt von dem Falle, wenn der Vater seinen Sohn emancipirt, und dessen Sohn, als den Enkel, in seiner väterlichen Gewalt behalten hatte. Hier wurde der Enkel suus, und schloß den emancipirten Vater von der ganzen Erbschaft aus. Dieses änderte der Prätor ab, ertheilte dem emancipirten Sohn die bon. poss., um dadurch mit dem Enkel ein gleiches starkes Erbrecht zu erhalten, und die Hälfte der Erbschaft zu bekommen.

Lib. XXXVII. Tit. IX.

de

ventre in possessionem mittendo et curatore eius.

§. 1617.

Stirbt Jemand mit Hinterlassung einer schwangern Wittwe, deren jetzt noch nicht gebohrnes Kind des Verstorbenen Erbe seyn würde, wenn es schon gebohren wäre, so bekommt der venter und zugleich die Wittwe bonorum possessionem vom Prätor. Dieser Besitz der Erbschaft verschafft der Wittwe so lange Alimente, bis es sich gezeigt hat, ob sie ein lebendiges Kind zur Welt gebracht habe. Zur Sicherheit der Erbschaft wird ein Curator bestellt, welcher ein Güterverzeichniß verfertigt, das Vermögen verwaltet, und für den nothdürftigen standesmäßigen Unterhalt der Wittwe zu sorgen hat, wozu alles Nöthige an Essen, Trinken, Kleidern, Bedienung, Wohnung, u. s. f. gerechnet wird.

Lib. XXXVII. Tit. X.

de

Carboniano Edicto.

§. 1618.

Wenn Jemand stirbt, und hinterläßt ein unmündiges Kind, welches bisher von Jedermann für sein wirkliches ehe-

liches Kind gehalten worden ist, nunmehr treten aber die Verwandten auf, und gestehen dem Kinde diese eheliche Geburt nicht zu, so kann das Kind bitten, daß es in den Besitz des väterlichen Vermögens so lange gesetzt werde, bis es die Jahre der Mündigkeit erreicht habe, nach welcher Zeit es mit den Verwandten den Proceß über die eheliche Geburt durchfechten wolle. Diese bonor. poss. wird bon. poss. ex *Edicto* Carboniano genannt.

Wahrscheinlich bestand das Edictum *Carbonianum* aus folgenden Worten [a]): si cui controuersia fiat, an inter liberos sit, isque impubes esse dicatur, causa cognita, intra annum, ei bonorum possessionem dabo, ac si nulla ea de re controuersia esset, eumque eo nomine satisdare iubebo: iudicium vero causa cognita in tempus *pubertatis* differam. Es muß controuersia de statu et bonis simul obwalten [b]). Ein filius exheredatus konnte diese bonor. poss. nicht suchen [c]). Uebrigens kann diese bon. poss. nach Verschiedenheit der Fälle, vel contra tabulas, vel secundum tabulas, vel ab intestato seyn [d]). Hier entsteht die Frage: ob das Kind mit und neben der bon. poss. ex Edicto Carbon. auch zugleich die bon. poss. *edictalem* s. *ordinariam* agnosciren müsse? Die Rechtslehrer behaupten es, und berufen sich auf die L. 3. §. 15. D. h. t., es scheint aber, daß es nur von der bon. poss. edict. *necessaria* zu verstehen sey, mithin nur in dem Falle gelte, wenn das Kind, Falls es auch ein Kind des Verstorbenen war, doch kein Civilerbrecht hatte [e]). Die nämliche Frage kann bey der bon. poss. *decretali*, quae ventris nomine datur, nicht eintreten; sondern diese wird in

a) Arg. L. 1. pr. L. 3. §. 4. D. h. t.

b) L. 3. §. 2. L. 5. §. 3. D. h. t.

c) L. 1. §. 3. D. h. t.

d) L. 3. pr. D. de Carbon. edicto. L. 1. §. 8. eod.

e) L. 2. §. 12. D. ad Sctm. Tertull. L. 1. §. 4. D. vnde liberi. Koch a. a. O. S. 101.

in allen Fällen allein gebeten, und kann auch mit einer *edictali* nicht verbunden werden, weil diese dem ventri seu partui, quamdiu in vtero existit, nicht ertheilt wird, sondern nur alsdann statt findet, wenn er wirklich gebohren ist [f]).

Lib. XXXVII. Tit. XI.

de

bonorum possessione secundum tabulas.

§. 1619.

Die bonorum possessio secundum tabulas, welche auch aduersus tabulas, iuxta tabulas genennt wird [a]), ertheilt der Prätor dem im Testament eingesetzten Erben; sie bleibt bey dem Inhalt des Testaments stehen, und befolgt solchen. Nur von schriftlichen Testamenten sprach der Prätor in seinem Edict, jedoch wurde solche auch auf ein mündliches Testament ertheilt [b]); daher sie einige Rechtsgelehrten in directam und vtilem eingetheilt haben. Herr Kanzler Koch schreibt S. 238. des mehrmals angeführten Buchs: so viel hat seine ungezweifelte Richtigkeit, daß in den prätorischen Edicten allemal nur die Rede von testamentis scriptis ist; welches wohl darin seinen Grund hat, weil die Römer ihre Testamente schriftlich zu machen pflegten, und erst später die mündlichen Testamente gewöhnlich geworden sind [c]). In allen noch vorhandenen Frag-

f) L. 1. §. 11. D. de vent. in poss. mitt. L. 1. §. 11. D. ad Scm. Tertull.

a) VLPIAN. Fragm. XXVIII, pr. XX, 14. XXIII, 6.

b) L. 8. §. 4. D. L. 2. C. h. t.

c) Alb. Dier. TRECKEL in tract. de origine atque progressu testamenti factionis praesentim apud Romanos, cap. 3. §. 36.

Fragmenten der römischen Juristen findet sich nur ein einziges, welches von der bon. poss. secundum tabulas, die auf ein mündliches Testament erlangt werde, redet. Julianus ist der einzige, welcher in Lib. 24. Digestorum einen solchen Fall angeführt hat, und das Fragment steht in der L. 8. §. 4. D. h. t. Da also doch schon zu Julians Zeiten auch mündliche Testamente gemacht wurden, auf welche, nach dem von ihm ertheilten Gutachten, die bon. poss. secundum tabulas erlangt werden konnte; so muß man sich darüber wundern, daß Julian im Jahr 131. zu seinem berühmten sogenannten Edicto perpetuo nicht auch eine nouam clausulam wegen der mündlichen Testamente gemacht, und diesen Punkt ganz außer allen Zweifel gesetzt hat. Wenn das geschehen wäre, so hätte Kaiser Gordian in dem von ihm im Jahr 243. ertheilten Rescript nicht so reden können, wie es in der L. 2. C. de bon. poss. sec. tab. geschehen ist, wo es heißt: bonorum quidem possessionem ex Edicto Praetoris *nonnisi secundum eas tabulas*, quae *septem testium signis signatae sunt*, peti posse, *in dubium non venit*. Verum si *eundem numerum* adfuisse, *sine scriptis* testamento condito doceri potest: *iure ciuili* testamentum factum videri, ac *secundum nuncupationem* bonorum possessionem deferri, *explorati iuris* est. Also glaubte man doch noch im Jahr 243, daß der Prätor nur auf ein schriftliches Testament die bon. poss. secundum tab. ertheilt habe, indessen war es schon im Jahr 243. eine res explorati iuris, daß auch auf ein testamentum nuncupatiuum iure ciuili factum coram septem testibus die bon. poss. secundum tabul. erlangt werden könne. Auch der Kaiser Theodosius spricht von der bon. poss. secundum nuncupationem [d]), ohne den mindesten Zweifel darüber anzuführen, und solchen zu beseitigen.

Die bon. poss. *secundum* nuncupationem ist also gesetzmäßig. Aber von einer bon. poss. *contra* nuncupationem

d) L. 8. pr. C. de codicillis.

tionem findet sich weder in dem ganzen Corpus iuris ciuilis, noch außer demselben bey einem Classiker, in den Fragmenten eine Stelle oder die mindeste Spur. Weil indessen der Rechtssatz gilt: bey welchem Testament die bon. poss. sec. tabulas statt findet, bey demselben tritt auch die bon. possessio *contra* tabulas ein; so ist es auch nicht dem mindesten Zweifel unterworfen, daß, nachdem bey mündlichen Testamenten die bonorum possessio *secundum tabulas* zugelassen worden, auch bey solchen die bon. poss. *contra* tabulas Platz greifen müsse.

Man denke den Fall, daß der Vater ein mündliches Testament gemacht, und darin den emancipirten Sohn präterirt hatte. Der Testamentserbe war Civilerbe, konnte auch, wenn er wollte, die bonorum poss. *secundum* nuncupationen erlangen, und der präterirte Sohn hätte gegen ein solches Testament sich der bon. poss. *contra* nuncupationem nicht zu erfreuen gehabt? Wer kann das glauben? Der emancipirte und präterirte Sohn wäre ja ganz verlassen gewesen, weil er kein Civilerbe war, und das Testament aus dem Civilrecht nicht impugniren konnte. Hätte der Prätor gegen ein mündliches Testament die bon. poss. *contra* tabulas nicht ertheilt, so hätte ja der Vater, um seinen emancipirten Sohn von der Erbschaft auszuschließen, und ihm dazu auch sogar den prätorischen Weg zu versperren, nur ein mündliches Testament zu machen, und darin den emancipirten Sohn zu präteriren nöthig gehabt. Ja, es würde daraus auch das Paradoxum folgen, daß der emancipirte Sohn, wenn er auch in einem mündlichen Testamente präterirt war, vom Prätor verlassen gewesen sey; welcher ihm doch, wenn er in einem mündlichen Testament enterbt war, die bonorum possessionem *litis ordinandae* gratia vnde liberi ertheilte, um die querelam inofficiosi anstellen, und die Erbschaft erlangen zu können. Wer mögte solches doch wohl zusammen zu reimen wagen! Also giebt es auch eine bon. poss. contra nuncupationem.

Hr.

Hr. Prof. Weber [e]) schreibt in der Anmerkung zum Höpfner, über diese Stelle des Hrn. Koch, daß in keinem Gesetz der bon. poss. contra nuncup. test. gedacht werde: — das Gegentheil erhellet ganz bestimmt aus der L. 1. C. de bon. poss. contra tabulas, VI. 13.

Ebenfalls war die anfängliche und hauptsächlichste Absicht des Prätors bey der bon. poss. *secundum* tabulas blos, ein nach dem Civilrechte ungültiges Testament als gültig anzusehen, und dem eingesetzten Erben die Erbschaft zuzuwenden. Man muß aber gar nicht glauben, daß der Prätor auf alle und jede, nach dem Civilrechte ungültige Testamente die bonor. possessio *secundum* tabulas ertheilt habe. Das galt nur in gewissen und im Edict bestimmten Fällen.

Wenn ein Testament vorgelegt wurde, das sieben Zeugen untersiegelt hatten, so gab der Prätor dem darin eingesetzten Erben bon. poss. wenn auch die alte Methode per aes et libram zu testiren, nicht darin beobachtet worden war. Also das Testament mußte schriftlich seyn; aus mündlichen Testamenten gab der Prätor anfangs keine bonor. poss. Nach den neuern Gesetzen fällt diese ganze bon. poss. weg; denn ein Testament erfordert mehr Solennitäten, als das Untersiegeln der sieben Zeugen.

Hr. Kanzler Koch schreibt [f]) anders. Es heißt nämlich a. a. O. man glaubt fast allgemein, daß in jedem Falle, wo die bon. poss. sec. tab. statt finden soll, ein testamentum septem signis testium signatum vorhanden seyn müsse [g]); wiewohl auch nachher die bon. poss. sec. tab. auf ein testamentum *nuncupatiuum*, das vor sieben Zeugen gemacht war, ertheilt worden ist. Aber ich glaube nicht, daß die Gesetze, welche von septem signis testium reden,

e) Höpfners Commentar §. 660. S. 720.

f) Koch bon. poss. S. 253.

g) §. 2 et 3. Inst. de testam. L. 7. D. h. t. Vlpian. Fragm. XXIII, 6.

reden, so ganz allgemein von einer jeden bon. poss. secund. tab. zu verstehen sind. — Wenn von einer bon. poss. sec. tab. *vtili* die Rede ist, wobey ein selbst nach dem Civilrecht gültiges Testament gebraucht wird, so glaube ich, daß es zur Erlangung der bon. poss. sec. tab. genug sey, wenn dieses Testament in Hinsicht der äußern Form und Solennität in suo genere nach dem Civilrecht gültig ist, und der Prätor hier die septem signa testium nicht erfordert habe. So gab der Prätor auf ein testamentum *militare* die bon. poss. sec. tabulas [h]), aber nicht *contra* tabulas. Ein gleiches mußte statt haben in dem Falle, wenn das letzte Testament, obgleich nur vor fünf Zeugen gemacht, das erste rumpirt hatte [i]).

Wenn von der bon. poss. sec. tab. *necessaria* die Rede ist, so waren die septem signa testium erforderlich; versteht sich bey einem testamento scripto. Daß aber die bloßen signa nicht mehr hinlänglich, sondern nach den neuern Constitutionen, z. B. zugleich subscriptio nominum testium, erforderlich sey, das behaupten Stryck und fast alle neuere Rechtsgelehrten. Davon kann ich mich nicht recht überzeugen, weil ich glaube, daß das prätorische Recht, zumal was die äußere Form betrifft, in seinem Wesen gelassen werden muß, wenn es nicht ausdrücklich oder analogisch abgeschafft worden ist.

Der Prätor ertheilte die bon. poss. sec. tab. wenn ein postumus suus, das heißt, Jemand, der nach der Errichtung des Testaments in die väterliche Gewalt des Testirers gekommen ist, in dem Testament desselben prätexirt worden war, dieser postumus starb aber wieder, ehe der Testirer selbst mit Tode abging. Nach den Civilgesetzen war dieses Testament durch den postumus gebrochen worden, ruptum, und es blieb ruptum, wenn gleich der postumus starb. Der Prätor machte das Testament durch die

h) L. vn. D. de bon. poss. ex testam. milit.

i) L. 2. D. de iniusto etc. L. 21. §. 2. C. de testam.

die bon. poss. sec. tab. gültig; denn warum sollte es nicht gelten, da der postumus, um dessen Willen es ungültig geworden war, nicht mehr existirte. Uebrigens ist noch zu bemerken: der postumus mußte noch bey Lebzeiten des Testirers gebohren werden und auch wieder sterben; wurde er erst nach dem Tode des Testators gebohren, so bestätigte der Prätor das gebrochene Testament nicht, wenn gleich der postumus wieder gestorben war. Auch in dem Falle, wenn der postumus bey Lebzeiten des Testators gebohren wird, und nach dem Tode des Testirers stirbt, hatte keine bon. poss. sec. tab. statt, weil der postumus ipso iure Erbe geworden ist, und deswegen die Erbschaft auf seine Erben transmittirte [k]).

Uebergeht der Testator seinen schon zur Zeit der Testamentsverfertigung gebohrnen Sohn, so ist das von ihm gemachte Testament null, und nach den Civilgesetzen blieb es auch null, wenn der Sohn gleich sich von der väterlichen Erbschaft lossagte. Der Prätor erhielt dieses Testament bey Kräften, und versprach bon. poss. daraus zu ertheilen [l]). Wie wurde es gehalten, wenn der im Testament übergangene Sohn vor dem Testirer starb? Gab der Prätor jetzt auch bon. poss. sec. tabulas? — Dieser Fall wird in Gesetzen nicht ausdrücklich bestimmt; indessen halten mehrere Rechtsgelehrten auch hier die bon. poss. sec. tab. für zuläßig [m]).

Ein Testament, das einmal irritum geworden war, blieb es nach den Civilgesetzen allezeit, einige wenige Fälle ausgenommen; der Prätor erklärte aber, wenn ein Testament zwar durch die Capitisdeminution des Testirers irritum geworden, der Testator wurde aber vor seinem Tode wieder

k) Vinnivs ad §. 6. Inst. de bon. poss. nr. 2.

l) L. 17. D. de iniusto, etc. Vinnivs ad Pr. Inst. de exhered. liber. nr. 7. Averan. Lib. I. Interpr. cap. 10 et 11.

m) L. 12 et 17. D. de iniusto etc. Koch a. a. O. S. 362. 372. 438. Strubens Bedenk. 1ster Th. S. 313.

wieder ein römischer Bürger und homo sui iuris, so wolle er bon. poss. aus dem Testament geben.

Das erste Testament wird durch das zweyte ungültig gemacht und aufgehoben. Das erste bleibt nach dem Civilrechte ungültig, wenn auch der Testirer das zweyte nachher in der Absicht vernichtet hat, damit sein erstes Testament wieder gelten soll. Der Prätor giebt aus diesem ersten Testament dem darin eingesetzten Erben die bon. poss. sec. tabulas.

Findet man nach dem Tode des Erblassers zwey Testamente mit einerley Datum, und man weiß nicht, welches Testament das neueste ist, so gilt nach dem Civilrecht keins von diesen Testamenten, der Prätor ertheilt die bon. poss. sec. tab. aus beyden Testamenten.

Ist ein Erbe unter einer affirmativen Bedingung eingesetzt worden, die entweder nicht in seiner Gewalt steht, oder die er doch nicht sogleich erfüllen kann; so kann er nun bon. poss. bitten zu dem Ende, daß er die Erbschaft als Curator einstweilen administriren darf. Er muß aber Caution bestellen, daß er die Erbschaft, wenn die Bedingung nicht erfüllt wird, wieder herausgeben wolle.

Alle diese bonor. possessiones müssen noch heutiges Tages gesucht werden, wenn Jemand eine Erbschaft unter den angeführten Umständen verlangt.

Lib. XXXVII. Tit. XII.

Si a parente quis manumissus sit.

§. 1620.

Durch die Emancipation verlohr der Sohn sein vorher gehabtes Erbrecht auf das väterliche Vermögen, und auch der Vater erbte nach solcher nicht vom Sohne, wenn

dieser nach geschehener Emancipation starb. Hatte der emancipirte Sohn ein Testament gemacht, und seinen Vater darin prätcrirt, so durfte der Vater das Testament nicht anfechten, denn es galt nach dem Civilrechte. Durch Edicte des Prätors erhielt der Vater wider dieses Testament den Besitz der Güter.

Lib. XXXVII. Tit. XIII.

de

bonorum possessione ex testamento militis.

§. 1621

Hatte der Soldat ein Testament gemacht, so konnte aus solchem zwar die bon. poss. secundum tabulas gesucht werden, aber bon. poss. contra tabulas fand nicht statt.

Lib. XXXVII. Tit. XIV.

de

iure patronatus.

§. 1622.

Die Rechte, welche bey den Römern derjenige hatte, der einem seiner Sclaven die Freyheit schenkte, wurden ius patronatus genennt. Diese römische Einrichtung kann hier nicht erklärt werden, da dieser Commentar zu groß werden würde, wenn dergleichen Materien abgehandelt würden.

Lib. XXXVII. Tit. XV.

de

obsequiis parentibus et patronis praestandis.

§. 1623.

Die in diesem Titel enthaltenen Grundsätze können, der Kürze wegen, die dieser Commentar erfordert, um ihn nicht hundert Bände stark zu machen, nicht erklärt werden; es ist auch das Praktische des Titels, bey den Rechte der väterlichen Gewalt erläutert worden.

Lib. XXXVIII. Tit. I.

de

operis libertorum.

§. 1624.

Der Inhalt dieses Titels ist antiquarisch, und aus den Institutionen bekannt.

Lib. XXXVIII. Tit. II.

de

bonis libertorum.

§. 1625.

Dieser Titel handelt von der Erbfolge des Patrons, wenn ein libertus gestorben war, ohne daß er über sein Vermögen auf den Todesfall disponirt hatte.

Lib. XXXVIII. Tit. III.

de

libertis vniuerſitatum.

§. 1626.

Der Inhalt dieſes Titels iſt nicht praktiſch.

Lib. XXXVIII. Tit. IV.

de

adſignandis libertis.

§. 1627.

Der Inhalt dieſes Titels betrifft eine römiſche Einrichtung.

Lib. XXXVIII. Tit. V.

Si quid in fraudem Patroni factum ſit.

§. 1628.

Dieſer Titel enthält Grundſätze von dem Erbrecht eines römiſchen Patrons.

Lib. XXXVIII. Tit. VI.

Si tabulae testamenti nullae extabunt, vnde liberi.

§. 1629. 1630.

Zeither ist hauptsächlich von derjenigen bonor. poss. gehandelt worden, welche testamentaria genennt wird; nunmehr folgt die bon. possessio ab intestato [a]). Der Prätor ertheilte ab intestato eine bonorum possessio, wenn entweder gar kein Testament vorhanden war, oder das gemachte Testament weder nach dem Civilrechte, noch nach dem prätorischen Edict bestehen konnte, oder es hatte Niemand eine bon. poss. weder secundum tabulas, noch contra tabulas gesucht [b]).

Die bon. poss. ab intestato ist ihrer Natur nach poss. *edictalis;* denn diejenigen, welche durch solche zur Erbschaft gelangen, werden in Hinsicht des Successionsrechts den Civilerben völlig gleich geachtet [c]). Wenn daher auch der präsumtive Erbe die bon. poss. *decretalem* erhalten hat, so muß er doch auch die bon. poss. *ordinariam* agnosciren, damit ihm ein wahres prätorisches Successionsrecht zu Theil wird [d]). Es steht die bon. poss.

a) Koch a. a. O. S. 194 und 255. Glück a. a. O. S. 188.

b) L. 1. §. 2 et 9. D. h. t. L. 1. §. 1. D. quis ordo in poss. seruet.

c) L. 1. C. vnde liberi.

d) L. 3. §. 15. D. de Carb. Edicto. L. 11. §. 4. D. si tab. nullae extab.

poss. *decretalis* ex Edicto Carboniano demjenigen nicht im Wege, der eine bon. poss. *decretalem ab intestato* zu suchen berechtigt ist [e]).

Die bon. poss. ab intestato kann in Ansehung ihrer **Wirkung** cum re oder sine re seyn. Hat sie z. B. ein **Agnat** oder **Cognat** erhalten, es ist aber ein suus heres da, der die Erbschaft nach dem Civilrecht evincirt, so muß der bon. poss. ab intestato weichen.

In Ansehung der **Personen**, welche die bonor. poss. ab intestato suchen können, ist sie entweder *necessaria* oder *utilis*. Der Prätor hat diese bon. poss. hauptsächlich solchen Personen zum Besten eingeführt, die nach dem Civilrechte **gar nicht erben konnten**. Dahin gehörten nicht nur **emancipirte Kinder** und Cognaten, sondern auch selbst **Agnaten**, welche die bon. possessionem in vielen Fällen deswegen nöthig hatten, weil es nach dem strengen Civilrechte keine successio, das heißt, kein Einrücken des entferntern Erben in die Stelle des nähern gab. Kein Verbot des Civilrechts durfte übrigens freylich demjenigen nicht entgegen stehen, der ab intest. durch das Prätorische Edict erben wollte [f]).

Außer denen, die bonor. poss. nöthig hatten, kommt sie nach dem Edict des Prätors auch solchen Erben zu statten, die nach dem Civilrecht schon ab intestato succedirten, wenn sie einen Vortheil davon ziehen konnten. Man konnte nämlich durch solche nicht nur weit geschwinder zur Erbschaft selbst gelangen, und durch das Interdict quorum bonorum der weitläuftigen bürgerlichen Erbschaftsklage ausweichen, sondern man erlangte dadurch auch noch manchen andern Vortheil, welcher durch das Civilrecht nicht zu Theil wurde; welches z. B. in dem Falle der L. 3. C. vnde liberi sich zeigte, wenn ein Enkel allein von seinem

e) L. 6. §. 2. D. de Carb. Edicto. L. 1. §. 4. D. si tab. test.

f) L. 12. §. 1. L. 13. D. de bon. poss.

Großvater erben will, ohne zugleich Erbe seines Vaters seyn zu wollen, da er den Großvater überlebt hat, und ein suus heres desselben geworden war. Hier kann die Absonderung der väterlichen Erbschaft von der des Großvaters, um nicht des Vaters Schulden bezahlen zu dürfen, nur dadurch bewirkt werden, daß der Enkel die bonorum possessionem suche g). Zu bemerken ist noch, daß diese bonor. poss keine ordinaria ist, die in dem Edicte des Prätors selbst enthalten war, sondern sie ist eine bon. poss. *extraordinaria*, welche der Kaiser Constantius durch billige Anwendung der prätorischen Grundsätze auf diesen Fall einführte, daher man sie bon. possessio ex L. 3. C. vnde liberi nennen kann h). Agnoscirt ein Civilerbe die bonor. possessio, so wird das ihm zustehende Civilrecht dadurch nicht aufgehoben, sondern es bleibt solches immer noch in seiner Kraft und Wirkung, und der heres ciuilis hat nur, als bonorum possessor betrachtet, die mit der bon. possessione verknüpften Vortheile zu genießen i).

Der Prätor hatte in seinem Edict acht verschiedene Grade der bon. poss. ab intestato angenommen, wovon es in den Institutionen §. 3. de bon. poss. heißt: *primo* loco *suis heredibus*, et iis qui ex Edicto Praetoris inter suos heredes connumerantur, dat bonorum possessionem, quae vocatur *vnde liberi*. *Secundo legitimis* heredibus. *Tertio decem* personis, quas extraneo manumissori praeferebat. Sunt autem *decem* personae hae: pater, mater, auus, auia, tam paterni quam materni; item filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio quam

g) Hub. Giphanii Explanat. diffic. Leg. Cod. ad L. 3. C. vnde lib. pag. 21. G. L. Boehmer Diss. de discrimine suorum etc. §. 14.

h) Koch a. a. O. S. 278 und 445.

i) L. 10. D. de collat. L. 91. D. de reg. iur. L. 13. C. de iure delib. L. 1. C. de suis et legit. Koch a. a. O. §. 18. S. 220.

quam ex filia; frater sororue, consanguinei vel veterini. *Quarto cognatis proximis. Quinto tanquam ex familia. Sexto patrono patronaeue, liberisque* eorum et *parentibus.* Septimo, *viro* et *vxori. Octavo cognatis* manumissoris.

Unter dem *extraneus* manumissor wird der Bürger verstanden, an welchen der Vater bey der alten Emancipation seinen Sohn zum Schein verkaufte. Hatte dieser den Sohn dreymal selbst manumittirt, ohne daß das pactum fiduciae beygefügt worden war, so succedirte dieser nach dem alten Civilrecht dem emancipirten Kinde allein, und schloß den leiblichen Vater aus. Dieß fand der Prätor unbillig, und zog ihm daher die angeführten zehen Personen vor [k]). In Ulpians Fragmenten Tit. XXVIII. §. 7. wird der bon. poss. vnde *decem* personae nicht mehr gedacht. Es mochte überhaupt der Fall selten seyn, den diese bon. poss. voraussetzte, weil die alte Emancipation gewöhnlich contracta fiducia geschahe [l]).

Wenn der Prätor die bon. poss. tanquam ex familia ertheilt habe, ist streitig. Nach der Erzählung des Theophilus §. 3. Inst. de bon. poss. gab er sie den Agnaten des Patrons, wenn der Patron schon todt war, und auch der Freygelassene keine Kinder hinterlassen hatte. Diese Erklärung billigt Vinnius ad h. §. nr. 4. Nun könnte man freylich wohl dagegen einwenden, warum der Patron erst nachher in dem sechsten Grade der bon. poss. gedacht wird, da doch der Patron selbst näher ist, als dessen Agnaten. Allein der Patron konnte ja, als manumissor, die bon. poss. ex edicto vnde legitimi erhalten; hatte er sie aus diesem Edict nicht gesucht, so mußte er sich nachher

k) Theophil. in Paraphras. §. 3. Inst. de bon. poss. Vinnivs ad h. t. et §. 3. nr. 3.

l) Schulting ad Vlpian. in Iurispr. Anteiust. not. 21. pag. 672.

billig mit dem sechsten Grade begnügen, und seiner Familie, das heißt, seinen Agnaten, nachstehen [m]).

Justinian hat die zehen Grade der bon. poss. ab intestato, auf vier Grade reducirt, und die übrigen abgeschafft, wie er §. 4. Inst. de bon. poss. sagt. Diese vier Grade sind, 1) die bon. poss. ex edicto: vnde liberi; 2) ex Edicto: vnde legitimi; 3) ex Edicto: vnde cognati, und 4) ex Edicto: vnde vir et vxor. Dieser vier Grade wird auch nur in den Pandekten [n]) gedacht.

Bey der prätorischen Intestaterbfolge muß in jeder Klasse derselben immer auf folgende zwey Fragen gesehen werden, und zwar 1): wer sind die Personen, denen der Prätor die bon. poss. in dieser Klasse ertheilt, und 2) nach welcher Ordnung ertheilt sie ihnen der Prätor.

Bey der bon. poss. vnde liberi ist vor allen Dingen zu bemerken, daß der Prätor sowohl in Hinsicht der Personen, welche sich dieser bon. poss. zu erfreuen haben sollten, als in Rücksicht der Ordnung, nach welcher der Prätor diese bon. poss. ertheilte, das Edict contra tabulas zur Regel annahm [o]). Vermöge des Edicts vnde liberi giebt der Prätor vor allen andern Personen, den Kindern des verstorbenen Erblassers die bon. poss. ohne Unterschied, sie mögen sui oder non sui seyn [p]). Hauptsächlich ging freylich die Absicht des Prätors auf die emancipirten Kinder, weil diese nach dem Civilrecht nicht erbten, folglich war hier die bon. poss. vnde liberi damals eine *necessaria* [q]); jedoch durften diese Kinder nicht etwa durch Adop-

m) Edm. Merillii comment. ad §. 3. Inst. de bon. poss.

n) L. 1. §. 1. D. si tab. test. nullae extab. L. 1. pr. D. quis ordo in poss. seruet.

o) L. 1. §. 5. D. si tab. test.

p) §. 1. Inst. de bon. poss. L. 1. §. 2. D. quis ordo etc.

q) §. 9. Inst. de hered. quae ab intest.

Adoption in eine fremde Familie gekommen seyn [r]). Hatte das emancipirte Kind nachher, nachdem es schon die bon. poss. erhalten, eine Aenderung seines Zustandes gelitten, so schadete ihm diese nichts, sondern es behielt doch die väterliche Erbschaft [s]).

Der Prätor gab nicht blos den emancipirten Kindern, sondern auch solchen Kindern die bon. poss. vnde liberi, welche nie in der väterlichen Gewalt des verstorbenen Ascendenten, folglich niemals seine sui heredes gewesen waren [t]). Daß der Prätor die liberos non suos auch dann zur bon. poss. zuließ, wenn sie mit suis liberis concurrirten, ist in den Gesetzen [u]) ausdrücklich enthalten; die sui konnten aber in dergleichen Fällen verlangen, daß die non sui ihr eigenes Vermögen conferirten; zuweilen fiel aber auch diese Collation weg [x]). Bey den suis liberis, die nach dem Edict der Prätoren von der bon. poss. Gebrauch machen können, wenn sie solche suchen wollen, wird kein Unterschied gemacht, ob sie naturales oder adoptiui sind, wenn die letztern nur zur Zeit des Todes des Erblassers wirklich noch in dessen väterlicher Gewalt waren; da die Rechte der Adoption durch die Emancipation völlig wegfallen [y]). Die bon. poss. können Enkel eben so gut suchen, als die Söhne und Töchter des Erblassers; jedoch müssen Enkel, welche die bon. poss. erhalten wollen, zur Zeit des Todes desjenigen, von dessen Erbschaft die Rede ist, wo nicht gebohren, doch wenigstens concipirt gewesen seyn, und also schon existirt haben. War ein Enkel erst nach dem Tode des Großvaters concipirt worden; so gab ihm der Prätor

r) Vlpian. Fragm. Tit. XXVIII. §. 8.

s) L. fin. D. si. tab. test. nullae extab.

t) L. 5. §. 1. D. si. tab. test.

u) §. 9. Inst. de hered. quae ab. intest. defer.

x) L. 6. D. si tab. test. nullae etc. L. 5. D. de collat. bon.

y) L. 1. §. 6. D. si tab. test. nullae extab.

Prätor keine bon. poſſ. da er auch nach den Geſetzen der zwölf Tafeln kein Erbrecht hatte [z]).

Was die Ordnung betrifft, wie die liberi ſui und non ſui die bon. poſſ. vnde liberi ſuchen mußten, ſo machte der Prätor folgenden Unterſchied. Waren blos emancipirte Kinder vorhanden, und dieſe hatten alle die bon. poſſ. erhalten, ſo ſuccedirten ſie nach den Köpfen [a]). Hatte eins dieſer Kinder die bon. poſſ. ausgeſchlagen, oder die Zeit verſäumt, wo die bon. poſſ. agnoſcirt werden mußte, oder es war vor der Agnition geſtorben, ſo accreſcirte deſſen Erbtheil den übrigen Kindern [b]).

Wenn ein emancipirter Sohn und von ihm ein Enkel vorhanden war, oder auch mehrere, ſo unterſcheiden die Geſetze verſchiedene Fälle. Hatte der Erblaſſer beyde emancipirt, war folglich weder der Sohn noch der Enkel ein Civilinteſtaterbe des Erblaſſers, ſo mußte der Prätor dem Sohn den Vorgang iure gradus geben [c]); ſtarb aber der Sohn, ehe er um die bon. poſſ. gebeten, ſo durfte nunmehr der Enkel um die bon. poſſ. des großväterlichen Vermögens anſuchen [d]). Emancipirte der Erblaſſer blos ſeinen Sohn, behielt aber den Enkel von demſelben in ſeiner väterlichen Gewalt, ſo hatte nach den ältern Geſetzen der Sohn, iure gradus, den Vorgang vor den Enkeln, wenn gleich dieſe nach dem Civilrechte die alleinigen Inteſtaterben waren; denn es war eine Regel bey der bonor. poſſ. vnde liberi, vt liberi eo iure eoque ordine vocentur ad bonorum poſſeſſionem, quo vocantur ad ſucceſſionem ex iure ciuili [e]). Dieſe Einrichtung

z) §. 8. Inſt. de hered. quae ab int. defer. L. 6. D. de ſuis et legit. hered. L. 8. D. eod.

a) L. 1. C. vnde liberi.

b) L. 5. D. de bon. poſſ.

c) L. 5. §. 1. D. ſi tab. teſt.

d) L. 6. §. 1. D. de bon. poſſ. cont. tab.

e) L. 1. §. 1. D. de bon. poſſ. cont. tab.

richtung wurde unter dem Hadrian durch den Prätor Julianus abgeändert, welcher in das edictum perpetuum, die neue Verordnung, oder wie sich Ulpian f) ausdrückt, die nouam clausulam einrückte, nach welcher der emancipirte Sohn seine Kinder, die in der väterlichen Gewalt des Großvaters geblieben waren, nicht mehr iure gradus ausschließen, sondern beyde zu zwey gleichen Theilen den Verstorbenen beerben sollten, so daß die eine Hälfte der emancipirte Sohn, die andere Hälfte aber die in der väterlichen Gewalt des Großvaters gebliebenen Enkel erhielten g). Daß übrigens diese Concurrenz nicht blos im Edict contra tabulas, sondern auch bey dem ordine intestati *vnde liberi* befolgt wurde, ist in Gesetzen deutlich gesagt h). Verlangte der Enkel seine Hälfte nicht, so accrescirte solche dem emancipirten Sohne, als dem Vater des Enkels. Waren mehrere Enkel vorhanden, und einer von ihnen abstinirte, so accrescirte dessen Antheil an der Hälfte nicht dem Sohne, als des Enkels Vater, sondern den übrigen Enkeln, seinen Brüdern i). Hatte der Erblasser seinen Sohn, und den Enkel von demselben emancipirt, letztern aber als Sohn adoptirt, so machte der adoptirte Enkel, als Sohn, einen besondern Stamm aus. Die Erbschaft wurde dergestalt getheilt, daß der an Sohnes Statt angenommene Enkel die eine Hälfte, die andere aber der emancipirte Sohn mit dem Enkel erhielt, so daß also in Ansehung dieser andern Hälfte der Vater mit seinem Sohne wieder theilen mußte k). Waren blos Enkel von verschiedenen Söhnen vorhanden,

f) L. 3. D. de coniung. cum. emanc. lib.

g) L. 1. D. de coniung. cum emancip. liber.

h) L. 5. pr. et §. 2. D. si tab. test. nullae extab. L. 3. §. 6. L. 9. D. de collat. L. 1. §. 1. D. de coniung. cum emanc. lib.

i) L. 1. §. 12. D. de coniung. cum emancip. lib.

k) L. 13. §. 3. D. de bon. poss. cont. tab. L. 1. §. 9. D. de coniung.

den, so hatte auch bey der bon. poss. vnde liberi die Successsion nach den Stämmen statt; denn so war es auch bey der bon. poss. contra tabulas [l]).

Eine Art der bon. poss. vnde liberi ist die bonor. possessio *litis ordinandae* gratia [m]). Der Prätor gab solche einem emancipirten Kinde, das zwar rite, aber auf eine unbillige Art war exheredirt worden, und zwar zu dem Endzweck, daß es die querelam inofficiosi gegen das väterliche Testament anstellen konnte: Weil ein emancipatus nach dem Civilrechte gar kein Erbrecht hatte, so konnte er diese Querel nicht anstellen. Dieses Hinderniß hob der Prätor dadurch, daß er ihm die bonorum possessio *litis ordinandae gratia* ertheilte, wodurch er ein erbfähiges Kind wurde. Man sieht, daß diese bon. poss. lit. ord. gratia ein bloßes präparatorisches Rechtsmittel war, wobey alles auf den Ausgang der querelae inofficiosi testamenti ankam. Gewann der emancipatus den Proceß, so bekam er die Erbschaft; allein nun nicht als bonorum possessor, sondern durch die querelam inofficiosi, als wahrer Civilerbe, ob er gleich beneficio Praetoris die Rechte eines sui heredis erlangt hat, und dadurch zu der Querel fähig geworden ist. Herr Hofr. Glück schreibt [n]): es ist unrichtig, wenn Averanius und mit ihm Hr. Kanzler Koch [o]) behaupten, daß die bonorum possessio litis ordinandae gratia anfangs *sine re* gewesen, nachher aber entweder *cum re* geworden, oder *sine re* geblieben sey, je nachdem der emancipatus den Proceß, der über das testamentum inofficiosum geführt wurde, entweder gewann oder verlohr. Wollte und könnte man ihn auch als einen

prä-

l) L. 11. §. 1. D. de bon. poss. cont. tab. L. 1. §. 7 et 17. D. de coniung. cum emanc. lib.

m) L. 8. D. de inoffic. test. L. 2. C. eod.

n) Glück a. a. O. S. 212.

o) Ioh. AVERANIVS in interp. iur. Lib. I. cap. 8. Koch a. a. O. S. 192.

prätorischen Successor betrachten, so würde man doch nicht sagen können, daß diese bonor. poss. anfangs *sine re* gewesen sey; weil dieses nach den Begriffen Ulpians voraussetzen würde, daß er die Erbschaft nicht hätte behalten können, sondern einem andern weichen müssen, welches doch hier gar nicht der Fall ist. Richtiger würde die Sache so zu erklären seyn, daß man sagt: so lange der Proceß wegen des pflichtwidrigen Testaments noch nicht entschieden ist, läßt sich überhaupt nicht sagen, ob sie cum re oder sine re sey. Gewinnt der exheredatus den Proceß, so war und blieb sie immer *cum re*, ab initio war sie aber nicht *sine re*, weil er ja Niemanden weichen durfte. Verliehrt er den Proceß, so war und blieb sie eine bonorum possessio sine re.

Zur leichtern Uebersicht dieser Materie wird es beytragen, wenn ich dasjenige auch anführe, was Hr. Kanzler Koch über die in diesem Titel der Pandekten enthaltenen Fälle vorgetragen hat. Es heißt in der mehrmals angeführten merkwürdigen Abhandlung [p]: wenn gar kein Testament vorhanden, oder das gemachte Testament, weder nach dem Civilrechte, noch nach dem Prätorischen Edicte gültig, oder das Testament destituirt, oder die Bittfrist bey der bonor. poss. sec. tab. *necessaria* abgelaufen war, so trat die bon. poss. ab intestato ein, zu welcher der Prätor nicht allein solche, die auch nach dem Civilrechte ein Intestaterbrecht hatten, sondern auch solche, die dergleichen nicht hatten, rief, als welches letztere seine Hauptabsicht war. Die bonor. poss. ab intestato aber hatte, weil der Prätor, wie Justinian sagt [q]: complures gradus Praetor fecit, in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis *sine successore* moreretur, acht, oder nach Ulpians [r] Zählung, sieben Klassen, gradus,

p) Hr. Kanzler Koch a. a. O. S. 194.

q) Pr. Inst. de bon. poss.

r) Ulpian. in Fragm. XXXVIII. 7.

gradus, ordines, species, welche aber Justinian abgeändert, und auf viere reducirt hat: nämlich vnde liberi, vnde legitimi, vnde cognati, vnde vir et vxor.

Von der bon. poss. vnde *liberi* trägt Hr. Geh. Rath Koch folgende Erläuterung vor [s]). — Justinian sagt im §. 1. Inst. de bon. poss. davon: et primo loco *suis* heredibus, et iis, qui ex *edicto* Praetoris inter *suos* heredes connumerantur (das sind die liberi *non sui* oder emancipati, um welche es hauptsächlich galt, weil sie nach dem Civilrechte nicht erbten) dat bonorum possessionem, quae vocatur *vnde liberi*. Von der Ordnung, nach welcher der Prätor die liberos suos und non suos zur bon. poss. vnde liberi rief, galt das nämliche System, welches bey der bon. poss. cont. tabulas galt [t]). Die vom Julian eingeführte Concurrenz zwischen dem emancipirten Sohn und dessen in des Grosvaters väterlicher Gewalt gebliebenen Kindern oder Enkeln, fand auch hier statt [u]).

Von der bon. poss. litis ordinandae gratia schreibt Hr. Kanzler Koch [x]): unsere mehresten Juristen haben sonst nicht gewußt, was sie aus diesem Dinge recht machen sollten, und sahen sie meistens als eine bon. possessionem *decretalem* an. Sie gedachten sich darunter dieß, wenn der enterbte Sohn, auf den Fall, daß er, ehe der eingesetzte Erbe die Erbschaft anträte, versterben sollte, diese bonorum possessio in der Absicht agnoscirte, um die querelam inofficiosi auf jeden Erben transmittiren zu können, und erklärte die L. 6. §. 2 und 7. D. de inoff. test. auf diese falsche Weise [y]). Aber zur Transmission der querelae inoffi-

s) Koch bon. poss. S. 195.

t) L. 1. §. 5. D. si tab. test. non extab.

u) L. 5. pr. et §. 2. D. h. t. L. 3. §. 6. D. de collat. L. 9. D. eod.

x) Hr. Kanzl. Koch a. a. O. S. 189.

y) Stryck de success. ab intestato Diss. IX. cap. 7. §. 20. Lavterbach ad. Tit. Dig. de Carbon. Edicto, §. 8.

inofficioſi iſt genug, wenn ſie auf dieſe oder jene Art präparirt iſt, und der Prätor hat zu dieſer Abſicht gar keine beſondere bon. poſſ. eingeführt. Zwey berühmte Juriſten z) haben die Sache gründlich aufgeklärt. — Ein ſuus rite exheredatus bekam die bon. poſſ. contra tabulas nicht einmal, geſchweige denn ein emancipatus exheredatus. War der filius exheredatus ein ſuus, ſo konnte er nach dem Civilrechte geradezu, und ohne des Prätors Hülfe, die querelam inofficioſi anſtellen. War er aber ein emancipatus, ſo konnte er nach dem Civilrechte, welches ihm kein Erbrecht gab, dieſe Klage nicht anſtellen. Um ihm alſo dazu zu qualificiren, ertheilte ihm der Prätor die bon. poſſ. litis ordinandae gratia, machte ihn dadurch zum erbfähigen Kinde, und ſetzte ihn in ſo fern in die Qualität und Lage eines ſui. Dieſe bon. poſſ. litis ordinandae gratia war aber vorerſt ſine re, und es hing von dem Ausgang des Proceſſes ab, welcher über das teſtamentum inofficioſum entſtand, ob ſie cum re wurde, oder ſine re blieb. Sie war zwar eine bon. poſſ. *edictalis*, aber eine bloße conditionalis ſ. euentualis. Aber was iſt ſie ihrer Qualität nach für eine bon. poſſeſſio? — Sie iſt weder contra, noch ſecundum tabulas, alſo muß ſie eine bon. poſſeſſio ab inteſtato ſeyn, und iſt ſie das, ſo kann ſie keine andere, als vnde liberi ſeyn.

z) Hvber ad Tit. de inoffic. §. 1. Averanivs in Interpr. Lib. I. cap. 8. Hofacker Princ. Iur. ciuil. §. 1648.

Lib. XXXVIII. Tit. VII.

Vnde legitimi.

§. 1631.

Die bon. poss. vnde legitimi ertheilte der Prätor allen denjenigen, die schon nach den ältern oder neuern Civilgesetzen ein gültiges Erbfolgerecht hatten [a]). Zu den legitimis gehören die sui heredes [b]), die consanguinei und Agnaten; solche Personen, die zwar keine Agnaten waren, denen aber doch nach dem neuern Civilrecht ein Intestaterbrecht zustand, welches z. B. bey der Mutter, vermöge des Sctι TERTVLLIANI, und ihren Kindern, vermöge des Sctι ORPHITIANI, der Fall war [c]). Es ist daher offenbar irrig, schreibt Hr. Hofr. Glück [d]), wenn mehrere Rechtsgelehrte, z. B. Hellfeld §. 1634. unter den legitimis nur blos die Agnaten verstehen wollen. Wäre dieß, so würde das Edikt, wovon wir hier reden, gewiß nicht vnde legitimi, sondern vnde agnati geheißen haben, wie Hr. Kanzler Koch in dem angef. Werk §. 13., wo er jene irrige Meynung widerlegt, sehr gründlich erinnert hat. Nur kann ich ihm darin auch nicht beytreten, wenn er sagt: daß legitimi hier diejenigen Personen bedeuten, welche, nach den suis, ein Civilintestaterbrecht hatten; denn daß die sui allerdings und vor allen andern hierher gehörten, beweisen die Gesetze [e]) deutlich. Daß diese bonor. poss. keine

necessaria,

a) L. 2. §. 4. L. 3. D. h. t.

b) L. 2. pr. D. h. t.

c) L. 2. §. 4. D. vnde legitimi.

d) Hr. Hofr. Glück von der Intestaterbf. S. 214.

e) L. 2. pr. D. h. t. POTHIER in Pand. Iust. Tom. II. ad Tit. vnde legitimi.

neceſſaria, ſondern blos *vtilis* war, lehrt die Natur der Sache.

Zu dieſer bon. poſſ. werden nun vor allen andern die ſui heredes gerufen. Dieſe gehen allen übrigen legitimis vor, wenn ſie die bonor. poſſ. nach dem Edikt vnde legitimi nicht agnoſciren wollen, die ſie als Kinder entweder ausgeſchlagen, oder aus dem Edikt vnde liberi zu ſuchen verſäumt haben [f]); ja ſo lange noch ein ſuus heres zu hoffen iſt, kann ſie keiner der übrigen legitimorum ſuchen [g]). Sind keine ſui vorhanden, ſo werden alsdenn die übrigen legitimi zu dieſer bon. poſſ. gelaſſen, und zwar nach der Nähe des Grades, welche nach der Zeit zu beurtheilen iſt, da die bon. poſſ. deferirt wird [h]). In Abſicht auf den Erblaſſer war es gleichgültig, er mochte eine Mannsperſon oder ein Frauenzimmer, ein Freygebohrner oder ein Freygelaſſener geweſen ſeyn [i]).

In dem oft angef. Werke des Hrn. Kanzler Koch S. 198. heißt es: legitimi heredes bedeuten diejenigen Perſonen, welche nach den *ſuis* ein Civilinteſtaterbrecht hatten, und ſolche ſind 1) die Agnaten, 2) ſolche Perſonen, welche zwar keine Agnaten waren, denen aber doch nach dem Civilrechte ein Inteſtatſucceſſionsrecht zuſtand; daher hieß auch das Edikt nicht vnde agnati, nach dem Beyſpiel vnde liberi und vnde cognati, ſondern vnde *legitimi* [k]). Zu den Perſonen, welche zwar keine Agnaten waren, die aber doch ein Civilinteſtaterbrecht hatten, gehörten ſchon vor der Novelle 118., vermöge des Scti Tertvlliani die Mutter, und vermöge des Scti Orphitiani, die Kinder in Hinſicht der mütterlichen Erb-

 ſchaft.

f) L. 2. pr. D. vnde legitimi.

g) L. 5. §. 1. D. vnde legitimi.

h) L. 4. D. vnde legit.

i) L. 2. §. 1. D. vnde legit.

k) Tit. Dig. de ſuis et legit. hered.

schaft [l]). Dahin gehört auch die nicht mehr vorhandene Constitution des Anastasius, und Justinians Constitution [m]) wegen der emancipirten Geschwister und deren Söhne und Töchter.

Lib. XXXVIII. Tit. VIII.

Vnde cognati.

§. 1632.

Wenn weder sui heredes und solche, welche der Prätor unter die suos heredes rechnet, nämlich emancipirte Kinder, noch auch andere legitimi vorhanden sind, so giebt der Prätor den Cognaten, als nächsten Blutsfreunden, proximitatis nomine, die bonorum possessio [a]). Das Eigene bey dieser bon. poss. besteht darin, daß der Prätor nicht über den sechsten Grad ging. Entferntere Cognaten konnten also auch nicht einmal nach dem prätorischen Rechte succediren, außer wenn sie von Geschwistern, Kindeskindern erzeugt sind; und nur diese, sonst keine andern Verwandten, will der Prätor aus dem siebenten Grade noch zulassen [b]).

Unter der Benennung Cognaten ruft der Prätor nicht allein solche Seitenverwandte, die durch Frauenspersonen mit dem Erblasser verwandt sind, und welche nach dem Civilrechte nicht erbten, zur Successsion, sondern auch Agnaten, die selbst nach dem Civilrechte ausgeschlossen waren.

l) L. 2. §. 4. L. 3. D. vnde legit.

m) L. vlt. C. de legit. hered. §. 1. Inst. de succeff. cognat.

a) L. 1. pr. D. vnde cogn.

b) §. 5. Inst. de succeff. cognat. L. 1. §. 3. D. h. t.

waren. Dazu gehören 1) solche Agnaten, die eine capitis deminutionem minimam erlitten hatten, so wie auch diejenigen, welche von diesen abstammten [c]). Es ist daher ein Irrthum, wenn der verstorbene Hr. GRR. Hellfeld in seinem Lehrbuche der Pandekten, §. 1631. behauptet hat, daß Agnaten, die von Emancipirten abstammten, ex Edicto vnde legitimi zur bon. poss. zugelassen worden. Nur die emancipirten Geschwister, und deren Söhne und Töchter waren ausgenommen, welche nach einer nicht mehr vorhandenen Verordnung des Kaisers Anastasius, deren Justinian im §. 1. Inst. de succeff. cognat. gedenkt, und nach der Verordnung des Kaisers Justinian in der L. vlt. C. de legit. hered. schon als legitimi ab intestato succedirten. Es gehörten 2) hierher weibliche Agnaten über den zweyten Grad. 3) Die entferntern Agnaten, wenn der nächste die Erbschaft ausschlug, oder vor der Antretung verstarb [d]). Außer diesen Verwandten werden ferner 4) auch noch diejenigen zur bonor. possessio vnde cognati gelassen, welche die bonor. possessio aus dem Edikt vnde liberi, oder aus dem Edikt vnde legitimi zu agnosciren unterlassen haben. Weil der Prätor bey der bonor. possessione vnde cognati auf gar nichts anders, als auf die Nähe des Grades, Rücksicht nahm, so konnte freylich ein solcher Agnat, welcher die bonor. possessionem vnde legitimi zu suchen versäumt hatte, und nun um die bonor. poss. vnde cognati bat, vor einem nähern oder gleich nahen Cognaten, seiner Agnation wegen, keinen Vorzug verlangen, sondern er mußte vielmehr dem nähern Cognaten weichen, und einen gleich nahen Cognaten als Miterben gelten lassen. Es war auch ganz consequent, daß ein solcher Agnat, welcher nun als Cognat auftrat, in keinem entferntern Grade mit dem Verstorbenen verwandt seyn durfte, als in welchem der Prätor die bonorum pos-

c) L. 5. D. h. t. §. 1. Inst. de succeff. cognat.

d) §. 7. Inst. de legit. agnat. succeff.

sessionem vnde cognati überhaupt zusicherte, weil in der Cognaten-Classe das ius agnationis in gar keine Betrachtung kam, wie Averanius bewiesen hat, wiewohl Hr. Kanzler Koch dieses hat behaupten wollen [e]). Justinian giebt das nicht undeutlich zu erkennen [f]), und noch deutlicher sagt es Papinian [g]).

Aus dem Edikt vnde cognati ertheilt der Prätor 5) den Kindern, welche vollkommen adoptirt worden sind, ein Recht zur Erbschaft ihrer leiblichen Eltern [h]). Nicht minder können 6) Hurkinder und deren Mutter aus diesem Edict gegenseitig die bonor. poss. suchen [i]). Endlich konnte 7) auch der Vater ex hoc Edicto die bon. poss. erhalten, und ging proximitatis nomine allen übrigen Cognaten vor [k]). Nun ist noch zu bemerken, daß derjenige, welcher aus diesem Edicte die bon. poss. erhalten wollte, nicht nur zur Zeit des Todes des Erblassers, sondern auch zu der Zeit, da er die bon. poss. agnoscirte, die iura cognationis haben mußte [l]).

Bey der bon. poss., die der Prätor ex Edicto vnde cognati ertheilt, kommt alles auf die Nähe des Grades an, und zwar ist bey Beurtheilung derselben nicht auf die Zeit des Todes des Erblassers, sondern auf die Zeit zu sehen, da die bon. possessio deferirt wird. Daher kann Jemand zu dieser bon. poss. gelangen, welcher zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht der nächste war [m]); ja es kommt nicht einmal etwas darauf an, ob der Nächste zur Zeit des Todes

e) AVERAN. in interpr. Lib. I. cap. 13. nr. 9. sqq. Hr. Kanzl. Koch bonor. poss. §. 15. S. 208.

f) §. 5. Inst. de succeff. cognat.

g) L. 9. D. h. t. VOET h. t. pag. 479.

h) L. 1. §. 4. D. h. t. §. 3. Inst. de succeff. cognat.

i) §. 4. Inst. de succeff. cognat. L. 2. L. 4. D. vnde cogn.

k) VINNIVS ad §. 8. Inst. de legit. cognat. succ. nr. 4.

l) L. 3. D. vnde cognati.

m) L. 1. §. 6 et 7. D. vnde cognati.

Todes des Erblassers schon gebohren, sondern es war genug, wenn er nur concipirt war [n]). Sind mehrere von gleichem Grade vorhanden, so werden sie zugleich zugelassen, und sie succediren in capita [o]).

Lib. XXXVIII. Tit. IX.

de

successorio Edicto.

§. 1633.

Damit die bon. poss. gehörig angewendet werden konnte, so gab der Prätor das sogenannte edictum *successorium*. In diesem Edict setzte er eine kurze peremtorische Zeitfrist fest, wie lange jeder Erbe Zeit haben sollte, die bon. poss. agnosciren zu können. Diese Zeitfrist war deswegen nöthig, damit eines Theils die Erbschaften nicht zu lange ohne Eigenthümer liegen blieben, da dem Staate selbst daran gelegen ist, daß die dominia rerum gewiß sind, und andern Theils deswegen, daß die Gläubiger bald erfahren konnten, an wen sie sich wegen ihrer Anforderungen an den Verstorbenen zu halten hätten [a]). Der Prätor verordnete daher, daß Kinder und Eltern längstens in Jahresfrist die bon. poss. agnosciren sollten, andere Erben aber, nämlich die Agnaten, die Cognaten, und der überlebende Ehegatte, mußten die bon. poss. binnen hundert Tagen agnosciren [b]). Von dieser Zeitfrist ist zu

n) L. 1. §. 8. D. vnde cognati etc.

o) L. 1. §. 10. D. h. t. L. 3. C. vnde legitimi et vnde cognati.

a) L. 1. D. de edicto succeff. §. 4. Inst. de bon. poss.

b) L. 1. §. 12. D. h. t. §. 4. Inst. de bon. poss.

merken, daß solche in Rücksicht auf ihre Berechnung ein tempus *vtile* ist, das heißt, es werden blos solche Tage gezählt, wo der Erbe ohne alle Verhinderung im Stande war, den Besitz der Güter zu agnosciren. Es ist aber dieses tempus *petendae* bonorum possessionis in doppelter Rücksicht vtile; nämlich in Rücksicht auf den Anfang, und in Rücksicht auf ihren Lauf. Die Zeit fängt nicht eher zu laufen an, als wenn es weiß, daß der Erblasser gestorben ist, und dadurch eine bon. poss. deferirt worden sey. Steht also die bon. poss. mehrern Personen in verschiedenen Graden zu, so fängt die Bittfrist bey einem jeden Erben vom entferntern Grade nicht eher an zu laufen, als bis es gewiß ist, daß der Erbe des nähern Grades sie nicht suchen wolle, oder es nicht könne [c]). Die Zeitfrist der Agnition ist in Rücksicht auf ihren Lauf deswegen als eine nützliche Zeit zu beurtheilen, weil blos die Gerichtstage gezählt werden, wo Gericht gehalten wird, weil die Agnition der bon. poss. vor Gericht selbst geschehen muß, folglich können die Gerichtsferien nicht mit herein gerechnet werden [d]). Eine Unwissenheit des Rechts hält übrigens den Ablauf dieser Zeitfrist nicht auf, wenn der prätorische Erbe Gelegenheit hatte, einen Rechtsgelehrten zu Rathe zu ziehen [e]).

Hierdurch unterscheidet sich die bon. poss. vorzüglich von der Civilerbschaft; denn der dreyßigjährige Zeitraum, innerhalb welchem eine Civilerbschaft angetreten, und von dem Besitzer durch die hereditatis petitio ciuilis aus den Händen eines dritten Besitzers abgefordert werden muß, ist sowohl in Rücksicht auf seinen Anfang, als in Rücksicht auf seinen Lauf, ein tempus *continuum*. Er fängt an zu laufen, sobald der Erblasser gestorben ist, und die Erbschaft dadurch dem Erben deferirt wird, er mag

c) L. 9. D. de bon. poss. L. 5. C. qui admitti ad bon. poss.

d) L. 2. pr. et §. 1 et 2. D. quis ordo in poss. seruetur.

e) L. 10. D. de bon. poss. L. 6. C. qui admitti etc.

mag etwas davon erfahren oder nicht. Man rechnet ferner bey dieſen dreyßig Jahren alle Tage, ſo wie ſie auf einander folgen, ohne darauf zu ſehen, ob ſie Gerichtstage oder Gerichtsferien ſind.

Aus dieſen Umſtänden haben die Rechtslehrer [f]) den Schluß gezogen, man könne eine Erbſchaft, die nach dem Civilrechte für verjährt gehalten werden muß, gleichwohl immer noch nach dem prätoriſchen Rechte durch die Agnition der bon. poſſ. an ſich bringen. Andere Rechtsgelehrte haben dieſen Schluß verworfen [g]), und ſie berufen ſich auf die L. 3. Cod. de praeſcr. trig. vel quadrag. annor. Darauf antwortet Herr Hofrath Glück a. a. O. S. 227. das angeführte Geſetz hat nichts geändert, ſondern verordnet nur, daß diejenigen Klagen, die ehemals im eigentlichen Verſtande perpetuae, das heißt, in gar keinen Zeitraum eingeſchränkt waren, nach dreyßig Jahren erloſchen ſeyn ſollten; ausdrücklich aber wird geſagt, daß ſich dieſe Conſtitution nicht auf diejenigen Klagen beziehe, quae antiquis temporibus limitabantur. Es kann daher auch der Schluß des Geſetzes: poſt hanc vero temporis definitionem nulli mouendi vlterius facultatem competere cenſemus, etiamſi ſe legis ignorantia excuſare tentauerit, jener Behauptung nicht entgegen ſtehen, da das Geſetz überhaupt auf prätoriſche Rechtsmittel, wobey ein tempus *vtile* in Rechnung kommt, keine Anwendung findet, wie bereits Strauß [h]) gezeigt hat. Herr Kanzler Koch ſchreibt ganz anders; denn er hat ſeine ältere Meynung geändert. In ſ. Buche von der bon. poſſ. S. 341. heißt es: es glauben auch viele Rechtsgelehrten, daß die bonorum poſſeſſio noch thätig und wirkſam ſeyn

f) LAVTERBACH in Coll. Pand. Lib. XXXVIII. Tit. I. §. 26. KOCH de ſucceſſ. ab inteſt. §. 130. pag. 203.

g) WISSENBACH ad Digeſta, Diſp. XIV. BACHAOV. ad TREVTLERVM Vol. II. Diſp. XV. theſ. 1. lit. F.

h) God. STRAVSS Diſſ. de praeſcript. tempore circa hereditatis immixtionem et aditionem, cap. III. §. 11. Viteb. 1701.

könne, wenn das Civilerbrecht durch Verjährung schon erloschen sey, weil die zur Agnition der bon. poss. vorgeschriebene Frist ein tempus *vtile* ratione initii sey, welches erst von dem Tage der erlangten Wissenschaft zu laufen anfange, welches bey der Civilerbschaft sich anders verhalte; mithin, wenn auch der Erblasser bereits vor 30 Jahren gestorben und die Civilerbschaft verjährt zu achten sey, doch die bon. poss. noch unverjährt seyn, und durch diesen Weg die Erbschaft noch erlangt werden könne. Ich habe in meiner Success. ab intestato §. 130. dieser Meynung zwar meinen Beyfall gegeben; allein bey mehrmals wiederholter Prüfung der Gründe bin ich von der gegenseitigen Meynung überzeugt worden, und vorzüglich hat der Geist der L. 3. C. de praesc. XXX. vel XL. ann. auf mich gewirkt.

Wollen Kinder, welche *sui* heredes sind, die bon. poss. suchen, so kommt ihnen eine dreyfache Frist zu statten; denn sie können 1) innerhalb Jahresfrist die bonor. poss. vnde liberi agnosciren. Haben sie dieses Jahr vergehen lassen und sich folglich bey dieser Zeitfrist versäumt, so können sie 2) noch von der bon. poss. ex edicto vnde legitimi Gebrauch machen, und hier haben sie wieder ein ganzes Jahr Zeit, um die bon. poss. nachzusuchen. Haben sie auch diese bon. poss. versäumt, so können sie 3) noch innerhalb Jahresfrist die bon. poss. vnde cognati agnosciren [i]).

Ein Irrthum ist es, wenn Stryk [k]) hat behaupten wollen, daß Kinder, wenn sie die bonor. poss. ex edicto vnde legitimi oder vnde cognati suchten, solchen eben so, wie andere Agnaten und Cognaten, binnen 100 Tagen suchen mußten [l]). Eben so unwahr ist die Behauptung einiger ältern

i) L. 1. §. 10. 11 et 16. D. h. t. L. 4. §. 1. D. quis ordo in poss. seruetur.

k) Stryck de success. ab intest. Diss. IX. cap. II. §. 34.

l) Wernher in lect. comment. ad Pand. h. t. p. 1091.

ältern Rechtsgelehrten, worin sie dem Bartolus und Baldus folgen, daß nach der Analogie des prätorischen Rechts auch die bürgerliche Erbschaftsklage erst in neunzig Jahren verjährt werde, wenn solche von Kindern angestellt wird, damit ihnen die Erbschaft ihrer Eltern oder Großeltern herausgegeben werden soll; denn der Grund, warum der Prätor den Kindern zur Agnition der bonor. poss. eine dreyfache Frist gegeben hat, fällt bey der hereditatis petitio ciuilis ganz weg. Es wird diese falsche Meynung zwar noch beym Reichskammergericht zur Richtschnur genommen, aber andere Obergerichte in den teutschen Staaten gehen nicht darnach.

Lib. XXXVIII. Tit. X.

de

gradibus et adfinibus et nominibus eorum.

§. 1634.

In dem successorischen Edikt bestimmte der Prätor nicht blos die Zeitfrist, wie lange die bon. poss. gesucht werden muß, sondern er machte auch noch die sehr wichtige Veränderung in der Intestaterbfolge des alten Civilrechts, daß er sowohl eine successio *ordinum*, als auch in dem ordine cognatorum eine successionem graduum festsetzte. In den Institutionen im Pr. de bon. poss. heißt es: complures *gradus* Praetor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moreretur. Gradus bedeutet in dieser Stelle so viel als Classe, welche Justinian auch ordo, species, nennt. Das Wort gradus kommt in dieser Bedeutung in einigen Gesetzen

setzen [a]) vor, und in der L. 5. C. qui admitti ab bon. poss. ist der Ausdruck, caput, gebraucht worden. Man braucht ferner das Wort gradus in der Bedeutung, daß darunter die Distanzen der Personen in einem und eben demselben ordine angezeigt werden, was man den Verwandschaftsgrad nennt. Der Zusammenhang lehrt allemal, in welcher Bedeutung das Wort gebraucht worden ist.

Das vom Justinian reformirte und abgekürzte System der bon. poss. *edictalis*, denn die *decretalis* gehört gar nicht hierher, besteht aus drey Hauptklassen, oder ordinibus, oder speciebus, oder gradibus, nämlich 1) der bon. poss. contra tabulas; 2) der bon. poss. sec. tabulas; und 3) der bon. poss. ab intestato. Diese Ordnung ist wesentlich, und darf nicht falsch numerirt werden, wie verschiedene Rechtsgelehrte gethan haben, welche sagen, bon. poss. *secundum* tabulas, contra tabulas, ab intestato.

Die bon. poss. *ab intestato* hat wieder vier Unterklassen, nämlich 1) vnde liberi, 2) vnde legitimi, 3) vnde cognati, 4) vnde vir et vxor. Die bon. poss. extraordinaria hat gar keinen fixen Platz, sondern ist extravagant [b]). Die vorgetragene Stellung streitet nicht wider den Titel der Institutionen de bon. poss., wo Justinian die Classen, oder ordines, oder gradus, mit der Benennung species bezeichnet, und sieben species aufgestellt hat; nämlich 1) bon. poss. contra tabulas; 2) secundum tabulas; 3) ab intestato vnde liberi; 4) ab intestato vnde legitimi; 5) ab intestato vnde cognati; 6) ab intestato vnde vir et vxor; 7) bon. poss. extraordinaria.

Bey diesen Classen oder ordinibus, oder gradibus, oder speciebus, die bon. poss. extraordinaria ausgenommen, gilt als Regel der Hauptgrundsatz: die vorhergehende Classe hat vor der nachfolgenden den Vorzug und schließt

a) L. 1. §. 1. D. vnde liberi. L. 5. D. vnde cognati. L. 1. §. 1. D. quis ordo etc.

b) §. 4. Inst. de bon. poss.

schließt diese aus. Es geht also die bon. poss. cont. tab. der bon. poss. sec. tab. vor, und diese der bon. poss. ab intestato, u. s. f. [c]). Wohl zu merken ist es, daß jener Grundsatz in einem vorkommenden Falle nur alsdenn seine Anwendung findet, wenn, welches der gewöhnliche Fall ist, die vorgehende Classe mit der nachfolgenden in wahre Collision kommt; alsdenn leidet er aber eine Ausnahme, wenn die bon. poss. aus der vorgehenden Classe der bon. poss. aus der nachfolgenden Classe nicht gerade entgegen läuft, sondern beyde kompatible sind. Einen solchen Fall führt Paullus [d]) von der bon. poss. *contra* und *secundum* tabulas an, wo dem Patron auf die Hälfte der Erbschaft des Freygelassenen die bon. poss. cont. tabulas, und den eingesetzten Erben auf die andere Hälfte die bon. poss. secundum tabulas ertheilt wird. Ich glaube auch, schreibt Hr. Kanzler Koch [e]), daß solches in dem Fall statt finde, wenn z. B. der eine Sohn präterirt, der andere aber auf die Hälfte, und statt des präterirten Sohnes auf dessen Hälfte ein Anderer zum Erben eingesetzt ist; denn hier kann der präterirte Sohn die bonor. poss. cont. tabul. auf die eine Hälfte, und der eingesetzte Sohn die bon. poss. sec. tabulas auf die andere Hälfte erlangen.

Mehrere Ausnahmefälle kann ich nicht ausfindig machen, fährt Hr. Kanzler Koch a. a. O. S. 261. fort. Ich weiß zwar wohl, schreibt er, daß theils Bachov zum §. 5., theils Vinnius zum Pr. Inst. de exhered. liber. und nach ihnen auch andere Rechtsgelehrte behauptet haben, daß in dem Fall, wenn ein suus präterirt, und nicht der auf ihn folgende Agnat, sondern ein anderer, er sey Agnat oder nicht, zum Erben eingesetzt sey, der suus aber

c) Tit. Dig. quis ordo in bon. poss. seruet. L. 2. pr. D. de bon. poss. sec. tab.

d) L. 6. pr. D. de bon. poss.

e) Hr. GR. Koch a. a. O. S. 261.

aber entweder vor dem Vater verstorben sey, oder, falls er ihn überlebt hätte, das Testament weder ex iure ciuili impugnirte, noch um die bon. poss. contra tabulas bäte, der auf den Sohn folgende nächste Agnat das Testament als ungültig impugniren, und auch so gar die bon. poss. vnde legitimi, oder vnde cognati erlangen, mithin den zum Erben eingesetzten entfernten Agnaten, also vielmehr den eingesetzten fremden Erben, um den Genuß der bon. poss. sec. tab. bringen konnte; mithin gäbe es einen Fall, wo der Prätor die bon. poss. sec. tab. der bon. poss. ab intestato, vnde legitimi et vnde cognati nachgesetzt hätte!!! Daß aber der, auf den Sohn folgende, Agnat weder in dem Falle, wenn der praeterirte suus den Vater überlebt, noch auch in dem Falle, wenn er vor ihm gestorben ist, das Testament wegen der Praeteritio des sui impugniren, dem eingesetzten Erben die ihm zustehende bon. poss. sec. tab. vereiteln, und ihm die Erbschaft sogar durch die bon. poss. vnde legitimi, oder vnde cognati entziehen konnte, das läuft ganz wider das System der bon. poss. und kann auch durch die Worte der L. 12. pr. D. de iniusto, rupto etc. si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem *ab intestato* auferre possit, nicht erwiesen werden, wie in der L. 2. pr. D. de bon. poss. sec. tab. ganz deutlich steht [f]).

Daß in dem Falle: si posthumus praeteritus viuo testatore natus decessit, die Agnaten die, dem eingesetzten Erben zustehende, bon. poss. sec. tabulas nicht vereiteln können, das sagt L. 12. pr. cit. ganz deutlich, und ist auch von den Kaisern bestätigt worden. Schulting hat dieses richtig bemerkt [g]), und Bachov a. a. O. hat es auch zugeben müssen.

Ehe man in der angeführten Materie fortgehen kann, muß vorher erklärt werden, was successio ordinum s. specierum

f) Struyck de succ. ab intestato, Diss. IX. cap. 4. §. 12. 13. 16. 19.

g) Vlpian. fragm. XXIII, 6. ibique Schulting.

cierum s. capitum s. classium, und was successio graduum, oder de gradu in gradum in eodem ordine eigentlich bedeutet.

Successio ordinum heißt bisweilen so viel: Wenn in dem vorhergehenden ordo gar keine successionsfähige Person vorhanden ist, so kommt die Succession an den folgenden ordo. Das ist schon von selbst nicht anders möglich, so bald man sich ordines successionum gedenkt. Selbst nach dem alten Civilrechte galt eine successio ordinum, das heißt, wenn kein rechtsgültiges Testament vorhanden war, mithin ordo testati wegfiel, so folgte der ordo intestati; und wenn in dem ordo intestati der ordo suorum vakant war, so fiel die Reihe an den, in den Gesetzen der zwölf Tafeln zwar unbekannten, aber von den Rechtsgelehrten in media iurisprudentia aus dem ordo agnatorum ausgehobenen ordo consanguineorum, und wenn dieser vakant war, an den ordo agnatorum, und wenn auch dieser vakant war, an den ordo gentilium. Von dem ordo consanguineorum findet man in mehrern Stellen Nachricht [h]). Justinian hat den ordo consanguineorum aufgehoben und mit dem ordo agnatorum wieder vereinigt [i]). Durch die 118. Novelle hat hernach diese Sache eine ganz neue veränderte Gestalt bekommen. Wenn alle diese ordines successionum vakant waren, so fiel die Erbschaft, als bona vacantia, an den populum oder aerarium, an dessen Stelle nachher der Fiskus trat, nicht aber iure heredis, sondern iure Regalium [k]). Alles, was jetzt bemerkt worden, galt auch ganz natürlich bey den ordinibus bonorum possessionis.

Die

h) Caivs in Inst. II, 8. 3. Pavlvs in rec. sent. IV, 8. §. 13. 15. 17. 22. Vlpian. in fragm. XXVI, 1. L. 2. D. de suis et legit.

i) L. pen. C. de legit. hered. §. 3. Inst. de legit. agnat. succeff.

k) L. 1. L. 4. C. de bon. vacant.

Die angeführte successio ordinum kann *ciuilis* genennt werden, um sie von der prätorischen zu unterscheiden. Von der successio ordinum *ciuilis* ist nämlich diejenige successio ordinum, oder de ordine in ordinem, oder de capite in caput unterschieden, welche darin besteht, daß der folgende ordo auch alsdenn zur Succession gelangt, wenn gleich in dem vorgehenden ordo ein Erbe sich findet, welcher aber abstinirt, oder repudiiret, oder vor angetretener Erbschaft stirbt, u. s. f. und keine transmissio hereditatis statt findet. Diese successio ordinum kann man eben *praetoria* nennen.

Selbst nach dem alten Civilrechte galt zwar eine solche successio ordinum bey dem ordine testati et intestati, nämlich in dem Fall eines testamenti destituti, oder deserti, daß alsdenn ordo intestati eintrat [l]). Hingegen hatte eine solche successio ordinum nach dem alten Civilrechte bey der Intestaterbfolge nicht statt, sondern dabey galt die Regel: in *legitimis* hereditatibus successio non est [m]). War also ein *suus* vorhanden, welcher abstinirte, so kam der ordo consanguineorum, oder agnatorum, nicht zur Succession, und eben so der ordo gentilium nicht, wenn der proximus agnatus die Erbschaft repudiirte, oder vor angetretener Erbschaft starb, sondern die Erbschaft fiel an das aerarium, oder den fiscus.

Der Prätor führte bey seinem Successionssystem durch das edictum successorium eine solche successio ordinum überhaupt ein. Wenn bon. poss. *contra* tabulas nicht agnoscirt war, so konnte der heres scriptus bon. poss. *secundum* tab. agnosciren; wenn diese nicht agnoscirt war, so konnte bon. poss. intestati agnoscirt werden; wenn vnde

l) L. 20. pr. D. de bon. poss. cont. tab. L. 64. D. de verb. signif. L. 187. D. de reg. iur. Pr. Inst. de hered. quae ab intest. defer.

m) Vlpian. fragm. XXVI, 5. Paulus in recept. sent. IV, 8. 23. Caius in Inst. II, 8. 4. §. 7. Inst. de legit. agnat. succ.

vnde liberi nicht agnoscirt war, so konnte bon. poss. vnde legimi agnoscirt werden, u. s. f. Ja, es konnte sich Jemand selbst auf diese Art succediren, wenn er in einem vorhergehenden ordo die Bittfrist versäumt hatte, und darin keine andere Person, welche mit oder nach ihm zur bonor. poss. gelangen konnte, vorhanden war. Hier konnte er in dem folgenden ordine, oder auch in mehrern folgenden ordinibus, wenn er dazu qualificirt und in diesem ordine keine nähere Person vorhanden war, noch zur Erbschaft gelangen, welche Art zu succediren die successio de persona in personam genennt wird. Hatte also Jemand die bon. poss. sec. tabul. versäumt, so konnte er ceteris paribus noch bon. poss. vnde liberi, oder vnde legitimi, oder vnde cognati erlangen. Ein Ehegatte, der ein Cognat des verstorbenen Ehegatten war, und die Zeit versäumt hatte, um die bon. poss. vnde cognati zu bitten, hatte sich noch der bon. poss. vnde vir et vxor zu erfreuen, wenn gar kein anderer Cognat existirte, oder derselbe die bon. poss. vnde cognati auch nicht agnoscirt hatte n).

Die successio graduum, oder de gradu in gradum in eodem ordine, welche in dieser Bedeutung mit der successio ordinum nicht confundirt werden darf, schränkt sich blos auf die Intestatsuccession ein, und besteht darin, daß, wenn mehrere Personen verschiedenen Grades, welche nach Gradesvorzug zur Succession gelangen, in dem nämlichen ordo vorhanden sind, und die nächste Person die Erbschaft repudiiret, oder vor der Antretung verstirbt, die in dem nämlichen ordo im Grade folgende Person zugelassen wird, und den folgenden ordo, oder auch zuletzt den Fiskus ausschließt. Noch ist vorläufig zu bemerken, daß sich in dem ordo *liberorum* gradus denken lassen o), wie in dem ordo *agnatorum*; aber inter suos nicht, denn

suus

n) L. 1. §. 10 et 11. D. de succ. edicto. L. 2. pr. D. vnde legit.

o) L. 1. §. 7. D. de coniung. cum emanc. liber.

suus obtinet *proximum* gradum vel ex *proprio* capite, vel *successione* in locum *sui*. *Proximus* agnatus ex Leg. XII. tab. heißt nicht, welcher in *secundo* agnationis gradu steht, und *frater* ist, sondern er kann in *vlteriori* gradu stehen, ist aber in dem vorliegenden Falle der *proximus* von allen vorhandenen Agnaten, oder auch solus et vnicus.

Nach dem alten Civilrechte galt gar keine successio graduum. In dem ordo *suorum* weiß dasselbe von Graden gar nichts [p]); denn *suus* heres est, qui in patria morientis potestate existens *proximum* in eadem stirpe gradum obtinet delatae hereditatis tempore, aut obtinuisset, si eo tempore editus fuisset; er mochte nun Sohn, oder Enkel, oder Urenkel ꝛc. seyn. Abstinirte der suus, so konnte dessen Sohn, wenn er gleich ebenfalls in des verstorbenen Großvaters väterlicher Gewalt gewesen war, doch nicht zur Erbschaft gelangen.

In dem ordine vnde liberi lassen sich, wenn man es natürlicher Weise betrachtet, allerdings gradus gedenken [q]), und es giebt auch Fälle, wo eine successio graduum sogar nach dem Civilrechte im ordine liberorum eingetreten zu seyn scheint [r]). Es scheint nur in diesen Fällen eine successio graduum einzutreten; denn nach dem angenommenen Grundsatze von der Suitat, daß nämlich bey solcher auf das tempus delatae hereditatis gesehen werde, können sie nicht für eigentliche Fälle einer wirklichen successionis graduum gehalten werden.

Ist der Sohn, welcher, als der Vater starb, der suus heres war, in der Zwischenzeit und ehe der eingesetzte Erbe die Erbschaft repudiirte, gestorben, so tritt der Enkel

p) L. 1. §. 8. D. de suis et legit. hered. L. vlt. C. vnde liberi.

q) L. 4. §. 1. D. de bon. poss. cont. tabul. L. 6. D. de iniusto, rupto etc.

r) L. 7. pr. D. si tab. testam. nullae extab. L. 1. §. 8. D. de suis et legit.

kel in locum sui und ist mithin, wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft nachher repudiirt, tempore delatae hereditatis *suus*, et ab intestato heres. Tritt aber der eingesetzte Erbe die Erbschaft nachher noch an; so fällt der Enkel durch, und es hat keine successio graduum statt; weil denn die Sache nach der Lage, wie sie zur Zeit des Ablebens des Vaters war, beurtheilt werden muß, zu welcher der enterbte Sohn der suus heres war.

Sonderbar ist es, daß nach dem alten Civilrechte, welches der Prätor in diesem Punkte nicht abgeändert hat, der nepos, welcher nicht suus war, nicht als ein Agnat, sondern als ein Cognat des Grosvaters angesehen wurde. Ein suus aber wird auch uneigentlich ein Agnat, und zwar proximus in Gesetzen [s]) genannt; obgleich eigentlich nur Collateralerben zu den Agnaten gehören [t]).

Außer den, vom Papinian und Ulpian angeführten, jedoch nur scheinbaren, Fällen weiß weder das alte Civilrecht, noch das prätorische Edict von der successio graduum im ordo liberorum etwas, vielmehr verwirft solche Paullus deutlich [u]). Es ist also doch sehr auffallend, daß fast alle unsere Juristen das Gegentheil behaupten wollen, und zum Beweise einer darin statt gehabten successio sich auf die L. 5. §. 2. D. si tab. test. nullae extab. vnde liberi berufen. Aber in dieser Stelle redet Pomponius von dem Falle, der auch in pr. steht, daß der filius emancipiret, die nepotes aber in des *aui* patria potestate geblieben, und in locum *sui*, ihres Vaters, getreten sind. In einem solchen Falle hatte freylich der filius *emancipatus* die bon. poss. vnde liberi, und bekam den Erbschaftsantheil, welcher ihm, wenn er ein *suus* geblieben wäre, gehört haben würde, welchen er mit seinen Kindern, den nepotibus suis, zur Hälfte theilen mußte; eben so,

s) L. 12. D. de suis et legit. hered. L. 10. §. 3. D. h. t.

t) Püttmann Interpret. cap. 10.

u) L. 4. §. 1. D. de bon. poss. cont. tab.

wie im ähnlichen Falle in der bonor. poss. contra tabulas x).

Nun war die Frage: ob, wenn der filius *emancipatus* die bon. poss. vnde liberi nicht agnoscirte, seine Hälfte von den, ihm und seinen Kindern, den nepotibus suis, zufallenden Erbportionen auch den Stämmen der zur Successsion mit gelangenden übrigen Kinder des Erblassers zugleich mit accrescire, oder ob diese Hälfte blos den nepotibus *suis*, das ist, den Kindern des filii *emancipati* bon. poss. non petentis zu ihrer Hälfte accrescire? Pomponius behauptet ganz recht das letzte, und sieht es so an, als wenn der filius *emancipatus* nicht einmal mehr am Leben wäre. Von einer bon. poss., welche die nepotes sui agnoscirt hätten, oder, ob die nepotes *non sui*, falls man etwa solche supponiren wollte, die bon. poss. vnde liberi hätten agnosciren können, sagt Pomponius doch auch kein Wort, sondern er entscheidet blos die Frage: wenn die Hälfte des filii *emancipati* accrescire? Es ist daher ganz unbegreiflich, wie es möglich gewesen, daß fast alle Juristen auf diese Stelle des Pomponius, ohne solche näher zu prüfen, eine successio graduum in dem ordo vnde legitimi haben begründen wollen y).

Aus der L. 3. C. vnde liberi, welche Tribonian aus einer Constitution des Kaisers Constantius z) in eine ganz andere veränderte Form gebracht hat, kann nicht erwiesen werden, daß auch schon der Prätor in dem ordo vnde liberi die successionem graduum gelten lassen, sondern in dieser Constitution ist eine bon. poss. extraordinaria *edictalis* enthalten. Die Glossatoren und Consorten nennen

x) L. 1. pr. D. de coniung. cum emancip. liber.

y) Cocceii in Diss. de succ. nepot. Sect. II. §. 12. in Eivs Exercit. Vol. I. pag. 1639. Stryck de succ. ab intest. Diss. I. c. 2. §. 24 sqq. G. L. Boehmer Diss. de discrimine suorum, §. 14.

z) L. 5. Cod. Theod. de bonis matern. ibique Gothofredvs in Comment. Tom. II. pag. 690.

nennen dieses Gesetz horribilem et difficillimam totius Codicis, und haben fades und unsinniges Geschwätz darüber getrieben. Selbst Cujaz in den Observationen Lib. IV. Obs. 6. und in einer besondern Recitation über dieses Gesetz hat die Sache nicht getroffen. Die Worte: maxime emancipatus werden durch das damalige Successionssystem gerechtfertigt; denn der nepos *emancipatus* konnte ja überhaupt, und sogar in dem Falle, wenn sein Vater, d. i. der filius, vor dem auo gestorben wäre, nicht anders zu des Großvaters Erbschaft gelangen, als durch den Weg der bon. poss. vnde liberi. Ich führe hier gelegentlich an, daß ich der Meynung bin, daß die Absicht dieses Gesetzes blos sey, dem Enkel von der Schuldenlast seines Vaters zu befreyen, und ihm doch zur großväterlichen Erbschaft zu helfen. Ob er aber den Miterben desselben nicht aus der Person seines Vaters zu conferiren schuldig sey, das läßt sich aus diesem Gesetz nicht entscheiden, wie Wernher [a]) gut ausgeführt hat. Es existirt also weder im corpus iuris ciuilis, noch in den Reliquien und Fragmenten des Cajus, Paullus, Ulpian ꝛc. eine Stelle, woraus sich erweisen ließe, daß der Prätor in dem ordo liberorum eine successio graduum habe gelten lassen.

Es ist bereits bemerkt worden, daß fast alle Juristen glauben, daß das edictum successorium nach Ulpians Worten in der L. 1. §. 10. D. de succ. edicto so allgemein gelautet habe, und so allgemein zu verstehen sey, daß die successio graduum in einem jeden ordine intestati, den alleinigen ordo vnde vir et vxor natürlicher Weise ausgenommen, gegolten habe [b]). Richtiger hat wohl Vinnius [c]) von der Sache geurtheilt, welcher schreibt: successio de gradu in gradum in solo ordine cognatorum, non

a) Wernher in lect. comment. Part. II. pag. 1080.

b) Westenberg in Princ. iuris sec. ordin. Digest. XXXVIII, 9. 4.

c) Vinnivs ad §. 4. Inst. de bon. poss.

etiam liberorum aut agnatorum locum habet. Nam in *liberorum* ordine nulla est gradus praerogatiua.

In dem ordo vnde legitimi gelangte nach dem Civilrechte nur der *proximus* agnatus, non is, qui *tunc* fuit, cum *moreretur* paterfamilias, sed is, qui *tunc* fuit, cum intestatum decessisse certum est [d]), zur Erbschaft, die entferntern Agnaten aber, wenn auch gleich der nächste repudiirte, oder vor Antretung der Erbschaft starb, fielen durch, und das aerarium oder der fiscus bekam die Erbschaft als herrnloses Gut. Starb z. B. ein Bruder, und der andere Bruder verstarb nach ihm vor Antretung der Erbschaft, so erbte dessen Sohn nicht von seines Vaters Bruder [e]).

In dem ordo vnde legitimi ließ auch der Prätor bey den Agnaten keine successio graduum gelten, sondern der entferntere Agnat, welchem ein näherer, der aber die bon. poss. versäumte, vorging, wurde nur in dem ordo vnde cognati zugelassen, und mußte folglich, wenn in demselben ein, dem Grade nach näherer, Cognat war, solchem weichen. Justinian hat dieses in einer nicht mehr vorhandenen Constitution verbessert, deren Inhalt im §. 7. Inst de legit. agnat. succ. angegeben wird. Daß die in der Civilsuccession zugelassene successio graduum nun auch in der prätorischen Succession gelten müsse, das leidet gar keinen Zweifel [f]). Ob durch diese, in dem ordine *agnatorum* vom Justinian gemachte, Verbesserung auch die successio graduum in dem ordine *liberorum* eingeführt worden sey, darüber wird zwar gestritten; aber nach dem neuen durch die Novelle 118. Cap. 1. eingeführten Intestatsuccessionssystem leidet es gar keinen Zweifel, daß sowohl

d) L. 26. D. de suis et legit.

e) Paullus in rec. sent. IV, 8. 23. Vlpian. fragm. XXVI, 1. 2. 5. L. 2. pr. D. de suis et legit. Pr. et §. 1. et 7. Inst. de legit. agnat. succ.

f) Arg. L. 3. D. vnde legitimi. Vinnius ad §. 4. Inst. de bonor. poss.

wohl in der Civilsuccession, als in der prätorischen Succession, im ordine liberorum die successio graduum, in so fern es nach der Rechtsanalogie möglich ist, gelten müsse. In dem ordine *cognatorum* hatte schon das edictum successorium die successio graduum zugelassen g).

War es aber wohl möglich, daß so, wie vorangeführtermaaßen es in der successio ordinum statt fand, auch in der successio graduum einer sich selbst succediren konnte? In dem ordine liberorum, worin überhaupt auch sogar bey diuersis personis, gar keine successio graduum galt, läßt sich der Fall, daß Jemand sich selbst succediren könne, so wenig gedenken, als es in dem ordine legitimorum geschieht; obgleich Justinian in demselben die successio graduum eingeführt hat. Aber in dem ordine *cognatorum* kann der Fall eintreten, daß Jemand von dem Verstorbenen ein duplex, triplex, etc. *cognatus in diuerso* gradu ist. Nun nehme man an, daß ein solcher Cognat die ihm in seinem ersten, gleich anfangs beym Anfall der Erbschaft im ordine cognatorum vorhanden gewesenen nächsten Grade angefallene bon. poss. vnde *cognati* binnen der bestimmten Frist nicht agnosciret habe, und er weder durch das einem, im nächsten Grade sich befindenden gleich nahen, Mitcognaten zustehende ius accrescendi ausgeschlossen, noch ihm auch durch einen folgenden nähern Cognaten der Weg versperrt werde; oder daß der folgende nähere Cognat die Bittfrist versäumt hätte: sollte der zweyfache, oder dreyfache Cognat nicht noch binnen einer anderweitigen Frist die ihm nun in seinem zweyten oder auch dritten Verwandschaftsgrade anfallende bon. poss. vnde cognati agnosciren, sich selbst succediren, und der Erbschaft theilhaftig werden können? Herr Kanzler Koch h) glaubt, daß dieses nach dem successorischen Edict

g) L. 1. § 6 et 10. D. de succ. edicto. L. 1 et 2. C. eod. §. 7. Inst. de legit. agnat. succ.

h) Hr. Kanzl. Koch a. a. O. S. 288.

allerdings statt finde; nur ist hier wohl zu merken, daß nicht die Rede von einer mehrfachen Erbportion ist. Bey dieser Gelegenheit muß noch bemerkt werden, daß auch bey dem ius legitimae, und der querela inofficiosi die successio ordinum und graduum in eodem ordine zur Sprache kommt. Hingegen ganz irrig ist es, wenn man dabey das successorium edictum mit ins Spiel bringen will; da solches damit ganz und gar nicht in Verbindung steht. Es kann eine successio ordinum, ja auch graduum, in einer Materie statt haben, ohne daß solche ihren Grund im successorio edicto hat. Es ist daher nicht accurat gesprochen, wenn man, wie Vinnius und Cocceji gethan haben, die Frage so faßt: an successorium edictum in querela inofficiosi locum habeat? und nicht so wohl darüber, sondern vielmehr darüber: ob außer der successio ordinum auch die successio graduum in eodem ordine dabey statt finde? streitet. Die negative Meynung scheint die stärksten Gründe für sich zu haben [i]).

Wenn diese Materie richtig angewendet werden soll, so muß man folgende Grundsätze vor Augen haben.

I. Wenn in der nämlichen Klasse mehrere Personen zugleich und mit einander zur Succession gerufen werden; so schließt keine die andere aus, sondern sie erben zusammen.

II. Werden in einer und derselben Klasse mehrere Personen nach Gradesvorzug zur Succession gerufen; so succediren die nächsten im Grade und schließen die entferntern aus. Melden sich aber die nächsten im Grade binnen der bestimmten Zeit nicht, so werden die im Grade folgenden zur Succession zugelassen [k]).

III.

i) L. 9. §. 2. D. de lib. et post. L. 6. pr. D. de iniusto etc. L. 4. §. 1. D. de bon. poss. cont. tab. L. 7. pr. D. vnde liberi. L. 1. §. 8. D. de suis et legit. L. 34. C. de inoffic. test. Voet ad Dig. V, 2. 6.

k) §. 5. Inst. de bon. poss. §. 7. Inst. de legit. agnat. succ.

III. Eben dasselbe gilt auch bey den Klassen oder ordinibus unter sich, daß die Person oder die Personen, welche in der vorhergehenden Klasse, binnen der bestimmten Zeit die bon. poss. nicht agnosciren, in die folgende Klasse eintreten und nun zur Succession gelangen l).

IV. Wenn von zwey verschiedenen bonorum possessoribus, wovon einer dem andern vorgeht, und ihn ausschließt, der Nachstehende dem Vorgehenden in der Agnition der bon. poss. prävenirt, und dadurch in den Besitz der Erbschaft, weil man von dem vorgehenden Competenten nichts gewußt, oder darüber in Zweifel war, ob derselbe succediren wollte, oder konnte, z. B. si venter praeteritus est, auch wirklich gekommen seyn sollte; so schadet das doch dem vorgehenden Competenten nicht, es mag von der bon. poss. necessaria oder vtili die Rede seyn, sondern der potior heres praetorius vel *ordine* vel *gradu*, geht dem nachstehenden noch immer vor, und die von diesem erlangte bon. poss. wird zu einer bon. poss. *sine re;* nur muß das tempus petendae bon. poss. für ihn noch laufen m). So gar der heres ciuilis muß die von ihm in Besitz genommene Erbschaft dem, auf solche vorzüglichern Anspruch machenden, bonorum possessori herausgeben und überliefern n).

Nach dem Pandektenrechte gilt zwar das Prävenire bey der bon. poss. edictali, nämlich, daß ich eher und früher, als mich die Reihe nach dem prätorischen Edict traf, und ich zur bon. poss. gerufen wurde, solche agnosciren konnte, nicht, sondern eine solche voreilige und anticipirte Agnition war gänzlich ungültig, wenn mich auch nachher die Reihe wirklich traf; denn ich mußte die Zeit abwarten, bis mich das Edict zur bon. poss. zuließ,

l) Tit. de succ. edicto.

m) L. 4. §. fin. L. 5. D. de bon. poss. cont. tab. L. 84. D. de acquir. vel omitt. hered.

n) L. 13. pr. D. de bon. poss. cont. tab.

das ist, wenn in Hinsicht des Vorgängers, nach Ulpians o) Bemerkung, vel tempus fuerit finitum, vel ante decesserit, vel repudiauerit, vel ius petendae bonorum possessionis amiserit, und dann binnen der für ihn bestimmten Frist die bon. poss. agnosciren p). Der Kaiser Constantius hat diese Subtilität in der L. vlt. C. qui admitti ad bon. poss. possunt aufgehoben, wo es heißt, agnitio, etiamsi intra *alienam vicem*, id est, prioris gradus, *properantis* exaratur, *nihilominus* tamen *efficaciam parem*, quasi *suis* sit vti *curriculis*, *consequatur*, und eine anticipirte Agnition auch für die Folge gültig erklärt, daß nämlich die Agnition nicht zu wiederholen nöthig war, wenn mich erst nachher die Reihe traf, und ich die bon. poss. zu voreilig agnoscirt hatte.

Hier kann die Frage eingeschaltet werden: wer geht in der Collision vor, der heres ciuilis oder der bonorum possessor edictalis? — Bey den römischen Juristen und im Corp. iur. ciuil. findet man folgende Sätze darüber vorgetragen. Ulpian q) schreibt: si septem signis testium testamentum sit signatum, licet *iure ciuili ruptum* vel *irritum* factum sit, Praetor *scriptis* heredibus *iuxta tabulas* bonorum possessionem dat, si testator et ciuis Romanus et suae potestatis, cum moreretur, fuit: quae bonorum possessio *cum re*, id est, cum effectu habetur, *si nemo alius iure heres* sit. Im Fragm. XXVIII, 13. heißt es ferner: bonorum possessio, aut *cum re* datur, *aut sine re*. *Cum re* si is, qui accipit, cum effectu bona retinet: *sine re*, cum *alius iure ciuili euincere* hereditatem possit: veluti si *suus* heres *intestato* sit, bonorum possessio *sine re* est, cum *suus* heres *euincere* hereditatem iure legitimo possit. Hierher gehören auch viele Stellen

o) L. 2. pr. D. de bon. poss. sec. tab.

p) L. 69 et 70. D. de adquir. vel omitt. hered. L. 2. D. de bon. poss. sec. tab. L. 1. §. 10. D. de succ. edicto. L. 42. §. 2. D. de bonis libert.

q) Vlpian. Fragm. XXIII, 6.

Stellen aus den Gesetzen r) im Corp. iur. ciuilis. In allen diesen Stellen ist entweder im Allgemeinen gesprochen, oder nur ein einzelner Fall entschieden.

In den Schriften unserer Rechtsgelehrten findet man wenig von dieser Frage; und nur der Hr. Geh. Rath Koch hat in seinem oft angeführten Buche ausführlich davon geschrieben. Es heißt S. 310. — Vorläufig muß ich, um Fehltritten vorzubeugen, und Vorwürfen auszuweichen, noch bemerken, daß die Fälle, wenn diejenigen, welchen der Pflichttheil gebühret, entweder förmlich oder unförmlich enterbt, oder präterirt sind, den Testirer überleben, und das Testament entweder mit der querela nullitatis iuris veteris vel noui, oder der querela inofficiosi anfechten, oder die bon. poss. cont. tabul. wenn sie können, suchen, hieher nicht gehören. In diesen Fällen steht das Civil- und prätorische Successionssystem eigentlich in keinem Wiederspruche; sondern der enterbte oder präterirte Notherbe gelangt zur Erbschaft, wenn er in der querela nullitatis iuris vel veteris vel noui, oder in der querela inofficiosi siegt, oder die bon. poss. contra tabul. zu hoffen hat, und solche bittet, und geht dem eingesetzten Erben, welcher die bon. poss. sec. tabulas sucht, vor.

Tritt keiner von diesen Fällen ein, so bekommt der eingesetzte Erbe die Erbschaft, entweder als Civiltestamentserbe, oder als prätorischer Testamentserbe, nachdem entweder ein nach dem Civilrechte, oder nur nach dem prätorischen Rechte gültiges Testament vorhanden ist; und der eingesetzte Erbe entweder aus jenem die Erbschaft antritt, oder um die bon. poss. sec. tab. welches er thun kann, bittet. Aus dem prätorischen Rechte kann er nur durch die bon. poss. secundum tabulas zur Erbschaft gelangen. Der Prätor nimmt auf die unförmliche Enterbung

r) L. 13. pr. L. 20. pr. D. de bon. poss. cont. tab. L. 10. D. de collat. bon. L. 11. §. 2. D. de bon. poss. sec. tab. L. 32. D. de lib. et posth. L. 1. §. 9. D. si tab. test. nullae extab. L. 91. D. de reg. iur. L. 13. C. de iure delib.

erbung oder Präterition gar keine Rücksicht, und läßt sich dadurch nicht hindern, dem eingesetzten Erben die bon. poss. sec. tabulas zu geben.

Nothwendig ist es, daß der enterbte oder präterirte Notherbe, um das Testament auf diese oder jene Art umstoßen zu können, den Testirer überlebt haben müsse; denn wenn er vor demselben verstorben ist, so fällt die querela nullitatis, und inofficiosi, und die bon. poss. contra tabulas weg, und der im Testament eingesetzte Erbe ist Civilerbe, wenn das Testament nach dem Civilrechte gültig ist; oder bonor. possessor, wenn der Prätor das Testament in Schutz genommen hat, und darauf die bon. poss. sec. tab. giebt.

Der auf den enterbten oder präterirten Notherben folgende Civil- oder prätorische Intestaterbe kann in dem Fall, wenn so gar das Testament nach dem Civilrechte gültig ist, dasselbe nicht aus der Person des präterirten, vor dem Testirer verstorbenen, Notherben umstoßen, weil solcher schon vor dem Testirer gestorben ist, und also kein Erbrecht erlangt hat; ihn selbst aber, als Civil- oder prätorischen Intestaterben betrachtet, das selbst nach dem Civilrecht gültige Testament ausschließt, indem die causa testati der causae intestati vorgeht s). Vorauszusetzen ist, daß der auf den, vor dem Testirer verstorbenen, Notherben nun folgende Intestaterbe nicht ebenfalls ein Notherbe sey; denn wenn derselbe nun auch der Notherbe geworden, und ebenfalls euentualiter enterbt, oder aber gleichfalls präterirt seyn sollte; so könnte er aus seiner eigenen Person allerdings das Testament so, wie der ihm vorgehende, aber vor dem Testirer verstorbene, Notherbe, falls er den Testirer überlebt, hätte thun können, nach Verschiedenheit der Fälle, entweder mit der querela nullitatis, oder inofficiosi, anfechten, oder bon. poss. cont. tab. suchen. Man nehme den Fall an, ein Vater hat seinen Sohn enterbt, oder präterirt.

s) L. 39. D. de adquir. vel omitt. hered.

terirt. Der Sohn stirbt vor dem Vater, und beym Ableben des Testirers lebt dessen Vater, welcher nun der Notherbe, aber in dem Testament entweder ebenfalls euentualiter enterbt, oder gar präterirt ist.

Wäre aber das Testament auch nur nach dem prätorischen Rechte gültig; z. B. si *suus*, *ante* patrem mortuus, *praeteritus* est; so kann doch der auf den enterbten oder präterirten Notherben folgende Civil- oder prätorische Intestaterbe, nach den so eben angeführten Gründen, eben so wenig das vom Prätor für gültig erklärte Testament, weder aus der Person des vor dem Testirer verstorbenen Notherben, noch auch aus seiner eigenen Person anfechten, und dem eingesetzten Erben die bon. poss. secundum tabulas vereiteln; es sey denn, daß er nun selbst der Notherbe sey.

Bey der Sache selbst kommt alles auf die Absicht des Prätors an, welche er durch sein Successionssystem realisiren wollte. Ob nun der Prätor in seinem Successionssystem a) den heredem ciuilem verdrängen und ausschließen, oder b) ihn mit dem bon. poss. in der Succession concurriren, das heißt beyde zusammen erben lässet, in welchem Verstande bey dieser Materie das Wort concurriren allemal genommen werden muß, oder c) jenem vor diesem gar den Vorzug lassen wolle? das muß nach folgenden Grundsätzen beurtheilt werden. Ehe die Sache vollständig aus einander gesetzt werden kann, ist zu bemerken, daß bey der Collision zwischen dem herede ciuili und dem bonor. possessore vorzüglich der Unterschied zwischen der bon. poss. *edictali necessaria* und *vtili* seine Anwendung finde. Ist die bon. poss. edictalis blos eine *vtilis*, so gelten folgende Grundsätze.

I. Wenn die erlangte bon. poss. nur *vtilis* ist, das heißt, magis confirmandi seu adiuuandi seu approbandi iuris ciuilis gratia gegeben wird, so soll sie dem iuri ciuili nicht präjudicirlich seyn, und dasselbe nicht turbiren, sondern der Prätor läßt dasselbe in seiner Kraft und Wirkung. Daher verdrängt die bon. poss. durch diese erlangte

langte bon. poss. seinen coheredem ciuilem, der auch, wenn er gewollt hätte, der nämlichen bon. poss. hätte theilhaftig werden können, keinesweges, und der bon. possessor vtilis hat vor dem herede ciuili gar nicht den Vorzug, sondern sie concurriren vielmehr beyde in der Successsion, und sind und bleiben coheredes.

Diese Sache ist zwar an sich schon ganz helle und evident, folgende Beyspiele werden sie aber noch mehr erläutern.

1) Von zwey filiis suis praeteritis agnoscirt der eine die bon. poss. contra tabulas, der andere nicht.

2) Von zwey Civiltestamentserben agnoscirt der eine bon. poss. secundum tabulas, der andere nicht.

3) Von zwey filiis *suis* agnoscirt der eine bon. poss. vnde liberi, der andere nicht.

4) Von zwey gleich nahen Agnaten agnoscirt der eine bon. poss. vnde legitimi, der andere nicht.

II. Wenn die agnoscirte bon. poss. nur *vtilis* ist, und die beyden heredes *ciuiles* sind nicht *coheredes*; sondern der eine ist *potior* seu *prior*, und der andere *posterior* seu *sequens*, und dieser agnoscirt die bon. poss. *vtilem*, z. B. weil man nicht wußte, ob der heres *ciuilis potior* noch lebte, oder erben wollte, so geht gleichwohl der heres ciuilis potior vor, und die erlangte bon. poss. ist *sine re*, entweder gleich anfangs, oder wird es nachher, wenn der heres ciuilis potior sein Successionsrecht ex iure ciuili geltend macht; und die bon. poss. war nur euentualis, conditionalis, prouisionalis.

Dahin sind folgende Fälle zu rechnen.

1) Wenn der Verstorbene zwey an sich gültige Testamente zu unterschiedener Zeit gemacht, das letzte aber das erste rumpirt hat, und der Erbe aus dem ersten Testamente agnoscirt bon. poss. sec. tab. weil man damals von dem letzten Testamente nichts wußte.

2) Wenn der Substitut die bon. poss. sec. tab. agnoscirt, und der Institut, er sey pure oder sub conditione instituiret, wirklicher Erbe wird.

3) Wenn

3) Wenn ein suus da ist, und der Agnat hat bon. poss. vnde legitimi agnoscirt.

4) Wenn ein *agnatus* gradu *proximior* da ist, und der *agnatus* gradu *remotior* hat bon. poss. vnde legitimi agnoscirt.

III. Es kann auch seyn, daß die bon. poss. in einem Falle gewissermaaßen vtilis und gewissermaaßen necessaria ist; nämlich in Hinsicht des Erbrechts selbst nur vtilis, in Hinsicht der geschwinden Erlangung des Erbschaftsbesitzes aber necessaria.

Der Fall ist folgender. Wenn der, in einem rechtsgültigen Testament unter einer solchen Bedingung, wobey die cautio Mutiana nicht statt hat, eingesetzte Erbe vor der Existenz der Bedingung die bon. poss. sec. tab. agnoscirt, um sogleich in den Besitz der Erbschaft zu gelangen, so wird die Bedingung entweder nachher auf die erforderliche Art erfüllt, oder es geschieht nicht. Im ersten Fall behält er die Erbschaft, und schließt seinen Substituten, wenn ihm einer gegeben ist, oder den Intestaterben aus. Auch fällt, wenn er einen coheredem haben sollte, das ius accrescendi weg. Im zweyten Falle bekommt der Substitut oder Intestaterbe die Erbschaft. Sollte er keinen besondern Substituten, jedoch einen coheredem, haben, so darf derselbe vom iure accrescendi Gebrauch machen. Auch diese bon. poss. ist blos eine euentualis, conditionalis, prouisionalis.

Ist die bon. poss. *edictalis* eine *necessaria*, so gelten folgende Grundsätze. —

I. Wenn dem heredi ciuili, er sey ein Testaments- oder Intestaterbe, der prätorische Successionsweg ebenfalls, wenn er davon Gebrauch machen will, offen stehet, oder ihm doch offen stehen würde, wenn z. B. das testamentum iure *ciuili* validum, worin er zum Erben eingesetzt ist, tempore mortis testatoris noch existirt hätte, welchen der Prätor aber doch als einen Testamentserben im Civilrecht gelten läßt, und respectirt; so kommt es darauf an, ob der heres ciuilis und der bonor. poss. in

einer

einer und ebenderselben Klasse zur prätorischen Successiön gerufen worden, oder ob dieses nicht geschieht. Ist das erstere, so concurriren beyde in der Successiön. Fälle hiervon sollen nachher unter dem Buchstaben A angegeben werden. Ist das letzte, so kommt es wieder darauf an, welcher von ihnen in der vorstehenden oder in der nachstehenden Klasse seinen Platz hat? Hat also der bon. poss. in der vorstehenden, der heres *ciuilis* aber in der nachstehenden Klasse einen Platz, so geht der bon. poss. dem heredi ciuili vor. Fälle dieser Art kommen unter dem Buchstaben B vor.

II. Hätte Jemand die bon. poss. *edictalem* agnoscirt, auch wohl gar den Besitz der Erbschaft darauf erlangt, und es meldete sich nachher entweder ein heres ciuilis potior, welchen der Prätor durch sein Edict nicht verdrängt und seines Civilerbrechts nicht privirt hatte, oder ein bon. poss. edictalis *ordine* vel *gradu prior*, für welchen aber die Bittfrist noch laufen mußte; so wurde die von jenem agnoscirte bon. poss. eine bon. possessio sine re.

III. Ist ein sich nachher noch meldender heres ciuilis oder bon. poss. edictalis, nur ein coheres, oder ein *ordine* et *gradu aequalis* bon. poss. edictalis, so concurriren beyde, nach den in jedem Falle eintretenden Regeln der Theilung, und der sich später meldende Mitcompetent verdrängt den, welcher zuerst die bon. poss. agnoscirt hatte, nicht gänzlich.

Aus den angeführten Fällen ist sichtbar, daß bey der bon. poss. welche in Hinsicht des Erbrechts eine necessaria ist, folgende Verschiedenheit der Fälle vorkommt. Entweder concurrirt ein bonorum possessor necessarius mit dem herede ciuili, oder er schließt den heredem ciuilem aus, und bekommt die Erbschaft allein, oder er schließt weder den heredem ciuilem aus, concurrirt auch nicht mit demselben, und die bon. poss. wird sine re.

Was die Fälle betrifft, worin der bon. poss. *necessarius* mit dem *herede ciuili* concurrirt, so gehören folgende Fälle dazu:

1) Wenn

1) Wenn ein filius *emancipatus* praeteritus, *ſuo* inſtituto, bon. poſſ. contra tabulas agnoſcirte [t]).

2) Wenn der filius *emancipatus* ſowohl, als der *ſuus*, präterirt ſind; denn der *ſuus praeteritus* bedarf der bon. poſſ. contra tabulas nicht, ſondern das Teſtament iſt wegen ſeiner Präterition nach dem Civilrechte null, und derſelbe iſt ex iure *ciuili* der Inteſtaterbe. In dieſer Lage kann der *emancipatus praeteritus* die bon. poſſ. contra tabulas gar nicht einmal agnoſciren, ſondern er gelangt durch die bon. poſſ. vnde liberi zur Inteſtaterbſucceſſion mit dem filio ſuo [u]).

3) Das nämliche tritt in dem Falle ein, wenn der filius emancipatus enterbt, der *ſuus* aber präterirt iſt [x]).

4) Es gehört ferner der Fall hierher [y]), wenn der enterbte ſuus die querelam inofficioſi anſtellt und gewinnt, der filius *emancipatus* aber, welcher präterirt iſt, die bon. poſſ. cont. tab. agnoſcirt.

5) Wenn der ſuus eingeſetzt, oder auch enterbt iſt, und der filius *emancipatus exheredatus* agnoſcirte, um querelam inofficioſi teſtamenti anſtellen zu können, die bon. poſſ. vnde liberi litis ordinandae gratia, welche der *ſuus* exheredatus nicht nöthig hatte; ſo kann er, wenn er den Proceß gewinnt, den ſuum *inſtitutum* oder *exheredatum*, wenn dieſer in dem letzten Falle die querelam inofficioſi ebenfalls angeſtellt und gewonnen hat, nicht ausſchließen, ſondern ſie concurriren in der Succeſſion [z]).

6) Si nepos *ſuus* ab *auo* heres *inſtitutus*, et *pater* eius, filius *emancipatus*, *praeteritus* eſt, et hic petit bon. poſſ. cont. tabulas [a]).

7) Ne-

t) L. 10. D. de collat. bonor.

u) Arg. L. 32. D. de lib. et poſth. L. 1. §. 9. D. ſi tab. teſt. nullae extab.

x) L. 32. D. de liber. et poſth. L. 1. §. 9. D. ſi tab. teſt.

y) L. 20. pr. D. de bon. poſſ. cont. tab.

z) L. 20. pr. D. de bon. poſſ. cont. tabul.

a) Tit. Dig. de coniung. cum emanc. liber.

7) Nepos *suus*, et *pater* eius, filius *emancipatus*, in successione *intestati*; si *hic* petebat bon. poss. vnde liberi. Doch ist dieser und der vorige Fall durch die Nov. 118. abgeändert, und der emancipirte Sohn erbt jetzt von seinem Vater mit Ausschluß seines Kindes.

8) Wenn ein filius *suus* und ein *emancipatus* in der Intestatsuccession vorhanden sind, und dieser agnoscirt bon. poss. vnde liberi; welche aber nach der Novelle 118. nicht mehr nöthig ist.

Unter die Fälle, wo der bon. poss. *necessarius* den *heredem ciuilem* ausschließt und die Erbschaft allein bekommt, gehören folgende:

1) Si filius *emancipatus praeteritus* in testamento, in quo *extraneus* heres institutus est, petit bonor. poss. cont. tabulas [b]).

2) Si filius *emancipatus exheredatus* in testamento, in quo *extraneus* heres institutus est, petit bon. poss. *vnde liberi* litis ordinandae gratia, et in lite *vincit*.

3) Si filius, siue *suus*, siue *emancipatus*, in *priore* testamento *iure facto exheredatus*, et in *sequenti imperfecto praeteritus*, petit bon. poss. cont. tabulas. Dieser Fall ist in der L. 12. §. 1. D. de bon. poss. cont. tabul. enthalten; denn der filius, er sey ein suus, oder ein emancipatus, geht nicht allein dem, im letzten, sondern auch dem im ersten Testamente eingesetzten Erben vor. Dieser war eigentlich nach dem Civilrechte der Erbe, und gegen denselben hätte der Sohn die bedenkliche und gefährliche querelam anstellen müssen. Man kann einwenden, daß der filius *suus praeteritus* in diese Categorie gar nicht gezogen werden dürfe, weil er kein bon. poss. *necessarius* sey; er ist aber in diesem Falle wirklich dafür zu halten.

4) In dem nämlichen Falle, wenn, amoto filio, der im zweyten testamento imperfecto eingesetzte Erbe bon. poss. sec. tab. agnoscirt, geht er dem im ersten iure facto testa-

b) L. 13. pr. D. de bon. poss. cont. tab.

testamento eingesetzten Erben, welcher der Civilerbe war, vor.

5) Dahin gehören alle die Fälle, worin bon. poss. secundum tabulas gegeben, und ein testamentum iure *ciuili inualidum* ad excludendum heredem ciuilem ab *intestato* vom Prätor für gültig erkannt wird c). Nur muß in den Fällen, worin der Prätor ein, wegen der unförmlichen Enterbung oder Präterition eines Notherben nach dem Civilrechte ungültiges, Testament für gültig hält, und daraus bon. poss. sec. tab. ertheilt, der Notherbe vor dem Testirer verstorben seyn, und ein anderer nachfolgender Civilintestaterbe, welcher aber kein Notherbe ist, auf die Erbschaft Anspruch machen wollen.

6) Si filius *emancipatus* in successione *intestati* petit bon. poss. vnde liberi, et *suus*, vtpote qui in successione *concurreret* deficit, *sed agnatus* vel *alius* heres *legitimus* adest. Nach der 118. Novelle geht der filius emancipatus, sogar als Civilerbe, dem Agnaten vor.

7) *Cognatus* vel *vir* aut *vxor* in successione *intestati* petens bon. poss. vnde cognati, vel vnde vir et vxor ad *excludendum fiscum;* wenn man solchen in der Qualität eines heredis ciuilis erscheinen lassen will; welches aber unrichtig zu seyn scheint; obgleich der Vorzug richtig ist. Nach der 118. Novelle ist der Cognat ein Civilerbe und schließt den Fiskus aus, ohne nöthig zu haben, die bon. poss. vnde cognati zu agnosciren; die bon. poss. vnde vir et vxor ist aber nöthig.

Als Fälle, worin der bon. poss. *necessarius* den heredem *ciuilem* weder ausschließt, noch auch mit demselben concurrirt, sondern die bon. poss. *sine re* ist, sind folgende zu merken:

1) Wenn der heres *institutus* bon. poss. sec. tab. agnoscirt und erlangt, weil das Testament die solennia *iu-*

c) L. 12. L. 17. D. de iniusto rupto. L. 11. §. 2. D. de bon. poss. sec. tab.

ris praetorii hat, daſſelbe aber ob filii *ſui praeteritionem nullum* iſt, und der *ſuus* ſich als heres *ciuilis* ab inteſtato meldet [d]). Der ſuus praeteritus konnte auch, wenn er wollte, die bon. poſſ. cont. tab. bitten, und dann ging er auch als bon. poſſ. dem eingeſetzten Erben vor, weil die bon. poſſ. cont. tab. der bon. poſſ. ſec. tab. vorgehet; aber dann gehört der Fall nicht in dieſe Categorie.

2) Wenn der heres *extraneus* inſtitutus bon. poſſ. ſec. tab. gebeten hat, und der filius *ſuus* oder *emancipatus* ſiegen in der querela inofficioſi.

3) Wenn ein anderer Teſtamentserbe, der ein teſtamentum *poſterius* iure *ciuili* validum für ſich hat, auftritt.

4) Wenn der Civilinteſtaterbe, oder auch ein bonorum poſſeſſor ab *inteſtato* auftritt und zeigt, daß das Teſtament irritum geworden, und auch iure *praetorio* geblieben iſt: nämlich daß der Prätor das teſtamentum iure ciuili *irritum* factum nicht *iure ſuo* für gültig erklärt hat; z. B. der Teſtator hatte tempore mortis, wie man geglaubt hatte, priſtinum ſtatum *ciuilem* vor ſeinem Ableben nicht wieder erlangt [e]).

Auf die angeführte Art und Weiſe iſt die Frage wegen der Colliſion zwiſchen dem Civilerben und dem bon. poſſ. von dem Hrn. Kanzler Koch in der oft angeführten Schrift, S. 303—331. beantwortet worden. Ueber die Colliſion der bonorum poſſeſſorum unter ſich, und was von dem Vorgänger oder der Concurrenz dabey zu merken ſey, hat der Hr. Kanzl. Koch S. 331. folg. ebenfalls ſeine Gedanken eröffnet. Er ſchreibt: es können auch bonorum poſſeſſores, qua tales betrachtet, unter ſich in Colliſion kommen, und entweder zuſammen ſuccediren, oder einer dem andern vorgehen. Hier entſcheidet, weil wir die Regel haben, die vorgehende Claſſe hat vor der nachfolgenden den Vorzug

d) L. 32. D. de lib. et poſt. L. 1. §. 9. D. ſi tab. teſt. nullae exrab.

e) L. 11. §. 2. D. de bon. poſſ. ſec. tab.

Vorzug und schließt diese aus, die Folge der ordinum des prätorischen Successionssystems; jedoch giebt es Ausnahmen bey der bon. poss. contra und secundum tabulas. In einem ordine s. specie, worin prioritas oder paritas gradus eintritt, gehts nach dem successorio edicto, und dessen, vom Justinian gemachten, im §. 7. Inst. de legit. agnat. success. angeführten Verbesserungen [f]). In dem ordine der bon. poss. secundum tabulas wird das letzte Testament dem ältern vorgezogen [g]).

Die collidirenden bonorum possessores sind entweder vel *eiusdem* ordinis seu speciei, vel *diuersi*. Die erstern sind wieder entweder vel pares iure, vel dispares. Im erstern Falle concurriren sie und erhalten die Erbschaft zugleich. Im zweyten Falle geht derjenige vor, welcher ein stärkeres Recht hat, und schließt den iure *infirmiorem* aus. Sind die collidirenden bonorum possessores *diuersi* ordinis, so schließt ordine *prior* den ordine *posteriorem* aus.

Ob ihre agnoscirte bon. poss. vtilis oder necessaria sey, das kommt hier gar nicht in Consideration, und von den Fällen, worin darauf etwas ankommt, ist das Nöthige in den bereits ausgeführten Fällen mit gesagt worden. Jetzt betrachten wir sie als bloße bonorum possessores. Nun sind folgende Fälle leicht zu entscheiden:

1) *Suus* cum *suo* in bon. poss. cont. tab. oder vnde liberi, *simul* obtinent *successionem*.

2) *Suus* cum *emancipato*, si *vterque* petit bon. poss. cont. tab. oder vnde liberi, *concurrunt* in successione.

3) Duo pluresue filii *emancipati* in bon. poss. cont. tab. oder vnde liberi, simul succedunt.

4) *Agnatus* cum *Agnato eiusdem* gradus in bonor. poss. vnde legitimi, concurrunt in successione.

5) Duo pluresue *cognati eiusdem* gradus in bon. poss. vnde cognati, *simul* obtinent hereditatem.

f) §. 4 et 5. Inst. de bon. poss.

g) L. 1. §. 1. D. de bon. poss. sec. tab.

6) Duo pluresue heredes *testamentarii* in *eodem* testamento *iure facto*, aut quod *solus* Praetor sustinet, instituti, in bon. poss. sec. tab. *simul* succedunt.

7) Duo pluresue heredes *testamentarii* in casu L. 1. §. 6. D. de bonor. poss. sec. tabulas, si *duo* testamenta *simul* signata reperiuntur, et non constat, quale sit *prius*, quale *posterius*, *simul* ad hereditatem admittuntur [h]).

8) Filius *emancipatus exheredatus* petens bon. poss. vnde liberi, qui vincit in lite de *inofficioso* testamento mota, *praefertur* heredi *extraneo* instituto bon. poss. sec. tab. petenti.

9) Filius praeteritus agnoscens bon. poss. cont. tab. *praefertur* heredi, vel in *eodem*, *contra quod* petitur bon. possessio, vel in *priori* testamento instituto, bon. poss. sec. tabulas agnoscere volenti. Casus est in L. 12. §. 1. D. de bon. poss. cont. tab.

10) Heres in testamento *posteriori* institutus in bon. poss. sec. tab. *praefertur* heredi in *priori* testamento instituto, itidem bon. poss. sec. tab. petenti, e. g. in casu L. 12. §. 1. D. de bon. poss. cont. tab. Heres in *posteriori* testamento *imperfecto* institutus, cui, *amoto filio*, bon. poss. sec. tabulas datur, *potior* est herede in *priori* testamento *iure facto* instituto.

11) Der Institut geht dem Substituten vor.

12) Der *emancipatus* filius geht dem agnato oder cognato vor.

13) Der agnatus gradu proximior geht dem agnato gradu remotiori vor.

14) Der agnatus geht dem cognato schlechterdings und wenn der cognatus auch sogar dem Grade nach näher wäre, vor. Dieß ist aber durch die Novelle 118. aufgehoben und abgeändert worden.

15) Der *cognatus* gradu *proximior* geht dem *cognato* gradu remotiori vor.

16) Der

h) L. 1. §. 6. D. de bon. poss. sec. tab.

16) Der cognatus geht dem viro oder der vxori vor. Endlich ist noch zu bemerken, daß es zur Sache nichts thut, wenn gleich der, welcher nachstehen muß, die bon. poss. euentualiter agnoscirt haben sollte, als welche sine re ist, oder es wird, so bald der potior ordine oder gradu die bon. poss. agnoscirt; jedoch muß solche noch nicht verjährt seyn, das heißt, es darf die zur Agnition vorgeschriebene Nothfrist noch nicht abgelaufen seyn.

Lib. XXXVIII. Tit. XI.

Vnde vir et vxor.

§. 1635.

Hat der Erblasser gar keine successionsfähige Verwandten hinterlassen, so kann der überlebende Ehegatte, vorausgesetzt, daß er mit dem Verstorbenen in einer gesetzmäßigen Ehe gelebt, und diese Ehe bis an den Tod des Erblassers gedauert habe, die bonorum possessionem aus dem Edict: vnde vir et vxor suchen, und hierdurch die ganze Verlassenschaft desselben erhalten. Diese bonorum possessio ist noch heutiges Tages nöthig, wenn ein Ehegatte von dem andern erben will, der kein Erbrecht aus dem Rechte der Novellen herleiten kann.

Lib. XXXVIII. Tit. XII.

de

veteranorum et militum successione.

§. 1636.

Dieser Titel ist nicht praktisch.

Lib. XXXVIII. Tit. XIII.

Quibus non competat bonorum possessio.

§. 1637.

Die in diesem Titel vorkommenden Grundsätze sind bereits erklärt worden.

Lib. XXXVIII. Tit. XIV.

Vt ex Legibus Senatusconsultis bonorum possessio detur.

§. 1638.

Was dieser Titel für Verordnungen enthalten, wird man leicht finden, wenn man die zeither vorgetragene Erklärung der prätorischen Erbfolge damit zusammen hält.

Lib. XXXVIII. Tit. XV.

Quis ordo in possessionibus seruetur.

§. 1639.

Der Inhalt dieses Titels bedarf keiner besondern Erklärung, da er bereits mit angeführt worden ist. Zum Beschluß der Materie von der bonorum possessio will ich verschiedene wichtige Wahrheiten vortragen, die zu der ganzen Materie von der bon. poss. gehören.

Wenn

Wenn noua Lex, Senatusconsultum, oder Constitutio, ein Recht zur Erbschaft unter dem Namen der bon. poss. gab, so wurde sie bon. poss. extraordinaria genannt. Diese bon. poss. extraordinaria kann die Wirkung einer *edictalis*, oder auch nur einer *decretalis* haben. Die Fälle der extraordinariarum bon. possessionum, welche die Wirkung einer bon. poss. *edictalis* haben, werden von den Auslegern aus dem §. 3. Inst. de bon. poss. und dem Titel der Pandekten: vt ex Legibus, Senatusue consultis bon. possessio detur genommen, und Scipio Gentilis [a]) hat ausführlich davon gehandelt.

Was den Nutzen und die Vortheile betrifft, welche mit der bon. possessio verknüpft waren und noch sind, so bemerkt Hr. Kanzler Koch a. a. O. S. 336. darüber folgendes. —

Die bon. poss. *decretalis*, welche nur ein qualificirtes interimistisches Besitzrecht wirkte, ist durch neuere Gesetze nicht abgeschafft worden. Daß die bonor. possessio *edictalis necessaria* größern Nutzen in der Hauptsache verschafft habe, als die *vtilis*, ist bey Erklärung des Begriffs angeführt worden. Die bon. poss. edictalis *cum re* giebt ein wirkliches Erbrecht, worauf die possessoria hereditatis petitio, ein der hereditatis petitioni ciuili dem Effect nach gleiches remedium petitorium, gegründet ist [b]), und außerdem begünstigt der Prätor den bonorum possessor mit dem Interdict quorum bonorum, als einem remedio *adipiscendae* possessionis [c]), wovon das Civilrecht nichts wußte, und der bonor. possessor vereitelt also auch durch die agnoscirte bon. poss. cont. tabulas das dem eingesetzten Erben allenfalls zustehende remedium L. vlt. C. de edicto Diui Hadriani tollendo.

Die bon. poss. ist weder durch die neuesten Gesetze des Justinians, noch durch gemeine teutsche Rechte gänz-

a) Scip. Gentilis de iurisdictione, Frf. 1601. 8. c. 26.
b) L. 2. D. de poss. hered. petit.
c) L. 1. D. quor. bonor.

lich und überhaupt aufgehoben worden, wenn gleich durch die 118. Novelle die prätorische Intestatsuccession größtentheils abgeändert worden ist. Im Ganzen und überhaupt genommen, gilt sie noch jetzt da, wo römisches Recht gilt.

I. Die bonor. poss. decretalis gilt noch heutiges Tages.

II. Die bon. poss. contra tabulas kann nicht allein von den liberis suis, sondern auch von den emancipatis, im Falle einer nach der Novelle 115. unförmlichen Enterbung oder Präterition, anstatt die querelam nullitatis *iuris noui* anzustellen, gebeten werden; wenn man nämlich nach dem oben angeführten zweyten System annimmt, daß ein solches Testament nicht pflichtwidrig, sondern null und nichtig sey. Legt man das erste System zum Grunde, und hält ein solches Testament nicht für null und nichtig, sondern nur für inofficiös, welches durch die querel. inofficiosi testamenti umgestoßen werden müsse; so fällt die bon. poss. contra tabulas nach den Regeln des prätorischen Successionssystems schlechterdings weg. Nach der aus der Nov. 118. Cap. 1. sich ergebenden Rechtsanalogie ist die bon. poss. cont. tabulas in Hinsicht der unförmlich präterirten emancipirten Kinder, nicht mehr eine necessaria, weil sie nach dem zweyten System das Testament durch die querelam nullitatis *iuris noui*, welches eine Civilklage ist, anfechten können. Nach eben dieser Rechtsanalogie können auch die unförmlich präterirten Kinder sogar gegen das Testament der Mutter ꝛc. nach dem zweyten System die bon. poss. contra tabulas erlangen, wenn sie wollen [d]).

Giebt es nicht Fälle, wo die bon. poss. cont. tabulas noch heutiges Tages eine necessaria ist? Mehrere Rechtsgelehrte, als Stryk, Turin, Sartorius führen drey Fälle an.

Der

d) Hr. Kanzler Koch a. a. O. S. 345.

Der erste ist: wenn der Vater ꝛc., oder auch die Mutter ꝛc. ein Kind unförmlich enterbt oder präterirt, und das andere, oder die andern Kinder, nebst einem Fremden, oder die andern Kinder zwar allein, jedoch zu ungleichen Theilen, zu Erben eingesetzt hat. Das unförmlich enterbte oder präterirte Kind committit edictum e), es mag nun selbst die bon. poss. cont. tab. bitten wollen, oder nicht, daß solche nun um die bon. poss. cont. tab., welche sie, weil sie zu Erben eingesetzt waren, aus ihrer eigenen Person nicht agnosciren konnten, bitten können; welches nach Verschiedenheit des Falles die Folge hat, daß entweder der fremde Erbe von der Erbschaft ausgeschlossen, oder die Erbschaft unter die Kinder zu gleichen Theilen nach den Regeln der Intestatsuccession vertheilt wird f). Gleichgültig ist es, ob die zu Erben eingesetzten Kinder sui oder emancipati sind; hingegen nothwendig ist es, daß das unförmlich enterbte oder präterirte Kind den Vater, oder die Mutter überlebt haben muß. Denn wenn solches vor dem Vater oder der Mutter gestorben seyn sollte; so findet die bon. poss. contra tabulas auf dessen Person nicht statt, weil ein vorher Verstorbener die bon. poss. cont. tab. nicht bekommt, weil auf die Zeit des Todes des Erblassers gesehen wird g).

Zweyter Fall: ein Vater oder Mutter setzt die zur Zeit des Testaments vorhandenen Kinder, nebst einem Fremden, zu Erben ein, und bekommt einen postumum, welcher aber vor dem Testirer wieder verstirbt. Dieser postumus hatte das Testament nach dem Civilrechte rumpirt, und um den fremden Erben auszuschließen, sollen die zu Erben eingesetzten Kinder berechtigt seyn, die bon.

e) L. 3. §. 11. L. 10. §. 6. L. 14. §. 1. D. de bonor. poss. sec. tab.

f) L. 3. §. 11. L. 4. §. 3. L. 8. §. 14. L. 10. §. 6. D. de bon. poss. cont. tab.

g) L. 3. §. 10. D. de bon. poss. cont. tab.

bon. poss. cont. tab. aus der Person des postumi bitten zu können; wenn sie aber das nicht thäten, so hätte der eingesetzte fremde Erbe die bon. poss. sec. tab. zu hoffen. Hr. Kanzler Koch a. a. O. S. 348. hält diesen Fall für ganz ungegründet, weil ein vor dem Testirer verstorbenes Kind die bon. poss. cont. tab. nicht bekommt, also auch non committit Edictum, folglich nec edictum liberis reliquis, heredibus institutis committitur; mithin können diese aus der Person des vor dem Testirer wieder verstorbenen postumi nicht bon. poss. cont. tabulas erlangen, um den mit eingesetzten fremden Erben zu verdrängen; sondern es findet blos die bon. poss. secundum tabulas statt. Struk führt zwar an: sufficere semel extitisse casum, qua omnibus ius contratabulandi quaesitum fuit, quod sine facto eorum ipsis auferendum non sit per mortem fratris [h]); aber es muß geläugnet werden, daß den eingesetzten Kindern gleich durch die Geburt eines postumi ein ius contratabulandi erworben war, sondern es hing davon ab, ob der postumus auch den Testirer überlebt, weil bey der bon. poss. contra tabulas auf das tempus mortis testatoris gesehen wird, und welches Kind denn nicht mehr lebt, das hat weder selbst ein ius contratabulandi, noch können sich die andern Kinder aus dessen Person ein ius contratabulandi anmaßen. Der verstorbene Hr. GTR. Höpfner führte zu Behauptung dieses zweyten Falls die L. 3. §. 11. und die L. 4 §. 3. D. de bon. poss. cont. tab. an; es steht aber nichts davon in diesen Stellen.

Der dritte Fall ist der, welcher in der berühmten L. 12. §. 1. D. de bon. poss. cont. tab. enthalten ist, welche Stelle Hr. Kanzler Koch erläutert hat [i]).

Einen vierten Fall glaubt Hr. D. Sartorius darin zu finden, wenn das präterirte Kind dem Civilerbrecht und dem Rechte, das Testament als null anzufechten, entsagte,

h) L. 11. D. de reg. iur.

i) Hr. Kanzler Koch a. a. O. S. 361.

sagte, gleichwohl aber doch die bon. poss. cont. tab. agnoscirte; dadurch wurde sie eine necessaria. Hr. Kanzler Koch hält diese Erklärung für ein Wortspiel, und ist der Meynung, daß sie hier immer noch als eine voluntaria s. vtilis betrachtet werden müsse.

III. Die bon. poss. litis ordinandae gratia ist den, nach der Novelle 115. förmlich enterbten, emancipirten Kindern zu Anstellung der querelae inofficiosi aus dem Grunde, weil sie so gut, wie die sui, in der Nov. 118. ein Civilerbrecht erhalten haben, nicht mehr nöthig; denn der Prätor intendirt ja bey der bon. poss. litis ordinandae gratia gar nichts anders, als dadurch dem emancipato ein Intestaterbrecht beyzulegen, damit er in so fern dem suo gleich wurde, um die querelam inofficiosi anstellen zu können. Nach der in der Novelle 118. gemachten Verordnung ist das nicht mehr nöthig, weil er durch dieselbe ein Intestaterbrecht, so gut als der suus, erlangt hat.

IV. Die bon. poss. secundum tabulas findet, als vtilis, noch jetzt statt, und als *necessaria* muß sie noch heutiges Tages in allen den Fällen gebeten werden, wo der Prätor ein, nach dem Civilrechte ungültiges, Testament gelten lässet, und daraus die Erbschaft ertheilt.

V. Die bon. poss. extraordinaria ist auch noch heutiges Tages in den Fällen, welche bey uns vorkommen können, nothwendig, vorzüglich in dem Fall der L. 3. C. vnde liberi.

VI. Von dem heutigen Gebrauch der bon. poss. ab intestato wird in der Folge das Nöthige vorkommen.

Nützlich wird es seyn, hier noch die Verschiedenheiten der Civil- und Prätorischen Erbschaften überhaupt anzuführen. Sie unterscheiden sich 1) in der Ordnung, wie einem die eine und die andere zu Theil wird. Nach dem Civilrecht hat die Intestaterbfolge nicht statt, so lange die Erbschaft aus einem Testament angetreten werden kann. Der Prätor machte bey dieser Regel eine Ausnahme, indem er den emancipirten Kindern, welche im Testament über-

übergangen sind, bon. poss. cont. tab. giebt. Erst, wenn diese die bon. poss. nicht suchen, oder ihr Recht versäumt haben, giebt er bon. poss. ex testamento. 2) Die bon. poss. ist von der Civilerbschaft unterschieden in Ansehung der Personen, welchen sie zukommt. Der Prätor giebt vielen Personen bonor. poss. sowohl ab intestato, als ex testamento, die nach dem Civilrecht nicht erben. Ab intestato z. B. den Emancipirten, den Cognaten, den Ehegatten. Ex testamento, wenn entweder das Testament nach dem Civilrechte nicht gilt, oder der Erbe wegen eines Hindernisses nicht antreten kann. 3) Eine Civilerbschaft kann man der Regel nach antreten, wenn man will; und wer sie nicht repudiiret, kann sie allezeit antreten. Die bon. poss. muß binnen einem Jahre, oder binnen hundert Tagen gesucht werden. 4) Die Civilerbschaft kann ich nicht eher gültig antreten, als bis sie mir zugefallen ist. Die bon. poss. kann ich eher, ich kann sie pendente conditione suchen; suchen, wenn noch ein dem Grade nach Näherer vorhanden ist; der Substitut kann sie suchen, ehe man weiß, ob der Institut erben werde, oder nicht. Dieß gilt auch in der Folge, wenn die Reihe wirklich an ihn kommt, als eine zur rechten Zeit geschehene Anerkennung der bon. poss. Daß er die Erbschaft selbst dadurch noch nicht erhält, versteht sich von selbst [k]). 5) Mein Sclave kann die Civilerbschaft nicht ohne meinen Befehl antreten; bey der bon. poss. ist meine Genehmigung hinlänglich. 6) Eine Erbschaft kann nach dem Civilrechte nur von dem Erben selbst angetreten werden; um die bon. possessio kann auch der tutor, der curator, oder ein Bevollmächtigter bitten. 7) Die Civilerbschaft kann Jemand ipso iure erwerben; die bon. poss. wird nur dem gegeben, der darum bittet [l]). 8) Jene kann außergerichtlich angetreten, diese muß bey der Obrigkeit gesucht werden. Alle diese Sätze hat Donellus [m]) weiter ausgeführt.

k) L. fin. C. qui admitt. ad bon. poss.
l) L. 3. §. 3. D. de bon. poss. L. 3. C. vnde legit.
m) DONELLVS in comment. iur. ciuil. Lib. VII. cap. 14.

Lib.

Lib. XXXVIII. Tit. XVI.

de

suis et legitimis heredibus.

§. 1640.

Nach dem römischen Rechte ist der rechtliche Grund der Erbfolge nur zweyfach, und liegt entweder in einer gesetzmäßigen letzten Willenserklärung des Erblassers, oder in einer unmittelbaren Verordnung der Gesetze. Daher ist die Erbfolge nach dem römischen Rechte entweder eine testamentarische, oder eine gesetzliche, welche auch die Intestaterbfolge genennt wird [a]). Es ist ein Unterschied zu machen zwischen der rechtmäßigen und der gesetzlichen Erbfolge. Rechtmäßig ist jede Erbfolge, welche in den Gesetzen gebilligt, und daher den Gesetzen gemäß ist; und daher kann in dieser Bedeutung auch die testamentarische Erbfolge, eine successio legitima genennt werden [b]). Eine gesetzliche Erbfolge hingegen ist diejenige, welche unmittelbar in den Gesetzen gegründet ist, oder welche das Gesetz unmittelbar deferirt, ohne daß dabey ein Factum des Erblassers concurrirt.

Die Intestaterbfolge ist nach dem römischen Rechte von zweyerley Art. Sie ist nämlich entweder in den römischen Civilgesetzen oder in den Edicten der Prätoren gegründet. Jene wird die bürgerliche Intestaterbfolge, diese aber die prätorische, oder bonorum possessio genennt.

a) §. vlt. Inst. per quas pers. L. 3. §. 2. D. pro socio. L. 13. pr. D. de acquir. vel omitt. hered.

b) L. 130. D. de verb. signif.

nennt. Beyde Erbfolgearten können nach dem römischen Rechte wieder ein doppeltes Fundament haben. Sie gründeten sich entweder auf das Recht der Verwandtschaft oder sie hatten ein anderes besonderes Fundament, z. B. Patronatrecht, eheliche Verbindung, u. s. f.

Da das römische Recht keine Vertragserbfolge billigt, so tritt nach diesem Rechte die Intestaterbfolge alsdenn ein, wenn keine testamentliche vorhanden, noch zu hoffen ist; denn die testamentarische schließt immer die gesetzliche oder Intestaterbfolge aus; und so lange noch Hoffnung zu jener vorhanden ist, kann die letztere nicht eintreten [c]). Wer eigentlich intestatus zu nennen sey, davon findet man im Pr. Inst. de hered. quae ab intest. def. folgende Bemerkung: — *Intestatus* decedit, qui aut omnino testamentum non fecit; aut non iure fecit, aut id, quod fecerat, ruptum irritumque factum est: aut si ex eo nemo heres extiterit. Es gehören folgende Fälle hierher, schreibt Hr. Hofrath Glück [d]); als

1) wenn der Verstorbene gar kein Testament hinterlassen hat. Daß er selbst kein Testament gemacht hat, ist noch nicht genug, es muß ihm auch, wenn er selbst zum Testiren unfähig war, kein Ascendent ein Testament gemacht haben, der vermöge der pupillarischen oder quasi-pupillarischen Substitution dazu berechtigt war [e]).

2) Wenn das vorhandene Testament gleich anfangs nicht gültig ist errichtet worden, das heißt, wenn ein testamentum nullum, oder irritum vorhanden ist.

3) Wenn das Testament nachher seine Gültigkeit wieder verlohren hat. Dahin gehört

a) wenn das Testament durch einen postumus rumpirt, oder von dem Testirer selbst wieder cassirt worden ist, testam. ruptum, reuocatum.

b) Wenn

c) L. 8. C. communia de succeff.

d) Hr. Hofr. Glück von der Intestaterbfolge, S. 26.

e) L. 6. C ad Sctm. Tertull. L. 10. C. de legit. hered.

b) Wenn der Testirer eine Capitisdeminution leidet, und den verlohrnen bürgerlichen Zustand vor seinem Tode nicht wieder erlangt hat, oder, als eine Militärperson nach erhaltenem Abschiede noch länger als ein Jahr lebt; testam. irritum.

c) Wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht antritt; testam. destitutum.

d) Wenn ein Testament als pflichtwidrig umgestoßen wird, weil ein Notherbe darin ohne eine rechtmäßige Ursache, von dem ihm gebührenden Pflichttheile ausgeschlossen worden ist [f]). Wenn nun gleich nach der Novelle 115. Kap. 3 und 4. die Vermächtnisse, Fideikommisse, Vormundschaften und alle übrigen Verfügungen, welche, außer der Erbenseinsetzung, in dem pflichtwidrigen Testament enthalten sind, gültig bleiben, so gehören doch dergleichen Dispositionen nicht zur Substanz des Testaments, sondern diese macht die Erbenseinsetzung aus, und diese wird durch die Inofficiositätsklage allerdings aufgehoben. Daß auch die bon. poss. cont. tabulas das Testament rescindire, und folglich die Intestaterbfolge eintrete, wenn Kinder, die von ihrem Vater oder väterlichen Großvater präterirt oder nicht rite exhäredirt worden sind, solche erhalten haben, ist in Gesetzen [g]) deutlich verordnet worden.

Bey der Lehre von der Intestaterbfolge sind vornehmlich zweyerley Gegenstände zu untersuchen; denn sie bestimmt nicht nur die Ordnung, sondern auch die Art, wie succedirt werden soll. Vermittelst der Ordnung ruft sie in gewissen bestimmten Fällen gewisse bestimmte Personen zur Erbfolge. Vermittelst der Art setzt sie fest, wie viel der Intestaterbe in jedem Falle bekomme. Es sind beständig zwey Fragen zu beantworten, wenn von der Intestat-

f) L. 6. §. 1. L. 21. §. 2. D. de inoffic. testam.

g) L. 17. Cod. de collat. L. 4. Cod. de liberis praeteritis.

testaterbfolge die Rede ist; nämlich 1) wer succedirt? 2) wie wird succedirt?

Bey der ersten Frage gilt die Regel: derjenige succedirt, dem die Gesetze die Erbschaft zunächst deferiren h). Der Nächste kann nicht nur ein Verwandter des Verstorbenen seyn, sondern auch ein Fremder, dem die Gesetze aus einem besondern Grunde ein Erbrecht geben. In dieser Hinsicht unterscheidet man bey der gesetzlichen Erbfolge zwischen der Succession der Verwandten, und der Succession anderer Personen, die aus besondern Ursachen geschieht, welches bey dem überlebenden Ehegatten, beym Fiskus, u. s. f. der Fall ist. In der Regel gehen die Verwandten des Erblassers den fremden Personen bey der Intestaterbfolge vor, die Gesetze müßten denn eine Ausnahme machen, und verordnen, daß die successio ex speciali causa entweder der ordentlichen Erbfolge der Verwandten vorgehen, oder mit ihr zugleich eintreten solle. So succedirt z. B. der Curator den verstorbenen Blödsinnigen, mit Ausschließung der nächsten Blutsfreunde desselben, wenn sie sich seiner nicht angenommen haben, ob sie gleich dazu aufgefordert worden sind i); der überlebende arme Ehegatte hingegen, succedirt dem verstorbenen reichen Ehegatten zugleich mit dessen nächsten Verwandten.

Es ist wohl keine Materie des römischen Rechts, welche so viele und so wichtige Veränderungen erfahren hat, als die Lehre von der Intestaterbfolge der Verwandten. Unter den römischen Civilgesetzen, worin die Intestaterbfolge der Verwandten vorkommt, sind die Gesetze der zwölf Tafeln die ältesten, von denen wir sichere Nachricht haben. Daß übrigens schon vorher, bey den Römern, die Intestaterbfolge bekannt gewesen, sieht man daraus, weil in den Gesetzen des Romulus von der väterlichen und der ehelichen Gewalt, der Grund zu dem nachher in die Gesetze

h) L. 2. §. 4. D. de suis et legit. hered.

i) Novella CXV. cap. 3.

Gesetze der zwölf Tafeln aufgenommenen Intestaterbfolgesystem liegt k).

Nach den Gesetzen der zwölf Tafeln succedirten nicht alle Verwandte, sondern nur diejenigen, die zur Familie des Verstorbenen, oder mit ihm zu einer gens gehörten, und ihr Agnationsrecht weder durch die Emancipation, noch durch eine Capitisdeminution verlohren hatten. Was unter dem Wort *familia* verstanden worden, ist in Gesetzen l) deutlich angegeben. Das Familienverhältniß, worauf sich die alte Intestaterbfolge der Verwandten gründete, war dreyfach; nämlich 1) Suität, 2) Agnation, 3) Gentilität. Suität war das Verhältniß zwischen dem paterfamilias und denjenigen freyen Personen, welche in seiner Gewalt standen; nur mußte die Gewalt des Erblassers über den, welcher Erbe seyn sollte, eine unmittelbare seyn, wenn gleich der Descendent von entfernterm Grade war. Agnation war das Verhältniß zwischen denen, die aus einem Hause, von dem paterfamilias unmittelbar oder durch Mannspersonen abstammen. Gentilität hieß der nexus sanguinis zwischen denen, die von einem vltimo genitore abstammten, und einerley Geschlechtsnamen führten. Nach diesem dreyfachen Verhältniß werden in den Gesetzen der zwölf Tafeln drey Klassen bestimmt, Ordines, nämlich der ordo suorum heredum, der ordo agnatorum, und der ordo gentilium, von denen allemal der vorhergehende, wenn er zur Erbschaft gerufen wurde, den nachstehenden gänzlich ausschloß. Emancipirte Kinder, Agnaten, welche ihr Agnationsrecht durch eine Capitisdeminution verlohren hatten, und Cognaten, waren also von der Intestaterbfolge nach dem alten römischen Civilrechte gänzlich

k) Dionysius Halicarn. Antiqu. Lib. II cap. 25. Quir. Gottl. Schacher Specimen hist. iur. ciuil. vicissitudines successs. ab intestato apud Romanos exponens, Lipsi. 1762. §. 2.

l) L. 195. §. 2 et 4. D. de verb. signif.

ausgeschlossen, weil sie nicht zur Familie des Erblassers gerechnet wurden [m]).

In den Gesetzen der zwölf Tafeln ist den suis heredibus das erste Recht bey der Intestaterbfolge ertheilt worden [n]). Die *sui* sind zwar nicht namentlich angegeben, sondern es wird ihrer nur bedingungsweise bey der Succession der Agnaten gedacht; es war aber auch hier kein besonderes Gesetz nöthig, da es sich schon von selbst verstand, daß ihnen die Erbschaft vor allen andern gehöre [o]); ja man konnte nicht einmal im eigentlichen Verstande sagen, sie succedirten; da sie schon beym Leben des Vaters als Miteigenthümer der väterlichen Güter angesehen wurden, und dieses Eigenthum nach dem Tode des Vaters blos fortsetzten, oder vielmehr solches allein erhielten [p]).

Für *sui* des Erblassers wurden gehalten, 1) die Kinder des Erblassers, die zur Zeit seines Todes in seiner väterlichen Gewalt waren, sie mochten leibliche oder Adoptivkinder seyn; 2) die Enkel und Urenkel, welche von Söhnen und Enkeln des Erblassers rechtmäßig abstammten, und zur Zeit seines Todes noch unmittelbar in seiner väterlichen Gewalt standen [q]). Die Enkel und alle entferntern Descendenten, wenn sie als sui heredes succediren wollten, mußten

a) von männlichen Descendenten des Erblassers abstammen [r]); denn die Enkel von einer Tochter, oder die Urenkel

m) L. 11. D. de suis et legit. hered. L. 196. D. de verb. sig.

n) L. 1. Inst. de hered. quae ab intestato defer.

o) L. 7. pr. D. de bonis damnator.

p) L. 11. D. de lib. et post. Treckel in tract. de orig. etc. cap. III. §. 5.

q) L. 1. §. 2 et 4. D. h. t. L. 220. pr. D. de verb. signif. L. 3. C. de suis et legit. liber.

r) Caivs Lib. II. Inst. tit. 8. Pavllvs in recept. sent. Tit. VIII. §. 8.

Urenkel von einer Enkelin waren in den Gesetzen der zwölf Tafeln ausgeschlossen worden.

b) Ihr Vater durfte ihnen nicht als suus heres vorgehen; denn von solchen Enkeln, deren Vater selbst noch der väterlichen Gewalt unterworfen war, konnte man nicht sagen, daß sie im nächsten Grade in der Familie stunden, welches doch zur Eigenschaft eines sui heredis schlechterdings erfordert wurde.

c) Sie mußten eigentlich schon zu der Zeit die nächsten in der Familie seyn, da der Erblasser starb. In dem Falle wurden jedoch die Enkel als sui heredes zur großväterlichen Erbschaft gelassen, obgleich ihr Vater den Großvater überlebt hatte, wenn der Erblasser ein Testament gemacht, und darin seinen Sohn enterbt hatte, dieser starb aber während der Zeit, da der eingesetzte Erbe deliberiret, ob er die Erbschaft annehmen wolle. Hier konnten die Enkel doch noch als sui heredes den Großvater beerben, wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft nachher ausschlug, weil ihnen die Erbschaft jetzt erst deferirt wurde, nachdem es gewiß war, daß der eingesetzte Erbe dieselbe nicht angetreten habe, die wegen des Daseyns eines eingesetzten Erbens ihrem Vater, oder dem enterbten Sohne, nicht deferirt werden konnte [s]).

Als sui heredes wurden betrachtet 3) die postumi, welche erst nach dem Tode des Erblassers waren gebohren worden, nämlich alsdenn, wo sie in desselben väterlicher Gewalt gewesen seyn würden, wenn sie schon bey dessen Leben wären gebohren worden. Dieser postumus mußte

a) schon bey Lebzeiten des Erblassers concipirt gewesen seyn; denn war der postumus erst nach dem Tode des Großvaters von dessen Sohn gezeugt worden, so konnte derselbe dem Großvater weder als suus heres succediren, noch als Cognat um die bon. possessionem ansuchen [t]).

s) §. 7. Inst. de hered. quae ab int. def. L. 1. §. 8. D. h. t. L. 7. D. si tab. test.

t) L. 6 et 7. D. h. t. L. 26. D. de statu homin.

b) Der postumus mußte zu rechter Zeit gebohren worden seyn, also nicht vor dem Anfang des siebenten Monats; aber auch nicht erst nach dem zehnten Monat, vom Tode des Erblassers an gerechnet.

c) Der postumus durfte endlich auch keine monströse Geburt seyn.

Endlich gehört 4) die Ehefrau des Erblassers zu dessen suis heredibus, welche durch die Confarreation oder die Coemtion, in die Gewalt ihres Mannes gekommen war.

Nach dieser Bestimmung läßt sich die Frage entscheiden, ob bey den suis heredibus, nach den Gesetzen der zwölf Tafeln, ein Unterschied des Geschlechts statt gefunden habe? Diese Frage ist zu verneinen; denn succedirte die vxor als sua heres, weil sie einer filiafamilias gleich gehalten wurde, wie kann man zweifeln, daß die Töchter und Enkelinnen von Söhnen, ihren Vater und Großvater beerbt haben u)?

Was nun die Art betrifft, wie die sui heredes succedirten, so geschahe es auf folgende Weise.

Wenn blos Söhne und Töchter des Erblassers vorhanden waren, so succedirten sie nach den Köpfen x); wenn hingegen Kinder und Enkel zur Intestaterbfolge gerufen wurden, oder es waren blos Enkel von verschiedenen verstorbenen Söhnen vorhanden, so hatte die Intestaterbfolge nach den Stämmen statt.

Nur ein paterfamilias konnte suos heredes hinterlassen, folglich keine Frauensperson, und kein filiusfamilias, der selbst noch unter der väterlichen Gewalt stand.

Das ius sui heredis ging übrigens durch jede Capitisdeminution verlohren; man erwarb es aber wieder, 1) durch das ius postliminii, wenn der suus heres in die feindliche Gefangenschaft gerathen, und auf rechtmäßige Art daraus befreyet worden war; 2) durch die restitutio in

u) §. 3. Inst. de legit. agnat. succeff.

x) L. 11. C. famil. ercisc.

in integrum, wenn der suus heres deportirt, oder sonst ein seruus poenae geworden war; und 3) durch die Adoption, wenn der suus heres emancipirt gewesen war [y]).

Waren keine sui heredes vorhanden, so kamen nach den Gesetzen der zwölf Tafeln die nächsten Agnaten zur Intestaterbfolge. Unter Agnaten werden im weitläuftigen Sinne alle erbfähige Verwandte, die sui dazu gerechnet, verstanden [z]); aber hier versteht man unter Agnaten, Seitenverwandte des Erblassers, die mit demselben unter einem gemeinschaftlichen nächsten Familienoberhaupte standen, und entweder unmittelbar, oder mittelbar, jedoch durch eine Mannsperson von ihm abstammten; oder welches eben so viel ist, die durch ihren Vater mit dem Verstorbenen verwandt sind, und mit ihm zu einem Hause und zu einer Familie gehörten [a]).

Agnaten konnten es geworden seyn, entweder

1) durch rechtmäßige Geburt [b]); oder

2) durch eine Adoption; denn so sind z. B. die leiblichen Kinder des Adoptivvaters, und diejenigen, welche ihr Vater adoptirt hat, unter sich Agnaten [c]);

3) durch die conuentio in manum, vermöge welcher die Mutter, auch sogar die Stiefmutter, im Verhältniß zu den Kindern des paterfamilias wie eine soror consanguinea betrachtet wurde.

Nach den Gesetzen der zwölf Tafeln succedirten nun die Agnaten, ohne Unterschied des Geschlechts lediglich nach der Nähe des Grades, und der nächste schloß den entferntern aus, er mochte ein männlicher oder ein weib-

y) PAVLLVS in rec. sent. Tit. VIII. §. 24. L. 12. D. de adopt.

z) L. 10. §. 3. D. de grad. et adfin.

a) L. 10. §. 2. D. de grad. et adfin.

b) §. 1. Inst. de legit. agnat. succ.

c) §. 2. Inst. cit. tit. L. 2. §. 3. D. h. t.

licher Agnat seyn [d]). Durch die Auslegung der Rechtsgelehrten, nach der Zeit der zwölf Tafeln bis auf die Zeiten der Kaiser, entstand ein subtiler Unterschied zwischen Agnaten, die im zweyten Grade standen, und denen im dritten oder in entferntern Graden. Erstere wurden consanguinei genennt, und succedirten gleich nach den suis [e]), und bey diesen kam auf den Unterschied des Geschlechts nichts an. Die übrigen wurden Agnaten schlechthin genannt, und unter diesen erbte kein Frauenzimmer. Der Unterschied zwischen männlichen und weiblichen Agnaten bestand also darin, daß man bey den erstern die Erbfolge bis auf den entferntesten Grad statt finden ließ, wenn nur kein näherer vorhanden war; hingegen die Intestaterbfolge der weiblichen Agnaten hörte mit dem zweyten Grade auf. Vermöge der iurisprudentia media erbten sorores consanguineae von ihrem verstorbenen Bruder als Intestaterben, wenn sie einen gemeinschaftlichen Vater hatten; hingegen des Bruders Tochter succedirte nicht [f]).

In dieser Classe der Agnaten succedirten

1) die consanguinei, und hier kommt es auf das Geschlecht des Ueberlebenden so wenig, als auf das Geschlecht des Verstorbenen an [g]). Waren keine consanguinei vorhanden, so kam die Reihe

2) an die übrigen Agnaten [h]). Zu merken ist hierbey:

a) die Adgnati werden hier den consanguineis entgegen gesetzt, und darunter, wie Ulpian [i]) sagt, cognati virilis sexus, per mares descendentes, eiusdem familiae verstan-

d) §. 3. Inst. de legit. agnat. succ. Paullus rec. sent. Lib. IV. tit. VIII. §. 22. in fine.

e) L. 1. §. 9. D. de suis et legit.

f) §. 3. Inst. de legit. agnat. succeff.

g) Paullus in recept. sent. Tit. VIII. §. 13. 15. 16.

h) Paullus l. c. §. 17.

i) Ulpian. in fragm. Tit. XXVI. §. 1.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0226
DFG

verstanden; z. B. Bruders Sohn, Vaters Bruder k), u. s. w.

b) Der Unterschied des Geschlechts, worauf bey der Successsion dieser Agnaten gesehen wurde, kam hier nur bey dem Ueberlebenden, aber nicht bey dem Verstorbenen in Betrachtung l).

c) Bey der Succession der Agnaten kam es lediglich auf die Nähe des Grades an; und deswegen schloß der Bruder des Verstorbenen, des Bruders Sohn aus m); denn an ein Repräsentationsrecht war damals gar nicht zu denken.

Da bey der Succession der Agnaten der Nähere schlechterdings den Entferntern ausschloß, so konnte auch hier nur entweder eine successio in assem, oder eine successio in capita statt finden. Hatte der Verstorbene blos Brüder Kinder, und zwar in ungleicher Zahl hinterlassen, z. B. von dem einen Bruder einen Sohn, von dem andern zwey, von dem dritten drey Söhne; so war es zwar anfangs streitig, ob die Erbschaft nach den Stämmen, oder nach den Köpfen zu vertheilen sey; allein der Streit wurde durch die disputatio fori beygelegt, und der Satz angenommen, daß Brüder Kinder in capita succediren sollten n). Fiel von mehrern Agnaten gleichen Grades einer oder der andere weg, so accrescirte desselben Erbtheil den übrigen Miterben, welche die Erbschaft angetreten hatten o).

Hier kommt die Frage vor: wie es gehalten worden, wenn der nächste Agnat die Erbschaft ausgeschlagen, oder

k) L. 2. §. 1. D. de suis et legit. hered.

l) Caivs in collat. Leg. Mosaic. Tit. XVI. §. 2. in Schvlting. Iurispr. pag. 793. §. 3. Inst. de legit. agnat. succ.

m) Caivs l. c. Pavllvs in recept. sent. Lib. IV. Tit. VIII §. 18. in Schvlting. Iurispr. pag. 411. not. 47.

n) Caivs l. c. §. 2. in Schvlting. Iurispr. pag. 793. Pavllvs in rec. sent. Tit. VIII. §. 19.

o) Pavllvs in recept. sent. Tit. VIII. §. 26. L. 9. D. h. t.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0227
DFG

gestorben war, ehe er sie angetreten hatte, und es war keiner desselben Grades mehr vorhanden; wer kam nunmehr zur Succession? Ausgemacht ist es, daß nach den Worten der zwölf Tafelgesetze der ordo gentilium nicht zur Succession gelangte; weil diese nicht eher succediren durften, als bis gar keine Agnaten mehr vorhanden waren. Sämmtliche römische Rechtsgelehrten stimmen darin überein, daß nach dem alten Civilrechte weder eine successio ordinum, noch graduum bey der Intestaterbfolge statt gefunden habe; und man befolgte den Rechtssatz: in legitimis hereditatibus successio non est [p]). Aus den angeführten Stellen sieht man, daß, wenn der nächste Agnat die Erbschaft ausschlug, oder vor deren Antretung starb, weder der entfernte Agnat, noch die Gentilen zur Succession kamen. Der Analogie war es freylich nicht gemäß; denn bey der gesetzlichen Tutel trat doch der entferntere Agnat ein, wenn der nächste diese Bürde nicht übernehmen konnte. Nun standen ja tutela und hereditas legitima in der genauesten Verbindung [q]); allein man sieht, daß man sich strenge an die Worte der zwölf Tafeln band: agnatus proximus familiam habeto. Da nun kein Verwandter nach dem Civilrechte Anspruch an die Erbschaft machen konnte, so fiel dieselbe an das Aerarium oder den Fiskus [r]).

Waren keine Agnaten vorhanden, die auf die Erbschaft Ansprüche machen konnten, so kam die Reihe an die Gentilen. Darunter wurden alle diejenigen verstanden, welche mit dem Verstorbenen ab eodem vltimo genitore durch Mannspersonen abstammten, aber mit demselben so weitläuftig verwandt waren, daß sie den Grad ihrer Verwandtschaft nicht angeben konnten. Da also hier von keiner Nähe

p) PAVLLVS in recept. sent. Tit. VIII. §. 23. VLPIAN. fragm. Tit. XXVI. §. 5. CAIVS in collat. Leg. Mosaic. et Roman. Tit. XVI. §. 2.

q) L. 73. pr. D. de reg. iur.

r) Koch a. a. O. S. 267 u. 284.

Nähe des Grades die Rede seyn konnte, so kamen alle zur Succession, welche mit dem Verstorbenen einerley Geschlechtsnamen führten. Aus dem Begriff, den Cicero s) von den Gentilen giebt, erhellet jedoch, daß eigentlich nur diejenigen nach Gentilitätsrechte erben konnten, von deren Vorfahren Niemand jemals in einer rechtmäßigen Sclaverey gewesen war, und die auch selbst keine Capitisdeminution erlitten hatten; dahingegen sagt Cicero t) an einer andern Stelle, daß selbst der Sohn eines Freygelassenen nach Gentilitätsrecht beerbt werden konnte.

Es sind also zwey Fragen zu unterscheiden, nämlich 1) wer ist gentilis, und kann folglich nach Gentilitätsrecht erben? Darauf ist aus dem Cicero in topicis cap. 6. zu antworten, wo es heißt: *gentiles* sunt, qui inter se eodem nomine sunt quorum maiorum nemo seruitutem seruiuit, quique capite non sunt deminuti. 2) Fragt sichs: wer ist gentilis im passiven Sinn, daß er beerbt werden konnte? so ist die Antwort: Alle die, welche den Namen derselben gens führten, und darunter konnten denn auch Freygelassene und deren Kinder gehören u).

Die Succession der Gentilen kam in der Folge ganz außer Gebrauch. Daß sie zu Cicero's Zeiten noch gegolten habe, beweist der berühmte Successionsfall zwischen den Marcellern und Claudiern, dessen Cicero x) gedenkt; doch mag die Gentilität schon damals sehr selten gewesen seyn y). So viel ist gewiß, daß zu Cajus und Ulpians Zeiten, das Erbrecht der Gentilen gar nicht mehr gewöhnlich war, wie die Stellen des alten Rechts beweisen z). Die Ursa-

s) Cicero in Topicis, cap. 6.

t) Cicero de oratore, Lib. I. cap. 39.

u) Hugo Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts, §. 90. S. 80. folg.

x) Cicero de orat. Lib. I. cap. 34.

y) Hr. Prof. Hugo in der Rechtsgeschichte, §. 162. Chladenivs de gentilitate veter. Romanor. cap. 6. §. 4.

z) Collat. Leg. Mosaic. et Roman. Tit. XVI. §. 2 et 4. in Schulting. Iurispr. pag. 794 et 798.

Ursachen dieses Unterganges der Gentilität haben berühmte Rechtsgelehrte [a]) untersucht. Mehrere Rechtsgelehrte behaupten, der Hauptgrund sey in dem Edikt des Prätors zu suchen, wo die Cognaten die Intestaterbfolge erhielten [b]); allein da der Prätor den Cognaten nur erst dann eine bon. poss. gab, wenn keine heredes legitimi vorhanden waren [c]); so ist im Edikt der Prätoren wohl kein Grund zu Abschaffung der Gentilität enthalten.

Nach den Gesetzen der zwölf Tafeln succedirten also nur sui, agnati und gentiles ab intestato. Von den Ascendenten ist nirgends die Rede; es läßt sich auch wirklich nach dem Rechtssystem der damaligen Zeiten keine Erbfolge der Eltern, als solcher, gedenken, die auf das Familien- und Verwandtschaftsrecht gegründet gewesen wäre. So viel

1) den Vater betrifft, so lassen sich zwey Fälle gedenken. — Das verstorbene Kind war entweder noch in der väterlichen Gewalt, oder emancipirt. Im ersten Falle konnte deswegen keine Erbfolge des Vaters statt finden, weil die Kinder in den ältesten Zeiten der Römer kein eigenes Vermögen haben und hinterlassen konnten, sondern alles dem Vater erwarben [d]). Nun konnte zwar in den folgenden Zeiten, vom Kaiser Trajan und Hadrian an, ein Sohn, der in Kriegsdiensten stand, sich als Soldat eigenes Vermögen erwerben, allein dieses peculium *castrense* fiel nach dem Tode des Sohnes dem Vater nicht iure succes-

sio-

a) Chladenivs de gentilitate veter. Romanor. cap. XIII. Zepernick Disquis. de causis centumuiralib. §. 7. in edit. Sicam. de iudicio centumuirali, pag. 243. sqq.

b) Ant. Schvlting. in Not. ad Vlpian. Tit. XXVI. §. 1. not. 14. in Schvlting. Iurisprud. Anteiust. pag. 666.

c) L. 2. §. 4. D. vnde legit. L. 1. pr. et §. 1. D. si tabulae testam. nullae exiab. §. 1. Inst. de bon. poss. Chladenivs l. c. §. 6.

d) §. 1. Inst. per quas pers. cuique acquir.

cessionis, sondern *iure peculii* zu e). Daher bedurfte es auch zur Erwerbung dieses Peculiums gar keiner besondern Erklärung des Vaters oder einer Adition f), und auch der Wahnsinn des Vaters schadete nichts. Der Vater durfte auch für die Schulden des verstorbenen Sohnes nicht weiter haften, als so weit das Peculium zu deren Bezahlung zureichte. Nur dann wurde der Vater als wahrer Erbe angesehen, wenn der Sohn über das peculium castrense ein Testament gemacht, und den Vater darin zum Erben eingesetzt hatte g). Starb ein emancipirter Sohn ohne Leibeserben, so succedirte zwar der Vater, allein nicht als Vater, vermöge des Familienrechts; denn der Familiennexus war durch die Emancipation aufgehoben worden, sondern als Manumissor, vermöge des Patronatrechts h). Erst der Prätor ließ in der Folge den Vater als Cognaten zur Erbschaft seines emancipirten Sohnes.

Die Mutter konnte nach den Gesetzen der zwölf Tafeln eben so wenig ihre Kinder, als diese sie beerben, weil sie bloße Cognaten gegen einander waren i). Hatte die Mutter durch die conventionem in manum mariti das Familienrecht in Rücksicht ihres Ehemannes erlangt, so konnten sie zwar einander beerben, aber doch nur vermittelst einer agnationis fictae; denn die Mutter wurde nun von ihren Kindern wie eine soror consanguinea angesehen k).

Aus dem allen, was bisher von der alten Intestaterbfolge der Verwandten nach den Gesetzen der zwölf Tafeln gesagt worden ist, erhellet nun so viel, daß dieselbe weder

auf

e) L. 2. D. de castrensi peculio etc.

f) L. 1. §. 22. D. de collat. bonor.

g) L. 2. L. 9. L. 17. pr. D. de castr. pec.

h) Tot. Tit. Pand. si a parente quis manum.

i) Pr. Inst. de Scto. Tertull.

k) CAIVS in collat. Leg. Mosaic. et Roman. Tit. XVI. §. 2. et VLPIANVS §. 6. GRVPEN de vxore Romana, cap. III. §. 17. pag. 87.

auf Erhaltung des Vermögens in einer und derselben Familie, noch auf eine Gemeinschaft der Güter oder der sacrorum priuatorum noch auf Erhaltung einer Gleichheit der Bürger angelegt war. In welchem großen Widerspruch würde nicht sonst die Intestaterbfolge mit der damaligen unumschränkten Testamentsfreyheit des Römers gestanden haben! Es hatte also vielmehr jene ursprüngliche Intestaterbfolge der Römer ihren Grund in der besondern Verfassung ihrer Familien; denn kein Verwandter succedirte nach den Gesetzen der zwölf Tafeln, als Verwandter des Verstorbenen, sondern weil er zur Familie oder gens desselben gehörte, und also ein Familienrecht hatte. Daher erbten die Kinder nicht, als Kinder, sondern als sui, und die Seitenverwandten, nicht als Blutsfreunde, sondern als agnati oder gentiles. Diejenigen Blutsfreunde hingegen waren von aller Erbfolge ausgeschlossen, die entweder gar kein Familienrecht, oder dasselbe durch eine Capitisdeminution verloren hatten. Mit diesem Fundament läßt sich nun auch die Intestaterbfolge des weiblichen Geschlechts nach den Gesetzen der zwölf Tafeln ganz wohl vereinigen, da selbst die materfamilias durch die conuentio in manum mariti das Familien- und Agnationsrecht erhielt [l]). Weil man es indessen, wie Justinian §. 3. Inst. de legit. agnat. succ. sagt, in der Folge für dienlicher hielt, die Einrichtung zu treffen, daß die Erbschaften so viel möglich den Mannspersonen zu Theil wueden, so konnten freylich nachher nur die suae und consanguineae Civilerbinnen ab intestato seyn [m]).

Die alte römische, zeither angeführte Intestaterbfolge wurde durch das neuere Civilrecht, vor Justinian, in manchen Stücken abgeändert. — Da nach den Gesetzen der zwölf Tafeln die Cognaten, die blos durch das natürliche

Band

l) VLPIAN. in fragm. Tit. XXIX. §. 4. in SCHVLTING. Iurisprud. pag. 678.

m) SCHWARZKOPF comment. de fundamento succeſſ. ab inteſtato ex iure Rom. §. 10. ſqq.

Band der Blutsfreundschaft mit einander verwandt waren, und keine Familienrechte gegen einander hatten, von der Intestaterbfolge gänzlich ausgeschlossen waren; so konnten bey den Römern lange Zeit hindurch Mutter und Kinder sich einander, als solche, gar nicht beerben. Diese Strenge des alten Civilrechts ward unter den Kaisern zuerst zum Vortheil der Mutter gemildert. In den Institutionen n) wird erzählt, der Kaiser Claudius habe zuerst der Mutter, zum Trost über den Verlust ihrer Kinder, ein gesetzliches Erbrecht in das Vermögen derselben ertheilt. Von dieser Verordnung, welche Cujaz für ein blos persönliches Privilegium hielt, findet man weiter keine Nachricht, als im Sueton, welcher im Leben des Claudius Kap. 19. erzählt, er habe den Frauenspersonen das ius quatuor liberorum ertheilt. Sollte sich dieses Vorrecht auf das Erbrecht der Mutter bezogen haben, wie einige Ausleger o) behaupten, so konnte anfangs nur eine solche Mutter erben, die das ius quatuor liberorum hatte. Diese Sache mag beschaffen gewesen seyn, wie sie wolle, so erhielt wenigstens durch das Tertullianische Senatusconsultum, welches unter dem Kaiser Antonin dem Frommen, im 910. Jahr nach Erbauung Roms abgefaßt wurde, eine Mutter, wenn sie eine Freygebohrne war, und das ius trium liberorum hatte; war sie aber eine Freygelassene, und hatte das ius quatuor liberorum, das Recht, ihren Kindern, ohne Unterschied, es mochten eheliche, oder uneheliche seyn, ab intestato zu succediren p).

Die Großmutter hatte an der Wohlthat dieses Gesetzes keinen Antheil, und selbst eine Mutter, die das ius liberorum hatte, succedirte ihren Kindern auch nur dann ab intestato, wenn keine Verwandten da waren, die der Mutter vorgingen. Wenn daher z. B. der verstorbene Sohn selbst Kinder oder Enkel hinterließ, so schlossen diese

n) §. 1. Inst. de Scto. Tertull.

o) Vinnius ad §. 1. Inst. de Scto Tertull.

p) Paullus in recept. sentent. Tit. IX. §. 9.

diese die Mutter ihres verstorbenen Vaters aus [q]), und es war gleich viel, die Kinder mochten emancipirte seyn, adoptirte oder leibliche [r]). Ein anderes war, wenn sie die Erbschaft ausschlugen [s]). Auch der Vater des verstorbenen Kindes ging der Mutter vor, aber nicht der Großvater; jedoch nur der natürliche Vater, er mochte als manumissor, oder als bonorum possessor erben, nicht der Adoptivvater [t]). Nicht minder schlossen des verstorbenen Kindes Brüder, fratres consanguinei, die Mutter aus. Waren hingegen sorores consanguineae allein vorhanden, so erbte die Mutter mit ihnen zu gleichen Theilen, und schloß selbst den Vater aus [u]). Die Mutter schloß ferner den Vater ihres gestorbenen Kindes aus, wenn sie selbst als eine soror consanguinea ihres verstorbenen Kindes betrachtet wurde, wovon in der L. 2. §. 19. D. de Scto Tertull. ein Fall vorkommt. Die Mutter war hier auf eine doppelte Art mit ihrem verstorbenen Sohne verwandt; sie war nämlich, weil ihn der Großvater adoptirt hatte, nun auch eine soror consanguinea von demselben. Als solche konnte sie jetzt ihr Kind beerben, und schloß den Vater desselben aus. Blos als Mutter betrachtet, hätte sie der Vater ausgeschlossen [x]).

Erst zwanzig Jahr nachher erhielten auch die Kinder ein gesetzliches Intestaterbfolgerecht an den Gütern ihrer Mutter, durch das Sctm. Orphitianvm, welches unter dem Kaiser Marcus Aurelius, im 931. Jahr nach Erbauung Roms abgefaßt wurde. Wir finden zwar schon vor dem Orphizianischen Rathsschluß Beyspiele, daß den Kindern die Inofficiositätsklage gegen das Testament ihrer

q) Vlpian. fragm. Tit. XXVI. §. 8.

r) §. 3. Inst. de succ. ab intest. L. 2. §. 6. L. 5. pr. D. ad Sctm. Tertull.

s) L. 2. §. 14. D. ad Sctm. Tertull.

t) L. 2. §. 15. L. 3. D. ad Sctm. Tertull.

u) §. 3. Inst. de Scto Tertull. L. 2. §. 18. D. eod.

x) Averan. Interpr. Lib. I. cap. 13. nr. 15 et 16.

ihrer Mutter gestattet wurde, wenn sie darin enterbt oder präterirt waren y). In dem angeführten Gesetz wird erzählt, daß Kaiser Hadrian das Testament einer Mutter als inofficiös umgestoßen, und die Erbschaft ihrem präterirten Sohne zugesprochen habe. Allein die Inofficiositätsklage beruhete von jeher bey den Römern auf ganz andern Gründen, als die Intestaterbfolge, und wurde auch nach einer andern Ordnung deferirt, als die letztere. Sie konnte daher ehemals Personen zustehen, die kein Civilerbrecht hatten. Vielleicht läßt sich's daraus auch erklären, warum der Mutter eher ein Civilerbrecht gegeben worden ist, als den Kindern; denn für diese konnte die Mutter in ihrem Testament sorgen, und hatte sie diese mütterliche Pflicht nicht erfüllt, so konnten die Kinder das Testament als inofficiös anfechten, welches auch geschehen ist. Allein die Kinder mußten öfters ohne Testament sterben, weil ihnen entweder das erforderliche Alter mangelte, oder der status patrisfamilias z).

Vermöge des Scti Orphitiani sollte es nicht darauf ankommen, ob die Kinder eheliche oder uneheliche sind, ob sie unter der väterlichen Gewalt stehen, oder nicht; sie sollen vielmehr ohne Unterschied den consanguineis und Agnaten ihrer verstorbenen Mutter vorgehen.

Da durch das Sctm. Orphitianvm nur den Kindern ein Erbrecht in den Gütern ihrer Mutter, nicht aber den Enkeln in den Gütern ihrer Großmutter war gegeben worden; überdies auch die Tochterkinder nach den Gesetzen der zwölf Tafeln, als Cognaten, von der Erbschaft des mütterlichen Großvaters ausgeschlossen waren; so wurde nun auch für beyde durch die Verordnung der Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius gesorgt. Diese Kaiser

y) L. 28. D. de inoffic. test. Plinivs Lib. V. Epist. I. Val. Maximvs Lib. VII. cap. 7. ex. 4. Lib. VIII. cap. 8. ex. 2.

z) Schvlting ad Vlpian. fragm. not. 32. pag. 669.

Kaiser ertheilten nämlich in der L. 9. C. de suis et legit. hered. nicht nur den Enkeln ein Erbrecht an den Gütern ihrer Großmutter, sondern sie verordneten auch, daß die Tochterkinder so gut, als die von Söhnen abstammenden Enkel, zur Erbfolge ihres Großvaters gelangen sollten. Damit jedoch diejenigen etwas zum Voraus hätten, für welche nicht allein die Natur, sondern auch das alte Recht spricht, wie es §. 15. Inst. de hered. quae ab intest. def. heißt, das ist, welche entweder nach den Gesetzen der zwölf Tafeln, oder nach dem Edikt des Prätors vnde liberi, oder nach dem Scto Orphitiano zur Erbschaft ihres Vaters oder ihrer Mutter gerufen wurden, so sollten die Enkel, welche nun vermöge jener Verordnung mit ihnen zugleich erbten, ein Drittel weniger, also nur zwey Drittel von dem Erbtheil erhalten, den ihre Mutter, oder ihr Vater würde erhalten haben, wenn sie gelebt hätten. Wenn hingegen blos Tochterkinder allein vorhanden wären, so sollten sie zwar in den Gütern ihrer Großmutter oder ihres mütterlichen Großvaters den Agnaten vorgehen, jedoch sollte diesen ein Viertel des Nachlasses verbleiben [a]).

Es schadete den Enkeln an ihrem Erbrechte nicht, wenn auch ihr Vater oder ihre Mutter emancipirt war [b]). Das angeführte Gesetz setzt zwar eine successio auiarum voraus; allein der angeführte Grund der Verordnung berechtigt uns, solches auch in dem Falle anzunehmen, wenn Enkel von einem emancipirten Sohn oder Tochter dem mütterlichen Großvater succediren wollen. Das Successionsrecht, welches durch die angeführten neuern Gesetze ertheilt wurde, ging nicht durch die geringste Capitisdeminution verlohren [c]).

Auch bey dem alten Erbrechte der Mutter wurde durch Gesetze christlicher Kaiser vor dem Justinian vieles geändert.

a) L. 4. Cod. Theod. de legit. heredit.

b) L. 10. C. de suis et legit. hered.

c) L. 11. D. h. t. L. 1. §. 8. D. ad Sctm. Tertull.

dert. Constantin der Große erweiterte solches im Jahr Christi 321 dadurch, daß nach seiner Verordnung [d]) auch eine solche Mutter, die das ius liberorum nicht hatte, ihrem verstorbenen Kinde in dem dritten Theil der Güter succediren sollte, wenn gleich Agnaten vorhanden wären, denen sie sonst nachstehen mußte. Allein auf der andern Seite wurde das Successionsrecht einer Mutter, die das ius liberorum hatte, wieder dadurch sehr geschmälert, daß sie den Agnaten des verstorbenen Kindes, die sie sonst ausschloß, nämlich dem Vatersbruder ihres Kindes, bis auf des Vatersbruders Enkel, den dritten Theil der Güter, auch sodann, wenn sie gleich durch die Emancipation ihr Agnationsrecht verlohren hatte, überlassen, und sich mit zwey Dritteln der Erbschaft begnügen mußte. Die Kaiser Valentinian und Valens bestätigten jene Einrichtung [e]), verordneten aber zugleich ausdrücklich, daß es im Uebrigen, wenn fratres consanguinei des verstorbenen Kindes vorhanden wären, beym Alten bleiben, und diesen die Mutter nur alsdenn vorgehen sollte, wenn sie durch eine Capitisdeminution ihr Erbrecht verlohren hätten. Die Kaiser Theodosius und Valentinian änderten im Jahr 426 jene Verordnungen ihrer Vorfahren dahin ab, daß eine Mutter, ohne Unterschied, sie habe das ius liberorum oder nicht [f]), wenn sie mit dem Vatersbruder ihres verstorbenen Kindes, oder des Vatersbruders Sohn oder Enkel, concurrirte, mehr nicht als ein Drittel der Erbschaft abgeben, sie also zwey Drittel bekommen solle. Dagegen sollte der emancipirte Bruder des verstorbenen Kindes, den sie sonst ausschloß, mit ihr succediren, und exemplo patrui ein Drittel der Erbschaft bekommen. Auf diese Constitution bezieht sich Justinian [g]). Noch ist zu bemerken, daß nun auch, bey der Succession einer ver-

 storbenen

d) L. 1. C. Theod. de legit. hered.

e) L. 2. Cod. Theod. eod. et Iac. GOTHOFR. ad h. l.

f) L. 7. Cod. Theod. eod. et GOTHOFR. Tom. I. p. 473.

g) §. 5. Inst. de Scto. Tertull.

storbenen emancipirten Tochter, die von ihr erzeugten Kinder, nach einem Gesetz der Kaiser Gratian, Valentinian, und Theodosius vom Jahr 383, die Mutter ausschlossen [h]).

Das alte Erbrecht des Vaters wurde durch die Verordnungen der christl. Kaiser ebenfalls sehr abgeändert. —

I. Starb ein Kind in der väterlichen Gewalt, so durfte sich zwar jetzt der Vater desselben des Vermögens dieses Kindes nicht so schlechterdings, wie ehemals iure peculii anmaaßen, er wurde aber doch auch in mehrern Fällen gesetzlicher Erbe seines verstorbenen Kindes, wo es nach dem alten Rechte nicht geschahe. Das Recht des Vaters, durch die Kinder zu acquiriren, wurde durch Verordnungen der Kaiser, vorzüglich der christlichen Kaiser, sehr eingeschränkt. Constantin der Große verordnete zuerst [i]), daß der Vater an dem Vermögen, welches seine Kinder von ihrer Mutter erhalten hätten, es möge durch ein Testament oder ab intestato geschehen seyn, kein Eigenthum haben solle, sondern blos den lebenslänglichen Nießbrauch; der Vater dürfe aber diese Güter auf keine Weise veräußern. Die Kaiser Gratian, Valentinian und Theodosius dehnten diese Einrichtung auf alle Arten des mütterlichen Vermögens aus [k]), es möge von der Mutter selbst, oder von den mütterlichen Großeltern herrühren; welches Vorrecht die Kaiser Arcadius und Honorius bestätigten [l]), die Kaiser Theodosius und Valentinian sogar auf die lucra nuptialia ausdehnten [m]), und die Kaiser Leo und Anthemius auf sponsalitias largitates extendirten [n]).

Starb

h) L. 4. Cod. ad Sctm. Orphit. §. 3. Inst. de Scto. Tert.

i) L. 1. Cod. Theod. de bon. mat. L. 1. Cod. Inst. eod.

k) L. 6. Cod. Theod. de bon. mat.

l) L. 7. Cod. Theod. L. 2. C. Inst. de bon. mat.

m) L. 1. Cod. Theod. de bonis, quae filiisf. ex matr. adquir. L. 1. Cod. Inst. de bonis, quae liberis.

n) L. 5. C. eod. Chr. Rav D. de peculiis, §. 9.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0238
DFG

Starb ein Kind in der väterlichen Gewalt, so hatte folgende Erbfolge nach Gesetzen der Kaiser vor Justinian statt.

a) Hinterließ der verstorbene Sohn Kinder, so fiel sein peculium aduentitium, castrense et quasi castrense, auf die Kinder des Sohnes, und der Vater durfte nur den Nießbrauch von dem peculio aduentitio fordern, so lange er lebte [o]).

b) Hatte der verstorbene Sohn keine Kinder hinterlassen, es waren aber Geschwister vorhanden, so fiel sein peculium auf diese Geschwister, und die vollbürtigen Geschwister gingen den Halbgeschwistern vor, der Vater behielt aber den Nießbrauch, so lange er lebte [p]).

c) Hinterließ der verstorbene, in der väterlichen Gewalt stehende Sohn, weder Kinder noch Geschwister, so fiel sein peculium an den Vater, und zwar iure hereditario; denn so sind die Worte iure communi zu verstehen, im Gegensatz der Worte: iure peculii [q]). Daher konnte der Vater die Mutter nicht ausschließen; er konnte auch das peculium, so wie eine andere Erbschaft, ohne Adition weder acquiriren, noch auf seine Erben transmittiren, und mußte, wie ein jeder anderer Erbe, für die Schulden haften; welches alles sonst ganz anders war, da dem Vater das peculium des Sohnes, nicht als Erbschaft zufiel, sondern als Peculium vermöge der väterlichen Gewalt. Der Kaiser Constantius hatte zwar einen Unterschied gemacht [r]), ob das Kind mütterliches Vermögen, oder ein solches Peculium hinterlassen habe, das ihm von den väterlichen Verwandten oder Fremden zu Theil geworden sey. Letzteres

o) L. 3. C. de bon. quae lib. L. 10. Cod. Theod. de mat. bonis.

p) L. 4. C. de bon. quae liberis etc.

q) L. 3 et 4. C. de bon. quae lib. Princ. Inst. quib. non est perm.

r) L. 4. Cod. Theod. de bon. mat.

res solle der Vater erben; bey dem mütterlichen Vermögen des Kindes aber solle es darauf ankommen, ob das Kind vor oder nach dem sechsten Jahre seines Alters gestorben sey. Im ersten Falle solle dieses Vermögen an die mütterlichen Verwandten des Kindes fallen, im letztern Falle aber solle es der Vater nach Recht der väterlichen Gewalt erhalten [s]). Diesen Unterschied hob der Kaiser Valentinian III. in einer Constitution vom Jahr 426 wieder auf [t]).

Starb ein Enkel ohne Kinder, der einen Vater und Großvater hinterließ, so sollte nicht der Großvater, wenn gleich der Vater des verstorbenen Enkels selbst in der väterlichen Gewalt desselben stand, succediren, sondern das Eigenthum des mütterlichen Vermögens sollte an den Vater fallen, und dem Großvater solle blos der Nießbrauch davon verbleiben, so lange er lebe [u]).

II. Bey den emancipirten Kindern wurde, nach dem mittlern Rechte, anfangs ein Unterschied gemacht zwischen der Beerbung eines emancipirten Sohnes und der Succession einer emancipirten Tochter. Starb der emancipirte Sohn, so schlossen dessen Kinder den Großvater aus, wenn gleich die Emancipation contracta fiducia geschehen war. Starb eine emancipirte Tochter, so succedirte der Großvater, wenn die verstorbene Tochter nicht etwa das ius liberorum hatte, zugleich mit seinen Enkeln, ab intestato. Diesen Unterschied hoben die Kaiser Gratian, Valentinian und Theodosius wieder auf [x]), und verordneten, daß auch den Kindern einer emancipirten Tochter die mütterliche Erbschaft ganz allein, und ohne Concurrenz des Großvaters zufallen solle, wenn gleich ihre Mutter das ius liberorum nicht gehabt hätte.

Es

s) Iac. GOTHOFREDVS ad Cod. Theod. Tom. II. pag. 691.

t) L. 1. Cod. Theod. de cretione vel bon. poss.

u) L. 3. C. de bonis, quae lib.

x) L. 3. Cod. Theod. de legit. hered. L. 4. C. ad Sctm. Orphit.

Es konnte jetzt bey den emancipirten Kindern auch der Fall vorkommen, daß der Vater zugleich mit ihnen bey der Succession ihrer verstorbenen Mutter concurrirte. Die Kaiser Theodosius II. und Valentinian III. verordneten nämlich im Jahre 430, daß, wenn Kinder bey Lebzeiten der Mutter wären emancipirt worden [y]), und diese nachher ihre Mutter beerbten, der Vater den Nießbrauch von einer portio virilis erhalten solle. Eben das Recht solle auch der Großvater haben, wenn die Enkel von dem emancipirten Sohn oder Tochter ihrer Großmutter succedirten. Dieses Vorrecht solle gleichsam eine Entschädigung für den Vater seyn, um den Kindern die Freygebung von der väterlichen Gewalt nicht zu erschweren.

Der Kaiser Anastasius hatte dem Vater das Recht gegeben, sich wegen der Emancipation seiner Kinder selbst an den Kaiser wenden zu dürfen, und von diesem die Entlassung seiner Kinder aus der väterlichen Gewalt durch ein Rescript zu bitten. Bey dieser vorgenommenen Emancipation sollten die Kinder ihr gesetzliches Erbrecht behalten, wenn der Vater ausdrücklich in seiner Bittschrift den Kaiser darum gebeten hätte, daß ihnen dieses Recht vorbehalten werden möchte [z]). In einer andern Constitution, wovon man aber im Justinianeischen Coder keine Stelle findet, sondern deren blos in den Institutionen [a]) erwähnt wird, verordnete Kaiser Anastasius, daß emancipirte Geschwister auch so gar mit andern Geschwistern, die nicht emancipirt waren, dem verstorbenen Bruder oder Schwester ab intestato succediren sollten, nur aber mit dem Unterschied, daß der nicht emancipirte Bruder noch einmal so viel, als der emancipirte erhalten solle. In den Institutionen wird dieses zwar nicht deutlich angeführt, man findet diese Be-

y) L. 9. Cod. Theod. de bon. mat. L. 3. Cod. Inst. de bon. mat.

z) L. 11. C. de legit. hered.

a) §. 1. Inst. de succes. cognat.

stimmung aber beym Theophilus, welcher das Anastasianische Gesetz genau angeführt hat [b]). War kein frater legitimus vorhanden, so erbte der emancipirte Bruder alles, und ging bey der Erbfolge allen entfernten Agnaten vor [c]).

Lib. XXXVIII. Tit. XVII.

ad

Sctum Tertullianum et Orphitianum.

§. 1641.

So wichtig und billig die Veränderungen waren, welche der Prätor in dem alten Erbfolgesystem vorgenommen hatte, so war denn doch auch selbst das prätorische Successionssystem immer noch ein sehr unvollkommenes Recht [a]). Justinian suchte daher durch seine Gesetze, dem Intestaterbfolgerechte der Verwandten die möglichste Vollkommenheit zu geben; er fand es aber nicht für gut, das alte Gebäude auf einmal ganz niederzureißen, sondern suchte anfangs so viel möglich die alten Grundsätze der zwölf Tafeln beyzubehalten, und nur das zu verbessern, was ihm nicht blos unbillig, sondern auch offenbar ungereimt und lächerlich zu seyn schien [b]).

Die erste wichtige Veränderung des Kaisers Justinian betraf den ordo liberorum. Hier verordnete er,

1) daß, wenn Enkel von einer Tochter, oder Urenkel von einer Enkelin, ihre Großmutter oder Urgroßmutter, oder

b) THEOPHILVS in §. 1. Inst. de succeſſ. cognat.

c) §. 1. Inst. in fine de ſeruili cognat.

a) §. 7. Inst. de legit. agnat. ſucceſſ.

b) §. 3. Inst. de legit. agnat. ſucc.

oder ihren mütterlichen Großvater oder Urgroßvater beerben, die Agnaten keinen Theil mehr an des Verstorbenen Erbschaft bekommen sollten, damit nicht die Seitenverwandten für besser gehalten werden möchten, als diejenigen, welche in gerader Linie abstammen [c]). Hierdurch ging zwar Justinian von der Verordnung der Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius [d]) ab; es kann aber doch nicht bewiesen werden, daß der Kaiser zugleich auch schon den Tochterkindern den Abzug des dritten Theils ihrer Erbportion erlassen habe, den sie sich, nach der angeführten Verordnung jener Kaiser, in dem Falle gefallen lassen mußten, weil sie mit Kindern des Verstorbenen, die das alte Recht für sich halten, concurrirten [e]). Justinian sagt wenigstens in der Stelle nichts davon, wo er jene Verordnung nochmals bestätigte [f]), sondern setzte blos noch fest, daß die Erbschaft unter die Söhne und die Tochterkinder eben so, wie bey den Söhnen und den Enkeln von einem verstorbenen Sohne, nach den Stämmen vertheilt werden solle; es paßt auch der Grund, den Justinian angiebt, indem er sagt, ne hi, qui ex transuersa linea veniunt, potiores iis habeantur, qui recto iure descendunt, nur auf jenen Fall. Erst durch die 18te Novelle Kap. 4. hob Justinian den Unterschied zwischen den Sohnskindern und den Tochterkindern auf, und verordnete, daß die Tochterkinder ohne alle Verminderung ihres Erbtheils, auf gleiche Weise, wie die Enkel von einem Sohne erben sollten. — Justinian verordnete ferner,

2) daß Kinder, welche von einem Andern, mit Einwilligung ihres Vaters adoptirt worden waren, ihre Familienrechte und ihre Erbrechte an dem Vermögen ihres leiblichen Vaters nicht verliehren, sondern noch in dessen väterlicher Ge-

c) L. 12. C. de suis et legit. liberis.

d) L. 9. C. de suis et legit. hered.

e) VINNIVS ad §. 15. Inst. de hered. quae ab intest.

f) §. 16. Inst. de hered. quae ab intest.

walt bleiben sollten. Die Adoption sollte den Kindern den Vortheil verschaffen, daß sie auch ihrem Adoptivvater ab intestato succedirten. Nur in dem Fall, wenn die Adoption von einem väterlichen oder mütterlichen Ascendenten geschehen war, bekam der Adoptivvater die väterliche Gewalt über dieses Kind, wodurch die Verbindung mit dem leiblichen Vater völlig aufhörte, so lange es in der väterlichen Gewalt des Adoptivvaters blieb. Es soll also auch nur den Adoptivvater allein, aber nicht den leiblichen Vater beerben. Emancipirt der Adoptivvater dieses Kind, so soll es zu seinem leiblichen Vater wieder zurückgehen, und alle Kindesrechte bey ihm wieder erhalten, als wenn gar keine Adoption geschehen wäre [g]).

3) In Ansehung der emancipirten Kinder, erweiterte Justinian das prätorische Recht darin, daß sie nicht nur, gleich den suis liberis, in dem väterlichen Vermögen succediren, sondern auch ihre Geschwister, ohne Unterschied, sie mögen sui oder emancipati seyn, mit gleichem Rechte beerben sollten. Es soll auch der Abzug eines Drittels nicht mehr Statt finden, den sich die emancipirten Geschwister nach der Verordnung des Kaisers Anastasius in dem Falle mußten gefallen lassen, wenn sie mit solchen Geschwistern succedirten, welche in der väterlichen Gewalt geblieben waren [h]).

Die ältern Verordnungen Justinians bey den unehelichen und legitimirten Kindern, sollen in der Folge, bey der Erbfolge der Kinder nach der 118ten Novelle, angezeigt werden.

Auch in dem ordine agnatorum und legitimorum hat Justinian schon vor der 118ten Novelle wichtige Veränderungen gemacht. Er hob hier

1) den Unterschied, der durch die mittlere Jurisprudenz zwischen männlichen und weiblichen Agnaten war eingeführt worden, gänzlich auf, und verordnete, daß den Gesetzen

g) L. 10. C. de adopt.

h) L. 15. §. 1. C. de legit. hered.

Gesetzen der zwölf Tafeln gemäß, alle personae legitimae, welche von männlichen Verwandten abstammen, ohne Unterschied des Geschlechts, also die Frauenspersonen auf gleiche Weise, wie die Mannspersonen, an den Rechten der Intestaterbfolge nach der Nähe des Grades Antheil haben sollten [i]).

2) Ließ Justinian auch in dem ordine agnatorum eine successionem graduum dergestalt zu, daß, wenn der nächste Agnat die Erbschaft repudiiret, oder vor der Antretung stirbt, nun der entferntere, und zwar, als Agnat, succediren, und die Cognaten des Verstorbenen ausschließen solle, wenn sie auch gleich dem Grade nach näher wären. Die Constitution selbst, wodurch Justinian diese merkwürdige Verordnung machte, ist zwar nicht mehr vorhanden, der Inhalt derselben wird aber doch in den Institutionen angegeben [k]).

3) Hielt es Justinian für unbillig, daß eine Mutter, die ihre Kinder mit Todesgefahr gebohren hat, nur unter der Bedingung zur Intestaterbfolge in ihr Vermögen berechtigt seyn solle, wenn sie drey oder vier Kinder gebohren hätte. Er verordnete daher [l]), daß jede Mutter, sie sey eine Freygebohrne oder eine Freygelassene, ohne alle Rücksicht auf eine gewisse Anzahl von Kindern, ein vollkommenes Erbrecht an dem Vermögen derselben haben solle, wenn sie auch nur das einzige Kind zur Welt gebracht hätte, von dessen Erbfolge die Frage sey. Justinian verordnete ferner, daß die Mutter auch nicht mehr, wie vermöge des Scti Tertulliani geschahe, durch die Brüder ihres verstorbenen Kindes, noch auch nicht durch den Vater desselben ausgeschlossen werden, sondern mit ihnen zugleich erben solle, jedoch dergestalt, daß,

a) wenn

i) L. 14. pr. C. de legit. hered. §. 3. Inst. de legit. agnat. succ.

k) §. 7. Inst. de legit. agnat. success.

l) L. 2. C. de iure liber. §. 4. Inst. de Scto Tertull.

a) wenn Schwestern des verstorbenen Kindes, es sey von väterlicher oder mütterlicher Seite, da wären, die Mutter die Hälfte der ganzen Erbschaft bekommen, wenn sie hingegen

b) mit Brüdern des verstorbenen Kindes, oder mit Brüdern und Schwestern desselben zugleich concurrirt, einen gleichen Erbtheil mit den übrigen bekommen solle.

c) Hat das verstorbene Kind außer der Mutter und den Geschwistern auch noch einen Vater hinterlassen, so unterscheidet Justinian [m]) auf folgende Art:

α) Wenn das verstorbene Kind sui iuris war, so sollen dessen Brüder und Schwestern allein in die Proprietät der Verlassenschaft nach den Köpfen succediren, den beyden Eltern hingegen soll nur der Nießbrauch des Vermögens zu zwey Dritteln zukommen, der übrige Theil des Nießbrauchs aber bey den Geschwistern verbleiben.

β) Wenn hingegen das verstorbene Kind noch in väterlicher Gewalt gewesen sey, so soll zwar der Vater den Nießbrauch, den er bey Lebzeiten des Sohns gehabt hat, so lange er lebt, ungeschmälert behalten, die Mutter aber soll mit den Geschwistern des verstorbenen Kindes in die Proprietät der Güter succediren, und zwar dergestalt, daß, wenn sie blos mit Schwestern des verstorbenen Kindes concurrirt, sie die Hälfte des Vermögens, wenn sie hingegen mit Brüdern allein, oder mit Brüdern und Schwestern des verstorbenen Kindes concurriret, dieselbe eine portio virilis erhalten solle.

Der Vorzug, den Justinian in dieser Constitution der Mutter in dem Falle gab, wenn sie mit den Schwestern ihres verstorbenen Kindes allein succedirte, vermöge dessen sie die Hälfte des Vermögens erbte, ist ihr in der Folge wieder genommen worden [n]), indem Justinian verordnete, daß die Mutter auch mit den Schwestern nur in virilem portionem succediren solle.

4) In

m) L. 7. §. 1. C. ad Sctm. Tertull.

n) Novella XXII. cap. 47.

4) In Absicht auf das Erbrecht des Vaters ist noch insonderheit zu bemerken, daß

a) Justinian durch die Constitution vom Jahre 529 in der L. 11. C. communia de succession. die oben angeführte Constitution der Kaiser Leo und Anthemius, in der L. 4. C. de bonis, quae liberis, vom Jahr 469, welche eigentlich nur von einem solchen peculio redete, das das verstorbene Kind durch die Ehe erworben hatte, dahin erweiterte, daß, wenn das in der väterlichen Gewalt verstorbene Kind auch ein solches Vermögen hinterlassen hätte, welches demselben von mütterlicher Seite zugeflossen wäre, eben die von den Kaisern Leo und Anthemius bestimmte Successionsordnung statt haben sollte; nämlich der Vater sollte zwar den Nießbrauch dieses Vermögens auf Lebenszeit behalten, in die Proprietät aber sollten des verstorbenen Sohns Kinder, oder in deren Ermangelung, desselben Geschwister succediren, und zwar so, daß die vollbürtigen Geschwister den Vorzug vor den Halbgeschwistern haben sollten. Nur sodann, wenn von allen diesen Niemand vorhanden ist, sollte dieses peculium an den Vater fallen.

b) Verordnete Justinian [o]), daß der Vater, wenn auch die alte Feyerlichkeit der Emancipation durch die L. vlt. Cod. de emancip. wäre aufgehoben worden, dennoch seinen vor der Obrigkeit emancipirten Kindern eben so gut ab intestato succediren solle, als wenn die Emancipation auf die alte Art, nämlich contracta fiducia geschehen wäre. Es soll dieß, zur Begründung des väterlichen Erbrechts, bey jeder Emancipation als stillschweigende Bedingung angenommen werden [p]).

Concurriren mit dem Vater, Brüder und Schwestern des emancipirten Kindes, so soll der Vater nur den Nießbrauch, die Geschwister aber das Eigenthum des Nachlasses erhalten, jedoch mit Ausnahme des mütterlichen Vermögens,

o) §. 8. Inst. de legit. agnat. succ.

p) THEOPHILVS ad §. 8. Inst. de legit. agnat. success.

mögens, welches diejenigen Geschwister allein erben sollen, die mit dem verstorbenen Kinde einerley Mutter gehabt haben; und dieß soll Rechtens seyn, die Emancipation der Kinder mag durch Rescript oder vor Gericht geschehen, oder die Kinder mögen sonst auf eine andere legitime Art von der väterlichen Gewalt befreyet worden seyn [q]).

III. Endlich hat Justinian auch in dem ordine cognatorum verschiedene merkwürdige Veränderungen vorgenommen. Er hat

1) den Halbgeschwistern von mütterlicher Seite, das Recht der Agnation dergestalt beygelegt [r]), daß sie eben so, als wenn sie consanguinei wären, mit den übrigen legitimen Geschwistern succediren, und allen andern entferntern Agnaten vorgehen sollten. Vermöge dieser Verordnung hatte es keinen Zweifel, daß die soror vterina des verstorbenen Bruders Sohn ausschloß [s]).

2) Außerdem hat Justinian noch einen Grad aus dem ordine cognatorum in die Klasse der Agnaten versetzt; er verordnete nämlich [t]), daß die Schwesterkinder ohne Unterschied, die verstorbene Schwester sey eine soror germana, oder consanguinea, oder vterina, ihrer Mutter Bruder eben so gut, wie des verstorbenen Bruders Kinder ihrem Vatersbruder, ja auch zugleich mit demselben ab intestato succediren sollten, nämlich wenn keine Geschwister des verstorbenen Onkels vorhanden wären; und zwar sollten diese Geschwisterkinder die Erbschaft nicht in stirpes, sondern vielmehr in capita unter sich vertheilen. Justinian bemerkt übrigens ausdrücklich, daß außer den Schwester-Söhnen und Töchtern durchaus keine andere Personen aus dem dritten Grade der Cognation das Agnationsrecht haben sollten. Es läßt sich daher nicht behaupten,

q) L. 13. §. 2. Cod. de legit. hered.

r) L. 15. §. 2. C. de legit. hered.

s) THEOPHILVS ad §. 4. Inst. de legit. agnat. succ.

t) L. 14. §. 1. C. de legit. hered.

ten, daß dem Oheim oder Mutterbruder ob gradus paritatem ein gleiches Civilinteſtaterbrecht eingeräumt worden ſey, ſo wenig es auch übrigens zu bezweifeln iſt, daß demſelben die bonor. poſſ. ex Edicto vnde cognati zu Statten gekommen ſey [u]).

3) Ein gleiches Agnationsrecht ertheilte Juſtinian den Söhnen und Töchtern der emancipirten Geſchwiſter, vermöge deſſen ſie eben ſo, wie andere Geſchwiſterkinder, ihrem Vatersbruder und ihrer Mutterbruder ab inteſtato ſuccediren ſollten [x]). Es ſolle ferner bey denjenigen, welchen aus dem dritten Grade der Cognation ein geſetzliches Succeſſionsrecht ertheilt worden ſey, eine ſucceſſio graduum ſtatt finden, ſo daß, wenn diejenigen, die aus dem zweyten Grade zur Erbfolge gerufen worden, die Erbſchaft ausſchlügen, und kein anderer Verwandter des zweyten Grades vorhanden ſey, welcher ſuccediren konnte und wollte, alsdenn die aus dem dritten Grade an ihre Stelle einrücken ſollten.

4) Verordnete Juſtinian [y]), daß, wenn vollbürtige Geſchwiſter mit Halbgeſchwiſtern concurrirten, es möchten entweder conſanguinei, oder vterini, oder Halbgeſchwiſter von beyderley Art zugleich vorhanden ſeyn; die vollbürtigen Geſchwiſter ohne Unterſchied der Güter, ſie ſeyen mütterliches, oder väterliches, oder ſelbſt erworbenes Vermögen des Erblaſſers, den Vorzug haben, und die Halbgeſchwiſter, auch ſo gar die fratres conſanguineos, ausſchließen ſollten.

§. 1642. 1643.

So wichtig die zeither angeführten Neuerungen in der Inteſtaterbfolge waren, die Juſtinian gemacht hatte; ſo blieb

u) L. 1. §. pen. D. vnde cognati §. 3. Inſt. de legit. agnat. ſucc. THEOPH. ad §. 4. Inſt. de legit. agnat. ſucc.

x) L. 15. §. 3. C. de legit. hered.

y) NOVELLA LXXXIV.

blieb dennoch das alte Fundament der Intestaterbfolge, welches nach den zwölf Tafelgesetzen auf dem Agnationsrecht und dem Familienrechte beruhete, unverändert. Noch immer hatte daher die Großmutter kein gesetzliches Erbrecht an dem Vermögen ihrer Enkel, sondern mußte, so wie andere Cognaten, denen Justinian kein Agnationsrecht mitgetheilt hatte, um die bonorum possessio ex edicto vnde cognati bitten. Noch immer succedirte der Vater seinem emancipirten Sohne nur als Patron, wenn auch gleich, seitdem Justinian die Feyerlichkeit der alten Emancipation aufgehoben hatte, die contracta fiducia nur gesetzlich fingirt wurde [z]). Noch immer mußte sich der Vater, wenn Geschwister des verstorbenen Kindes vorhanden waren, bloß mit dem Nießbrauch begnügen, und konnte in die Proprietät eher nicht succediren, als wenn auch nicht einmal Halbgeschwister des Kindes da waren. Ferner war in den Abänderungen, die Justinian in den angeführten neuen Verordnungen mit der alten Intestaterbfolge machte, der Unterschied zwischen den Agnaten und Cognaten noch überall sichtbar.

Erst nach funfzehen Jahren, in denen Justinian an dem alten Erbfolgesystem geändert und gebessert hatte, sahe der Kaiser ein, daß, ohne das alte Fundament einzureißen, keine gründliche Verbesserung und Haltbarkeit möglich sey [a]). Nun machte Justinian im Jahr Christi 543. wie Contius [b]) gezeigt hat, das wichtige neue Gesetz, die 118. Novelle bekannt, worin er die Intestaterbfolge ganz nach neuen Grundsätzen festsetzte. Sie sollte nämlich bloß auf der Verwandtschaft mit dem Erblasser beruhen, ohne Unterschied, sie sey eine Agnation oder Cognation, auch ohne alle Rücksicht auf die väterliche Gewalt, und auch der entfernteste

z) Vinnius ad §. 8. Inst. de legit. agnat. succ.

a) Baldvini Iustinianus, pag. 427. edit. an. 1596. 8.

b) Contii chronologia annorum et consulum ac indictionum imperii Iustiniani.

teste Cognat sollte in der ihm angewiesenen Ordnung zur Succession gelangen. Von nun an sollte also

1) der ehemalige Unterschied des alten Civilrechts zwischen Agnaten und Cognaten in Absicht auf die Intestaterbfolge gänzlich aufgehoben seyn. Alle Cognaten, die blos durch Frauenspersonen mit dem Erblasser verwandt sind, sollten nun so gut ein gesetzliches Erbrecht haben, wie die Agnaten, ohne der prätorischen bonorum possessio weiter benöthigt zu seyn. Nicht minder sollte aller Unterschied des Geschlechts wegfallen.

2) Sollten auch die Agnaten bey der Intestaterbfolge keinen Vorzug vor den Cognaten mehr haben, sondern die nähern Seitenverwandten sollten die entferntern ausschliessen, wenn gleich der nähere nur ein Cognat ist.

3) Soll auch die Intestaterbfolge der Cognaten nicht, wie sie nach dem prätorischen Rechte war, blos bis auf einen gewissen Grad eingeschränkt seyn, sondern, ohne alle Ausschließung eines Grades, bis ins Unendliche statt finden. Es hat daher keinen Zweifel, daß auch nunmehr ein Cognat, er stehe in welchem Grade der Cognation er wolle, zur bon. poss. vnde cognati, die aber freylich jetzt nur noch als eine vtilis angesehen werden kann, zugelassen werden müsse c).

4) Ascendenten sollen mit vollbürtigen Geschwistern vollkommen succediren, ohne daß ein Unterschied zwischen Vater und Mutter, zwischen Großvater und Großmutter statt finden soll.

5) Söhne und Töchter verstorbener Geschwister sollen das Recht haben, in die Stelle ihrer Eltern einzutreten, und mittelst des Repräsentationsrechts zugleich mit des Erblassers noch lebenden Geschwistern succediren, von denen sie ehemals ausgeschlossen wurden.

6) Bey der Erbfolge der Geschwister sollen nicht nur die vollbürtigen Brüder und Schwestern des Erblassers, sondern

c) L. 14. D. de testib. Koch bon. poss. §. 15. S. 210. folg.

sondern auch deren Söhne und Töchter den Vorzug vor den Halbgeschwistern haben. Endlich

7) Bey der Succession der Descendenten soll kein Unterschied seyn, ob sie emancipirt, oder noch in väterlicher Gewalt sind. Erstere sollen so gut, wie die letztern, ein gesetzliches Intestaterbrecht haben, ohne der bonor. poss. ex edicto vnde liberi weiter zu bedürfen. Daß ihnen aber auch das ius sui heredis gegeben worden sey, ist nicht erweislich; denn das ius suitatis bezieht sich nicht auf das Recht zur Erbfolge, sondern auf die Art, wie die väterliche Erbschaft erworben wird. Bey letzterer hat Justinian nichts geändert. Ueberdieß hängt auch dieses ius suitatis ganz von der aus der väterlichen Gewalt entspringenden genauen Verbindung zwischen dem Vater und seinen Kindern ab, gründet sich ganz auf das daraus entspringende Miteigenthum der Letztern an dem Vermögen des Erstern; folglich muß es wegfallen, so bald jene Verbindung durch Entlassung aus der väterlichen Gewalt aufgehoben worden ist [d]).

Nach dem neuesten römischen Rechte ist also bey der Intestaterbfolge immer noch ein sehr wichtiger Unterschied zu machen, zwischen Kindern, die bis an den Tod ihres Vaters in dessen väterlicher Gewalt geblieben sind, und solchen, welche er emancipirt hat, und der Unterschied besteht darin, daß erstere die väterliche Erbschaft ipso iure, auch ohne ihr Wissen, durch die Delation allein, erwerben, und auch dieselbe auf alle und jede Erben transmittiren; dahingegen die letztern die ihnen ab intestato zugefallene väterliche Erbschaft erst durch die Antretung erwerben, und solche, wenn sie vorher sterben, nicht weiter transmittiren. Man behauptet zwar insgemein, daß emancipirte Kinder die ihnen deferirte väterliche Erbschaft, wenn sie vor der Antretung derselben sterben, wenigstens auf ihre Descendenten, wenn gleich nicht auf andere Erben, transmittiren [e]). Allein das

d) Koch succes. ab intest. §. 6. pag. 18.

e) G. L. Boehmer Diss. de discrim. suor. §. 13.

das dafür angeführte Gesetz f) redet ausdrücklich nur von dem Falle, wenn solche Kinder von dem Ascendenten, in dessen Gewalt sie nicht sind, es sey Vater oder Mutter, Großvater oder Großmutter, zu Erben eingesetzt worden sind. Es beruhet auch diese Verordnung auf solchen Gründen, die eigentlich auf die Intestaterbfolge derselben keine Anwendung leiden g); indessen läßt sich zur Rechtfertigung der in der Praxis angenommenen extensiven Erklärung jener Theodosianischen Constitution doch auch manches sagen h).

Was von emancipirten Kindern gilt, ist auch von denen zu behaupten, die durch Anstellung einer eigenen Haushaltung aus der väterlichen Gewalt gekommen sind; denn auch dadurch wird das ius sui heredis verlohren, wenn gleich das Successionsrecht selbst solchen Kindern nicht abgesprochen werden kann; sie müßten denn bey ihrer Absonderung von den Eltern zugleich wegen der künftigen Erbfolge abgefunden worden seyn i).

Was die Erbfolge der Enkel betrifft, so sollen sie immer nur erst dann succediren, wenn in derselben Linie, worin sie stehen, ihnen kein näherer Ascendent vorgeht. Es ist daher der Fall nun nicht mehr denkbar, daß Enkel mit ihrem Vater zugleich dem Großvater succediren könnten, folglich ist auch von dem Edict des Prätors de coniungendis cum emancipato liberis eius kein Gebrauch mehr zu machen; denn offenbar war jenes Edict eine Folge des Unterschiedes, welcher ehemals zwischen den suis und emancipatis liberis in Absicht auf das Intestaterbfolgerecht statt

f) L. vn. Cod. de his, qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt.

g) Ant. Faber de errorib. Pragmat. Decad. XXXIV. Error 10.

h) Wissenbach in comment. in Libr. VII. priores Cod. ad L. vn. C. de his, qui ante apert. tab. pag. 642.

i) G. L. Boehmer in cit. Diss. §. 16.

hatte, den aber Justinian in der Nov. 118. cap. 1. ganz aufgehoben hat [k]).

Justinian hat in der 118ten Novelle vier Classen oder Ordnungen festgesetzt, nach welchen die Verwandten ab intestato succediren sollen.

In der ersten Classe succediren alle Descendenten des Verstorbenen, so weit sie successionsfähig sind.

In der zweyten, die nächsten Ascendenten, die vollbürtigen Geschwister, und die Söhne oder Töchter verstorbener vollbürtiger Geschwister.

In der dritten, Halbgeschwister und deren Söhne und Töchter.

In der vierten Classe succediren alle übrige Verwandte der Seitenlinie nach der Nähe des Grades.

Justinian gedenkt zwar in der Vorrede zu der 118ten Novelle nur dreyer Classen, nämlich der Descendenten, Ascendenten und Seitenverwandten, und führt noch dazu die Ascendenten zuerst an. Daß aber nicht drey, sondern vier Classen gemacht werden müssen, beweist das 2te und 3te Kapitel dieser Novelle ganz deutlich. Die ältern Compendienverfasser und Schriftsteller über die Intestaterbfolge haben die Sache nur nach drey Classen vorgetragen; aber von der Zeit an, da Hr. Kanzler Koch seine Abhandlung de success. ab intestato durch den Druck herausgegeben, haben die Schriftsteller mit ihm vier Classen gemacht, jedoch behielt der Verf. Hr. Geh. Reg. Rath Hellfeld noch die drey Classen bey.

Von diesen vier Classen sind folgende Regeln zu merken.

1) Die vorhergehende Classe hat immer den Vorzug vor der folgenden. Es kann daher kein Ascendent zur Erbfolge kommen, so lange noch ein Descendent vorhanden ist, der succediren kann und will. Es schließen ferner die Verwandten, welche zur zweyten Classe gehören, die Verwandten

k) Westenberg de portione legitima, Diss. II. cap. II. §. 14. G. L. Boehmer in Diss. cit. §. 12.

ten der dritten und vierten Classe aus, wenn sie gleich in einerley Grade mit dem Verstorbenen verwandt sind.

2) Verwandte, die zu eben derselben Classe gehören, schließen einander nicht aus, wenn sie gleich von verschiedenen Linien und Graden sind, sondern succediren mit einander. Daher erben z. B. in der zweyten Classe die Großeltern auch mit den vollbürtigen Geschwistern, und erstere können von den letztern nicht ausgeschlossen werden. Denn beyde gehören zur zweyten Classe [l]), und auch Großeltern sind pro ascendentibus gradu proximis zu halten, wenn die Eltern nicht mehr am Leben sind.

3) Findet bey diesen Classen nicht nur eine successio ordinum, sondern auch graduum statt, und zwar ist dieselbe noch dahin erweitert worden, daß,

a) wenn der nächste Erbe wegfällt, und die ihm deferirte Erbschaft entweder ausschlägt, oder vor der Antretung verstirbt, nun der nächstfolgende in derselben, oder in der folgenden Classe ipso iure ciuili zur Succession kommt, ohne der prätorischen bonorum possessio benöthigt zu seyn.

b) Es ist auch nach der Novelle 118. kein Unterschied, der wegfallende nächste Erbe sey ein Descendent, oder ein Ascendent, oder ein Seitenverwandter. Es leidet daher nach dem neuen Intestaterbfolgesystem gar keinen Zweifel, daß auch in ordine liberorum eine successio graduum gelten müsse; nur wird vorausgesetzt,

aa) daß die Erbschaft demjenigen, welcher sie ausschlägt, allein, als dem nächsten Erben, müsse deferirt worden seyn. Sind aber noch andere vorhanden, die mit ihm zugleich in capita oder in stirpes zur Erbschaft gerufen sind, so findet keine successio graduum statt, sondern es tritt das ius accrescendi ein [m]).

bb) Wenn der nächste Erbe vor Antritt der Erbschaft stirbt, so findet die successio graduum nur dann statt,

l) Nov. CXVIII. cap. 2.

m) Voet ad Pand. h. t. §. 3.

wenn das Transmissionsrecht nicht eintritt; denn vermöge desselben kommen die Erben des verstorbenen Intestaterben zur Successsion, und es fällt daher sowohl das ius accrescendi, als das edictum successorium weg [n]).

Den vorgetragenen Grundsätzen gemäß ist also, wenn die Frage entsteht, wie weit nach dem neuen Intestaterbfolgesystem eine successio graduum statt finde, ein Unterschied zu machen, ob der nächste Verwandte die Erbschaft ausschlägt, oder ob er vor der Antretung verstirbt.

I. Wenn der nächste Verwandte die Erbschaft ausschlägt, so war solcher entweder der alleinige nächste Erbe, dem die Erbschaft deferirt wurde, oder nicht, sondern es sind noch mehrere vorhanden, die mit ihm zugleich entweder in capita oder in stirpes zur Erbschaft gerufen sind. Im ersten Falle findet die successio graduum statt, und der folgende Grad tritt ein, es sey in eben derselben, oder in einer verschiedenen Linie; der Fall mag sich in der Descendenten-, oder Ascendenten-, oder Seitenlinie zutragen. Wenn man sich also den Fall denkt, daß der Erblasser einen Sohn hinterläßt, und dieser sich von der väterlichen Erbschaft lossagt, so kann der Enkel vermittelst der successionis graduum zur großväterlichen Erbschaft gelangen [o]).

In dem andern Falle hingegen, da mit dem repudiante noch andere entweder in capita oder in stirpes concurriren, denen die Erbschaft zugleich deferirt worden ist, fällt die successio graduum weg, und die vakante Erbportion accrescirt den übrigen Miterben; und dieses findet sowohl unter Descendenten als Ascendenten und Seitenverwandten statt. Also

1) bey Descendenten. Wenn der Erblasser z. B. mehrere Söhne hinterlassen hat, und einer von denselben schlägt die väterliche Erbschaft aus, so können seine Kinder nicht succedi-

n) Koch de success. ab intestato, §. 102.

o) Voet ad Pand. h. t. §. 3.

succediren, sondern der Erbtheil des repudiirenden Sohnes accrescirt den übrigen Söhnen p).

2) Bey Ascendenten. Man nehme den Fall an, der Verstorbene habe einen Vater und eine Mutter hinterlassen. Der Vater schlägt des Sohns Erbschaft aus, so kann der väterliche Großvater nicht succediren, sondern die Mutter schließt ihn aus, und bekommt, vermöge des iuris accrescendi, die ganze Erbschaft ihres verstorbenen Sohnes. Oder man denke sich den Fall, der Erblasser habe einen Vater und einen leiblichen Bruder hinterlassen, der Vater schlägt die Erbschaft aus, so succedirt nun der väterliche Großvater nicht, sondern der leibliche Bruder des Verstorbenen wird allein Erbe.

3) Auch bey den Seitenverwandten. Der Verstorbene hinterläßt z. B. einen leiblichen Bruder, und von einem verstorbenen Bruder sind Söhne und Töchter vorhanden. Der leibliche Bruder repudiiret die Erbschaft; hier succediren desselben Kinder nicht, sondern der Erbtheil des Repudiirenden accrescirt den übrigen Bruders Kindern.

II. Wenn der nächste Verwandte vor der Antretung stirbt, so findet entweder das Transmissionsrecht statt, oder nicht. Im ersten Falle fällt die successio graduum weg. In dem letztern Falle hingegen wird der folgende Grad in so fern zur Erbfolge gelassen, als derselbe entweder in derselben Linie nun der einzige nächste ist, oder doch wenigstens durch die Concurrenz der Verwandten in der andern Linie nicht gehindert wird. Wenn also z. B. der Vater der einzige nächste Erbe seines verstorbenen Sohnes war, er ist aber vor der Antretung gestorben, so succedirt nun der Großvater.

Wenn hingegen beyden Eltern die Erbschaft des verstorbenen Sohnes deferirt wurde, und der Vater stirbt vor der Antretung, so kommt den väterlichen Großeltern keine successio graduum zu statten, sondern die Mutter succe-

p) Hr. Kanzl. Koch in der bon. poss. S. 448.

dirt allein, vermöge des iuris accrescendi, als proprior ascendens.

Nun nehme man aber den Fall an, der Verstorbene hinterläßt einen Vater, einen väterlichen und mütterlichen Großvater, und leibliche Geschwister. Hier wird eigentlich die Erbschaft nur dem Vater, und den leiblichen Geschwistern nach der 118ten Novelle Kap. 2. deferirt; stirbt aber der Vater vor Antritt der Erbschaft, so hat kein ius accrescendi statt, sondern die Großeltern succediren, als diejenigen, die den folgenden Grad ausmachen, weil nach der 118ten Novelle Kap. 2. auch die entferntern Ascendenten mit den leiblichen Geschwistern succediren [q]).

§. 1644. a.

Zeither sind allgemeine Wahrheiten von der Intestaterbfolge überhaupt, und von den dabey vorgefallenen Abänderungen vorgetragen worden. Wenn man die einzelnen Fälle, welche bey der Intestaterbfolge der Verwandten vorkommen können, richtig verstehen will, so muß man von mancherley Hülfswahrheiten dabey Gebrauch machen. Hierher gehören vorzüglich die gesetzlichen Grundsätze von der Verwandtschaft. Unter der Verwandtschaft, cognatio in der allgemeinen Bedeutung, versteht man eine durch Erzeugung begründete Verbindung zwischen mehrern Personen. [r]) Von der Verwandtschaft muß die Schwägerschaft, adfinitas, wohl unterschieden werden, welche in einem solchen Verhältniß besteht, das aus dem Beyschlaf zweyer Personen zwischen der einen derselben, und den Blutsfreunden der andern entspringt. Wenn es in der L. 4. cit. §. 3. D. eod. heißt: adfines sunt viri et vxoris cognati; dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diuersae inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit, so will das nur so

q) Koch de succ. ab int. §. 102.

r) L. 4. §. 1. D. de gradib. et adfin.

so viel sagen, daß durch die eheliche Verbindung die Verwandtschaft des Mannes mit der Frau, und umgekehrt, die Verwandten der Frau mit dem Manne verschwägert werden; denn die Verwandten des Mannes und der Frau sind unter sich nicht verschwägert. Nach der L. 4. §. 8. D. de grad. et adfin. scheint es zwar, als ob die Affinität sich blos ex iustis nuptiis bilde; allein schon Vinnius [s]) hat bemerkt, daß diese Gesetzstelle nur von einer vollkommenen, oder legitimen bürgerlichen Schwägerschaft rede; denn daß auch aus einem coitu illegitimo eine natürliche außergesetzliche Schwägerschaft selbst nach dem römischen Rechte entsteht, welche die Ehe hindert, ist in mehrern Gesetzen [t]) deutlich enthalten. Die Affinität begründet, wenn sie noch so nahe ist, an sich kein Intestaterbrecht [u]).

Die Verwandtschaft ist entweder eine wahre oder eine rechtlich erdichtete. Erstere kann nur durch wirkliche Erzeugung entstehen, und wird Blutsfreundschaft genennt. Diese ist entweder eine rechtmäßige oder unrechtmäßige, je nachdem sich dieselbe entweder auf eine gültige Eheverbindung gründet, oder aus einem unehelichen Concubitus entstanden ist. Die unrechtmäßige Verwandtschaft wird auch eine blos natürliche genannt, und wirkt zwar der Regel nach auf Seiten der Mutter und mütterlichen Anverwandten, nicht aber auf Seiten des Vaters ein vollkommenes Intestaterbfolgerecht [x]). Die erdichtete Verwandtschaft entsteht entweder durch die Adoption oder durch die Taufe. Jene wird die bürgerliche oder gesetzliche Verwandtschaft, cognatio ciuilis seu legitima, diese aber die geistliche, cognatio spiritualis genennt.

§ 5 Die

s) VINNIVS in comment. ad §. 9. Inst. de rupt. in fine.

t) L. 14. § 3. D. de ritu nupt. L. 1. §. 3. D. de concub. L. 4. C. de nupt.

u) L. 2. L. 3. L. 7. Cod. communia de succeff. VOET h. t. §. 2.

x) NOVELLA LXXXIX. cap. 12. §. 3. L. 29. §. 1. D. de inoff. test. L. 5. C. ad Sctum. Orphit.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0259
DFG

Die gesetzliche Verwandtschaft hat statt, 1) zwischen dem Adoptivvater und dem adoptirten Kinde, 2) zwischen dem Adoptivvater und den leiblichen Kindern des Adoptivvaters; 3) zwischen dem adoptirten Kinde und den Agnaten des Adoptivvaters, die durch Mannspersonen mit ihm verwandt sind. Es wird diese Verwandtschaft deswegen in Gesetzen [y]) eine agnatio genennt. Mit der Mutter des Adoptivvaters und den mütterlichen Verwandten desselben wird das Adoptivkind nicht verwandt; denn diese sind bloße Cognaten. Auch nicht mit der Frau des Adoptivvaters [z]). Eine bekannte Sache ist es übrigens, daß die Adoption einer solchen Person, die keiner väterlichen Gewalt unterworfen ist, eine Arrogation, die Annahme einer der väterlichen Gewalt unterworfenen Person an Kindes statt hingegen, eine Adoption im eigentlichen Sinne genennt wird, und diese ist nochmals entweder eine vollkommene, oder eine unvollkommene, je nachdem sie entweder dem Adoptivvater die väterliche Gewalt, dem adoptirten Kinde aber alle Familienrechte verschafft, oder dieses nicht geschieht. Jede Adoption, selbst die unvollkommene, bewirkt ein Erbrecht, jedoch nicht immer ein wechselseitiges; nur muß die Adoption nicht bey Lebzeiten des Adoptivvaters wieder aufgehoben worden seyn [a]).

Die geistliche Verwandtschaft ist nicht nur nach dem Beyspiel der bürgerlichen eingeführt worden, sondern hat auch ursprünglich wirklich eine Adoption zum Grunde [b]). Diese Adoption, welche ehemals mit der Taufe der Kinder aus dem Juden- und Heidenthum verknüpft war, hörte zwar in der Folge auf, als man auch Christenkinder zu taufen anfing; allein die Idee der Wiedergeburt, welche die Bibel mit der Taufe verbindet, veranlaßte die Vorstellung, daß

y) L. 4. §. 2. D. de grad. et adfin.

z) L. 23. D. de adopt. L. 4. §. 10. D. de gradib. et adfin.

a) §. 11. Inst. de hered. quae ab intest defer.

b) Merillius Obs. III. 4c. Berardus in Comment. in ius eccles. vniu. Venet. 1778. 4. Tom. III. Diss. IV. cap. 4. pag. 110.

daß derjenige, der ein Kind taufft, oder aus der Taufe hebt, wie ein geistlicher Vater dieses Kindes anzusehen sey [c]). Justinian bestätigte die geistliche Verwandtschaft zuerst als ein Ehehinderniß [d]). In der Folge dehnte man diese geistliche Verwandtschaft noch weiter aus, und nahm eine solche nicht nur zwischen den leiblichen Eltern des getauften Kindes und den Taufpathen, unter der Benennung Compaternität, sondern auch zwischen dem getauften Kinde und den Kindern der Taufpathen, unter dem Namen der Fraternität an [e]); ja es wurde dieselbe auch auf die Firmelung erstreckt, weil diese eine Bestätigung des Taufbundes seyn soll [f]). Das Tridentinische Concilium hat die Fraternität aufgehoben, und auch die Compaternität eingeschränkt [g]). Die Protestanten nehmen diese geistliche Verwandtschaft nicht an, und bey den Catholiken bewirkt sie blos ein Ehehinderniß, giebt aber kein Erbrecht [h]).

Nach dem römischen Rechte wird die cognatio in die cognatio im eigentlichen Verstande, und die agnatio eingetheilt. Erstere wird die blos natürliche Blutsfreundschaft genennt, welche an sich keine Familienrechte giebt, sie sey durch eine rechtmäßige Ehe entstanden, oder nicht. Eine solche Cognation konnte entweder 1) blos von Frauenspersonen herrühren, oder auch 2) von solchen Mannspersonen, die selbst keine Familienrechte hatten, noch haben konnten, wie z. B. die Cognation der Sclaven [i]).

Agnatio

c) Can. 1. Caus. XXX. quaest. 3. can. 7. Caus. XXX. qu. 1.

d) L. 26. C. de nupt. de Rhoer de effectu relig. christ. in Iurispr. Rom. Diss. VI. §. 31.

e) cap. 1. X. de cognat. spirit. canon. 3. Caus. XXX. qu. 3.

f) cap. 1. de cognat. spirit.

g) Concil. Trident. cap. 2. Sess. XXIV. de reform. matr.

h) Stryck de succ. ab intest. Diss. I. cap. 2. §. 44. Koch succ. ab intestato, §. 38. pag. 93.

i) L. 10. §. 5 et 6. D. de gradib. et adfin.

Agnatio ist die bürgerliche Verbindung, welche die Gesetze unter Personen festgesetzt haben, denen ein gemeinschaftliches Familienrecht zusteht. Eine solche Agnation entstand bey den Römern 1) durch Erzeugung in iustis nuptiis, 2) durch die Adoption, 3) durch eine conuentio in manum mariti [k]). Aus den angeführten Stellen sieht man, daß die gewöhnlichen Begriffe nicht richtig sind, wenn man sagt: agnati sind Verwandte durch die Zeugung, qui per virilem sexum iuncti sunt, hingegen cognati sind Verwandte durch das Gebähren, quorum cognatio non nisi naturaliter per foeminas contracta est. Nach dieser Bestimmung müßten auch alle unehelich gebohrne, alle emancipirte Kinder Agnaten seyn; denn daß Cognaten auch per patrem verwandt seyn können, ist in Bruchstücken des alten römischen Rechts deutlich enthalten [l]). Agnaten wurden diejenigen Verwandten genannt, welche in dem bürgerlichen Verhältniß eines gemeinschaftlichen Familienbandes gegen einander standen, und also auch ein gemeinschaftliches Familienrecht hatten [m]). Eben deswegen waren auch emancipirte Kinder keine Agnaten, quia familia mutati desinunt esse agnati, wie es in der L. 7. pr. D. de capitis minut. heißt. Cognaten nennten die römischen Rechtsgelehrten solche Personen, welche blos durch das natürliche Band der Blutsfreundschaft mit einander verwandt waren, und keine Familienrechte gegen einander hatten [n]).

Die Verwandtschaft oder cognatio in der allgemeinen Bedeutung, wie dieser Ausdruck oben bestimmt worden ist, ist in Ansehung der Linien sehr verschieden. Es sind nämlich die Verwandten entweder solche, die von einander abstam-

k) Collat. Leg. Mosaic. et Roman. Tit. XVI. §. 2 et 6. VLPIAN. fragm. Tit. XI. §. 4. L. 10. §. 2. D. de grad. et adfin.

l) Collat. Leg. Mosaic. Tit. XVI. §. 8.

m) L. 195. §. 2. D. de verb. signif.

n) L. 10. §. 4. D. de grad. et adfin.

abstammen, oder solche, die von einem gemeinschaftlichen Stammvater herrühren. Jene werden Verwandte der geraden Linie genennt, diese aber heißen Seitenverwandte. Die Verwandtschaft der geraden Linie wird in Gesetzen auf zweyerley Weise unterschieden; denn sie ist entweder cognatio superior, die Obersippschaft oder Verwandtschaft aufsteigender Linie, oder cognatio inferior, die Untersippschaft, oder Verwandtschaft absteigender Linie. Zur erstern gehören die Ascendenten, zur letztern die Descendenten. Zur Seitenverwandtschaft gehören die Brüder und Schwestern, und solche, die von ihnen erzeugt worden sind, folglich auch des Vaters und der Mutter Bruder und Schwestern.

In Rücksicht auf die Berechnung der Grade unterscheidet sich die Verwandtschaft der geraden Linie von der der Seitenlinie vorzüglich dadurch o), daß die erstere, und zwar sowohl die auf- als absteigende, immer vom erstern, die Seitenverwandtschaft aber vom zweyten Grade anfängt. Der Vater ist z. B. mit dem Sohne im ersten Grade der aufsteigenden Linie, und der Sohn ist mit dem Vater im ersten Grade der absteigenden Linie verwandt; hingegen der Bruder concurrirt im zweyten Grade mit dem Großvater; denn beyde sind im zweyten Grade verwandt, jener in der geraden, dieser in der Seitenlinie p). Alles beruhet hier, wo von Erbschaften die Rede ist, auf der Regel des römischen Rechts, so viel Zeugungen, so viel Grade q). In Gesetzen wird von dieser Berechnung der Grade folgende Anleitung gegeben, indem es z. B. in der L. 10. §. 9. D. de grad. et adfin. heißt: quoties quaeritur, quanto gradu quaeque persona sit, ab eo incipiendum est, cuius de cognatione quaerimus; et si ex inferioribus aut superioribus gradibus est, recta linea sursum versum vel

o) Princ. Inst. de grad. cognat.

p) L. 1. §. 1. D. de grad. et adfin.

q) J. Fr. Weissers Anleitung zur Berechnung der Verwandtschaftsgrade nach den Grundsätzen des römischen und päbstlichen Rechts, Stuttgart 1781. §. 11.

vel deorsum tendentium, facile inuenimus gradus, si per singulos gradus proximum quemque numeramus. Nam qui ei, qui mihi proximo gradu est, proximus est, secundo gradu est mihi: similiter enim accedentibus singulis, crescit numerus. Idem faciendum in transuersis gradibus: sic frater secundo gradu est, quoniam patris vel matris persona, per quos coniungitur, prior numeretur.

Zur richtigen Kenntniß der Berechnung ist es nöthig, die Gesetze genau durchzugehen, und mit den Grundsätzen des römischen Rechts über diese Sache genau bekannt zu werden r).

Im ersten Grade der aufsteigenden Linie kommt der Vater und die Mutter vor; in der absteigenden Linie aber Sohn und Tochter.

Im zweyten Grade der aufsteigenden Linie kommt der Großvater und Großmutter vor; in der absteigenden, der Enkel und die Enkelin; in der Seitenlinie, der Bruder und die Schwester.

Im dritten Grade aufwärts kommen vor, proauus, der Aeltervater, proauia, die Aeltermutter; abwärts, pronepos, der Urenkel, proneptis, die Urenkelin; seitwärts, des Bruders und der Schwester Sohn oder Tochter; folglich auch des Vaters Bruder, patruus, des Vaters Schwester, amita, der Mutter Bruder, auunculus, der Mutter Schwester, matertera. Diese Seitenverwandten unserer Ascendenten werden thii und thiae genennt.

Im vierten Grade aufwärts kommen vor, der Urältervater, abauus, die Urältermutter, abauia; abwärts, der Ururenkel, abnepos, die Ururenkelin, abneptis; seitwärts des Bruders und der Schwester Enkel oder Enkelin; folglich des Großvaters Bruder, patruus magnus, der Großvetter, des Großvaters Schwester, amita magna, die

r) L. 1. §. 3-7. L. 3. D. de gradib. et adfin. §. 1. sqq. Inst. de gradib. cognat.

die Großbaase, der Großmutter Bruder, auunculus magnus, der Großoheim, der Großmutter Schwester, matertera magna, die Großmuhme. Hierher gehören auch die Geschwister Kinder, welche zwar überhaupt consobrini heißen; allein im eigentlichen Verstande führen nur diejenigen die Benennung, consobrini, die von zwey Schwestern gebohren worden sind; so wie diejenigen Verwandten fratres et sorores patrueles heißen, die von zwey Brüdern erzeugt worden sind. Kinder, die von einem Bruder und von einer Schwester erzeugt worden sind, werden amitini genennt.

Im fünften Grade aufwärts kommen vor, der Urur-altervater, atauus, die Ururaltermutter, atauia; abwärts, der Ur-Ur-Urenkel, atnepos, die Ur-Ur-Urenkelin, atneptis; seitwärts des Bruders und der Schwester Urenkel und Urenkelin; folglich des Urgroßvaters Bruder, propatruus, des Urgroßvaters Schwester, proamita, der Urgroßmutter Bruder, proauunculus und der Urgroßmutter Schwester, promatertera; desgleichen die Geschwister-Kindeskinder, nämlich proprior sobrino, proprior sobrina, des Großvaters Bruders oder Schwester, ferner der Großmutter Bruders oder Schwester Sohn und Tochter.

Im sechsten Grade aufwärts kommen vor, tritauus, tritauia; abwärts trinepos, trineptis, in der Seitenlinie des Bruders und der Schwester Ur-Urenkel und die Ur-Urenkelin; folglich der abpatruus, und die abamita, des Ur-Ur-Großvaters Bruder und Schwester; desgleichen der abauunculus und die abmatertera, der Ur-Ur-Großmutter Bruder und Schwester; des Ur-Großvaters Bruders und Schwester Sohn und Tochter, der Ur-Großmutter Bruders und Schwester Sohn und Tochter. Die Geschwister Kindes Enkel, nämlich sobrinus und sobrina, des Großvaters Bruders oder Schwester Enkel, der Großmutter Bruders oder Schwester Enkel.

Hiernach lassen sich die weitern Grade mit leichter Mühe zählen, wenn man dabey beständig an die Regel denkt, daß jede erzeugte Person einen neuen Grad ausmacht;

macht s); es ist auch hier überhaupt leichter den Grad anzugeben, als für die Art der Verwandtschaft eine richtige Benennung zu finden, es kommen auch dergleichen Fälle äußerst selten vor, wie in der L. 4. pr. D. de grad. et adfin. bemerkt wird, wo es heißt: non facile autem, quod ad nostrum ius attinet, cum de naturali cognatione quaeritur, *septimum* gradum quis excedit, quatenus vltra eum fere gradum rerum natura cognatorum vitam consistere non patitur.

Die Seitenverwandten sind entweder vollbürtige, oder halbbürtige. Die erstern werden auch Bilateralverwandte genennt, und die letztern Unilateralverwandte. Gewöhnlich werden unter den erstern diejenigen verstanden, welche einerley Stammvater und Stammmutter haben; unter den letztern aber diejenigen, die nur eine dieser beyden Personen, und also entweder nur einen und eben denselben Stammvater, oder nur eine und eben dieselbe Stammmutter gemeinschaftlich haben t). In der Lehre von der Erbfolge ist dieser Begriff nicht hinlänglich u). Es ist dieser Unterschied besonders bey der Erbfolge der Geschwister und ihrer Söhne oder Töchter von großer Wichtigkeit.

Vollbürtige Geschwister, fratres, sorores, bilaterales, s. germani germanaeue, werden in der Lehre von der Erbfolge diejenigen genennt, welche nicht nur von eben demselben Vater mit derselben Mutter sind erzeugt worden, sondern auch in Ansehung beyder Eltern vollkommen successionsfähig sind. Es ist also nicht genug, daß sie einerley Vater und einerley Mutter haben, sondern sie müssen auch beyden Eltern vollkommen zu succediren berechtigt seyn. Sie müssen also von einerley Eltern entweder in rechtmäßiger Ehe erzeugt, oder wenn sie außer der Ehe erzeugt worden sind, wenigstens auf eine vollkommene Art, es sey durch eine nach-

s) §. 7. Inst. de grad. cognat.

t) Nettelbladt syst. element. doctr. prop. §. 265. Weisser a. a. O. §. 11. S. 29 flg.

u) Koch de success. ab int. §. 59.

nachfolgende Ehe der Eltern, oder durch ein fürstliches Rescript, legitimirt worden seyn. Sind Kinder zwar von einerley Eltern, aber nicht in rechtmäßiger Ehe gezeugt, auch nachher nicht vollkommen legitimirt worden; so sind solche uneheliche Kinder unter sich keinesweges als vollbürtige Geschwister anzusehen; denn uneheliche Kinder succediren zwar der Mutter, aber nicht dem Vater x).

Halbgeschwister, fratres, sorores vnilaterales, werden diejenigen genennt, welche nur einen gemeinschaftlichen Parens haben, in Ansehung dessen ihnen ein vollkommnes Erbrecht zusteht. Dahin gehören

1) diejenigen, welche von einem Vater, aber mit verschiedenen Müttern in einer rechtmäßigen Ehe erzeugt worden sind.

2) Diejenigen, welche von einer Mutter, aber mit verschiedenen Vätern ehelich erzeugt worden sind.

3) Diejenigen, welche zwar einerley Vater und einerley Mutter haben, aber außer der Ehe in einem Stuprum, oder im Concubinate erzeugt worden sind, folglich nur in Ansehung der Mutter ein vollkommnes Erbrecht haben.

4) Diejenigen, welche auf eine vollkommne Art adoptirt oder arrogirt worden sind. Diese werden im Verhältniß zu den leiblichen Kindern des Adoptivvaters als Halbgeschwister betrachtet, welche zwar einen gemeinschaftlichen legitimen Vater, aber verschiedene Mütter haben; jedoch ist hierbey vorauszusetzen, daß die Adoption oder Arrogation durch keine Emancipation wieder aufgehoben worden sey. Dahingegen hebt der Tod des Adoptivvaters oder des patris arrogatoris die Verwandtschaft unter diesen Halbgeschwistern nicht auf. Eine unvollkommene Adoption hat diese Wirkung nicht, daß der Adoptivsohn ein Halbbruder von dem leiblichen Kinde des Adoptivvaters werde.

5) Gehö-

x) Koch succ. ab intest. §. 69-76. pag. 124 sq. Hofacker Princ. iur. ciuil. Tom. II. §. 1425.

5) Gehören zu den Halbgeschwistern gewissermaaßen legitimirte Kinder, wenn sie von den Eltern in einem solchen Beyschlaf sind erzeugt worden, daß sie ohne Legitimation weder dem Vater noch der Mutter succediren können, und doch nur auf Ansuchen des einen ihrer Eltern durch ein fürstliches Rescript vollkommen legitimirt worden sind, welches der Fall bey Kindern ist, die im Ehebruch, in einer Blutschande, oder aus einer Bigamie erzeugt worden sind.

Diese angeführten Halbgeschwister theilt man in Halbgeschwister vom Vater her, consanguinei, und in Halbgeschwister von der Mutter her, uterini. Erstere sind solche Halbgeschwister, die alle einen gemeinschaftlichen Vater haben, dem sie vollkommen succediren; letztere hingegen sind solche, die eine gemeinschaftliche Mutter haben, auf deren Verlassenschaft ihnen ein vollkommnes Erbfolgerecht zusteht [y]).

Die Verwandtschaft mit dem Erblasser kann bisweilen auf mehr als eine Art begründet seyn, und in diesem Falle nennt man sie doppelte, cognatio duplex, oder auch eine mehrfache. Sie entsteht,

1) wenn ein Ascendent einen Descendenten adoptirt, und hierdurch die bürgerliche Verwandtschaft, die aus der Annahme an Kindesstatt herrührt, mit der väterlichen in einer Person zusammen kommt. Sie kann ferner

2) bey der nämlichen Art der Cognation Statt finden, wenn Jemand durch mehrere Generationslinien mit dem Erblasser verbunden ist. Dieß geschieht besonders in dem Falle, wenn Jemand von solchen Eltern abstammt, die bereits mit einander verwandt waren; z. B. Geschwister-Kinder heyrathen einander [z]). Heyrathen solche Personen, welche zuvor schon doppelt verwandt waren, einander, und zeugen Kinder, so sind diese Kinder mit den Verwandten ihrer beyderseitigen Eltern dreyfach verwandt. Diese mehrfache

y) Koch succ. ab int. §. 83-91.

z) L. 3. D. de ritu nupt.

fache Verwandtschaft giebt in gewissen Fällen ein Recht zu mehr als einer Erbportion, wie wir bald sehen werden.

Hat der Verstorbene mehrere rechtmäßige und zur Erbfolge sich qualificirende Verwandten hinterlassen, so kommen sie nach dem römischen Rechte nicht alle zur Erbfolge, sondern die nächsten schließen die entferntern aus. Hier bestimmen die Gesetze, wie die Nähe der Verwandtschaft bestimmt werden soll. Vor allen Dingen ist auf die Zeit zu sehen, wo die Erbschaft ab intestato deferirt wird, und dabey unterscheiden die Gesetze nochmals [a]), ob der Erblasser ohne Testament verstorben ist, oder ob er ein Testament hinterlassen hat. Im ersten Falle sieht man auf die Zeit des Todes des Erblassers, und derjenige wird sein Erbe, der zu der Zeit, da der Erblasser starb, sein nächster Verwandter ist. Die Gesetze [b]) sehen aber auch mit darauf, ob derjenige etwa noch nicht gebohren ist, dem die Erbschaft zufallen müßte, wenn er jetzt schon gebohren wäre. Dieser Fall tritt ein, wenn Jemand eine schwangere Frau hinterläßt, eine Mutter, und auch eine Schwester. Vor der Geburt des Postumus starb die Mutter des Erblassers, und nun wird der Postumus todt gebohren. Hier ist des Verstorbenen Schwester seine nächste Erbin. Man sieht hier also auf die Zeit, wo es gewiß ist, daß der postumus nicht succedirt.

Starb der Erblasser mit Hinterlassung eines Testaments, so müssen folgende Fälle unterschieden werden.

1) Das Testament ist gleich anfangs nicht gültig gemacht worden, oder es verlohr doch wenigstens noch beym Leben des Testirers seine Gültigkeit, z. B. dadurch daß es ruptum, oder irritum wurde, oder der Erbe starb vor dem Erblasser. In solchen Fällen ist wieder die Zeit, wo der Erblasser gestorben ist, für den entscheidenden Zeitpunkt

a) §. 6. Inst. de legit. agnat. succeff.

b) L. 8. §. 1. D. de suis et legit. hered.

zu halten, wornach die Nähe der Verwandtschaft beurtheilt werden muß [c]).

2) Das Testament des Erblassers war gültig errichtet worden, und hat erst nach dem Tode des Erblassers seine Gültigkeit verlohren; z. B. deswegen, weil der Erbe die Erbschaft ausschlug. In dergleichen Fällen wird derjenige Erbe, welcher zu der Zeit der nächste Verwandte des Verstorbenen ist, da es gewiß zu seyn anfing, daß kein Testamentserbe vorhanden sey.

Dieser Beschaffenheit der Sache wegen kann es zuweilen geschehen, daß ein solcher zur Erbfolge gelangt, der zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht der nächste Verwandte war, wenn nämlich unterdessen der nähere gestorben ist. Man nehme den Fall an, der Vater hat seinen Sohn enterbt, und den Enkel präterirt. Während der Zeit, da der eingesetzte Erbe deliberirt, stirbt der Sohn. Nachher schlägt der Erbe die Erbschaft aus. Hier ist der Enkel nunmehr der nächste Erbe, ob er es gleich zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht war, quia, quo tempore certum est, intestatum decessisse patremfamilias, solus inuenitur nepos, wie Justinian sagt [d]). Ein anderer Fall wird vom Ulpian angeführt. — Es hat Jemand ein Testament gemacht, der einen Vatersbruder, und Vatersbruders Sohn hinterläßt. Der Erbe bedient sich des Deliberationsrechts. Während dieser Zeit stirbt des Erblassers Vatersbruder. Nachher schlägt der eingesetzte Erbe die Erbschaft aus. Hier succedirt des Verstorbenen Vatersbruders Sohn, der zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht der nächste Verwandte war. Daher bemerkt Ulpian: proximum non eum quaerimus, qui tunc fuit, cum moreretur paterfamilias, sed eum, qui tunc fuit, cum intestatum decessisse certum est.

Secun-

c) Vinnius ad §. 6. Inst. de legit. agnat. succ. Koch de succ. ab intest. §. 11. not. 2.

d) §. 7. Inst. de hered. quae ab int. defer.

Secundum quae etsi suus erat, qui praecedebat, vel consanguineus, si nemo eorum, cum repudiatur hereditas, viuit; proximum eum accipimus, qui tunc, cum repudiatur hereditas, primus est.

Hieraus läßt sich nun die allgemeine Regel herleiten: derjenige succedirt ab intestato, welcher zu der Zeit der nächste Verwandte des Verstorbenen ist, da ihm die Erbschaft deferirt wird. Nun aber wird in dem Falle, da der Erblasser ein gültiges Testament hinterlassen hat, die Erbschaft nicht eher ab intestato deferirt, als wenn es gewiß ist, daß der Testamentserbe die Erbschaft nicht angetreten habe [e]).

Ferner ist zu bemerken, daß die Nähe der Verwandtschaft, worauf sich ein ausschließendes Intestaterbfolgerecht gründet, nicht blos nach der Nähe des Grades, sondern zuerst nach der Ordnung der Klasse beurtheilt werden muß, in welcher die Verwandten succediren. Die ältern und neuern römischen Gesetze haben Klassen festgesetzt, welche ordines cognatorum genennt werden. Man versteht unter jeder Klasse oder ordo eine Anzahl mehrerer Verwandten von einer bestimmten Art, die nach den Gesetzen zur Intestaterbfolge zugleich berufen werden. Diese Klassen stehen in einem solchen Verhältniß zu einander, daß immer die stärkere die schwächere ausschließt, wenn gleich die Verwandten der schwächern Klasse in einem gleichen oder nähern Grade mit dem Verstorbenen verwandt sind [f]). So schließt z. B. der Urenkel des Verstorbenen den Vater desselben aus, obgleich der letztere dem Grade nach viel näher mit dem Erblasser verwandt ist, weil jener zur ersten, dieser aber nur zur zweyten Klasse gehört. Es schließt ferner des Verstorbenen Bruders Sohn, den Vatersbruder des Erblassers von der Erbschaft aus, ob sie gleich in einerley Grade mit dem Verstorbenen verwandt sind; denn ist er

e) Koch de succeff. ab inteft. cap. 1. §. 8.

f) Averan. Interpr. Lib. I. cap. 13. nr. 5 et nr. 43.

eines vollbürtigen Bruders Sohn, so gehört er nach der 118ten Novelle in die zweyte, ist er eines Halbbruders Sohn, in die dritte, des Vaters Bruder aber erst in die vierte Klasse [g]). Man muß daher niemals die wichtige Regel des römischen Rechts aus den Augen setzen: qui ordine praecedit, licet gradu sit posterior, praefertur ei, qui est posterior ordine, quantumuis gradu prior.

Sind von Verwandten derjenigen Gattung, welche als die nächsten der Ordnung nach zur Erbschaft gerufen sind, mehrere vorhanden, die aber dem Grade nach nicht gleich sind, so kommt es alsdenn auf die Nähe des Grades an, und der dem Grade nach nähere Verwandte schließt der Regel nach den entferntern aus. Es hat diese Regel ihre Ausnahmen, und zwar

1) bey den Descendenten [h]); denn bey der Successsion derselben schließt der Nächste nicht den Entferntern aus, sondern es succedirt hier auch der entfernteste Grad so gut, wie der nächste, wenn nur in derselben Linie, worin der entferntere Descendent steht, nicht noch ein näherer vorhanden ist. So kann daher zwar der Enkel seinen Großvater nicht beerben, wenn sein Vater oder seine Mutter noch lebt, allein die Söhne und Töchter des Erblassers können die von andern verstorbenen Söhnen und Töchtern desselben vorhandenen Enkel nicht ausschließen, wenn gleich die letztern dem Grade nach entfernter sind.

2) Hat eine Ausnahme bey den Geschwistern und deren Söhnen und Töchtern statt. Hier bewirkt

a) die Vollbürtigkeit eine nähere Verwandtschaft mit dem Erblasser, als die halbbürtige Verschwisterung, wobey auf die Nähe des Grades keine weitere Rücksicht genommen wird. Daher gehen vollbürtige Geschwister bey der Erbfolge den Halbgeschwistern vor, ja es schließen so gar

g) THEOPHIL. in Paraph. Lib. III. Tit. VI. §. 11. et VINNIVS ad §. 1. Inst. de seru. cognat.

h) §. 6. Inst. de hered. quae ab int. NOVELLA 118. cap. 1.

gar die von verstorbenen vollbürtigen Geschwistern hinterlassenen Söhne und Töchter die Halbgeschwister des Erblassers aus, wenn gleich diese dem Grade nach näher sind, als jene [i]). Die Vollbürtigkeit giebt ferner den vollbürtigen Geschwistern ein gleiches Successionsrecht mit den Ascendenten des Verstorbenen. Das vorzügliche Erbschaftsrecht, welches aus der Vollbürtigkeit entspringt, wird das Recht des doppelten Bandes, ius duplicis vinculi, genennt [k]).

b) Genießen Söhne und Töchter verstorbener Brüder und Schwestern des Erblassers, das sogenannte Repräsentationsrecht, vermöge dessen sie von des Verstorbenen noch lebenden Geschwistern, welche ihnen sonst wegen der Nähe des Grades, nach dem ältern römischen Rechte vorgingen [l]), nun nicht mehr von der Erbschaft ausgeschlossen werden können, wenn sie gleich entferntern Grades sind.

Bey der Intestaterbfolge kommt es nicht blos auf die Nähe der Intestaterben an, sondern auch darauf, daß der Intestaterbe zur Erwerbung der Erbschaft fähig sey. Wenn man den Zeitpunkt gehörig bestimmen will, nach welchem die Fähigkeit des Erben in jedem Falle zu beurtheilen ist, so müssen folgende Grundsätze angewendet werden.

1) Hat der Erblasser gar kein Testament gemacht, oder das hinterlassene Testament ist null, oder solches hat noch beym Leben des Testirers seine Gültigkeit verlohren, so wird auf die Zeit des Todes des Erblassers gesehen, wenn man die Frage entscheiden soll, ob der Erbe fähig ist, die Erbschaft zu acquiriren; und diese Fähigkeit muß so lange dauern, bis er die Erbschaft antritt [m]). Bey heredibus suis fällt dieser Umstand der Natur der Sache nach weg,

i) Novella 118. cap. 3.

k) de Pufendorf Obs. Tom. II. Obs. 192 et 193.

l) §. 5. Inst. de legit. agnat. succ. L. 2. §. 1. D. de suis et legit. hered.

m) §. 4. Inst. de hered. qualit. L. 49. §. 1. D. de hered. instit.

weil sie die Erbschaft in dem Augenblicke ipso iure acquiriren, wo sie ihnen anfällt.

2) Hinterläßt der Erblasser zwar ein gültiges Testament, solches wird aber nach seinem Tode destitutum, weil der Erbe die Erbschaft nicht angetreten hat, so muß der Intestaterbe, vermöge der Analogie des Rechts, nicht nur zur Zeit des Todes des Erblassers, sondern auch zu der Zeit fähig seyn, da es gewiß zu seyn angefangen hat, daß der Testamentserbe die Erbschaft nicht angetreten hat, und diese Fähigkeit des Intestaterben muß auch bis zur Antretung ununterbrochen fortdauern; denn wenn gleich erst von der Zeit an die Erbschaft dem Intestaterben deferirt wird, da es gewiß geworden, daß der Testamentserbe die Erbschaft nicht angetreten hat, so ist doch deswegen auf die Zeit des Todes des Erblassers zu sehen, weil vermöge einer rechtlichen Fiction angenommen wird, die Antretung sey gleich mit dem Tode des Erblassers geschehen [n]).

Ist der nächste Intestaterbe unfähig, die Erbschaft zu acquiriren, so sind folgende Fälle zu unterscheiden:

I. Er ist in Absicht auf die Succession gänzlich pro ciuiliter mortuo zu halten, wie das bey Deportirten der Fall war [o]). Bey uns tritt ein solcher Fall unter den Katholiken alsdann ein, wenn Jemand sich in einen solchen Orden als Mönch hat aufnehmen lassen, der nicht erbfähig ist, z. B. in den Capuziner-Orden. Einem solchen Verwandten wird die Erbschaft gar nicht deferirt, sondern er wird einem Verstorbenen gleich gehalten; und nunmehr kömmt entweder der folgende Grad zur Succession, oder die folgende Klasse, als wenn der Unfähige gar nicht da wäre [p]).

II. Der nächste Intestaterbe ist in Absicht auf die Erbfolge nicht schlechthin pro ciuiliter mortuo zu halten, sondern

n) L. 54. D. de acquir. vel omitt. hered. Koch de succ. ab int. §. 11. 6.

o) L. 1. §. 8. D. de bon. poss. cont. tab.

p) Koch de succ. ab int. §. 20. nr. IV.

dern er kann blos für seine Person die Erbschaft nicht annehmen; es ist aber ein Anderer da, welcher das demselben zufallende Vermögen zu acquiriren berechtigt ist; z. B. der nächste Intestaterbe ist Mönch eines erbfähigen Ordens. Hier kommen nicht diejenigen zur Succession, welche im Grade der Verwandtschaft, oder in der Ordnung der Erbfolge jetzt die nächsten sind, sondern die Erbschaft wird dem Mönch deferirt [q]). Dieser kann sie auch antreten, jedoch nur mit Einwilligung seines Obern; weil er aber doch die Erbschaft ob votum paupertatis für seine Person nicht behalten darf, so fällt solche an das Kloster, dessen Mitglied er ist [r]). Ob nicht das Kloster selbst die Erbschaft antreten könne, wenn der Mönch, dem sie deferirt worden, daran gehindert wird, darüber streiten die Kanonisten [s]). Die verneinende Behauptung hat mehr für sich, weil Niemand eine Erbschaft antreten kann, als derjenige, dem sie deferirt worden ist [t]). Nicht einmal ein römischer Herr konnte die seinem Sclaven deferirte Erbschaft selbst antreten; sondern er erwarb sie durch seinen Sclaven, wenn dieser sie auf Befehl des Herrn antrat [u]). Nun wird die Erbschaft nicht dem Kloster, sondern dem Mönch deferirt, wie Harpprecht sehr gründlich ausgeführt hat [x]); stirbt daher der Mönch vor der Antretung, so darf das Kloster keinen Anspruch auf die Erbschaft machen [y]).

q) L. 56. §. 1. C. de Episc. et Cleric. Berger Oecon. iur. Lib. II. Tit. IV. thes. 37. not. 1.

r) G. L. Boehmer in Princ. iur. can. §. 423.

s) Ferd. Christ. Harpprecht Disp. de succeff. monialium et ex horum persona monasteriorum, cap. 5. §. 50—52. in Eivs Disp. acad. Vol. II. Diff. 75. pag. 1498.

t) L. 21. §. 1. D. de acquir. vel omitt. hered.

u) L. 10. pr. et §. 1. D. de acquir. rer. dom. Pr. et §. 1. sq. Inst. per quas pers.

x) Harpprecht cit. Disp. §. 52. pag. 1505.

y) Ant. Faber de errorib. Pragm. Dec. XXVI. Error 7. Ant. Merenda in contr. iur. Lib. IV. cap. 7. §. 7.

Wenn das Kloster, worin eine Person bisher als Mönch oder Nonne gelebt hatte, und wo diese Person Zeitlebens bleiben wollte, aufgehoben worden ist, oder gar der ganze Orden, oder wenn ein Religiose sonst aus dem Kloster geht, und die evangelische Religion annimmt, so werden hierdurch die bürgerlichen Successionsrechte in Ansehung derjenigen Erbschaften wieder erlangt, welche einer solchen Person jetzt erst deferirt werden, nachdem sie regularis zu seyn aufgehört hat; denn mit Aufhebung des Ordens, oder des Klosters, dem sich Jemand für beständig gewidmet hatte, oder auch durch Annahme der evangelischen Religion, erlöschen die Ordensgelübde von selbst, weil nun die Bedingung derselben wegfällt. Nun hört also auch die Unfähigkeit zur Erbfolge auf; daher kann ihm eine jetzt erst zufallende Erbschaft mit Recht von Niemandem streitig gemacht werden [z]).

§. 1644. b.

Die andere Hauptfrage, welche bey jedem Falle einer Intestaterbfolge beantwortet werden muß, betrifft die Art der Erbfolge, nach welcher zu bestimmen ist, wie viel der Intestaterbe in jedem einzelnen Falle bekommt. Einige Rechtsgelehrte nehmen hier nur zwey Arten der Intestaterbfolge an, und sagen: omnis successio fit vel in capita, vel in stirpes. In capita succeditur, vbi hereditas in tot partes aequales diuiditur, quot sunt personae, quae succedunt. In stirpes succeditur, cum plures vnius locum repraesentant, tantumque simul capiunt ex hereditate defuncti, quantum is, in cuius locum subrogantur, habuisset [a]). Diese behaupten, daß auch bey den Großeltern, so wie bey den Enkeln, eine successio in

z) C. F. Seeger Diss. de hereditate religioso post mutationem religionis delata, sub Praes. God. Dan. Hoffmann def. Tubing. 1775.

a) Val. Forster de hered. quae ab intestato deferuntur, Lib. III. cap. 34. Lib. VII. cap. 4. concl. III. nr. 5.

in stirpes statt finde. Die Behauptung ist offenbar unrichtig, weil diejenigen, welche auch bey den Ascendenten eine successio in stirpes annehmen, gleichwohl die successio in stirpes mit dem iure repraesentationis für einerley halten, ohne zu bedenken, daß bey den Ascendenten kein Repräsentationsrecht statt findet. Noch unrichtiger ist es, wenn diese Rechtsgelehrten, welche den Ascendenten eine successio in stirpes zuschreiben, ihnen dennoch das Repräsentationsrecht ausdrücklich absprechen [b]).

Die berühmtesten Rechtsgelehrten nehmen drey Arten, wie succedirt wird, an, nach den Köpfen, nach den Stämmen, nach den Linien. Nach den Köpfen wird succedirt, wenn die Erbschaft nach der Anzahl der succedirenden Personen vertheilt wird. Nach den Stämmen wird succedirt, wenn einer oder mehrere, vermöge des Repräsentationsrechts, succediren, und diese zusammen das Erbtheil erhalten, welches ihr verstorbener Parens bekommen hätte, wenn er noch lebte. Nach den Linien wird succedirt, wenn die Erbschaft unter die Ascendenten des Verstorbenen dergestalt vertheilt wird, daß die eine Hälfte auf die väterliche, die andere Hälfte aber auf die mütterliche Linie fällt. Diese Successionsart wird auch successio in genera genennt [c]).

Diese Theorie ist 1) mangelhaft, schreibt Hr. Hofrath Glück a. a. O. S. 77. Offenbar setzen die angegebenen Successionsarten den Fall voraus, daß mehrere Erben vorhanden sind. Deswegen heißt es in Gesetzen [d]) ausdrücklich: hereditas *diuiditur* in capita, hereditas diuiditur in stirpes, ex aequo inter ascendentes hereditas diuiditur,

b) Forster l. c. Lib. VII. cap. 4. concl. V. nr. 23.

c) Voet h. t. nr. 4. Guil. Ranchinvs de success. ab intest. cap. III. §. 10. Koch de succ. ab intest. §. 13. Hofacker Princ. Iur. ciuil. Tom. II. §. 1414. 1415. Höpfner im Comment. §. 682.

d) §. 6. Inst. de hered. quae ab int. §. 4. Inst. de legit. agnat. succ. Lib. 2. §. 2. D. de suis et legit. Novella 118. cap. 1 et 2.

ditur, vt dimidiam partem omnes paterni ascendentes, quotcunque illi sint, accipiant, reliquam vero dimidiam ascendentes materni. Nun ist aber der Fall nicht selten, daß nur einer allein succedirt. Könnte also anders nicht, als entweder in capita, oder in stirpes, oder in lineas succedirt werden, so müßte man entweder behaupten, einer allein könne nie ab intestato succediren, oder es müßte auch dann immer eine von jenen Successionsarten statt finden, wenn gleich nicht mehr als ein Erbe vorhanden ist. Ersteres hat noch Niemand behauptet, und letzteres wäre lächerlich, wenn es Jemand behaupten wollte; denn wo keine Theilung der Erbschaft geschieht, da kann unmöglich eine von jenen Successionsarten statt finden [e]). Die gewöhnliche Vorstellung von den verschiedenen Successionsarten ist ferner auch deswegen mangelhaft, weil sie nicht alle Fälle bestimmt; denn bisweilen wird in Gesetzen angegeben, wie groß der Erbtheil ist, ohne daß eine von jenen Successionsarten eintritt, wie wir bald sehen werden.

2) Sind die gewöhnlichen Begriffe unrichtig; denn

a) geschieht nicht alle successio in stirpes nach dem Repräsentationsrechte. Gewiß ist es zwar, daß, wenn ex iure repraesentationis succedirt wird, jederzeit die successio in stirpes statt findet; allein es kann letztere auch eintreten, wo aus einem eigenen Rechte, iure proprio, succedirt wird. So succediren z. B. Kinder und Enkel des Erblassers ohne Zweifel, iure proprio, und doch in stirpes [f]).

b) Hätte bey dem Begriff der successionis in lineas ein wesentlicher Umstand nicht unbemerkt bleiben sollen, nämlich, daß die Großeltern beyder Linien gleichen Grades seyn müssen.

Will

e) Arn. Rotgersius in apod. demonst. Lib. I. de succ. legit. cap. VII. §. 49. pag. 263.

f) §. 6. et vlt. Inst. de hered. quae ab int. def. Kind in quaest. for. Tom. III. cap. 6. pag. 65.

Will man die Art, wie in eine Erbschaft ab intestato succedirt wird, richtiger festsetzen, so muß unterschieden werden, ob nur **Ein** Erbe da ist, oder ob **mehrere** Erben vorhanden sind.

I. Wenn nur **Ein** Erbe vorhanden ist, so bekommt dieser die ganze Erbschaft allein, er bekomme sie nun entweder, weil er der nächste ist, oder weil er der einzige und letzte Intestaterbe ist [g]). Man kann diese Erbfolge successio in allem nennen. Wer die Erbschaft ganz allein bekommt, succedirt immer aus eigener Person und aus eigenem Rechte, das heißt, er verdankt sein Erbrecht dem Gesetz unmittelbar, ohne daß es mit dem Rechte einer andern Person in Verbindung steht, welche er, um succediren zu können, repräsentiren müßte [h]).

II. Sind **mehrere** Erben da, so giebt es vier verschiedene Arten, wie ab intestato succedirt werden kann; es wird nämlich entweder nach den Köpfen, in capita, oder nach den Stämmen, in stirpes, oder nach den Linien, in lineas, oder nach andern gesetzlich bestimmten Theilen, in alias certas ac legitimas partes, succedirt.

1) Nach den Köpfen wird succedirt, wenn die Erbschaft unter mehrere Miterben, die alle aus eigenem Rechte succediren, dergestalt vertheilt wird, daß jeder derselben einen gleichen Antheil von der ganzen Erbschaft erhält. Eine solche Portion, die bey der Intestaterbfolge einer wie der andere von der Erbschaft aus eigenem Rechte bekommt, wird portio virilis genennt. Diese successio in capita hat das Unterscheidende, daß sie in allen Klassen der Intestaterbfolge statt haben kann, es sey von der Succession der Descendenten, oder der Ascendenten, oder der Seitenverwandten die Rede. Daß die Personen, welche in capita succediren, in gleichem Grade verwandt seyn müssen, ist nicht wesentlich nothwendig; denn auch die Eltern des Verstorbenen succe-

g) Rotgersius l. c. cap. V. §. 5. sqq.

h) Rotgers. l. c. cap. VII. §. 56. Sam. Fr. Boehmer D. de nepot. ano iure propr. succedent. §. 9.

succediren nach der 118. Novelle Kap. 2. mit den leiblichen Geschwistern in capita.

2) Nach den Stämmen wird succedirt, wenn bey der Vertheilung der Erbschaft so viel gleiche Theile gemacht werden, als diejenigen, welche succediren, unter sich Stämme ausmachen. Daher erhalten diejenigen sämmtlichen Descendenten, welche von einem gemeinschaftlichen Vater oder Mutter abstammen, nur eine Portion, und zwar diejenige, welche ihr verstorbener Parens erhalten hätte, wenn er noch lebte; ja es bekommt wohl auch ein einzelner Abkömmling von mehrern Stämmen mehrere Portionen. Diese Art der Erbfolge, welche in Gesetzen [i]) eine successio ex stirpibus genennt wird, setzt also

a) das Daseyn mehrerer Stämme voraus; es sey nun, daß Enkel von mehrern verstorbenen Kindern des Erblassers, oder Kinder von mehrern verstorbenen Brüdern oder Schwestern desselben vorhanden sind. Wenn also blos Enkel von einem verstorbenen Sohn oder Tochter da sind, so findet keine successio in stirpes, sondern in capita statt [k]). Wenn auch sechs und mehr Enkel da seyn sollten, so machen sie doch alle zusammen nur einen Stamm aus; es kann also hier deswegen keine successio in stirpes eintreten, weil dazu wenigstens zwey stirpes erfordert werden. Diese Regel hat auf die Berechnung des Pflichttheils einen wichtigen Einfluß.

b) Die successio in stirpes tritt ein, die Miterben mögen in gleichen, oder in verschiedenen Graden mit dem Verstorbenen verwandt seyn; sie mögen aus einem eigenen Rechte, oder vermöge der Repräsentation succediren. Hinterläßt also der Verstorbene theils Kinder, theils Enkel von einem verstorbenen Sohne, oder einer verstorbenen Tochter, so wird hier nicht in capita succedirt, sondern in stirpes [l]).

Gleiche

i) L. 2. C. de suis et legit. hered.

k) Berger Oecon. iur. Lib. II. Tit. IV. thes. 37. not. 3.

l) §. 6 et vlt. Inst. de hered. quae ab int. defer.

Gleiche Grundsätze gelten, wenn Jemand einen Bruder und Kinder von einem verstorbenen Bruder hinterlassen hat. Diese Bruders Kinder machen, so wie in jenem Falle die Enkel, nur einen Stamm aus; eine successio in stirpes aber läßt sich ohne das Daseyn mehrerer Stämme nicht denken; der Bruder des Verstorbenen bildet daher den andern Stamm.

c) Die successio in stirpes findet bey den Descendenten des Erblassers bis ins Unendliche, folglich ohne allen Unterschied des Grades statt, also nicht blos bey Enkeln, sondern auch bey Urenkeln und Ururenkeln [m]). Diejenigen Rechtslehrer haben die Sache falsch vorgetragen, welche behaupten, eine successio in stirpes gehe nur bis auf die pronepotes. Der Grund, daß unter Descendenten auf keine Proximität, sondern blos auf die Stämme gesehen wird, und also die Enkel eines Stammes der Natur und Billigkeit nach nicht mehr bekommen können, als ihr Parens erhalten hätte, wenn er noch lebte, findet bey allen, und selbst den entferntesten, Descendenten statt. Bey Seitenverwandten erstreckt sich die successio in stirpes nicht weiter, als so weit das Repräsentationsrecht statt findet.

d) Obgleich die Wirkung der Erbfolge nach Stämmen sich deutlicher zeigt, wenn Enkel von verschiedenen Stämmen, oder Kinder von verschiedenen verstorbenen Geschwistern, in so fern letztere, vermöge des Repräsentationsrechts, succediren, in ungleicher Zahl vorhanden sind, daher auch die Gesetze [n]) dieses Falles nur allein Erwähnung thun; so ist doch deswegen der Fall, wo diese Personen der Zahl nach gleich sind, von dieser Art zu succediren nicht ausgeschlossen. Man nehme an, A. hat von seinem verstorbenen Sohn B. zwey Enkel, den C. und D., von seinem

m) §. 6 et 16. Inst. de hered. quae ab int. def. Nov. 118. cap. 1.

n) §. 6 et vlt. Inst. de hered. quae ab intest. defer. L. 2. C. de suis et legit. liber.

nem verstorbenen Sohn E. aber die Enkel F. und G. als seine Intestaterben hinterlassen; so findet hier doch ohne Zweifel die Succession nach Stämmen statt. Die Erbschaft wird zwar hier, wie bey der Erbfolge nach Köpfen, in vier gleiche Theile getheilt; allein der Unterschied der Erbfolge in stirpes bleibt doch wenigstens in Rücksicht des iuris accrescendi von großer Wichtigkeit. Fällt einer von den Enkeln weg, so accrescirt dessen Antheil blos denjenigen, welche mit ihm von demselben Parens abstammen, und nicht den übrigen Enkeln o).

e) Es kann bey der Erbfolge nach Stämmen der Fall eintreten, daß ein Enkel von mehrern Stämmen abstammt. Weil nun hier die Erbschaft nach den Stämmen vertheilt wird, so bringt es die Natur der Sache mit sich, daß ein solcher Enkel mehrere Portionen zugleich erhält.

3) Nach den Linien wird succedirt, wenn so viel gleiche Theile der Erbschaft gemacht werden, als verschiedene Linien von Ascendenten vorhanden sind, welche im zweyten oder entferntern, oder doch im gleichen Grade mit dem Erblasser verwandt sind, so daß also die eine Hälfte an die väterliche, die andere an die mütterliche Linie fällt. In Gesetzen wird die Benennung successio in lineas nicht gebraucht p). Diese successio in lineas findet 1) blos bey Ascendenten statt, und zwar 2) bey solchen, die im zweyten oder entfernten Grade mit dem Erblasser verwandt sind. Sie müssen jedoch 3) gleichen Grades seyn, und auch 4) von beyden Linien, der väterlichen und der mütterlichen. Ist nur eine Linie vorhanden, so tritt die successio entweder in capita oder in assem ein q).

4) Kann endlich bisweilen auch das Gesetz den Theil der Erbschaft bestimmen, den der Intestaterbe bekommen soll, wie die L. 7. C. ad Sctm. Tertull. beweist. Ein anderes

o) Rotgers. de success. legit. cap. VII. §. 74.

p) Novella 118. cap. 2.

q) Rottgersius cit. loco. cap. VII. §. 90.

anderes Beyspiel enthält die Erbfolge der natürlichen, mit einer Concubine erzeugten Kinder [r]); ferner die Erbfolge der armen Wittwe, wenn sie mit ihres verstorbenen reichen Mannes Anverwandten erbt [s]). Zum Beschluß verdient noch bemerkt zu werden, daß zuweilen die Zahl der Stämme und Linien mit der Zahl der Personen übereinstimmen kann, so daß bey der successione in stirpes oder in lineas nicht weniger Theile gemacht werden, als succedirende Personen vorhanden sind. Es kann auch bey der Succession in einen bestimmten Erbtheil bisweilen geschehen, daß dieser nicht weniger beträgt, als jeder der übrigen Miterben bekommt; allein dieses geschieht blos zufälliger Weise, und ändert die Natur der Successionsart nicht [t]).

§. 1644. c.

Die Söhne und Töchter verstorbener Brüder und Schwestern des Erblassers haben ein wichtiges Recht, welches das Repräsentationsrecht genennt wird. Vermöge desselben können sie von des Verstorbenen noch lebenden Geschwistern, welche ihnen sonst, wegen der Nähe des Grades, nach dem alten römischen Rechte [u]) vorgingen, nun nicht mehr von der Erbschaft ausgeschlossen werden, wenn sie gleich entferntern Grades sind. Weil dieses vom Justinian in der 118. Novelle Kap. 3. den Geschwister-Kindern ertheilte Repräsentationsrecht ein eigenes Successionsrecht begründet, welches nicht von dem Ascendenten, dessen Person repräsentirt wird, herzuleiten ist, sondern erst in der Person des Succedirenden seinen Anfang nimmt, so muß die wahre Beschaffenheit dieses Rechts gehörig erklärt werden.

Wie

r) Novella 89. cap. 12. §. 4.

s) Novella 117. cap. 5.

t) Rotgers. cap. 5. §. 13. cap. 7. §. 55.

u) §. 5. Inst. de legit. agnat. success. L. 52. §. 1. D. de suis et legit. hered.

Wie bereits bemerkt worden, findet man in Gesetzen den Ausdruck, ius repraesentationis nicht, sondern die Rechtsgelehrten haben ihn aufgebracht. Justinian hat davon in mehrern Stellen x) geredet, und nach diesen deutlichen Verordnungen haben Kinder verstorbener Geschwister das Recht, oder Privilegium, wie Justinian sagt, vermöge dessen sie in dem Falle, wo sie mit des Erblassers Geschwistern concurriren, an ihrer verstorbenen Eltern Stelle treten, und hierdurch denjenigen Erbtheil bekommen, den ihr verstorbener Vater oder ihre verstorbene Mutter bekommen haben würde, wenn solche noch lebte. Nach diesem Begriffe findet das Repräsentationsrecht

I. nur bey der Erbfolge der Seitenverwandten statt; denn hier kommt es auf die Nähe des Grades an. Enkel bedürfen dieses Privilegiums nicht, um von ihren Großeltern erben zu können, weil in der ersten Successions-Classe der nähere Grad den entferntern nicht ausschließt y). Viele Rechtslehrer sind anderer Meynung, weil sie unter dem Repräsentationsrechte das Recht verstehen, bey der Erbfolge an die Stelle eines verstorbenen Ascendenten einzutreten z).

II. Das Repräsentationsrecht dürfen nur Söhne und Töchter solcher Geschwister des Erblassers brauchen, welche schon vor ihm gestorben sind. Ueberleben ihre Eltern den Erblasser nur einen Augenblick, so wurde ihnen die Erbschaft desselben deferirt, und nun ist von dem Repräsentationsrechte weiter keine Frage; denn hierzu wird schlechterdings erfordert, daß den Geschwisterkindern die Erbschaft selbst angefallen sey. Etwas anders ist es, wenn der Erblasser ein Testament hinterlassen hat, und einer von den Brüdern des Erblassers ist zwar nach dem Erblasser, aber doch noch vor der Zeit gestorben, wo der eingesetzte Erbe die

x) Novella 118. cap. 3. Novella 127.

y) Kind quaest. forens. Tom. III. cap. 6. pag. 62 et 63.

z) Koch de success. ab intest. §. 12.

die Erbschaft ausschlug. In diesem Falle succediren nunmehr des verstorbenen Bruders Kinder nach dem Repräsentationsrechte, weil hier die Nähe der Intestaterben nach der Zeit bestimmt wird, wo es gewiß geworden ist, der Testamentserbe habe die Erbschaft nicht angetreten [a]). Indessen kann den Bruderskindern in einem solchen Falle, wo ihnen kein Erbrecht durch die Repräsentation zusteht, das Transmissionsrecht zu statten kommen, wenn der Ascendent, den sie nun nicht repräsentiren können, während der gebetenen oder gesetzlichen Deliberationszeit gestorben ist [b]). Nach der Verordnung Justinians findet freylich die Justinianeische Transmission nur alsdenn statt, wenn der Erbe den Anfall der Erbschaft erfahren hat; es müssen sich auch seine Erben innerhalb der ihrem Erblasser noch übrig gewesenen Deliberationsfrist erklären, daß sie die Erbschaft annehmen wollen [c]). Einige Rechtsgelehrte haben zu behaupten gesucht, nach der 158. Novelle sey die Wissenschaft des ersten Erben, zur Transmission der Erbschaft ex causa deliberationis nicht schlechterdings nöthig [d]); diese Novelle gehört aber nicht nur zu den nicht glossirten, sondern die Verordnung derselben bezieht sich auch blos auf die L. 18. C. de iure deliberandi [e]). Starb also der Bruder des Erblassers, ehe er den Anfall der Erbschaft erfuhr, oder seine Kinder ließen die ihrem Vater noch zustehende Deliberationszeit vergehen, ohne sich zu erklären, so haben diese Bruderskinder nun weiter keinen Anspruch an der Erb-

 schaft,

a) Gmelin Diss. exhib. histor. repraesentationis ex iure ciuili Rom. §. 4. not. b.

b) L. 19. C. de iure delib.

c) Koch Diss. de herede deliber. §. 14. G. L. Böhmers Rechtsfälle, 2ter Thl. Nr. 127. S. 264. flg.

d) Cocceii in iure contr. Lib. XXIX. tit. 2. qu. 4.

e) Glück in Opusc. iurid. Fasc. III. pag. 203. sqq. Hr. Prof. Thibaut in s. Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Rechts, 2ter Band. 7te Abhandl. S. 184 flg.

schaft, sondern nunmehr tritt das ius accrescendi bey der Intestaterbfolge ein, es müßte ihnen denn die transmissio ex causa restitutionis noch zu Hülfe kommen, welche aber nicht anders ertheilt wird, als wenn absentia rei publicae causa eintritt [f]).

III. Das Repräsentationsrecht können nur allein Söhne und Töchter verstorbener Geschwister ausüben, nicht aber entferntere Descendenten derselben, folglich nicht die Enkel von Geschwistern; und da solches ein Privilegium ist, so darf auch keine Ausdehnung desselben vorgenommen werden, zumal Justinian das Recht so deutlich bestimmt hat [g]).

IV. Justinian hat den Geschwisterkindern das Repräsentationsrecht nur in dem Falle gegeben, wenn sie mit den Geschwistern ihrer verstorbenen Eltern concurriren. Hieraus folgt, daß, wenn keine Geschwister des Verstorbenen in der Classe vorhanden sind, in welcher die Geschwisterkinder zur Succession kommen, die Rechtswohlthat der Repräsentation wegfällt, weil nun der Grund cessirt, aus welchem ihnen Justinian dieselbe ertheilt hat, welcher nämlich darin besteht, daß sie von des Verstorbenen Geschwistern, oder nähern Verwandten, nicht ausgeschlossen werden möchten, von denen sie sonst nach dem ältern römischen Rechte ausgeschlossen wurden. Uebrigens setzt

V. das Repräsentationsrecht als nothwendige Bedingung voraus, daß, wer vermöge desselben succediren will, wirklich Erbe seines verstorbenen Parens geworden seyn müsse, aus dessen Rechte er den verstorbenen Erblasser beerben will. Er muß also nicht nur überhaupt vollkommen erbfähig seyn, sondern auch die Erbschaft seiner Eltern nicht ausgeschlossen haben. Verschiedene Rechtsgelehrte sind zwar der Meynung, daß die Rechtswohlthat des Repräsen-

f) L. 30. pr. L. 86. D. de acquir. vel omitt. hered. Voorda Interpr. II, 20. Böhmer a. a. O. No. 23. S. 265.

g) Novella 118. cap. 3.

präsentationsrechts auch denjenigen zu Statten komme, die nicht Erben desjenigen nähern Anverwandten geworden sind, dessen Stelle sie bey der Erbfolge vertreten; denn es werde nach der Natur dieses Rechts nur der Grad, nicht aber die Person repräsentirt [h]); allein wie kann man in die Rechte eines andern succediren, ohne desselben Erbe geworden zu seyn; wie kann ich blos den Grad repräsentiren, ohne zugleich die Person vorzustellen, die diesen Grad ausmacht [i])?

VI. Da endlich die Bruderskinder, wenn sie ex iure repraesentationis succediren, mehr nicht bekommen, als den Theil der Erbschaft, den ihr Parens bekommen hätte, wenn er noch lebte; so folgt hieraus, daß sie auch gegen die übrigen Miterben das ganze rechtliche Verhältniß anerkennen müssen, in welchem ihr Parens, den sie repräsentiren, gegen die jetzige gemeinschaftliche Erbschaft würde gestanden haben, wenn er den Erbanfall erlebt hätte. Sie müssen sich daher dasjenige anrechnen lassen, was ihr Parens dem Erblosser schuldig war, und hätte derselbe auf die brüderliche Erbschaft Verzicht gethan, so können nun desselben Kinder vermöge des Repräsentationsrechts eben so wenig succediren, als ihr Vater die Erbschaft hätte annehmen können, wenn er am Leben geblieben wäre [k]). Einige Rechtslehrer [l]) sind zwar anderer Meynung; sie werden aber von andern widerlegt [m]).

Bisweilen bekommt ein Intestaterbe mehrere Portionen zugleich, und zwar alsdenn, wenn er auf mehr als

h) GMELIN Diss. cit. de historia repraesent. §. 4.

i) ab ENGELBRECHTEN Exerc. de iure repraesent. in successione et an eodem inprimis nepotes indigeant, Götting. 1751. §. 5. 6.

k) L. 149. L. 177. D. de reg. iur.

l) Ant. FABER in Cod. definit. forens. Lib. II. tit. 3. definit. 1.

m) ab ENGELBRECHTEN Diss. cit. §. 6. Ludolfs systemat. Entwick. der Lehre von der Intestaterbfolge, §. 18. Note c.

eine Art mit dem Erblasser verwandt ist. Es können nämlich

1) verschiedene Arten der Verwandtschaft in einer Person zusammen kommen, nämlich die natürliche, die durch eine wahre rechtmäßige Geburt, und die bürgerliche, die durch die Annahme an Kindes Statt begründet wird. Dieses geschieht, wenn ein Ascendent einen Descendenten adoptirt. Es sind dabey zwey Fälle genau von einander zu unterscheiden:

a) Wenn ein Vater seinen leiblichen Sohn, den er emancipirt hatte, wieder arrogirt. Daß dieß angehe, und der leibliche Sohn dadurch wieder mit seiner Bewilligung in die väterliche Gewalt gebracht werde, ist in Gesetzen n) deutlich enthalten. In einem solchen Falle entsteht keine doppelte Verwandtschaft durch die Adoption; denn die Adoption soll bekanntermaaßen die Natur nachahmen. Daher wird rechtlich fingirt, als ob der Adoptivvater den Adoptivsohn gezeugt habe. Wie kann denn nun aber diese Fiction hier statt finden, wenn der Adoptivvater den Adoptivsohn wirklich gezeugt hat; die Erdichtung muß ja immer der Wahrheit weichen o). Der emancipirte Sohn wird hier so angesehen, als wenn er gar nicht wäre emancipirt worden, folglich bleibt er ein leibliches Kind des Vaters; denn die cognatio naturalis prävalirt hier p).

b) Wenn ein Großvater seinen Enkel adoptirt. Hier tritt eine doppelte Verwandtschaft ein, nämlich mit der natürlichen Cognation vereinigt sich hier die bürgerliche, die durch die Adoption bewirkt wird.

α) Der adoptirende Großvater wird, durch die Adoption seines Enkels, ciuiliter desselben Vater.

β) Der adoptirte Enkel hingegen wird durch die Adoption ciuiliter ein Sohn seines Adoptivvaters.

Es

n) L. 12. L. 41. D. de adopt.

o) L. 23. pr. D. de liber. et postum.

p) L. 8. §. 7. D. de bon. poss. cont. tab.

Es tritt aber hier noch eine andere duplicitas cognationis ein; wenn nämlich die Mutter des adoptirten Enkels noch lebt, so wird diese ciuiliter als die Schwester desselben, und ihr Sohn ciuiliter als ihr Bruder angesehen [q]).

In solchen Fällen, wo die beyden Arten der Cognation, nämlich die natürliche und die bürgerliche, in einer Person zusammen treffen, giebt diese doppelte Verwandtschaft ein Recht, eine doppelte Erbportion zu fordern, so weit nicht die allgemeinen Regeln von der Intestaterbfolge dagegen sind. Es kommt auf folgende Fälle an:

I. Der Großvater stirbt, und der adoptirte Enkel erbt von ihm. Hier können folgende Fälle vorkommen:

a) Die Mutter des Enkels ist todt, es sind aber noch mehrere Enkel von derselben vorhanden. Jetzt erhält der adoptirte Enkel

1. als Adoptivsohn die Hälfte der Erbschaft, die andere Hälfte aber fällt an die Enkel. Von dieser bekommt er nun

2. als leiblicher Enkel wieder seinen Antheil zugleich mit den übrigen Enkeln des verstorbenen Großvaters.

b) Die Mutter des adoptirten Enkels ist noch am Leben. Hier verschafft die cognatio ciuilis keine doppelte Portion, weil ein Enkel, als Enkel, dem Großvater nicht succediren kann, wenn seine Mutter noch lebt; die cognatio ciuilis hat also hier nur die Wirkung, daß der adoptirte Enkel, als Adoptivsohn, zugleich mit seiner Mutter, nicht anders, als wenn er ihr Bruder wäre, dem Großvater succedirt, und also jeder derselben die Hälfte der Erbschaft erhält.

II. Der adoptirte Enkel ist vor dem Großvater verstorben, und hat außer dem Großvater noch leibliche Eltern hinterlassen. Hier succedirt zwar der Großvater, als pater adoptiuus, mit den leiblichen Eltern des adoptirten Enkels, er kann aber in diesem Falle keine doppelte Portion

q) L. 2. §. 19. D. ad Sctm. Tertull.

tion fordern; denn als Großvater schließen ihn die leiblichen Eltern des adoptirten Enkels aus, weil der nähere Ascendent immer den entferntern ausschließt.

2) Kann eine Duplicität der Verwandtschaft eintreten, wenn Jemand in der nämlichen Art der Cognation durch mehrere Generationslinien mit dem Erblasser verbunden ist. Dieser Fall ereignet sich besonders alsdenn, wenn solche Personen einander heyrathen, und Kinder zeugen, die schon vorher Blutsfreunde waren. Diese Duplicität kann aus dem angeführten Grunde

a) unter Descendenten statt finden, wenn Geschwisterkinder einander heyrathen. Man nehme an: A. hat vier Söhne, B. C. D. E.; der Sohn C. hat wieder einen Sohn F. und der Sohn D. eine Tochter G. Diese F. und G. heyrathen einander, und hinterlassen nach ihrem Tode ein Kind H. Dieses Kind ist mit dem verstorbenen A. doppelt verwandt, es ist Enkel von zweyer Söhne Kindern; also durch zwey Stämme mit dem Erblasser verwandt. Da nun bey den Enkeln eine Erbfolge in stirpes eintritt, so bekommt H. eine doppelte Portion, dagegen erhält B. nur ein Viertel und eben so viel auch nur I. und K. nach der Nov. 118. cap. 1.

b) Auch unter Ascendenten kann die angeführte Duplicität vorkommen. Gesetzt, H. hinterläßt zwey Urgroßväter, den B. und C. von denen der B. ein doppelter Ascendent von A, nämlich sowohl von der väterlichen als der mütterlichen Linie ist, dahingegen C. nur ein einfacher, nämlich von der mütterlichen Seite allein ist. B. bekommt hier eine doppelte Portion. Weil nun unter den entferntern Ascendenten der väterlichen und mütterlichen Linie eine Erbfolge nach Linien statt hat, so bekommt B. erstlich als der einzige Ascendent von der väterlichen Linie die eine Hälfte der Erbschaft des H. Da er aber auch ein Ascendent von der mütterlichen Linie ist, so muß B. auch zweytens von der andern Hälfte der Erbschaft des H., welche an die mütterliche Linie fällt, einen gleichen Antheil bekommen; mithin erhält

er

er im Ganzen drey Viertel der Erbschaft, nach der Nov. 118. cap. 2. hingegen C. nur ein Viertel.

c) Kann die doppelte Verwandtschaft unter Seitenverwandten vorkommen, wenn zwey Blutsfreunde einander heyrathen. So ist z. B. B. mit dem A. durch zwey Linien verwandt; denn er ist ein Descendent von zwey Bruder-Kindern des Verstorbenen, einem Bruders Sohn und eines andern Bruders Tochter. Begründet denn auch hier die Duplicität der Verwandtschaft das Recht zu einer doppelten Erbportion? Viele Rechtsgelehrte [r]) haben es behauptet, und nach dieser Meynung, würde in unserm Falle B. zwey Drittel und C. nur ein Drittel der Erbschaft bekommen. Diese Meynung streitet aber wider die Gesetze, weil bey solchen entfernten Seitenverwandten die Erbschaft nach der 118. Nov., Kap. 3. §. 1. bloß nach den Köpfen vertheilt werden soll [s]).

Dieser Beschaffenheit der Sache gemäß, ist

1) anzunehmen, daß das doppelte Verwandtschaftsverhältniß, welches sich auf die Ehe zweyer Verwandten, und die daher rührende Zeugung gründet, nur alsdenn ein Recht zu einer doppelten Erbportion bewirkt, wenn die Erbfolge nach Stämmen oder Linien eintritt. In keine Betrachtung hingegen kommt die Duplicität der Verwandtschaft, wenn nach der Zahl der Personen in capita succedirt wird; denn in diesen Fällen, wo bloß auf die Anzahl der erbberechtigten Personen gesehen wird, hat eine confusio linearum statt [t]).

2) Folgt aus der angeführten Beschaffenheit der doppelten Verwandtschaft, daß diejenigen irren, welche auch bey der Erbfolge der Descendenten nach Stämmen, und bey der Erbfolge der Ascendenten nach Linien, wegen der Duplicität des Stammes oder der Linie, kein Recht zu

r) KOCH de succ. ab intest. pag. 285.

s) HERT. in Paroem. Lib. I. Par. 83. §. 3.

t) Koch Grundlinien einer neuen Theorie von der Succession mehrfacher Verwandten, §. 6.

einer doppelten Erbportion gelten lassen wollen [u]); denn es streitet diese Behauptung mit der wahren Beschaffenheit der Erbfolge nach Stämmen oder Linien [x]).

Endlich ist noch zu bemerken, daß Duplicität der Verwandtschaft, und Duplicität des Bandes zwey ganz verschiedene Dinge sind, welche aber von mehrern Rechtsgelehrten verwechselt worden sind. Die Bandesduplicität tritt blos bey Seitenverwandten ein, und begründet weiter nichts, als ein Vorzugsrecht von den einfachen Verwandten bey der Intestaterbfolge, das sich aber nicht über die Geschwisterkinder erstreckt. Die Duplicität der Verwandtschaft zeigt nur in der absteigenden und aufsteigenden Linie die Wirkung, wo nach Stämmen und Linien succedirt wird.

Bisweilen wird die Erbportion eines Intestaterben dadurch vergrößert, weil das ius accrescendi statt hat. Dieser Fall tritt ein, wenn von denjenigen, welche durch die Gesetze zugleich zur Intestaterbfolge berufen werden, einer oder der andere wegfällt, das heißt, seine Erbportion nicht annehmen kann, oder es nicht will. In dergleichen Fällen wächst der vakante Erbantheil den übrigen Miterben, welche ihrer Seits die Erbschaft angetreten haben, dergestalt zu, daß es deshalb keiner weitern Erklärung bedarf; daher das nämliche Recht auch auf ihre Erben fortgeht, wenn ein oder der andere Miterbe vor der Accretion versterben sollte [y]). Dieses Accrescenzrecht rührt aus der Usualinterpretation der Gesetze der zwölf Tafeln her. Die römischen Rechtsgelehrten zogen aus den Worten der darin vorkommenden Verordnung, agnatus proximus familiam habeto,

u) Brvnnemann Decis. Cent. I. Dec. 21. Matblanc Princ. iur. Rom. sec. ord. Dig. P. I. Lib. I. Tit. 6 et 134.

x) Hr. Hofr. Glück von der Intestaterbf. §. 36.

y) L. 9. D. de suis et legit. hered. §. 4. Inst. de Scto Orphit. Ern. Chr. Westphal Diss. de iure accrescendi inter coheredes, interdum iure non decrescendi, cap. II. Hal. 1761.

habeto, den Schluß, daß, wenn von mehrern Agnaten, denen die Erbschaft zunächst angefallen sey, einer wegfalle, weil er solche z. B. ausgeschlagen habe, die ganze Erbschaft an die übrigen komme. Die Untheilbarkeit der Person des Erblassers, welche der Erbe vorstellt, rechtfertigt diese Auslegung vollkommen. Dieses Accrescenzrecht hatte einen so festen Grund, daß selbst die Lex Papia Poppaea, welche doch das Accrescenzrecht bey testamentarischen Erbschaften auf alle mögliche Weise abzuschaffen suchte, es in diesem Falle nicht einschränkte, daher es zu Paullus Zeiten noch völlig galt [z]). Erst Justinian, welcher die Lex Papia Poppaea bey den testamentarischen Erbschaften aufhob, und das ius accrescendi ganz nach der alten Beschaffenheit herstellte [a]), hat das Accrescenzrecht darin abgeändert, daß, wenn der Erbe innerhalb der Deliberationszeit verstarb, und sein Erbe vor Ablauf derselben dessen Erbtheil annimmt, der dem Verstorbenen deferirt war, nun kein ius accrescendi eintreten solle [b]).

Kommt der Fall vor, daß die Frage entsteht, wie und in wiefern der vakante Erbtheil den Intestaterben, die ihrer Seits die Erbschaft angetreten haben, accresciren, so geht es nach folgenden Regeln.

I. Der Zuwachs geschieht immer nach dem Verhältniß des Erbtheils, den jeder Miterbe, vermöge der Art, wie er succedirt, von der Erbschaft bekommt, eben so, als ob der weggefallene Erbe gar nicht da gewesen wäre. Hätte der verstorbene A. z. B. drey Kinder, B. C. D. hinterlassen, und von einem schon vor ihm gestorbenen Kinde E. drey Enkel, a. b. c. so können folgende Fälle eintreten. —

1) B., einer von den Söhnen des Erblassers, schlägt die Erbschaft aus. Hier accrescirt desselben Erbportion allen übrigen Erben nach den Stämmen; es wird also die erledigte

z) Pavllvs in recept. sent. Lib. IV. Tit. VIII. §. 26.

a) L. vn. C. de caduc. tollend.

b) L. 19. C. de iure delib.

digte Erbportion in drey gleiche Theile vertheilt, wovon C. ein Drittel, der D. ein Drittel und die Enkel a. b. c. zusammen auch ein Drittel bekommen.

2) Einer von den Enkeln fällt weg. Hier wächst sein Erbtheil blos den übrigen Enkeln zu, eben so, als wenn der weggefallene Enkel gar nicht da gewesen wäre [c]).

Sind Enkel von verschiedenen Söhnen vorhanden, und einer von den Enkeln des einen verstorbenen Sohnes fällt weg, so wächst desselben Erbantheil seinen Geschwistern zu, und die Enkel des andern Sohnes bekommen nichts davon [d]). Man nehme also an, A. hinterläßt eine Erbschaft. Seine Söhne B. und C. waren vor ihm gestorben. Der B. hatte zwey Enkel D. und E., der C. hatte auch zwey Enkel F. und G. Schlägt hier D. seinen Erbtheil aus, so fällt solcher ganz allein an den E., der F. und G. aber bekommen nichts davon.

Hat der Erblasser blos Großeltern hinterlassen, und zwar von väterlicher Seite beyde, von mütterlicher Linie aber ist blos die Großmutter da, und diese letzte schlägt ihren Erbtheil aus, so fällt solcher nach gleichen Theilen an die väterlichen Großeltern. Fällt der väterliche Großvater weg, so wächst sein Erbtheil blos der väterlichen Großmutter zu.

Endlich nehme man den Fall an, der Verstorbene hinterläßt Brüder und Schwestern, und von einem verstorbenen Geschwister Kinder. Gesetzt, A. stirbt, hinterläßt den Bruder B., den Bruder C., den Bruder D. am Leben; die Schwester E. und der Bruder F. aber waren vor ihm gestorben. Von der Schwester E. sind zwey Kinder da, G. und H.; und von dem verstorbenen Bruder F. sind drey Kinder da, J., K. und L. Hier sind folgende Fälle genau zu unterscheiden.

1) Einer von den Brüdern des Erblassers, der B. z. B. schlägt seine Erbportion aus. Hier fällt dessen Theil an

c) L. 12. D. de bonor. poss. cont. tab.

d) ROTGERS. apod. demonst. cap. VII. §. 74.

an die übrigen Brüder C. und D. nach den Köpfen, hingegen an die Kinder der beyden verstorbenen Geschwister fällt er, vermöge des Repräsentationsrechts, nach den Stämmen.

2) Eins von den Kindern der verstorbenen Schwester E. ist nicht Erbe geworden. Hier fällt dieses Kindes Erbantheil dem andern Kinde ganz allein zu, also dem H. allein, wenn G. weggefallen ist. Sollten beyde Kinder nicht Erbe geworden seyn, so accrescirt ihre Erbportion dem B. C. D. nach den Köpfen, dem J. K. L. aber nach dem Stamme [e]).

II. Das Accrescenzrecht kommt denen nicht zu statten, deren Erbrecht durch die Gesetze in bestimmte Gränzen eingeschlossen ist, daß es eine angewiesene Portion nicht überschreiten darf, welches z. B. bey natürlichen Kindern der Fall war, jedoch müssen sie diesen bestimmten Theil voll haben [f]). So kann z. B. die arme Wittwe des reichen Erblassers aus der Verlassenschaft ihres gestorbenen reichen Mannes, wenn sie mit seinen Verwandten erbt, nach der 53. und 117ten Novelle niemals mehr, als ein Viertel der Erbschaft bekommen. Das ius accrescendi kömmt ihr daher nur alsdenn zu statten, wenn ihr Viertel nicht voll ist.

III. Ist es gewiß, daß das Accrescenzrecht keinesweges diejenige Art zu succediren ändert, welche bey dem Tode des Erblassers durch den Anfall der Erbschaft einmal begründet worden ist. Hätte also z. B. der Verstorbene einen leiblichen Bruder, und von zwey andern verstorbenen Brüdern Kinder, von denen der eine eines, der andere aber zwey hinterlassen hätte, und der Bruder des Verstorbenen schlägt die Erbschaft aus, so fällt zwar sein Erbtheil an die Kinder des Bruders; keinesweges wird aber durch das ius accrescendi die Erbfolge, die ihnen wegen des hier statt findenden Repräsentationsrechts nach den Stämmen war deferirt worden, in eine Erbfolge nach den Köpfen verwandelt.

§. 1645

e) WESTPHAL cit. Diss. cap. II. §. 7.

f) L. 6. pr. D. de bonor. poss.

§. 1645 — 1649.

Vor allen andern Verwandten succediren nach der 118. Novelle die Descendenten des Erblassers, und diese werden nach der neuen Justinianeischen Intestaterbfolgerung als die erste Classe betrachtet. Sie müssen vor allen Dingen erbfähig seyn, denn diese Eigenschaft haben nicht alle Descendenten. Man unterscheidet hierbey die leiblichen Descendenten von den adoptirten. Jene sind entweder ehelich gebohrne oder unehelich erzeugte, und letztere können entweder legitimirte seyn, oder nicht.

Alle ehelich gebohrne Descendenten haben nach der 118. Novelle ein völlig gleiches Recht zur Intestaterbfolge ihrer Ascendenten, und sie beerben sie ohne Unterschied des Geschlechts und Grades bis ins Unendliche, sie mögen männliche oder weibliche Descendenten seyn, sui oder non sui, in einem nahen oder in einem entfernten Grade verwandt seyn; die non sui mögen von Söhnen oder Töchtern, Enkeln oder Enkelinnen, und so weiter abstammen [g]).

Zu bemerken ist aber hierbey,

1) daß die entfernteren Descendenten nur alsdenn erben, wenn ihnen kein näherer in derselben Linie vorgeht. Ein näherer in einer andern Linie schließt sie nicht aus. Man nehme an: A. stirbt, hinterläßt einen Sohn B. und von diesem einen Enkel C., von einem verstorbenen Sohne einen Enkel D., welcher wieder zwey Kinder hat, E. F., die also Urenkel des A. sind. Auch hinterläßt A. noch einen Urenkel, den G. In diesem Falle succediren B. D. und G. zugleich, obschon B. näher ist als D. und D. näher ist als G. Hingegen erben C. E. F. gar nichts, weil der Vater, der noch lebt, erben will und kann, seine Kinder nach der Nov. 118. schlechterdings ausschließt. Von dem Edikt des Prätors de coniungendis cum emancipato liberis eius kann kein Gebrauch gemacht werden [h]).

2) Ist

g) Nov. 118. cap. 1.

h) Kotgers. l. c. cap. 6. §. 11. pag. 197.

2) Ist zu merken: ob der entferntere Descendent, dem kein näherer in derselben Linie vorgeht, zur Zeit des verstorbenen Ascendenten schon gebohren, oder concipirt war, oder ob er erst nach dem Tode desselben gezeugt worden ist, darauf wird nach der 118. Novelle nicht gesehen. Als suus heres kann zwar ein solcher postumus nie erben, der erst nach dem Tode des Erblassers gezeugt worden ist, weil er nie in der väterlichen Gewalt des verstorbenen Ascendenten war, ja nicht einmal durch eine rechtliche Fiction dafür gehalten werden darf. Deswegen gab ihm selbst der Prätor keine bonorum possessio; denn wenn gleich der Prätor den Unterschied zwischen suis und emancipatis dabey nicht achtete, so befolgte er doch darin das Civilrecht, daß er keinen Descendenten zur Erbfolge admittirte, der nach dem Civilrechte nicht als suus erben konnte. Nach der 118. Novelle sollen die Verhältnisse der väterlichen Gewalt bey der Succession der Descendenten nicht mehr in Betrachtung kommen, sondern blos auf rechtmäßige Abstammung von dem verstorbenen Ascendenten soll gesehen werden; folglich müssen auch solche Enkel den Großvater beerben, die erst nach seinem Tode concipirt worden sind. Man nehme den Fall an, der Vater enterbt seinen Sohn, innerhalb der Deliberationszeit des eingesetzten Erben wird der Enkel gebohren, und nun schlägt der Erbe die Erbschaft aus. Zu der Zeit lebte der enterbte Sohn nicht mehr; und daher erbt, nach der 118. Novelle, der erst nach dem Tode des Großvaters gezeugte Enkel [i]).

3) Wenn gleich der Unterschied zwischen emancipirten Kindern und solchen, die noch in der väterlichen Gewalt stehen, in Rücksicht auf das Successionsrecht derselben nicht mehr in Betrachtung kommt, so muß doch, nach der 118ten Novelle, auf das Verhältniß der väterlichen Gewalt wenigstens alsdenn noch Rücksicht genommen werden, wie der Verstorbene selbst noch der väterlichen Gewalt unterworfen war. In diesem Falle erben zwar seine Kinder von ihm, ohne

i) Voet h. t. §. 6.

ohne Unterschied des Geschlechts und Grades, und schließen den Ascendenten von der Erbfolge aus, dessen väterlicher Gewalt ihr Erblasser unterworfen war; allein dieser Ascendent soll doch den Nießbrauch immer noch behalten, den er bereits beym Leben des Verstorbenen von dessen Vermögen hatte; ja er soll diesen Nießbrauch in dem Falle erst bekommen, wo er ihn nach dem ältern Rechte bekam.

Ist ein Kind noch ungebohren, aber doch zu der Zeit, wo ihm die väterliche Erbschaft zufällt, schon concipirt, so muß bey der Erbfolge auf diesen Embryo Rücksicht genommen werden, weil die Regel eintritt: das noch ungebohrne Kind wird für schon gebohren gehalten, wenn es auf dessen Vortheil ankommt [k]). Es ist jedoch hierbey ein Unterschied zu machen, ob der Embryo, wenn er jetzt schon gebohren worden, allen andern Verwandten des Verstorbenen in der Erbfolge vorgehen würde, oder ob er nur mit andern concurrirt, die mit ihm zu gleicher Intestaterbfolge berechtigt sind. In dem ersten Falle können diejenigen Verwandten, welche jetzt, da der Embryo noch nicht gebohren ist, die nächsten sind, die Erbschaft noch nicht antreten, sondern sie müssen erst den Zeitpunct der Geburt abwarten [l]). Das Erbrecht des entferntern Erben hängt also in diesem Falle noch von der Bedingung ab, ob das noch ungebohrne Kind, wenn es zur Welt kommt, erbfähig seyn wird, oder nicht. Wenn das noch ungebohrne Kind, wiefern es schon gebohren wäre, mit mehrern Erben concurriren würde, so muß dem postumus sein Erbtheil ausgesetzt werden, und zwar eine dreyfache Erbportion, wenn der venter mit den übrigen Erben in capita succedirt. Werden weniger Kinder gebohren, so accrescirt die portio vacans allen Erben pro rata [m]). Diese Rechtswahrheiten hat Justinian nicht aufgehoben, folglich gelten sie noch.

Nach

k) L. 26. D. de statu hominum.

l) L. 30. §. 1. D. de acquir. vel omitt. hered.

m) L. 3 et 4. D. si pars hered. pet.

Nach dem heutigen Gerichtsgebrauch werden Brautkinder den ehelichen Kindern in dem Falle gleich gehalten, wenn sie von gültig verlobten Personen gebohren worden sind, und die Trauung derselben durch den Tod des Bräutigams, oder weil er seine verlobte Braut böslich verließ, gehindert worden ist [n]).

Descendenten aus einem matrimonio putatiuo erben von ihren Eltern eben so gut, wie ganz legitime Kinder, ohne Unterschied des Grades, nicht blos in dem Falle, wenn die vermeynte Ehe von beyden Ehegatten, sondern auch alsdenn, wo sie nur auf Seiten des einen Ehegatten in guter Meynung geschlossen wurde. Hierher gehört der Fall, wenn Personen einander heyrathen, die in einem indispensablen Grade der Blutsfreundschaft mit einander verwandt sind, die aber ganz und gar nichts davon wußten, oder, wenn Jemand, der noch in rechtmäßiger Ehe lebt, aus wahrscheinlichen Ursachen der Meynung gewesen, sein Ehegatte sey todt, und deswegen schritt er zu einer neuen Ehe, oder wenn er es zwar weiß, seine Ehe sey nicht getrennt, er schließt aber doch mit einer solchen Person eine zweyte Ehe, welche von diesem Ehehinderniß schlechterdings nichts wußte [o]). Ob nun gleich eine solche Ehe wegen des derselben entgegen stehenden Ehehindernisses an sich nichtig ist, so werden ihr doch, so lange der Irrthum nicht bekannt geworden ist, wegen des guten Glaubens, das heißt, wegen der nicht zu imputirenden Unwissenheit, worin entweder beyde Ehegatten lebten, oder der eine Theil, die Rechte einer wahren Ehe beygelegt, und deswegen die in dieser Ehe erzeugten Kinder für rechtmäßige eheliche Kinder gehalten [p]), welche nicht nur in Ansehung beyder Eltern, sondern auch in Ansehung der entfernten Ascendenten vollkommen successionsfähig sind, wenn

n) cap. 12. X. qui filii sint legit. KIND quaest. Tom. I. cap. 3. pag. 26.

o) c. 2. §. 14. X. qui filii sint legit.

p) c. 2. §. 14. 15. X. qui filii sint legitimi.

wenn auch gleich nur einer von den beyden Ehegatten in bona fide gewesen ist [q]); nur wird allemal eine wirkliche und förmlich geschlossene öffentliche Ehe vorausgesetzt, welche nach vorhergegangenem öffentlichen Aufgebote durch priesterliche Trauung, und zwar vor dem kompetenten Pfarrer, geschlossen worden ist. Fehlt es an dieser Eigenschaft, so kann die Unwissenheit der Eltern den von ihnen gezeugten Kindern nicht zu statten kommen, sondern solche Kinder sind als illegitime zu beurtheilen [r]); denn die Unwissenheit, worin die Eltern bey einer putativen Ehe lebten, muß eine solche seyn, die ihnen rechtlich nicht imputirt werden kann; offenbar aber würde eine solche Unwissenheit keine rechtliche Entschuldigung verdienen, sondern vielmehr für eingebildet zu halten seyn, wenn mittelst geschehener Unterlassung des öffentlichen Aufgebotes der Gelegenheit ausgewichen worden, das der Ehe im Wege stehende Ehehinderniß in Erfahrung zu bringen [s]). Von einem solchen matrimonio clandestino versteht man gewöhnlich auch das cap. 10. X. qui filii sint legitimi; es handelt aber vielmehr von einer blos vorgeschützten Unwissenheit des gesetzlichen Eheverbotes, welche keine rechtliche Entschuldigung verdient [t]).

Bey der Frage: wie ehelich gebohrne Descendenten succediren, sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Ist nur ein Descendent, es sey Kind, oder Enkel, oder Urenkel u. s. f. vorhanden, so bekommt er die ganze Erbschaft.

2) Sind mehrere Descendenten des ersten Grades da, folglich Söhne und Töchter des Verstorbenen; so erben sie alle

q) G. L. Böhmers Rechtsfälle, 1sten Bandes. 1ste Abth. Nr. 22. Qu. 2. S. 180.

r) c. 2. X. qui filii, cap. 3. §. 1. X. de clandest. desponſ.

s) Pütters Rechtsfälle, 3ten Bandes 1ster Th. CCXLVIII. Resp. §. 37. S. 94.

t) Bernardvs in comment. in ius eccles. Tom. III. Diss. VI. Qu. 2. pag. 171.

alle nach den Köpfen; jedes von den Kindern bekommt also eine portio virilis.

3) Concurriren Söhne und Töchter des Erblassers mit Enkeln, Urenkeln u. s. f. von einem oder mehrern schon vor dem Erblasser verstorbenen Descendenten; so behaupten die mehresten Rechtsgelehrten, Kinder des ersten Grades succedirten nach den Köpfen, die Kinder des folgenden Grades aber nach den Stämmen; allein diese Regel ist wider die Gesetze [u]), wo es heißt, wenn Kinder und Enkel concurriren, so geschieht die Erbfolge nach den Stämmen.

4) Sind blos Enkel von einem verstorbenen Sohne da, oder von einer verstorbenen Tochter, so findet die Erbfolge nach den Köpfen statt.

5) Sind Enkel von verschiedenen Kindern da, so erben sie nach den Stämmen. A. stirbt, und es ist von einem vor ihm verstorbenen Sohn ein Enkel B. da, von einem andern vor ihm verstorbenen Sohne sind zwey Enkel C. und D. da, und von dem dritten vor ihm verstorbenen Sohne leben drey Enkel, E. F. G. Hier wird die Erbschaft des A. in drey gleiche Theile vertheilt, wovon B. einen Theil bekommt, C. und D. den andern Theil, und E. F. und G. den dritten. Einige Rechtsgelehrte haben zu behaupten gesucht [x]), Enkel, wenn sie alle von verschiedenen Kindern abstammten, erbten unter sich nach den Köpfen; diese Meynung streitet aber wider die 118. Novelle Kap. 1., welche eine allgemeine Vorschrift enthält, daß Enkel in stirpes succediren sollen, ohne einen Unterschied zu machen, ob neben ihnen auch Söhne und Töchter des Verstorbenen vorhanden sind, oder nicht. Damit ist ein anderes Gesetz [y]) zu vergleichen, wo es heißt: nepotibus ex diuersis filiis varii numeri auo succedentes ab intestato, non pro virilibus portionibus, sed ex stirpibus succedunt. Wollte

u) §. 6. et vlt. Inst. de hered. quae ab intest. defer.

x) von Cramers akademische Reden, 2. B. Tit. 30. §. 6.

y) L. 2. C. de suis et legit. hered.

man jene Stelle der 118. Novelle blos auf den Fall einschränken, wenn Enkel mit Kindern des Verstorbenen concurriren, und also in dem Falle, wo Enkel allein vorhanden, eine Erbfolge nach Köpfen statuiren, so müßte Justinian dieses Gesetz der Kaiser Diocletian und Maximian hier aufgehoben haben; davon steht aber kein Wort in der 118. Novelle. Es läßt sich dieses auch nicht einmal präsumiren, weil sonst dieses Gesetz mit sich selbst streiten würde; denn sollten die Enkel in dem bemerkten Falle nach den Köpfen erben; so würden sie öfters einen größern oder geringern Theil der Erbschaft bekommen, als ihr verstorbener Parens erhalten hätte, wenn er noch lebte. Man kann auch gar nicht annehmen, der Kaiser habe alle ältern Gesetze durch seine neuen aufgehoben, sondern in dem Eingange der 118. Novelle erklärt er deutlich, blos diejenigen alten Gesetze wolle er nicht weiter gelten lassen, worin ein unbilliger Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten angenommen sey [z]).

Hier kommt die sehr wichtige Frage vor: aus welchem Grunde Enkel ihre Großeltern beerben? Die Rechtsgelehrten theilen sich bey Beantwortung dieser Frage in drey Partheyen. Die mehresten Rechtsgelehrten sagen, die Enkel erben aus einem von ihren verstorbenen Eltern auf sie transferirten Rechte; oder mit andern Worten: Enkel succediren ihren Großeltern, vermöge des Transmissionsrechts [a]). Die übrigen zu dieser Parthey gehörenden Rechtsgelehrten nehmen an, die Enkel succedirten ihren Großeltern durch das Repräsentationsrecht [b]). Sie behaupten, das Repräsentationsrecht finde in der Classe der Descendenten bis ins Unendliche statt. Einen Hauptbeweis nehmen sie aus der 118ten

z) Hr. Hofr. Glück von der Intestaterbf. S. 291.

a) Io. Aug. Hellfeld Diss. de transmissione iuris succedendi antecessoris morte non delati, Ienae 1772. cap. II. §. 16. Fr. Becmannorvm Consilia et Decisiones, Part. II. Cons. XLVII. nr. 9. pag. 34.

b) Walch introd. in cont. iur. Sect. II. cap. 4. mbr. 5. §. 7 et 8. Koch succeff. ab intestato, §. 22.

118ten Novelle Kap. 1., wo es heißt: nepotes *in proprii parentis* locum succedere, tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticumque sint, quantam eorum parens, si viueret, habuisset.

Die andere Parthey behauptet, Enkel, Urenkel, u. s. f. succedirten ihren Großeltern, Urgroßeltern, u. s. f. aus einem eigenen Rechte [c]).

Die dritte Parthey macht einen Unterschied zwischen der Repräsentation in Rücksicht des Grades, und der Repräsentation in Rücksicht der Person, und behauptet, daß die Enkel, welche die Großeltern beerben, ihre Eltern zwar nicht in Ansehung der Person, aber doch in Rücksicht des Grades repräsentiren [d]).

Unter diesen verschiedenen Meynungen verdient die Behauptung derjenigen Rechtsgelehrten wohl den Vorzug, welche sagen, Enkel succediren ihrem Großvater aus einem eigenen Rechte, und keinesweges iure repraesentationis. Nach dem ältern Civilrecht erbten Enkel, welche von Söhnen des Erblassers rechtmäßig abstammten, und zur Zeit seines Todes unmittelbar unter seiner Gewalt standen, als sui heredes. Enkel, welche von Töchtern abstammten, succedirten zwar, als Cognaten, nach den Gesetzen der zwölf Tafeln nicht; allein die Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius gaben ihnen ein Erbrecht, vermöge dessen sie nun auch ihren mütterlichen Großeltern succediren konnten, und wenn sie sich gleich in dem Falle, wo sie mit gesetzlichen oder prätorischen Erben concurrirten, nach dieser Verord-

c) de Boehmer Diss. de nepotibus auo iure proprio succedentibus, Frf. ad Viadr. 1762. Chr. Aug. Günther in Exercit. de nepote non conferente, Helmst. 1796. §. 5. Io. Ad. Theoph. Kind Quaest. forens. Tom. III. cap. 6. pag. 61. sqq. Höpfner im Comment. über die Instit. §. 682. Not. 1. S. 734. der siebent. Ausgabe.

d) Carpzov Iurispr. forens. Part. III. Const. XI. Def. 33. nr. 8. sqq. Gebh. Christ. Bastineller Diss. de nepote a patris collatione libero, Viteb. 1745. §. 15.

nung e) einen Abzug gefallen lassen mußten, so änderte doch Justinian auch dieses wieder, schon vor der Publikation der 118ten Novelle, zu ihrem Vortheil ab f). Den emancipirten Enkeln, welche nach dem alten Civilrechte auch nicht succedirten, gab der Prätor die bonor. poss. ex edicto vnde liberi. So gründete sich also schon vor der 118ten Novelle die Succession der Enkel auf die Verordnung der Gesetze, und bedurfte um so weniger eines vermeyntlichen Repräsentationsrechts, da sie auf ihrem besondern Grunde, nämlich der Suität, oder einer unmittelbaren Verordnung der neuern Civilgesetze, oder dem Edikt des Prätors, beruhete, wie mehrere Gesetze g) beweisen.

Nun hat zwar Justinian in der 118. Novelle Kap. 1. den Unterschied zwischen solchen Descendenten, die noch in der väterlichen Gewalt des Erblassers waren, und den emancipirten Kindern, in Absicht auf das Recht zur Intestaterbfolge aufgehoben; allein darin, daß Enkel nicht ex persona et iure parentum praemortuorum, sondern aus einem eigenen Rechte succediren, hat Justinian nichts geändert. Das Repräsentationsrecht, welches Justinian in der 118ten Novelle Kap. 3. eingeführt hat, erstreckt sich blos auf die Söhne und Töchter verstorbener Geschwister, denen daselbst das Privilegium ertheilt worden ist, vermöge dessen sie ex iure et persona parentum praedefunctorum zugleich mit den Geschwistern des Erblassers ihrem Onkle oder ihrer Tante ab intestato succediren können. Dieses Recht läßt sich auf Enkel, welche ihre Großeltern beerben, auf keine Weise anwenden; denn der Grund jener Wohlthat beruhet in der Strenge des Antejustinianeischen Rechts, nach welchem es bey der Erbfolge der Seitenverwandten lediglich auf die Nähe des Grades ankam, daher die Geschwister des Ver-

e) L. 9. C. de suis et legit. hered. L. 4. Cod. Theod. de legit. hereditat.

f) L. 12. C. de suis et legit. liberis.

g) §. 15. Inst. de hered. quae ab intestato defer. L. 3. C. de suis et legit. hered.

Verstorbenen die Kinder ihrer verstorbenen Brüder, als entferntere Verwandten, schlechterdings ausschlossen h). Diese Strenge milderte Justinian zum Vortheil der Geschwisterkinder, indem er sie mit Hülfe jener Rechtswohlthat zur Erbfolge auch in dem Falle zuließ, wenn sie mit des Verstorbenen Geschwistern concurrirten, so daß sie nun nicht mehr ausgeschlossen werden können, wenn sie gleich entferntern Grades sind. Das Repräsentationsrecht setzt also immer eine solche Successionsordnung voraus, wo es auf die Nähe des Grades ankommt, und der Nähere den Entferntern ausschließen kann; dieß ist nun aber bey der Succession der Descendenten nicht der Fall. Justinian sagt ausdrücklich in der 118. Novelle Kap. 1. in hoc ordine gradum quaeri volumus; und in dem §. 6. Inst. de heredit. quae ab int. defer. heißt es: cum filius filiaue et ex altero filio nepos neptisque exiſtunt, pariter ad hereditatem aui vocantur, nec qui gradu proximior est, vlteriorem excludit. Können also bey der Descendentenerbfolge die Entferntern von den Nähern ohnehin nicht ausgeschlossen werden, wenn ihnen nur kein Näherer in derselben Linie vorgeht; so bedürfen sie auch keines Repräsentationsrechts. Nun sagt zwar freylich Justinian in der 118. Novelle Kap. 1. nepotes in sui parentis locum succedere; allein daraus läßt sich noch kein Repräsentationsrecht herleiten; denn eine succeſſio in alterius locum kann auch ohne Repräsentation statt finden, wie die Substitution der Erben beweist. Justinian will also nur so viel sagen, daß die Enkel, welche von einem verstorbenen Sohne oder Tochter abstammen, zusammen mehr nicht als einen Erbtheil, nämlich diejenige Portion bekommen sollen, welche ihr verstorbener Vater bekommen haben würde, wenn er noch lebte. Dieß stimmt mit der Natur der Sache überein; denn wenn gleich das Recht der Erbfolge den Enkeln ein für allemal in den Gesetzen angewiesen ist, so können ihnen doch die Gesetze nicht mehr Recht geben, als ihre Eltern selbst hatten.

h) §. 5. Inst. de legit. agnat. succ.

Inde conueniens esse visum est, sagt Justinian [i]), non in capita, sed in stirpes, hereditatem diuidi. Diese successio in stirpes zeigt also nur den modum succedendi an, keinesweges aber den Grund oder das Recht zu succediren selbst; sie setzt daher nicht nothwendig ein Repräsentationsrecht voraus, sondern kann statt finden, wo auch iure proprio succedirt wird.

Herr Kanzler Koch hat behauptet [k]), es sey ein unnützes Wortspiel, ob man sage, die Enkel succediren iure proprio, oder iure repraesentationis, weil sie doch in dem einen Falle nicht mehr, als in dem andern erhielten, und immer nur in stirpes succedirten. Diese Behauptung verwirft Hr. Hofr. Glück von der Intestaterbfolge, S. 296, deswegen, weil andere sehr wichtige praktische Folgen daraus herrühren; und zwar

1) diese, daß Enkel ihren Großvater auch dann beerben, wenn sie gleich nicht Erben ihrer Eltern geworden sind. Dieses ließe sich aber nicht denken, wenn die Enkel durch das Repräsentationsrecht succedirten, weil es einen Widerspruch enthält, die Person eines andern bey der Erbfolge zu repräsentiren, und gleichwohl nicht dessen Erbe seyn wollen [l]).

2) Daß den Enkeln die von ihren Eltern auf die großväterliche Erbschaft geschehene Verzichtleistung nichts schadet, wenn die Eltern eher gestorben sind als die Großeltern, gesetzt auch, daß erstere für sich und Namens ihrer Kinder Verzicht geleistet hätten, nur müssen die Enkel nicht ihrer Eltern Erben geworden seyn [m]).

Sind

i) §. 6. Inst. de hered. quae ab intest. defer.

k) Hr. Kanzl. Koch in den Grundlinien einer neuen Theorie von der Succession mehrfacher Verwandten, Giessen 1798. in der 1sten Anmerk. S. 12.

l) de Boehmer Diss. cit. §. 14.

m) Voet h. t. §. 6. Wernher Obs. Tom. II. Part. X. Obs. 494. Kind Quaest. forens. Tom. III. cap. 6. pag. 66 sqq.

Sind Kinder aus verschiedenen Ehen vorhanden, so ist entweder eine Einkindschaft geschlossen worden, wodurch die Stiefkinder in Rücksicht der künftigen Erbfolge die Rechte wirklicher Kinder bekommen haben; oder dieses ist nicht geschehen. Im ersten Fall erben die Stiefkinder eben so gut, wie die wirklichen rechten Kinder, nach dem Einkindschaftsvertrage. Im letzten Falle aber erben, mit Ausschließung der Stiefkinder, nur diejenigen Kinder allein, welche von dem verstorbenen Ascendenten abstammen, ohne darauf zu sehen, aus welcher Ehe sie herrühren, aus der ersten, zweyten, dritten, u. s. f. Man nehme an, die Wittwe B. hatte den Wittwer C. geheyrathet. Stirbt dieser ab intestato, so succediren ihm nicht nur die Kinder der ersten Ehe I. und K., sondern auch die Kinder der zweyten Ehe G. und H. Aber E. und F. erben nicht, weil sie Stiefkinder sind. Wenn die B. stirbt, so erben blos ihre rechten Kinder E. F. G. H. von ihr, aber die Stiefkinder I. und K. erben nichts.

Zu bemerken ist hierbey, daß die Kinder der ersten Ehe dasjenige Vermögen zum Voraus bekommen, welches der verstorbene gemeinschaftliche Ascendent von seinem verstorbenen ersten Ehegatten geerbt, oder sonst durch dessen Freygebigkeit erhalten, und wovon derselbe durch seine zweyte Verheyrathung schon bey seinem Leben das Eigenthum verlohren hatte. Sie erhalten jedoch diese Güter nicht sowohl als Erben des verstorbenen Parens iure successionis, sondern sie behalten solche als Eigenthümer iure consolidationis, weil der Nießbrauch, welcher dem verstorbenen Ascendenten bey seinem Leben davon gebührte, und durch den Tod desselben geendigt wird, nun wieder mit der Proprietät zusammen kommt. Die L. 3. C. de sec. nupt. redet zwar blos von der Mutter, allein durch ein Gesetz der Kaiser Theodos und Valentinian [h]) wurde die Verordnung auf den in die zweyte Ehe tretenden Vater

h) L. 5. Cod. de sec. nupt.

ausgedehnt, und Justinian bestätigte diese Einrichtung o). Zu dem, was die Kinder der ersten Ehe zum Voraus erhalten, gehört aus dasjenige, was der verstorbene Parens von einem Kinde der ersten Ehe zugleich mit den übrigen Geschwistern desselben ab intestato geerbt, und wovon der Verstorbene durch den Uebergang zur zweyten Ehe die Proprietät in dem Falle verlohren hatte, da das Vermögen des beerbten Kindes von dem zuerst verstorbenen Parens herrührt. Zwar wird in der 22ten Novelle Kap. 46. nur von der Mutter geredet, daher auch viele Rechtsgelehrte dieses Gesetz blos auf die Mutter einschränken, und den Vater nicht darunter ziehen wollen p); aber in der Praxis wendet man jene Verordnung wegen Gleichheit des Grundes auch auf den Vater an q). Diese Entscheidung ist selbst nach der Theorie richtig, weil Justinian den Vater in der Novelle 22. Kap. 46. deswegen nicht erwähnen konnte, weil er damals noch gar kein Intestaterbfolgerecht mit den Geschwistern des verstorbenen Kindes hatte, sondern dieses erst in der 118ten Novelle bekommen hat.

Diese Verordnungen sind nicht, wie verschiedene Rechtsgelehrte haben beweisen wollen, durch das kanonische Recht abgeschafft worden, sondern gelten noch bey uns r). Falsch ist es auch, wenn einige Rechtsgelehrte diese Vorschrift des römischen Rechts auf unsere statutarische Portion des in der zweyten Ehe verstorbenen Parens ausdehnen wollen, wie Hr. von Leyser und von Pufendorf s) gethan haben; denn diese Portion gründet sich auf eigene Ursachen des teutschen Rechts, und gehört dem überlebenden Ehegatten ohne Rück-

o) Novella 22. cap. 23.

p) Fachinaeus in controu. Lib. III. cap. 64.

q) Hofacker Princ. iur. Rom. Tom. I. §. 514.

r) Koch de succ. ab intest. §. 24. not. 16. pag. 65.

s) Leyser Spec. 300. Med. 6. de Pvfend. Obs. Tom. I. Obs. 23.

Rückfall, er mag zur andern Ehe schreiten oder nicht [t]). Da übrigens die angeführten Verordnungen blos das Beste der Kinder aus der erstern Ehe zum Zweck haben, so verliehren sie ihre Wirkung, wenn sämmtliche Kinder der ersten Ehe, vor dem zur zweyten Ehe übergegangenen Ascendenten sterben, ohne Kinder zu hinterlassen. Die verlohrne Proprietät kehrt nun ipso iure wieder an den parens binubus zurück, und wird mit dem Nießbrauch consolidirt. Hätte daher dieser Parens Etwas von diesen Gütern veräußert, deren Eigenthum er durch den Uebergang zur andern Ehe verlohren hatte, so erlangt diese Alienation nunmehr ihre volle Kraft [u]); dahingegen kann der heres extraneus, der von einem solchen Kinde durch das Testament ernannt worden, keinen Anspruch auf diese Art Güter machen [x]). Endlich ist auch zu bemerken, daß in dem Falle, wo die Kinder der erstern Ehe dasjenige Vermögen zum Voraus erhalten, welches ihr verstorbener Parens durch Eingehung der zweyten Ehe verlohren hatte, auch den Kindern der zweyten Ehe dagegen alles dasjenige Vermögen allein gehört, was der gemeinschaftliche Parens aus dem Vermögen des verstorbenen zweyten Gatten lucrirt hat, wenn solcher auch nicht zu einer andern Ehe geschritten wäre [y]).

Hinterläßt der Verstorbene uneheliche Kinder, so sind sie entweder legitimirt worden, oder nicht. Im ersten Falle muß unterschieden werden, ob sie durch die nachfolgende Ehe der Eltern die Rechte ehelicher Kinder bekommen haben, oder durch ein fürstliches Rescript. Kinder, die

t) Stryck de succ. ab intest. Diss. I. cap. II. §. 8.

u) L. 3. §. 1. C. de sec. nupt. Nov. 22. cap. 26.

x) Koch l. c. pag. 60.

y) L. 4. §. 6. C. de sec. nupt. Nov. 98. cap. 1. Ios. Mar. Schneidt spec. de successione descendentium ex diuersis matrimoniis natorum iuxta ius Roman. et Francon. Wirceb. 1799.

die durch die Ehe legitimirt worden sind, erben von ihren beyden Eltern eben so gut, als Kinder aus einer gleich anfangs rechtmäßigen Ehe. Es wird auch kein Unterschied gemacht, ob neben solchen legitimirten Kindern noch andere ehelich gebohrne Kinder da sind, oder nicht, und ob jene in der nachfolgenden Ehe, oder in einer andern rechtmäßigen Ehe erzeugt worden sind, worin der Vater lebte, ehe er die Mutter der unehelichen Kinder heyrathete. Die durch eine nachfolgende Ehe legitimirten Kinder, succediren mit den von ihrem Vater ehelich erzeugten Kindern auf gleiche Weise [z]). Bloße Sponsalien sind zur Legitimation nicht hinreichend [a]), wenn gleich Hr. Hofr. Hommel und Hr. Kanzler Koch dieses behaupten. Wahr ist es, daß heut zu Tage auch solche Kinder, die im Ehebruch gezeugt worden sind, durch die nachfolgende Ehe der Eltern mit der Wirkung legitimirt werden können, daß sie beyden Eltern succediren, wenn es nur angeht, daß die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin nach den Gesetzen eingegangen werden darf. Eben dieses gilt auch nach kanonischen und heutigen Gesetzen von solchen Kindern, die in einem Incest erzeugt worden sind, wenn die geschlossene Ehe der Eltern durch erhaltene Dispensation eingegangen worden ist [b]).

Geschahe die Legitimation unehelicher Kinder durch ein landesherrliches Rescript, so kommt es dabey auf den Unterschied an, ob die Legitimation auf eine vollkommne Art, das heißt, in der Absicht gesucht und ertheilt worden ist, daß die legitimirten Kinder die Familienrechte und Erbfolgerechte der Ehelichgebohrnen erhalten sollten; oder ob diese Absicht nicht zum Grunde lag, sondern blos den Schandfleck

z) L. 10. C. de natur. liber. Nov. 89. cap. 8. Voet h. t. nr. 10.

a) Hofacker Princ. iur. ciuil. Tom. I. §. 594. not. d. Hommel Rhapf. Obf. 706. Koch l. c. §. 28.

b) Iust. Henn. Boehmer Diss. de legitimatione liberorum ex damnato coitu natorum, §. 17.

fleck der unehelichen Geburt tilgen sollte, damit das Kind im Staate zu bürgerlichen Ehren fähig sey. In diesem letzten Falle giebt die Legitimation durch ein Rescript kein Erbfolgerecht, sondern dergleichen legitimirte Kinder bleiben in Rücksicht auf ihren Vater und die Erbfolge in sein Vermögen, illegitime Kinder [c]). In jenem Falle ist hingegen zwar so viel gewiß, daß, wenn gar keine ehelichen Kinder da sind, die durch ein Rescript vollkommen legitimirten Kinder eben so gut succediren, als ehelich gebohrne Kinder. Sind eheliche Kinder vorhanden, so ist zu unterscheiden, ob solche schon zur Zeit der fürstlichen Legitimation vorhanden waren, oder nicht, sondern sie wurden erst nach dieser Zeit gezeugt. In dem letzten Falle haben die durch ein fürstliches Rescript vollkommen legitimirten Kinder mit den nachher erzeugten ehelichen Kindern ein gleich starkes Erbrecht. Ueber den ersten Fall streiten die Rechtsgelehrten. Nach dem römischen Rechte muß es schlechterdings geleugnet werden, weil nach der ausdrücklichen Verordnung des Kaisers Justinian, die Legitimation durch ein Rescript nicht anders erlaubt seyn soll, als wenn gar keine ehelichen Kinder da sind [d]). Ueber die Gültigkeit dieser Verordnung in unsern Gerichten, streiten die Rechtsgelehrten. Einige behaupten solche [e]); andere sagen aber: da das Recht, durch ein Rescript zu legitimiren, zu den Rechten der höchsten Gewalt im Staate gehört, welche unsere Regenten aus eigenem Rechte ausüben, und nicht Justinians Verordnung nöthig haben [f]), so muß man annehmen, daß bey uns auch in dem erwähnten Falle, den durch ein Rescript legitimirten Kindern ein Erbfolgerecht zustehe, wenn der Landesherr ihnen solches, auf Verlangen des Vaters, ausdrücklich ertheilt

c) KOCH de succ. ab intest. §. 30.

d) NOVELLA 74. cap. 1 et 2. NOV. 89. cap. 9.

e) de PUFENDORF Obs. Tom. I. Obs. 241. §. 6. MARBLANC Princ. iur. Rom. sec. Dig. ord. Part. I. §. 147.

f) KIND Quaest. forens. Tom. III. cap. 3. pag. 37.

ertheilt hat, und der Umstand, daß schon ehelich gebohrne Kinder vorhanden sind, in der Supplik an den Landesherrn nicht verschwiegen worden ist, endlich auch die ehelich gebohrnen Kinder durch diese Miterbfolge der fürstlich legitimirten Kinder, nicht etwa an ihrem Pflichttheile verkürzt werden [g]). Die Praxis nimmt die Meynung an, daß die ehelichen Kinder in diesen Fällen den Pflichttheil zum Voraus erhalten müssen [h]).

Daß übrigens die legitimirten Kinder nicht nur dem Vater, sondern auch den übrigen väterlichen Verwandten ab intestato succediren, ist wenigstens nach dem römischen Rechte anzunehmen [i]). Verschiedene Rechtsgelehrte wollen zwar den durch ein Rescript legitimirten Kindern heut zu Tage, nur alsdenn ein Erbrecht an dem Nachlaß der väterlichen Ascendenten zugestehen, wenn sie ausdrücklich ihre Einwilligung dazu gegeben haben, daß das legitimirte Kind auch von ihnen ab intestato erben solle, weil die Legitimation durch ein Rescript nach den Grundsätzen von der Anwendung eines Privilegiums beurtheilt werden müsse, diese erkläre man aber eingeschränkt, und nicht zum Nachtheil eines Dritten, folglich sey auch hier keine Ausdehnung zum Nachtheil der väterlichen Verwandten, welche in die Legitimation nicht eingewilligt haben, zulässig [k]); allein die mehresten praktischen Rechtsgelehrten gehen von dieser Erklärung ab, und billigen die Anwendung des römischen Rechts auch in unsern Gerichten [l]).

Ich gehe fort zur Succession der unehelichen Descendenten, welche nicht legitimirt worden sind. Bey diesen macht

g) Koch succ. ab int. §. 29.

h) Madihn Princ. iur. Rom. de succeff. §. 61. not. c.

i) Novella 89. cap. 8. cap. 9. §. 1. cap. 11.

k) Wernher Obf. Tom. II. Part. VI. Obf. 318. Leyser Spec. 19. cor. 3. Biener Diff. var. iur. ciuil. Quaeft. tract. qu. 3. Lipf. 1797.

l) Hofacker Princ. iur. ciu. Tom. I. §. 597. not. d. Kind Quaeft. for. Tom. III. cap. 3. pag. 40.

macht das römische Recht einen Unterschied, ob sie in einer gesetzlich verbotenen Ehe erzeugt worden sind, oder ob es andere uneheliche Kinder sind, welche entweder aus einer nicht gesetzmäßigen Ehe, oder bloß aus einem unehelichen Beyschlafe erzeugt worden sind; und bey solchen wird nochmals auf den Unterschied Rücksicht genommen, ob es Kinder sind, die mit einer Concubine erzeugt worden, und naturales heißen, oder ob es Kinder sind, die in einem Ehebruche, oder in einem Stuprum, oder mit einer Hure erzeugt worden sind, adulterini, spurii, vulgo quaesiti. Bekannt ist es, daß die Worte, spurius und vulgo quaesitus, in den Gesetzen noch andere Bedeutungen haben. Bisweilen werden unter spuriis alle und jede unrechtmäßige Kinder verstanden, sie mögen durch eine verbotene oder durch eine erlaubte fleischliche Vermischung erzeugt worden seyn [m]). Sehr oft sind unter spuriis Hurenkinder angezeigt. Eben so heißen vulgo quaesiti in der weitläuftigsten Bedeutung alle illegitime Kinder [n]).

Soll die Frage beantwortet werden, in wiefern illegitime Kinder nach den römischen Gesetzen den Eltern succediren, so sind folgende Grundsätze anzuwenden.

I. Kinder, welche aus einer, unter Bedrohung mit einer peinlichen Strafe verbotenen Ehe, erzeugt worden sind, erben weder vom Vater noch von der Mutter [o]). Sowohl Justinian als auch die ältern Kaiser führen die incestuosen Ehen ausdrücklich an. Es ist aber bekannt, daß das römische Recht zwischen incestus iuris gentium, und incestus iuris ciuilis unterscheidet. Jener Incest begriff 1) diejenigen Arten des Incests, welche nach der Vorstellung der

m) §. 12. Inst. de nupt. L. 11. L. 23. D. de statu hom. L. 25. D. de captiu. et postlim. reuers. L. 6. pr. D. de decur. L. 2. C. de incest. nupt. Ed. CALDERA in var. lect. Lib. IV. cap. 3. in MEERM. Thes. Tom. III. pag. 663.

n) L. 23. D. de statu homin.

o) L. 6. C. de incest. nupt. NOVELLA 74. cap. 6. NOV. 89. cap. 15.

Römer bey allen Völkern als Inceſt betrachtet wurden, und deſſen Verbot im römiſchen Staat durch unabänderliche Sitten begründet war. Man rechnete dahin die fleiſchliche Vermiſchung zwiſchen Aſcendenten und Deſcendenten [p]; 2) zwiſchen Blutsverwandten oder verſchwägerten Perſonen, von denen der eine gegen den andern im elterlichen Verhältniß ſtand [q]. Daß die Ehe mit des Bruders oder der Schweſter Tochter zum inceſtu iuris gentium bey den Römern gerechnet wurde, beweißt die L. 5. §. 1. D. de cond. ſine cauſa unwiderſprechlich, wo geſagt wird, daß hier die Frauensperſon mit der Mannsperſon in pari delicto ſey, welches nach der L. 38. §. 2. D. ad Leg. Iul. de adult. den unterſcheidenden Charakter des inceſtus iuris gentium ausmacht. Eben dieſes ſagt die L. 38. Pr. Dig. ad Leg. Iul. de adult. auch von der Ehe zwiſchen Stiefeltern und Stiefkindern, und zwiſchen Schwiegereltern und Schwiegerkindern. Man rechnete 3) zum inceſtus iuris gentium die fleiſchliche Vermiſchung zwiſchen Geſchwiſtern [r].

Der inceſtus iuris ciuilis gründete ſich auf zufällige Einrichtungen und Geſetze des römiſchen Staats [s]. Hierher rechnete man blos die fleiſchliche Vermiſchung zwiſchen Perſonen, unter welchen eine fingirte Verwandtſchaft oder Schwägerſchaft exiſtirte [t].

Es fragt ſich nun alſo, von welchem Inceſt in den angeführten Geſetzen die Rede ſey. Mehrere Rechtsgelehrte

p) L. 68. D. de ritu nupt.

q) L. 38. §. 1 et 2. D. ad Leg. Iul. de adult. L. 39. D. de ritu nupt. L. 5. §. 1. D. de condict. ſine cauſa.

r) L. 8. L. 14. §. 2. D. de ritu nupt. VOET ad Dig. Lib. XLVII. tit. 5. §. 19.

s) L. 38. §. 2. D. ad Leg. Iul. de adult.

t) §. 1. 2. 5. Inſt. de nupt. L. 12. §. 1. 2. et vlt. L. 14. §. fin. L. 15. L. 17. D. de ritu nupt. L. 55. D. eod. L. 15. Cod. de inceſt. nupt. Hr. Prof. Feuerbach im Lehrbuch des gemeinen in Deutſchland geltenden peinlichen Rechts, §. 496.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0314
DFG

lehrte [u]) behaupten, in den angeführten Novellen sey blos von solchen Kindern die Rede, die durch einen incestum iuris gentium erzeugt worden, wie es deutlich erhelle, wenn man die 12te Novelle dazu nehme. Sind Kinder in einem incestu iuris ciuilis erzeugt worden, so werden sie wie spurii bey der Succession beurtheilt. Die angeführten Rechtsgelehrten Koch und Madihn, schränken die Verordnung des römischen Rechts heut zu Tage blos auf solche Kinder ein, die aus einem incestu iuris diuini erzeugt worden sind, und dafür hält Hr. Hofr. Glück [x]) nur einen solchen incestum, welcher wider indispensable Eheverbote des mosaischen Rechts streitet; denn ist der Fall dispensabel, so sind die aus einer solchen obrigkeitlich erlaubten Ehe erzeugten Kinder für legitim zu halten [y]).

Außer der zeither erläuterten Frage, ist noch eine andere wichtige Frage zu beantworten. Da nämlich die oben angeführten Gesetze des römischen Rechts ausdrücklich nur von incesten Ehen reden, so fragt sichs, ob das Nämliche auch bey denjenigen Kindern anzunehmen sey, welche durch einen incestuosen unehelichen Beyschlaf erzeugt worden sind? Einige Rechtslehrer läugnen dieß, und glauben, daß solche Kinder wenigstens der Mutter, gleichsam wie spurii, succedirten [z]); allein da das Verbrechen der Blutschande den römischen Gesetzgebern verhaßt war, aber nicht die Eingehung der Ehe; so muß wegen des gleichen Grundes wohl das Nämliche auch bey solchen Kindern Rechtens seyn, die aus einem incesten unehelichen Beyschlaf erzeugt worden sind.

Was

u) Koch de succeff. ab inteft. §. 35. b. Madihn Princ. iur. Rom. de succeff. §. 38. not. a.

x) Hr. Hofr. Glück von der Inteſtaterbfolge, S. 315.

y) de Pufendorf Obſ. iur. vniu. Tom. I. Obſ. 164. §. 3.

z) Luc. van de Poll de exheredat. cap. XLI.

Was von incestuosen Kindern gesagt worden ist, gilt ohne Zweifel auch von solchen, die in einer zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin verbotenen Ehe, und von solchen, die in einer Bigamie, welche ebenfalls einen Ehebruch enthält, gezeugt worden sind, zumal da Justinian den Ehebruch noch härter bestraft wissen wollte, als den Incest [a]).

Zu bemerken ist endlich noch, daß in allen jenen Fällen, wo Kinder in einer gesetzlich verbotenen Ehe gebohren worden sind, voraus gesetzt wird, daß beyde Eltern in mala fide waren. Sind beyde oder wenigstens ein Ehegatte in bona fide, so ist die zwischen ihnen vorhandene Ehe als eine putative Ehe zu betrachten, und die in dieser Ehe erzeugten Kinder müssen für legitim gehalten werden. Die aus einem unehelichen Beyschlaf solcher Eltern erzeugten Kinder aber sind nach Unterschied der Fälle entweder zu den naturalibus, oder spuriis, oder vulgo quaesitis zu rechnen [b]).

Die von den zeither angeführten illegitimen Kindern handelnden Gesetze gehen so weit, daß sie verordnen, dergleichen Kinder sollten von ihren Eltern nicht einmal die Alimente fordern dürfen. Einige Rechtsgelehrte verstehen blos die standesmäßigen Alimente darunter; denn der nothwendige Lebensunterhalt dürfe von den Eltern nicht verweigert werden, weil Justinian doch wohl nicht befehlen wollen, die unglücklichen Kinder sollten verhungern [c]). Andere Rechtsgelehrte verstehen die Worte: neque alendus a parentibus blos von väterlichen Ascendenten [d]). Am sichersten geht man wohl, wenn man annimmt, nach den in den Novellen vorkommenden Verordnungen konnten Eltern der-

a) Novella 134. cap. 10. Kleinschrod observat. ad Leg. Iul. de adult. Obs. IV. §. 17. Wirceb. 1795.

b) Koch de succ. ab int. §. 35. b.

c) Stryck de succ. ab intest. Diss. I. cap. 2. §. 5. 6.

d) Voorda interpr. Lib. III. cap. 14.

dergleichen Kindern die Alimente nicht versagen. Damit stimmt auch das kanonische Recht [e]) überein; und deswegen sind die praktischen Rechtslehrer der Meynung, selbst aus der Erbschaft der Eltern, nach dem Tode der Eltern müsse diesen Kindern Lebensunterhalt gereicht werden, da sie nicht dem Staate zur Last fallen dürfen [f]), da nach dem kanonischen Rechte der Erbe auch diejenigen Verbindlichkeiten des Verstorbenen zu erfüllen schuldig sey, die aus einem Vergehen entstanden sind, wenn sie das Vermögen betreffen, und der Nachlaß zureicht [g]).

Von den zeither angeführten illegitimen Kindern sind diejenigen bey der Intestaterbfolge zu unterscheiden, die nicht gerade aus einer verbotenen Ehe erzeugt worden sind. Hierher gehören

A) die im Ehebruch erzeugten Kinder. Die Rechtslehrer wollen ihnen kein Successionsrecht, weder in das Vermögen des Vaters, noch der Mutter zugestehn [h]). Im römischen Rechte sind nur diejenigen Kinder für adulterini erklärt worden, die aus einer fleischlichen Vermischung mit eines andern Ehefrau erzeugt worden sind [h]). Solche Kinder rechnete man also nicht dazu, deren Vater verheyrathet war, und sie mit einer unverheyratheten Frauensperson erzeugt hatte; denn diese wurden als spurii betrachtet, und erbten wenigstens von den mütterlichen Ascendenten. Da nach unsern Gesetzen solche Kinder für adulterini gehalten werden [i]), so fragt sichs, ob sie von aller Succession der Eltern ausgeschlossen sind? Die mehresten Rechtsgelehrten behaupten es; andere sagen aber: da solchen Kindern das

e) cap. 5. X. de eo, qui duxit in matrim.

f) cap. 5. X. de raptor. KLEINSCHROD de reparat. damni delicto dati, specim. I. Wirceb. 1798. §. 14.

g) KOCH de succ. ab int. §. 35. HOFACKER Princ. iur. ciuil. Tom. II. §. 1420.

h) L. 6. §. 1. L. 34. §. 1. D. ad Leg. Iul. de adulr.

i) can. 3. Caus. XXXII. Qu. 4. Can. 15. Caus. XXXII. Qu. 5. P. G. O. Carls des V. Art. 110.

Erbrecht weder im römischen, noch im kanonischen Rechte ausdrücklich genommen worden ist, so kann ihnen wenigstens die Intestaterbfolge in das mütterliche Vermögen nicht abgesprochen werden, weil sich von dem Verbot der Criminalgesetze, welches nur die Eltern trifft, kein richtiger Schluß auf den Verlust der Intestaterbfolge der Kinder ziehen läßt, wenn die Gesetze diesen Verlust nicht zugleich als Strafe für die Eltern festgesetzt haben [k]). Uebrigens ist bey adulterinis allemal vorauszusetzen, daß beyde Eltern in mala fide sind, das heißt, beyde Eltern müssen es gewußt haben, daß sie selbst, oder der andere Theil, in einer gültigen und noch dauernden Ehe leben. Ist also nur der eine Theil in bona fide, so gehört das erzeugte Kind nicht in die Classe der im Ehebruch erzeugten Kinder bey der Intestaterbfolge in das Vermögen der Eltern [l]).

B) Wenn Kinder aus einem Stuprum mit einer unverheyratheten, aber honetten, Mutter gezeugt worden, spurii, oder ihre Mutter ist als eine Hure zu betrachten, vulgo quaesiti, so erben sie vom Vater nichts, weil die Gesetze keinen Vater kennen [m]), aber in Ansehung ihrer Mutter wird im römischen Rechte ein Unterschied gemacht, ob sie persona illustris war, oder nicht. Müttern der letzten Art succediren dergleichen Kinder, wie ihre ehelichen Kinder, und auch allen mütterlichen Großeltern [n]). Von einer mater illustris erben die unehelichen Kinder, wovon hier die Rede ist, nur alsdenn, wenn ihre Mutter keine ehelichen Kinder hinterlassen hat [o]). Unter einer mater illustris verstand man diejenige Person, deren Mann oder Vater als persona illustris betrachtet wurde. Dafür hielt man Senatoren vom

k) Ant. FABER in Codice Lib. VI. Tit. 36. Def. 8. Hr. Prof. Weber in den Reflexionen, §. 21. S. 76.

l) KOCH de succ. ab intest. §. 35. in fine.

m) §. 4. Inst. de succ. cognat.

n) §. 3. Inst. de Scto Orphit.

o) L. 5. C. ad Sctum. Orphit.

vom ersten Range [p]), und unter den orientalischen Kaisern gehörten hierher, die Praefecti Praetorio, Praefecti vrbi, Magistri militum, Quaestores sacri palatii, Magistri officiorum, Praepositi sacri cubiculi, Comites sacrarum largitionum, Comites rerum priuatarum. Als erhaben über alle diese Chargen, supra illustres, betrachtete man die Patricii und die Consules. Als die Ursache, warum spurii von ihrer mater illustris nichts erben, wenn sie eheliche Kinder hat, wird in Gesetzen der Umstand angegeben, weil es eine Schande sey, daß es bekannt worden, sie habe so lüderlich gelebt. Bey uns ist diese Verordnung, nach der Behauptung der Rechtslehrer, nicht anwendbar, da wir es mit der Schande nicht so genau nehmen [q]), welches leider nur zu wahr ist.

C) So viel die natürlichen Kinder betrifft, die aus dem Concubinat herrührten, so hatten solche ein vollkommnes Intestaterbfolgerecht an dem Vermögen der Mutter und aller mütterlichen Ascendenten, ja sie erbten sogar mit ihrer Mutter von dem Vater alsdenn ein Sechstel seines Vermögens, wenn er weder legitime Descendenten, noch eine rechtmäßige Ehefrau hinterließ, und in diesen sextans mußten Mutter und Kinder sich theilen. Hinterließ der Vater eheliche Descendenz, oder adoptirte Kinder, oder legitimirte, oder eine rechtmäßige Ehefrau, so wurde den mit der Concubine erzeugten Kindern weiter nichts gegeben, als Alimente [r]). Bey dieser Verordnung wurde vorausgesetzt, 1) daß der Vater eine freye ledige Mannsperson war, und folglich in keiner rechtmäßigen Ehe lebte; denn Niemand durfte sich neben der Ehefrau auch noch eine Concubine halten [s]). 2) Ein solcher Vater durfte nicht mehr als eine

p) ISIDORVS in origin. Lib. 9. cap. 4.

q) Hr. Hofr. Glück von der Intest. S. 325.

r) NOVELLA 18. cap. 5. NOV. 89. cap. 12. §. 4. et 6.

s) PAVLLVS in recept. sent. Lib. II. tit. 20. §. 1. L. vn. C. de concub.

Concubine haben [t]). 3) Die Concubine mußte keine solche Person seyn, der es verboten war, sich als Concubine brauchen zu lassen, und dieses durfte keine ingenua et honesta persona seyn [u]). Noch ist zu bemerken, daß die Wohlthat der Intestaterbfolge, die den liberis naturalibus auf das Sechstel der väterlichen Erbschaft ertheilt worden ist, sich blos auf Kinder des ersten Grades, es mochten Söhne oder Töchter seyn, erstreckte [x]). Die Enkel eines natürlichen Sohnes erbten vom Großvater nicht ab intestato, wenn sie gleich in rechtmäßiger Ehe gezeugt worden [y]). Eben so wenig succediren natürliche Kinder ihrem väterlichen Großvater ab intestato [z]). Hier kommt auch die Frage vor: ob die Concubine den sextantem bekommen muß, wenn ihre natürlichen Kinder die Erbschaft ausgeschlagen haben, oder sie sind vor ihr verstorben. Diese Frage hat Justinian nicht beantwortet; sondern er sagt blos: wenn natürliche Kinder allein vorhanden sind, ohne ihre Mutter, so sollen sie den sextantem ganz bekommen. Hieraus schließt man, die Mutter müsse eben so beurtheilt werden, wenn sie sich allein zum sextans melde. Es haben zwar einige unserer Rechtsgelehrten [a]) behauptet, die Concubine könne nur den halben sextans, oder ein Zwölftel fordern, wenn sie allein sey; darauf antwortet aber Hr. Hofr. Glück: der Schluß, der hier von der Einsetzung der Concubine im Testament auf die Intestaterbfolge gemacht wird, scheint mir darum von keinem Gewicht zu seyn, weil Justinian in der Stelle der Novelle 89. Kap. 12. §. 2., aus welcher man argumentirt, ausdrücklich nur von dem Falle redet, wenn legitime Kinder vorhan-

t) Nov. 18. cap. 5. Nov. 89. cap. 17. §. 5.
u) L. 1. §. 1 et 2. L. 3. pr. D. de concub.
x) Nov. 18. cap. 5.
y) L. 12. C. de nat. lib.
z) Novella 89. cap. 12. §. 6.
a) Höpfner im Comment. §. 690. Note 7.

vorhanden sind, in welchem Falle doch keine Intestaterbfolge der Concubine statt findet [b]).

Ob die Verordnung des römischen Rechts, nach welcher Concubinenkinder in dem Falle, wo der Vater weder rechtmäßige Descendenten, noch eine Ehefrau hinterläßt, den sechsten Theil der väterlichen Erbschaft zugleich mit ihrer Mutter, der Concubine, erhalten sollten, bey uns heutiges Tages angewendet werden könne, darüber ist unter den praktischen Rechtsgelehrten sehr gestritten worden. Viele davon wollen es deswegen nicht zugeben, weil der Concubinat, welcher bey den Römern erlaubt war, in Teutschland verboten worden ist [c]), und daher müsse man solche Kinder eben so beurtheilen, wie spurii bey den Römern beurtheilt wurden, welche von ihrem Vater nichts erbten [d]).

Andere eben so berühmte Rechtslehrer haben zu behaupten gesucht, das römische Recht sey bey uns aus dem Grunde anwendbar, weil aus dem bloßen Verbot des Concubinats, welches allein die Eltern angeht, sich nicht mit Sicherheit der Schluß ziehen lasse, das Successionsrecht der unglücklichen Kinder falle deswegen zugleich mit weg, da die Abschaffung eines Gesetzes im Zweifel nicht anzunehmen ist, und es unbillig seyn würde, wenn die unerlaubte Handlung der Eltern den unschuldigen Kindern in Rücksicht des ihnen durch die Gesetze einmal ertheilten und nicht ausdrücklich wieder entzogenen Rechts zum Nachtheil gereichen sollte [e]). Selbst in den Gerichten nimmt man diese Gründe für hinreichend an [f]); sie lassen sich aber auch selbst nach der Theo-

b) Hr. Hofr. Glück a. a. O. S. 333.

c) Reichspol. Ord. v. J. 1530. Tit. 33. v. J. 1548. Tit. 25. v. J. 1577. Tit. 26. §. 1.

d) de Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 89. Tom. II. Obs. 49. Henr. God. Bayer in Respons. Nr. XIV.

e) C. L. Böhmers Rechtsfälle, 3ten Bandes 2te Abth. Resp. CCXL. nr. 19. S. 620. Koch de succ. ab int. §. 33.

f) Wernher Obs. Tom. III. Part. IV. Obs. 59. Leyser Spec. CCCLVI. Med. 12. Kind Quaest. forens. Tom. I. cap. 25.

rie rechtfertigen; denn 1) verliehrt ein Gesetz blos deswegen seine Gültigkeit nicht, weil die Gründe, worauf dasselbe ursprünglich gebaut wurde, in der Folge ganz weggefallen sind. Wie oft, schreibt Struben [g]), behalten wir nicht am Ende die concluſiones, wenn gleich die principia nicht mehr gelten, und die ratio legis jetzt sich nicht mehr anwenden läßt. Ein Gesetz kann ja immer noch seinen Nutzen haben, ohne daß gerade der erste Grund desselben fortdauert; und wenn der Gesetzgeber dasselbe nicht ändert, so muß der Richter ein solches Gesetz so betrachten, wie eine Vorschrift, deren Gründe ihm unbekannt sind. Dieß ist nun gerade hier der Fall. Die teutschen Reichsgesetze verbieten zwar den Concubinat; allein den aus demselben gezeugten Kindern ist das Succeſſionsrecht nicht genommen worden. Sie haben es also stillschweigend bey dem gelassen, was das römische Recht von dem Succeſſionsrechte der natürlichen Kinder verordnet hat. Quod enim non mutatur, quare ſtare prohibetur? 2) Gründen sich die Verordnungen des römischen Rechts, welche das Erbrecht der natürlichen Kinder bestimmen, nicht blos auf das Erlaubtseyn des Concubinats, sondern auch auf die Billigkeit [h]). Wenn also auch der erste Grund für aufgehoben zu halten seyn sollte, so muß doch der andere Grund, die Billigkeit bey uns ihre volle Anwendung finden. Es kann folglich die bekannte Regel: ceſſante legis ratione, ceſſat lex ipſa, hier um so weniger angewendet werden, je weniger sich bey der Anwendung des römischen Rechts mit Zuverläßigkeit der Schluß machen läßt: weil wir dieß oder jenes Rechtsinstitut, diese und jene Verfassung, welche die Römer hatten, nicht mehr haben; so gilt auch das dieserhalb und zu diesem Behuf gegebene Gesetz nicht. Endlich 3), sollte der Schluß von dem heu-

tigen

g) Hr. Prof. Thibaut in der Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts, Altona 1799. §. 15. S. 86. Strubens rechtl. Bedenk. 2ter Band, 144stes Bedenk.

h) L. 8. C. de natur. lib. Nov. 18. cap. 5. Nov. 89. cap. 12.

tigen Verbot des Concubinats auf die Aufhebung des Successionsrechts der natürlichen Kinder gelten, so würden auch die Kinder eben so wenig die Mutter beerben können, weil ja das Verbot des Concubinats beyde Eltern angeht, folglich die Mutter mit dem Vater in pari delicto ist. Da also aus diesem Argument mehr folgt, als man damit beweisen will, so kann es schon darum nichts beweisen, wie der verstorbene Herr Geh. Just. Rath Böhmer sich ausdrückt [i]).

In der Praxis ist man noch weiter gegangen, und hat das Erbrecht der Concubinenkinder auch auf die im Stuprum erzeugten Kinder ausgedehnt [k]). Ob nun gleich diese Ausdehnung wichtigen Zweifeln unterworfen ist, da das römische Recht ausdrücklich nur den naturalibus allein, mit Ausschluß aller anderer unehelicher Kinder, das Erbfolgerecht in dem sechsten Theile der väterlichen Erbschaft ertheilt hat [l]), daher eine solche Ausdehnung von vielen Rechtsgeiehrten als unstatthaft verworfen worden ist [m]), so streitet doch auch für diesen Gerichtsgebrauch das nicht zu verwerfende Argument, daß diese Gattung der unehelichen Kinder in dem kanonischen Rechte [n]) den römischen Concubinenkindern in andern Stücken, namentlich in der Legitimation und Alimentation, gleich gesetzt worden ist. Es läßt sich also nach einem auf der Analogie des kanonischen Rechts

i) G. L. Böhmers Rechtsfälle, a. a. O. Nr. 19. S. 620. Voigts Abhandl. von dem Erbrechte der natürlichen Kinder quoad sextantem, im Ronneburger Jurist. Journal, 2r Band, 1stes Heft v. J. 1798. S. 5. folg.

k) Berger Oecon. iur. Lib. II. Tit. IV. thes. 37. nr. 7. Struv. Synt. iur. ciuil. Exerc. XXXVIII. th. 23. Lauterbach in Colleg. Pand. h. t. §. 18.

l) Nov. 89. cap. 12. §. 4.

m) Walch introd. in contr. Sect. II. cap. 4. mbr. 5. §. 6.

n) c. 6. X. qui filii sint legit. cap. 5. in fine X. de eo qui duxit in matrim.

beruhenden unläugbaren Gewohnheitsrechte sowohl, als nach der Billigkeit allerdings behaupten, daß sie auch in Ansehung der väterlichen Successsion, so weit nämlich die Paternität außer Zweifel ist, den Concubinenkindern gleich zu halten sind, welches Argument Hr. Hofr. Meister durch einen wichtigen Fall erläutert hat o).

Es kommt hier noch die andere wichtige praktische Rechtsfrage vor: ob auch die Mutter eines natürlichen Kindes, oder das sie im Stuprum erzeugt hat, noch heutiges Tages von dem sextante einen Kindestheil verlangen, ja auch ohne diese Kinder allein succediren könne? Man kann diese Frage nicht wohl anders, als mit Nein beantworten; denn da in Teutschland jeder außereheliche Beyschlaf verboten und bestraft werden soll p), so hat sich die Mutter dadurch eines Verbrechens schuldig gemacht. Nun kann aber Niemand durch sein Verbrechen Rechte und Wohlthaten erwerben, die Personen zu Theil werden sollen, welche die Gesetze beobachten q); folglich ist die Mutter eines natürlichen Kindes nicht berechtigt, auf den römischen sextantem Anspruch zu machen. Es läßt sich jedoch auch hier wieder einwenden, daß das Erbfolgerecht einer Concubine durch kein ausdrückliches Gesetz aufgehoben worden sey, und daß selbst in dem Verbote des unehelichen Beyschlafs keine Aufhebung desselben nothwendig enthalten sey. Da sogar eine Concubine heutiges Tages, so gut wie eine andere geschwächte Weibsperson, rechtliche Genugthuung und Entschädigung zu fordern berechtigt ist r), warum soll ihr der kleine Vortheil abgesprochen werden, der ihr durch ein recipirtes Recht

o) Meisters praktische Bemerkungen, 1ster Band, 14te Bemerk. Böhmers Rechtsfälle, 3ten Bandes 1ste Abtheil. Resp. CCXL. nr. 18. S. 619.

p) Reichspolizey-Ordnung v. J. 1577. Tit. 26.

q) Chr. Gottl. Biener Diss. varias iuris ciuil. quaestiones tract. Lipsi. 1797. quaest. I.

r) Quistorps peinl. Recht, 1ster Theil. §. 495.

Recht ausdrücklich zugestanden worden ist. Nach dieser Ansicht der Sache sprach die Juristenfakultät in Leipzig im Jahr 1648, wie Carpzov angiebt s).

Bey der Intestaterbfolge der Adoptivkinder kommt es auf zwey Fragen an:

1. In wiefern succediren sie den Adoptiveltern? Hier ist vor allen Dingen auf den Unterschied zu sehen, zwischen einer vorhandenen Arrogation und der Adoption im engern Verstande. Bey letzterer kommt es nochmals darauf an, ob von einer vollkommenen oder unvollkommenen Adoption die Rede ist. In Gesetzen t) heißt es aber: adoptio non ius sanguinis, sed ius adgnationis adfert. Bey der Frage von der Erbfolge der Adoptivkinder verordnen die Gesetze

1) die arrogirten und vollkommen adoptirten Kinder haben in Ansehung ihres Adoptivvaters das völlige Erbrecht der suorum heredum; weil diese Kinder unter die väterliche Gewalt des Adoptivvaters kommen, und zu seiner Familie gehören u).

2) Ein unvollkommen adoptirtes Kind succedirt zwar dem Adoptivvater, wenn dieser stirbt, ohne ein Testament zu hinterlassen, es erbt aber nicht als heres suus; denn es kommt nicht in die väterliche Gewalt und Familie des Adoptivvaters, sondern wird in Rücksicht derselben als ein Fremder betrachtet. Aus diesem Grunde erbt es von Niemanden in der Familie des Adoptivvaters, und er kann es in seinem Testament nach Gefallen übergehen x).

3) Der Ehefrau des Adoptivvaters succedirt kein Adoptivkind, auch von den Verwandten der mütterlichen Linie

s) Carpzov in Decis. Part. I. Dec. 167. Rosmann Diss. de successione concubinae, cap. II. §. 10. sqq. Mogunt. 1787. 8.

t) L. 23. D. de adopt.

u) §. 2. et 11. Inst. de adopt. L. 10. pr. et §. 5. C. eod. §. 2. Inst. de hered. quae ab intest. defer. §. 4. Inst. eod.

x) L. 10. §. 1. C. de adopt.

Linie erbt es nichts, wenn gleich die Adoption eine vollkommne seyn sollte, oder eine Arrogation [y]).

4) Die adoptirten Kinder schließen alle Verwandte des Adoptivvaters in der aufsteigenden und Seitenlinie aus, und erben sogar mit den leiblichen Kindern desselben, wenn gleich die Adoption nur eine unvollkommne ist [z]).

5) Ist ein Kind von einer Frauensperson adoptirt worden, so succedirt zwar dasselbe seiner Adoptivmutter ab intestato, aber weiter keinem Verwandten derselben [a]).

6) Uebrigens setzt alles Erbfolgerecht der Adoptivkinder voraus, daß die Adoption nicht etwa durch eine geschehene Emancipation wieder aufgehoben worden sey, sondern bis an den Tod des Adoptivvaters gedauert habe; denn durch die Emancipation geht das Erbrecht der Adoptivkinder verlohren [b]).

II. Ist die Frage: ob die adoptirten Kinder auch ihren leiblichen Eltern succediren? In den Gesetzen [c]) wurde anfangs ein Unterschied gemacht, denn

1) ihrer leiblichen Mutter succedirten die adoptirten Kinder allerdings, sie mochten arrogirt, oder im engern Verstande adoptirt worden seyn. Die Kinder erbten nach dem Scto. Orphitiano von ihrer Mutter blos ex iure sanguinis, und dieses Erbrecht wurde ihnen nicht entzogen, es mochte eine Adoption oder Emancipation geschehen seyn, da die Regel galt, daß ein solches Erbfolgerecht, welches erst durch neuere Civilgesetze ertheilt worden sey, durch keine capitis deminutionem minimam verlohren gehe [d]). Dazu kam, daß die Adoptivkinder durch die Adoption nach dem Civil-

y) L. 23. D. de adopt.

z) L. 5. Cod. de suis et legit. lib. L. 10. §. 1. C. de adopt. Voet h. t. §. 7. Koch succ. ab int. §. 39.

a) L. 5. C. de adopt.

b) §. 11. Inst. de hered. quae ab intest. defer.

c) L. 10. C. de adopt.

d) §. 2. Inst. de Scto Orphit.

Civilrechte zwar einen Vater, aber keine Mutter erhielten, weil das natürliche Band mit der Mutter bey der Adoption nicht getrennt wurde. Eben deswegen durften sie von der Erbschaft der Mutter nicht ausgeschlossen werden [e]).

2) Dem leiblichen Vater hingegen succedirten

a) die arrogirten Kinder nicht, weil sie schon vor der Arrogation aus der Familie desselben gezogen waren, und jetzt zur Familie des arrogirenden Vaters gehörten; mithin dadurch die iura suitatis und agnationis in Ansehung ihres leiblichen Vaters verlohren hatten [f]).

b) Bey andern adoptirten Kindern wird vom Justinian in der angeführten L. 10. C. ein Unterschied gemacht, ob die Adoption von einem Ascendenten, oder von einem Fremden geschehen sey. In dem letztern Falle soll zwar das vorige Verhältniß zwischen dem adoptirten Kinde und dessen leiblichem Vater unverändert bleiben, folglich das Kind vom leiblichen Vater ab intestato erben, eben so als wenn gar keine Adoption geschehen sey; in dem ersten Falle hingegen soll dem adoptirten Kinde nur alsdann, wenn es beym Leben des leiblichen Vaters wieder emancipirt worden ist, ein Intestaterbfolgerecht auf sein Vermögen zustehen. Da aber Justinian den ehemaligen Grund der Intestaterbfolge aufgehoben hat, und nach seiner neuesten Verordnung [g]), die Cognaten eben so gut succediren, wie die Agnaten; weil ferner zwischen *suis* und emancipirten Kindern in Rücksicht auf die Intestaterbfolge kein Unterschied mehr statt haben soll; so läßt sich nach der neuesten Verordnung Justinians mit Grund behaupten, daß ein arrogirtes Kind sowohl, als ein unvollkommen adoptirtes Kind, ohne Unterschied, seinem leiblichen Vater so gut, als dem Adoptivvater, succediren könne, wie mehrere Rechtsgelehrte bewiesen haben [h]).

§. 1650

e) L. 10. §. 1. C. de adopt.

f) L. 10. §. 5. C. de adopt. Koch succ. ab intest. §. 41.

g) Novella 118.

h) Struv in euolut. controuers. Exerc. XXXVIII. thes. 20. Helf. Ulr. Hvnnivs in variis resolut. iur. ciuil. Lib. III. Tit. I.

§. 1650 — 1652.

Sind keine Descendenten vorhanden, welche die Erbschaft des Verstorbenen annehmen können oder wollen; so kömmt die zweyte Classe zur Succession. In dieser succediren

I. die Ascendenten des Verstorbenen ohne Unterschied des Geschlechts, und zwar schließen die nähern jederzeit die entferntern aus, nicht blos in derselben, sondern auch in der andern Linie. Leben also die beyden Eltern noch, so schließen diese die Großeltern aus; ja wenn auch nur die Mutter des Kindes noch lebt, so erbt diese allein mit Ausschließung der Großeltern, sowohl der väterlichen als der mütterlichen Linie. Sind beyde Eltern todt, so kommen zwar die Großeltern und andere entferntere Ascendenten zur Succession, jedoch so, daß immer die Nähe des Grades entscheidet, wer unter den entferntern Ascendenten succedirt. Der Großvater, er mag von der väterlichen oder mütterlichen Linie seyn, wird also die Urgroßeltern ausschließen. Sind sie von gleichem Grade, so kommen sie gemeinschaftlich zur Erbfolge [i]). Aus der angeführten Stelle der Novelle sieht man deutlich, daß diejenigen irren, welche bey der Succession der Ascendenten ein Repräsentationsrecht angenommen haben [k]); es läßt sich auch ein solches Recht aus der successione in lineas so wenig, als aus der Erbfolge in stirpes herleiten [l]).

Da es so verschiedene Ascendenten giebt, als wir Descendenten haben, so entsteht die Frage: welche Ascendenten sind

Tit. I. qu. 9. Koch succ. ab intest. §. 40 et 41. G. H. Lehr in der Abhandl. über die gesetzl. Erbfolge der adoptirten Kinder u. deren leibl. Eltern gegen einander, §. 14. in Hagemanns u. Günthers Archiv, Th. 5. Nr. IX.

i) Novella 118. cap. 2.

k) Io. Faber in comment. ad §. 6. Inst. de hered. quae ab intest. defer. Lochner medit. de iure repraesent. in linea ascendentium, Altorfii 1749.

l) Arn. Rotgersius de successione legitima, cap. IX. §. 6. sqq. in apod. demonstrat. pag. 365.

sind successionsfähig? Hier gilt die Regel: die Successionsrechte sind wechselseitig. Nach dieser Regel succediren also nur diejenigen Ascendenten ab intestato, von denen die Descendenten in der ersten Classe geerbt haben würden, wenn die Eltern vor ihnen gestorben wären. Hinterläßt daher das verstorbene Kind legitime Kinder, so succediren sie dem Kinde vollkommen. Eben dieses findet statt, wenn das verstorbene Kind auf eine vollkommene Art, entweder durch die nachfolgende Ehe der Eltern, oder durch ein landesherrliches Rescript, war legitimirt worden [m]). Sind hingegen die Kinder illegitim, so succediren die Eltern solchen Kindern nur in so fern, als die Kinder sie beerbt haben würden; die Eltern sind daher auch in so fern von der Erbschaft ihrer illegitimen Kinder ausgeschlossen, als auch die Kinder sie nicht hätten beerben können. In so fern also incestuosi, adulterini, spurii, von der Erbfolge der Eltern ausgeschlossen sind, können auch die Eltern solchen Kindern nicht succediren. So wie hingegen spurii, vulgo quaesiti und naturales ihrer Mutter und ihren mütterlichen Ascendenten succediren, so erben diese hinwiederum von diesen Kindern. So wie endlich ein natürliches Kind und nach dem Gerichtsgebrauche auch ein spurius den sechsten Theil von der väterlichen Verlassenschaft erbt, wenn der Vater weder eine legitime Descendenz, noch eine rechtmäßige Ehefrau hinterläßt; so succedirt auch unter eben dieser Bedingung der natürliche Vater einem solchen Kinde [n]).

Die Regel: Ascendenten succediren ihren Descendenten in eben der Maaße, wie die Descendenten von ihren Ascendenten geerbt haben würden, hat mehrere Ausnahmen.

1) Wenn ein Kind in einer putativen Ehe erzeugt worden ist, und es war nur eines von beyden Eltern in bona fide, so succedirt das Kind zwar beyden Eltern vollkommen,

m) Koch succeff. ab inteft. §. 53—55.

n) Novella 89. cap. 13. Koch succ. ab inteft. §. 58. Hofacker Princ. iur. Rom. Tom. II. §. 1422.

kommen, allein dem Kinde succediret nur derjenige Ascendent allein, welcher in bona fide war [o]).

2) Ist ein Kind auf eine unvollkommne Art adoptirt worden, so beerbt es zwar den Vater ab intestato. Dieser aber erbt nicht ab intestato von diesem Kinde [p]). Eben das ist in dem Falle Rechtens, wenn das verstorbene Kind von einer Frauensperson war adoptirt worden [q]).

3) Eine mater illustris erbte nach dem römischen Rechte von ihrem spurio, wenn sie gleich eheliche Kinder hatte, obgleich der spurius in diesem Falle nichts von ihr ab intestato erbte [r]).

War das verstorbene Kind adoptirt worden, so kommt die Frage vor: ob die leiblichen Eltern dieses Kindes mit dem Adoptivvater zugleich ab intestato erben? Hier ist ein Unterschied zu machen, ob das verstorbene Kind perfecte oder nur imperfecte adoptirt worden war. In dem letzten Falle erben blos die leiblichen Eltern und schließen den Adoptivvater aus, es ist auch hier gleich viel, die Adoption des verstorbenen Kindes mag von einer Frauensperson geschehen seyn, oder von einer solchen Mannsperson, welche kein Ascendent des verstorbenen Kindes ist [s]). Bey der vollkommenen Adoption ist zwar 1) so viel gewiß, daß die leibliche Mutter von dem verstorbenen adoptirten Kinde allemal ab intestato erbt, das Kind mag arrogirt, oder von einem Ascendenten desselben adoptirt worden seyn. In diesem Falle erbte sogar die Mutter schon nach dem Scto Tertulliano, und schloß den Adoptivvater ihres Kindes aus.

o) Koch succ. ab int. §. 51.

p) L. 10. §. 1. in fine Cod. de adopt.

q) Val. Forster de hered. quae ab intest. defer. Lib. VII. cap. 18. nr. 1 et 2. pag. 1113.

r) Stryck de succ. ab int. Diss. II. cap. 1. §. 44. Koch l. c. §. 57.

s) Koch l. c. §. 64 et 67. Hofacker l. c. Tom. II. §. 1422.

aus [t]). Nach der 118ten Novelle ist das Erbrecht der Mutter in unserm Falle noch sicherer. Man muß aber auch annehmen, daß, da die Mutter heut zu Tage nicht mehr vermöge des Scti Tertulliani ab intestato succedirt, sondern wegen der vorhandenen 118ten Novelle, sie den Adoptivvater nicht weiter ausschließen dürfe. So viel hingegen 2) den leiblichen Vater des adoptirten Kindes anbetrifft, so schloß zwar nach der L. 10. C. de adopt. der Adoptivvater den leiblichen Vater aus; gleichwie aber nach der 118ten Novelle ein adoptirtes Kind, wenn auch die Adoption eine vollkommene, oder nur Arrogation ist, seinem leiblichen Vater ab intestato succedirte, so muß auch demselben in Ansehung des adoptirten Kindes um so mehr ein gegenseitiges Erbrecht zustehen, da der Vater in der 118ten Novelle mit der Mutter ein gleiches Erbfolgerecht erhalten hat. Es hat zwar Herr Lehr zu behaupten gesucht, die leiblichen Eltern könnten den Adoptivvater ausschließen; andere berühmte Rechtsgelehrte sind aber der Meynung, der Adoptivvater habe mit beyden leiblichen Eltern ein gleich starkes Intestaterbfolgerecht [u]).

Noch ist zu bemerken, daß, wenn ein arrogirtes Kind in der Unmündigkeit stirbt, der Arrogator von ihm nicht ab intestato erbt, sondern er ist vielmehr schuldig, das Vermögen dieses Kindes an diejenigen Verwandten desselben herauszugeben, welche die Erben gewesen wären, im Fall gar keine Arrogation vorgegangen wäre, und hierzu muß sich der Arrogator gleich bey der Arrogation durch eine Sicherheitsbestellung verbindlich machen [x]).

II. Succediren in dieser zweyten Classe, außer den Ascendenten, auch die vollbürtigen Geschwister des Verstorbenen [y]). Nach den Worten der 118ten Novelle ist es deutlich,

t) L. 2. §. 15. L. 3. D. ad Sctm. Tertull.

u) Lehr über die gesetzl. Erbfolge der adopt. Kinder, §. 21. Koch l. c. §. 65 et 66. Hofacker l. c.

x) L. 18. D. de adopt. §. 3. Inst. eod.

y) Novella 118. cap. 2 et 3.

deutlich, 1) daß blos die vollbürtigen Geschwister des Verstorbenen ein gleiches Intestaterbrecht mit dessen Ascendenten haben sollen. Justinian stellt den allgemeinen Satz auf: Ascendenten sollen allen Seitenverwandten vorgehen, und blos bey vollbürtigen Geschwistern soll eine Ausnahme Statt finden. Diese sollen mit den Ascendenten zugleich succediren. Dieser Deutlichkeit ungeachtet haben einige Rechtsgelehrte zu behaupten gesucht, wenn der Verstorbene keine vollbürtigen Geschwister hinterlasse, so könnten diejenigen Halbgeschwister in der zweyten Classe, auf die Intestaterbfolge zugleich mit dessen Ascendenten Anspruch machen, die mit dem Verstorbenen den noch lebenden Ascendenten, zum gemeinschaftlichen Vater oder Mutter haben [z]). Stirbt also A. ohne Testament, und hinterläßt einen leiblichen Vater B. und einen Halbbruder von väterlicher Seite D., so erbt nach der Behauptung dieser Rechtsgelehrten B. mit dem D. zugleich von dem A., weil D. mit dem Erblasser A. den B. zum gemeinschaftlichen Vater hat. Wenn hingegen A. blos seine leibliche Mutter C. und den Halbbruder D. hinterlassen hätte, so erbe die C. allein, und schließe ihren Stiefsohn D. aus. Es wird also vorausgesetzt, als ob es nur auf die Verwandtschaft des Bruders mit dem Ascendenten des Verstorbenen allein ankomme. Die Unrichtigkeit dieser Behauptung haben andere Rechtsgelehrte gezeigt [a]).

2) Ist es ausgemacht, daß nach den deutlichen Worten der 118ten Novelle, in Ansehung der Ascendenten kein Unterschied zu machen sey, folglich erben die Großeltern so gut, wie die Eltern mit den vollbürtigen Geschwistern des Verstorbenen, ohne daß die erstern von den letztern ausgeschlossen werden können [b]). Dieser deutlichen Verordnung ungeach-

z) Forster de hered. quae ab intestato defer. Lib. VII. cap. 8. in addit. ad Concluſ. Berlich in Concluſ. pract. Part. III. Concl. 23.

a) Rotgersius de ſucc. legit. cap. X. §. 6.

b) Rotgersius l. c. §. 32-50.

ungeachtet, haben doch auch hier einige Rechtsgelehrte behauptet, die Großeltern würden von den leiblichen Geschwistern ausgeschlossen [c]). Schon der bloße Wortverstand zeigt unwidersprechlich, daß nicht blos von Ascendenten des ersten Grades, sondern von den nähern Ascendenten überhaupt die Rede sey, worunter doch die Großeltern schlechterdings auch gehören, und also zur Erbfolge gelangen, wenn keine Eltern mehr vorhanden sind [d]).

III. Endlich erben in der zweyten Classe, auch die Söhne und Töchter verstorbener vollbürtiger Brüder und Schwestern, und zwar nicht nur, wenn sie allein vorhanden sind, sondern auch alsdenn, wenn vollbürtige Geschwister des Erblassers da sind. Vor Justinians Zeiten wurden sie freylich als entferntere Verwandte der Seitenlinie ausgeschlossen; dieser Kaiser führte aber zu ihrem Besten das so genannte Repräsentationsrecht ein. Nach der 118. Novelle Kap. 3. hatten Geschwisterkinder kein Erbfolgerecht, wenn Ascendenten des Verstorbenen da waren; aber in der 127ten Novelle Kap. 1. schaffte Justinian diese Verordnung wieder ab, und gab das Gesetz, daß, wenn der Erblasser, Eltern, vollbürtige Geschwister, und von verstorbenen leiblichen Geschwistern, Söhne oder Töchter hinterlassen habe, so sollten die letztern zugleich mit den erstern vermöge des Repräsentationsrechts ab intestato succediren.

Ob den Geschwisterkindern das Repräsentationsrecht auch in dem Falle zustehe, wo sie blos mit Ascendenten concurriren, oder ob sie nicht vielmehr in diesem Falle von der Intestaterbfolge ausgeschlossen sind, darüber wird sehr gestritten. Die mehresten Rechtsgelehrten behaupten, die vollbürtigen Geschwister könnten auch mit den Ascendenten allein vermöge des Repräsentationsrechts succediren [e]), und

c) VOET h. t. §. 32.

d) de PVFENDORF Obs. Tom. IV. Obs. 139.

e) WALCH introd. in cont. Sect. II. cap. IV. mbr. 5. §. 13. KOCH succ. ab int. §. 78. nr. III. HOFACKER l. c. Tom. II. §. 1424. not. b.

diese Meynung wird in Gerichten befolgt. Uebrigens dürfen blos Söhne und Töchter vollbürtiger Geschwister von dem Repräsentationsrechte in dieser Classe Gebrauch machen, nicht aber die Enkel; denn diese gehören zur vierten Classe.

Damit man richtig festsetzen kann, welche Kinder der vollbürtigen Geschwister in dieser zweyten Classe erbfähig sind, so müssen folgende Rechtssätze angewendet werden.

1) Nur solche Kinder kommen in dieser Classe zur Intestaterbfolge, welche in der ersten Classe ein vollkommnes Erbrecht auf das Vermögen ihrer Eltern haben; denn Kinder, welche in der ersten Classe nicht vollkommen erbfähig sind, können auch in der zweyten Classe nicht von ihrem Oheim oder von ihrer Tante ab intestato erben. So kann z. B. der natürliche Sohn B. von seinem Onkel A. nicht erben; aber die unehelichen Kinder einer verstorbenen leiblichen Schwester, wenn sie von ihrer Mutter erben, können auch ihrer Mutter Bruder, dem Onkel, ab intestato succediren. Wenn also B. ein spurius ist, so succedirt er doch seiner Mutter Bruder A. ab intestato [f]).

2) Dürfen die Geschwisterkinder keine solche Personen seyn, welche in den Gesetzen überhaupt von der Erbfolge der Seitenverwandten ausgeschlossen worden sind. So kann z. B. ein unvollkommen adoptirtes Kind in dieser Classe, seines verstorbenen Adoptivvaters leiblichen Bruder nicht ab intestato beerben, wenn es gleich in der ersten Classe ein vollkommnes Intestaterbrecht auf das Vermögen seines Adoptivvaters hat; denn ein unvollkommen adoptirtes Kind hat keine iura legitima ad familiam extranei patris adoptiui, sondern wird in Ansehung der Familie des Adoptivvaters als ein Fremder angesehen [g]).

Nachdem gezeigt worden ist, was für Personen in der zweyten Classe zur Intestaterbfolge gelangen, so soll die Frage beantwortet werden: wie in dieser Classe succedirt wird?

f) Koch succ. ab int. §. 77.

g) L. 10. §. 1. in fine Cod. de adopt.

wird? — Hierbey sind drey Fälle zu unterscheiden, nämlich 1) ob Ascendenten allein erben wollen; 2) oder ob vollbürtige Geschwister mit den Ascendenten concurriren; 3) ob blos vollbürtige Seitenverwandten der zweyten Classe vorhanden sind.

I. Sind nur Ascendenten da, welche ab intestato erben, so heißt es: Ascendenten succediren nach den Linien [h]); diese Regel wird aber von einigen Rechtsgelehrten für falsch erklärt [i]), und Hr. Hofr. Glück giebt folgende Regeln: —

1) Wenn beyde Eltern noch am Leben sind, so theilen sie die Erbschaft zu gleichen Theilen, in capita, unter sich, und schließen die Großeltern aus [k]). Wenn G. stirbt, und hinterläßt seinen Vater E. und die Mutter F. am Leben, desgleichen den Großvater A. von des Vaters Seite und die Großmutter B. von des Vaters Seite, von der Mutter Seite hingegen den mütterlichen Großvater C. und die mütterliche Großmutter D., so erben E. und F. allein, und zwar nach den Köpfen, hingegen A. B. C. und D. werden von ihnen ausgeschlossen und erben nichts.

2) Ist nur noch eins von beyden Eltern am Leben, es sey der Vater oder die Mutter des Verstorbenen, so erhält dieser Parens die ganze Erbschaft allein, und schließt die Großeltern aus.

3) Sind bloß entferntere Ascendenten, und zwar von einer und derselben Linie und Grade vorhanden, so erben sie ebenfalls nach den Köpfen. Man nehme den Fall an, der verstorbene Enkel G. hätte blos von väterlicher Seite den Großvater A. und die Großmutter B. hinterlassen, so kann hier keine andere Erbfolge als nach den Köpfen statt finden [l]).

h) Koch de succ. ab int. §. 45. nr. I. §. 78. nr. V.

i) Hr. Hofr. Glück von der Intestaterbf. S. 362.

k) Rotgersius l. c. cap. VII. §. 61.

l) Rotgersius l. c. pag. 272.

4) Sind Großeltern von beyden Linien, der väterlichen und der mütterlichen, vorhanden, welche in demselben Grade mit dem verstorbenen Enkel verwandt sind, so erben sie nach den Linien, das heißt, die Erbschaft wird in zwey gleiche Theile oder Hälften getheilt, wovon die eine an die väterliche, die andere an die mütterliche Linie fällt, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob in der einen Linie mehr Personen vorhanden sind, als in der andern [m]). Stirbt z. B. der Enkel D. ab intestato, und hinterläßt seine beyden Großeltern von väterlicher Seite, den A. und die B., von der mütterlichen Linie aber die Großmutter C.; so succediren alle drey Großeltern, aber nach den Linien, und nicht nach den Köpfen. Ist also die Erbschaft 6000 Rthlr. werth, so bekommen die väterlichen Großeltern A. und B. davon 3000 Rthlr., und die mütterliche Großmutter bekommt die andern 3000 Rthlr.

5) Schwer ist die Frage: wenn die Großeltern sowohl von väterlicher als mütterlicher Linie gestorben sind, und es sind blos Urgroßeltern von gleichem Grade vorhanden, wie nunmehr die Erbschaft vertheilt werde? Man nehme an E. stirbt, sein Vater und Mutter sind auch verstorben, der väterliche Großvater und die väterliche Großmutter ebenfalls; desgleichen auch der mütterliche Großvater und die mütterliche Großmutter. Es lebt noch der väterliche Urgroßvater A., desgleichen der mütterliche Urgroßvater B. und die mütterliche Urgroßmutter C., ferner lebt auch noch die mütterliche Urgroßmutter D., von ihres Vaters Seite. Hier hinterläßt der verstorbene E. von der väterlichen Linie den Vater des väterlichen Großvaters A. und die beyden Eltern der väterlichen Großmutter B. und C. sodann von der mütterlichen Linie die Urgroßmutter D. In diesem Falle ist es ausgemacht, daß die Erbschaft des verstorbenen E. so vertheilt werden muß, daß die eine Hälfte an die väterliche, die andere aber an die mütterliche Linie kommt. Besteht also die ganze Erbschaft in

m) NOVELLA 118. cap. 2.

in zwölf Tausend Thalern, so wird die mütterliche Urgroßmutter zu ihrem Antheil sechs Tausend Thaler erhalten. Nun fragt sichs aber noch, wie die andere Hälfte der Erbschaft, nämlich die sechs Tausend Thaler, welche an die väterliche Linie fallen, unter die Urgroßeltern A. B. und C. zu vertheilen sind? Werden diese Personen nach den Köpfen, oder auch nach den Linien darein succediren, so daß A. die eine Hälfte, also drey tausend Thlr., B. und C. die andere Hälfte, ebenfalls drey tausend Thaler bekommen? Wahrscheinlich ist es, daß diese letzte Theilung die richtigere sey? denn wenn diese Ascendenten in Rücksicht des Vaters des Erblassers zwey verschiedene Linien ausmachen, warum sollte nicht das Nämliche auch in Rücksicht des Erblassers selbst statt finden, und daher nehmen einige Rechtslehrer n) hier eine Erbfolge nach den Linien an. Mehrere Rechtsgelehrte behaupten hingegen: die entgegengesetzte Meynung, daß die andere Hälfte der Erbschaft unter die Urgroßeltern A. B. C. nach den Köpfen zu vertheilen sey, stimme mit dem richtigen Verstande der Novelle mehr überein; denn wenn das Gesetz verordnet, daß bey Ascendenten des entferntern Grades die Erbschaft in zwey Theile und Hälften getheilt werden soll, so setzt es jederzeit väterliche und mütterliche Großeltern des Verstorbenen voraus. Dieser Fall ist aber hier nicht vorhanden, weil die hier angeführten Ascendenten A. B. C. in Rücksicht des Erblassers blos väterliche Ascendenten sind, und machen also in Rücksicht desselben nur eine Linie aus. Dawider streitet nicht, daß sie bey der Succession des Vaters des Erblassers nach den Linien würden geerbt haben, weil sie in Rücksicht derselben wirklich zwey verschiedene Linien ausmachen, nämlich A. zur väterlichen, B. und C. aber zur mütterlichen gehören o).

n) STRYCK de succ. ab int. Diff. II, cap. I. §. 20.

o) Hr. Hofr. Glück a. a. O. S. 366. HOFACKER Princ. iur. ciuil. Tom. II. §. 1423.

Auf die Verschiedenheit des Vermögens wird bey der Erbfolge der Ascendenten keine Rücksicht genommen, sondern es ist gleich viel, ob die Güter des verstorbenen Enkels von der väterlichen oder von der mütterlichen Linie herrühren. Einige ältere Rechtsgelehrte haben zwar behauptet, das väterliche Vermögen des verstorbenen Descendenten falle an die väterlichen Ascendenten, und das mütterliche Vermögen desselben gehöre den mütterlichen Ascendenten [p]); diese Meynung ist aber ganz irrig, wie eine große Anzahl Rechtsgelehrte gezeigt haben [q]). Es erhellet schon daraus, weil Ascendenten blos nach der Nähe des Grades succediren; sollte es nun bey dieser Erbfolge darauf ankommen, von welcher Linie die Güter des verstorbenen Descendenten herrühren, so würde oft der entferntere Ascendent den nähern ausschließen, wenn die Güter gerade von dieser Linie herkommen. Es heißt ferner in der 118ten Novelle Kap. 2. ausdrücklich, wenn mehrere Ascendenten von gleichem Grade vorhanden sind, so soll die Erbschaft zu gleichen Theilen, aequaliter, unter sie vertheilt werden, und die eine Hälfte an die väterliche Linie fallen, die andere aber an die mütterliche. Diese Verordnung Justinians könnte nicht bestehen, wenn darauf gesehen werden müßte, von welcher Linie die Güter herkommen. Die Gesetze [r]), worauf sich die Gegner berufen, reden theils von ganz andern Fällen, theils würden sie durch die Novelle 118. Kap. 2. als aufgehoben betrachtet werden müssen; daher befolgt man diese Behauptung in den Gerichten nicht [s]). Nur alsdenn tritt eine Ausnahme ein, wenn in Erbfällen aufsteigender Linie,

p) Carpzov Iurisprud. forens. Part. III. Const. 14. Def. 2.

q) Walch introd. in contr. Sect. II. cap. 4. mbr. 5. §. 10.

r) L. 3. C. de bonis, quae liber. L. 13. Cod. de legit. hered. L. 4. C. de sec. nupt. Nov. 4. cap. 1. §. 1 et 2.

s) Koch succ. ab int. §. 46. Hofacker l. c. Tom. II. §. 1423.

Linie, das so genannte Rückfallsrecht, ius recadentiae, an einem Orte gilt, nach welchem jedes Erbgut wieder an diejenigen zurück fallen soll, woher es gekommen ist; diese besondere Einrichtung gilt aber nur an solchen Orten in Teutschland, wo sie notorisch oder erwiesen ist [t]).

II. Concurriren Ascendenten mit vollbürtigen Seitenverwandten der zweyten Classe, so müssen drey Fälle unterschieden werden.

1) Wenn Ascendenten und vollbürtige Geschwister des Erblassers concurriren, so wird die Erbschaft nach den Köpfen vertheilt. Stirbt also A. und hinterläßt seinen Vater B. und die Mutter C. desgleichen zwey leibliche Brüder, D. und E., so wird die Erbschaft in vier Theile getheilt, wovon B. C. D. E. ein Viertel bekommt. Die nämliche Erbfolge tritt ein, wenn vollbürtige Geschwister mit Großeltern des Verstorbenen concurriren. Stirbt A. und hinterläßt zwey vollbürtige Brüder B. und C., desgleichen die väterliche Großmutter D. und den mütterlichen Großvater E., wie auch die mütterliche Großmutter F., so erben die vollbürtigen Geschwister B. C. mit den Großeltern D. E. F., und erstere können die letztern nicht ausschließen; es findet auch keine Erbfolge nach den Linien statt [u]), sondern B. C. D. E. F. theilen die Erbschaft unter sich in gleiche Theile.

2) Concurriren Ascendenten, Geschwister und Geschwisterkinder, so succediren die Ascendenten und leiblichen Geschwister des Verstorbenen nach den Köpfen; die vollbürtigen Geschwisterkinder aber, die nach der 118ten Novelle Kap. 3. in diesem Falle ausgeschlossen wurden, erben nach der 127ten Novelle Kap. 1. vermittelst des Repräsentationsrechts nach den Stämmen. Stirbt A., hinterläßt

t) HEINECCIVS in iure german. Tom. I. Lib. II. tit. 9. §. 287. Pütters Rechtsfälle, 3ten Bandes 1ster Thl. Resp. CCLXI. S. 239.

u) ROTGERS. de succeff. legit. cap. X. §. 51-57.

den Bruder B., von einem verstorbenen Bruder zwey Söhne, C. D., von einem andern verstorbenen Bruder drey Söhne, E. F. G., desgleichen den Vater H. und die Mutter J., so wird die Erbschaft des A. in fünf Theile getheilt, wovon drey Theile B. H. J. bekommen, den vierten Theil bekommen C. und D., und den fünften E. F. G.

Es fragt sich: wie es gehalten wird, wenn der Verstorbene einen Vater, einen leiblichen Bruder, und von einem verstorbenen Bruder drey Söhne hinterlassen hat. Man nehme an, A. stirbt, hinterläßt den vollbürtigen Bruder C., von einem vollbürtigen Bruder sind drey Kinder da, D. E. F. und der Vater B. lebt auch noch. Hier succediren D. E. F. ohne Zweifel in stirpes; da sich aber eine solche Erbfolgeart ohne das Daseyn mehrerer Stämme nicht denken läßt, so muß hier der Bruder des Erblassers C., im Verhältniß zu den Bruders-Kindern einen Stamm bilden. In Beziehung auf den Vater des Verstorbenen hingegen, wird C. mit dem B. nach den Köpfen erben; denn von dem Vater allein kann man nicht sagen, er succedire nach den Köpfen. Rotgersius x) bemerkt also ganz richtig, daß dieser Fall blos diuersae relationis ope entschieden werden müsse.

3) Concurriren Ascendenten bloß mit Söhnen und Töchtern verstorbener vollbürtiger Geschwister, so erben die Ascendenten nach den Köpfen; der verstorbenen vollbürtigen Geschwister Kinder aber, denen eigentlich in der 127ten Novelle kein Repräsentationsrecht gegeben worden, succediren wenigstens nach unserm Gerichtsgebrauch nach Stämmen. Gesetzt A. stirbt, hinterläßt von einem Bruder zwey Söhne, D. E., und von dem andern verstorbenen Bruder drey Söhne, F. G. H., als Intestaterben, desgleichen den Vater B. und die Mutter C. In diesem Falle wird die Erb-

x) Rotgers, de succ. legit. cap. X. §. 25. in apod. demonst. pag. 405.

Erbschaft in vier Theile getheilt, wenn B. einen Theil, die C. einen Theil, den dritten der D. und E., und den vierten der F. G. H. bekommen [y]).

Da nach der 118. Novelle Kap. 2. Ascendenten mit den vollbürtigen Geschwistern des verstorbenen Descendenten erben, ohne Unterschied, der Verstorbene mag zur Zeit seines Todes sui iuris, oder noch unter väterlicher Gewalt gewesen seyn; ferner die Geschwister mögen sui iuris, oder noch unter der väterlichen Gewalt stehen; so kommt hier eine doppelte Frage in Betrachtung.

I. Ob nicht dem Vater der Nießbrauch von den Erbtheilen der Geschwister des verstorbenen Descendenten gehöre, wenn sie noch in dessen väterlicher Gewalt stehen? Diese Frage muß nach der Novelle 118. Kap. 2. verneint werden, und zur Ursache wird angegeben, daß der Vater nach dem Recht des Coder in dem Falle gar nichts erbte, wenn er mit Geschwistern seines verstorbenen Kindes concurrirte. Die Erbschaft fiel hier an die Geschwister, und der Vater bekam weiter nichts davon, als den Nießbrauch [z]).

II. Ob nicht der Vater in dem Falle, da das verstorbene Kind noch in der väterlichen Gewalt war, den Nießbrauch von dessen peculio aduentitio behalte, welchen er schon beym Leben des Kindes gehabt hatte? Nach den angeführten Gesetzen des Coder wäre diese Frage zu bejahen; es entsteht nur die Frage: ob die Novelle 118. Kap. 1. diese Verordnung nicht aufgehoben habe? Dieses wird von mehrern

y) Cocceii in iure contr. Lib. XXXVIII. tit. 15. qu. 6. I. A. Hannesen lucubrationes selectiores theor. pract. circa doctrinam de computatione graduum, tum argumentum connubior. tum successionis in causa intestati attingent. in Dissert. prolusoria de computatione graduum huiusque doctrinae praestantia, Gotting. 1736.

z) L. 7. §. 1. C. ad Sctm. Tertull. L. 11. C. commun. de succ. Kleinschrod Diss. de iure filiifamil. disponendi de peculiis, sub Praes. Ios. Mar. Schneidt, Wirceb. 1784. cap. 1. §. 6.

mehrern Rechtsgelehrten aus dem Grunde behauptet, weil die Ascendenten mit den vollbürtigen Geschwistern auf eine solche Art succediren sollen, daß jeder einen gleichen Theil von der Erbschaft bekommt. Nun lasse es aber die ratio aequalitatis nicht zu, daß sich der Vater noch ferner den Nießbrauch an dem Vermögen seines verstorbenen Kindes anmaße [a]). Andere Rechtsgelehrte sind der Meynung, der Vater behalte wenigstens von dem Erbtheile, den die Mutter von der Erbschaft des verstorbenen Kindes bekommt, den Nießbrauch, weil der Kaiser in der 118ten Novelle dem Vater blos den Nießbrauch von den Erbtheilen der mit ihm erbenden Kinder entzogen habe; in Rücksicht des Erbtheils der Mutter behalte also der Vater sein Recht, welches ihm nach der L. 7. §. 1. C. ad Sctm. Tertull. zustehe [b]). Endlich giebt es Rechtsgelehrte, welche behaupten, der Vater behalte auch nach dem neuesten römischen Rechte den Nießbrauch vom peculio aduentitio des verstorbenen Kindes, davon er bereits beym Leben des Kindes den Nießbrauch gehabt habe, und er succedire blos mit der Mutter und den vollbürtigen Geschwistern des verstorbenen Kindes, in die Proprietät dieses Vermögens zu gleichen Theilen [c]). Sie führen an: 1) sey es ein bekannter Rechtssatz, der Nießbrauch höre nur mit dem Tode des Usufructuars auf, und nicht mit dem Tode des Eigenthümers [d]). 2) Auch der Nießbrauch, welcher dem Vater an dem peculio aduentitio seiner Kinder zustehe, werde mit dem Tode der Kinder nicht beendigt, sondern der Vater behalte ihn, so lange er lebe [e]). 3) Nach der 118. Novelle Kap. 1. behält der Vater

a) Voet h. t. §. 11. Koch l. c. §. 47.

b) Walch introd. in controu. Sect. II. cap. IV. mbr. 5. §. 11.

c) Stryck de succ. ab intest. Diff. II. cap. I. §. 13 et 25. Hofacker Princ. iur. ciuil. Part. I. §. 573.

d) L. 3. §. 1. C. de vsufr.

e) L. 1. C. de bonis mat. L. 4. C. de bonis quae liber. L. 7. §. 1. C. ad Sctm. Tertull.

Vater sogar bey der Succession der Descendenten, wenn ein filius familias gestorben ist, und Kinder hinterläßt, den Nießbrauch von dessen Pekulium, die Kinder aber erben blos die Proprietät. Sollten nun die Geschwister bey der Succession ihres Bruders ein größeres Recht haben, als selbst den Kindern des Erblassers gegeben worden ist? 4) Sagt der Kaiser in der 118ten Novelle Kap. 2. nicht ausdrücklich, daß der Vater den Nießbrauch, den er schon bey Lebzeiten des verstorbenen Kindes hatte, durch den Tod desselben verliehren solle; sondern er soll sich solchen nur nicht an den Erbtheilen der Geschwister seines Kindes nicht anmaßen, wenn diese etwa noch seiner väterlichen Gewalt unterworfen wären. Endlich 5) wird auch dadurch die Successionsgleichheit gegen die Absicht des Gesetzes nicht gehindert, weil hier der Vater nicht in den Nießbrauch succedirt, sondern ihn blos behält, so wie er ihn schon bey Lebzeiten des Kindes hatte. Die Succession geschieht also hier nur in die Proprietät, und in Ansehung derselben haben alle ein gleiches Recht.

So wichtig diese Gründe sind, so läßt sich doch noch manches dagegen einwenden, schreibt Hr. Hofr. Glück f). Besonders hat die erstere Meynung immer das sehr wichtige Argument für sich, daß Justinian in der 118ten Novelle Kap. 2. ausdrücklich sagt: der Vater solle sich schlechterdings keinen Nießbrauch weiter an den Erbtheilen seiner Kinder anmaßen, mit denen er zugleich erbt, weil er für diesen Nießbrauch einen Theil der Proprietät eigenthümlich erhalte. Es ist also ganz offenbar, daß Justinian dem Vater den Nießbrauch von den Erbportionen der Miterben deswegen abspricht, weil er ihm keinen doppelten Vortheil zuwenden wollte. Eben dieser Grund der Successionsgleichheit widerlegt auch zugleich die andere Meynung, nach welcher sich der Vater den Nießbrauch wenigstens an dem Erbtheile soll zueignen dürfen, den die Mutter, als Miterbin, aus der Verlassenschaft ihres verstorbenen Kindes erhält.

Es

f) Hr. Hofr. Glück von der Intestaterbf. S. 377.

Es ist nun auch gar nicht inconsequent, wenn Justinian bey der Succession der Descendenten dem Vater den Nießbrauch läßt, den er bey Lebzeiten des verstorbenen Kindes an desselben peculio aduentitio gehabt hat, weil hier der Vater nicht mit den Kindern des verstorbenen Sohnes, wie dort mit den leiblichen Geschwistern desselben erbt g).

III. Wenn endlich blos vollbürtige Seitenverwandte der zweyten Classe concurriren, so müssen wieder drey Fälle unterschieden werden. Es sind 1) entweder blos vollbürtige Geschwister vorhanden, 2) oder es concurriren vollbürtige Geschwister mit vollbürtigen Geschwisterkindern, 3) oder es sind blos Söhne und Töchter verstorbener vollbürtiger Geschwister vorhanden.

1) Wenn der Verstorbene blos vollbürtige Geschwister hinterläßt, so theilen sie die Erbschaft unter sich nach den Köpfen. Stirbt also A. und hinterläßt drey Brüder B. C. D., und eine Schwester E., so wird seine Erbschaft unter diese vier Geschwister in vier gleiche Theile vertheilt.

2) Wenn vollbürtige Geschwister mit vollbürtiger Geschwister Kindern concurriren, so erben die Geschwister nach den Köpfen, die Geschwisterkinder aber vermöge des Repräsentationsrechts nach den Stämmen. Gesetzt A. stirbt, und hinterläßt zwey Brüder, B. und C., von dem dritten Bruder, der bereits gestorben ist, zwey Kinder, D. und E., und von einem vierten verstorbenen Bruder sind drey Kinder da, F. G. H. Hier wird die Verlassenschaft des A. in vier gleiche Theile getheilt, wovon B. den einen, C. den andern, D. und E. den dritten, und F. G. H. den vierten Theil bekommen.

3) Hinterläßt der Verstorbene keine vollbürtigen Geschwister, so lassen sich folgende Fälle denken. —

a) Es sind blos Kinder eines verstorbenen vollbürtigen Bruders des Erblassers da. Gesetzt A. stirbt, und es sind von seinem verstorbenen Bruder drey Kinder da, B. C. D. Hier

g) Ant. Faber ad Cod. Lib. VI. Tit. 56. nr. 7.

Hier ist es ausgemacht, daß die Bruderskinder in capita succediren.

b) Es sind Kinder von mehrern verstorbenen Geschwistern vorhanden. Gesetzt A. stirbt. Von einem Bruder ist ein Sohn B. da; von einem andern verstorbenen Bruder leben zwey Kinder, C. und D. und von einem dritten verstorbenen Bruder sind drey Kinder am Leben, nämlich E. F. G. Hier ist es nach dem römischen Rechte streitig, ob die Geschwisterkinder nach den Stämmen oder nach den Köpfen erben. Bemerkenswerth ist der Streit darüber zwischen den beyden alten Glossatoren, Azo und Accursius. Jener behauptete, daß die Bruderkinder, wenn sie allein sind, nach den Köpfen succedirten; denn dieß sey schon dem alten römischen Rechte gemäß, worin Justinian nichts geändert habe. Accursius glaubte, es müsse bey Geschwisterkindern, nachdem ihnen Justinian das Repräsentationsrecht ertheilt habe, nun eben das Rechtens seyn, was von Enkeln gilt; sie könnten also eben so, wie diese, anders nicht, als nach den Stämmen erben. Sehr richtig antwortete Azo hierauf, die Geschwisterkinder hätten das Repräsentationsrecht nur in dem Falle nöthig, wenn sie mit des Verstorbenen Geschwistern succedirten. Nur in diesem Falle habe es ihnen Justinian gegeben, damit sie von jenen nicht ausgeschlossen werden möchten; dieser Grund falle aber weg, wenn sie allein sind. Hier hätten sie also auch kein Repräsentationsrecht nöthig, sie succedirten folglich nach den Köpfen. Der Schluß von Enkeln gelte hier nicht, weil bey diesen die Nähe des Grades nicht in Betrachtung komme. Dieser Streit wurde endlich nach der Meynung des Azo auf dem Reichstage zu Speyer im Jahr 1529 entschieden, und diese reichsgesetzliche Entscheidung nicht nur in den Reichsabschied zu Speyer vom Jahr 1529. §. 31. eingerückt, sondern auch darüber eine eigene Verordnung vom Kaiser Carl V. in eben dem Jahre publicirt [h]), folgenden Inhalts: — Als bisher durch die Rechtsgelehrten in Zweifel gezogen

h) Neue Sammlung der Reichsabschiede, 2. Th. S. 301.

gezogen ist, ob eines verstorbenen Bruders oder Schwester Kinder, desselben ihres Vaters oder Mutter Bruder oder Schwester nachgelassene Erbschaft unter sich in die Häupter oder in die Stämme theilen sollen; und darum in solchem Zweifel unter Unsern und des Heil. Reichs Unterthanen, etwan viel Irrung, Widerwärtigkeit und Rechtfertigung, zu derselben Unterthanen nicht geringem Nachtheil und Schaden erwachsen: daß wir demnach, als Römischer Kaiser, gemeinem Nutz zu gut, solchen Zank, zukünftige Rechtfertigung und daraus fließenden Unrath zu fürkommen, darin gnädiglich gesehen, und mit Unser und des Heil. Reichs Churfürsten, Fürsten und Stände zeitigem vorgehenden Rath gesetzt und geordnet haben, als Wir auch von Röm. Kaiserl. Macht hiemit wissentlich in obberührtem Fall ordnen und setzen, also: wann einer untestirt abstirbt, und nach ihm kein Bruder oder Schwester, sondern seiner Brüder oder Schwestern Kinder in ungleicher Zahl verläßt, daß alsdann dieselben seines Bruders oder Schwester Kinder in die Häupter, und nicht in die Stämme erben, und dem Verstorbenen ihrer Vater oder Mutter Bruder oder Schwester dermaßen zu succediren zugelassen werden sollen [i]).

Durch das angeführte Reichsgesetz über die Intestaterbfolge der Geschwisterkinder sind nicht alle zweifelhafte Fälle zur Gewißheit gebracht worden. Weil das Gesetz nur von dem Falle ausdrücklich redet, wenn der Erblasser keinen Bruder oder Schwester, sondern blos seiner Brüder oder Schwestern Kinder in ungleicher Anzahl hinterlassen hat; so fragt sichs, ob die vollbürtigen Geschwisterkinder auch alsdenn nach Köpfen erben, wenn der Erblasser zugleich einen Halbbruder hinterlassen hat. In diesem Fall ist es zwar ausgemacht, daß die vollbürtigen Geschwisterkinder den Halbbruder des Erblassers ausschließen; es entsteht nur die Frage: ob dieses nach dem Repräsentationsrechte geschieht, oder iure ordinis. Ersteres wird von berühmten Rechts-

i) Gerstlachers Handbuch der teutschen Reichsgesetze, Th. X. S. 2483.

Rechtsgelehrten [k]) behauptet; letzteres aber von nicht weniger berühmten, und diese Meynung verdient den Vorzug, aus folgenden Gründen. Justinian sagt es in der 118ten Novelle Kap. 3. deutlich, wo in den Worten vnde consequens est — si vixisset, des Repräsentationsrechts nicht gedacht, sondern deutlich gesagt wird, daß die Bruder-Kinder den Halbbruder des Verstorbenen iure ordinis ausschließen, weil auch ihr Vater den Halbbruder iure ordinis ausgeschlossen hätte, wenn er noch lebte [l]). Daß in der angeführten Stelle nur vom iure ordinis und nicht vom iure repraesentationis die Rede sey, sieht man ferner daraus, weil es Justinian den Söhnen und Töchtern vollbürtiger Geschwister nur in dem Falle gegeben hat, wo sie cum propriis thiis, das heißt, mit ihres verstorbenen Vaters oder ihrer verstorbenen Mutter Brüdern oder Schwestern ab intestato succediren, um nicht von diesen, wie ehemals, ausgeschlossen zu werden. Nun aber sind ja die vollbürtigen Geschwister-Kinder nicht mit dem Halbbruder des Verstorbenen zur Erbschaft gerufen, sondern sie gehen ihm der gesetzlichen Ordnung nach vor, weil letztre zur folgenden Classe der Seitenverwandten gehört. Es ist also hier um so weniger ein Repräsentationsrecht denkbar, da solches seinem Zweck nach gar nicht dazu eingeführt ist, um andere auszuschließen, sondern blos deswegen, um mit andern zu succediren, von denen man sonst wäre ausgeschlossen worden [m]). Endlich ist allerdings anzunehmen, daß dieser Fall durch das angeführte Gesetz Carls V. mit entschieden worden sey. Es muß nach der Absicht des Gesetzes behauptet werden, welche dahin ging, wie der Eingang sagt, den Streit über die Intestaterbfolge der Bruder-Kinder zu entscheiden. Die Schrif-

k) Stryck de succ. ab int. Diss. III. cap. I. §. 12. 17. 18. Coccei in iure contr. Lib. XXXVIII. Tit. 15. qu. 5.

l) Koch succ ab int. §. 78. schol. I. Hofacker Princ. iur. ciuil. Tom. II. §. 1425.

m) Koch de succ. ab int. §. 12. nr. III. pag. 32. Gmelin D. histor. repraes. §. 14. 15.

Schriften der damaligen Rechtsgelehrten beweisen es hinlänglich, daß auch über diesen Fall gestritten worden ist n).

Es wird ferner darüber gestritten, ob die Kinder verstorbener vollbürtiger Geschwister auch dann in capita succediren, wenn Kinder von einem verstorbenen Halbbruder da sind. Einige Rechtsgelehrte haben wieder behauptet, die Kinder der vollbürtigen Geschwister müßten von dem Repräsentationsrechte Gebrauch machen, um die Kinder des Halbbruders auszuschließen, weil sie sonst, als gradu aequales, zugleich mit jenen succediren würden. Durch das ius repraesentationis werde ihnen die duplicitas vinculi zu Theil, und dadurch erlangten sie den Vorgang vor den Kindern des Halbbruders, es trete aber nun auch succeſſio in ſtirpes ein o). Diese Behauptung ist falsch, und es gilt der Schluß: hindert das Daseyn eines Halbbruders nicht, daß die Kinder vollbürtiger Geschwister nach den Köpfen erben, so kann die Existenz der Kinder eines Halbbruders noch weniger eine Aenderung bewirken p).

Endlich ist auch der Fall streitig, wenn ein Vaters- oder Mutter-Bruder, oder eine Vaters- oder Mutter-Schwester des Verstorbenen vorhanden sind, und vollbürtige Geschwisterkinder. Hier behaupten einige Rechtsgelehrte, die Kinder vollbürtiger Geschwister schließen zwar den Vaters-Bruder des Verstorbenen aus, allein nicht anders, als iure repraesentationis, weil sie gleichen Grades mit ihm sind; nun muß aber succeſſio in ſtirpes eintreten q). Andere Rechtsgelehrte sind der Meynung, die vollbürtigen Bruderskinder könnten den Vaters-Bruder des Verstorbenen gar nicht ausschließen, weil ihnen kein Repräsentationsrecht auf diesen Fall zu Theil werde,

n) FORSTER de hered. quae ab inteſt. def. Lib. VIII. cap. 3.

o) COCCEII in iure contr. Lib. 38. tit. 15. qu. 5.

p) WALCH introd. in controu. Sect. II. cap. IV. mbr. 5. §. 16.

q) CVIACIVS in Expoſ. NOV. 118.

werde, und daher trete succeſſio in capita ein [r]). Die richtige Meynung behaupten endlich wohl diejenigen Rechtsgelehrten, welche ſagen: die Kinder vollbürtiger Geſchwiſter ſchließen den Vaters-Bruder iure ordinis ganz und gar aus, weil er zur vierten Claſſe gehört, und erſtere erben nach den Köpfen [s]). Man muß die Novelle 118. Kap. 3. und deren Worte: quandoquidem etc. richtig verſtehen, wo a maiori ad minus vom Kaiſer geſchloſſen wird.

Soll die Erbfolge nach den Köpfen bey den Geſchwiſterkindern ſtatt finden, ſo wird nothwendig vorausgeſetzt, daß ihnen die Erbſchaft gleich anfangs ganz allein deferirt worden ſey, und hier kein näherer da war, um deſſen willen ſie von dem Repräſentationsrechte Gebrauch machen müſſen. Wäre alſo zur Zeit der Delation der Erbſchaft ein leiblicher Bruder des Verſtorbenen vorhanden und er ſchlug entweder die Erbſchaft aus, oder ſtarb vor Antretung derſelben, ſo daß alſo nun die Geſchwiſterkinder allein ſuccediren, ſo fällt zwar den letztern der vakante Erbtheil vermöge des Accreſcenzrechts zu, allein die Erbfolge nach Stämmen, nach welcher die Geſchwiſterkinder in einem ſolchen Concurrenzfalle vermöge des Repräſentationsrechts ſuccediren, wird hierdurch keinesweges in eine Erbfolge nach den Köpfen verwandelt; denn darin liegt der Grund, warum den Geſchwiſterkindern in dem bemerkten Falle die Erbſchaft mit angefallen iſt, welche ihnen ohne Repräſentationsrecht gar nicht würde deferirt worden ſeyn. Nun iſt ihnen aber die Erbſchaft vermöge des Repräſentationsrechts nur nach den Stämmen deferirt worden, und dieſe einmal begründete Succeſſionsart kann durch den nachher ſich zutragenden zufälligen Umſtand, daß der Bruder des Verſtorbenen die Erbſchaft repudiiret hat, oder vor der Antretung derſelben verſtorben iſt, nicht wieder geändert werden, weil immer auf

r) WESTENBERG in Princ. iur. ſec. ord. Inſtit. Lib. III. Tit. de ſucc. ab int. §. 108. HVBER eod. loc. §. 15.

s) VOET h. t. §. 16. HOFACKER l. c. §. 1425. in fine.

die Zeit gesehen werden soll, da die Erbschaft deferirt worden ist, wenn von der Vertheilung derselben die Frage ist t). Hieraus folgt, daß auch der vakante Erbtheil unter die Geschwister nach den Stämmen zu vertheilen sey u).

Hat des Erblassers leiblicher Bruder, welcher die Erbschaft ausgeschlagen hat, oder welcher vor der Antretung derselben gestorben ist, Kinder hinterlassen, so entsteht die Frage, ob diese Kinder mit zur Erbfolge kommen? Ausgemacht ist es in diesem Falle,

a) daß, wenn der Bruder des Erblassers vor Antritt der Erbschaft gestorben ist, kein ius accrescendi statt finde, weil nicht gesagt werden kann, der Bruder des Verstorbenen falle weg. Dieß wäre nur alsdenn der Fall, wenn ihm die Erbschaft gar nicht wäre deferirt worden, oder wenn er sie ausgeschlagen hätte. Nun ist keins von beyden geschehen; also kommen die Kinder des vor der Antretung der Erbschaft verstorbenen Bruders zur Successsion. Es entstehe nur die Frage: aus welchem Rechte sie succediren? Einige Rechtslehrer x) behaupten, es geschehe vermöge des Repräsentationsrechts. Darauf antworten andere: das Repräsentationsrecht setzt jederzeit voraus, daß demjenigen, den man repräsentirt, die Erbschaft des Verstorbenen noch nicht deferirt, sondern derselbe schon vor dem Erblasser verstorben sey; es ist also in unserm Falle anzunehmen, daß die Kinder des verstorbenen Bruders vermöge des Justinianeischen Transmissionsrechts succediren y).

b) Hat der Bruder des Verstorbenen die Erbschaft repudiirt, so ist die Frage: ob seine Kinder succediren, noch streitiger. Einige Rechtslehrer sind der Meynung, es habe die

t) §. 6. Inst. de legit. agnat. succ. L. 2. §. 6. D. de suis et legit. hered. L. 1. §. 6. D. vnde cogn.

u) Koch de successs. ab intest. §. 45. nr. III.

x) Koch l. c. §. 45. not. 7. nr. III. Walch Diss. de success. collater. tertii gradus, §. 10.

y) Gmelin in hist. repraesent. §. IV. not. 6.

die Erbfolge nach den Stämmen statt [z]); diese Behauptung stößt aber wider den Begriff des Repräsentationsrechts, aus welchem der Satz folgt: mortuorum est repraesentatio, non viuentium. Andere Rechtsgelehrte geben ihnen Erbrecht nach dem successorischen Edikt, und zwar nach den Köpfen [a]). Diese Behauptung ist falsch; denn das edictum successorium findet nicht statt, wenn außer dem, welcher die Erbschaft ausschlägt, noch andere da sind, welchen die Erbschaft zugleich nach den Köpfen oder Stämmen ist deferirt worden. Diejenigen Rechtslehrer haben also wohl Recht, welche die Kinder des repudiirenden Bruders in dem bemerkten Falle von der Erbschaft gänzlich ausschliessen, und den vakanten Erbtheil den übrigen Kindern, vermöge des Accrescenzrechts, zusprechen [b]).

2) Fragt sich noch, wie wird succedirt? — Aus den oben angeführten Gründen nicht anders, als vermöge des Repräsentationsrechts nach den Stämmen. Hieraus sieht man, daß es doch auch bey Geschwisterkindern Fälle geben kann, wo eine successio in stirpes statt findet, wenn sie gleich nur allein erben.

§. 1653—1656.

Sind weder successionsfähige Ascendenten, noch vollbürtige Geschwister, oder Söhne und Töchter solcher Geschwister vorhanden; so kommt nun die Succession an die Halbgeschwister und deren Söhne und Töchter [c]). Daß unter Halbgeschwistern diejenigen zu verstehen sind, welche nur einen gemeinschaftlichen Parens haben, in Ansehung dessen ihnen ein vollkommnes Erbrecht zusteht, und daß die

z) Leyser Spec. CCCCXXIII. Med. 4.

a) Stryck succ. ab intest. Diss. III. cap. 1. §. 11.

b) Koch l. c. §. 78. in schol. ad Nr. IV. Walch cit. Diss. §. 10.

c) Novella 118. cap. 3.

derselben entweder Halbgeschwister vom Vater her, consanguinei, oder Halbgeschwister von mütterlicher Seite, vterini, seyn können, ist bekannt. Hieraus folgt,

1) daß zu den successionsfähigen Halbgeschwistern nicht die aus einer Blutschande, oder aus einem Ehebruch, oder aus einer Bigamie erzeugten Kinder zu zählen sind, weil sie weder in Ansehung des Vaters, noch der Mutter für erbfähig gehalten werden [d]).

2) Daß auch natürliche und andere uneheliche Kinder, welche sonst ihrer Mutter ab intestato succediren, für keine Halbgeschwister, die einander succediren, zu halten sind, wenn sie zwar von einem Vater, aber mit verschiedenen Müttern gezeugt worden sind; denn sie sind in Ansehung des gemeinschaftlichen Vaters nicht successionsfähig, und folglich ist auch unter ihnen selbst kein Consanguinitätsrecht denkbar [e]).

3) Auch die spurii einer mater illustris succediren den ehelichen Kindern derselben nicht als Halbgeschwister, weil sie in diesem Falle nicht einmal von ihrer Mutter erben können. Seinem unehelichen Bruder succedirt zwar der spurius mit den ehelichen Geschwistern, aber dem ehelichen Bruder nur alsdenn, wenn weiter keine ehelichen Geschwister vorhanden sind [f]).

4) Sind diejenigen Kinder, die blos durch eine unvollkommne Adoption mit einander verbunden worden sind, so wenig als die zugebrachten Kinder, compriuigni, deren Eltern einander geheyrathet haben, als Halbgeschwister anzusehen, die einander ab intestato beerben, wenn auch die letztern durch eine Einkindschaft von dem Stiefvater oder der Stiefmutter, zu ihren rechten Kindern angenommen worden sind; denn die vereinigten Kinder beerben einander nicht, es müßte

d) Forster de hered. quae ab intest. defer. Lib. VI. cap. 50. nr. 12.

e) L. 4. D. vnde cognati.

f) Koch succ. ab intest. §. 88.

müßte denn eine wechselseitige Beerbung durch eine besondere Verabredung festgesetzt worden seyn [g]).

Wenn Halbgeschwister succeſſionsfähig sind, so erben sie von einander, sie mögen Halbgeschwister vom Vater her, conſanguinei, oder von der Mutter her, vterini, sie mögen eheliche oder uneheliche seyn. Es können auch uneheliche Halbgeschwister von mütterlicher Seite den ehelichen Halbgeschwistern succediren, wenn gleich noch andere eheliche Halbgeschwister vorhanden sind [h]).

Außer den Halbgeschwistern kommen in dieser Classe auch die Söhne und Töchter verstorbener Halbgeschwister zur Succession, nur müssen sie in der ersten Classe in Ansehung ihrer Eltern vollkommen erbfähig seyn; denn wenn zum Beyspiel B. ein natürlicher Sohn wäre, so kann er von seines Vaters Halbbruder nicht erben. Sind die Halbgeschwister-Kinder in der ersten Classe succeſſionsfähig, so können sie in der dritten Classe auch sogar mit des Verstorbenen Halbgeschwistern selbst succediren; denn Justinian hat ihnen so gut, als den Söhnen und Töchtern vollbürtiger Geschwister, das Repräsentationsrecht gegeben, da er ganz allgemein spricht [i]).

Ist die Frage zu beantworten, wie in der dritten Classe succedirt werde, so müssen drey Hauptfälle unterschieden werden; nämlich 1) ob blos Halbgeschwister-vorhanden sind; 2) oder ob mit ihnen Halbgeschwister-Kinder concurriren; oder 3) ob blos Söhne und Töchter verstorbener Halbgeschwister da sind.

Sind Halbgeschwister allein vorhanden, so wird nach den Köpfen succedirt. Wäre gar nur ein Halbbruder vorhanden, so bekommt er die Erbschaft allein. Hier ist bis-

g) de Pufendorf Obſ. Tom. I. Obſ. 200. §. 52—55. Hofacker Princ. iur. ciuil. Tom. I. §. 612. nr. III.

h) Koch ſucc. ab inteſt. §. 93. pag. 153.

i) Novella 118. cap. 3. Rotgersius l. c. cap. XIII. §. 15—32.

weilen die Frage: wenn Halbgeschwister von verschiedener Art, nämlich consanguinei und vterini concurriren, ob in solchen Fällen auf den Ursprung und den Unterschied des Vermögens Rücksicht genommen werden muß? Man nehme den Fall an: A. stirbt ohne Testament. Er hinterläßt zu seinen Intestaterben, einen Halbbruder von mütterlicher Seite B., und einen Halbbruder von väterlicher Seite C. Der Erblasser A. erbte von seinem Vater 8000 Thlr., und von seiner Mutter nur 2000 Thlr. Außerdem besaß er noch Vermögen, das er auf andere Weise erworben hatte. Hier entsteht die Frage: wie werden sich B. und C. in die Erbschaft theilen? — Nach dem richtigen Sinne der 118ten Novelle, nach welcher weiter kein Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten gemacht werden soll, erben beyde Halbbrüder ohne Absonderung des väterlichen und mütterlichen Vermögens, nach den Köpfen. Es ist nicht nur eine Hauptregel des neuern römischen Rechts, daß die Güter, so bald sie von den Eltern auf die Kinder vererbt worden sind, ihre ursprüngliche Beschaffenheit verliehren, und nun eine eigene Erbschaft ausmachen, ohne Rücksicht auf die Quelle, woher sie gekommen sind, sie mögen allein von väterlicher oder mütterlicher Seite hergerührt haben [k]), sondern es schließt auch die Successionsart nach den Köpfen ohnehin schon allen Unterschied der Güter aus [l]). Mehrere berühmte Rechtsgelehrte gehen von dieser Meynung ab, und behaupten, daß bey der Intestaterbfolge der Halbgeschwister von verschiedener Art, auf den Ursprung des Vermögens des Verstorbenen zu sehen sey, und es falle das väterliche Vermögen auf die consanguineos, das mütterliche aber auf die vterinos, zum Voraus [m]). Sie führen einige Gesetze für ihre Behauptung an, nämlich die

L. 13.

k) L. 10. §. 2. D. de vulg. et pup. substit.

l) Voet h. t. §. 18. Koch succ. ab int. §. 82.

m) Cviacivs in Expos. Nov. 84. Walch introd. in contr. Sect. II. cap. 4. Mbr. 5. §. 18.

L. 13. §. 2. C. de legit. hered. und die Nov. 94. cap. 2. Darauf ist zu antworten: wenn gleich in den angeführten Gesetzen des Unterschiedes der Güter bey der Erbfolge der Halbgeschwister gedacht wird, so wird hier auf ein neueres Gesetz gesehen, und dieses Gesetz ist die 118te Novelle, in deren Eingange es ausdrücklich heißt, daß von nun an alle diejenigen Gesetze aufgehoben seyn sollen, worin eine Verschiedenheit bey der Intestaterbfolge zwischen Anverwandten männlicher und weiblicher Linie angenommen worden. Offenbar geht das auch auf den Fall, wo zweyerley Geschwister mit einander concurriren, die nach ältern Gesetzen, auf den Unterschied des väterlichen und mütterlichen Vermögens Rücksicht nehmen konnten. Hierzu kommt, daß nach jenen Gesetzen so gar die Halbgeschwister dem Vater vorgingen, warum befolgt man denn diese Verordnung nicht auch? Die Praxis befolgt indeß den angeführten Unterschied, bey dem Vermögen, was unmittelbar vom Vater und von der Mutter herkommt; hingegen dasjenige Vermögen, was der Verstorbene von den übrigen väterlichen oder mütterlichen Verwandten geerbt hat, wird zur gemeinschaftlichen Erbschaftsmasse gerechnet n).

Concurriren Halbgeschwister mit Halbgeschwister-Kindern des ersten Grades, das heißt mit Söhnen und Töchtern verstorbener Halbgeschwister, so erben die erstern nach Köpfen, die letztern aber vermittelst des Repräsentationsrechts nach Stämmen. Wenn A. ohne Testament stirbt und hinterläßt von Seiten der Mutter zwey noch lebende Brüder B. und C., von dem dritten verstorbenen Halbbruder einen Sohn D., und von dem vierten verstorbenen mütterlichen Halbbruder zwey Söhne E. und F., so wird die ganze Erbschaft in vier Theile getheilt, davon B. einen, C. einen, D. den dritten, und E. und F. den vierten Theil bekommen.

n) Leyser Spec. 423. Med. 1 et 2. Berger Oecon. iur. Lib. II. Tit. IV. thes. 39. Koch succ. ab int. §. 82.

Concurrirt nur ein Halbbruder des Verstorbenen mit eines verstorbenen Halbbruders Söhnen, so kann man nicht sagen, wie gewöhnlich geschieht, der Halbbruder succedire in capita, die Halbbruders Söhne aber in stirpes, sondern es tritt hier blos die Erbfolge nach den Stämmen ein o).

Auch bey Halbgeschwister-Kindern, wenn sie von Halbgeschwistern verschiedener Art herstammen, zum Beyspiel von einem fratre consanguineo und vterino, wird in der Praxis ein Unterschied gemacht, wo das Erbschaftsvermögen herkommt, in so fern sie nämlich vermittelst des Repräsentationsrechts in stirpes succediren, weil sie hier in die Rechte ihrer verstorbenen Eltern eintreten p).

Sind blos Halbgeschwister-Kinder vorhanden, so succediren sie alle nach den Köpfen, und in solchen Fällen wird selbst in der Praxis nicht weiter auf den Unterschied des Vermögens gesehen, wenn diese Geschwister-Kinder theils von fratribus consanguineis, theils von vterinis abstammen q). Gesetzt A. stirbt, und hinterläßt von einem fratre vterino zwey Halbbruders-Kinder B. und C. und von einem fratre consanguineo drey Halbbruders-Kinder D. E. F., so wird seine Erbschaft nach der Anzahl der fünf Erben in fünf gleiche Theile vertheilt. Das Repräsentationsrecht fällt hier deswegen weg, weil Justinian den Geschwisterkindern dieses Recht nur in dem Falle ertheilt hat r), quando cum propriis succedunt thiis. Wäre auch ein Vaters-Bruder des Verstorbenen vorhanden, so ändert dieser Umstand doch bey der Erbtheilung nichts; denn da der patruus des Verstorbenen zur letzten Classe gehört, so schließen ihn des Halbbruders Kinder schon iure ordinis aus, und bedürfen also des Repräsentationsrechts gar

o) Rotgers. l. c. cap. XIII. §. 14.

p) Stryck de succ. ab intest. Diss. III. cap. I. §. 25.

q) Stryck l. c. Koch l. c. §. 82.

r) Rotgers. l. c. cap. XI. §. 33—35.

gar nicht, und es gelten hier eben die Gründe, welche bey der Erbfolge der vollbürtigen Geschwister Kinder gebraucht werden [s]). Der berühmte Voet [t]) meynt zwar, des Halbbruders Kinder könnten den Vaters-Bruder des Verstorbenen gar nicht ausschließen, weil sie in gleichem Grade mit ihm verwandt wären, und deswegen erbten sie mit ihm zugleich nach den Köpfen. Allein Voet giebt ja selbst zu, daß die vollbürtigen Brüder-Kinder den Vaters-Bruder des Verstorbenen iure ordinis ausschließen, warum soll es denn bey den Halbgeschwister-Kindern anders seyn, da ja Justinian in der 118ten Novelle Kap. 2. ausdrücklich sagt, daß erst alsdenn, wenn der Verstorbene weder Geschwister, noch Söhne oder Töchter von verstorbenen Geschwistern hinterlassen habe, die übrigen Seitenverwandten des Verstorbenen zur Succession kommen sollten; zu diesen gehört aber unstreitig der patruus defuncti [u]).

Hinterläßt der Verstorbene weder Halbgeschwister, noch Söhne oder Töchter von Halbgeschwistern als Intestaterben, so kommen seine übrigen Seitenverwandten nach der Nähe des Grades zur Intestaterbfolge, sie mögen Agnaten oder Cognaten, männlichen oder weiblichen Geschlechts seyn [x]). Wer in dieser vierten Classe erben will, muß successionsfähig seyn. Er muß also

1) seinem Vater oder seiner Mutter selbst, durch den er erben will, vollkommen succediren können. Ein natürlicher Sohn erbt von seinem Vater nicht ab intestato, und also auch nicht von dessen Vater.

2) Es muß auch zwischen ihm und dem Erblasser keiner stehen, der in Ansehung seines Vaters oder seiner Mutter kein vollkommenes Intestaterbfolgerecht hatte; sonst kann derjenige,

s) Hofacker Princ. iur. ciuil. Tom. II. §. 1426. not. e.

t) Voet h. t. §. 20.

u) Rotgersius de succ. legit. cap. XIII. §. 33—39. in Eius apod. demonst. pag. 596.

x) Novella 118. cap. 3. §. 1 et 4.

derjenige, welcher durch eine solche Person mit dem Erblasser verwandt ist, auch in dieser Classe nicht succediren. Wenn also B. ein natürlicher Sohn seines Vaters war, so kann D. wenn er auch ein ehelicher Sohn des B. ist, gleichwohl von dem A. eben so wenig ab intestato erben, als sein Vater dazu fähig war [y]).

3) Endlich darf er auch kein blos unvollkommen adoptirtes Kind seyn [z]). In dieser Classe succediren also

1) spurii et vulgo quaesiti, und deren Descendenten allen mütterlichen Seitenverwandten, es mögen jene allein vorhanden seyn, oder sie mögen mit andern legitimen Cognaten concurriren; die mütterlichen Cognaten succediren aber auch ihnen gegenseitig, wie in Gesetzen [a]) deutlich gesagt wird. Diejenigen hingegen, welche aus einem Ehebruche, oder einem Incest des natürlichen Rechts, oder in einer Bigamie erzeugt worden sind, oder von dergleichen Personen abstammen, beerben auch nicht einmal die mütterlichen Seitenverwandten ab intestato, so wenig als diese von ihnen erben; denn da dergleichen Kinder ihre Eltern nicht beerben, so können sie auch eben so wenig deren Verwandte beerben [b]).

2) Diejenigen Kinder, welche auf eine vollkommne Art, es sey durch die nachfolgende Ehe der Eltern, oder durch ein Rescript, legitimirt worden sind, succediren nicht nur den mütterlichen, sondern auch den väterlichen Seitenverwandten ab intestato, wenn diese auch gleich nicht ausdrücklich in die Legitimation eingewilligt haben [c]). Endlich beerben

3) auch

y) KOCH succ. ab intest. §. 97.

z) L. 10. §. 1. in fine Cod. de adopt. FORSTER l. c. Lib. VIII. cap. 14. nr. 1.

a) §. 4. Inst. de succ. cogn. L. 2. D. vnde cogn.

b) SCHNEIDT syst. successf. collat. ab intest. §. 8. nr. III.

c) NOVELLA 89. cap. 8. c. 9. §. 1. cap. 11. de PVFENDORF Obs. Tom. I. Obs. 241. §. 3 et 4.

3) auch diejenigen, welche auf eine vollkommne Weise adoptirt oder arrogirt worden sind, die Agnaten des Adoptivvaters, wenn bey Lebzeiten desselben keine Emancipation geschehen ist [d]).

Bey der zweyten Frage: wie in dieser Classe succedirt werde? geht es nach folgenden Regeln.

1) Der Nähere schließt hier schlechterdings den Entferntern aus; denn in dieser Classe findet weder ein Repräsentationsrecht statt, noch wird auf die doppelte Verwandtschaft gesehen [e]). Wird über die Proximität gestritten, so liegt der Beweis dem Kläger ob, wenn der Beklagte, der die Erbschaft im Besitz hat, ebenfalls ein Verwandter des Verstorbenen ist [f]). Stirbt A. ohne Testament, so erbt dessen Vaters Bruder B. allein, und schließt den C. einen Sohn von eines verstorbenen Vaters Bruder, als einen entferntern Verwandten aus; denn C. ist im vierten, der B. aber im dritten Grade mit dem Verstorbenen verwandt, und ein Repräsentationsrecht kommt dem C. auch nicht zu statten. Es kommt ferner nichts darauf an, ob der nähere Seitenverwandte von vollbürtigen Geschwistern herstammt, oder von Halbgeschwistern; denn die volle Geburt giebt in dieser Classe kein stärkeres Erbrecht, als die halbe [g]).

2) Mehrere Personen, die von einerley Grade sind, erben nach den Köpfen. Stirbt also A. und hinterläßt von dem einen verstorbenen Bruder einen Enkel B. und von dem andern ebenfalls verstorbenen Bruder sind drey Enkel da, C. D. E., so wird die Erbschaft des A. nach der Zahl der Personen in vier Theile getheilt.

3) Es wird in der vierten Classe auf keinen Ursprung und Unterschied der Güter des Verstorbenen Rücksicht genommen.

d) Schneidt l. c. §. 8. lit. B. nr. I.

e) Hofacker Princ. iur. ciuil. Tom. II. §. 1427. Koch l. c. §. 98.

f) Hofacker l. c. Tom. II. §. 1684.

g) de Pufendorf Obs. Tom. II. Obs. 192. 193.

nommen. Wenn also auch Vaters- und Mutter-Brüder des Verstorbenen concurriren, so erben sie doch alle ohne Unterschied nach den Köpfen [h]). Endlich

4) ist zu merken, daß in dieser Classe die Erbfolge mit keinem Grade aufhört, auch nicht mit dem zehnten, sondern wer erbfähig ist, bekommt die Erbschaft, entweder allein, oder mit gleich nahen Verwandten, wenn sie alle auch noch so weitläuftig mit dem Verstorbenen verwandt seyn sollten [i]).

§. 1657 — 1662.

Außer den Verwandten geben die Gesetze verschiedenen andern Personen ein Successionsrecht, welches auf eigene Umstände ankommt, und folglich auf besondern Gründen beruhet. Eine solche successio ex speciali geht, nach Verordnung der Gesetze, bald der ordentlichen Erbfolge vor, bald tritt sie mit ihr zugleich ein, bald findet sie nur alsdenn statt, wenn gar keine Personen mehr vorhanden sind, welche vermöge des Verwandtschaftsrechts succediren können. Man erbt auf diese Art bisweilen die ganze Verlassenschaft, bisweilen aber nur einen bestimmten Theil derselben, bisweilen gar nur eine einzelne Sache.

I. Ein solches specielles Erbrecht hat nun erstlich der Verpfleger eines Blödsinnigen. Er schließt alle diejenigen aus, welche den Verstorbenen entweder vermöge des Verwandtschaftsrechts, oder vermöge Testaments beerbt haben würden, wenn er den Blödsinnigen, dessen sich die Intestats- oder Testamentserben, der geschehenen Aufforderung ungeachtet, nicht angenommen haben, aus Mitleiden zu sich nimmt, und ihn bis an seinen Tod, auf seine Kosten, verpflegt. Der fremde Verpfleger tritt hier an die Stelle des

h) STRYCK succeff. ab inteft. Diff. III. cap. I. §. 25.

i) L. 2. §. 1. D. de fuis et legit. hered. §. 3. Inft. de legit. agnat. fucceff. NOVELLA 118. cap. 3. §. 1. de PUFENDORF Obf. Tom. II. Obf. 125.

des ordentlichen Erben, welcher sich durch seine Undankbarkeit der Erbschaft unwürdig gemacht hat, und muß daher auch dasjenige leisten, was der eigentliche Erbe zu thun schuldig gewesen wäre [k]).

II. Aus einem besondern Fundament succedirt ferner der überlebende Ehegatte, so gar mit den nächsten Blutsfreunden des Verstorbenen. Vor Justinian hatten die Ehegatten, als solche, nach den Civilgesetzen kein Erbrecht gegen einander. War eine Ehefrau durch Confarreation oder Coemtion in manum mariti gekommen, so beerbte sie zwar ihren Ehemann, aber nicht als Ehefrau, sondern als sua heres. Starb die Frau vor dem Manne, so konnte von keiner Erbschaft die Rede seyn, weil der Ehemann das ganze Vermögen der Frau schon bey deren Lebzeiten erwarb, daher Cicero [l]) schreibt: cum mulier viro in manum conuenit, omnia, quae mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine. Der Prätor ertheilte mit der Zeit dem überlebenden Ehegatten eine bonorum possessio durch das Edict vnde vir et vxor, jedoch nur auf den Fall, wenn der verstorbene Ehegatte gar keine successionsfähige Verwandten hinterlassen hatte. Hinterließ der verstorbene Ehegatte Verwandte, so erbte der überlebende Ehegatte, so wenig nach dem Civilrechte, als nach dem Edict des Prätors, er mochte reich oder arm seyn. Als sua heres konnte die Wittwe in der Folge nicht mehr erben, da die conuentio in manum mariti nicht mehr üblich war; denn schon Gellius [m]) redet davon, als von einer alten abgekommenen Einrichtung. Die Kaiser Theodosius und Valentinian bestätigten zwar das Recht, welches der Prätor dem überlebenden Ehegatten gab, in der L. 1. C. vnde vir et vxor; etwas neues führten sie aber zum Besten der über-

k) Novella 115. cap. 3. §. 12.

l) Cicero in topicis cap. 4.

m) Gellius in Noct. Attic. Lib. XVIII. cap. 6.

überlebenden Ehegatten nicht ein n). Weil es nun bey dieser Beschaffenheit der Sache sehr oft geschahe, daß Wittwen äußerst kümmerlich leben mußten, wenn sie kein eigenes Vermögen hatten, so gab Justinian in der 53ten Novelle Kap. 6. welche er im Jahr Christi 537 bekannt machte, die Verordnung, daß der überlebende Ehegatte, wenn er arm wäre, ohne Unterschied, es möge der Mann oder die Frau seyn, den vierten Theil der Erbschaft des verstorbenen reichen Ehegatten bekommen solle; selbst alsdenn, wenn successionsfähige leibliche Kinder da wären, es möchten ihrer noch so viel seyn; dieser vierte Theil solle auch dem erbenden Ehegatten als Eigenthum zufallen. Justinian bezieht sich bey der Bestimmung dieses vierten Theils auf ein älteres Gesetz, nämlich auf die 22te Novelle Kap. 18. wo er verordnet hatte, daß ein Ehemann, welcher seine Ehefrau in dem Falle, da weder dos, noch donatio propter nuptias bestellt worden war, ohne gerechte Ursache verstoßen hätte, derselben den vierten Theil seines Vermögens herausgeben solle. Wenn er gar über quadringentas auri libras, ohngefähr 28800 Dukaten o), reich wäre, so solle er der verstoßenen Ehefrau centum auri libras, ohngefähr 7200 Dukaten, auszahlen, weil selten mehr als so viel von einer Frau als dos eingebracht würde. Eine libra auri betrug 72 solidos oder Dukaten, wie aus der L. 5. C. de suscept. zu ersehen ist. Ob nun gleich Justinian in der 53ten Novelle Kap. 6. nicht ausdrücklich sagt, daß der vierte Theil, den er dem überlebenden Ehegatten daselbst aussetzt, nicht über centum auri libras gehen dürfe, wenn der Ehemann mehr als 28800 Dukaten als Erbschaft hinterlasse, so ist dieses doch seine Meynung gewesen, wie bald vorkommen wird.

Noch

n) Forster de hered. quae ab intest. defer. Lib. IX. cap. 2. nr. 46 sqq.

o) Hr. Kanzler Koch bonor. poss. S. 492.

Noch ist zu bemerken, daß in der angeführten 53ten Novelle von einer solchen Wittwe die Rede sey, die dem Manne keinen Brautschatz zugebracht hat; denn eine solche unausgesteuerte Ehegattin konnte auch keine Gegensteuer, donatio propter nuptias, bekommen; und eben deswegen fiel auch das bey Ehen mit Aussteuer und Gegenschenkung sonst gewöhnliche, auf den Todesfall festgesetzte hypobolon, oder lucrum, quod coniux superstes, ex conuentione, in casum mortis accipiebat, weg p). Daß endlich der überlebende Ehegatte, nach der 53ten Novelle, den vierten Theil erhielt, wenn er auch mit andern Erben des Verstorbenen, die seine Kinder nicht waren, concurrirte, ist ausgemacht, wenn gleich das Gesetz nur Kinder anführt.

Im Jahr 541 gab Justinian ein neues Gesetz über die Erbfolge des überlebenden Ehegatten, worin er vieles änderte; nämlich in der 117ten Novelle Kap. 5. verordnete er, daß nur eine arme Wittwe allein das Recht haben solle, mit des verstorbenen reichen Ehemanns Intestaterben zu succediren, und zwar solle die Anzahl der Erben, mit denen sie zugleich erben wolle, die Quantität ihres Erbtheils bestimmen. Concurrirt sie mit drey oder weniger Erben ihres verstorbenen Ehemannes, so soll sie den vierten Theil der Erbschaft bekommen, wenn aber mehr als drey Erben da wären, dürfe sie nur eine Virilportion fordern, das heißt, sie solle nicht mehr, als jeder andere Erbe bekommen. Von diesem Erbtheil solle sie blos den Nießbrauch ziehen, wenn sie mit ihren Kindern succedirt; das volle Eigenthum hingegen solle ihr zufallen, wenn sie mit andern Intestaterben ihres Mannes geerbt habe. Hätte der Mann seine Ehefrau ohne gerechte Ursache verstoßen, so soll die Frau ihren bestimmten Erbtheil gleich von der Zeit an bekommen, wo sie der Mann verstieß, ohne erst auf seinen Tod warten zu dürfen. Dem Ehemanne hingegen nahm Justinian die Quarte,

p) SAMMET Diss. de hypobolo, Lipsi. 1746. et in EIVS Opusc. Lipsi. 1763. 4. Nr. I.

Quarte, die er nach der 53ten Novelle sonst fordern konnte, auf alle Fälle, mithin schaffte er die 53te Novelle durch die 117te Novelle Kap. 5. in diesem Punkt ausdrücklich ab.

Nach der neuesten Novelle und Verordnung des Kaisers Justinian hat also

I. nur die überlebende Wittwe das Recht, ihrem verstorbenen Manne mit dessen Intestaterben zu succediren, nicht aber der Wittwer, wie die letzten Worte des 5ten Kapitels der 117ten Novelle hinlänglich anzeigen. Viele Rechtsgelehrte haben zwar zu beweisen gesucht, die Novelle rede blos von dem Falle, wenn der Mann seine Frau ohne Ursache verstoßen habe, mithin dürfe der Mann nur unter dieser Bedingung ausgeschlossen werden [q]); ja der verstorbene Zoller in Leipzig [r]) wollte gar beweisen, der Wittwer succedire noch nach der 53ten Novelle, und bekomme allemal die Quarte, bey der Erbfolge der Wittwe aber gehe es nach der 117ten Novelle Kap. 5. Gegen diese Behauptungen streiten viele Argumente; denn daß der Mann nichts erbte, wenn er seine Frau leichtsinnig verstoßen hatte, verstand sich von selbst, es läßt sich also schon deswegen nicht annehmen, daß die letzten Worte der 117. Novelle Kap. 5. auf diesen Fall allein zu ziehen sind, dessen in den unmittelbar vorhergehenden Worten gedacht wird. Noch deutlicher beweisen die Worte: in eiusmodi casibus, daß hier nicht blos von einem einzigen Fall die Rede sey, in welchem der Mann die ihm nach der 53ten Novelle zustehende Quarte nicht mehr bekommen solle. Justinian redet in den vorhergehenden Worten von zwey Fällen, nämlich 1) davon, wenn der Mann seine Frau, ohne gerechte Ursache, verstoßen hat, und 2) davon, wenn er mit ihr bis an seinen Tod die Ehe fortgesetzt hat. Offenbar muß die Meynung des Kaisers dahin gegangen seyn, daß

q) Walch introd. in contr. Sect. II. cap. 4. mbr. 5. §. 20. Koch succ. ab intest. §. 110.

r) Zoller Diss. de successs. mariti in res vxoris immobiles, Lipsi. 1771. §. 11—13.

daß der Ehemann in beyden Fällen, wenn die Frau vor ihm gestorben ist, keinen Antheil weiter von ihrer Erbschaft erhalten solle, er möge mit ihr bis an ihren Tod in der Ehe gelebt, oder sie ohne Ursache verstoßen haben. Wollte man den Ehemann blos in dem letzten Falle ausschließen, in dem ersten aber ihm eine Quarte geben, so würde ihm dieses Erbrecht doch keinesweges nach der 117ten Novelle zugestanden werden können, da dieses Gesetz ausdrücklich nur von der Ehefrau handelt; sein Erbrecht wäre also aus der 53ten Novelle herzuleiten, wie auch Hr. Domherr Zoller in der angeführten Disputation beweisen wollte. In diesen Fällen würde man aber den Wittwer offenbar mehr begünstigen, als die arme Wittwe; wie läßt sich dieß aber mit der ganzen Beschaffenheit dieser Novelle vereinbaren, und besonders mit den Worten derselben: maritum quartam partem secundum priorem nostram legem (scil. Nou. 53.) ex substantia vxoris capere omnibus modis prohibemus. Es ist also wohl sicher, daß die 53te Novelle durch die 117te Novelle, was das alte Erbrecht des armen Ehemannes betrifft, gänzlich aufgehoben worden ist, welche Behauptung die Basilika für sich hat [s]); denn daß die Stelle richtig sey, und hier keine falsche Lesart angenommen werden dürfe, wie Sieben behaupten wollte, lehrt der Context, und würde sonst eine offenbare Absurdität enthalten. In der angeführten Stelle heißt es nämlich, nach des Fabrotus Uebersetzung [t]): maritum autem inopem, qui nullam donationem propter nuptias dedit, aliquid ex substantia vxoris suae capere omnibus modis prohibemus; nisi vxor ei aliquid donare voluerit, aut relinquere. Die entgegengesetzte Meynung hat übrigens eine sehr schwache Stütze an

s) BASILICA Lib. XXVIII. Tit. 12. Corn. SIEBEN in Spec. obseru. critic. in Pselli synops. leg. Tom. I. Thes. MEERM. pag. 82.

t) FABROTVS Basilic. Tom. IV. pag. 446.

der Auth. Praeterea Cod. vnde vir et vxor; denn wäre sie der Novelle entgegen, so würde darauf gar nichts ankommen, da die Novelle allemal vorgeht; allein die Worte derselben: si matrimonium sit absque dote, coniux autem praemoriens locuples sit, beweisen deutlich, daß selbst die angeführte Authentica blos von der Wittwe zu verstehen sey [u]). Die Regel: daß Erbrechte wechselseitig sind, kann auch da nicht angewendet werden, wo die Gesetze so deutlich, wie hier geschehen ist, das Gegentheil verordnet haben. Es läßt sich überdem ein ganz guter Grund angeben, warum hier eine Verschiedenheit der Rechte zwischen Mann und Frau statt finden soll; nämlich der, weil Männer viel leichter ihren Unterhalt erwerben können, als die Frauen. Die zeither behauptete Erklärung der Novelle wird von den mehresten Rechtsgelehrten gebilligt [x]).

Das Successionsrecht der armen Wittwe setzt voraus, daß sie mit ihrem verstorbenen Ehemanne in einer rechtmässigen Ehe gelebt habe, und diese Ehe nicht durch die Ehescheidung aufgehoben worden sey. Ob durch eine Scheidung von Tisch und Bette das angeführte Erbrecht der Wittwe verlohren gehe, darüber streiten die Rechtsgelehrten. Sehr viele läugnen es. Man muß darauf sehen, ob die Wittwe der schuldige Theil war, oder der Mann. Im ersten Falle hat sie sich nach der Analogie der L. vn. §. 1. D. vnde vir et vxor, der L. 49. §. 6. D. de legat. III. und nach den Worten der 53. Novelle Kap. 6. ita eadem providentia, si semper apud eos maneant, fruantur, und der 117ten Novelle Kap. 5. et cum ad mortem vsque cum ea vixisset, ihres Erbrechts unwürdig gemacht; dahingegen sie in dem letzten Falle, ohne Zweifel, succedirt [y]).

Einige

u) PAGENSTECHER in Irnerio iniuria vapulante, coit. 44. §. 5. pag. 587.

x) HAGEMEISTER Diss. iura coniugum secundum NOVELLAM CXVII. cap. 5. haud esse reciproca, Gryphiae 1701. 8.

y) STRYCK de success. ab intest. Diss. IV. cap. 1. §. 9. von Cramer in den Wetzl. Nebenst. Th. 76. S. 118.

Einige Rechtsgelehrte sprechen sogar der Braut das angeführte Successionsrecht in dem Falle zu, wenn der Bräutigam vor erfolgter Trauung unvermuthet stirbt, und es wird auch in Gerichten darauf erkannt [z]); diese Praxis hat jedoch die wichtigsten theoretischen Gründe wider sich, weil eine durch Zufall verhinderte Ehe allenfalls nur zum Vortheil des Kindes und seines Erbrechts, nicht aber blos zum Vortheil der Braut für vollzogen gehalten werden darf [a]).

Eine wichtige Frage bey diesem Erbrechte ist es nun ferner, wenn eine Wittwe für arm zu halten sey? Da in der Novelle dieses nicht deutlich festgesetzt worden ist, sondern blos von einer Wittwe geredet wird, die dem Manne keine dos zugebracht hat, und daher nach der 53ten Novelle Kap. 6. in extrema inopia leben würde, wenn ihr nicht ein Theil der Erbschaft zufiele, so findet man darüber in den Schriften der Rechtsgelehrten sehr verschiedene Meynungen. Einige lassen es lediglich auf das Ermessen des Richters ankommen [b]); andere hingegen halten diejenige Wittwe für arm, welche nicht so viel im Vermögen hat, als der vierte Theil des Vermögens ihres verstorbenen Ehemannes betragen würde [c]). Die mehresten Rechtsgelehrten stimmen darüber mit einander überein, daß eine Wittwe auf das ihr in Gesetzen ertheilte Erbrecht nur alsdenn Anspruch machen dürfe, wenn ihr Vermögen nicht hinreicht, um davon standesmäßig leben zu können, und diese Meynung ist auch der Absicht Justinians am gemäßesten, welche diese war, die Wittwe vor Dürftigkeit und drückendem Mangel zu sichern, davon sie während ihres Ehestandes nichts erfahren hatte [d]).

z) de Pufendorf Obs. Tom. IV. Obs. 245.

a) Koch succ. ab intest. §. 108. pag. 177.

b) Voet h. t. §. 24.

c) de Pufendorf Obs. Tom. III. Obs. 177. §. 1.

d) Leyser Spec. 424. Med. 1. Strubens Bedenken, 2ter Th. 58tes Bedenk.

Sollte eine Wittwe zwar kein eigenes Vermögen besitzen, aber doch noch Eltern haben, welche so reich sind, daß sie ihre verwittwete Tochter, ohne sich selbst in Noth zu bringen, standesmäßig erhalten können, so kann sie, nach der ganzen Absicht des Gesetzes, durch ihre Forderung das Erbrecht der Kinder nicht verringern, weil die Pflicht der Eltern, ihren Kindern den nöthigen Lebensunterhalt zu reichen, nicht aufhört, wenn gleich die Kinder durch die Emancipation, oder auf andere Art, aus der väterlichen Gewalt getreten sind [e]); daher auch der Vater schuldig ist, seine in der Ehe gestorbene unausgesteuerte Tochter auf seine Kosten begraben zu lassen [f]). Die vorgetragene Regel ist um so weniger zu bezweifeln, da die Erbfolge des armen Ehegatten unstreitig nur für außerordentliches Hülfsmittel der Unterhaltung desselben anzusehen ist, weil die Gesetze diese Erbfolge blos auf den Fall der äußersten Noth, und als eine Ausnahme von der gewöhnlichen Regel der Erbfolge eingeführt haben [g]). Sicher ist es aber, daß das angeführte Erbrecht der armen Wittwe, gleich nach dem Tode ihres Mannes auf sie übergehe, und daß folglich einzig und allein auf die Zeit des Todes des Ehemannes bey Beurtheilung der Vermögensumstände der Wittwe Rücksicht zu nehmen sey, und daß die, nach der damaligen Beschaffenheit der Umstände, der Wittwe einmal zustehende gesetzliche Wohlthat, weder durch eine zweyte Heyrath, noch durch andere, in der Folge sich veränderte Umstände, derselben wieder entzogen werden könne [h]). Hieraus ist nun zu sehen, wenn der verstorbene Ehegatte als reich angesehen werden kann; nämlich alsdenn, wenn seine Verlassenschaft zum Unterhalt der

e) L. 5. §. 1. D. de agnosc. et alend. liber.

f) L. 28. D. de relig.

g) Leyser Spec. 424. Med. 3 et 4. Wernher in lect. comment. Lib. 38. Tit. 11. §. 5. Struben a. a. O. §. 3.

h) Stryck de succ. ab intest. Diss. IV. cap. 1. §. 24. 25.

der Kinder und seiner hinterlassenen armen Wittwe zureicht i).

In der 117ten Novelle ist die Frage: wie viel die arme Wittwe aus der Verlassenschaft ihres reichen Ehemannes zu ihrem Erbtheil bekomme? dahin beantwortet worden, daß auf die Anzahl der Intestaterben Rücksicht genommen werden soll, welche mit der Wittwe erben. Sind nur drey oder gar noch weniger Erben da, so erhält die Wittwe den vierten Theil der Erbschaft für sich. Concurrirt sie mit vier oder mehrern Erben, so bekommt die Wittwe nicht mehr, als jeder dieser Miterben erhält. Bey Beantwortung dieser Frage muß blos auf die Anzahl der Intestaterben gesehen werden, und ganz und gar nicht auf die Qualität derselben. Die Qualität der Intestaterben, mit welchen die arme Wittwe concurrirt, bestimmt blos das Recht auf die Portion, welche die arme Wittwe bekommt, hat aber auf die Quantität und Größe des Erbtheils nicht den geringsten Einfluß k). Eine falsche Meynung hegen diejenigen Rechtsgelehrten, welche behauptet haben, daß es auf die Zahl der Erben nur alsdenn ankomme, wenn der überlebende arme Ehegatte mit seinen Kindern concurrirt, die er in der Ehe mit dem verstorbenen reichen Ehegatten gezeugt hat, dahingegen derselbe, wenn er mit Ascendenten oder Seitenverwandten des verstorbenen Ehegatten concurrirt, jederzeit den vierten Theil der Erbschaft bekomme, ohne auf die Anzahl dieser Art Erben Rücksicht zu nehmen l). Wenn gleich in der 117ten Novelle Kap. 5. blos die Kinder namentlich angeführt worden sind, welche in der Ehe mit dem Verstorbenen erzeugt worden sind, so beweisen doch die Worte: sin autem mulier liberos ex eo non habeat, iubemus, vt res, quae ex substantia viri ad eam venire

i) Koch succ. ab int. §. 111. Stryck l. c. §. 18.

k) Hr. GR. Koch bonor. possessio, pag. 486.

l) Voet h. t. §. 24. Hofacker Princ. iur. ciuil. Tom. I. §. 348.

hac lege iussimus, etiam dominii iure habeat, ganz deutlich, daß nach der Absicht des Gesetzes auch in dem Falle, wenn keine Kinder aus der Ehe da sind, sondern die arme Wittwe mit den übrigen Intestaterben erben will, auf die Anzahl dieser Erben gesehen werden, und daß die Qualität dieser Erben blos die Verschiedenheit des Rechts bestimmen soll, welches der Wittwe an der erhaltenen Erbportion zugefallen ist. Diese Erklärung billigen die mehresten angesehenen Rechtsgelehrten [m]). Noch ist zu bemerken, daß, wenn die Wittwe mit Enkeln concurrirt, diese bey der Bestimmung der Größe des der Wittwe gebührenden Antheils, nicht nach den Köpfen gezählt werden dürfen, sondern nach den Stämmen; denn da die Enkel nach den Stämmen erben, so können sie auch bey der Concurrenz der armen Wittwe nicht anders als nach den Stämmen gezählt werden [n]).

Was nun die Frage betrifft: welche Beschaffenheit es mit dem Rechte habe, das die arme Wittwe an dem erhaltenen Erbtheile erlangt, so ist dabey auf die Qualität der Intestaterben Rücksicht zu nehmen, die zugleich mit erben. Sind diese Intestaterben Kinder des reichen Ehegatten, welche die arme Wittwe mit diesem ihrem verstorbenen Ehemanne in der Ehe gezeugt hatte, oder es sind Enkel von solchen erzeugten Kindern, so erlangt die Wittwe an ihrer Erbportion kein Eigenthumsrecht, sondern blos den Nießbrauch, und die Proprietät fällt auf die angeführten Kinder oder Enkel. Erbt die arme Wittwe mit solchen Kindern ihres verstorbenen Ehemannes, die er in einer andern Ehe erzeugt hatte, oder mit den Eltern desselben, oder mit dessen Seitenverwandten, so wird die Wittwe vollkommene Eigenthümerin des ererbten Antheils. Der verstorbene Hr. GRR. Hellfeld behauptete im 1651. Paragraph seiner Pandekten: der Ehegatte verliehre die Proprietät seines

m) Stryck de succ. ab int. Diss. IV. cap. I. §. 41. Koch l. c. §. 112.

n) Schneidt Diss. de successs. coniug. §. 13. concl. 14.

nes Erbtheils, wenn er in die zweyte Ehe getreten sey; wie dieses zu verstehen sey, ist schwer auszumitteln. Daß ein Ehegatte, der in die andere Ehe getreten ist, das Eigenthum desjenigen Vermögens verliehre, was er von dem ersten Ehegatten geerbt hatte, ist ja eine Verordnung der Gesetze, die blos das Beste der Kinder aus der ersten Ehe zur Absicht hat. Nun erlangt ja der überlebende arme Ehegatte ohnehin blos den Nießbrauch seines Erbtheils, wenn er mit seinen eigenen Kindern erbte. Zum Besten anderer Erben, mit denen die Wittwe in die Substanz ihres Erbtheils succedirt, ist eine solche poena secundarum nuptiarum nirgends verordnet. Stirbt die Wittwe in der zweyten Ehe, und hinterläßt Kinder aus derselben, so hat dieß nur die Folge, daß die Portion, welche die Wittwe aus der Verlassenschaft ihres ersten Mannes erhielt, von ihrem Nachlaß abgesondert werden muß, weil solche den Kindern der ersten Ehe zum Voraus gehört [o]). Ferner fragt sichs, wenn die Kinder vor der Mutter gestorben sind, wird nunmehr die Proprietät vererbt, oder fällt sie der Mutter zu? — Die mehresten Rechtsgelehrten sind der Meynung, die überlebende Mutter erhalte nunmehr das volle Eigenthum ihrer Portion [p]). Der Herr Director Madihn in Frankfurth ist der Meynung, die Proprietät gehöre zur Erbschaft der Kinder, sie könne also nicht anders an die Mutter fallen, als in so fern sie ihrer Kinder Erbin geworden sey [q]). Jene Meynung suchen die Vertheidiger derselben aus der Authentica Praeterea Cod. vnde vir et vxor Lib. VI. Cod. Tit. 18. zu beweisen, wo es heißt: vt tamen eiusdem matrimonii liberis proprietatem seruet, si extiterint: his vero non extantibus, vel si nullos habuerit,

o) Wernher in lect. comment. in Pand. Part. III. Lib. XXXVIII. Tit. 17. §. 4.

p) Richter in exposit. omnium authent. Part. II. ad Auth. Praeterea Cod. vnde vir et vxor, nr. 28. pag. 78. Koch succ. ab intest. §. 112. pag. 182.

q) Madihn in Princip. iur. Rom. de success. §. 54.

rit, potietur etiam dominio. Es kommt hier vor allen Dingen darauf an, ob die Authentica mit der Novelle, woraus sie gezogen ist, selbst übereinstimmt; denn sonst darf man sich nicht darauf berufen. In der 117. Novelle heißt es aber: ita scilicet, vt in illis rebus mulier solum vsumfructum habeat, dominium vero liberis illis servetur, quos ex eo matrimonio habuit. Justinian will also nicht, daß das Eigenthum der Portion, wovon die Wittwe den Nießbrauch erhält, den Kindern sogleich übertragen, und unbedingt und unwiderruflich von ihnen erworben, sondern blos, daß es ihnen erhalten werden soll. Da nun das Gesetz ohne Zweifel blos dafür sorgen wollte, daß die Kinder durch die Concurrenz ihrer Mutter in Absicht auf das ihnen sonst allein zustehende gesetzliche Erbrecht nicht zu sehr belästigt werden möchten, so läßt sich die Erklärung des Irnerius in der angeführten Authentica allerdings rechtfertigen, welche dahin geht, daß, wenn die Kinder vor der Mutter alle gestorben sind, das volle Eigenthum ihres Erbtheils nunmehr ausschließlich an die Mutter falle. Auch in andern Stellen wird der Ausdruck: seruare dominium liberis so genommen, daß das Eigenthum den Kindern nicht sogleich übertragen, sondern denselben blos auf den Todesfall der Eltern erhalten werden sollte, wenn sie alsdenn noch leben r).

Endlich ist noch zu bemerken, daß auch bey der Bestimmung der Qualität und Quantität des Erbtheils der Wittwe lediglich auf die Zeit des Todes des Ehemannes gesehen werden muß. Gesetzt also, die Anzahl der Intestaterben habe sich durch Absterben derselben, noch ehe die Wittwe die Erbschaft antrat, dergestalt vermindert, daß von vier oder fünf, mit denen sie zur Zeit des Todes ihres Ehemannes concurrirte, nur noch drey oder zwey übrig wären,

r) L. 8. §. 7. L. 11. §. 1. C. de repud. Nov. 117. cap. 9. in princ. Boley Betrachtungen üb. verschied. Rechtsmaterien, S. 309. Stuttgart 1801.

ren, so würde sie dennoch nicht befugt seyn, statt der ihr angefallenen portio virilis nunmehr die Quarte zu fordern s).

Bey der Berechnung des Erbtheils, welche der überlebende Ehegatte bekommt, ist zu merken,

1) daß sich die Wittwe dasjenige, was ihr von ihrem Ehemanne vermacht worden ist, auf ihren Erbtheil muß anrechnen lassen. Hierüber ist kein Streit; denn sowohl die 53. Novelle Kap. 6. als die Authentica Praeterea, sagen dieses ausdrücklich. Sehr bestritten wird es aber: ob der eingebrachte Brautschatz in diesen Erbtheil mit eingerechnet werden müsse? Einige Rechtslehrer t) leugnen es, weil das Gesetz darüber nichts angeführt habe. Andere Rechtslehrer behaupten es u). So viel ist gewiß, daß die Novelle eigentlich nur von dem Falle handelt, wenn die Frau keinen Brautschatz eingebracht hat; es würde indessen offenbar gegen die Absicht des Gesetzes anstoßen, wenn man deswegen eine dotirte Ehefrau schlechterdings von der Wohlthat des Gesetzes ausschließen wollte. Sollte also der eingebrachte Brautschatz nicht zureichen, daß die Wittwe standesmäßig davon leben könnte; so ist es nicht zu bestreiten, daß ihr das Fehlende aus dem Nachlaß des Mannes zugelegt werden muß. Hieraus folgt aber zugleich deutlich, daß der Brautschatz der Wttwe in ihren gesetzlichen Erbtheil eingerechnet werden müsse.

2) Ist zu merken, daß die Frau nach dem Verhältniß ihres Erbtheils auch zur Bezahlung der Schulden ihres Ehemannes verpflichtet sey, wie die Novelle 53. Kap. 6. §. 1. deutlich verordnet hat. Es muß daher der Erbtheil der Wittwe dergestalt berechnet werden, daß das Vermögen der Frau, es bestehe in ihrem Brautschatze oder in einem Vermächtniß, zu dem Vermögen des Mannes, nach Abzug

s) Schneidt Diss. cit. de succeff. coniug. §. 13. Concl. XVIII.

t) Leyser Spec. 424. in corol.

u) Koch l. c. §. 112. Hofacker Princ. iur. ciuil. Tom. I. §. 482.

Abzug der Schulden, hinzugerechnet, und hiernach ihr Erbtheil festgesetzt wird [x]).

3) Findet diese Berechnung durch Einwerfung des Brautschatzes oder Legats nur alsdenn statt, wenn die Wittwe von ihrem Erbtheile die Proprietät bekommt. Succedirt sie blos in dem Nießbrauch ihres Erbtheils, so fällt jene Einrechnung weg, weil die Novelle 53. Kap. 6. ausdrücklich eine Succession in die Proprietät voraus setzt [y]).

4) Ist zu merken, wenn die dürftige Wittwe theils mit ihren eigenen Kindern, theils mit Stiefkindern concurrirt, so bestimmt zwar auch hier die Anzahl der Erben die Größe ihrer Portion; allein die verschiedene Qualität macht, daß sie von dem Theile ihrer Portion, welcher, wenn sie nicht erbte, ihren eigenen Kindern zugefallen seyn würde, nur den Nießbrauch, von dem übrigen Theile ihrer Erbportion aber das völlige Eigenthum vererbt [z]).

Der Erbtheil, welchen eine arme Wittwe von der Verlassenschaft ihres verstorbenen reichen Ehemannes bekommt, hat die besondere Eigenschaft, daß solcher wie ein Pflichttheil beurtheilt werden muß [a]). Er gehört ihr daher, der Mann mag mit Hinterlassung eines Testaments sterben oder ohne solches; und daher darf ihr solcher weder durch das Testament, noch durch eine nachtheilige Disposition oder Veräußerung unter den Lebendigen entzogen werden. Es ist zwar nicht zu erweisen, daß die Wittwe ein Testament ihres Mannes ganz umstoßen könne, worin ihrer keine Erwähnung geschehen ist; denn dieses große Vorrecht, welches andere Notherben nach der 115ten Novelle Kap. 3 und 4. haben, wird ihr nirgends ertheilt. Die Uebergehung derselben enthält zwar allerdings eine Art der Liebloſigkeit; allein

x) von Bülow's und Hagemann's praktische Erörterungen, 2ter Band, XLI. Erört. S. 307.

y) Stryck de succeſſ. ab inteſt. Diſſ. IV. cap. I. §. 35.

z) Koch's bonorum poſſeſſio, pag. 486.

a) de Pufendorf Obſ. Tom. III. Obſ. 177. §. 2.

allein da Ehegatten doch nicht eigentlich in den Plan der bürgerlichen Intestaterbfolge gehören; da ihnen die Gesetze nur ein außerordentliches Erbrecht eingeräumt haben, da die arme Wittwe ohnehin nur einen sehr mäßigen Theil des Nachlasses, und davon selbst nicht einmal in jedem Falle die Proprietät bekommt, folglich der Fehler der Uebergehung leicht durch eine dem übergangenen Ehegatten gestattete Condiction verbessert werden kann; da auch der Testirer nicht allemal sicher voraus sehen kann, ob er seinen Ehegatten dereinst in dürftigen Umständen zurücklassen werde; so darf man sich auch eben nicht wundern, wenn die Gesetze die geschehene Erbeinsetzung einer andern Person nicht ganz ungültig erklärt haben [b]). Hat der verstorbene reiche Ehemann ein Testament gemacht, und darin seiner dürftigen Wittwe weniger hinterlassen, als die ihr in Gesetzen angewiesene Erbportion beträgt, so stellt sie nach der 53. Novelle Kap. 6. condictionem ex Lege ad supplementum portionis legitimae an. Sollte der Ehemann durch Veräußerungen unter den Lebendigen seiner dürftigen Wittwe auf eine pflichtwidrige Art, den ihr gebührenden Erbtheil zu entziehen gesucht haben, so können ihr die auch andern Notherben in solchen Fällen zustehenden Rechtsmittel nicht versagt werden [c]).

Darüber wird noch sehr gestritten: ob die Wittwe wegen des ihr gebührenden Erbtheils als eine wahre Erbin beurtheilt werden könne? Daß diese Frage, wegen des iuris accrescendi, wegen der petitorischen und possessorischen Rechtsmittel, desgleichen wegen der Transmission des Erbrechts, von großer Wichtigkeit sey, sieht jeder Rechtsverständige ein. Mehrere berühmte Rechtslehrer haben zu behaup-

b) Hr. Justitzrath Emminghaus in der rechtl. Erörterung der Frage: in wie fern die noch nicht anerkannte statutarische Portion auf die Erben übergehe? Weimar 1784. §. 12. S. 41. folg.

c) Arg. L. vlt. D. si quid in fraud. patr. VOET ad Lib. 38. tit. 17. §. 24. in fine.

behaupten gesucht, die Portion, welche die überlebende dürftige Ehefrau aus der Erbschaft ihres reichen Ehemannes, nach dem neuern römischen Rechte bekomme, sey keine wahre Erbportion, sondern müsse blos als eine besondere Wohlthat des Gesetzes betrachtet werden, und eben deswegen finde hier kein ius accrescendi statt [d]). Andere nicht weniger geschätzte Rechtslehrer führen eine deutliche Stelle aus der 53. Novelle Kap. 6. §. 1. an, worin es heißt, die Gläubiger des Mannes können sich nicht an das Vermögen der Frau halten, weil sie nicht verbunden ist, die Schulden ihres Mannes zu bezahlen; sie müßte denn nach der Verordnung dieser Novelle des Mannes Erbin geworden seyn [e]). Hier, sagt der Kaiser, soll sie nach Verhältniß ihres Erbtheils, zu Bezahlung der Schulden ihres Ehemannes verbunden seyn. Wie läßt sich diese Verbindlichkeit mit der Beschaffenheit einer successionis singularis vereinigen? Der verstorbene Hr. Prof. Wernher [f]) behauptet, daß der überlebende Ehegatte um deswillen kein wahrer Erbe seyn könne, weil er in dem Falle, wenn Kinder aus der nämlichen Ehe mit erben, nur den Nießbrauch von seinem Antheile bekomme; anders sey es aber nach der 53. Novelle gewesen, nach welcher der überlebende Ehegatte den vierten Theil der Erbschaft in allen Fällen eigenthümlich erhielt, er mochte mit seinen eigenen Kindern, oder mit andern Intestaterben des verstorbenen Ehegatten concurriren. Hierauf hat schon der Hr. Justizrath Emminghaus in der angeführten Abhandlung §. 12. geantwortet, daß, wenn auch die Wittwe in dem Falle, da sie blos den Nießbrauch von ihrem Erbtheile erhält, nicht wahre Erbin seyn sollte, sich doch

d) Koch succ. ab intest. §. 113. Hofacker Princ. iur. ciuil. Tom. I. §. 428.

e) Leyser Spec. 424. Med. 7. Spec. 425. Med. 1 et 2. Hommel Rhapf. Obf. Vol. II. Obf. 410. Madihn Princ. iur. Rom. de succeff. §. 54.

f) Wernher in lectiff. comment. in Pand. Part. II, Lib. 38. tit. 11. §. 6.

doch von diesem Falle auf den andern Fall kein Schluß machen lasse, wo sie nach der Novelle 117. das völlige Eigenthum des Erbrechts erlangt. Nimmt man nun nach dieser Meynung an, daß der Wittwe in Ansehung des ihr gebührenden Erbtheils ein wahres gesetzliches Erbrecht zustehe, so kann ihr

1) das ius accrescendi nicht ganz abgesprochen werden. Zwar kann sie nach der angeführten 117. Novelle nie mehr, als den vierten Theil, bekommen. Es muß ihr aber doch das Accrescenzrecht wenigstens in so weit allerdings zu statten kommen, als sie diesen vierten Theil noch nicht vollständig hat. Wir wollen annehmen, die arme Wittwe concurrirte mit sechs Brüdern ihres verstorbenen Mannes. Einer von ihnen stirbt vor Antritt der Erbschaft, oder er schlägt seinen Erbtheil aus. Hier kann ihr, als Erbin, ihr Antheil an der portio vacans nicht abgesprochen werden; denn sie succedirt hier mit den übrigen Intestaterben ihres Mannes in capita [g]). Es muß

2) auch dasjenige, was in Absicht der Transmission angefallener Erbschaften bey andern Erben Rechtens ist, ebenfalls bey dem überlebenden Ehegatten, in Ansehung des ihm ausgesetzten Erbtheils statt finden, wie der Hr. Justizrath Emminghaus in der angef. Schrift §. 13. umständlich gezeigt hat.

Nach dem römischen Rechte konnte der überlebende Ehegatte, außer dem Falle nach der 117ten Novelle, dem überlebenden Ehegatten nicht eher ab intestato succediren, als wenn der Verstorbene ganz und gar keine erbfähige Anverwandte hinterließ. In diesen Fällen fand die prätorische Intestaterbfolge ex edicto vnde vir et vxor statt, vermöge welcher der überlebende Ehegatte, er sey Mann oder Frau, den ganzen Nachlaß des Verstorbenen erhält, wenn er

g) Westphal Diss. de iure accrescendi inter coheredes, cap. II. §. 7. Madihn Princ. iur. Rom. de success. §. 60.

er die ihm deshalb deferirte bonorum possessio binnen der gesetzlichen Frist der hundert Tage gehörig agnoscirt hat, und hierin ist auch durch unser heutiges Recht nichts abgeändert worden [h]).

Was nach allgemeinen teutschen Rechten, oder nach besondern Landesgesetzen, in Ansehung der Intestaterbfolge der Ehegatten, Rechtens sey, kann ich in diesem Commentar nicht anführen, da es der Raum nicht verstattet.

Ich gehe fort zu dem Successionsrechte gewisser Collegien. Vermöge der Gesetze haben gewisse Collegien und Corporationen, nach einem besondern Privilegium, das Recht, daß ihnen der erblose Nachlaß ihrer verstorbenen Mitglieder ausgeliefert werden muß. Solche Collegien waren bey den Römern, die collegia decurionum [i]), die collegia nauicullariorum [k]), fabricensium [l]), und cohortalium [m]). Heut zu Tage hat

1) das Regiment, bey welchem der ohne Erben verstorbene Soldat diente, das Recht, den Nachlaß desselben an sich zu nehmen [n]). Bey der Infanterie brauchte man den Ausdruck, legio, bey der Cavallerie aber hieß es, vexillatio [o]). Dieses Privilegiums gedenkt schon Hadrian in der L. 6. §. 7. D. de iniusto rupto et irrito testam. Der Kaiser Constantius gab im Jahr Christi 345 die L. 2. C. de hered. decur. über diese Erbschaften. Die Güter, welche auf solche Art an das Regiment fallen, werden in Gesetzen

h) Wernher Obs. Tom. I. P. II. Obs. 485. Tom. III. P. II. Obs. 391. Kind Quaest. forens. Tom. I. cap. 67. pag. 257. Stryck de succ. ab int. Diss. IV. cap. 1. § 4. sqq.

i) L. 4. C. de heredit. decurion.

k) L. 1. C. de hered. decur.

l) L. 5. C. eod.

m) L. 3. C. eod.

n) L. 2. C. de hered. decur.

o) Vegetius de re militari, Lib. II. cap. 1.

Gesetzen [p]) caduca legionum genennt. Voraus gesetzt wird, daß der verstorbene Soldat kein solches Verbrechen begangen hatte, weshalb sein ganzes Vermögen dem Fiskus gehörte [q]).

2) Ein besonderes Successionsrecht hat die Kirche, wenn ein bey ihr angestellter Geistlicher ohne Erben gestorben ist. Das Recht, ein solches erbloses Vermögen eines verstorbenen Geistlichen einzuziehen, erhielten die Kirchen im Jahr 434 nach Christi Geburt, durch eine Verordnung der Kaiser Theodosius und Valentinian [r]). Justinian bestätigte diese Verordnung in der 131ten Novelle Kap. 13. Gratian führt zwar in seinem Decret Can. 7. Caus. XII. Qu. 5. an, daß das Nämliche auch in dem Concilium zu Tribur im Jahr 895 verordnet worden sey, dessen Worte folgendergestalt gelautet haben sollen: quicunque ex gradu ecclesiastico sine testamento et cognatione decesserit, hereditas eius ad ecclesiam, vbi deseruiuit, deuoluatur; allein in dem Concilium zu Tribur findet man diese Worte nicht, sondern die Stelle ist entweder aus der 131ten Novelle Kap. 13., oder wie der verstorbene Kanzler Böhmer [s]) glaubte, aus den Carolingischen Capitularien genommen worden, und der Irrthum des Gratian rührt daher, daß er dem Ivo nachschrieb, welcher sich durch den Burchard von Worms, und dieser durch den Regino irre führen ließ, wie Berardus gezeigt hat [t]). Das angeführte Erbfolgerecht der Kirche

p) L. 4. §. 17. D. de fideic. hered.

q) L. 2. D. de veter. et milit. succ. L. 6. §. 7. in fine D. de iniusto etc.

r) L. 20. C. de episc. et cleric. L. vn. Cod. Theod. de bonis cleric. et lac. GOTHOFREDVS ad h. leg. Tom. I. pag. 478. sqq.

s) BOEHMER in iure eccles. Protest. Tom. II. Lib. III. tit. 27. §. 11.

t) Car. Seb. BERRARDVS, in Gratiani canonib. genuinis etc. Part. I pag. 125. Venet. 1774. 4.

Kirche wird auch bey Evangelischen Geistlichen angewendet.

3) Auf gleiche Weise wird nach unserm Gerichtsgebrauche den Armenhäusern das Recht zugestanden, das Vermögen ihrer Beneficiaten an sich zu nehmen, wenn sie keine rechtmäßige Erben hinterlassen haben [u]). Beneficiaten sind diejenigen, welche unentgeltlich in der Armenanstalt verpflegt worden sind, auch nichts bey ihrem Einzuge dafür bezahlt haben. In einigen Ländern gehen diese Armenanstalten so gar den Verwandten vor, wenn es die Landesgesetze, oder eigene Stiftungsprivilegien, oder die Observanz festgesetzt haben.

4) In der Praxis wird auch den Universitäten das Recht eingeräumt, das erblose Vermögen der Professoren oder anderer akademischer Bürger an sich nehmen zu können. Ein ausdrückliches Gesetz kann man nicht dafür anführen; denn die Auth. habita Cod. ne filius pro patre beweißt nichts; sondern blos die gemeine Praxis in Teutschland spricht für die Akademien [x]).

Mehrere Rechtsgelehrte haben den Zünften ein Recht an dem Nachlasse eines ohne Erben verstorbenen Zunftgenossen zusprechen wollen [y]); diese Meynung läßt sich aber weder aus Gesetzen noch aus der Praxis beweisen.

Die Gesetze [z]) ertheilen ferner demjenigen ein besonderes Erbrecht, dem zugleich mit einem andern vom Landesherrn etwas geschenkt worden ist, und sein socius liberalitatis principalis stirbt, ohne einen Intestaterben zu hinterlassen. In dem angeführten Gesetz heißt es: iubemus, vt

u) Koch succ. ab intest. §. 115. Hofacker l. c. Tom. II. §. 1429.

x) Koch l. c. lit. b. Hofacker l. c.

y) Peregrinvs de iure fisci. Lib. IV. cap. 5. nr. 11. Strvv iurispr. opif. Tom. III. Lib. I. c. 4. nr. 16.

z) L. vn. Cod. Iust. si liberalitatis imperialis socius siue herede decesserit.

vt si quis forte ex his, quibus *communiter* a nobis aliquid donatum sit, *nullo herede relicto* decesserit: ad *consortem* potius solatium, quam ad personam aliam pars decedentis perueniat. Ueber den Sinn der Worte: nullo herede relicto wird gestritten. Einige Rechtsgelehrte wollen blos Testamentserben und Kinder darunter verstehen, und behaupten deswegen, der socius liberalitatis imperialis succedire, wenn der verstorbene Mitbeschenkte weder ein Testament gemacht, noch Kinder hinterlassen habe; er schließe also alle andere Verwandte aus, selbst die Frau des Verstorbenen, und noch vielmehr das Collegium, dessen Mitglied der Verstorbene war [a]). Sie berufen sich auf die L. 1. Cod. Theod. si petitionis socius sine herede defecerit. Dagegen streitet der Satz, daß es den Regeln einer richtigen Gesetzauslegung zuwider sey, den deutlichen Sinn eines Gesetzes, das vom Justinian herrührt, durch ein vorhandenes Fragment von ältern Gesetzen zu verdrehen, besonders da solche oft sehr corrupt und verstümmelt auf uns gekommen sind [b]). Andere Rechtsgelehrte sind der Meynung, jenes Gesetz verordne, der socius succedire, wenn der Verstorbene keine successionsfähigen Verwandten hinterlassen hat; er gehe also nicht nur dem noch lebenden Ehegatten vor, sondern auch dem privilegirten Collegium, dessen Mitglied der Verstorbene war. Sie berufen sich auf die L. 2 Cod. Theod. si petitionis socius, und die Worte des Gesetzes, quam ad personam aliam [c]). Die dritte und richtigere Meynung ist wohl diese, da der socius erst alsdenn in dem Antheil des Verstorbenen an der geschenkten Sache succediren soll, wenn

a) AMAYA in comment. in tres poster. libr. Cod. Tom. I. Lib. X. tit. 14. nr. 37. Höpfner im Comment. §. 701. Not. 1.

b) Hr. Prof. Thibaut in der Theorie der logischen Auslegung des Römisch. Rechts, §. 31.

c) KOCH de succ. ab int. §. 107. HOFACKER l. c. Tom. II. §. 1428.

gar keine Erben da sind, folglich das Wort Erbe hier in der gewöhnlichen Bedeutung zu nehmen ist, so kann die Absicht des Gesetzes wohl nur dahin gehen, daß blos der Fiskus dem socius liberalitatis Principis nachstehen soll [d]). Weil übrigens der überlebende socius nicht Erbe des ganzen Nachlasses wird, so halten ihn die mehresten Rechtsgelehrten für keinen Erben, sondern es falle ihm der Theil des socii an der geschenkten Sache, wie einem Mitvermächtnißnehmer, durch das ius accrescendi zu [e]). Dawider wird von dem verstorbenen Höpfner, mit Einstimmung des Amaya, eingewendet, das ius accrescendi falle ja weg, so bald der Mitvermächtnißnehmer seinen Antheil erworben hat [f]). Es ist also wohl besser, man sagt, der Verstorbene erbt den ledigen Antheil blos ex dispositione legis, als eine gesetzliche Wohlthat [g]).

Fehlt es an allen den bisher angeführten Erben, so tritt der Fiskus auf, und succedirt in das erblose Vermögen des ohne Erben verstorbenen Erblassers, nach der Analogie der Erbfolge ab intestato [h]). Die deutliche Verordnung des römischen Rechts ist also der wahre Grund der Succession des Fiskus in vakante Erbschaften, und nicht das Recht desselben, herrenlose Sache zu occupiren; denn nicht zu gedenken, daß die bona vacantia durch diesen Ausdruck von den rebus nullius schon hinlänglich unterschieden werden, so kann auch die Erbschaft eines Verstorbenen

d) Voet h. t. §. 2. Rom. Teller in Progr. ad Richteri Diss. de thesauro etc. pag. 11.

e) Voet l. c. §. 31. Koch l. c. §. 107.

f) L. vn. §. 4. C. de caduc. tollend. L. vn. C. quando non petent. partes petentib. accresc.

g) Ge. Fr. Püls in Diss. de liberalit. imperialis socio ad successionem feudalem in parte socii vacua haud admittendo, Bamberg. 1777. cap. I. §. 12. not. b.

h) L. 1. pr. et L. fin. D. de succ. edicto L. 20. §. 5. D. de hered. petit. L. 1. D. de iure fisci. L. 4. C. de bon. vacant.

benen deswegen kein Gegenstand des Occupationsrechts seyn, weil in einem wohl eingerichteten Staate jeder Verstorbene, vornehmlich der von ihm hinterlassenen activen und passiven Ansprüche wegen, einen sichern Erben haben muß, an den man sich deswegen zu halten hat [i]). Zwar wird in einigen Gesetzen, z. B. in der L. 1 et 5. C. de bon. vacant. der Occupation solcher vakant gewordenen Güter gedacht; aber darunter ist weiter nichts als die Besitznahme derselben zu verstehen. Die Erbfolge des Fiskus ist also allerdings zu dem Zweck eingeführt worden, damit, wenn auch gleich der Verstorbene keinen eigentlichen Erben hinterläßt, gleichwohl des Verstorbenen rechtliche Verhältnisse ihre Kraft zeigen, und durch den succedirenden Fiskus aufrecht erhalten werden können.

Ehe der Fiskus die vakant gewordene Erbschaft des Verstorbenen sich zueignen kann, muß es vor allen Dingen gewiß seyn, daß kein anderer rechtmäßiger Erbe vorhanden sey. Zu dem Ende ist es Rechtens, daß eine Edictalcitation erlassen, und darin alle und jede, welche etwa Ansprüche an die Erbschaft zu haben glauben, aufgefordert werden, ihre vermeyntlichen Rechte anzuzeigen und zu beweisen. Meldet sich binnen der vorgeschriebenen Frist Niemand, der einen gegründeten Anspruch auf die Erbschaft ausführt, so wird die Erbschaft dem Fiskus als ledig gut zugesprochen. Bey den Römern hatte, wie die L. 5. Cod. de bon. vacant. beweißt, ein ganz eigenes rechtliches Verfahren bey der Untersuchung eines fiskalischen Erbschaftsanfalls statt, welches folgendergestalt beschaffen war. Eydlich verpflichtete kaiserliche Hofbeamte, oder Palatini, wurden an den Statthalter der Provinz, wo der Verstorbene gewohnt hatte, abgeschickt, damit sie vor allen Dingen mit Zuziehung des Fiskals die persönlichen Umstände des Verstorbenen auskundschaften, sodann von seinem gesamm-

i) Hr. Justitzrath Maier in der Abhandl. von der Successsion des Fiskus, Ulm 1786. zweyter Abschnitt. §. 17 flg.

ten Nachlasse ein genaues Güterverzeichniß verfertigen lassen möchten. Hierauf mußte er ein Proklama ergehen lassen, und darin alle und jede, die etwa ein Erb- oder Eigenthumsrecht an dem Nachlasse zu haben glaubten, auffordern, solches auszuführen, und mit dem Patron des Fiskus darüber zu verfahren [k]).

Liegt der vakante Nachlaß in verschiedenen Territorien, so ist es sehr bestritten, welcher Fiskus unter diesen Umständen die Erbschaft bekomme? Einige Rechtsgelehrte [l]) machen einen Unterschied zwischen dem beweglichen und dem unbeweglichen Vermögen, und sprechen die Erbschaft des beweglichen Vermögens dem Fiskus des Wohnorts des Erblassers zu, diese Dinge mögen befindlich seyn wo sie wollen; hingegen das unbewegliche Vermögen falle an den Fiskus der belegenen Sache. Andere Rechtsgelehrte behaupten, jeder Fiskus sey befugt, die in seinem Lande befindlichen Güter, ohne Unterschied, ob sie beweglich oder unbeweglich sind, einzuziehen, weil es hier nach den Grundsätzen von der Occupation gehe, welche jeder Landesherr vermöge der Cameralgewalt über die vakanten Güter in seinem Lande habe [m]). Dagegen wendeten andere Rechtsgelehrte ein, nach der wahren Beschaffenheit der Sache sollte der Fiskus des Landes, wo der Verstorbene wohnte, in sein sämmtliches Vermögen succediren, wenn auch ein Theil außer Landes liege, weil das Erbrecht des Fiskus aus dem römischen Rechte hergeleitet und folglich auch nach solchem beurtheilt werden muß [n]). Ist der Fiskus als Erbe anzusehen, welches man doch wohl nicht leugnen

k) L. 5. Cod. Iust. de bonis vacantib. AMAYA in comment. ad Cod. Tom. I. pag. 148.

l) STRYCK de succ. ab int. Diss. V. cap. I. §. 47. LAUTERBACH h. t. §. 57.

m) de PUFENDORF Obs. Tom. III. Obs. 14. §. 22 sqq. KOCH l. c. §. 120.

n) Hr. Justizrath Maier a. a. O. §. 19 flg.

nen kann, da ihm die Gesetze die Erbschaft als angefallen zusprechen, und ihn als den letzten Successor anführen o), so gelten auch alle Grundsätze, welche bey Erbschaften ihre Anwendung finden, wo das Vermögen des Verstorbenen in verschiedenen Ländern befindlich ist.

Ist es ausgemacht, daß die Erbschaft dem Fiskus gehöre, so bekommt er sie mit allen darauf haftenden Lasten und Verbindlichkeiten. Er muß also

1) so gut, wie ein jeder anderer Erbe, die Schulden des Verstorbenen bezahlen p). Diejenigen, welche behaupten, daß, wenn die vakante Erbschaft in verschiedenen Territorien befindlich ist, jeder Fiskus nur das in seinem Lande befindliche Vermögen des Verstorbenen erhalte, kommen in diesem Falle in nicht geringe Schwierigkeiten; denn da jeder Fiskus, wie sie sagen, blos nach dem Verhältniß des Antheils, der ihm von des Verstorbenen Nachlaß zufällt, für die Schulden haften darf, so setzt dieß nothwendig voraus, daß der wahre Betrag des einem jeden der concurrirenden Fiskusse gehörenden Erbantheils völlig unbestritten und bestimmt sey. Wie sollen hier aber die Schulden regulirt und bezahlt werden, wenn die sämmtlichen Successionsinteressenten bey Festsetzung derselben nicht einig werden können? Hier werden die Gläubiger lange auf ihre Bezahlung warten müssen.

Reicht die Erbschaft zur Bezahlung aller Schulden nicht zu, so streitet man wieder darüber, wie weit der Fiskus hafte? Einige Rechtsgelehrte sind der Meynung, der Fiskus dürfe nie mehr Schulden bezahlen, als von der erhaltenen Erbmasse bezahlt werden können, und der Fiskus bedürfe hier der Rechtswohlthat des Inventariums nicht q). Andere Rechtsgelehrte wollen dem Fiskus ein solches Vor-

o) L. fin. D. de succ. edicto.

p) L. 11. D. de iure fisci.

q) AMAYA l. c. Tom. I. pag. 135. BOEHMER in iur. Digest. h. t. §. 34.

recht deswegen nicht zugestehen, weil in der Nov. I. cap. 4. §. 2. ausdrücklich verordnet sey, jeder Erbe solle ein Inventarium machen lassen, wenn er nicht alle Schulden bezahlen wolle, und diese Verbindlichkeit ist dem Fiskus nirgends erlassen. Diese Meynung hat die L. 5. C. de bon. vacant. für sich, nach welcher der Fiskus die Erbschaft nicht anders übernehmen soll, als wenn vor allen Dingen von der Obrigkeit des Orts, wo der Verstorbene sein Domicilium gehabt, mit Zuziehung des Fiskals ein genaues Inventarium von der ganzen Erbschaft errichtet, und die nöthigen Edictalien erlassen worden r).

2) Ist der Fiskus schuldig, so wie jeder andere Intestaterbe, die Vermächtnisse und Fideikommisse auszuzahlen, welche entweder nach den vorhandenen Codicillen bezahlt werden sollen, oder in dem destituirten Testament ausgesetzt worden sind, wenn dem Testament die Codicillarklausel angehängt worden ist s). Einige Rechtsgelehrte haben sich hier durch die L. 96. §. 1. D. de legat. I. verleiten lassen, zu behaupten, der Fiskus müsse in dem Falle, wenn das Testament als destitutum zu betrachten sey, und er die Erbschaft angenommen, ohne Unterschied alle Legate bezahlen, die Codicillarklausel möge in dem destituirten Testament stehen oder nicht t); allein die L. 96 handelt nicht von der Successsion des Fiskus in erbloſe Güter, sondern es ist darin von solchen erbloſen Gütern die Rede, welche nach der Lex Iulia dem Fiskus gehörten, weil der Testamentserbe vor Antretung der Erbschaft gestorben war, oder er die Erbschaft ausgeschlagen hatte. In Fällen dieser Art nahm der Fiskus die Erbschaft als bonum vacans in Besitz, wenn gleich Intestaterben da waren, oder ein Miterbe, weil

r) Stryck de succ. ab intest. Diss. V. cap. I. §. 52 et 53.

s) L. 114. §. 2. D. de legat. I. L. 8. §. 1. D. de iure codicill. L. 11. Cod. de test. manum. L. 29. C. de fideic. Kind Quaest. forens. Tom. I. cap. 68.

t) Stryck de succ. ab int. Diss. V. cap. I. cap. 51.

weil die Lex Iulia caducaria, oder Papia Poppaea, bey Testamentserben das ius accrescendi nicht gelten ließ. Der Fiskus, der hier an die Stelle des Erben eintrat, mußte aber alle Lasten eines Erben übernehmen, folglich auch die Vermächtnisse auszahlen u). Nachdem Justinian die Lex Iulia caducaria in der L. vn. C. de cad. toll. aufgehoben hat, so läßt sich von jener L. 96. hier bey der Succession des Fiskus in das erblose Vermögen eines Verstorbenen ganz und gar kein Gebrauch machen; es tritt vielmehr die Regel ein, welche Paulus in der L. 181. D. de reg. iur. giebt: si nemo subiit hereditatem, omnis vis testamenti soluitur. Daß der Fiskus, wenn er in das erblose Vermögen succedirt, der Regel nach keine Legate prästiren dürfe, ist auch aus der L. 50. D. de manum. test. zu ersehen. Man sucht zwar jene Meynung auch durch die Novelle 1. Kap. 1. §. 3. zu unterstützen; allein in dieser Novelle ist von keinem destituirten Testamente die Rede, sondern von einem solchen Falle, wo die Erbschaft deswegen an den Fiskus fällt, weil der Erbe sich hartnäckig weigerte, den Willen des Erblassers zu erfüllen, und darüber verging ein Jahr, es war auch kein anderer Erbe vorhanden, der die Erbschaft annehmen konnte oder wollte x). Endlich ist noch zu bemerken, daß dem Fiskus eine peremtorische Frist von vier Jahren vorgeschrieben worden, binnen welcher er sich seines Rechts bedienen muß. In der L. 1. C. de bon. vac. heißt es: notum est, a fisco quaestionem post quadriennium continuum super bonis vacantibus inchoandam non esse. Verschiedene Rechtsgelehrte y) haben einen Unterschied angenommen, ob dem Fiskus von der vakanten Erbschaft Anzeige geschehen

u) Heineccius ad Leg. Iuliam et Papp. Poppaeam, pag. 148.

x) Io. Theoph. Seger comment. de sententia Nov. I. cap. 1. Lipſ. 1777.

y) Wernher in lect. comment. h. t. §. 23.

ist, oder nicht; und sie behaupten, nur im ersten Falle gehe das Recht des Fiskus nach vier Jahren verlohren, im andern Falle aber erst entweder nach zehen oder zwanzig Jahren, je nachdem der Besitzer des erbschaftlichen Vermögens entweder einen gerechten Titel für sich habe, oder nicht. Dieser Unterschied wird in Gesetzen nicht gemacht, und daher erklären andere Rechtsgelehrte die Behauptung für unrichtig [z]), wenn gleich so viel gewiß ist, daß die gesetzliche Frist von vier Jahren nicht eher gegen den Fiskus zu laufen anfängt, als wenn es gewiß ist, daß kein Erbe vorhanden sey [a]).

Die vorgetragene Erklärung der Intestaterbfolge, wie sie nach dem römischen Rechte angenommen werden muß, wird jeden praktischen Rechtsgelehrten in den Stand setzen, in dieser Materie gehörig arbeiten zu können; ehe ich aber weiter gehe, will ich noch einige Materien anführen, die bey Erbschaftsangelegenheiten vorkommen können. Es ist eine wichtige Regel: alle Erbfolge setzt schlechterdings einen Todesfall voraus, da sonst die Regel eintritt: viuentis non est hereditas. Der Tod desjenigen, den man beerben will, muß also entweder gewiß seyn, wobey auf die Grundsätze vom Beweis des Todes Rücksicht genommen wird [b]), oder er muß rechtlich vermuthet werden können. Eine solche rechtliche Vermuthung kommt bey so genannten verschollenen Personen, das heißt, bey denjenigen Personen vor, von deren Aufenthalt, Leben oder Tod schlechterdings keine sichere Nachricht vorhanden ist, und welche doch bereits siebzig Jahr alt seyn müßten, wenn sie noch lebten. Das römische Recht befolgt zwar nicht die Regel, daß ein Mensch nicht älter als siebzig Jahr werde; sondern nach der Analogie

z) ZOESIVS ad Dig. Lib. LXI. tit. 3. nr. 18. FINESTRES in Hermog. pag. 947 sqq.

a) L. 10. §. 1. D. de diu. temp. praescr. HVBER ad Inst. L. III. tit. de succ. ab int. §. 21.

b) LEYSER Spec. 95 et 96. HOFACKER Princ. iur. ciuil. Tom. II. §. 1681.

logie desselben wäre vielmehr ein Alter von hundert Jahren anzunehmen [c]). Allein nach einer durch den Gerichtsgebrauch bestätigten, und auf das gewöhnliche Ziel sich gründenden Observanz wird in unsern Gerichten, das siebzigste Jahr, als das Todesjahr eines Verschollenen angenommen [d]). Sollte Jemand erst nach überlebtem siebzigsten Jahre verschollen seyn, so wird nach der Analogie der L. 68. D. ad Leg. Falcid. vermuthet, daß er todt sey, wenn man in fünf Jahren nichts von ihm erfahren hat [e]); jedoch nimmt man bey einem verschollenen Achtziger nur die Hälfte dieser fünf Jahre an, nämlich zwey oder drittehalb Jahr [f]). In gewissen Fällen braucht man nicht einmal jenes Alter des Verschollenen abzuwarten, um ihn für todt zu erklären, nämlich alsdenn, wenn aus besondern in facto erwiesenen Umständen sehr starke Vermuthungen des Todes eintreten [g]).

Auf jeden Fall succedirt nun dem Verschollenen derjenige, welchem zur Zeit des präsumirten Todes die Erbschaft deferirt worden ist, weil jetzt erst von der Erbfolge die Frage seyn kann [h]). Bey den Römern wurde zwar bisweilen die Zeit des wirklich erfolgten Todes auf einen Zeitpunkt zurück gerechnet, wo der Erblasser offenbar noch nicht

c) L. 56. D. de vsufr. L. fin. C. de sacrof. eccles. VOET h. t. §. 16. in fine.

d) Böhmers Rechtsfälle, 3ten Bandes 1ste Abtheil. Resp. 176. Nr. 19. S. 7.

e) KOCH Diss. vtrum absentium successio fiat ex nunc. an ex tunc, in EIVS succ. ab intest. Auct. II.

f) Gmelin und Elsäßer juristische Beobachtungen, 4ten Bandes Nr. XI. §. 127. Note p. HOFACKER Princ. iur. ciuil. Tom. II. §. 1682. not. e.

g) LEYSER Spec. 96. Med. 6. de BOEHMER in nouo iure controu. Tom. II. Obs. 98. Böhmers Rechtsfälle, 3ter Band, Resp. 176. nr. 20.

h) KOCH cit. Diss. Auct. II. pag. 127. Elsäßer a. a. O. 4ter Band. Nr. XI. S. 168.

nicht gestorben war; und dieses geschahe bey römischen Bürgern, welche in der feindlichen Gefangenschaft gestorben waren [j]). Bey diesen nahm man durch die Fiction des Cornelischen Gesetzes an, der Gefangene sey gleich in dem Moment gestorben, wo es gewiß war, daß er sich gefangen geben müsse; weil ein Gefangener so wenig, als ein Sclave einen Erben hinterlassen konnte [k]). Von dieser Fiction können wir heutiges Tages keinen Gebrauch machen, da unsere Verfassung ganz von dieser Einrichtung und Ursache bey den Römern abweicht [l]).

Da Niemand von einem Verstorbenen erben kann, als wenn er ihn überlebt hat; so kann die Frage vorkommen, wer in dem Falle, da zwey Personen gestorben sind, die von einander erben konnten, den andern überlebt habe, und wer also als des andern Erbe gestorben sey? Es kommt hierauf alles an, um bestimmen zu können, welcher von beyden jetzt eigentlich zu beerben sey. — Kann die Ordnung des Sterbens bewiesen werden, so ist auch die davon abhangende Ordnung der Erbfolge keiner Schwierigkeit unterworfen. Nicht selten aber ist es ungewiß, wer von zwey Verstorbenen, von deren Erbfolge die Rede ist, dem andern überlebt habe. Dieser Fall kommt besonders alsdenn vor, wenn beyde durch denselben Unglücksfall zugleich ums Leben gekommen sind, dergleichen Fälle noch immer vorkommen [m]). Das römische Recht enthält hier gewisse auf Erfahrung und Billigkeit gegründete Vermuthungen, die in dergleichen Fällen zur Entscheidung dienen müssen, wenn sie nicht durch stärkere Gegenvermuthungen entkräftet werden können.

Sind

j) L. 10. pr. D. de captiu.

k) L. 3. §. 1. D. de verb. signif.

l) Elsäßer a. a. O. S. 171.

m) Joh. Lud. Schneidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener praktischer Rechtsmaterien, 2ter Band, Nr. 39. Ronneburger juristisches Journal, 2ter Band, 2tes Heft, Nr. 2. S. 97 flg.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0390
DFG

Sind Eltern und Kinder zugleich ums Leben gekommen, z. B. beyde haben ihr Leben im Feuer, Wasser, oder im Kriege verlohren, so soll darauf gesehen werden, ob die Kinder noch unmündig waren, oder ob sie die Zeit der Pubertät erlebt hatten. Im letzten Falle wird verordnet, es soll im Zweifel dafür gehalten werden, die Kinder haben länger gelebt als die Eltern; im ersten Falle aber soll angenommen werden, die Eltern haben die Kinder überlebt. In jenem Falle haben daher die Kinder von den Eltern geerbt; in diesem aber die Eltern von den Kindern. In der L. 22. D. de reb. dub. bemerkt **Javolenus**: cum pubere filio mater naufragio periit: cum explorari non possit, vter prior extinctus sit, humanius est credere, filium diutius vixisse. Auf den Fall, da der Sohn schon mündig war, bezieht sich wahrscheinlich auch der Gedanke des **Tryphoninus** in der L. 9. §. 1. D. de reb. dub. wo es heißt: cum bello pater cum filio periisset, materque filii, quasi postea mortui, bona vindicaret, agnati vero patris, quasi filius ante periisset: diuus Hadrianus credidit patrem prius mortuum; denn vor dem 17ten Jahre wurde Niemand zum Soldaten angenommen. Von dem andern Falle, wenn das Kind noch unmündig ist, wird in der L. 23. D. de reb. dub. gehandelt, wo es heißt: si mulier cum filio impubere naufragio periit, priorem filium necatum esse intelligitur. Beyde Fälle werden mit einander verglichen in der L. 9. §. fin. D. de reb. dub. **Ulpian** scheint zwar in der L. 17. §. 7. D. ad Sctm. Trebell. keine Rücksicht darauf genommen zu haben, wo es heißt: si quis autem susceperit quidem filium, verum viuus amiserit: videbitur sine liberis discessisse. Sed si naufragio, vel ruina, vel aggressu, vel quo alio modo simul cum patre perierit; an conditio defecerit, videamus. Et magis, non defecisse, arbitror: quia non est verum, filium superuixisse. Aut igitur filius superuixit patri, et extinxit conditionem fideicommissi: aut non superuixit, et extitit conditio. Cum autem quis ante, et quis postea decesserit, non apparet, extitisse

titisse conditionem fideicommissi magis dicendum est. Ohne Zweifel liegt hier der Grund in der besondern Begünstigung der Fideikommisse, wenn in dem Falle, wo Jemand unter der Bedingung, wenn er ohne Kinder sterben würde, gebeten worden ist, die Erbschaft einem andern abzutreten, und der Fiduciar mit seinem einzigen Kinde in einer gemeinschaftlichen Gefahr zugleich umkommt, schlechthin angenommen werden soll, das Kind sey vor dem Vater gestorben, und damit die Bedingung des Fideikommisses erfüllt worden, das Kind mag mündig oder unmündig gewesen seyn n). Die angeführten Stellen handeln übrigens nur von dem Falle, wenn Eltern und Kinder zugleich durch den nämlichen Unglücksfall ihr Leben eingebüßt haben; sie können also nicht auf den Fall angewendet werden, wenn beyde eines natürlichen Todes gestorben sind, und man nicht erfahren kann, wer den andern überlebt habe. Hier fehlt es an einer gesetzlichen Verordnung. Daher gewöhnlich angenommen wird, die Kinder haben die Eltern überlebt, weil in der L. 15. pr. D. de inoff. test. die Bemerkung gemacht wird: es geschehe turbato ordine mortalitatis, wenn die Kinder vor den Eltern sterben o).

Wenn andere Personen, die keine Eltern und Kinder sind, von denen aber doch die eine Person die andere beerbt haben würde, in gleiche Lebensgefahr gerathen und darin umkommen; so wird angenommen, keiner habe den andern überlebt, es sey also keiner des andern Erbe geworden; ob der eine noch unmündig, der andere aber mündig war, darauf wird hier nicht gesehen p). Die nämliche Regel findet statt,

n) Voet ad Dig. Lib. 34. tit. 5. §. 3. Lib. 36. tit. 1. §. 16. Voorda in elect. cap. 20. Hofacker l. c. §. 1609. not. f.

o) Brunnemann ad Leg. 9. D. de reb. dub. nr. 19. Iac. Carmon Diss. de praesumto ordine mortalitatis commorientium in linea recta, Rostochii 1734.

p) L. 18. D. de reb. dub. Stryck de succ. ab intest. Diss. X. cap. III. §. 3. sqq.

statt, auch wenn beyde noch unmündig sind, von denen einer den andern ab intestato beerbt haben würde, und dem zuletzt Verstorbenen ein Dritter pupillarisch substituirt worden ist. Haben beyde durch Schiffbruch ihr Leben verlohren, und es ist nicht auszumitteln, welchen der Tod zuerst weggerafft hat, so ist nach rechtlicher Vermuthung anzunehmen, keiner habe den andern überlebt, der Substitut beerbt daher beyde; denn da sie beyde zugleich ums Leben gekommen sind, so ist jeder von ihnen als der zuletzt Verstorbene anzusehen [q]). Die Absicht des Erblassers, von dem in der L. 9. pr. D. de reb. dub. die Rede ist, war hier allerdings, daß der Substitut die Erbschaft beyder unmündiger Kinder haben solle, nur aber solle er sie durch den Tod des zuletzt Verstorbenen erhalten. Nun hatten sie aber beyde das Leben zugleich verlohren, und also hatte keiner den andern überlebt. Also sollte der Substitut eigentlich keinem succediren, wenn man blos auf den Wortverstand der Substitution sehen müßte. Denn es kann Niemand als der zuletzt Verstorbene betrachtet werden, wenn nicht Jemand vor ihm gestorben ist. Anton Faber [r]) war der Meynung, der eine Bruder sey hier des andern heres necessarius ab intestato geworden; diese Erklärung läßt sich aber nicht beweisen [s]). Es war hier keiner des andern Erbe geworden. Tryphoninus entscheidet aber doch für den Substituten, weil auch derjenige für den zuletzt Gestorbenen gehalten werden kann, nach welchem Niemand mehr vorhanden ist; er wird also dem einen, wie dem andern succediren. Den nämlichen Entscheidungsgrund braucht in demselben Falle auch Afrikanus [t]). Hätte der Vater nur seinem zuletzt sterbenden Sohne einen Fideikommißerben auf einen gewissen Theil der Erbschaft ernannt, und beyde Söhne sterben zugleich, so fällt das Fideikommiß weg [u]).

Ver-

q) L. 9. pr. D. de rebus dubiis.
r) Faber in coniect. Lib. XIII. cap. 14.
s) Averanius in interpret. Lib. V. cap. 31. nr. 8.
t) L. 24. pr. D. de vulg. et pup. subst.
u) Westphal von Vermächtnissen, 2ter Th. §. 1869.

Verliehren Ehegatten in einem sie betroffenen Unglücksfalle ihr Leben, so behaupten verschiedene Rechtsgelehrte, man müsse im Zweifel annehmen, die Frau sey zuerst gestorben und der Mann habe sie überlebt [x]). Allein daß auch bey Eheleuten in dem bemerkten Falle anzunehmen sey, keiner habe den andern überlebt, ist aus mehrern deutlichen Gesetzen zu sehen [y]). Diesen Gesetzen ist die L. 9. §. 3. D. de reb. dub. keinesweges entgegen, wo Typhoninus sagt: si maritus et vxor simul perierint, stipulatio de dote ex capitulo, si in matrimonio mulier decessisset, habebit locum, si non probatur, illa superstes viro fuisse; denn man konnte mit Recht sagen, die Frau sey noch in der Ehe gestorben, wenn beyde Ehegatten zugleich ums Leben kamen, weil keiner den andern überlebt hatte. War also auf jenen Fall der Rückfall des Heyrathsguts stipulirt worden, so war nun diese Bedingung allerdings eingetreten [z]).

Soll Jemand eine Erbschaft erwerben, so setzt dieß einen Anfall derselben voraus. Beydes geschieht aber entweder nach Verordnung der Gesetze zu gleicher Zeit, ohne daß es einer weitern Erklärung bedarf, oder der Erbe muß sich erst erklären, daß er die angefallene Erbschaft haben wolle. Das erste findet bey den suis heredibus statt, welche die ihnen angefallene väterliche Erbschaft ipso iure acquiriren [a]). Sui heredes werden im römischen Rechte diejenigen Erben genennt, die bis an den Tod des Erblassers in seiner unmittelbaren väterlichen Gewalt geblieben sind, oder

x) CARPZOV Iurispr. for. Part. III. Const. XVII. Def. 12. nr. 3. sqq.

y) L. 26. D. de mort. caus. donat. L. 32. §. 14. D. de donat. int. vir. et vxor.

z) DONELLVS in comment. iur. ciuil. Lib. VIII. p. 427. de RETES tract. de commorientium iure, in Opusc. Lib. VII. cap. 5. in MEERM. Thes. Tom. VI. pag. 371.

a) L. 14. D. de suis et legit. hered. AVERAN. Interpr. Lib. I. cap. 9.

oder doch in derselben gewesen seyn würden, wenn sie zur Zeit seines Todes schon gebohren gewesen wären, und welche zu der Zeit, da ihnen die Erbschaft anfiel, die nächsten in der Familie waren. Zu diesen suis gehören also auch postumi, wenn sie nur bey Lebzeiten des Erblassers schon concipirt gewesen [b]).

Alle andere Erben, wenn sie auch noch so nahe mit dem Verstorbenen verwandt sind, auch selbst Kinder in Ansehung der Mutter, oder emancipirte Kinder in Ansehung des Vaters, werden heredes extranei genennt [c]). Diese erwerben die Erbschaft nicht ipso iure, sondern sie müssen sich erklären, ob sie die Erbschaft annehmen wollen, und diese Erklärung kann auf zweyerley Art geschehen, ausdrücklich oder stillschweigend. Eine solche Erklärung geschieht stillschweigend, wenn der Erbe wissentlich solche Handlungen vornimmt, woraus man mit Zuverläßigkeit seine Absicht, daß er Erbe seyn wolle, schließen kann. Handlungen dieser Art sind es, wenn er wissentlich erbschaftliche Schulden bezahlt, wenn er die ihm vom Erblasser auferlegte Bedingung erfüllt, wenn er Erbschaftsklagen anstellt, u. s. f. In Gesetzen [d]) wird eine solche stillschweigende Erklärung des Erben pro herede gestio genennt. Geschieht die Erklärung des Erben ausdrücklich mit Worten, so heißt diese Handlung entweder aditio hereditatis, oder agnitio bonorum possessionis, je nachdem entweder von einer solchen Erbschaft die Rede ist, die nach dem Civilrecht deferirt worden ist, oder von einer solchen, die nach dem prätorischen Recht angefallen ist. Beyde Handlungen sind darin von einander unterschieden, daß die Agnition der bonorum possessionis auch durch eine andere Person, durch den Vormund, den Prokurator, ja selbst durch eine Frauensperson geschehen

b) §. 8. Inst. de hered. quae ab intest. defer. L. 6 et 7. D. de suis et legit. hered.

c) §. 3. Inst. de hered. qualit. et differ.

d) L. 20. D. de acquir. vel omitt. hered.

hen kann [e]), die Adition der Erbschaft aber vom Erben in Person vorgenommen werden muß; ferner, daß die Agnition gerichtlich geschehen muß, die Adition der Erbschaft aber auch außergerichtlich geschehen darf [f]).

Hieraus erhellet, daß nur in Ansehung der heredum extraneorum ein Unterschied sey, zwischen einer hereditas delata und acquisita. Eine Erbschaft ist deferiret, oder angefallen, angestorben, wenn man ein Recht hat, sich solche zuzueignen; eine Erbschaft ist hingegen acquiriret, wenn sie ein Eigenthum des Erben geworden ist. So lange sich der Erbe noch nicht erklärt hat, ob er die Erbschaft annehmen wolle, wird die Erbschaft eine hereditas iacens genennt, und diese stellt vermöge einer rechtlichen Fiction die Person des Verstorbenen vor, den man sich so lange immer noch als Eigenthümer denkt, bis der Erbe die Erbschaft angetreten hat [g]). Vermöge dieser Persönlichkeit ist eine hereditas iacens sogar etwas zu acquiriren fähig, wo nicht die Ausübung oder Erwerbung eines Rechts die Existenz einer physischen Person, und deren Handlung schlechterdings erfordert [h]). Daraus läßt sichs nun erklären, warum eine von dem Erblasser angefangene Verjährung oder Usucapion, durch den Tod desselben nicht unterbrochen wird, sondern fortläuft, und sogar iacente adhuc hereditate vollendet werden kann [i]).

Das römische Recht, nach welchem die Intestaterbfolge in den Pandekten vorgetragen werden muß, leidet bekanntermaßen durch die besondern teutschen Landesgesetze und Erbfolgeordnungen eines jeden Landes manche Abweichungen, welche unter sich so außerordentlich verschieden sind,

e) L. 3. §. 7. L. 7. D. de bon. poss.

f) AVERAN. Interpr. Lib. I. cap. 12.

g) L. 34. D. de acquir. rer. domin. §. 2. Inst. de hered. instit. L. 31. §. 1. D. eod.

h) L. 61. D. de acquir. rer. domin.

i) L. 31. §. 5. L. 40. L. 44. §. 3. D. de vsurpat. L. 30. D. ex quib. caus. maior. AVERAN. Int. IV, 22.

sind, daß dadurch öftere Collisionen verursacht werden. Uebrigens ist es ausgemacht, daß alle römische und teutsche Gesetze über die Intestaterbfolge nur als subsidiarische Verordnungen anzusehen sind, von denen die Unterthanen, wenn nicht diese Erlaubniß ausdrücklich genommen worden ist, nach Willkühr abgehen können. Die Intestaterbfolge tritt überhaupt erst alsdenn ein, wenn kein Testament oder Vertrag vorhanden ist, worin über die Erbfolge etwas festgesetzt worden ist. Stirbt also Jemand, ohne auf die eine oder die andere Art seinen Willen erklärt zu haben, wer nach seinem Tode von ihm erben soll, ob er gleich zu einer solchen Willenserklärung fähig war; so ist nach rechtlicher Vermuthung anzunehmen, er wolle, daß diejenigen von ihm erben sollen, welche die Gesetze zu seinen Erben bestimmt haben. Hieraus ergiebt sich, daß die Intestaterbfolge, wenn man das allgemeine Fundament derselben näher angeben will, sich wenigstens der Regel nach auf den präsumtiven Willen des Verstorbenen gründe, und man kann mit Recht sagen, daß sie gleichsam als ein Testament anzusehen sey, welches die Gesetze für den Verstorbenen nach seiner vermuthlichen Willensmeynung gemacht haben [k]).

Kommt nun also bey der Erbfolge alles auf den ausdrücklichen oder stillschweigend erklärten Willen des Erblassers an; so ist es der Natur der Sache gemäß, daß die Erbfolge eines Verstorbenen immer nach den Gesetzen des Orts zu beurtheilen sey, wo der Erblasser die mehreste Zeit wohnte, gesetzt auch, daß sein unbewegliches Vermögen im Auslande liegt; denn Niemand zweifelt daran, daß ein Unterthan in seinem Testamente seine ausländischen Güter der Regel nach, vermachen könne, wen er wolle, und daß seine Verordnung, wenn sie sonst den Gesetzen seines Wohnorts gemäß ist, auch in Ansehung seiner auswärts gelegenen Güter gelten müsse. Ist das richtig, so muß auch in dem

k) L. 8. §. 1. D. de iure codicill.

Falle, wenn der Verstorbene über seine Erbschaft auf den Todesfall nichts verordnet hat, im Zweifel angenommen werden, sein Wille gehe dahin, daß ihm in sein ausländisches Vermögen eben so, wie in dasjenige, welches er an dem Orte seiner Wohnung besaß, nach den ihm bekannten Gesetzen seines Wohnortes succedirt werde; denn diese vertreten unter diesen Umständen die Stelle seines Testaments [l]). In den Gerichten wird ein Unterschied gemacht zwischen den beweglichen und unbeweglichen Gütern des Verstorbenen, und man beurtheilt die Vererbung der erstern nach den Gesetzen des Wohnorts des Erblassers, hingegen die Vererbung der letztern nach den Gesetzen des Orts, wo sie liegen [m]). Gegen diese Meynung streiten die wichtigsten Argumente; denn nach der L. 208. D. de verb. signif. kommt es bey einer Erbschaft blos auf die vniuersitas an, und nicht auf die einzelnen Sachen, die dazu gehören, und die Lage derselben kann deswegen in keine Betrachtung kommen, weil die Erbschaft die Person des Erben vorstellt, folglich auch nur nach den Gesetzen beurtheilt werden kann, denen der Verstorbene für seine Person unterworfen war. Eben so wenig durfte es auch wohl darauf ankommen, wo der Rechtsstreit über die Erbschaft anhängig ist. Zwar behauptet Hr. Prof. Malblanc [n]), es lasse sich die Praxis mit der Theorie auf die Art vereinigen, daß zwar der Richter des Orts, wo der Erblasser gewohnt habe, den Rechtsstreit über dessen Beerbung auch in Ansehung der ander-

l) de Pvfendorf Obs. Tom. I. Obs. 28. Koch succ. ab intest. §. 14. Hellfeld Iurispr. for. Tom. II. §. 1662. in fine. Hofacker Diss. de efficacia statutor. in res extra territor. sitas, Tubing. 1778. §. 26.

m) Berger in oecon. iur. Lib. II. tit. IV. thes. 46. not. 6. Wernher Obs. Tom. I. Part. IV. Obs. 142. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts, 1ster Band, §. 53. §. 178.

n) Malblanc Princ. iur. Rom. sec. ord. Digest. Part. I. §. 65.

anderwärts gelegenen Güter nach seinen Landesgesetzen entscheiden könne; wenn aber der Proceß über die Erbfolge in die anderwärts gelegenen unbeweglichen Güter vor dem Gericht der belegenen Sache geführt werde, so müsse solcher nach den Gesetzen des Orts, wo die Güter liegen, entschieden werden. — Allein gesetzt, der Verstorbene hätte ein nach den Gesetzen seines Wohnorts gültig gemachtes Testament hinterlassen, und darin über seine ausländischen Güter disponirt; so würde doch auch der iudex rei sitae dieses Testament als gültig anerkennen müssen. Nun treten aber die Intestaterbfolgegesetze, die an dem Wohnorte des Verstorbenen gelten, an die Stelle des Testaments, warum sollte also der iudex rei sitae nicht auch nach diesen sprechen müssen. Alsdenn würde freylich eine Ausnahme eintreten, wenn in dem Lande, wo die unbeweglichen Güter des Verstorbenen liegen, ein verbietendes Statut vorhanden ist, vermöge dessen solche nach dem Tode des Eigenthümers schlechterdings an keinen andern Erben und Nachfolger kommen sollen, als an den, der nach dem Statut dazu berechtigt ist o).

Mit Hülfe der vorgetragenen Erklärung läßt sich nun die Frage entscheiden, nach welchen Gesetzen die Erbfolge eximirter Personen zu beurtheilen sey, die sich eines höhern privilegirten Gerichtsstandes zu erfreuen haben. Ist es richtig, daß eine Erbschaft immer nach den Gesetzen beurtheilt werden muß, denen die Person des Verstorbenen unterworfen war; so folgt von selbst hieraus, daß die Erbfolge einer eximirten Person nicht nach den Statuten, denen die gemeinen Einwohner des Orts unterworfen sind, sondern vielmehr nach denjenigen Gesetzen zu beurtheilen sey, welche dem privilegirten Gerichtsstande, den der Verstorbene hatte, zur Vorschrift dienen p). Hätte eine solche eximirte Person

o) Hofacker cit. Diss. §. 26. in fine.

p) de Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 27. Pütters Rechtsfälle, 1ster Band, 1ster Th. Deduct. I. §. 7. folg.

ein Testament gemacht, so würde solches nach eben den Gesetzen zu beurtheilen seyn, welche in dem privilegirten Gerichtsstande solcher Personen gelten [q]); nun tritt aber die gesetzliche Erbfolgeordnung an die Stelle des Testaments. In der Praxis wird auch hier ein Unterschied gemacht zwischen dem beweglichen und unbeweglichen Nachlaß solcher Personen, und man beurtheilt letztern nach den Ortsstatuten, erstern aber nach den Landesgesetzen, oder nach den gemeinen Rechten, welche in den Personalsachen solcher Personen zur Richtschnur dienen [r]). Wie ungegründet dieser Unterschied sey, ist von mehrern Rechtslehrern dargethan worden [s]).

Hatte der Verstorbene nirgends einen bestimmten Wohnort, so wird ihm, wie die mehresten Rechtsgelehrten behaupten, nach den Gesetzen des Gerichtsstandes seines Geburtsorts succedirt [t]); denn das forum originis bleibt begründet, so lange Jemand noch keinen eigenen Wohnort gewählt hat. Da nun aber bey einem Vagabunden der Ort, wo er angetroffen wird, seinen jedesmaligen Gerichtsstand begründet, nach dessen Vorschriften er alle Geschäfte sowohl über seine Person, als sein Vermögen einrichten muß, so behaupten einige Rechtslehrer, die Erbschaft eines Vagabunden sey nach den Gesetzen des Orts zu beurtheilen, wo er starb [u]).

Zum Beschluß will ich noch etwas über den Begriff, Erbschaft, Erbrecht, Erbfolge, anführen. — Nach den Gesetzen, schreibt Hr. Hofr. Glück a. a. O. S. 1. erlöschen die

q) G. L. Böhmers auserlesene Rechtsfälle, 2ter Band, 1ste Abth. Resp. 105. Nr. 8. folg. S. 82.

r) Stryck de succ. ab intest. Diss. I. cap. IV. §. 4.

s) Koch succ. ab intest. §. 14.

t) Wernher Obs. Tom. I. Part. III. Obs. 237. nr. 4.

u) Struv Exercit. XXXVIII. §. 44. Thomasius tract. de vagabundo, Frf. et Lips. 1731. cap. III. nr. 20. pag. 73.

die Rechtsverhältnisse einer physischen Person mit ihrem Tode nicht, sondern sie gehn, wenn sie nicht ganz persönlich sind, mit der Verlassenschaft auf andere über. Der Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten, die das Vermögen eines Verstorbenen ausmachen, und mit seinem Tode nicht erlöschen, wird die Erbschaft oder Verlassenschaft eines Menschen, bona, hereditas, im objectiven Sinn des Wors, das dingliche Recht aber, sich den Nachlaß eines Verstorbenen zueignen zu können, das Erbrecht, ius successionis, oder hereditas im subjectiven Sinne des Worts, genennt x). Die wirkliche Erwerbung einer angefallenen Erbschaft, oder das Eintreten in alle transmissible Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, heißt die Erbfolge, successio hereditaria. Auch diese wird in Gesetzen y) hereditas genennt; das Wort successio aber wird sehr häufig für Erbschaft genommen z).

Aus den angeführten Begriffen folgt 1), daß nicht jedes Eintreten in die Stelle eines Verstorbenen auch gleich für eine Erbfolge zu halten sey. Es findet nämlich ein Unterschied statt, zwischen succedere in locum defuncti und succedere in vniuersum ius defuncti. Nur das letztere begründet das Wesen eines wahren Erben a). Dagegen kann man zuweilen in die Stelle eines Verstorbenen eintreten, dessen Erbe man doch nicht wird, nämlich alsdenn, wenn man dadurch blos den Erbtheil bekommt, den der Verstorbene würde bekommen haben, wenn er noch lebte; oder daß man durch dieses Eintreten blos den nächsten Grad erhält, um ein suus heres zu werden, oder überhaupt einem

x) L. 208. D. de verb. signif. L. 3. D. de bonor. poss.

y) L. 24. D. de verb. signif. L. 62. D. de reg. iur.

z) L. 19. D. de inoff. testam. L. 10. C. fam. ercisc. L. 2. C. vnde legitimi. L. 3. C. de legit. hered. L. 9. C. communia de successionib.

a) L. 37. D. de acquir. vel omitt. hered. L. 11. D. de diuers. temp. praescr. AVERAN. Interpr. IV, 7.

Verstorbenen succediren zu können. So heißt es z. B. in der 118ten Novelle Kap. 1. — nepotes in proprii parentis locum succedere, tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens, si viueret, habuisset. Ferner wenn ein Sohn, der ein suus heres von seinem Vater gewesen seyn würde, vor demselben stirbt, und Kinder hinterläßt, die noch in der väterlichen Gewalt des Großvaters sind, so nehmen sie die Stelle ihres verstorbenen Vaters ein, und werden jetzt sui heredes von ihrem Großvater [b]). Man erinnere sich ferner an die successio ordinum et graduum, die der Prätor durch sein edictum successorium einführte.

Es versteht sich aber 2) von selbst, daß ohne Erbschaft keine Erbfolge denkbar sey. Wenn also der Verstorbene gar kein Vermögen hinterlassen, oder der Fiskus solches eines begangenen Verbrechens wegen eingezogen hat, so kann von keiner Erbfolge die Frage seyn [c]).

3) In ganz persönliche Rechte des Verstorbenen findet keine Succession statt. Dahin gehören persönliche Seroituten, wenn sie nicht ausdrücklich auf die Erben erstreckt sind [d]); ferner die Rechte aus bloßen Familienverhältnissen; das Recht, eine angefallene Erbschaft anzutreten, welches nur demjenigen zusteht, dem die Erbschaft deferirt worden ist [e]), nicht aber den Erben desselben, es müßte denn das Transmissionsrecht eintreten. Ganz persönlich sind auch manche Verträge, als der Societätscontract, Bevollmächtigung; ferner die Klagen, die blos auf Rache

b) L. 6. §. 1. 2. 3. D. de iniusto rupto etc. L. 29. §. 4. 13. 14. D. de lib. et post. L. 1. §. 4. D. de suis et leg.

c) L. 1. §. 3. D. de suis et legit. hered. L. 28. D. de vulg. et pupill. substit.

d) L. 14. C. de vsufr.

e) L. 151. D. de verb. signif.

Rache gehen; der Gerichtsstand des Erblassers, wenn nicht eine Sache schon daselbst rechtshängig ist [f]), u. dergl.

§. 1663 — 1669.

Der rechtliche Grund der Erbfolge ist zwar nach dem römischen Rechte nur zweyfach; er liegt nämlich entweder in einer gesetzmäßigen letzten Willenserklärung des Erblassers, oder in einer unmittelbaren Verordnung der Gesetze; daher ist die Erbfolge nach dem Römischen Rechte entweder eine Testamentarische, successio seu hereditas testamentaria, oder eine gesetzliche, successio legitima, hereditas iusta, welche letztere auch die Intestaterbfolge genennt wird [g]). Man unterscheide zwischen einer rechtmäßigen und gesetzlichen Erbfolge. Rechtmäßig ist jede Erbfolge, welche in den Gesetzen bestätigt, und daher den Gesetzen gemäß ist. Deswegen kann in diesem Sinne des Worts auch die testamentarische Erbfolge eine successio legitima genennt werden [h]); allein eine gesetzliche Erbfolge ist diejenige, welche unmittelbar in den Gesetzen gegründet ist, oder welche das Gesetz unmittelbar deferirt, ohne daß dabey ein Factum des Erblassers concurrirt [i]).

Nach teutschen Rechten kann eine Succession auch durch einen Erbvertrag begründet werden, welche man die konventionelle oder vertragsmäßige Erbfolge nennt [k]). Da nun in Teutschland auch Erbverträge gelten, wodurch man so gut, wie durch ein Testament, einen künftigen Erben bestimmen kann, so wird heut zu Tage, wenn die Intestaterbfolge Statt finden soll, vorausgesetzt, daß

f) L. 34. D. de iudic.

g) §. fin. Inst. per quas pers. cuique acquir. L. 3. §. 2. D. pro socio L. 13. pr. D. de acquir. vel omitt. hered.

h) L. 130. D. de verb. signif.

i) Helf. Hvnnivs var. resolut. iur. ciuil. Lib. III. tract. 1. Qu. 1.

k) Hofacker Princ. iur. ciuil. Tom. II. §. 1401 sqq.

kein über die ganze Verlassenschaft sich erstreckender Erbvertrag vorhanden sey. Ist der Erbvertrag nur über einen Theil des Vermögens errichtet worden, so fällt das übrige Vermögen doch an die Intestaterben, weil bey Erbverträgen die Regel des Römischen Rechts: paganus pro parte testatus et pro parte intestatus decedere nequit, nicht gilt [l]).

Aus eben dem Grunde findet auch bey der Conventionalerbfolge kein ius accrescendi statt, wenn mehrere Erben durch Vertrag bestimmt seyn sollten. Fällt einer von den Vertragserben weg, so ist dieser entweder vor dem Erblasser verstorben, oder er hat die Erbschaft ausgeschlagen. Im ersten Falle hat er sein Erbrecht auf seine Erben transmittirt, weil Verträge auf die Erben der Paciscenten übergehen [m]). Im andern Falle succediren die Intestaterben des Verstorbenen in den vakanten Erbtheil, wenn nicht durch den Erbvertrag etwas anders festgesetzt worden ist [n]). Nach heutigen Rechten muß man also bey der Entscheidung einer streitigen Erbfolge vor allen Dingen darauf Rücksicht nehmen, ob und in wie weit eine vertragsmäßige Erbfolge Statt finde. Kann die Sache hernach nicht entschieden werden, so ist ferner zu untersuchen, ob eine testamentarische Erbfolge eintrat? Wenn auch das nicht ist, so tritt alsdenn erst die Intestaterbfolge ein.

Im allgemeinen Verstande werden Erbverträge solche Verträge genennt, die über eine Erbschaft eingegangen worden sind. Die Römer sahen bey diesen Verträgen vor allen

l) Koch succ. ab int. §. 9. schol. II. pag. 25.

m) Iust. Hen. Boehmer Diss. de fundamento pactorum familiae ad fideicommissa inclinantium, Hal. 1737. cap. II. §. 11. nr. VII. Hofacker Princip. iur. ciuil. Rom.-Germ. Tom. II. §. 1403. et not. b.

n) Ern. Christ. Westphal Diss. de iure accrescendi inter coheredes, interdum iure non decrescendi, interdum secus, Halae 1761. cap. IX. §. 32.

allen Dingen darauf, ob die Paciscenten über ihre eigene Erbschaft einen Vertrag geschlossen hatten, oder ob von der Erbschaft eines Dritten die Rede war. Schließen zwey oder mehrere Personen über eine ihnen zugefallene, oder über eine zu hoffende Erbschaft, einen Vertrag, worin sie festsetzen, wie sie sich in diese Erbschaft theilen wollen, so heißt der Vertrag ein Erbtheilungsvertrag, und Erbtheilungsreceß wird dieser Vertrag genennt, wenn er schriftlich aufgesetzt worden ist o). Dieser Vertrag darf für keinen Erbvertrag gehalten werden, wovon wir hier reden. Selbst derjenige Vertrag, welcher macht, daß ich mit der Zeit mittelbarer Weise der Erbe eines Andern werde, ist kein eigentlicher Erbvertrag; und daher darf man die Arrogation nicht unter die Erbverträge rechnen.

Die Römer unterschieden diejenigen Verträge, welche über die eigene Erbschaft derjenigen Personen, die den Vertrag errichtet hatten, geschlossen worden, von solchen Verträgen, die über die künftige Erbfolge einer dritten Person eingegangen worden waren. Bey den Verträgen über die eigene Erbschaft derjenigen Personen, die den Vertrag geschlossen hatten, muß auf zweyerley Absichten Rücksicht genommen werden. Entweder wird dadurch Jemandem ein Recht auf ihre Erbschaft ertheilt, der vorher kein solches Recht hatte; oder es geschieht eine Begebung des bereits zustehenden Erbrechts. Wird Jemandem von den Paciscenten ein Erbrecht auf ihre eigene Erbschaft ertheilt, so heißt der Vertrag, pactum successorium dispositiuum affirmatiuum. Begiebt sich Jemand seines bereits habenden Erbrechts an einer künftigen Erbschaft, so nennt man den Vertrag pactum successorium dispositiuum negatiuum seu renunciatiuum.

Die affirmativen Erbverträge sind entweder adquisitive, oder conservatorische, oder restitutorische Erbverträge. Adquisitive Erbverträge sind solche, wodurch Jemand ein Erb-

o) KLINGNER Diss. de pactis coheredum diuisoriis, Erford. 1731.

Erbrecht erwirbt, das er noch nicht hatte. Von diesen Erbverträgen verordnete das römische Recht [p]), daß Niemand einen solchen Vertrag eingehen solle, es möchte dieser Vertrag allein geschlossen werden, oder in Verbindung mit einem Contract; jedoch solle bey Soldaten eine Ausnahme statt finden [q]), wenn sie ins Treffen gingen, und einer hatte dem andern versprochen, er solle sein Erbe seyn, wenn er ihn überlebe. Die Ursache, warum die Römer die Erbverträge, nur wenige Fälle ausgenommen, verboten haben, liegt darin, weil sie es für höchst gefährlich hielten, eine Disposition über sein Vermögen zu machen, wodurch bekannt wurde, wer es bekommen soll; indem man zu fürchten Ursache habe, daß derjenige, welcher sich auf die Verlassenschaft eines Menschen sichere Rechnung machen könne, ihm nach dem Leben streben oder wenigstens seinen baldigen Tod wünschen werde. Freylich erklärt das römische Recht viele andere Geschäfte für erlaubt und gültig, welche jene Folgen eben so gut befürchten lassen, als die Erbverträge, z. B. die mündlichen Testamente, die Schenkungen von Todeswegen [r]). Hieraus kann man den Schluß machen, daß der Grund der Ungültigkeit der Erbverträge nicht wohl in jener Besorgniß zu suchen sey [s]). Nach den Grundsätzen des römischen Rechts hatten die Intestaterben ein Recht auf die Verlassenschaft ihres Verwandten, welches ihnen nur durch ein Testament, wenn es richtig gemacht worden,

p) L. 25. §. 34. C. de transact. L. 15. L. 19. L. 30. C. de pact. L. 4. C. de inutil. stipulat. L. 5. C. de pact. conuent. super dote. L. 61. D. de verb. obligat.

q) L. 19. C. de pact.

r) Leyser de recto vsu expectantiarum, §. 15. in Med. ad Pand. Vol. IV.

s) Hebenstreit Diss. vindiciae veri valoris pactor. succeſſ. Erf. 1762. cap. 4. I. F. Malblanc de cauſis improbati pacti heredit. ex iure Romano, Tubing. 1798. 8. Hübners und Tittmanns juriſt. Bibl. 2ten Bandes 2tes Heft, S. 202.

worden, in welchem Falle es gesetzliche Kraft hatte, genommen werden konnte.

Conservatorische Erbverträge sind diejenigen, wodurch ich mir ein Erbrecht, dessen ich mich verlustig gemacht hatte, erhalte; im Grunde sind sie aber von den adquisitiven nicht verschieden. Restitutive Erbverträge nennt man diejenigen, durch welche ich mich verbindlich mache, eine Erbschaft, die mir durch ein Testament, oder ab intestato, oder aus Verträgen zufallen wird, einem Andern wieder abzutreten, oder auch mein eigenes Vermögen nach meinem Tode einem Andern, der nicht Mitpaciscent ist, zu überlassen. Alle diese Arten der Erbverträge galten bey den Römern nicht.

Was die dispositiven Erbverträge betrifft, so wurden sie entweder über die Erbschaft einer dritten bestimmten Person eingegangen, oder über die Erbschaft einer unbestimmten Person. Die letztern waren bey den Römern verbindlich. Verkauft mir also Jemand die erste Erbschaft, welche ihm aus einem Testament, oder ab intestato zufallen wird, so gilt dieser Vertrag nach dem römischen Rechte [t]). Wird der Erbvertrag über die Erbschaft einer dritten bestimmten Person geschlossen, z. B. ich verkaufe dem A. die Erbschaft meines noch lebenden Onkels; so willigt dieser entweder in den Erbvertrag, oder er thut es nicht. Im ersten Falle hielt man den Vertrag zwar für gültig, der Erblasser behielt aber allemal das Recht, diesen Vertrag dadurch zu vereiteln, daß er ein Testament machen und zum Erben einsetzen konnte, wen er wollte. Willigt der Dritte nicht in den Vertrag, er weiß entweder gar nichts davon, oder er erklärt sein Mißfallen darüber, so hat der Vertrag in beyden Fällen keine Kraft [u]).

Unter den Teutschen fielen die Ursachen weg, um welcher willen die Erbverträge bey den Römern größtentheils verhaßt waren. Der Meuchelmord war ihrer guten Denkungs-

t) L. 3. §. 2. D. pro socio. L. 3. Cod. de donat.

u) L. vlt. Cod. de pactis.

kungsart entgegen; dahingegen Weiber, Mütter, Vormünder bey den Römern sich dieses Verbrechens schuldig machten. Man mußte bey den Teutschen Erbverträge schließen, weil sie von Testamenten nichts wußten; daher gab es in den ältesten Zeiten zweyerley Erbverträge. Man überließ entweder seine künftige Erbschaft schon bey seinem Leben, vermittelst einer errichteten Schenkung an Jemanden, mit Vorbehalt des Lebensunterhalts auf Zeitlebens; oder der Vertrag ging dahin, daß der Andere den Besitz und das Eigenthum der Verlassenschaft nicht eher bekommen solle, als mit dem Tode des Eigenthümers. Beyde Arten der Erbverträge wurden durch eine feyerliche Uebergabe vollzogen, die in Gegenwart der Obrigkeit, ja selbst des Königs vorgenommen wurde [x]).

Die alten Teutschen hatten weder Testamente im strengsten Verstande des Wortes, noch irgend andere Arten der letzten Willensverordnungen, Schenkungen auf den Todesfall, Fideikommisse oder Vermächtnisse; sondern ein Erbrecht wurde blos durch Gesetze und Gewohnheiten, oder durch Erbverträge erworben. Erst nachdem die teutschen Völker durch ihre Kriege mit den Römern, die Testamente kennen lernten, fingen sie an, solche letzte Willensverordnungen zu errichten, wie bey den Römern hergebracht waren [y]). Die Geistlichkeit suchte den Gebrauch der Testamente auf alle Weise zu verbreiten, weil sie auf diese Weise große Reichthümer, ohne zu arbeiten, an sich brachte. Sie führte so gar eigene Feyerlichkeiten ein, weil man die römischen theils nicht kannte, theils sie zu viel Umstände und Subtilitäten enthielten.

Vor

x) Lex Salica tit. 49. Lex Ripuar. tit. 48. Leges Angl. et Werin. tit. 13. Lex Saxon. tit. 15. Capit. reg. Franc. Lib. VI. cap. 207. in GEORGISCH Corp. iur. pag. 99. 163. 452. 463. 671.

y) GEBAUER Progr. de iure succeſſ. apud vet. Germ. pag. 38.

Vor der allgemeinen Einführung des römischen Rechts in Teutschland, errichtete man auf folgende Weise eine letzte Willensverordnung. Man setzte jährliche Abgaben, an die Kirche, oder das Kloster, von seinen Grundstücken aus. Dieses geschahe dadurch, daß der Eigenthümer entweder sein ganzes Vermögen, oder doch einen Theil desselben den Geistlichen übergab, welche ihn nun damit belehnten, wofür er versprach, eine jährliche bestimmte Abgabe zu entrichten. Die Teutschen machten auch mündliche Testamente, vor ordentlich gehegtem oder gebanntem Gericht. Sie testirten auch schriftlich durch so genannte Handvesten, worin sie die entsetzlichsten Verfluchungen, Eyde und Verwünschungen brauchten. Nach geschehener Einführung des römischen Rechts, schaffte man die alten teutschen Gebräuche ab, und heutiges Tages spricht man in der Regel nach dem römischen Rechte, bis die Beybehaltung einer eigenen Art zu testiren, an einem Orte erwiesen ist.

Nur solche Personen dürfen Erbverträge schließen, denen die heutigen Gesetze überhaupt das Recht ertheilt haben, einen Vertrag zu schließen, und welche dabey befugt sind, über ihr Vermögen nach Willkühr zu disponiren. Nach den alten teutschen Gesetzen durften Erbverträge über Allodialgüter nicht anders geschlossen werden, als mit Einwilligung der nächsten gesetzlichen Erben. Nachdem man den Unterschied zwischen neu erworbenen Gütern, und alten Erb- und Stammgütern eingeführt hatte; so durften blos über Stammgüter nicht anders, als mit Einwilligung der Agnaten, Erbverträge geschlossen werden [z]). Blos alsdenn, wenn Jemand der letzte seiner Familie ist, und nach seinem Tode Niemand eine gesetzliche Erbfolge an seinem Vermögen darthun kann, steht es ihm frey, über die zeitherigen Familiengüter nach Gefallen zu disponiren, also auch einen Erbvertrag darüber zu schließen [a]). Verschiedene

z) STRYCK de succeff. ab inteft. Diff. VII. cap. 2.

a) WILLENBERG Diff. de iure vltimi gentis fuae, cap. 3.

dene Rechtsgelehrte nehmen nur wenig Arten der Erbverträge an, nämlich blos die erwerbenden oder renunciativen. Unter die erstern gehören die Ehestiftungen, die Einkindschaft, die Erbverbrüderungen. Die Erbverbrüderung ist ein Vertrag zwischen zwey oder mehrern Familien, wodurch sie einander ein Erbrecht ertheilen, welches sie vorher nicht hatten. Dieses Erbrecht erstreckt sich entweder auf alle Güter der ausgestorbenen Familie, oder nur auf einen bestimmten Theil derselben. Auf diesen Umstand gründet sich die Eintheilung in pacta confraternitatis vniuersalia und particularia, allgemeine und besondere Erbverbrüderungsverträge. Durch diese Verträge wird entweder ein gegenseitiges Erbrecht ertheilt, oder nur die eine Familie bekommt das Recht zur Erbfolge; und daher giebt es, gegenseitige Erbverbrüderungen, pacta confraternitatis bilateralia, oder blos einseitige, pacta confraternitatis vnilateralia. In alten Zeiten schlossen nicht nur fürstliche Personen Erbverbrüderungen, sondern auch freye Bürger. Erstreckt sich das dadurch ertheilte Erbrecht auf Lehne, so muß der Lehnherr seine Einwilligung dazu geben, bey Erbgütern aber bedarf es der landesfürstlichen Bewilligung nicht [b]).

Allgemeine Erbverbrüderungsverträge haben Sachsen und Hessen mit einander geschlossen, die auch vom Kaiser bestätigt worden sind; besondere haben Preußen und Hohenzollern; Hannover und Ostfriesland. Zum Beweise einer geschlossenen Erbverbrüderung ist es eingeführt worden, daß die Personen, unter welchen der Vertrag geschlossen worden, sich einander den Brudertitel beylegen, und einer des andern Wappen führt [c]); nur müssen sie von gleichem Stande seyn, wenn sie gegenseitig den Brudertitel

b) STRYCK de succ. ab intest. Diss. VIII. cap. 7. §. 18. LEYSER Spec. 44. Med. 4. BOEHMER Diss. de fundam. pact. ad fideic. famil. inclinant. cap. 7. §. 10.

c) CRELL Diss. de adoptione in locum fratris non monstrosa, Viteb. 1748 et 1755. §. 9.

titel brauchen wollen. Die Fehdezeiten in Teutschland haben diese Art der Erbverträge hauptsächlich veranlaßt, und sie geben ein so starkes Erbrecht, daß keiner von den Paciscenten dem andern das Erbrecht auf irgend eine Weise entziehen kann.

Unter die erwerbenden Erbverträge gehören die Ganerbschaften, pacta ganerbinatuum, worunter Verträge mehrerer Familien verstanden werden, wodurch sie einander eine wechselseitige Vertheidigung und Erbfolge zugesagt haben. Sie wurden ebenfalls durch die Fehden in Teutschland veranlaßt. Adeliche Familien schlossen um ihrer Sicherheit willen, mit einander den Vertrag, daß sie einander gegen alle Befehdungen schützen wollten, und wenn eine Familie von ihnen ausgestorben sey, so solle die andere die Güter erben. Ein solcher Vertrag, wenn er schriftlich aufgesetzt worden, hieß der Burgfriede, wovon in mehrern Schriftstellern Formulare abgedruckt stehen [d]). Die Personen, welche den Vertrag geschlossen, werden Ganerben genennt. Im Mittelalter verstand man unter dem Wort Ganerbe, ein gemeinschaftliches Eigenthum; von Gan und Erbe. Man gab dadurch zu verstehen, daß die Paciscenten einander ein gemeinschaftliches Eigenthum an ihren Erbgütern ertheilt hätten. Nach eingeführtem Landfrieden in Teutschland fiel die Ursache dieser Verträge weg, weil Niemand einander überfallen durfte, und von dieser Zeit an wurden keine solche Ganerbverträge geschlossen. Deswegen verlohren aber doch die alten Erbrechte aus diesen Ganerbschaften ihre Kraft nicht.

Mit den Ganerbschaften haben die Burgmannschaften viel Aehnlichkeit, welche auf folgende Weise veranlaßt wurden. — Die Kaiser und Fürsten hatten viele Festungen nach damaliger Art, welche Burgen oder Schlösser hießen. Ueber diese Burgen wurde ein Commendant gesetzt, der

d) de Pufendorf Obs. Tom. III. Obs. 20. pag. 85. Kuchenbecker Anal. Hass. Part. II. pag. 410

der den Namen Burggraf bekam. Unter ihm standen eine Anzahl Lehnleute desjenigen Fürsten, dem das Schloß gehörte, welche es bey feindlichen Anfällen vertheidigen mußten. Zur Belohnung für ihre Dienste waren ihnen die Einkünfte von bestimmten Gütern angewiesen. Diese Vasallen wurden Burgmänner genennt, und die ganze Gesellschaft hieß die Burgmannschaft. Der Vertrag, wodurch sie sich zur Vertheidigung verbindlich machten, und worin ihre Rechte und Verbindlichkeiten bestimmt waren, hieß der Burgfriede [e]). Die Vertheidigung des Schlosses wurde die Burghude genennt, und die Revenüen, die sie als Bezahlung erhielten, nennte man das Burglehn. Für Erbverträge darf man die Burgmannschaften nicht halten, denn die Burgmänner erbten nicht von einander, sondern sie waren blos zur Vertheidigung des Schlosses verpflichtet, wofür sie ihre Burglehne benutzten. In neuern Zeiten nennte man die Burgmänner ebenfalls Ganerben; es blieb aber doch ein Unterschied zwischen ihnen und den eigentlichen Ganerben.

Bey den teutschen Völkern gab es zwey Arten von Gütern, nämlich sogenannte Stammgüter, bona auita, stemmatica, gentilitia, und anderes Vermögen, welches nicht als Stammgut betrachtet werden durfte. Stammgüter nennten sie solche Güter, welche von dem ersten Eigenthümer derselben in der Absicht auf seine Kinder und Nachkommen vererbt worden, daß sie beständig bey seiner Familie bleiben sollten; war dieses nicht der Fall, sondern ein Eigenthümer hatte eine Sache selbst erworben, so hieß das Vermögen die Errungenschaft, bona nouiter acquisita. Diese beyde Arten von Vermögen unterschieden sich hauptsächlich durch das Recht, welches der Besitzer desselben daran hatte. Stammgüter durften schlechterdings nicht veräußert werden, sondern sie gingen immer aus der Hand des einen Besitzers auf den andern fort durch die sogenannte Erbfolge. Dazu waren nur die erbfähigen männlichen Descendenten des ersten

e) Waldschmidt D. de pactis ganerbinatuum, Marb. 1737.

ersten Eigenthümers berechtigt; die Töchter hingegen bekamen die Stammgüter nicht, weil sie durch die Verheyrathung aus der Familie herausgingen, die Söhne aber die auf dem Vermögen liegenden Beschwerden tragen mußten, welche hauptsächlich in Kriegsdiensten bestanden [f]). Alle zur Erbfolge berechtigte männliche Descendenten succedirten zugleich, und zwar die Söhne nach den Köpfen, und die Enkel nach Stämmen; nur durfte nicht etwa eine Todttheilung vorgenommen worden seyn, sondern die Gemeinschaft der Güter noch bestehen. Agnaten, welche der Linie nach näher waren, schlossen die entferntern Seitenverwandten aus, und die gleich nahen Agnaten mehrerer Linien succedirten nach Stämmen. Die Erbfolge der Agnaten war eine bloße Linealsuccession, und weder eine Gradualsuccession, noch eine vermischte Erbfolge [g]).

Obgleich Frauenzimmer bey der Erbfolge in die Stammgüter ausgeschlossen wurden, wenn erbfähige Mannspersonen da waren, so verlohren sie dennoch nicht alle Rechte an dem Vermögen ihres Vaters. So lange sie unverheyrathet waren, erhielten sie ihren standesmäßigen Unterhalt daraus, von ihren Eltern, Brüdern, oder Vettern; und als Wittwe sorgte ihr Gemahl für sie [h]). Starben die männlichen Descendenten aus, so fielen die Stammgüter sogar an die Töchter, und nun wurde es bey der Erbfolge eben so gehalten, wie bey den Mannspersonen. Die Töchter succedirten nach Köpfen, die Enkel von einer Tochter nach Stämmen. Diese Erbfolge wurde die Stammerbfolge genennt, und war eine ursprünglich teutsche Sitte. Durch eine falsche Anwendung des römischen Rechts wäre es beynahe dahin gekommen, daß eine römische Erbfolgeordnung dafür eingeführt worden. Weil die teutschen Rechtsgelehrten die Ju-

f) Lex Salica tit. 32. §. 6.

g) Madihn Princ. iur. Rom. Part. IV. pag. 60.

h) Pütters Rechtsfälle, 1ster Band, 1ster Theil, S. 159. Nr. 36. Ebenderselbe in den Beyträgen, 2ter Th. S. 274.

stinianeische Intestaterbfolgeordnung nicht verstanden, nach welcher Söhne und Töchter ein gleich starkes Erbrecht auf die väterliche Verlassenschaft hatten, so veranlaßten sie die größten Unordnungen und Ungerechtigkeiten in den Familien. Man wußte sich dagegen nicht anders zu helfen, als durch sogenannte Familienfideikommisse und Verzichtleistungen der Töchter auf die väterliche Erbschaft, so lange männliche Descendenten vorhanden seyn würden.

Unter dem hohen Adel hat sich das alte teutsche Recht über die Stammerbfolge durchgehends erhalten, und hier haben Töchter niemals ein Recht zur Erbfolge, wenn auch keine Verzichtleistung auf die künftige Erbfolge vorgegangen ist. Unter dem niedern Adel werden die Familiengüter nicht in eben dem Sinne für Stammgüter gehalten, wie beym hohen Adel, sondern es müssen entweder Familienverträge, oder Verfügungen des ersten Erwerbers, oder andere gesetzmäßige Ursachen angeführt werden können, weswegen ein Grundstück für ein Stammgut gehalten werden muß i).

Weil die Töchter selbst nach dem alten teutschen Rechte nur so lange kein Recht zur Erbfolge in Stammgütern hatten, als erbfähige männliche Descendenten des ersten Erwerbers vorhanden waren, so konnte dieses Recht, durch die eingeführten Renunciationen, nicht etwa als abgeschafft betrachtet werden, sondern es blieb immer noch ein unbezweifelter Rechtssatz, daß Töchter und ihre Nachkommen sogleich für erbfähig gehalten werden, wenn keine erbfähigen männlichen Descendenten des ersten Erwerbers mehr vorhanden sind. Eine bloße Kautel war es, daß die Töchter sich dieses Erbfolgerecht in ihren Verzichtleistungen ausdrücklich vorbehielten, und dieser Vertrag wurde der Vorbehalt auf den ledigen Anfall genennt, der ganze Verzicht aber

i) Hahn Diss. de exclusione filiarum illustrium ab allodio, Mogunt. 1755.

aber hieß pactum renunciatiuum reseruatiuum k). Man nahm den Vorbehalt sogar als stillschweigend geschehen an, wenn er nicht ausdrücklich in dem Vertrage angeführt wurde. Die erbfähigen weiblichen Descendenten des ersten Erwerbers eines Stammgutes heißen Regredienterben. Tritt der Fall ein, daß diese Regredienterben zur Erbfolge berechtigt sind, so entsteht die Frage: wer unter ihnen den Vorgang habe? Die Rechtslehrer haben darüber gestritten, und dieses hat große Unruhen und Prozesse veranlaßt. Der Hr. von Ludwig und von Cramer waren der Meynung, die weiblichen Descendenten, welche mit dem ersten Erwerber des Stammgutes am nächsten verwandt sind, hätten jetzt das erste Recht zur Erbschaft; denn die Renunciation der Stammmutter, deren Nachkommen jetzt die Erbschaft verlangen, sey in keiner andern Absicht geschehen, als daß sie und ihre Descendenten so lange keinen Anspruch auf den Besitz der Erbschaft machen wollten, als noch erbfähige Descendenten von der männlichen Linie vorhanden seyn würden; denn nimmermehr würde sie Descendenten von ihren jüngern Schwestern, die blos mit dem zuletzt Verstorbenen näher verwandt waren, ihren Descendenten vorgezogen haben. Auf diese Erklärung erwiedern fast alle große Rechtslehrer, Hr. von Senkenberg, Pütter, und andere, wenn gleich nach Erlöschung der männlichen Descendenz die weiblichen erbfähigen Descendenten nunmehr ein Recht zum Besitz des Stammgutes haben, so sieht man dennoch bey der Erbfolgeordnung blos auf die nächste Verwandtschaft mit dem zuletzt verstorbenen Besitzer des Stammgutes, wie es nach dem römischen Rechte bey der Intestaterbfolge gehalten wird.

Was die Verzichtleistungen der weiblichen Verwandten betrifft, so werden solche eingetheilt l) in allgemeine,

k) Frhr. v. Cramer vom Unterschiede zwischen einem Vorbehalt des ledigen Anfalls u. der Collateralfälle, in den Wetzl. Nebenst. Th. 10. S. 133.

l) Hofmanns Handbuch des Eherechts, S. 134.

besondere, und ganz besondere; in beschränkte und unbeschränkte, ausdrückliche und stillschweigende; mit Bedingung und Vorbehalt geschehene, und ohne solchen; in gerichtliche und außergerichtliche; einfache und zweyseitige; freywillige, gesetzliche, mit oder ohne Eydesleistung geschehene; mündliche oder schriftliche; gültige oder ungültige. Bisweilen müssen diese Verzichtleistungen nach Gesetzen oder Gewohnheiten, eydlich und vor Gericht geschehen; ja sie müssen auch sogar gerichtlich bestätigt werden. Sollten die Landesgesetze keine eydliche Bestätigung vorschreiben, so gelten die Verzichtleistungen auch unbeschworen, wenn nur die Person, welche renuncirt hat, vorher davon unterrichtet worden ist, worauf sie Verzicht leisten soll. Behält sich die Verzicht leistende Person gewisse Rechte vor, so wird die Sache dadurch in den Stand zurück gesetzt, worin sie vor der geschehenen Verzichtleistung war, wenn der ledige Anfall eintritt [m]).

Die Verzichte geschehen entweder auf immer und gänzlich, oder blos zum Besten des sämmtlichen Mannsstammes, oder nur auf einen besondern Fall, oder blos auf das väterliche Vermögen, oder auf das väterliche, mütterliche, brüderliche, schwesterliche, vetterliche, oder auf alle andere Haupt- und Nebenfälle zugleich. Ein Vater darf für seine Töchter keine Verzicht leisten; und sie wird entweder dem Vater, oder der Mutter, oder den Brüdern, oder andern Verwandten geleistet [n]). Stillschweigende Verzichtleistungen werden nicht vermuthet, sondern sind als Ausnahmen der Gesetze oder Gewohnheiten zu betrachten, welches in vielen adelichen Familien der Fall ist. Alle Verzichte gründen sich entweder auf besondere Rechte und Gewohnheiten, oder auf letzte Willensverordnungen, oder

auf

m) de CRAMER de pact. hered. cap. 2. §. 20. in Suppl. Opusc. pag. 373. STRYCK de certiorat. iur. renunt. cap. 1. nr. 12—30. cap. 3. nr. 15. 59. cap. 5. nr. 1.

n) de LVDOLF Tom. I. Obs. 28. 31. 32. 87. Tom. II. Obs. 248. 249. 289. STRYCK de fil. nob. renunt.

auf Familienverträge. Wenn die Verzichtleistungen Rechtens sind, so dürfen sich die Töchter nicht weigern, solche zu leisten, und bey ihrem Ungehorsam werden sie durch den Ausspruch des Richters für verziehene Töchter erklärt. Unter dem Vorwande, daß sie im Pflichttheile verletzt worden, darf die Verzichtleistung von den Töchtern auch nicht verweigert werden, weil adeliche Töchter von Stammgütern keinen Pflichttheil zu fordern haben °).

Die Erklärung der Verzichtleistungen muß mehr nach teutschen Rechten und Gewohnheiten, als nach römischen Grundsätzen gemacht werden; man darf sie auch nicht ausdehnend, sondern vielmehr eingeschränkt erklären. Eben deswegen erstreckt sich die Verzichtleistung auf das väterliche Vermögen, nicht auch zugleich auf das Vermögen der Brüder, Schwestern, oder entfernterer Verwandten. Es darf auch eine auf einen deutlich genannten Fall geschehene Verzicht, nicht auf andere, obgleich ähnliche Fälle ausgedehnt werden, selbst alsdenn nicht, wenn die Verzicht eydlich bestätigt worden ist. Undeutliche Verzichtleistungen werden zum Vortheil desjenigen ausgelegt, dem dadurch ein Nachtheil verursacht werden würde. Allgemeine Verzichtleistungen gehen nicht zugleich auf solche Vortheile und Rechte, wovon die Person gar nichts wußte, welche Verzicht gethan hat. Man erklärt jede Begebung eines Rechts allemal nach den Umständen, unter welchen sie geschehen ist, rebus sic stantibus; ändern sich die Fälle völlig, so kann auch die ehedem geschehene Renunciation nicht weiter gelten. Der Vorwand, daß durch diese Behauptung alle Verträge unkräftig gemacht werden könnten, ist übertrieben, und es würden die größten Ungerechtigkeiten daraus entstehen, wenn man so schließen wollte p). Die Verzichtleistungen

o) STRYCK de succ. ab intest. Diss. VII. cap. 10. §. 25. Fischer Versuch über die teutsche Erbfolge, 1ster Band, S. 210.

p) LEYSER Spec. 40. Med. 4. Spec. 520. Med. 3. de CRAMER Obs. Tom. I. Obs. 270. pag. 605. Estors bürgerl. Rechtsgelehrs. 3ter Th. S. 1133.

gelten schlechterdings nicht, wenn ein Irrthum in einem wesentlichen Stück vorhanden ist, oder es ist Betrug gespielt worden, oder man hat Zwang gebraucht, oder eine zu große Verletzung veranlaßt, oder die Verzicht ist auf eine erlaubte Weise zurück genommen und widerrufen worden.

Die Teutschen machten unter den erbfähigen gleich nahen Verwandten eines Verstorbenen bey der Erbfolge keinen Unterschied, sondern ließen sie mehrentheils alle zur Erbschaft. Es wurde daher ein unbewegliches Grundstück entweder von allen zugleich benutzt, oder man vereinigte sich über die Ausübung der Benutzung auf eine bestimmte Weise; oder die Grundstücke wurden vertheilt, wenn es anging, welches in den ältesten Zeiten gewöhnlich geschahe. Weil durch solche Theilungen reiche Familien herunter kamen, und ihren ehemaligen Glanz verlohren, so führte man mit der Zeit Erbfolgeordnungen ein, nach welchen ein Sohn den größten Theil der väterlichen Erbschaft bekam. Die merkwürdigste Erbfolgeordnung war die sogenannte Primogenitur. Sie besteht darin, daß der erstgebohrne Descendent des zuletzt verstorbenen Besitzers, und nach ihm wieder beständig der erstgebohrne des zuerst gebohrnen verstorbenen Descendenten den Besitz der Güter, mit Ausschließung der später gebohrnen, obgleich eben so nahen Anverwandten des Verstorbenen bekommt. So lange der Erstgebohrne erbfähige Descendenten hat, behalten diese ein ausschließendes Recht zur Erbfolge. Stirbt die männliche Nachkommenschaft des Erstgebohrnen aus, so kommt die Reihe der Erbfolge an die erbfähigen Descendenten des zweyten Sohnes, und diese bleiben nun an der Ordnung, so lange erbfähige Descendenten da sind. Ist auch die zweyte Linie ausgestorben, so rückt die Succession weiter fort in die dritte Linie, das heißt, auf die erbfähigen Descendenten des dritten Sohnes, vom ersten Acquirenten.

Die Rechtslehrer nennen diese Erbfolgeordnung die Linealsuccession, weil die Ausübung des Erbfolgerechts beständig mit einer Linie verbunden ist, so lange erbfähige Personen darin vorhanden sind. Der Linealsuccession wird

die

die Gradualsuccession entgegen gesetzt. Hier geht es beym Besitz der Erbschaft blos nach der Nähe des Grades q). Die Primogenitur ist durch Verträge, Testamente, oder Gewohnheiten eingeführt worden; zur Einführung derselben wird aber die Einwilligung der erbfähigen Söhne oder Agnaten erfordert, weil ihnen dadurch ein wichtiger Vortheil entzogen werden soll. Bis in den Anfang des dreyzehnten Jahrhunderts war in Teutschland bey dem hohen Adel die Primogenitur durchgängig eingeführt, weil der älteste Sohn des Vaters Würde wieder erhielt, die eines Herzogs, u. s. f. die übrigen Söhne desselben aber erhielten die eigenthümlichen Güter des Vaters. Von dieser Zeit an suchten die Kaiser die Familienväter zu bewegen, ihre Länder zu theilen; und sie hatten die Absicht dabey, die mächtigen Fürsten zu schwächen, wenn die Länder unter alle Söhne vertheilt wurden. Diese Theilung kam bald wieder außer Gebrauch, nachdem die Primogenitur durch die goldene Bulle bey den Churfürsten zum Gesetz gemacht worden war r). Die übrigen fürstlichen Häuser folgten nach, und führten die Primogenitur ein, um ihre Familie in Ehren zu erhalten; jedoch hielt man es anfangs für unrecht, seine jüngern Söhne dem ältesten so nachzusetzen. Der niedere Adel fing endlich auch an, die Primogenitur einzuführen. Manche Rechtsgelehrte wollten ihm dieses Recht nicht anders zugestehen, als mit Einwilligung des Regenten; da aber selbst Reichsstände diese Einrichtung getroffen, ohne die Einwilligung des Kaisers als wesentlich nothwendig anzusehen, so hat man den niedern Adel von Seiten der teutschen Fürsten eben nicht dabey gestört s). Uebrigens darf diese Einführung der Primogenitur nicht anders als mit Bewilligung der erbfähigen Agnaten geschehen, und

q) Textor Diss. de successione ex linea.

r) Itter de feudis Imperii, cap. 13. §. 11.

s) Struve de origine et iuribus nobil. Sect. II. cap. I. §. 9.

um den Schutz des Regenten desto leichter zu erhalten, ist es gebräuchlich, die Bestätigung desselben zu erbitten t).

Die Vergütung der jüngern Söhne für den Verlust an der väterlichen Erbschaft, wurde auf verschiedene Weise bewerkstelligt, und es geschahe durch die sogenannte Abfindung, welche beym hohen Adel unter der Benennung, Apanage, vorkommt. Es gehört dazu alles, was der Erstgebohrne den Nachgebohrnen zu ihrem standesmäßigen Lebensunterhalt reichen muß. Die Apanage kann in baarem Gelde bestehen, oder in bestimmten Einkünften, oder in einem Stück Land, mit der Befugniß, gewisse Rechte darin ausüben zu dürfen. Die Größe der Apanage ist entweder durch Testamente, oder Verträge, oder Gesetze bestimmt worden. Man theilt die Apanage in die eigentliche und die uneigentliche. Erstere ist diejenige, welche in Naturalien und Gelde zum Unterhalt des Nachgebohrnen besteht; unter einer uneigentlichen Apanage aber versteht man diejenige, wenn den Nachgebohrnen Güter, mit oder ohne Gerichtsbarkeit, mit oder ohne Landeshoheit zum standesmäßigen Unterhalte angewiesen worden sind. Die Rechtsgelehrten der vorigen Zeiten beurtheilten die Apanage nach den Grundsätzen des römischen Rechts vom Pflichttheile, wovon sie doch sehr unterschieden ist u). Der Pflichttheil ist ein Theil der Erbschaft; die Nachgebohrnen haben aber gar kein Erbrecht, so lange erbfähige Descendenten in der Linie des Erstgebohrnen vorhanden sind. Die Größe der Apanage wird auf folgende Weise berechnet. — Man rechnet erst alle Regierungskosten ab, welche der regierende Herr hat, und nun bekommt er noch die Hälfte von den übrigen Einkünften. Von der andern Hälfte bekommt ein apanagirter Herr den vierten Theil; jedoch wird die Rechnung nicht überall auf diese Art gemacht x). Sind die Einkünfte des Erstgebohrnen vermehrt worden,

t) de Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 195.

u) Stryck de succ. ab intest. Diss. VIII. cap. 10.

x) Moser de legit. sacr. Rom. Imp. stat. liber. vtriusque sex. in sel. iur. publ. pag. 182.

worden, so muß auch die Apanage der Nachgebohrnen vermehrt werden; und diese Vermehrung geschieht nach den Familienverträgen, oder Hausgesetzen. Diese Vermehrung geschieht aber nicht eher, als wenn der Erstgebohrne seine Einkünfte durch Erbschaften oder andere Glücksfälle sehr vergrößert hat. Vermehrt der Erstgebohrne die Revenüen durch seine Sparsamkeit, so dürfen die Nachgebohrnen nichts fordern. Bey einer großen Verminderung der Einkünfte des Erstgebohrnen, woran er nicht Schuld ist, müssen sich die Nachgebohrnen eine Verminderung ihrer Apanage gefallen lassen.

Eine eigene Erbfolgeordnung ist der sogenannte **Majorat**, worunter man diejenige Successionsordnung versteht, da unter mehrern zur Erbfolge gerufenen diejenigen succediren, welche dem Grade nach näher sind, und unter mehrern gleich nahen, der ältere die jüngern ausschließt [y]). Es ist unrichtig, wenn man behauptet, daß bey dem Majorat blos auf die Nähe des Grades, und nicht zugleich auch auf die Linie Rücksicht genommen werde, unter denen aber, die vom gleichen Range sind, werde blos auf das Alter gesehen. Auch hier wird mit auf die Linie gesehen, nur nicht in dem Verstande, wie bey der Erbfolgeordnung nach Primogeniturrecht. Es muß nämlich unterschieden werden, die Linealsuccession des gemeinen Rechts, und die Linealsuccession bey der Primogenitur. Bey dieser heißt **Linie** die ganze erbfähige Nachkommenschaft desjenigen, der nach Primogeniturrecht succedirt ist. Die Nachkommenschaft des ältesten Sohnes wird die erste Linie, oder die ältere Linie genannt; die Nachkommenschaft des zweyten Sohnes heißt die zweyte Linie, auch die jüngere, wenn nur zwey Prinzen Nachkommenschaft haben. Im gemeinen Rechte wird die ganze Anzahl von Seitenverwandten, welche einen gemeinschaftlichen Stammvater mit dem Verstorbenen hatten, eine Linie genennt; hingegen die Descendenten des zuletzt Verstorbe-

y) Westphals teutsches Privatrecht, 2ter Th. S. 420.

storbenen machen keine Linie aus, und nach dem gemeinen Rechte giebt es auch hier keine Linealsuccession. Das Lehnrecht befolgt die Grundsätze des gemeinen Rechts bey der Vererbung unter Descendenten. Bey der Erbfolge der Seitenverwandten nimmt das römische Recht blos auf die Grade Rücksicht, das Lehnrecht sieht aber zugleich auf den gemeinen Stammvater. Je näher der zuletzt Verstorbene mit dem gemeinen Stammvater verwandt war, desto näher ist die Linie der Seitenverwandten. Haben der Verstorbene und sein Vater einen Stammvater, so gehören sie zur ersten Linie; steht aber der Großvater und der Verstorbene unter einem Stammvater, so gehören sie zur zweyten Linie; wenn das der Aeltervater ist, so faßt es die dritte Linie; und so gehts weiter z).

Das erste, worauf man bey der Seitenverwandtschaft sehen muß, ist die Linie, und nun wird erst die Nähe des Grades bestimmt. Ist Jemand zwar dem Grade nach eben so nahe, oder noch näher verwandt, als ein anderer; dieser letzte gehört aber zu einer nähern Linie, so geht er Jenem vor; gehören sie aber beyde zu einer Linie, alsdenn kommt es erst auf die Nähe des Grades an. Es giebt noch eine dritte Art der Linealsuccession, welche der Gradualvererbung entgegen gesetzt wird. Nach derselben kommen alle, die in einer und eben derselben Linie des gemeinen Rechts stehen, zur Succession, und man sieht hier nicht darauf, ob sie mit dem zuletzt Verstorbenen näher oder weitläuftiger verwandt sind. Die Erbschaft wird in diesen Fällen nach Stämmen vertheilt, indem man die erbfähigen Kinder des gemeinschaftlichen Stammvaters zählt, und die Nachkommenschaft eines jeden Kindes wird für einen besondern Stamm gehalten, und unter diese die Erbschaft verhältnißmäßig vertheilt a). Von der

z) Hr. GTR. Westphal a. a. O. S. 241.

a) Preuschens rechtl. Ausführung, daß die Lehnsfolge der Seitenverwandten in theilbaren Lehen nach den Stämmen, und nicht nach dem nächsten Grade zu beurtheilen sey.

der Vererbungsart, welche die Linealsuccession des gemeinen Rechts heißt, weicht die Erbfolge vermöge eines gestifteten Majorats nur in soferne ab, daß allemal unter mehrern, welche in einer und eben derselben Linie und Grade stehen, nur der älteste erbt, woraus zugleich erhellet, daß der Majorat unter den dreyerley Erbfolgeordnungen am wenigsten von der Successionsordnung des gemeinen Rechts abweicht.

Der **Minorat** ist diejenige ausschließende Erbfolgeordnung, da unter mehrern erbfähigen Personen, der jüngste dem ältern vorgezogen wird [b]). Die Successionsordnung findet man in fürstlichen, adelichen, bürgerlichen und Bauernfamilien.

Eine **vierte** Successionsordnung wird der **Seniorat** genennt. Hier kommt die Erbfolge an denjenigen, der unter mehrern zur Erbfolge berechtigten der älteste ist, ohne daß zugleich dabey auf die Nähe der Linie und des Grades gesehen wird. Der Seniorat ist mehrentheils blos zur Besorgung und Verwaltung gewisser gemeinschaftlicher Familienrechte eingeführt worden, aber der Besitz der Grundstücke der Familie wird nicht zugleich damit verknüpft.

Noch ist zu bemerken, daß die Worte, Erstgeburt, Seniorat, Majorat, Minorat, der Aelteste, sowohl in Urkunden, als in den Schriften der Rechtsgelehrten mit einander verwechselt werden; daher darf man nicht allein von den Worten Schlüsse folgern. Bey Erklärung zweifelhafter Fälle ist vor allen Dingen die Stiftungsurkunde zu Rathe zu ziehen. Ist darin die Erbfolgeordnung in den Hauptfällen deutlich bestimmt, so kann man auf andere nicht deutlich bestimmte, aber ähnliche Fälle, mit Sicherheit den Schluß machen. So bezeichnet z. B. das Wort der **Nächste**, ein **Majorat**, weil es sich zu den beyden Erbfolge-

b) von Hymmen Beyträge, 4ter Th. S. 1—28. Heineccii rechtl. Gutachten, 1ster Th.

folgeordnungen nicht schickt [c]). Dagegen ist es sehr zweifelhaft, ob hier der Schluß auf eine vorhandene Primogenitur, oder ein Seniorat gelte. Man muß sich hier dadurch helfen, daß man Acht giebt, ob der Fall Personen des hohen oder des niedern Adels betrifft, oder gar Bürgerliche, und nun schließt man von dem, was in den mehresten Fällen geschieht. In regierenden Häusern ist die Erstgeburt die gewöhnlichste Erbfolgeordnung, also erklärt man die hier vorkommende Dunkelheit auf die Art, wie sie sich mit den Grundsätzen von der Primogenitur am besten vereinigen läßt [d]). Unter Personen des niedern Adels ist der Majorat gewöhnlicher, also nimmt man den Ausdruck, der Aelteste, in dem Verstande, wie er genommen werden muß, wenn vom Majorat die Rede ist. Der Seniorat ist am ungewöhnlichsten. Es ist kein gut gewählter Ausdruck, daß man die Erbfolge der Teutschen wie sie bey den Stammgütern beobachtet wird, ein Familienfideikommiß genennt hat; denn dadurch sind viele Richter und Advokaten verleitet worden, die teutschen Stammgüter falsch zu beurtheilen, da doch ein himmelweiter Unterschied zwischen Familienfideikommissen und teutschen Stammgütern ist, weil die leztern ganz allein nach teutschen Gesetzen und Gewohnheiten beurtheilt werden müssen [e]).

Zum Beschluß dieses Titels ist noch von der Einkindschaft das Wichtigste anzuführen. Die Einkindschaft ist ein Vertrag zwischen Ehegatten, welche in der zweyten Ehe leben, wodurch die Kinder aus der vorigen Ehe das Recht erlangen, in dem Vermögen dieser Ehegatten eben so gut zu succediren, als wenn sie von ihnen in der gegen-

c) Hr. GJR. Westphal im teutsch. Privatrechte, 2ter Th. S. 424.

d) de Pufendorf Obs. 190. pag. 467. de Cramer in Opusc. nr. 6.

e) Heimburg Different. iur. commun. et german. in doctr. de fideicommissis, Ien. 1743.

gegenwärtigen Ehe wären erzeugt worden. Man kann sie sowohl vor Eingehung der Ehe, als auch erst während derselben schließen; und sie wird in die alte und neue, die allgemeine und besondere, die vollkommne und unvollkommne, gerichtliche und außergerichtliche, gültige und ungültige, einseitige und zweyseitige, eingetheilt. Sie ist blos ein teutscher Gebrauch, wovon die Römer nichts wußten; nachdem aber das römische Recht in Teutschland eingeführt worden, haben die, der teutschen Sitten unkundigen, römisch denkenden Rechtsgelehrten, römische Rechtswahrheiten von der Adoption mit der teutschen Einkindschaft verbunden, und dadurch oft die größte Verwirrung verursacht.

Die Teutschen wollten durch die Einkindschaft die nachtheiligen Folgen des Widerwillens zwischen Stiefeltern und Stiefkindern, so viel möglich zu entfernen suchen; und dieses hoffte man dadurch zu erreichen, wenn jeder Ehegatte sahe, daß seine Kinder an dem Vermögen des andern Ehegatten das nämliche Recht erlangten, als die eigenen Kinder. Welche Eigenschaften der Einkindschaft als wesentlich betrachtet werden müssen, darüber sind die Rechtslehrer nicht einig, weil die Gesetze in Teutschland von einander abweichen, und nichts Allgemeines darüber festgesetzt haben. Im Maynzischen soll die erste gesetzliche Verordnung über die Einkindschaft abgefaßt worden seyn, die man beym Muskulus [f]) findet. In dieser Verordnung sahe man zu sehr auf die römische Adoption. Dadurch sind in die mehresten teutschen Gesetze von der Einkindschaft, römische Grundsätze von der Adoption gekommen, besonders auch deswegen, weil das Cammergericht die Maynzische Einkindschaftsordnung bestätigte, und bey Processen darnach sprach [g]). Enthalten die Stadtgesetze oder die Landesgesetze etwas darüber, so geht es darnach.

Soll

f) Muscvlvs de vnione prolium, cap. 26.

g) Hofacker Princ. iur. ciuil. Tom. I. pag. 476.

Soll die Einkindschaft bey vorhandenen **unmündigen** Kindern geschlossen werden, so muß ihnen die Obrigkeit hierzu schlechterdings Vormünder bestellen, und diese Vormünder müssen nebst den Verwandten der Kinder bey Eingehung der Einkindschaft für ihr Bestes Sorge tragen, damit sie nicht verkürzt werden. Die Einkindschaft kann geschlossen werden, beyde Ehegatten mögen Kinder aus der vorigen Ehe haben, oder nur der eine Theil. Ob aus der zweyten Ehe Kinder da sind, oder nicht, darauf kommt auch nichts an, und die Einkindschaft behält ihre Gültigkeit, wenn gleich in der zweyten Ehe gar keine Kinder erzeugt, oder sie wieder gestorben sind h). Nur leibliche Eltern haben das Recht, zum Besten ihrer Kinder eine Einkindschaft zu schließen; aber **Stiefeltern** dürfen es nicht.

Soll eine Einkindschaft vor der Obrigkeit geschlossen und bestätigt werden, so ist dabey auf folgende Umstände Rücksicht zu nehmen; und zwar 1) auf die Anzahl der aus der vorigen Ehe vorhandenen Kinder, auf ihr Alter, auf die Größe der Erziehungskosten, die sie noch brauchen; 2) auf das Vermögen, welches die Kinder voriger Ehe von ihrem verstorbenen Vater oder ihrer verstorbenen Mutter haben; 3) muß untersucht werden, wie viel Vermögen der Stiefvater oder die Stiefmutter hat, von dem diese Kinder jetzt zugleich erben sollen. Fällt die große Ungleichheit gleich in die Augen, so daß den Kindern der ersten Ehe der größte Nachtheil dadurch verursacht werden würde, wenn die Kinder der zweyten Ehe gleichen Antheil daran haben sollten; so darf die Einkindschaft von der Obrigkeit nicht bestätigt werden. Wenn es möglich ist, so wird den Kindern, welche viel mehr Vermögen haben, als die andern, eine Summe allein ausgesetzt, und diesen Theil nennt man den **Voraus**. Damit die Obrigkeit alles genau zu untersuchen

h) de Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 200, §. 21. Boehmer Cons. et Decis. Tom. III. Part. II. Consult. 61. nr. 40. Cons. 62. nr. 1.

suchen und zu beurtheilen im Stande ist, so müssen die Vormünder ein genaues Verzeichniß des Vermögens übergeben. Es dürfen keine andern Güter in die Einkindschaft gezogen werden, als diejenigen, worüber beyde Eltern das Recht haben, eine Disposition zu machen; auch darf nur das gegenwärtige Vermögen, und nicht auch das zukünftige in die Einkindschaft gezogen werden; es müßte denn das zukünftige Vermögen dem einen Theile ganz gewiß zufallen. Unbestimmte künftige Erbfälle, oder anderes nur zu hoffen habendes Vermögen darf nicht mit zur Einkindschaft gezogen werden.

Zur Belehrung mag folgender Fall dienen [i]). — Der Paulischen Kinder väterliches Vermögen beläuft sich auf 2000 Thlr.; 2) ihr mütterliches auf 1000 Thlr. 3) Der Nießbrauch des väterlichen Vermögens, welcher zusammen geworfen wurde, und welcher ohngefähr bey jedem Kinde im Durchschnitt bis in das zwanzigste Jahr gerechnet wird, beträgt, von dem Antheil des A. von acht Jahren 200 Thlr., von des B. 12 Jahr alt, 300 Thlr., von des C. 14 Jahr alt, 350 Thlr., von des D. 16 Jahr alt, 400 Thlr. 4) Die zu hoffen habende Erbschaft von E. und Y. kann 1000 Thlr. werth seyn. Die Summe in allem wäre also 5250 Thlr.

Davon gehen ab die Erziehungskosten, welche folgendermaßen angeschlagen worden; für den A. von 8 Jahren jährlich 40 Thlr., beträgt 320 Thlr.; für den B. von 12 Jahren zu 35 Thlr., beträgt 470 Thlr.; für den C. von 14 Jahren zu 30 Thlr., beträgt 420 Thlr.; für den D. von 16 Jahren, jährlich 25 Thr., beträgt 400 Thlr.; woraus eine Summe von 1610 Thlrn. entsteht. Zieht man diese von der obigen Summe ab, so bleibt 3640 Thlr., und diese in vier Theile getheilt, giebt jedem Kinde 910 Thlr.

Der

i) Hr. Hofrath Claproth in der Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandl. S. 469.

Der Sempronischen Kinder 1) mütterliche Handlung beläuft sich auf 1500 Thlr.; 2) ihr väterliches Vermögen ist 600 Thlr. werth; 3) die von der Mutter herrührende Handlung bleibt bis in das 24ste Jahr des ältesten Sohnes in gemeinschaftlicher Verwaltung; nachher aber fällt sie den Kindern erster Ehe allein zu. Sie giebt nach der aus den Handelsbüchern gezogenen Berechnung jährlich wenigstens 300 Thlr. Gewinn, also in 6 Jahren 1800 Thlr. Die Summe des ganzen zu berechnenden Vermögens beläuft sich auf 3900 Thlr. Davon gehen ab die Erziehungskosten, welche betragen, für den E. von 6 Jahren, zu 50 Thlr. gerechnet, überhaupt 300 Thlr.; für den F. von 4 Jahren, jährlich 40 Thlr., beträgt 120 Thlr.; und die Summe ist 420 Thlr. Zieht man diese von obiger Summe ab, so bleibt 3480 Thlr., und diese in zwey Theile getheilt, giebt jedem Kinde einen Erbtheil von 1740 Thlr.

Wird nun, nach Abzug der Erziehungskosten, der reine zusammen zu werfende Ueberschuß des beyderseitigen Vermögens zusammen gezogen, so beläuft sich das Vermögen auf 7120 Thlr. Dividirt man diese Summe mit der Zahl der beyderseitigen zusammen gebrachten Kinder 6, so beträgt der 6te oder Kindestheil 1186$\frac{1}{2}$ Thlr.; es würde also ein Jedes der Paulischen Kinder 276$\frac{2}{3}$ Thlr. mehr als seinen Erbtheil bekommen; hingegen von den Sempronischen Kindern würde jedes 553$\frac{1}{3}$ Thlr. verliehren. Jedes dieser Kinder müßte also, außer der mütterlichen Handlung, noch ein Voraus von 500 Thlr. bekommen, und das übrige in gleiche Theile getheilt werden. Wäre etwa E. oder F. von sehr schwächlicher Gesundheit, so müßte sich das andere Kind einen noch größern Voraus bestellen lassen, weil es sonst eine Erbschaft, die es nur würde mit dem Vater Sempronius getheilt haben, nunmehr mit diesem und den A. B. C. D. theilen muß.

In dieser Berechnung sind die Einkünfte sowohl von dem väterlichen als dem mütterlichen Vermögen nicht in Anschlag gebracht, weil man solche auf die Ausgaben des Ehestandes eingerechnet hat. Sind die Einkünfte größer,

so

so muß wenigstens der ohngefähre Ueberschuß in Anschlag kommen. Ferner ist die Nahrung des Vaters, hier aus eben der Ursache, und weil er die mütterliche Handlung fortsetzt, in keine Betrachtung gezogen, welches unter andern Umständen ebenfalls würde geschehen müssen. Uebrigens ist das angenommene Verhältniß blos auf die schon vorhandenen Kinder gerichtet worden; da aber die Caja der Kinder Mutter erst 30 Jahr alt ist, ihr jetziger Mann Sempronius aber erst 40 Jahr, so kann man annehmen, daß sie noch wenigstens vier Kinder mit einander zeugen können, und hier muß, um den Voraus zu bestimmen, ein ganz anderer Ueberschlag gemacht werden. Die Paulischen Kinder haben weiter nichts, als die 1000 Thlr. am mütterlichen Vermögen Nr. 2. mit den nachgebohrnen Kindern zu theilen. Die Semproniſchen Kinder müssen mit ihnen die 600 Thlr. väterliches Nr. 2.; die 1800 Thlr. Erwerb Nr. 3. und was sonst zur Zeit des Todes sich an Errungenschaft findet, theilen. Weil nun aber die Anzahl der noch zu erzeugenden Kinder ungewiß ist, so würde es am sichersten auf diese Weise bestimmt werden können: — die Paulischen Kinder geben ihren künftigen Halbgeschwistern von der Mutter Seite von 1000 Thlr., oder etwas mehr, nach der Häupter Zahl, ab; die Semproniſchen Kinder hingegen geben ihren künftigen Halbgeschwistern von des Vaters Seite, wenn sie das Mütterliche zu 1500 Thlr. zum Voraus weggenommen, die Paulischen Kinder auch 3640 Thlr. bekommen, von allem übrigen Nachlasse Kindestheil.

Bey der Prüfung des Vermögens aber hat der Richter auf folgende Grundsätze Rücksicht zu nehmen. Es muß 1) darauf gesehen werden, daß keine sehr große Ungleichheit zwischen dem Vermögen der Kinder aus der ersten Ehe, und dem Vermögen der Kinder, zu deren Besten die Einkindschaft geschlossen werden soll, vorhanden sey. Den Betrag des beyderseitigen Vermögens kann man am sichersten aus einem gefertigten Inventario ersehen, und dieses muß also vorgelegt werden. In diesem Güterverzeichniß

kann freylich nur das wirklich vorhandene Vermögen angegeben werden; was also die Kinder in der Folge noch durch Erbschaften u. s. f. erwerben können, ist dadurch in Erfahrung zu bringen, wenn die Anverwandten und Vormünder deswegen befragt werden. Nach festgesetzter Vermögensmasse muß der Richter 2) in Erfahrung bringen, wie viel Kinder von beyden Theilen da sind, wie alt jedes derselben ist, und wie viel die Erziehung eines jeden kosten wird, bis zur Volljährigkeit. Ferner ist 3) darauf zu sehen, was jeder Ehegatte allein noch in der Folge für Vermögen bekommen kann; und 4) ob in der jetzigen Ehe noch viel Kinder erzeugt werden können, oder gar keine.

Zeigt sichs, daß die Kinder von der einen Seite durch die Einkindschaft viel einbüßen werden; so muß ihnen eine Summe ganz allein ausgesetzt werden, und diese Summe heißt der **Voraus**. Davon ist die **Ausnahme** der Eltern unterschieden. Besitzt nämlich eins der Ehegatten, welche die **Einkindschaft** schließen wollen, ein sehr großes Vermögen, der andere aber ist lange nicht so reich, so behält sich ein solcher reicher Ehegatte einen bestimmten Antheil seines Vermögens zu eigener Disposition, und dieser Theil wird die **Ausnahme** genennt. Ist dieser Auszug nicht vorgenommen worden, so erstreckt sich die Kraft der Einkindschaft über das ganze Vermögen. Ist hingegen die **Ausnahme** festgesetzt und bedungen worden, so beerben die Kinder des reichen Ehegatten denselben allein; will er aber durch eine letzte Willensverordnung etwas darüber anordnen, so darf nichts verordnet werden, was wider die L. 6. C. de sec. nupt. anstößt, oder eine Verletzung des Pflichttheils der Kinder enthält [k]).

Bey der Frage: was für rechtliche Folgen mit einer **Einkindschaft** verbunden sind, sind zweyerley Rechte zu unterscheiden, nämlich 1) die **persönlichen** Rechte der Eltern

k) de Ickstadt de vnione prolium, cap. 3.

Eltern und Kinder, zwischen welchen eine Einkindschaft errichtet worden ist; 2) die Vermögensrechte. In Rücksicht der persönlichen Rechte ist zu merken, daß der Vater nicht etwa die väterliche Gewalt über die Kinder seiner Frau aus einer vorigen Ehe, durch die Einkindschaft bekommt. Davon hängen dann die Fragen ab: ob der zweyte Ehemann seine Einwilligung in die Ehe der Kinder seiner Frau geben muß, welche durch die Einkindschaft ein Erbrecht an seinem Vermögen erhalten haben; ob er von den Gütern dieser Kinder, welche nicht bey der Einkindschaft in Rechnung gebracht worden sind, den Nießbrauch verlangen könne; ob er durch dergleichen Kinder alles erwerbe, was sie verdienen, so lange sie in seinem Hause sind; ob er ihnen im Testament Vormünder bestellen; ob er ihnen pupillarisch substituiren dürfe? — Diese Fragen werden in den teutschen Land- und Stadtrechten verschieden beantwortet. Weil man die Einkindschaft in ältern Zeiten für eine Adoption oder Arrogation hielt, so wurden die Wirkungen derselben auf die Einkindschaft angewendet. Daher bekam der Vater die väterliche Gewalt, er war schuldig die Kinder zu erziehen und zu erhalten, er konnte von ihnen die den Eltern schuldige Ehrfurcht fordern; er mußte die Töchter ausstatten, den Söhnen aber ihre Wirthschaft einrichten, die vor der Einkindschaft vorhanden gewesene Vormundschaft hörte auf, und der Vater bekam die Verwaltung des Vermögens der Kinder, und die Benutzung [1]). Wo diese Landesgesetze nicht sind, da erlangt der Vater keine Rechte, welche mit der bürgerlichen väterlichen Gewalt verbunden sind; sondern er ist deswegen schuldig, die Kinder zu erziehen, die Töchter auszustatten, und den Söhnen etwas zu ihrem Etablissement herzugeben, weil er ihr Vermögen benutzt. Daß die Kinder durch die Einkindschaft den Adel des Vaters, seinen Namen, Wappen, Lehne, Stammgüter,

1) Bardili de vnione prolium, §. 30. 31. Rick de vnione prolium, cap. 8 et 9. nr. 21.

oder andere Familienrechte bekommen sollten, daran ist gar nicht zu denken [m]).

Auf die Vermögensrechte hat die Einkindschaft den Einfluß, daß die eingekindschafteten Kinder von beyden Eltern eben so viel erben, als jedes der leiblichen Kinder; jedoch steht weder den zusammengebrachten Kindern, noch deren Eltern, ein Erbrecht auf das Vermögen der Kinder aus der vorigen Ehe zu, wenn es nicht ausdrücklich in der Einkindschaft ausgemacht worden ist [n]). Die Eltern erben von ihren eingekindschafteten Kindern, wie diese von ihnen erben, es müßte denn vor ihrem Absterben eine Theilung des Vermögens geschehen seyn. Aus der gültigen Einkindschaft entsteht ein so festes wechselseitiges Erbrecht, daß solches weder durch ein errichtetes Testament, noch durch Verträge vernichtet werden kann; es darf ihnen von den Eltern nicht auch etwa blos der Pflichttheil angewiesen werden; denn die Einkindschaft ist ein wahrer Erbvertrag, der mit dem Pflichttheile nichts zu thun hat [o]). Zur Sicherheit ihres Erbrechts haben eingekindschaftete Kinder ein Unterpfand an dem Vermögen ihrer Eltern. Dieses Recht kann weder durch Verträge, noch durch letzte Willensverordnungen entzogen werden, und es kann possessorisch und petitorisch daraus geklagt werden [p]). Ueber dasjenige Vermögen, welches nicht zur Einkindschaft gezogen worden ist, können Eltern ein Testament machen, oder unter den Lebendigen disponiren, wie sie wollen.

Ist

m) Boehmer Decis. Tom. III. Part. II. Cons. 62. nr. 2. Orths Anmerkungen über die Frankf. Reformat. 3ter Thl. S. 196.

n) Consil. Tubing. Tom. VII. Cons. 16. Tom. IX. Cons. 62. Rick de vnione prolium, cap. VII. Schott Diss. an liberi vniti mutua inter se succeff. vtantur, Lipf. 1778.

o) de Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 200. §. 49.

p) Boehmer in Dec. et Consult. Tom. III. Part. II. Cons. 62. nr. 7. de Pufendorf l. c. Tom. II. Obs. 40.

Ist eine Einkindschaft nicht auf die gehörige Weise errichtet worden, so kann sie durch die Nichtigkeitsklage oder die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ungültig gemacht werden. Eltern und volljährige Kinder können die Einkindschaft nicht anders anfechten, und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen suchen, als wenn sie über die Hälfte verletzt worden sind. Daher würde man eine Ehestiftung, worin die Kinder der ersten und andern Ehe, einander in Ansehung der Erbfolge völlig gleich gemacht worden sind, ohne Grund für eine wahre Einkindschaft halten, wenn auch die Clausel darin stünde, daß die Eheberedung nicht einmal mit beyder Ehegatten Einwilligung solle widerrufen werden können [q]).

Aufgehoben kann die Einkindschaft werden, durch eine freywillige, von beyden Theilen geschehene Widerrufung derselben, oder weil sie der Richter wegen ihrer Ungültigkeit für unverbindlich erklärt hat. Einseitig ist der Widerruf der Einkindschaft weder durch Handlungen unter den Lebendigen, noch auf den Todesfall erlaubt. Sind alle Kinder, zu deren Vortheil die Einkindschaft geschlossen worden ist, gestorben, so fällt solche als unverbindlich weg; oder wenn die Eltern den Kindern ihren Antheil am Vermögen völlig herausgegeben haben. Die Eltern können zur Theilung des Vermögens gezwungen werden, wenn sie das Vermögen durchzubringen anfangen; in welchem Falle theils die Kinder selbst, theils ihre Anverwandte, diese Verschwendung der Obrigkeit anzuzeigen berechtigt sind, und nun befiehlt die Obrigkeit die Theilung des Vermögens. Die Obrigkeit hat bey Einkindschaften, in allen den Stücken, wo es auf das Beste der unmündigen Kinder ankommt, eben die Pflichten und Rechte, welche ihr von Obervormundschafts wegen zustehen. Die Einkindschaft hört auf, wenn die Eltern ihre Kinder nicht pflichtmäßig versor-

q) Cramers Wetzlar. Beyträge, 3. Thl. 34. Abhandl. §. 3. S. 217.

gen, und erziehen, Grausamkeiten gegen die Kinder ausüben, oder die Töchter zur Hurerey anhalten. Hier muß die Obrigkeit zutreten. Eltern können die Einkindschaft aufheben, wenn Kinder es ihres groben Undanks gegen die Eltern wegen, verdienen r). Von demjenigen Vermögen, das von dem einen Ehegatten allein herrührt, kann solcher seine leiblichen Kinder enterben, wenn eine rechtmäßige Ursache dazu da ist; hingegen auf das Vermögen, was dieses ungehorsame Kind von seinem verstorbenen Vater oder seiner verstorbenen Mutter hat, geht die Enterbung nicht.

Wegen des großen Nachtheils, der mit fehlerhaften Einkindschaften verbunden ist, haben viele teutsche Gesetze verordnet, daß sie nicht anders, als mit richterlicher Bestätigung geschlossen werden sollen; jedoch bedarf es keiner obrigkeitlichen Untersuchung und Bestätigung, wenn alle Kinder majorenn sind, oder wenn die Einkindschaft an einem solchen Orte errichtet wird, wo keine Gütergemeinschaft gebräuchlich ist. Die Pfalzgrafen haben zwar in ihrer Comitiv gewöhnlich zugleich das Recht erhalten, Einkindschaften zu bestätigen; da sie aber keine Gerichtsbarkeit haben, mithin die erforderliche Untersuchung nicht vornehmen können, so dürfen sie die Bestätigung nicht vornehmen s). Jeder Richter, der auch nur die bürgerliche Gerichtsbarkeit hat, darf Einkindschaften bestätigen, welche Personen seines Gerichtssprengels betreffen, auch muß es ihm nicht verwehrt seyn, Vormünder zu bestellen. Ob diejenigen Richter, die blos eine über gewisse Sachen oder Personen sich erstreckende Gerichtsbarkeit haben, Einkindschaften bestätigen dürfen, das kommt auf ihre Instruction an. Wollen Personen eine Einkindschaft errichten, deren Kinder unter verschiedenen Obrigkeiten stehen, so müssen alle diese Richter die Einkindschaft untersuchen und bestätigen.

Die

r) Hopacker Princ. iur. Rom. Tom. I. pag. 479.

s) de Ickstadt de vnione prolium, cap. 2. §. 27.

Die von den Eltern abgeredete Einkindschaft wird dem Richter entweder schriftlich überreicht, oder mündlich zum Protokoll vorgetragen. Bey der anzustellenden Untersuchung hat der Richter auf alle Eigenschaften einer gültigen Einkindschaft Rücksicht zu nehmen, damit den Kindern kein Nachtheil verursacht werden möge. Haben die unmündigen Kinder keine Vormünder, so müssen ihnen zu dieser Handlung welche gesetzt werden. Ihre Pflicht besteht darin, genau anzuzeigen, wie groß das Vermögen der Kinder sey, zu welchem Ende ein Inventarium errichtet werden muß; jedoch verstatten es manche Provinzialgesetze, daß die Vormünder das Vermögen nach ihrem Gewissen angeben dürfen. In dem Inventario wird blos das gegenwärtige Vermögen angegeben; was den Kindern in der Folge noch an Erbschaften oder auf andere rechtmäßige Weise zufallen kann, davon müssen die Vormünder den Richter durch sichere Erkundigung zu belehren sich bemühen.

Hat der Richter den wahren Ertrag des ganzen Vermögens herausgebracht; so muß auf das Alter und die Anzahl der Kinder, auf das von ihren Eltern noch zu hoffende Vermögen, und auf die Kosten der Erziehung die nöthige Aufmerksamkeit gerichtet werden. Ist alles dieses gehörig untersucht und bestimmt worden, alsdenn kann der Richter erst beurtheilen, wie groß der Antheil der Kinder von dem Vermögen der Eltern seyn würde, wenn keine Einkindschaft geschlossen worden wäre, und wie viel ein Kind bekommt, da die Einkindschaft errichtet worden ist. Sollten in der gegenwärtigen Ehe der Eltern, noch viel Kinder erzeugt werden können, so bleibt bey der Frage: ob die Einkindschaft den Kindern schädlich sey oder nicht, noch viel Ungewißheit; indessen braucht doch auch nicht alles völlig sicher und ausgemacht zu seyn, wenn der Richter das Recht haben soll, eine Einkindschaft zu bestätigen, sondern man ist mit einer großen Wahrscheinlichkeit zufrieden, weil die Einkindschaft ein bürgerliches Geschäfte ist, wodurch Jemand sehr gewinnen, aber freylich auch etwas verliehren kann. Bey einer in die Augen fallenden Ungleichheit des

Vermögens der Eltern, wird den Kindern, welche viel reicher sind, als ihre zusammengebrachten Geschwister, ein Voraus, praecipuum, festgesetzt; und dieser Voraus gehört ihnen nach Eigenthumsrecht zu, worüber sie nach mehrern Landesgesetzen so gar eine letzte Willensverordnung zu errichten berechtigt sind, wenn sie das zu dieser Handlung erforderliche Alter erreicht haben. Die Einkünfte von diesem Voraus läßt man gewöhnlich den Eltern, damit die Erziehung desto leichter wird. Ueber die vom Richter vorgenommene Untersuchung der Umstände, worauf es bey einer Einkindschaft ankommt, wird ein Protokoll geführt, und darin alles genau angegeben, was von Gerichts wegen in der ganzen Sache geschehen ist. Hierbey gereicht es zur größten Deutlichkeit des richterlichen Verfahrens, wenn über die Hauptumstände der Einkindschaft, im Protokoll besondere Abtheilungen gemacht worden sind. Nach einigen Landesgesetzen ist es Rechtens, daß alle geschlossene Einkindschaften in ein besonderes Buch eingetragen werden müssen; sollte das nicht der Fall seyn, so gehören sie doch schlechterdings in das so genannte Gerichtshandelsbuch.

Lib. XXXIX. Tit. I.

de

noui operis nunciatione.

§. 1670 — 1675.

Nachdem die schwerste und weitläuftigste Materie im ganzen römischen Rechte, die Lehre vom Erbrechte, abgehandelt worden, folgen in den noch übrigen wenigen Büchern der Pandekten, das peinliche Recht ausgenommen, viele nicht sehr wichtige Gegenstände der Gesetzgebung. In den ersten Titeln des 39sten Buches sind Grundsätze über verursachte Schäden durch mancherley unerlaubte Handlungen enthalten. Ein solcher Schaden kann besonders auch durch einen widerrechtlich vorgenommenen Bau angerichtet werden. Der Ausdruck, ein neuer Bau, eine neue Anlage, ein neues Werk, nouum opus, wird alsdenn gebraucht, wenn auf einem Platze etwas gebaut, gemacht, oder blos etwas weggerissen worden, wodurch die zeitherige Beschaffenheit der Sache eine andere Gestalt erhalten hat, und welche Neuerung zu Jemandes Nachtheil gereicht [a]). Die Römer durften sich gegen solche Neuerungen auf verschiedene Weise helfen. War die Neuerung auf meinem Eigenthum vorgenommen worden, so durfte ich mir selbst helfen, und konnte den neuen Bau zerstören. Wollte man von dieser erlaubten Selbsthülfe keinen Gebrauch machen, so konnte man bey dem Prätor Beschwerde führen, und um ein Verbot der fortzusetzenden Neuerung ansuchen. Selbst durch ein mündliches Verbot, die Neuerung zu unternehmen, konnte sich derjenige

a) L. 1. §. 1. 11 et 12. D. de noui oper. nunciat.

derjenige schützen, dem sie zum Nachtheil gereichte, und hier war der Ausdruck, nunciatio noui operis gebräuchlich. Man warf einen kleinen Stein auf den Ort, wo die Neuerung geschahe, und sagte dabey die Worte her: denuncio tibi, ne quid in illo loco noui operis facias, me inuito [b]). Von dieser nunciatione noui operis per iactum lapilli wird in dem gegenwärtigen Titel gehandelt [c]).

War der Bau noch nicht angefangen worden, so hatte dieses Rechtsmittel nicht statt, sondern der Eigenthümer mußte klagen, daß dem Andern kein Recht zustehe, seinem Vorhaben gemäß zu bauen, oder nicht zu bauen. War der Beklagte nach angebrachter Klage ungehorsam, so wurde er, wenn er etwas zu bauen Anstalt machte, zur Sicherheitsbestellung verurtheilt, daß er nicht eher bauen wolle, als bis er das Recht dazu dargethan haben würde; im zweyten Falle aber ging die Sicherheitsbestellung darauf, daß Beklagter ihm den Bau nicht untersagen, oder ihn nicht dabey hindern wolle [d]). Das mündliche Verbot des neuen Baues, und die geschehene Sicherheitsbestellung hatte die Folge, daß man den Gegentheil als Besitzer anerkennen mußte [e]). Die Untersagung einer neuen Anlage durfte bey keiner Sache göttlichen Rechts geschehen, oder bey einer öffentlichen Sache, denn hier trat das Interdict ne quid in loco sacro, in loco publico fiat, ein. Jeder, der die Neuerung hindern wollte, muß dieses deswegen thun können, weil er befugt war, sein Recht zu vertheidigen, oder weil er einen Schaden dadurch abwenden wollte, wenn auch nur blos eine Sicherheitsbestellung deswegen nöthig war. Daher konnte selbst alsdenn um ein Verbot nachgesucht werden, wenn Jemand

b) Cuiacius ad Leg. 81. D. de verb. signif. Idem ad h. t. Otto in Iurispr. symbol. Exercit. II. cap. 9.

c) Püttmann in Probabil. cap. 20.

d) L. 15. D. de noui oper. nunciat.

e) L. 1. §. 6. L. 5. §. 10. D. h. t. L. 7. §. 2. D. quod vi aut clam.

Jemand auf einem öffentlichen Platze eine Neuerung vornahm [f]).

Will Jemand die Anzeige einer neuen Anlage für sich thun; so muß er ein Realrecht an der Sache haben, zu deren Nachtheil die Neuerung vorgenommen wird; ein persönliches Recht an der Sache giebt dieses Recht nicht [g]), sich der Neuerung widersetzen zu dürfen. Jeder Eigenthümer der Sache, zu deren Nachtheil der neue Bau vorgenommen werden soll, der hypothekarische Gläubiger, derjenige, der eine Servitut auf dem Grundstück hat, der superficiarius, der Erbzinsmann können den neuen Bau verbieten, weil sie ein dingliches Recht an der Sache haben [h]). Steht mehrern zusammen ein dingliches Recht an der Sache zu, und einer von ihnen untersagt den neuen Bau, so hat nur dieser allein den Vortheil davon, die übrigen aber nicht, und der Bau kann fortgesetzt werden, sobald das Verbot zurückgenommen worden ist. Ein Miteigenthümer kann dem andern die neue Anlage nicht anders untersagen, als durch ein richterliches Verbot, oder wenn er auf die Theilung dringt [i]). Hat Jemand blos den Nießbrauch an einer Sache, so darf er den Eigenthümer durch das Verbot der neuen Anlage nicht im Bauen hindern, weil das Recht des Eigenthümers stärker ist; leidet er aber Schaden an seinem Nießbrauch durch die neue Anlage, so muß er sich durch die confessorische Klage Entschädigung zu verschaffen suchen [k]). Unternimmt eine dritte Person den neuen Bau, so muß der Nutznießer entweder im Namen des Eigenthümers den Bau untersagen, oder die confessorische Klage anstellen [l]). In Gesetzen wird demjenigen, der eine

f) L. 1. §. 16. et 18. L. 5. §. 8 et 9. D. h. t.

g) L. 3. §. 3. D. de noui oper. nunciat.

h) L. 3. §. 3. L. 9. D. de noui oper. nunciat.

i) L. 3. §. 1. D. h. t. L. 28. D. communi diuidundo.

k) L. 2. D. h. t. L. 1. §. 4. D. de remiss.

l) L. 1. §. 19 et 20. D. h. t. L. 1. pr. L. 5. §. 1. D. si vsufr. petat.

eine seruitutem vrbanam hat, das Recht zugestanden, die neue Anlage in eigener Person zu untersagen, z. B. wenn ihm Jemand die Fenster verbauen will, so kann er sich durch die nunciatio noui operis dagegen setzen [m]). Gegen diese Regel scheint die L. 14. D. h. t. zu streiten, worin es heißt, wenn Jemand eine Wegegerechtigkeit hat, so darf er nicht die Untersagung eines neuen Baues vornehmen, wenn gleich an dem Wege ein neuer Bau vorgenommen wird, sondern er muß die Wegegerechtigkeit selbst einklagen. Ueber dieses Gesetz ist von den Auslegern verschiedenes bemerkt worden. Einige behaupten deswegen, bey Landseruituten dürfe nicht von der nunciatio noui operis Gebrauch gemacht werden. Andere machen den Unterschied dabey, der bey persönlichen Seruituten Rechtens ist, und sagen, gegen den Eigenthümer des Platzes durfte von der Anzeige der neuen Anlage kein Gebrauch gemacht werden, sondern gegen diese hatte blos die konfessorische Klage statt. Hingegen gegen den dritten durfte derjenige, dem die Wegegerechtigkeit ertheilt worden, die Anzeige der neuen Anlage brauchen [n]). In unserer Praxis darf der Besitzer der Seruitut, wider den Eigenthümer um Untersagung des neuen Baues ansuchen, und nun wird ihm solcher untersagt [o]). Fing Jemand bey den Römern auf einem heiligen oder öffentlichen Platze einen neuen Bau an, so konnte jeder Bürger bey der Obrigkeit Anzeige thun, und ein Verbot auswirken [p]).

Geschahe das Verbot der neuen Anlage mündlich, so mußte es an der Stelle selbst vorgebracht werden, wo die Neuerung vorgenommen wurde, weil die Anzeige wider die Sache

m) L. 3. §. penult. L. 8. pr. L. 9. D. h. t. L. 6. §. vlt. D. si seruit. vindic. L. vn. in fine D. de remiss. L. 15 D. de seruit. praed. vrban.

n) Voet ad Dig. Lib. VIII. tit. 4. nr. 12. Huber h. t. §. 3.

o) Boehmer in Comp. Dig. h. t. §. 7.

p) L. 3. §. vlt. L. 4. D. h. t.

Sache gerichtet werden mußte, und nicht gegen die Person. Daher ging es an, sich der Nunciation sowohl gegen einen Abwesenden als Gegenwärtigen zu bedienen, gegen einen Unwissenden, Rasenden, ein Kind. Hatten mehrere dabey ein Interesse, so konnte man nur einem davon die neue Anlage untersagen; dieser haftete aber auch nur allein, wenn er den Bau, des Verbotes ungeachtet, fortsetzte, und seinem Mitbesitzer schadete das Verbot nicht [q]). Die Anzeige konnte sogar den Arbeitsleuten, Soldaten, Minderjährigen, Frauenzimmern geschehen, wenn sie so vorgenommen worden war, daß der Eigenthümer Nachricht davon erhalten könne; ja sie hatte nicht nur gegen die nächsten Nachbarn statt, sondern auch gegen entferntere, wenn sie wirklich eine neue Anlage unternommen hatten [r]). Schlechterdings müßte das Verbot des neuen Baues an Ort und Stelle vorgenommen werden, sonst half es nichts, wenn es auch gleich an den Eigenthümer selbst gerichtet worden war.

Das Verbot der neuen Anlage setzt eine Neuerung voraus, die Jemand dem Andern zum Nachtheil an einer unbeweglichen Sache, oder an etwas, das damit in Verbindung steht, vorgenommen hat. Wer hier etwas zu bauen, einzureißen, wegzunehmen, wegzuhauen, zu pflanzen anfängt, begeht eine verbotene Neuerung dieser Art; z. B. es läßt Jemand eine Wand bauen, die nicht da gewesen, oder er läßt eine da gestandene Wand wegreißen, eine Hecke, oder einen Zaun führen, oder weghauen. In solchen Fällen hat nunciatio noui operis statt. Selbst alsdenn kann man sie brauchen, wenn Jemand eine solche Neuerung vornehmen will, davon er ganz und gar keinen Nutzen hat, der Nachbar aber leidet wirklich Schaden dadurch [s]).

In

q) L. 3. §. vlt. L. 4. D. de noui oper. nunciat.

r) L. 5. §. 1 et 4. L. 8. pr. L. 11. D. h. t.

s) L. 3. D. de oper. publ. Argum. L. 1. §. 12. D. de aqua et aquae pluu. arcend. act. L. 3. C. per quas pers. nob. acquir. Nov. 63. cap. 1. Weidler Diss. de vsu remedii contra

In der Vorstellung wegen des neuen Baues bey dem Richter müssen alle erforderliche Umstände auf das deutlichste angeführt, ja oft gar ein Riß beygelegt werden. Es ist wesentlich nothwendig darauf zu sehen, ob der ganze Bau unterlassen werden soll, oder ob er nur anders ausgeführt werden darf. Es muß gesagt werden, wie weit es jetzt mit dem Bau war, da die Beschwerde angebracht wird. Hiernach muß bestimmt werden, was der Gegner, des Verbots ungeachtet, habe fortbauen lassen. Es ist rathsam, den Bau in Gegenwart einiger Zeugen zu untersagen, und die Größe des angefangenen Werks ausmessen zu lassen, da das Verbot geschahe. Bedient man sich hierzu eines Notars, so wird das ausgestellte Instrument der Imploration beygelegt. Ist die Neuerung an verschiedenen Orten geschehen, so muß jeder Fall für sich allein und ohne Verwirrung angeführt werden [t]). Nach deutlich beschriebener Neuerung muß das Recht zum Widerspruch gehörig angeführt werden, und dieses besteht in einem Realrechte an der Sache, zu deren Nachtheil die Neuerung vorgenommen worden ist. Die Bitte geht darauf, Imploraten bey Strafe anzubefehlen, mit Fortsetzung des neuen Baues so lange inne zu halten, bis das Verbot aufgehoben worden.

Die allgemeine Wirkung der geschehenen Anzeige eines neuen Baues besteht darin, daß im Bau nicht fortgefahren werden darf, bis nach entschiedener Sache. Die besondern Wirkungen der geschehenen Anzeige des neuen Baues sind verschieden. Ist Jemand im Besitz des Ortes, wo die Neuerung vorgenommen worden ist, der kann sich dadurch selbst gleich Hülfe schaffen, daß er die Neuerung vernichtet; z. B. er schmeißt den angefangenen Graben zu, und nun muß der Andere auf sein Recht klagen [u]). Der bloße

contra aedificantem ad aemulationem. Cramers Nebenst. Th. 25. Nr. 11.

t) L. 5. §. 15. 16. L. 8. §. 1 et 5. D. h. t.

u) L. 20. §. 1. D. quod vi aut clam.

bloße Besitz des Ortes, wo die Neuerung vorgenommen worden ist, giebt ein Recht zu dieser Selbsthülfe, wenn man auch kein Eigenthumsrecht daran darthun kann. Wer sich auf diese Art gegen die neue Anlage schützen will, muß die Selbsthülfe in continenti, auf frischer That brauchen, weil dieser Umstand allemal bey der Vertheidigung seines zeitherigen Besitzes vorausgesetzt wird. Hat man schon den Richter um ein Verbot des neuen Baues ersucht, so darf die Selbsthülfe nicht mehr gebraucht werden, da durch die Rechtshängigkeit einer Sache alle Selbsthülfe wegfällt. Auch muß Jemand wenigstens im Besitz der Sache seyn, wo die Neuerung vorgenommen worden ist; denn auf fremden Grund und Boden darf man nicht gehen und die Sache zerstören, welches als eine verbotene Gewaltthätigkeit angesehen werden würde.

Machte Jemand bey den Römern von der Anzeige des neuen Baues durch einen Steinwurf Gebrauch, per iactum lapilli, so erkannte er dadurch seinen Gegner für den Besitzer des Ortes, wo die Neuerung geschehen war x). Nach dem Steinwurf mußte mit dem Bau inne gehalten werden, und der Bauende mußte sein Recht zum Bauen bey dem Prätor ausführen. Bewies er, der Andere habe kein Recht, ihm den Bau zu untersagen, so erklärte der Prätor das Verbot für ungültig, welches auch alsdenn geschahe, wenn die Neuerung zum gemeinen Besten gereichte; oder wenn der Bau ohne großen Schaden des Bauenden nicht aufgehalten werden konnte.

Wenn bey dem Richter angesucht worden ist, einen neuen Bau zu untersagen, so soll er von dem Imploranten den Eyd fordern, daß er nicht anders, als mit der Ueberzeugung, er habe ein Recht dazu, um das Verbot angesucht habe y). Der Gegentheil braucht in diesem Falle keinen Eyd für Gefährde zu leisten, weil jener Eyd ein gesetzlicher Eyd ist, den

x) L. 1. §. 6. L. 5. §. 10. D. h. t.

y) L. 5. §. 14. D. de noui oper. nunciat.

den der Richter auflegt. Nach geleistetem Eyde wurde dem Imploraten anbefohlen, mit dem Baue so lange inne zu halten, bis er entweder sein Recht zum Baue bewiesen, oder doch Sicherheit bestellt habe, alles in den vorigen Stand herzustellen, wenn ihm das Recht zum Bau abgesprochen worden sey [z]). Gehört das Grundstück, zu dessen Nachtheil der neue Bau angefangen worden ist, mehrern Eigenthümern, so muß ihnen allen Sicherheit bestellt werden, wenn sie sich nicht deswegen vereinigen; die mehrern Bauenden können aber blos von einem Bürgen unter ihnen Sicherheit bestellen lassen [a]). Justinian verordnete in der L. vn. C. h. t. da es leicht sey, Sicherheit zu bestellen, aber schwer, das fortgesetzte Werk so wieder wegzuschaffen, daß kein Nachtheil übrig bleibe, so solle nicht fortgebaut werden, sondern die Sache in 3 Monaten entschieden werden, oder der Bauende dürfe nach dieser Zeit fortbauen. Wir verfahren noch geschwinder, und beendigen die Sache gleich durch eine Besichtigung [b]).

Von den Einreden wider die angebrachte Beschwerde wegen eines vorgenommenen neuen Baues, verdienen folgende bemerkt zu werden, nämlich 1) die Einrede, daß kein neues Werk angefangen worden, sondern blos eine Ausbesserung eines alten Gebäudes habe geschehen sollen [c]). 2) Der Implorant habe den Bau ausdrücklich, oder stillschweigend gebilligt, weil er davon gewußt, und sich nicht dagegen gesetzt habe [d]). 3) Die Neuerung sey dem Imploranten unschädlich [e]). 4) Die Anzeige des neuen Baues sey unstatthaft, weil man Schleussen ausbessern lassen wolle, oder der

z) L. 8. §. 4. D. de noui oper. nunciat.

a) L. 21. §. 5 et 6. D. de noui oper. nunciat.

b) Wernher Obs. Part. VII. Obs. 30.

c) L. 1. §. 13. D. h. t.

d) L. 1. §. 10. D. h. t.

e) L. 1. §. 16. D. h. t. Wernher Obs. Part. III. Obs. 204.

der Bau gereiche zum gemeinen Besten; oder der Bau leide keinen Aufenthalt [f]). 5) Der Bau sey schon fertig. 6) Implorant habe sich erklärt, Sicherheit zu bestellen. 7) Implorant habe kein Recht an der Sache, wo der neue Bau geschehen. 8) Es sey mit dem Eigenthumsrecht eine Aenderung vorgegangen [g]).

Lib. XXXIX. Tit. II.

de

damno infecto et suggrundiis et protectionibus.

§. 1676 — 1682.

Fällt ein baufälliges Gebäude meines Nachbars ein, und verursacht mir Schaden, so ist der Eigenthümer nicht schlechterdings schuldig, mir den verursachten Schaden zu ersetzen, sondern es steht in seiner Wahl, ob er mir Vergütung leisten, oder den auf meinem Grund und Boden liegenden Schutt mir zur Entschädigung überlassen will. Diese Einrichtung ist sehr gefährlich, denn dadurch kann man den größten Schaden leiden. Die Römer hatten das Mittel, daß der Nachbar, dem ein baufälliges Gebäude durch den Einsturz Schaden verursachen konnte, bey dem Prätor ansuchen mußte, dem Herrn des baufälligen Gebäudes aufzulegen,

f) L. 5. §. 11. 12. D. h. t. L. 1. §. 13. D. de cloac. L. 3. §. 8. D. de riuis. L. 15. §. 10. L. 24. pr. D. de damno inf. L. 2. §. 3. L. 18. pr. L. 23. pr. D. de aqua et aquae pluui. e arcend. act.

g) L. 1. §. 1. L. 5. §. 17. L. 8. §. 2. 4. 6. L. 20. §. 5. et 9. L. 21. §. 1. D. h. t. L. vn. C. eod. L. 3. §. 5. D. quod vi aut clam.

legen, Sicherheit zu bestellen, er wolle dem Nachbar allen Schaden vergüten, der durch Einsturz des Gebäudes verursacht worden sey. Nach bestellter Caution konnte sich der Eigenthümer des Schuttes, wenn das Gebäude wirklich eingefallen war, nicht durch Ueberlassung des Schutts, anstatt der Vergütung, von der Entschädigung frey machen. War der Eigenthümer des baufälligen Gebäudes ungehorsam, und wollte die ihm anbefohlne Caution nicht bestellen, so gab der Prätor dem Nachbar den Mitbesitz des baufälligen Gebäudes, und dieses Verfahren wurde missio ex primo decreto genennt. Verweigerte der Eigenthümer immer noch die Sicherheitsbestellung, so wurde er durch den Prätor völlig ermittirt, und der Nachbar, dem das eingefallene Gebäude schaden würde, erhielt dieses baufällige Gebäude allein in Besitz. Dieses Verfahren wurde missio ex secundo decreto genennt [a]). Jeder, der ein dingliches Recht an der Sache hatte, die durch den geschehenen Einsturz des baufälligen Gebäudes Schaden leiden konnte, hatte das Recht, auf diese Sicherheitsbestellung zu dringen, z. B. der vsufructuarius, superficiarius.

Die angeführte Sicherheitsbestellung mußte durch Bürgen bestellt werden, wenn der Besitzer des baufälligen Gebäudes nicht zugleich Eigenthümer desselben war; von dem Eigenthümer aber war wörtliche Sicherheitsbestellung hinlänglich. Es wurde die Caution allemal nur auf eine gewisse Zeit bestellt, auf ein Jahr, und nach Verlauf dieser Zeit mußte weiter um Sicherheitsbestellung angesucht werden.

In unsern Gerichten werden solche Fälle nach den Grundsätzen der Polizey behandelt. Jeder, der durch ein baufälliges Gebäude Schaden zu befürchten hat, kann bey der Obrigkeit ansuchen, für seine Sicherheit zu sorgen. Die Obrigkeit giebt nunmehr dem Eigenthümer Befehl zur Reparatur. Bezeigt sich derselbe saumselig, oder macht gar keine

a) Westphal de seruitut. §. 201—309.

keine Anſtalt dazu, ſo läßt die Obrigkeit das Gebäude ſtützen, und treibt die Koſten bey, oder es wird verkauft, damit es der neue Eigenthümer in baulichen Stand ſetzen ſoll. Ob das römiſche Recht angewendet werden müſſe, und ein Eigenthümer des eingefallenen Gebäudes nicht zum Schadenserſatze angehalten werden könne, wenn das Gebäude unerwartet eingefallen ſey, darüber ſtreiten die Rechtslehrer [b]).

Kann Jemand dadurch Schaden leiden, wenn ein baufälliges Wetterdach, eine baufällige Rinne, ein Erker herunterſtürzt, ſo geht es ebenfalls nach den Rechtsſätzen dieſes Titels. Iſt zu befürchten, ein alter Baum auf des Nachbars Grund und Boden, kann bey einem Windſturme auf mein Gebäude oder Platz geworfen werden, ſo bitte ich um eine Auflage, dieſen Baum wegzuſchaffen.

Unrichtig würde man die Sätze dieſes Titels anwenden, wenn Jemand dadurch Schaden leidet, daß der Nachbar ſich ſeines habenden Eigenthumsrechts bedient hat; z. B. ich habe einen Brunnen an des Nachbars Planke; der Nachbar läßt nicht weit davon auch einen Brunnen graben, und nun zieht ſich mein Waſſer weg, in des Nachbars Brunnen. Hier kann ich nicht auf Vergütung des Schadens nach dieſem Titel dringen.

b) TITIVS in iure priuato, Lib. III. cap. 19. §. 21. THOMASIVS ad Dig. h. t. STRYCK in vſu mod. h. t. §. 2.

Lib. XXXIX. Tit. III.

de

aqua et aquae pluuiae arcendae actione.

§. 1683 — 1686.

Ist Jemand Schuld daran, daß der zeitherige Lauf des Regenwassers, der von ihm vorgenommenen Handlung wegen, eine andere Richtung nimmt, und mir dadurch ein Schaden verursacht wird, so hat actio aquae pluuiae arcendae statt. Unter dem Wort Regenwasser wird hier solches Wasser verstanden, das bey Regenwetter anläuft, es mag allein bleiben, oder sich mit anderm Wasser vermischen, z. B. in einen Brunnen herein laufen, oder in einen Bach. Wer den natürlichen Lauf des Regenwassers durch ein aufgerichtetes oder eingerissenes Werk hindert, von dem sagt man, er habe wider diesen Titel gehandelt, jedoch muß die unerlaubte Aufrichtung oder Niederreissung des Werks ganz fertig seyn; denn ist das Werk nicht fertig, so muß nunciatio noui operis gebraucht, oder um Sicherheitsbestellung wegen des besorglichen Schadens nachgesucht werden, cautio damni infecti. Durch Niederreissen eines Dammes, einer Mauer, eines Hügels wird der natürliche Lauf des Regenwassers bisweilen sehr befördert, daß er nun reissend wird, und große Ueberschwemmungen anrichten kann; daher ist das Niederreissen in dergleichen Fällen widerrechtlich.

Das verbotene Werk muß auf einem Privatgrundstücke unternommen oder niedergerissen worden seyn. Hat Jemand an einem öffentlichen Orte ein Werk aufgeführt, wodurch das Regenwasser Schaden verursachen kann, so muß derjenige, dem es schaden kann, sich cautionem damni infecti von dem Unternehmer des Werks bestellen lassen, ehe

das

das Werk vollendet ist. Nach beendigtem Werke kann er von der Klage dieses Titels keinen Gebrauch machen, weil er nicht Eigenthümer des öffentlichen Ortes ist, auf welchem das Werk steht; jedoch hat actio ex Lege Aquilia statt [a]). Der Ort, wo das Werk gebaut, oder niedergerissen wird, muß ein Landgrundstück, praedium rusticum, seyn; denn wenn auf einem städtischen Grundstück, praedium vrbanum, etwas gemacht, oder niedergerissen worden, wodurch der Lauf des Regenwassers einen ganz andern Gang geleitet wird, wodurch mein ländliches Grundstück Schaden leidet, so muß deswegen actio negatoria de fluminibus et stillicidiis angestellt werden [b]).

Die Veränderung des zeitherigen natürlichen Laufs des Regenwassers muß ferner so beschaffen seyn, daß derjenige, der ein Werk aufgerichtet oder niedergerissen, gar keinen Nutzen für seine Feldwirthschaft davon hat; denn läßt sich dieser hinlänglich darthun, so ist der Nachtheil des Andern als ein Unglücksfall zu betrachten. Ein wahrer widerrechtlicher Schaden, der nach unserm Titel vorausgesetzt wird, muß auch erst zu befürchten, und nicht schon wirklich verursacht worden seyn; denn die Klage geht blos auf Abwendung eines künftigen Schadens.

Wegen eines bereits verursachten Schadens, welcher von einer auf unerlaubte Weise vorgenommenen Veränderung des natürlichen Laufs des Regenwassers herrührt, muß das interdictum quod vi aut clam gebraucht werden, wenn der Schaden vor angestellter actio aquae pluuiae arcendae verursacht worden ist. Jenes Interdict geht auf die Vergütung alles Interesse, welches der Beschädigte dabey hat, weil das Werk errichtet worden ist [c]). Eben dieses Interdict findet seine Anwendung, wenn der Schaden vor der Einlassung auf die Klage unsers Titels entstanden

a) L. vn. §. 5. D. de ripa munienda.

b) L. 1. §. 19. D. h. t.

c) L. 15. §. 7. D. quod vi aut clam.

war [d]). Entstand der Schaden erst nach der Einlassung auf die Klage, so wird die Vergütung des Schadens nach den Grundsätzen der Klage dieses Titels entschieden, weil sie auf die Vergütung des künftigen Schadens gerichtet ist, und der Beklagte durch die in dieser Rechtssache vorhandene Einlassung verbindlich geworden ist; man sieht auch nicht darauf, ob der Schaden bereits vorher vorhanden gewesen, oder ob er durch das verbotene Werk noch vergrößert worden ist [e]). Die Anwendung dieses Titels findet statt, wenn der Nachbar Graben machen lassen, um dadurch das Regenwasser auf meine Felder zu leiten; oder er führt einen Damm auf, oder baut etwas hin, damit das Wasser reissender fortlaufen muß; oder es stämmt sich des Baues wegen, und schießt nunmehr heftiger auf meine Felder. Im ersten Falle muß der Beklagte sichs gefallen lassen, daß ich den Damm auf meine Kosten wieder herstellen lasse; im letzten aber muß er gestatten, daß ich den Platz, worüber das Wasser läuft, reinigen lasse, weil er in beyden Fällen keinen Schaden davon hat, mir aber aus der Nichtwiederherstellung des Dammes, und der unterlassenen Räumung des Platzes ein Schaden verursacht werden kann. Schützt der Gegentheil vor, es könne ihm durch die Wiederherstellung Schaden verursacht werden, so wird ihm cautio damni infecti bestellt.

Ist ein Werk aufgeführt worden, so geht das Gesuch darauf, daß Beklagter solches auf seine Kosten wieder wegreissen, alles in den vorigen Stand setzen, und den dadurch verursachten Schaden vergüten, auch wegen eines künftig zu besorgenden Schadens Sicherheit bestellen solle. Hat Jemand, ohne des Eigenthümers Wissen und Willen, das Werk gemacht, so wird gebeten, daß der Eigenthümer gestatte, daß Kläger das Werk auf seine Kosten wegnehmen dürfe, ohne dem Eigenthümer dadurch zu schaden, zu welchem

d) L. 6. §. 6. L. 14. §. 3. D. de aqua et aquae pluu.

e) LAVTERBACH in Coll. Pand. h. t. §. 5.

chem Ende er Sicherheit bestellen wolle. Wider den Andern, der das Werk aufgeführt hat, z. B. den Pachter, wird das Interdict quod vi aut clam angestellt, und man sucht dadurch nicht nur den Ersatz der gehabten Kosten, sondern zugleich auch die Vergütung des verursachten Schadens. Ist Etwas zum Schaden des Andern eingerissen worden, so wird gebeten, dem Beklagten aufzulegen, das Werk auf seine Kosten wieder herzustellen; jedoch setzt man hier voraus, daß Beklagter das Niederreissen selbst veranstaltet hat. Ließ ein Dritter das Werk, wider Wissen und Willen des Eigenthümers, wegreissen, so bittet man, daß er Klägern gestatte, auf seine Kosten alles in den vorigen Stand zu setzen. Wenn ein Graben durch meine und der Nachbarn Wiesen geht, er ist auf diesen Wiesen sehr verschlämmt, die Nachbarn wollen ihn nicht reinigen lassen, so kann ich bitten, daß sie mir gestatten, den Graben auf meine Kosten zu reinigen, wogegen ich ihnen den dadurch verursachten Schaden zu vergüten erbötig sey.

Lib. XXXIX. Tit. IV.

de

publicanis et vectigalibus et commissis.

§. 1687 — 1692.

Dieser Titel enthält Rechtssätze über die römische Einrichtung bey Erhebung der sogenannten Zölle und des Geleites. Heutiges Tages wird es in Teutschland mehrentheils ganz anders dabey gehalten; diese Materie ist aber zu speciell, als daß sie in diesem Commentar, der nicht zu stark werden darf, erklärt werden könnte.

Lib. XXXIX. Tit. V.

de

donationibus.

§. 1694—1706.

Erkläre ich gegen Jemanden freywillig, ohne daß mich ein Gesetz vollkommen dazu verpflichtet, daß er eine Sache eigenthümlich und umsonst von mir erhalten soll; so habe ich ihm eine Schenkung gemacht. Unentgeltlich, oder umsonst etwas erhalten, heißt, es so erhalten, daß der Geber kein Zwangsrecht hat, wieder etwas, das ihm nützlich ist, dagegen zu verlangen.

Eine Schenkung kann auf zweyerley Art geschehen, nämlich 1) so, daß ich die Sache sogleich übergebe; oder 2) daß ich nur verspreche, der Andere solle die Sache bekommen. Im ersten Falle ist die Schenkung ein modus adquirendi; denn der Beschenkte wird sogleich Eigenthümer; im letztern aber ist sie nur ein Titel, da der Beschenkte hier nichts weiter als ein ius ad rem bekommt; es wird ihm nur möglich gemacht, die Sache zu erwerben [a]). Ueber diese Vorstellung des verstorbenen Hrn. GTR. Höpfners hat Herr Prof. Weber folgende Bemerkung gemacht [b]). — Nach seiner ursprünglichen und eigentlichen Bedeutung bezeichnet der Ausdruck, donatio, nur die wirkliche Weggabe der Sache, also nicht das Versprechen oder den Vertrag, Jemandem Etwas umsonst gänzlich überlassen zu wollen [c]). Daß die Ueberlassung umsonst, gratuito, geschieht, will nicht

a) Vinnius in comment. ad instit. ad rubr. h. t.

b) Höpfners Comment. über die Instit. §. 408. S. 426.

c) L. 1. D. de donat.

nicht so viel sagen, daß der Beschenkte nicht zu einer Gegenleistung verpflichtet werden könne, welches allerdings bey der donatio sub modo geschehen kann, sondern nur so viel, daß nichts als eigentliche Vergeltung des Geschenkten geleistet werden soll; das heißt, die Sache wird unentgeltlich weggegeben.

Justinian rechnet zwar in den Institutionen die Schenkung unter die bürgerlichen Erwerbungsarten, aber ohne Grund, weil sie auch nach dem Naturrecht vorkommt, folglich ist sie ein modus adquirendi naturalis. Einige Ausleger führen zur Vertheidigung Justinians an, die Schenkung sey nach dem alten Römischen Rechte durch eine Stipulation geschehen, und diese gehöre unter die Erfindungen bürgerlicher Gesetzgeber. Andere Rechtslehrer bemerken, die Schenkung von Todes wegen erfordere fünf Zeugen, und davon wisse das Naturrecht nichts. Wieder Andere wenden ein, die donatio propter nuptias sey im Naturrecht unbekannt. Contius [d]) war der Meynung, die Schenkung sey nach dem Naturrecht ohne Tradition nicht gültig; da aber nach Justinians Gesetzen schon das bloße Versprechen eine Klage bewirkte, so müsse die Schenkung als ein modus adquirendi ciuilis betrachtet werden. Hierauf antworteten die Gegner, alle diese Gründe beweisen nicht, daß die Schenkung eine bürgerliche Erwerbungsart sey; denn wenn auch die bürgerlichen Gesetze bey einer Erwerbungsart etwas positives eingeführt haben, so wird sie doch dadurch allein kein modus adquirendi *ciuilis*. Ferner folgt nicht, wenn man auch zugiebt, daß das Naturrecht die Schenkung von Todeswegen nicht kennt, daß jede Schenkung eine bürgerliche Erwerbungsart sey. Unerweislich ist es endlich, daß nach dem Naturrecht keine Schenkung ohne Uebergabe verbindlich sey; und wenn es auch wäre, so folgt doch das immer noch nicht daraus, was man

d) Contius Lib. I. Disput. cap. 13. in Opp. pag. 186 sqq.

man daraus folgern will. Heineccius e) behauptet, die Verfasser der Justitutionen hätten sich bey dieser Sache zu streng nach dem Cajus, oder einem andern alten Juristen gerichtet, zu dessen Zeiten noch jede Schenkung vermöge des Cincischen Gesetzes durch eine Mancipation habe geschehen müssen, und nicht daran gedacht, daß diese Einrichtung zu Justinians Zeiten nicht mehr gegolten habe. Gesetzt auch, die Lex Cincia hätte schlechterdings die Mancipation zur Gültigkeit jeder Schenkung, oder wenigstens zur Gültigkeit einer ansehnlichen Schenkung erfordert f), so folgt doch auch daraus nicht sicher, also war die Schenkung eine blos bürgerliche Erwerbungsart.

Das älteste bekannte römische Gesetz über die Schenkungen ist die Lex Cincia von 550 nach Erbauung Roms, dessen Inhalt aber nicht genau bekannt ist. Es soll verordnet haben: 1) kein Advokat solle für die Führung eines Processes ein Geschenk nehmen; 2) wurde Etwas darin über die Mancipation und Tradition bey Schenkungen festgesetzt, was aber, ist nicht deutlich angegeben; denn die L. 4. Cod. Theod. die allein darüber spricht, ist sehr undeutlich. Die Lex Cincia ist in der Folge durch neue Gesetze theils bestätigt, theils abgeändert worden. Daß zur Zeit der größten römischen Rechtsgelehrten, eine Schenkung noch durch eine Stipulation habe errichtet werden können, läßt sich nicht bezweifeln g). Constantin der Große verordnete, daß alle Schenkungen schriftlich geschehen, und ein gerichtliches Protokoll darüber gehalten werden solle h). Theodosius und Valentinian hoben die Nothwendigkeit der Scriptur auf, und schränkten die gerichtliche Anzeige auf Schenkungen über 200 Dukaten ein.

e) Heineccius ad Vinnium pag. 253.

f) Hr. Prof. Hugo im Civilist. Magaz. 1ster Band, S. 459.

g) L. 2. §. 2 et 3. D. de donat.

h) L. 1. 2. 3. Cod. Theod. h. t.

ein [i]). Justinian schrieb anfangs die gerichtliche Insinuation bey Schenkungen über 300 Dukaten vor; nachher verordnete er 500 Dukaten, und befahl, daß weder Mancipation, noch Tradition, noch Stipulation zur Gültigkeit derselben nöthig sey [k]). Ein gemeiner Irrthum ist die Behauptung, die Lex Cincia habe verordnet, wie viel verschenkt werden dürfe; denn das kann schlechterdings nicht bewiesen werden [l]).

Wird auf den Fall Rücksicht genommen, warum eine Schenkung geschehen ist, so kommt die Eintheilung vor in donationem inter viuos und mortis causa. Letztere ist eine Schenkung, deren Gültigkeit vom Tode des Schenkenden abhängt, das heißt, die nicht eher unwiderruflich ist, als bis der Schenkgeber gestorben ist. Man kann z. B. sagen: ich schenke dir auf den Fall, daß ich sterbe, mein Haus; so lange ich lebe, sollst du kein unwiderrufliches Recht auf das Haus haben; erst alsdenn, wenn ich todt bin, soll die Schenkung fest und unwiderruflich seyn. Die Schenkung unter den Lebendigen ist eine solche, deren Vollkommenheit nicht von dem Tode des Schenkenden abhängt. Wo also eine Schenkung von Todes wegen vorhanden seyn soll, da muß die Vollkommenheit der Schenkung vom Todesfall abhangen. Ist die Schenkung sogleich gültig und unwiderruflich, und nur die Consummation, das heißt, die Uebergabe, der Besitz, der Genuß der geschenkten Sache, wird bis auf das Absterben des Schenkgebers verschoben; so ist eine donatio inter viuos errichtet worden. Man kann sagen: ich schenke dir mein Haus; die Schenkung soll unwiderruflich seyn, und du sollst ein unwiderrufliches Recht auf das Haus haben; ich behalte mir aber den

i) L. 29. Cod. Inst. h. t.

k) L. 34 et 35. §. vlt. L. 36. C. h. t. de Retes de donat. cap 19. in Meerm. Thes. Tom. 6. pag. 644.

l) Meermann ad Vlpian Fragm. in Eivs Thes. Tom. VII. pag. 742. Pavlli recept. sentent. edit. Hvgo pag. 150.

den Besitz und Nießbrauch vor, so lange ich lebe [m]). Bey der Schenkung von Todeswegen muß die Vollkommenheit des Geschäfts vom Tode des Schenkenden abhangen. Wird sie auf den Tod eines Dritten verschoben, so ist es keine donatio mortis causa; z. B. wenn es heißt, auf den Fall, wenn mein Onkel sterben wird, sollst du mein Haus haben. Hier ist eine Schenkung inter viuos geschlossen worden; weil sie sich aber auf einen Todesfall beziehet, so heißt sie mortis causa capio. Darunter versteht man nämlich überhaupt, wenn ich etwas durch den Todesfall eines Andern, oder bey Gelegenheit desselben erwerbe, das aber keine Erbschaft, Legat oder Fideikommiß genannt werden kann. Die mortis causa donatio ist also auch eine mortis causa capio [n]). Uebrigens kann man Jemandem etwas mortis causa schenken, sowohl in Rücksicht einer nahen Todesgefahr, praesentis periculi metu conterritus, als außer diesen Umständen, sola cogitatione mortalitatis. Ich kann einem dergestalt schenken, daß er nicht eher als bey meinem Absterben Eigenthümer werden soll, aber so, daß er sogleich ein, versteht sich, widerrufliches Eigenthumsrecht bekommen soll. So ist Julianus zu verstehen [o]), wenn er sagt, man könne mortis causa so schenken, vt res statim fiat accipientis. Die verschiedenen Verhältnisse der Schenkung von Todeswegen, hat sehr gut erläutert Hr. Prof. Cramer [p]). So bald übrigens eine Schenkung in Rücksicht auf den Todesfall des Schenkgebers geschieht, ob mortis suspicionem; so ist sie im Zweifel für eine mortis causa

m) Stryck in vsu mod. h. t. §. 2. Cramer Obs. Tom. IV. Obs. 237.

n) L. 8. 18. 21. 31. 38. D. de mort. causa donat.

o) L. 2. D. de mort. caus. donat.

p) A. G. Cramer de donat. mort. caus. spicileg. inprimis quoad discordiam int. Sabin. et Procul. agitatam, in Dispunct. cap. 10.

causa capio zu halten [q]); jedoch kann diese Vermuthung durch andere Umstände entkräftet werden.

Die donatio inter viuos ist entweder relata oder simplex, seu absoluta. Die relata wiederum entweder remuneratoria oder modalis. Wenn ich Jemandem etwas schenke in Rücksicht einer gewissen Prästation, so heißt es donatio relata; schenke ich ohne solche Rücksicht, so ist sie simplex oder absoluta. Hat mir der Andere etwas geleistet, das heißt, gegeben oder gethan, und ich mache ihm zur Belohnung ein Geschenk, so ist es donatio remuneratoria [r]). Die Rechtsgelehrten haben eine Menge besonderer Eigenheiten der vergeltenden Schenkung und Ausnahmen derselben von den allgemeinen Vorschriften der Gesetze angenommen, die aber unerweislich sind [s]). Soll der Andere erst noch etwas leisten, das übrigens nur ihm, nicht aber mir oder einem Dritten nützlich ist, so heißt die Schenkung donatio modalis; z. B. ich schenke dir 50 Thlr., damit du Meister werden kannst.

Der Unterschied zwischen Schenkungen von Todeswegen, und unter den Lebendigen ist sehr groß; denn die letzte ist ein Vertrag, die erste aber ein Mittelding von Vertrag und letztem Willen. Nach dem alten römischen Rechte wirkte die Schenkung unter den Lebendigen keine Klage, wenn sie nicht durch eine Stipulation geschehen war; das heißt, wenn ich Einem etwas zu schenken versprach, aber mit bloß gemeinen Worten, ohne Formel, so konnte ich aus dem Versprechen nicht verklagt werden. Justinian hat dieses abgeschafft [t]), und verordnet, daß eine Schenkung unter den Lebendigen eine Klage bewirken

solle,

q) I. G. Baver Progr. de forma donat. mort. caus., in Opusc. Tom. I. pag. 289.

r) L. 27 et 34. D. de donat.

s) Car. Schildner Diss. de differentiis inter donationem simplicem et remuneratoriam spuriis, Ien. 1798.

t) L. 35. Cod. de donat.

solle, wenn sie auch nur durch gemeine Worte, ohne Formel, geschehen sey; jedoch mußten die Worte eine gegenwärtige, und nicht etwa eine erst künftige Schenkung anzeigen [w]), das heißt die verba mußten in praesens, non in futurum collata seyn; nach unsern teutschen Rechten ist dieß aber nicht erforderlich, da bey uns jeder nicht verbotene Vertrag eine Klage begründet. Die Schenkung war von dieser Zeit an, ein pactum legitimum, aber kein Contract im eigentlichen Verstande [x]), und die daraus herrührende Klage heißt condictio ex L. 35. §. vlt. Codicis de donationibus; welche jedoch für keine Realklage gehalten werden darf.

Die Schenkung unter den Lebendigen und von Todeswegen ist ein Vertrag; und deswegen erfordert sie zu ihrer Gültigkeit alles, was zu einem gültigen Vertrage erfordert wird; nämlich eine freye Einwilligung solcher Personen, welche Verstand und Willen haben, über einen Gegenstand, über den sie disponiren können, zu entscheiden. Ist die Schenkung erzwungen, oder durch Betrug erschlichen, so haben alle Einreden und Rechtsmittel dagegen statt, welche bey andern Verträgen von dieser Beschaffenheit gebraucht werden können.

Alle Sachen, welche ein Gegenstand des Commerzes sind, das heißt, worüber man Verträge schließen kann, dürfen verschenkt werden. Einige Rechtsgelehrte sind der Meynung, man dürfe sein ganzes Vermögen nicht verschenken, sowohl gegenwärtiges als zukünftiges [y]); denn durch eine solche Schenkung nehme man sich das Recht ein Testament zu machen; die Schenkung sey nur ein titulus singularis, wodurch das ganze Vermögen nicht transferirt werden könne; alle ihre Gründe beweisen aber ihre Behauptung nicht [z]). Uebrigens muß ein donatarius vniuersalis

w) VINNIVS ad §. 2. Inst. h. t. nr. 2.

x) Hugo Civilist. Magazin 1ster Band, S. 457.

y) FACHINAEVS Contr. Lib. 6. cap. 87 et 93.

z) COCCEII in iure contr. h. t. Qu. 6.

lis alle Schulden des Schenkgebers bezahlen, welche er vor der Schenkung bereits contrahirt hatte; denn eine Schenkung des Vermögens ist nur davon zu verstehen, was Jemand zu verschenken hat, nämlich so viel, als nach Abzug der Schulden sein ist; denn in Gesetzen heißt es: bona intelliguntur cuiuscunque, quae deducto aere alieno supersunt [a]). Alle Verbindlichkeiten des Schenkers gehen nicht auf den Beschenkten über, weil er kein Universalsuccessor ist, wie ein Erbe.

Da die Gesetze den Vater und seine Kinder, so lange sie dessen väterlicher Gewalt unterworfen sind, für eine Person halten, und deswegen keinen Vertrag mit einander eingehen können, so geht es auch nicht, daß sie einander etwas schenken. So lange die Kinder noch nichts eigenes haben konnten, litt dieser Satz bey den Römern gar keine Ausnahme; seit der Zeit aber, da die Kinder peculia militaria und aduentitia erwerben dürfen, hat die Regel so viel Ausnahmen erhalten, daß sie fast gar nicht mehr anwendbar ist. Schenkt nunmehr 1) der Vater seinen Söhnen etwas, das zum peculio castrensi oder quasi-castrensi gerechnet wird, so gilt die Schenkung [b]). Auch umgekehrt, Söhne, welche ein peculium castrense oder quasi-castrense haben, können ihren Vater davon beschenken [c]). Für ein peculium aduentitium ist das Geschenk zu halten, wenn der Sohn dem Vater Dienste geleistet hat, und er wird zur Belohnung von ihm beschenkt [d]). 2) Ueberläßt der Vater seinen Kindern die Benutzung ihres peculii aduen-

a) L. 39. §. 1. D. de verb. signif. L. 72. pr. D. de iure dot. L. 12. D. de donat. VOET h. t. §. 20. MÜLLER ad LEYSER. Obs. 812. Strubens rechtl. Bedenken, 1. Thl. 178. Bedenken.

b) L. 4. C. famil. erciſc.

c) Arg. L. 3. §. 3 et 4. D. de donat. int. vir. et vxor. L. 52. §. 5 et 6. D. de furt.

d) LAVTERBACH h. t. §. 25.

aduentitii ordinarii, so gilt diese Handlung [e]). Auch 3) in andern Fällen wird die Schenkung, welche der Vater an seine Kinder gemacht hat, gültig, wenn der Vater stirbt, oder das Kind aus der väterlichen Gewalt los giebt, ohne die Schenkung zu widerrufen [f]). Hier entsteht die Frage: von welcher Zeit an, die durch den Tod des Vaters bestätigte Schenkung ihre Kraft äußert? Gleich vom Anfang, oder erst mit dem Tode des Vaters? Wurde der Sohn schon beym Leben des Vaters Eigenthümer, und gehörten ihm also die Früchte? Darüber entschieden die Rechtslehrer auf verschiedene Weise [g]). 4) Ausgemacht ist es, daß zwischen emancipirten Kindern und ihrem Vater, desgleichen zwischen der Mutter und ihren Kindern Schenkungen statt finden.

Weil die Schenkung unter Lebendigen ein wahrer, reiner Vertrag ist, so müssen auch die wesentlichen Eigenschaften der Verträge dabey angetroffen werden. Es ist daher bey dieser Art von Schenkung wesentlich nothwendig, die Acceptation des Beschenkten. Zu jedem Vertrag gehört Versprechen und Acceptation. So lange die letztere fehlt, ist kein verbindlicher Vertrag vorhanden, also auch keine Schenkung [h]). Bey den Römern mußte der Sclave des Kindes das Geschenk für solches annehmen. Die Meynung derjenigen Rechtsgelehrten [i]), welche behauptet haben, die Schenkung erfordere wenigstens nach dem neuen Justinianeischen Recht keine Acceptation, ist wider die Gesetze [k]). Ein jeder gültiger Vertrag ist unwiderruflich, kein

e) L. 6. §. 2. C. de bon. quae lib.

f) L. 25. C. de donat. int. vir. et vxor. L. 31. §. 2. D. L. 17. pr. Cod. h. t.

g) MASIVS singul. opin. Lib. V. cap. 8.

h) L. 55. D. de oblig. et act. L. 26. D. et Cod. h. t.

i) de LVDEWIG Diss. differ. iur. Rom. et Germ. in donat. et barbaro adnexu acceptatione, Diff. 2. 3. Hal. 1721. et in EIVS Diss. select. Vol. III. nr. 21.

k) SCHILTER Exerc. 43. th. 24. LEYSER Spec. 433. Med. 8.

kein Theil kann ohne des Andern Einwilligung davon abgehen, folglich ist auch eine gültige Schenkung unter den Lebendigen unwiderruflich. Diese Regel leidet jedoch deswegen mehrere Ausnahmen, weil der Schenkende seine Sache umsonst weggiebt. Er hat das Recht die Schenkung bisweilen ganz oder zum Theil zu widerrufen, umzustoßen oder zurück zu nehmen. Eine Schenkung kann aufgehoben werden, 1) wenn sie inofficiosa ist. Ich bin schuldig, gewissen Personen einen Theil meines Vermögens schlechterdings nach meinem Tode zu hinterlassen, nämlich meinen Kindern, Eltern, und bisweilen so gar meinen Geschwistern; dieser Theil heißt der Pflichttheil. Jede Handlung, wodurch derselbe geschmälert wird, heißt inofficiosa actio; und daher ist eine Schenkung inofficiosa donatio, wenn der Pflichttheil dadurch geschmälert wird. Schenkungen, die pflichtwidrig sind, können von den Kindern, u. s. f. widerrufen werden [l]). Man streitet darüber, ob eine Schenkung nur alsdenn inofficiosa sey, wenn sie in der Absicht geschehen ist, den Pflichttheil zu schmälern, ob affectus laedendi legitimam erfordere, oder ob es genug sey, daß sie die Wirkung hat, ob der Effect hinreichend sey. Diese letzte Meynung ist die richtigste, wie die angesehensten Rechtsgelehrten [m]) bewiesen haben; denn von der querela inofficiosi testamenti kann man auf die querelam inofficiosae donationis schließen; bey jener wird aber auf die Absicht des Testirers nicht gesehen. Noch bestrittener ist es, ob eine inofficiöse Schenkung durch die querelam inofficiosae donationis gänzlich umgestoßen werde, oder nur in so weit, als der Pflichttheil dadurch lädirt wird. Ausgemacht ist es, daß, wenn Jemand einen Theil seines Vermögens weggeschenkt hat, und nun nicht mehr so viel im Vermögen behält, als der Pflichttheil

l) de Pufendorf Obs. Tom. II. Obs. 178. Tom. III. Obs. 23.

m) de Pufendorf Obs. Tom. II. Obs. 178. Walch introd. in controv. pag. 473. tert. edit.

beträgt, in diesem Falle nur die expletorische Klage angestellt, und dadurch so viel von dem Geschenk zurück gefordert werden kann, als am Pflichttheil fehlt. Bestritten ist es aber: ob, wenn ich mein ganzes Vermögen weggeschenkt habe, meine Notherben die ganze Schenkung umstoßen können, oder ob sie nur das Recht haben, so viel zurück zu fordern, als ihr Pflichttheil ausmacht. Einige Rechtslehrer behaupten, die ganze Schenkung gelte nicht; denn hier gelte wieder der Schluß von der Aehnlichkeit der querelae inofficiosi testamenti und der querelae inofficiosae donationis [n]). Die Gegner führen ihre Meynung, daß die Schenkung nur in so weit ungültig sey, als sie den Pflichttheil schmälere, ebenfalls sehr wichtige Argumente an [o]).

Die Schenkung unter den Lebendigen kann widerrufen werden, wenn der Beschenkte sich gegen den Schenkgeber undankbar bewiesen hat, wovon Struben einen Fall erzählt [p]). Wie der Undank beschaffen seyn muß, wird in Gesetzen deutlich angeführt [q]). Der Beschenkte ist undankbar, 1) wenn er schwere Verbalinjurien gegen den Schenkgeber ausgestoßen hat, iniurias atroces; 2) wenn er ihn thätlich beleidigt hat, si impias manus infert; 3) ihn vorsetzlich um einen ansehnlichen Theil seines Vermögens bringt, durch Diebstahl, Raub, Verrätherey, Anklage, u. s. f.; 4) ihm nach dem Leben gestanden hat. Justinian setzt noch hinzu, wenn der donatarius die der Schenkung beygefügten Verträge nicht erfüllen will; diese Ursache gehört aber nicht unter die Fälle der Undankbarkeit. Ob die Schenkung nur wegen der vier angeführten, oder auch wegen

n) L. 9. C. de inoffic. donat. de Pufendorf l. c. Strube in den rechtl. Bedenk. 5ter Thl. S. 266.

o) Schorch tract. de donatione inofficiosa, pro parte rescindenda, pag. 5. sqq.

p) Strubens Bedenken, Thl. 4. S. 466.

q) L. fin. Cod. de revoc. donat.

gen anderer gleich wichtigen Ursachen widerrufen werden könne, ist bestritten, z. B. deswegen weil der Beschenkte den verarmten Schenker nicht ernähren will. Die mehresten Rechtsgelehrten behaupten es r). Andere Rechtslehrer bezweifeln die Richtigkeit dieser Meynung, weil in dem angeführten Gesetz gesagt wird, ex his tantummodo causis. Alsdenn ist jene Behauptung freylich sicher, wenn sich ein factum unter eine der bestimmten Ursachen klassificiren läßt; z. B. der donatarius schwängert des Schenkgebers Tochter, begeht mit dessen Frau einen Ehebruch; denn dieß ist eine Art von Injurie s). Stirbt der Schenkgeber, ohne die Klage gegen den undankbaren donatarium angestellt zu haben, so können seine Erben nicht deswegen klagen; denn in Gesetzen wird auf diesen Fall angenommen, die Beleidigung sey vergeben worden. Es kann die Schenkung auch alsdenn nicht widerrufen werden, wenn blos die Erben des Beschenkten undankbar sind.

Die Schenkung unter den Lebendigen kann ferner widerrufen werden, propter superuenientiam liberorum. Wenn ich nicht vermuthe, daß ich noch Kinder bekommen würde, und bey diesen Umständen mache ich Jemandem ein Geschenk, nun erhalte ich aber wider meine Vermuthung Kinder, so bin ich berechtigt, die Schenkung zu widerrufen. Die Kinder sind mir näher, als der Beschenkte; ich machte auch das Geschenk unter der stillschweigenden Clausel, wenn die Umstände so bleiben. Ein deutliches Gesetz t) entscheidet diesen Fall, in welchem dem Patron das Recht gegeben wird, eine seinem Freygelassenen gemachte Schenkung zu widerrufen, weil er noch Kinder bekommen hatte. Mehrere Rechtsgelehrten haben eingewendet, diese Verordnung dürfe nicht auf andere Schen-

r) WALCH introd. in contr. pag. 477. edit. tert.

s) COCCEII in iure controu. h. t. qu. 10.

t) L. 8. C. de reuoc. donat.

kungen ausgedehnt werden [u]); da aber die ausdehnende Erklärung des Gesetzes hier statt finden kann, so richtet man sich auch in der Praxis darnach [x]). Einige Rechtsgelehrte haben zu behaupten gesucht [y]), die Schenkung könne auch alsdenn widerrufen werden, wenn der Schenkgeber in der Folge verarmt sey; diese Behauptung kann aber durch kein Gesetz bewiesen werden [z]). Richtig hingegen ist es, daß dem Schenkgeber die Wohlthat der Competenz zu Theil werden müsse; das heißt, wenn ich so viel verschenkt hätte, daß ich, wenn ich alles hergeben müßte, was ich versprochen, dadurch ganz an den Bettelstab gerathen würde, so kann ich so viel zurück behalten, als ich zu meinem standesmäßigen Unterhalte brauche; denn in Gesetzen [a]) heißt es: is, qui ex causa donationis conuenitur, in quantum facere potest, condemnatur.

Schenke ich einem unter den Lebendigen Etwas, so bekommt er bey meinem Leben ein Recht darauf, und in den mehresten Fällen kann er sogar darauf klagen, daß ich ihm das Geschenk auszahle oder abliefere, ich leide also Schaden, vermindere mein Vermögen, und bekomme nichts dafür. Aus diesem Grunde kann Niemand etwas verschenken, als wer die freye Disposition über sein Vermögen hat. Ein Pupill, ein Minderjähriger, ein Vormund, Curator, ein Verwalter fremder Güter, darf also nichts verschenken. Ein in der väterlichen Gewalt stehender Sohn kann von seinem peculio aduentitio regulari nichts verschenken, sondern nur von seinem peculio castrensi, quasi-castrensi, oder aduentitio irregulari.

Ehe-

u) Iust. Henn. Boehmer in Exercit. ad Pand. Tom. I. pag. 233.

x) Wernher Obs. Tom. II. Part. 10. Obs. 371. pag. 669.

y) Tiraqvel ad L. 3. Cod. de reuoc. donat.

z) Leyser Spec. 494. Med. 5.

a) L. 19. §. 1. D. de re iudic.

Ehegatten sind nicht befugt, einander inter viuos zu beschenken. In Gesetzen wird zur Ursache angeführt, 1) ein Ehegatte möchte den andern durch verstellte Liebkosungen, mutuato i. e. fictitio amore, das Vermögen abschwatzen [b]), und ihn an den Bettelstab bringen. 2) Ein eigennütziger Ehegatte würde dem andern übel begegnen, sich wohl gar von ihm scheiden, da es so leicht anging, die Ehe aufzuheben, wenn ihm der andere Ehegatte nichts schenken wollte; man würde also Friede und Eintracht in der Ehe durch Geschenke erkaufen müssen, venalitia essent matrimonia; die Ehescheidungen würden aber zu einem großen Hinderniß bey der Erziehung der Kinder werden, non esset studium educandi.

Zur Geschichte dieser Materie sind folgende Thatsachen zu bemerken. — Als die Weiber noch in manum mariti kamen, konnte eine Schenkung unter Ehegatten, da Mann und Frau Eine Person waren, begreiflicher Weise nicht gelten, so wenig als eine Schenkung zwischen dem Vater und seinem Kinde gültig war. Diese Art der Ehen blieben in den ersten fünf Jahrhunderten des römischen Staats die gewöhnlichsten. Nach dieser Zeit hörten sie auf, und nun stand die Einheit der Personen diesen Schenkungen nicht mehr im Wege; sie blieben aber gleichwohl verboten. Der Ursprung dieses Verbots ist dunkel. In der L. 1. D. de donat. int. vir. et vxor. bemerkt **Ulpian**: *moribus* apud nos receptum est, ne inter virum et vxorem donationes valerent. In der L. 3. pr. eod. wird vom **Antonin** behauptet: *maiores* nostri inter virum et vxorem donationes prohibuerunt. Schenkungen der Ehegatten werden für völlig nichtig, ipso iure nullae, gehalten. Die Rechtsgelehrten milderten diese Regel sehr, und nahmen z. B. an, eine solche Schenkung sey nur alsdenn nichtig, wenn der Schenkende dadurch ärmer,

b) L. 1. D. de donat. inter vir. et vxor. ibique BRENCKMANN in not. in Corp. Iur. GEBAVERI.

der Beschenkte aber reicher geworden sey. Im Jahr Christi 206 wurde auf Vortrag des Kaisers Antoninus Carakalla ein Rathsschluß abgefaßt, und darin verordnet, daß Schenkungen unter Ehegatten zwar von dem Schenkenden widerrufen werden könnten; wenn er sie aber nicht widerrufen habe, so sollten sie durch seinen Tod gültig werden; ungültig sey aber schlechterdings die Schenkung, wenn der Beschenkte zuerst sterbe. Der Kaiser Justinian änderte in dieser Lehre nichts wesentliches ab, sondern gab blos den Befehl [c]), daß die Schenkungen der Ehegatten, wenn sie legitimam quantitatem, damals 200, nachher 500 Dukaten überstiegen, gerichtlich insinuirt werden sollten, ferner daß Schenkungen zwischen dem Kaiser und seiner Gemahlin gültig seyn sollten; desgleichen verordnete er, daß, wenn der Donatar nach geschehener Schenkung in die Kriegsgefangenschaft gerathe und darin sterbe, oder wenn der Donatar als römischer Bürger sterbe, der Beschenkte hingegen zur Zeit des Absterbens gefangen worden sey, und nachher zurückkehre, die Schenkung gelten solle. Endlich setzte er fest [d]), daß auch in dem Falle, wenn das Geschenk nur versprochen sey, aber noch nicht übergeben worden, die Schenkung durch den Tod des Schenkenden bestätigt werden solle [e]). In der angeführten Novelle entschied Justinian zugleich eine Rechtsfrage, worüber die Rechtsgelehrten gestritten hatten [f]). Es ist diese 162. Novelle zwar nicht glossirt, aber doch den angeführten übrigen Verordnungen Justinians, worauf er sich auch beruft, völlig consequent, daher man sie in der Anwendung billig befolgt [g]).

Nach

c) L. 25. 26. 27. C. de donat. V. 16.

d) Novella 162. cap. 1.

e) Scip. Gentilis tract. de donat. int. vir. et vxorem.

f) L. 23. L. 33. §. 2. D. de donat. int. vir. et vxor.

g) Hr. Prof. Weber von der natürl. Verbindl. §. 89. Note a. S. 375. der 3ten Ausgabe.

Nach neuern Gesetzen soll eine Schenkung, welche über 500 solidos werth ist, bey der Obrigkeit angezeigt, und von ihr protokollirt werden; actio insinuanda est [h]). Der solidus war eine Goldmünze, die sich zum Dukaten, wie $1\frac{1}{3}$ zu 1 verhält [i]). Gilt also der Dukaten 5 Fl., so sollte man den solidum zu 6 Fl. 40 Kreuzer annehmen; er wird aber in der Praxis nur zu einem Dukaten gerechnet [k]). In der L. 27. C. h. t. wird gesagt: si quidem clandestinis ac domesticis fraudibus facile quoduis pro negotii opportunitate confingi potest, vel id quod vere gestum est, aboleri, die gerichtliche Insinuation soll den ernstlichen und freyen Willen des Schenkers außer Zweifel setzen [l]). Eine Schenkung, welche 500 solidos übersteigt, und nicht gerichtlich angezeigt worden ist, gilt zwar immer noch als eine Schenkung, aber nur nicht höher als bis auf 500 Dukaten. Schenke ich Jemandem 600 Dukaten, die Schenkung wird aber nicht im Gericht angezeigt, so muß ich doch 500 Dukaten bezahlen; denn nur auf 100 Dukaten ist die Schenkung ungültig. Es ist nicht nöthig, daß die Obrigkeit eine Untersuchung anstellt, ehe sie die Schenkung protokollirt [m]); jedoch halten es einige Rechtslehrer für nothwendig [n]). Aus einer Schenkung, in so weit sie 500 Dukaten übersteigt, kann ich nicht belangt werden, wenn sie nicht gerichtlich insinuirt worden ist; ich kann aber auch, wenn ich die geschenkte Sache oder Sum-

h) Io. Chr. Spitz Diss. iura donationum inter viuos historice explicata, §. 6. Erf. 1769.

i) Eisenschmidt de ponderibus et mensuris veterum, pag. 133. et 140.

k) de Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 17.

l) Hr. Prof. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 65. Nr. 7.

m) de Pufendorf Obs. Tom. IV. Obs. 121.

n) Hr. Hofr. Claproth in der außergerichtl. Rechtswissenschaft, §. 201. Strubens rechtliches Bedenken, 3ter Th. 91tes Bedenk.

me schon übergeben oder bezahlt habe, sie zurück fordern o). Mehrere Rechtsgelehrte sind der Meynung, bey remuneratorischen Schenkungen sey die gerichtliche Insinuation nicht nöthig; diese Behauptung ist aber unrichtig, denn die Ursache der gesetzlichen Verordnung findet hier ebenfalls statt p).

Bey der Frage: was für **Klagen** durch eine Schenkung unter den Lebendigen bewirkt werden, ist die Person des **Schenkers** und die Person des **Beschenkten** genau zu unterscheiden. Der **Schenker** kann entweder auf die Erfüllung eines sich bedungenen Gegenversprechens des **Beschenkten** dringen, oder verlangt die geschenkte Sache zurück. Wenn der Schenker darauf dringt, der Beschenkte soll das gethane Gegenversprechen erfüllen, so muß er actionem praescriptis verbis anstellen. Dieser Fall tritt z. B. ein, wenn ich einem Kupferstecher, der ein Münzliebhaber ist, eine Sammlung seltener Münzen geschenkt, mir aber dabey ausbedungen habe, daß er mich in Kupfer stechen soll. In dergleichen Fällen ist die Schenkung als ein contractus innominatus anzusehen; man hat nämlich dem Andern etwas geschenkt, damit er etwas dagegen leisten soll; die aus einem **unbenannten** Contract entspringende Klage aber, wodurch man verlangt, daß der Andere sein Gegenversprechen erfüllen soll, heißt actio praescriptis verbis. **Nützlicherweise** kann ein Dritter diese Klage anstellen, zu dessen Vortheil das Gegenversprechen geschehen ist q). Gesetzt, ich habe Jemandem ein Haus geschenkt, und mir dagegen versprechen lassen, daß er dem A., so lange er lebt, freye Wohnung darin lassen soll. Hier kann er, wenn ihm die Wohnung nicht verstattet wird, wider den Beschenkten klagen.

Soll

o) L. 27. L. 36. §. 3. C. h. t. Hr. Prof. **Weber** §. 77.

p) de **Pufendorf** Obs. Tom. I. Obs. 18. Car. **Schildner** Diss. de differentiis inter donationem simplicem et remuneratoriam spuriis, Ien. 1798.

q) L. 3. C. de donat. quae sub modo.

Soll das Geschenk wieder zurück gefordert werden, so liegt die Ursache entweder darin, weil die Schenkung gleich anfangs ungültiger Weise vorgenommen worden, oder weil sich nach der Zeit eine gesetzliche Ursache gefunden hat, weshalb die Schenkung widerrufen werden kann. Der erste Fall tritt ein, und die Schenkung gilt gleich anfangs nicht, wenn ein Pupill ohne seinen Vormund, oder ein Wahnsinniger, Rasender, oder solche Personen etwas verschenkt hat, die wegen ihrer Leibesgebrechen, z. B. wegen Taubheit, Stummheit, oder einer beständigen Krankheit wegen, Curatoren bekommen haben [r]). Wenn also eine Schenkung gleich anfangs ungültig ist, und die geschenkte Sache ist noch da, so kann das Geschenk von jedem Besitzer vindicirt werden, weil unter diesen Umständen gar kein Eigenthum auf den Beschenkten übergegangen ist, sondern der Schenker Eigenthümer blieb [s]). Ist das Geschenk nicht mehr vorhanden, so kann wider den Beschenkten bisweilen condictio sine caussa angestellt werden, oder es findet actio ad exhibendum statt. Jene muß gebraucht werden, wenn der Beschenkte die Sache bona fide zu besitzen aufgehört hat. Man bittet, daß er eine gleiche Sache, wenn es res fungibilis war, z. B. Geld, oder ihren Werth, wenn die Sache eine res non fungibilis ist, dem Schenker ersetze [t]); denn da er die Sache ohne Titel erhalten hat, so ist es den Gesetzen gemäß, daß er sie in Natur, oder wenn das nicht angeht, auf andere Art zurück gebe. Die actio ad exhibendum wird angestellt, wenn der Beschenkte mala fide, zu besitzen aufgehört hat; z. B. er wußte es, der Schenker sey ein erklärter Verschwender, und gleichwohl ließ er sich ein Pferd von ihm schenken, welches er nachher wieder

r) §. 4. Inst. de curat. L. 8. §. 3. L. 12. pr. D. de tutor. et curat.

s) §. 2. Inst. quib. alien. licet — verb. vindicari nummi possunt *sicubi extant.*

t) L. 32. in fine D. de reb. credit. Boehmer de action. Sect. II. cap. 5. §. 31. 32.

wieder verkauft hat. Man bittet, daß der Beklagte dem Kläger, außer dem Werth der Sache, alles Interesse leiste, und dieses kann durch den Würderungseyd bestimmt werden [u]). Diese Klage ist vortheilhafter, als die condictio sine causſa, welche hier ebenfalls statt hat [x]). Es schadet nicht, daß der Beklagte die Sache, weil er sie nicht mehr besitzt, nicht mehr ausliefern kann, denn die actio ad exhibendum wird auch wider Jemanden angestellt, welcher dolo zu besitzen aufgehört hat [y]). Auch die actio commodati directa, wodurch man die gelehnte Sache von dem Entlehner zurück fordert, kann wider ihn auf die Bezahlung des Werths angestellt werden, wenn er sie vernichtet, oder durch seine Schuld verlohren hat.

Die angeführten Klagen finden auch bey Schenkungen unter Ehegatten statt. Der schenkende Ehegatte kann die Schenkung widerrufen, wenn gleich in den Ehepacten verabredet worden ist, daß dasjenige, was ein Theil dem Andern während der Ehe schenken würde, nicht wieder solle zurückgefordert werden können [z]). Er kann rei vindicationem anstellen, wenn die geschenkte Sache noch vorhanden ist, und der beklagte Ehegatte oder dessen Erbe kann sich dagegen nicht mit der Einrede der Verjährung schützen, weil er kein unwiderrufliches Eigenthum hatte [a]). Von großem Nutzen ist diese Klage, wenn nach geschehener Schenkung über des Mannes Vermögen ein Concurs ausgebrochen ist. Wenn die geschenkte Sache nicht mehr vorhanden ist, so stellt der schenkende Ehegatte condictionem sine causſa an, im Fall der andere Ehegatte die Sache bona fide zu besitzen aufgehört hat; nur haftet letzterer in diesem Falle

u) L. 3. §. 2. D. ad exhib.

x) L. 3. C. de condict. ex Lege et sine causſa.

y) L. 9. pr. D. ad exhib.

z) L. 5. §. 1. D. de pact. dotal. Boehmer de action. Sect. II. cap. 5. §. 32.

a) L. 1. §. vlt. D. pro donato.

Falle nicht weiter, als er durch die Schenkung reicher geworden ist [b]). Die actio ad exhibendum wird gegen den beschenkten Ehegatten angestellt, wenn er die geschenkte Sache mala fide zu besitzen aufgehört hat.

Ist durch die geschehene Schenkung eine Verletzung im Pflichttheile verursacht worden, so muß querela inofficiosae donationis, bisweilen aber kann nur actio ad supplementum legitimae gebraucht werden.

Eine gerechte Ursache, eine anfangs gültige Schenkung unter den Lebenden widerrufen zu können, ist vorhanden, wenn die Schenkung zu einem gewissen Endzweck, oder mit einer Bedingung geschehen ist, und der Beschenkte erfüllt den Endzweck nicht, oder die Bedingung. In dergleichen Fällen kann condictio caussa data caussa non secuta angestellt werden, oder wie sie auch heißt, condictitia actio [c]). Nützlicherweise darf auch ein Dritter davon Gebrauch machen. Als in dem Fall, wenn Jemandem etwas mit der Bedingung geschenkt worden ist, daß er dem Schenkgeber bestimmte Alimente reichen soll, und der Beschenkte erfüllt diese Bedingung nicht, kann die Reivindikation von ihm angestellt, und dadurch das Geschenk wieder zurück gefordert werden [d]); jedoch stehen dem Schenkgeber auch die vorigen Klagen zu. Wider beyde Klagen und selbst wider die Reivindikation kann der donatarius und seine Erben, und bey der Eigenthumsklage der Besitzer, die Einrede vorbringen, der Schenkgeber habe die Bedingung oder den Endzweck nicht ausdrücklich angezeigt [e]). Unerlaubt ist es, daß der Schenkgeber, nach bereits geschehener Schenkung, dem Beschenkten erst gewisse Bedingungen auflegen will,

b) L. 5. §. vlt. L. 6. §. 7. D. de donat. int. vir.

c) L. 3. C. de donat. quae sub modo.

d) L. 1. C. de donat. quae sub modo.

e) L. 1. C. de donat. quae sub modo. L. 6. C. de condict. ob causs. WERNHER Obs. Part. X. Obs. 391.

will, und wenn dieser sie nicht erfüllen will, die Schenkung widerrufen kann [f]).

Eine gesetzliche Ursache, eine Schenkung unter den Lebendigen zu widerrufen, ist vorhanden, wenn der Schenkgeber zu der Zeit, da er die Schenkung machte, keine ehelichen Kinder hatte, nachher aber erst welche bekommen hat. Wenn also Jemand zur Zeit der Schenkung schon eheliche Kinder hat, und nachher bekommt er noch mehrere, so kann er deswegen die Schenkung nicht widerrufen [g]), und dieses ist auch bey einer reciprocirlichen Schenkung Rechtens. Soll eine Schenkung wegen nach der Schenkung erzeugter noch lebender Kinder widerrufen werden können, so muß die Schenkung aus bloßer Freygebigkeit geschehen seyn, und nicht als eine vergeltende betrachtet werden können. Diese letzte ist keine wahre Schenkung, weil der Beschenkte die Sache nicht umsonst erhält, sondern zur Vergeltung seiner Verdienste. Es muß ferner die Schenkung von einiger Beträchtlichkeit seyn; und bey Bestimmung dieser Frage wird auf die Vermögensumstände des Schenkgebers gesehen. Das Ermessen des Richters tritt hier ein, welcher darauf zu sehen hat, ob wohl der Schenkgeber, wenn er schon damals eheliche Kinder gehabt hätte, dennoch die Schenkung gemacht haben würde. Uebrigens braucht Jemand nicht sein ganzes Vermögen verschenkt zu haben, sondern nur einen großen Theil desselben [h]), ja eine einzelne besondere Sache von großem Werth, z. B. ein theurer Demantring ist hinreichend.

Der Schenkgeber muß eheliche Kinder nach der Schenkung erhalten haben, und diesen werden per subsequens matrimonium legitimirte Kinder gleich gehalten. Uneheliche Kinder oder adoptirte werden nicht geachtet; denn die L. 8. C. de reuoc. donat., welche nur von ehelichen

f) L. 4. C. de donat. quae sub modo.

g) L. 27. D. h. t. L. 25. §. 11. D. de hered. petit.

h) L. 8. C. de reuoc. donat.

lichen Kindern handelt, darf nicht gar zu sehr ausgedehnt werden, weil eine gleich anfangs gültige Schenkung wieder aufgehoben werden soll; da sonst durch adoptirte Kinder leicht jede Schenkung umgestoßen werden könnte.

Der Kläger ist der Schenker, welcher nach geschehener Schenkung ein, oder mehrere eheliche Kinder bekömmt; und nach seinem Tode kämen diese Kinder, ja sogar ein fremder Erbe. Es sind bey der Frage vom Widerruf der Schenkung wegen nach der Schenkung erhaltener ehelicher Kinder, mehrere Fälle zu unterscheiden. I. Wird der Schenker von diesen seinen Kindern überlebt, so ist zu erwägen, ob er vor deren Geburt ausdrücklich zu erkennen gegeben hat, daß er die Schenkung nicht widerrufen wolle, wenn er auch in der Folge noch eheliche Kinder bekommen sollte. Einige Rechtslehrer i) halten die Renunciation auf die Lex 8. Cod. de reuoc. donat. für ungültig, wenn sie auch eydlich geschehen sey; in der Praxis wird sie aber für gültig gehalten k). Man muß vor allen Dingen darauf sehen, ob die Kinder in einem dergleichen Falle an ihrem Pflichttheile verletzt worden sind. Hier haben sie das Recht, von dem Geschenk so viel zurück zu fordern, als die Verletzung ihres Pflichttheils ausmacht. Eigentlich sollten sie die Schenkung gar nicht anfechten können, weil sie zu der Zeit, da solche geschahe, noch gar nicht vorhanden waren; folglich noch keine Rechte hatten, der Pflichttheil auch nur in einem bestimmten Theil des Vermögens eines Verstorbenen besteht. Allein, weil doch alle Eltern ihre Kinder zu ernähren schuldig sind, so wird eine solche Schenkung, die von einem Unverehelichten geschehen ist, zum Besten künftiger Kinder so erklärt, daß sie nur in so weit gültig sey, als dadurch den künftigen Kindern in ihrem Pflichttheile kein Eintrag geschehen

i) Gail Obs. Lib. I. Obs. 40. nr. 13. Mynsinger Dec. Cent. V. Obs. 63.

k) Carpzov Part. II. Const. 12. Def. 13. nr. 5. Stryck caut. contr. Sect. III. cap. 9. §. 7.

schehen sey [l]). Leistete der Schenker auf sein Widerrufungsrecht erst nach der Geburt der Kinder Verzicht, so gilt eine solche Verzichtleistung deswegen nicht, weil die Kinder ein unwiderrufliches Recht auf den Pflichttheil haben. Leiden die Kinder durch die Schenkung keine Verletzung in ihrem Pflichttheile, so dürfen sie die Schenkung gar nicht anfechten, weil sie solche nicht einmal in dem Falle anfechten können, wenn sie bereits damals auf der Welt waren, da die Schenkung geschahe, und Eltern das Recht haben, über ihr Vermögen, nach Abzug des Pflichttheils, frey zu disponiren.

Hat der Schenker seinem Recht, die Schenkung wegen erhaltener ehelicher Kinder zu widerrufen, nicht entsagt; so können die Kinder aus dem Rechte ihres verstorbenen Vaters, oder ihrer verstorbenen Mutter die ganze Schenkung widerrufen, weil solche durch die Geburt der Kinder gleich ipso iure ungültig geworden ist, und aus des Schenkers Stillschweigen nicht gefolgert werden kann, daß er die Schenkung nicht widerrufen wolle, da die Liebe zu seinen ehelichen Kindern größer seyn soll, als zu fremden Personen, und man deswegen nicht präsumiren darf, der Schenker habe seine Kinder hinten ansetzen wollen [m]). Etwas anderes wäre es, wenn der verstorbene Vater, oder die verstorbene Mutter gar kein Recht gehabt, die Schenkung zu widerrufen. Gesetzt, der Vater hat sein ganzes Vermögen seinen emancipirten Kindern geschenkt, und nun bekommt er noch eheliche Kinder. Hier können diese, so viel als ihr Pflichttheil beträgt, debitum bonorum subsidium, von den emancipirten Kindern heraus fordern [n]).

II. Ueberlebt der Schenker seine Kinder, so kann er, wenn er will, dessen ungeachtet die ganze Schenkung widerrufen, weil solche gleich mit der Geburt der Kinder wieder erloschen

l) Wernher Obs. Part. IV. Obs. 112.

m) Perez ad Cod. Lib. VIII. tit. 56. nr. 31.

n) L. 5. C. de inoffic. donat.

erloschen ist, und er dadurch ein Recht erhielt, die geschenkten Sachen zurück zu fordern; und dieses Recht kann ihm durch den nachher erfolgten Tod seiner Kinder nicht genommen werden o). Widerruft der Schenker die Schenkung bey seinem Leben, so müssen die vorhandenen Sachen wieder heraus gegeben werden. Stirbt er nach dem Widerruf, aber vor Anstellung der Klage, so kann sein Erbe aus diesem Widerruf die actionem reuocatoriam wegen der nachgebohrnen Kinder anstellen. Hat er die Schenkung nicht widerrufen, so wird vermuthet, daß er, aus Liebe gegen den Beschenkten, sich seines Rechts nicht bedienen, sondern ihm vielmehr das Geschenk unwiderruflich lassen wolle. Hier fällt die Vermuthung des Widerrufs, nämlich die Liebe gegen die Kinder, ihnen durch die geschehene Schenkung keinen Schaden zuzufügen, weg; daher kann unter diesen Umständen sein Erbe die Revokatorienklage nicht anstellen p).

Der Beklagte ist der Beschenkte, er sey, wer er wolle, denn sogar wider eine Kirche kann man auf die Zurückgabe der Schenkung klagen q). Auch wider die Erben des Beschenkten hat die Klage statt, da sie keine sogenannte actio vindicatoria spiraus ist r). Ein dritter Besitzer der geschenkten Sache haftet nur alsdenn, wenn er in dolo ist; z. B. er hat es gewußt, der Schenker werde die Schenkung wegen erhaltener ehelicher Kinder widerrufen, und gleichwohl hat er die geschenkte Sache von dem Beschenkten an sich gebracht s).

Das

o) L. 114. §. 13. D. de legat. I. L. 77. pr. D. ad Scim. Trebell. BRVNNEMANN ad Leg. 8. Cod. de reuoc. donat.

p) Arg. L. 12. pr. D. de iniusto rupto etc. PEREZ l. c. nr. 30. STRVV Exerc. XL. §. 16. in fine.

q) MYNSINGER Lib. VI. Obs. 95.

r) L. 8. C. de reuoc. donat.

s) WERNHER Obs. Part. III. Obs. 29.

Das Gesuch der Klage geht darauf, zu erkennen, daß bewandten Umständen nach die Schenkung für nicht geschehen zu achten; derowegen Beklagter dem Kläger die geschenkte Sache mit allen Nutzungen wieder heraus zu geben schuldig ist. Man darf nicht bitten, die Schenkung wieder aufzuheben. Dadurch würde man zu erkennen geben, daß man solche nach dem strengen Rechte noch für gültig halte. Hierdurch unterscheidet sich diese Klage von der condictio ex L. fin. C. de reuoc. donationibus, oder der actio ingrati.

Der Beklagte kann folgende Einreden vorschützen, und zwar 1), das Geschenk bestehe in einer Kleinigkeit. Wenn das Geschenk ganz unbedeutend ist, daß man annehmen kann, der Schenker würde die Schenkung, wenn er auch Kinder gehabt hätte, doch gemacht haben, so ist der Widerruf nicht erlaubt [t]). Wie groß das Geschenk seyn müsse, wenn die Schenkung propter superuenientiam liberorum widerrufen werden kann, läßt sich im Allgemeinen nicht bestimmen [u]). Es kann 2) vorgeschützt werden, der Schenker habe zu der Zeit, als die Schenkung geschahe, schon Kinder gehabt. Gesetzt, die Mutter schenkt ihren Kindern als Wittwe verschiedene Sachen. Nach der Zeit heyrathet sie wieder, und bekommt in der andern Ehe ebenfalls Kinder. Jetzt kann weder sie selbst, noch nach ihrem Tode, ihre Kinder zweyter Ehe, die geschenkte Sache von den Kindern erster Ehe zurück fordern [x]); es müßte denn die Schenkung den Pflichttheil verletzen [y]). 3) Kann die Einrede vorgeschützt werden, der Schenker habe sich die Zurückforderung des Geschenks auf den Fall nachkommender Kinder im Voraus begeben. Dieß konnte er thun, weil ihm zum Besten die Revokation in der L. 8. C. de reuoc. donat. ertheilt

t) Carpzov Part. II. Const. 12. Def. 32. nr. 8.

u) Stryck in vsu mod. h. t. §. 17.

x) Berger Oecon. iur. Lib. II. tit. 2. thes. 29. not. f.

y) Wernher Obs. Part. IV, Obs. 112.

ertheilt worden ist; denn es wird vermuthet, daß er die Schenkung nicht unternommen haben würde, wenn er sich vorgestellt hätte, daß er noch eigene Kinder bekommen werde. Hat er nun auf sein Recht Verzicht geleistet, so hat er dadurch diese Vermuthung selbst gehoben. Stillschweigend ist eine solche Begebung auf Seiten desjenigen vorhanden, der eine Ehefrau hat, und sich nebst ihr in den besten Jahren befindet, so daß er auf eigene Kinder sich noch höchst wahrscheinlich Hofnung machen kann. Dieß ist z. B. der Fall, wenn Braut und Bräutigam mit einander Eheverträge schließen, und es wird darin dem Bräutigam eine Schenkung gemacht [z]). Man kann 4) vorschützen, das Geschenk sey zur Vergeltung geschehen. Eine solche Schenkung kann nicht widerrufen werden, damit sich der Schenker nicht mit dem Schaden des Beschenkten bereichere [a]), nur muß der Beklagte diese Eigenschaft beweisen, daß donatio remuneratoria vorhanden sey. Es kann 5) vorgeschützt werden, Beklagter besitze von dem Geschenk nichts mehr. Was Jemandem unter den Lebendigen geschenkt worden ist, das wird sogleich sein eigen [b]), veräußert er also bona fide etwas davon, so haftet er deswegen nicht [c]). Anders verhält sich die Sache, wenn er aus Gefährde zu besitzen aufgehört hat; denn ist dieß der Fall, so muß es vom Kläger in der Replik angebracht werden. Auch kann 6) vorgeschützt werden, dasjenige, was der Kläger zurückfordere, sey eigentlich kein Geschenk, sondern es sey blos eine Rechtsbegebung vorgegangen. Man nehme an, Cajus, der in seinem 60sten Jahre noch nicht geheyrathet hatte, hat zum Vortheil seiner Schwester, auf eine ihnen beyden an-

z) Lauterbach in Coll. Pand. Lib. 39. tit. 5. §. 57. Berger in Oec. iur. l. c.

a) Carpzov Part. II. Const. 12. Def. 34. Stryck in vsu mod. h. t. §. 17.

b) L. 1. L. 10. pr. C. de reuoc. donat. L. 33. §. 1. D. h. t.

c) L. 25. §. 11. D. de hered. petit.

gefallene Erbschaft eines weitläuftigen Verwandten Verzicht geleistet. Nach dieser Zeit heyrathet er selbst und bekommt Kinder. Hier hat die Klage auf Widerruf der Schenkung wider seine Schwester nicht statt. Unstatthaft würde die Einrede seyn, Kläger habe es eydlich versichert, die Schenkung niemals widerrufen zu wollen, wenn eine solche eydliche Versicherung den Fall nachkommender Kinder nicht ausdrücklich mit enthält.

Ist eine grobe Undankbarkeit des Beschenkten gegen den Schenker vorhanden, nachdem das Geschenk geschehen ist, so hat condictio ex L. fin. Cod. de reuocandis donationibus statt, und sie heißt auch actio ingrati. Das Gesetz setzt eine grobe Undankbarkeit voraus, ingratitudo praegnans, das heißt, eine solche, wo man nicht blos unterlassen hat, seinem Wohlthäter Gutes zu thun, sondern man suchte ihm sogar zu schaden. In der angeführten Lex werden vier solche Fälle angegeben, wie bereits oben vorgekommen ist. Es heißt zwar in diesem Gesetz auch, die Schenkung könne widerrufen werden, wenn der donatarius die ihm bey der Schenkung gemachten Vorschriften nicht erfüllen wolle. Hier ist aber keine eigentliche Undankbarkeit vorhanden, von der bey dieser Condiction die Rede ist, obgleich die Schenkung ebenfalls wieder aufgehoben werden kann, wie wir bereits gesehen haben. Soll ein Geschenk wegen eines groben Undanks des Beschenkten zurück gefordert werden können, so muß die Schenkung aus bloßer Freygebigkeit geschehen, oder eine donatio simplex seyn; denn eine remuneratorische Schenkung kann so wenig aufgehoben werden, als eine reciprocirliche.

Der Kläger ist der Schenker, nicht aber, der Regel nach, sein Erbe. Ob er ein Anverwandter des Beschenkten ist, oder ein Fremder, darauf wird nicht gesehen. Nach der L. 7. Cod. de reuoc. donat. konnte zwar vor Justinians Zeiten eine Mutter die ihren Kindern gemachte Schenkung unter dem Vorwande einer von denselben wider sie verübten Undankbarkeit nicht widerrufen werden, wenn sie sich anderweit verheyrathet, oder sich nach gemachter Schenkung

einem

einem unkeuschen Leben ergeben hatte. Justinian verordnete[d]), daß, der Eingehung der zweyten Ehe ungeachtet, die Schenkung von der Mutter solle widerrufen werden können, wenn entweder 1) die Kinder ihr nach dem Leben getrachtet; oder 2) Hand an sie gelegt, sie thätlich injuriirt, oder 3) sie um ihr ganzes Vermögen zu bringen gesucht haben. Der Erbe des Schenkers kann die Schenkung wegen der gröblichen Undankbarkeit, welche der Beschenkte gegen seinen Erblasser bewiesen, nicht widerrufen, weil die darauf gehende Klage eine actio vindictam spirans ist. Ausgenommen ist der Fall, 1) wenn der Beschenkte den Schenker erst nach seinem Tode beschimpft hat[e]), und 2) wenn der Schenker noch bey seinem Leben sich schon über die Undankbarkeit beschwert hat[f]). Ausdrücklich wird es in dem angeführten Gesetze nicht gesagt, daß der Erbe alsdenn, wenn sein Erblasser sich selbst schon bey seinem Leben über die Undankbarkeit beschwert habe, zur Revokation berechtigt seyn soll; jedoch scheinen die Worte: si ipse, qui hoc passus est, tacuerit, nicht undeutlich den Fall anzuzeigen; überdieß gilt hier der analogische Schluß von der Klage wegen eines pflichtwidrigen Testaments auf den Widerruf der Schenkung mit Recht.

Der Beklagte ist der Beschenkte; in der Regel aber nicht dessen Erbe. Sie findet nämlich aus dem nämlichen Grunde, weswegen diese Klage nicht von dem Erben angestellt werden kann, auch wider den Erben nicht statt[g]); nur hat eine Ausnahme statt, wenn sich der Schenker schon

d) Novella 22. cap. 35. Authent. quod mater. Cod. de reuoc. donat.

e) Arg. L. 1. §. 4. D. de iniur. Schoepfer Synopf. iur. Rom. h. t. nr. 39.

f) L. fin. in fine C. de reuoc. donat. Quistorps Beyträge, 4ter Band, 10tes Stück, S. 173.

g) L. 7. Cod. de reuoc. donat. verb. vindicationis habet effectum.

beym Leben des Beschenkten über dessen Undankbarkeit beschwert hat, wo alsdenn wider seine Erben die Sache fortgesetzt werden kann [h]). Wider einen Dritten hat die Klage blos alsdenn statt, wenn er sich bey Acquisition der geschenkten Sache in dolo befunden hat [i]).

Man trägt in dem Gesuch der Klage darauf an: die Schenkung wieder aufzuheben, und dem Beklagten zu Wiederherausgabe der geschenkten Sache, mit den vorhandenen Früchten zu verurtheilen. Um die Aufhebung der Schenkung muß deswegen gebeten werden, weil solche durch die begangene Schenkung nicht ipso iure rescindirt wird, sondern eine gerichtliche Untersuchung, ob sich der Beklagte wirklich undankbar bewiesen hat, vorher gehen muß.

Unter die Einreden wider diese Klage, gehört 1) die Einrede, die Schenkung sey nicht aus bloßer Freygebigkeit geschehen, sondern es sey eine remuneratorische Schenkung, der Schenker habe sie zur Belohnung gewisser Prästationen gemacht; oder, er sey dazu verbindlich gewesen, welcher Fall z. B. alsdenn eintritt, wenn das Geschenk in einer väterlichen Ehrenhülfe besteht [k]). Uebersteigt die Remuneration die Grenzen der Billigkeit, so kann sie, wegen Undankbarkeit des Beschenkten, in so fern sie unmäßig ist, revocirt werden. Dieser Fall würde z. B. vorhanden seyn, wenn Jemand einem Advokaten, der ihn durch seine Dienste zu einer abhanden gekommenen Uhr, in kurzem verholfen hat, nun seine Arbeiten, die mit einigen Thalern reichlich bezahlt gewesen seyn würden, und wofür er kein Geld nehmen wollen, zu belohnen, ein Geschenk von mehr als dreyßig Thalern am Werth, gemacht hätte [l]). Was von der remuneratorischen Schenkung gesagt worden, kann auf eine Schen-

h) L. fin. C. de reuoc. donat. in fine.

i) Wernher Obs. Part. III. Obs. 29.

k) Wernher Obs. Part. I. Obs. 66.

l) Berger Oecon. iur. Lib. II. tit. II. thes. 29. not. I.

Schenkung sub modo nicht angewendet werden. Diese ist wegen begangener Undankbarkeit des Beschenkten widerruflich, wenn er auch bereit ist, den modum zu erfüllen; denn bey dieser Schenkung ist auf Seiten des Beschenkten nichts geschehen, weswegen die Schenkung als vergütet zu betrachten wäre; sondern er soll erst etwas leisten. 2) Findet die Einrede statt, was Beklagtem zur Last gelegt werde, sey keine Undankbarkeit. Dieser Fall würde seyn, wenn der Schenker den Beschenkten zuerst geschlagen, und dieser sich blos vertheidigt hat; oder die Injurie besteht blos in einem, ohne Ueberlegung, im Zorn ausgestoßenen harten Worte; oder, er hat gar nicht die Absicht gehabt, den Schenker zu beschimpfen. 3) Kann vorgeschützt werden, der Umstand, weshalb Kläger auf die Aufhebung der Schenkung dringe, bestehe in keiner groben Undankbarkeit, denn sie lasse sich weder ausdrücklich noch stillschweigend, nach der L. fin. C. de reuoc. donat. annehmen. Nothwendig ist es, daß Kläger die Undankbarkeit beweißt, wobey er sich der Eydesdelation bedienen kann [m]). 4) Kläger habe zu den Injurien selbst die Veranlassung gegeben; Beklagter sey nämlich zuerst von ihm injuriirt worden, und er habe sich dabey blos der Retorsion bedient. 5) Kann dem Erben die Einrede entgegen gesetzt werden, der Verstorbene habe bey seinem Leben nicht erklärt, daß er klagen wolle; und 6) findet die Einrede statt, Beklagter habe von dem Schenker wegen der Undankbarkeit Verzeihung erhalten [n]).

Unstatthafte Einreden sind folgende, als 1), Beklagtem thue die Undankbarkeit leid. Der Schenker erwirbt sogleich, nach verübter Undankbarkeit das Recht, die Schenkung zu widerrufen, und dieses Recht kann ihm der Beschenkte durch seine Reue nicht wieder nehmen [o]). Un-

m) L. 9 et 10. C. de reuoc. donat. WERNHER Obs. Part. VII. Obs. 46.

n) L. 27. §. 4. D. de pact.

o) LAVTERBACH h. t. §. 52.

statthaft ist 2) die Einrede, Kläger habe es eydlich versprochen, die Schenkung in keinem Falle aufzuheben; denn dieser Eyd geht blos auf eine ungegründete Wiederaufhebung, aber nicht auf den Fall einer gesetzmäßigen Ursache, welche vorhanden ist, wenn eine grobe Undankbarkeit bewiesen werden kann. 3) Selbst die Einrede gilt nicht, Kläger habe versprochen, die Schenkung wegen vorgefallener künftiger Undankbarkeit des Beschenkten nicht zu widerrufen. Ein solches Versprechen gilt nicht, weil es zu Unternehmung unerlaubter Handlungen antreiben kann, ad delinquendum inuitat. Daher gilt auch der Eyd nicht, weil solcher als kein vinculum iniustitiae seu iniquitatis gebraucht werden darf [p]).

Der Vollständigkeit wegen, muß auch von der querela inofficiosae donationis, und der Klage ad supplementum legitimae, das Wichtigste angeführt werden. — Von der Zeit an, wo ein Testament durch die Klage wegen der Pflichtwidrigkeit desselben angefochten werden konnte, durften die Erblasser ihre Notherben nicht mehr ganz ohne alle Ursachen, um den Pflichttheil bringen; allein man erdachte andere Wege, diesen Zweck zu erreichen; und hierher gehörten auch Schenkungen, wodurch Notherben um ihren ganzen Pflichttheil gebracht wurden. Diesen liebloſen Handlungen setzte der Kaiser Alexander [q]) zuerst Schranken, und verordnete, daß jede in fraudem legum geschehene unmäßige Schenkung, von demjenigen, dem sein Pflichttheil dadurch entzogen worden, sollte angefochten werden können. In dem angeführten Gesetz heißt es: Imperator Alexander Augustus, Claudiano Iuliano Praefecto vrbi. Si liquet tibi, Iuliane cariſſime, auiam interuertendae inofficioſi querelae, patrimonium ſuum donationibus in nepotem factis exinaniſſe;

p) L. 27. §. 4. D. de pact. L. 23. D. de reg. iur. SCHOEPFER in ſynopſ. iur. Rom. h. t. §. 44.

q) L. 87. §. 3. D. de legat. II.

niſſe; ratio depoſcit, id, quod donatum eſt, pro dimidia parte reuocari. So entſtand die querela inofficioſae donationis, worüber immer neuere Geſetze [r]) gegeben wurden, woraus man ſieht, daß dieſe Klage ganz nach dem Muſter der Querel wegen eines vorhandenen pflichtwidrigen Teſtaments eingeführt worden iſt. So heißt es z. B. in der L. 9. C. de inoffic. donat. — non conuenit, dubitari, quod immodicarum donationum omnibus *querela ad ſimilitudinem inofficioſi teſtamenti*, legibus fuerit introducta, vt ſit in hoc actionis vtriusque vel vna cauſſa, vel ſimilis exiſtimanda, vel idem et temporibus, et moribus. Daher iſt der Regel nach, auf dieſe Querel alles das anzuwenden, was bey der querela inofficioſi teſtamenti Rechtens iſt.

Der Grund der querelae inofficioſae donationis beſteht alſo in einer pflichtwidrigen Schenkung, das heißt in einer ſolchen Schenkung, welche weder zur Belohnung gewiſſer, von dem Beſchenkten dem Schenker geſchehenen Präſtationen, geſchehen iſt, noch durch eine ſolche Urſache, aus welcher die Geſetze eine Enterbung geſtatten, gerechtfertigt werden kann, wodurch ein Notherbe um ſeinen ganzen Pflichttheil gebracht worden iſt. Die Schenkung muß alſo nicht zur Belohnung gewiſſer von dem Beſchenkten, dem Schenker geſchehenen Präſtationen, geſchehen, das heißt, es darf keine remuneratoriſche, ſondern eine bloße, ohne alle Rückſicht auf gewiſſe Präſtationen des Beſchenkten, geſchehene Schenkung ſeyn, donatio ſimplex. Der Notherbe muß durch eine ſolche Schenkung ganz um ſeinen Pflichttheil gekommen ſeyn. Man ſieht nicht darauf, ob der Schenker die Schenkung blos in der Abſicht vorgenommen hat, den Pflichttheil zu vernichten, oder ob die Schenkung die Wirkung hat, daß der Notherbe nun ſeinen ganzen Pflichttheil verliehrt [s]). Es iſt nach der Be-

r) Lib. III. Tit. 29. Cod. de inoffic. donat.

s) WALCH Diſſ. de praeſcript. donat. inoffic. §. 5.

hauptung berühmter Rechtsgelehrten kein Unterschied anzunehmen, ob die Schenkung unter Lebendigen geschehen sey, oder auf den Todesfall [t]), wenn gleich andere Rechtsgelehrten in dem letzten Fall diese Querel versagen [u]). Da sich die Frage, ob Jemand ganz um seinen Pflichttheil gekommen sey, erst nach dem Tode desjenigen, aus dessen Vermögen der Pflichttheil gefordert werden kann, beantworten läßt, indem es leicht möglich ist, daß der Schenker nach gemachter Schenkung neues Vermögen erwarb; so folgt von selbst, daß diese Querel nicht eher als nach dem Tode des Schenkers, von seinem Notherben angestellt werden kann. Hinterläßt der Schenker nichts, so muß ausgemittelt werden, wie groß das Vermögen war, als die Schenkung geschahe [x]). Sobald er aber nur etwas hinterläßt, es mag auch noch so wenig seyn, so kann der Notherbe blos auf die Ergänzung des Pflichttheils klagen.

Der Kläger ist jeder Notherbe, dem durch die vorgenommene Schenkung sein ganzer Pflichttheil entzogen worden ist, ohne eine gerechte Ursache. Solche Notherben sind die Kinder, Eltern und selbst Geschwister des Schenkers [y]), wenn letztern eine eheloſe Person vorgezogen worden ist. Schenkt der verstorbene Bruder, einer eheloſen oder verleumdeten Person sein ganzes Vermögen, und die Geschwister bekommen nun gar nichts von ihm, so stellen sie die gegenwärtige Querel an. Auf die Erben eines auf solche Art gänzlich um seinen Pflichttheil gebrachten Notherben, geht diese Querel nur alsdenn über, wenn der Erblasser selbst, bey seinem Leben, gerichtlich oder außergerichtlich erklärt hat, daß er die Querel anstellen wolle; denn so wird es auch bey der querela inofficioſi teſtamenti

t) Voet ad tit. de mort. cauſa donat. §. 40.

u) Perez ad Cod. Lib. III. Tit. 29. nr. 3. Lavterbach Diſſ. de inoffic. donat. §. 25.

x) Novella 92. Auth. vnde Cod. de inoffic. teſtam.

y) Glossa ad L. 2 et 4. Cod. de inoffic. donat.

menti gehalten. Der Schenker selbst darf die Querel nicht anstellen, weil Niemand seine eigene freywillig unternommene Handlung anfechten darf. Will er die Schenkung anfechten, so muß es wegen vorhandener Nullität derselben, oder aus einer andern rechtmäßigen Ursache geschehen.

Der Beklagte ist derjenige, dem die Schenkung, zum Nachtheil des Klägers, gemacht worden ist, und welcher das Geschenk nicht herausgeben will; er mag übrigens selbst ein Notherbe seyn, oder ein Fremder, und wenn es der Kaiser selbst wäre [z]). Es wird nicht darauf gesehen, wer die Person sey, der etwas geschenkt worden ist, sondern man nimmt blos auf die Verschwendung des Schenkers Rücksicht, und auf die Entziehung des Pflichttheils. Auch sein Erbe haftet wie bey der querela inofficiosi testamenti.

Die Bitte der Querel geht darauf: die Schenkung aufzuheben, und Beklagtem anzuhalten, daß er, wegen des dem Kläger gebührenden Pflichttheils, das geschenkt erhaltene Vermögen demselben herausgebe, auch alle Schäden und Kosten ersetze. Von der Streitigkeit, ob die querela inofficiosae donationis die Wirkung habe, daß dadurch die ganze Schenkung umgestoßen werde, oder ob sie doch so weit für gültig zu halten sey, als der Pflichttheil nicht dadurch entzogen worden ist, ist bereits das Wichtigste gesagt worden.

Von den Einreden, welche unserer Querel entgegen gesetzt werden können, sind zu merken, 1) die Einrede, der Schenker lebe noch, folglich habe die Klage noch nicht statt; 2) Kläger sey kein Notherbe. 3) Kläger habe sich gegen den Schenker undankbar bewiesen; und hier wird blos auf eine solche Ursache gesehen, die zur wirklichen Enterbung erfordert wird; der Beklagte muß auch die dem Kläger vorgewor-

z) L. 8. §. 1. D. de inoffic. test. L. 9. C. de inoffic. donat.

geworfene Undankbarkeit beweisen [a]). 4) Kann vorgeschützt werden, Kläger sey durch die Schenkung im Pflichttheile nicht verletzt worden. Hier muß der Kläger zeigen, daß ihm der Pflichttheil wirklich ganz entzogen worden sey. 5) Kann vorgeschützt werden, Kläger habe die Schenkung genehmigt, und für eine solche Genehmigung ist es zu halten, wenn Kläger dasjenige, was ihm bey der Schenkung statt des Pflichttheils ausgesetzt worden ist, genommen hat [b]). 6) Die Schenkung sey nicht aus Haß vorgenommen worden, sondern in guter Meynung. Gesetzt, Jemand hat einen Sohn, der ganz verschuldet ist, und der Vater muß fürchten, wenn er gestorben ist, und der Sohn bekommt das Vermögen, daß seine Gläubiger alles an sich ziehen werden. Dieses zu hintertreiben, schenkt der Vater das ganze Vermögen, des Sohnes Kindern, seinen Enkeln. Dieß ist für keine pflichtwidrige Schenkung zu halten, nach dem Beyspiel der exheredationis bona mente facta. 7) Kann die Einrede vorgebracht werden, die angefochtene Schenkung sey eine remuneratorische, sie sey zur Belohnung gewisser vom Beschenkten dem Schenkgeber geleisteten Dienste geschehen. In solchen Fällen ist keine Schenkung vorgenommen worden, sondern die gegebene Sache ist als Vergütung desjenigen zu betrachten, was uns der Andere geleistet hat. Auf diese Einrede kann Kläger repliciren, die facta, weshalb die Schenkung als eine remuneratorische ausgegeben werde, müßten erst erwiesen werden. Noch kann 8) die Einrede der verjährten Klage vorgeschützt werden. Es wird diese Klage, wie die querela inofficiosi testamenti, nach deren Beyspiel sie eingeführt worden ist, in fünf Jahren verjährt [c]); die Verjährung geht aber erst vom Tode des Schenkers an. Sollte die Querel als verjährt

a) Nov. 115. cap. 3. pr. Boehmer de action. Sect. II. cap. 3. §. 46. not. e.

b) L. 6. C. de inoffic. donat.

c) L. 9. Cod. de inoffic. donat.

jährt zu betrachten seyn, so muß untersucht werden, ob man die Schenkung aus dem Grunde einer Nichtigkeit anfechten könne, oder ob sie nicht durch die gesuchte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand umgestoßen werden kann. Eine Nichtigkeit ist vorhanden, weil der Schenker zur Zeit der geschehenen Schenkung den Gebrauch seines Verstandes nicht hatte. So kann sich auch der verletzte Notherbe, z. B. die Mutter, der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus der Person des Schenkers, ihres Sohnes bedienen, wenn dieser minderjährig gewesen ist [d]). Die querela nullitatis dauert dreyßig Jahre.

Was das forum betrifft, wo die querela inofficiosae donationis angestellt werden kann, so kann solche nicht nur im foro domicilii, als dem foro generali, angebracht werden, sondern auch beym Richter der gelegenen Sache, weil sie nach dem Muster der Querel wegen eines vorhandenen pflichtwidrigen Testaments eingeführt worden ist; dieser aber gehört unter die Realklagen. Es behaupten zwar einige Rechtsgelehrte [e]), sie gehöre zu den persönlichen Klagen, und dürfe also blos beym Richter des Wohnorts angebracht werden, weil sie durch die L. 87. §. 3. D. de legat. II. eingeführt worden, daher sie als eine condictio ex Lege zu beurtheilen sey. Darauf antworten die Gegner: sie ist auf eben die Art in Gesetzen gegründet, wie die Klage wegen eines vorhandenen pflichtwidrigen Testaments [f]).

Wegen des Zusammenhanges der Grundsätze, will ich auch von der querela inofficiosae dotis das Wichtigste anführen. Dieses Rechtsmittel ist von der querela inofficiosae donationis nur durch den Gegenstand unterschieden. Es hat nämlich die letztere wegen einer pflichtwidrigen Schenkung statt; diese aber wegen pflichtwidriger Zuwen-

d) L. 4. C. de inoffic. donat.

e) Schwendendörfer de actionibus succ. pag. 261.

f) Boehmer de actionibus, Sect. III. cap. 2. §. 43.

wendung eines Brautschatzes. Auch diese Querel ist nach dem Beyspiel der querelae inofficiosi testamenti eingeführt worden [g]). Es kann solche in zwey Fällen gebraucht werden, und zwar 1), wenn eine Tochter von ihren Eltern eine solche Ausstattung erhalten hat, daß die übrigen Geschwister dadurch ganz und gar um ihren Pflichttheil gebracht worden sind. Hier pflegt sie querela inofficiosae dotationis genennt zu werden. Gesetzt, der Vater giebt seiner ältesten Tochter sein ganzes Vermögen zur Ausstattung mit, und zieht zu ihr ins Haus. Hier können die andern Kinder, nach seinem Tode, um die Aufhebung dieser Schenkung bitten; sie dürfen aber nicht das ganze Vermögen zurück fordern, sondern nur so viel, als ihr Pflichttheil ausmacht, weil die Ausstattung einer solchen Person geschehen war, welche ebenfalls den Pflichttheil bekommen muß [h]). Hat der Vater einer fremden Person das ganze Vermögen zur Ausstattung überlassen, so ist diese Handlung für eine pflichtwidrige Schenkung zu halten, und hier fordern die Notherben alles zurück, was zur Ausstattung gegeben worden ist. Außer dem angeführten Falle ist 2) die querela inofficiosae dotis anwendbar, wenn die Mutter ihr ganzes Vermögen dem zweyten Ehemanne zum Brautschatze überlassen und dabey versprochen hat, es solle dieser Brautschatz nach ihrem Tode dem Manne verbleiben, wodurch also die Kinder der ersten Ehe ganz um ihren Pflichttheil kommen. In diesem Falle können die Kinder das ganze Vermögen zurück fordern, weil die Mutter durch eine solche Handlung ihr ganzes Vermögen einem Fremden zugewendet hat, um dadurch ihren Kindern der ersten Ehe den Pflichttheil zu entziehen. Unter diesen Umständen wird die Klage, querela inofficiosae dotis in specie genennt.

§. 8. Ich komme zu der so genannten actio ad supplementum legitimae, seu ad supplendam legitimam. Es darf

g) L. vn. Cod. de inoffic. dotibus.

h) Mevius in Dec. Part. IX. Dec. 181.

darf solche nicht mit der actio suppletoria, welche auch condictio ex Lege 30. C. de inoffic. test. genennt wird, verwechselt werden. Sie kommt zwar darin mit ihr überein, daß sie statt findet, wenn dem Notherben der Pflichttheil nicht ganz, sondern nur in etwas entzogen worden ist; allein bey jener wird vorausgesetzt, daß dem Notherben durch einen letzten Willen, ob er schon darin zum Erben eingesetzt worden ist, sein Pflichttheil geschmälert worden ist; dahingegen unsere Klage statt hat, wenn der Notherbe eine Verkürzung seines Pflichttheils auf andere Weise als durch einen letzten Willen, z. B. durch eine geschehene Schenkung, oder Ausstattung, erlitten hat.

Der Kläger ist ebenfalls der Notherbe, welcher auf die angeführte Art in seinem Pflichttheil verkürzt worden ist, folglich können auch des Verstorbenen Geschwister davon Gebrauch machen, wenn ihr verstorbener Bruder zu Verkürzung ihres Pflichttheils, einer schändlichen Person zu viel geschenkt, oder zur Ausstattung gegeben hat; da doch die Geschwister nichts begangen haben, weswegen Geschwister einander enterben dürfen.

Der Beklagte ist derjenige, an welchen die Schenkung oder Ausstattung, zum Nachtheil des Pflichttheils geschehen ist. Dieser ist nun entweder auch der Notherbe, z. B. der Vater oder die Mutter, hat den Geschwistern des Klägers so viel geschenkt, oder zur Ausstattung gegeben, daß der Kläger dadurch im Pflichttheil verkürzt worden ist; oder der Beklagte gehört nicht unter die Notherben. Wider leztern findet gegenwärtige Klage ohne Unterschied statt. Gesetzt also, der Vater hat seiner zweyten Frau eine größere Aussteuer vermacht, als er von ihr erhalten hat, und dadurch sind seine Kinder der ersten Ehe in ihrem Pflichttheile verletzt worden; oder die Mutter schließt mit ihrem zweyten Ehegatten im Ehevertrage den Vertrag, daß er den Brautschatz nach ihrem Tode behalten solle, und dadurch sind ihre Kinder erster Ehe an ihrem

Pflicht-

Pflichttheile verletzt worden i). In Fällen der ersten Art kommt es weiter darauf an, ob der Beklagte von seinem Vater oder von seiner Mutter, mit erben will, oder nicht. Das letzte darf zum Nachtheil des Klägers, um ihn dadurch im Pflichttheile zu verkürzen, nicht geschehen; denn wenn das anginge, so könnten die übrigen Notherben auf diesem Wege beständig in ihrem Pflichttheile verkürzt werden. Will ein Notherb nicht mit erben, so mag er dem andern den Pflichttheil ergänzen, und wenn dieß geschehen ist, so steht es ihm frey, auf die Erbschaft Verzicht zu thun. Will der Beklagte mit erben; so muß er erst das Empfangene conferiren, und nunmehr fällt diese Klage weg; denn davon, was der Beklagte zur Erbschaftsmasse hergiebt, bekommt der Kläger seinen Antheil, folglich wird die Verletzung dadurch gehoben. Von der Verbindlichkeit zur Collation ist jedoch der Beklagte frey, wenn ihm der Verstorbene solche erlassen hat, und es gereicht diese Anordnung nicht zum Nachtheil des Pflichttheils, und nun hat die gegenwärtige Klage auch nicht statt k). Sollte die Collation zum Nachtheil des Pflichttheils erlassen worden seyn; so hat die Klage statt, weil der Pflichttheil dem Notherben durch keine Disposition, sie heiße wie sie wolle, und also auch durch keine Erlassung der Collation geschmälert werden darf l).

Die Bitte wird darauf gerichtet: daß Beklagter von der erhaltenen Schenkung, oder Ausstattung, Klägern so viel, als ihm an seinem Pflichttheile fehlt, nach zu Recht beständigem Inventarium, oder in dessen Ermangelung, nach einer eydlich zu bestärkenden Specification, mit allen Nutzungen heraus zu geben, auch alle Schäden und Unkosten

i) Boehmer de actionibus Sect. III. cap. 2. §. 43. not. d.

k) L. 1 et 2. C. de collat. Nov. XVIII. cap. 6.

l) L. 32. C. de inoffic. testam. Brvnnemann ad L. 10. §. 3. D. de collat. bonor.

kosten zu erstatten schuldig sey. Der Beklagte muß dem Kläger so viel herausgeben, als demselben an seinem Pflichttheile fehlt, wobey auf die Zeit der geschehenen Schenkung oder Ausstattung Rücksicht genommen werden muß. Der Regel nach muß zwar sonst, wenn von der Bestimmung der Größe des Pflichttheils die Rede ist, auf die Zeit des Todes des Erblassers gesehen und bestimmt werden, wie viel damals sein Vermögen betrug, weil der Pflichttheil ein Theil des Vermögens eines Todten ist [m]). Allein in der Authentica vnde C. de inoffic. testam., welche aus der mit ihr übereinstimmenden 92sten Novelle Kap. 1. genommen worden, ist diese Regel geändert und verordnet worden, daß auf die Zeit der geschehenen Schenkung oder Ausstattung gesehen werden soll, weil zu jener Zeit die Verletzung im Pflichttheile vorgenommen wurde. Daher kommt es nach diesem neuern Gesetz darauf an, wie viel das Vermögen, wovon der Notherbe den Pflichttheil fordert, damals betrug. So viel als damals der Notherbe zum Pflichttheil fordern konnte, so viel muß er auch jetzt, zur Zeit des Todes des Erblassers, wirklich erhalten.

Von den Einreden wider unsere Klage sind zu merken, 1) die Einrede, Kläger sey in seinem Pflichttheil nicht verletzt worden, und nun muß Kläger die behauptete Verletzung beweisen. 2) Er habe erklärt, er wolle mit dem, was ihm ausgesetzt worden, zufrieden sind. 3) Die Klage sey durch die eintretende Verjährung gehoben worden. Es hat aber hier nur eine 30jährige Verjährung statt, welches bey der actio suppletoria ebenfalls der Fall ist; und hierdurch unterscheidet sich unsere Klage sehr deutlich von der querela inofficiosi testamenti, und der querela inofficiosae donationis, welche mit fünf Jahren erloschen sind. Unstatthaft ist die Einrede: daß Kläger wegen bewiesener Undankbarkeit nichts mehr fordern könne; es müßte denn der Verstorbene die Undankbarkeit schon angeführt haben [n]).

Zeither

m) L. 6. C. de inoffic. testam.

n) L. 30. Cod. de inoffic. test.

Zeither sind die Klagen angeführt worden, die der Schenker anstellen kann; und nun komme ich zu den Klagen, welche der Beschenkte anstellen kann. Er hat eine Realklage und eine persönliche Klage. Erstere ist die Reivindikation. Davon kann der Beschenkte Gebrauch machen, wenn ihm die geschenkte Sache auf symbolische Weise, das heißt, durch eine die wirkliche Uebergabe vorstellende Handlung übergeben worden ist, und er also hierdurch zwar das Eigenthum, aber noch nicht den Besitz der geschenkten Sache erhalten hat. Gesetzt, der Schenker hat ihm, zum Zeichen der Uebergabe des geschenkten Hauses, die alten Kaufbriefe, die vormals über das Haus aufgesetzt worden, übergeben, und gleichwohl weigert er sich jetzt, ihm das geschenkte Haus selbst einzuräumen. Hier stellt der Beschenkte die Reivindikation wider ihn an; denn durch die Schenkung und Uebergabe hat sich derselbe seines Eigenthums an der Sache begeben, und solches auf den Beschenkten übergetragen; jedoch muß es eine Sache seyn, wovon man das Eigenthum haben kann. Diese Klage ist auch zu gebrauchen, wenn man wider einen Dritten klagen muß, an den die geschenkte Sache nach der Schenkung veräußert worden ist. Ist der Beschenkte durch eine wahre Uebergabe zum Besitz der Sache gekommen, so braucht er wider den Schenker oder seine Erben nicht zu klagen, weil er ja schon im Besitz der Sache ist. Geräth solche nachher ohne sein Wissen und Willen in die Hände eines Dritten, so kann er wider diesen alle einem Eigenthümer zustehende Klagen, die Reivindikation, condictionem furtiuam, u. s. f. anstellen.

Von persönlichen Klagen kann der Beschenkte nach dem römischen Rechte actionem ex stipulatu anstellen, wenn die Schenkung durch eine Stipulation geschehen war; oder wenn dieses nicht der Fall war, so soll condictio ex L. 35. §. vlt. Cod. de donat. angestellt werden. Will ein Ehegatte, dem der andere Ehegatte eine Schenkung zu machen versprochen hatte, oder nach dessen Tode dessen Erbe, wider den noch lebenden schenkenden Ehegatten auf Erfüllung

füllung des Versprechens klagen, so muß eine besondere gerechte Ursache vorhanden seyn, die diesen verbindlich macht, sein Versprechen zu erfüllen, so daß er es nicht einseitig zurücknehmen kann. Ein solcher Grund würde da seyn, wenn die Schenkung nicht aus bloßer Freygebigkeit versprochen worden, sondern zur Vergeltung, jedoch muß die Ursache gleich in der Klage angeführt werden, außerdem findet die Klage angebrachtermaßen nicht statt [o]). Wider diese Klage kann man die Einrede verschützen, daß der klagende Ehegatte die Dienste, wofür er die Schenkung fordere, schon vermöge der ehelichen Verbindlichkeiten, aus Schuldigkeit, ohne etwas dafür als Vergütung fordern zu können, habe leisten müssen [p]).

Nach Justinians neuern Gesetzen kann auf die Erfüllung einer verbindlich geschehenen Schenkung die condictio ex Lege §. 35. §. vlt. C. de donat. angestellt werden. Will der Schenkgeber das Geschenk nicht herausgeben, so klagt der Beschenkte auf die Erfüllung des Versprechens, nur muß er die geschehene Annahme des Versprechens ausdrücklich in der Klage anführen.

Der Kläger ist der, dem das Geschenk versprochen worden, wie auch sein Erbe. Ist mehrern Personen zusammen ein Geschenk versprochen worden, so haben sie entweder alle mit einander das Geschenk angenommen, oder dieses ist nicht geschehen. In dem letzten Falle kann derjenige, welcher die Schenkung nicht mit angenommen hat, nicht klagen, wenn die übrigen solche nicht mit für ihn angenommen haben [q]). Im ersten Fall ist entweder das Geschenk schon einem von ihnen übergeben worden, oder nicht. Ist jenes, so geht dieser, in Ansehung des erlangten Eigenthums, den

o) L. 7. §. 2. D. de donat. int. vir. et vxor.

p) L. 22. §. 7. D. solut. matr. L. 1. D. de ritu nupt. Leyser Spec. 436. Med. 2. Hr. Hofr. Schmidt in den öffentl. Rechtsspr. Nr. 92.

q) L. 10. D. de donat.

andern vor [r]); die Andern müssen nunmehr den Schenker mit der gegenwärtigen Klage auf das Interesse belangen, daß er ihnen den Werth der Sache nach dem Betrag ihres Antheils bezahle [s]). Wenn das letzte geschehen ist, so können sie die Klage zusammen in einer Klageschrift anbringen, weil sie als Consorten zu betrachten sind.

Der **Beklagte** ist derjenige, von dem die Schenkung versprochen worden, wie auch sein Erbe. Ein dritter Besitzer der verschenkten Sache, des Hauses, des Gartens z. B. kann mit unserer Klage, weil sie eine persönliche ist, nicht belangt werden. Selbst die **Reivindikation** kann nicht wider ihn angestellt werden, weil der Beschenkte noch nichts übergeben erhalten hat, wodurch erst das Eigenthum erlangt wird.

Das **Gesuch** der Klage geht darauf: daß Beklagter für verbindlich erklärt werde, Klägern die Sache, die er ihm geschenkt habe, nebst den vorhandenen Nutzungen zu übergeben. Der **Kläger** kann allerdings die Nutzungen der verschenkten Sache fordern [t]), und man rechnet hierzu auch solche Früchte, welche der Schenkgeber dolo zu besitzen aufgehört hat; jedoch sind nur diejenigen darunter zu verstehen, welche nach erhobener Klage verbraucht worden sind, aber nicht die, welche der Beklagte vor angestellter Klage consumirt hat. Er konnte solche als Eigenthümer verbrauchen; es muß auch jede Schenkung eingeschränkt erklärt, und blos von der geschenkten Sache verstanden werden [u]). Diesen Grundsätzen gemäß dürfen von dem verschenkten Kapitale, wenn dessen Abtragung verzögert worden war, keine Zinsen gefordert werden [x]). Ist das versprochene Geschenk nicht mehr vorhanden, so wird der Werth gefordert, wenn die

r) L. 15. C. de rei vindicat.

s) LAUTERBACH h. t. §. 41.

t) L. 41. §. 1. D. de re iudic.

u) L. 9. §. 1. L. 11. D. de donat.

x) L. 22. D. de donat.

die Sache nicht durch einen Unglücksfall verlohren gegangen ist, denn dieser befreyt den Schuldner.

Gegen die gegenwärtige Klage kann die Einrede vorgeschützt werden, 1) es sey kein Geschenk versprochen worden, und nun muß Kläger die Thatsache der Schenkung beweisen. 2) Hat die Einrede statt, die Schenkung gelte nicht, da es an der gerichtlichen Insinuation fehle. Hierauf wird replicirt, sie gelte, wenigstens bis auf 500 Dukaten [y]); 3) es sey das Geschenk zu Erbauung eines abgebrannten oder eingefallenen Hauses versprochen worden [z]); oder 4) zur Freymachung Gefangener [a]); 5) es sey keine bloße Freygebigkeit, sondern eine donatio remuneratoria [b]); oder es ist gar keine Schenkung, welches bey der donatio propter nuptias der Fall ist [c]). Endlich bedürfen Schenkungen, welche 500 Dukaten übersteigen, keiner gerichtlichen Insinuation, wenn sie vom Landesherrn oder seiner Gemahlin [d]) gemacht worden, oder man hat dem Landesherrn etwas geschenkt [e]). Alle diese Umstände werden replicando vorgebracht.

y) L. 34. pr. L. 35. §. 3. L. 36. §. vlt. C. de donat.
z) L. 36. §. 2. C. de donat.
a) L. 36. pr. C. eod.
b) L. 27. pr. D. h. t. Wernher Obs. Part. II. Obs. 480.
c) Novella 119. cap. 1.
d) L. 34. pr. C. de donat.
e) Auth. item a priuato. C. de donat.

Lib. XXXIX. Tit. VI.

de

mortis causa donationibus et capionibus.

§. 1707 — 1712.

Eine Schenkung, deren Verbindlichkeit vom Tode des Schenkenden abhängt, das heißt, die nicht eher unwiderruflich ist, als bis der Schenkende stirbt, wird donatio mortis causa genennt; z. B. man sagt zu dem A., ich schenke ihnen auf den Fall, daß ich sterbe, mein Haus; so lange ich lebe, sollen sie kein unwiderrufliches Recht an dem Hause haben, sondern erst alsdenn, wenn ich todt bin, soll die Schenkung fest und unauflöslich seyn; hier ist eine Schenkung auf den Todesfall von mir gemacht worden. Wenn eine Schenkung von Todeswegen vorhanden seyn soll, so muß die Verbindlichkeit der Schenkung vom Todesfalle abhängen; und zwar vom Tode des Schenkenden. Wird die Vollkommenheit der Schenkung auf den Tod eines Dritten verschoben, so heißt die Handlung mortis causa capio; z. B. der Schenkgeber sagt, auf den Fall, daß mein Onkel stirbt, sollen sie mein Haus als Geschenk erhalten. Unter mortis causa capio wird überhaupt alles verstanden, was man durch den Todesfall eines Andern, oder bey Gelegenheit desselben erwirbt, das aber weder als Erbschaft, noch als Legat, noch als Fideikommiß betrachtet werden darf. Die mortis causa donatio gehört also auch darunter [a]).

Die

a) L. 8. L. 18. L. 21. L. 31. L. 38. D. de mort. causa donat.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0496
DFG

Die mortis causa donatio ist ein Mittelding zwischen Vertrag und letztem Willen. Einige Eigenschaften derselben kommen mit dem Wesen eines Vertrags überein, oder aber mit der Natur eines letzten Willens. Die berühmtesten römischen Rechtsgelehrten waren darüber nicht einig, wohin sie die Schenkungen von Todeswegen rechnen sollten. Die Cassianer hielten sie für Verträge [b]). Julian und Ulpian hielten sie den Vermächtnissen gleich [c]). Justinian entschied, daß sie als Vermächtnisse gelten sollten [d]). Allein daraus folgt noch nicht, daß diese Schenkungen ganz nach den Grundsätzen von letzten Willensverordnungen zu betrachten, und mit den legatis gleich zu halten sind, wie einige Rechtslehrer [e]) behauptet haben. Dieß widerspricht deutlichen Gesetzen [f]), worin gesagt wird: man könne sich verbindlich machen, eine Schenkung von Todeswegen nicht zu widerrufen; dieses Versprechen ist ja aber bey einem letzten Willen ungültig. Im §. 1. Inst. h. t. wird bemerkt, die donatio mortis causa sey per omnia *fere* den legatis gleich, also ist sie es doch nicht ganz [g]).

Die Schenkung von Todeswegen schwankt zwischen Vertrag und letztem Willen; sie kommt nämlich mit einem letzten Willen in folgenden Stücken überein, als 1) darin, daß derjenige, welcher mortis causa schenken will, befugt seyn muß, ein Testament zu machen; daher kann ein Apostate, das heißt, derjenige, welcher von der christlichen Religion zur jüdischen, oder muhamedanischen übergetreten ist,

b) L. 35. §. 3. D. de mort. causa donat.

c) L. 17. D. h. t. L. 1. §. 1. D. quae in fraud. patron.

d) §. 1. Inst. h. t. L. 4. C. eod. Nov. 87.

e) Io. Tob. Richter Diss. de acceptat. in don. mort. causa non necess. §. 4.

f) L. 35. §. 3 et 4. D. h. t. Pr. Inst. eod. Nov. 87. cap. 1.

g) Chr. Henr. Stryck Diss. interesse controvers. iuris, cap. 5. §. 24.

keine Schenkung von Todeswegen eingehen. Eine Ausnahme hat bey filiisfamiliis statt; denn diese dürfen mortis causa schenken, wenn es ihnen der Vater erlaubt, ob sie gleich kein Testament machen dürfen. Die Ursache, warum filiifamilias nicht einmal mit des Vaters Erlaubniß testiren dürfen, liegt ganz allein darin, weil die zwölf Tafelgesetze blos dem paterfamilias das Recht ertheilten, ein Testament zu machen; da es nun unvernünftig gewesen seyn würde, einem filiofamilias die Eingehung einer Schenkung von Todeswegen zu verbieten, wenn sein Vater nichts dagegen hatte; so dehnte man das Gesetz nicht auf mortis causa donationes aus. Bey andern Personen, welche kein Testament machen dürfen, treten andere Ursachen ein, und zwar solche, die eben sowohl auf die donationes mortis causa, als auf die Testamente anwendbar sind. Da es nun dem Sohn erlaubt ist, mit Einwilligung des Vaters, etwas auf seinen Todesfall zu verschenken, so kann man die Frage aufwerfen, ob der Vater das Recht habe, eine mit seiner Einwilligung geschehene Schenkung dieser Art zu widerrufen [h]).

2) Muß die donatio mortis causa vor fünf Zeugen geschehen, welches bey allen letzten Willensverordnungen, worin kein directer Erbe eingesetzt wird, der Regel nach erforderlich ist, aber bey Verträgen nicht. Dieß hat Justinian zuerst vorgeschrieben [i]); auch ist diese Feyerlichkeit nothwendig; und blos eine gerichtliche donatio mortis causa gilt ohne Zeugen [k]). Uebrigens müssen die Zeugen alle auf einmal beysammen seyn [l]).

3) Nur solchen Personen kann etwas von Todeswegen geschenkt werden, denen man im letzten Willen etwas hinterlassen darf.

4) So

h) Vinnius ad Pr. Inst. quib. non est permiss. nr. 3.

i) L. fin. C. h. t. de Pufendorf Obs. Tom. IV. Obs. 260.

k) Bayer in Opusc. Tom. I. pag. 289.

l) Coccejii in iure contr. h. t. Qu. 4.

4) So wie man seinen letzten Willen in jeder Stunde widerrufen kann, so steht es auch dem donator mortis causa frey, seine gemachte Schenkung von Todeswegen zu widerrufen, so bald sie ihn reuet. Dieß ist merkwürdig, als eine positive Verordnung des römischen Rechts, die das Naturrecht nicht kennt. Sagt z. B. Jemand, wenn ich sterbe, sollst du mein Haus haben; und der Andere acceptirt diese Erklärung, so ist es nach dem Naturrecht ein gültiger und unwiderruflicher Vertrag; das römische Recht erlaubt aber, die Schenkung zurück zu nehmen. Daher können Ehegatten einander mortis causa schenken, daher bedarf die donatio mortis causa keiner gerichtlichen Insinuation; daher kann auch ein Minderjähriger mortis causa schenken, und er braucht den Consens seines Curators gar nicht dazu [m]). In dem Fall, wenn ich Jemandem etwas mortis causa in Rücksicht auf eine gewisse Lebensgefahr schenke, z. B. ich sage, ich schenke dir auf den Fall, wenn ich in dem heutigen Treffen bleibe, meine Equipage; wird die Schenkung von selbst, auch ohne vorgenommenen Widerruf, ungültig, so bald ich in dieser Gefahr nicht umkomme [n]).

5) Wenn ich einem etwas in einem letzten Willen hinterlasse, so ist erforderlich, daß er mich überlebe; stirbt er vor mir, so können seine Erben nichts verlangen. Eben dieß ist auch bey der donatio mortis causa Rechtens.

Die Schenkung von Todeswegen hat auch manches mit den Verträgen gemein, und geht von den letzten Willensverordnungen 1) darin ab, daß sie acceptirt werden muß. Der Jurist Marcellus sagt [o]) — mortis causa donatur, quod praesens praesenti dat, und Papinian [p])

m) Cocceii l. c. Qu. 5. Lauterbach Diss. ad h. t. thes. 19.

n) §. 1. Inst. h. t. ibique Vinnius nr. 1.

o) L. 38. D. de mort. caus. donat.

p) L. 75. L. 77. §. 26. D. de legat. II.

läßt die nicht acceptirte donationem mortis causa nur als ein Fideikommiß gelten. Wenn keine Acceptation bey dieser Art von Schenkungen nöthig wäre, so läßt sich kein Grund anführen, weswegen die größten römischen Rechtsgelehrten sie unter die Verträge zählten. Daß Justinian den wesentlichen Unterschied zwischen der Schenkung von Todeswegen und einem reinen letzten Willen habe aufheben wollen, steht in seiner Verordnung [q]) nicht, wie berühmte Rechtsgelehrte [r]) gezeigt haben; so wenig es zu leugnen ist, daß andere große Rechtsgelehrte der entgegen gesetzten Meynung sind, z. B. der verstorbene Domherr Püttmann [s]), welcher die L. 4. C. h. t. und §. 1. Inst. eod. dafür anführt, wogegen aber manches gesagt werden kann [t]). Die Acceptation muß übrigens schon beym Leben des donatoris geschehen seyn; denn wenn der Schenknehmer erst nach dem Tode des Schenkgebers die Schenkung acceptirt hat, so braucht der Erbe diese Acceptation nicht zu respektiren. Noch ist zu bemerken, daß eine Disposition das Ansehen einer Schenkung von Todeswegen haben, und doch ohne Acceptation gelten kann [u]), nämlich in dem Falle, daß Jemand erklärt hat, er schenke dem A. auf seinen Todesfall seine goldene Uhr, und es kann nicht erwiesen werden, daß er die Acceptation verlangt oder erwartet habe. Jetzt gilt die Disposition als ein Vermächtniß, oder Fideikommiß, nur müssen die nöthigen Eigenschaften einer letzten Willensverordnung vorhanden seyn. 2) Bey einer Schenkung von Todeswegen kann man sich verbindlich machen, sie nie zu widerrufen; dieser Vertrag ist aber bey einem letzten

q) L. fin. C. de mort. cauſſ. donat.

r) Baver l. c. pag. 286.

s) Püttmann in Miſcell. cap. 26.

t) A. G. Blanckmeister Diſſ. vindic. commun. opin. de accept. in mort. cauſſ. don. neceſſ. Viteb. 1798.

u) L. 75. L. 77. §. 26. D. de legat. II. Schilter Exerc. 43. th. 32. Hommel Rhapſ. Obſ. 436.

letzten Willen ungültig. Ob durch dergleichen Vertrag die donatio mortis causa ihre Natur völlig verliehre, und zu einer Schenkung unter den Lebendigen werde, ist sehr bestritten. Es scheint das Gegentheil mehr für sich zu haben x). Wenn ich etwas in Rücksicht auf meinen Tod verschenke und dabey erkläre, daß die Schenkung in keinem Falle ungültig werden solle, so wäre es freylich keine Schenkung von Todeswegen mehr y). 3) Hängt die Gültigkeit nicht von der Antretung der Erbschaft ab; wenn nämlich ein Testamentserbe die Erbschaft nicht antritt, so werden die Legate ungültig, aber die Schenkungen auf den Todesfall nicht. 4) Der donatarius mortis causa muß nur zu der Zeit, da der Schenker stirbt, fähig seyn, ein solches Geschenk zu erwerben, ein Erbe und ein Vermächtnißnehmer aber müssen zur Zeit der Testamentserrichtung, und zur Zeit des Absterbens fähig seyn, etwas aus einem letzten Willen zu erwerben.

Bey der Frage: was für Klagen durch eine geschehene Schenkung von Todeswegen entstehen, ist ebenfalls, wie bey Schenkungen unter den Lebendigen, die Person des Schenkers und des Beschenkten zu unterscheiden. Bey dem Schenker lassen sich zwey Fälle denken. Es verlangt nämlich entweder der Schenker von dem Beschenkten die Erfüllung desjenigen, wozu derselbe sich seinerseits verbindlich gemacht hat; oder er will die Schenkung nicht halten. Auf jene Erfüllung kann er, so wie einer, der unter den Lebendigen etwas verschenkt hat, actione praescriptis verbis klagen. Will er an die Schenkung nicht gebunden seyn, so bedarf es in dem Falle, wenn er das, was er zu schenken versprochen hat, dem Beschenkten noch nicht übergeben hat, gar keiner Klage, sondern es ist, um die Schenkung

x) Hvnnivs in resolut. Lib. II. tract. 4. Qu. 2. Branchv Obs. Dec. I. cap. 4.

y) Bayer Progr. de forma donat. mort. caus. in Opusc. Tom. I. pag. 283. de Cramer Obs. 195. Chr. Henr. Stryck Diss. interesse controv. inr. cap. 5. §. 27.

kung unverbindlich zu machen, hinreichend, wenn er erklärt, daß er an solche nicht gebunden seyn wolle. Diese Erklärung ist auch nur in dem Falle nöthig, wenn die Schenkung nicht in Ansehung einer besondern, dem Schenker bevorgestandenen Todesgefahr gemacht worden ist; denn diese letzte Schenkung wird von selbst unverbindlich, ohne eine Revokation, wenn der Schenker der Todesgefahr, deren Vorstellung ihn zur Schenkung bewog, entgangen ist [z]). Ist das Geschenk dem Donatar bereits übergeben worden, so ist entweder die Schenkung in Rücksicht auf eine besondere Todesgefahr, woraus aber der Schenker gerettet worden ist, geschehen; oder dieses ist nicht der Fall, sondern sie geschahe schlechthin auf einen Todesfall. Unter den ersten Umständen kann condictio causſa data, causſa non secuta angestellt werden [a]); sollte aber die geschenkte Sache noch vorhanden seyn, so kann er sie vindiciren [b]). Jene Klage, ich meyne die condictio causſa data, causſa non secuta, kann zwar nur wider den Donatar angestellt werden; jedoch ist sie dem Schenker alsdenn sehr nützlich, wenn der Beschenkte die Sache selbst nicht mehr besitzt, und der Schenker hat entweder nicht Lust, die Sache von einem Dritten zu vindiciren, oder es geht gar nicht an, weil solcher die Sache bona fide zu besitzen aufgehört hat [c]). Besitzt der donatarius die geschenkte Sache nicht mehr, so geht die Klage auf die Vergütung des Werths der veräußerten Sache, weil er doch wußte, oder wissen konnte, daß die Schenkung, da sie in Ansehung eines besondern Todesfalls geschahe, welcher zu befürchten war, gleich von selbst alle Gültigkeit verliehren mußte, wenn der besonders befürchtete Tod nicht erfolgte. Im zweyten Falle hat der Schenker, außer der nützlichen Reivindikation, eine besondere Con-

z) §. 1. Inſt. de donat.

a) L. 35. §. 3. D. de mort. causſa donat.

b) L. 29. D. de mort. causſa donat.

c) L. 37. §. 1. D. de mort. causſa donat.

Condiction, nämlich ex L. 30. D. de mort. causſa donationibus. Jene kommt ihm deswegen zu ſtatten, weil der Beſchenkte erſt nach ſeinem Tode das Eigenthum erlangt, wofern er ſich deſſen bis auf den Widerruf nicht einſtweilen ausdrücklich begeben hat [d]). Es geht hier, wie bey Vermächtniſſen, wo der Erblaſſer durch die Ausſetzung des Legats, auch nicht das Eigenthum der vermachten Sache verliehrt, ſondern der Legatar es erſt mit deſſen Tode erlangt. Die condictio ex Lege 30. D. de mort. cauſſ. donat. kommt dem Schenker, oder, wenn er die Schenkung widerrufen hat, und nachher geſtorben iſt, ſeinen Erben, gegen den Schenknehmer, oder deſſen Erben, weil die Klage eine actio rei perſecutoria iſt, zu ſtatten, und geht darauf: das Geſchenk wieder zurück zu geben. Iſt die Sache nicht mehr ſelbſt da, ſo muß der Werth derſelben bezahlt werden. Wider den Erben, wenn er die Klage angeſtellt hat, findet die Einrede ſtatt, der Verſtorbene habe die Schenkung bey ſeinem Leben nicht widerrufen; hingegen die Einrede der Verjährung findet nicht ſtatt.

Bey den Klagen, welche der Beſchenkte anſtellen kann, iſt ein Unterſchied zu machen, ob die Schenkung, in Rückſicht einer beſondern, dem Schenker bevorſtehenden Todesgefahr geſchehen iſt, oder in Anſehung des Todes überhaupt. Wurde in dieſem letzten Falle das Geſchenk dem Beſchenkten, vom Schenkgeber in der Abſicht überliefert, daß er Eigenthümer davon werden ſolle, ſo kann der Beſchenkte, ſchon beym Leben des Schenkgebers, ſo lange er die Schenkung nicht widerrufen hat, gegen einen Dritten, alle einem Eigenthümer zuſtehende Klagen anſtellen; und mit noch mehr Recht kann er es thun, wenn der Schenkgeber geſtorben iſt, ohne daß er die Schenkung ausdrücklich oder ſtillſchweigend widerrufen hat. Die nämlichen Klagen hat er auch, wenn er die geſchenkte Sache nicht gleich anfangs als Eigenthum übergeben erhalten, ſondern z. B. blos zum Gebrauch.

Iſt

d) L. 29. L. 30. L. 32. D. h. t. LAUTERBACH l. c. §. 32.

Ist das Geschenk dem Beschenkten vom Schenkgeber nicht übergeben worden, er stirbt aber, ohne die Schenkung widerrufen zu haben, so kann der Beschenkte sowohl dingliche als persönliche Klagen anstellen, um das Geschenk zu bekommen. Dingliche Klagen sind, die Reivindikation, die Publicianische Klage, die hypothekarische Klage. Weil die Schenkungen auf den Todesfall, in Rücksicht der Rechtsgültigkeit, den Vermächtnissen gleich gemacht worden, so kann der Schenknehmer von Todeswegen auch die Klagen anstellen, die ein Vermächtniß bewirkt. Die persönlichen Klagen sind, wenn die Schenkung durch eine Stipulation errichtet worden, actio ex stipulatu; und wenn die Schenkung durch simple Worte geschlossen worden, muß condictio ex Lege vlt. Cod. de donat. mort. causſa angestellt werden; auch hat actio ex testamento vtilis statt. Ist der erste Fall, daß nämlich Jemandem in Rücksicht auf eine besondere, bevorgestandene Todesgefahr, Etwas geschenkt worden ist; so kann der Beschenkte, wenn der Schenker in dieser Gefahr gestorben ist, ohne die Schenkung widerrufen zu haben, alle bereits vorher angeführte Klagen anstellen. Hat der Schenker die Gefahr überstanden, so bedarf es gar keines Widerrufs der Schenkung, noch weniger einer Klage, denn die Schenkung ist dadurch, daß der Schenker der Gefahr entgangen ist, von selbst erloschen. — Diese Klagen kann auch der Erbe des Beschenkten anstellen, wenn er auch die Schenkung nach dem Tode des Schenkers, noch nicht aufs neue agnoscirt hat. Weil der Beschenkte das Recht auf das Geschenk, auf den Fall, wenn der Schenker, ohne die Schenkung zu widerrufen, gestorben ist, durch die Annahme der Schenkung erworben hat, so ist solches mit seinem Tode auf seine Erben übergegangen. Hierzu kommt noch, daß ein Legatar, welcher den Vermächtnißnehmer überlebt hat, und nach diesem erst stirbt, sein Recht auf das Vermächtniß auf seine Erben weiter vererbt, ob er gleich das Legat noch nicht agnoscirt hatte e).

Was

e) L. vn. §. 5. C. de caduc. tollend.

Was aber bey Vermächtnissen Rechtens ist, läßt sich auch auf Schenkungen von Todeswegen anwenden. Ist die Schenkung auf den Todesfall in einem Testament, oder Codicill ausgesetzt worden, wo also keine Annahme geschehen konnte, so erlangt sie dadurch die Kraft eines Legats [f]; und dieses ist ebenfalls deswegen Rechtens, weil Schenkungen auf den Todesfall und Legate einander gleich gemacht worden sind.

Der Klage, wodurch der auf den Todesfall Beschenkte, oder dessen Erbe, das Geschenk von den Erben des Schenkers fordert, können viele Einreden entgegen gesetzt werden. Hierher gehört 1) die Einrede, die Schenkung sey nicht acceptirt worden, worauf aber replicirt werden kann, es habe Jemand Anderes, Nahmens des Beschenkten, solche acceptirt; sie gelte auch ohne Acceptation als ein Legat, weil sie vor fünf Zeugen, oder gerichtlich gemacht worden sey [g]). Es hat 2) die Einrede statt, bey der Errichtung der Schenkung habe man nicht fünf Zeugen zugezogen. Die Gegenwart von fünf Zeugen ist übrigens nur alsdenn nöthig, wenn die Schenkung außergerichtlich geschehen ist; sollte sie aber gerichtlich, oder gar vor dem Landesherrn geschehen seyn, so hat die angeführte Einrede nicht statt [h]). Ferner fällt die Einrede weg, wenn der Schenker in Beyseyn seines Erben mündlich erklärt hat, daß A. Etwas von seinem Vermögen, als ein Geschenk auf den Todesfall haben solle [i]). 3) Kann vorgeschützt werden, der Schenker habe die Todesgefahr, wodurch er zu der Schenkung bewogen worden, überlebt. Hierauf kann replicirt

f) L. 75. pr. L. 77. §. 26. D. de legat. II. Leyser Spec. 438. Med. 5. Stryck in vsu mod. h. t. §. 12. Carpzov Resp. Lib. V. Resp. 62. nr. 16. sqq.

g) Püttmann Progr. de mort. causa donatione, absente licet et ignorante donatario facta, iure valida, Lipsi. 1787.

h) L. 31. C. de donat. Carpzov Part. III. Const. 1. Def. 33. Lavterbach h. t. §. 15.

i) L. fin. Cod. de fideic.

plicirt werden: der Verstorbene habe nicht gesagt, daß er lediglich wegen der ihm drohenden Todesgefahr die Schenkung mache [k]). Es kann 4) vorgeschützt werden, der Schenker habe die Schenkung widerrufen. Dieser Widerruf kann nicht allein ausdrücklich mit Worten geschehen, sondern man kann ihn auch aus gewissen Umständen folgern. Dahin gehört z. B. wenn der Schenker die auf den Todesfall geschenkte Sache, hinterher ohne Noth veräußert, oder wenn er mit dem Beschenkten nachher in Todfeindschaft gerathen ist [l]). Eine wichtige Replik wider diese Einrede ist es: daß der Schenker sich verbindlich gemacht hat, die Schenkung nicht widerrufen zu wollen [m]). 5) Kann vorgeschützt werden, der Beschenkte habe den Schenker nicht überlebt. Stirbt der Beschenkte vor dem Schenker, so können die Erben des ersten von den Erben des Schenkers nichts fordern, wenn der Schenker nicht ausdrücklich verordnet hat, daß das Geschenk, wenn der Beschenkte vor ihm sterben sollte, auf seine Erben übergehen solle [n]). 6) Findet die Einrede statt, die Sache sey verunglückt. Sollen die Erben des Schenkers durch den Untergang der Sache von der Verbindlichkeit, das Versprechen ihres Erblassers zu erfüllen, befreyt werden, so wird erfordert, daß der Gegenstand der Schenkung eine species, nicht aber ein genus oder eine quantitas gewesen, und daß jene species verunglückt sey, daß auch die Erben an dem Untergange nicht Schuld sind. Es findet also die Replik statt, daß keine species, sondern eine Quantität, z. B. eine Summe Geld geschenkt worden. Wenn also Jemandem 500 Thlr. geschenkt worden, so kann der Beklagte nicht vor-

k) LAUTERBACH l. c. §. 36.

l) BERGER in Oecon. iur. Lib. II. tit. 2. thes. 27. STRYCK in vsu mod. h. t. §. 6.

m) L. 7. D. de mort. causſa donat. STRYCK l. c. CARPZOV Part. III. Const. I. Def. 39.

n) LAUTERBACH l. c. §. 41. STRYCK l. c. §. 8.

vorschützen, es sey ihm ein Papier mit 200 Thlrn. gestohlen worden; denn hier heißt es, quantitates non pereunt. Man kann ferner repliciren, Beklagter sey selbst Schuld daran, daß die Sache zu Grunde gegangen ist. Auch kann die Einrede vorgeschützt werden: Kläger müsse sich das Falcidische Viertel abziehen lassen; denn hier findet eben das statt, was bey Legaten Rechtens ist o); doch kann der Schenker diesen Abzug verbieten p). Nach Churſächsischen Rechten wird die Disposition des gemeinen Rechts angenommen, wenn Jemand sein ganzes Vermögen auf den Todesfall verschenkt hat, und diese Schenkung, wie es vorgeschrieben, gerichtlich bestätigt worden ist q).

o) L. 2. C. h. t. L. 5. C. ad Leg. Falcid.

p) Stryck caut. contr. Sect. III. cap. 9. §. 13.

q) Stryck in vsu mod. h. t. §. 4.

Lib. XLI. Tit. I.

de

acquirendo rerum dominio.

§. 1726. 1727.

Die im vierzigsten Buche unserer Pandekten vorkommenden Rechtsmaterien, von der Freygebung der römischen Sclaven sind den Rechtsgelehrten größtentheils aus den Institutionen bekannt. Solche hier weitläufiger abzuhandeln, als es in den Institutionen geschieht, verstatten die Grenzen nicht, welche dieser Praktische Commentar über die Pandekten haben muß, wenn er nicht zu theuer werden soll.

Was das **Eigenthumsrecht** sey, ist bereits im ersten Titel des sechsten Buchs der Pandekten erklärt worden. Hier untersuchen wir, wie und auf wie vielerley Weise man dieses Recht erwerben kann? Wenn ein Realrecht, wozu das Eigenthumsrecht gehört, erworben werden soll, so sind zwey Stücke nöthig, ein rechtmäßiger Titel, und ein modus acquirendi. Vor allen Dingen muß ein rechtlicher Grund vorhanden seyn, der es **möglich** macht, das Realrecht zu erwerben; und dazu muß noch etwas anders kommen, wodurch das Realrecht **wirklich** erworben worden ist. Der **rechtliche Grund** wird der **Titel** genannt; der andere **Umstand** aber, der noch dazu kommen **muß**, heißt **modus acquirendi**.

Der

Der Titel besteht bisweilen in einer Handlung, die ich oder ein Anderer vornehme, bisweilen aber liegt er unmittelbar in der Verordnung eines Gesetzes. Gesetzt, ich kaufe im Buchladen ein Buch, und lasse mir es übergeben. Jetzt bin ich Eigenthümer des Buchs, und habe folglich ein Realrecht an dem Buche. Mein Titel ist der Kauf, den ich mit dem Buchhändler geschlossen habe. Dieser macht es möglich, daß ich Eigenthümer werden konnte. Mein modus acquirendi war die Uebergabe. Diese hat jene Möglichkeit in eine Wirklichkeit verwandelt, hat mich wirklich zum Eigenthümer gemacht. Wenn ich eine Sache durch die Verjährung der langen Zeit, durch einen Besitz von drey, zehen oder zwanzig Jahren erwerben will, so muß eine That vorher gehen, wodurch die Erwerbung durch die Verjährung möglich wird; z. B. eine Schenkung. Dieser Umstand ist allein noch nicht hinreichend; weil hier von dem Falle die Rede ist, wo mir Jemand eine Sache schenkt, der selbst nicht Eigenthümer derselben ist, der also auch kein Eigenthum auf mich übertragen kann. Ich muß deswegen die geschenkte Sache eine bestimmte Zeit hindurch beständig besitzen; dieser ununterbrochene Besitz macht den modum acquirendi aus. Finde ich z. B. ein Stück versteinertes Holz, das Niemandem gehört, und ich nehme es zu mir, so bin ich nunmehr Eigenthümer dieses Holzes. Der Titel meines Eigenthums besteht in der Rechtsregel: res nullius cedit occupanti; der modus acquirendi ist die Zumirnehmung des Holzes, oder die Apprehension [a]). Noch ist zu bemerken, daß es zwar die Regel ist: der Titel allein giebt kein Realrecht; diese Regel hat aber einige Ausnahmen, und zwar in solchen Fällen, wo der Titel, ohne dabey geschehene Uebergabe ein Realrecht bewirkt.

a) Hr. Prof. Hugo im Civilist. Magazin, 1ster Band, S. 226. Hr. Prof. Thibaut über den eigentl. Unterschied zwischen titulus und modus acquirendi, in dessen Versuch über die Theorie des Rechts, I, 11.

Die Titel sind entweder unentgeltliche, gratuiti, lucratiui, oder beschwerliche, onerosi. Wenn ich etwas umsonst erhalte, weil es mir z. B. durch einen letzten Willen hinterlassen, oder geschenkt worden ist, so besitze ich die Sache titulo lucratiuo. Muß ich hingegen demjenigen, von dem ich die Sache erhalten habe, dafür etwas leisten, das ihm oder den Seinigen nützlich ist, so habe ich die Sache titulo oneroso an mich gebracht. Vermöge Titel dieser Art, besitzt man gekaufte, eingetauschte Sachen, u. s. f.

Es giebt viele Titel, nämlich der Titel ist entweder, titulus traditionis, oder titulus praescriptionis, und Titel bey jeder andern Erwerbung. Weil es sehr viel Ursachen giebt, welche nach dem römischen Rechte es möglich machen, ein Realrecht zu erwerben, so findet man auch eine große Anzahl solcher Titel darin angeführt. Ich kann die Sache gekauft haben, titulus pro emto; sie ist mir vermacht, pro legato; geschenkt, pro donato; bezahlt, pro soluto; von meiner Ehefrau zum Heyrathsgut übergeben worden, pro dote; es hat Jemand die Sache derelinquirt, pro derelicto; sie ist mir durch einen Tausch überlassen, pro permutato; in einem Vergleich abgetreten, pro transacto; der Richter hat sie mir zugesprochen, pro adiudicato. Hat Jemand einen rechtmäßigen Titel, der aber keine eigene Benennung bekommen, z. B. er hat eine Sache occupirt, welche nicht als derelinquirt betrachtet werden konnte, denn sonst hätte er solche pro derelicto, oder durch Accessionsrecht erworben, so heißt es, er habe die Sache pro suo. Alle diese Titel werden in eigenen Gesetzen dieses 41sten Buchs der Pandekten erläutert.

Nicht nur die Titel sind von verschiedener Beschaffenheit, sondern auch die Erwerbungsmittel des Realrechts. Einige davon lassen sich schon aus dem Naturrecht beweisen, und das Civilrecht hat sie blos bestätigt; andere kennt das Naturrecht nicht, sondern sie sind blos durch Civilgesetze eingeführt worden. Jene werden modi aequirendi iuris naturalis genennt, diese aber modi acquirendi

quirendi iuris ciuilis. So ist z. B. die Occupation schon nach dem Naturrechte bekannt; und aus Grundsätzen desselben läßt sich beweisen, wer eine herrenlose Sache zu sich nimmt, in der Absicht, solche zu behalten, wird Eigenthümer derselben. Durch das römische Recht ist diese Wahrheit nur bestätigt worden. Dieses Ursprungs wegen ist die Occupation als ein modus acquirendi naturalis zu betrachten. Dagegen läßt sich die Errichtung eines Testaments nicht sicher aus dem Naturrecht beweisen; und deswegen muß die Erwerbung einer Erbschaft nach einem Testament für eine bloße Erfindung der bürgerlichen Gesetzgeber gehalten werden; sie kann also auch nur modus acquirendi iuris ciuilis genennt werden.

§. 1728 — 1735.

Als die erste natürliche Erwerbungsart wird die Occupation betrachtet, worunter man die Apprehension einer herrnlosen körperlichen Sache, in der Absicht, sie zu der seinigen zu machen, versteht. Sie setzt herrnlose Sachen, res nullius, und zwar körperliche, voraus. Dinge, die schon einen Eigenthümer haben, kann man durch die Occupation nicht an sich bringen, welches auch bey unkörperlichen Dingen, z. B. Gerechtigkeiten der Fall ist. Daher läßt sich die Jagdgerechtigkeit nicht occupiren. Es wird ferner die herrnlose Sache apprehendirt, das heißt, man nimmt eine Handlung vor, wodurch man die Fähigkeit erlangt, über die Sache zu disponiren. Dabey hat man endlich die Absicht, sich die Sache zu eigen zu machen. Ergreife ich eine herrnlose Sache blos deswegen mit der Hand, weil ich sie ansehen will, so habe ich sie nicht occupirt.

Zur Occupation werden herrnlose Sachen erfordert; diese sind aber von dreyerley Art. Einige sind es von Natur; das heißt, sie haben noch die erste und ursprüngliche Beschaffenheit aller erschaffenen Sachen, sie sind noch niemals ein Eigenthum eines Menschen gewesen.

Nach Erschaffung der Welt waren alle Sachen auf der Erde herrnlos, das heißt, noch Niemand hatte eine Sache in der Absicht hingenommen, um andere von ihrem Gebrauch auszuschließen. Als die Menschen sich vermehrten, eigneten sie sich diese oder jene Sache zu; dieser eine Höhle zur Wohnung; jener Früchte, die er gezogen hatte; ein Dritter ein Thier, das er zahm gemacht hatte. Je größer die Anzahl der Menschen auf der Erde wurde, je mehr occupirten sie die Sachen auf derselben, und es ist nunmehr so weit damit gekommen, daß in unsern Zeiten in Ländern, wo Menschen wohnen, die mehresten Sachen occupirt worden sind. Es giebt aber doch noch Sachen, welche nicht für occupirt gehalten werden können, z. B. gewisse Vögel, Insecten, Mineralien, ja ganze Inseln. Die herrnlosen Dinge können auch durch die so genannte Dereliction entstehen. Gebe ich deutlich zu erkennen, daß ich eine Sache nicht mehr haben mag so ist sie als derelinquirt zu betrachten. So derelinquire ich einen Hund, wenn ich ihn fortjage. Endlich kann eine Sache auch dadurch res nullius werden, weil ihr Eigenthümer vergessen worden ist, und nicht mehr ausfindig gemacht werden kann. Vergrabenes Geld, welches Jemand findet, und wovon Niemand weiß, wem es gehört, ist eine herrnlose Sache.

Zur Occupation wird auch die Apprehension erfordert, das heißt, eine Handlung, die nach Verschiedenheit des zu occupirenden Gegenstandes verschieden ist. Anders occupirt man ein Wild, anders einen Fisch, anders ein im Wasser schwimmendes Holz, u. s. f. Zu bemerken ist, wenn eine Sache in solchen Umständen ist, daß man sie nicht ohne vorhergegangene Mühe und Arbeit erhalten kann, und es noch ungewiß ist, ob man sie in Besitz bekommen werde, so muß man alles das thun, was nöthig ist, um die Sache in seine Gewalt zu bringen. Befindet sich aber die Sache in solchen Umständen, daß ich weiter nichts nöthig habe, als sie zu mir zu nehmen, und es ist nicht zu besorgen, daß sie mir entgeht, so ist es hinreichend, wenn ich in Gegenwart der Sache, in conspectu rei, mit Worten,

oder

oder durch andere Handlungen erkläre, daß ich sie haben wolle. So ist z. B. ein Wild apprehendirt worden, wenn ich es getödtet oder gefangen habe; ein Stück Holz, das im Flusse schwimmt, habe ich occupirt, so bald ich es so stark befestigt habe, daß es nicht fortschwimmen kann. Ein Mineral hingegen, welches ich auf dem Felde sehe und finde, ist mein geworden, wenn ich dabey stehend erkläre, ich wolle es behalten; aber eine in Abwesenheit der Sache geschehene wörtliche Erklärung, daß man sie behalten wolle, ist nicht hinreichend [b]). Der Hr. von Leyser behauptet, es müsse ein Unterschied gemacht werden zwischen derelinquirten beweglichen und unbeweglichen Sachen. Jene könne man durch die Occupation sogleich erwerben; ein derelinquirtes Stück Acker aber werde von dem Occupirenden nicht eher erworben, als bis er es zwey Jahr bestellt habe. Das Gesetz, worauf er sich beziehet, redet von agris desertis, davon müssen aber agri derelicti unterschieden werden [c]).

Für Unterarten der Occupation sind zu halten das Jagen, welches, im weitläuftigen Verstande des Wortes, auch den Vogelfang und das Fischen einschließt, die Eroberung, das Finden, die Occupation unbeweglicher herrnloser Sachen, u. s. f. die aber keine besondere Benennung erhalten hat, u. s. f.

Das Jagen besteht in der Occupation wilder Thiere, die auf der Erde, oder in der Luft, oder im Wasser leben. Dergleichen wilde Thiere gehören unter die res nullius, die noch von Jemandem occupirt werden dürfen. In Gesetzen wird ein Unterschied gemacht, zwischen wilden Thieren, zwischen zahm-gemachten, und zwischen zahmen. Wilde Thiere, animalia fera, sind solche, welche im Zustande der natürlichen Freyheit leben, die Menschen fürch-

b) L. 1. §. 21. D. de acquir. vel amitt. poss. Cocceii in iure contr. h. t. Qu. 1. Stryck de iure sensuum, Diss. I. cap. 3. nr. 32. sqq.

c) L. 8. C. de omni agro deserto. Leyser Spec. 456. Med. 6. 7. Marckart Interp. cap. 17.

ten und vor ihnen fliehen, und wenn sie eingefangen worden sind, sich bemühen, die Freyheit wieder zu erlangen. War ein solches **wildes Thier** eingesperrt worden, und hat dadurch nach und nach seine wilde Natur abgelegt, so daß es nun nicht mehr entflieht, si ex consuetudine abire et redire solet, so heißt es ein **zahm-gemachtes wildes Thier**, mansuefactum. Uebrigens stimmen die Gesetze nicht alle überein; denn bisweilen wird der Ausdruck, animalia mansueta, von diesen Thieren gebraucht [d]). **Zahme Thiere**, mansueta, sind solche, welche nicht herum laufen, sondern sich zu den Menschen halten, welches bey dem Rindvieh, den Schaafen, den Hunden u. s. f. der Fall ist. Zu bemerken ist es, daß ein Thier in diesem Lande zahm, in einem andern aber **wild** seyn kann; auch kann dieselbe Thierart **wilde** und **zahme** Gattungen haben, wie man bey den Enten, Gänsen, Schweinen u. s. f. sieht, da es wilde Schweine, Enten und Gänse giebt, und zahme. In Gesetzen [e]) werden die Bienen, die Tauben, die Pfauen zu den wilden Thieren gerechnet; das heißt aber so viel, diese Thiere sind nicht **zahm**, sondern müssen erst **zahm gemacht** werden. Daraus folgt, daß sie nur so lange ihrem Herrn gehören, als sie wegfliegen und wieder kommen. Ob die Tauben, die Haustauben nämlich, und die **Pfauen**, die man auf dem Hofe hält, nicht zu den zahmen Thieren gezählt werden müssen, ist eine andere Frage [f]); freylich läßt sich aber wider die Verordnung des römischen Rechts nichts sagen. Der Hr. von **Leyser** verwirft die angeführte Eintheilung unter wilden, zahmen, und zahm-gemachten Thieren gänzlich. Diese Behauptung ist aber nicht zu billigen [g]).

Weil die wilden Thiere herrnlose Dinge sind, so folgt, daß Jedermann das Recht hat, sie zu fangen, zu tödten, oder

d) L. 37. D. de furt. L. 5. §. 3. D. h. t.

e) §. 14 et 15. Inst. de rerum diuis.

f) PUFENDORF de iure nat. Lib. 4. cap. 6. §. 5.

g) LEYSER Spec. 440. Med. 1. MARCKART Diss. de diuis. animal. iuridica, §. 7. in Exerc. acad. pag. 302.

oder sich zuzueignen. Man darf sie nicht nur auf seinem eigenen Grundstück fangen, sondern auch auf fremdem Grund und Boden. Verstattet mir der Eigenthümer desselben dieses Jagen, so ist das erlegte Wild ohne allen Zweifel mein Eigenthum. Streitig hingegen ist die Frage: was Recht sey, wenn mir der Eigenthümer des fremden Grund und Bodens das Jagen verbietet, und ich thue es doch? Die richtige Behauptung ist hier wohl diese, daß man annimmt, das erlegte oder gefangene Thier gehört mir zu [h]); nur kann der Eigenthümer eine Injurienklage wider mich anstellen, auch Schadenersatz dafür verlangen, wenn ihm ein Schaden auf seinem Grundstück, an Früchten oder auf andere Art verursacht worden ist [i]). Gewiß ist es, daß ich unerlaubt handele, wenn ich auf einem fremden Grundstück wider des Eigenthümers Bewilligung jage [k]); es sind aber hierbey zwey Handlungen zu unterscheiden, der actus ingressionis, und der actus occupationis. Jener ist verboten, dieser erlaubt. In den Institutionen §. 12. de rer. diuis. heißt es ausdrücklich: nec interest feras bestias et volucres, vtrum in suo fundo quis capiat, an in alieno. Plane, qui alienum fundum ingreditur venandi aut occupandi gratia, potest a domino, si is praeviderit, prohiberi, ne ingrediatur. Man darf nur wilde Thiere fangen und erlegen, aber keine solche, die Jemand in seinen Thiergarten eingeschlossen hat; keine Bienen in Bienenstöcken, keine Fische in Fischhältern oder Fischkästen. Alle diese Thiere sind keine wilden Thiere, daher begeht derjenige einen Diebstahl, wer sie wegnimmt. Man kann hier die Frage aufwerfen: ob es erlaubt sey, in einem fremden Teiche oder See zu fischen? Viele Rechtsgelehrte [l])

h) STRAVCH Diss. 6. ad ius Iustin. th. 28. VOET ad Pand. h. t. nr. 4.

i) L. 16. §. 7. D. de iniur.

k) L. 15. D. de seruit. praed. rustic.

l) CVIACIVS Lib. IV. Obs. 2. VOET h. t. nr. 5.

haben es für erlaubt erklärt; andere haben es hingegen für verboten erklärt, und zwar deswegen, weil nach dem Naturrecht Niemand befugt ist, in fremden Teichen zu fischen [m]); denn die Fische, welche ich in meinem Teiche habe, sind ja occupirt, und können mir nicht mehr entgehen. Von Fischen wird in Gesetzen nichts gesagt [n]). Ein Wild, das in meinem Walde läuft, ein Vogel, der in meinem Garten sitzt, ist von mir noch nicht occupirt worden; das Wild kann weiter laufen, der Vogel weiter fliegen, und nun kann sie freylich ein Dritter einfangen. Bey Fischen in Teichen und Seen verhält sich die Sache anders. Wenn Jemand in einem Bache fischte, der durch meinen Grund und Boden läuft, so kann er eher als Eigenthümer der gefangenen Fische betrachtet werden. Es fragt sich weiter: darf man in eines Andern umzäuntem Wald, in einem Thiergarten, silua circumsepta, jagen? Verschiedene Rechtsgelehrte haben es für erlaubt gehalten; andere geben aber diese Erlaubniß nicht zu, weil sie sich aus dem Naturrechte nicht beweisen läßt. Die Gegner berufen sich auf die L. 6. §. 14. D. de acquir. vel amitt. poss. wo Paullus sagt: pisces in stagno, und feras in siluis circumseptis besitze man nicht; hieraus folgt aber immer nicht, daß man auch nicht Eigenthümer davon sey.

Darf man Thiere, welche ihrem Eigenthümer entlaufen sind, einfangen? Hier ist zu unterscheiden zwischen zahmen, zahm-gemachten und wilden Thieren. Zahme Thiere, die mein sind, darf sich Niemand zueignen, wenn sie auch noch so weit weggeflogen oder entlaufen sind. Wer sie fängt oder behält, begeht ebenfalls einen Diebstahl; jedoch wird vorausgesetzt, daß es aus Gewinnsucht, lucri causa, geschehen ist, um sich dadurch zu bereichern. Fange ich ein fremdes Thier aus Muthwillen weg, oder dem Eigenthümer zu schaden, so ist das kein Diebstahl. Zahm-gemachte Thiere

m) PUFENDORF de iure naturae Lib. IV. cap. 6. §. 11.

n) §. 12. Inst. h. t. L. 3. §. 1. D. h. t.

Thiere darf man sich so lange nicht zueignen, als sie sich zu ihrem Herrn halten. So bald sie aber weglaufen, oder wegfliegen, die natürliche Freyheit suchen, oder sich zu einem andern Herrn gewöhnen, und zu ihrem eigenen Herrn nicht wieder zurückkehren, so sind diese Thiere als herrnlose Dinge zu betrachten, die Jedermann occupiren darf. Entläuft ein von mir eingeschlossenes wildes Thier aus meiner Gewahrsam und Gefangenschaft, so ist es entweder noch in meinem Gesicht, oder es ist mir aus dem Gesicht verschwunden. In diesem letzten Falle ist es res nullius geworden, weil angenommen wird, ich habe es derelinquirt o). Eben diese Bestimmung wendet man auch auf die jungen Bienenschwärme an. Ist mir mein zeither eingeschlossenes, aber entlaufenes, wildes Thier noch in den Augen, so ist seine Verfolgung entweder leicht, oder schwer. So lange die Verfolgung noch leicht ist, das heißt, so lange es noch wahrscheinlich ist, daß ich das Thier wieder bekommen werde, so lange bleibt es mein Eigenthum. Wird hingegen die Verfolgung schwer, so verliehre ich mein Eigenthum; denn es wird angenommen, ich habe es derelinquiren müssen. Nun wird es als eine herrnlose Sache betrachtet, und kann von Jedermann occupirt werden. Man nehme den Fall an, ein Vogel fliegt mir fort, er setzt sich auf des Nachbars Haus, oder Baum. Ist dieser Vogel eben so wild, wie ein anderer Vogel dieser Art, und es ist daher unwahrscheinlich, daß ich ihn wieder bekommen werde, so ist seine Dereliction anzunehmen. Gesetzt aber, er fliegt mit Mühe, nur ganz niedrig über die Erde hin, und es ist wahrscheinlich, daß ich ihn wieder einfangen werde; so darf die Dereliction nicht vermuthet werden.

Weil die Jagd als eine Occupation betrachtet, und dazu die Ergreifung der Sache erfordert wird, so folgt, daß die leichte Verwundung eines Thiers für keine Occupation desselben gehalten werden kann; denn dadurch wird ein Thier

o) Grotius de iure belli et pacis Lib. II. cap. 8. §. 3.

Thier noch nicht in die Umstände versetzt, daß man es in seiner Gewalt behalten kann. Was ist Rechtens, wenn die Verwundung tödtlich ist, so, daß mir das Thier nicht mehr entgehen kann? In dergleichen Fällen muß es nach dem Naturrecht für occupirt gehalten werden, und während der Zeit, als ich es verfolge, darf es kein Anderer erlegen [p]). Diese Entscheidung wurde sogar von einigen römischen Rechtsgelehrten, namentlich dem Trebatius, als richtig angenommen [q]). In den Institutionen wird diese Behauptung §. 13. h. t. verworfen, und Justinian verlangt, daß schlechterdings die völlige Erlegung oder Besitzergreifung des angeschossenen Thiers, manu vel laqueo, geschehen sey; quia multa accidere solent, vt feram vulneratam non capias. Es würde auch wirklich in den mehresten Fällen schwer seyn, zu entscheiden, ob die Verwundung tödtlich oder nicht tödtlich gewesen sey.

Nun entsteht die Frage: gelten diese Verordnungen des römischen Rechts auch in Teutschland? — Man bemerke, 1) wenn mehrere in einem gewissen District die Jagd haben, und einer von ihnen schießt ein Thier an; so ist es deswegen noch nicht sein, sondern ein Anderer kann es erlegen und sich zueignen. Für die Gültigkeit des römischen Rechts streitet auch in diesem Punct die Vermuthung so lange, bis es ausgemacht ist, daß etwas anders hergebracht, oder durch besondere Gesetze verordnet sey. 2) Einige alte teutsche Gesetze geben demjenigen, der die Jagd hat, das Recht, ein angeschossenes Thier auch bis in eine fremde Wildbahn zu verfolgen, und dieses Recht heißt die Jagdfolge, Wildfolge, Nacheile, Nachsetzung. Dieses Recht gilt auch noch heutiges Tages an den meisten Orten, nur mit mancherley Einschränkungen. Allein nun fragt sichs 3), ob in dem Falle, wenn ich ein angeschossenes Wild auf eine fremde Wildbahn

p) PVFENDORF de iure nat. Lib. IV. cap. 6. §. 10.

q) GVNDLING in Diss de Caio Trebatio Testa, §. 30. in EIVS Exercit. acad. Tom. I. pag. 214.

bahn verfolge, der Herr dieser Wildbahn befugt sey, mir zuvor zu kommen, und das Wild, das ich geschossen, zu erlegen? Einige Rechtsgelehrte [r]) halten das für unerlaubt; sie behaupten, es sey der Natur der Jagdfolge gemäß, daß der Andere das Thier nicht erlegen dürfe. Andere Rechtsgelehrte sind hingegen der Meynung, das römische Recht gelte über diesen Punct ebenfalls, wenn nicht durch Verträge, besondere Gesetze oder Gewohnheiten das Gegentheil eingeführt worden sey [s]).

Mit der Eroberung im Kriege hat es folgende Beschaffenheit. — Führt ein Volk einen von seiner Seite gerechten Krieg, so ist ihm alles erlaubt, was nöthig ist, um sich Genugthuung wegen der erlittenen Beleidigung, und Sicherheit für die Zukunft zu verschaffen. In so fern die Wegnahme und Zueignung der feindlichen Sachen ein dazu nöthiges Mittel ist; so ist sie auch erlaubt, und diese Handlung wird occupatio bellica genannt. Die Sachen des Feindes sind zwar für keine wirklich herrnlose Dinge zu halten; das einen gerechten Krieg führende Volk aber hat das Recht, sie wegzunehmen, und sich solche zuzueignen, so gut als ob sie res nullius wären, weil dieß nöthig ist, um dadurch Ersatz für die vom Feinde erlittene Beleidigung, und Sicherheit für die Zukunft zu bekommen.

Von dieser Occupation ist zu bemerken, 1) daß sie in einem Bürgerkriege unerlaubt ist, weil sie voraussetzt, daß der Occupirende ein Recht zum Kriegführen habe; Bürger sind aber nicht befugt, gegen Mitbürger Krieg zu führen. 2) Da ein kriegführender Theil sich seine Sachen nicht gutwillig nehmen läßt, sondern sich widersetzt, und das, was ihm abgenommen worden ist, mit Gewalt wieder zu bekommen sucht; so ist die Kriegseroberung bey beweglichen Sachen nicht eher für vollendet anzusehen, als bis sie der Occupirende

r) RAYS D. de ferar. persecutione in territorio alieno, §. 21.

s) Riccius von der Jagdgerechtigkeit, Cap. 8. §. 6.

pirende in Sicherheit, in die Garnison, oder ins Lager gebracht hat; bey unbeweglichen nicht eher, als bis sie mit Festungswerken dergestalt verschanzt sind, daß der Feind sie nicht wieder besetzen kann, ohne diese Werke einzunehmen. Was von beweglichen Sachen gesagt worden ist, scheint eine, aus dem Begriffe der Occupation fließende, und in Gesetzen [t]) liegende Regel zu seyn. Andere Rechtsgelehrte behaupten, das eine bewegliche Sache so gleich, so wie sie erbeutet wird, dem Erbeutenden gehöre [u]), und führen Gesetze [x]) für sich an. Hugo Grotius war der Meynung, nach einer heutiges Tages eingeführten Gewohnheit sehe man darauf, ob die Sache 24 Stunden in den Händen des Occupirenden gewesen sey, oder nicht; und nur im ersten Fall könne die Occupation als vollendet betrachtet werden; diese Gewohnheit ist aber nichts weniger als allgemein [y]).

Man kann ferner fragen: wem das Recht, die eroberten Sachen zu behalten, zustehe; dem ganzen Kriegführenden Volk, oder den einzelnen Soldaten? — Hier ist zu unterscheiden zwischen eroberten beweglichen oder unbeweglichen Sachen. Die letztern gehören allezeit der kriegführenden Nation. Die Römer nahmen mehrentheils den besiegten Völkern einen Strich Landes ab, und machten Staatseigenthum daraus [z]). Sind bewegliche Sachen erobert worden, so ist dem Soldaten entweder die Plünderung erlaubt worden, und er hat bey dieser Gelegenheit Beute gemacht; oder die Plünderung war nicht erlaubt. Im ersten Falle gehört die Beute dem Soldaten; im letztern aber ist die Sache nach dem römischen Rechte sehr zweifel-

t) L. 5. §. 1. L. 19. §. 3. L. 30. D. de captiu.

u) Voet ad Pand. Lib. 49. tit. 15. §. 3.

x) L. 5. §. 7. D. h. t. §. 17. Inst. h. t.

y) Grotius de iure belli, Lib. III. cap. 6. §. 3. nr. 2. Byncker shoeck Quaest. iur. publ. Lib. I. cap. 4.

z) L. 20. §. 1. D. de captiu.

zweifelhaft, daher es wohl fünferley Erklärungen der Rechtsgelehrten giebt a). Wahrscheinlich wurde ein Unterschied zwischen solchen Dingen gemacht, welche ein einzelner Soldat einzelnen feindlichen Soldaten abgenommen hatte, und zwischen solchen, die ein ganzes Commando oder Corps Soldaten vom Feinde eroberte. Jene Dinge ließ man den einzelnen Soldaten; diese aber gehörten dem Staat, und ein Soldat, welcher etwas davon behielt, beging einen Diebstahl am Staate, peculatum.

Im Kriege kommt das so genannte ius postliminii vor, oder die Wiedererlangung meiner im Kriege verlohrnen Sachen; und zwar 1) bey unbeweglichen Gütern; 2) bey beweglichen Sachen; 3) bey Personen. Nimmt der Feind ein Stück Land ein, das mir gehört, er wirft z. B. auf meiner Wiese eine Schanze auf, und nun zieht er fort, und verläßt die Schanze; jetzt wird die Wiese wieder mein Eigenthum. Wird mir eine bewegliche Sache vom Feinde weggenommen, und unsere Truppen nehmen sie ihm wieder ab, so geschieht dieses entweder noch eher, als der Feind die Sache in Sicherheit gebracht hatte, oder erst nach dieser Zeit. Im ersten Fall ist und bleibt die Sache mein; sie soll mir also nach den Gesetzen umsonst herausgegeben werden, nur schweigen die Gesetze im Kriege. Im letzten Falle habe ich kein Recht weiter an der Sache; will ich sie wieder haben, so muß ich sie dem Soldaten abkaufen, der sie erbeutet hat. War ein Römer vom Feinde gefangen worden, und kam aus der Gefangenschaft zurück, so erhielt er alle seine vorigen, durch die Gefangenschaft verlohrnen, Rechte wieder, das heißt, das ius postliminii trat nun ein; jedoch wurde vorausgesetzt, daß er auf eine erlaubte Art zurück kam, sich auch des iuris postliminii nicht unwürdig gemacht hatte. Es hatten nämlich kein ius postliminii zu genießen, alle diejenigen, die nach geschlossenem Frieden

a) CVIAC. Obs. Lib. 19. cap. 7. DONELL. in comment. Lib. 4. cap. 21. MERENDA controu. Lib. 1. cap. 22. VINNIVS ad §. 17. Inst. h. t.

Frieden dem Feinde entliefen, wenn im Friedensschlusse die Zurückgabe der Gefangenen nicht ausbedungen worden war; ferner diejenigen nicht, die auf eine schimpfliche Weise die Waffen von sich geworfen, und sich dem Feinde ergeben hatten; endlich auch die nicht, welche freywillig bey dem Feinde geblieben waren, da sie doch vermöge des Friedensschlusses gleich hätten zurückkommen können, und erst nach einiger Zeit zurückkehrten [b]).

Die Occupation wird das Finden, inuentio, genennt, wenn eine bewegliche Sache, die kein wildes Thier ist, occupirt worden ist. Sachen dieser Art giebt es eine große Anzahl, z. B. Steine, Versteinerungen, Perlen, Korallen, Bernstein, Conchylien, Seegewächse, Dinge verschiedener Art aus dem Mineral- und Gewächsreiche, Insecten, die man auf dem Felde, auf den Bergen, an der Seeküste, u. s. f. findet. Dergleichen Dinge werden für res nullius gehalten, so lange sie noch Niemand occupirt hat. Selbst zahme Thiere, z. B. Hunde, welche Jemand weggejagt hat, kann man durch das Finden occupiren.

Auch Schätze gehören unter die angegebenen Gegenstände, und darunter versteht man eine verborgene kostbare Sache, deren Eigenthümer unbekannt ist. Finde ich einen Schatz, und ich habe Zauberkünste dabey gebraucht, so nimmt mir ihn der Fiskus zur Strafe weg. Fand ich den Schatz nicht auf meinem Grund und Boden, sondern auf fremden Grund und Boden, so kann der Fiskus wohl nicht mehr als die Hälfte dieses durch Zauberey erhobenen Schatzes an sich ziehen, und die andere Hälfte gehört dem Eigenthümer des Orts, wo der Schatz lag [c]). Wenn Jemand einen Schatz entdeckt hat, ohne Zauberkünste dabey gebraucht zu haben, auf fremden Grund und Boden, der Eigenthümer davon mag eine Privatperson seyn, oder der Staat,

b) L. 12. L. 17. L. 20. D. de captiu. et postlim.

c) Coccei in iure contr. h. t. Qu. 5.

Staat, so sind folgende Fälle zu unterscheiden, nämlich 1) ob der Eigenthümer Jemandem dazu den Auftrag gegeben hat, einen Schatz auf seinem Grund und Boden zu suchen. Hier gehört der gefundene Schatz ganz allein dem Herrn des Grundstücks. Gesetzt also, ich nehme einen Maurer, damit er mir eine Mauer abbrechen soll, wo ich einen Schatz vermuthe, und dieser findet hier wirklich den Schatz. Jetzt ist der Schatz ganz mein, und der Finder kann nichts davon fordern. 2) Habe ich den Finder zu einer andern Arbeit gemiethet, z. B. der Tischler soll mir einen Fußboden legen, und findet von ungefähr einen Schatz; so kann er die Hälfte des Schatzes für sich verlangen. 3) Findet Jemand einen Schatz auf fremden Grund und Boden, ohne daß ihn der Eigenthümer zu einer Arbeit darauf gedungen hat, und zwar von ungefähr; indem z. B. der Pachter das gepachtete Stück Acker pflügt, so gehört er die Hälfte dem Finder, und die Hälfte bekommt der Eigenthümer des Grund und Bodens. 4) Durchsuche ich hingegen in der Absicht eines Andern Grund und Boden, um einen Schatz zu finden, und es geschieht auch wirklich, so bekomme ich nichts davon, sondern er gehört ganz dem Eigenthümer, des Grundstücks. Behalte ich den Schatz, so werde ich als ein Dieb bestraft [d]). In Gesetzen wird die Erwerbung des Schatzes bisweilen als eine Accession betrachtet, und in andern Fällen als eine Occupation. Die berühmtesten Rechtsgelehrten der Römer waren darüber nicht einerley Meynung: ob in dem Falle, wenn ich einen Schatz auf einem fremden Grundstück finde, er mir, oder dem Eigenthümer des Grundstücks gehöre? Der Kaiser Hadrian entschied deswegen diesen Streit, vermittelst der angeführten Distinctionen. Nach seiner Verordnung wird also ein Schatz bisweilen durch die Occupation, bisweilen durch die Acces-

d) Chr. Lud. Crell Diss. de thesauro a mercenariis aut fabris inuento, Viteb. 1749. Idem de thesauro a mercenariis aut fabris occultato, Viteb. 1749.

Acceſſion, bisweilen durch beyde Mittel erworben. Wenn ich nämlich 1) einen Schatz auf meinem Grundſtück finde, ſo gehört er mir ſowohl iure occupationis als acceſſionis; denn ich habe ihn gefunden, oder occupirt, und er lag auf meinem Grund und Boden, wurde alſo für ein acceſſorium gehalten. 2) Bekomme ich den Schatz halb, welchen ein Anderer auf meinem Grund und Boden findet, ſo geſchieht die Erwerbung dieſer Hälfte blos iure acceſſionis. 3) Finde ich einen Schatz auf fremden Grund und Boden, wovon ich aber die Hälfte bekomme, ſo geſchieht dieß allein iure occupationis. Einige Rechtsgelehrte [e]) haben es geläugnet, daß der Eigenthümer des Grundſtücks die Hälfte des Schatzes nach Acceſſionsrecht bekomme, ſondern es geſchehe blos der Billigkeit wegen. Dieſe Behauptung iſt von andern Rechtsgelehrten [f]) widerlegt worden. Die ganze Geſchichte der Geſetze über die Schätze haben mehrere Rechtsgelehrte zu erläutern geſucht [g]).

Es iſt nicht erlaubt, alle Sachen, die man gefunden hat, behalten zu dürfen. 1) Solche Sachen, die man Verlohrne nennt, darf der Finder nicht behalten; denn das Eigenthum geht nicht zugleich verlohren, wenn auch der Beſitz aufgehört hat, da der Eigenthümer dieſe Sache nicht derelinquirt hat. Solche verlohrne Sachen ſind z. B. Dinge, die ich aus der Taſche verliehre, die ich an einem fremden Orte aus Vergeſſenheit zurück gelaſſen habe, Dinge, die vom Poſtwagen gefallen ſind, u. ſ. f. 2) Wird man nicht Eigenthümer der gefundenen Sache, wenn ein Blödſinniger, ein im höchſten Grade Betrunkener, oder Zorniger, eine Sache weggeworfen hat. Dieſer hatte die Abſicht

e) Heineccius ad Vinnivm h. t. §. 39. Hvber h. t. §. 29.

f) Mann Diſſ. de theſauro §. 10. in Oelrich theſ. Diſſ. Belgic. Vol. I. Part. II. §. 326.

g) Iac. Gothofredvs ad L. 1. Cod. Theod. de theſaur. Tom. III. pag. 513. Beck de Nouellis Leonis, pag. 156. ibique Zepernick.

Absicht nicht, diese Sache zu derelinquiren; jene aber können diese Absicht nicht haben, da ihnen die Einsichten dazu fehlten. Endlich gehören 3) hierher Güter, welche bey einem Schiffbruch in die See gefallen sind, desgleichen Waaren, die zur Zeit eines Sturms aus dem Schiff geworfen werden, um das Schiff zu erleichtern. Es fehlt in beyden Fällen die Absicht, diese Sachen zu derelinquiren. Wäre indessen die Sache, welche in die See geworfen worden, so beschaffen, daß sie sogleich verdirbt, wenn sie ins Wasser kommt, z. B. ein Faß mit Zucker; es rettet aber Jemand dieses Faß so gleich durch Auffischen, so kann ihm der Zucker wohl nicht abgesprochen werden, da die Sache als gefunden betrachtet werden kann. Dieses hat wahrscheinlich Ulpian zu verstehen geben wollen, da er sagt: Wenn Jemand seine Sache in die See werfe, so thue er dieses mehrentheils in der Absicht, sie zu derelinquiren, da er wisse, sie sey doch nicht zu retten, und müsse verderben [h]).

Die zeither vorgetragenen Grundsätze können in Teutschland nicht alle angewendet werden; denn

1) ist die Jagd nicht überall jedem Landeseinwohner erlaubt, sondern in vielen teutschen Territorien muß derjenige, der jagen will, dieses Recht erst an sich gebracht haben; sonst begeht er einen Wilddiebstahl. Die wilden Thiere sind zwar bey uns eben so wohl herrnlose Sachen, als bey den Römern; allein nicht jeder Bürger hat das Recht, alle Arten derselben occupiren zu dürfen; wer aber das Recht zu jagen habe, das wird durch die Landesgesetze und Observanz bestimmt. An vielen Orten ist die Jagd ein Regale, das heißt, ein landesherrliches Recht, welches kein Unterthan ohne landesherrliche Vergünstigung ausüben darf. Die Concession zur Ausübung der Jagd kann nun Jemand als ein Lehn bekommen, oder als ein Privilegium. Viele Universitäten in Teutschland haben

h) L. 43. §. 11. D. de furt. de PASSERIBVS in conciliat. Leg. pag. 233. HVBER in Digress. Part. I. Lib. 4. cap. 26.

die Jagdgerechtigkeit durch ein Privilegium erlangt. In den mehresten Provinzen ist sie ein Recht der adelichen Güter. Wer ein freyadeliches Gut besitzt, darf darauf jagen. In einigen Ländern ist nur die hohe Jagd ein Regal. Es giebt einige Provinzen, wo die freye Pürsch eingeführt ist, das heißt, wo jeder Bürger auf jedem Gute jagen darf [i]). Wenn keine solche besondere Gesetze und Observanzen vorhanden sind, sondern die Frage, wer zu jagen befugt sey, blos nach der Natur der Sache und dem alten teutschen Herkommen zu beurtheilen ist, so muß die Jagd für eine Zubehör der Waldungen und Landgüter betrachtet werden [k]).

2) Was die Beute im Kriege betrifft, so sieht man dabey auf die Truppen, von denen sie gemacht worden ist. Die Freycorps haben ein vollkommnes Recht auf die Beute, weil sie wenig Sold erhalten, zu den gefährlichsten oder beschwerlichsten Kriegsvorfällen gebraucht, und abgedankt werden, so bald der Krieg beendigt ist. Machen regulirte Truppen Beute, so sieht man darauf, ob ihnen die Plünderung verstattet worden ist, oder nicht. Im ersten Fall behalten sie die Beute so gut, wie die Freycorps. Im letztern aber ist es entweder Geschütz, Munition, Magazine, öffentliche Cassen, was sie erbeutet haben, oder etwas anders. Jene Sachen gehören der kriegführenden Macht; diese aber läßt man den Soldaten [l]). Was ein Freycorps zu Lande ist, das sind die Capers zur See; folglich gehört ihnen ebenfalls alles, was sie von feindlichen Sachen weggenommen haben. Bey den Römern machte man die Kriegsgefangenen zu Sclaven; so barbarisch handeln christliche Nationen nicht.

3) An

i) Strubens Nebenst. 5ter Thl. S. 54 flg.

k) Leyser Spec. 441. Pütters Beyträge zum teutschen Staats- und Fürstenrechte, 1ster Band, S. 203. Runde im allgem. teutsch. Privatr. §. 153.

l) Stryck in vsu mod. ad Tit. de capt. §. 2. Strubens rechtl. Bedenk. 2ter Thl. S. 100.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0526
DFG

3) An einigen Orten zieht der landesherrliche Fiskus solche Dinge an sich, die an den Seeküsten gefunden werden. Dieses ist z. B. der Fall mit dem Bernstein, welcher an den Küsten der Ostsee ausgeworfen wird. Diesen sammeln die Königlich Preußischen Fischer, und Niemand darf Bernstein an sich nehmen. Auch die Schätze zieht bisweilen der Regent an sich; es sind aber diese Einrichtungen ganz speciel, welche Gesetze und hergebrachte Gewohnheiten des Landes begründen müssen. Nach gemeinem Recht hat der Fiskus kein ausschließendes Recht, herrnlose Sachen zu behalten [m]).

4) Sicher ist es, daß in ältern Zeiten die Bewohner der Gegenden um die großen Flüsse in Teutschland, desgleichen die Bewohner der Seeküsten, Güter, die an den Strand geworfen wurden, sich zueigneten; oder wie man es nannte, das Strand- Grund- Ruhr- oder Fahrrecht, ausübten; und selbst heutiges Tages geschieht es noch heimlich an manchen Orten. Verboten wurde diese ungerechte Gewohnheit in neuern Gesetzen [n]). In einigen Ländern zieht der Fiskus die Güter derjenigen an sich, welche Schiffbruch gelitten haben. Man läßt solche sammeln, und in das Bergehaus bringen, wo sie eine bestimmte Zeit aufbewahrt werden, damit sich die Eigenthümer dazu melden können, welche das Bergegeld dafür bezahlen müssen. Meldet sich Niemand in der bestimmten Zeit dazu, so werden sie zum Besten des Fiskus verkauft.

m) Strubens rechtl. Bedenk. 2ter Thl. S. 278. und 4ter Thl. S. 279. Chr. God. Gotr. Diss. an thesauri iure German. hodierno regalibus fisci annumerandi sint, Alt. 1754. §. 28.

n) Auth. Cod. de fort. Friider. II. Art. 218. C. C. C. Reinhardt ad Christin. Vol. V. Obs. 8. Io. Sam. Fr. de Boehmer Diss. de seruarico, vom Berglohn, Frf. ad Viadr. 1743.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685418/phys_0527 DFG

§. 1736 — 1746.

Der zweyte modus acquirendi ist die so genannte accessio, oder die Erwerbung einer accessorischen Sache, welche sich darauf gründet, daß diese accessorische Sache mit des Erwerbers Principalsache vereinigt worden ist. Sie ist theils naturalis, theils industrialis, theils mixta. Wird eine Sache durch Wirkung der Natur, ohne absichtliches menschliches Zuthun, mit einer andern Sache vereinigt, so braucht man den Ausdruck, accessio naturalis. Geschahe die Vereinigung absichtlich durch eine menschliche Handlung, so nennt man die Verbindung accessio industrialis, auch artificialis. Geschahe die Vereinigung durch beyde Mittel, durch Kräfte der Natur und Bemühung eines oder mehrerer Menschen, so entsteht accessio mixta. Von einigen Rechtsgelehrten wird noch eine vierte Gattung angenommen, nämlich accessio fortuita, wenn bloßer Zufall die accessorische Sache mit der Hauptsache vereinigt hat, oder ein Mensch bewirkt die Vereinigung, ohne die Absicht gehabt zu haben, daß sie verbunden bleiben sollen, und dieser Fall tritt z. B. ein, wenn ein Schatz in mein Grundstück vergraben worden ist.

Von allen diesen Gattungen der Accession wird im römischen Recht die Regel aufgestellt: accessorium sequitur principale, derjenige, dem die Hauptsache gehört, bringt dadurch die accessorische Sache an sich; und nur die Vermischung macht eine Ausnahme, weil hier keine Sache res principalis, keine accessoria ist. Deswegen wird das Gemische gemeinschaftlich.

Die Hauptfrage ist nun: was ist Hauptsache, was heißt accessorische Sache? Diese Frage kann nicht durch eine allgemeine Antwort entschieden werden. Bisweilen heißt res principalis diejenige Sache, woraus eine andere entsteht, in welcher, oder an welcher eine andere Sache erzeugt wird. Bringt die Sclavin ein Kind zur Welt, so ist die Sclavin das principale und das Kind das accessorium. Setzt der Fluß an meine Wiese Land an, so ist die

die Wiese das principale, der Anwuchs aber das accessorium. Verläßt ein Fluß, der an meinen Ländereyen herfließt, sein zeitheriges Wasserbett, so ist meine Länderey das principale, das verlassene Wasserbett aber das accessorium. In andern Fällen heißt accessorium die Sache, welche man braucht, um eine andere Sache damit zu zieren, und die gezierte Sache wird principale genennt. So sind Tressen und Stickereyen auf meinem Kleide das accessorium, das Kleid hingegen ist das principale. Ferner wird bisweilen die kostbarere Sache in Rücksicht auf die weniger kostbare, als die Hauptsache angesehen. Bey einem Gemälde z. B. ist die Tafel, das Stück Leinewand, worauf das Gemälde steht, das accessorium, und das Gemälde das principale. Bisweilen heißt principale das, was den größern Theil eines Dinges ausmacht, accessorium aber der kleinere Theil. Ein Balken des Hauses ist das accessorium, und das Haus das principale; eine Handhabe des Gefäßes ist das accessorium und das Gefäß die Hauptsache °). Endlich heißt accessorium die Sache, die man ohne die andere nicht gehörig brauchen kann, und diese wird das principale genennt. Sattel und Zaum sind ein accessorium des Pferdes, weil sie ohne ein Pferd nicht gehörig benutzt werden können. Bey eingefaßten Edelsteinen ist bisweilen der Stein, bisweilen die Sache, worin solcher eingefaßt worden ist, die Hauptsache. Wird der Stein blos deswegen eingefaßt, um ihn brauchen zu können, z. B. als Pettschaft, so ist er die Hauptsache. Wird der Stein deswegen eingefaßt, um eine andere Sache, einen Stockknopf, einen Degen, eine Tabacksdose, dadurch zu zieren, so ist der Stein die Nebensache [p]).

Als Unterarten der natürlichen Accession werden im römischen Recht angegeben: partus ancillae, insula in

o) VINNIVS ad §. 26. Inst. de rer. diuis. nr. 2.

p) L. 19. §. 20. L. 20. D. de auro argent. legat.

flumine nata, alluuio, vis fluminis s. auulsio, aluei mutatio. Verschiedene Rechtsgelehrte halten auch die foeturam animalium für eine acceſſio naturalis. Richtig ist es zwar, daß die Jungen auch dem Eigenthümer des Mutterthieres gehören; da aber doch die Jungen als fructus angesehen werden müssen, so gehört diese Erwerbung zur perceptio fructuum, und nicht zur Acceſſion.

Die erste Gattung der natürlichen Acceſſion war bey den Römern partus ancillae. Wer eine Sclavin hatte, und diese brachte ein Kind zur Welt, so gehört ihm auch das Kind. Solche Kinder wurden vernae genennt, und man hielt sie für mehr werth, als gekaufte Sclaven, weil man sich mehr auf sie verlassen konnte, sie genauer kannte, als andere, u. s. w.

Eine andere Gattung der natürlichen Acceſſion ist die Entstehung einer Insel. Wenn in einem Flusse nach und nach eine Insel entsteht, so gehört sie, wenn man nach der Natur der Sache urtheilen will, dem Eigenthümer des Flusses. Da nun die Flüsse res publicae sind, so gehören auch die Inseln auf Flüssen dem Staate. Die römischen Gesetze sprechen sie hingegen den Besitzern der Ländereyen zu, welche am Ufer des Flusses liegen. Das Gegentheil scheint Labeo [q]) zu behaupten, welche Meynung von mehrern Rechtsgelehrten erläutert worden ist [r]). Für einen Irrthum ist die Behauptung derjenigen zu halten, welche die neue Insel den Anlägern iure occupationis zusprechen [s]). Bey der Vertheilung der Insel auf einem Flusse wird darauf gesehen, ob sie in der Mitte des Flusses entstanden ist, so daß

q) L. 65. §. vlt. D. de acquir. rer. domin.

r) VINNIVS ad §. 22. Inst. de rer. diuis. §. 22. nr. 3. WATER Obs. Lib. I. cap. 7. PERRENON Animaduers. Lib. II. cap. 16. in OTTON. Thes. Tom. I. pag. 646. d'ORVILLE Diss. ad L. 65. in OELRICH Thes. Diss. Belgicar. Vol. I. Tom. III. pag. 286. ENGAV Diss. cuinam insularum in fluminibus publicis natar. competat dominium, Sect. I. §. 10.

s) VINNIVS ad §. 22. Inst. de rer. diuis. §. 6.

daß der Fluß in zwey gleiche Theile getheilt werden kann. Hier bekommen die Besitzer der Ländereyen auf der einen Seite die Hälfte der ganzen Insel, und die andere Hälfte wird den Eigenthümern der Ländereyen auf der andern Seite zugetheilt. Mathematisch gesprochen, sagt man, der Fluß wird, so weit die Insel reicht, auf ein rectangulum reducirt, und dieses der Länge nach durch eine gerade Linie getheilt [t]). Fällt die Insel nicht in die Mitte des Flusses, sondern ganz diesseits oder jenseits der Mittellinie, so gehört sie den Eigenthümern der Ländereyen an der einen Seite allein. Noch ist zu bemerken, daß hier nur von Inseln die Rede ist, welche auf Flüssen entstanden sind. In einer See kommt der Fall, wegen der heftigen Bewegung der Wellen, nicht leicht vor, daß eine Insel entsteht, es müßte denn durch Ausbruch eines Vulkans geschehen. Entsteht nun wirklich hierdurch eine Insel, so ist die neue Insel eine res nullius, und gehört dem, der sie zuerst occupirt. Auch ist nicht die Rede von Inseln, die ein Fluß auf dem festen Lande macht. Wenn nämlich ein Fluß, der bisher in dem Wasserbette a. b. lief, sich theilt, und sich nun einen zweyten Canal a. c. d. e. formirt, so wird das Stück E., das vorher festes Land war, eine Insel; diese wird aber nicht unter die Anläger vertheilt, sondern bleibt ein Eigenthum der vorigen Besitzer.

Von der Entstehung der Alluvion und Avulsion ist zu merken, daß alle Flüsse nach und nach hie und da an dem Ufer etwas abnehmen, und dagegen an einem andern Orte etwas ansetzen. Dieses angesetzte Stück Land heißt alluuio. Nach dem römischen Recht gehört das angesetzte Stück Feld oder Wiese dem, an dessen Ländery es sich angesetzt hat. Zu merken ist hiervon 1), daß vorausgesetzt wird, meine Ländery gehe unmittelbar bis an den Fluß in einem fort. Läuft ein Damm, ein Weg u. dergl., die nicht mein sind, zwi-

t) Io. Iac. Riegger Diss. de geometria legali, Alt. 1693. pag. 60.

schen dem Fluß und meiner Länderey her, so ist auch der Anwuchs nicht mein. 2) Hat der Eigenthümer das Land, woran der Fluß Erdreich angesetzt hat, vom Staate erhalten, so darf er sich den Anwuchs nur in dem Falle zueignen, wenn sein Feld ein ager arcifinus ist. Ueberließ der Staat einem Bürger Länderey, so wurden dabey entweder gewisse Grenzen bestimmt, oder dieses geschahe nicht. Im ersten Fall brauchte man den Ausdruck, ager limitatus, im letztern aber ager arcifinus. Der Ausdruck, fines arcet, heißt so viel, als er hat keine gesetzlich bestimmte Grenzen. Bey dem ager limitatus wurde nochmals ein doppelter Unterschied gemacht; denn entweder war dem Bürger eine bestimmte Anzahl Hufen, nach unserer Art zu reden, überlassen worden, oder man hatte die Größe des Landes durch Zeichen, z. B. Grenzsteine, angegeben. Jenes Stück Land hieß ager limitatus im engern Verstande; dieses wurde ager adsignatus genennt. Nur alsdenn, wenn der ager arcifinus einen Anwuchs erhalten hatte, durfte der Eigenthümer sich solchen zueignen. Bekam der ager limitatus, oder adsignatus einen Anwuchs, so gehörte die Alluvion dem Staate.

Reißt die Gewalt des Wassers auf einmal ein großes Stück Land von meinem Acker ab, und führt solches fort, so braucht man von diesem abgerissenen Stück den Ausdruck auulsio. Wenn sich dieses abgerissene Stück an einen andern Acker oder Wiese ansetzt, so steht es bey dem Eigenthümer, solches zurück zu holen, und wieder an sein Grundstück zu befestigen. Will er das nicht thun, oder geht es nicht mehr an, weil das abgerissene Stück Land an meinen Grund und Boden angewurzelt ist, oder weil die Vindikation aus andern Ursachen nicht angeht, so werde ich Eigenthümer des angesetzten Stücks; jedoch kann ich angehalten werden, dem vorigen Besitzer eine billige Vergütung zu leisten u).

Ver-

u) VINNIVS ad §. 21. Inst. de rerum diuis. nr. 2.

Verläßt ein Fluß sein zeitheriges Flußbette und es wird nun trocken, so theilen sich die Anläger in das alte Flußbette, auf eben die Art, wie eine neue Insel vertheilt wird. Man zieht eine Linie E. Y. durch das trockene Wasserbette, welche es in zwey gleiche Theile theilt, und auf diese Linie läßt man Perpendikel von den Grenzen der anliegenden Aecker m. n. o. fallen. Der Besitzer des Feldes A. bekommt den mit a. bezeichneten Theil des verlassenen Wasserbettes. Der Besitzer des Grundstücks B. erhält das mit b. bezeichnete Stück u. s. f. Auch hier wird vorausgesetzt, daß die Anläger agros arcifinos besitzen, und solche unmittelbar an den Fluß anstoßen müssen.

Läuft das Wasser des Flusses über die Ufer heraus, und überschwemmt die anstoßenden Ländereyen eine Zeit lang, so verliehren die Eigenthümer dadurch nichts. So lange das Wasser stehen bleibt, ist das Eigenthum suspendirt, so bald aber das Wasser in den Fluß zurück getreten ist, so wacht das Eigenthumsrecht wieder auf. Dauert die Ueberschwemmung beständig fort, so geht freylich Besitz und Eigenthum dadurch verlohren x).

Die zeither vorgetragenen Grundsätze des römischen Rechts befolgt man nicht in allen teutschen Ländern. Die Inseln auf öffentlichen Flüssen fallen an den Landesherrn. Wenn indessen ein Fluß zwey Territorien scheidet, so können die Grundsätze des römischen Rechts von Theilung neuer Inseln angewandt werden y). In manchen Ländern zieht der Fiskus sogar die Alluvionen an sich, welches aber mit aller Billigkeit streitet. So ziehen auch die Landesherrn hier und da das verlassene Wasserbette eines durch ihr Gebiet laufenden Flusses an sich, und belehnen Jemanden damit.

x) G. Steph. Wiesand Progr. de inundatione speciem fundi non mutante, Viteb. 1784. H. S. Zachariä rechtl. Bemerkungen über die durch Ueberschwemmungen ab- u. fortgerissenen Sachen, Wittenberg 1799.

y) Engav Diss. cuinam insularum in fluminibus publicis natarum competat dominium.

mit. In der Alten Mark und im Magdeburgischen sind einige Familien mit der alten Elbe belehnt worden. Hier entsteht die Frage: kann der Fiskus mit Recht Inseln, Alluvionen und verlassene Wasserbette verlangen, wenn dieses nicht durch Landesgesetze oder Gewohnheiten eingeführt ist? Diese Frage ist zu verneinen, da für den Gebrauch des römischen Rechts die Vermuthung streitet, und es keine allgemeine teutsche Reichsgesetze darüber giebt [z]). Bergwerke sind nach dem römischen Recht für eine Zubehör des Grundstücks zu halten, wo sie sind, und gehören also dem Eigenthümer desselben. In Teutschland rechnet man die Bergwerke, vermöge eines uralten Herkommens zu den Regalien. Man kann aber diese Einrichtung nicht auch auf Steinbrüche, Thongruben, Torfgruben ausdehnen [a]). In einigen teutschen besondern Landesgesetzen ist verordnet, daß derjenige, welcher die Dämme nicht im baulichen Wesen erhält, oder seinen schuldigen Beitrag zum Wasserbau nicht entrichtet, zur Strafe das Eigenthum seiner überschwemmten Ländereyen, nach einer Zeit von zehn Jahren verliehren soll, und sie fallen an den Landesherrn.

Bey der künstlichen Accession sind drey Gattungen zu unterscheiden, adiunctio, specificatio, commixtio. Wird eine Sache mit einer andern verbunden, so wird entweder Körper mit Körper verbunden, oder Form mit Materie. Geschieht das letzte, und wird aus einer Materie durch das Formen ein neuer Körper producirt, so heißt das specificatio. Wird hingegen ein neuer Körper mit einem andern Körper vereinigt, so werden beyde Körper entweder blos an einander befestigt, oder es geschieht eine Vermischung. Im ersten Fall ist eine adiunctio geschehen, im letzten aber ist commixtio vorgenommen worden. Der Regel

z) de Pufendorf Obs. Tom. IV. Obs. 238. 239. Müller ad Leyser. Tom. II. Obs. 112. Hr. Hofr. Runde im teutsch. Privatrecht, §. 106.

a) Hr. Hofr. Runde a. a. O. §. 162. folg.

Regel nach gehört freylich die Commixtion zur künstlichen Accession; es kommt aber doch auch der Fall vor, daß sie durch bloßen Zufall, ganz ohne Absicht geschehen ist.

Bey den aus der künstlichen Accession entstehenden Rechten, ist auf folgende Fälle vor allen Dingen Rücksicht zu nehmen. — Entweder ist die Hauptsache mein, und ich verbinde damit eine fremde accessorische Sache; oder die Hauptsache gehört dem Andern, und ich habe meine Nebensache damit vereinigt. Bey einem Gebäude ist Grund und Boden, worauf es steht, die Hauptsache, das Gebäude selbst aber ist die Nebensache. Hier sind also zwey Fälle möglich; der erste: ich baue auf meinen Grund und Boden ein Haus, das Holz aber, woraus es erbaut worden ist, gehört einem Andern, indem es ihm entwendet, und an mich verkauft worden ist. Hier ist das principale mein, das accessorium nicht. Der zweyte Fall: ich errichte auf eines Andern Grund und Boden ein Gebäude, das Holz dazu gehört mir zu. Der Platz liegt gleich an meinem Hofe, und ich war der Meynung, er gehöre mir. Hier ist das accessorium mein, hingegen das principale nicht.

Bey dem Falle, wenn der Eigenthümer der Hauptsache die Verbindung gemacht hat; oder mit andern Worten, wenn das principale mein ist, und ich habe damit ein fremdes accessorium verbunden, wird die res accessoria durch die Accession mein Eigenthum; hierbey sind aber folgende Vorschriften anzuwenden: 1) Wenn ich gleich durch die Accession Eigenthümer der accessorischen Sache werde, so ist doch mein Eigenthum nicht allemal unwiderruflich, sondern bisweilen nur widerruflich. 2) Selbst alsdenn, wenn ich ein unwiderrufliches Eigenthum bekommen habe, werde ich von der fremden Sache nicht allemal umsonst Eigenthümer, sondern ich muß dem vorigen Herrn den Werth entweder ganz oder nur zum Theil vergüten. Wird die accessorische Sache dergestalt mit der Hauptsache verbunden, daß sie ohne Schaden nicht wieder davon getrennt werden kann, so bleibt das accessorium ein unwiderrufliches Eigenthum des Eigenthümers der Hauptsache. In Ge-

setzen heißt es von solchen Fällen extinctae res vindicari non possunt. Können die verbundenen Dinge ohne Schaden wieder getrennt werden, so verschafft die Accession blos ein widerrufliches Eigenthum; und der Eigenthümer der accessorischen Sache kann actionem ad exhibendum wider den Eigenthümer der Hauptsache anstellen, und auf die Absonderung dringen. Sobald dieß geschehen ist, kann jeder seine Sache vindiciren. Hat Jemand Goldfaden gestohlen, und auf mein Kleid damit eine Stickerey gemacht, so werden die Goldfaden dadurch mein Eigenthum, weil sie das accessorium sind, das Kleid hingegen ist das principale. Ich erwerbe auch ein unwiderrufliches Eigenthum der Goldfaden, weil man sie ohne Schaden nicht wieder aus dem Kleide herausziehen kann. Anders verhält sich die Sache, wenn ein Diamant entwendet worden ist, ich kaufe ihn, und lasse ihn in meinen Ring einsetzen. Durch diese Einfassung wurde ich zwar Eigenthümer des Steins, aber ich erhielt doch nur ein widerrufliches Eigenthum; denn der Stein läßt sich ohne Beschädigung desselben wieder herausnehmen; daher kann der vorige Eigenthümer darauf klagen, daß es geschehe, und wenn es geschehen ist, kann er den Stein vindiciren.

Bey der Frage von der Vergütung der accessorischen Sache, welche der Herr der Hauptsache dem vorigen Eigenthümer der accessorischen Sache leisten muß, ist folgender Unterschied zu machen. Entweder bin ich ein redlicher Besitzer, oder man muß mich für einen unredlichen Besitzer erklären. Bin ich ein malae fidei possessor, weil ich z. B. wissentlich gestohlne Goldfaden gekauft, und mein Kleid damit habe sticken lassen, so muß ich den Werth der accessorischen Sache bezahlen, oder es findet actio furti, oder condictio furtiua wider mich statt. Bin ich ein redlicher Besitzer, — denn ich wußte nichts davon, daß die Goldfaden gestohlen worden, so sind drey Fälle zu unterscheiden, und zwar 1), ich habe den wahren Werth der accessorischen Sache bezahlt; 2) ich habe nur etwas dafür gegeben, aber nicht den ganzen Werth bezahlt; oder 3) ich habe die fremde

acceſſo-

accessorische Sache umsonst bekommen. Im ersten Fall kann der vorige Eigenthümer gar nichts mehr von mir fordern; im zweyten Falle muß ich das fehlende vom wahren Werth an ihn bezahlen; und im dritten Falle kann ich angehalten werden, den ganzen Werth zu bezahlen.

Bey dem zweyten Hauptfalle, nämlich wenn der Eigenthümer der accessorischen Sache, solche mit einer fremden Hauptsache verbunden hat, kommt es darauf an: ob die Verbindung beyder Dinge ohne Schaden der Hauptsache wieder aufgehoben werden kann, oder ob das nicht geht; z. B. ich kaufe einen gestohlnen Rock und lasse ihn mit Golde sticken, oder Tressen darauf setzen. Geht die Trennung der beyden Dinge an, so kann der Herr der accessorischen Sache solche vornehmen, wenn er im Besitz der Hauptsache ist, z. B. ich lasse die Tressen abtrennen; und bin ich nicht im Besitz, so klage ich actione ad exhibendum auf die Trennung, und vindicire nunmehr meine accessorische Sache, z. B. die Tressen. Lassen sich die verbundenen Sachen nicht ohne Schaden trennen, welches z. B. bey einer Stickerey nicht geht, so bin ich entweder bonae fidei possessor, oder malae fidei. In diesem letzten Falle verliehre ich zur Strafe das Eigenthum meiner accessorischen Sache [b]). Bin ich bonae fidei possessor, so habe ich entweder den Besitz der verbundenen Dinge, z. B. des gestickten Kleides, oder dieses ist nicht der Fall. Besitze ich die Sache, so übe ich das Zurückbehaltungsrecht so lange aus, bis mir der vorige Eigenthümer des Kleides meine Auslage für Gold und Stickerey bezahlt hat. Bin ich nicht im Besitz, so kann ich nach dem römischen Rechte gar nicht klagen; nach unserer Praxis wird mir aber das Gesuch der Entschädigung nicht abgesprochen werden dürfen, weil es höchst unbillig wäre, wenn der Andere mit meinem Schaden reicher würde.

Die erste Gattung der künstlichen Accession ist die adiunctio, wenn ein Körper mit dem andern verbunden wird, so daß sie zwar fest zusammen hängen, man kann sie aber

b) Arg. §. 30. Inst. de rer. diuis.

aber doch gehörig unterscheiden. Untergattungen derselben sind die inclusio, wenn des einen Stein in des Andern Metall gefaßt worden, und letzteres ist die Hauptsache, z. B. der Stein des Einen wird in des Andern Degen, Uhr, Stockknopf gefaßt; adferuminatio, wenn des Einen sein Stück Metall an des Andern Maschine, Statue, Gefäß, u. s. f. angeschweißt worden ist; adplumbatura, wenn die zwey Stücke Metall zusammen gelöthet worden; intextura, wenn des Einen Gold, Silber, Seidenfäden, u. s. f. in des Andern Kleid genähet, gestickt, gewirkt worden ist; attextura, wenn Bänder, Schnüre, Tressen u. dergl., welche diesem gehören, auf eines Andern Kleid genähet worden; inaedificatio, wenn Jemand auf meinen Grund bauet, oder ich verbaue fremde Materialien auf meinen Grund und Boden; scriptura, wenn Jemand auf des Andern Papier schreibt; pictura, wenn Jemand auf fremde Materie, Holz, Leinewand, Kupfer u. dergl. mahlt. — In allen diesen angeführten Fällen erwirbt der Eigenthümer der Hauptsache das Eigenthum der Nebensache. Also 1) der Herr des Degens, der Uhr, des Stockknopfs u. s. f. wird Eigenthümer von dem eingefaßten Steine. 2) Der Herr der Maschine, Statue, des Gefäßes, u. s. f. acquirirt das angeschweißte oder angelöthete Metall. Das Zusammenschweißen geschieht, wenn zwey Stücken Metall glühend gemacht, und durch Hammerschläge mit einander verbunden werden; bey dem Zusammenlöthen hingegen geschiehe die Verbindung durch ein dazwischen gebrachtes leichter fließendes Metall. 3) Die Fäden, welche in ein Kleid genähet oder gewebet, desgleichen die Bänder, Schnüre, Tressen, welche darauf genähet worden, gehören dem Herrn des Kleides. Die Römer wirkten Purpurfäden in ihre Kleider, und besetzten ihre Kleider mit Purpurstreifen. 4) Wenn ein Gebäude aufgeführt wird, so ist der Boden das principale, die Materialien sind das accessorium; das Gebäude gehört also dem Eigenthümer des Bodens, es mag nun einer auf seinem Boden mit fremden Materialien, oder mit eigenen Materialien auf ein fremdes Grundstück bauen.

5) Wenn

5) Wenn Jemand auf eines Andern Papier schreibt, so gehört das Geschriebene dem Eigenthümer des Papiers, weil die Römer das Papier für die Hauptsache hielten. 6) Bey den Gemählden waren die Rechtsgelehrten nicht gleicher Meynung, ob die Materie, oder das Gemählde für die Hauptsache zu halten sey. Justinian entschied, die Mahlerey solle als die Hauptsache betrachtet werden, denn es wäre unvernünftig, wenn man die Gemählde eines Apelles oder Parrhasius dem Herrn eines elenden Holzes zusprechen wollte. Einige Rechtsgelehrte geben als den Grund an, durch das Mahlen geschehe eine Art von Specifikation [c]. Aus gleichen Gründen wird von einigen Rechtsgelehrten behauptet, bey uns sey die Schrift für die Hauptsache zu halten, und das Papier als das accessorium weil unser Papier von Lumpen weit weniger werth sey, als das bey den Römern bekannte Aegyptische seltne Papier [d]. Darauf antwortet der verstorbene Herr GTR. Höpfner: ich zweifele, ob diese Behauptung richtig sey, denn Justinian sagt ja, literae quoque, *licet aureae sint* chartis cedunt. Auch der Purpur kann mehr werth seyn, als das Tuch, und das Gebäude mehr kosten als der Grund und Boden, worauf es steht. Uebrigens gebe ich dem Baldwin und Broeus Recht, welche behaupten, der Schreibende könne sich, wenn er ein besonderes Interesse hat, die Schrift zu besitzen, durch die actio in factum helfen [e].

Bey der Accession, welche durch das Bauen geschieht, giebt es mancherley wichtige Fragen. Dahin gehört der Fall, wenn ich eines Andern tignum, das heißt, seine Baumaterialien, Holz, Steine, Eisen, Ziegel, zu einem Gebäude

c) Heineccius ad Vinnium §. 34. Inst. de rer. diuis. Io. Christ. Rudolph Diss. de accessione picturae, Erlang. 1756. §. 21. sqq.

d) Lauterbach h. t. §. 106. Beyer ad Inst. h. t. §. 138.

e) Baldvinvs et Broevs ad §. 33. Inst. de rer. diuis.

Gebäude nehme, das ich auf meinem Grund und Boden aufführen lasse, so durfte der Eigenthümer dieser Materialien bey den Römern, wegen einer Verordnung auf den zwölf Tafeln, nicht vindiciren [f]); er konnte aber den Bauherrn belangen, ihm den doppelten Werth dieser Materialien zu bezahlen. Wenn das Gebäude nicht mehr steht, sondern entweder eingefallen oder niedergerissen ist, so kann der Eigenthümer der Materialien solche durch die Eigenthumsklage, oder actio ad exhibendum zurück fordern. Da in Teutschland die Klagen auf das Doppelte nicht gebraucht werden, so ist der Eigenthümer der Baumaterialien auch nur berechtigt, den einfachen Werth einzuklagen [g]), jedoch behaupten auch einige Rechtslehrer die Anwendung des römischen Rechts [h]). Kann der Eigenthümer der Materialien auch in dem Falle das duplum fordern, wenn der Bauherr in bona fide war? Viele Rechtsgelehrte leugnen es, und sprechen ihm hier nur das Einfache zu, womit auch die Billigkeit übereinstimmt; das römische Recht verordnet jedoch das Gegentheil ausdrücklich [i]). Hat der Bauherr das Recht, die verbauten Materialien herausreißen zu lassen, und muß sie der Eigenthümer nunmehr zurück nehmen? — Dieses kann mit sichern Gründen behauptet werden [k]). Wenn der Eigenthümer der Baumaterialien ihren doppelten Werth erhalten hat, darf er die Materialien doch auch noch vindiciren, wenn das Gebäude nicht mehr steht? — Es geht alsdenn, wenn der Bauherr in mala fide war, sonst aber nicht [l]).

Baue

f) L. 1. pr. D. de tigno iuncto.

g) Struv Exerc. 48. th. 31.

h) Stryck in vsu mod. ad tit. de tigno iuncto.

i) Westenberg de causis obligat. Diss. 6. cap. 2. 3.

k) Westenberg l. c. cap. 2. §. 10. Balck Electa Lib. II. cap. 14.

l) Huber ad Inst. h. t. §. 39. Westenberg l. c. §. 2—6.

Baue ich mit meinen eigenen Materialien auf einen fremden Grund und Boden, so fällt zwar das Gebäude dem Herrn des Bodens zu; es entsteht aber die Frage: kann ich nicht den Werth meiner Materialien und die Baukosten fodern? — Hier ist wieder zu unterscheiden, ob ich bona fide gebaut und es nicht gewußt habe, daß ich auf fremdem Eigenthum baue; oder ich baute mala fide. In diesem letzten Fall darf der Bauende weder den Werth der Materialien, noch die Baukosten zurück fordern; er darf auch nicht einmal die Materialien vindiciren, wenn das Gebäude nicht mehr steht, sondern niedergerissen oder eingefallen ist. Bey der bona fide sieht man darauf, ob ich im Besitz des Gebäudes bin, oder nicht. Habe ich den Besitz, so übe ich das Retentionsrecht aus, das heißt, ich bin nicht schuldig, das Gebäude zu übergeben, wenn mir nicht die Kosten ersetzt worden sind. Besitze ich das Gebäude nicht, so behaupten die Rechtslehrer, ich könne gar nicht klagen, sondern die Baukosten sind verlohren [m]). Bey uns gestatten ihm einige Rechtsgelehrte eine Klage aus der Billigkeit, die actio in factum, auf Vergütung der Baukosten [n]); ja einige Rechtsgelehrte gehen so weit, und gestatten diese Klage sogar demjenigen, der mala fide gebaut hat, auf so viel, als der Herr des Bodens durch das Gebäude bereichert worden ist, oder geben ihm doch wenigstens das Recht, das Gebäude wegzunehmen [o]).

Die zweyte Gattung der künstlichen Accession ist die Specification, oder diejenige Handlung, wodurch Jemand einer Materie eine neue Form giebt, und dadurch einen neuen Körper hervorbringt, welcher von dem zeitherigen dem Geschlecht und Namen nach verschieden ist. Wenn man also aus Mehl Brodt gebacken; aus Weintrauben

m) VINNIVS Quaest. Lib. I. cap. 24.

n) SCHILTER Exerc. 16. thes. 57.

o) LAVTERBACH h. t. §. 102. STRVV Exerc. 41. th. 47. MÜLLER ad LEYSER. Obs. 710.

Wein gepreßt, aus Milch Butter gemacht hat, so ist eine Specification vorgenommen worden. Eben dieses ist der Fall, wenn man aus einem bereits verarbeiteten Metall eine andere Sache, z. B. aus einer silbernen Kaffeekanne silberne Löffel gemacht hat. In allen diesen Fällen ist ein anderer Körper producirt worden, als zeither da war, welche Körper zu einer andern Gattung von Dingen gerechnet werden.

Nun fragt sichs: unter welchen Umständen wird die Specifikation ein Erwerbungsmittel des Eigenthums? — Es kommt auf mehrere Fälle an, und zwar 1), wenn ich meiner eigenen Sache eine andere Form gegeben habe, als ihre zeitherige war, so ist zwar der neue Körper mein Eigenthum, aber nicht wegen geschehener Specifikation, sondern weil die Materie schon mein Eigenthum war. Presse ich aus meinen Weintrauben Wein, so gehört dieser Wein mir eigenthümlich, aber nicht wegen geschehener Specifikation, sondern weil die Weintrauben schon vorher mein Eigenthum waren; und in Fällen dieser Art ist die Specifikation gar kein Erwerbungsmittel des Eigenthums. Eben so wenig ist sie es 2), wenn Jemand auf mein Verlangen, und für mich, meine Materie anders bildet; z. B. wenn der Goldschmidt aus meiner silbernen Schüssel silberne Eßlöffel für mich macht. 3) Auch alsdenn, wenn ein Eigenthümer die Materie hergiebt, und ein Anderer die Formirung vornimmt, in der Absicht, daß der neue Körper beyden gemeinschaftlich gehören soll, ist die Specifikation kein Erwerbungsmittel des Eigenthums; z. B. der eine macht weißes Kupfer, der Andere verarbeitet es, damit die Waare verkauft, und das Geld getheilt werden soll. Hier liegt der Grund der Gemeinschaft in dem Vertrage, und in der darauf geschehenen Tradition. 4) Macht Jemand aus einer fremden Materie, ohne des Eigenthümers Wissen und Willen, einen neuen Körper, so ist der Fall vorhanden, wo die Specifikation ein Erwerbungsmittel werden kann; z. B. es macht Jemand aus gestohlnen Bretern einen Sarg, aus gestohlner Wolle spinnt er Garn, aus gestohlnem Silber macht er Schuhschnallen.

Ueber

Ueber solche Fälle stritten die alten Rechtsgelehrten. Die Sabinianer waren der Meynung, der neue Körper gehöre dem Eigenthümer der Materie, und nicht dem Verarbeiter oder Specifikanten; sie hielten folglich die Specifikation für keinen modum acquirendi dominium. Das Gegentheil behaupteten die Prokulianer, denn sie erklärten den neuen Körper in allen Fällen für ein Eigenthum des Specifikanten und Verarbeiters. Der Kaiser Justinian bestimmte die streitige Frage durch eine angenommene Distinction, wovon man schon bey mehrern alten Rechtsgelehrten, z. B. Cajus, Ulpian, Paullus, Spuren findet. Er setzte fest: 1) wenn ich den neuen Körper aus meiner und aus einer fremden Materie zugleich mache, so gehört er mir, und folglich ist die Specifikation ein modus acquirendi. Verkaufe ich z. B. gestohlnes Metall, und es bleibt in seiner alten Gestalt, so kann es der Eigenthümer vindiciren; lasse ich aber dieses gestohlne Metall mit meinem eigenen zusammenschmelzen, und ein Gefäß daraus machen, so hat die Vindikation nach der richtigern Meynung [p]) nicht statt, folglich habe ich durch die Specifikation das Eigenthum erworben. Andere Rechtsgelehrte behaupten, in dergleichen Fällen sey eben das Rechtens, was angenommen wird, wenn aus einer ganz fremden Materie von mir ein neuer Körper gemacht worden ist, wo nämlich darauf gesehen wird, ob der neue Körper in seine alte Form gebracht werden kann, oder ob das nicht geht [q]). Allein, es wird in Gesetzen dieser Unterschied nicht gemacht, sondern ganz allgemein geredet [r]). 2) Bildet man aus einer ganz fremden Materie einen neuen Körper, und die Beschaffenheit der Materie gestattet es nicht, dem Körper seine vorige Gestalt zu geben, so wird der Körper ein Eigenthum

p) Walch introd. in contr. pag. 128. tert. edit.

q) Voet h. t. nr. 21.

r) §. 23. Inst. de rer. diuis. Harmenop. Lib. II. tit. I. §. 22. sqq. in Meermanni Thes. Tom. VIII. pag. 106.

dessen, der ihn jetzt neu gemacht hat. Lasse ich z. B. gestohlne Wolle spinnen und Tuch davon machen, so ist das Tuch mein Eigenthum. Läge die gestohlne Wolle noch unverarbeitet da, so kann sie der Eigenthümer vindiciren. Dieß kann er nicht, so bald sie verarbeitet ist; folglich ist hier die Specifikation ein modus acquirendi. Dieses ist auch der Fall, wenn ich mir aus gestohlnem Tuche ein Kleid machen lasse. 3) Wenn ich aus fremder Materie einen neuen Körper mache, und es ist möglich, ihm seine vorige Gestalt wieder zu geben, so werde ich nicht Eigenthümer des neuen Körpers, folglich ist hier die Specifikation kein Erwerbungsmittel des Eigenthums; lasse ich z. B. aus gestohlnen silbernen Löffeln eine Schüssel machen, so geht es an, aus der Schüssel wieder Löffel zu machen, und deswegen kann der Eigenthümer der Schüssel die Löffel vindiciren. In Gesetzen wird gesagt: wenn der neue Körper seine vorige Gestalt wieder bekommen kann, so ist die Materie stärker, als die Form, und deswegen muß der Körper dem Eigenthümer der Materie verbleiben und zugesprochen werden; läßt sich aber der Körper nicht wieder in seine vorige Gestalt bringen, so ist dieß ein Beweis, daß die Form stärker ist, als die Materie, und deswegen kann der Specifikant den Körper behalten. — Uebrigens darf man nicht glauben, daß der Eigenthümer der Materie, durch die von einem andern vorgenommene Specifikation, sein Eigenthum ohne alle Vergütung dafür, verliehre. Er kann oft die Vergütung des Werths verlangen, nämlich besonders alsdenn, wenn der Specifikant in mala fide ist, oder er hat die Materie umsonst bekommen; kurz, es wird hier eben so distinguirt, wie es gehalten wird bey der Acquisition der Nebensache durch die Hauptsache. — Noch kommen hier einige andere Fragen vor, und zwar 1), muß der Specifikant in bona fide seyn, wenn er den neuen Körper acquiriren will? Einige Rechtsgelehrte s) haben dieß zu behaupten

s) Coccei in iure contr. h. t. Qu. 21. Walch introd. in controu. pag. 109.

ten gesucht; diese Meynung kann aber durch kein deutliches Gesetz erwiesen werden [t]). 2) Ist es bestritten, ob die römischen Gesetze in unsern Gerichten hierüber angewendet werden können? Einige Rechtsgelehrte haben es geleugnet, und andere Distinctionen angegeben [u]); diese Behauptung wird aber durch die Praxis unserer Gerichte widerlegt [x]).

Als die dritte Gattung der künstlichen Accession, ist die Vermischung der Körper, commixtio, zu betrachten. Man theilt sie in die Vermischung im strengen Verstande, und in die Confusion. Erstere entsteht, wenn trockene Körper mit einander vermischt worden sind; z. B. wenn Schaafe und Gänse unter einander laufen; wenn Korn und Weitzen vermischt worden sind, oder man wirft Dukaten und Goldgulden unter einander. In allen diesen Fällen bleiben die Körper unvereinigt und abgesondert, daher man den einen von dem andern unterscheiden kann. Eine Confusion ist vorgegangen, wenn flüssige, oder geschmolzene Materien zusammen gegossen worden sind. Hier geschieht eine solche Verbindung, daß wenigstens in den mehresten Fällen keine genaue Trennung geschehen kann.

Soll die Frage beantwortet werden: wenn ist die Confusion ein modus acquirendi, so kommt es 1) darauf an; ob die Vermischung mit Einwilligung aller derer geschehen ist, die als Eigenthümer der vermischten Körper zu betrachten sind. Hier wird die Mischung ein gemeinschaftliches Eigenthum. Man nehme an, ich habe einen fetten süßen, der andere aber hat einen feurigen sauern Wein, und wir werden einig, die Weine zu vermischen, und das Gemische zu theilen. Hierdurch entsteht eine Gemeinschaft, wovon aber der Grund nicht in der vorgegangenen Confusion liegt, sondern in dem Vertrage der Eigenthümer, und der

t) BACHOV ad §. 25. Inst. de rer. diuis. VOET h. t. nr. 21.

u) OTTO ad §. 25. Inst. de rer. diuis.

x) STRYCK in vsu mod. h. t. §. 24.

geschehenen Tradition zur Confusion. Diese Art der Vermischung ist also keine Erwerbungsart. 2) Ist auf den Fall zu sehen, ob meine Sachen mit des Andern Sachen, ohne beyderseitige Einwilligung vermischt worden sind, die Sachen lassen sich aber von einander trennen. Wird z. B. mein Silber mit des Andern Bley vermischt, so kann jeder von uns die Trennung verlangen, und nach solcher seine Sache vindiciren; die Confusion schafft also hier kein unwiderrufliches Eigenthum. 3) Wenn wider Willen beyder Theile geschmolzene oder von Natur flüssige Materien, so mit einander vermischt worden sind, daß die Separation unmöglich ist, so kommt es auf den Unterschied an, ob die Vermischung durch einen Zufall vorgenommen worden ist, z. B. mein Wein wird durch ein Versehen unter den Wein des B. gegossen; oder ob ein Eigenthümer die Vermischung vorgenommen hat. In jenem Falle wird das Gemische eine gemeinschaftliche Sache, und die Confusion gilt als eine Erwerbungsart. Bey der Theilung wird auf die Güte und Größe der vermischten Massen Rücksicht genommen. Würde z. B. von meinem Weine 1 Eymer unter des Andern seine 2 Eymer Wein gegossen, mein Wein wär aber so viel werth, als des andern seine 2 Eymer, so bekommt jeder 1½ Eymer von dem vermischten Weine. 4) Vermische ich mit Vorsatz meine Materie mit des Andern seiner Materie, wider Wissen und Willen des Andern, so geschieht dieses entweder bey einem rechtmäßigen Titel, oder ich hatte diesen nicht. Habe ich einen Titel, z. B. ich kaufe Wein, der dem A. gestohlen worden ist, und gieße den Wein unter meinen Wein, so wird der fremde Wein durch die Vermischung mein y). 5) Habe ich keinen Titel, so sind die Sachen entweder von einerley Art, oder von verschiedener Art. Im ersten Fall wird das Gemisch gemeinschaftlich, z. B. ich stehle Wein, und mische

y) L. 78. D. de solut. ALCIAT. ad L. 15. D. de reb. credit. FACHINAEVS in controu. Lib. II. cap. 51.

mische ihn unter den meinigen. Die Confusion ist eine Erwerbungsart, und die Theilung geschieht, wie vorhin bey den Fällen unter Nr. 4. Leidet der Andere durch die Mischung Schaden, so muß ich ihn ersetzen. Sind hingegen 6) die Sachen von verschiedener Art; z. B. ich vermische Citronensaft, der mein ist, mit Arak, der dem C. gehört, so ist das Gemische mein, weil hier zugleich eine Art der Specifikation geschehen ist; die Confusion ist also auch in diesem Falle ein modus acquirendi.

Bey der vorgegangenen **Commixtion** geht es nach folgenden Sätzen. 1) Wenn Körper, die verschiedenen Herren gehören, mit beyder Einwilligung vermischt worden sind, so wird die Masse **gemeinschaftlich**; aber wegen des Vertrags, und der darauf erfolgten Uebergabe, nicht wegen der Vermischung. Die Commixtion ist in solchen Fällen so wenig ein modus acquirendi, als die Confusion. 2) Geschieht die **Commixtion** wider Wissen und Willen der Eigenthümer, die Körper lassen sich aber separiren, weil jeder Eigenthümer die ihm gehörenden Körper erkennen, zeigen, und von den andern unterscheiden kann; so vindicirt jeder Eigenthümer das Seinige, und die Vermischung ist auch hier kein modus acquirendi dominium. Dieser Fall ist vorhanden, wenn meine Schaafe, die alle gezeichnet sind, unter des B. seine Heerde gelaufen sind, oder meine Erbsen gerathen unter des Andern seine Graupen. 3) Ist die Separation nicht möglich, und ich habe einen Titel, so werde ich Eigenthümer; und die Vermischung ist ein modus acquirendi [z]); z. B. Jemand findet Geld, und bezahlt damit, was er mir schuldig war, ich mische dieses Geld unter das meinige. 4) Wenn ich hingegen keinen Titel habe, so ist die Masse gemeinschaftlich, und jeder nimmt der Zahl nach, oder, nachdem die Sache ist, dem **Maaß** nach so viel, als ihm gehört; z. B. beym Spiel fällt der Tisch um, und die Gelder der Spielenden

z) L. 78. D. de solut.

werden vermischt; mein Brennholz und des B. seines werden durch einen Zufall auf einander geworfen. Die Commixtion ist hier ebenfalls eine Erwerbungsart, ob es gleich in den Institutionen geleugnet wird, wo es heißt: quia singula corpora in sua substantia durant a).

Nachdem zeither die natürliche und künstliche Accession erklärt worden ist, so soll auch noch die gemischte erläutert werden. Kräfte der Natur und Bemühung des Menschen wirken bey ihr zusammen. Es giebt zwey Gattungen derselben, nämlich das Säen und das Pflanzen. Von dieser Art der Accession heißt es in Gesetzen: was auf meinen Boden gesäet oder gepflanzet worden ist, wird ein accessorium des Bodens, der Boden ist das principale; folglich gehört das Gesäete und Gepflanzte dem Eigenthümer des Bodens. 1) Wenn ich also mein Getreide auf eines Andern Boden säe, etwa aus Versehen, so acquirirt er das Getreide; und wenn ich des Andern seine Saamenkörner, die ihm z. B. gestohlen und mir verkauft worden sind, auf meinen eigenen Grund und Boden säe, so gehören sie mein. Es entsteht die Frage: kann ich im ersten Fall die Kosten des Säens vergütet verlangen, das heißt, muß mir der Eigenthümer des Bodens, den Werth des Saamens, das Säelohn, das Eggelohn, und alle andere Kosten vergüten? und kann im zweyten Fall der Eigenthümer des Saamens, dessen Werth von mir fordern? Diese Fragen müssen nach der eingeführten Distinction, bey der Erwerbung der Nebensache durch die Hauptsache bestimmt werden.

2) Wird die Pflanze des Einen auf des Andern seinen Boden gesetzt, so gehört sie dem Eigenthümer des Bodens, so bald sie eingewurzelt ist; so lange dieß noch nicht geschehen ist, kann sie der Eigenthümer vindiciren. Man nehme also an, es werden mir Bäume gestohlen, und an den A. ver-

a) §. 28. Inst. de rerum diuis. THOMASIVS ad STRAVCH. Diss. VI. Thes. 53. LEYSER Spec. 449. Med. 1.

verkauft, welcher sie in seinen Garten hat setzen lassen. Hier bleibe ich Eigenthümer, so lange die Bäume noch keine Augen getrieben haben, welches ein Zeichen ist, daß sie noch keine Wurzel getrieben haben. Oder gesetzt, ich pflanze Bäume aus Irrthum auf einen fremden Acker. Auch hier kommt es darauf an, ob sie schon Wurzel geschlagen haben, oder nicht. Im letzten Fall kann sie der Eigenthümer abfordern durch die rei vindicationem; im andern aber muß rei vindicatio vtilis angestellt werden, um den Werth dafür zu erhalten [b]).

3) Von den Bäumen, die an den Grenzen stehen, wird folgendes verordnet. — Ein Baum, der gerade auf der Grenze steht, in confinio, ist gemeinschaftliches Eigenthum [c]). Confinium kann die Linie heißen, welche zwey Grundstücke scheidet, aber auch der Rain zwischen ihnen. Er war bey den Römern gewöhnlich drey bis sechs Fuß breit, und konnte nach den Gesetzen der zwölf Tafeln nicht verjährt werden. Steht der Baum nicht selbst auf der Grenze, sondern nur nahe daran, so gehört er dem, auf dessen Grundstück er heraus wächst [d]). Einige Rechtsgelehrte behaupten, daß man das Eigenthum eines Baumes, der an der Grenze steht, aus der Wurzel beurtheilt habe. Nach dieser Meynung hätte ja in jedem Falle, wenn das Eigenthum eines Baums hätte bestimmt werden sollen, erst den Wurzeln in der Erde nachgegraben werden müssen, wodurch der Baum leiden müßte. Wie sollte auch bestimmt werden, wie viel Wurzeln auf meinem Boden wachsen, und wie viel auf des Andern Grund und Boden liegen; wie viel Antheil also jeder Nachbar am Eigenthum des Baums habe. Im §. 31. Inst. de rer. diuis. heißt es zwar: adeo autem

b) L. 5. §. 3. D. de rei vindic. VOORDA interpr. pag. 158.

c) §. 31. Inst. de rer. diuis. L. 7. §. vlt. D. h. t. L. 19. D. comm. diuid. L. 83. D. pro socio.

d) L. 6. §. 2. D. arb. furt. caes.

tem ex eo tempore, quo radices egit planta, proprietas eius commutatur, vt si vicini *arbor ita terram Titii presserit*, vt in eius fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus; ratio enim non permittit, vt alterius arbor esse intelligatur, quam cuius in fundum radices egisset; allein diese Stelle ist aus der L. 7. §. fin. D. de acquir. rer. dom. genommen, wo Cajus sagt: quod si vicini arborem *ita terra presserim*, ich habe einen Ast herüber gezogen, und einen Einleger davon gemacht, vt in meum fundum radices egerit, meam effici arborem, rationem enim non permittere, vt alterius arbor intelligatur, quam in cuius fundo radices egisset, und die Verfasser der Institutionen haben den Cajus nicht verstanden. e). Schadet ein solcher an der Grenze stehender Baum meinem Gebäude, so kann ich verlangen, daß ihn der Nachbar ganz weghaut f); thut er aber meinem Grundstück, Acker, Garten, praedio rustico, Schaden, so muß der Nachbar die Aeste 15 Fuß von der Erde abnehmen; diejenigen Aeste aber, welche höher als 15 Fuß über die Erde stehen, muß ich auf meinem Grundstück leiden. Ich muß so gar nach dem römischen Recht erlauben, daß der Nachbar die Früchte, welche auf mein Grundstück gefallen sind, auflieset g), und will ich es nicht leiden, so stellt er das Interdict de glande legenda wider mich an. Nach teutschen Rechten wird nicht allemal so gesprochen; denn 1) wenn des Nachbars Baum meinem Gebäude schadet, so muß er ihn nur so weit abhauen, als er mir schädlich ist, und nicht den ganzen Baum. 2) Alle Aeste, die auf mein Grundstück herüber ragen, müssen auf mein Verlangen weggenommen werden, und nicht blos die, welche niedriger als sechszehn Fuß herüber hangen. 3) Leidet der Nachbar die Aeste über seinem Grundstück, so kann

e) d'Arnaud var. coniect. L. I. cap. 1 et 2.
f) L. 1. D. de arbor. caed.
g) L. 1. D. de glande legenda.

kann er die Früchte, die darauf gewachsen sind, oder den Ueberfall, wie es genennt wird, verlangen; an einigen Orten jedoch wird der Ueberfall zwischen den Nachbarn getheilt h).

Vermittelst der Accession, ist die Erhebung der Früchte ein dritter wichtiger modus acquirendi i). Wenn man diese Sache gehörig beurtheilen will, so muß erst der Begriff des Worts *causa* erklärt werden. In Gesetzen wird unter dem Wort causa alles verstanden, was mit einer Sache in einigem Zusammenhang steht, und dieses kann theils in der Sache selbst seyn, theils außer derselben. Jenes wird causa *interna* genennt, und dieses causa *externa*. Zu der causa interna wurden gerechnet, die Gerechtigkeiten, welche auf einer Sache haften, die Jagdgerechtigkeit, die Gerichtsbarkeit, u. s. f. Ferner gehören dazu die physischen Eigenschaften, z. B. die Fruchtbarkeit oder die Unfruchtbarkeit, die gesunde oder ungesunde Lage eines Gutes, der gute oder baufällige Zustand eines Hauses, das Alter oder die Jugend eines Pferdes, u. d. gl.

Die äußerliche causa heißt auch *accessio*, und sie wird in die Früchte eingetheilt, und in accessio stricte sic dicta. Früchte heißen diejenigen Accessionen, die den Grund ihrer Existenz in der Sache selbst haben; accessiones stricte sic dictae hingegen heißen solche Früchte, die ihn nicht darin haben. Das Gras auf der Wiese gehört zu den Früchten, denn es gehört zur Wiese, hat einen Zusammenhang damit, und in der Wiese liegt der Grund seiner Existenz. Tapeten hingegen sind accessoria stricte sic dicta von einer Stube. Sie gehören zwar auch zu einer Stube; sie

h) Stryck in vsu mod. h. t. §. 28. et ad tit. de arbor. caed. Hahn ad Wesenb. sub tit. de glande legenda. Koch de iure viciniae, pag. 529.

i) Wolffradt sub Praes. G. L. Boehmer Diss. sistens theoriam generalem de acquisitione fructuum, Sect. I. Götting. 1783.

sie haben aber den Grund ihres Daseyns nicht in der Stube.

Man unterscheidet bey den Früchten sehr viele Fälle und theilt solche darnach ein. Es giebt 1) ordentliche und außerordentliche Früchte. Erstere sind die, um welcher willen eine Sache angeschafft wird. So kauft man z. B. Aecker um des Getreides willen, das darauf erbaut werden kann, Wiesen um des Grases, einen Obstgarten um des Obstes willen. Daher sind Getreide, Gras, Obst, ordentliche Früchte. Einen Wald kauft man der Regel nach nicht, um Schwämme, Trüffeln u. d. gl. darin zu finden. Diese Dinge nennt man also fructus extraordinarios. Auch Schätze werden zu den außerordentlichen Früchten gerechnet; allein diese sind gar keine Früchte, weil der Grund ihrer Existenz nicht im Grund und Boden, oder dem Orte liegt, wo der Schatz gefunden wird. 2) Sind die Früchte theils fructus ciuiles, theils naturales, und diese werden nochmals in naturales stricte und industriales eingetheilt. Hat die Entstehung der Früchte einen physischen Grund in der Sache, si fructus ex re nascuntur, so heißen sie naturales; ist ihr Grund aber moralisch, rührt von menschlicher Anordnung her, si occasione rei percipiuntur, so heißen sie fructus ciuiles. Natürliche Früchte sind, Getreide, Gras, Obst; bürgerliche Früchte sind, die Zinsen von einem Capital; Miethgeld, das man aus einem Hause zieht; der emphyteutische Canon, u. s. f. Die natürlichen Früchte entstehen entweder ohne Cultur, durch die bloße Wirkung der Natur, oder sie müssen erst durch menschliche Arbeit hervorgebracht, gepflanzt, gesäet, gepflegt werden. Jene heißen naturales stricte, z. B. Gras, Eicheln, wildes Obst; diese industriales, z. B. Getreide, veredeltes Obst, Gartenfrüchte, u. s. f. Endlich 3) sind die Früchte entweder pendentes, oder percepti, oder percipiendi. Sie werden percipiendi genennt, wenn sie nicht wirklich gezogen worden sind, aber doch hätten gezogen werden können, wenn der Besitzer gewollt, und die gehörigen Mittel angewendet

wendet hätte. Man nennt die Früchte pendentes, wenn sie noch mit der Sache, auf der sie gewachsen, verbunden sind, z. B. Obst, welches noch auf dem Baume ist, Getreide, welches noch nicht abgehauen ist; Gras, das noch steht. Sind die Früchte von der Sache, wo sie wachsen, deswegen herunter genommen worden, damit man sie benutzen will und kann, so heißen sie fructus percepti. In Gesetzen [k]) wird ein Unterschied gemacht zwischen fructibus separatis und perceptis. Sondern sich die Früchte selbst ab, z. B. das reife Obst fällt ab; oder sie sind durch eine äußere Ursache abgesondert worden, z. B. ein Sturmwind wirft die Bäume um; oder ein Dritter hat sie ohne Wissen und Willen des Besitzers des Grundstücks, wo die Früchte stehen, abgesondert, welches bey den Dieben der Fall ist, so sind sie separati, aber nicht percepti.

Besitze ich eine Sache als Eigenthümer, als Usufructuar, als Miethsmann, als antichretischer Gläubiger, oder als redlicher Inhaber, so steht mir ein Recht auf die Früchte zu, welche die Sache hervorbringt. Der Eigenthümer zieht die Früchte von einer Sache iure soli, wie es in Gesetzen [l]) heißt; so bald sie entstehen, oder vorhanden sind, gehören sie ihm, iure accessionis, das heißt, blos als Zuwachs oder Theil der Hauptsache. Usufructuar heißt derjenige, der ein dingliches Recht an einer fremden Sache hat, vermöge dessen er alle Früchte davon genießt; diese Früchte sind aber nicht eher sein Eigenthum, als bis er sie eingesammelt oder geerndtet hat, si ipse eos perceperit [m]). Daß der Pachtinhaber eines Ackers, einer Wiese, eines Gartens, vermöge des geschlossenen Pachtcontracts berechtigt wird, die Früchte der gepachteten Sache zu erheben, ist bekannt. Ueberlasse ich Jemandem eine

k) L. 25. §. 1. D. de vsur. L. 48. pr. D. h. t.

l) L. 25. pr. D. de vsur.

m) §. 36. Inst. de rer. diuis. L. 13. in fine Dig. quib. mod. vsusfr.

eine fruchtbringende Sache zum Unterpfande, und verspreche ihm, daß er die Früchte als Zinsen behalten darf, so wird er ein antichretischer Gläubiger genennt. Auch diese beyden Personen, der Pachter und der antichretische Gläubiger, erlangen erst durch die Perception der Früchte ihr Eigenthum. Hiernach ist die L. 60. §. 5. D. locato cond. zu erklären. Sind die fructus pendentes eines verpachteten Gutes gestohlen worden, so kann eigentlich nur der Verpachter die condictio furtiua anstellen; er muß aber den Erfolg dieser Klage dem Pachter zu Gute kommen lassen n). Ueberhaupt gehören fructus, blos als Zuwachs und Theil der Hauptsache betrachtet, iure accessionis, nur dem Eigenthümer, mit dessen Sache sie zusammen hängen, ipso iure, zu. Bey den übrigen Besitzern, die nicht Eigenthümer sind, muß man untersuchen, 1) das Recht die Früchte zu erwerben. Dieß kann ihnen zustehen, theils aus Vergünstigung des Eigenthümers durch Vertrag, welches z. B. bey dem Pachter der Fall ist, oder durch Testament, theils durch besondere Vorschrift der Gesetze, z. B. dem redlichen Civilbesitzer, u. a. m. Es ist 2) der wirkliche Erwerb der Früchte zu betrachten. Dieser setzt, da die Sache selbst nicht ihnen gehört, folglich auch der Zuwachs und Theil derselben als solcher nicht schon der ihrige ist, immer noch erst ein besonderes factum voraus; und hier ist bey dem redlichen Civilbesitzer factum quodlibet separationis hinreichend; bey den natürlichen Besitzern hingegen, dem Pachter, Usufructuar, u. a. m. wird das factum perceptionis fructuum erfordert o).

Auch

n) Cannegieter Obs. iur. Romani II, 3. Westphal vom Kauf, Pacht ꝛc. §. 930.

o) Waldeck Inst. iur. ciuil. §. 276. Io. Ger. Gmelin Praesc. patre Chr. Gmelin Diss. fructuum perceptio modis acquirendi dominii vindicata, seu potius restituta, Tubing. 1800.

Auch ein bonae fidei possessor hat ein Recht auf die Erhebung der Früchte. Besitze ich eine fremde Sache mit ununterbrochener bona fide, auch iusto titulo, so werde ich in manchen Stücken als ein wirklicher Eigenthümer betrachtet, das heißt, ich habe verschiedene Rechte, die ein wahrer Eigenthümer ausüben darf. Darunter gehört hauptsächlich das Recht, daß ich mir bey den vorhandenen erforderlichen Umständen die Früchte zueignen darf. Es wird also vorausgesetzt, daß ich eine fremde Sache besitze. Ich kaufe z. B. ein Landgut von einem, der für den nächsten Erben des verstorbenen Eigenthümers gehalten wird; nach einiger Zeit aber erscheint der nähere Erbe, nimmt jenem die Erbschaft und mir also auch das Gut wieder weg. Ich muß die fremde Sache bona fide besitzen, ich weiß nicht anders, als daß sie mein sey. Die bona fides ist nicht unterbrochen worden; denn ich will alle Jahre die Früchte genießen, folglich muß ich alle Jahre in bona fide seyn. Ich habe auch iustum titulum; das heißt, einen rechtlichen Grund, der es mir möglich gemacht hätte, Eigenthümer zu werden, wenn nur der, von welchem ich die Sache erhalten habe, befugt gewesen wäre, sie mir zu übertragen; z. B. in dem angenommenen Falle, wenn nur der Verkäufer der wahre Erbe gewesen wäre. Wenn ich unter diesen Umständen während meines Besitzes Früchte ziehe, so habe ich darauf, so bald sie durch irgend eine Handlung von der Sache abgesondert worden sind, facto quolibet separationis, ein Recht; das Recht, sie zu verzehren, zu veräußern und zu verjähren; ich bin sogar nicht einmal verantwortlich, wenn sie verdorben sind, und ich war nicht Schuld daran.

Der redliche Besitzer hat angeführtermaßen nicht eher ein Recht auf die Früchte, als bis sie von der Fruchtbringenden Sache abgesondert worden sind, z. B. bis das Obst von den Bäumen genommen, das Getreide abgeschnitten, das Gras weggehauen worden ist. So lange als die fructus noch nicht abgesondert, sondern pendentes sind, hat er keinen Anspruch darauf. Er kann sie nie iure accessionis erwerben, weil ihm die Hauptsache nicht gehört.

Vindicirt der Eigenthümer seine Sache, so nimmt er mit der Sache die fructus pendentes weg. Sind die Früchte wirklich nicht nur separirt, sondern auch noch vorhanden, so wird in Gesetzen darauf gesehen, ob diese Früchte schon drey Jahr alt sind, oder nicht. Jene Früchte, die drey Jahr alt sind, behält der Besitzer, weil sie durch die angenommene **Verjährung unwiderruflich** sein Eigenthum geworden sind [p]); hingegen die noch nicht drey Jahr alten Früchte muß er dem Eigenthümer herausgeben. Hierbey ist noch verschiedenes zu bemerken, und zwar 1), der **redliche** Besitzer erhält ein Recht auf die Früchte durch die vorgegangene **Separation**; aber die **Perception** wird nicht erfordert [q]). 2) Hat der redliche Besitzer keinen gerechten Titel, so erwirbt er durch die **Perception** nur die Industrialfrüchte [r]); jedoch leugnen viele Rechtsgelehrte diese Einschränkung [s]). 3) Obgleich der Besitzer alsdenn die Sache nicht verjähren kann, weil sie einem Pupillen gehört, geraubt, oder gestohlen ist, so kann er doch die Früchte davon erwerben [t]). Sind endlich die Früchte nicht mehr vorhanden, weil sie entweder **verlohren**, deperditi, durch Zufall oder Schuld des Besitzers zu Grunde gegangen, oder **veräußert**, z. B. verschenkt, verkauft, oder **konsumirt**, verzehrt, verfüttert worden; so ist der **redliche** Besitzer in allen drey Fällen, die Früchte mochten naturales oder industriales seyn, dem Eigenthümer zu nichts verantwortlich [u]).

Eine

p) L. 4. §. 19. D. de vsurpat. SCHVLTING thes. controu. Dec. 18. th. 17.

q) L. 25. §. 1. D. de vsur. L. 48. pr. D. h. t.

r) L. 45. D. de vsur.

s) Westphal von den Arten der Sachen, §. 946. BRANCHV Obs. 1, 3. GMELIN Diss. cit. §. 11.

t) L. 48. D. de acquir. rer. domin.

u) §. 35. Inst. de rer. diuis. §. 2. Inst. de offic. iur. L. 22. L. 25. §. 11. D. de hered. petit. L. 62. §. 1. D. de rei vindicat. L. 4. §. 2. D. fin. reg. L. 25. §. 1. L. 45. D. de vsur. L. 48.

Eine sehr praktische Frage ist es: wie wirkt die Einlassung der Klage auf die fidem des Besitzers? wird 1) jeder Besitzer durch die Litiskontestation zu einem unredlichen Besitzer gemacht? und 2) muß er die Früchte, α) welche zur Zeit der Litiskontestation vorhanden waren, aber nachher konsumirt worden sind, β) die, welche er erst nach der Litiskontestation gezogen hat, γ) die, welche er hätte ziehen können, dem Eigenthümer ersetzen? — Daß jeder Besitzer von der Zeit der Litiskontestation an, ja schon von Zeit erhobener Klage an, als ein unredlicher Besitzer anzusehen sey, verordnen die Gesetze x) deutlich. Nun behaupten zwar mehrere Rechtsgelehrte y), daß diese Regel ohne Widerspruch der gesunden Vernunft nicht so allgemein gelten könne, indem der Besitzer einer Sache dadurch, daß er verklagt worden ist, noch nicht überzeugt werde, daß er mit Unrecht besitze. Er komme erst alsdenn in malam fidem, wenn der Kläger seine Ansprüche deutlich erwiesen habe. Wenigstens könne man das, was die Römer von ihrer Litiskontestation behaupteten, nicht auf die unsrige anwenden, weil der Kläger vor derselben alle Dokumente zu ediren schuldig gewesen, wozu er bey uns vor der Einlassung des Beklagten nicht verbunden ist. Darauf kann geantwortet werden z), wenn es gleich wahr ist, daß der Besitzer durch die Litiskontestation nicht immer in eine wirkliche malam fidem versetzt werde, so folgt doch daraus nicht, daß er nicht ciuiliter, in gewissen Rücksichten, Folgen gegen sich gelten lassen müsse, die sonst nur den unredlichen Besitzer tref-

L. 4°. D. h. t. L. 1. C. de petit. hered. L. 17. L. 22. C. de rei vindic. L. 1. C. de fruct. et lit. expens.

x) L. 20. §. 6. L. 25. §. 7. D. de hered. petit. L. 1. §. 1. C. eod. L. 45. D. L. 22. C. de rei vindic. §. 2. Inst. de offic. iud.

y) Bynckershoeck Obs. Lib. 8. cap. 12. Leyser Spec. 83. Med. 5. Spec. 94. Med. 3. Spec. 99. Med. 6. Spec. 249. Med. 1. 2. 3. Spec. 450. Med. 3.

z) Hasse Diss. de litis contestatione, an et quatenus bon. fid. possessor per eam in mala fide constituatur, Gotting. 1780.

sen; z. B. daß er die Früchte, welche er nach der Einlassung verzehrt oder zieht, oder hätte ziehen können, nicht herausgeben oder ersetzen müsse. Es ist gar nicht unbillig, daß er dazu angehalten werde; denn sobald ich wegen einer Sache in Anspruch genommen werde, ist es wenigstens zweifelhaft, ob ich die Sache behalten werde, oder ob ich angehalten werden kann, sie herauszugeben; ich muß also die Früchte so lange aufheben, ja sogar so viel Früchte zu ziehen suchen, als mir möglich ist, damit der Eigenthümer keinen Schaden leide [a]).

Ein unredlicher Besitzer darf sich nicht nur gar keine Früchte zueignen; sondern er muß auch sogar die fructus percipiendos, das heißt, alle Früchte, die er als ein guter Wirth, oder der Eigenthümer hätte ziehen können, dem Eigenthümer vergüten. Freylich ist der Fall der Vergütung selten; denn der Beweis, daß der Besitzer mehr Früchte hätte ziehen können, ist oft schwer, und der Eigenthümer ist gewöhnlich sehr zufrieden, wenn er nur seine Sache mit den wirklich genossenen Früchten ausgeliefert erhält. Die fructus percipiendi kommen hier in doppelter Rücksicht vor, nämlich 1) in so fern der Eigenthümer solche hätte erheben können, wenn ihm die Sache nicht wäre vorenthalten worden, ohne Rücksicht, ob ein solcher Genuß auch dem Besitzer thunlich war, oder nicht. In diesem Betrachte haftet der unredliche Besitzer immer, aber auch nur dieser dafür [b]). Es kommen die fructus percipiendi 2) in der Rücksicht vor, als der Besitzer die Früchte, die er selbst hätte ziehen können, durch eigene Schuld versäumt hat. Dafür haftet auch der redliche Besitzer, jedoch erst von der Zeit an gerechnet, da der Prozeß entstanden ist [c]).

Nicht alle Rechtsgelehrten halten die angeführten Rechtssätze für richtig; denn 1) behaupten einige, der bonae

a) Strubens rechtl. Bedenk. 5ter Band, S. 127. folg. Westphal von den Arten der Sachen, ꝛc. §. 933.

b) L. 62. §. 1. D. de rei vindicat.

c) § 2. Inst. de offic. iud.

nae fidei possessor behalte die percipirten Früchte schlechterdings, wenn sie auch noch nicht konsumirt oder verjährt worden [d]). Allein die L. 22. C. de rei vind. verordnet, der redliche Besitzer solle die fructus *extantes* herausgeben, und der §. 33. Inst. de rerum diuis. eben so ausdrücklich: dominus de fructibus ab eo *consumtis* agere non potest. Auch die L. 4. §. 2. D. fin. reg. ist deutlich. Wahr ist es, daß Paullus in der L. 48. D. de acquir. rer. domin. sagt: fructus etiam, priusquam percipiat, statim vbi a solo separati sunt, bonae fidei emtoris fiunt; und Julian in der L. 25. §. 1. D. de vsu et fruct. bemerkt: fructus ad bonae fidei possessorem pertinent, quoquo modo a solo separati fuerint. Hierauf kann aber geantwortet werden, der redliche Besitzer wird zwar sogleich Eigenthümer, so bald die Früchte separirt worden, aber sein Eigenthum ist doch wiederruflich. Einige Rechtsgelehrte sprechen dem redlichen Besitzer doch wenigstens die fructus industriales auf beständig zu [e]).

Es ist 2) behauptet worden, wegen der konsumirten Früchte sey der redliche Besitzer dem Eigenthümer zu keinem Ersatz gehalten. Auch diese Meynung wird bestritten; denn sehr viele Rechtsgelehrte sind der Meynung, der bonae fidei possessor müsse die konsumirten Früchte alsdenn ersetzen, wenn er reicher dadurch geworden sey [f]); das heißt, α) wenn er sie veräußert hat, und den Werth noch besitzt; β) wenn er sie verzehrt, und deswegen von seinem eigenen Vermögen weniger ausgegeben, folglich etwas erspart hat. Man nehme an, er hat von dem Landgut, das er bona fide besaß, für 100 Thlr. Getreide gezogen, und in seiner Haushaltung verbraucht; hätte er das Gut nicht gehabt, so würde er für diese Summe haben Getreide kaufen müssen.

d) MADIHN Diss. de bon. fid. poss. singulari a restit. fructuum perceptorum immuni, Hal. 1754.

e) HVNNIVS in Resolut. pag. 281. sqq.

f) STRVV Synt. iur. ciuil. Exer. 16. th. 54.

Diese Summe ist also wegen des Genusses der Früchte erspart worden; der Besitzer ist folglich um 100 Thlr. reicher. Die angenommene gemeine Meynung, daß der redliche Besitzer die konsumirten Früchte nicht ersetze, wenn er gleich reicher dadurch geworden ist, wird von den angesehensten Rechtsgelehrten für nichtig gehalten [g]). Diese Behauptung ist der Rechtsanalogie gemäß; denn wir haben die Regel: in singularibus pretium non succedit in locum rei; und was für eine Klage will der Eigenthümer auf die Vergütung der konsumirten Früchte anstellen? Eine Realklage hat nicht statt, da die Früchte nicht mehr vorhanden sind, und eine Personalklage auch nicht, da der Besitzer sich durch kein factum dem Eigenthümer verbindlich gemacht hat. In Gesetzen wird diese Meynung deutlich bestätigt; denn Paullus bemerkt, der redliche Besitzer lucrire die Früchte; dieß wäre aber falsch, wenn er den Werth ersetzen müßte; und in den Institutionen heißt es: dominus de fructibus consumtis agere non potest [h]).

Es ist ferner behauptet worden, der redliche Besitzer bekomme nicht nur die fructus industriales, sondern auch die naturales. Diese Meynung erklärten einige Rechtsgelehrte für falsch, wenigstens alsdenn, wenn der Besitzer die Sache titulo lucrativo inne gehabt, weil es im §. 35. Inst. de rer. diuis. heißt: der redliche Besitzer erhalte die Früchte pro cultura et *cura* [i]). Darauf ist zu antworten, obgleich die natürlichen Früchte keine culturam erfordern, so haben sie doch curam nöthig; denn z. B. das Gras wird unter die natürlichen Früchte gerechnet, gleichwohl erfordert es curam et culturam, denn die Wiesen müssen oft gewässert

g) Coccei in iure controu. ad tit. de rei vindicat. Qu. 9. Wernher Obs. Part. I. Obs. 318. Leyser Spec. 99. Med. 1. Walch introd. in controu. pag. 133. tert. edit. Westphal von den Arten der Sachen, §. 946.

h) L. 4. §. 2. D. fin. regund. §. 35. Inst. de rer. diuis.

i) Bachov. ad §. 35. Inst. de rer. diuis. Hvber eod. tit. nr. 16. Broevs eod. tit.

gewässert werden, man düngt sie, reinigt sie vom Mooſe, schmeißt die Maulwurfshaufen aus einander, wenn gutes Gras wachsen soll [k]).

Endlich ist behauptet worden, der unredliche Besitzer müsse alle Früchte herausgeben, oder vergüten; dieses wird von einigen ältern Rechtsgelehrten geleugnet, welche der Meynung waren, es leide diese Regel alsdenn eine Ausnahme, wenn der unredliche Besitzer einen Titel gehabt habe; z. B. er kaufte eine Sache, wußte es aber freylich, daß der Verkäufer kein Recht hatte, die Sache zu veräußern. Diese Ausnahme ist unrichtig, und läßt sich aus Gesetzen nicht beweisen [l]).

Die letzte natürliche Erwerbungsart ist die Uebergabe. Nach dem Naturrecht ist der bloße Vertrag hinreichend, ein dingliches Recht von Jemandem zu erwerben [m]). Kaufe ich also z. B. Jemandem sein Haus ab, und der Kauf ist vollkommen, so hat nach dem Naturrecht sein Eigenthum ein Ende und ich bin Eigenthümer. Das römische Recht geht hier vom Naturrecht ab, und erfordert zur Erwerbung eines Realrechts mehr als den Vertrag; denn dieser bewirkt nach solchem blos ius in personam. Wenn ein Realrecht übergehen soll, so soll erst die Uebergabe vorhergehen [n]). Diese Regel hat jedoch selbst nach dem römischen Recht viel Ausnahmen, wo das Eigenthum ohne dazu gekommene Uebergabe erworben wird. Dieser Fall kommt vor, 1) bey Vermächtnissen; 2) bey den Theilungsangelegenheiten, iudicia diuiſoria. Spricht mir

k) L. 48. pr. D. de acquir. rer. domin. Noodt in Probabil. Lib. II. cap. 7. Reinold Diſſ. ad tit. D. de acquir. rer. domin. in Opuſc. pag. 468. Walch l. c. pag. 130. Henr. Pistor Lib. IV. Qu. 26. nr. 5. 6.

l) Cocceii in iure contr. ad tit. de rei vindicat. Qu. 12.

m) Grotius de iure belli, Lib. II. cap. 6. §. 1. cap. 8. §. 25. Titius ad Pufend. de offic. hom. Lib. I. cap. 12. §. 14. Strubens rechtl. Bedenk. 3ter Band, S. 190.

n) Gottfr. Mascov in Opuſc. pag. 103.

der Richter in diesen Prozessen etwas zu, so erhalte ich kein neues Recht. Ein Recht, welches ich zuvor mit mehreen gemeinschaftlich hatte, erhalte ich jetzt allein, welches im iudicio familiae erciscundae und communi dividundo der Fall ist, oder der Richter bestimmt, wie weit mein Recht gehen soll, welches vorher bezweifelt war, nämlich im iudicio finium regundorum. 3) Wenn Jemand die Zölle defraudirt, so wird die Waare confiscirt, und der Fiskus erhält sogleich das Eigenthum, eher noch, als ihm die Waare überliefert wird o). 4) Bey Universal-Fideikommissen p). 5) In der allgemeinen Gütergemeinschaft. Viele Rechtsgelehrte behaupten, daß durch Verträge mit dem Landesherrn das Eigenthum auch ohne Tradition übergehe; dieses ist aber unrichtig q). Ein zweytes dingliches Recht, das Pfandrecht, kann ebenfalls ohne Uebergabe erworben werden. Auch eine Servitut kann man zuweilen ohne Quasitradition erhalten.

Unter dem Wort Uebergabe im allgemeinen Verstande versteht man eine körperliche Handlung, wodurch der Besitzer seinen Besitz auf einen Andern überträgt. In dieser Bedeutung kann man sagen, daß der Deponent die deponirte Sache dem Depositar tradire; daß der Verpachter die Sache dem Pachter tradire. Im engern und juristischen Verstande hingegen wird der körperliche actus, wodurch der Besitzer einen Andern in Besitz setzt, nur alsdenn Tradition genennt, wenn er in der Absicht geschieht, dem Andern ein Realrecht zu verschaffen. Von einigen Rechtsgelehrten wird diese Uebergabe vestita genennt, und eine Uebergabe, wobey diese Absicht nicht ist, heißt traditio nuda. Die Uebergabe ist übrigens von der Besitzergreifung verschieden. Wenn ich dem Andern die Sache tradire, so ergreift

o) L. 14. D. de public.

p) L. 63. pr. D. ad Scrm. Trebell.

q) I. H. Boehmer Diss. de figmento translati ipso iure dominii ex promissis Principum, in Exerc. ad Pand. Tom. V. nr. 82.

ergreift er auch den Besitz; aber umgekehrt kann Jemand den Besitz ergreifen, ohne daß ein Anderer tradirt. Wenn z. B. mein Erblasser gestorben ist, und ich den Besitz seiner Verlassenschaft ergreife, so geschieht keine Tradition.

Zur Tradition wird eine körperliche Handlung erfordert. Eine bloße mündliche oder schriftliche Erklärung, daß ich dem Andern die Sache hiemit wolle übergeben haben, ist der Regel nach keine Tradition; sondern es muß noch eine andere äußerliche, in die Sinne fallende Handlung vorgenommen werden. Einen Fall giebt es, wo die Erklärung des Eigenthümers allein zur Uebergabe genug ist. Wenn nämlich Jemand meine Sache bisher als Nichteigenthümer besessen hat, und ich erkläre nunmehr mündlich oder schriftlich, daß er sie in Zukunft als Eigenthümer behalten soll, so wird er dadurch Eigenthümer. Die Uebergabe heißt hier traditio ficta, oder breui manu. Gesetzt, A. hat mein Haus bisher als Miethsmann bewohnt; jetzt kauft er mir es ab, und ich erkläre, daß er es von nun an nie eigenthümlich besitzen solle [r]). Uebrigens ist jede körperliche Handlung, wodurch ich zu erkennen gebe, daß ich den Besitz der Sache auf den Andern übertragen haben wolle, eine Tradition. Dahin gehört 1), wenn ich dem Andern eine bewegliche Sache in die Hand gebe, oder sie doch wenigstens vor ihm hinlege; 2) wenn ich ihn in das Grundstück, z. B. in das Haus, in den Garten einführe; 3) wenn ich die Sache, auf sein Verlangen, in seiner Wohnung niederlegen lasse; 4) wenn ich ihm erlaube, die Sache, z. B. das verkaufte Faß Wein, zu versiegeln, oder 5) einen Wächter dazu zu stellen [s]). Auch durch ein Zeichen kann eine Sache tradirt werden, das heißt, man kann Jemandem statt der Sache etwas übergeben, was die Sache

r) VINNIVS ad §. 43. Inst. de rer. diuis. IDEM in select. quaest. Lib. I. cap. 40.

s) L. 51. D. de acquir. vel amitt. poss. STRYCK in vsu mod. h. t. §. 34.

vorstellte. Diese Art der Uebergabe wird die symbolische genennt; und sie ist vorgenommen worden, 1) wenn ich die Schlüssel zu dem Hause, statt des Hauses übergebe; oder 2) die über die Sache abgefaßten Dokumente anstatt der Sache selbst; oder 3) wenn ich einen Span aus dem Gebäude schneide, und diesen dem Andern zuschicke, effectucatio, oder ich überreiche einen Erdschollen anstatt des Grundstücks. Ob diese Tradition im Anblick der Sache, conspectu rei, geschehen müsse, ist bestritten; es läßt sich aber die Sache nach dem römischen Recht bejahen [t]); hingegen nach teutschen Gewohnheiten ist der Anblick der Sache nicht erforderlich [u]).

Wer die Uebergabe vornehmen will, muß im Besitz der Sache seyn. Wenn also ein Anderer im Besitz der Sache ist, die ich übergeben will, und er behauptet, er besitze die Sache für sich, so kann ich diese Sache einem Dritten nicht gültig übergeben. Wenn ich gleich eine solche körperliche Handlung vornehme, wodurch man zu verstehen giebt, daß man dem Dritten die Sache übergeben haben wolle, so bekommt der Dritte doch kein Realrecht. Dieser Umstand wird dadurch angezeigt, daß man sagt: die Sache, welche man tradiren will, muß vacuae possessionis seyn. Mehrere Rechtsgelehrte [x]) sind zwar anderer Meynung, aber die Gesetze beweisen die angeführte Behauptung deutlich [y]). Besitzt ein Anderer meine Sache nicht in der Absicht, sie als die seinige zu besitzen, z. B. er besitzt mein Haus als Abmiether, so kann ich die Sache einem Dritten übergeben.

Wie

t) L. 74. D. de contr. emt. vend. L. 1. §. 21. D. de acquir. vel amitt. poss.

u) Püttmann in Miscellan. cap. 36.

x) de Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 2.

y) L. 13. C. de distr. pignor. L. 12. C. de probat. Cocceii in iure contr. h. t. qu. 11. Walch introd. in controv. pag. 136. edit. tert. Strubens rechtl. Bedenk. 3ter Thl. 52tes Bedenk.

Wie gesagt worden, geschieht die Uebergabe in der Absicht, dem Andern ein Realrecht zu ertheilen; gebe ich also Jemandem den Besitz meiner Sache ohne diese Absicht, so bekommt er kein dingliches Recht. Hieraus folgt, daß, wenn ich meine Sache auf baare Zahlung verkaufe, und in der Voraussetzung, die Zahlung werde sogleich erfolgen, übergebe ich dem Käufer die verkaufte Sache, er zahlt aber nicht, oder befriedigt mich nicht auf andere Weise mit meiner Genehmigung, so wird er durch die Uebergabe nicht Eigenthümer. Habe ich auf Borg gehandelt, und die Sache übergeben, so bewirkt die Uebergabe ein Eigenthum; es wäre denn, daß ich durch Betrug zum Borgen verleitet worden bin [z]). Weil die Absicht, daß der Andere durch die Uebergabe Eigenthümer werden soll, erfordert wird, wenn Jemand ein dingliches Recht erlangen will, so wird derjenige, dem ich eine Sache im Testament vermache, sie ihm auch bey meinem Leben übergebe, doch dadurch nicht Eigenthümer [a]). Wer behauptet, daß auf Borg gehandelt worden sey, muß es beweisen. Ist der Uebergebende nicht berechtigt, einem Andern ein dingliches Recht zu geben; so bekommt der Andere durch die Uebergabe auch kein dingliches Recht. Ein Pupill ist z. B. nicht befugt, ohne des Vormundes Einwilligung etwas von seinen Sachen zu veräußern; er kann daher auch für sich nichts gültig übergeben. Eigenthümer braucht derjenige nicht allemal zu seyn, der etwas gültig übergeben will; denn es giebt verschiedene Fälle, wo derjenige Namens eines Andern die Uebergabe vornehmen darf, der nicht Eigenthümer ist; z. B. der Vormund, der Bevollmächtigte, u. s. f. Wenn derjenige, dem etwas übergeben worden ist, irriger Weise, jedoch aus wahrscheinlichen Gründen glaubt, daß der Tradirende zur Uebergabe berechtigt sey; so wird er durch die Uebergabe ein redlicher Be-

z) Stryck Diss. de fide habita, cap. 5. nr. 29. sqq.

a) de Pufendorf Obs. Tom. II. Obs. 117.

Besitzer. Man streitet darüber, ob der iactus missilium, wenn Jemand Geld oder andere Sachen unter einen Haufen gemeiner Leute auswirft, eine Derelictiον sey, diese Sachen also als herrenlos occupirt werden können, oder mit andern Worten, ob es eine Tradition in personam incertam gebe, wie es in den Institutionen [b]) heißt.

Durch die Uebergabe will man den Besitz einer Sache übertragen, also können nur körperliche Sachen zu dem Ende übergeben werden, und ein Gegenstand des wahren Besitzes seyn. Bey Gerechtigkeiten wird der Ausdruck, quasitraditio gebraucht. Es geschieht solche dadurch, daß der, dem ich eine Gerechtigkeit überlasse, solche 1) mit meinem Vorwissen [c]), 2) ohne meinen Widerspruch, 3) wenigstens einmal ausübt. Habe ich z. B. Jemandem die Jagdgerechtigkeit überlassen, und er jagt mit meinem Vorwissen nur einmal, ohne, daß ich etwas dagegen einwende, so ist die Quasitradition der Jagdgerechtigkeit geschehen.

Lib. XLI. Tit. II.

de

acquirenda vel amittenda possessione.

§. 1747 — 1754.

Der Besitz ist das physische Vermögen, über eine Sache zu verfügen, verbunden mit der Absicht, die Sache zu behalten. Ich muß über die Sache verfügen können, heißt das physische Vermögen beym Besitz. Ob ich ein Recht habe,

b) §. 45. Inst. de rer. diuis. ibique VINNIVS et HEINECC.

c) Arg. L. 2. C. de seruit.

habe, über die Sache zu disponiren, oder nicht, darauf wird nicht gesehen, genug ich kann es. Besitz und Recht sind ganz verschiedene Dinge. Possessio non est iuris, sed facti, heißt es deswegen. Der Räuber oder Dieb, können über die gestohlne, geraubte Sache disponiren, ob sie gleich gar kein Recht dazu haben; sie sind also Besitzer. Man nennt das physische Vermögen, zu verfügen, die Detention, und denjenigen, der es hat, den detentor. Auch die Absicht, die Sache zu behalten, wird zum Wesen des Besitzes erfordert. Ob diese Absicht in Gesetzen gebilligt wird, oder nicht, ob ich die Sache immer oder nur eine Zeitlang, ob ich sie als eigen, oder nicht als eigen zu behalten Willens bin, darauf wird hier nicht gesehen; wo aber jene Absicht, die Sache zu behalten, ganz fehlt, da ist auch kein Besitz. Wenn ich z. B. einen auf dem Felde liegenden Stein aufhebe, und in der Hand habe, um ihn zu besehen; wenn Jemand ein Buch bey mir liegen lassen, und ich blättere darin, so besitze ich weder den Stein, noch das Buch; ich bin nicht possessor, sondern bloßer detentor, denn ich habe die Absicht nicht, diese Dinge zu behalten. Ein anderes Beyspiel giebt Paullus, welcher schreibt: qui iure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere; quia non eo animo ingressus est, vt possideat, licet corpore in fundo sit [a]).

Eine wesentliche Eigenschaft des Besitzes ist also das physische Vermögen, über die Sache zu verfügen, oder die Detention. Wenn ich, um über die Sache disponiren zu können, erst eine gewisse Handlung vornehmen muß, und es noch ungewiß ist, ob ich durch diese Handlung die Sache in meine Gewalt bekommen werde, oder nicht, so bin ich noch nicht im Besitz. Daher wird in Gesetzen [b]) die Bemerkung gemacht, daß man wilde Thiere in einer Umzäunung, wo man sie leicht einfangen kann, in viuariis, und Fische,

a) L. 41. D. de acquir. vel amitt. poss.

b) L. 3. §. 14. D. h. t.

Fische, in Fischkasten oder Fischhältern, besitze; aber solche Thiere, die in einem bey uns so genannten Park leben, quae in syluis circumleptis vagantur, auch Fische in stagno, in einem großen Teiche, welcher nicht abgelassen werden kann, besitze man nicht. Ueber das angeführte Gesetz ist viel geschrieben worden c). Das physische Vermögen habe ich nur so lange, als die Umstände mir verstatten, über die Sache zu verfügen, und Niemand berechtigt ist, mich zu hindern, daß ich eigenmächtig, das heißt, ohne richterliche Hülfe über die Sache disponire. Sobald Jemand berechtigt ist, mir dieses zu untersagen, so bald ich mir gegen die Eingriffe des Andern nicht mehr selbst helfen darf, sondern die Hülfe der Obrigkeit suchen muß, so ist meine physische Kraft von den Gesetzen gleichsam gelähmt worden, und mein Besitz ist verlohren. Auf diese Umstände gründet sich der wichtige Unterschied zwischen dem Besitz beweglicher und unbeweglicher Sachen. Wenn sich Jemand heimlich oder mit Gewalt, meine unbeweglichen Sachen anmaßt, so bin ich berechtigt, ihn eigenmächtig daraus zu vertreiben, nur muß es sogleich, das heißt, so bald ich seine Anmaßung erfahren habe, geschehen d). Wenn mir hingegen Jemand eine bewegliche Sache gestohlen, oder geraubt hat, oder auf eine andere ungerechte Art vorenthält, so bin ich nicht berechtigt, sie ihm eigenmächtig zu nehmen, ich muß klagen. Diesen Grundsätzen gemäß behalte ich den Besitz einer unbeweglichen Sache, so lange ich nicht weiß, daß sich ein Anderer ihrer anmaßt; ich habe ihn verlohren, wenn ich es erfahre, und nicht sogleich den Usurpator vertreibe, oder, wenn ich es

c) GROTIVS de iure belli, L. II. cap. 8. §. 2. PVFENDORF de iure nat. Lib. 4. cap. 6. §. 11. ibique MASCOV. HOTOMANN Obs. I, 7. NOODT Obs. I, 11. WIELING lect. I, 4. CRELL Diss. de viuariis, §. 9. NETTELBLADT D. de vero sensu L. 3. §. 14. D. de acqu. vel amitt. poss. Hal. 1774. §. 14.

d) L. 25. D. de acquir. vel amit. poss.

es zwar unternehme, ihn zu vertreiben, ich werde aber von ihm überwältigt; denn unter diesen Umständen muß ich bey der Obrigkeit Hülfe suchen. Den Besitz einer beweglichen Sache verliehre ich, so bald ein Anderer, z. B. der, dem ich sie geliehen, oder dem ich sie aufzuheben gegeben habe, darüber als über sein Eigenthum verfügt, si rem contrectat animo retinendi; noch mehr, wenn er es läugnet, daß er sie habe, oder wenn er gar behauptet, daß er nicht verbunden sey, sie mir wieder zu geben [e]).

Mein physisches Vermögen, über die im Besitz habende Sache zu disponiren, kann durch äußerliche Umstände, oder durch Verträge, auf eine Zeitlang erschwert oder eingeschränkt seyn. Wenn mir es nur nicht völlig genommen ist, so ist auch mein Besitz nicht verlohren. Durch äußerliche Umstände kann das physische Vermögen beschränkt oder erschwert seyn. Ist z. B. mein Schiff auf der See, so kann ich zwar nicht auf alle, aber doch auf einige Weise darüber disponiren; denn ich darf es vermiethen, verpfänden, verkaufen. Wird es durch Sturm versenkt, so ist von jetzt an, das physische Vermögen und der Besitz des Schiffes verlohren. Habe ich meine Sache in meinem Hause verlegt, so ist das physische Vermögen, damit etwas vorzunehmen, zwar erschwert, es ist mir aber doch nicht ganz genommen, folglich bin ich noch im Besitz. Verliehre ich hingegen die Sache auf der Straße, ein Anderer findet sie, und nimmt sie mir weg, so ist das physische Vermögen, und mit ihm der Besitz, verlohren. Auch durch Verträge kann das physische Vermögen, über die Sache zu verfügen, eine Zeitlang eingeschränkt und wegen eines Vertrages zwischen mehrern Personen getheilt seyn, und hiernach ist der Eine im Stande, einige Verfügungen zu machen, der Andere aber auch einige. In solchen Fällen sind beyde im Besitz. Wenn ich z. B. eine Sache ver-

e) L. 3. §. 18. L. 47. D. h. t. CVIAC. ad Papin. Quaest. pag. 650. AVERAN. Int. I, 28. 19.

verpachtet, oder pfandweise weggegeben habe, so hat sowohl der Pachter, als der Besitzer des Pfandes, das physische Vermögen, über die Sache zu disponiren, und er ist daher im Besitz, und wird Besitzer genennt. Deswegen habe ich aber jenes Vermögen nicht völlig verlohren; denn ich kann auch, ohne daß mir es Jemand wehre, und noch ehe die Pachtzeit zu Ende geht, oder ehe die Pfandschuld bezahlt ist, mancherley Verfügungen mit der Sache vornehmen, nämlich solche, die dem Rechte des Pachters, oder Pachtinhabers nicht nachtheilig sind; ich bin folglich Besitzer der verpachteten Sache, oder des Pfandes. Auf diese Weise können Mehrere eine und dieselbe Sache zugleich und ganz besitzen. Die römischen Rechtsgelehrten streiten darüber, ob Mehrere dieselbe Sache in solidum besitzen könnten, welches allerdings in gewissem Verstande möglich ist f).

So lange ich das physische Vermögen zu verfügen habe, bin ich im Besitz, ich mag nun bey der Sache gegenwärtig seyn, oder nicht; ich mag jenes Vermögen selbst, oder durch einen Andern ausüben können; ich mag wirkliche Verfügungen mit der Sache vorgenommen haben, oder nicht. Ich bin im Besitze eines, viele hundert Meilen weit, entfernten Hauses, wenn ich nur, so bald ich will, darüber verfügen, es verschenken, verkaufen, vermiethen, es abbrechen lassen kann. Ein Buch aus meiner Bibliothek besitze ich, wenn ich es auch niemals in die Hand genommen, noch weniger darin gelesen habe, sondern mein Bedienter hat es vom Buchbinder geholt, und in meinen Bücherschrank gesetzt. Es ist daher die Regel: Handlungen gehören nicht zum Wesen des Besitzes, sondern sie machen blos die Ausübung des Besitzes aus; aber possessio und vsus sind ganz verschiedene Dinge. Wenn man blos auf den gemeinen Sprachgebrauch des Worts, Besitz, Rück-

f) MASCOV de sectis etc. pag. 255. GALVANI de vsufr. cap. 34. nr. 13. sqq.

Rücksicht nimmt, so kann man mir das physische Vermögen zu verfügen, wohl nur so lange beylegen, mich nur so lange für den *detentor* gelten lassen, als kein Anderer mich an der Verfügung wirklich hindert. Der Besitz einer unbeweglichen Sache ist also verlohren, so bald sich ein Anderer ihrer anmaßt, und ohne meinen Willen darüber disponirt; wenigstens von der Zeit an, da ich über die Sache verfügen will, und der Andere es mir nicht gutwillig erlaubt. Dieß wird in Gesetzen g) deutlich zu verstehen gegeben. Allein nach jenen Begriffen wäre der Besitz einer unbeweglichen Sache etwas sehr vergängliches, hinfälliges, welches doch die römischen Rechtsgelehrten schlechterdings vermeiden wollten, weil sie dem Besitze so große Vorrechte beylegten, worunter hauptsächlich die Wirkung der Usukapion gehört, welche doch, wenn die obige Regel gelten sollte, alle Augenblicke unterbrochen werden könnte. Deswegen heißt in dem angeführten Gesetz: vtilius est, es ist besser, daß angenommen worden ist, der Besitz dauere so lange, als kein Anderer das Recht hat, mir die eigenmächtige Verfügung über die Sache zu verwehren. Uebrigens waren freylich die größten römischen Rechtsgelehrten, bey den Fällen, wo es zweifelhaft ist, ob man sagen kann, Jemand habe das physische Vermögen über die Sache zu verfügen, oder er habe es nicht, darüber bedenklich, ob man ihm auch den Besitz zuschreiben könne. Daher stritt man darüber, ob man behaupten könne, daß ich einen in meinem Grundstück vergrabenen Schatz, oder einen entlaufenen Sclaven besitze h). So viel hielten sie, dem Begriff des Besitzes gemäß, für ausgemacht, daß ich den entlaufenen Sclaven nicht mehr besitze, so bald ihn ein Anderer in Besitz genommen, oder wenn er sich für einen freyen Menschen ausgiebt, und seine Freyheit gerichtlich gegen mich ausführen will.

Eine

g) L. 25. §. 2. D. de acquir. vel amitt. poss.

h) L. 1. §. 8. L. 3. §. 3. L. 13 et 15. D. h. t. L. 17. §. 3. D. de furt.

Eine andere wesentliche Eigenschaft des Besitzes besteht in der Absicht, die Sache zu haben und zu behalten, in dem Willen, sie gar nicht, oder wenigstens für jetzt nicht wegzunehmen, affectus tenendi, wie es in Gesetzen i) heißt. Hieraus folgt: wenn ich es nicht weiß, daß eine Sache in meinem Beschluß ist, z. B. daß ein Schatz in meinem Keller, in meinem Garten verborgen liegt, so besitze ich sie nicht k). Indessen giebt es Fälle, wo die Gesetze jene Absicht vermöge einer Fiction voraussetzen. Dahin gehört, 1) wenn der Besitzer rasend wird; denn hier verliehrt er doch seinen zeither gehabten Besitz nicht l); einen Besitz erwerben kann er freylich nicht. 2) Gehört der Fall hierher, wenn einem Kinde etwas geschenkt worden, so kann es das Geschenk in Besitz nehmen, ihn folglich erwerben. 3) Wenn ich meinem Sclaven oder meinem der väterlichen Gewalt unterworfenen Sohne ein Pekulium überlasse. Erwerben diese jetzt einen Besitz, so werde ich als Besitzer angesehen.

Wie der Begriff des Worts Besitz zeither erläutert worden ist, damit stimmen die berühmtesten neuern Rechtsgelehrten überein. In Gesetzen ist aber dieser allgemeine Begriff nicht allemal enthalten. Bisweilen wird darin 1) blos der Besitz darunter verstanden, wodurch Jemand in den Stand gesetzt wird, eine Sache zu usukapiren; und von solchen Besitzern, die nicht usukapiren können, heißt es daher, non possident. Zuweilen ist 2) der Begriff noch mehr erweitert worden, und es heißt auch von solchen Besitzern, welche nicht usukapiren können, die aber doch auch nicht blos in fremden Namen besitzen, possident. Endlich 3) wenn gleich selten, wird das Wort possidere, so weitläuftig gebraucht, daß es auch von Besitzern zu verstehen ist, die eine fremde Sache in fremden Namen besitzen. Die Worte possessio und in possessione esse, werden viel öfter und

i) L. 1. §. 3. D. de acquir. vel amitt. poss.
k) L. 3. §. 3. D. de acquir. vel amitt. poss.
l) L. 27. D. de acquir. vel amitt. poss.

und uneigentlicher gebraucht, als der Ausdruck possidere und possessor. Es heißt daher von vielen Besitzern, in possessione sunt, sed non possident, non sunt possessores [m]). Eine vergebliche Arbeit ist es deswegen, über die Festsetzung eines Begriffs vom Wort Besitz zu streiten, welcher auf alle Gesetze, wo der Ausdruck vorkommt, sogleich anwendbar ist; unterscheidet man aber sorgfältig die verschiedenen Bedeutungen, welche die Worte possidere und possessio haben, und untersucht in jeder Stelle nach dem Zusammenhange, was für eine Bedeutung darin angenommen worden ist, so sind die Schwierigkeiten bey der Lehre vom Besitz wohl nicht so groß und unauflöslich, und es giebt in dieser Materie wohl nicht eine so große Anzahl sich völlig widersprechender Gesetze, als einige Rechtsgelehrte behauptet haben, z. B. der Hr. von Leyser [n]).

Der Besitz wird auf mancherley Weise unterschieden, und hat mehrere Gattungen. Er ist 1) entweder **gerecht**, possessio iusta, oder **ungerecht**, possessio iniusta. Gerecht heißt er, wenn der Besitzer ein Recht zu besitzen hat; **ungerecht** muß der Besitz genennt werden, wenn er kein Recht dazu hat. Dieser ungerechte Besitz ist wieder entweder ein solcher, 1) den ich mit Gewalt, oder 2) heimlich, das heißt, ohne des Eigenthümers Wissen, an mich gerissen habe, oder 3) der sich auf ein ungültiges Geschäft gründet; oder 4) der nicht auf dem guten Glauben beruht. Ein **ungerechter Besitz** kann wieder entweder ein **redlicher Besitz**, oder ein **unredlicher Besitz** seyn, bonae fidei possessio, malae fidei possessio. Derjenige besitzt bona fide, der zwar kein **Recht** zur Ausübung des Besitzes hat, der

m) L. 10. §. 1. L. 1. §. 8. L. 3. §. 20. L. 23. §. 2. L. 49. §. 1. D. h. t. L. 15. §. 2. D. qui satisd. cog. L. 6. §. 2. D. de precar. L. 5. §. 1. D. ad exhib. L. 10. §. 5. D. de acquir. rer. dom. L. 9. D. de rei vindic. L. 33. §. 1. in fine D. de vsurp. L. 2. C. de praescr. trig. ann. §. 1. Inst. per quas pers.

n) LEYSER Spec. 451. Med. 1.

aber doch aus solchen Gründen, die in Gesetzen gebilligt worden sind, vermuthet, er habe wirklich ein Recht dazu. Man sagt hingegen, es besitze Jemand mala fide, wer es entweder weiß, daß sein Besitz ungerecht ist, oder der sich doch aus ganz nichtigen Ursachen für einen redlichen Besitzer hält. Also nicht jeder ungerechte Besitzer hat seinen Besitz mala fide erworben; aber umgekehrt jeder, der mala fide besitzt, ist ein ungerechter Besitzer. Der Unterschied zwischen dem redlichen und unredlichen Besitzer ist sehr wichtig o).

Die wichtigste Eintheilung des Besitzes ist wohl die Eintheilung in possessionem *naturalem* vel *ciuilem*. Ueber die eigentliche Beschaffenheit dieser beyden Arten des Besitzes ist viel gestritten worden. Hält man alle Gesetze, wo diese Ausdrücke vorkommen, zusammen, so zeigt sichs augenscheinlich, daß die römischen Rechtsgelehrten nicht allemal eben denselben Begriff mit jedem der Worte possessio naturalis, possessio ciuilis verbunden haben. Bisweilen verstanden sie blos diejenige Eigenschaft des Besitzes darunter, welche in dem physischen Vermögen über eine Sache zu disponiren besteht. Auf diese Art nimmt Paullus die Bedeutung, wenn er sagt: Neratius et Proculus — solo animo non posse adquirere possessionem, si non antecedat *naturalis* possessio p), das heißt, wenn ich mir nicht vor allen Dingen das physische Vermögen zu verfügen verschaffe, die Sache in meine Gewalt bringe. Und weiter: id quod deest naturali possessioni, an dem physischen Vermögen, id animus implet, das wird ersetzt durch meinen Willen, die Sache zu haben. Bisweilen heißt possessio naturalis derjenige Besitz, welcher den Besitzer, wenn er gleich in bona fide ist, nicht in den Stand setzt, zu usu-

kapiren,

o) Haase Diss. de litisconteſtatione, an et quatenus, bon. fid. per eam in mal. fid. conſtituatur, Gotting. 1780. §. 3. sqq.

p) L. 3. §. 3. D. h. t. L. 1. pr. et §. 1. L. 3. §. 13. D. eod. L. fin. §. 1. D. de precar. L. 11. D. de acquir. rer. dom.

kapiren, weil er 1) entweder die Absicht nicht hat, die Sache als die Seinige zu behalten, und in dieser Rücksicht besitzt der Usufructuar die Sache, wovon er den Nießbrauch hat, nur natürlich [q]), oder 2) keinen, auch nur nach dem Naturrecht gültigen Grund des Besitzes, weil er z. B. ein Dieb oder Räuber ist, oder 3) wenigstens keinen, der das Eigenthum verschaffen kann, welcher Fall beym Besitz des Pachters, desjenigen, dem die Sache blos in Verwahrung gegeben worden ist [r]), eintritt, oder 4) wenn der Grund des Besitzes in Gesetzen verworfen wird, oder wenigstens kein unwiderrufliches Recht giebt. Eben deswegen besitzt ein Ehegatte die ihm von dem andern Ehegatten geschenkte Sache, so lange der schenkende Ehegatte lebt, nur natürlich [s]). 5) Wenn der Besitzer seiner persönlichen Verhältnisse wegen, keines Eigenthums fähig ist; daher ein Sclave nur natürlich besitzen konnte [t]). Endlich 6) wenn die Sache nicht im Commerz ist, folglich nicht eigenthümlich erworben werden kann; daher z. B. heilige Sachen, freye Menschen, nicht anders als natürlich besessen werden konnten [u]).

Possessio ciuilis heißt 1) der Besitz des wahren Eigenthümers; 2) derjenige Besitz, welcher, wenn er mit dem guten Glauben verbunden ist, mich in den Stand setzt, eine Sache zu usukapiren. Ein Civilbesitz in dieser Bedeutung setzt voraus, 1) daß ich die Absicht habe, die Sache als die meinige zu betrachten und zu behalten, 2) daß ich einen gerechten Titel habe; 3) fähig bin, Eigenthümer der Sache zu werden, 4) daß die Sache im Commerz ist.

q) L. 12. pr. L. 49. pr. D. h. t.

r) L. 7. §. 1. D. commun. diuid. L. 38. §. 10. D. de vsur. L. 2. §. 1. D. pro hered.

s) L. 2. §. 2. D. pro herede. L. 1. §. 4. D. h. t.

t) L. 38. §. 7. D. de verb. obligat. L. 24. D. h. t.

u) L. 23. §. 2. D. de acquir. vel amitt. poss.

Unter den natürlichen Besitzern machten die römischen Rechtsgelehrten wieder verschiedene sehr subtile Verschiedenheiten. Sie unterschieden 1) solche, welche in eigenem Namen besitzen, auf welche der Besitz übergetragen ist, und 2) solche, die im fremden Namen besitzen, auf welche der Besitz also nicht übertragen worden ist [x]). Von jenen heißt es in Gesetzen: possident, sibi possident, possessionem sibi traditam habent; von diesen aber wird gesagt, in possessione quidem sunt, tenent, sed non possident, alterius possessioni ministerium praebent [y]). Unter die Besitzer, welche ganz im fremden Namen besitzen, werden gerechnet, der Usufructuar, der Pachter, der Commodatar, der Depositar, derjenige, welcher ex primo decreto, creditі seruandi, dotis, ventris, legatorum, damni infecti causſa, immittirt worden ist [z]). Als Besitzer im eigenen Namen werden betrachtet, der Pfandgläubiger, und jeder, der aus einem durch die Gesetze verworfnen Grund besitzt, wohin der Ehegatte gerechnet wird, der eine ihm von dem andern geschenkte Sache besitzt [a]). Der Nutzen dieser Distinction zeigt sich hauptsächlich bey den possessorischen Rechtsmitteln und der Usukapion. Den natürlichen Besitzern, welche in eigenem Namen besitzen, werden die possessorischen Rechtsmittel zugestanden; denen aber nicht, die im fremden Namen besitzen [b]). Habe ich Jemandem den natürlichen Besitz überlassen, und er besitzt also in eigenem Namen, so kann ich die Zeit seines Besitzes hierdurch nicht usukapiren. Wenn hingegen Jemand meine Sache blos in meinem

x) L. 1. C. vbi in rem actio.

y) L. 18. pr. D. h. t. L. 1. Cod. commun. de poss. L. 2. C. de praeser. trig. annor.

z) L. 3. §. vlt. L. 10. §. 1. L. 49. D. h. t. L. 10. D. de acquir. rer. dom. L. 6. §. 2. D. de precar. L. 12. D. quib. ex cauſſ. in poſſ. L. 9. D. de rei vindicat.

a) L. 1. §. 4. D. h. t. L. 4. D. in fine pro donato.

b) L. 3. §. 13. D. de vi et vi armata. L. vlt. D. vbi possid.

meinem Namen besitzt, z. B. als Commodatar, Depositar, Pachter, so kann ich verjähren [c]); jedoch leidet jene Regel eine Ausnahme bey dem Pfandgläubiger; denn ich kann eine Sache usukapiren, wenn ich sie gleich einem Andern zum Pfande übergeben habe [d]).

Der Besitz wird auch in den **wahren** eingetheilt, und in den **analogischen** oder den Quasibesitz. Der wahre Besitz findet bey körperlichen Dingen statt; der Quasibesitz hingegen läßt sich bey Gerechtigkeiten denken, und besteht in der Ausübung der Gerechtigkeit [e]). Ich bin im Quasibesitz des Zehendrechts, wenn mich Niemand hindert, den Zehenden abzuholen, so oft er gefällig ist; ich bin im Quasibesitz der Wasserleitungsgerechtigkeit, wenn ich das Wasser leiten kann, ohne daß mich Jemand daran hindert. Der Quasibesitz besteht also nicht schlechterdings in der Ausübung des Rechts; denn ich kann solche lange Zeit unterlassen haben, ich kann viele Jahr über, kein Wasser geleitet haben, und habe doch deswegen den Quasibesitz meines Rechts nicht verlohren. Daß der Quasibesitz in der wirklichen Ausübung eines Rechts bestehe, behauptet Hr. Reg. Rath **Eichmann** [f]); das Gegentheil erhellet aber unwidersprechlich daraus, daß ich ein Recht durch die Verjährung erwerben kann, wenn mir es nur quasitradirt worden ist, ob ich es gleich nachher nicht wieder ausübe. Zwar wendet Hr. Reg. Rath **Eichmann** ein, wie kann man behaupten, daß ich ein Recht, z. B. die Jagdgerechtigkeit quasi besessen habe, wenn ich **niemals** auf die Jagd gegangen bin. — Richtig, wenn ich nicht ein einzigesmal gejagt habe, so bin ich gar nicht zum Quasibesitz des Jagdrechts gelangt, denn ich habe den Besitz nicht ergriffen. Wenn

c) L. 13. §. 7. D. h. t. L. 1. C. commun. de vsucap.

d) L. 1. §. 15. D. h. t.

e) L. 3. §. pen. D. de vi et vi arm. L. 16. §. 4. D. de hered. petit. L. 18. §. 1. D. eod. L. 4. §. 27. D. de vsurp.

f) Hr. Reg. Rath **Eichmann** über Hellfeld, §. 182.

aber die Ergreifung des Besitzes dadurch, daß ich doch einmal mit Bewilligung dessen, der mir das Recht ertheilen konnte, gesagt habe, geschehen ist, so ist nachher die weitere Ausübung des Besitzes nicht nöthig. Neuerlich hat Hr. Sibeth [g]) diese ganze Eintheilung verworfen, und den Besitz mit allen seinen Rechtsmitteln blos auf körperliche Sachen eingeschränkt; diese Behauptung widerspricht aber den Gesetzen [h]).

Endlich ist zu bemerken, daß man entweder körperlich besitzt, oder blos intellectuel, blos mit dem Willen, solo animo. Habe ich eine bewegliche Sache in meiner Verwahrung, oder ich befinde mich in einer unbeweglichen Sache, oder auf derselben, so besitze ich sie corporaliter. Wenn ein Anderer meine Sache in Verwahrung hat, oder sich für mich in meinem Grundstück befindet, ich habe auch indessen den Besitz desselben nicht verlohren, so heißt es in Gesetzen: solo animo possideo. Wir nennen diese Art der Ausübung des Besitzes den Mentalbesitz. So hat z. B. der Pfandgläubiger, der Pachter, mein Bevollmächtigter, mein Sclave, den körperlichen Besitz meiner Sache. Hat sich Jemand widerrechtlich in den Besitz meiner unbeweglichen Sache gesetzt, und ich weiß noch nichts davon, so hat er possessionem corporalem, und ich besitze solo animo [i]). Einigemal sind die römischen Rechtsgelehrten auch hier abgewichen; denn es heißt z. B. in Gesetzen, ich könne eine Sache durch einen Andern, corpore, besitzen, wenn ich sie z. B. verpachtet habe, wenn ich sie meinem Sclaven gegeben habe [k]).

Nach-

g) F. W. Sibeth in den Erörterungen aus der Lehre vom Besitz, Rostock 1800.

h) L. 5. §. 3. L. 7. D. de itinere actuque priuato.

i) L. 40. §. 1. D. de pign. act. L. 3. §. 8. L. 23. §. 1. L. 25. D. h. t. L. 14. §. 13. D. de vsurp. L. 15. §. 4. D. de precar. L. 1. C. commun. de vsucap. L. 12. C. de acquir. vel amitt. poss.

k) L. 3. §. 8. D. de acquir. vel amitt. poss.

Nachdem die Erklärung des Begriffs vom Worte Besitz, und dessen Eintheilungen vorgetragen worden, so soll nunmehr die Frage erläutert werden, wie erwirbt man den Besitz, wie wird er erhalten, und wie geht er wieder verlohren; denn hierauf kommt alles an, wenn die Rechtsmittel und Interdicte, die um des Besitzes willen ertheilt worden sind, richtig angewendet werden sollen.

Der Besitz wird erlangt und erworben, wenn ich mir 1) das physische Vermögen verschaffe, über die Sache zu verfügen; 2) die Absicht habe, die Sache zu behalten, und 3) beydes durch eine körperliche Handlung zu erkennen gebe. Eine schriftliche oder mündliche Erklärung, daß ich im Besitz sey, oder ihn haben wolle, ist nach dem römischen Recht nicht genug, sondern ich muß irgend eine Handlung durch meinen Körper vornehmen, und dadurch zu erkennen geben, daß ich im Besitz sey. Solche Handlungen sind es z. B. wenn ich in das Haus, wovon ich Besitz nehmen will, gehe, es aufschließe und wieder zuschließe; wenn ich auf dem Heerde Feuer anzünde; wenn ich aus einer Säule oder einem Balken einen Span herausschneide; ich lasse einen Erdschollen aus dem Garten ausgraben; ich nehme eine bewegliche Sache in die Hand, oder ich lasse sie in meine Wohnung tragen; ich drücke mein Siegel auf die Sache, und dgl. m. Eine solche körperliche Handlung wird die Besitzergreifung, adprehensio possessionis, genennt. In Gesetzen [l]) heißt es: adipiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo, aut per se corpore. Damit scheint zwar zu streiten, was in einer andern Stelle [m]) gesagt wird, wo es heißt: non est corpore et actu, besser et tactu, wie in den Basiliken steht, necesse, adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu, scil. fieri potest. Aus dem Zusammenhange zeigt sichs, daß der Jurist Paullus habe sagen wollen, es ist

l) L. 3. §. 1. D. de acquir. vel amitt. poss.

m) L. 1. §. 21. D. h. t.

nicht nöthig, daß man die Sache in eigener Person ergreife, oder sie zu sich nehme. Wenn sie z. B. meinem Bevollmächtigten in meiner Gegenwart übergeben wird, so habe ich den Besitz ergriffen. Wenn die Sache zu groß ist, um sie zu mir nehmen zu können, so ist es genug, wenn ich mich dazu begebe, und mit Worten erkläre, daß ich sie in Besitz nehmen wolle. Unrichtig hat Marckart das Gesetz erklärt n).

Eine Ausnahme jener Regel, ein Fall, wo der Besitz ohne körperliche Handlung erworben wird, kommt beym constituto possessorio vor. Man versteht darunter eine conuentio, qua duplici traditione ficta, dominium et possessio, vel possessio tantum, solo animo conuertuntur in detentionem. Gesetzt, ich schreibe einem abwesenden Bekannten, ich wolle ihm mein Haus schenken, und es von jetzt an, nur in seinem Namen, als sein Pachter besitzen. Hier, sagt man, wird durch eine fingirte Tradition ihm das Haus übergeben, so daß er Eigenthümer und Civilbesitzer wird; durch eine zweyte fingirte Tradition werde ich detentor, possessor naturalis. Oder, ich verpfände einem meinen Garten, und erkläre, daß ich ihn nur als Miethsmann gegen Bezahlung eines gewissen Miethgeldes im Besitz behalten wolle. Hier wird, heißt es, durch die erste fingirte Uebergabe der Besitz auf den Gläubiger transferirt, durch die zweyte bekomme ich die Detention, den Besitz Namens des Gläubigers wieder. Dieses constitutum possessorium will man aus der L. 18. D. de acquir. vel amitt. poss. beweisen. Ob es aber wirklich in dieser oder einer andern Gesetzstelle enthalten sey, das heißt, ob man durch einen bloßen Vertrag auf diese Weise den Besitz und das Eigenthum auf einen Andern übertragen könne, ist noch sehr zweifelhaft, und mehrere Rechtsgelehrte o) haben die ganze Sache

n) Marckart recept. lection. Part. II. pag. 132.

o) Gifanius in lectur. Altorf., pag. 270. Hier. Fr. Schorch Diss. de constituto possessorio in legib. Roman. non fundato, Erf. 173⁻. de Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 9et 10.

Sache für eine Erdichtung der Glossatoren mit Recht erklärt; denn durch diese Mißgeburt würde mancher rechtschaffne Schuldner von seinem boshaften hypothekarischen Gläubiger an den Bettelstab gebracht werden können.

Man bleibt im Besitz, so lange man das physische Vermögen, über die Sache zu verfügen, und die Absicht hat, solche zu behalten. Verlohren wird also der Besitz, so bald eins von diesen Erfordernissen wegfällt, so bald ich entweder nicht mehr über die Sache verfügen kann, weil ich nicht mehr Detentor bin, oder die Absicht nicht mehr habe, die Sache behalten zu wollen. Es ist viel darüber gestritten worden, ob der Besitz solo corpore verlohren werden könne; bey diesem Streit hat man aber an Worten geklaubt. Heißt corpore besitzen so viel, als das physische Vermögen haben, über die Sache verfügen zu können, so kann freylich der Besitz corpore verlohren werden, wenn dieses Vermögen aufhört. Versteht man hingegen unter corpore possidere so viel, als die Sache in seiner Gewahrsam haben, oder sie wirklich brauchen, so wird der Besitz solo corpore nicht verlohren. Auch ist viel über eine Stelle vom Paullus gestritten worden [p]), wo es heißt: vt igitur nulla possessio adquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua vtrumque in contrarium actum. Wahrscheinlich redet Paullus blos von einer Uebertragung des Besitzes; welches nicht geschehen kann, wenn ich nicht die Absicht habe, den Besitz zu übertragen, und der Andere ihn nicht durch eine körperliche Handlung ergriffen hat [q]). Es giebt verschiedene Fälle, wo mein Besitz ohne und gegen meinen Willen verlohren geht [r]).

Die

p) L. 8. D. h. t. L. 183. D. de reg. iur.

q) Westphal von den Arten der Sachen, §. 197.

r) STOLTENBERG Diss. sub Praes. WALCH Diss. de possessore legum ex sententia non possidente, §. 10. sqq. Ien. 1771.

Die Gesetze stellen die Regel auf: qui dolo possidere desiit, pro possessore habetur [s]); wenn kann aber gesagt werden: dolo possidere desii? Dieses wird angenommen, wenn ich eine Sache besitze, die einem Andern gehört, und ich gebe sie aus meinem Besitz weg, in der Absicht den Andern um die Sache zu bringen. Hier kann ich immer noch als Besitzer in Anspruch genommen werden, und muß deswegen den Werth der Sache, wenn ich solche selbst nicht wieder schaffen kann, bezahlen. Gesetzt, ich habe einen Hund, von dem ich höre, daß mir ihn Jemand als den seinigen abfordern wird, ich schlage ihn daher todt, oder verkaufe ihn an einen polnischen Juden, damit der Eigenthümer gehindert werden soll, ihn zu vindiciren. Hier heißt es von mir: dolo possidere desii.

Schwerer zu erklären ist die Regel: nemo sibi causam possessionis mutare potest [t]). Mit den angeführten Stellen ist zu vergleichen L. 47. D. de acquir. vel amitt. poss. welche Stelle den Auslegern viel Mühe verursacht hat [u]). Papinian handelt in solcher nur vom Verlust des Besitzes, in so fern er faktisch ist. Kann gleich dieser Verlust durch unrechtmäßige Handlungen Anderer, besonders auch der natürlichen Besitzer verursacht werden [x]), so folgt doch nicht, daß Letztere nun als Civilbesitzer auftreten, und ihre eigenmächtige Anmaßung, als rechtlichen Erwerb des Besitzes geltend machen können [y]). Die angeführte Regel enthält den Satz: wenn Jemand bisher eine Sache in meinem Namen besessen hat, z. B. als mein

s) L. 36. pr. D. de rei vindicat. Erxleben Diss. de eo quod iuris est circa fictam possessionem, Gotting. 1778.

t) L. 3. §. 19. D. de acquir. vel amitt. poss. L. 5. C. de acquir. et retin. poss. L. 33. §. 1. D. de vsurp.

u) Averan. Interpr. I, 28. Westphal a. a. O. §. 190.

x) L. 20. D. de acquir. vel amitt. poss.

y) Westphal a. a. O. §. 196.

mein Pachter, nun nimmt er sich vor, mir meine Sache nicht wieder zu geben, so verliehre ich dadurch allein, meinen Besitz nicht. Der Besitz geht nur verlohren, 1) wenn ein Vertrag geschlossen worden ist, nach welchem der Besitzer die Sache als eigen behalten soll; z. B. wenn ich dem Pachter die verpachtete Sache verkaufe; oder 2), wenn der Besitzer ein einseitiges Factum unternommen, welches mich um das physische Vermögen, über die Sache zu verfügen, bringt.

Die Gesetze haben den einzelnen Arten des Besitzes die wichtigsten Wirkungen beygelegt. Es giebt 1) allgemeine Wirkungen des Besitzes überhaupt, und dahin gehört 1), daß jeder Besitzer befugt ist, sich mit Gewalt gegen unbefugte Stöhrungen in seinem Besitz zu schützen, und er hat nicht nur das Recht, sich demjenigen mit Gewalt zu widersetzen, welcher ihn aus seinem Besitz vertreiben will, sondern er kann auch seinen Gegner, der ihn aus dem Besitz gesetzt hat, wieder aus dem Besitz vertreiben [z]); nur muß diese Vertreibung aus dem Besitz sogleich geschehen, das heißt, so bald es möglich ist, Helfer zu bekommen, mit deren Beystand der unrechtmäßige Besitzer wieder heraus getrieben werden kann; denn nach Verlauf einiger Zeit, darf es nicht geschehen [a]). Im Reichsabschiede vom Jahr 1521. Art. 2. heißt es: zu frischer That, oder wenn er seinen Freund oder Helfer haben mag [b]). Ein Besitzer kann 2) das interdictum vnde vi und das remedium spolii brauchen, wenn er von einem Andern eigenmächtig aus dem Besitz gesetzt worden ist. 3) Wenn zwey Personen auf eine Sache Anspruch machen, und jede Person hat so

z) L. 1. C. vnde vi. L. fin. D. h. t. L. 3. §. 9. L. 17. D. de vi et vi armata L. 29. §. 1. D. ad leg. Aquil. c. 6. de sent. excommun. in 6to. Kammergerichtsordnung Part. II. Tit. 9. §. So Jemand ꝛc.

a) L. 7. L. 9. L. 17. D. de vi et vi armata.

b) Senkenberg im Corp. Iur. Germ. Part. 2. pag. 195.

so viel Gründe für sich als die andere, so wird für den Besitzer gesprochen, und es gilt die Regel: in pari causa conditio possidentis melior est [c]), jedoch erfordert diese Regel auch die nöthige Einschränkung [d]). Ein hierher gehörender Fall würde es seyn, wenn ich in einem Testament zum Erben eingesetzt worden bin, und ein Anderer verlangt die nämliche Erbschaft deswegen, weil er auch in einem Testament von dem nämlichen Datum zum Erben eingesetzt worden ist. Selbst in dem Falle, wenn Jemand etwas aus einer schändlichen Ursache gegeben hat, und die Schande trifft beyde, den Geber und den Nehmer, geht der letzte vor; das heißt, er ist nicht schuldig, die Sache zurück zu geben, nach der Regel: in pari turpitudine, dantis et accipientis, possessoris melior conditio est [e]). 4) Der Besitzer ist nicht schuldig, den Titel seines Besitzes zu ediren, noch weniger kann er angehalten werden, die Gerechtigkeit seines Besitzes zu beweisen. Bin ich im Besitz, und es fragt mich Jemand, aus welchem Grunde ich besitze, so bin ich gar nicht schuldig ihm zu antworten, oder ich kann zur Antwort geben: possideo, quia possideo [f]). Diese Regel hat freylich ebenfalls Ausnahmen; denn es giebt Fälle, wo der Besitzer den Titel seines Besitzes angeben muß, hauptsächlich alsdenn, wenn ein Anderer ein in den Gesetzen anerkanntes Interesse hat, den Titel zu wissen. Endlich ist es 5) eine allgemeine Wirkung des Besitzes, daß der Besitzer keinen Beweis der gesetzmäßigen Erwerbung seines Besitzes führen darf, das heißt, wenn der Kläger den Grund seiner Klage nicht beweißt, so wird der Beklagte

c) L. 3. §. 1. D. h. t. L. 128. D. de reg. iur. cap. 65. de reg. iur. in 6to.

d) Nettelbladt introd. in iurispr. posit. §. 892. Hr. von Spangenberg vom Besitz, §. 156. S. 228.

e) cap. 3. X. de probat. L. 2. C. de condict. ob turpem caus.

f) Mevius in Dec. Part. IV. Dec. 357. Reinhardt ad Christin. Vol. I. Obs. 38.

klagte losgesprochen, ob er gleich nichts bewiesen hat, und er keine rechtlichen Ursachen anführen kann, warum er die Sache besitzt [g]). Der Grund, warum der Besitzer vom Beweise frey ist, liegt in der für ihn streitenden gesetzlichen Vermuthung. Hieraus folgt aber zugleich, daß, wenn diese Vermuthung für den Besitzer durch eine gegentheilige stärkere überwogen wird, jene Regel eine Ausnahme leidet, und die Last des Beweises auf den Besitzer fällt [h]). Die angeführten Vortheile des Besitzes werden gemeine genennt, es hat aber diese oder jene einzelne Gattung des Besitzes noch besondere Wirkungen.

Der fehlerfreye Besitz, possessio non vitiosa, bewirkt das Retentionsrecht. Man versteht das Recht darunter, eine Sache, die dem Andern gehört, oder die ich ihm zu geben schuldig bin, und die ich besitze, so lange in meinem Besitz zu behalten, bis mir der Andere leistet, was er mir schuldig ist. Gesetzt, ich borge mir einen Wagen zu einer Reise; dieser zerbricht, weil ich auf der Reise bin; ich lasse ihn daher repariren. Ehe mir der Eigenthümer die Kosten ersetzt, bin ich nicht schuldig, den Wagen zurück zu geben, und so lange übe ich das Retentionsrecht an dem Wagen aus. Oder, Jemand kauft mir eine Sache ab, und verspricht baare Bezahlung, leistet sie aber nicht. Hier kann ich die verkaufte Sache so lange zurück behalten, bis der Käufer bezahlt hat. Nur der fehlerfreye Besitz begründet ein Retentionsrecht; denn wer eine Sache mit Gewalt, oder heimlich, oder bittweise besitzt, darf kein Retentionsrecht ausüben [i]).

Der

g) L. 4. C. de edendo L. fin. C. de rei vindicat.

h) Hert Diss. de quasi possidente probante, in Opusc. Vol. I. Part. III pag. 135. Tob. Iac. Reinharth Diss. de quasi possessione ab onere probationis non releuante, Erf. 1737.

i) G. L. Boehmer Diss. de iure retentionis, in elect. iur. ciuil. Tom. II. nr. 13. Io. Lud. Schmidt Diss. de iis, quae ad exercendum ius retentionis necessaria sunt, Ien. 1785. Faselius Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Retentionsrechte, Jena 1793. 8.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0585
DFG

Der natürliche Besitz, wenn Jemand im eigenen Namen besitzt, wenn der Besitz auf ihn übertragen ist, giebt ihm das Recht, verschiedene Interdicte zu brauchen, z. B. vti possidetis, vtrubi, de superficiebus, de itinere actuque priuato. Diese Vortheile genießt selbst der unredliche und ungerechte Besitzer gegen alle Stöhrungen, nur wider den nicht, in Ansehung dessen sein Besitz ungerecht ist [k]), aus dem Grunde, weil der Besitzer in seinem Besitze geschützt wird, eben so, wie ich in meinem Recht geschützt werde. Possessio defenditur ad instar iuris, heißt es in Gesetzen [l]), possessio plurimum ex iure mutuatur.

Wer eine Sache als die seinige, und zwar mit gutem Glauben besitzt, ist nicht verbunden, den Schaden zu ersetzen, welchen er der Sache zugefügt hat. Wenn ich z. B. ein Haus als das meinige bona fide besitze, und es verderbe, nachher vindicirt es der Eigenthümer, so bin ich nicht schuldig, für den Schaden Vergütung zu leisten [m]). Ein solcher Besitzer hat ferner das Recht, die Sache gültig zu verpfänden [n]), und der Prätor schützt den Pfandgläubiger, gegen jeden dritten Besitzer, wider den der Verpfänder selbst die Publicianische Klage anstellen könnte [o]). Es heißt daher auch in der L. 136. D. de regul. iur. — bona fides tantundem possessori praestat, quantum veritas, er hat dieselben Rechte, wie der wirkliche Eigenthümer, quoties lex impedimento non est, in so fern die Gesetze nicht etwa eine Ausnahme machen, deren es wenige giebt [p]).

Der

k) L. 53. D. de acquir. vel amitt. poss.

l) L. 49. D. de acquir. vel amitt. poss.

m) L. 25. §. 11. L. 31. §. 3. D. de hered. petit.

n) L. 18. D. de pignor.

o) Westphal vom Pfandrechte, §. 270.

p) L. 136. Dig. de reg. iur. ibique GOTHOFREDVS, in EIVS Opusc. pag. 1086.

Der Civilbeſitz ſetzt den Beſitzer in den Stand, zu uſukapiren; die Publicianiſche Klage anzuſtellen; die Früchte einer fremden Sache zu erwerben.

Der Beſitz einer unbeweglichen Sache befreyt von der Beſtellung der Sicherheit im Proceß wegen der Proceßkoſten.

Ein unvordenklicher Beſitz vertritt die Stelle eines rechtlichen Titels. Alle bisher beſchriebene Vortheile des Beſitzes zuſammen genommen, werden das Poſſeſſionsrecht genennt. Noch verdient bemerkt zu werden, daß etwas anders die Wirkungen des Beſitzes ſind, und etwas anders die Folgen der geſchehenen Beſitzergreifung und der Tradition. Dieſe Folgen können Statt finden, wenn ich auch nicht mehr im Beſitz bin, und ſie ſind mancherley. Es gehört z. B. dahin, daß der, welcher den Beſitz einer herrnloſen Sache ergreift, in der Abſicht ſie zu behalten, Eigenthümer davon wird; daß durch die Tradition ein dingliches Recht erworben wird, und der Regel nach nicht ohne ſie erworben werden kann, daß daher auch, wenn dieſelbe Sache Mehrern verkauft, und einem von ihnen übergeben wird, dieſer den Vorzug vor den Andern hat.

Lib. XLI. Tit. III.

de

vſurpationibus et vſucapionibus.

§. 1755 — 1759.

Iſt mir eine Sache, nach vorausgegangenem rechtmäßigen Titel, vom wahren Eigenthümer, tradirt worden, ſo werde ich dadurch ſogleich Eigenthümer dieſer Sache, und hier braucht gar keine Verjährung dazu zu kommen.

men [a]). Gesetzt aber 1), Jemand überläßt mir eine Sache, davon er nicht Eigenthümer ist, daher er auch kein Recht hatte, sie mir zu überlassen; z. B. ich deponire bey T. eine Sache; dieser verkauft sie ohne meine Erlaubniß an den N.; oder 2) der wahre Eigenthümer überläßt mir sie, der Titel aber ist nicht rechtmäßig, z. B. ein Ehegatte schenkt dem Andern ein Landgut, diese Schenkung ist kein gerechter Titel, weil Ehegatten einander nichts gültig schenken dürfen; oder 3) eine Sache kommt unter die meinigen, und ich habe gar keinen Titel; z. B. meinem Erblasser ist eine Sache nur geliehen worden, ich finde sie in der Erbschaft, und glaube, sie habe dem Verstorbenen eigenthümlich zugehört, behalte sie also — In allen diesen Fällen werde ich nicht sogleich Eigenthümer der Sache; sondern erst alsdenn ist die Sache mein, wenn ich sie eine Zeitlang besessen habe; und der Grund hiervon liegt in der **Verjährung**.

Unter der **Verjährung** [b]), oder wie die Sache auch heißt, unter der **Präscription**, versteht man die Erlangung eines Vortheils, welche sich darauf gründet, daß ein Anderer sein Recht binnen der vorgeschriebenen Zeit nicht ausgeübt, und daher verlohren hat. Der Vortheil besteht 1) entweder darin, daß ich eine im Besitz habende Sache, oder ein Recht, welches ich bisher ausgeübt habe, erwerbe, oder 2) blos darin, daß ein Recht, welches ein Anderer auf meine Person oder Sache hatte, verlohren worden ist. In Fällen der ersten Art ist eine praescriptio acquisitiua vorhanden, in Fällen der zweyten Art hingegen tritt die praescriptio extinctiua ein. Durch die **acquisitive Verjährung** kann ich viele Arten von Rechten, als iura personarum, z. B. die Freyheit, iura in re, z. B. Eigenthum, Servituten, die Gerichtsbarkeit, u. s. f. erwerben.

a) Meister Progr. de errore circa titulum eiusque effectu in vsucapione, § 7. in Opusc. Vol. I. pag. 133.

b) Hr. Professor **Thibaut** über Besitz und Verjährung, Jena 1802.

werden [c]). Bestritten ist es, ob man auch ein Pfandrecht durch die Verjährung erwerben kann; das heißt, wenn mir Jemand eine Sache zum Pfande giebt, von der er nicht Eigenthümer ist, und ich die Sache zehen, oder zwanzig Jahr, bona fide, besitze, erlange ich dadurch ein Pfandrecht an der Sache? Mehrere Rechtsgelehrte haben es zu behaupten gesucht; andere aber läugnen es. Die Sache bleibt wenigstens zweifelhaft, und es kann das pignus vsucaptum aus dem römischen Recht nicht sicher bewiesen werden; da überhaupt die Regel gilt: die Verjährung, als ein blos bürgerliches Institut, kann nicht weiter, und nicht anders statt finden, als die Gesetze sie wirklich bestätigt haben [d]). Die extinctive Verjährung findet ebenfalls bey verschiedenen Rechten statt; denn es giebt mancherley Arten von Rechten, die man verliehrt, wenn man sie binnen der in den Gesetzen vorgeschriebenen Zeit nicht ausübt [e]). Uebrigens ist im juristischen Sprachgebrauch die Verjährung in engerer Bedeutung, und der Verlust eines Rechts durch bloßen Nichtgebrauch verschieden. Bey dem letztern kommt nichts weiter in Betrachtung, als daß ein Recht in gewisser Zeit nicht ausgeübt worden ist. Von der erstern hingegen, sie sey acquisitiua oder extinctiua, ist eigentlich nur in den Fällen der Nichtausübung eines Rechts die Rede, wo ein Anderer gegen die Befugniß des Berechtigten etwas besessen, ein entgegenstehendes Recht ausgeübt, oder etwas nicht geleistet hat [f]). Die Eintheilung und der Unterschied dieser Verjährungsarten ist im römischen Rechtssystem gegründet; aber die Worte, praescriptio acqui-

c) RAVE de praescript. §. 16 — 88.

d) Hr. Prof. Thibaut über Besitz und Verjährung, §. 73. S. 213.

e) RAVE de praescript. §. 89. sqq.

f) HOMBERGK zu VACH Diss. de praescriptione extinctiua cum interitu iurium per non vsum non confundenda, Marb. 1750.

sitiua und extinctiua haben unsere Rechtsgelehrten eingeführt.

Aus dem Naturrecht läßt sich die Verjährung nicht beweisen, und Justinian rechnet sie mit Recht unter die bürgerlichen Erwerbungsarten. Sie ist eingeführt worden, 1) zur Strafe der Nachläßigkeit. Die Gesetze setzen voraus, daß ein Mensch, der seine Sache lange in fremden Händen gelassen, und seine Rechte nicht ausgeübt hat, billig mit dem Verlust bestraft zu werden verdiene. 2) Ist die Verjährung deswegen eingeführt worden, daß die Processe nicht ewig dauern, oder wegen Länge der Zeit völlig unaufklärbar werden sollen. Findet im Staat keine Verjährung statt, so kann man mich, wegen eines vorgegangenen Geschäftes, noch nach hundert Jahren verklagen. In dieser langen Zeit ist die Sache in Vergessenheit gekommen, die Zeugen sind gestorben, die Dokumente sind verlohren gegangen, mit einem Wort, der Beweis wird unmöglich. Deswegen ist sehr heilsam verordnet worden, daß jede Klage binnen gewisser Zeit angestellt werden, oder verlohren seyn soll, wenn dieses vor Verlauf dieser Zeit nicht geschehen ist. 3) Würden die Rechte des Eigenthums beständig ungewiß bleiben, wenn die Verjährung nicht eingeführt worden wäre. Hätte ich auch eine Sache durch den gerechtesten Titel an mich gebracht, so könnte ich doch nicht versichert seyn, daß ich die Sache behielte, weil es seyn könnte, daß derjenige, der mir die Sache überlassen, oder mein auctor, wie die Gesetze sagen, nicht berechtigt war, die Sache an mich zu überlassen. Durch die Verjährung wird diese Ungewißheit gehoben.

Damit die Geschichte der Gesetzgebung über die Verjährung richtig vorgetragen werden kann, so sind drey Perioden dabey zu unterscheiden g). — Nach den Gesetzen der zwölf Tafeln wurden bewegliche Sachen nach Jahresfrist, unbewegliche aber nach zwey Jahren usukapirt. Diese Usukapion

g) Hr. Prof. Thibaut a. a. O. §. 5. folg. §. 67. folg.

kapion hatte 1) nur bey körperlichen Sachen, 2) bey liegenden Gütern in Italien, 3) nicht bey unkörperlichen Dingen oder Gerechtsamen, auch 4) nicht bey Grundstücken in den Provinzen statt; und 5) konnte nur ein römischer Bürger usukapiren. Diese Beschaffenheit der Verjährung wird ihre erste Periode genennt.

Weil die Usukapion in so enge Grenzen eingeschlossen war, so führte der Prätor die praescriptio longi temporis als ein Supplement der Usukapion ein. Sie hatte statt, 1) bey solchen Dingen, wo die Usukapion wegfiel; 2) auch ein peregrinus konnte davon Gebrauch machen; 3) sie gab kein vollkommenes Eigenthum, sondern bewirkte nur ein ius retinendi et excipiendi; das heißt, sie war in der That nichts weiter als eine Einrede, die vom langwierigen Besitz hergenommen war. Ueberhaupt bedeutet der Ausdruck praescriptio im römischen Recht jede Einrede, und sie wird erst durch einen gewissen Zusatz näher bestimmt, wie die Redensarten, praescriptio transactionis, praescriptio doli mali, beweisen [h]). Wenn die Verjährung darunter verstanden werden soll, so heißt es praescriptio temporis, praescriptio longi vel longissimi temporis. Wenn ich nun eine Sache lange Zeit über besessen hatte, so konnte ich mich mit der praescriptione temporis gegen Jeden schützen, der mir die Sache wegnehmen wollte; verlohr ich aber den Besitz, so konnte ich die Sache nicht directe vindiciren; denn ich war noch kein vollkommner Eigenthümer; indessen gaben doch die Prätoren dem, der sich praescriptione longi temporis schützen konnte, auch vtilem rei vindicationem gegen andere Besitzer der Sache [i]). Diese Verjährung erforderte übrigens schlechterdings iustum titulum, bonam fidem, und einen zehen oder zwanzig Jahr ununterbrochen fortgesetzten Besitz. Diese Verjährung heißt die Prätorische, desgleichen praescriptio

h) L. 9. D. de transact. L. 91. D. de solut.

i) L. 13. §. 1. D. de iureiur. L. §. C. de praescr. trig. vel quadrag. annor.

longi temporis, und als erwerbende Verjährung betrachtet, longa possessione capio [k]); ein Ausdruck, den die neuern Rechtsgelehrten fast gar nicht mehr brauchten. Ob sie bey beweglichen Sachen schon in drey Jahren vollendet werden könnte, oder ob man solche ebenfalls zehen oder zwanzig Jahr besitzen müsse, darüber wird gestritten [l]). Diese Periode wird die zweyte Periode der Verjährung genennt.

Die beyden Kaiser Theodosius und Anastasius führten die dreyßig- und vierzigjährige Verjährung der Klagen ein; das heißt, sie verordneten, diejenigen Klagen, welche nicht zuvor schon auf ein halbes, Ein Jahr, drey, fünf, zehen, zwanzig Jahre eingeschränkt waren, sondern ewig dauerten, sollten zum Theil in dreyßig, zum Theil in vierzig Jahren präscribirt werden. Anastasius gab das Gesetz, daß die fiskalischen Ansprüche der vierzigjährigen Verjährung unterworfen seyn sollten. Alle diese Verjährungen gaben nichts weiter, als ein Recht zu excipiren, und actionem vtilem anzustellen. Diese Beschaffenheit der Verjährung wird die dritte Periode in der Gesetzgebung darüber genennt.

Justinian verordnete: 1) daß bewegliche Sachen nicht eher, als in drey, unbewegliche nicht eher, als in zehen oder zwanzig Jahren sollten usukapirt werden können. Kurz, er verlängerte die Zeiten der Usukapion [m]). Er verordnete, 2) daß man auch liegende Güter in den Provinzen sollte usukapiren können [n]). 3) Bestätigte er die Verordnung, daß die Verjährung der langen Zeit die Kraft haben solle, rei vindicationem anzustellen [o]). 4) Sachen, die Jemand ohne Titel, jedoch mit anfänglicher bona fide besitzt, sollten

k) L. 4. §. 1. L. 14. D. pro emtore.

l) Westphal von den Arten der Sachen, §. 779.

m) L. vn. C. de vsuc. transform.

n) Lex cit. vn. C. de vsuc. transform.

o) L. 8. §. 1. C. de praescr. trig. vel quadr. annor.

sollten in dreyßig oder vierzig Jahren verjährt werden; wer hingegen eine Sache 30 oder 40 Jahr mala fide besessen hat, soll zwar die Einrede der Verjährung haben, so lange er im Besitz ist, aber keine rei vindicationem anstellen dürfen, wenn er den Besitz verlohren hat [p]). 5) Für res aduentitias filiorum familias, und 6) für Sachen, die ein unredlicher Besitzer ohne Wissen des Eigenthümers veräußerte, bestimmte er dreyßig Jahr zur Verjährung [q]). 7) Bey den Sachen des Fiskus behielt er die vierzigjährige Verjährung bey, und führte bey den Sachen der Kirchen die hundertjährige Präscription ein [r]). Diese Aenderung wird als die vierte Periode bey der Gesetzgebung über die Verjährung betrachtet.

Hieraus läßt sich der Streit beurtheilen, ob Justinian die Usukapion und die Präscription zusammen geschmolzen habe? Sicher ist es, daß Justinian nicht alle Verjährung der Usukapion gleich gemacht habe; denn zur Vollendung der praescriptio longissimi temporis werden andere Zeiten erfordert, als bey der Usukapion; es ist auch zweifelhaft, ob sie so, wie Usukapion, ein vollkommnes Eigenthum, ob sie eine directam, oder nur vtilem rei vindicationem bewirke, wiewohl dieser Unterschied keinen praktischen Nutzen hat. Daß sie aber zuweilen weiter nichts, als eine Einrede, und gar kein Recht zu vindiciren giebt, wenn nämlich die bona fides fehlt, ist sicher. Die Usukapion und die Verjährung der langen Zeit sind, wie es sehr wahrscheinlich ist, nach Justinianeischem Recht, bis auf eine unbedeutende Kleinigkeit, einerley; denn sie haben 1) einerley Erfordernisse; beyde erfordern eine Zeit von 3, 10 oder 20 Jahren, beyde einen gerechten Titel, bonam fidem, und Civilbesitz. Sie haben 2) einerley Wirkungen; beyde verschaffen das Eigenthum, und begründen die rei vindicationem, ob sie

p) Lex cit. §. 1. C. de praescr. trig. vel quadr. annor.

q) Nov. 22. cap. 24. Nov. 131. cap. 6.

r) L. 23. C. de sacr. sanct. eccles. Nov. 9.

directa oder vtilis sey, ist unerheblich; auch 3) sind sie einerley in Ansehung des Gegenstandes; die Sachen, welche usukapirt werden können, kann man auch in langer Zeit verjähren, und umgekehrt. Der einzige Unterschied, freylich ein bloßer Nominalunterschied, ist zwischen beyden, daß man bey unkörperlichen Dingen, z. B. Servituten, das Wort vsucapio nicht braucht. Von diesen sagt man nur, daß sie präscribirt werden. Anderer Meynung ist Galvan [s]), welcher weitläuftig zu beweisen gesucht hat, daß die vsucapio und praescriptio longi temporis noch immer sehr verschieden sind.

Einige Rechtsgelehrten haben die Präscription in die conventionelle und legale eingetheilt. Erstere ist vorhanden, wenn mir durch einen Vertrag ein gewisser Zeitraum bestimmt worden ist, und ich lasse diese Zeit verstreichen; z. B. bey dem bedungenen Wiederkaufsrechte, dem pacto addictionis in diem. Praescriptio legalis ist vorhanden, wenn das Gesetz die Zeit bestimmt [t]). Man hält auch noch praescriptionem iudicialem und testamentariam für besondere Arten der Verjährung, nachdem die Zeit, binnen welcher ein Recht ausgeübt werden muß, durch Verfügung des Richters oder durch Testamente bestimmt worden ist [u]); nur muß von jeder Verjährung immer wohl unterschieden werden die extinctio iuris temporarii per temporis lapsum, da ein auf gewisse Zeit ertheiltes Recht mit dem Ablaufe der letztern aufhört, es mag immittelst gebraucht seyn oder nicht; wogegen die Verjährung allemal den Nichtgebrauch eines gewissen Rechts, als den Grund seines Verlusts voraussetzt.

§. 1760

s) Galvan. de vsufr. cap. XI. §. 17.

t) Sam. Stryck Diss. de praescriptione conuentionali ad Leg. Aemilius 38. D. de minoribus, cap. 2. nr. 8. cap. 5. nr. 1. sqq. Henr. Christ. Stryck Diss. interesse controu. iur. cap. 5. §. 20.

u) Thibaut über Besitz und Verjährung, §. 2. S. 64.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0594
DFG

§. 1760 — 1766.

Wenn ich etwas durch die Verjährung erwerben will, so besitze ich entweder ununterbrochen, nach einem rechtmäßigen Titel, und bona fide eine Sache, die nicht unter die Ausnahmen gehört; oder dieses ist nicht der Fall. Bey dem Besitz der ersten Art erwerbe ich die Sache in langer Zeit; das heißt, in drey, in zehen oder in zwanzig Jahren. Im letzten Falle muß weiter distinguirt werden. Entweder fehlt es 1) an dem ununterbrochenen Besitz; oder 2) an der bona fide; oder 3) am rechtmäßigen Titel; oder 4) die Sache gehört zu der Ausnahme, ist von einer besondern Art, ist nicht vsucapibilis, wie Einige sagen. Fehlt das erste oder zweyte Erforderniß, so fällt alle erwerbende Verjährung weg; fehlt das dritte, das heißt, der iustus titulus, so muß ich dreyßig Jahr besitzen. Zeigt sich am vierten Stück ein Mangel, so ist entweder die Sache zu aller Verjährung ganz ungeschickt, oder nur zu derjenigen, die in langer Zeit geschieht; wenn die Sache zu aller Verjährung unfähig ist, so fällt auch diese ganz weg; sollte aber die Sache nur zur Verjährung der langen Zeit unfähig seyn, so muß ich nach Verschiedenheit des Gegenstandes, um zu verjähren, den Besitz 30, 40 oder 100 Jahre fortsetzen.

Besitze ich eine Sache ununterbrochen, mit rechtmäßigem Titel und in gutem Glauben, bey welcher in Rücksicht der Verjährung nichts besonders verordnet ist, so wird die Sache bisweilen in drey Jahren acquirirt, oder erst in zehen Jahren, oder gar erst in zwanzig Jahren. In drey Jahren, wenn es eine bewegliche Sache ist; in zehen Jahren, wenn die Sache unter die unbeweglichen gehört, und der wahre Eigenthümer ist gegenwärtig; in zwanzig Jahren, wenn die Sache unbeweglich, und der wahre Eigenthümer abwesend ist.

Bey beweglichen Sachen kommt nichts auf die Gegenwart oder Abwesenheit des Eigenthümers an; und diese Sachen werden ohne Unterschied binnen drey Jahren verjährt. Bey unbeweglichen Sachen kommt viel darauf

auf an, ob der, gegen den ich verjähren will, gegenwärtig ist, oder nicht. Nach dem römischen Recht ist man gegenwärtig, wenn man in derselben Provinz wohnt, worin derjenige wohnt, welcher meine Sache verjähren will. Da wir in Teutschland die Einrichtung mit den Provinzen nicht haben, wie die Römer, so muß man analogisch den für gegenwärtig halten, der mit dem Verjährer an einem Orte wohnt, oder wo dieß nicht ist, doch mit ihm einerley Richter in erster Instanz hat x). Liegen zwey Dörfer in Einem Amte, so sind die Einwohner derselben, in Rücksicht der Verjährung, einander gegenwärtig. Stehen zwey Personen in erster Instanz unter derselben Regierungskanzley, so sind sie einander gegenwärtig, wenn sie auch in verschiedenen Städten wohnen.

Wie wirds gehalten, wenn der, gegen welchen ich verjähren will, eine Zeitlang gegenwärtig, und eine andere Zeitlang abwesend war; er war jedoch weder zehen Jahre hindurch gegenwärtig, noch volle zwanzig Jahre abwesend. Gesetzt, ich bekomme im Jahr 1760 eine Sache in meinen Besitz, und will sie verjähren, der wahre Eigenthümer ist von 1760 bis 1770 abwesend gewesen, von 1770 bis 1776 aber war er gegenwärtig; im Jahr 1776 stellt er die Vindikationsklage gegen mich an; ich setze ihm die Einrede der Verjährung entgegen; ist die Verjährungszeit vollendet? — Wenn man bedenkt, daß ich in zehen Jahren gegen einen Gegenwärtigen, in zwanzig Jahren aber erst gegen einen Abwesenden verjähren kann; so wird sich daraus der Schluß von selbst geben, daß ein Jahr der Gegenwart so viel gilt, als zwey Jahre der Abwesenheit. Man kann also in den Fällen, wo der Eigenthümer einige Jahre gegenwärtig, und einige abwesend war, die Jahre der Gegenwart verdoppeln, und das Doppelte nun als Jahre der Abwesenheit betrachten. Umgekehrt kann man auch die Jahre der Abwesenheit halbi-

x) Stryck in vsu mod. h. t. §. 7. Berger in Oecon. iur. Lib. II. tit. 2. thes. 24. not. 2. Müller ac Leyser Obs. 179.

halbiren, und alsdenn die Hälfte für Jahre der Gegenwart ansehen [y]).

Fehlt die bona fides, so findet keine erwerbende Verjährung statt; denn bey jeder acquisitiven Verjährung ist der gute Glaube schlechterdings erforderlich. Dieser gute Glaube besteht bey dem Besitz körperlicher Sachen darin, daß ich 1) glaube, der, von welchem ich die Sache erhalten habe, sey befugt gewesen, sie auf mich zu übertragen; 2) daß ich glaube, ich sey befugt, zu verjähren. Wenn ich geglaubt habe, die Sache sey nicht verjährbar, gesetzt auch, ich hätte mich darin geirrt; so kann ich nicht verjähren [z]). 3) Daß mein Irrthum Entschuldigung verdient; diese verdient er aber, wenn er entsteht α) aus der Unwissenheit eines fremden facti, z. B. ich kaufe eine Sache, und weiß es nicht, daß sie dem Verkäufer blos geliehen war; nur muß sich diese Unwissenheit nicht auf die äußerste Nachläßigkeit gründen. β) Wenn ich etwas nicht weiß, was ich doch sehr leicht hätte wissen können, und warum ich mich hätte erkundigen sollen, so verdient die Unwissenheit keine Entschuldigung [a]). 4) Aus der Unwissenheit eines Gesetzes, welches nicht allgemein bekannt, oder ungewiß ist, z. B. wenn ich eine Sache kaufe, die einem Minderjährigen gehört, die aber ohne Nothwendigkeit, blos weil es nützlich ist, verkauft wird [b]). Der Irrende als solcher ist hier nie in mala fide. Dieß gilt natürlich, und vermöge des angeführten Gesetzes auch von dem, der in den Rechten irrt, oder die Vorschriften derselben nicht weiß; nur soll diesem die Unwissenheit, oder

y) Novella 119. cap. 8. Meister Diss. vindiciae legislationis Iustinianeae de mixto tempore computando, in Opusc. nr. 8.

z) L. 32. §. 1. D. de vsucap.

a) L. 5. §. 1. D. pro suo.

b) L. 25. §. 6. D. de hered. petit. Leyser Spec. 455. Med. 4. Strubens rechtl. Bedenken, 4ter Th. S. 254.

oder der Irrthum zum Zweck der Verjährung nicht zu statten kommen [c]).

Nach dem römischen Recht ist es genug, wenn ich im Anfange, da ich die Sache in Besitz bekomme, in bona fide bin. Kaufe ich eine Sache, so muß ich zur Zeit des geschlossenen Kaufs, und zur Zeit der Uebergabe in bona fide seyn; bey andern Contracten hingegen ist nur nöthig, daß ich es zur Zeit der Uebergabe bin [d]). Die Ursache der Verschiedenheit ist nicht bekannt [e]). Nach dem kanonischen Rechte muß man die ganze Verjährungszeit durch in bona fide seyn, und dieß wird in der Praxis angenommen [f]). Worin bey dem Quasibesitz einer Gerechtigkeit die bona fides bestehe, ist leicht einzusehen, wenn man das Gesagte prüft. Uebrigens wird die bona fides vermuthet, und wer behauptet, daß ich in mala fide sey, muß es beweisen [g]). Noch verdient bemerkt zu werden: wenn ich von einer fremden Sache Früchte ziehen will, so muß ich selbst nach dem römischen Rechte in beständiger bona fide seyn; denn die bona fides ist der Grund von der Erwerbung der Früchte; da ich nun alle Jahre Früchte ziehen will, so muß ich auch alle Jahre in bona fide seyn [h]).

Die

c) L. 2. §. 15. D. pro emt. L. 31. D. h. t. L. 4. et 7. D. de iuris et facti ignorant.

d) L. 2. pr. D. pro emt. L. 10. pr. L. 15. §. 3. L. 48. D. h. t. Lauterbach h. t. §. 12. Coccei h. t. Qu. 7. Westphal von den Arten der Sachen, §. 609. u. 684.

e) Lüdeking in tract. de praescript. pag. 127. Donell in comment. iur. ciuil. Lib. I. cap. 17. Meister Diss. cit. in Opusc. pag. 71.

f) Leyser Spec. 455. Med. 12. 13. Cramer Obs. Tom. II. pag. 427. Rave de praescr. pag. 36.

g) Lüdeking l. c. cap. 5. nr. 35. Gilkenius in tract. de vsucap. pag. 300. nr. 10 sqq.

h) L. 23. §. 1. D. de acquir. rer. domin. L. 25. §. 2. D. h. t. Westphal von Sachen, §. 871. 872.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0598
DFG

Die erwerbende Verjährung erfordert schlechterdings den Besitz oder Quasibesitz. Allein nicht jeder Besitz setzt mich in den Stand zu verjähren, sondern ich muß die Sache, die ich verjähren will, in meinem eigenen Namen, und in der Absicht besitzen, sie als die meinige zu behalten. Habe ich eine Sache nur geliehen oder gemiethet; oder sie war bey mir deponirt, oder an mich verpfändet, und ich besitze die Sache dreyßig Jahr aus dieser Ursache; so wird sie nach dreyßig Jahren doch nicht mein, denn ich habe die Absicht nicht, die Sache als die meinige zu behalten, und nähme ich mir wirklich vor, sie dem Eigenthümer nicht wieder zu geben, so würde mein mala fides die Verjährung hindern. Die Gesetze verlangen es hingegen nicht, daß ich ganz allein die Sache die ganze Verjährungszeit über besessen habe; sondern ich kann den Besitz eines Andern fortsetzen. Wir wollen annehmen, eine Sache soll in zehen Jahren verjährt werden; A. hat sie fünf Jahr besessen, darauf an B. verkauft, welcher sie drey Jahr besitzt, und nachher verkauft er sie wieder an den C., welcher sie auch noch zwey Jahr im Besitz gehabt hat. In diesem Falle ist die Sache verjährt; denn die fünf Besitzjahre des A., die drey des B. und die zwey des C. machen die ganze Verjährungszeit aus. Diese Beschaffenheit der Verjährung wird durch folgende Regel angezeigt: successor continuat possessionem auctoris sui, desgleichen tempora auctoris et successoris coniunguntur [i]). Die Verbindung des von mehrern Personen ausgeübten Besitzes wird in Gesetzen [k]) accessio possessionum genennt, und in dieser Bedeutung kommt der Ausdruck, accessio temporis vor [l]). Bey dieser Fortsetzung des Besitzes ist aber ein Unterschied zu machen, zwischen

i) Of. Avrel de variant. Cuiacii dispunct. 46. in Thes. Ottonis Tom. III. pag. 179.

k) L. pen. Dig. de diuers. temp. praescr. et de access. poss. L. 2. §. 16. D. pro emt.

l) L. fin. §. vlt. D. de iure dot. L. 14 D. de vsucap. L. 14. §. 1. L. 15. §. 1. D. de diuers. temp.

schen einem allgemeinen Successor, welcher alle meine Rechte und Verbindlichkeiten, z. B. durch Erbschaftsrecht erhält, und einem successor singularis, der nur eine einzelne Sache, durch Tausch, Kauf, von mir bekommen hat. Ein successor vniuersalis succedirt seinem Vorgänger auf doppelte Art, nämlich 1) in possessione, und 2) in fide, das heißt, er bekommt nicht nur den Besitz des antecessoris, sondern er wird auch als bonae fidei possessor angesehen, wenn der antecessor in bona fide war; dagegen wird er auch als malae fidei possessor betrachtet, wenn sein antecessor dieses gewesen ist. Man drückt diese Bewandniß der Fortsetzung des Besitzes durch den Satz aus: heres succedit in vitia realia defuncti. Die Ursache liegt in der Regel; der Universalsuccessor und sein Autor, der Erblasser, werden als eine Person angesehen. Ein successor singularis succedirt blos in possessione, nicht in fide. Er bekommt zwar den Besitz seines Vorgängers; allein dessen bona fides hilft ihm nichts, und dessen mala fides schadet ihm nichts.

Aus dieser Beschaffenheit der Sache folgt: 1) wenn der antecessor in bona fide war, so kann der Universalsuccessor die angefangene Verjährung vollenden, und nach dem römischen Recht wird es nicht erfordert, daß er selbst ebenfalls in bona fide sey; denn das römische Recht verordnet blos, daß Jeder, der verjähren will, im Anfang in bona fide sey [m]). Die bona fides des Erblassers kommt dem Erben zu statten, dergestalt, daß es anzusehen ist, als ob er selbst gleich anfangs in bona fide gewesen sey. Wie verhält sich diese Sache nach dem kanonischen Rechte? In der davon handelnden Stelle [n]) wird zwar nur von dem Falle geredet, wenn eine und eben dieselbe Person die Verjährung anfängt und vollendet, aber nicht davon, wenn der Erbe die Verjährung seines Erblassers fortsetzen will, und von

m) Strubens rechtl. Bedenk. 2ter Th. 101stes Bedenk.
n) cap. fin. X. de praescript.

von jenem Falle wird verordnet, daß der Verjährenwollende die ganze Zeit über in bona fide gewesen sey; allein die Ursache, welche angegeben wird, quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, ist doch allgemein; man muß daher behaupten, daß der Erbe ebenfalls in bona fide seyn müsse o). War der Vorgänger in mala fide, so kann der Universalerbe gar nicht verjähren, wenn er gleich selbst in bona fide ist. Daß der Erbe, in dem Falle, wenn sein Erblasser in mala fide war, keine Verjährung fortsetzen kann, ist gewiß; denn der Verstorbene hatte keine Verjährung angefangen. Es fragt sich nur: kann der Erbe keine Verjährung in eigener Person anfangen? Dieß ist sehr streitig. Die verneinende Meynung scheint aus den angeführten Gründen richtiger zu seyn, weil der Erbe mit dem Verstorbenen für Eine Person gehalten wird, und in seine vitia realia eintritt p).

2) Ein successor singularis kann, wenn der Vorgänger in bona fide war, die Verjährung fortsetzen; nur muß er selbst in bona fide seyn. Ist er in mala fide so kann er sie weder fortsetzen, noch eine neue anfangen q); denn ohne die bona fides ist keine erwerbende Verjährung möglich, und die bona fides des Vorgängers hilft einem solchen Nachfolger nichts. Will der successor singularis die Verjährung fortsetzen, dessen antecessor in mala fide war, so kommt es darauf an, ob der Nachfolger auch in mala fide ist, oder nicht. Ist er selbst in mala fide, so kann er keine Verjährung fortsetzen, so wenig wie er sie anfangen kann. Fortsetzen kann er keine, weil er keine angefangen hatte; und selbst die Verjährung anfangen kann er deswegen nicht, weil er in mala fide ist. Wenn der besondere

o) STRVV Exerc. 43. thes. 18. SIEGEL Diss. de rerum hereditar. vsucap. §. 7.

p) VINNIVS ad §. 7. Inst. de vsuc. nr. 5.

q) L. 13. D. de acquir. vel amit. poss. COCCEII h. t. Qu. 22.

dere Nachfolger in bona fide ist, so kann er eine Verjährung anfangen; nur muß er nach dem römischen Rechte in manchen Fällen dreyßig Jahr besitzen.

Es ist nicht hinlänglich, daß derjenige, welcher verjähren will, im Besitz sey, sondern sein Besitz muß auch **ruhig** ausgeübt worden seyn. Die **völlige** Unterbrechung einer angefangenen Verjährung heißt vsurpatio. Man darf sie also mit solchen Fällen nicht verwechseln, wo die Verjährung nur einstweilen ruhet, oder unterbrochen wird, welches interruptio temporalis heißt. Die Unterbrechung der Verjährung kann geschehen, 1) durch Unterbrechung des Besitzes, 2) durch ein Gesetz, 3) durch Anstellung einer Klage; 4) zuweilen durch eine außergerichtliche Protestation. Geschieht die Hemmung der Verjährung 1) durch die wirkliche Unterbrechung des Besitzes, so heißt sie vsurpatio naturalis. Gesetzt, Jemand will meine Taschenuhr verjähren, sie wird ihm aber gestohlen, oder geraubt, er verliehrt sie auf der Straße, ehe noch die Verjährungszeit vollendet ist. In diesen Fällen ist seine Verjährung dergestalt unterbrochen, daß, wenn er auch wieder in Besitz kommt, er doch ganz von neuem zu verjähren anfangen muß. Mehrere Beyspiele dieser Art führt **Lüdeking** [r]) an. Uebrigens hindert es den Fortgang der Verjährung nicht, wenn der **natürliche** Besitz auf einen Andern gekommen seyn sollte, wenn nur dieser natürliche Besitz auf den Namen des verjährenden Besitzers fortgedauert hat [s]). Der **natürlichen** Unterbrechung der Verjährung ist entgegen gesetzt, vsurpatio ciuilis, und sie tritt ein, 2) wenn ein **Gesetz** die Verjährung unterbrochen hat, das heißt, wenn unter dem Lauf der Verjährungszeit ein Gesetz gegeben worden ist, worin die Verjährung dieser Art Sachen, von deren Verjährung jetzt die Frage ist, untersagt wird [t]). 3) Geschieht die

r) Lüdeking tract. de vsucap. cap. 10. §. 8.

s) L. 36 et 37. D. de acquir. vel amitt. poss. **Westphal** von den Arten der Sachen, §. 34. u. 64.

t) Berger Oecon. iur. Lib. II. tit. 2. th. 26. not. 12. **Strubens** rechtl. Bedenk. 5ter Th. S. 280.

die Unterbrechung der Verjährung, wenn der Eigenthümer gegen den, welcher verjähren will, klagt, und der Richter diesen vor der vollendeten Verjährung citiren läßt. Durch diese Citation wird die Verjährung unterbrochen; ja es ist sogar schon genug hierzu, wenn sich der Kläger alle Mühe gegeben hat, vor Ablauf der Verjährungszeit eine Citation ausgefertigt zu erhalten, und die Verjährung ist dadurch für unterbrochen zu halten, gesetzt auch, daß die Citation dem Besitzer erst insinuirt worden wäre, als die Verjährungszeit schon vollendet war [u]).

Die Gesetze begünstigen übrigens die erwerbende Verjährung dadurch, daß sie die Vollendung der Zeit nicht nach Stunden und Minuten des angefangenen Civilbesitzes berechnet wissen wollen [x]). In der L. 6. et 7. D. h. t. heißt es: in vsucapionibus non a momento ad momentum, sed *totum postremum* diem computamus. Ideoque qui hora *sexta* Kalendarum Ianuariarum possidere coepit, hora *sexta* noctis pridie Kalendas Ianuarias implet vsucapionem. Daß Ulpian durch diese letzten Worte eben die Zeitberechnung, welche in der L. 5. D. qui testam. fac. poss. vorkommt, habe andeuten wollen, ist von einigen berühmten Rechtsgelehrten [y]) behauptet worden. Dieser Meynung nach wäre also die Verjährung in dem Falle der angeführten L. 7. D. h. t. schon um 12 Uhr in der Nacht vom 30sten zum 31sten Decbr. vollendet worden. Auf diese Erklärung erwiedert Hr. Professor Weber [z]) in den Anmerkungen zum Höpfnerischen Commentar: für ganz ausgemacht könne diese Meynung nicht gehal-

u) Wernher Tom. II. Part. IX. Obs. 229.

x) L. 15. pr. D. de diuers. temp. praescr. L. 6. et 7. D. h. t.

y) Koch Belehrung über Mündigkeit zum Testiren, §. 12. S. 90. Höpfner im Comment. über die Justit. §. 62. Note 8. Thibaut über Besitz und Verjährung, §. 19. S. 82.

z) Höpfners Commentar über die Justit. §. 398. Note 3.

gehalten werden; denn 1) zeigen die Worte: hora sexta noctis pridie Kalendas Ianuarias implet vsucapionem, ganz deutlich an, daß die Verjährung erst den 31. Decbr. Nachts um 12 Uhr vollendet seyn soll. 2) In der L. 5. D qui testam. fac. poss. redet Ulpian von einem Testament, welches pridie Kalendas post horam sextam noctis erst gemacht worden war. Darunter kann nicht füglich die Nacht vom 31sten Decbr. auf den 1sten Januar verstanden werden; denn alsdenn wäre ja das Testament nicht Pridie Kalendas, sondern ipsis Kalendis gemacht, folglich hat dort die von Koch gegebene Erklärung allerdings ihre Richtigkeit. Hier aber ist die Rede von einem Zeitraume, der längst vorher schon angefangen ist, aber erst Pridie Kalendarum hora sexta sich endigen, nicht von dem, was Pridie Kalend. *post* horam sextam noch erst geschehen soll. Dort sagt Ulpian: plus arbitror; er gehe noch weiter, als die gemeine Meynung es wohl mit sich brachte. Hier bleibt er bey der dort anerkannten gemeinen Rechtsregel stehen, und bedient sich nun des Ausdrucks *ideoque*, um sie auf einen gegebenen Rechtsfall anzuwenden. 3) Die Befugniß zu testiren ist im römischen Rechte sehr begünstigt. Was zu ihrer Erleichterung angenommen wird, ist darum noch nicht gleich auf andere Anordnungen anzuwenden. Uebrigens gilt jene gesetzliche Zeitberechnung nur bey der erwerbenden Verjährung, und nicht bey der wieder auslöschenden, praeter. extinctiua.

Was die Wirkung der durch die Citation unterbrochenen Verjährung betrifft, so kommt es auf den Unterschied an, ob der Proceß entschieden worden, oder ob er liegen geblieben ist. Im letzten Falle kann ihn der Kläger binnen 40 Jahren wieder fortsetzen, und diese 40 Jahre fangen an zu laufen vom letzten gerichtlichen Actus, der in dem Proceß geschehen ist. Wird hingegen der Proceß entschieden, so wird entweder für den Kläger gesprochen, oder für den Beklagten. Gewinnt der Kläger, so muß der Beklagte die Sache herausgeben, und kann sich nicht darauf berufen, die Verjährung sey während des Processes zu Ende gegan-

gegangen. Gewinnt der Beklagte, so ist es eben so gut, als ob der Proceß gar nicht angestellt worden wäre, und die Verjährung ist nicht dadurch unterbrochen worden. Man nehme an: ich habe im Jahre 1760 ein Gut gekauft, im Jahre 1765 macht A. darauf Anspruch; dieser Proceß wird im Jahre 1769 entschieden, und A. darin mit seiner Klage abgewiesen. Im Jahr 1771 kommt B. und will das Gut vindiciren, daher ich ihm die Einrede der Verjährung entgegen setze. Hierauf replicirt er, die Verjährung sey durch den vom A. geführten Proceß unterbrochen worden, könne also nicht für vollendet gehalten werden. Diese Replik hat keine Kraft; denn da ich von der Klage, welche A. anstellte, losgesprochen worden bin, so konnte dieser ungerechte Proceß meine angefangene Verjährung nicht unterbrechen [a]).

Endlich wird 4) die Verjährung auch bisweilen durch eine außergerichtliche Protestation unterbrochen; wenn ich nämlich dabey dem Besitzer Gründe vorlege, die ihm in eine malam fidem bringen; denn nun kann er nach dem kanonischen Rechte nicht mehr verjähren. Sehr bestritten ist es, ob die außergerichtliche Interpellation auch in andern Fällen, und in welchen, die Wirkung habe, die Verjährung zu unterbrechen [b]).

Ein besonderes Vorrecht hat der Landesherr, daß, wenn er etwas als eine rem fiscalem oder dominicam verkauft, der Käufer sogleich Eigenthümer wird, und der vorige Eigenthümer binnen vier Jahren gegen den Fiskus klagen muß [c]). Man denke sich den Fall, daß der Fiskus das Vermögen eines Delinquenten confiscirt, daß darunter

a) WERNHER Obs. Part. I. Obs. 30.

b) WERNHER Obs. Part. III. Obs. 164. Part. VI. Obs. 400. Io. Lud. SCHMID Progr. de interpellatione extraiudiciali ab interrumpenda praescriptione haud excludenda, Ien. 1788. Strubens Bedenk. 1ster Thl. 21stes Bedenk.

c) L. 2 et vlt. C. de quadr. praescr. §. vlt. Inst. de vsucap.

eine Uhr ist, die dem Delinquenten nicht gehört hat, daß der Fiskus das Vermögen verauctionirt, und ich die Uhr kaufe. So bald ich sie bezahlt habe, und die Uhr ist mir abgeliefert worden, so ist sie mein, und der vorige Eigenthümer muß sich an den Fiskus halten. Man kann auch den Fall annehmen, daß Jemand ohne Erben gestorben ist, und der Fiskus nimmt sein Vermögen an sich. Darunter sind Sachen, welche dem Verstorbenen nicht eigen, sondern ihm nur geliehen waren. Der landesherrliche Fiskus nimmt sie aber bona fide mit der übrigen Verlassenschaft in Besitz, und ich kaufe sie. Vermöge eines eigenen, nur dem Landesherrn zustehenden Rechts, werde ich durch diesen Kauf sogleich nach geschehener Uebergabe Eigenthümer. Dieses Vorrecht ist in mehrern Stellen ertheilt worden [d]). In der aus den Institutionen angeführten Stelle heißt es: Edicto Diui Marci cauetur, qui a fisco rem alienatam emit, si post venditionem quinquennium praeterierit, posse dominium rei exceptione repellere. Constitutio autem diuae memoriae Zenonis [e]) bene prospexit iis, qui a fisco per venditionem aut donationem, vel alium titulum accipiunt aliquid: v. ipsi quidem securi statim fiant et victores existant, siue experiantur siue conueniantur: aduersus autem sacratissimum aerarium vsque ad quadriennium liceat iis intendere, qui pro dominio vel hypotheca earum rerum, quae alienatae sunt, putauerunt sibi quasdam competere actiones. Nostra autem diuina constitutio [f]), quam nuper promulgauimus, qui a nostra vel venerabilis Augustae domo aliquid acceperint, haec statuit, quae in fiscalibus alienationibus praefatae Zenonianae constitutionis continentur. Uebrigens setzt diese

d) L. 2 et 3. C. de quadriennii praescr. §. vlt. Inst. de vsucap.

e) L. 2. C. de quadr. praescript. (VII. 37.)

f) L. 3. C. de quadr. praescr.

dieſe Verordnung voraus, daß der Fiskus etwas als ſein eigen verkauft. Ganz verſchieden iſt davon der Fall, wenn der Fiskus als Gläubiger etwas von dem Vermögen ſeiner Schuldner öffentlich verkaufen läßt. Von dieſem Fall heißt es in Geſetzen [g]): quaecunque pro reliquis prodigorum in annonario titulo, caeterisque fiscalibus debitis in quibuscunque corporibus ſub auctione licitanda ſunt, fisco auctore vendantur. Das Geſetz ſagt: wenn Jemand einen Rückſtand, reliqua, in ſeinen Naturalabgaben hat, in prodigis, z. B. in den Abgaben an Früchten, Wein, Oel, u. d. gl. die unter der Rubrik annona begriffen ſind, in annonario titulo, oder aus einem andern Grund des Fiskus Schuldner iſt, und deswegen etwas von ſeinem Vermögen ſubhaſtirt werden muß, corporibus, ſo ſoll es unter Direction des Procuratoris fisci geſchehen; vt perpetuo penes eos ſint iure dominii, quibus huiuscemodi ſub haſtae ſolennis arbitrio fiscus addixerit: et ſi quid vnquam, vt a fisco facta venditio poſſit infringi, auctoritate reſcripti fuerit impetratum, nullus obtemperet: cum etiam minoribus, ſi quando aliquid ex rebus eorum pro fiscalibus debitis adiudicatur emtoribus, repetitionis facultas in omnem intercipiatur aetatem. Eine ausführliche Erklärung dieſes Geſetzes hat der Hr. Ordinarius Heimburg [h]) in Jena hinterlaſſen, in welcher §. 54. behauptet worden, daß, wenn der Fiskus als Gläubiger eine Sache verkauft hat, die dem Schuldner nicht gehörte, der wahre Eigenthümer dadurch nicht um ſein Recht komme. Die res fiscales und dominicae waren ſehr unterſchieden. Die res fiscales hatte der Kaiſer als Kaiſer, das heißt, der Staat hatte ſie ihm als ſeinem Oberhaupt gegeben, die res dominicas, welche auch patrimoniales und res Caeſaris hießen, hatte er wie eine Privatperſon acquirirt.

g) L. 5. C. de fide et iur. haſt. fiſcal.

h) Io. Caſp. Heimburg Diſſ. de fisco res debitorum ure creditoris distrahente, Ienae 1738.

Fehlt bey der Verjährung iustus titulus, so entstehen mancherley Folgen daraus. Iustus titulus heißt hier ein Titel, welcher mir auch ohne Verjährung das Realrecht, wovon die Rede ist, verschafft hätte, wenn nur mein Autor, das heißt derjenige, welcher mir jenes Recht geben wollte, dazu berechtigt gewesen wäre. So ist z. B. der Tauschcontract ein Titel, der mich zum Eigenthümer macht, so bald mir die Sache von einem tradirt ist, welcher das Recht zu tradiren hat; er ist also auch in der Verjährung ein rechtmäßiger Titel. Es ist aber 1) nicht hinreichend, daß ich mir einbilde, einen rechtmäßigen Titel zu haben, sondern ich muß ihn wirklich haben; es wäre denn, daß mein Irrthum Entschuldigung verdiente. Ein Irrthum ist zu entschuldigen, welcher sich auf die Unwissenheit eines facti gründet, nur darf diese Unwissenheit nicht aus einer großen Nachläßigkeit, das heißt, einer solchen, welche in einer culpa lata oder leui ihren Grund hat, herrühren. Wenn z. B. mein Sclave, mein Sohn, mein Vormund, eine Sache bringt, und vorgiebt, daß er sie gekauft habe, da er sie doch gefunden hat, ich auch hinreichenden Grund habe, dieses Vorgeben für wahr zu halten, so bin ich in errore facti, und zwar in einem solchen, der Entschuldigung genug verdient. Hingegen ein Irrthum, welcher aus der Unwissenheit eines Gesetzes entsteht, ist nur alsdann zu entschuldigen, wenn das Gesetz nicht allgemein bekannt oder zweifelhaft ist. Noch weniger kann man verjähren, wenn man nicht einmal weiß, aus welchem Titel und von wem man die Sache habe i). 2) Ein verstellter Handel giebt keinen gerechten Titel. Der Fall tritt z. B. bey Ehegatten ein. Diese dürfen einander nichts schenken. Lassen sie also einen Kaufcontract aufsetzen, worin der Mann der Frau sein Haus zum Schein verkauft, das er ihr wirklich geschenkt hat; so fehlt es hier an einem gerechten Titel zur Verjährung. 3) Auch ein widerruflicher Handel ist nicht hinreichend; wie z. B. die donatio mortis causa ist.

Diese

i) L. 49. §. fin. D. de acquir. vel amitt. poss.

Dieſe kann ich widerrufen, ſo lange ich lebe. Geſetzt alſo, ich übergebe die mortis cauſa geſchenkte Sache dem Beſchenkten, und hatte ſie lange Zeit im Beſitz, ſo kann er ſie doch gegen mich nicht verjähren; denn ſein Titel iſt widerruflich. Gegen einen Dritten kann er allerdings verjähren. Wenn ich nämlich Jemandem eine mir nicht gehörige Sache, bona fide mortis cauſa ſchenke, und er beſitzt ſie die geſetzliche Zeit hindurch, ſo kann er ſie gegen den wahren Eigenthümer verjähren.

Der rechtmäßige Titel wird alſo zu der Verjährung von zehen oder zwanzig Jahren erfordert; wer hingegen eine Sache ohne rechtmäßigen Titel beſitzt, kann ſie nicht uſukapiren, oder in langer Zeit verjähren, ſondern er muß ſie 30 Jahr hindurch beſitzen. Die Verordnung, worin dieſes beſtimmt worden iſt [k]), gehört unter die dunkeln Geſetze Juſtinians. Es heißt darin, wenn Jemand eine Sache durch gerechten Titel an ſich bringt, und bona fide zehen oder zwanzig Jahr beſitzt, ſo hat er nicht allein eine Einrede, ſo lange er im Beſitz iſt, gegen den, der ihn belangt, es ſey dieß der Eigenthümer oder ein Gläubiger, dem die Sache verpfändet war, ſondern er kann auch eine Vindikationsklage gegen jeden Beſitzer anſtellen. Hat er hingegen die Sache dreyßig Jahr ohne Titel beſeſſen, (quod ſi quis eam rem deſierit poſſidere), die er nämlich ohne Titel beſaß, ſo kann er ſich zwar auch mit der exceptione praeſcriptionis ſchützen, aber die Vindikationsklage kann er nicht ſo ohne Unterſchied gegen einen neuen Beſitzer B. anſtellen. Hat er bona fide beſeſſen, ſo ſteht ihm dieſe Klage zu. War er hingegen ein unredlicher Beſitzer, ſo kann er ſie nicht anſtellen. Indeſſen muß man nicht glauben, daß darum der neue Beſitzer B. in allen Fällen bey ſeinem Beſitz ſicher ſey. Freylich, wenn er der wahre Eigenthümer, oder der Pfandgläubiger iſt, ſo iſt er geſchützt. Iſt hingegen der neue Beſitzer B. ein

k) L. 8. §. 1. C. de praeſcr. trig. vel quadrag. annor.

Dritter, so ist er nicht sicher; denn obgleich der vorige unredliche Besitzer A. die Sache nicht von ihm vindiciren kann, so sind doch der wahre Eigenthümer und der Pfandgläubiger befugt dazu, und er kann nicht einwenden: A. war ja durch die Ausflucht der Verjährung gegen euch gedeckt, folglich bin ich es auch. Anders verhält sichs, wenn der neue Besitzer B. sich auch schon wieder 30 oder 40 Jahr im Besitz befunden hätte. Wenn das ist, so kann er, wie sich von selbst versteht, den Eigenthümer oder Pfandgläubiger mit der Einrede der Verjährung abweisen. Diese Erklärung wird von den einsichtsvollsten Rechtsgelehrten [l]) gebilligt. Der übrige Inhalt des Gesetzes, welcher keine große Schwierigkeit hat, gehört gar nicht hierher, und Kochs bedenkliche Sprache ist nicht sehr empfehlend [m]).

Es giebt Sachen, die schlechterdings nicht verjährt werden können, und zwar 1) solche, welche kein Gegenstand des Commerzes sind; das heißt, die man nicht eigenthümlich an sich bringen, nicht vertauschen, verkaufen, verschenken kann; welches bey den Römern mit den rebus diuini iuris, den heiligen und religiösen Sachen der Fall war [n]).

2) Sachen eines Pupillen können auch nicht verjährt werden; das heißt, wenn ich die Sache eines Pupillen auch durch den rechtmäßigsten Titel an mich bringe, und in vollkommen gutem Glauben bin, so kann ich diese Sache doch nicht, so lange als der Pupill noch nicht mündig ist, und unter der Vormundschaft steht, nicht verjähren. Gesetzt also, ein Pupill deponirt seine Sache bey Jemandem, und dieser verkauft sie an mich, wovon ich aber nicht weiß, daß die

l) Pohl Diss. de fatis praescript. longiss. temp. ex Legib. Inst. §. 4.

m) Hr. Kanzl. Koch in der bon. poss. S. 15. Hr. Prof. Weber über Höpfner S. 415.

n) Pufendorf Obs. Tom. III. Obs. 161. Wernher Part. I. Obs. 8. Part. IX. Obs. 41. Hommel Rhaps. Obs. 33. Leyser Spec. 462. Med. 7.

die Sache dem Pupillen gehört. So lange der Pupill unmündig ist, steht alle Verjährung stille, und erst nach überlebten Jahren der Unmündigkeit fängt die dreyßigjährige Präscription an zu laufen °).

3) Sind res merae facultatis kein Gegenstand der ordentlichen Verjährung. Der Regel nach kann ich eine an sich erlaubte Handlung vornehmen, so lange ich will, ohne daß ich mir dadurch eine Verbindlichkeit auflege, sie immer auf die geschehene Art zu thun. Ich kann auch diese Handlung unterlassen, so lange ich will, und verliehre darum das Recht nicht, sie zu thun. Es giebt aber verschiedene Fälle, die von dieser Regel ausgenommen sind, wo es nachtheilig ist, eine solche Handlung eine Zeit lang vorzunehmen, oder nicht. Es ist 1) Pflicht, die mir zustehenden Klagen innerhalb der in den Gesetzen vorgeschriebenen Zeit anzustellen, und thue ich es nicht, so werde ich durch die Einrede der vorhandenen Verjährung abgewiesen. 2) Steht mir eine Servitut auf eines andern Grundstück zu, so darf ich es nicht unterlassen, Gebrauch davon zu machen, oder sie geht durch den Nichtgebrauch verlohren. 3) Ich darf einem Andern nicht erlauben, lange Zeit ein Eigenthumsrecht oder eine Servitut auf meiner Sache ruhig auszuüben, weil er sich dadurch das Eigenthum oder die Servitut erwirbt. 4) Die Obrigkeit muß die Verbrechen binnen einer bestimmten Zeit bestrafen; geschieht es nicht, so wird der Verbrecher frey von aller Strafe. 5) Dem Abtriebsrechte ist eine gewisse Zeit festgesetzt, in welcher derjenige, dem es zusteht, solches ausüben muß. Alle Handlungen, die man, ohne sich zu schaden, so lange thun oder unterlassen kann, als man will, heißen actus merae facultatis. Behauptet Jemand, eine Handlung sey kein actus merae facultatis, so muß er ein Gesetz anführen können, welches die Handlung aus der Classe der willkührlichen Handlungen ausschließt,

o) L. 3. C. de praescr. trig. vel quadr. ann. L. 4. eod. L. 5. C. in quib. caus. Westphal von den Arten der Sachen, §. 832. Thibaut über Besitz u. Verjährung, §. 29. S. 101.

und verordnet, daß man sich durch die eine Zeitlang fortgesetzte Begehung oder Unterlassung der Handlung präjudiciret. Als Fälle, die für willkührliche Handlungen gehalten werden, sind zu merken, das Recht, ein Testament zu machen, zu heyrathen, zu kaufen, zu verkaufen, seine Wohnung zu ändern, einen Degen zu tragen, bey diesem Schneider arbeiten zu lassen, meine Waare von diesem Kaufmann zu nehmen; denn alle diese Handlungen sind keiner Verjährung unterworfen, das heißt, wenn ich sie noch so lange unterlassen habe, so verliehre ich darum das Recht nicht, sie zu thun; und wenn ich sie noch so lange gethan habe, so bin ich deswegen nicht verbunden, sie ferner zu thun. Wenn ich also z. B. meine Waaren 30 Jahre bey dem Kaufmann A. gekauft habe, so kann ich doch von jetzt an sie bey dem B. kaufen. Nur alsdenn tritt die Verjährung von 10 oder 20 Jahren ein, wenn ich eine willkührliche Handlung vornehmen wollte, die dem Andern schädlich ist, er verbietet mir sie bona fide als unerlaubt, und ich schweige dazu stille. Gesetzt, ich will auf meinem Grund und Boden bauen, mein Nachbar widersetzt sich, weil ihm der Bau das Licht oder die Aussicht nehmen wird, er ist dabey im guten Glauben, und ich baue auch wirklich in zehn Jahren nicht, so ist dadurch mein Recht zu bauen verlohren. Es ist ein sehr brauchbarer Rechtssatz in dieser Materie, wenn es heißt: steht mir ein gewisses Recht unstreitig zu, so sind alle einzelne Handlungen dieses Rechts willkührliche Handlungen. Wenn ich also z. B. der Eigenthümer eines Hofes bin, so ist die Aufführung eines Gebäudes auf diesem Hofe eine res merae facultatis; denn es ist eine Folge meines Eigenthumsrechts. Habe ich ein allgemeines Zehendrecht, so bin ich befugt, von jeder Art der Früchte, die auf dem zehendbaren Gute wachsen, den Zehenden zu fordern; also ist die Auszehndung dieser oder jener einzelnen Gattung von Früchten eine res merae facultatis [p]). Hr. Prof. Weber schreibt [q]): eigent-

p) de Pufendorf Obs. Tom. II. Obs. 92.

q) Höpfners Comment. §. 400. Note 3. S. 417.

eigentlich sollte man nur sagen: das Recht, in Ansehung eines actus merae facultatis zu thun, was man will, geht durch den bloßen Nichtgebrauch nicht verlohren; denn eine Verjährung findet allerdings dagegen statt, wenn ein Anderer rechtmäßig in den Besitz des iuris prohibendi gesetzt worden ist, in sofern er dessen als Privatperson im Staate überhaupt fähig ist, welches freylich in dem Falle, wovon in der L. 2. D. de via publ. ref. die Rede ist, nicht statt finden würde. Anders ist aber gar keine Verjährung hier denkbar. Die gewöhnliche Vorstellung geht also im Grunde darauf hinaus: res merae facultatis lassen keine Verjährung zu, es wäre denn, daß die rechtlichen Erfordernisse derselben vorhanden seyn sollten.

§. 1767 — 1776.

Es giebt Sachen, die man zwar verjähren kann; nur aber geschieht es nicht durch die Verjährung der langen Zeit, das heißt, nicht in 3, 10 oder 20 Jahren; sondern man muß sie 30, 40, oder gar 100 Jahr besitzen, ehe man sie verjähren kann.

Dreyßig Jahr sind zur Verjährung erforderlich, 1) wenn die Sache, die ich verjähren will, res vitiosa, das heißt, gestohlen, oder mit Gewalt in Besitz genommen worden ist. Weder der Dieb, noch derjenige, der die Sache mit Gewalt in Besitz genommen hat, kann eine solche jemals verjähren; wenn sie aber auch ein Dritter durch den gerechtesten Titel an sich gebracht hat, und im besten Glauben besitzt, so kann er diese Sache doch nicht eher, als in 30 Jahren verjähren. Schon in den Gesetzen der zwölf Tafeln, und nachher in der Lege Atinia war es festgesetzt, daß gestohlne Sachen nicht sollten usukapirt werden können. Von den mit Gewalt in Besitz genommenen Sachen verordnete die Lex Plautia und Julia de vi das nämliche. Zu bemerken ist, daß eine gestohlne oder mit Gewalt weggenommene Sache so lange res vitiosa bleibt, bis sie wieder an ihren vorigen Eigenthümer zurück kommt. So

bald

bald das geschehen ist, fällt der alte Fehler weg; und nun kann die Sache wieder in der gewöhnlichen Zeit verjährt werden [r]). Zu den gestohlnen Sachen rechneten die Römer auch die entlaufenen Sclaven, weil sie sich gleichsam selbst gestohlen hatten.

2) Werden nur durch die dreyßigjährige Verjährung erworben, die Sachen eines Minderjährigen. Wenn ich dergleichen Sachen verjähren will, so kann es auf doppelte Art geschehen, nämlich a), wenn die Zeit der Minderjährigkeit abgerechnet wird, so kann die Sache des Minderjährigen in langer Zeit verjährt werden. Habe ich also z. B. die bewegliche Sache eines Minderjährigen im Jahr 1770 gekauft, er wird aber im Jahr 1772 majorenn; so läuft ihm von diesem Jahre an die praescriptio longi temporis; und also habe ich die Sache desselben nach drey Jahren usukapirt. Man kann aber auch b) dergleichen Sachen in dreyßig Jahren verjähren, und in diesem Falle braucht man die Zeit der Minderjährigkeit nicht abzurechnen [s]). Gesetzt, ich kaufte das Landgut eines abwesenden Minderjährigen im Jahr 1740 und er wird majorenn im Jahr 1751; in diesem Falle ist meine dreyßigjährige Verjährung im Jahr 1770 geendigt; und hier wird die Zeit vom Jahr 1740 bis 1751 nicht abgezogen.

3) Werden die res aduentitiae filiorum familias nicht eher als nach dreyßig Jahren verjährt. Der Vater darf sie der Regel nach nicht veräußern; thut er es aber doch, so läuft α) die Verjährung den Kindern nicht, so lange sie der väterlichen Gewalt unterworfen sind; ist aber diese β) geendigt, so fängt die dreyßigjährige Verjährung wider sie zu laufen an. Von allen Fällen, wo eine gewisse Zeit in

r) VINNIVS ad §. 3. Inst. de vsucap.

s) L. 5. C. in quib. caus. in integr. restit. Iust. Henn. BOEHMER Diss. de cursu praescript. contra minores suspenso, §. 7. sqq. in Exerc. ad Pand. Vol. 5. pag. 384. LEYSER Spec. 463. Med. 1. 2. Thibaut über Besitz und Verjährung, §. 65. S. 167.

in der Berechnung der Verjährungsfrist nicht angerechnet werden darf, das heißt, wo die Verjährung eine Zeitlang nicht fortläuft, sondern still stehet, sagt man, die Verjährung schlafe. Dieser Fall tritt ein, a) so lange der Eigenthümer unmündig ist; b) in Kriegszeiten t); c) wenn die Gerichte geschlossen sind, die Justitzverwaltung völlig gehemmt ist, tempore iustitii, welcher Fall zu Pestzeiten, bey einem entstandenen Aufruhr, bey einer vorhandenen Hungersnoth, u. s. f. vorkommen kann u). Die Verjährung schläft d), so lange die Kinder, deren aduentitia der Vater veräußert hat, in der väterlichen Gewalt sind. Endlich e) schläft auch die praescriptio longi temporis so lange, als der Eigenthümer minderjährig ist x).

4) Können erst nach dreyßig Jahren verjährt werden, Sachen, welche ein unredlicher Besitzer veräußert hat. Er selbst kann die Sache niemals durch die Verjährung an sich bringen; veräußert er sie aber, und der neue Besitzer ist dabey in bona fide, so kann er diese Sache zwar nicht usukapiren, aber verjähren kann er sie durch einen Besitz von 30 Jahren. Die Alienation einer fremden Sache, welche der Besitzer wissentlich vornimmt, ist eine Art von Diebstahl, und macht die Sache zu einer res vitiosa. Daher heißt es in den Institutionen y), der Fall, daß man eine bewegliche Sache verjähren könne, komme sehr selten vor, weil ein Nichteigenthümer nicht oft in dem Fall ist, daß er eine fremde Sache bona fide veräußert. In den Institutionen wird der Fall als Beyspiel angeführt, wo man eine bewegliche Sache usukapiren kann; wenn der Erbe in der Erbschaft eine Sache findet, welche dem Erblasser nur geliehen,

t) Strubens rechtl. Bedenk. 3ter Th. 56tes Bedenk.

u) Iust. Henn. Boehmer Diss. de eo quod iustum est durante iustitio, cap. 2. §. 13.

x) Rave de praescriptione, §. 36. sqq. Cramers Wezl. Nebenst. 15ter Th. 11te Abhandl.

y) §. 2. Inst. de vsucap. et longi temp. praescr.

liehen, oder zur Verwahrung gegeben war, und er veräuſſert ſie bona fide; es giebt aber noch einige dergleichen Fälle [z]). Noch iſt zu bemerken, daß die Regel: qui ſciens rem alienam vendit, vel ex alia cauſa tradit, furtum eius committit, nicht ohne Einſchränkung war [a]). Uebrigens iſt auch die Einſchränkung zu bemerken, die dreyßigjährige Verjährung iſt nach Juſtinians Verordnung nur erforderlich, wenn der wahre Eigenthümer nicht weiß, daß die Sache ihm gehöre, und ſolche an mich veräußert worden ſey; denn weiß er es, und ſchweigt dazu, ſo kann der Beſitzer die Sache in 10 oder 20 Jahren verjähren [b]). Die 119. Novelle enthält übrigens eine Abänderung der in der L. 1. C. de praeſcr. longi temp. enthaltenen Vorſchrift [c]).

5) Sachen, deren Veräußerung durch ein Geſetz oder Teſtament verboten iſt, können nach dem römiſchen Recht nur nach 30 Jahren verjährt werden. Dieſer Fall tritt ein, wenn der Mann eine ihm von der Ehefrau als Heyrathsgut zugebrachte unbewegliche Sache wider die Geſetze verkauft; oder wenn ein Gut im Teſtament mit einem Familienfideikommiß beſchwert worden iſt, und gleichwohl veräußerte es der Beſitzer an einen Fremden. In beyden Fällen kann der neue Beſitzer die Sache erſt nach 30 Jahren präſcribiren.

Nicht eher als in vierzig Jahren können verjährt werden, 1) res fiſcales et patrimoniales Principis. Heutiges Tages wollen verſchiedene Rechtslehrer bey Sachen des Fiskus keine andere, als die Immemorialverjährung zulaſſen; dieſe Behauptung iſt aber unrichtig [d]).

2) Ge-

z) Vinnivs ad Inſt. h. t. §. aliis quoque modis.

a) Vinnivs l. c. ad §. 16. qui ſciens.

b) Novella 119. cap. 7. Strubens Bedenk. 1ſter Th. S. 25.

c) Pavllvs in recept. ſent. V, 2. 5. Auth. malae fidei poſſeſſore C. eod. Pohl Diſſ. cit. §. 3.

d) Hert Dec. 519. nr. 1. 2. Horn Claſſ. II. Reſp. 9. nr. 18. 19. pag. 106. Leyser Spec. 458. Med. 1. Strubens rechtl. Bedenk. 4ter Th. S. 16.

2) Gehören hierher die Sachen und Rechte der Kirche. In der L. 23. C. de sacrof. eccleſ., welches Geſetz deswegen vorzüglich berühmt iſt, weil es, wie Procopius erzählt, von den Räthen des Juſtinians durch Geld erkauft worden, ertheilte Juſtinian das Privilegium einer hundertjährigen Präſcription, 1) ſacroſanctis eccleſiis, ſiue venerabilibus xenonibus vel ptochotrophiis, vel brephotrophiis, vel gerontocomiis, circa legata, fideicommiſſa, donationes et venditiones, in quibuscumque rebus, mobilibus et immobilibus. 2) *Ciuitatibus* circa donata, vel relicta, in quibuscunque rebus mobilibus et immobilibus; 3) pecuniis et rebus in *redemptionem captiuorum* relictis, mobilibus et immobilibus. Dieſes Privilegium ging nur auf die Kirchen des Orients. Nachher dehnte es Juſtinian in der Nov. 60. auf die Kirchen des Occidents aus. Von den Städten, desgleichen von den Caſſen, die zur Ranzionirung der Gefangenen beſtimmt ſind, ſagt er hier nichts. Endlich hob er in der Nov. 111. und Nov. 131. die angeführte L. 31. C. wieder auf, nahm den Orientaliſchen Kirchen, Klöſtern u. ſ. f. das ertheilte Vorrecht der hundertjährigen Verjährung wieder, und verordnete, daß ihre Sachen in vierzig Jahren ſollten verjährt werden. Aus der 131. Nov. iſt die Auth. quas actiones Cod. de ſacroſ. eccleſ. genommen worden, wo es heißt: quas actiones alias decennalis, alias vicennalis, alias tricennalis praeſcriptio excludit; hae, ſi loco religioſo competant, quadraginta annis excluduntur: vſucapione triennii, vel quadriennii praeſcriptione in ſuo robore durantibus; ſola Romana eccleſia gaudente centum annorum ſpatio vel priuilegio. Vergleicht man die Authentike mit der Novelle, ſo ſieht man, daß der Verfaſſer der Authentike die Worte: ſola eccleſia Romana etc. für ſich da geſetzt hat. Auch die Worte: vſucapione triennii etc. ſind der Novelle nicht ganz gemäß. Indeſſen iſt dieſe Authentica im kanoniſchen Rechte beſtätigt worden; denn nach dem cap. 13. 14. 17. X. de praeſcr. und dem c. 2. de praeſcr. in 6to. hat nur die römiſche Kirche

che das Vorrecht der hundertjährigen Verjährung, und Sachen anderer Kirchen werden in 40 Jahren präscribirt. Sie haben auch nur bey unbeweglichen Dingen und bey Rechten dieses Privilegium; denn ihre beweglichen Sachen werden in der gewöhnlichen Zeit von drey Jahren verjährt.

3) Nicht eher als nach 40 Jahren werden verjährt die Sachen der Städte; wenigstens haben sie nach der Praxis dieses Vorrecht; denn aus Gesetzen läßt sichs nicht beweisen. Auf andere vniuersitates, collegia und corpora, insonderheit auf Dorfgemeinen, kann man das Vorrecht nicht ausdehnen. Die Sachen der Städte wurden nach dem alten Rechte nicht usukapirt, sondern nur longo tempore präscribirt [e]). In der L. 23. C. de sacr. sanct. eccles. bekamen die Orientalischen Städte das Vorrecht der hundertjährigen Verjährung, welches ihnen aber wieder genommen wurde. Die Occidentalischen Städte haben es niemals erhalten, und unsere Städte können es daher nicht verlangen, sondern sie sind nach dem alten Rechte zu beurtheilen, folglich findet auch nur die Präscription der langen Zeit bey ihren Sachen der Regel nach statt [f]).

Die hundertjährige Verjährung hat statt bey Sachen, welche der römischen Kirche, das heißt, dem Pabst, als Bischof zu Rom, unmittelbar gehören. Nach der Nov. 9. haben alle Occidentalischen Kirchen das Vorrecht einer hundertjährigen Verjährung, und nicht ihnen, sondern nur den Orientalischen Kirchen ist es in der Folge wieder genommen worden [g]). Indessen reden die Authent. quas actiones

e) L. 9. D. de vsurp. et vsuc. L. 1. de praescr. long. temp. PAVLLVS in recept. sent. Lib. V. tit. 2. §. 4.

f) Aug. Frid. SCHOTT Diss. histor. iuris ciuilis de praescr. aduers. ciuitates, Lipsi. 1774. CRAMER Obs. Tom. IV. pag. 354.

g) BACH Diss. de praescr. centum annor. eccles. Roman. in Opusc. pag. 41. C. F. I. SCHORCH Diss. de priuilegio centenariae praescriptionis, quod ecclesiae Romanae tribuitur, Erf. 1799.

actiones und die Texte des kanonischen Rechts, blos von der römischen Kirche, und in der Praxis wird angenommen, daß dieser allein die hundertjährige Präscription zukomme. Ob der Verfasser der Auth. unter der ecclesia Romana nur die Römische oder jede Occidentalische Kirche verstehe, ist bestritten [h]); aber nach dem kanonischen Recht ist die Sache außer Zweifel.

Aus den zeither angeführten Grundsätzen ergiebt sich, daß die erwerbende Verjährung entweder in 3, oder in 10, oder in 20, oder 30, oder 40, oder 100 Jahren vollendet wird. Die Verjährung, die in 3, 10, oder 20 Jahren vollendet ist, heißt die Verjährung der langen Zeit, praescriptio longi temporis; diese hingegen, welche 30, 40, oder 100 Jahre erfordert, heißt die Verjährung der längsten Zeit, praescriptio longissimi temporis.

Eine Aehnlichkeit mit der zeither erklärten Verjährung hat die so genannte unvordenkliche Verjährung, die Immemorialpräscription, praescriptio immemorialis. Wenn ich nämlich so lange im Besitz einer Sache oder eines Rechts gewesen bin, als alte Leute sich erinnern können, so sagt man: ich sey von unvordenklicher Zeit her im Besitz. Aus diesem Besitz entsteht eine Vermuthung, daß ich oder meine Vorfahren diese Sache oder dieses Recht vormals rechtmäßig erworben haben, und wenn ich mich auf diese Vermuthung berufe, so sagt man: ich gründe mich auf die unvordenkliche Verjährung. Sagen z. B. alte Leute in einem Dorfe aus, daß, so lange sie sich zurück erinnern könnten, ich und meine Vorfahren in dem nahe gelegenen Walde gejagt hätten; so bin ich also im unvordenklichen Besitz der Jagdgerechtigkeit, und wenn man mir dieselbe streitig machen will, so kann ich mich durch die Immemorialverjährung schützen.

Diese

h) Groeping Diss. flores sparsi ad praescript. contra ciuitates, Giss. 1775. §. 7.

Diese Präscription ist von der eigentlichen Verjährung, praescriptio definiti temporis, auf folgende Weise unterschieden; nämlich 1) ist die eigentliche Verjährung eine Erwerbungsart, modus acquirendi; diese aber hat nur die Kraft einer gesetzlichen Vermuthung i). 2) Wenn ich eine wahre Präscription für mich habe, so ist das Recht des vorigen Eigenthümers verlohren; bin ich hingegen seit undenklichen Jahren im Besitz, und mein Gegentheil beweißt vitiosum initium, das heißt, er zeigt, daß ich oder meine Vorfahren die Sache nicht auf rechtmäßige Art erworben haben, so hilft mir mein unvordenklicher Besitz nichts. 3) Eine wahre Präscription kann eintreten, wenn es auch gewiß ist, daß mein Gegentheil ein Recht gehabt, und es nicht auf mich übertragen hat. Es geht durch die Verjährung verlohren. Wenn hingegen ein Immemorialbesitz erwiesen ist, so wird vermuthet und angenommen, daß der Gegentheil sein Recht auf mich gesetzlich transferirt habe. 4) Auch in solchen Fällen, wo die eigentliche Verjährung ganz aufgehoben und verboten ist, findet doch die Immemorialpräscription statt. Nämlich in allen Fällen, wo eine rechtmäßige Acquisition nur auf irgend eine Weise möglich ist, kann man sich auf den unvordenklichen Besitz berufen, und aus ihm den wahrscheinlichen Schluß ziehen, daß man die Sache oder das Recht gehörig erworben habe.

Ein unvordenklicher Besitz ist vorhanden, wenn alte Leute sich nicht erinnern können, es anders gesehen zu haben. Nach der gemeinen Meynung wird Jemand als alt betrachtet, wenn er nur 54 Jahr alt ist k). Aus Gesetzen läßt sich die Behauptung nicht beweisen, sondern darin werden blos testes senes angeführt; es sind auch die Gründe jener

i) Strubens rechtl. Bedenken, 5ter Thl. S. 93. fig. Hr. Prof. Thibaut über Besitz und Verjährung, §. 74. S. 178.

k) Kress de natura et indole vetustat. cap. 4. §. 5. pag. 113. Ockel de praescript. immemorial. cap. 12. th. 2. pag. 340.

jener Meynung sehr schwach l). Nach dem Sprachgebrauch fängt das Alter mit dem funfzigsten Jahre an; daher behaupten andere Rechtsgelehrte, ein Zeuge, der durch seine Aussage eine Immemorialverjährung beweisen soll, muß wenigstens 50 Jahr seyn m).

Die unvordenkliche Verjährung findet bey allen Sachen statt, und selbst bey solchen, wo die eigentliche Verjährung nicht gebraucht werden darf. Dahin gehören 1), die Regalien, oder solche Rechte, welche dem Landesherrn als Landesherrn zustehen, und von keinem Unterthan ohne landesherrliche Bewilligung ausgeübt werden dürfen. Hat ein Unterthan ein solches Recht seit unvordenklicher Zeit ausgeübt, so muß er dabey gelassen werden. 2) Die Freyheit von öffentlichen Abgaben. Wer seit unvordenklicher Zeit im Besitz der Immunität ist, hat die Vermuthung für sich, daß er sie rechtmäßig erworben habe.

Ob res merae facultatis ebenfalls einen Gegenstand der unvordenklichen Verjährung abgeben könne, darüber wird gestritten, und die mehresten Rechtsgelehrten bestreiten es n). Der Herr Geh. Trib. Rath Höpfner schreibt S. 423. des Commentars, ich glaube, daß man bey dieser Frage auf die Umstände des Falls Rücksicht nehmen muß. Aus der unvordenklichen Ausübung oder Unterlassung eines actus merae facultatis läßt sich zuweilen die rechtmäßige Erwerbung einer Befugniß schließen, zuweilen nicht. Wenn ich z. B. seit undenklicher Zeit auf meinem Hofe nicht gebaut habe, so läßt sich daraus nicht schließen, daß der Nachbar ein Verbietungsrecht habe, z. B. die seruitutem luminum. Man nehme ferner den Fall an: ich habe unstreitig das unbegrenzte Beholzungsrecht in des Andern Walde, gleichwohl ließ ich doch seit unvordenklicher Zeit nicht mehr, als jährlich acht, zwölf, oder sechzehen Klaf-

l) Rave de praescript. pag. 424.

m) Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 151. §. 4.

n) Kress l. c. pag. 105.

tern Holz schlagen, weil ich nicht mehr nöthig hatte; oder ich habe eine gewisse Art der Früchte, weil sie in geringer Zahl erbaut wurde, bey Menschen Gedenken nicht ausgezehndet, ob ich gleich ein allgemeines unläugbares Zehendrecht hatte. In allen diesen und gleichen Fällen kann die unterlassene Ausübung des Rechts nichts schaden. Hätte ich aber z. B. anderwärts Holz gekauft; oder wenn ich eine ganze beträchtliche Fruchtgattung, z. B. alle Gewächse unter der Erde, von uralten Zeiten her, nicht ausgezehndet hätte, so würde sich daraus allerdings der Schluß machen lassen, daß mein Recht auf irgend eine rechtmäßige Weise eingeschränkt worden seyn müsse °).

Die vorhandene Verjährung bewirkt bisweilen eine Einrede, bisweilen kann aber auf ihre Aufhebung geklagt werden. Wenn ich eine Sache verjährt habe, so bin ich dadurch Eigenthümer derselben geworden, und das Recht des vorigen Eigenthümers ist erloschen. Will er mir die Sache durch die Eigenthumsklage abfordern, so kann ich ihm die Einrede der mir zustehenden Verjährung entgegen setzen. Es giebt aber doch Fälle, wo der Prätor eine wirklich vorhandene Verjährung aufhebt, und dem Eigenthümer, dessen Sache ich verjährt habe, eine Klage wider mich verstattet, vermöge welcher ich die Sache herausgeben muß. Diese Klage heißt actio rescissoria, und hat in zwey Fällen statt, und zwar 1), wenn ich aus gerechten Ursachen, von meinem Wohnorte abwesend gewesen bin, und ein Anderer hat während dieser Abwesenheit etwas von meinen Sachen verjährt. Der Prätor hielt es für unbillig, daß mir meine gerechte Abwesenheit nachtheilig seyn sollte. 2) Wenn ein Anderer von seinem und meinem gemeinschaftlichen Wohnort abwesend ist, etwas von meinen Sachen bey sich hat, und verjährt. Auch hier rescindirt der Prätor die Verjährung, weil ich durch des Andern Abwesenheit außer Stand gesetzt wurde, meine Rechte zu verfolgen,

o) Ockell. loc. cit. cap. 7. thes. 33. Strubens rechtl. Bedenken, 3ter Thl. S. 234. flg.

folgen, also keiner Nachläßigkeit schuldig bin. Ob aber in diesem zweyten Falle nicht nach den neuern römischen Gesetzen etwas Anders Rechtens sey, darüber streitet man. Es heißt nämlich in der L. 2. Cod. de annal. except. wenn ein Abwesender Etwas von meinen Sachen verjähren will, so kann ich bey der Obrigkeit, oder bey dem Bischof, oder auch durch einen öffentlichen Anschlag eine Protestation einlegen, und dadurch den Lauf der Verjährung hindern. Daraus machen verschiedene Rechtsgelehrte [p]) den Schluß, wer diese Protestation unterläßt, ist selbst Schuld daran, daß seine Sache verjährt worden ist, und kann sich also auf den Beystand des Prätors keine Rechnung machen. Andere Rechtsgelehrte behaupten hingegen mit mehr Gründen, durch die L. 2. Cod. cit. sey die Prätorische Rechtswohlthat nicht aufgehoben worden; denn es könne ja der Fall seyn, daß der Eigenthümer von seinem Rechte nichts wußte, und diese Erklärung befolgt man auch in den Gerichten [q]).

Die actio rescissoria, welche auch actio restitutoria, quasi Publiciana, und actio vtilis genennt wird [r]), ist eine prätorische Klage [s]). Bey der **Publicianischen** Klage wird in Gesetzen angenommen, der **Kläger** habe das Eigenthum an einer Sache durch die **Verjährung** erworben; bey unserer Klage hingegen setzen die Gesetze voraus, der Kläger habe das Eigenthum nach der Billigkeit noch, ob es gleich nach dem strengen Rechte für verlohren gehalten werden muß. Wer eine Sache durch Verjährung erworben hat, ist dadurch Eigenthümer geworden, und das Recht des vorigen **Eigenthümers** ist erloschen. Will

p) Boehmer in Iure Digest. tit. quib. ex causs. §. 2.

q) Lavterbach in Coll. Pand. ad tit. quib. ex causs. maior. §. 12. Hvber cod. tit. §. 2. Titivs in iur. priuat. Lib. II. cap. 10. §. 14. Knorr ad Ludovici Comp. Dig. Obs. 166.

r) L. fin. C. ex quib. causs. maior.

s) §. 5. Inst. de actionib.

dieser die Sache von ihm vindiciren, so kann ihm der Beklagte die Einrede der Verjährung entgegen setzen. In einigen Fällen wird nun nach dem Prätorischen Recht, eine bereits vollendete Verjährung, für noch nicht vollendet angesehen, und demjenigen, dessen Sache ein Anderer eigentlich schon verjährt hat, wider diesen eine Klage gegeben, wodurch er die Sache zurückfordert; und dieß ist die gegenwärtige actio rescissoria. Daß eine bereits vollendete Verjährung als noch nicht beendigt betrachtet wird, ist alsdann der Fall, wenn demjenigen, welcher seine Sache durch solche verlohren hat, eine rechtmäßige Ursache der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu statten kommt. Diese gerechte Ursache besteht nun überhaupt in einem impedimento facti, weshalb man nicht im Stande gewesen ist, sein Recht zu vertheidigen, und hierunter wird hauptsächlich die Abwesenheit verstanden. Soll die Abwesenheit bey der Verjährung, als eine gerechte Ursache der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gelten, so muß sie eine außerordentliche seyn, das heißt eine solche, wo man sich nicht an dem Orte befindet, wo man seine Wohnung hat; denn wegen einer ordentlichen Abwesenheit findet keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wider die eintretende Verjährung statt; weil hier die Gesetze für den Abwesenden schon dadurch gesorgt haben, daß sie festsetzen, die Jahre der Verjährung sollen während der Abwesenheit doppelt gerechnet werden [t]). Die Abwesenheit kann auf doppelte Art, eine gerechte Ursache zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wider eine bereits vollendete Verjährung abgeben; und zwar 1), wenn Jemand aus gerechter Ursache von seinem Wohnorte abwesend gewesen ist, z. B. in öffentlichen Geschäften, und ein Anderer verjährt unterdessen etwas von seinen Sachen. 2) Wenn Jemand von seinem und des Verjährers gemeinschaftlichen Wohnorte abwesend ist, und der Verjährer hat etwas von meinen Sachen mit genommen. In beyden Fällen kann der vorige

t) L. 12. C. de praescr. longi temp.

rige Eigenthümer diese Klage brauchen, und darauf antragen, daß er wider die vollendete Verjährung in den vorigen Stand gesetzt, und ihm die Sache zurück gegeben werde u).

Anders verhält sich die Sache, wenn Jemand wegen einer Rechtsverhinderung sein Recht nicht hat verfolgen können. Hier bedarf er keiner Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, mithin braucht er auch keine Rescissorienklage anzustellen; denn er ist schon durch die Gesetze geschützt, daß, so lange dieses Hinderniß dauert, seine Klage nicht hat verjährt werden können. Es tritt hier die Regel ein: non valenti agere, nulla currit praescriptio x). So kann z. B. die Ehefrau der Regel nach nicht eher, als nach aufgehobener Ehe, den von ihrem Manne veräußerten Brautschatz vindiciren, daher läuft auch wider sie, so lange die Ehe dauert, keine Verjährung y). So kann ferner ein Agnat das ohne seine Einwilligung veräußerte Lehen erst alsdenn vindiciren, wenn er nach der Erbfolgeordnung zum Besitz desselben berechtigt ist; so lange das nicht der Fall ist, läuft keine Verjährung wider ihn.

Es ist die actio rescissoria nach Beschaffenheit der Umstände, entweder eine dingliche Klage, oder nur eine persönliche. Als eine Realklage muß sie beurtheilt werden, wenn das durch die Verjährung verlohrne Recht ein Realrecht, z. B. das Eigenthumsrecht ist. Als ein persönliches Rechtsmittel muß die gegenwärtige actio rescissoria betrachtet werden, wenn das verlohrne Recht unter die persönlichen Rechte gehört. Man nehme den Fall an, A. hat von dem B. ein Darlehn von 100 Thlrn. zu fordern. A. geht zu Schiffe nach Aegypten, bleibt dreyßig Jahre dort, und kann sich hier gar nicht um das Darlehn bekümmern, weil alle Briefe verlohren gegangen sind.

u) L. 1. L. 26. §. vlt. L. 45. D. ex quib. caus. maior.

x) L. in fine Cod. de annal. except.

y) L. 42. D. h. t. L. 30. C. de iure dot.

Unter diesen Umständen wird seine Klage auf die 100 Thlr., die condictio certi ex mutuo, durch die Verjährung als erloschen betrachtet. Hiergegen kann er die Rescissorienklage brauchen, und sie wird als eine persönliche beurtheilt.

Der Kläger ist derjenige, welcher sein Recht durch die von einem Andern vollendete Verjährung verlohren hat, dem aber eine gerechte Ursache der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen zu Statten kommt. Auch sein Erbe kann die Klage anstellen.

Der Beklagte ist derjenige, welcher ein gewisses Recht gegen den Kläger verjährt hat. Auch wider seinen Nachfolger wird die Klage angestellt, er mag sein Erbe seyn, oder als besonderer Nachfolger desselben betrachtet werden müssen, weil nicht nur ein successor vniuersalis, sondern auch singularis, sich seines Antecessors Zeit bey der Verjährung zu Nutze machen, und selbige mit zu der Zeit, da er die Sache besessen hat, rechnen kann, jedoch muß er bey der Realrescissorienklage die Sache besitzen [z]).

Das Gesuch der Rescissorienklage geht darauf: die vollendete Verjährung wieder aufzuheben, und den Kläger für einen solchen zu erklären, dem das streitige Recht noch zustehe. Zugleich können auch die Nutzungen gefordert werden, welche von dem Beklagten von der Zeit an, da der Kläger nicht im Stande war zu klagen, erhoben worden sind, mit gefordert werden [a]); denn die Verjährung wird als eine solche, die nicht geschehen, wieder aufgehoben, und alles wieder in den Stand gesetzt, worin die Sache zu der Zeit war, da der Kläger in die Lage kam, daß er sein Recht nicht verfolgen konnte.

Wider die angestellte Rescissorienklage kann die Einrede gebraucht werden, 1) die Klage sey verjährt. Sonst konnte man die Rescissorienklage nicht länger als Ein Jahr anstellen; dieses Jahr ging jedoch erst mit dem Tage

z) L. 30. pr. D. ex quib. cauf. maior.

a) L. 23. §. 2. L. 28. §. 6. D. ex quib. cauf. maior.

Tage an, wo der jetzige Kläger davon Nachricht erhalten hatte, daß Jemand seine Sache zu verjähren angefangen [b]). Dieses Jahr verwandelte Justinian in vier Jahre [c]), und verordnete, daß die vierjährige Zeit von dem Tage an berechnet werden solle, wo der Verletzte Wissenschaft von der Verjährung erhalten, und ihn auch nichts gehindert hatte, sein Recht zu vertheidigen. Es ist also diese Zeit als tempus ratione initii *vtile* zu betrachten, und ratione cursus *continuum*. 2) Kann die Einrede vorgeschützt werden, es sey keine rechtmäßige Ursache zur Restitution vorhanden. Dieses ist der Fall, wenn der Kläger durch sein eigenes Verschulden verletzt worden ist, oder, wenn der Verjährer, der jetzige Beklagte, zwar abwesend gewesen ist, er hatte aber doch einen Bevollmächtigten zur Besorgung seiner Geschäfte hinterlassen, wider welchen der Kläger hätte klagen können, ehe noch die Zeit der Verjährung vergangen war. In diesem Falle darf der Kläger, wegen des Beklagten Abwesenheit die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht suchen, weil er unter diesen Umständen durch seine eigene Schuld ein Recht verlohren hat [d]). Will der Kläger wegen seiner eigenen Abwesenheit restituirt seyn, so kann ihm die Einrede entgegen gesetzt werden, daß sie als eine freywillige und tadelhafte Abwesenheit zu betrachten sey, da er ohne einen nützlichen Zweck herum gereist sey [e]), wenn dieses wirklich der Fall ist. Es hat 3) die Einrede statt, der Kläger habe von dem, in der L. 2. C. de annal. except. enthaltenen Rechtsmittel, keinen Gebrauch gemacht, da er es doch hätte thun sollen und können. In diesem Gesetz wird gesagt: wenn Jemand zu befürchten Ursache habe, daß ein Abwesender, der keinen Bevollmächtigten zu Besorgung seiner Angelegenheiten zurück gelassen

b) §. 5. Inst. de actionib.

c) L. fin. Cod. de tempor. in integr. restit.

d) L. 21. pr et §. 2. L. 29. D. ex quib. caus. maior.

e) L. 2. §. 8. D. si quis caut. in iudic. sist.

habe, etwas von seinen Sachen verjähren möchte, so müsse man wider den Fortgang der Verjährung auf gehörige Art protestiren. Man soll die Protestation schriftlich aufsetzen, und sie bey dem Richter des Orts, wo man sich aufhält, einreichen, oder wenigstens mündlich protestiren, und darüber eine Registratur zu den Acten nehmen lassen; sey kein Richter an diesem Orte, so müsse die Protestation vor dem Bischof geschehen, oder vor einem Notarius, welcher ein Notariatsinstrument darüber auszustellen verbunden sey; fehle es aber an einem Notarius, so müsse die Protestationsschrift von drey Zeugen unterschrieben werden f). Die Rechtslehrer haben sehr darüber gestritten, ob derjenige, welcher diese Protestation gebraucht habe, auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wider die vollendete Verjährung Anspruch machen dürfe, und also auch die Rescissorienklage ihm zu Statten komme. Viele Rechtsgelehrte sprechen ihm die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ab, wenn er nicht von dieser Protestation Gebrauch gemacht, weil er nunmehr selbst Schuld daran sey, daß seine Sache verjährt worden, mithin dürfe er auf den Beystand des Prätors keinen Anspruch machen g). Andere Rechtsgelehrte behaupten, durch die Vorschrift des angeführten Gesetzes sey die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht aufgehoben worden; denn eines Theils sey die Protestation kein Mittel, die vollendete Verjährung zu rescindiren, wie die gegenwärtige Klage thue, sondern es unterbreche die Protestation blos den Fortgang der Verjährung; andern Theils könne es aber auch seyn, daß der Eigenthümer, welcher durch die Verjährung verletzt worden sey, von seinem Rechte gar nichts gewußt habe. Diese Behauptung befolgt man zwar in

f) Boehmer de actionibus, Sect. II. cap. 2. §. 23. not. zz.

g) Stryck in vsu mod. Lib. IV. tit. 6. §. 1. Struv in Exerc. ad Pand. Lib. IV. tit. 6.

in den Gerichten, die Gründe sind aber sehr schwach [h]); denn 1) gesetzt auch, die Protestation sey nur ein Mittel, die Verjährung zu unterbrechen, so folgt eben hieraus, daß derjenige, welcher diese Unterbrechung nicht gebraucht hat, sich nunmehr zur Strafe der Nachläßigkeit, wider die vollendete Verjährung seines Gegners nicht in den vorigen Stand setzen lassen dürfe. 2) Wird es gar nicht zu Begründung der gegenwärtigen Rescissorienklage erfordert, daß der durch die Verjährung verletzte Eigenthümer von seinem Rechte nichts gewußt habe, weil der Kläger ohne sein Verschulden verletzt worden seyn muß. Dieser letzte Umstand gehört als ein wesentliches Stück zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; mithin konnte dem Kläger nur allenfalls der Umstand zu Gute kommen, daß ihm das in der L. 2. C. de annal. except. ertheilte Rechtsmittel unbekannt gewesen sey. Dieser Fall hebt aber die Einrede nicht ipso iure auf, sondern muß durch eine Replik vorgebracht werden.

Was den Richter anlangt, bey welchem die Rescissorienklage angestellt werden muß, so kann es, wenn sie als eine Realklage beurtheilt wird, sowohl beym Richter des Wohnorts als der gelegenen Sache angebracht werden; ist sie aber blos als eine persönliche Klage zu betrachten, so muß man sie im Gericht des Wohnorts des Beklagten anstellen.

h) Lavterbach ad Dig. Lib. IV. tit. 6. Hvber eod. loc. §. 2. Titivs in iure priuato Lib. II. cap. 10. §. 14.

Lib. XLI. Tit. IV—X.

pro

emtore, pro herede, vel pro possessore, pro donato, pro derelicto, pro legato, pro dote, pro suo.

§. 1777 — 1783.

Wir haben gesehen, daß bey der Verjährung auf den Titel derselben sehr viel ankommt. Die römischen Rechtsgelehrten haben über die titulos praescriptionis viele spitzfindige Grundsätze aufzustellen gesucht, daher in den Pandekten in einzelnen Titeln davon gehandelt worden ist. Alle diese Titel ausführlich zu erklären verstattet der Umfang dieses Commentars nicht. Habe ich eine Sache gekauft, und sie vom Verkäufer in Besitz erhalten, so besitze ich pro emto; bin ich Erbe des Verstorbenen, und ich bin im Besitz einer Erbschaftssache, so besitze ich pro herede; oder als bonorum possessor. Ist mir eine Sache geschenkt und übergeben worden; so besitze ich pro donato. Hat Jemand seine Sache derelinquirt, und ich ergreife den Besitz derselben, so besitze ich pro derelicto. Hat Jemand mir eine Sache vermacht, und ich werde Besitzer der vermachten Sache, so besitze ich pro legato. Hat der Mann etwas als Heyrathsgut in Besitz erhalten, so besitzt er pro dote. Kann Jemand einen rechtmäßigen Titel seines Besitzes angeben, der keinen eigenen Namen führt, so heißt es, er besitze die Sache pro suo; z. B. er hat eine herrenlose Sache, die man nicht als derelinquirt betrachten

trachten kann, occupirt; oder sie gehört ihm nach dem Accessionsrechte. Hat Jemand die Sache durch Bezahlung erhalten, so besitzt er pro soluto. Ist Jemandem die Sache durch Urthel und Recht zugesprochen worden, so besitzt er sie pro adiudicato. Hat er die Sache durch einen Vergleich erhalten, so besitzt er pro transacto. Hat der Besitzer eine Sache eingetauscht, so besitzt er sie pro permutato.

Lib. XLII. Tit. I.

de

re iudicata et de effectibus sententiarum et de interlocutionibus.

§. 1784.

Haben die Partheyen ihre nach der Proceßordnung oder der Gerichtsobservanz vor der Abfassung eines Urthels einzureichen verstatteten Schriften übergeben, oder die Sache wird von Amtswegen für beschlossen angenommen; so wird, wenn der Richter nicht selbst sprechen will, oder wenn er es nicht darf, nach den Grundsätzen des gemeinen bürgerlichen Processes in Teutschland, ein Termin zur Inrotulation der Acten angesetzt, zu welchem die Partheyen vorgeladen werden. Die Acteninrotulation ist eine Handlung, schreibt der Hr. Reg. Rath Elsäßer [a]), Kraft deren der Richter den Partheyen die in ihrer Rechtsangelegenheit, in welcher ein Spruch ertheilt werden soll, rückwärts verhandelten Acten in der Absicht vorlegt, damit sie in den Stand gesetzt werden, die Vollständigkeit derselben zu prüfen, die Mängel zu rügen, und ihre Erinnerungen beyzubringen. Die Vorladung zu dieser Handlung ist nur monitorisch, und der Richter, wenn auch beyde Theile ausbleiben sollten, befugt,

a) Ueber den Geschäftsgang von der Versendung der Acten an Rechtscollegien, bis zur Eröffnung des eingeholten Urtheils, von dem Regier. Rath Elsäßer, Stuttgard 1791.

fugt, die Acten in ihre erforderliche Ordnung bringen zu lassen und zu versenden. Es wird angenommen, daß die ausgebliebenen Partheyen ein hinlängliches Vertrauen in den Richter setzen, er werde gesetzlich zu Werke gehen, und nichts zum Nachtheil der nicht erschienenen Partheyen geschehen lassen. Man nimmt ferner an, daß die ausgebliebenen Partheyen keine besondern Bemerkungen oder Erinnerungen vorzubringen haben. Weil gleichwohl das Inrotulationsgeschäft allemal für die Partheyen von großer Wichtigkeit ist, so ist der Fall des Außenbleibens, wenigstens bey wichtigen Prozessen, in den Gerichten, wo nach dem gemeinen teutschen Prozeß verfahren wird, selten.

Im Termin zur Inrotulation liegen bey dem Erscheinen der Partheyen die Acten in solchen Gerichten, wo alles ordentlich zugeht, schon gehörig numerirt, rubricirt und mit einer Designation versehen, auf dem Grichtstische fertig da, wo sodann eine genaue Einsicht und Vergleichung der übergebenen Schriften mit der Designation der Acten keine Schwierigkeit findet. Unter der Designation versteht man ein vollständiges Verzeichniß aller Actenstücke und Beylagen. In den sächsischen Gerichten braucht man den Ausdruck, Repertorium. Weil in manchen Gerichten in Teutschland eine große Nachläßigkeit bey der Acteneinrichtung bewiesen wird, so hat ein ordentlicher Richter folgende Bemerkungen wohl zu beherzigen. — Eine ungeschickte Behandlung der Acten nach ihrer äußern Form, eine nachläßig eingerichtete Designation, eine fehlerhafte Vertheilung der Hauptacten und der Erläuterungsacten, kann dem künftigen Urthelsverfasser nicht nur vergebliche Arbeit verursachen, sondern ihn sogar auch irre führen, ohne daß der versendende Richter irgend etwas dadurch an seiner Bequemlichkeit gewinnt. Der Gerichtsactuar, wenn er, wie es gewöhnlich zu seyn scheint, bey der Acteninrotulation sowohl, als auch vorher bey der Actenausarbeitung ganz freye Gewalt hat, setzt seinen elenden mechanischen Gang, ohne sich an vernünftige Vorstellungen der Advokaten zu kehren, wenn nicht der Richter, es sey dieser eine einzelne Person, oder eine

ganze

ganze Anzahl von Beysitzern, Kenntnisse und Muth haben, durchzugreifen, um eine bessere Methode einzuführen.

Was die Anfertigung der Acten betrift, so haben die durch einen Buchbinder geheften Acten unstreitige Vorzüge vor den ungehefteten. Das zu versendende Actenpacket ist nicht so groß, nimmt also auf der Post nicht so viel Raum weg; die Gefahr, wenn auf dem Wege die Schnüre des Packets durch einen Zufall losgehen, ist nicht so bedeutend; ein nicht ganz sorgfältiger Referent verliehrt keine Actenstücke, das heißt, einzelne Schriften; der sorgfältige Referent hat nicht Ursache, mit so großer Aengstlichkeit immer nachzusehen, ob nicht eine zu den Acten, die er vor sich hat, gehörende Schrift fehle, und unter andere Papiere gekommen sey. Man hat Ursache, es zu beklagen, daß in vielen teutschen Gerichten so viele Acten ungeheftet versendet werden, und zumal große Actenbunde. Ist es nicht schon bey der Inrotulation ein Vortheil, wenn geheftete Acten auf dem Gerichtstische zur Einsicht da liegen, und man sie also schnell durchsehen kann? Ist nicht eine boshafte Einschaltung falscher Papiere bey ungehefteten Acten weit leichter auszuführen? Also sollten doch wenigstens weitläuftige Acten geheftet werden. Unter dem Heften der Acten verstehe man aber ja nicht die für den Referenten so beschwerliche Methode, daß durch das ganze Actenpacket mit einer großen Pfrieme ein Loch gestochen und eine starke Schnur durchgezogen wird, daher der Actenleser jedes Blatt, um nichts zu zerreißen, mit großer Sorgfalt in die Hände nehmen muß. Wie leicht wird hier ein Blatt zerrissen? Diese Unbequemlichkeit ist noch das wenigste. Der größere Nachtheil von dieser traurigen Actenverbindung besteht darin, daß der einmal in das Actenpacket eingesetzte Pfriem ohne Barmherzigkeit mit aller Gewalt durchgreift, wichtige und unwichtige Stellen mit gleicher Strenge behandelt, und also dem Referenten oft die wichtigsten Worte und Zahlen unleserlich macht. Es ist also der Wichtigkeit der Sache angemessen, daß die Acten geheftet werden, und wo es durch den Buchbinder geschieht, in Gegenwart des Actuars. In

den

den sächsischen Gerichten verstehen es die Copisten des Gerichts, wie Acten geheftet werden müssen.

Es ist ferner nothwendig, eine große Anzahl von einzelnen Actenstücken in schickliche Volume zu vertheilen, denn sonst wird dem Referenten das Lesen der Acten oft so beschwerlich, daß er darüber Gefahr läuft, verdrüßlich zu werden, oder gar in Versuchung geführt wird, die Acten nur flüchtig durchzulaufen. Was sollen denn die armen Partheyen dazu denken? Wie kurz macht der verdrüßliche Referent hier seinen Actenextract?

Durch die sogenannten **Erläuterungsacten** werden auch Verlegenheiten und Fehler in Menge veranlaßt. Man versteht solche Acten darunter, welche in der Absicht zu den **Hauptacten** gelegt werden, daß sie aus jenen in den nöthigen Stellen erläutert werden können. Solche beygelegte Acten werden also nur in Hinsicht auf eine gewisse bezeichnete Stelle, ein einzelnes Wort, Kostum, Handschrift u. s. w. wichtig, ohne daß es nöthig ist, die ganzen Erläuterungsacten durchzulesen. Gesetzt, der Beklagte hat das Handelsbuch eines Kaufmanns ganz und eingebunden den Acten beygelegt, blos um eine gewisse Stelle daraus bey dem Prozeß zu brauchen. Er läßt den Anfang und das Ende des Buchs, nebst der entscheidenden Stelle offen, bittet aber um Versiegelung der sämmtlichen übrigen Blätter. Wenn dieses Handelsbuch, das als Erläuterungsactenstück zu betrachten ist, versiegelt eingeschickt worden ist, so darf der Referent die versiegelten Blätter nicht aufsiegeln, sondern er muß sie aus Pflicht ungelesen lassen. Bey großen und verwickelten Prozessen kann der Fall seyn, daß die Erläuterungsacten sich häufen, und weil sie bereits eingebunden sind, folglich die einzelnen zweckdienlichen Stellen nicht besonders herausgenommen werden können, ganz wie sie sind, versendet werden müssen. Hier ist nun für das versendende Gericht Vorsicht nöthig, um das Spruchkollegium, wohin die Acten geschickt worden sind, nicht irre zu führen. Man versetze sich einmal in die Lage eines, besonders neuen, Fakultisten, wenn er einen vier Schuh hohen Actenstoß, nebst

einer in allgemeinen Ausdrücken abgefaßten Missive bekommt, worin man, ohne die Partheyen, oder den Proceßgegenstand, namentlich anzuzeigen, sich schlechthin über die zugeschickten Acten Rechtsbelehrung erbittet, und übrigens mit geziemender Hochachtung verharret. Schon vorläufig mag ihm vielleicht das große Gepäcke nicht ganz willkommen seyn. Aber nun öffnet er dasselbe, und findet zehen Volume, von welchen ein jedes andere Namen der Partheyen und Proceßgegenstände an der Stirne führt. Am Ende wird wohl der Herr Referent klug aus der Sache werden; aber vor der Hand ist seine Lage äußerst betrübt. Vielleicht sind zehen verschiedene Acten, worüber zehen verschiedene Urthel ausgefertigt werden sollen; vielleicht sind neun Erläuterungsfascikel da, und nur das zehnte macht die Hauptacte aus; vielleicht — und nun ist nichts zu machen, er muß anfangen zu lesen, und wieder zu lesen, und vieles vergeblich zu lesen, bis er den Hauptfaden findet, welcher ihn zum Ziele führt.

Dieses ist ein Uebel, welches die versendenden Gerichte ganz leicht verhüten können, wenn sie nur wollen. Es ist menschenfreundlich, dem Referenten seine schwere Arbeit zu erleichtern, und Pflicht des Richters ist es, den Partheyen die Kosten nach Möglichkeit zu vermindern. Durch eine ungeschickte Verbindung der Haupt- und Erläuterungsacten, werden die Kosten deswegen vergrößert, weil der Referent seinen Verdruß über vergeblich zugebrachte Zeit, gewiß bey der Bestimmung der Urthelsgebühren in Anschlag bringen, und diesen Zeitverlust nicht unvergütet hingehen lassen wird. — Wie ist hier aber zu helfen? schreibt Hr. Reg. Rath Elsäßer. — Ganz leicht. Erstlich müssen in dem Sendschreiben an das Spruchkollegium die nöthigen Merkmale angegeben werden, was für Acten eingeschickt worden sind, wovon bald das Nöthige gesagt werden soll. Zweytens setze man einer jeden Erläuterungsacte eine Rubrik vor, worauf dieser Umstand bemerkt und zugleich angeführt wird, was sie bey der Hauptacte erläutern soll. Drittens führe man sie in der Actendesignation nachtragsweise als bloße Neben-

acte

acte an, z. B. beziehungsweise auf Fascikel 5. Fol. 46. beygelegte Nebenacte. Es ist unglaublich, was für Fehler in dieser Hinsicht von den versendenden Gerichten begangen werden. Weil ihnen die Geschichte eines vor ihnen lange Zeit betriebenen Prozesses, oft bis zum Ekel genau bekannt ist; so überlegen sie die Schwierigkeit nicht, welche ein Spruchkollegium zu bekämpfen hat, um den Wust von Acten zu studiren, und das wirklich Wahre von dem blos Scheinbaren zu unterscheiden.

Die angezeigten Gebrechen und Fehler können nach der Acteninrotulation nicht mehr gut gemacht werden; es muß also das Gericht vor dem Termin selbst für gute Ordnung Sorge tragen. Haben die Partheyen an dem Inrotulationstermin von den vorgelegten Acten Einsicht genommen, so geben sie ihre Bemerkungen zu Fertigung eines Inrotulationsprotokolls zu erkennen. Dieses Protokoll muß mit der größten Genauigkeit eingerichtet werden, weil es eins der ersten Stücke ist, welches der künftige Referent, um einen Ueberblick von der ganzen Sache zu bekommen, durchlieset, und es ihn also falsch leiten könnte. Die Puncte, welche die Advokaten bey der Inrotulation der Acten zu erwägen haben, bestehen hauptsächlich darin, daß sie weder gegen die gebrauchte Ordnung bey den bisher eingekommenen Actenstücken, noch sonst irgend etwas gegen die Acten einzuwenden haben, und daher alles weitere bey der Versendung der Acten, was ihre Beschaffenheit betrifft, dem Gutbefinden des Richters überlassen; oder die Advokaten finden Unregelmäßigkeiten an der Einrichtung der vorhandenen Acten; und verbitten wohl überdieß noch die Versendung der Acten an dieses oder jenes Spruchkollegium, es sey eine Juristenfakultät, oder ein so genannter Schöppenstuhl.

Gegen die Acten selbst kann 1) erinnert werden, daß ein zu den Acten wesentlich gehörender Aufsatz dazu gelegt werde, welches man positio ad acta nennt, oder 2) daß man dritte Acten, welche nicht unmittelbar mit der Hauptsache in Verbindung stehen, sondern zur Erläuterung, oder gröss-

sern Bestätigung irgend eines angeführten Umstandes beytragen, zu den Acten nehmen wolle; oder 3) daß diese oder jene zu den Acten genommene Schrift davon genommen werde, welche Handlung rei actio oder remotio ab actis genennt wird. Der Richter hebt entweder die Einwendungen, nach Verschiedenheit der Fälle und Einreden des Gegentheils, selbst von richterlichen Amts wegen, oder er überläßt die Sache dem Ausspruch des Spruchkollegiums, wohin die Acten geschickt worden sind, indem er in der Missive darauf anträgt, welches gemeiniglich zu geschehen pflegt, weil die Richter hier nicht selbst einen Ausspruch zu thun nöthig haben, und dabey leicht etwas versehen.

Mit der Erinnerung in Ansehung des Orts, wohin der Richter die Acten zu Abfassung eines Urthels versendet, hat es folgende Bewandniß. Es ist durch die Gerichtspraxis eingeführt worden, daß sowohl der Kläger, als der Beklagte, drey Spruchkollegien, ganz willkührlich, und ohne die Ursache anzugeben, verbitten kann, welches man gegen gewisse Fakultäten, Schöppenstühle, Universitäten protestiren nennt. An diese, auch ohne eine angegebene Ursache, ausgenommenen Rechtskollegien darf der Richter die Acten schlechterdings nicht zu Abfassung eines Urthels versenden [b]). Außer diesen verworfenen Rechtskollegien bleibt dem Richter die freye Wahl, wohin er die Acten verschicken will, wenn er nicht etwa auch durch Landesgesetze hierbey eingeschränkt worden ist, welches in vielen teutschen Provinzen heutiges Tages der Fall ist.

Will eine Parthey mehr, als drey Orte, ausnehmen, so ist sie schuldig, Gründe anzuführen, wogegen die Gegenparthey gehört werden muß, und sodann giebt der Richter einen Bescheid. So kann der Fall vorkommen, daß eine Parthey gegen alle katholische Universitäten protestirt, weil es bekannt ist, daß auf solchen Universitäten das gerade

de

b) Chr. Hen. LANG comment. de nullitate respectiua sententiae, actis ad collegium iuridicum exemtum, transmissis, Rost. 1783.

de Gegentheil davon für gesetzmäßig gehalten wird, worüber der Prozeß entstanden ist. Zuweilen nehmen Advokaten Spruchkollegien aus, nur damit sie in ihrem Satze oder Rezeß über die Inrotulation der Akten etwas sagen wollen, weil sie nichts vorzubringen wissen, was an der Actensammlung ausgesetzt werden könnte; oder sie protestiren gegen solche entfernt liegende Orte, wohin der Richter die Acten ohnehin niemals versendet hat. Uebrigens ist es angehenden Sachwaltern zu empfehlen, daß sie sich nicht durch die Protestation der zuerst protestirenden Parthey in Verlegenheit setzen lassen; denn wenn die leztere aus diesem oder jenem Grunde schließen kann, daß die andere Parthey z. B. gegen Göttingen, Giesen und Marburg protestiren werde; so protestirt sie selbst dagegen, um den Gegentheil zu verleiten, daß er erklärt, er scheue bey seiner gerechten Sache keinen Richter, und nehme daher kein Rechtskollegium aus. Einige Augenblicke nach der Session kommt der schlaue Gegner mit der Erklärung ein, er wolle seine Protestation gegen die angeführten drey Universitäten zurück nehmen, und dem Richter die Versendung ganz überlassen; weil er weiß, daß die Acten aus geheimen Ursachen an ein ihm nachtheiliges Kollegium versendet werden. Eine gleiche Bewandniß zur Verleitung zu schädlichen Schritten hat es mit der Appellation, wenn der Appellant, zufrieden mit dem Urthel, gleichwohl appellirt, und der Appellat, welcher zu appelliren Ursache hat, hierdurch veranlaßt wird, die Wohlthat der Adhäsion einer eigenen Appellation vorzuziehen, und in der Folge Gebrauch davon zu machen. Kaum ist das Decendium verstrichen, so thut der Appellant auf die Appellation Verzicht, um dadurch den Ausspruch bey beyden Theilen in die Rechtskraft übergehen zu lassen, wodurch der Adhäßte großen Nachtheil leidet.

Ist das Inrotulationsprotokoll geschlossen, und die vorgeschützten Einwendungen sind entweder gütlich beygelegt, oder durch richterlichen Bescheid gehoben, oder auf künftige Entscheidung des Spruchkollegiums ausgesetzt worden, so werden die Acten in Beyseyn der Partheyen zusammenge-

packt, und mit dem Gerichtssiegel verwahrt, wo die Partheyen das Recht haben, ihre eigenen Privatsiegel mit aufzudrücken. Zu Vermeidung alles Scheins einer Partheylichkeit thut der Richter wohl, wenn er, ohne Anzeige des Versendungsortes, eine Abschrift der Missive in die Acten legt, worauf die Seite der Acten fortläuft, so daß also die Partheyen Gelegenheit haben, diesen Aufsatz mit durchzulesen. Es wird dieses Benehmen großes Vertrauen erwecken, weil nicht leicht angenommen werden kann, es werde sich ein Richter so weit vergessen, das Mundum dieses Aufsatzes in der Folge aus Leidenschaft, oder aus andern unmoralischen Bewegungsgründen umzuändern. Es finden freylich hier erlaubte Ausnahmen, besonders in peinlichen Fällen, statt.

Unter dem Missiv versteht man das Schreiben, womit das den Prozeß dirigirende Gericht die Acten an ihren Bestimmungsort abschickt. In diesem Schreiben sind die Namen der Partheyen, mit dem Beysatz, wer Kläger, Beklagter, Leuterant u. s. w. ist; der Hauptgegenstand des Prozesses, z. B. Erbschaftsklage, die Zahl der Actenfascikel, oder bey ungehefteten Acten die Totalzahl der Stücke, und bey Erläuterungsacten besonders die Zahl derselben, nebst einer kurzen Ursache ihrer Beylegung, anzumerken. Es wird die Instanz angegeben, in welcher dermalen zu erkennen ist, z. B. daß gegenwärtig über eine Appellation, u. s. w. zu sprechen sey, und dabey ist zu bestimmen, ob der Richter ein Urthel mit Gründen, ein bloßes Urthel, ein Responsum u. s. w. haben will. Versendet der Richter zu gleicher Zeit mehrere Acten, welche gar nicht zusammen gehören, sondern über welche alle eigene Urthel abgefaßt werden sollen, so müssen so viel Missiven, als verschiedene Acten sind, ausgefertigt werden, um Verwirrungen vorzubeugen, und das Nachschlagen bey der Fakultätsregistratur zu erleichtern. Wenn das Missiv ins Reine geschrieben, mit dem Gerichtssiegel verwahrt, und mit einer zweckmäßigen Aufschrift versehen worden ist, so wird solches entweder auf das Actenpacket gebunden, oder, wenn dieses wegen der zu großen Masse der Acten nicht rathsam seyn sollte, der Post beson-

ders

ders zugestellet. In beyden Fällen ist es rathsam, auf das Actenpacket ein willkührliches Zeichen zu schreiben, und dieses zugleich auf der Außenseite des Missivs anzugeben.

Das Einpacken voluminöser und dem Format nach ungleicher Acten erfordert eine besondere Behutsamkeit. So sind z. B. in dem Falle, wenn sie mit dem Postwagen abgeschickt werden sollen, die Schnüre nicht zu stark anzuziehen, weil letztere bey einer heftigen Erschütterung des Wagens leicht aufspringen. Auch ist dafür zu sorgen, daß hervorstehende einzelne größere Bogen bey geheften Actenbunden nicht durch das Reiben der Schnüre einen Einschnitt bekommen möge. Eine doppelte Lage von starkem Wachstuch leistet treffliche Dienste. Hölzerne Kisten, mit starkem Eisen an den Ecken beschlagen, sind bey wichtigen Acten unentbehrlich.

Die **Actenversendung** an Spruchkollegien geschieht entweder blos deswegen, weil derjenige Belehrung wünscht, der die Acten eingeschickt hat, oder es soll ein Urthel in der Sache gesprochen werden. Was den ersten Fall betrifft, so können sich die Gerichten selbst, oder beyde Partheyen, entweder gemeinschaftlich oder einzeln belehren lassen; sie wollen aber an den Ausspruch des belehrenden Kollegii eben nicht gebunden seyn. In dem andern Falle aber bleibt das eingekommene Urthel schlechthin, wenigstens vor der Hand, bis etwa die Sache durch gebrauchte Rechtsmittel, oder einen Vergleich, anders bestimmt worden, die Richtschnur, nach welcher sich der Richter und die Partheyen zu richten haben. Der versendende Richter soll 1) den Ort, wohin die Acten verschickt worden, geheim halten, und alle Vorsicht anwenden, daß dieser den Partheyen nicht bekannt werde. 2) Ist es billig, die Acten nicht an zu weit entlegene Universitäten zu versenden, wodurch nur die Kosten sehr vergrößert werden. 3) Ist bey der Wahl der Spruchkollegien, nach Beschaffenheit des Gegenstandes des Prozesses, wenn es dabey auf besondere Verfassungen und Gewohnheiten eines Landes, Kreises u. s. f. ankömmt, vorzüglich auf einheimische oder näher gelegene Spruchkolle-

gien, von welchen vermuthet werden kann, daß sie von dergleichen Sachen Kenntnisse haben, Rücksicht zu nehmen; auch ist es nöthig, bey Versendungen an ausländische Fakultäten, die Landesgesetze oder Ortsstatuten, worauf es in der Sache ankommt, zu den Acten zu legen.

Damit der Ort unbekannt bleibt, wohin die Acten zum Spruch geschickt worden sind, so ist die Versendung theils eine **mittelbare**, theils eine **unmittelbare**. Diese letztere besteht darin, daß die Acten auf dem geraden Wege, durch die Post, oder einen Boten, an das Spruchkollegium geschickt werden, wohin es beschlossen worden ist. Die mittelbare Actenversendung kann geschehen, wenn der wahre Bestimmungsort entweder dadurch geheim gehalten werden soll, daß die Acten an einen oder gar an mehrere dritte Orte vorläufig abgeschickt werden, oder man giebt sie erst, durch besonders dazu instruirte Personen, auf entferntern Stationen auf die Post.

Die **unmittelbare** Actenversendung ist, den Fall ausgenommen, wenn beeydigte Gerichtsboten gebraucht werden, nicht der Weg, den Bestimmungsort vor den Partheyen geheim zu halten, da sie dieser Umstand doch oft sehr interessirt. Die mittelbare Versendung hat also, wenn man sich auf die Rechtschaffenheit und Uneigennützigkeit eines in besondere Eydespflicht genommenen Boten nicht ganz verlassen kann, in Rücksicht auf den Punct des Geheimnisses ihre entschiedenen Vorzüge. Die mittelbare Actenverschikkung, wenn die Acten an dritte Zwischenorte geschickt werden, geschieht auf folgende Weise. Gesetzt, die Reichsstadt Frankfurth wählte die Universität **Altorf** zum Spruchkollegium. Jetzt schließt sie das Missiv in ein anderes Schreiben an den Magistrat zu Speier, mit Beylegung der Acten ein, und ersucht solchen, die Acten nach **Altorf** abzuschicken. Speier macht natürlicher Weise keine Schwierigkeiten, da in dem Schreiben an diese Mittelsperson, die Geheimhaltung als der Grund angegeben wird, und schickt das Actenpacket nach Altorf. Findet man für nöthig, die Vorsichtsregeln zu vergrößern, so werden mehrere Mittelorte unter

An-

Anzeige des beabsichtigten Zweckes gewählt. Zuweilen wird die Behutsamkeit so weit getrieben, daß einem fremden Magistrat die Wahl des Spruchkollegiums ganz und gar überlassen wird, und man benachrichtigt ihn blos davon, was für Spruchkollegia rekusirt worden sind. Die Kosten werden freylich in dergleichen Fällen, wegen der Umwege, sehr vergrößert; allein es sind immer hinlängliche Gründe dazu da, den Aufwand von 20 Thalern mehr oder weniger nicht zu achten.

Zufällige Gelegenheiten, durch welche etwa die Acten mit fortgeschickt werden könnten, sind niemals zu wählen; so wie ein Bote nicht gebraucht werden sollte, der nicht in Amtspflicht steht. Verschickt man die Acten durch einen Boten, so muß ihm die Vorschrift gemacht werden, den Tag der Ankunft an dem Bestimmungsorte, und den Tag seiner Abreise von demselben, durch den Sekretair oder Actuarius des Spruchkollegiums bescheinigen zu lassen. Dieser Vorschrift wird zugleich in dem Missiv Erwähnung gethan. Zuweilen nehmen die Boten andere Commissionen zugleich über sich, gehen nicht ihren geraden Weg fort, treiben Schleichhandel, kommen spät an, und geben am Ende zur Ursache ihres Ausbleibens an, sie hätten so lange warten müssen.

So vorsichtig der Richter bey der mittelbaren Versendung der Acten seyn mag; so ist es doch bey der rastlosen Thätigkeit der Partheyen, den Ort der Fakultät auszukundschaften, meistens unmöglich, daß solcher nicht, wenigstens nach einiger Zeit, entdeckt werde. Die Advokaten bedienen sich dabey mancherley Schleichwege. So ist der Fall vorgekommen, daß einer von den Sachwaltern, nach Verlauf eines gewissen Zeitraums, bey dem Richter, unter Vorbringung vieler scheinbaren Gründe, die Bitte eingereicht, es möge das Kollegium, wohin die Acten verschickt worden, um bald-möglichste Beschleunigung des Urthels ersucht werden. Es war ihm gar nicht um Beförderung des Urthels zu thun, sondern er wollte nur, wo möglich, dadurch den Ort erfahren, wohin das Erinnerungsschreiben geschickt worden ist, welches sehr leicht geschehen kann, wenn der Richter

hier nicht eben so verfährt, wie bey der Versendung der Acten selbst. Verschiedene Gerichte sind bey der Actenverschickung selbst äußerst vorsichtig, und bedienen sich der mittelbaren Versendung, lassen aber in der Folge die Erinnerungsschreiben oder auch Nachträge geradezu auf der Post abgehen. In ältern Zeiten bedienten sich manche Advokaten eines sehr unanständigen Mittels den Ort auszukundschaften, wohin die Acten zum Spruch verschickt worden. Der Sachwalter schickte, Namens der Parthey, an alle die Spruchkollegia, von denen er nur vermuthete, daß die Acten hingeschickt worden seyn könnten, ein Bittschreiben, und bat um Nachricht, ob das Urthel bald einlaufen werde. Es war sonst bey den Fakultäten im Gebrauch, daß alle Fakultäten, wo die Acten nicht waren, antworteten, es sey keine Acte an sie eingeschickt worden, und nur diejenige Fakultät antwortete nicht, wo die Acten wirklich waren. Auf diese Weise entdeckte der Advokat die Fakultät, wo in seiner Sache gesprochen werden sollte. Heutiges Tages ist dieser schlechte Weg, ein gut Urthel zu bewerkstelligen, nicht mehr gangbar; denn die Fakultäten antworten gar nicht auf die Erinnerungsschreiben, wenn nicht der Richter die Sache monirt hat, und selbst in diesem Falle geschieht es selten.

§. 1785. 1786.

Da die Urthel in Proceßsachen mehrentheils von Fakultäten und Schöppenstühlen ausgearbeitet werden, so verdient hierüber etwas bemerkt zu werden. Das gewöhnliche Personale eines solchen Spruchkollegiums besteht aus einem Director, oder Dekan, aus Beysitzern und einem Actuarius, oder Sekretär, wie er in neuern Zeiten genennt wird. Nebenpersonen sind der Registrator und die Copisten. Der Dekanus ist der Vorsteher des Kollegiums, und diese Stelle geht in manchen Spruchkollegien alle halbe Jahr, oder alle Jahr, nach der Reihe herum, oder es ist ein beständiger Dekanus der Director des Kollegiums, welcher deswegen die Benennung, Ordinarius, das heißt, beständiger Dekanus, erhalten hat.

Der

Der Dekan oder Ordinarius hat das Recht, 1) die Sitzungen ansagen zu lassen, wenn nicht ein für allemal zwey oder gar drey Tage in der Woche zur Session bestimmt sind, welche Einrichtung bey Fakultäten angetroffen wird, wo kurz referirt wird, und viel zu thun ist, daß z. B. von elf Fakultisten, jeder monatlich wenigstens vierzig Acten referiren muß, welches bey den sächsischen Fakultäten der Fall ist. Der Dekan hat 2) das Recht, die Vorträge, welche eine Beziehung auf das Ganze haben, zu thun; 3) die eingekommenen Schreiben zu erbrechen und zu präsentiren, das heißt, den Tag und das Jahr auf die Schrift zu schreiben, wenn die Acte eingegangen ist; 4) die Stimmen aufzurufen, zu sammeln, und im Fall einer Stimmenparität, das heißt, wenn sich die Mitglieder in gleicher Anzahl für verschiedene Meynungen erklärt haben, kann er durch ein votum decisiuum die Sache zur Entscheidung befördern. Er hat 5) das Recht, das Fakultätssiegel und die Originalfakultätsstatuten in der Verwahrung zu haben; 6) die eingekommenen Acten unter die Beysitzer zu vertheilen, und aus wichtigen Gründen dem Referenten einen Correferenten beyzuordnen.

Die einzelnen Pflichten des Dekans der Fakultät bestehen 1) in fleißiger Besuchung der Sessionen; 2) in genauer Durchsicht und Prüfung der Concepte, ob die Ausfertigung dem Conclusum, Fakultätsstyl, u. s. w. gemäß ist, und ob der Referenten Honorarienansätze nach dem hergebrachten Normativ eingerichtet sind; 3) in Attestirung des den Fakultätsexpeditionen aufgedrückten Fakultätssiegels, indem es z. B. heißt: sigillum testatur N. h. t. Decanus. Dieses Attest ist nicht überall gebräuchlich; die Unterlassung kann aber zu einem Falsum Anlaß geben [c]). Der Fakultätsdekanus ist 4) schuldig, das Buch, in welches alle unter einem jeden Dekanat sich ereignende, und auf die Fakultät eine Beziehung habende Vorfälle eingetragen werden, genau fortzusetzen; 5) eine Tabelle über alle während seines Direktoriums

c) Hr. Hofr. Elsäßer a. a. O. S. 32.

toriums eingekommenen Acten, unter Bemerkung des Datums der Missive, des Präsentatums, der Partheyen und des Gegenstandes, des Orts, wo die Acten her sind, des angesetzten Referenten, des Tages der Relation, der Revision, und des Honorariumsansatzes zu führen. Er muß 6) die Richtigkeit der von dem Fakultätsactuar abgefaßten, und an die höhere Behörde zu versendenden Tabellen, über die von Vierteljahr zu Vierteljahr, oder von halben Jahren zu halben Jahren, eingekommenen und abgefertigten Acten beurtheilen. 7) Besteht die Verbindlichkeit des Dekans darin, über Sachen, welche sich nicht auf eine Sitzung aufschieben lassen, mittelst eines schriftlichen Vortrags die Stimmen der Mitglieder einzuholen; 8) die Fakultätsbibliothek nach dem Verhältniß der hierzu ausgesetzten Gelder zweckmäßig zu vermehren. Hier findet ein ganz anderer Plan statt, als bey Universitätsbibliotheken. Einzelne Statuten, Landesgesetze, Commentatoren über diese, besondere Gewohnheitsrechte, vorzügliche Schriftsteller über wichtige Gegenstände des teutschen Privatrechts, z. B. Losung, Besthaupt, Abzug, Frohnen, Leibgeding, Gütergemeinschaft unter Ehegatten, u. s. f. müssen vor allen andern Werken angeschafft werden. Endlich ist es 9) Verbindlichkeit des Dekans auf die Aufrechthaltung der Fakultätsstatuten, und der Observanz des Kollegiums ein wachsames Auge zu haben.

Wenn der Dekanus wegen Abwesenheit, Krankheit u. s. w. sein Amt nicht versehen kann, so vertritt einstweilen seine Stelle der Exdekanus, das heißt, derjenige, welcher vor dem dermaligen Dekan, Dekanus gewesen ist. Der Exdekan setzt übrigens bey der Präsentirung der einkommenden Schreiben hinzu: in absentia etc. Decani N. qua Exdec. Wo ein beständiger Dekanus ist, vertritt der Senior der Juristenfakultät die Stelle des beständigen Dekans nach seinem Tode, oder wenn er krank ist.

Die Beysitzer der Juristenfakultäten sind entweder ordentliche, oder überzählig ordentliche, supernumerarii ordinarii, oder außerordentliche, auch entweder zugleich Pro-

Professoren oder nicht. Sie werden von dem Fakultätsdekan beeydigt, oder wenn sie als Professoren und Glieder der akademischen Professoren schon geschworen haben, mittelst eines gegebenen Handschlags auf ihre künftige Pflichten verwiesen. Häufig bekommt ein neuer Beysitzer, einige Zeit nur einen Theil der Actengebühren, oder auch wohl gar nichts; denn bey einigen Fakultäten ist es z. B. hergebracht, daß die Urthelsgelder des ersten Jahres zum Wittwenfiskus der Fakultät geschlagen werden. Ein sorgfältiger Beysitzer hält sich eine Tabelle, worin angezeigt wird, 1) der Tag, an welchem ihm die Acten vom Dekan gegeben worden sind; 2) der Name des präsentirenden Dekans; 3) der Name des distribuirenden Dekans; 4) das Datum der Missive; 5) das Dekanatspräsentatum; 6) die Namen der Partheyen, die Angabe des Proceßgegenstandes, des Orts, wo die Acten hergekommen sind, der eingegangenen Erinnerung um Beschleunigung des Urthels, des Tages der Relation, die Zahl der Actenbände; 7) der Tag, an welchem das Concept des Urthels zur Ausfertigung abgegeben worden ist; 8) der Tag, an welchem dem Referenten das Mundum zur Durchsicht zugestellt worden ist; 9) der Ansatz des Honorariums und der Tag der geschehenen Bezahlung. Die Haltung und getreue Fortsetzung einer solchen Tabelle hat wichtige Gründe; denn 1) ist die ganze Sache mit einer äußerst geringen Bemühung verbunden, da man nur in ein jedes Feld wenige Worte oder Zahlen zu schreiben hat. 2) Ist es in mancherley Rücksicht rathsam, diese Tabelle zu führen, da nicht jeder Dekan oder Fakultätsactuar achtsam genug ist, viele Unannehmlichkeiten dadurch vermieden, der Actuar in Hinsicht auf Pünktlichkeit besser gekannt, der Beobachter dieser Vorsicht, wenn man einmal weiß, daß er sie befolgt, weniger beunruhigt, und überhaupt eigene Ruhe und Ueberzeugung, daß sich die Thatsachen wirklich so, wie sie in der Tabelle angemerkt sind, verhalten, befördert wird. Wird ein Beysitzer Dekanus; so fängt er seine Dekanatstabelle an, und führt seine eigene, als Referent, fort, mithin setzt er in diese

letztere

letztere seinen eigenen Namen in das Feld: Name des distribuirenden Dekans ꝛc., wenn er sich selbst eine Acte genommen hat.

Der Fakultätsactuar hat die Verbindlichkeit, 1) die Acten bey ihrer Ankunft, nach ihren Volumen, Nummern, Folien ꝛc. sogleich durchzusehen, und die Unrichtigkeiten, welche er gefunden hat, dem Dekan anzuzeigen; 2) die Acten in das in Tabellenform eingerichtete Diarium unter Bemerkung, wann und durch welche Gelegenheit, z. B. durch die Post, einen Boten ꝛc. sie eingekommen, auch wann und wie sie wieder zurück gesendet worden, wer und wem man sie distribuirt, wenn er das Concept zum Mundiren erhalten, wenn er das Mundum dem Referenten zur Revision überbracht und wieder zurück erhalten ꝛc. einzutragen, und in den Index oder das Repertorium der Acten das Nöthige einzuschreiben. Er ist 3) schuldig, die Acten, so lange sie nicht in den Händen des Dekans oder Referenten sind, sorgfältig zu verwahren; 4) das Formularbuch und das Titularbuch fortzuführen; 5) alle Urthel, rechtliche Gutachten ꝛc. wörtlich in eigene Bücher einzutragen; 6) die Correspondenz unter der Direction des Dekans zu führen; 7) an den bestimmten Fakultätstagen bey dem Dekan nachzufragen, ob eine Sitzung gehalten werde, und diese sodann den Beysitzern anzusagen; 8) bey der Session, wenn es der Dekan verlangt, das Protokoll zu führen; 9) die eingekommenen Fakultätsgelder in Empfang zu nehmen, den Referenten die Honorarien, und am Ende eines jeden Dekanats dem Dekanus die Dekanatsgebühren und Siegelgelder auszuzahlen; mit den Briefen zu liquidiren, daß er den Gerichten für die Urthel keine größere Summen abgefordert, als hergebracht ist, auch das eingekommene Geld in diesen oder jenen Sorten bestanden habe; 10) die in den Urtheln vorkommenden Zahlen, z. B. bey Kautionssummen, Strafen u. s. f. nicht mit Ziffern, sondern durch Buchstaben ganz auszudrücken, auch bey dem Urthel selbst alle Rasuren, Kanzellationen und Einschaltungen zu vermeiden, oder in diesen Fällen den Aufsatz wieder umzuschreiben, ohne für das

neue

neue Mundum etwas in Anrechnung bringen zu dürfen. Bey den Zweifels- und Entscheidungsgründen nimmt man das geschehene Durchstreichen, Auskratzen ꝛc. nicht so genau, wenn nur die Deutlichkeit nicht darunter leidet; das Urthel aber muß ganz rein seyn; wenigstens das Nigrum desselben. Ein Urthel hat nämlich vier Bestandtheile; den Gruß, die Anrede, welche beyde Stücke jedoch oft weggelassen werden; den Eingang und die Entscheidung selbst. Diese letztere wird das Schwarze oder Nigrum genennt, die ersten drey Theile aber heißen das Rothe oder Rubrum. Ein Fakultätsactuar hat 11) die Verbindlichkeit, den angekommenen Actenboten ein Recepisse zu ertheilen, und ihre Wartezeit gewissenhaft zu bescheinigen; 12) wenn die Boten die Urthelsgelder nicht ganz bezahlen wollen oder nicht können, ihnen die Acten ohne Bewilligung des Dekans nicht abfolgen zu lassen; 13) die Summen der sämmtlichen Gebühren auf das abgehende Mundum zu schreiben; 14) den Actenindex fortzuführen, die Fakultätsregistratur, wenn kein eigener Registrator angestellt ist, in gehöriger Ordnung zu halten; und Niemanden daraus, ohne Genehmigung des Dekanus, etwas verabfolgen zu lassen; 15) die Abschriften der Urthel selbst zu besorgen, oder durch Personen, welche bey der Fakultät in Pflicht stehen; 16) die Acten bey der Absendung sorgfältig wieder einzupacken, und wenn bey einer mittelbaren Verschickung auch die mittelbare Zurücksendung verlangt worden ist, diese der Anzeige gemäß einzurichten; 17) ohne Vorwissen des Dekans nicht über Nacht aus der Stadt zu bleiben; und endlich 18) die Verschwiegenheit in dem ausgedehntesten Sinne des Worts zu beobachten. — Die zeither angegebenen Grundsätze von den Verbindlichkeiten des Dekans, der Beysitzer, und des Actuars, leiden natürlicher Weise hier und da ihre Ausnahmen; ganz speciell kann man in diesem Stück nicht seyn.

Noch verdient bemerkt zu werden, daß es Fakultätssitte sey, 1) daß die Mitglieder ihrer Pflichten nicht besonders entlassen werden, wenn sie in Angelegenheiten des Landesherrn

desherrn sprechen sollen; 2) daß sie gegen einander die Höflichkeit beobachten, daß sie im Fall eines reformirenden Urthels die Zweifelsgründe des vorangehenden Urthels, nicht geradezu zu Entscheidungsgründen machen, sondern der Sache eine andere Wendung geben; 3) daß, wenn ein Rechtskollegium den Spruch in einer vorausgehenden Instanz abgefaßt hat, mit Hinweglassung der Worte, übel gesprochen, blos gesetzt wird, wohl appellirt; 4) daß bey einem Zusammentreten zweyer Fakultäten wegen einer Rechtssache, z. B. der Theologischen und Juristischen, jeder Dekan aus seiner Fakultät einen Referenten ernenne, und bey den gemeinschaftlichen Deliberationen immer ein Protokoll geführt zu werden pflege. 5) Verdient bemerkt zu werden, wenn man gleich bey den Spruchkollegien von den alten Titulaturen nicht leicht abweicht, so hat sich doch meistens die Schreibart selbst in neuern Zeiten sehr gebessert; die lateinischen Ausdrücke fallen weg, so bald wir teutsche haben, welche den Gedanken vollkommen deutlich ausdrücken; es wird auch der Periodenbau bey den Urthelsgründen nicht mehr so schwülstig eingerichtet, zu welcher Verbesserung vorzüglich der Leipziger Ordinarius Hommel, durch seinen teutschen Flavius, und andere Schriftsteller, theils durch eigene Anleitungen und gute Formulare zur höhern Cultur des juristischen Styls, theils überhaupt durch Reinigkeit ihrer Schreibart und durch Deutlichkeit des Vortrags beygetragen haben. 6) Ist zu merken, die gute Einrichtung beginnt allgemeiner zu werden, daß nicht mehr ein Theil des von dem Referenten gemachten Ansatzes demselben abgezogen, in eine allgemeine Casse gelegt, am Schluß des Jahres aber, diese durch jene Abzüge zusammen gebrachte Summe unter die fleißigen und unfleißigen Beysitzer, in gleichen Antheilen vertheilt wird. 7) Wenn die Acten entweder auf Verlangen des versendenden Richters, oder des Defensors eines Inquisiten, oder von Amtswegen, der mediciniſchen Fakultät, mit Erbittung eines Gutachtens, von der Juristenfakultät mitgetheilt werden, so hat der Referent in der Juristenfakultät, bey dieser zuerst das Factum

tum so weit vorzutragen, als nöthig ist, um die Fragen, welche der medicinischen Fakultät vorgetragen werden sollen, bestimmen und prüfen zu können. Diese Fragen werden mit Präcision und nicht im Allgemeinen, sondern ganz speciell, abgefaßt, und in der nämlichen Sitzung von dem Referenten nach dem Conclusum in Ordnung gebracht, und verlesen, oder bey der nächsten Session vorgelegt. Das eingeholte medicinische Gutachten wird sodann ein Theil der Acten, der juristische Referent benutzt es als Grundlage in Rücksicht auf die Erörterung jener Fragen, und referirt weiter in der Sache. Der Actuarius der Juristenfakultät besorgt in solchen Fällen auch das Mundiren der Concepte der andern Fakultäten, und besorgt die Entrichtung der Honorarien, da diese Fakultäten selten eigene Actuare haben. Eine persönliche Zusammenkunft der Juristen und Mediciner, um über einen Rechtsfall zu deliberiren, ist nicht gebräuchlich.

Nachdem diese Bemerkungen über die Art und Weise, wie bey der Deliberation über ein zu entwerfendes Urthel, zu Werke gegangen wird, vorausgeschickt worden sind, soll das Wichtigste von der Abfassung einer Relation aus Gerichtsacten angeführt werden. — Sogleich bey dem Empfange einer Acte trägt sie der bestellte Referent in der Sache, in seine Referententabelle ein, und durchblättert das Actenpacket, um gewiß zu werden, es fehle nichts darin, sondern es sey alles da, was in der Designation oder dem Repertorium Blatt für Blatt angegeben worden ist. Bey Entdeckung eines Mangels ist es Schuldigkeit des Referenten, diesen Umstand dem Fakultätsactuar anzuzeigen, damit, mit Vorwissen des Dekans, ein Schreiben an das versendende Gericht erlassen, und dieser Mangel gemeldet werden kann. Durch diese Maaßregel schützt er sich gegen den Verdacht, daß durch sein Versehen etwas von der Acten verlohren gegangen sey. Sodann legt er die Acte in einen blos zur Aufbewahrung der Fakultätsacten bestimmten, und mit abgetheilten Fächern versehenen Schrank, bis die Zeit kommt, wo er die Arbeit der Relation anfangen muß.

Bey der Wahl der Acten, woraus der Referent eine Relation ausarbeiten will, kommen die Criminalacten vor allen Dingen an die Reihe, weil die Inquisition viel mehr Kosten verursacht, wenn die Untersuchung durch Ausbleiben der Urthel sehr verlängert wird. Bey Civilacten nimmt man die ältesten zuerst in die Arbeit, oder solche, welche zurückgefordert worden sind, oder wo der Bote auf das Urthel warten soll. Oft sieht der Referent schon bey dem Ueberblick, daß eine erst eingegangene Acte, ob sie gleich nicht peinlich ist, wegen einer Anmerkung in der Missive, oder in dem Invotulationsprotokoll, eine schleunige Bearbeitung nothwendig mache. Nach einigen Landesgesetzen soll keine Acte, bey der Fakultät, oder dem Schöppenstuhl, länger als vier Wochen zurückgehalten werden. Es läßt sich hierbey nicht alles so ausführen, wie es zu wünschen wäre; das mehreste muß der Rechtschaffenheit und Billigkeitsliebe der Beysitzer und des Dekans überlassen werden, da keine überall durchgreifende Regel gegeben werden kann. Aus diesen Ursachen ist auch den höhern Behörden, an welche die Fakultät von ihrer Actenarbeit, alle Vierteljahr oder halbe Jahr, Tabellen einzusenden hat, die Schonung zu empfehlen, daß sie, wenn von den Gerichten Beschwerde über den langen Verzug der Urthel geführt worden ist, nicht gleich mit dem Bannstrahle über den spectabilem Decanum und Consorten herfahren, sondern Bericht abfordern. Fakultäten, welche sich durch Thätigkeit und gute Arbeit einen großen Ruf und Beyfall erworben haben, kommen gerade wegen der Menge der einkommenden Acten in Verlegenheit; und ein mit Arbeit überladener Beysitzer darf auch nicht, wie ein Schneider, bey wachsender Kundschaft Gesellen annehmen, und nachher wieder fortschicken.

Nimmt der Referent die Acte in die Bearbeitung, so muß er vor allen Dingen das Begleitungsschreiben durchlesen, und sich die Art des verlangten Erkenntnisses anmerken, ob ein Gutachten, oder ein Urthel verlangt worden ist. Sodann geht er an das Lesen der Acten selbst. Die Actenlesung wird mit Recht in die generelle und specielle einge-

eingetheilt. Die generelle Lesung der Acten geschieht, damit der Referent eine Uebersicht des ganzen Processes, und der darin zu entscheidenden Punkte erlangen möge, zu welcher Absicht er vorläufig diejenigen Stellen der Acten durchgeht, welche ihm nach der Wahrscheinlichkeit am leichtesten darüber Licht geben können. Ein gut abgefaßtes Missiv könnte hier die besten Dienste thun; allein dieß ist selten der Fall. Die zuerst anzustellende generelle Lectüre ist nothwendig, damit der Referent sich unterrichte, 1) was er in der Folge zu lesen habe; 2) welche Stellen der Acten eine ganz vorzügliche Aufmerksamkeit verdienen. Wenn man die Acten von hinten an, zu durchlesen anfängt, um den Punkt, worüber gesprochen werden soll, zu finden, so wird die Actenlesung die ebräische genennt. Die Actenstücke, welche gewöhnlich vor der Hand ein starkes Licht über die ganze Sache verbreiten, sind: die Klage; die ergangenen Bescheide und Urtheile mit den Gründen; die eingekommenen Rescripte und Befehle der Landesregierungen oder anderer Obergerichte; das neueste Actenvolumen überhaupt, und insbesondere das darin befindliche Inrotulationsprotokoll. Auch geben die letzten Schriften der Advokaten Auskunft darüber, welche Punkte schon abgethan sind, und welche noch entschieden werden sollen.

Es ist ein Vorurtheil, welches einen Mangel an Erfahrung voraussetzt, wenn man glaubt, ein Referent müsse immer alle Acten durchlesen. Daß er die Erläuterungsacten nicht immer ganz durchzulesen nöthig habe, ist bereits oben bemerkt worden. Selbst in den Hauptacten braucht man nicht alles zu lesen. Dieses ist der Fall z. B. bey den gemeiniglich, mit ekelhafter Weitschweifigkeit von dem Beklagten vorgebrachten verzögerlichen Einreden, wenn darüber bereits erkannt oder die Sache sonst gehoben ist. Auch die verschlossenen Zeugenaussagen bey dem Beweise zum ewigen Gedächtniß, darf der Referent nicht eröffnen und lesen, wenn die Zeit zu ihrer Eröffnung noch nicht da ist. Zuweilen kann sich aber selbst der geübteste Referent bey der Generallesung täuschen, einen entschiedenen Punkt für einen

ng:

noch nicht erledigten, die Hauptsache für einen Nebenumstand, und umgekehrt ansehen, folglich bey der Speciallesung von einem ganz falschen Gesichtspunkt ausgehen. Endlich lernt er freylich seinen Irrthum, aber mit großem Zeitverlust, kennen. Dieses geschieht hauptsächlich bey unordentlich geführten Acten. Bey der Generallesung macht sich der Referent noch keinen Extract, sondern merkt nur einige Umstände, welche ihm gegenwärtig wichtig scheinen, nebst den Folien oder Nummern, wo sie stehen, auf einem Nebenblättchen, ganz kurz an.

Glaubt der Referent, den richtigen Gesichtspunkt des gegenwärtigen Urthels gefunden zu haben, so schreitet er zur Speciallesung der Acten. Diese besteht darin, daß die Acten nunmehr einzeln, aber doch immer planmäßig, das heißt, mit aufmerksamer Behandlung derjenigen Stücke, welche entweder wirklich auf die Entscheidung einen Einfluß haben, oder doch haben können, und mit gänzlicher Ueberschlagung, oder flüchtiger Uebersicht derjenigen Umstände, welche bereits entschieden sind, gelesen werden. Hieraus sieht man, wie die Generallesung, je nachdem sie mit größerm oder geringerm Scharfsinn gesehen ist, die besondere Lesung erleichtere oder erschwere. Ein noch nicht genug geübter Referent hat übrigens alle Ursache, auf seine Generallesung nicht mit voller Zuversicht zu bauen, und bey der Speciallesung lieber auch die unnöthig scheinenden Schriften durchzulaufen, da die Erfahrung den Referenten eigentlich bey der Generallesung leiten muß, und ein bloßer theoretischer Unterricht nicht hinreicht. Der erfahrne Fakultist ist schon mit den verschiedenen Manipulationen der verschiedenen Gerichte vertraut, und weiß nach dieser Verschiedenheit bey der Generallesung wichtige und aufklärende Stellen an Orten zu finden, wo sie der angehende Fakultist, bey dem hellsten Kopfe nicht finden würde.

Unmittelbar mit der fortschreitenden Speciallesung der Acten, ist das Extrahiren derselben verbunden. So wie der Referent einen bemerkenswerthen Umstand findet; so merkt er die Seite der Acte an, wo er steht, und notirt ihn

ihn gehörig. Der Gebrauch einzelner Quartblätter bey dieser Arbeit hat den Vortheil, daß man sie in der Folge einrangiren kann, wo es nöthig ist. Ganze Stellen aus Testamenten, Verträgen, Landesgesetzen ꝛc. werden nicht wörtlich ausgeschrieben, sondern man merkt blos die Stelle an, wo sie stehen. Ein Extract bey dieser Arbeit soll nichts anders als das Hülfsmittel seyn, wodurch der Vortrag bey der wirklichen mündlichen Relation aus den Acten in seinem Gange erhalten, und der Referent in den Stand gesetzt wird, die Urthelsgründe geschickt abzufassen, alles in der natürlichsten Ordnung auf einander folgen zu lassen, und zu beurtheilen, ob nichts vergessen worden sey. Diese Extracte muß der Referent, auch nach beendigter Abfassung des Urthels, wohl aufheben, weil dieselben Acten in der Folge wieder an die Fakultät geschickt werden können, wo sich nunmehr der Referent, durch seinen bereits gefertigten noch vorhandenen Extract, die Arbeit sehr verkürzen und erleichtern kann.

Ist der Referent mit seiner Arbeit zur wirklichen Relation fertig; das heißt, wenn er so weit gekommen zu seyn glaubt, daß er dem Spruchkollegium eine deutliche Darstellung des Factums, der Proceßgeschichte, und der Punkte, worauf es ankommt, machen, und seine Meynung, wie die Sache zu entscheiden sey, vortragen kann, so wird die Relation vorgenommen. Bey dem Vortrag der Relation, nennt der Referent zuerst den Ort, wo die Acten her sind, das Gericht, wo der Proceß geführt worden, die Namen der Partheyen, wie auch der Intervenienten und Litisdenunciaten, den Gegenstand des Processes, die Instanz, in welcher gegenwärtig zu erkennen ist, die Art des Urthels, welches der Richter verlangt hat, und den Punkt, ob jetzt ein Interlokut, oder ein Endurthel abgefaßt werden könne. Ohne die Vorausangabe dieser einzelnen Umstände wird es den anhörenden Beysitzern entweder unmöglich, oder doch sehr schwer, den Hauptvortrag richtig zu fassen.

Nachdem die allgemeine Uebersicht vorgetragen worden, so wird das Factum und die Proceßgeschichte, welche

beyde Dinge nicht unter einander gemengt werden dürfen, vorgetragen. Das Factum besteht aus lauter wahren Umständen, welche entweder durch gegenseitige Zugeständnisse, oder sonst, ins Reine gebracht worden sind; in der Proceßgeschichte aber findet man den Inhalt der einzelnen Vorträge der Partheyen mit historischer Genauigkeit. Sowohl bey dem Factum als bey der Proceßgeschichte, muß alles wegbleiben, was auf die jetzt zu entscheidenden Punkte keinen Einfluß hat; es wäre denn daß ein Punkt etwas zur Aufhellung eines andern beytrüge, und also der Deutlichkeit wegen angeführt werden muß. Manche Referenten geben sich nicht immer die Mühe, ein auf die angeführte Weise eingerichtetes Factum aus den Acten zu heben, sondern sie fangen ihren Vortrag lieber gleich mit der Proceßgeschichte an.

Wenn die Proceßgeschichte erzählt worden, so führt der Referent die Punkte, worauf es bey der Sache ankommt, und zwar in einer solchen Ordnung an, daß die präjudicirlichen Fragen immer vor den andern vorgehen. Hierauf wird der erste Punkt wiederholt, die dazu gehörenden factischen Umstände werden kurz nochmals angegeben, und nun trägt der Referent seine Meynung, wie derselbe zu entscheiden seyn möchte, mit hinlänglichen Gründen unterstützt vor. Ist der erste Punkt in Ansehung des nachfolgenden präjudiciell, das heißt, hänge die Entscheidung der folgenden Punkte mehr oder weniger von der Art, wie der erste Punkt entschieden wird, ab; so wird von dem Dekan herumgefragt, ehe der Referent zu dem zweyten Punkte übergeht. Ist hingegen der erste Punkt nicht präjudiciell; so ist es schicklich, die Stimmen der Beysitzer erst zu vernehmen, nachdem die Relation völlig beendigt ist. Der Referent kann den besten Fingerzeig geben, ob es nöthig sey, sogleich über jeden Punkt zu votiren, oder ob erst mit mehr Nutzen votirt werde, wenn die Relation ganz angehört worden ist. Ist ein Correferent aufgestellt worden; so trägt dieser sogleich nach dem Referenten seine Meynung vor, es

führt

führt aber von den factischen Umständen nicht eher etwas an, als wenn er der Meynung ist, der Referent habe etwas Wichtiges ganz weggelassen, oder nicht weitläuftig genug erzählt.

Die Gabe, eine verwickelte Proceßacte, bey welcher vielleicht nur die Geschichtserzählung eine ganze Sitzung beschäftigt, unterhaltend und deutlich, blos mit Hülfe einiger Blätter, welche dem Referenten zum Leitfaden dienen, vorzutragen, ist wenig Referenten zu Theil worden. Kommt es auf Genealogien, Gränzberichtigungen, Dienstbarkeiten, Schlägereysachen ꝛc. an; so wird der Referent den Beysitzern einen großen Dienst erweisen, wenn er ein Schema der wichtigsten Personen, oder einen kleinen, nur durch Punkte und Buchstaben, gewisse Stellen oder Stellungen, Nähen oder Entfernungen, bezeichnenden Plan, nach Anleitung der Acten entwirft, und dieses Blättchen bey dem Anfang der Relation, mittelst einer kurzen Erläuterung, den Mitgliedern zur Einsicht vorlegt. Ohne ein solches Hülfsmittel wird der schönste Vortrag ermüdend, und die Votanten können doch zu irrigen Meynungen verleitet werden. Ein neuer Beysitzer muß sich noch mehr, als ein alter, hüten, irgend eine Blöße zu geben. Alles wird bey einem neuen auffallender. Er muß sich auch allerley Fragen und Erläuterungserbittungen, welche im Grunde wie ein examen rigorosum zu betrachten sind, gefallen lassen. Und da die Fakultätsprincipien, welche ein Anfänger noch nicht wissen kann, so sehr den Meister spielen; so wird oft das gründlichste, auf wahre Theorie gebaute Votum des jungen Mannes, zu seinem großen Erstaunen und Leidwesen, dadurch plötzlich vernichtet, daß ihm der Dekan mit einer ehrwürdigen Baßstimme erklärt: diese Thesis ist bey uns nicht in vsu. Ist ein Fakultätsconclusum vorhanden; so hat nunmehr der Referent, demselben gemäß, seine Ausarbeitung zu fertigen, und den Tag der Relation in seine Referententabelle einzutragen.

§. 1787 — 1790.

Nach geschlossener Relation wird ein Urthel und rechtliches Erkenntniß abgefaßt. Unter dem Wort, rechtliche Erkenntnisse, versteht man im Allgemeinen alle rechtliche Aufsätze, welche dem Conclusum des Rechtskollegiums gemäß, abgefaßt werden, und rechnet sogar die rechtlichen Gutachten dazu. Im engern Sinne des Worts werden aber die letztern nicht darunter begriffen. Verschiedene Modificationen bey diesem oder jenem Spruchkollegium abgerechnet, kann man die Arten der rechtlichen Erkenntnisse unter vier Rubriken bringen; es giebt nämlich 1) bloße Urthel ohne Gründe; 2) Urthel mit Gründen; 3) Instructionen für Beamte ꝛc.; 4) rechtliche Gutachten oder Responsa, Consultationes. Was die beyden Arten von Urtheln betrifft, so ist zu bemerken, daß dieser Ausdruck zwar der allgemeinste sey, die wirkliche Entscheidung eines Rechtshandels zu bezeichnen, doch aber auch andere gleichen Sinn habende Ausdrücke davon gebraucht werden, indem entweder nach Verschiedenheit der Urthel unter einander ein dritter Ausdruck gebraucht, oder dem Worte, Urthel, ein Zusatz beygesetzt wird. Nach dieser Bewandniß sind die Namen, deren Begriff aber meistens nach der Lokalität zu bestimmen ist, Urthel, Sentenz, Decisum, Weisung, Bescheid, Vorbescheid, Zwischenurthel, Beyurthel, Interlokut, Endurthel, Abschied, Findung, Spruch, Weisthum, Ausspruch, Urthelsspruch ꝛc. zu beurtheilen.

Die Art und Weise, wie die Urthel in Rücksicht auf das Aeußere und Kunstmäßige abzufassen sind, ist eben so verschieden, und es gehen die Rechtskollegien hierin keinen gleichen Gang. Im Allgemeinen läßt sich nur so viel angeben, 1) daß bey einem jeden Urthel der Eingang von der Entscheidung selbst unterschieden, und jener nothwendig die Namen der streitenden Theile enthalten muß. 2) Ist eine Parthey im Lauf des Processes gestorben, so wird derselben mit dem Beysatz, modo, oder nunmehr dessen Erben, gedacht. 3) Bey Endurtheln wird gewöhnlich derjenige

Theil,

Theil, er mag Kläger oder Beklagter seyn, welcher zu einem besondern Verfahren, oder zu einer Instanz, die Veranlassung gegeben hat, in dem Eingange des Endurthels zuerst gedacht; indem es z. B. heißt: Titius Beklagten und Leuteranten an einem, Mevius Klägers und Leuteranten am andern Theil. 4) Bey einer vorkommenden Cession wird der Cedens und der Cessionarius dadurch angeführt, daß es heißt: Cajus ex iure cesso des Titius. 5) Führt eine Parthey nicht nur für sich, sondern auch im Namen einer dritten Person, den Proceß, so heißt es z. B. Johann Schwarz für sich, und in väterlicher Gewalt seines Sohnes, Klägers an einem ꝛc. 6) Weiß man bey unordentlich geführten Acten nicht, wen man eigentlich zum Kläger oder zum Beklagten machen soll, so läßt man beyde Benennungen lieber gar weg, und setzt z. B. Friedrich Maier an einem, Eberhard Schmid am andern, Wilhelm Müller am dritten Theile. 7) Dem accessorischen Intervenienten wird der Name desjenigen beygelegt, zu dessen Vortheil er intervenirt; und der Hauptintervenient wird als ein besonderer streitender Theil angegeben, indem es im ersten Fall heißt: Christian Hillers, Klägers an einem, Jakob Rothens Beklagten, und David Kurzen, Intervenienten am dritten Theile; im letzten Falle aber wird gesagt: Carl Schächers, Klägers eines, Sebastian Langens, Beklagten andern, Jacob Pfeiffers, Intervenienten dritten Theils. Auf gleiche Weise wird bey einer Litisdenunciation gesagt: Cajus, Kläger eines, Lälius, Beklagten und Litisdenuncianten andern, Mevius und Sempronius, Litisdenuncianten dritten und vierten Theils. Bisweilen wird den Rechtskollegien mittelst einer dem Missiv beygelegten Formel an die Hand gegeben, wie der Eingang des Urthels zu fassen sey. So werden z. B. im Meklenburgischen die Urthel im Namen des Landesherrn abgefaßt, und der Styl ist dieser: — In Sachen des Hofraths, Ernst Friedrich Buchholz, als Herzoglich Meklenburgischen Regierungsfiscals, nunc des Regierungsfiscals, Christian Friedrich Krüger, Klägers und Appellanten an einem, entgegen und wider die

mehrern in den Acten benannten respectiue Prouisores und Hauptmann des Klosters Riebnitz, Beklagte und Appellanten am andern Theil, in puncto einer vorgenommenen Legung zweener Bauern zu Ehenckenhagen und darüber entstandener Streitigkeit, modo releuantiae grauaminum, Erkennen Wir Friedrich von Gottes Gnaden, Herzog zu Mecklenburg, Fürst zu Wenden, Schwerin und Ratzeburg, auch Graf zu Schwerin, der Lande Rostock und Stargard Herr, ꝛc. ꝛc. auf zuvor eingeholten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht: daß die Appellation in ihren Formalien zu Recht beständig, mithin die Sache zu gebührender Rechtfertigung an Unser Hof- und Landgericht erwachsen: Materialia anlangend, erscheinet ex Actis allenthalben so viel, daß grauamina für unerheblich nicht zu achten, und daher der Appellationslibell denen Appellaten ad excipiendum in proxima zu communiciren, worauf nach geschlossenen Acten weiter ergehet, was denen Rechten gemäß ist. V. R. W. — Der Regel nach werden die Aussprüche der Spruchkollegien, auf den Namen desjenigen Kollegiums abgefaßt, wo die Entscheidung ausgearbeitet worden ist, indem es z. B. heißt: auf nachgesuchte Restitution und erfolgtes weiteres Verfahren in Redhibitionssachen des Schutzjuden Moses zu Kloppenheim Imploranten an einem — entgegen und wider Paul Klett zu Sommerberg, Imploraten am andern Theil, so die Herren Uns sammt denen dießfalls verhandelten Acten nebst einer Frage zugesendet, und Unser rechtliches Erkenntniß darüber anverlanget: Erkennen wir, (bey manchen Fakultäten heißt es, sprechen wir,) nach fleißiger Verlesung der Acten, und auf gepflogene kollegialische Erwägung für Recht: daß, so viel ꝛc. ꝛc. Wo Grüße und Titulaturen dem Eingang des Urthels vorgesetzt werden, da heißt es: Unsere freundliche Dienste zuvor; welche Formel nach Standesgebühr submisser eingerichtet wird, z. B. unsere unterthänige, gehorsamste Dienste zuvor, oder es heißt schlechtweg: unsere Dienste zuvor. Die Titulatur folgt sodann nach, welche der Actuarius nach dem Formularbuch hereinträgt,

trägt, ohne daß sich der Referent bey seinem Concept darum bekümmert, jedoch muß er bey der Revision des Mundums aufmerksam darauf seyn, ob nicht etwa ein Fehler gemacht worden sey. So braucht man z. B. bey einem versendenden Justizamtmann die Titulatur, ehrenvester, wohlgelahrter, günstiger Herr, guter Freund; ist er aber Doctor, so wird statt Wohlgelahrter gesetzt, Rechtswohlgelahrter ꝛc. Bisweilen wird ein Theil der Anrede oder der Titulatur voraus geschickt, und sodann kommt erst der Gruß; z. B. Durchlauchtigster Fürst, Euer ꝛc. sind unsere unterthänigste Dienste jederzeit zuvor; Gnädigster Herr, als Euer ꝛc. uns Acten, ꝛc. ꝛc.

Was die Entscheidung selbst, oder das Nigrum des Urthels betrifft, so sind die Urthel entweder Interlokute, oder Endurthel, oder gemischte Urthel. Durch jene wird der Lauf des Processes dirigirt, die Legitimation zum Proceß, die Caution, die Verbindlichkeit den Beweis zu führen, das Beweisthema u. s. w. reguliert, und sie sind an der Schlußformel: ferner darauf zu beschehen, was Recht ist, oder, so ergehet ferner in der Sache, was sich gebühret, kennbar. Durch die Endurthel wird die Hauptsache selbst, nebst dem Ersatz der Kosten, entschieden. Bey gemischten Urtheln fängt man mit dem Interlokut an, und sodann folgt das Haupterkenntniß. Ausnahmsweise beschließt man auch mit dem Interlokut, und sucht durch den Beysatz, dießfalls, einer Verwirrung vorzubeugen. Man will nehmlich hierdurch anzeigen, daß das angehängte Interlokut auf das Haupterkenntniß keinen Einfluß mehr habe, sondern dieses unabänderlich gelten solle. Es heißt z. B. — schuldig, würde übrigens Beklagter, daß — so wird dießfalls ferner ergehen, was Recht ist.

Unter einer Bedingung kann der Regel nach [d]) nur alsdann erkannt werden, wenn der Referent nur zwey Mög-

lich-

d) L. 1. §. 5. D. quando appellat. L. 37. D. de excus. tut. L. 3. §. 4. C. de sentent. sine appellat. Cramer Obs. jur. vniu. Tom. I. Obs. 315.

lichkeiten, und nicht mehrere voraussieht. So sind z. B. bey Zuerkennung des Erfüllungseydes nur die zwey Fälle möglich, daß er geschworen oder nicht geschworen wird. Es heißt also: würde Kläger mittelst Eydes erhalten, und daß er — noch zur Erfüllung schwören; so hat er dasjenige, was ihm zu erweisen auferleget, und er sich angemaßet, wie Recht erwiesen, derowegen Beklagter die libellirten 500 Gulden, ꝛc. Sind hingegen mehrere Möglichkeiten vorhanden, so daß noch ein weiteres Erkenntniß erforderlich ist; so kann blos interloquirt werden, mit der Schlußformel: ferner darauf zu beschehen, was Recht ist. Es darf also nicht auf den Fall, wenn Kläger erweisen würde, daß ꝛc. — der Beklagte condemnirt worden; denn 1) sind mehrere Möglichkeiten, als zwey vorhanden; weil Kläger ganz, zur Hälfte, über oder unter der Hälfte, gar nichts beweisen, wider die Formalien handeln kann, u. s. f. 2) Muß geprüft werden, ob und in wie weit der Kläger erwiesen habe; mithin muß noch ein Erkenntniß vorangehen.

Uebrigens ist noch vorzüglich zu bemerken, 1) daß der Kläger nie in Hinsicht auf die Hauptsache, sondern blos in und zu Nebensachen condemniret werden könne, z. B. zur Cautionsbestellung, Recognition der Urkunden, Ersatz der Unkosten. 2) Ist zwischen den Ausdrücken, Beweis nachlassen, auflegen, führen, wider sich selbst führen, verführen, ein großer Unterschied zu machen. Beweis nachlassen heißt, wenn der Beklagte vorläufig condemnirt wird, es wäre denn, daß er noch mit einem Beweis aufkommen könnte. Beweis auflegen heißt, wenn die Parthey durch den richterlichen Ausspruch verbindlich erklärt wird, etwas zu beweisen, oder sonst für sachfällig gehalten werden soll. Beweis führen heißt, wirklich die Mittel wählen, wodurch der Richter von der Existenz oder Nichtexistenz einer Sache überzeugt werden soll. Beweis wider sich selbst führen, oder gegen sich beweisen, heißt, wenn die von dem Producenten aufgeführten Zeugen gerade zu seinem Nachtheil gesprochen haben. Unter den Worten, verführter Beweis, giebt man zu verstehen, daß der Beweisführer sein Beweisthema vollstän-

vollständig durch Zeugen, oder Urkunden ꝛc. dargethan habe. Es ist 3) zu bemerken, daß der Referent genau darauf Acht haben müsse, ob alles dasjenige, was den Partheyen in einem vorausgehenden Erkenntniß vorgeschrieben worden, behörig vollzogen worden sey, und in diesem Falle wird der Beysatz gebraucht, so hat es dabey sein Bewenden, welche Worte zu erkennen geben, daß die Vorschrift von der Parthey befolgt worden sey. Es heißt z. B. — Dieweil der in dem Haller Urthel sub Act. Vol. I. fol. 608 b. enthaltenen — das von Beklagten und Leuterantischer Seits nachgesuchte Armenrecht betreffenden Vorschrift nunmehr nach Maaßgabe Act. Vol. 2. fol. 113. sqq. ein vollständiges Genüge geschehen; so hat es dabey sein Bewenden; übrigens aber ist es der eingewandten Oberleuterung ungeachtet bey dem am 27. Juni 1778 eröffneten, und Act. Vol. I. fol. 608. befindlichen Erkenntniß lediglich zu belassen ꝛc.

Nach Beschaffenheit der Umstände müssen zuweilen zwey, drey Urthel abgefaßt werden, obgleich in dem Missiv nur eins verlangt worden ist. Zu bemerken ist auch noch, daß einige Tautologien, z. B. desert und erloschen, entbinden und loszählen, ꝛc. auch bey solchen Fakultäten, welche sich sonst sehr der Reinigkeit im Styl befleißigen, observanzmäßig geworden sind. Ist der Proceß in seiner vorgeschriebenen Ordnung geführt worden, so wird das Endurthel mit der Formel angefangen: Auf Klage, Antwort ꝛc.; fehlt es aber an dieser Regelmäßigkeit, so heißt es: als Uns Acta etc. Ist es höchst wahrscheinlich vorauszusehen, daß eine Parthey mit dem Beweise eines Umstandes, oder einer bessern Beweisführung nicht werde durchkommen können; dieser Fall ist jedoch nicht unmöglich, so macht man im Urthel mit der Condemnation den Anfang, und richtet alles, wie bey einem gewöhnlichen Endurthel ein, hängt aber dem Haupterkenntniß die Formel an: es könnte und wollte denn Beklagter ꝛc., wodurch ihm die Möglichkeit gelassen wird, sein Schicksal zu verbessern. Es heißt z. B. — zu erstatten schuldig; es könnte und wollte denn Beklagter binnen Ordnungsfrist, ihr, Klägerin, den Gegenbeweis, beyden Theilen

len die Gewissensrührung und andere rechtliche Nothdurft vorbehältlich, daß er an die vom Mevius deponirten 200 Reichsthaler eine rechtmäßige Ansprache gehabt, und mithin solche der Klägerin nicht zuständig gewesen, zu Recht erweisen, worauf sodann in der Hauptsache sowohl, als der Zinsen und Kosten halber, ferner ergehen soll, was Recht ist. Durch dieses Mittel wird auch häufig eine nochmalige Actenversendung erspart. Das sogenannte Eingreifen, Durchgreifen, oder Durchfahren, ist nur in den äußersten Nothfällen, und mit der größten Vorsicht in Anwendung zu bringen. Unter diesen Ausdrücken versteht man ein nahe an einen Machtspruch, oder eine gewaltsame Behandlungsart angrenzendes Erkenntniß, wozu man, besonders bey verworrenen Rechtshändeln, oder bey angebrachtermaßen nicht statt findenden Klagen, aus anscheinenden Billigkeitsgründen, welche aber meistens mit der Gerechtigkeit kontrastiren, veranlaßt wird.

Was die innere Beschaffenheit des Urthels anlangt, so muß dasselbe mit der größten Deutlichkeit, und mit Hinweglassung solcher lateinischer Ausdrücke, welche in der Muttersprache eben so verständlich sind, abgefaßt werden, so daß auch für einen Schikanenmacher keine Zweydeutigkeit, welche einigen Anschein hat, übrig bleibt, oder gar zu einer Erklärung des Urthels Veranlassung vorhanden seyn könnte. Die Summen, Gegenstände, ꝛc. sind genau, entweder durch ausdrückliche Erwähnung, oder durch Beziehung auf Notenblätter, zu bezeichnen. Ein Urthel muß alles erschöpfen, was zu entscheiden ist; es ist alternativ einzurichten, wenn das Gesetz, oder ein Vertrag, worauf sich die Klage gründet, eine alternative Verbindlichkeit hervorbringt, von welchen Alternativobligationen aber die blos scheinbaren wohl unterschieden werden müssen e).

Im Endurthel muß endlich auch über den Ersatz der Proceßkosten das Nöthige gesagt werden. Es werden solche

e) Hr. Hofr. Elsäßer in den gemeinnützigen juristischen Beobachtungen, 4ter Band, S. 149 folg.

solche in die gerichtlichen und außergerichtlichen eingetheilt. Jene begreifen die Gerichtssporteln, die Depositengebühren, die Gebühren für die Citation, Insinuation, vidimirte Abschriften ꝛc. Als außergerichtliche Proceßkosten werden beurtheilt das Honorarium für die Schriften der Sachwalter, die Bemühung der Anwälde, ihre Diäten bey gehabten Reisen ꝛc. Specifikation der Kosten ist ein bloßes Verzeichniß der einzelnen Proceßkosten; die Liquidation derselben erfordert eine Bescheinigung, daß die in der Specifikation angeführten einzelnen Summen verdient worden sind. Eine Kostenmoderation ist es, wenn der Richter das eingereichte Proceßkostenverzeichniß prüft, und nach der Vorschrift der Taxordnung das zu viel Angesetzte abgezogen wird.

Die Moderation der Proceßkosten sollte niemals auf das Erkenntniß eines von dem versendenden Gericht weit entfernten Rechtskollegiums mit ausgesetzt werden. Eine weit entlegene Fakultät hat, wenn keine Taxordnung den Acten beygelegt worden ist, gar keinen Maaßstab, und kann bey einem starken Abzug ungerecht werden. Wenn aber auch, welches beynahe niemals der Fall ist, die Taxordnung zu den Acten gelegt worden ist, so macht es dem Referenten außerordentliche Mühe, sich in den besondern Münzfuß, die abweichenden Benennungen der Münzsorten, u. s. f. zu finden; oder es ist ihm gar nicht möglich. Das gewöhnliche Resultat ist, daß bey einer großen Summe einige Thaler durchgestrichen werden, damit nur etwas geschieht; und hier ist eigentlich der Fall, wo man genöthigt wird, durchzugreifen. Unbeträchtliche Summen werden nicht moderirt.

Die Verurtheilung in die Proceßkosten besteht darin, wenn der einen Parthey auferlegt wird, der andern Parthey die liquidirte und moderirte Summe derselben wieder zu erstatten. Aufhebung oder Compensation der Proceßkosten nennt man es, wenn jede Parthey die gehabten Proceßkosten selbst tragen muß, und von dem Gegentheil nichts ersetzt bekommt. Die Grundsätze, wenn die Verurtheilung

in

in die Proceßkosten, oder ihre Compensation statt finde, sind bey der Anwendung sehr schwankend. Nach der Praxis der Gerichte findet die Compensation der Proceßkosten alsdenn statt, wenn keine vorsetzliche und leidenschaftliche Streitsucht auf der einen oder andern Seite erwiesen ist. Man läßt auch die Compensation eintreten bey Rechtshändeln unter nahen Verwandten, Herren und Unterthanen, Parochus und Parochianen, ꝛc. Sind die Proceßkosten im Urthel gegen einander aufgehoben worden, so müssen gleichwohl von dieser Compensation die Versendungskosten der Acten alsdenn ausgenommen werden, wenn die eine Parthey besonders darum nachgesucht hat, und der Richter sonst selbst gesprochen haben würde. Eine ähnliche Ausnahme kann statt finden, wenn von einer Parthey eine mit großem Aufwand verknüpfte Besichtigung durch Regierungsräthe, Finanzräthe, Forstmeister ꝛc. gesucht und vorgenommen worden ist, welche auf eine eben so befriedigende Weise durch subalterne Personen hätte vorgenommen werden können. Die Formel ist diese: — die durch diesen Proceß verursachten Unkosten aber werden mit Ausschluß der Verschikkungskosten, als welche Reproducentische Gemeinde allein zu tragen hat, billig gegen einander verglichen und aufgehoben; oder es heißt: — übrigens hat Beklagter und Appellant die auf die Versendung der Acten und Einholung rechtlichen Erkenntnisses aufgewandten Unkosten, ohne Klägers und Appellatens Beytrag, als darum nachsuchender Theil, allein zu entrichten.

Den Urtheln werden Zweifels- und Entscheidungsgründe, oder Rationes beygefügt. Unter Zweifelsgründen, rationes dubitandi, versteht man scheinbare Ursachen, warum das Urthel anders hätte ausfallen sollen, als es wirklich ausgefallen ist; unter den Entscheidungsgründen aber solche, welche die eigentliche Motive an die Hand geben, warum so, wie gesprochen worden ist, habe gesprochen werden müssen. Wenn unter den Entscheidungsgründen auch solche vorkommen, welche blos einen Zweifelsgrund heben, ohne daß deswegen noch die wirklichen Gründe,

worauf

worauf das Erkenntniß wirklich gestellt worden ist, sich errathen lassen, so braucht man den Ausdruck, rationes respondendi. Die sämmtlichen Gründe zusammen genommen, wenn sie auch noch so zahlreich sind, daß sie auf 30 Bogen einnehmen, bestehen doch nur aus folgenden drey Sätzen: nämlich 1), es möchte zwar scheinen, oder, es hat zwar das Ansehen, oder, es möchte zwar den Schein gewinnen, als ob ꝛc. und nun folgen die sämmtlichen Zweifelsgründe. 2) Kommt der Satz: dennoch aber und dieweil, oder, dieweil aber dennoch, oder, dieweil aber, und nun werden alle Entscheidungsgründe aufgezahlt. 3) Beschließt man mit dem Satze: als ist, wie im Urthel enthalten, zu erkennen gewesen, oder, als haben wir uns, wie im Urthel enthalten, zu erkennen bewogen gefunden. — Diese Zweifels- und Entscheidungsgründe pflegen nicht, welches doch weit bequemer wäre, durch eine fortlaufende Zahl von einander unterschieden zu werden, sondern man kettet sie durch lauter Verbindungspartikeln an einander, unter welchen folgende die gewöhnlichsten sind: hiernächst, ferner, wozu noch kommt, nicht weniger noch der Umstand beytritt, nichts davon zu gedenken, auch noch zu bemerken, wie denn auch, zumal da, folglich ꝛc. Diese Partikeln machen die Durchlesung der Gründe unangenehm, und ermüden, weil man nicht eher als am Schluß der Zweifelsgründe den Ruhepunct findet. Wenn besondere rationes respondendi den Entscheidungsgründen beygefügt werden, so kömmt hierbey der weitere Uebelstand hinzu, daß die Zweifelsgründe kurz wiederholt werden müssen, statt daß man, wenn diese durch Zahlen unterschieden würden, nur beziehungsweise ad 1) ad 2) sie abfertigen könnte.

Die rationes respondendi, wenn es nöthig ist, solche anzugeben, werden erst vorgetragen, wenn die eigentlichen Entscheidungsgründe bereits alle angeführt worden sind, und sie werden unmittelbar an den letzten Entscheidungsgrund angehängt. Ist der zu entscheidende Fall so einfach, daß kein vernünftiger Zweifelsgrund statt finden kann, so heißt es: es möchte zwar das Ansehen gewinnen, als ob

nicht so, wie im Urthel enthalten, zu erkennen gewesen; dennoch aber und dieweil ꝛc. Es kommt natürlicher Weise nicht auf die Menge, sondern auf die Güte und Stärke der Gründe an; der Urthelsverfasser hat sich also vor allen unbedeutenden Aeußerungen zu hüten. In Concurssachen werden nur wichtige und verwickelte Umstände durch Gründe erläutert, und in dem Urthel Buchstaben als Merkmahle gebraucht, daß den also bezeichneten Puncten Erläuterungen unter korrespondirenden Buchstaben in den Entscheidungsgründen nachfolgen. Ein solches Urthel hat z. B. folgenden Gang — »Auf übergebene Liquidationes, producirte Urkunden, dann respective Recognition und Einlassung, auch übrigens rechtliches Einbringen in Jakob Bachs, Bürgers zu Nostitz, Schuld- und Prioritätssachen derer in den Acten benamten Gläubiger, Imploranten und Liquidanten an einem, dem gemeinen Schuldner, Imploraten und Liquidaten am andern Theil, so die Herren und sammt denen dießfalls ergangenen Acten zugesendet und unsere Rechtsbelehrung nebst der Abfassung eines Urthels darüber begehret: Erachten wir nach fleißiger Verlesung derer Acten und kollegialisch gepflogener Erwägung für Recht:

Daß vordersamst alles dasjenige ꝛc. Allermaßen nun hiernächst die angegebenen Gläubiger ihre Forderungen liquidiret und zum Theil bescheiniget, der gemeine Schuldner auch, was er dem einen oder dem andern geständig oder nicht, geantwortet; so werden dieselben in folgender Ordnung billig lociret:

1) Steueramt zu B. an rückständigen Beethen mit 11 Fl. 30 Kr.
2) Kastenamt zu A. für abgegebene Früchte, laut obrigkeitlicher Verordnung vom 2ten May 1783 mit 12 Fl. 15 Kr. A).
3) Handelsmann Braun laut gerichtlicher Obligation vom — mit 500 Fl. Gläubiger wird übrigens mit seinem Interessengesuch abgewiesen B) und dessen Mandatarius hat sich noch zu legitimiren.
4) ꝛc. ꝛc.

Ratio-

Rationes.

A.)

Ob es gleich das Ansehen gewinnt, als ob ꝛc. ꝛc.
Dieweil aber dennoch, wenn man auch ꝛc.

B.)

Es vermeynt zwar Gläubiger, daß ꝛc.
Dieweil aber dennoch, wenn man auch ꝛc.

C.) ꝛc.

Als ist allenthalben von uns geschehenermaßen billig erkannt worden. V. R. W.

Wenn in dem Missiv nur ein Urthel, und nicht ausdrücklich die Beyfügung der Gründe verlangt wird, so gehen zwar die Acten mit einem bloßen Urthel zurück; die Gründe werden aber doch von dem Referenten schriftlich, nur nicht mit der gewöhnlichen kunstmäßigen Ausdehnung angemerkt, und bey der Fakultät im Concept verwahrt, damit nicht, wenn sie in der Folge doch noch verlangt worden sind, die Wiedereinsendung und Wiederdurchlesung der Acten zur Nothwendigkeit wird. Hieraus ist zugleich ersichtlich, daß die Kosten bey einem bloßen Urthel nicht viel unbeträchtlicher seyn können, als bey Erkenntnissen mit beygefügten Zweifels- und Entscheidungsgründen, da im Grunde nur die Mundirungskosten erspart worden sind. Oft werden Entscheidungsgründe, wenn sie auch nicht ausdrücklich verlangt worden sind, dennoch beygefügt. Es giebt nemlich versendende Obrigkeiten, deren Curialstyl es so mit sich bringt, daß in Ansehung der Gründe in den Missiven nichts gesagt wird, ohne daß sie wirklich die Absicht haben, nur ein Urthel ohne Gründe einzuholen. Die Fakultäten werden nach und nach mit der Observanz einzelner Gerichte bekannt, und ergänzen dergleichen Mängel selbst. Die Zweifels- und Entscheidungsgründe werden in der Abschrift des Urthels nicht dem Urthel unmittelbar beygeschrieben, sondern besonders geheftet, und bekommen die Aufschrift, rationes. Diese Entscheidungsgründe, wenn sie nicht in

das Urthel einverwebt, und also auch nicht den Partheyen eröffnet worden, gehen nicht in die Rechtskraft über. Es steht den Partheyen der Regel nach frey, nach der Publikation eines Urthels eine Abschrift der Gründe um die Gebühr zu verlangen, um untersuchen zu können, ob ein Rechtsmittel statt finde. Die Unterschrift der Urthel ist gewöhnlich folgende: — daß dieses Urthel denen Rechten und Uns zugesendeten Acten, (bey Gutachten heißt es, den Rechten und der uns zugesandten speciei facti), gemäß sey, solches bekennen wir unter Vordruckung unsers Fakultätsinsiegels

(L. S.) Mense April 1789. Decanus, Doctores, Professores und Assessores der Juristenfakultät auf der Hochfürstl. Brandenb. Friedrich Alexanders Universität zu Erlangen.

Alles, was zeither angeführt worden, ist hauptsächlich von Urtheln mit Gründen und ohne Gründe zu verstehen; es soll aber nunmehr auch etwas von **Instructionen** und rechtlichen Gutachten das Wichtigste bemerkt werden.

Unter dem Wort, **Instruction**, versteht man eine kurze rechtliche Anleitung, welche einem einzelnen Beamten oder Gericht auf eine Anfrage so ertheilt wird, daß nur die ganz wichtigsten Entscheidungsgründe bemerkt, und einem an die Hand gegebenen Bescheide vorangeschickt werden. Beamte werden öfters angewiesen, solche Instructionen bey der oder den einheimischen Universitäten, in den Fällen, wo sie sich selbst nicht mehr zu helfen wissen, einzuholen und buchstäblich zu befolgen. Für auswärtige Beamte vertritt eine Instruction die Stelle eines Gutachtens, so daß sie nicht daran gebunden sind, wenn nicht Landesgesetze auch hier die besondere Verbindlichkeit vorgeschrieben haben, sich nach selbigen zu richten. Dergleichen Instructionen werden folgendergestalt abgefaßt [f]) — Als derselbe uns verschiedene

f) Hr. Reg. Rath Elsäßer im Anhange zu Hr. Reg. Rath Danz bürgerlichen Proceß, S. 71.

dene Actenstücke und Verhandlungen in Lottoschuldforderungssachen des Lottocollecteurs, David Kletts, zu Freudenfells, Imploranten eines — entgegen und wider den Bürger Caspar Kraft zu Lengenstein, Imploraten andern Theils mit der Frage: ob gedachter Implorat zu Bezahlung der Klettischen Kapitals- Zinsen- und Kostenforderung den Rechten nach gehalten sey, oder nicht? zugefertigt, und hierüber unsere rechtliche Meynung verlangt.

Demnach erachten wir nach fleißiger Verlesung der Acten, und auf gepflogene kollegialische Erwägung, den Rechten gemäß zu seyn: dieweil Implorant nach Maaßgabe der Acten sub No. 27. und 30. zu einer Zeit, wo er bereits von der ihm vorgesetzten Regierung für majorenn erkannt gewesen, die Richtigkeit der Implorantischen Kapitalforderung auf 60 Fl. nicht nur anerkannt, sondern sich auch zu Bezahlung derselben, Kraft seines sub No. 32. befindlichen Schreibens vom 20 Febr. 1783, ohne, nach seiner eigenen Aeusserung, dem Imploranten die Forderung erschweren, viel weniger abläugnen zu wollen, anerboten hat, nun aber derjenige, der, als maior factus, Schulden, welche er in der Minorennität contrahirt, nicht nur anerkennet, sondern auch ꝛc. — hiernächst — die Zinsen und Kosten hingegen anlangend, nirgends ersichtlich ist, daß ꝛc.

Als dürfte der Bescheid dahin zu eröffnen seyn, daß Implorat den Imploranten die liquidirte Kapitalsumme von 60 Fl. binnen einer Frist von zwey Monathen zu bezahlen schuldig, wo übrigens Implorat von der Implorantischen Zins- und Kostenforderung zusammen à 18 Fl. bewandten Umständen nach zu absolviren; die in dieser Sache aufgelaufenen Unkosten aber werden aus bewegenden Ursachen gegen einander verglichen und aufgehoben. V. R. W.

Wenn gleich eine solche Instructionsertheilung dem Referenten wenig Mühe zu verursachen scheint, so treten doch insonderheit, wenn Beamte sich zu spät, nachdem sie schon aus Unwissenheit oder Leidenschaft Fehler gemacht

haben, blos aus Furcht vor der höhern Behörde instruiren lassen wollen, Fälle ein, welche dem Referenten mehrere Anstrengung kosten, als ein korpulentes Responsum, über und über mit Zweifels- und Entscheidungsgründen bespickt. Es haben deswegen auch die Spruchkollegien hinreichenden Grund, gegen die Festsetzung einer Taxe, welche bey einheimischen Instructionsertheilungen nicht überschritten werden soll, bey dem Fürsten mit Vorstellungen einzukommen.

Was endlich die rechtlichen **Gutachten**, welche auch unter den Benennungen, Consilien, Informate, Rechtsinformate, Responsa iuris, Consultationes, Rechtsbelehrungen, Informative, Gutdünken ꝛc. vorkommen, betrift; so unterscheiden sich solche von den bisher erwähnten Erkenntnissen dadurch, daß 1) eine Geschichtserzählung vorangeschickt wird; 2) einer jeden Frage Zweifels- und Entscheidungsgründe beygefügt werden, und 3) auf jede einzelne Frage die Entscheidung derselben unmittelbar folgt, wie folgender Entwurf beweist. —

Als uns derselbe in seiner, als Beklagten, contra Wilhelm Schnell zu M., als Kläger, obschwebenden Erbschaftsstreitigkeitssache nebst zween Fascikeln Privatacten vier Fragen zugeschickt, und darüber ein rechtliches Gutachten verlangt: demnach erachten wir nach fleißiger Verlesung der Acten und auf gepflogene kollegialische Erwägung den Rechten gemäß zu seyn:

Hat Johanna Finkin unter dem 27. Jänner 1784 ein Testament errichtet, und — Ist hierauf dieselbe den 5. Febr. 1784 mit Tode abgegangen ꝛc.

Wannenhero Beklagter, Friedrich Noz, gerne unterrichtet seyn möchte, ob — und zu dem Ende folgende Fragen in rechtliche Erörterung zu ziehen gebeten, als:

1) ꝛc.

Was nun die erste Frage:

Ob ꝛc.

anbelangt, so

Ratio-

Rationes

hat es zwar das Anscheinen, als ob

dennoch aber und dieweil —

Als sind wir bey der ersten Frage der rechtlichen Meynung:

Decisio

Daß die Legitimation des Klägerischen Anwalds ꝛc.

Anlangend die 2te Frage:

Ob ꝛc.

so möchte es zwar

Rationes

scheinen, als wenn ꝛc.

Alles von Rechtswegen.

Der Quärent, so wird derjenige genennt, welcher sich ein Gutachten erbittet, macht häufig so zahlreiche und unlogisch gestellte Fragen, daß man genöthigt wird, nach Anleitung des Factums, eigene Fragen zu entwerfen, und zu beantworten, ohne daß der Quärent bey diesem Plane leidet. Der Referent ist zu dieser bessern Einrichtung der Sache nach der Sitte der Rechtskollegien befugt; nur muß er hierbey alles Wesentliche erschöpfen.

Bey der Einrichtung der Gutachten kommen folgende Puncte in Erwägung. Es werden hier der Gruß und die Titulatur mehr beobachtet, als bey andern Erkenntnissen, und es ist die Titulatur bis auf die geringste Menschenklasse festgesetzt; denn so wird z. B. der Bürger angeredet: ehrbarer, guter Freund; der Bauer, arbeitsamer, guter Freund; der Scharfrichter, mannhafter und besonderer; der Schinderknecht, guter und nutzbarer. Uebrigens wird auch im Eingange ein Unterschied gemacht zwischen den Worten: Als der Herr uns ꝛc., oder als uns derselbe ꝛc. Soll nur eine einzige Frage durch das Gutachten beantwortet werden, so heißt am Ende die Entscheidung, von Rechtswegen; sind aber mehr Fragen beantwortet worden, so heißt es nach Entscheidung der letzten Frage: alles von Rechtswegen. Es sind hier alle zwecklose Anführungen

von Gesetzen und Schriftstellern, vorzüglich wegen Vergrößerung der Kosten, welche hier gemeiniglich auf eine einzelne Person, ohne Wiedervergütung zurück fallen, zu vermeiden. Die eingesendete Geschichtserzählung wird, wenn sie kurz und deutlich vorgetragen ist, in das Gutachten buchstäblich eingerückt, damit dritte Leser desto eher in den Stand gesetzt werden, den Werth des Gutachtens, welches sich auf das vorgetragene Factum gründen muß, zu beurtheilen. Die einzelnen Perioden des Factums werden mit den Worten: hat, ist, bringt hierauf derselbe vor, angefangen; und fehlerhaft würde es seyn, wenn es hieße: es ist, es hat, es bringt hierauf derselbe vor. Bey einem ganz zweifelhaften Satze wird zum Vortheil des Anfragenden gesprochen. Holt der Richter ein Gutachten ein, so hat er den Vortheil davon, daß er keiner Partheylichkeit beschuldigt werden kann; die Parthey aber nutzt ein verlangtes Gutachten dazu, daß sie nicht leicht in die Proceßkosten verurtheilt wird, wenn die Geschichte richtig von ihr vorgetragen worden ist. Eben deswegen verlangen aufrichtige und vorsichtige Quärenten ausdrücklich in ihrem Ansuchen um die Ertheilung eines Responsums, daß ihre eingeschickte Geschichtserzählung von Wort zu Wort dem Gutachten vorgesetzt werden soll.

§. 1791 — 1793.

Ist ein Urthel im Proceß durch ein Spruchkollegium abgefaßt worden, so besorgt solches auch die Zurücksendung der Acten ohne Verzug, wenn das Urthelsgeld entweder bezahlt worden ist, oder die Fakultät ist wegen der wirklichen erfolgenden Bezahlung hinlänglich gesichert. Um die Versendung wirklich zu bewerkstelligen, wird kein besonderes Antwortschreiben auf das Missiv erlassen, sondern die Acten werden entweder an denjenigen abgegeben, der hierzu Vollmacht vorzeigt, oder durch die Post abgeschickt.

Sind die Acten bey dem Gericht, welches sie versendet hat, wiederum eingetroffen, so bleiben sie vor der Hand uner-

uneröffnet liegen, da schon an dem Gepäcke, der Aufschrift, dem Postzeichen ꝛc. kennbar wird, was es für Acten sind, und woher sie gekommen. Bey einem Boten, welcher auf die Ausarbeitung bey der Fakultät hat warten müssen, findet natürlich noch weniger Bedenklichkeit statt, was das Packet für eine Acte sey. Nun wird den Partheyen ein Tag ad videndum exrotulari acta, et audiendum, publicari sententiam, angesetzt, welche Vorladung hierzu aber, wenn nicht die Landesgesetze etwas anders verordnen, blos monitorisch ist. Wegen der gespannten Neugierde, und bey dem leidenschaftlichen Antheil, welchen Kläger und Beklagter an dem Proceß nehmen, bleibt nicht leicht eine Parthey aus, und sie erscheinen oft beyde mit ihren Sachwaltern. An dem Tage zur Publikation des Urthels trägt der Richter den Partheyen vor, daß die Acten zurück gekommen, und nun läßt er sie die Siegel, womit die Acten versiegelt sind, recognosciren; damit aller Verdacht, als ob das Packet einseitig erbrochen worden sey, wegfällt. Ueber diese ganze Handlung wird ein genaues Protokoll gehalten. Haben die Partheyen die Siegel recognoscirt, so wird das Packet, doch so, daß nur die Schnüre durchgeschnitten werden, die Petschafte aber unverletzt bleiben, geöffnet, das Urthel aufgesucht, hervorgezogen, und den Partheyen publicirt. Diese Bekanntmachung des Urthels ist verschieden; die gewöhnlichste außer Sachsen ist diese, daß der Actuar des Gerichts die Sentenz langsam vorließt. In den Sächsischen Gerichten legt man den Partheyen, oder ihren Advokaten, das Original des Urthels zum Durchlesen vor, so bald sie die Gelder bezahlt haben; und giebt ihnen Abschrift.

Derjenige Theil, zu dessen Vortheil das Urthel ausgefallen ist, dankt nach der geschehenen Vorlesung für das gerechte Urthel; der Gegentheil aber wendet entweder sogleich das schicklichste Rechtsmittel ein, oder trägt blos auf Abschrift der Entscheidung an. Die Zeit der geschehenen Publikation des Urthels wird bis auf die Stunde und Minute im Protokoll bemerkt.

Zum größten Nachtheil der allgemeinen Wohlfahrt sowohl, als auch der einzelnen Glieder des Staats würden die Processe unsterblich werden, wenn die richterlichen Entscheidungen immer auf das neue angefochten werden könnten. Weislich haben daher die Gesetzgeber einen gewissen Zeitpunkt festgesetzt, von welchem an die gehörig abgefaßten und richtig publicirten Urthel des kompetenten Gerichts, unumstößliche Wahrheiten, und in Ansehung der Partheyen, die sie betreffen, unabänderliche Gesetze werden, oder mit andern Worten, die Rechtskraft beschreiten. Dieser Zeitpunkt beträgt nach gemeinen Rechten zehen Tage [g]). Nach ältern römischen Gesetzen waren in eigenen Sachen nur zwey Tage [h]) festgesetzt, nach welchen die Rechtskraft eintrat; in fremden Angelegenheiten aber stand das Urthel drey Tage, ehe es rechtskräftig wurde [i]). Die mehresten teutschen Proceßordnungen haben die vom Justinian eingeführte zehentägige Frist bestätigt [k]). Die Frist ist unabänderlich, so daß sie der Richter weder abkürzen noch verlängern darf [l]). Die Partheyen haben das Recht, die zehentägige Frist, durch wechselseitige Einwilligung einzuschränken, oder auszudehnen [m]), wiewohl viele

g) Nov. XXIII. cap. 1. Auth. hodie C. de appellat. et consult. L. 3. C. de tempor. et reparat. appellat. c. 13 et 15. X. de sentent. et re iudic.

h) L. 1. §. 5 et 11. L. 2. pr. et §. 1 et 2. D. quando appell.

i) L. 3. D. de appellat. recip. vel non. L. 1. §. 5 et fin. L. 2. §. 1. D. quando appell. L. 6. §. 5. C. de appell. et consult.

k) God. Dan. Hofmann Diss. de decendio appellationis speciatim Wurtembergico, Tubing. 1770. §. 1—26.

l) C. G. O. Thl. 2 Tit. 29. §. 2. C. C. G. O. Thl. 2. Tit. 32. §. 1. J. R. A. §. 121. 122. de Cramer Obs. Tom. I. Obs. 6 et 288. Leyser Spec. 655. Med. 31 sqq.

m) L. 5. §. 6. C. de tempor. et reparat. appell. Clem. IV. de appellat. Mevius Part. III. Dec. 410. Part. IV. Dec. 330.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0676
DFG

viele Rechtsgelehrte selbst den Partheyen das Recht nicht zugestehen wollen, diese Nothfrist zu verändern, am wenigsten zu verlängern [n]). Uebrigens findet die Erstreckung dieser Frist nur vor der Publikation des Urthels, oder unter dem Lauf der zehen Tage statt, aber nicht erst nach Verlauf des Fatale [o]). Wenn erst nach dem Ablauf der zehen Tage ein Rechtsmittel ist eingewendet worden, und die Partheyen setzen solches wissentlich fort; so ist das in der weitern Instanz gesprochene Urthel deswegen nicht ungültig [p]). Weder Minderjährigen, noch Gemeinheiten, noch frommen Stiftungen, noch Weibern, noch Soldaten, noch Bauern, kommt als solchen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf derselben zu statten, wenn nicht eine andere rechtmäßige Ursache, z. B. Krieg, Pest, Gerichtsstillestand, Feuersnoth, u. s. w. eintritt [q]). Ist die Nothfrist blos durch Schuld des Advokaten oder Prokurators verstrichen, so wird die Parthey in den vorigen Stand gesetzt [r]). Die zehentägige Frist läuft von dem Augenblicke an, wo die Partheyen vom gesprochenen richterlichen Erkenntnisse hinreichende Wissenschaft erhalten haben, oder sie doch hätten erlangen können, wenn sie die Citation zur

n) Lauterbach ad Pand. Lib. XLIX. tit. IV. §. 9. Reinhart ad Christin. Vol. I. Obs. 20. Nic. Theod. Gönner Erörterungen über den gemeinen Proceß, Bamberg 1799. S. 101.

o) Clement. VI. de appellat.

p) Io. Christ. Car. Ian Diss. de prorogatione et coarctatione conuentionali fatalis interponendae appellationis, Giss. 1787. §. 8. 9. 10.

q) de Cramer Obs. Tom. I. Obs. 5. 60. 188. 442. Tom. V. Obs. 1330. Hoscher Sammlung merkwürdiger am kaiserlichen Reichskammergericht entschiedener Rechtsfälle, 1. Thl. Nr. 4. S. 123.

r) Hr. Reg. Rath Danz im ordentl. Proceß, S. 564. der 3ten Ausgabe.

zur Eröffnung des Urthels befolgt hätten [s]). Das Fatale wird von Augenblick bis zu Augenblick berechnet, und man zählt alle Feyertage und Festtage in diese zehentägige Nothfrist [t]). Wird das Urthel den Partheyen statt der Publikation schriftlich zugestellt; so fängt das Fatale des Decendiums von dem vollen Tage an, welcher von der Einhändigung des Urthels angeht, und läuft nunmehr von Augenblick zu Augenblick.

Soll das ergangene richterliche Erkenntniß die Rechtskraft nicht beschreiten; so muß binnen diesen zehen Tagen ein Rechtsmittel gehörig eingewendet werden, und eine bloße Protestation gegen das Urthel, oder den Lauf der zehentägigen Nothfrist, oder der bloße Vorbehalt eines Rechtsmittels ist nicht hinreichend. Da die Richter irren können, nicht selten aber auch aus Unwissenheit, oder gar wider besseres Wissen und Gewissen das Recht beugen; so gestatten die Gesetze weislich den streitenden Theilen das Recht, einen schon entschiedenen Rechtsstreit wiederholt, entweder vor dem nämlichen Richter, oder vor einem höhern Gericht zu verhandeln. Die Mittel, deren sich die Partheyen zu Erreichung dieser Absicht bedienen können, heißen Rechtsmittel gegen die Sentenzen. Diese kommen alle darin überein, daß sie ein Erkenntniß, durch welches Jemand, wenigstens vorgeblich, verletzt worden ist, voraussetzen, und ihr gemeinschaftlicher Zweck geht dahin, daß die angeführten Verletzungen geprüft werden, und eine nochmalige richterliche Entscheidung in der Sache ergehen soll.

Eine **Ausnahme** von der Regel ist es, daß einige Arten richterlicher Aussprüche entweder sogleich nach der Publikation, oder doch wenigstens vor Ablauf der zehentägigen Nothfrist rechtskräftig werden. Dahin gehören

1) die-

s) L. 1. §. 7. D. quando appelland. cap. 8. de appellat. in 6to. Mevius Part. I. Dec. 7. nr. 9. Part. III. Dec. 269. Part. VII. Dec. 269.

t) de Cramer Obs. Tom. I. Obs. 369.

I) diejenigen Erkenntnisse, welche die Partheyen gleich nach der Publikation, oder doch während des Laufs der zehen Tage ausdrücklich, oder stillschweigend, ohne alle Einschränkung und Vorbehalt genehmigen. II) Diejenigen Urtheile, die nach einem abgeschwornen auferlegten, oder zugeschobenen Eyde, dem Inhalte des Erkenntnisses über den Eyd gemäß, erfolgen. Endlich sind III) drey völlig gleichförmige Urtheile, unter der Voraussetzung hierher zu rechnen, 1) daß vollkommne Identität des Gegenstandes des Streits, der Proceßart, und der streitenden Theile eintritt; wie auch, daß 2) nicht der nämliche Richter, sondern verschiedene Richter die Urtheile gesprochen haben [u]). Nothwendig ist es aber nicht, daß die gleichförmigen Urtheile unmittelbar auf einander folgen [x]). Die Reichsgerichte nehmen auf diese Verordnung des gemeinen Rechts keine Rücksicht [y]), und selbst von den mehresten Reichsständischen Gerichtshöfen wird dieselbe nicht befolgt [z]).

Einige wenige Arten richterlicher Verfügungen werden niemals rechtskräftig, und diese Fälle sind als wichtige Ausnahmen von der Regel zu betrachten. Es gehören dazu 1), Dekrete in dem eigentlichen Verstande, und alle andere Verordnungen des Richters, die, ohne den Gegentheil gehört zu haben, abgefaßt worden sind [a]). 2) Alle Aus-

u) L. vn. C. ne liceat in vna eademque causa. MEVIVS Dec. Part. I. Dec. 63. Iac. Fr. LVDOVICI Diss. de tribus sententiis conformibus, cap. 1. Hal. 1771.

x) von Quistorps rechtl. Bemerk. Leipzig 1793. Nr. 95. S. 338.

y) PÜTTER Noua epitome Proceſſ. Imper. §. 179. TAFINGER Inſtit. iurispr. cameral. §. 636. Der Reichshofrath in Justiz- Gnaden- und andern Sachen, Augsburg 1791. Nr. 79. S. 357.

z) SCHAVMBVRG Princ. Prax. iurid. Lib. I. Sect. II. cap. 1. §. 1 et 15.

a) L. 3. C. de appellat. L. 7. C. quor. appellat. non recip. L. 2. D. de appellat. recip. L. 2. C. de epiſc. audient. c. 60. X. de appellat. c. 10 et 12. X. de appellat. in 6to.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0679
DFG

Aussprüche, die mit einer unheilbaren Nichtigkeit behaftet sind. 3) Alle in peinlichen Sachen ergangene ungerechte verdammende Urtheile; lossprechende Erkenntnisse aber werden in peinlichen Fällen rechtskräftig [b]). 4) Erkenntnisse, durch welche wegen Voraussetzung einer falschen Thatsache eine Ehe getrennt, oder eine absolut verbotene für gültig erkannt wird [c]). 5) Bloße Rechnungsfehler können von dem Richter immer noch verbessert werden, und gehen nie in die Rechtskraft über, es wäre denn, daß über den Rechnungsfehler selbst verfahren oder gesprochen worden [d]). Eben dieses findet 6) in Ansehung derjenigen richterlichen Erkenntnisse statt, die eine fortwährende Beschwerde enthalten [e]).

Wegen Wichtigkeit der Sache, will ich über den Inhalt der rechtlichen Erkenntnisse in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten das Merkwürdigste anführen. — Wenn ein Proceß so lange geführt worden ist, daß nunmehr ein Endurthel darüber abgefaßt werden kann, so besteht die Pflicht des Urthelsverfassers darin, daß er sich von der ganzen Beschaffenheit der Sache eine richtige Kenntniß zu verschaffen sucht. Diese wird durch Prüfung der wichtigsten Actenstücke erlangt, und dazu gehört die Klage, die Einlassung auf die Klage, die vorgeschützten zerstörlichen Einreden, die eingeräumten oder abgeschwornen Eyde, der Beweis und Gegenbeweis, nebst dem Hauptverfahren. Das Endurthel richtet sich nach der Beschaffenheit des geführten Beweises und Gegenbeweises; jedoch muß dabey vor allen Dingen auf die Klage gesehen, und nach solcher festgesetzt

b) Iust. Hen. Boehmer in Diss. de sentent. in rem iudicat. non transeuntib. §. 36.

c) c. 7. 10. 11. X. de sent. et re iudic. c. 5 et 6. X. de frigid.

d) L. 1. §. 1. D. quae sent.

e) Claproths Einleitung in den ordentl. Proceß, §. 348. Hr. Reg. Rath Danz im ordentl. bürg. Proceß, §. 405.

gesetzt werden, worüber der Proceß entstanden ist. Vermöge des gemeinen Rechts kann sogar noch im Endurthel eine Klage, welche ganz unschlüßig ist, und gar kein richtiges Fundament hat, worauf ein condemnatorisches Urthel gebaut werden könnte, als unstatthaft erklärt, und der Kläger mit seinem Suchen angebrachtermaaßen abgewiesen werden, wenn auch die Partheyen einen weitläuftigen Beweis und Gegenbeweis geführt haben sollten. Weil bey diesen Fällen die armen Clienten, durch Verschulden des Richters und der Advokaten, in den größten Geldverlust gestürzt werden, so ist in einigen Landesproceßordnungen f) verordnet worden: würde die exceptio inepti et obscuri libelli im Anfange übergangen, und deren ohngeachtet auf die Einlassung rechtskräftig erkannt seyn, so soll hernach in progressu und fürnämlich bey der definitiua darauf weiter nicht gesehen, sondern nach Befinden entweder, was sich pro qualitate negotii gebühret, sofort hauptsächlich, oder, da es ja an einem oder dem andern Umstande annoch fehlte, auf dessen absonderlichen Beweis und Gegenbeweis, wobey beyden Theilen die Eydesdelation vorzubehalten, ohne Anstellung einer neuen Klage oder Proceß gesprochen werden. Unrichtig würde diese Verordnung angewendet werden, wenn man behaupten wollte, das Anbringen des Klägers müsse selbst alsdenn angenommen werden, wenn seine Klage ganz und gar unschlüssig ist, und sie gar nicht durch Gesetze unterstützt werden kann. In solchen Fällen muß er mit seinen Suchen schlechterdings abgewiesen werden, wenn gleich der Proceß noch so lange geführt worden seyn sollte g).

Bey der Prüfung des Beweises, kommt vor allen Dingen die Frage in Untersuchung: ob dem Beklagten über die ganze Klage der Eyd deferirt, und deswegen im ersten Interlokut auf die Leistung des deferirten oder referirten Eydes, oder auf die Gewissensvertretung gesprochen worden ist.

f) Churf. Erl. Proc. Ord. ad Tit. 5. §. 4.

g) Hommel Rhapf. Obf. 111.

ist. Hier untersucht man nun, ob der Eyd wirklich geleistet, oder das Gewissen mit Beweis vertreten worden ist. Hat der Beklagte die ganze Klage abgeschworen, so wird er absolvirt; ist der Eyd nur zum Theil geschworen worden, so kann er nur zum Theil von der Klage absolvirt werden, und wegen des nicht beschwornen Factums wird er verurtheilt. Hat der Kläger den ihm referirten Eyd abgeschworen, so wird der Beklagte condemnirt. Dagegen wird der Beklagte wieder von der Klage losgesprochen, wenn er sein Gewissen mit Beweis vertreten hat; ist dieses aber nicht geschehen, so kann er nach dem gemeinen Rechte immer noch den ihm deferirten Eyd schwören. In Churſachsen h) geht das nicht an, sondern der Beklagte wird verurtheilt, es wäre denn, daß er doch wenigstens so viel bewiesen hätte, daß ihm entweder der Erfüllungseyd oder der Reinigungseyd aufgelegt werden kann.

Hat der Urthelsverfasser gefunden, daß der Kläger die Klage nicht durch den Eyd beweisen wollen, sondern sich anderer Beweismittel bedient hat, so muß er den geführten Beweis und Gegenbeweis durchgehen. Hierbey kommen die Formalien des Beweises und Gegenbeweises zuerst in Untersuchung. Diese Frage wird dadurch bestimmt, wenn man die Zeit der Publikation des Beyurthels, worin auf Beweis und Gegenbeweis erkannt worden ist, mit dem Tage zusammen hält, wo die Beweisartikel übergeben und dadurch der Beweis wirklich angetreten worden ist; auch hat man nachzusehen, ob Dilation des Beweistermins verstattet worden ist. Auf diese Weise wird man überführt, ob der Beweistermin beobachtet worden sey oder nicht. Zeigt sichs bey dieser Untersuchung, daß der Beweis zu spät angetreten worden ist, oder daß wenigstens die Förmlichkeit des Beweises einen Hauptfehler hat, so wird der Beklagte sogleich von der wider ihn angestellten Klage absolvirt, und dieses Umstandes wegen braucht der Referent gar nicht zur Prüfung des Inhalts des übergebenen Beweises fortzugehen.

h) Churs. Erl. Proc. Ord. ad Tit. 19. §. 1.

gehen. Das Urtheil heißt hier: daß der auferlegte Beweis für erloschen zu achten, derowegen Beklagter von der wider ihn angestellten Klage zu entbinden und loszuzählen, Kläger auch die Unkosten dieses Processes, nach vorhergehender deren Ansetzung und richterlicher Ermäßigung, dem Beklagten zu erstatten schuldig. Streiten die Partheyen über die Desertion des Beweises, der Beweis ist aber entweder wirklich nicht für erloschen zu halten, oder es muß dem Beweisführer die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt werden, so wird dieser Punkt zuerst abgeurtheilt, und sodann das Endurthel angehängt, wo es heißt: daß Kläger, Einwendens ungehindert, an dem Beweise sich nicht versäumet; und weil derselbe dasjenige, so ihm zu erweisen auferlegt worden, zur Nothdurft dargethan, so ist Beklagter ꝛc. ꝛc. Alsdenn findet eine Ausnahme von der Regel statt, daß bey eintretender Desertion des Beweises, der Beklagte von der ganzen Klage absolvirt werden müsse, wenn der Beklagte in seiner Einlassung auf die Klage so viel zugestanden hat, daß er deswegen wenigstens zum Theil condemnirt werden muß.

Läßt sich gegen die Richtigkeit der Formalien des Beweises nichts einwenden, so geht der Urthelsverfasser zu dem Inhalte oder den Materialien des Beweises fort, und hier ist vor allen Dingen zu bestimmen, wodurch der Beweisführer beweisen wollen, blos durch Zeugen, oder durch die Besichtigung, oder durch Urkunden, welche Beweisführung die einfache genennt wird, oder ob er mehrere Beweisarten verbunden hat, und z. B. durch Zeugen und Urkunden Beweis geführt hat, in welchem Falle man denn die Beweisführung einen vermischten Beweis nennt.

Ist der Beweis durch Zeugen geführt worden, so hat der Urthelsverfasser für jetzt nicht blos darauf zu sehen, ob sie überhaupt zuläßig sind, oder nicht, sondern es ist auch sicher zu bestimmen, ob sie ganz glaubwürdige Zeugen sind, oder nicht. Zu dieser Einsicht wird er kommen, wenn er die Einwendungen prüft, welche von dem Gegentheile ge-

gen die Glaubwürdigkeit und die Aussagen der Zeugen gemacht worden sind.

Hat der Beweisführer durch **Urkunden** Beweis geführt, so kommt es auf die Untersuchung an, ob jede Urkunde richtig anerkannt worden ist, oder ob sie doch wegen Ungehorsams für anerkannt gehalten werden muß; ob man sie gar nicht zu recognosciren braucht; oder ob sie gar eydlich deßtirt worden ist. Bey der **Edition** der Urkunde ist zu untersuchen, ob sie gehörig edirt worden sey, oder nicht.

Wenn über gewisse Beweisartikel der Eyd deferirt worden ist, so kommt es darauf an, ob der deferirte oder referirte Eyd gehörig geschworen worden ist, oder ob der Gegentheil durch die Gewissensvertretung sich davon frey gemacht hat. Ist der ganze Beweis auf die angeführte Art geprüft worden, so geht man zur Prüfung des **Gegenbeweises** auf die nämliche Art fort.

Bey der Ausarbeitung des Endurthels hat der Referent darauf zu sehen, ob der Grund der Klage, oder der ausdrücklich vorgeschriebene Beweissatz, oder die zu beweisenden vorgeschützten zerstörlichen Einreden, hinlänglich bewiesen worden sind. Zu dieser Arbeit wird erfordert, daß kurze einzelne Sätze des Beweissatzes aufgestellt, und jeder wichtige Umstand allein mit dem Inhalt des Beweises verglichen werde. Man belehrt sich aus der Einlassung auf die Klage der Replik des Klägers, u. s. w. was zugestanden worden ist, und was geleugnet worden ist. Jeden Beweispunkt vergleicht man sodann mit den Beweismitteln, und auf diese Art zieht man den Schluß, was bewiesen worden ist, oder nicht.

Weil es dem Beweisführer immer nichts hilft, daß er in seinem Beweise alles dargethan hat, was ihm zu beweisen oblag, wenn sein Gegner durch den geführten Gegenbeweis diesen Beweis völlig entkräftet hat; so muß der Urthelsverfasser den Gegenbeweis eben so genau prüfen, als der Beweis geprüft wird, um dadurch herauszubringen, ob der Beweis durch solchen ganz, oder zum Theil, oder gar nicht elidirt und entkräftet worden ist. Es ist selbst

alsdenn

alsdenn noch die Pflicht des Urthelsverfassers, den Gegenbeweis durchzugehen, wenn er gefunden hat, der Beweisführer habe gar nichts erwiesen, was er doch zu erweisen unternommen hat; weil im Gegenbeweise Umstände liegen können, die dem Beweisführer bey seinem Hauptbeweise zu statten kommen, oder ihm doch wenigstens gegen den Ersatz der Proceßkosten schützen. Diesen Vortheil zieht der Beweisführer von dem Gegenbeweise deswegen, weil die Zeugen und Urkunden gemeinschaftlich werden, so bald die Beweisführung dadurch unternommen worden; und die darin liegenden Rechtsgründe müssen auf ihn ebenfalls, und selbst wider den Gegentheil angewendet werden.

Der Regel nach muß im Endurthel über alles erkennt werden; denn die Absicht, warum ein Proceß geführt wird, ist diese, daß im Endurthel nichts übergangen, sondern alles entschieden werde, worüber die Partheyen bis zum Schlusse der Sache mit einander gestritten haben. Auch die Nebenverbindlichkeiten müssen im Endurthel aufs deutlichste bestimmt werden, weil diese Dinge nicht allemal durch eine besondere Klage gefordert werden dürfen. Hierher gehört der Punkt von Erstattung der Zinsen, der Früchte, der Verbesserungskosten, der Schäden u. s. f. Die Proceßkosten werden als kompensirt betrachtet, wenn ihrer im Endurthel nicht gedacht worden ist [i]). Die Römer hielten so strenge auf die Regel, daß im Endurthel alles entschieden werden solle, daß sie ein Urthel, worin etwas unentschieden geblieben war, auch in Ansehung solcher Punkte für nichtig erklärten, die wirklich entschieden worden waren [k]). Heutzutage geht man nicht so strenge dabey zu Werke, sondern wir halten vielmehr ein Gesuch als unstatthaft verworfen, wenn im Urthel nichts davon gesagt worden ist. Akkurate Urthelsverfasser übergehen keinen irgend wichtig scheinenden Punkt mit Stillschweigen, sie

i) L. 3. Cod. de fruct. et lit. expens.

k) L. 27. D. famil. erciſc.

führen vielmehr sogar auch alsdenn noch die streitigen Punkte im Urthel an, wenn die Partheyen sich darüber außergerichtlich verglichen haben sollten, oder ein solcher Punkt ist auf eine andere Art erledigt worden. Es heißt z. B. im Urthel: und lässet man es übrigens, so viel das Haus vor dem Petersthore betrifft, bey dem deswegen geschlossenen Vergleich bewenden.

Sehr schwer ist es, ein Endurthel vollkommen deutlich abzufassen, wenn in solchem über sehr viele Punkte gesprochen werden muß, welches bey Erbschaftsklagen, bey Zurückforderung des Brautschatzes und übrigen Einbringens der Fall ist. In Fällen, wo ein Urthel sehr verschiedene Gegenstände enthält, pflegt man folgende Ordnung zu beobachten, daß man 1), wenn die zu entscheidenden Punkte in den Acten mit Zahlen gehörig von einander abgesondert worden sind, nicht nöthig hat, die Gegenstände des Processes selbst anzuführen, sondern man führt blos die Zahlen an. 2) Folgt man nicht eben der Ordnung der Zahlen, wie sie in der Klage vorkommt; sondern damit Wiederholungen vermieden werden, bringt man alle Zahlen, worüber einerley Ausspruch gegeben wird, unter eine Klasse. Man nimmt daher 1) alle Punkte, in Ansehung deren die Klage als unstatthaft erklärt worden; 2) alle Umstände, die bewiesen werden müssen, zusammen; es müßte denn der Fall seyn, daß ganz verschiedene Beweissätze vorgeschrieben worden sind [l]).

Jedes Urthel muß mit der möglichsten Bestimmtheit abgefaßt werden, und daher muß man daraus sogleich ersehen, was [m]), von wem [n]), zu welcher Zeit, und wie viel geleistet werden soll: es kommt jedoch auf das richterliche Ermessen an, zu welcher Zeit der Beklagte das ihm durch

l) L. 15. C. de sent. et interlocut.

m) L. 59. pr. D. h. t. §. 1. Inst. de offic. iud. §. 32. Inst. de action.

n) L. 43. D. de re iudic.

durch Urthel und Recht Aufgelegte, dem Kläger leisten soll, welches Recht der Richter sogar bey einem Urthel wegen eines gerichtlichen Geständnisses hat [o]). Bey der Verurtheilung zum Ersatz der Zinsen, Früchte und Kosten, ist es dem Richter nicht allemal möglich, genau zu bestimmen, was geleistet werden soll, weil sie bisweilen bis nach dem Endurthel entrichtet werden müssen, und man nicht vorher weiß, wie lange Zeit darüber hingehen wird, ehe dem Urthel volle Genüge geleistet worden ist. Die Bestimmung, wie viel an Kosten ersetzt werden soll, geschieht durch Beziehung auf das Verzeichniß derselben, und auf die erfolgte richterliche Ermäßigung. Bey der Zuerkennung der Zinsen müssen die Procente, und der Tag, von welchem die Entrichtung der Zinsen geschehen soll, angegeben werden; denn nunmehr kann die Festsetzung der ganzen Summe leicht vorgenommen werden [p]). Die Zinsen des Verzugs werden von der Zeit des Verzugs an gerechnet, und nicht erst von dem Tage an, wo die Verbindlichkeit, solche zu entrichten, bewiesen oder der Erfüllungseyd geschworen worden ist [q]). Bey der Zuerkennung der Früchte muß gesagt werden, ob blos die wirklich erhobenen Früchte vergütet werden sollen, oder auch die zu erheben gewesenen Früchte, und von welcher Zeit an die Früchte zu berechnen sind. Bey unbestimmten Klagen muß der wirkliche Schade zuerkannt werden; bey einer bestimmten Klage aber darf nie mehr als das Doppelte, zur Vergütung der Interesse zugesprochen werden [r]).

Sollte ein Umstand im Urthel unbestimmt ausgedrückt worden seyn, so darf dieses Urthel nicht ausdehnend erklärt werden, sondern es muß auf das strengste verstanden und

o) L. 2. D. h. t. L. 6. §. 6. D. de conf.

p) L. 59. §. 2. D. de re iudic.

q) Hommel. Rhapf. Obf. 244.

r) L. vn. C. de fentent. quae pro eo etc.

erklärt werden [s]). Alsdenn kann das Urthel auf zweyerley, oder auf etwas Allgemeines, ohne die genauere Bestimmung anzugeben, gerichtet werden, wenn die Gesetze oder die Beschaffenheit der streitigen Sache, eine allgemeine, oder auf zweyerley Gegenstände gerichtete Klage zulassen oder vorschreiben. Rührt die alternative Verbindlichkeit aus einem Vertrage her, so darf nicht anders, als auf die eine oder die andere Verbindlichkeit erkannt werden. Geben die Gesetze das Recht, anstatt des einen das andere zu geben, so wird das Urthel auf die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit gestellt, und der Beklagte behält doch das Recht, sich durch Leistung der andern Verbindlichkeit von der Schuld zu befreyen [t]); wiewohl auch in diesen Fällen mehrentheils auf beyde Verbindlichkeiten gesprochen, und dem Beklagten die Wahl gelassen wird [u]). Eine solche gesetzliche alternative Verbindlichkeit war bey den Römern die Verbindlichkeit, anstatt den von dem Sclaven verursachten Schaden zu ersetzen, ihn selbst dafür hinzugeben. Alsdenn kann nicht gesagt werden, daß ein Endurthel auf etwas Ungewisses gerichtet worden ist, wenn der Richter dasjenige, was gebeten worden ist, beziehungsweise zuerkannt hat [x]).

Kein Urthel soll bedingungsweise ausgedrückt, sondern es muß vollkommen gewiß abgefaßt werden; jedoch ist diese Eigenschaft nicht wesentlich nothwendig [y]); denn so werden in summarischen Proceßsachen nicht selten bedingte Entscheidungen gegeben. Ein bedingter Befehl ist ebenfalls nichts anders, als ein bedingungsweise abgefaßtes Erkenntniß. Im Lokationsurthel bey Concursen kommen oft viele Bedingungen vor. Es ist deswegen ein Urthel, worin es heißt,

s) L. 15 et 16. D. de except. rei iudic. L. 1 et 2. C. si plures vna sentent. etc.

t) L. 6. §. 1. D. de re iudicata etc.

u) §. 1. Inst. de offic. iudic.

x) L. 5. §. 1. L. 59. §. 1. D. de re iudicata etc.

y) L. 37. D. de excusat. L. 1. §. 5. D. quando appelland.

heißt, würde Kläger (Beklagter) eydlich erhärten, daß ꝛc. kein unrichtig abgefaßtes Urthel. Wird ein nothwendiger Eyd auferlegt, es mag der Erfüllungseyd seyn oder der Reinigungseyd, so muß zugleich auf die völlige Verurtheilung nach dem Beweise, oder auf Entbindung von der Klage, unter der Bedingung des vorgeschriebenen Eydes im Urthel erkannt werden, und es darf nicht heißen: ferner darauf zu beschehen, was Recht ist; denn so drückt man sich aus, wenn die Sache noch nicht als beendigt angesehen werden soll. Nicht selten wird nach dem gemeinen Proceß folgendes Urthel gesprochen: würde Kläger (Beklagter), rechtlicher Gebühr nach erweisen, daß, u. s. f. — Diese, dem entbindenden oder verurtheilenden richterlichen Ausspruche hinzugefügte Bedingung, macht das Urthel zu einem bloßen Zwischenurthel. Unter beyden Bedingungen ist blos der Unterschied wesentlich, daß, wenn die Bedingung auf einen Eyd gegründet worden ist, kein Urthel weiter gesprochen werden darf, so bald der Eyd geschworen worden ist, sondern es wird nur die Erklärung gethan: da Beklagter (Kläger) den ihm aufgelegten Eyd wirklich geleistet, so ist es nunmehr bey dem gesprochenen Urthel zu lassen. Im andern Falle, wenn der aufgelegte Beweis nicht hinlänglich geführt worden ist, muß ein neues Erkenntniß abgefaßt werden.

In folgenden Fällen ist ein abgefaßtes Urthel als unheilbar nichtig zu betrachten; nämlich 1), wenn das Urthel dem klaren und buchstäblichen Inhalt der Acten zuwider ist [z]); 2) wenn es mit unbestrittenen Rechtsverordnungen streitet [a]), dieses mag nun das Object des Processes betreffen, oder die processualischen Vorschriften [b]). Ein Urthel

z) L. 6. §. 1. D. de offic. Praesid.

a) L. 27. et 32. D. h. t. L. 19. D. de appellat. L. 1. §. 2. D. quae sentent. etc.

b) L. 58. D. h. t. L. 1. C. de sent. ex pericul. recit. L. 3 et 4. C. de sentent. quae sine certa quant. L. 1. C. de except. rei iudic. L. 5. C. comminat. epist.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0689
DFG

ist 3) null und nichtig, wenn es wider einen rechtskräftigen Ausspruch anstößt [c]); daher gelten landesherrliche Rescripte nicht, wenn sie rechtskräftigen Erkenntnissen zuwider sind, sondern sie werden für erschlichen gehalten [d]). Eine wichtige Frage bey Erklärung der Urthel ist es, was der Richter bey Abfassung eines Urthels von richterlichen Amtswegen zu thun schuldig sey, und ob er auch auf Puncte sprechen dürfe, welche die Partheyen gar nicht gesucht haben. Es treten hier folgende Grundsätze ein. — 1) Auf Thatumstände darf der Richter nicht eher erkennen, als wenn sie wirklich in den Acten enthalten sind, weil er nur nach den Acten sprechen soll, wenn er auch eine ganz andere Kenntniß der Sache und Ueberzeugung hätte [e]); denn hier muß er als Zeuge auftreten. 2) Was aus den bewiesenen Thatumständen nach den gemeinen Rechten deutlich folgt, das muß zuerkannt werden, es mag darum gebeten worden seyn, oder nicht; was hingegen blos vermöge eines besondern Rechts, oder vermöge eines Privilegiums gefordert werden kann, das darf der Richter nicht anders zusprechen, als wenn die Parthey, deren Vortheil dieses besondere Recht begünstigt, darauf gesehen und es verlangt hat. Dieser Fall tritt z. B. bey dem beneficio ordinis ein. Blos im Concursproceß ist der Richter schuldig, iura singularia zu respectiren und darnach zu sprechen, wenn der Contradictor nicht darauf Acht gegeben hat; denn seine Nachläßigkeit darf den Gläubigern nicht schaden; und der Richter ist schuldig, von richterlichen Amtswegen für das Beste der Gläubiger Sorge zu tragen. Eben so ist es Pflicht des Richters, ein besonderes Recht zu suppliren, wenn solches sich auf ein verbietendes Gesetz gründet; welches der Fall bey dem Vellejanischen

c) L. 9. C. de sentent. et interloc. L. 1. C. sent. rescind. non posse etc. L. 6. C. de exc. rei iudic. L. 3. C. comminat. epist. c. 12. X. de sent. et re iudic.

d) L. 3. C. sent. rescind. non posse etc.

e) L. 31. pr. D. de reb. credit. L. 25. §. 8. D. de aedilit. edict. c. 1. X. de constit.

nischen Rathsschlusse ist; bey Kreditedicten für Soldaten und Studenten. 3) Ist eine Sache aus einem bestimmten Grunde eingeklagt worden, so hat der Richter von richterlichen Amtswegen blos darauf zu sehen, ob solcher auch gehörig bewiesen worden ist, oder nicht; gehört die Klage unter die generellen, so muß auf alles gesehen werden, was bis zum Endurthel vorgetragen worden ist [f]). Unter dieser Bestimmung ist der Satz zu nehmen, „das Urthel muß der Klage gemäß seyn;“ und er wird ganz falsch verstanden, wenn man ihn ausdehnend erklärt, und sich blos nach der Klage richten will [g]).

Eine interessante hierher gehörende Frage ist es ferner: ob der Kläger verurtheilt werden dürfe? — Nach dem alten römischen Rechte, wo es blos auf die Formel der Klage und Litiskontestation ankam, ging es nicht an. Bey uns gelten folgende Grundsätze [h]). — 1) Der Kläger kann zum Ersatz der Kosten verurtheilt werden, und zur Vergütung des durch eine muthwillige Klage verursachten Schadens. 2) In der Widerklage kann der Kläger verurtheilt werden. 3) Bey Klagen, wobey das arbitrium iudicis statt findet, kann der Kläger verurtheilt werden. Außer diesen Fällen geht es nicht an, daß der Kläger, wenn er eine ganz bestimmte Klage angestellt, wogegen der Beklagte bloße zerstörliche Einreden vorgeschützt und bewiesen hat, in der Hauptsache zu etwas verurtheilt werden kann. Einige Rechtslehrer haben zwar zu behaupten gesucht, der Kläger könne auf seine ganz bestimmt angebrachte Klage selbst verurtheilt werden, nämlich in der sogenannten Contravindikation; ihr Beweis aus Gesetzen [i]) ist aber ungegründet, und es heißt darin, wenn der Kläger weniger

f) c. 3. de sentent. et re iud. in 6to.

g) L. 18. D. communi diuid. Leyser Spec. 468.

h) L. 14. C. de sentent. et interlocut. c. 2. X. de ord. cognit.

i) Arg. §. 34. Inst. de action. L. 1. C. de plus petit.

gebeten, so soll ihm der Richter dennoch alles zusprechen, was ihm nach den Gesetzen zukommt; auch ist die Constitution des Zeno, worauf sich Justinian beruft, nur auszugsweise in der L. . C. de plus petit enthalten k).

Von dem Einrücken der Zweifels- und Entscheidungsgründe in das Urthel selbst ist folgendes zu bemerken. Es ist ganz zweckwidrig, wenn die Entscheidungsgründe in das Urthel selbst mit herein gezogen worden sind l). Es ist schädlich, die Entscheidungsgründe in das Endurthel einzurücken, und zwar 1) deswegen, weil sie mit dem Urthel selbst rechtskräftig werden, wodurch die Parthey oft genöthigt wird, wider ein Urthel ein Rechtsmittel einzuwenden, das sie nicht angefochten haben würde, wenn die Zweifels- und Entscheidungsgründe nicht darin stünden, damit der nachtheilige Entscheidungsgrund nicht in die Rechtskraft übergeht, und der Gegner daraus schädliche Consequenzen ziehen könnte. An dieser Geld- und Zeit- verderbenden Weitläuftigkeit ist der Richter durch diese unrichtige Methode schuld. 2) Kann die Einrückung der Entscheidungsgründe in das Urthel dadurch nachtheilig werden, daß der Schriftwechsel im Proceß nunmehr außerordentlich weitläuftig und die Sache schwerer zu übersehen wird. Die Advokaten stellen jeden Entscheidungsgrund als ein eigenes Gravamen wider das Urthel auf, schreiben darüber sehr viel, und vergrößern die Acten ohne Noth. Es geräth auch der Advokat mit dem Richter, dessen Entscheidungsgründe er widerlegt, in einen Streit. Der gegentheilige Advokat übernimmt die Vertheidigung des Richters, und sucht die angeführten Entscheidungsgründe als richtig darzustellen. Es ist auch nicht leicht möglich, bey schweren Processen alle Entscheidungsgründe im Urthel anzugeben; denn wie lang würde hier ein Urthel werden, wodurch die Deutlichkeit des Urthels,

k) Leyser Spec. 468. Med. 37. Vinnius ad §. 34. Inst. de action.

l) L. 59. pr. D. h. t. c. 16. X. de sentent. et re iudic.

thels, welches die Hauptsache dabey ist, schlechterdings leiden müßte. Führt man nur einige Gründe im Urthel an, die der Urthelsverfasser als die Hauptgründe ansieht, so kann der Advokat desto leichter ihre Schwäche ausführen, und viel Zweifelsgründe dagegen angeben. Man wendet zwar ein, die Partheyen würden oft durch das Einrücken der Entscheidungsgründe in das Urthel bewogen, kein Rechtsmittel gegen das Urthel einzuwenden, weil sie von der Gesetzmäßigkeit des Urthels zu sehr überführt worden. Dieser Fall ist aber gewiß äußerst selten; denn die Advokaten suchen einmal die Processe so lange aufzuhalten, als möglich, um nur Geld zu verdienen.

In einigen Fällen wird es von den Rechtsgelehrten für nützlich erklärt, in den Ausspruch des Richters die Entscheidungsgründe einzurücken, und zwar 1), wenn die Parthey einen Fehler wider die Regeln des Processes begangen hat; z. B. es ist eine fehlerhafte Klage übergeben worden, oder der Beklagte hat sich ganz falsch auf die Klage eingelassen. Hier ist es gut, wenn der Richter die Entscheidungsgründe angiebt, warum die Klage angebrachtermaßen zu verwerfen sey; auf welche Umstände der Klage eine bessere Einlassung vorgenommen werden müsse. 2) Ist es nöthig, in das Urthel die Entscheidungsgründe einzurücken, wenn der Unterrichter die Zuläßigkeit der Appellation mit Recht verworfen hat; denn hier sieht der Oberrichter sogleich, ob der Unterrichter berechtigt gewesen, über die Zuläßigkeit der Appellation zu erkennen, oder nicht. 3) Muß der Richter die Entscheidungsgründe im Urthel oder Bescheid selbst angeben, wenn er etwas verordnet hat, welches dem ersten Anscheine nach nicht hätte verfügt werden sollen, denn nun zeigt der Richter gleich selbst, daß er mit Recht so entschieden habe.

Die Folgen eines **rechtskräftigen** Urthels bestehen darin, daß nunmehr dasjenige, was rechtskräftig erkannt worden ist, für eine solche Wahrheit gehalten wird, welche nicht mehr umgestoßen werden darf, so daß das Urthel weder durch landesherrliche Verfügungen, oder wegen neu entdeckter

deckter Urkunden ungültig gemacht werde, noch das Bezahlte durch die Klage, daß man etwas geleistet, wozu gar keine Verbindlichkeit da war, zurück gefordert werden kann [m]). Weil ein Urthel so drückende Wirkungen hervorbringt, so darf die Kraft desselben auf keine Person erstreckt werden, auf die es nicht geht. Es verbindet ein Urthel nur diejenigen Personen, unter welchen der Proceß geführt worden ist [n]); jedoch geht es an, daß wider verschiedene Personen, in der nämlichen Sache, Urthel gesprochen worden, die sich zu widersprechen scheinen [o]).

Es giebt viele Ausnahmen von der Regel, daß ein Urthel nur die streitenden Theile verbinde; denn oft müssen auch dritte Personen ein Urthel respectiren, darüber sie nicht gestritten haben. Dieser Fall tritt ein, 1) wenn mit dem rechten Beklagten ein Proceß über den Stand einer Person geführt worden ist, wobey kein Betrug begangen worden; es gründet sich auch das Urthel über den Stand nicht blos auf den begangenen Ungehorsam. In diesem Falle kann das jetzige rechtskräftige Urthel allen nachher angestellten Klagen, die wegen des nämlichen Standes von andern Personen angestellt worden sind, deswegen entgegen gesetzt werden, weil der Stand der Person anklebt, und weil wir die Regel haben: wofür Jemand einmal rechtskräftig erklärt worden ist, dafür muß er nun auch in der Folge von einem Jeden andern angesehen und gehalten werden, folglich verbindet ihn auch das rechtskräftige Urthel [p]). Alsdenn

m) L. 25. D. de statu hominum. L. 65. §. 2. D. ad Sctm. Trebell. L. 207. D. de reg. iur. L. 1 et 2. C. h. t. L. 35. D. eod. tot. tit. Cod. sent. rescindi non posse etc.

n) L. 1. D. de exc. rei iudic. tot. tit. Cod. res int. alios acta etc. L. 1. C. quib. res iudic. non noc. L. 50. §. 1. D. de legat. I. c. 17. X. de sent. et re iudic.

o) L. 15. §. 2. D. de inoffic. test.

p) L. 25. D. de statu homin. L. 17. D. de iure patron. L. 27. §. 1. D. de liberali causa. L. 3. D. de collus. detteg. L. 17. §. 1. D. de inoffic. test. L. 1. §. vlt. L. 2. L. 3. pr. D. de

denn machten die Römer von dieser Regel eine Ausnahme, wenn Jemand als ein Sclave in Anspruch genommen worden war, entweder von mehrern Klägern, von denen jeder ihn als Eigenthümer forderte, oder vom Niesbräucher, oder vom Pfandgläubiger, oder von mehrern gemeinschaftlichen Eigenthümern [q]). Ein rechtskräftiges Urthel erstreckt 2) seine Kraft gegen eine dritte Person, wenn über eine untheilbare Sache gestritten worden ist [r]), oder wenn derjenige, der die Klage hätte als die Hauptperson anstellen sollen, einen andern wissentlich klagen läßt; oder der sich in den Proceß zu mischen schuldig war, dieses aber nicht that, welches bey dem Vermächtnißnehmer oder Fideikommissarius der Fall ist, wenn das Testament angefochten worden ist [s]). In Gesetzen heißt es: wenn der Erbe durch seine Nachläßigkeit, oder durch Unrecht, das ihm zugefügt worden, den Proceß verlohren hat, so soll das dem Vermächtnißnehmer nicht schaden; auch ist es der Frau nicht nachtheilig, wenn der Ehemann durch seine Schuld den Proceß über ihren Brautschatz verlohren hat [t]). Ein rechtskräftiges Urthel gereicht demjenigen Theilnehmer, der unvermeidlich verhindert wurde, sich in einen Proceß zu mischen, gegen Erstattung der auf seinen Antheil kommenden Kosten ebenfalls zum Vortheil [u]). Wir haben ferner die Regel bey der Ausdehnung eines rechtskräftigen Urthels auf dritte Personen: wenn ich denjenigen überwunden habe, der dich über-

de agnosc. vel alend. lib. L. 14. D. de appellat. L. 5. C. de pignor. et hyp.

q) L. 8. §. 2. L. 9. L. 42. D. de liber. causſa.

r) L. 2. §. 1. D. de ſtipulat. Praetor. L. 1 et 2. C. ſi vnus ex plurib. appellau. c. 72. X. de appellat.

s) L. 44. et 63. D. h. t. L. 11. §. 3. L. 28. D. de exc. rei iudic. L. 14. D. de appellat.

t) L. 50. D. de legat. I. L. 71. §. 3. D. de condit. et demonſtr.

u) L. 7. L. 39. D. famil. erciſc.

überwindet, so habe ich dich selbst überwunden [x]). Daher muß sich der Obereigenthümer das Urthel gefallen lassen, welches wider den Lehnmann gesprochen worden, oder wider den Erbzinsmann; nur darf kein Betrug gespielt worden seyn, auch darf ein Proceß nicht blos wegen eines begangenen Ungehorsams gesprochen worden seyn [y]). Ferner ist auch nothwendig, daß hauptsächlich über einen Punct gestritten und erkannt worden ist; nicht etwa blos beyläufig; ein solches Urthel darf auch nicht ausgedehnt, sondern es muß vielmehr einschränkend und auf das strengste erklärt werden [z]).

Der Herr von Leyser [a]) schreibt: ein rechtskräftiges Urthel schadet und nützt demjenigen, welcher von demjenigen sein Recht herleitet, der den Proceß geführt hat. Wenn die Rechte zweyer Personen so mit einander verknüpft sind, daß das eine Recht von dem andern Rechte abhängt, und die eine Person führt nur den Proceß, so schadet das in diesem Proceß gesprochene rechtskräftige Urthel nur alsdenn, wenn die andere Person von dem Proceß Nachricht hatte, und sie schwieg doch dazu stille [b]). Ist daher mehrern Erben die Aufforderung zur Vertretung von dem Käufer richtig zugeschickt worden, es erscheinet aber nur einer von ihnen, so müssen sich die übrigen Miterben das rechtskräftige Urthel gefallen lassen [c]).

Wegen eines vorhandenen rechtskräftigen Urthels kann die Einrede des vorhandenen rechtskräftigen Urthels gebraucht

x) L. 14. §. 3. D. de diuers. tempor. praescript.

y) L. 14. D. de appellat. L. 3. §. 1. D. de praeuaric. L. 5. C. de pignor. et hyp. L. 17. §. 1. D. de inoffic. test. L. 1. §. 1. L. 3. pr. D. de agnosc. vel alend. liber. II. Feud. 43.

z) L. vn. C. de sit. cont. L. pen. D. de his qui sui vel alieni iuris. L. 5. §. 9. D. de agnosc. vel alend. lib. L. 15 et 16. D. de exc. rei iud. L. 1 et 2. C. si plures vna sent.

a) Leyser Spec. 471 et 472.

b) L. 63. D. de re iudic. c. 25. X. de sent. et re iudic.

c) L. 12. L. 62. §. 1. D. de euiction.

gebraucht werden, der jetzige Proceß muß aber über die nämliche Klage geführt werden, wenn sie sich auf einen besondern Rechtsgrund gründet, oder wenn die Sache im Allgemeinen eingeklagt worden ist [d]). Desgleichen muß der Proceß den nämlichen Gegenstand der Klage [e]) betreffen, und der Regel nach die jetzt streitenden Personen, oder ihre Nachkommen angehen [f]). Sogar alsdenn, wenn schon wider mich in dieser Sache erkannt worden ist, ich klage aber nunmehr als Erbe, weil mein Erblasser an meinem Proceß keinen Antheil gehabt hat, kann mir die Einrede des rechtskräftigen Urthels nicht entgegen gesetzt werden. Hingegen kann derjenige, der vorher als Nichtbesitzer von der Klage entbunden worden, nach der Zeit wird er aber Besitzer dieser streitigen Sache, sich nun nicht durch die Einrede des rechtskräftigen Urthels schützen [g]). Uebrigens erstreckt ein rechtskräftiges Urthel, welches in dem einen Lande gesetzmäßig abgefaßt und bekannt gemacht worden ist, seine Rechtskraft auch in allen auswärtigen Gegenden und Ländern, wenn es nur nicht mit der Landesverfassung streitet.

§. 1794.

Ist ein Urthel rechtskräftig und der Beklagte darin zu etwas verurtheilt worden, so muß er dem Urthel Folge leisten,

d) L. 12. §. 2. D. ad exhib. L. 3. C. eod. L. 11. §. 1. 2. 4. 5. L. 13. L. 14. pr. et §. 2 et 3. L. 15. L. 16. L. 19. L. 21. §. 3. L. 25. §. 1 et 2. L. 27. L. 29. §. 1. L. 31. D. de exc. rei iudic.

e) L. 63. in fine D. h. t. L. 3. 5. 7. §. 11. §. 6. L. 12. 13. 14. 20. 21. pr. §. 1. 2. L. 22. 23. 26. 27. 30. pr. D. de exc. rei iudic. L. 3. C. ad exhib. L. 1. C. si ex fals. instr. L. 2. de except. in 6to. L. 28. §. 4. 6. 7. D. de iniur.

f) L. 6. §. 3. D. h. t. L. 3. 4. 9. 10. 11. §. 7. et 10. L. 21. §. 4. L. 22. L. 25. pr. §. 2. L. 29. pr. D. de exc. rei iudic. L. 1. C. quib. res iudic. non noc. L. 1. 2. 3. C. int. alios acta c. 17. X. de sent. et re iudic.

g) L. 10. D. de except. L. 14. §. 1. L. 17 et 18. D. de except. rei iudic. c. 13. X. de except.

leisten, oder der Sieger bittet beym Richter um die Vollstreckung des Urthels. Die Vollstreckung des Urthels ist diejenige Handlung des Richters, durch welche mittelst der in den Gesetzen angeordneten Zwangsmittel dasjenige, was rechtskräftig zuerkannt worden ist, und doch freywillig nicht geleistet wird, zur Erfüllung gebracht wird. So lange noch kein rechtskräftiges Urthel vorhanden ist, darf der Richter nicht zur Exekution schreiten; auch alsdenn nicht, so lange die dem verdammenden Urthel beygefügte Bedingung noch nicht erfüllt ist. Eine solche Bedingung ist der aufgelegte Eyd, welcher erst geschworen werden muß, oder wenn ein Beweis nachgelassen worden ist [h]).

Die Exekution des rechtskräftigen Urthels kann aufgehalten werden, durch ein vom Landesregenten erhaltenes **Moratorium**, oder einen sogenannten **Anstandsbrief**. Vermöge desselben werden die Schuldner, welche auf die Exekution dringen, genöthigt, mit ihrer Befriedigung noch einige Zeit in Geduld zu stehen. Wenn Jemand durch Unglücksfälle in solche Umstände gekommen ist, daß er durch die wider ihn vorgenommene Hülfsvollstreckung ganz verarmen würde, so muß er diese Unglücksfälle beybringen, und den Regenten zu Ertheilung eines Anstandsbriefes zu bewegen suchen.

Man kann die Exekution aufhalten durch die sogenannte cessio bonorum, wovon bey der Lehre vom Concurs der Gläubiger das Nöthige vorkommen wird.

Durch die **Hauptintervention** kann eine gesuchte Hülfsvollstreckung hintertrieben werden, wenn der Intervenient sogleich zu beweisen im Stande ist, daß er durch die geschehene Exekution um sein Recht kommen würde. Dieser Fall tritt ein, wenn Jemand beweist, die als Gegenstand der Exekution angegebene Sache sey sein Eigenthum, und nicht des ausgeklagten Schuldners [i]).

Endlich

h) Der Hr. GJR. Gelze in der Anleitung zur juristischen Praxis, S. 505.

i) WERNHER Obs. Part. VII. Obs. 176.

Endlich giebt es auch Einreden, wodurch die Exekution des Urthels aufgehalten werden kann, und diese sind entweder wider die Ausführung der Exekution gerichtet, oder sie sind auf die Nichtigkeit des rechtskräftigen Urthels gegründet, oder man verlangt die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, oder man zeigt dadurch die bereits geschehene Tilgung der Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung die Exekution gesucht wird, oder man sucht die Rechtswohlthat des nothdürftigen Unterhaltes [k]).

Die Zwangsmittel, wodurch eine Vollstreckung des rechtskräftigen Urthels gesucht wird, werden in ordentliche und außerordentliche eingetheilt. Als ordentliche Zwangsmittel der Hülfsvollstreckung eines rechtskräftigen Urthels sind zu betrachten, 1) Strafbefehle, 2) die gerichtliche Auspfändung, 3) die Abnehmung der erstrittenen beweglichen Sache, 4) die gerichtliche Einweisung in das unbewegliche Vermögen des Schuldners, 5) die Auction und Subhastation, 6) die Beschlagung ausstehender Schulden. Für außerordentliche Zwangsmittel der Hülfsvollstreckung, das heißt solche, welche erst alsdenn gebraucht werden dürfen, wenn durch die ordentlichen Zwangsmittel der Zweck der Exekution nicht erreicht werden kann, sind zu halten, 1) die Einlegung der Wache, 2) das Anhalten des Schuldners zur Arbeit, 3) der persönliche Arrest des Schuldners.

Bey dem Gebrauch dieser Zwangsmittel muß der Richter beständig auf die Billigkeit Rücksicht nehmen, wenn die Gesetze nicht ausdrücklich vorschreiben, was in dem vorkommenden Falle geschehen soll; und deswegen darf er kein drückendes Zwangsmittel brauchen, wo durch ein gelinderes der Endzweck der Hülfsvollstreckung ebenfalls erreicht werden kann. Es ist ungerecht, solche Sachen bey der Auspfändung wegzunehmen, die nicht leicht einen Käufer finden,

k) L. 17. §. 2. D. soluto matr. L. 41. §. 2. D. h. t.

den, da doch andere da waren, welche eher ins Geld gesetzt werden können l).

Der Richter darf nicht von Amtswegen zur Hülfsvollstreckung des rechtskräftigen Urthels schreiten, sondern er muß erst von dem Kläger schriftlich darum gebeten werden. Noch weniger darf sich ein Kläger selbst helfen; ist es aber geschehen, so wird diese Selbsthülfe nicht so scharf bestraft, wie es sonst geschieht m). Fehlt es dem Urthel an der genauesten Bestimmung, was der Beklagte leisten soll, so wird vor der Exekution eine Liquidation vorgenommen, und ein terminus constituendi liquidi angesetzt. Die Liquidation der rechtskräftig zuerkannten Forderung ist nöthig, 1) wenn der Beklagte zum Ersatz der Zinsen und der Proceßkosten verurtheilt worden ist, ohne daß die Summe im Urthel selbst deutlich ausgedrückt worden ist. 2) Wenn der Beklagte zur Herausgabe einer ganzen Erbschaft oder eines Theils der Erbschaft, nach einem richtigen Inventarium, oder einer eydlichen Specification verurtheilt worden ist. 3) Wenn der Beklagte von einer geführten Verwaltung Rechnung ablegen soll. 4) Wenn Schäden vergütet werden sollen.

Bey der Liquidation des zuerkannten Kapitals, der Zinsen und Proceßkosten kommen folgende Handlungen vor. Der Kläger ist schuldig eine Rechnung zu übergeben, worin nicht nur das schuldige Kapital auf das genaueste angegeben worden ist, sondern es muß auch der Betrag der rückständigen Interessen einzeln angegeben werden; und sodann die Proceßkosten, welche der Beklagte wieder erstatten soll. Ist bereits etwas auf die Schuld abgetragen worden, so wird die ganze Summe abgerechnet, aber der Regel nach nicht vom Kapital, sondern von den Interessen. Bey der Kostenliquidation werden alle Summen, welche unter die Proceß-

l) Hr. GJR. Oeltze in der Anleit. zur gerichtl. Praxis, S. 599.

m) L. 6. §. 2. D. de re iudic.

Proceßkosten gehören, einzeln angeführt. Ist die wirkliche Verwendung einer liquidirten Post sogleich aus den Acten zu erweisen, so bezieht man sich auf die Stelle, wo das Nöthige vorkommt. Liegt das Beweismittel der liquidirten Summe nicht in den Acten, so muß der nöthige Beweis beygelegt werden, z. B. die Quittung für bezahltes Fuhrlohn, um die Reise zu machen.

Die Berechnung der Hauptschuld bey Geldposten ist leicht zu machen. Es ist dabey vorzüglich darauf zu sehen, ob nicht etwa eine abschlägliche Zahlung zuerst von den Zinsen abzurechnen sey, weil alles, was unbestimmt auf Abschlag bezahlt wird, auf die Zinsen gerechnet werden kann. Es ist nicht nöthig, die Zinsen einzeln zu berechnen, sondern schon hinreichend, wenn der Tag der Verfallzeit und der Zinsfuß angegeben wird; nämlich vier oder fünf Procent. Sie laufen bis zu dem Tage, wo die völlige Zahlung geschehen ist, und bis dahin darf bloß die Rechnung gemacht werden. Verzugszinsen können nicht durch eine besondere Klage gefordert werden, wenn das Kapital bereits bezahlt worden ist n).

Die Kosten des Processes werden am bequemsten nach der Lage der Acten dergestalt angeführt, wie die gerichtlichen und außergerichtlichen auf einander folgen, damit der Referent, der die Acten bey der Prüfung des Unkostenverzeichnisses durchgehen muß, nicht nöthig hat, beständig hin und her zu blättern, da es die Gesetze vorschreiben, daß die gerichtlichen Proceßkosten, wenn sie wirklich aufgewendet worden sind, und sie nothwendig erfordert wurden, ohne Abzug wieder bezahlt werden müssen o). Die bereits während des Laufs des Processes zuerkannten und gemäßigten Proceßkosten sind wie ein Capital anzusehen, und davon müssen Zinsen bezahlt werden, welche von der Zeit an in

n) L. 49. §. 1. D. de action. emt. vendit.

o) L. 13 et 15. C. de iudic. tot. tit. Inst. de poena temere litig. tot. tit. Cod. de fructib. et litis imp. tot. tit. Cod. de sport.

Rechnung kommen, wo das Urthel rechtskräftig war, in dem sie zuerkannt worden. Man führt dergleichen Kosten an eben der Stelle an, wo das ausgeklagte Capital angeführt wird. Die Kosten der Hülfe werden eben so erstattet, wie die Kosten vergütet werden müssen, die Jemand durch seinen Ungehorsam verursacht hat, und es kommt hierbey nichts darauf an, ob die Kosten der Hauptsache verglichen worden sind, oder nicht. Betragen die Proceßkosten keine große Summe, so kann sie der Richter sogleich mäßigen, ohne daß er erst den Gegentheil darüber hört. Wenn die angesetzten Proceßkosten eine große Summe enthalten, so muß der Gegentheil vor ihrer richterlichen Ermäßigung erst mit seinen Erinnerungen gehört werden [p]), jedoch kann auch dem Kläger der Eyd abgefordert werden, daß er wenigstens so und so viel Proceßkosten gehabt habe [q]). Bey der Mäßigung der Proceßkosten kommt es vor allen Dingen darauf an, ob sie wirklich nöthig waren, oder nicht. Ist das letzte, so werden sie ganz verworfen; im ersten Falle aber sind sie vor allen Dingen mit der Taxordnung zu vergleichen, und hier kann nichts abgezogen werden, wenn sie damit übereinstimmen. Bestimmt die Taxordnung gar nichts darüber, so muß der Richter auf die Arbeit sehen, welche der Advokat bey einer Schrift gehabt hat. Unnöthige Weitläuftigkeit wird nicht vergütet [r]). Die Reisekosten bestimmt der Richter nach dem Stande der Person [s]).

Ueber das Liquidationsverfahren wird ein Urthel gesprochen. Hier muß sich der Referent vor allen Dingen durch Lesung der Klage, der rechtskräftigen Urtheile und Bescheide und aller Actenstücke, die zur richtigen Einsicht der

p) Deput. Absch. vom J. 1600. §. 136.

q) L. 13. §. 6. C. de iud. Nov. 82. cap. 10.

r) L. 1. §. 10 et 12. D. de extraord. cognit.

s) L. 15. §. 2 et 3. D. h. t. L. 4. Cod. de fruct. et lit. expens.

der Sache etwas beytragen, wohin hauptsächlich das Liquidationsverfahren gehört, zu belehren suchen, wozu der Beklagte eigentlich verurtheilt worden, und was er folglich an Capital, Zinsen und Proceßkosten abtragen muß. Solche Posten, worüber die Partheyen einig sind, dürfen nicht erst weitläuftig vorgetragen werden, sondern blos diejenigen, worüber Streit ist, muß sich der Referent anzeichnen, und Gründe und Gegengründe in den Extract eintragen. Findet sich bey der Hauptforderung, nach welcher sich auch die Zinsen und Verzugskosten richten, eine Münzdifferenz; so muß solche entweder nach Maaßgabe der Münzgesetze bestimmt werden, oder man erkennt auf das Urthel eines verpflichteten Sensals oder Mäklers [t]). Hat der Beklagte Einreden und Erinnerungen vorgeschützt, oder er hat auf das vorgebrachte Liquidum entweder gar nicht geantwortet, oder nur euentualiter, oder blos auf einige Posten der geschehenen Liquidation, so muß vor der Exekution ein Urthel abgefaßt werden. Hier kommen die Einreden in Betracht, wodurch der Beklagte die Exekution ganz zu vereiteln sucht, und findet der Referent die vorgeschützte Einrede so gegründet, daß die Exekution ausgesetzt werden kann, so muß der Exekutionstermin wieder aufgehoben werden. Ist hingegen die Einrede unbewiesen, oder eine solche, welche bereits rechtskräftig verworfen ist, so wird sie im ersten Fall zur besondern Ausführung verwiesen, im zweyten aber als gänzlich unstatthaft verworfen. Hat der Beklagte den Proceß durch unstatthafte Einreden verzögert, und weder Erinnerungen gegen die Liquidation vorgebracht, noch solche für richtig anerkannt, so wird die Einrede verworfen, und die Liquidation für richtig und anerkannt erklärt; oder wenn sich bey dem einen oder dem andern Ansatze eine Unrichtigkeit findet, oder es ist zu viel angesetzt worden, oder ein Rechnungsfehler vorhanden, so wird der Fehler verbessert [u]),

t) Püttmanns Referirkunst, S. 116.

u) Hr. Geh. Justitzrath Oelze in der gerichtl. Praxis, S. 530.

und die Summe festgesetzt, welche von dem Beklagten erstattet werden soll. Das Urthel wird folgendergestalt abgefaßt: — Auf konstituirtes Liquidum, darwider vorgeschützte Einreden und ferner Verfahren ꝛc. ꝛc. — erkennen wir: dieweil die Fol. 110. Volum. C. angegebenen Compensationskosten nicht liquid sind, mithin gegen die decretirte Exekution nicht statt finden, so ist Beklagter Einwendens ungehindert, das Fol. 100 b. Volum. C. konstituirte Liquidum von 1000 Rthlrn. 12 Gr. dem Kläger bey Vermeidung der Hülfe zu bezahlen, sowohl die nachher von Fol. 99. Volum. C. fernerhin aufgelaufenen Unkosten, von welchen die Fol. 159. unter Nr. I. et II. angesetzten Advokatengebühren auf 30 Rthlr. 16 Gr. hiermit moderirt werden, demselben zu erstatten schuldig; es bleibt ihm aber die vorgeschützte Compensation besonders an und auszuführen unbenommen.

Im Urthel über die vorgebrachten Einreden gegen die Exekution, pflegt man der Kürze wegen die verschiedenen Erkenntnißpunkte, mit eben den Zahlen oder Buchstaben von einander zu unterscheiden, unter welchen die Posten in den Acten vorkommen, und bringt diejenigen Punkte, welche auf gleiche Weise abgeurtheilt werden, an eine Stelle zusammen x), folgendergestalt — daß Beklagter Einwendens ungehindert, von den unter Nummer I. Fol. 200. Volum. C. liquidirten Posten die mit c. f. g. bezeichneten, nebst den unter Nummer III. Fol. 240. Volum. F. specificirten Advokatengebühren, welche auf 30 Rthlr. 14 Gr. hiermit moderirt werden, dem Kläger bey Vermeidung der Hülfe zu erstatten schuldig; hingegen wird derselbe mit den unter Nummer II. Fol. 300. Vol. C. ingleichen unter Nummer I. angesetzten und 229 b. bemerkten Posten billig verschonet.

Wenn über eine Erbschaft gestritten worden, und sie soll nun heraus gegeben werden, so ist die Liquidation derselben mit viel Mühe verknüpft. Hat der Beklagte weder ein

x) Hr. Geh. Justizrath Gölze a. a. O. S. 531.

ein richtiges Inventarium übergeben, noch eine eydliche Specification eingereicht, so muß der Kläger seinen hierunter begangenen Ungehorsam anklagen, und bitten, daß dem Beklagten dieses auferlegt werde, mit der Verwarnung, daß widrigenfalls der Kläger zum Verzeichniß, nicht allein des zur Zeit des Todes vorhanden gewesenen Vermögens gelassen werden solle, sondern auch zur Angabe der Früchte, Schäden, und des Zuwachses nach dem Bestimmungseyde y). Der Beklagte hat nicht das Recht, von dem Kläger zu verlangen, daß er die Erbschaft wider seinen Willen mittelst Eydes angebe z). Ist wirklich ein Erbschaftsinventarium aufgesetzt worden, der Beklagte behauptet aber, er besitze es nicht, so muß er beweisen, daß es verlohren worden sey, oder den Verlust eydlich erhärten, und der Kläger kann nicht gezwungen werden, sich, ohne daß dieser Beweis geführt worden, mit dem eydlichen Verzeichnisse der Erbschaft abweisen zu lassen. Macht der Beklagte keine Schwierigkeit, dem Urthel, worin ihm die Abtretung der Erbschaft aufgelegt worden, sogleich Folge zu leisten, so bezieht er sich in seiner eingereichten Schrift auf das condemnatorische Urthel, und legt das Güterverzeichniß bey. Muß noch verschiedenes zum Güterverzeichniß nachgetragen werden, so werden diese Sachen in einem besondern Verzeichnisse, nach der Ordnung der Rubriken des Güterverzeichnisses Stück für Stück angeführt. Ist eine oder die andere Sache, die in dem Inventarium aufgezeichnet worden ist, nicht mehr vorhanden, so müssen alle diese Stücke ebenfalls in einer besondern Beylage, eins nach dem andern, jedoch nach der Ordnung des Inventariums, mit Zurückweisung auf die Rubrik und die Nummer, angeführt, und dabey gesagt werden, daß selbige entweder aus

y) L. 71. D. de rei vindic. L. 1 et 2. C. de in lit. iureiur. Wernher Part. VIII. Obs. 434. Cramers Nebenst. Thl. 66. S. 28.

z) L. 71. D. de rei vindic. Leyser Spec. 146. Med. 4. de Pufendorf Obs. Tom. III. Obs. 124.

Noth und im guten Glauben verkauft worden, in welchem Falle man sich zur Erlegung des Kaufgeldes anbietet; oder der Beklagte muß zeigen, daß das fehlende Stück ohne sein Verschulden verlohren gegangen ist, oder daß er es nach Urthel und Recht herausgeben müssen. Ist der Beklagte schuldig, auch die Früchte der Erbschaft herauszugeben, so muß der Kläger solche ebenfalls anführen, und zu dem Ende übergiebt er eine besondere Berechnung. Er thut aber besser, er verlangt die Taxation, und in diesem Falle müssen Schätzer vorgeschlagen, und die Grundsätze angegeben werden, wie die Taxation geschehen soll [a]). Endlich erbietet sich der Beklagte zur Abtretung der Erbschaft, und ersucht das Gericht einen Termin dazu anzusetzen. Ist der Beklagte schuldig, die im Besitz gehabte Erbschaft herauszugeben, so thut er am besten, er macht, daß er die sämmtlichen Sachen dem Kläger abliefert, und es dahin bringt, daß solcher in die Verzögerung der Annahme, mora accipiendi, versetzt wird, weil der Beklagte sonst für alle zu erheben gewesene Früchte, fructus percipiendi, ja so gar für die Unglücksfälle verantwortlich wird [b]). Wird gar nicht über die abzuliefernden Erbschaftssachen gestritten, so kann die Ablieferung der Erbschaft außergerichtlich geschehen.

Kann der Beklagte Auslagen oder Verbesserungskosten fordern, so muß er solche ebenfalls auf einer besondern Beylage vorbringen, und sie genau und umständlich unter fortlaufenden Zahlen anführen. Zu dem Ende muß er alle Umstände so vortragen, wie eine Klage eingerichtet wird, und am Schluß des Vortrags um Ersatz bitten. Jeder Besitzer kann die Unkosten, welche auf die Erhebung der Früchte verwendet werden müssen, in der Berechnung als Auslagen anführen, oder es wird bey der Schätzung Rücksicht

a) Hr. Hofr. Claproth im ordentl. Proceß, 2ter Thl. S. 693.

b) L. 17. D. ad exhibend.

ſicht darauf genommen [c]). Auch alle andere Anſprüche müſſen nach den Regeln, wie eine Klage vorgetragen wird, beſonders und deutlich angeführt werden. Wenn gleich der Beklagte zur Sicherheit der gehabten Auslagen, das Zurückbehaltungsrecht an den Erbſchaftsſachen ausüben, oder die Einrede der offenbaren Unbilligkeit entgegen ſetzen kann; ſo würde er ſich doch oft ſehr ſchaden, wenn er ohne Unterſchied die ganze Erbſchaft ſo lange zurück behalten wollte, bis er wegen ſeiner Forderungen befriedigt worden iſt. In den mehreſten Fällen muß der Beklagte mehr an Früchten zurück geben, als ſeine Auslagen betragen, folglich kann hier keine Frage von dem Retentionsrecht an der Erbſchaft ſeyn. Sollte man auch wirklich noch das Retentionsrecht ausüben können, ſo thut man immer beſſer, man läßt ſich Sicherheit wegen des Erſatzes der gehabten Auslagen beſtellen, und liefert nunmehr die Erbſchaftsſachen ab, damit man nur nicht länger die Verbindlichkeiten eines Verwalters einer fremden Sache zu erfüllen hat. Hat man ſich wegen des Erſatzes dieſer Auslagen Sicherheit beſtellen laſſen, ſo klagt man aus dieſem Verſprechen; fehlt es hieran, ſo kann keine beſondere Klage deswegen angeſtellt werden, wenn die Erbſchaftsſachen einmal abgeliefert worden ſind [d]).

Das übergebene Erbſchaftsverzeichniß, die Berechnung der Nutzungen, und die dazu gehörenden Beylagen werden dem Kläger durch den Richter zugefertigt, und ihm aufgelegt, er ſolle ſeine Beantwortung in der vorgeſchriebenen Friſt ſchriftlich einreichen. Fehlt es der von dem Beklagten eingereichten Schrift an Deutlichkeit und Ordnung, ſo wird ſie ihm zurück gegeben und er wird angewieſen, die Fehler zu verbeſſern. Sieht der Richter bey ſolchen Angelegen-

c) L. 36. §. vlt. D. de hered. petit. L. 51. D. famil. erciſc. L. 46. D. de vſur. L. 7. D. ſoluto matrim.

d) §. 30. Inſt. de rerum diuiſ. L. 48. D. de hered. petit. L. 7. §. [illegible]. D. de acquir. rerum domin. L. 33. D. de condict. indeb. L. 14. D. de doli mali et met. except.

legenheiten nicht gleich Anfangs auf Ordnung und Deutlichkeit, so werden sie durch den Schriftwechsel der Partheyen nach und nach so verworren, daß sich kein Urthelsverfasser herausfinden kann, wodurch die ewige Dauer des Processes bewerkstelligt werden kann.

Der Kläger bezieht sich in seiner Antwort auf den Bescheid, wodurch ihm die Schrift des Gegners zugefertigt worden ist [e]). Sodann führt er an, was sich an dem übergebenen Güterverzeichnisse in Rücksicht auf die Form erinnern läßt; man zeigt die wirklichen Fehler, und wenn diese wichtig sind, muß der Offenbarungseyd gefordert werden [f]). Nur die Testamentserben sind schuldig, das von dem Erblasser selbst errichtete Erbschaftsinventarium, wornach er die Vertheilung der Erbschaft im Voraus regulirt hat, ohne Widerrede gelten zu lassen: nur darf der Pflichttheil nicht durch diese Vertheilung verletzt werden. Die Gläubiger des Erblassers brauchen sein Güterverzeichniß nicht zu respectiren, wenn sie an ihren rechtmäßigen Forderungen dadurch leiden könnten [g]). Nach der Bestreitung der Förmlichkeit des Inventariums, widerspricht man den Anführungen des Gegners, wenn er eine zur Erbschaft gehörende Sache für verlohren, zu Grunde gegangen, oder als beschädigt ausgegeben, und dringt auf die Herbeyschaffung, oder die Vergütung ihres Werthes. Hier wird auf die Art des Besitzes gesehen, den der Beklagte ausgeübt hat. Ein unredlicher Erbschaftsbesitzer ist sogar zur Erstattung der Zinsen, von dem erhaltenen Kaufgelde für eine verkaufte Erbschaftssache, verpflichtet, wenn der Kläger den Kauf genehmigt hat [h]). Verkauft der unredliche

e) Der Hr. Geh. Justitzr. Oelze in der Anleitung zur gerichtl. Praxis, S. 533. der ersten Ausgabe.

f) L. vlt. §. 10. C. de iure delib. NOVELLA I. cap. 2. §. 1. Auth. sed cum testator Cod. ad Leg. Falcid.

g) NOVELLA XLVIII. cap. 1.

h) L. 16. §. 1. L. 20. §. 2. 6. 12. 16. 21. D. de hered. petit.

liche Besitzer eine Erbschaftssache ohne Noth, oder zu wohlfeil, so ist er schuldig, den wahren Werth und die Zinsen davon zu erstatten [i]). Der unredliche Besitzer, welcher keinen Titel seines Besitzes angeben kann, ist verpflichtet, für die Unglücksfälle zu stehen; und eben diese Verbindlichkeit geht auf den unredlichen Besitzer, der einen Titel seines ausgeübten Besitzes angeben kann, so bald er auf die Klage wegen der Herausgabe der Erbschaft litem contestirt hat [k]). Bey allen diesen Erinnerungen muß der Kläger die nämliche Ordnung befolgen, welche der Beklagte in seiner Angabe der Erbschaftssachen beobachtet hat. Auf diesen Vortrag folgen die Erinnerungen wider die Vollständigkeit des Inventariums. Hier muß gezeigt werden, daß verschiedenes fehle, was noch bey dem Absterben des Erblassers vorhanden gewesen; oder was erst nach dessen Tode zur Erbschaft gekommen ist. Kann der Kläger beweisen, daß gewisse Sachen ausgetauscht worden sind, so hat er das Recht zu verlangen, der Beklagte solle sich wegen aller übrigen besorglichen Austauschungen eydlich reinigen. Nach Vortrag dieser Erinnerungen schlägt man Taxatoren vor, um die Früchte zu taxiren. Hat der Beklagte bereits eine Rechnung über den Betrag der Erbschaftsfrüchte übergeben, so geht man sie durch, und zeigt die Fehler. Der unredliche Besitzer ist nicht nur zur Vergütung aller zu erheben gewesenen Früchte verpflichtet, sondern es können auch sogar die Zinsen davon von ihm gefordert werden [l]). Ein redlicher Besitzer der Erbschaft vergütet nur die wirklich erhobenen Früchte, wenn er dadurch reicher geworden ist; doch auch

i) L. 5. L. 20. §. 12. 13. L. 25. §. 6. D. de hered. petit.

k) L. 25. §. 2. L. 40. pr. D. de hered. petit. L. 16. pr. L. 17. §. 1. L. 62. D. de rei vindicat. L. 7. §. vlt. L. 8. pr. et §. 1. L. fin. D. de condict. furt. L. 1. §. 34. L. penult. D. de vi et vi armata.

l) L. 25. §. 4. L. 40. §. 1. D. de hered. petit. L. 33. L. 62. §. 1. D. de rei vindicat.

auch diese nicht, wenn er sie bereits vor der Kriegsbefestigung verjährt hatte [m]).

Damit die Wahrheit deutlich an den Tag kommt, muß der Kläger auch auf die gemachten Gegenforderungen des Beklagten, sie mögen in Auslagen oder in etwas anderm bestehen, deutlich antworten, und sie entweder zugestehen oder für unstatthaft erklären; es müßte denn von selbst in die Augen fallen, daß gar nichts wieder gefordert werden darf, weil alles unnöthiger Weise verwendet worden ist. Ist den Erbschaftssachen ein Schaden zugefügt worden, wovon der Gegner nichts angeführt hat, so müssen diese in einem besondern Verzeichnisse genau angegeben werden, und dabey wird die Vergütung gefordert. Hierher rechnet man auch die Abnutzung der beweglichen Sachen.

Der Richter theilt diese Erinnerungen und Antworten des Klägers, wenn alles deutlich und vollständig darin vorgetragen worden, dem Beklagten mit, und setzt zugleich einen Termin zu Pflegung der Güte an, und zum richterlichen Bescheide in der Sache. Bey Obergerichten wird zu dergleichen Rechnungssachen von Amtswegen eine Commission angeordnet [n]). Diese Commission entscheidet nichts, sondern dieses muß von dem ganzen Gericht geschehen. An einem solchen Termine hat die Commission alles mögliche zu thun, damit die Uneinigkeit so viel möglich beygelegt wird. Es trägt zur ordentlichen Behandlung außerordentlich viel bey, und ist daher Pflicht, daß das Gericht alles, was von jedem Theile völlig in Richtigkeit gebracht worden, zusammen trägt, diese Punkte den Partheyen vorlegt, und ihnen den Vorschlag thut, darüber einen Vergleich einzugehen. Damit die Sache wirklich verglichen werden möge, so muß der Richter des Klägers Anforderungen von den Anforderungen des Beklagten, absondern, sodann ihre Größe

m) L. 22. L. 25. §. 11 et 15. L. 36. §. 4. L. 40. §. 1. D. de hered. petit.

n) Der Geh. Justizrath Oelze in der Anleitung zur gerichtl. Praxis, S. 534.

Größe gegen einander halten, und durch Vorlegung des Ueberschusses, oder die Ziehung der Bilanz, die Partheyen zu bewegen suchen, daß sie sich überhaupt auf eine gewisse Summe mit einander vergleichen. Kann er auf diese Art nichts ausrichten, weil die Partheyen zu weit von einander abgehen, indem der eine sehr viel haben, und der andere sehr wenig geben will, so muß er die einzelnen Posten vornehmen, und darüber einen Vergleich zu schließen suchen. Diese Arbeit nimmt viel Zeit weg, und deswegen bedient man sich bey großen Gerichten der Commissionen dazu, damit die andern Gerichtsbeysitzer die übrigen Rechtsangelegenheiten ebenfalls besorgen können. So viel von der Liquidation einer Erbschaft, wobey man ein Erbschaftsinventarium zum Grunde gelegt hat.

Fehlt es an dem Erbschaftsinventarium bey der Liquidation der zugesprochenen Erbschaft, so muß die Erbschaft nach einem eydlichen Verzeichniß derselben herausgegeben werden. Es wird über die einzelnen Fragen bey der Herausgabe der Erbschaftssachen eben so verfahren, wie zeither gezeigt worden ist. Der Eyd, womit das übergebene Verzeichniß der Erbschaftssachen bekräftigt wird, ist ein Offenbarungseyd, und darf also nicht erst besonders gefordert werden, sondern der Beklagte wird durch den Richter dazu angehalten. Hat der Kläger wider die Vollständigkeit des übergebenen Verzeichnisses der Erbschaftssachen Einwendungen gemacht, so muß der Beklagte diesen Mangel mit beschwören, wenn die Beschaffenheit der Sache nicht etwas anders erfordert, und durch diesen Eyd werden die Einreden so lange gehoben, bis ein Meineyd dargethan ist. Erklärt der Kläger, er wolle es beweisen, daß die Erbschaft größer gewesen sey, wozu er gelassen werden muß, so geht dieser Beweis vor, und der Beklagte darf nicht zum Eyde gelassen werden o). Uebrigens beweißt das von dem Besitzer beschworne Verzeichniß der Erbschaftssachen weiter nichts, als daß so viel Sachen vorhanden gewesen sind, als der Erb-

o) L. 22. §. 2. Cod. de iure deliber.

Erblasser starb, oder als der Beklagte die Erbschaft in Besitz genommen; folglich dürfen weder die Früchte und Auslagen, noch der Abgang von den Erbschaftssachen mit in die Eydesformel eingerückt werden, außer wenn es der Kläger zufrieden ist. Bey der Abfassung des Urthels über den eigentlichen Bestand der Erbschaft geht es nach den Grundsätzen von richterlichen Entscheidungen in Rechnungsangelegenheiten [p]).

Ist auf die Vergütung eines zugefügten Schadens erkannt worden, dieser Schaden ist aber nicht liquid, so muß solcher vor der wirklichen Vollstreckung des rechtskräftigen Urthels erst liquidirt werden, wobey zwey Fälle genau zu unterscheiden sind. Es kommt nämlich darauf an, ob es im Urthel vorgeschrieben worden, wie die Liquidation geschehen soll, oder ob dieses nicht geschehen ist. Im ersten Falle ist entweder zugleich auf den Würderungseyd gesprochen worden, oder es heißt, der verursachte Schaden solle durch das Gutachten der Kunstverständigen, oder der Wirthschaftsverständigen bestimmt werden [q]). Der Bestimmungseyd wird 1) gebraucht, wenn der Gegentheil dem Befehle des Richters blos aus Ungehorsam keine Folge geleistet hat [r]), und doch läßt sich die Sache nicht anders beylegen. 2) Wenn der Beklagte die Sache vorsätzlich, oder 3) durch sein Verschulden abhanden kommen lassen, oder solche dergestalt verschlimmert hat, daß man sie so nicht anzunehmen braucht, wie sie jetzt ist [s]). Kann die Exekution des Urthels nicht anders vorgenommen werden, als nach geleistetem Bestimmungseyde, so giebt man den wahren Werth der Sache an, oder wenn es geschehen darf, den besondern Werth, wobey aber die Gründe zugleich ange-

p) Püttmanns Referirkunst, S. 130.

q) Oelze gerichtl. Praxis, S. 535.

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

s) L. 2. §. 1. L. 4. §. 4. L. 5. §. 3. D. de in litem iurando.

angeführt werden müssen, und der Richter durch Zeugnisse überführt werden muß, daß die Billigkeit nicht dabey aus den Augen gesetzt worden sey; und nun bittet man zu Ablegung dieses Eydes gelassen zu werden. Der Richter kommunicirt diesen Antrag dem Beklagten, wie gewöhnlich. Sollte die zuerkannte Sache bisher blos aus Halsstarrigkeit nicht abgeliefert worden seyn, so setzt der Richter die letzte Frist an, wo die Sache herausgegeben werden soll, mit der Verwarnung, daß der Kläger zum Bestimmungseyde gelassen werden soll, wenn der Beklagte noch ferner ungehorsam t) seyn würde. Leistet der Beklagte diesem Dekret wieder keine Folge, so klagt der Kläger dessen Ungehorsam an; bittet das angegebene Quantum leidlich zu moderiren u), und einen Termin zu Ablegung des Bestimmungseydes anzusetzen. Der Bescheid besteht in folgenden Ausdrücken: — In Sachen N. Kläger wider N. Beklagten, wird diesem der von jenem allhier übergebenen Ungehorsamsbeschuldigung Abschrift zur Nachricht erkannt, und ist Bescheid: nachdemmalen Beklagter dem Bescheide vom 21sten Septbr. dieses Jahres binnen der ihm angesetzten Frist kein Genüge geleistet, als ist Kläger nunmehro zu dem Bestimmungseyde dahin zu lassen: daß die goldene Uhr wenigstens 80 Rthlr. werth sey, er auch lieber 20 Rthlr. aus seinem bereitesten Vermögen als diese Uhr, weil ihm selbige von Sr. Durchlaucht dem regierenden Herzog zu N. bey Gelegenheit ꝛc. geschenkt worden, missen wolle; gestalten zu Ablegung sothanen Eydes Termin auf den Dienstag nach dem 2ten Advent, wird seyn den 11ten Decbr. dieses Jahres angesetzt wird, beyde Theile aber theils diesen Eyd zu leisten, theils wie solches geschehe, mit anzusehen, Kraft dieses vorgeladen werden, besagten Tages morgens um 10 Uhr auf hiesiger Canzley zu erscheinen, und des

weitern

t) Hr. Hofr. Claproth im ordentl. Proceß, 2ter Thl. S. 705.

u) L. 4. §. 2. L. 5. §. 1. D. de in litem iurando.

weitern rechtlichen Verfahrens zu gewärtigen. Beschlossen N. den 15ten Novbr. 1786.

§. 1795 — 1797.

Die Gegenstände der Exekution sind so verschieden, als die Art und Weise verschieden ist, wie der Richter den Beklagten anhalten kann, das Urthel zu erfüllen. Unterläßt der Kläger, dem Richter ein Object der Exekution anzuzeigen, so wird ihm diese Verbindlichkeit durch ein Dekret aufgelegt. Kann der Kläger keinen Gegenstand der Exekution angeben, weil der Beklagte, aller Wahrscheinlichkeit nach, seine besten Sachen weggeschafft hat, so wird gebeten, dem Beklagten die eydliche Anzeige seines Vermögens aufzulegen [x]). Hat der Beklagte sein Vermögen boshafter Weise weggeschafft, so ist diese Handlung als ein Stellionat zu betrachten, und es kann deswegen wider ihn, und die wissentlichen Mithelfer peinlich verfahren werden.

Bey dem Ansuchen um die Vollstreckung eines rechtskräftigen Urthels kommt alles darauf an, daß die rechte Person in Vorschlag gebracht wird, gegen welche die Exekution vollstreckt werden soll. Bey persönlichen Klagen darf die Exekution wider Niemanden anders gesucht werden, als wider den Beklagten, und seine Erben [y]). Der Natur der Sache nach, kann gegen den Vormund, den Vorsteher einer Gemeine, den Anwald nicht die Exekution vorgenommen werden, es wäre denn, daß sie Sicherheit wegen Erfüllung des Urthels bestellt, oder dolo malo sich als die eigentlichen Beklagten in den Proceß gemischt haben [z]). Gegen den Vater kann die Exekution gesucht werden,

x) Arg. L. 10. D. h. t. L. 1. et vlt. C. qui bonis cedere possunt.

y) L. 6. §. 5. D. h. t. L. 31. pr. D. de procur. cap. 17. X. de sent. et re iudic.

z) L. 4. pr. et §. 2. D. h. t. L. 25. §. 5. L. 31. D. de procurat.

den, wenn er Güter besitzt, die dem Vater gehören, und dieser ist verurtheilt worden [a]). Der Ehemann kann nicht belangt werden, die Schulden der Frau von dem in Händen habenden Brautschatze derselben zu bezahlen, weil er das bürgerliche Eigenthumsrecht daran hat, und ihm solcher gegeben worden, die Lasten der Ehe davon zu bestreiten [b]). Ist der Unmündige als Erbe verurtheilt worden, er bekommt aber in der Folge die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, so kann gegen den Substituten oder Miterben, auf den nunmehr die Erbschaft fällt, die Exekution erkannt werden, jedoch muß der Unmündige nicht etwa aus Verschulden seines Vormundes verurtheilt worden seyn [c]). Hat der Kläger mehrere verklagt, und es wird nicht einer für alle verurtheilt, so kann er von jedem der Beklagten nur so viel fordern, als auf seinen Antheil kommt; und dieses rührt von der gesetzlichen Veränderung der vorigen Verbindlichkeit her, welche mit der Einlassung auf die Klage verbunden ist [d]). Hat der Beklagte, welcher rechtskräftig verurtheilt worden ist, blos den Niesbrauch von einem bestimmten Vermögen, er ist auch schuldig, gewisse Personen davon zu unterhalten, so darf die Exekution nicht weiter geschehen, als dieser Unterhalt es verstattet.

Der Regel nach ist derjenige Richter, bey dem der Proceß zeither bis zum Endurthel geführt worden ist, berechtigt, das Endurthel zu vollstrecken, und folglich muß auch bey ihm um die Exekution nachgesucht werden. Liegt die zum Gegenstand der Exekution vorgeschlagene Sache in dem Gerichtsbezirk eines andern Richters, und dieses Gericht ist dem Richter, wo das Urthel gesprochen worden, nicht untergeordnet,

a) §. 10. Inst. de action. §. 4. Inst. quod cum eo etc. L. 21. §. 4. L. 36. D. de procurat.

b) L. 42. L. 75. D. de iure dot. L. 10. C. eod. L. vn. §. 15. C. de rei vxor. act.

c) L. 44. D. de re iudicata.

d) L. 1 et 2. C. si plures vna sentent.

geordnet, so wird die Vollstreckung des Urthels durch Requisition bewerkstelligt. Ist der Proceß bey einem Obergericht geführt worden, so ertheilt dieses Gericht dem Richter der belegenen Sache Auftrag zur Vollstreckung des Urthels. Es werden hier sogenannte Exekutionsschreiben, literae executoriales, erlassen [e]), worin blos der Betrag der Hauptschuld, der Zinsen und der Kosten bemerkt, und zugleich anbefohlen wird, nach gestatteter vier- oder sechswöchentlicher Frist, die Exekution der Proceßordnung gemäß zu vollstrecken, und wie dieses geschehen sey, zu berichten [f]). Fallen Umstände vor, die einer Entscheidung bedürfen, so muß der Unterrichter solche dem Oberrichter überlassen, und bisweilen steht es dem Commissarius frey, die streitige Frage bis zum Spruche zu instruiren [g]). Im römischen Rechte ist festgesetzt, wenn ein Urthel rechtskräftig geworden sey, worin dem Kläger eine Sache zugesprochen worden ist, und der Beklagte giebt sie nicht gutwillig heraus, so soll ihm die Sache sogleich abgenommen werden; ist aber dem Beklagten die Bezahlung einer Summe Geldes aufgelegt worden, so soll ihm eine viermonatliche Frist zur Erfüllung des Urthels verstattet werden, weil man nicht allemal im Stande ist, sogleich eine große Summe Geld anzuschaffen, ohne sich großen Schaden zu thun, eine fremde Sache aber, die man besitzt, kann man gleich zurück geben [h]). In Teutschland befolgt man diese Verordnung des römischen Rechts nicht, sondern auch in Fällen, wo eine fremde Sache dem Urthel gemäß heraus gegeben werden soll, wird erst an den Beklagten eine Hülfsauflage erlassen; und setzt die Proceßordnung nichts fest, wie viel Zeit dem Beklagten gelassen werden

e) L. 15. §. 1. D. h. t. L. 12. §. penult. D. de reb. auct. iud. possid.

f) Hr. Hofr. Claproth im ordentlichen Proceß, 2ter Th. S. 631.

g) L. 6. C. de exec. rei iudic. c. 5. X. de sent. et re iudic.

h) L. 7. D. de re iudic. etc.

den soll, damit er die ausgeklagte Summe anschaffen kann, so steht es in dem Ermessen des Richters, einen Termin zur Bezahlung anzusetzen [i]).

Von der wirklichen Exekution des Urthels sind die so genannten **Hülfsgelder** verschieden. Sie bestehen in einer Geldstrafe, welche der Schuldner, der es zur wirklichen Exekution kommen lassen, nach der Größe der ausgeklagten Schuld, bezahlen muß. Diese Strafe des Ungehorsams ist durch den Gerichtsgebrauch zuerst in den sächsischen Gerichten eingeführt worden, und endlich hat man die Sache durch Gesetze bestätigt [k]). Wo weder Gesetze, noch der Gerichtsgebrauch diese Hülfsgelder eingeführt haben, da dürfen sie nicht genommen werden. Man muß dieses Strafgeld von den **Exekutionsgebühren** unterscheiden, das heißt, von denjenigen Geldern, welche die Gerichtspersonen für ihre bey der Exekution gehabten Arbeiten bekommen. Wie viel als Hülfsgelder bezahlt wird, muß nach dem Herkommen bestimmt werden. Gewöhnlich wird bey den sächsischen Gerichten fünf Procent von der Post bezahlt, welche durch die Exekution eingetrieben werden soll [l]). Eigentlich sollten diese Gelder von dem Beklagten sogleich beygetrieben werden, weil sie eine Strafe seines Ungehorsams seyn sollen; der Gerichtsgebrauch hat aber die Einrichtung bestätigt, daß der Kläger diese Summe vorschießt, und sie sodann von dem Beklagten zugleich mit beygetrieben wird. Nach dem römischen Recht hat der Richter die Gewalt, dem Beklagten in folgenden Fällen billige Zahlungsfristen zu setzen, und zwar 1), wenn der Beklagte den Kläger durch keinen muthwilligen langen Proceß aufzuhalten gesucht hat; 2) wenn der Kläger keine Person ist, die Mitleiden verdient; 3) wenn die ausgeklagte Schuld aus einzelnen Posten entstanden ist; 4) wenn der Schuldner durch die Strenge der

i) Schilter Praxis Iur. Rom. Exerc. 46. §. 26.

k) Schmidt Princip. Prax. §. 5. pag. 444.

l) Der Hr. geh. Justizr. Oelze im Proceß, S. 541.

Hülfsvollstreckung auf einmal zu Grunde gerichtet werden würde [m]). Nach dem Gerichtsgebrauch wird mit Vollstreckung der Hülfe gewartet, wenn Wöchnerinnen, oder gefährlich kranke Personen im Hause des Schuldners sind, oder wenn derselbe Brandschaden, Viehsterben oder andere große Unglücksfälle erlitten hat. Uebrigens kann der Kläger, welcher Urthel und Recht für sich hat, nicht anders als aus sehr erheblichen Ursachen gezwungen werden, anstatt der Bezahlung einen Bürgen anzunehmen, und besteht diese Bürgschaft nicht in einer ausdrücklichen Neuerung, so wird die Exekution des Urthels dadurch nicht aufgehalten [n]). Es ist daher zu rathen, weder die Bürgschaft, noch jeden andern Aufschub der Hülfsvollstreckung anders anzunehmen, oder zu genehmigen, als mit dem ausdrücklichen Vorbehalt in der angefangenen Exekution fortzufahren, wenn man es für nöthig halten sollte. Wenn aber einmal eine Neuerung der Verbindlichkeit vorgegangen ist, und sie wird nicht erfüllt, so muß erst wieder aus diesem Versprechen geklagt werden.

Muß wirklich zur Exekution geschritten werden, weil der Beklagte eine gewisse Summe Geld nicht bezahlt, so ist zu dem Ende die gerichtliche Anspfändung gebräuchlich. Sie besteht darin, daß der Richter dem verurtheilten Schuldner so viel bewegliche und am meisten entbehrliche Sachen [o]) wegnehmen, und in gerichtliche Verwahrung bringen läßt, als zu Befriedigung des Gläubigers und zur Bezahlung der Kosten nöthig sind. Solche Sachen, die der Schuldner zum Verdienst seines Lebensunterhaltes nöthig hat, wohin bey Landleuten das Ackergeräthe, das Saamengetraide, das zur Wirthschaft nöthige Vieh gehört; bey

m) L. 21. D. de iudic. L. 21. D. de reb. credit. L. vlt. D. quib. mod. pign. L. 33. D. de vsur. L. 31. D. h. t. L. 45. §. 10. D. de iure fisci. L. 4. C. de collat. fundi patrim.

n) L. 4. §. 3 et 4. D. h. t. c. 6. X. de sent. et re iudic. L. 2. C. de execut. rei iudic.

o) L. 15. §. 2. D. de re iudic.

bey Handwerksleuten und Künstlern das Werkzeug; bey Gelehrten die nöthigsten Bücher, dürfen nur alsdenn abgepfändet werden, wenn keine andere Sachen da sind, oder wenn diese Dinge besonders verpfändet worden sind [p]). Besitzt der Schuldner überhaupt nicht so viel, als die ausgeklagte Schuld beträgt, so kann ihm alles genommen werden, was man findet, er müßte denn von dem beneficio competentiae Gebrauch machen dürfen. Damit nicht zu viel oder zu wenig Sachen abgepfändet werden, so läßt man solche durch Taxatoren würdigen, und führt die Taxe im Protokoll an. Geht es an, daß die ausgepfändeten Sachen mit andern verwechselt werden können, die eben so aussehen, so ist es gut, wenn sie in Gegenwart des Schuldners versiegelt werden, und man läßt ihm das Verzeichniß der abgepfändeten Sachen unterschreiben, und dieses wird zu den Gerichtsacten gelegt [q]). Der Gläubiger bekommt an den ausgepfändeten Sachen ein Pfandrecht [r]). Nach der Auspfändung soll dem Schuldner eine Frist zur Einlösung von zwey Monaten gesetzt werden, welche Zeit aber in den Proceßordnungen auf 14 Tage abgekürzt worden ist [s]). Bezahlt der Schuldner in dieser Zeit nicht, so kann sich der Gläubiger zur Annahme der abgepfändeten Sachen, für den taxirten Werth, anbieten; ja nach einigen Landesgesetzen muß er damit zufrieden seyn, wenn die Sachen nicht zu hoch taxirt worden sind. Will der Schuldner die Sachen nicht annehmen, so kann er auf den öffentlichen Verkauf dringen; findet sich aber ein Käufer, der die Sachen für den taxirten Werth annehmen will, so ist der öffentliche Verkauf zu

p) Deut. 24. v. 6. Exodi 22. v. 26. L. 6. D. de pignor. et hypoth. L. 40. D. h. t. L. 4. Cod. de execut. rei iudic. L. 7 et 8. C. quae res pign. Authent. agricult. C. eod.

q) Hr. Hofr. Claproth im ordentlichen Proceß, 2ter Th. S. 635.

r) L. 2. et 9. C. de execut. rei iudic.

s) L. 31. D. h. t. Churf. Erl. Proc. Ordn. ad Tit. 39. §. 8.

unterlassen. Findet sich bey dem öffentlichen Verkauf kein Käufer, so muß der Schuldner mit den Sachen für den taxirten Werth zufrieden seyn [t]).

Ein rechtskräftiges Urthel wird bisweilen durch Beschlagnehmung der ausstehenden Forderungen vollstreckt. Der Richter giebt den Schuldnern des Beklagten die Anordnung, diesem bey Strafe doppelten Ersatzes nichts zu bezahlen, sondern die Schuld zur Verfallzeit in das Gericht zu bezahlen [u]). Ist der Schuldner dem Richter, welcher das Urthel vollstrecken soll, nicht unterworfen, so wird von ihm an den Richter des Schuldners ein Ersuchungsschreiben erlassen, und darin gebeten, die Beschlagnehmung auszuführen, die gefälligen Gelder in Empfang zu nehmen, und solche nach Abzug der Gebühren an den ersuchenden Richter einzuschicken [x]). Der Beklagte ist schuldig, die in Händen habenden Schuldverschreibungen ins Gericht zu liefern, wie auch das Pfand, wenn ihm eins gegeben worden, damit der Schuldner seine Sachen nach geschehener Bezahlung wieder bekommt. Kann die Obligation nicht gefunden werden, so ist der Schuldner dennoch verpflichtet, die Bezahlung zu leisten, und er bekommt zu seiner Sicherheit eine gerichtliche Quittung, oder einen Mortifikationsschein, ja es wird wohl in der Quittung gesagt, daß die Schuldverschreibung für getilgt und erloschen gehalten werden solle [y]). Die Landesgesetze verstatten nicht überall jede Art der Einnahme des Beklagten mit Arrest zu belegen, z. B. keine landesherrlichen Besoldungen, weil der Dienst darunter leiden würde, keine Stiftseinkünfte [z]). Bey einem Minderjährigen ist es ausdrücklich befohlen, daß die ausstehenden Schul-

t) L. 15. §. 3. D. de re iudic.

u) L. 15. §. 8. D. de re iudic. L. 5. C. de except. rei iudic.

x) L. 15. §. 1. D. de re iudic.

y) Seyfarths Reichsproceß, Cap. 32. §. 24. S. 700.

z) L. 4. C. de execut. rei iudic.

Schulden desselben eher als seine Grundstücke angegriffen werden sollen [a]).

Die Abnehmung der erstrittenen Sache gehört auch unter die Rechtsmittel, ein rechtskräftiges Urthel zu vollstrecken. Wenn dieses Zwangsmittel statt finden soll, so wird vorausgesetzt, daß der Beklagte zur Ablieferung einer beweglichen Sache verurtheilt worden ist; er giebt aber doch die Sache nicht heraus. Hier übergiebt der Kläger ein Schreiben, bezieht sich darin auf das rechtskräftige Urthel, führt an, daß der Beklagte ihm die Sache noch nicht herausgegeben habe, und bittet, die erstrittene Sache dem Beklagten durch Gerichtspersonen abzunehmen. Ist der Beklagte Schuld daran, daß die Sache nicht mehr abgeliefert werden kann, oder er hat sie sehr beschädigt, so bittet der Kläger, zum Bestimmungseyde gelassen zu werden [b]). Damit die Gerichtspersonen die rechte Sache wegnehmen, muß sie der Richter genau beschreiben. Ist die Sache schwer zu finden, oder es treten andere Umstände ein, daß man die Sache nicht durch Gerichtsbediente will wegnehmen lassen, so kann der Richter dem Beklagten die Ablieferung der Sache bey einer angesetzten Strafe auflegen. Läßt sich der Beklagte auch dadurch nicht bewegen, die Sache herauszugeben, so steht es dem Richter frey, den Kläger von richterlichen Amtswegen zum Bestimmungseyde zu lassen, weil der Beklagte als ein vorsätzlicher Betrüger angesehen werden kann. Bey diesem Bestimmungseyde ist festzusetzen, ob nur der wahre Werth beschworen werden soll, oder ein besonderer Werth. Ist der Beklagte für einen vorsätzlichen Betrüger zu halten, der die Sache aus Bosheit weggeschafft hat, so taxirt der Kläger seine Sache, so hoch als er will, jedoch muß er diese Angabe beschwören; inzwischen muß der Richter darauf sehen, daß keine offenbare Ungerechtigkeit dabey ausgeübt wird [c]). Ist der Beklagte nicht als ein

a) L. 5. §. 9. D. de reb. minor.
b) L. 68. D. de rei vindicat. §. 2 et 3. Inst. de offic. iudic.
c) L. 68. D. de rei vindicat.

boshafter Veräußerer der Sache zu betrachten, so kann der Kläger blos den wahren Werth der ausgeklagten Sache beschwören. Hat der Beklagte den Werth der Sache bezahlt, so ist er berechtigt, von dem Kläger die Abtretung aller an der bezahlten Sache gehabten Rechte zu verlangen [d]).

Die gerichtliche Einweisung in die erstrittene unbewegliche Sache ist auch als ein gesetzliches Mittel zu betrachten, wie ein rechtskräftiges Urthel vollstreckt werden kann. Sie wird gebraucht 1) deswegen, um dem Kläger zum Besitz der ihm rechtskräftig zuerkannten unbeweglichen Sache zu verhelfen; oder 2) braucht man die gerichtliche Einweisung in die unbewegliche Sache des Beklagten deswegen, damit der Kläger die Bezahlung der ausgeklagten Summe erhalten soll. Jene Einweisung heißt die Immission in die erstrittene Sache; diese aber wird die Einweisung zur Bezahlung genennt.

Ist dem Kläger eine unbewegliche Sache zuerkannt worden, der Richter hat auch dem Beklagten eine Zeit festgesetzt, wenn die Abtretung der erstrittenen unbeweglichen Sache geschehen soll, der Beklagte leistet aber diesem richterlichen Befehl keine Folge, so muß der Kläger um die gerichtliche Einweisung in die erstrittene unbewegliche Sache bitten. In dem Ansuchen wird die Sache auf das deutlichste beschrieben, mit Verweisung auf die Stelle der Acten, wo die richtigste Beschreibung enthalten ist. Fehlt es selbst in den Acten an einem recht deutlichen und vollständigen Verzeichnisse der abzutretenden Grundstücke, so muß jetzt eine solche deutliche Angabe eingereicht werden. Wenn zugleich Früchte ersetzt, und der verursachte Schaden vergütet werden soll, so muß beydes genau bemerkt werden. Bey der Bestimmung der Früchte wird die Zeit genau angegeben, von welcher die Früchte ersetzt werden sollen, und wobey das Urthel die erste Richtschnur abgiebt. Ist im Urthel über die Zeit nichts bestimmt worden, so führt man die Zeit der

d) L. 12. D. de re iudic.

der Vorenthaltung der Früchte an, oder kann diese Zeit nicht bewiesen werden, so geht es von der Zeit der Einlassung auf die Klage an [e]). Da auch die Art der zu erstattenden Früchte in Erwägung kommt, so wird dabey ebenfalls auf die Worte des Urthels gesehen. Man sieht auf den Unterschied, ob der Beklagte für einen redlichen Besitzer gehalten werden kann, oder ob das nicht der Fall ist. In den mehresten Fällen erklären die Gesetze den Besitzer, nach angestellter Klage und darauf geschehener Einlassung für einen unredlichen Besitzer. Ein redlicher Besitzer muß blos die noch vorhandenen Früchte herausgeben, und selbst diese nicht weiter, als von drey Jahren vor der Einlassung auf die Klage, welche er erhoben hat; denn die ältern Früchte werden für verjährt gehalten. Ein unredlicher Besitzer muß die fructus percipiendos vergüten [f]). Ein großer Fehler des Urthels ist es, wenn darin weder von der Zeit, von welcher die Früchte erstattet werden sollen, etwas gesagt worden, noch auch die Art derselben angegeben worden ist, sondern es blos im Urthel heißt: nebst den Früchten, oder gar cum omni causſa. Konnten gewisse Früchte in dem Urthel blos in Ansehung der Anfangszeit, und der Art derselben bestimmt werden, so muß der Kläger bey der Vollstreckung des rechtskräftigen Urthels eine genauere Bestimmung an die Hand geben. Dieses geschieht dadurch, daß entweder Rechnungen der Einnahme und Ausgabe gefordert werden; oder man läßt die Früchte durch Schätzer bestimmen, welche die Einkünfte des Grundstücks bey einem unredlichen Besitzer nach dem höchsten Ertrage angeben; bey einem redlichen Besitzer aber sagen sie blos aus, was durch mittelmäßigen Fleiß an Früchten habe erhoben werden können. In beyden Fällen müssen erst die Abgaben und Unkosten abgerechnet, und sodann kann erst der Betrag bestimmt

e) L. 2. C. de fruct. et lit. exp. §. 2. Inst. de offic. iudic.

f) L. 33. L. 35. §. 1. L. 62. §. 1. D. de rei vindicat. L. 5. Cod. eod. L. 39. §. 1. D. de legat. I.

werden [g]). Bisweilen kann man die Früchte durch vorige Verwaltungsrechnungen, Pachtbriefe u. s. f. herausbringen; allemal bleibt aber viel Ungewißheit, und deswegen ist es vernünftig gehandelt, wenn kein Theil sein Recht zu weit treibt. Hat der Beklagte Schäden verursacht, so muß der Kläger ein, durch die erforderlichen Umstände unterstütztes Verzeichniß einrechnen. Ist das Nöthige von diesen Umständen angeführt worden, so wird gebeten, die Immission bald vorzunehmen; und wenn sie durch einen Auftrag an ein anderes Gericht geschehen muß, so bittet der Kläger, hier zu eilen. Mehrentheils wird dieser Auftrag dem Richter gegeben, in dessen Gerichtsbezirk das Grundstück liegt, in welches die Immission geschehen soll. Ein Obergericht hat das Recht, auch einen Unterrichter dabey zu brauchen, der dessen Oberaufsicht unterworfen ist, weil der Oberrichter, so weit sich seine Grenzen erstrecken, dieß alles selbst vornehmen könnte, und der gerichtliche Auftrag nach dem Oberrichter zu beurtheilen ist, und nicht nach dem Unterrichter, dem die Commission ertheilt wird [h]).

Ist dem Richter das Ansuchen um die Einweisung in ein Grundstück übergeben worden, so faßt er ein Dekret ab, worin er die Schrift des Klägers dem Beklagten entweder blos zur Nachricht mittheilt, und ihm die vorzunehmende Immission andeutet, welches alsdenn geschieht, wenn alles in Richtigkeit gebracht ist; oder er fordert dem Gegentheile seine Einreden ab, weil dieses nöthig ist, da die Sache noch nicht völlig ins Reine gebracht ist. Wenn es angeht, wird zugleich der Termin zu Einräumung derjenigen Grundstücke und Gerechtigkeiten angesetzt, worüber alles in Ordnung gebracht ist. Im Termin zur Immission kann der Beklagte die gesetzlichen Ursachen, warum er die Abtretung des Grundstücks immer noch verweigert, angeben, wenn sie gegründet sind, und es wird ein Protokoll darüber gehalten.

g) L. 1. C. de fruct. et lit. expens.

h) Hr. Hofr. Claproth im ordentlichen Proceß, 2ter Th. S. 677.

ten. Blos der Pachter ist schuldig, wenn er nicht leugnen kann, daß er die streitigen Grundstücke pachtweise besitzt, solche ohne Widerrede abzutreten, und er kann sodann erst seine Ansprüche besonders vorbringen [i]). Eben dieses ist bey andern Contracten Rechtens, wodurch der Beklagte eine Sache nicht unwiderruflich erhalten hat, welche er jetzt als Eigenthümer fordern will [k]). Kann der Beklagte etwas gegen die Erstattung der Früchte anführen; oder er glaubt, gegen die Art der geforderten Früchte, oder gegen die Bescheinigung derselben, es sey durch Pachtbriefe oder auf andere Art, mit Recht etwas einwenden zu können, so steht ihm dieses jetzt ebenfalls frey. Ist eine Vergütung der Schäden von ihm verlangt worden, so muß er sich zu zeigen bemühen, daß er zu gar keiner Vergütung verpflichtet sey; oder wenn das nicht geht, so muß er zeigen, der Schaden sey unbedeutend, oder doch lange nicht so groß, als vorgegeben worden.

Schreitet der Richter wirklich zur gerichtlichen Einweisung in die erstrittene Sache, so kommen dabey mancherley Feyerlichkeiten vor. Es wird der Kläger von den Gerichtspersonen in die Sache geführt, und hier werden Besitz ergreifende Handlungen vorgenommen, welche dem Gegenstande der Hülfsvollstreckung angemessen sind, und darüber wird ein Protokoll geführt. Bey Ländereyen geschieht die gerichtliche Einweisung dadurch, daß von jedem Stück, wenn die Aecker und Wiesen zerstreut liegen, ein Erdschollen ausgegraben, und dem Kläger übergeben wird, wobey gesagt wird, daß ihm alle in der Gegend liegenden einzelnen Ländereyen übergeben seyn sollen [l]). Soll ein Gebäude übergeben werden, so wird der Kläger herein geführt, man schneidet einen Spahn aus den Säulen der Hausthür, übergiebt solchen

i) L. 25. C. de locat. et conduct.

k) Arg. L. 34. C. de locat. et conduct.

l) L. 3. §. 1. L. 18. §. 2. D. de acquir. vel amitt. poss.

solchen dem Kläger, wie auch die Schlüssel zum Hause [m]). Will der Beklagte nicht weichen, so wird er durch die Gerichtsdiener aus dem Hause geführt, und seine Sachen werden auf die Straße gestellt. In den ältern Zeiten war es gebräuchlich, daß der Richter und die Schöppen den Kläger, auf den ihm eingeräumten Lande, oder Hause, dreymal auf einen dreybeinigten Stuhl niedersetzten, und ihm dabey das Eigenthum übergaben [n]). Die Uebergabe eines Gartens oder Waldes geschieht durch Abschneiden eines Astes, welcher dem Sieger übergeben wird. Die Jagdgerechtigkeit wird durch Abschießen einer Flinte, Loslassung der Jagdhunde, das Blasen mit den Jagdhörnern, übergeben. Soll die Gerichtsbarkeit übergeben werden, so wird der Gerichtsverwalter in Pflicht genommen, ihm das Gerichtssiegel und die Registratur übergeben und dabey erklärt, daß er nunmehr Namens des Besitz-ergreifenden Eigenthümers die Gerichtsbarkeit ausüben solle. Bey diesen Immissionen ist entweder der Richter selbst zugegen, oder wenn er nicht Zeit hat, schickt er einige Deputirte dazu ab, oder es wird ein Notarius dazu gebraucht.

Wird die Einweisung in ein Grundstück deswegen vorgenommen, damit der Kläger die ausgeklagte Forderung daraus erhalte, so wird diese Handlung die Einweisung zur Bezahlung genennt. Eine Einweisung geschieht bey dergleichen Fällen aus zweyerley Ursachen, nämlich 1) deswegen, um ein Pfandrecht an der unbeweglichen Sache zu erlangen, oder 2) sich durch Ziehung der Nutzungen von der unbeweglichen Sache zu befriedigen. Im ersten Falle ist es der Regel nach schon hinreichend, wenn auf die Einsetzung in den Besitz der unbeweglichen Sache durch Urthel und Recht gesprochen worden, und der Schuldner gerichtlich erklärt

m) L. 1. §. 21. D. de acquir. vel amitt. poss. §. 44. Inst. de rer. diuis.

n) Kopp von geistlichen u. weltl. Gerichten in Hessen, 1ster Th. §. 418. S. 500.

erklärt hat, daß er sie für geschehen halten wolle o). Im letzten Falle wird der Kläger durch Ausübung possessorischer Handlungen, in Gegenwart einiger Gerichtspersonen, in den Besitz eingesetzt p). Eine solche gerichtliche Einweisung verschafft ein Unterpfand, welches einer öffentlichen Hypothek gleich gehalten wird q); das bloße Einweisungsdekret ist aber nicht hinreichend, sondern die Einweisung muß wirklich geschehen seyn, oder für geschehen angenommen werden können r). Man sucht die Einweisung in Grundstücke oder Gerechtigkeiten alsdenn mit Vortheil, wenn ein Gläubiger nach entstandenem Concurs über das Vermögen seines Schuldners, mit seiner Forderung in die letzte Classe kommen würde; desgleichen wenn man seine Bezahlung durch Auspfändung beweglicher Sachen, oder durch andere Exekutionsmittel nicht erlangen würde s). Wenn der Gläubiger an dem Gegenstande der Exekution bereits ein Unterpfandsrecht hat, und er will seine Befriedigung nicht von den Einkünften suchen, so braucht keine Einweisung gesucht zu werden, sondern er kann gleich um den öffentlichen Verkauf ansuchen; bisweilen sucht aber ein Gläubiger die Einweisung blos deswegen, um sich von den Nutzungen des Grundstücks bezahlt zu machen, entweder durch Verpachtung, oder durch die Sequestration t).

Bey den sächsischen Gerichten war es in den ältern Zeiten dem Gerichtsbrauch nach Rechtens, daß bey der Hülfsvollstreckung zur Bezahlung eines Kapitals eine doppelte Ein-

o) L. 26 D. de pignor. act. L. 10. D. qui potior. in pign. L. 1. C. si in causa iudic.

p) L. 8. D. de reb. auctor. iud. possid.

q) L. 26. D. de pignor. act. L. 10. D. qui pot. in pign. L. 1. C. si in caus. iudic

r) L. 26. D. de pignor. act.

s) L. 15. §. 2. D. de re iudic.

t) L. 3. §. 1. sqq. L. 7. §. 1. sqq. D. de reb. auctor. iudic. poss.

Einweisung vorgenommen wurde [u]). Die erste wurde die Exekution in der strengern Bedeutung, oder die kleine Exekution genennt; die andere aber hieß die Immission, die große Exekution. Bey beyden Exekutionen brauchte man einerley Arten der Besitzergreifung. Durch die kleine Exekution erlangte der Gläubiger blos ein Unterpfandsrecht; mit der großen Exekution aber war das Recht verbunden, sich von den Nutzungen des Grundstücks bezahlt machen zu können [x]). Die neuern Sächsischen Proceßordnungen haben diese Weitläuftigkeit, wodurch blos unnöthige Kosten verursacht werden, abgeschafft, und mit der einmal geschehenen Immission beyde Wirkungen verbunden. Durch diese Proceßordnungen ist zugleich verordnet worden, daß das durch die Einweisung erlangte Unterpfandsrecht in das Hypothekenbuch eingetragen werden soll; in andern Sächsischen Ländern, wo diese Proceßordnungen nicht gelten, wird immer noch ein Unterschied zwischen der Immission und Exekution gemacht [y]).

Das stärkste Mittel ein rechtskräftiges Urthel zu vollstrecken, besteht in der Auction und in der Subhastation. Wenn die nothwendige Subhastation vorgenommen werden soll, so muß ein rechtskräftiger Ausspruch des Richters vorhanden seyn, solche vorzunehmen, nachdem der Kläger vorher darum angesucht hat. Dieses Dekret wird dem Beklagten bekannt gemacht, damit er durch Bezahlung seiner Schuld, oder andere rechtliche Mittel den Verkauf seines unbeweglichen Grundstücks abzuwenden Gelegenheit hat [z]). Befriedigt der Schuldner seinen Gläubiger, des an ihn ergangenen Dekrets ungeachtet, nicht, so wird

u) Schavmburg Princ. Prax. Tom. I. Lib. I. Sect. I. Mbr. 4. c. 3. §. 24. Schmidt Princip. Prax. §. 6. pag. 446.

x) Schilter Prax. iur. Rom. Exerc. 46. §. 34 et 25.

y) Der Hr. geh. Justitzr. Oelze in der gerichtl. Praxis, S. 514.

z) L. 4. C. de distract. pignor.

wird zur wirklichen Subhastation geschritten; vorher aber muß ein so genannter Subhastationsanschlag ausgefertigt werden. Nach dem gemeinen Proceß wird es mit dergleichen Anschlägen folgendergestalt gehalten [a]). Alle Anschläge zur öffentlichen Feilbietung werden in offener Form, in forma patenti, geschrieben. Der Name des Gerichts wird immer im Anfange genannt. Kein anderer Richter darf Versteigerungen der unbeweglichen Grundstücke vornehmen, als der Richter der belegenen Sache [b]). Es muß die Veranlassung der öffentlichen Versteigerung im Subhastationspatent angeführt werden, damit hierdurch ein jeder Käufer unterrichtet werde, ob rechtmäßig zu der öffentlichen Versteigerung geschritten worden sey. Sodann wird das zu verkaufende Grundstück nach der Lage, Beschaffenheit, den Nachbarn, Gerechtsamen, Dienstbarkeiten, öffentlichen und beständigen Abgaben, hauptsächlich den ungewöhnlichen, wie auch den Zubehörungen, zumal den zweifelhaften genau beschrieben. Bey großen zusammen gehörenden Gütern wird ein besonderer Anschlag gefertigt, von welchem man im Patent meldet, daß selbiger bey dieser oder jener Gerichtsperson, oder auch bey einer Privatperson eingesehen werden könne. Es muß ein langer Termin zur Versteigerung angesetzt werden, daß sich in der Zwischenzeit Jemand entschließen, und Geld anschaffen kann. Es ist nützlich auch derjenigen zu gedenken, welche ein Näherrecht oder auch ein dingliches Recht haben, und selbige bey Verlust ihres Rechts vorzuladen, damit jene im Subhastationstermin mitbieten, diese aber ihr dingliches Recht anzeigen können, in welchem Falle aber die Erfordernisse der öffentlichen Ladung genau zu beobachten sind. Ohne eine solche öffentliche Ladung geht das dingliche Recht durch eine öffentliche Feilbietung

a) Hr. Hofr. Claproth im ordentlichen Proceß, 2ter Th. S. 645.

b) de Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 29. Philippi de subhastat. cap. 1. comm. 2. nr. 7. sqq. Mathaeus de auctionib. Lib. I. cap. 16. nr. 2.

bietung nicht verlohren [c]). Ob das Näherrecht durch eine öffentliche Veräußerung verlohren gehe, ist eine bestrittene Frage. Verschiedene Rechtslehrer leugnen es [d]); andere aber behaupten es, und diese Meynung hat nicht nur die Gesetze für sich [e]), sondern auch die Aufrechthaltung der gerichtlichen Subhastation macht solche nothwendig; es verdient auch das Näherrecht gar keine Begünstigung; denn im zweifelhaften Falle ist wider solches zu sprechen [f]). Gleichwie es nun bey den mehresten Versteigerungen, wenigstens bey der nothwendigen Subhastation, die Hauptabsicht ist, daß für das Grundstück baares Geld einkomme [g]), so muß dieser Umstand auch im Subhastationspatent angeführt, und die Münzsorte angegeben werden, in welcher das Kaufgeld bezahlt werden soll. Wird terminliche Bezahlung bewilligt, oder soll ein Theil des Kaufgeldes stehen bleiben, so wird dieses deutlich angegeben; diese Bedingungen hängen aber nicht vom Richter ab, sondern vom Gläubiger und Schuldner [h]). Der Richter darf keine andere Bedingungen von Amtswegen machen, als welche zur Sicherheit der öffentlichen Versteigerung gereichen, und dem Gläubiger und Schuldner gleich vortheilhaft sind. Bringt der Gläubiger Bedingungen in Vorschlag, und der Schuldner willigt darein, oder umgekehrt, so hat die Sache kein Bedenken; sind sie aber nicht einig darüber, so muß es entschieden werden, wie weit selbige zuzulassen oder zu verwerfen sind.

c) L. 4. §. 1. D. quib. mod. pign. L. 6. C. de remiss. pignor. de Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 131.

d) Philippi D. de subhast. cap. 4. comm. 12. Riedel in der Abhandl. hat das Näherrecht bey Subhastationen vor oder nach der Adjudikation statt?

e) L. 4. §. 1. D. quib. mod. pig. L. 6. C. de remiss. pignor.

f) Mathaei de auction. Lib. I. cap. 16. nr. 45. sqq.

g) L. 5. §. 1. D. de iure fisci. L. 3. C. de fid. et iure hastae fisc. L. 15. §. 7. D. h. t.

h) L. 60 et 63. D. de procurat. L. 60. D. mandati.

sind. Bey dieser Entscheidung ist dahin zu sehen, daß des Gläubigers Bedingungen den Schuldner nicht zu hart drücken; des Schuldners Bedingungen hingegen dürfen nicht so beschaffen seyn, daß dadurch die öffentliche Versteigerung erschwert und die Vollstreckung des Urthels verzögert wird. Es ist rathsam festzusetzen, ob die Grundstücke vereinzelt oder zusammen verkauft werden sollen; jedoch ist es häufig in den Landesgesetzen verboten, die Grundstücke zu vereinzeln. Ob die Früchte auf dem Felde, in Gärten, u. s. f. mit verkauft werden sollen oder nicht, muß angeführt werden, und wie es mit der Miethzeit oder Pachtzeit der Miethleute und Pachter gehalten wird. Alle solche öffentliche Anschläge müssen unter Gerichts Hand und Siegel ausgefertigt werden, daher es am Schluß nicht heißt: beschlossen u. s. f. sondern: untersiegelt, u. s. f. Der Name des Gerichts wird nicht am Schluß angeführt, weil er schon im Anfange steht. Ein solcher öffentlicher Anschlag wird nicht allein an den Gerichtstafeln, und auf dem Lande an der Gerichtsstelle angeschlagen, sondern auch, wenn es beträchtliche Grundstücke sind, in den Zeitungen auszugsweise bekannt gemacht, auch wohl durch besondere Ersuchungsschreiben an auswärtige Obrigkeiten zum öffentlichen Anschlage geschickt. Wenn der Schuldner bezahlt, der Gläubiger ihm Frist giebt, welches rathsam mit Vorbehalt der angefangenen Hülfsvollstreckung geschieht, oder der Schuldner Bürgen stellt, oder das angeschlagene Grundstück von Jemandem mit Anschein in Anspruch genommen wird, so muß der Anschlag abgenommen, und diese Handlung eine beträchtliche Zeit vor dem Termin öffentlich bekannt gemacht werden. Daß aber, wenn die öffentliche Versteigerung mit Willen des Gläubigers aufgehoben worden ist, ein nachfolgender Gläubiger verlangen könne, mit solcher fortzufahren, wie einige Rechtslehrer behaupten [1]), kann nur alsdenn geschehen, wenn dieser seinen Proceß ebenfalls bis zur Exe-

1) Mathaei de auctionib. Lib. I. cap. 8. nr. 90.

Exekution gebracht hat. Ist ein Grundstück zum öffentlichen Verkauf feil geboten, und der Schuldner nicht concursmäßig, so kann er die Sache immer noch außergerichtlich verkaufen. Bezahlte er den Gläubiger von dem Kaufgelde nicht, so hat dieser entweder Hypothek, und so ist er hierdurch wider den Käufer gedeckt, oder er hat diese nicht, und dann muß er sich auf das Unterpfandsrecht gründen, welches ihm durch die Immission zu Theil geworden ist.

Im Subhastationstermine wird ein ausführliches Protokoll über die vorgenommene Versteigerung gehalten, und darin Ort, Tag, Jahr, Gegenwart der Gerichtspersonen und die Aufschrift der Sache erwähnt. Sodann wird die Veranlassung des Protokolls angeführt, und das Erscheinen des Gläubigers und Schuldners bemerkt. Ist einer oder sind gar beyde ausgeblieben, so wird doch fortgefahren. Nun werden die Bedingungen des Kaufs kürzlich wiederholt. Dabey ist sehr zu rathen, die Bedingung festzusetzen, daß, wenn im heutigen Termin das Grundstück nicht zugeschlagen werden sollte, derjenige, von dem das größte Gebot gethan worden, dabey bleiben solle, so lange bis ein anderer mehr geboten haben werde, weil sonst die ganze Handlung vergebens vorgenommen worden wäre, wenn sich kein besserer Käufer gefunden, und der jetzige auch wieder abgehen dürfte. Keine neuen Bedingungen dürfen im Subhastationstermine nicht gemacht werden, weil weder die Liebhaber noch ihre Bevollmächtigte darauf gefaßt sind. Willigen die Gläubiger und Schuldner in eine neue Bedingung, oder sie gereichen blos zur Sicherheit und Gültigkeit der Versteigerung, so können jetzt erst neue Bedingungen gemacht werden. Von denen im Subhastationstermine erschienenen Personen werden blos diejenigen im Protokoll angeführt, die geboten haben; man giebt jedem Bieter eine Zahl, und läßt bey seinem Namen einen Platz, damit seine Gebote dazu geschrieben werden können. Diejenigen, so in fremden Namen bieten wollen, müssen Vollmacht vorzeigen, oder Bürgschaft bestellen. Unzahlfähige oder ganz unbekannte Personen, wie auch der Schuldner

und

und seine Angehörigen werden nicht eher zum Mitbieten zugelassen, als bis sie Sicherheit bestellt haben [k]). Sonst ist es jedem erlaubt, auch selbst dem Vormunde auf pupillarische Grundstücke, dem Verwalter herrschaftlicher Güter auf solche, dem Gläubiger auf die ihm verschriebene Hypothek, mitzubieten, wenn er nur das Recht hat, unbewegliche Güter ankaufen zu können [l]). Nach dem römischen Rechte sollen Gerichtspersonen, wozu auch der Gerichtsdiener gehört, der den Ausruf verrichtet, welche Verordnung in einigen teutschen Gesetzen ausdrücklich bestätigt worden ist, nicht mitbieten [m]). Wird im ersten Termine nicht so viel geboten, als die Sache werth ist, so wird ein zweyter, dritter und mehrere Termine angesetzt. Bey Gütern der Minderjährigen muß so oft ein neuer Termin angesetzt werden, als ein höheres Gebot geschehen ist, und wenn Jemand nach der Zuschlagung noch mehr geben will, so kann der Minderjährige um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand anhalten [n]). Auch der Fiskus hat das Recht, zu allen Zeiten ein höheres Gebot anzunehmen [o]). Endlich geschieht der Zuschlag entweder mit dem Glockenschlage, oder wenn die Kerze ausgelöscht ist [p]), oder es wird wirklich mit dem Hammer auf den Gerichtstisch geschlagen. So bald der Zuschlag geschehen ist, so wird dieses niedergeschrieben und angemerkt, wer das Grundstück

k) PHILIPPI de subhastationib. loc. III. com. XI.

l) L. vlt. Cod. de fide et iure hast. fiscal. L. vlt. Cod. de rescind. vendit. L. 2. §. 8. D. pro emt. L. 5. §. 2. D. de auct. tutor. L. 2. C. si in causa iudic.

m) L. vn. C. de contr. iudic. L. 6. §. vlt. D. de offic. Proconf. L. pen. §. 1. D. ad Leg. Iul. repetund. L. f. eod. L. 46 et 62. D. de contr. emt.

n) L. 7. §. 8. D. de minoribus etc.

o) L. vlt. D. de iure fisci. L. 21. §. vlt. D. ad municip. L. 1 et 4. C. de fide et iure hastae fisc. L. 1. C. de vend. reb. ciuit.

p) cap. 52. X. de elect. et elect. potest.

erstanden habe, und wie theuer. Die Summe muß mit Buchstaben niedergeschrieben werden, und nicht mit Zahlen. Der Ersteher bittet sodann um einen Termin zu Auszahlung des Kaufgeldes, und hat darauf Bedacht zu nehmen, daß dem Grundstück vor der Uebergabe kein Schaden zugefügt werde. Der Zuschlag macht die Einwilligung von Seiten des höchsten Bieters, und in das Gebot von Seiten des Richters, welcher hier den Verkäufer vorstellt, aus, folglich ist der Contract dadurch zur Vollkommenheit gekommen. Der Schuldner kann deswegen den Verkauf nicht wieder rückgängig machen, wenn nicht eine Nichtigkeitsursache, oder ein solcher Fall eintritt, weswegen ein öffentlicher Verkauf wieder aufgehoben werden kann [q]). Gefahr, Nutzen und Schaden von der verkauften Sache, geht jetzt auf Rechnung des Käufers, wie es bey allen außergerichtlichen Kaufcontracten der Fall ist. Will die Sache entweder gar Niemand kaufen, oder es wird so wenig darauf geboten, daß der Schuldner dadurch zu sehr leiden würde, so muß der Gläubiger die Sache an Zahlungsstatt annehmen, wenigstens ist es der Billigkeit gemäß, diese Rechtswohlthat auch in dem letztern Falle anzuwenden, und die Entsagung derselben ist unbillig und verwerflich [r]). Verschiedene Rechtslehrer haben behauptet, es müsse wenigstens eine Verletzung über die Hälfte vorhanden seyn; es ist aber schon hart, den fünften oder sechsten Theil zu verliehren [s]). Die Taration des Grundstücks muß nach dem gegenwärtigen Güterpreise geschehen, und folglich müssen solche Schätzer dazu genommen werden, welche diesen Preis kennen. Werden bey der Subhastation

q) L. 7. C. de distract. pignor. L. 1. in fine Cod. si pign. pign datum sit. Arg. L. 2 C. si antiqu. credit. pign. vend.

r) L. 2 et 3. C. si in caus. iudic L. 3. C. de execut. rei iudic. Nov. IV. cap. vlt Nov. CXX.

s) Leyser Spec. 468. Med. 34. Pufendorf Obs. Tom. III. Obs. 78. Strubens rechtl. Bedenk. 5ter Thl. 69stes Bedenk.

tion von Jemandem dingliche Ansprüche vorgebracht, so müssen sie einzeln und umständlich niedergeschrieben werden; derjenige, der sie vorbringt, muß die Beweismittel an die Hand geben, welche auch nach Befinden der Umstände zu den Acten zu nehmen sind. Nun wird der Eigenthümer darüber befragt, und kann die Sache nicht gleich beendigt werden, so müssen diese Ansprüche zu einer eigenen Ausführung verwiesen werden; in welchem Falle aber der Käufer bittet, das Kaufgeld bis nach Austrag der Sache in gerichtliche Verwahrung zu nehmen. Ist Niemand von denjenigen Personen erschienen, welche dingliche Ansprüche an die Sache machen, so bittet der Käufer um deren Abweisung. Bisweilen erscheinen bloße persönliche Gläubiger, und liquidiren ihre Anforderungen; diese kann man aber jetzt nicht annehmen, es wäre denn, daß sie aus gegründeten Ursachen um die Eröffnung des Concurses nachsuchten, oder Arrest auf den Ueberschuß legten. Im ersten Fall wird ein besonderes Protokoll darüber gehalten, der Beklagte darüber vernommen, und ihm aufgelegt, seine Zahlfähigkeit zu beweisen; im letztern Falle aber wird über das Anbringen eines jeden persönlichen Gläubigers, der den Ueberschuß der Kaufgelder mit Arrest belegt hat, ein eigenes Protokoll gehalten, weil dieses lauter besondere Sachen sind, die nicht zusammen gehören [t]).

Die nothwendige Subhastation muß aufgehoben werden, 1) wenn der Schuldner und Eigenthümer einen Betrug beweisen kann, wodurch der Zuschlag veranlaßt worden ist [u]). 2) Wenn es der Versteigerung an denjenigen Eigenschaften fehlt, die wesentlich dazu erfordert werden, und hier kann man entweder die Nichtigkeitsbeschwerde brau-

t) Hr. Hofr. Claproth im ordentl. Proceß, 2ter Thl. S. 656.

u) Arg. L. 3. C. de iure fisci. L. 1 et 3. C. si vend. pig. agat. L. 3. C. si aduers. fisc. L. 50 D. de euict. L. 2. C. si propt. publ. pensit. L. 16. C. de rescind. vend.

chen, oder es kann appellirt werden [x]). Hat nun der rechtskräftig verurtheilte Schuldner, wegen eines Fehlers bey der Subhastation appellirt, so scheint es zwar, daß hierdurch in der Exekution kein Aufenthalt geschehen dürfe; allein da nicht wider die Hülfsvollstreckung appellirt worden, sondern wider die Art derselben; so hat die Appellation der Regel nach statt; es wäre denn, daß sie ganz offenbar ohne Grund eingelegt worden ist; ja Mathäus behauptet, daß die Appellation allemal die Rechtskraft aufhalte [y]). 3) Der Minderjährige kann die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, wenn seine Sache zu wohlfeil verkauft, oder für ihn etwas durch die Subhastation erstanden worden ist, wo es in die Augen fällt, daß er im Preise, oder auf andere Weise dadurch sehr verletzt worden ist. Es kommt ihm sogar die Wiedereinsetzung zu statten, wenn er dadurch verletzt worden ist, daß er eine fremde Sache nicht gekauft hat, weil sie z. B. von seinen Vorfahren herrührt [z]). Das angeführte Gesetz redet offenbar von einem öffentlichen Verkauf, wie die Worte, adiectio, licitatio, beweisen. Brenkmann hat in den Gebauerischen Noten zu dieser Stelle, diese Behauptung aus den Basiliken aufs neue unterstützt; wiewohl es Rechtsgelehrte giebt, welche dem Minderjährigen die Wiedereinsetzung hier absprechen [a]). Blos alsdenn kann der Minderjährige diese Rechtswohlthat nicht brauchen, wenn der Fiskus seine Sachen hat verkaufen lassen, er müßte denn einen Betrug oder eine Nichtigkeit beweisen können [b]). Was von den Minderjährigen gesagt worden, läßt sich auch auf alle diejenigen Gesellschaften

x) L. 3. C. si aduerf. fisc. L. 2. C. de fide et iure haftae fisc.

y) Mathaevs de auction. Lib. I. cap. 16. nr. 22.

z) L. 35. D. de minor.

a) Mathaevs de auction. Lib. I. cap. 10. nr. 23 et 45. cap. 16. nr. 27.

b) L. 5. C. de fide et iure haft publ. L. 3. C. si aduerf. fisc.

ten anwenden, welche ihre Rechte haben, welches bey geistlichen Stiftungen, Städten, Gemeinen, dem Fiskus, der Fall ist [c]). 4) Volljährige Personen können nur in den Fällen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wider einen öffentlichen Verkauf suchen, wo ihnen solche überhaupt nach den Gesetzen zusteht. 5) In allen Fällen, wenn eine öffentliche Versteigerung deswegen unkräftig wird, weil der Käufer boshaft verfahren, oder ein großes Versehen begangen hat, muß er auch die zu erheben gewesenen Früchte erstatten. Daß eine öffentliche Versteigerung deswegen nicht aufgehoben werden dürfe, weil eine Verletzung über die Hälfte dadurch verursacht worden, wird von einigen Rechtsgelehrten behauptet [d]).

Nach beendigter öffentlicher Versteigerung faßt der Richter ein Mittheilungsdekret ab, wodurch das Protokoll den Partheyen in Abschrift zugefertigt wird. Von solchen Schriften, die den Partheyen nicht schlechterdings nöthig sind, wird im Dekret gesagt, daß sie den Partheyen mitgetheilt werden sollen, wenn sie es verlangen. Unter diesen Umständen darf die Abschrift von dem Gerichtskopisten nicht eher der Parthey zugeschickt werden, als wenn sie es verlangt hat, da die Copialien oft viel Geld kosten, weil mehrentheils weitläuftig und doch schlecht geschrieben wird. Da den Käufer die Sache vor allen andern angeht, so kann er um die Abschrift des Protokolls über die Subhastation nachsuchen, und sie darf ihm nicht verweigert werden. In dem angeführten Dekret wird ferner ein Termin zur Auszahlung der Kaufgelder angesetzt, und sowohl der Gläubiger als der Schuldner vorgeladen, die Auszahlung mit anzusehen, und die Gelder in Empfang zu nehmen, jedoch bekommt der Schuldner den Ueberschuß nicht, wenn andere Gläubiger wider die Abfolgung protestiret und gebeten haben,

c) MATHAEVS de auction. Lib. I. cap. 10. nr. 28.

d) Hr. Hofr. Claproth im ordentl. Proceß, 2ter Thl. S. 660. MATHAEVS l. c. nr. 37—45.

ben, ihn in gerichtliche Verwahrung zu nehmen. Ferner werden diejenigen abgewiesen, die sich mit ihren Realansprüchen nicht gemeldet, oder das Näherrecht nicht ausgeübt haben; aber auf Servituten geht diese Präclusion nicht [e]). Zu dieser Präclusion kann übrigens nicht eher geschritten werden, als wenn die öffentliche Ladung mit der nöthigen Bescheinigung des geschehenen öffentlichen Anschlags ihre Richtigkeit hat, und aus den Acten erhellet. Hat die öffentliche Ladung einen Fehler, so kann jeder sein Realrecht so lange geltend machen, als die Verjährung noch nicht eintritt. Der Fiskus hat das Recht, daß bey seinen Versteigerungen, wegen eines habenden Realanspruchs, nicht länger als vier Jahr nach der Subhastation geklagt werden darf [f]).

Bisweilen kann der Ersteher das Kaufgeld nicht anschaffen, und er bittet deswegen um Frist zur Auszahlung. Schafft er aber endlich doch kein Geld, so wird das Grundstück aufs neue öffentlich ausgeboten und verkauft, der Ersteher trägt aber die Gefahr und Kosten, und muß das Fehlende zuschießen [g]). Wird mehr dafür geboten, so gehört dem Ersteher dieser Vortheil nicht, weil er noch kein Eigenthum an der Sache hat, und Niemand von einer fremden Sache Vortheil ziehen kann, sondern der Schuldner als Eigenthümer bekommt den Ueberschuß [h]). Schafft der Ersteher das Geld, er hatte sich aber Frist dazu ausgebeten, so muß er für die Verzögerungszeit Zinsen bezahlen, nämlich vom Tage des Zuschlagens an bis zur wirklich geschehenen Bezahlung, weil ihm die Nutzungen des erstandenen Grundstücks gehören. Lässet derjenige, der von dem

e) PHILIPPI de subhast. cap. 4. com. 18. nr. 44. MATHAEVS de auction. Lib. I. cap. 11. nr. 48.

f) L. 2. C. de quadr. praescript.

g) L. 15. §. 7. D. de re iudic.

h) L. 51. pr. D. locat. cond. L. 10. §. 3. D. mandati vel contra.

dem Kaufgelde bezahlt werden sollte, diese Summe auf dem Gute zinsbar stehen, und hat dieses gehörig zum Protokoll erklärt, so hat dieses eben die Kraft, als wenn das Kaufgeld baar erlegt worden wäre. Bezahlt der Ersteher das Kaufgeld baar, so muß er dafür sorgen, daß alle öffentlichen Abgaben, die noch nicht bezahlt sind, und jede andere auf dem Grundstück liegende Beschwerde, bezahlt und gehoben werde [i]). Blos wenn der Fiskus etwas verkauft hat, braucht der Ersteher nicht für die schuldigen öffentlichen Abgaben zu stehen [k]). Wird das Kaufgeld, nachdem es von dem Käufer gerichtlich bezahlt worden, aus dem Gericht gestohlen, oder der Richter veruntreuet es, so fällt dieser Schaden auf die Gläubiger [l]).

Wenn die Kaufsumme gehörig bezahlt worden ist, so fertigt der Richter einen so genannten Zuschlagungsschein aus, welcher den Kaufbrief vorstellt. Nach dem gemeinen Sächsischen Gerichtsgebrauch wird ein eigener Termin zur förmlichen Adjudikation angesetzt, und der Schuldner dazu vorgeladen; diese Weitläuftigkeit beobachtet man aber nach dem gemeinen Rechte nicht, weil diese Handlung auch ohne Bewilligung des Schuldners geschehen kann, und die bloße Adjudikation zur Uebertragung des Eigenthums hinreichend ist, ohne daß eine besondere Uebergabe zu geschehen braucht [m]). Niemals darf der Adjudikationsschein eher ausgefertigt werden, als bis das Kaufgeld bezahlt worden ist, oder der Gläubiger hat es dem Ersteher geborgt [n]).

Der Adjudikationsschein wird mit dem bey öffentlichen Urkunden gewöhnlichen Eingange angefangen, und es heißt z. B. Wir die Stadtgerichte zu Lissabon mittelst dieses ur-

i) L. 7. D. de public. L. 5. §. vlt. D. de cenſib. L. 36. D. de iure fiſci. L. 1. C. ſine cenſ. vel reliqu.

k) Lex pen. C. de fide et iure haſt. fiſc.

l) Arg. L. 18. D. de hered. petit.

m) L. 6. §. 1. D. de vſufr. §. vlt. Inſt. de offic. iudic.

n) L. 9. D. de reſcind. vendit. §. 41. Inſt. de rerum diuiſ.

kunden und bekennen. Hierauf wird die Veranlassung und das Verfahren bey der Versteigerung vollständig angeführt, und der geschehenen Auszahlung des Kaufgeldes Erwähnung gethan, oder wie sonst wegen des Kaufgeldes Befriedigung geschehen sey. Sodann wird die Uebergabe angeführt, die Gewährleistung zugesichert, und erklärt, daß der Adjudikationsschein in das Gerichtshandelsbuch eingetragen worden sey. Mit diesem richtig abgefaßten gerichtlichen Adjudikationsscheine kann sich der Käufer vertheidigen, wenn auch die übrigen Urkunden verlohren gegangen seyn sollten. Uebrigens ist weder der Richter noch der Gläubiger zu Leistung der Gewähr verpflichtet, sondern blos der Verkäufer und Schuldner °).

Von der Subhastation ist die gerichtliche Auction unterschieden. Sie ist diejenige gerichtliche Handlung, da vorher öffentlich ausgebotene bewegliche Sachen, demjenigen zugeschlagen werden, der nach einem dreymaligen Ausruf das meiste dafür geboten hat. Es wird solche ebenfalls, wie die Subhastation, in die nothwendige und freywillige Auction eingetheilt. Damit gegen die Gesetzmäßigkeit der nothwendigen gerichtlichen Auction nichts eingewendet werden kann, so müssen die zu verauctionirenden beweglichen Sachen aufgeschrieben werden. Bey einer großen Anzahl derselben wird das Verzeichniß gedruckt, und der Catalogus bekommt ein Titelblatt, worauf der Ort und die Zeit der Auction steht. Die öffentliche Bekanntmachung der nothwendigen gerichtlichen Auction geschieht, ebenfalls wie bey der Subhastation, durch öffentliche Anschläge, worin Zeit und Ort der Auction angeführt, und das Verzeichniß beygelegt wird. In manchen Gegenden wird die gerichtliche Auction von acht Tagen zu acht Tagen mündlich ausgerufen. Die Zeit der Auction ist entweder in Landesgesetzen festgesetzt, oder der Richter kann nach Gutdünken einen

o) L. 38. D. de euiction. tot. tit. Cod. credit. euict. pignor. non debere.

einen Termin dazu ansetzen; wozu nach einigen Proceßordnungen wenigstens drey Wochen genommen werden sollen. Am Auctionstage wird entweder von einer Gerichtsperson, oder von dem verpflichteten Auctionator, ein Stück nach dem andern, in der Ordnung wie die Sachen aufgeschrieben worden, ausgerufen, und wenn ein Gebot geschehen ist, solches dreymal ausgerufen, nach dem dritten Ausruf aber geschieht der Zuschlag an den Meistbietenden. Es muß beym Ausrufen und Zuschlagen völlig unpartheyisch zu Werke gegangen werden [p]). Ueber die Auction wird von einer verpflichteten Person, und von dem Proklamator ein Protokoll gehalten, worin genau angeführt werden muß, von wem und für welchen Preis, jedes Stück erstanden worden ist. Der Erstehungspreis muß gegen Empfangnahme der Sache, in den vorgeschriebenen Münzsorten bezahlt werden, und ohne Bezahlung darf der Proklamator nichts weggeben. Ist dem Ersteher Credit gegeben worden, und er holt die Sache nicht ab, so wird sie auf seine Kosten aufs neue verauctionirt, und er muß das Fehlende nachbezahlen.

Ist Jemand zu Leistung einer Handlung, oder zur Unterlassung einer Handlung rechtskräftig verurtheilt worden, und er befolgt das Urthel nicht, so giebt es verschiedene Mittel, dieses Urthel zu vollstrecken. Befolgt der Beklagte das rechtskräftige Urthel nicht freywillig, so trägt der Kläger diesen Ungehorsam dem Gericht vor, und bittet um einen Strafbefehl an den Beklagten. Ist dem Kläger dadurch ein ansehnlicher Schaden verursacht worden, daß der Beklagte das Urthel nicht erfüllt hat, so wird dieses deutlich aus einander gesetzt und bescheinigt, oder auf die eydliche Bestärkung provocirt [q]). Man kann bitten, dem Beklagten die Erfüllung des Urthels bey zehen, zwanzig, und

p) Der Hr. Geh. Justitzr. Gelze in der gerichtl. Praxis, S. 521.

q) L. 11. D. de re iudicata etc.

und mehr Thalern aufzulegen. Bey armen Personen wird auf Arrest in einem öffentlichen Gefängniß angetragen. Soll der Beklagte etwas thun, was er nur allein ausrichten kann, und kein anderer für ihn, wenigstens nicht eben so gut, so wird ihm die Verrichtung der Handlung erst bey Bedrohung mit einer Geldstrafe angedeutet, und hilft das nichts, so kann er durch Gefängnißstrafe zur Erfüllung des Urthels angehalten werden. Bey Handlungen, die unterlassen werden sollen, wird das Verbot ebenfalls unter einer angesetzten Geldstrafe eingerichtet. Helfen diese Maaßregeln nichts, so muß der Kläger seinen Schaden angeben, solchen bescheinigen, und wenn das nicht geht, sich zur eydlichen Bestärkung anbieten [r]). Soll der Beklagte eine Handlung vornehmen, die auch andere Personen eben so gut ausführen können, und er befolgt die richterliche Anordnung durch Geldstrafe nicht, so wird sie durch andere Personen verrichtet, und ihre Bezahlung von dem Beklagten beygetrieben [s]). Der Richter muß eine solche Handlung niemals durch den Kläger selbst vornehmen lassen, weil hier leicht Thätlichkeiten unter den Partheyen vorkommen können; geht es an, so wird die Handlung in Gegenwart einer Gerichtsperson vorgenommen, damit sie desto gesetzmäßiger ausgeführt wird. Die Größe der Geldstrafe in dergleichen Fällen richtet sich nach dem Gerichtsgebrauche; jedoch tritt das kluge Ermessen des Richters dabey ein. Jeder Richter sollte darauf sehen, daß er die Geldstrafen mäßig und bedächtig ansetzt, aber geschwind und ohne Nachsicht beytreibt. Dadurch wird der nöthige Eindruck gemacht; beobachtet er aber diese Regel nicht, so macht er das richterliche Ansehen verächtlich [t]).

Zum Beschluß will ich über die actio iudicati etwas anführen. — Bey den Römern fällte der iudex pedaneus

r) L. 13. §. 1. D. h. t. L. 71. D. de verb. oblig. R. A. v. Jahr 1654. §. 162.

s) Arg. cap. 3. X. de testam.

t) Visit. Absch. v. J. 1713 §. 83.

neus die Sentenz nach einer vorgeschriebenen Formel, und wenn das geschehen war, hatte sein officium ein Ende [u]). War der Ausspruch rechtskräftig geworden, so konnte er deren Vollstreckung nicht verfügen, sondern der Magistrat, der ihn angeordnet hatte, mußte actione iudicati oder rei iudicatae darum implorirt werden [x]). Der Grund dieser Klage besteht in der gesetzlichen Verordnung und Verbindlichkeit, dem rechtskräftig gewordenen richterlichen Ausspruch gemäß zu handeln. Ein rechtskräftig gewordener richterlicher Ausspruch ist diejenige Entscheidung des kompetenten Richters, welche von der Zeit ihrer Publikation an, ohne daß die Einwendung eines Rechtsmittels dagegen vorgenommen worden ist, zehen Tage alt ist. Der Kläger ist derjenige streitende Theil, welcher vermöge des rechtskräftigen richterlichen Ausspruchs obgesiegt hat, oder dessen Erbe. Auch der Bevollmächtigte kann klagen, welcher bisher den Proceß für den Principal geführt hat, wenn er zugleich Vollmacht hat, auf die Vollstreckung der rechtskräftigen Sentenz zu klagen, oder ein procurator in rem suam ist; sonst steht ihm die exceptio tua non interest entgegen [y]). Der Beklagte ist der condemnirte Theil, welchen die Sache eigentlich angeht, oder dessen Erbe. Also nicht der Anwald, welcher für seinen Clienten den Proceß geführt hat, obgleich das Urthel auf ihn gerichtet worden ist. Sind mehrere Beklagte rechtskräftig verurtheilt worden, so kommt es darauf an, ob der Gegenstand des Processes eine theilbare, oder eine untheilbare Sache ist. Im ersten Fall findet die Klage wider jeden nur pro rata statt [z]); im zweyten Fall hingegen kann sie wider jeden auf das Ganze angestellt werden [a]), z. B. alsdenn, wenn

u) L. 55. D. de re iudicata etc.

x) L. 15. pr. D de re iudic. HVBER ad h. t. nr. 50.

y) L. 27. in fine. L. 28. D. de procurat.

z) L. 1 et 3. C. si plures vna sentent.

a) L. 2. §. 1 et 2. L. 4. §. 1 et 2. D. de verb. oblig.

wenn sie verurtheilt worden sind, eine Servitut zu erdulden. Zuweilen haftet ein Dritter; nämlich alsdenn, wenn er mit dem Verurtheilten eine Person ausmacht. So kann der Vater, wenn sein der väterlichen Gewalt unterworfener Sohn verurtheilt worden ist, vom Kläger aus der rechtskräftigen Sentenz verurtheilt werden; wo actio iudicati de peculio gebraucht wird [b]). Das Gesuch ist: Beklagtem bey Vermeidung der Hülfe oder Exekution aufzuerlegen, daß er dasjenige leiste, wozu er condemnirt worden ist. Wird gegen einen Dritten geklagt, so bittet man, dasjenige zu leisten, wozu ein Anderer verurtheilt worden ist, z. B. der filiusfamilias ist condemnirt worden, und dessen Vater wird ex iudicato belangt. Es können auch die nach der rechtskräftigen Sentenz vom Beklagten eingehobenen Nutzungen gefordert werden [c]). Erfüllte der Beklagte die Sentenz bey den Römern in Zeit von vier Monaten nicht, so konnte der Kläger vsuras centesimas, zwölf Procent Interesse von der ausgeklagten Post fordern [d]); bey uns dürfen aber nicht mehr als fünf Procent gefordert werden [e]).

Wider die actio iudicati, oder die gesuchte Vollstreckung des Urthels können mehrere Einreden vorgeschützt werden, und zwar 1) findet die Einrede statt, das Urthel sey noch nicht publicirt worden; denn jetzt hat es noch nicht die Kraft eines Gesetzes, verbindet also noch nicht. 2) Kann eingewendet werden, das Urthel sey noch nicht rechtskräftig; weil z. B. die Leuterung, die Appellation dagegen eingewendet worden. 3) Hat die Einrede statt, Beklagtem gehe die Sache nichts an; z. B. deswegen, weil er ein Dritter ist, der des Andern facta zu prästiren nicht schuldig ist. 4) Kann vorgeschützt werden, Beklagter habe die Sache

b) Boehmer de actionib. Sect. II. cap. 6. §. 48.

c) L. 7. C. de except. rei iudicatae.

d) L. 2. L. vlt. pr. et §. 1. C. de vsur. rei iudic.

e) Struve Exerc. XLIV. th. 16.

Sache nicht in seinem Namen verhandelt; das heißt, er habe mit Klägern über die Sache nicht in seinem eigenen Namen processirt; z. B. er ist nur eines Andern Anwald, Vormund, Syndikus, gewesen. Dagegen kann replicirt werden, er sey als procurator in rem suam zu betrachten, oder er habe sich zum Streite aufgeworfen [f]). 5) Findet die Einrede statt, es sey peinlich geklagt worden, und der Angeklagte sey vor der Condemnation gestorben. Diese Einrede kommt den Erben des Angeklagten zu statten. Gesetzt, der Verstorbene war bey seinem Leben peinlich angeklagt worden; ehe aber das Urthel einkommt, und ihm publicirt wird, stirbt er. In dem Urthel ist er in eine Geldstrafe von 100 Thlrn. verurtheilt worden, welche Strafe von seinem Erben gefordert wird. Hier kann dieser die angeführte Einrede brauchen; denn in Criminalsachen bewirkt der Umstand, daß sich der Angeklagte auf die Anklage eingelassen, keinen Uebergang der Klage auf die Erben, sondern der Angeklagte muß noch bey seinem Leben in die Vermögensstrafe condemnirt worden seyn, wenn sein Erbe solche entrichten soll [g]). Ist also der Beklagte schon bey seinem Leben in die Strafe verurtheilt worden, so dient dieser Umstand zur Replik wider das Gesuch auf die Exekution des Urthels. 6) Findet die Einrede statt, Kläger müsse auch die Mitbeklagten belangen. Hierauf kann replicirt werden, die Sache, worüber gesprochen worden, sey untheilbar. 7) Es sey Klägern dasjenige, was er fordere, nicht zugesprochen worden; z. B. er fordert mit dem Kapital zugleich auch Zinsen, da der Beklagte doch nur in das Capital verurtheilt worden ist. 8) Es müsse Beklagtem so viel, als er zu seinem Unterhalt brauche, gelassen werden. Wird ein socius actione pro socio belangt, und ist darauf verurtheilt worden, so hat er das beneficium competentiae. 9) Können alle Umstände zu Einreden gebraucht werden, wodurch die Rechtskraft gehemmt, oder das Urthel ungültig

f) L. 4. pr. et §. 1. D. de re iudic.

g) L. 20. D. de accusat.

gültig gemacht wird. Hierher gehört der Fall, wenn das Urthel wider das öffentliche Beste anstößt [h]); oder sie ist auf falsche Dokumente gegründet worden [i]); oder die Rechtskraft streitet wider klare Gesetze, contra ius in thesi. 10) Kann jeder Umstand zur Einrede gebraucht werden, wodurch die Hülfsvollstreckung gehindert wird. Hierher gehören alle exceptiones peremtoriae priuilegiatae, z. B. transactionis post sententiam, pacti de non petendo, solutionis, compensationis, implementi non secuti, nondum factae collationis, wenn die actio familiae erciscundae angestellt gewesen. 11) Kann vorgeschützt werden, es müsse Beklagtem erst einige Frist gestattet werden. Wenn auf eine gewisse bestimmte Sache geklagt worden; so kann die Exekution gleich geschehen [k]). In Sachsen muß dem Beklagten eine Frist von 14 Tagen verstattet werden [l]). Ist auf eine Geldschuld geklagt worden, so hat der Beklagte eine Zeit von vier Monaten [m]); und diese vier Monate fangen von der Zeit der publicirten Sentenz, oder wo sie auf ein eingewendetes Rechtsmittel bestätigt worden ist, an [n]). In Churſachsen hat der Beklagte nicht länger Frist, als vierzehen Tage [o]).

h) L. 35. D. de re iudic.

i) L. 33. D. h. t. BERGER in Oecon. iur. Lib. IV. tit. 22. th. 5. not. 41.

k) §. 2. Inst. de offic. iudic.

l) Const. elect. Saxon. 32. Part. I. §. vlt.

m) L. vlt. pr. C. de vsur. rei iudic.

n) L. 2. C. de vsur. rei iudic.

o) Erl. Churſ. Proc. Ordn. Tit. 39. §. 4. 5.

Lib. XLII. Tit. II.

de

confessis.

§. 1798 — 1801.

Ein Geständniß ist eine überlegte Erklärung, durch welche einer der streitenden Theile die Wahrheit einer eigenen Thathandlung, die seine Rechte und Verbindlichkeiten betrifft, einräumet. Die Beweiskraft und Verbindlichkeit des Geständnisses beruhet nicht sowohl auf dem Orte wo, und der Person, vor welcher solches geschehen ist, als vielmehr auf der Absicht und dem Inhalt des Geständnisses. Es kommt dabey alles darauf an, ob der, der ein Geständniß ablegt, dabey den Zweck hat, eine Schuldigkeit einzuräumen, und ob die Darstellung, die er von einem Geschäfte, oder einer Begebenheit gegen öffentliche, oder Privatpersonen macht, es sey schriftlich oder mündlich, in der Absicht geschieht, daß solche als ein Beweis angesehen werden soll; oder ob die Erklärung und das Geständniß aus andern Ursachen, oder nur beyläufig in Geschäften mit andern Personen geschehen ist. In dem ersten Falle wird durch das Geständniß, es mag solches gerichtlich oder außergerichtlich geschehen seyn, das Geschäfte und das Recht, oder die Verbindlichkeit, die daraus folgt, hinreichend erwiesen; in dem zweyten Falle hingegen ist solches zu dem Beweise der Thatsache, oder Begebenheit, woraus ein Recht, oder eine Verbindlichkeit hergeleitet werden will, nicht allezeit hinlänglich [a]). Uebrigens schadet ein Geständniß in allen Fällen

a) von Tevenar Theorie der Beweise im Civilproceß, S. 76.

Fällen nur demjenigen, der etwas bekennet, und das Geständniß eines **Dritten** ist kein Geständniß im eigentlichen Sinne, sondern nur ein Zeugniß, dessen Beweiskraft nach den allgemeinen Grundsätzen von dem Beweise durch Zeugen zu beurtheilen ist. Bey der Frage endlich von der verbindlichen Kraft der Geständnisse kommt nichts darauf an, ob sie in Anwesenheit des Gegentheils, oder eines Stellvertreters desselben abgelegt worden sind, oder nicht; ob der Gegentheil oder sein Stellvertreter das Geständniß angenommen hat, oder nicht. Das Geständniß eines Theilhabers einer gemeinschaftlichen Sache macht nur ihn verbindlich, nicht aber die übrigen Theilnehmer. Ein jeder, der sich gültig verbindlich machen kann, kann auch auf verbindliche Art etwas einräumen; und daß unerlaubte Gewalt, Betrug, schuldloser Irrthum ein Geständniß entkräften, versteht sich von selbst.

In dem Gegensatze gegen ein wirklich abgelegtes Geständniß, welches ein **wahres** genennt wird, confessio vera, versteht man unter einem **vermutheten**, confessio ficta, dasjenige, welches, ob es gleich nicht wirklich erfolgt ist, doch nach den Gesetzen als geschehen angesehen wird, z. B. zur Strafe des Ungehorsams [b]).

Geschieht das Geständniß durch **Worte**, so wird es ein **ausdrückliches** genennt, welches wieder ein schriftliches und ein mündliches seyn kann, je nachdem die wörtlich geschehene Erklärung zu Papier gebracht wird, oder nicht. Leget hingegen einer sein Geständniß durch Thaten, oder durch Zeichen, oder durch Stillschweigen, da wo er verbunden gewesen wäre zu widersprechen, oder wo die Gesetze das Stillschweigen als eine Bejahung oder Verneinung erklären, ab; so heißt das Geständniß ein **stillschweigendes**. Außer diesen Fällen kann aus dem bloßen Stillschweigen kein Geständniß hergeleitet werden [c]). Einige Rechts-

b) c. 2. de confess. in 6to. c. 7. X. de iuram. calumn.

c) von Tevenar Theorie der Beweise im Civilproceß, S. 73.

Rechtsgelehrte behaupten die allgemeine Regel: man gestehe durch Stillschweigen [d]). Andere Rechtslehrer halten das Stillschweigen unter der Einschränkung für ein Geständniß, wenn nicht, welches jedoch im Zweifelsfalle nicht vermuthet werden kann, die Gesetze eine ausdrückliche Erklärung vorschreiben [e]).

Ein vor dem zuständigen Richter abgelegtes Geständniß wird ein gerichtliches Geständniß genennt [f]); jedoch behaupten einige Rechtslehrer, es komme darauf nicht an, vor welchem Gericht, oder an welchem Orte das Geständniß geschehen sey [g]). Nimmt man jenen Begriff an, so ist ein außergerichtliches Geständniß dasjenige, welches vor einem Richter geschehen ist, welcher nicht als der zuständige betrachtet werden kann. Ein deutliches, bündiges und kräftiges, in der Absicht, die Wahrheit der Sache außer Zweifel zu stellen, abgelegtes Geständniß, wird ein bestimmtes genennt; kann man hingegen aus einer geschehenen Erklärung die Wahrheit einer gewissen Thathandlung nicht mit Gewißheit abnehmen; so ist dieß ein unbestimmtes Geständniß. Die Beweiskraft dieses letztern läßt sich nach allgemeinen Regeln nicht abwägen, sondern muß nach den besondern Verhältnissen und Umständen eines jeden einzelnen Falles beurtheilt werden [h]).

Wenn das Geständniß schlechthin, ohne Beyfügung einer Einschränkung abgelegt wird; so heißt es ein einfaches,

d) v. Cramers Nebenst. Thl. 87. Abh. 3. S. 109. Strubens rechtl. Bedenken, 1ster Thl. 94tes Bedenk. 4ter Thl. 12tes Bedenk.

e) Wehrn Grundriß der Lehre von gerichtl. Einwendungen, §. 14. Note 8.

f) c. 4. X. de iudiciis. Iust. Henn. Boehmer in Iure eccles. Lib. II. tit. 18. §. 6.

g) Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß, §. 218.

h) von Tevenar Theorie der Beweise im Civilproceß, S. 73.

confessio simplex; wird hingegen demselben eine gewisse, zu der Thatsache, die den Gegenstand des Geständnisses ausmacht, gehörende Limitation beygesetzt; so wird das Geständniß ein qualificirtes, confessio qualificata, genennt. Unter dem Ausdruck, Limitation, wird hier eine jede Qualität verstanden, durch welche ein Factum, und die daraus fließenden Rechte und Verbindlichkeiten bestimmt werden; es gehören also überhaupt alle Bedingungen und Verträge dahin, die einem Geschäfte angehängt werden. Diese beygesetzte Einschränkung kann entweder so beschaffen seyn, daß von ihr die Natur des eingeräumten Factums, und die aus diesem fließenden Rechte und Verbindlichkeiten abhängen, daß sie also auch mit jenem so unzertrennlich und wesentlich verbunden ist, daß beydes zusammen genommen, nur als ein einziges, untheilbares Factum angesehen werden muß; oder sie kann eine solche seyn, von welcher die Natur des eingestandenen Factums, und die aus diesem fließenden Rechte und Verbindlichkeiten nicht abhangen, die also auch mit jenem nicht unzertrennlich verbunden ist, und mit demselben kein einziges, untheilbares Factum, sondern vielmehr ein davon verschiedenes Factum ausmacht. Ist das Geständniß auf die erste Art beschaffen; so kann die Parthey, weil hier von einem untheilbaren Factum die Rede ist, und eigentlich eine gänzlich verneinende Einlassung zum Grunde liegt, das Geständniß nicht theilen; das ihr Vortheil bringende nicht herausheben, und das Unangenehme dem, der das Geständniß abgelegt hat, zum Beweise auforingen; sondern sie muß vielmehr entweder mit dem Geständnisse, so wie es vorliegt, und also mit dem Inbegriff der hinzugesetzten Limitation zufrieden seyn, oder aber den ganzen Beweis des von ihr behaupteten Factums übernehmen, und sich in die Lage versetzen, als ob die Einlassung gänzlich verneinend ausgefallen wäre [i]).

Nur

i) de Graffen Diss. de confessione qualificata, Erford. 1783. §. 4—8. Gmelin und Elsäßer gemeinnützige juristische Beobachtungen, Band 2. Abhandl. 8. S. 86.

Nur alsdenn, wenn gegen die angehängte Limitation eine gegründete rechtliche Vermuthung streitet, leidet diese Regel eine Ausnahme; und in diesem Falle kann die Parthey das Geständniß theilen, solches ohne die Einschränkung annehmen, und derjenige, der dasselbe abgelegt hat, muß die angehängte Limitation erweisen [k]). Hat der streitende Theil den ihm obliegenden Beweis auf andere Art, als durch Geständniß, hinreichend geführt, so daß er sich blos auf diesen, und nicht auf das Geständniß seines Gegners gründen kann; so kann dieser blos durch sein qualificirtes Geständniß jenen Beweis nicht entkräften, und den Beweisführer nöthigen, eine und dieselbe Sache unter einerley Umständen zweymal zu beweisen, sondern er ist vielmehr schuldig, den Beweis der angehängten Limitation zu führen [l]).

Ist die dem Geständnisse angehängte Limitation, mit dem eingeräumten Factum selbst, nicht unzertrennlich verbunden; sie macht folglich auch kein einziges untheilbares, vielmehr ein besonderes, vor sich bestehendes Factum aus; so findet allerdings eine Theilung bey dem qualificirten Geständnisse statt; denn hier ist in der That nur eine bejahende Einlassung vorhanden, welcher eine Einrede angehängt worden ist, die sich auf eine neue, von der Hauptsache verschiedene, Thathandlung gründet; es kann also hier die Parthey das Geständniß ihres Gegentheils, in so weit es ihr vortheilhaft ist, annehmen, und doch den Beweis der angehängten Limitation, als einer vorgeschützten Einrede verlangen [m]). Zuweilen wird es sehr zweifelhaft, ob die dem Geständnisse beygefügte Limitation mit dem eingestandenen Factum unzertrennlich verbunden sey, oder nicht. Dieß

k) Iust. Henn. Boehmer in iure eccles. Lib. III. tit. 18. §. 3. de Graffen l. c. §. 8.

l) Gmelin und Elsäßer a. a. O. §. 57. S. 87. de Graffen l. c. §. 9.

m) Boehmer l. c. §. 3. de Graffen l. c. §. 10.

ist besonders bey Contracten, welchen andere Verträge oder Bedingungen angehängt sind, der Fall. Hier wird sehr oft unter den Contrahenten darüber gestritten, wer den Beweis der Limitation zu führen schuldig sey. Dieser Streit kann nur alsdenn richtig entschieden werden, wenn man darauf sieht, was die Gesetze verlangen, wenn ein Geschäft für vollkommen gültig zu halten seyn soll. Sind diese Umstände vorhanden, so ist auch das Geschäft gültig; und alle über diese Umstände hinzugefügte Bedingungen und Verträge sind als neue, besondere, von der Haupthandlung ganz verschiedene Thatsachen anzusehen, und müssen als solche, nach den oben angeführten Grundsätzen beurtheilt werden [n]). Es giebt Rechtsgelehrte [o]), welche die zeither von dem qualificirten Geständniß vorgetragenen Grundsätze gänzlich verwerfen; diese Meynung beruht aber auf schwachen Gründen [p]).

Die Beweiskraft eines unbestimmten Geständnisses, wie auch eines solchen, das nicht in der Absicht abgelegt worden ist, daß es zum Beweise gebraucht werden soll, oder das nur beyläufig in Geschäften mit andern Personen geschehen ist, läßt sich im Allgemeinen nicht bestimmen, sondern muß in einem jeden einzelnen Falle nach den dabey zugleich mit vorkommenden übrigen Umständen und Verhältnissen beurtheilt werden [q]). Ein ganz bestimmt abgelegtes Geständniß, dessen Gültigkeit und Verbindlichkeit nichts im Wege steht, es mag ein gerichtliches oder außergerichtliches Geständniß seyn, ist so lange als ein vollständiger Beweis zu betrachten, bis das Gegentheil erwiesen ist [r]). Andere Rechtsgelehrte sind der Meynung, ein

n) de Graffen l. c. §. 11.

o) Claproth Einleitung in den ordentl. Proceß, §. 217.

p) de Graffen l. c. §. 12—18.

q) Hr. Reg. R. Danz im ordentl. Proceß, §. 299. S. 431.

r) L. 13. C. de non numer. pecun. c. 4. X. de iudiciis. c. 6. X. de exceff. praelat. c. 10. X. de cohabitat. cleric. et mulier. c. 2 et 3. X. de confeff. c. 2. de reftit. in integr. in 6to. de Graffen Diff. cit. §. 2.

ein außergerichtliches, in Abwesenheit des Gegentheils abgelegtes, Geständniß begründe nur einen halben Beweis [s]). Einige Rechtsgelehrte sind der Meynung, ein gerichtliches Geständniß habe die Kraft einer praesumtionis iuris et de iure, lasse also den Beweis des Gegentheils nicht zu; ein außergerichtliches Geständniß aber habe nur die Kraft einer praesumtionis iuris, und es finde daher auch ein Beweis des Gegentheils statt [t]). Nach der Meynung einiger Rechtsgelehrten ist das gerichtliche und außergerichtliche Geständniß nur darin unterschieden, daß das erstere viel leichter bewiesen werden kann, als das letzte [u]).

Lib. XLII. Tit. III.

de

cessione bonorum.

§. 1802—1809.

Die in diesem Titel vorkommenden Grundsätze, bedürfen keiner weitläuftigen Erklärung, und das Wichtigste davon wird in der Folge vorkommen.

s) Canz de probabil. iurid. §. 118. Hofmanns teutsche Reichspraxis, §. 738.

t) Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß, §. 217. 220.

u) von Tevenar Theorie der Beweise im Civilproceß, S. 80.

Lib. XLII. Tit. IV.

Quibus ex cauſſis in poſſeſſionem eatur.

§. 1810. 1811.

Was von der Einweiſung in das Vermögen eines Andern, der ſeine Verbindlichkeit nicht erfüllen will, beſonders alsdenn, wenn ſie zur Strafe eines begangenen Ungehorſams bey den Römern als Zwangsmittel gebraucht wurde, im römiſchen Rechte feſtgeſetzt worden, iſt bey den davon handelnden Fällen bereits erklärt worden.

Lib. XLII. Tit. V.

de

rebus auctoritate iudicis poſſidendis.

§. 1812.

Nach Anleitung des gegenwärtigen und der folgenden Titel wird von den Rechtslehrern die Materie vom Concurs vorgetragen. — Das gerichtliche Verfahren über die Vertheilung des Vermögens einer Perſon, welches zu Befriedigung aller Gläubiger derſelben nicht zureicht, wird der Concursproceß genennt. In Oberteutſchland braucht man den Ausdruck, Gantproceß; welcher Ausdruck von dem Wort Gant herrührt, worunter man in dieſen Gegenden eine öffentliche Auction verſteht, weil die Sachen des Schuld-

Schuldners öffentlich verkauft werden [a]). Der gemeine Schuldner wird der Gantmann genennt, desgleichen Cridarius. Diesen letzten Ausdruck leiten einige von dem französischen Wort, crier, her, weil bey dem Concursproceß verschiedenes ausgerufen wird. Cangius bemerkt dagegen [b]): crida, bannum, proclamatio, cridare, clamare, proclamare, de iis dicitur, qui vendunt hasta publica. Andere Gelehrte behaupten, das Wort komme von dem Italiänischen gridare her, und wieder andere leiten es von dem platteutschen Ausdruck, krischen, laut schreyen her [c]).

Das Wort Concurs hat viele Bedeutungen; denn 1) versteht man bisweilen den Zustand des Vermögens eines Schuldners darunter, wovon mehrere Gläubiger befriedigt seyn wollen, welches Vermögen aber nicht zureicht, sie alle zu befriedigen. So wird das Wort gebraucht, wenn es heißt, es ist ein Concurs ausgebrochen, einen Concurs erregen, einen Concurs machen. Der Ausdruck, Concurs erregen, wird von den Gläubigern gebraucht, wenn sie in so großer Anzahl wider den Schuldner aufgetreten sind, daß dessen Vermögen nicht mehr zu ihrer allerseitigen Befriedigung hinreichend ist. Der Ausdruck, Concurs machen, wird von dem Schuldner gebraucht, wenn dieser so übel gewirthschaftet hat, daß sein Vermögen zu Befriedigung aller seiner Gläubiger nicht zureicht. Die Worte, es ist ein Concurs ausgebrochen, sind alsdenn gebräuchlich, wenn man einen solchen Zustand des Vermögens eines Schuldners anzeigen will, daß solches zu Befriedigung seiner Gläubiger nicht mehr zureicht. 2) Wird dem gesammten Corpus der Gläubiger, welche von dem Vermögen eines unzahlfähigen Schuldners befriedigt seyn

 wollen,

a) HALTAVS in Glossario, pag. 583.

b) du CANGE in Glossario voc. crida.

c) Hr. Hofr. Schmidt von geistl. und weltl. Separatisten, Thl. 2. §. 2.

wollen, die Benennung, der Concurs, beygelegt. So sagt man in dieser Bedeutung des Worts: der Concurs hat es beschlossen; desgleichen: der Richter hat dem Concurs den Vorschlag gethan. Endlich wird 3) der Rechtsstreit, welchen die mehrern Gläubiger, nachdem sich auf Seiten des Schuldners das Unvermögen, sie alle zu befriedigen, ergeben hat, darüber unter einander führen, wer von ihnen, von dem zur allerseitigen Befriedigung unzureichenden schuldnerischen Vermögen zuerst seine Bezahlung bekommt, der Concurs der Gläubiger genennt. In dieser letzten Bedeutung, welche der Herleitung desselben von dem lateinischen Wort, concurrere, am gemäßesten ist [d]), wird der Ausdruck, Concurs der Gläubiger, allgemein von den Rechtslehrern gebraucht.

Soll ein Concurs der Gläubiger ausbrechen, so müssen 1) mehrere Gläubiger existiren, welche an den gemeinen Schuldner verschiedene Forderungen haben. Gläubiger werden hier diejenigen genennt, die ein vollkommnes Recht haben, die Befriedigung ihrer Ansprüche aus dem Vermögen des Schuldners selbst zu verlangen, und die folglich nicht angewiesen werden können, sich an seine Person zu halten. Eine Folge dieser Bedeutung ist es, daß Personen, welche ihre Sachen vermöge des Eigenthumsrechts aus der Vermögensmasse des gemeinen Schuldners zurück fordern, nicht als Concursgläubiger zu betrachten sind. Zufälliger Weise geschieht es, daß bisweilen ein solcher Eigenthümer den wahren Concursgläubigern beytritt, nämlich alsdenn, wenn er sich seine Vindikationsklage nicht zu beweisen getraut, und deswegen lieber seine Befriedigung von der Concursmasse sucht [e]). Dringt nur ein einziger Gläubiger, wenn gleich seine Forderung so groß ist, daß sie der Schuldner von seinem gegenwärtigen Vermögen nicht bezah-

d) Iust. Henn. BOEHMER in Exerc. ad Dig. Tom. V. pag. 561.

e) MARA de concursu credit. Lib. I. tit. I. §. I.

bezahlen kann, gerichtlich auf seine Befriedigung, so wird der in diesem Falle geführte Proceß niemals einem Concursproceß gleich gehalten, weil unter diesen Umständen die Folgen nicht eintreten, welche zum Wesen des Concurses gehören. Da die Gesetze nichts darüber verordnen, wie viel Gläubiger ihre Befriedigung gerichtlich suchen müssen, wenn der Concursproceß eröffnet werden darf, so ist diese Frage blos aus der Natur der Sache zu beantworten, und nach dieser läßt es sich mit den mehresten Rechtsgelehrten behaupten [f]), schon zwey Gläubiger wären hinreichend, die Eröffnung des Concursprocesses zu veranlassen, weil diese zwey Gläubiger schon darüber zu streiten genöthigt sind, welcher vor dem andern zu befriedigen sey, da das Vermögen zu ihrer beyderseitigen Befriedigung nicht zureicht. Soll gesagt werden können, es sey von zwey oder mehrern Gläubigern eines Schuldners auf die Befriedigung derselben geklagt worden; so wird vorausgesetzt, daß ihre Forderungen von verschiedener Beschaffenheit sind, welches sich aber nur alsdenn behaupten läßt, wenn jeder Gläubiger eine eigene Klage anstellen und einen besondern Proceß führen muß. Wären also zwar verschiedene Gläubiger da, sie könnten aber doch alle zusammen nur eine Klage gegen den Schuldner anstellen, so müßten sie wie Streitgenossen betrachtet werden; diese hält man aber bey der Verhandlung eines Processes für eine Person, folglich können sie auch hier nur wie ein einziger Gläubiger betrachtet werden, weil bey dieser Forderung kein Streit über die Priorität vorkommen kann [g]). Soll ein Concursproceß entstehen, so wird 2) ein gemeiner Schuldner erfordert, das heißt eine Person, welche schuldig ist, von ihrem Vermögen die Ansprüche verschiedener Gläubiger zu befriedigen. 3) Müssen die Concursgläubiger ihre Forderungen von dem

f) Püttmanns Referirkunst, S. 132. Ludovici Concursproceß, Cap. 1. §. 2. Note a.

g) Hr. Hofr. Kraft im Concursproceß, §. 1.

dem Gemeinschuldner gerichtlich verlangen, wenn ein Concurs eröffnet werden soll; denn eine bloße außergerichtliche Erinnerung, die Schuld oder Anforderung zu berichtigen, ist nicht hinreichend h); jedoch wird nicht schlechterdings die bereits geschehene Ueberreichung der Klage wider den gemeinen Schuldner nothwendig dazu erfordert; sondern eine bloße Anzeige beym Richter, daß er sie nicht befriedigt habe, ist hinreichend. Endlich 4) muß das Vermögen des gemeinen Schuldners nicht zureichen, alle Concursgläubiger zu befriedigen i).

Nicht alle Rechtsgelehrte sind der Meynung, daß die angeführten vier Umstände zum Wesen des Concurses erfordert werden. Einige behaupten, es sey schon genug, wenn Jemand mehr als einer Person so viel schuldig sey, daß er sie alle für jetzt nicht zu befriedigen im Stande sey k). Der Herr von Leyser behauptete sogar, der Concurs sey schon alsdenn zu eröffnen, wenn mehrere Gläubiger vom Richter den Besitz des Vermögens ihres Schuldners erhalten haben; welche Behauptung aber schon deswegen keinen Beyfall verdient, weil sehr oft Gläubiger den Besitz des Vermögens ihres zahlfähigen Schuldners bekommen l). Die Behauptung derjenigen Rechtsgelehrten, die das Wesen des Concurses darin finden wollen, wenn der Gemeinschuldner nur mehrere Gläubiger hat, die er von seinem gegenwärtigen Vermögen nicht völlig befriedigen kann, und dazu das gerichtliche Anmelden derselben nicht erfordern, ist scheinbarer, aber doch nicht richtig; denn sie verwechseln den so genannten statum insoluentiae des Gemeinschuldners mit der wirklichen Existenz des Concurses selbst.

Man

h) L. 6. §. 2. D. h. t. Decis. Cassellanae Tom. II. Dec. 236. Nr. 6.

i) Nettelbladt in iurispr. posit. German. §. 799.

k) Schaumburg in Princ. Prax. Lib. II. cap. 8. not. ***).

l) Leyser Spec. 478. Med. 3. Io. God. Bayer in Opusc. Tom. I. pag. 391.

Man muß bey Festsetzung dieser Frage dreyerley Zeitpunkte genau unterscheiden, nämlich 1) die Zeit, wo der jetzige Gemeinschuldner alle seine Gläubiger noch völlig befriedigen konnte, wenn sie ihre Ansprüche wirksam gemacht hätten; 2) die Zeit, wo er dieses nicht mehr im Stande war, obgleich seine sämmtlichen Gläubiger ihre Ansprüche wider ihn noch nicht gerichtlich angezeigt hatten, welche Zeit der status insoluentiae genennt wird; und 3) die Zeit, wo der Gemeinschuldner nicht nur wirklich nicht mehr so reich war, um seine sämmtlichen Gläubiger befriedigen zu können, sondern wo sich diese auch um ihre Befriedigung gerichtlich gemeldet hatten. Vom Anfang dieses letztern Zeitpuncts an, kann man erst sagen, es existire der Concurs über das Vermögen des Gemeinschuldners [m]). Nimmt man blos den Umstand, daß Jemand verschiedenen Gläubigern schuldig ist, oder daß sein Vermögen zur völligen Befriedigung seiner Gläubiger nicht zureicht, zum wesentlichen Merkmal eines vorhandenen Concurses an, so lassen sich viele wichtige Fragen gar nicht beantworten, und es zeigen sich mancherley Widersprüche. Wie sollte zum Beyspiel der Anfang des Concurses der Gläubiger richtig bestimmt werden können, der doch bey diesen zum Grunde gelegten Merkmalen des Concurses, allen vernünftigen Grundsätzen nach, auf die Zeit angenommen werden muß, wo entweder so viel Gläubiger vorhanden waren, daß zu ihrer völligen Befriedigung das Vermögen des Gemeinschuldners nicht zureicht, oder wo der Schuldner an seinem Vermögen einen solchen Verlust erlitten hat, daß dasselbe zur Befriedigung seiner Gläubiger unzulänglich wurde; welche beyde Umstände aber sehr schwer, ja bisweilen gar nicht auszumitteln sind. Wie wollte man ferner blos von dem Daseyn mehrerer Gläubiger, und der Unzulänglichkeit des schuldnerischen Vermögens, die Wirkungen herleiten können,

m) Hr. Prof. Dabelow vom Concurs der Gläubiger 1ster Thl. S. 17. der ersten Ausg.

nen, die der Concurs hervorbringt, da die Gläubiger ihre Befriedigung noch gar nicht einmal verlangten, wie es den Gesetzen nach geschehen soll, und man daher nicht wissen kann, ob sie gegenwärtig schon befriedigt seyen, oder nicht vielmehr eine Vermehrung des schuldnerischen Vermögens abwarten wollen.

Auf diese dreyfache Rücksicht gründet sich die Eintheilung des Concurses in den imminenten, materiellen und förmlichen Concurs. Einige Rechtsgelehrte [n]) haben behauptet, der Concurs sey bevorstehend und imminent, wenn mehrere Gläubiger zu gleicher Zeit ihre Befriedigung vom Gemeinschuldner gerichtlich verlangen, und er ist jetzt nicht im Stande, sie von seinem gegenwärtigen Vermögen zu befriedigen. Andere Rechtsgelehrte [o]) sagen: von der Zeit an, wo der Schuldner unvermögend war, seine Gläubiger zu befriedigen, bis dahin, wo er sein Vermögen den Gläubigern abgetreten hat, oder wo diese in dasselbe eingewiesen worden, ist ein imminenter Concurs vorhanden. Man muß daher den Zeitpunkt, wo das Activvermögen des Gemeinschuldners zur Befriedigung seiner Gläubiger nicht mehr zureichte, für den Anfang des wirklich imminenten Concurses und aller seiner rechtlichen Folgen ansehen; es müssen aber diejenigen Gläubiger, die sich darauf berufen, um einen Vortheil davon zu ziehen, diesen Zeitpunkt bestimmt angeben und beweisen [p]). Dieser Beweis ist zwar sehr oft schwer zu führen, alsdenn aber leicht, wenn mehrere Gläubiger wider den Gemeinschuldner, der unzahlfähig war, sich gerichtlich gemeldet haben, weil es eben deswegen, weil er nicht alle befriedigen kann, nunmehr schon zweifelhaft wird, welcher von ihnen zuerst seine Befriedigung vor den übrigen, aus dem Vermögen bekommen soll.

Die

n) SCHAVMBVRG Princ. Prax. Lib. II. cap. 8. §. 1.

o) Hr. Reg. Rath Danz im summar. Proceß, S. 161.

p) Hr. Reg. Rath Danz a. a. O.

Die Anwendung des richtigen Begriffs vom imminenten Concurs findet hauptsächlich bey den Wirkungen des Concurses überhaupt statt. Jeder Concurs giebt Gelegenheit zu Entstehung einer Art von Gemeinschaft an dem Vermögen des Gemeinschuldners unter allen Concursgläubigern, welche so lange dauert, bis das Lokationsurthel abgefaßt worden ist [q]). Aus dieser Gemeinschaft rühren die besondern Rechte her, die dem Concurs eigen sind. Diese Gemeinschaft hebt übrigens nicht die besondern Rechte und Vorzüge auf, worauf jeder Gläubiger seiner Forderung wegen Anspruch machen kann, und man darf auch die sämmtlichen Creditoren dieser Gemeinschaft wegen nicht für Streitgenossen halten, sondern die angeführte Gemeinschaft zeigt sich hauptsächlich nur durch das gemeinschaftliche Interesse, vermöge dessen sie alles zu verhindern suchen können, was der Richter oder der Gemeinschuldner nachtheiliges für sie vornehmen will [r]). Die Wirkungen des Concurses der Gläubiger überhaupt sind in dreyfacher Rücksicht zu betrachten, nämlich 1) in Rücksicht auf den Gemeinschuldner von der einen, und die Concursgläubiger von der andern Seite; 2) in Rücksicht auf die Concursgläubiger selbst unter und gegen einander; und endlich 3) in Rücksicht auf die Concursgläubiger von der einen, und einen Dritten von der andern Seite.

Die Wirkungen des imminenten Concurses bestehen in Rücksicht des Gemeinschuldners nicht etwa darin, daß ihm nunmehr durch die Gesetze das Recht entzogen worden sey, den Besitz seines Vermögens auszuüben, solches nach Gefallen zu verwalten; er hat vielmehr immer noch das Recht, Dinge, die zu seinem Vermögen gehören, gültig zu veräußern, und nicht nur das Eigenthum der einzelnen Sachen an andere Personen zu überlassen, sondern auch andere

q) Hr. Prof. Dabelow vom Concurs der Gläubiger, 1ster Thl. S. 75. flg.

r) Berger electa discept. forens. Tit. 34. Obs. 7. pag. 806.

dere Rechte [s]). Die Gesetze untersagen blos jede vorsätzlicher Weise zum Nachtheil der Gläubiger, vom Gemeinschuldner vorgenommene Veräußerung einzelner Sachen, oder eine Veräußerung des ganzen Vermögens [t]); und sie haben gegen jede Veräußerung oder Verfügung, die in der Absicht sie zu hintergehen vorgenommen worden ist, possessorische Rechtsmittel, nämlich das interdictum fraudatorium eingeführt, und auch ein petitorisches, nämlich die Paullianische Klage [u]). Des Interdicts können sich die Gläubiger alsdenn bedienen, wenn sie deswegen gleich zum Besitz der veräußerten Sache zu kommen suchen müssen, damit der gegenwärtige Besitzer die Sache nicht weiter veräußert, und in der Folge nichts im Vermögen hat, wovon sie ihre Schadloshaltung bekommen konnten [x]).

Eine andere Wirkung des imminenten Concurses ist es, daß ein gewisses Recht, welches einer von den Mitgläubigern gegen den gemeinschaftlichen Schuldner ausüben kann, den übrigen Mitgläubigern in gewissen Fällen ebenfalls zu statten kommt, und sie daher von dem Rechte eines Dritten eine gültige Einrede hernehmen können. Beruft sich z. B. der Schuldner auf die Cession des Vermögens, oder auf die ihm zustehende Rechtswohlthat des nothdürftigen Lebensunterhaltes; so können diejenigen Gläubiger, die ihm diese Vorzüge nicht zugestehen wollen, davon ebenfalls eine Einrede hernehmen, wenn der Gemeinschuldner gegen diesen oder jenen Gläubiger arglistig und betrügerisch gehandelt hat [y]). Eine fernere Wirkung der vorhandenen Gemeinschaft an dem Vermögen des Gemeinschuldners ist es, daß

s) L. 15. C. de donat. Oelze Diss. de creditore sibi vigilante, §. 10.

t) L. 1. D. quae in fraud. credit.

u) L. 10. pr. L. fin. §. 4 et 6. D. quae in fraud. credit.

x) Hr. Hofr. Emelin vom materiellen Concurs, §. 14. Not. b.

y) Hr. Hofr. Emelin a. a. O. §. 22.

daß in dem Falle, wenn dem einen Gläubiger, zum Nachtheil eines andern Mitgläubigers, irgend einen Vortheil zugestanden werden soll, alsdenn dieser sein Recht durch die Intervention ausführen kann, welche Befugniß unmittelbar aus dem Concurs entspringt [z]). Auch ist es eine Wirkung der Gemeinschaft unter den Gläubigern, daß die schon anhängigen Executionsprocesse sogleich ausgesetzt werden müssen, und die rechtskräftigen Urthel nicht vollstreckt werden dürfen [a]). Ob das Retentionsrecht überhaupt, oder doch wenigstens das gemeine Retentionsrecht durch den Concurs gehemmt werde, darüber streiten die Rechtslehrer. So viel geben alle Rechtsgelehrte zu, daß das einfache, mit keinem Pfandrechte verbundene Retentionsrecht, durch den Concurs gehemmt werde; aber das qualificirte Retentionsrecht soll seine Kraft behalten [b]). Die größere Anzahl von Rechtsgelehrten ist der Meynung, das Retentionsrecht des Pfandgläubigers werde allemal durch den Concurs aufgehoben, und jedes Faustpfand müsse an die Concursmasse abgeliefert werden [c]). Uebrigens behält der Schuldner immer das Recht, bey dem Concurs seines Gläubigers, sich auf eine geschehene, in Gesetzen gebilligte Compensation zu berufen [d]).

Der materielle Concurs wird es genennt, wenn der Gemeinschuldner sein Vermögen freywillig an die Gläubiger zu ihrer Befriedigung überlassen hat, oder wenn eine Einweisung in das Vermögen vorgegangen ist. Dieser Con-

z) Ludovici Concursproceß, Cap. 5. §. 6.

a) de Pufendorf Obs. Tom. IV. Obs. 33. Strubens rechtl. Bedenk. 4ter Thl. 37stes Bedenk.

b) de Cramer Obs. Tom. I. Obs. 336. Westphal vom Pfandrechte, Cap. 2. §. 10.

c) de Pufendorf Obs. Tom. III. Obs. 60. Decis. Cassel. Tom. I. Dec. 248. Tom. II. Dec. 64.

d) Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 79.

Concurs dauert bis zu Aushängung der Edictalcitation [e]). Die Wirkungen dieser Art des Concurses bestehen darin, daß der Gemeinschuldner von dem Augenblicke an, wo diese Art des Concurses über sein Vermögen entstanden ist, keine Eigenthumsrechte weiter ausüben darf, so wie es einem gerichtlich erklärten Verschwender, oder einem Minderjährigen ohne Vormund verboten ist, etwas von seinem Vermögen zu veräußern. Aus diesem Grunde sind alle Arten der wirklich geschehenen Veräußerungen gleich anfangs null und nichtig, und die veräußerten Sachen können von jedem Besitzer, er mag ein redlicher oder unredlicher Besitzer seyn, die Sache umsonst, oder für eine Gegenleistung an sich gebracht haben, zurückgefordert werden [f]).

Der förmliche Concurs nimmt mit der geschehenen Edictalcitation der Gläubiger seinen Anfang, und dauert, bis der Concursproceß völlig beendigt worden ist. Die Wirkungen desselben darin sind, 1) daß alle besondere Concurse, die bey den Gerichten eines Landes anhängig sind, an das allgemeine Concursgericht verwiesen werden, und deswegen sind alle Gläubiger schuldig, sich hier einzufinden, und ihre Ansprüche auszuführen. Der Fortgang aller, bey andern Gerichten des nämlichen Landes, anhängigen Processe, über Forderungen an den Gemeinschuldner wird nunmehr aufgehalten, und das allgemeine Concursgericht zieht solche in dem Zustande, worin sie zur Zeit des eröffneten Concurses waren, in der Masse an sich, daß zwar das Recht, welches der Gläubiger in dem besondern Gericht schon erhalten hat, ihm nicht wieder genommen wird [g]); es

e) Hr. Hofr. Gmelin Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger, Erlangen 1775. NETTELBLADT Iurispr. polit. §. 802.

f) L. 6. §. 7. D. quae in fraud. credit. SCHILTER Exerc. XLVI. §. 51.

g) BRVNNEMANN in Proc. conc. credit. cap. 1. §. 8. nr. 1.

es darf aber doch zum Nachtheil besserer Rechte anderer Gläubiger jetzt nichts vorgenommen werden [h]). 2) Ist es eine Wirkung des förmlichen Concurses, daß sämmtliche Gläubiger, sowohl bekannte als unbekannte, ein gemeinschaftliches Recht an dem ganzen Concursvermögen nunmehr erlangt haben, folglich darf auch keinem einzigen Gläubiger, ohne Bewilligung der übrigen, etwas bezahlt werden, bis nach gesprochenem Lokationsurthel [i]). 3) Hört nach einigen Landesgesetzen der Lauf der Zinsen auf [k]). 4) Darf kein Gläubiger das ius offerendi, zu seinem Vortheil, jetzt mehr brauchen [l]).

§. 1813 — 1815.

Der Concurs wird auch in den allgemeinen und besondern eingetheilt, und zwar in dreyfacher Rücksicht, 1) In Rücksicht des Vermögens des Schuldners wird der Concurs ein allgemeiner genennt, wenn über das ganze Vermögen desselben, ohne daß etwas ausgenommen wird, die Sachen mögen in einem Gerichtsbezirk liegen, wo es sey, der Concurs erkannt worden ist. Dagegen heißt der Concurs in Rücksicht des Vermögens des Schuldners ein besonderer, wenn nur über einen gewissen Theil des schuldnerischen Vermögens der Concurs eröffnet worden ist. 2) In Rücksicht der Schulden des Schuldners, muß bisweilen ebenfalls der Concurs in den allgemeinen und

h) L. 54. D. de iudic. L. 10. C. eod. L. 12. D. h. t. c. 3. de rescript. in 6to. Leyser Spec. 478. Med. 8. et 9. Wernher Obs. Part. X. Obs. 297. Coccii in iure contr. h. t. qu. 16. §. 16.

i) Brvnnemann l. c. nr. 5. Coccii in iure contr. l. c.

k) Mevius in Dec. Part. VII. Dec. 245. Brvnnemann l. c. nr. 2.

l) Mevius Part. IV. Dec. 158. Orths Rechtshändel, 5ter Thl. Abhandlung 3.

besondern eingetheilt werden, nämlich alsdenn, wenn Lehn- und Allodialschulden, oder die Schulden des Erblassers und des Erben, oder Wechselschulden, Fideikommissarische Schulden, und gewöhnliche Schulden vorhanden sind, und in Rücksicht derselben eine Absonderung nöthig ist [m]). Endlich muß 3) in Rücksicht der Gläubiger selbst, dieser Unterschied alsdenn gemacht werden, wenn der Concurs entweder der Klagen einiger Gläubiger, oder wegen aller ausgebrochen ist [n]).

Der allgemeine Concurs erstreckt sich über das ganze, nicht besonders ausgenommene Vermögen des Gemeinschuldners, alle Gläubiger nehmen Antheil daran, und er wird bey dem Richter des Wohnorts des Gemeinschuldners betrieben. Der besondere Concurs begreift nur einen Theil des dem Gemeinschuldner gehörenden Vermögens; es wird bey diesem der Streit über die Befriedigung nur von einzelnen Gläubigern geführt, und er kann vor jedem kompetenten Richter, es mag der Richter der gelegenen Sache, oder des geschlossenen Contracts, oder des angelegten Arrests, oder ein anderer kompetenter besonderer Richter seyn [o]), geführt werden. Wenn der allgemeine Concurs eintreten soll, so muß schlechterdings eine Edictalcitation erlassen worden seyn; hingegen bey dem besondern Concurs ist die Privatvorladung der Gläubiger hinreichend. Ein allgemeiner Concurs entsteht alsdenn, wenn nicht alle Gläubiger des Gemeinschuldners von seinem Vermögen befriedigt werden können; der besondere Concurs kann schon alsdenn vorhanden seyn, wenn mehrere Gläubiger über das Vorzugsrecht bey ihrer Bezahlung streiten, obgleich ihr Schuldner wirklich so viel im Vermögen hat, daß sie alle davon befriedigt werden können. Der allgemeine Concurs zieht alle besondere Concurse eines Landes an sich, und deswegen müssen

m) de Cramer Obs. Tom. I. pag. 787.

n) de Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 217. pag. 546.

o) Herr Reg. Rath Danz im summar. Proceß, S. 181.

müssen die bereits bey andern Gerichten angefangenen Processe aufhören, wenn sie eine Forderung betreffen, die der Gemeinschuldner zu bezahlen schuldig ist. Der besondere Concurs wird nur unter solchen Gläubigern geführt, die sich ihrer Ansprüche wegen bereits bey einem und eben demselben Richter gemeldet haben. Er steht mit allen übrigen besondern Concursen in keiner Verbindung [p]); nur muß dasjenige, was von der besondern Concursmasse, nachdem alle hierher gehörende Gläubiger befriedigt worden sind, übrig bleibt, an den allgemeinen Concursrichter, auf sein Verlangen, eingeschickt werden [q]). Uebrigens steht es jedem Gläubiger der Regel nach frey, sich seiner Forderung wegen, sowohl bey dem allgemeinen als dem besondern Concursrichter melden zu dürfen, wenn nur bey dem letzten die Anbringung der Klage überhaupt statt findet. Sollte sich ein Gläubiger bey beyden Concursrichtern gemeldet haben, so muß jeder Richter Sorge tragen, daß dieser Gläubiger seine Befriedigung nicht zweymal bekommt, und deswegen wird er bisweilen angehalten, Sicherheit zu bestellen [r]).

Jeder besondere Concurs ist als eine Ausnahme von der Regel zu betrachten, da der allgemeine Concurs seine Wirkung so weit erstreckt, als er nur geschehen kann. Ein besonderer Concurs wird, 1) für erlaubt und nothwendig gehalten, wenn das Vermögen des Gemeinschuldners in Ländern befindlich ist, die nicht unter einem Landesregenten stehen. Hier lassen sich die Grundsätze von der Begründung der Gerichtsbarkeit, wegen des Zusammenhangs der Sachen, nicht anwenden, weil kein Regent schuldig ist, einem auswärtigen Richter die Ausübung der Gerichtsbarkeit, über die in seinem Lande liegenden Güter, blos des-

p) Schaumburg Princ. prax. Lib. II. cap. 8. §. 2.

q) Herr Hofr. Claproth im summar. Proceß, S. 437.

r) Herr geh. Rath von Trützschler von der Präclusion der Gläubiger, S. 164. flg.

wegen zuzugestehen, weil der Eigenthümer in Concurs gefallen ist s). In einem und eben demselben Lande sind die Richter, in deren Gerichtsbezirk etwas von dem Vermögen des Gemeinschuldners befindlich ist, schuldig, diese Sachen auf Ersuchen des Concursgerichts öffentlich zu verkaufen, und das Geld an die Concursmasse abzuliefern. Melden sich die Gläubiger, die an dergleichen Sachen Ansprüche machen, bey einem solchen Gericht, so muß er sie an das Concursgericht verweisen. 2) Ist ein besonderer Concurs nothwendig, wenn die Absonderung des Vermögens solchen erfordert. 3) Können mehrere besondere Concurse entstehen, wenn der Schuldner, ohne daß er sein Vermögen vorher abgetreten hat, in verschiedenen Gerichten belangt worden ist t).

Die mehresten Rechtsgelehrten haben behauptet, bey demjenigen Richter, in dessen Gerichtsbezirk der Gemeinschuldner seine Wohnung habe, müsse der allgemeine Concursproceß geführt werden. Das Concursgericht ist ein allgemeines, alle Processe an sich ziehendes Gericht, unter dessen Direction die ganze Vermögensmasse des Gemeinschuldners, unter seine Gläubiger gesetzmäßig vertheilt werden soll. Der Natur der Sache nach muß das zu Beendigung des Concurses zu wählende Gericht so beschaffen seyn, daß Klagen aller Art daselbst angebracht werden können, und ein solcher Gerichtsstand ist nur das Gericht des zeitherigen Wohnorts des Gemeinschuldners, oder der an diese Stelle tretende privilegirte Gerichtsstand des Gemeinschuldners u), oder der Richter des Orts, wo der Contract geschlossen,

s) Boehmer Decis. Tom. II. Part. I. Resp. 414. Decis. Cassell. Tom. I. Dec. 5. Tom. VIII. Dec. 224. Leyser Spec. 122. Med. 7. Strubens Bedenk. 1ster Thl. 118. Bedenk. 5ter Thl. 27. Bedenk.

t) Hofmanns teutsche Reichspraxis, 2ter Thl. §. 1229. 1230.

u) L. 1 et 2. D. h. t. de Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 29.

geschlossen, oder das Geld bezahlt werden muß. Vermöge der, nach ausgebrochenem Concurs, vorhandenen Gemeinschaft aller Concursgläubiger an dem gegenwärtigen Vermögen des Gemeinschuldners, muß schlechterdings ein solches Gericht die Leitung des ganzen Concurswesens führen, wo alle Arten von Klagen und Forderungen verhandelt werden können, und dazu ist in Gesetzen nur der Gerichtsstand des Wohnorts bestimmt [x]). Es muß auch hier die sonst bey der Wahl des Richters zur Richtschnur dienende Regel: actor sequitur forum rei, seine Anwendung finden, und man kann den Gemeinschuldner nicht nöthigen, sich bey einem andern Gericht auf Klagen einzulassen, die ihrer Natur nach blos für das Gericht des Wohnorts gehören. Die bloße leichter scheinende Führung des Concursprocesses, oder die leichtere Vertheilung der Concursmasse ist kein hinlänglicher Grund, eine Ausnahme von der festgegründeten allgemeinen Regel zu machen, da in Gesetzen nichts davon enthalten ist [y]). Diejenigen Gerichte, in deren Gerichtsbezirk Sachen befindlich sind, die dem Gemeinschuldner gehören, ersucht der Concursrichter, solche, wenn es bewegliche sind, auszuliefern, die unbeweglichen hingegen zu verkaufen, und das erhaltene Geld einzuschicken [z]). Sollte ein Gemeinschuldner unter mehrern Gerichten stehen, von denen jedes gleiches Recht zur Eröffnung des Concurses hat, so bewirkt die Prävention den Vorzug [a]). Liegen die Güter des Gemeinschuldners, in verschiedener Landesherren Provinzen, so ist es bisweilen unter solchen benachbarten Ländern durch Recesse festgesetzt, oder das Herkommen, daß die Güter in dasjenige Gericht, wo der Gemeinschuldner seinen Gerichtsstand gehabt hat,

x) L. 3. D. h. t. Herr Hofr. Claproth im summar. Proceß, S. 436.

y) Herr Prof. Dabelow vom Concurs, 1ster Thl. S. 163.

z) Herr Reg. Rath Danz im summar. Proceß, S. 179.

a) Herr Hofr. Claproth im summar. Proceß, S. 436.

es mag der Gerichtsstand des Wohnungsortes, oder ein privilegirter Gerichtsstand seyn, abgeliefert werden sollen. Ein Richter kann auch mit Einwilligung seines Fürsten, gegen das Versprechen eines ähnlichen Verhaltens, darüber Verträge eingehen.

Ein Richter hat, wenn von Eröffnung des Concurses die Frage ist, die größte Sorgfalt anzuwenden. Er darf, wenn er sich nicht großer Verantwortung aussetzen will, weder mit der Eröffnung desselben zu voreilig seyn, noch darf er auch die Eröffnung des Concurses, wenn ihn die Umstände einmal nothwendig machen, über die Gebühr erschweren oder verzögern. Zur Eröffnung des Concurses geben mancherley Vorfälle Anlaß. — Ist Jemand gestorben, dessen Erben und Gläubiger unbekannt sind, so muß der Richter sein Vermögen versiegeln und verwalten lassen. Sodann sind mittelst Erlassung einer öffentlichen Ladung die Erben und Gläubiger des Verstorbenen vorzufordern, und nun wird eine der Lage der Sachen angemessene Verfügung getroffen [b]). Ergreift Jemand, der notorisch tief in Schulden steckt, die Flucht, um dem Andringen seiner Gläubiger zu entgehen, so muß der Richter sein zurückgelassenes Vermögen, ohne Verzug, in Aufsicht nehmen, und die einstweilige Verwaltung besorgen lassen. Die Eröffnung des Concurses kann vorgenommen werden, wenn sich so viel Gläubiger gerichtlich gemeldet, und ihre Ansprüche wahrscheinlich gemacht haben, daß der Schuldner allem Ansehen nach, nicht im Stande ist, sie alle zu befriedigen. Wenn die Gläubiger den Richter ausdrücklich zur Eröffnung des Concurses aufgefordert haben, so kann er die Sache in Untersuchung ziehen. Zeigt der Schuldner selbst seine Unzahlfähigkeit an, und erklärt, er wolle sein Vermögen zu Befriedigung seiner Gläubiger dem Gericht übergeben, so ist eine Ursache zu Eröffnung des Concurses vorhanden. Ist eine von den angeführten Ursachen vorhanden, so kann der Richter auf die Eröffnung des Concurses

b) L. 5 et 6. C. de bonis auctor. iudic. poss.

curses Bedacht nehmen; vorher ist es aber seine Schuldigkeit, mit möglichster Sorgfalt zu untersuchen, ob wirklich das Vermögen des Gemeinschuldners, zu Befriedigung aller seiner Gläubiger nicht zureiche. Ja wenn dieses auch der Fall seyn sollte, so muß der Richter doch auch erst untersuchen, ob der wirkliche Ausbruch des Concurses nicht durch moratorische oder remissorische Verträge abgewendet werden kann. In dieser Rücksicht ist es Schuldigkeit des Richters, entweder durch Verfertigung eines förmlichen Inventariums, oder dadurch, daß dem Schuldner aufgelegt wird, ein genaues von demselben eydlich zu bestärkendes Güterverzeichniß einzureichen, die wahre Beschaffenheit seiner Vermögensumstände auf das genaueste zu untersuchen. Findet der Richter die Vermögensmasse wirklich unzulänglich, so kann er vor der wirklichen Eröffnung des Concurses, einen Termin mit den Gläubigern zum Versuch der Güte ansetzen. Geben die Gläubiger nicht nach, so muß freylich zur Eröffnung des Concurses geschritten werden. In vielen Ländern darf kein Untergericht für sich einen Concurs eröffnen; sondern es muß die Einwilligung des Regenten, oder eines höhern Gerichts, dazu einholen. Zu seiner Rechtfertigung muß der Richter, über die wahre Ursache zur Eröffnung des Concurses ein ausführliches Protokoll halten; und die wirkliche Erkennung auf den Anfang des Concurses muß durch einen Bescheid geschehen, damit, wenn Rechtsmittel dagegen eingewendet worden sind, es nicht an einem richterlichen Ausspruche fehlt, wogegen das Rechtsmittel gebraucht worden ist [c]).

Verlangt der Gemeinschuldner selbst die Eröffnung des Concurses, indem er erklärt, er sey nicht im Stande seine Gläubiger zu befriedigen, daher wolle er ihnen sein ganzes Vermögen abtreten, so kann der Richter sich der Eröffnung des Concurses nicht widersetzen [d]). Jetzt haben

c) Herr Hofr. Claproth im summar. Proceß, §. 295 WERNHER Obs. Part. V. Obs. 87.

d) L. 1—8. C. qui bon. ced. poss.

die Gläubiger zu untersuchen, 1) ob der Gemeinschuldner etwas von seinem Vermögen nicht angegeben hat; 2) ob er durch Verschwendung in Verfall der Nahrung gekommen ist, folglich durch den Concurs einen Betrug begeht [e]); 3) ob er behauptet, gewisse Stücke seines Vermögens dürften nicht zur Concursmasse gezogen werden. In diesen Fällen findet die Abtretung des Vermögens von Seiten des Gemeinschuldners gar nicht statt. Hat er aus Uebereilung zu der Rechtswohlthat der Abtretung seines Vermögens seine Zuflucht genommen, so kann er dieses ausführen, und sein Vermögen zurück fordern [f]). Wenn ein Dritter das abgetretene Vermögen, durch einen Vertrag an sich gebracht hat, und er gewinnt dabey, so kann der Gewinn, nach der Verordnung des Anastasianischen Gesetzes, von ihm zurückgefordert werden, und dieses gehet noch eher an, wenn ein Auftrag, oder eine Geschäftsführung dabey zum Grunde liegt.

Der Ausbruch des Concurses kann gehindert werden, 1) durch einen so genannten Anstandsbrief oder ein Moratorium, und 2) durch einen mit den Gläubigern geschlossenen Vergleich. Die Wirkung eines Moratoriums besteht darin, daß der Gemeinschuldner innerhalb einer festgesetzten Zeit von seinen Gläubigern nicht auf ihre Befriedigung belangt werden darf. Jeder Landesherr kann in seinem Lande ein Moratorium ertheilen, es erstreckt sich aber die Verbindlichkeit desselben nicht über die Gränzen des Landes. Wer einen Anstandsbrief zu erlangen wünscht, muß 1) ein genaues Verzeichniß seines Vermögens und seiner Schulden übergeben; 2) muß er bescheinigen, daß er durch Unglücksfälle, die er nicht verhüten können, in Verfall seiner Nahrung gekommen sey; 3) muß er mit Gründen wahrscheinlich machen, daß er in einigen Jahren sich erho-

e) L. 63. §. 7. D. pro socio. L. 22. §. 1. L. 51. D. de re iudic.

f) L. 3. L. 5. L. 8. D. de cess. bonor. L. 2. C. qui bon. ced. poss.

erholen werde, um seine Gläubiger sämmtlich zu befriedigen. Alle diese Umstände werden von dem höchsten Gericht untersucht, welches in diesen Sachen Auftrag des Regenten hat, und das Gesuch wird entweder ganz abgeschlagen, oder bessere Bescheinigung aufgelegt, wobey die Gläubiger vernommen werden. Der Regent hat das Recht, die Zeit zu bestimmen, wie lange das Moratorium seine Kraft haben soll, wobey auf die Wahrscheinlichkeit Rücksicht genommen wird, wie bald sich der Schuldner helfen kann. Nach dem Gerichtsgebrauch werden fünf Jahre als Zeit des Anstandsbriefes angesetzt; welche Frist auch vermuthet wird, wenn keine deutliche Erklärung des Rescripts bewirkt werden kann [g]). Nach Ablauf der für die Zeit des Moratoriums angesetzten Frist, ist es dem Gemeinschuldner zwar erlaubt, um Verlängerung zu bitten; allein jetzt muß mit der größten Sorgfalt vom Regenten untersucht werden, ob die nöthigen Umstände eintreten, und wie die Vermögensumstände des Gemeinschuldners die Zeit über beschaffen worden sind. Bey Ertheilung des Moratoriums muß zugleich die Art und Weise festgesetzt werden, wie der Gemeinschuldner Sicherheit bestellen soll, damit die Gläubiger nicht noch mehr Schaden leiden. Ist der gegebene oder verlängerte Anstand zu Ende, so kann der Schuldner mit aller Wirkung wieder belangt werden, und er muß auch die inzwischen aufgelaufenen Zinsen mit bezahlen [h]). Auch die Gläubiger können dem Gemeinschuldner Nachsicht ertheilen, und bey der Sammlung ihrer Einwilligung, wird nicht auf die Mehrheit der Personen gesehen, sondern auf die Größe und Beschaffenheit der Forderungen, jedoch sieht man nicht darauf, ob die Forderungen hypothekarische sind, oder blos persönliche [i]).

Das

g) de Pufendorf Obs. Tom. II. Obs. 22. §. 5.

h) Claproths summarischer Proceß, §. 296.

i) L. 7. §. 19. L. 8. D. de pact. L. vlt. C. qui bon. cedere possunt.

Das Recht der Gläubiger mit dem Gemeinschuldner Nachlaßverträge, pacta remissoria, zu schließen, gründet sich auf den Umstand, daß durch den Concurs unter den Gläubigern eine Gemeinschaft an dem ganzen Concursvermögen entstanden ist. Eben deswegen muß sich der geringere Theil der Gläubiger den von der größern Anzahl zum gemeinschaftlichen Besten eingegangenen Vergleich gefallen lassen [k]). Ein jeder Gläubiger, der über seine Güter frey disponiren darf, oder von dem Eigenthümer Auftrag dazu erhalten hat, kann in den Vergleich einwilligen; jedoch werden der Natur der Sache nach nur die Stimmen derjenigen gezählt, deren Forderungen liquid sind. Ein solcher Vergleich kann vor Ausbruch des Concurses, und auch erst nachdem dieses geschehen ist, beym Liquidationstermine, selbst nach rechtskräftig gewordenen Lokationsurthel, geschlossen werden; nur kann in diesem letzten Falle die Mehrheit der Stimmen keinem Gläubiger nachtheilig seyn. Alle Gläubiger auf einmal zusammen zu rufen, ist nicht nothwendig; aber freylich kommt die Sache dadurch am leichtesten zu Stande. Die Mehrheit der Stimmen berechnet man nach der Größe der Forderung eines jeden Gläubigers, die Zinsen mitgerechnet. Sind die Summen auf beyden Seiten einander gleich; so entscheidet die größere Anzahl der Personen. Halten die Summen und die Zahl der Gläubiger auf beyden Seiten einander das Gleichgewicht; so giebt die gelindere Meynung, das heißt diejenige, welche für den Erlaß stimmt, den Ausschlag. Wenn die im Termin ausgebliebenen Gläubiger, entweder allein, oder mit den zwar gegenwärtig gewesenen, aber widersprechenden Gläubigern, die Mehrheit der Stimmen ausmachen, so muß diese als entscheidend angesehen werden, da die Einwilligung der Abwesenden sich im Zweifel nicht vermuthen läßt [l]). Auch Gläubiger, die mit persönli-

k) L. 7. §. 17 et 19. L. 8. 9. 10 D. de pactis. L. 58. §. 1. D. mand.

l) L. 10. Dig. de pactis.

söulichen Privilegien begünstigt worden sind, müssen eben so wie die Wechselgläubiger, die weder durch Vertrag, noch besondere Gesetze, eine Hypothek erlangt haben, sich die Entscheidung nach diesen Grundsätzen gefallen lassen [m]). Von den hypothekarischen Gläubigern läßt sich dieses nur sodann behaupten, wenn das Vermögen zu ihrer aller Befriedigung nicht zureicht, und sie alle entweder gleiche Rechte und Vorzüge haben, oder die minder widersprechende Zahl derselben geringere Realrechte genießt, als die übrigen, oder der größere Theil wichtiger, oder vorzüglicher Pfandgläubiger mit den Gläubigern, welche keine Pfandgerechtigkeit haben, übereinstimmt. Macht der mindere Theil gleich wichtiger, oder vorzüglicher Pfandgläubiger durch seine Verbindung mit solchen Gläubigern, die keine Hypothek haben, die größere Anzahl aus, so kann dadurch dem größern Theil der hypothekarischen Gläubiger kein Nachtheil verursacht werden. Gewöhnlich lassen die Gläubiger einen gewissen einförmigen Theil ihrer Forderungen fahren; in allen Fällen aber muß der Nachlaß nach einem gewissen angegebenen Verhältniß genau bestimmt werden, und die richterliche Bestätigung ist nur alsdenn nothwendig, wenn die Gläubiger uneins sind [n]). Ist der Vergleich mit der Voraussetzung geschlossen worden, daß dem Schuldner etwas von seinem Vermögen übrig bleiben soll, welches aber nicht vermuthet werden darf, so können die Gläubiger ihren verhältnißmäßigen Antheil an demjenigen Ueberschusse, welcher sich in der Folge noch bey dem schuldnerischen Vermögen zeigt, allerdings verlangen. Auch haben diejenigen Gläubiger, die in den Nachlaßvertrag nicht eingewilligt haben, sondern nur überstimmt worden sind, das Recht, dem Schuldner, wenn er in bessere Umstände gekommen ist, auf die Bezahlung ihrer Forderung zu belangen.

§. 1816

m) VOET comment. ad Pand. L. II. tit. 14. §. 29.

n) L. 7. §. fin. D. de pactis etc.

§. 1816 — 1822.

Der Zweck des Concursprocesses besteht darin, die Gläubiger von der Concursmasse nach der gesetzlich vorgeschriebenen Ordnung zu befriedigen. Daher lassen sich die Beschäftigungen des Richters zu Erzielung dieses Zwecks, unter folgende viererley Gesichtspunkte bringen. Er muß 1) sich mit Bestimmung, Erhaltung und Veräußerung der Concursmasse beschäftigen. Er hat 2) auf die Richtigkeit und Liquidität der einzelnen Schuldposten sein Augenmerk zu richten. Er muß sich 3) von dem Vorzugsrechte der einzelnen Forderungen überführen. Endlich 4) muß er durch das Lokationsurthel jeden Gläubiger die Stelle anweisen, wo er seine Befriedigung erhalten soll. Die einzelnen Handlungen aus diesen viererley Classen der Geschäfte bey dem Concursproceß, folgen nicht gerade unmittelbar auf einander, sondern gehen einander zur Seite, nur muß immer diejenige Handlung zuerst vorgenommen werden, welche die nöthigste ist. Das richterliche Amt muß hier vorzüglich thätig und wirksam seyn; der Richter muß für das Beste der sämmtlichen Gläubiger eben so sorgfältig besorgt seyn, als ihm die Rechte eines jeden einzelnen Gläubigers heilig seyn sollen. Je leichter, zugleich aber auch je schädlicher eine jede Verwirrung und Unordnung hier seyn muß, desto sorgfältiger sind die verschiedenen einzelnen Geschäfte von einander zu trennen, und desto unerbittlicher muß der Richter bey der einmal eingeschlagenen Behandlungsweise beharren *).

Zu eben der Zeit, da die Concursmasse berichtigt wird, hat der Richter zugleich auf die Richtigkeit und Liquidität der einzelnen Schuldposten sein Augenmerk zu richten. Damit nun alle Gläubiger in den Stand gesetzt werden, ihre Ansprüche an dem Gemeinschuldner gehörig ausführen zu können, muß vor allen Dingen die öffentliche Ladung so geschwind wie möglich erlassen werden. Der Abkürzung des

*) Mevius Dec. Part. VI. Dec. 86.

des Concursprocesses wegen ist es wohlgethan, gleich auf einmal drey Termine, deren Länge der Richter nach seinem Ermessen bestimmt, anzusetzen, und hier können auch zugleich diejenigen, die im Termine nicht erschienen sind, mit der Abweisung von diesem Concurs bedroht werden. Der Regel nach darf die Edictalcitation der Concursgläubiger nicht unterbleiben, weil die Gläubiger ohne solche gegen künftige Ansprüche nicht gesichert sind, und der Richter setzt sich daher wegen ihrer Unterlassung großer Verantwortung aus. Diese Ladung muß nicht nur in dem Gerichtssprengel des Concursrichters, und in zwey andern verschiedenen Gerichtsbezirken, an einem öffentlichen Orte angeschlagen werden, sondern sie wird auch in den mehresten Ländern noch durch die Zeitungen bekannt gemacht.

Der Gemeinschuldner kann, weil ihm nach ausgebrochenem Concurs alle Disposition über sein Vermögen genommen worden ist, eben so wenig, als ein gerichtlich erklärter Verschwender auf die wider ihn angebrachten Schuldforderungen im Gericht antworten [p]). Durch den Gerichtsgebrauch ist es daher hergebracht, daß bey allen nur einigermaaßen beträchtlichen Concursen, eine eigene Person dazu bestellt wird, die im Namen des Gemeinschuldners allen Gläubigern auf ihre Forderungen antwortet, die nöthigen Einreden dagegen vorschützt, und alles besorgt, wodurch die Rechtmäßigkeit der Schuldforderungen ins Licht gesetzt werden kann. Diese Person bekommt die Benennung, Contradictor, Concursvertreter, curator litis. In sehr großen Concursen bestellt man mehr als einen curatorem litis. Ein solcher Concursvertreter muß alle Eigenschaften haben, die bey einem Advokaten vorausgesetzt werden. Drückt den Gemeinschuldner kein besonderer Verdacht der Unredlichkeit, hat er die erforderlichen Kenntnisse, so kann er allerdings zum Concursvertreter genommen werden, wo-

zu

p) L. 17. pr. D. de recept.

zu er aber freylich besonders vereydet werden muß [q]). Er kann es am besten wissen, wer mit Recht Ansprüche an sein Vermögen macht oder nicht; es ist auch seine Sache, daß Niemand etwas von seinem Vermögen bekommt, der nichts zu fordern berechtigt ist. Einem Concursgläubiger vertraut man diese Stelle nicht gern an, wenn er gleich in Ansehung der übrigen Forderungen, die seinigen ausgenommen, für unfähig zur Uebernahme dieser Stelle nicht gehalten werden kann [r]). Der Gemeinschuldner hat das Recht einen Sachwalter zum Concursvertreter vorzuschlagen; und ist der Gemeinschuldner abwesend, oder er bringt keinen Advokaten dazu in Vorschlag, so sind die Concursgläubiger berechtigt, einen Advokaten zum curator litis in Vorschlag zu bringen. Die Bestätigung des Concursrichters wird in beyden Fällen gefordert; er hat auch das Recht, den in Vorschlag gebrachten litis curator aus rechtmäßigen Gründen zu verwerfen. Schlagen weder der Gemeinschuldner, noch die Concursgläubiger einen Advokaten zum litis curator vor, so bestellt der Richter von Amtswegen diese nothwendige Person. Es wird übrigens ein solcher litis curator gleich nach seiner Ernennung mit einem körperlichen Eyd belegt, daß er sein Amt mit aller Treue verwalten wolle. Wird er blos zum Concursvertreten bestellt, so braucht er keine Sicherheit zu bestellen, da er nichts vom Concursvermögen zu verwalten hat.

Ein litis curator wird dazu bestellt, daß er im Namen des Schuldners auf die liquidirten Forderungen der Concursgläubiger antworten soll. Damit er hier überall seine Pflicht zu erfüllen im Stande ist, so muß er 1) aus den Schuldenbüchern und den übrigen Briefschaften des Gemeinschuldners, wie auch aus den über dessen Schulden bereits vorhandenen Acten die nöthige Erkundigung einziehen.

q) Hertel Diss. de different. curatoris litis et bonorum, Ien. 1737. §. 14.

r) Canz Diss. de contradict. in concursu credit. §. 9.

ziehen. Er muß 2) den Gemeinschuldner, oder, wenn er nicht da ist, seine Frau, die erwachsenen Kinder, oder andere Personen, welche die beste Wissenschaft haben können, über jede angebrachte Schuldforderung, umständlich befragen. Er muß 3) jedem Gläubiger, der eine Forderung angebracht hat, die nöthigen Einwendungen machen. 4) Um das Vorzugsrecht der einzelnen Gläubiger unter einander, braucht er sich nicht zu bekümmern; auch darf er sich nicht in die Verwaltung der Concursmasse mischen. Für seine Arbeit kann er der Taxordnung nach liquidiren; bey vielen Gerichten wird ihm aber überhaupt durch die Gläubiger eine Vergeltung seiner Bemühungen ausgesetzt. Bezeugt er sich bey Erfüllung seiner Pflichten nachläßig, so wird er von dem Richter erinnert, und hilft das nichts, so wird er abgesetzt. Seines Ungehorsams wegen kann übrigens nichts zum Nachtheil der Hauptsache verfügt werden; sondern er wird durch Geldstrafen zu Erfüllung seiner Pflichten angehalten [s]).

Nach der Observanz vieler Gerichte ist es gebräuchlich, in der Edictalcitation, wie auch in der Privatladung, den Concursgläubigern eine gewisse Frist anzusetzen, wie lange sie ihre Forderungen bey dem Concursgericht anbringen können. Diese Einrichtung hat die Unbequemlichkeit, daß nicht alle Concursgläubiger an einem Tage erscheinen, folglich kann die Güte unter ihnen nicht gehörig gepflegt werden, man kann auch über andere Dinge keine Anstalten treffen, die nöthig sind, und worüber ihre Erklärung abzuwarten ist. Noch größer ist der Aufenthalt und die Unordnung, welche bey dieser Einrichtung, in der Beweisführung verursacht wird; es kann die Erklärung der Concursgläubiger über die beygebrachten Urkunden nicht gehörig abgegeben werden; daher sie bis nach der Publikation des Lokationsurthels ausgesetzt bleibt; hierdurch nehmen aber erst jetzt die Streitigkeiten über die Richtigkeit der Forderungen

s) Herr Hofr. Claproth im summar. Proceß, S. 536.

derungen ihren Anfang; kurz, es entsteht viel Weitläuftigkeit und Unordnung aus dieser Art zu liquidiren. Nach den besten Proceßordnungen ist es daher vorgeschrieben, daß ein so genannter **Liquidationstermin** in der Edictalcitation angesetzt werden soll, an welchem alle Gläubiger ihre Ansprüche anzuzeigen schuldig sind, und die Art ihrer Beweisführung einzuleiten, es geschehe durch Urkunden oder durch Zeugen [t]).

Der **Liquidationstermin** wird vom Richter mit dem Versuch der Güte angefangen; zu welchem Ende ein rechtschaffner Richter den erschienenen Gläubigern, die Beschwerlichkeiten des Concursprocesses, seine lange Dauer, den großen Kostenaufwand auf das lebhafteste zu schildern sucht, und ihnen aus der gegenwärtigen Beschaffenheit der Sache den Vorschlag macht, den Concurs durch Eingehung **moratorischer**, oder **remissorischer** Verträge, zu vermeiden. Sieht man aus dem vorläufig gemachten Ueberschlage des Concursvermögens deutlich, daß die Concursmasse kaum zur Befriedigung der ersten Gläubiger, deren Forderungen erwiesen sind, zureicht, so können diese sich der Fortsetzung des Concursprocesses widersetzen, und der Richter ist schuldig, hier von richterlichen Amtswegen ins Mittel zu treten, und den Concurs in seiner Geburt zu ersticken [u]).

Wollen die Concursgläubiger die Güte nicht eintreten lassen, und es läßt sich auch jetzt gar noch nicht voraussehen, welche von ihnen die wirkliche Befriedigung ihrer Anforderung erhalten werden, so wird gewöhnlich zur Bestellung und Beeydigung des **Güterpflegers** jetzt gleich geschritten. Dieser ist nun bey wichtigen Geschäften an die Einwilligung der Gläubiger gebunden; denn auch der Richter darf oft für sich nichts thun; daher ist es bey großen Con-

t) Brvnnemann in Proceſſ. concurſ. credit. cap. 2. §. 4. edit. Stryck.

u) de Cramer Obſ. Tom. I. Obſ. 333 et 364.

Concursweſen nach dem gemeinen Rechte gebräuchlich, aus den Concursgläubigern einen ſo genannten engern Ausſchuß zu wählen, welcher von den ſämmtlichen Gläubigern Vollmacht bekommt, Namens aller, in wichtigen Angelegenheiten, das heißt ſolchen, welche das allgemeine Beſte der Concursmaſſe und der ſämmtlichen Gläubiger betreffen, ihren Willen zu erklären. Dieſer enge Ausſchuß wird jetzt gewählt. Weil ferner der litis curator ſich um das Vorzugsrecht der einzelnen Gläubiger nicht zu bekümmern hat; ſondern dieſe Angelegenheit jeden einzelnen Gläubiger allein angeht, ſo entſteht bey der Ausführung dieſer Priorität oft ein erſtaunender Schriftwechſel, wodurch die Sache ſehr verwickelt wird. Es iſt alſo am beſten gehandelt, wenn die einzelnen Concursgläubiger dem litis curator, außer ſeiner gewöhnlichen, oben angeführten Pflicht, Vollmacht ertheilen, bey deren Verfahren über jede angebrachte Forderung, zugleich das Erſtigkeitsrecht derſelben mit zu verhandeln. Dieſer Auftrag kann ihm jetzt am leichteſten ertheilt werden.

Die Liquidation der Anforderungen geſchieht dadurch, daß jede einzelne Schuld bey dem Richter angezeigt wird, damit er ſie in das Protokoll aufnehme. Bereits vor Ausbruch des Concurſes angefangene Proceſſe, werden in dem Stande fortgeſetzt, wo ſie bey dem Liquidationstermine ſind. Bey dem jetzt erſt liquidirten Poſten wird das Protokoll nach Art einer ſummariſchen Klage über die Hauptthatſachen der Forderung geführt, und Geſchichtserzählung, Rechtsgrund und Geſuch nach ihrer Ordnung niedergeſchrieben. Zugleich überreicht der Gläubiger die in Händen habenden Dokumente, oder führt ſeine andern Beweismittel an, erklärt ſich zugleich über die Thatſachen und Rechtsgründe, wodurch die Priorität der angegebenen Forderung ins Licht geſetzt wird. Iſt den Gläubigern in der Edictalcitation nicht aufgelegt worden, ihre Beweismittel zugleich mit der Liquidation anzuführen, ſo können ſie warten, bis ihnen im Interlokut dieſe Verbindlichkeit aufge-

legt wird x). Die in Sachsen eingeführte Einrichtung des Liquidationsprotokolls verdient den Vorzug. Es wird hier unter fortlaufenden Zahlen oder Buchstaben, ein Verzeichniß der sich meldenden Gläubiger, mit Anführung ihres Vor- und Zunamens, der Summe an Kapital und Zinsen, niedergeschrieben. Dieses Protokoll gehört in die allgemeinen Concursacten. Sodann wird über jede einzelne Post mit dem Gläubiger und dem litis curator verfahren, und dadurch entstehen einzelne Acten über die Ansprüche der einzelnen Concursgläubiger.

Die Pflichten des litis curatoris bey der Liquidation der einzelnen Forderungen, sind aus der Beschaffenheit des Concursprocesses herzuleiten; dieser ist aber eine eigene Proceßart, welche als ein Mittelding zwischen dem ordentlichen und summarischen Proceß betrachtet werden muß. Die Kürze des Exekutivprocesses kann hier nicht statt finden; aber doch auch die Zögerungen des ordentlichen Processes würden nachtheilig seyn. Der litis curator legitimirt sich durch seine eydliche Bestellung zum Concursvertreter, so wie jeder andere Advokat Vollmacht seines Clienten beybringen muß y). Ist er über eine angebrachte Forderung hinlänglich unterrichtet; so muß er vor allen Dingen die Einrede vorschützen, nach welcher die angebrachte Schuldforderung vom ganzen Concurs abzuweisen ist. Von bloßen verzögerlichen Einreden dürfen nur solche gebraucht werden, die das Wesen des Concursprocesses betreffen. Die Einrede des zu leistenden Vorstandes der Kosten und Widerklage wegen findet deswegen gar nicht statt; weil die Gläubiger wider ihren Willen genöthigt werden, einen Proceß zu führen; jedoch halten einige Schriftsteller diese Einrede für gegründet z). Eine förmliche Einlassung

x) Schavmburg Princ. Prax. Lib. II. cap. 8. §. 12.

y) Stepf system. Lehre vom Contradictor, §. 108.

z) Schavmburg in Princ. Prax. Lib. II. cap. 8. §. 13. Barth hodog. forens. cap. 1. §. 16. in not. lit. B.

sung auf die Klage ist nicht nöthig; aber eine deutliche kurze Antwort darf der curator litis nicht verweigern; und er handelt dabey wider seine Pflicht, sowohl wenn er gegen liquide Forderungen ungegründete Einreden vorbringt, als wenn er gegen völlig illiquide Ansprüche gar keine Einreden vorschützt. Als zerstörliche Einreden sind alle diejenigen zuläßig, welche die Natur der Klage begründet; auch diejenigen, welche nicht sofort liquid sind. Es wird über die Post Replik und Duplik verhandelt; womit aber geschlossen werden soll. Auch eine Widerklage, die in Gesetzen gebilligt wird, kann angebracht werden.

Muß die liquidirte Post bewiesen werden, so kann von allen im ordentlichen Proceß zuläßigen Beweismitteln Gebrauch gemacht werden. Hierher gehört nun das Geständniß des Gemeinschuldners. Auf solches wird gesehen, wenn entweder die angebrachte Post sehr klein ist, und der Gläubiger hat sie eydlich bestätigt; oder es kommen andere Vermuthungen dazu; oder das Kapital kann nicht geleugnet werden, sondern nur über die Zinsen ist man noch zweifelhaft; oder die sämmtlichen Gläubiger haben sich darüber vereinigt, man wolle dem Geständniß des Gemeinschuldners Glauben beymessen.

Die von den Concursgläubigern beygebrachten Urkunden braucht der litis curator nicht anders zu recognosciren, als nach seiner Ueberzeugung und Wissenschaft, oder er giebt an, ihm sey die Hand des Ausstellers völlig unbekannt. Er wird zum Eyd de credulitate vel ignorantia gelassen.

Liegt dem litis curator der Beweis ob, so kann er dem Gegner den Eyd deferiren [a]); nur muß er sehr vorsichtig zu Werke gehen, und er kann auch nicht eher davon Gebrauch machen, als wenn es an allen übrigen Beweismitteln fehlt. Es kann ihm auch der Eyd zugeschoben werden; nur muß er Gelegenheit haben, sich von dem Gegenstande,

a) L. 17. §. 3. D. de iureiur.

worüber er schwören soll, einige Wissenschaft zu verschaffen; und in diesem Falle schwört er nur nach seiner Vermuthung, oder betheuert sein Nichtwissen, durch den Eyd de credulitate vel ignorantia. Ist es ihm unmöglich, sich von der Sache einige Wissenschaft zu verschaffen, so dringt er darauf, daß der Gemeinschuldner den Eyd leisten solle [b]). Will der Gemeinschuldner nicht schwören, sondern erklärt die liquidirte Post für richtig; so haben die dabey interessirten Gläubiger das Recht, dagegen zu protestiren, und den Eyd dem Deferenten zurück zu schieben, oder zu verlangen, der Schuldner solle schwören, es habe mit der Forderung seine vollkommne Richtigkeit [c]).

Der Beweis durch Zeugen wird im Concursproceß auf die Art behandelt, wie es im summarischen Proceß gebräuchlich ist; es müßte denn die Wichtigkeit der Sache eine Ausnahme nöthig machen. Beweisartikel werden nicht überreicht; Fragstücke werden gar nicht angenommen, ein so genannter Zeugenrotel wird nicht ausgefertigt, und noch weniger darf eine so weitläuftige Ausführung des Zeugenbeweises gebraucht werden, wie sie im ordentlichen Proceß die Regel ist.

Die sonst im summarischen Proceß statt findenden Strafen des Ungehorsams, wenn der Kläger ungehorsam gewesen ist, finden auch bey den Concursgläubigern ihre Anwendung; ist aber der litis curator ungehorsam gewesen, so schadet solches bey dem Beweise der Forderung nichts.

Hat ein Concursgläubiger die Edictalcitation nicht befolgt, so verliehrt er zur Strafe der nicht geschehenen Liquidation das Recht, von der Concursmasse seine Befriedigung zu suchen. Der Concursvertreter beschuldigt die nicht erschienenen Gläubiger des Ungehorsams, und bittet sie von der gegen-

b) L. 3. §. 1. L. 11. §. 3. L. 26. pr. D. de iureiur. L. 25. §. 7. D. ad Leg. Aquil.

c) Hr. von Tevenar Theorie der Beweise im Civilproceß, S. 95.

gegenwärtigen Concursmasse abzuweisen. Der Gerichtsgebrauch geht den gelinden Weg, und schließt einen Concursgläubiger erst alsdenn aus, wenn ein besonderes Präclusivdekret publicirt worden ist, oder das Lokationsurthel hat bereits seine Rechtskraft beschritten. Die Erlöschung des Rechts, seine Forderung von dem Gemeinschuldner besonders fordern zu können, bewirkt die Präclusion nicht.

Gegen ein gesetzwidrig abgefaßtes Präclusivdekret, und selbst gegen ein unrichtiges Lokationsurthel, finden alle Rechtsmittel statt, wodurch im summarischen Proceß die Rechtskraft des richterlichen Ausspruchs gehemmt werden kann. Selbst wider den Richter, der dabey wider die Gesetze gehandelt hat, findet eine Schadenklage statt. Es können auch diejenigen Mitgläubiger, die eben dadurch, daß der widerrechtlich ausgeschlossene Gläubiger nicht mit locirt worden ist, zur Perception gekommen sind, zu der sie außerdem gar nicht gelangt seyn würden, durch die actio in factum, in Anspruch genommen werden. Endlich kann man auch subsidiarisch, wenn alle verursachte Proceßkosten ersetzt worden sind, zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand seine Zuflucht nehmen; nur muß eine rechtmäßige Ursache derselben vorhanden, und die Lage der Sache so beschaffen seyn, daß sich in Ansehung dessen, der die Restitution sucht, alles noch in den Stand zurück setzen läßt, darin die Sache zur Zeit des Liquidationstermins war. Ist daher zwar das Lokationsurthel bereits publicirt, die Concursmasse ist aber doch noch nicht vertheilt worden, so sieht man gleich, daß die Wiedereinsetzung mit Erfolg gebraucht werden kann [d]). Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, hilft dem Restituirten selbst alsdenn, wenn die Masse bereits ertheilt worden ist; denn er kann seine Forderung von denjenigen Gläubigern verlangen, die ihre Bezahlung nicht erhalten haben würden, wenn der Richter

d) Leyser Medit. ad Pand. Spec. 490. Med. 2 et 3.

seine Ansprüche vor geschehener Distribution gewußt hätte e).

Das Lokationsurthel, Erstigkeitsurthel, Prioritätsurthel, Classifikationsurthel, Designationsurthel ist dasjenige richterliche Erkenntniß, worin das Nöthige in Ansehung der wesentlichen Stücke des Processes, der Richtigkeit und des Vorzugsrechts der eingeklagten Forderungen, bestimmt, und jedem Gläubiger der Ort angewiesen wird, wo er seine Befriedigung erhalten soll. In diesem Urthel werden nur diejenigen Punkte berührt, die das Wesen des Processes, oder das Interesse aller Concursgläubiger, oder die Forderungen der einzelnen Gläubiger und ihren Vorzug betreffen; alle andere sonst beym Concursproceß vorkommenden Streitigkeiten hingegen, werden durch besondere Urthel entschieden und gehören nicht hierher. Durch das Lokationsurthel müssen alle dazu gehörende Punkte so viel möglich definitive entschieden werden, daher man zur Abfassung dieses Urthels nicht eher schreiten kann, als bis alle angebrachten Forderungen, in Ansehung ihrer Richtigkeit und ihres Vorzugs so weit durchgefochten sind, daß wenigstens auf Beweis derselben erkannt werden kann. Man entscheidet nämlich über jede Post entweder schlechterdings, oder unter der Bedingung des noch zu führenden Beweises.

Das Lokationsurthel wird, nachdem vorher ein Termin dazu angesetzt, und solcher entweder durch einen Umlauf, oder wenn jenes Urthel zugleich die Präclusionsclausel enthält, in öffentlichen Zeitungen, und durch einen öffentlichen Anschlag an dem Orte des verhandelten Concurses, bekannt gemacht worden, den Gläubigern und dem Contradictor, auf die gewöhnliche Weise ordentlich publicirt. Die Pflicht des litis curatoris, besteht bey der Einwendung der zulässigen Rechtsmittel wider das Lokationsurthel darin, das nach der Lage der Umstände statt findende zweckmäßigste Rechtsmittel einzuwenden, wenn das Urthel die Richtigkeit

e) L. 39 §. 1. D. de condict. indeb. L. 32. D. de reb. credit. Strubens rechtl. Bedenk. 1ster Thl. 67stes Bedenk.

keit der Forderung betrifft. Ist also z. B. eine Forderung mit locirt worden, die abgewiesen oder auf deren Beweis erst erkannt werden sollen; oder ein unrichtiger Beweis ist für gut angenommen, oder eine gegründete Einrede ist verworfen worden, so muß die den dabey interessirten Gläubigern zugefügte Beschwerde, durch Einwendung des gehörigen Rechtsmittels gehoben werden. Der litis curator muß nur sehr vorsichtig zu Werke gehen, damit er sich eines Theils keine Vernachläßigung zu Schulden kommen läßt, andern Theils sich aber auch nicht den Vorwurf einer verwegenen Streitsucht zuzieht, wodurch er in Strafe verfallen kann. In allen angeführten Fällen können auch die sämmtlichen sich beschwert glaubenden liquidanten Gläubiger, die statt findenden Rechtsmittel einwenden. Es ist auch der Fall oft möglich, daß man durch die Intervention bey dem Rechtsstreit eines Dritten, einen Nachtheil von sich abwenden kann.

Die Frage von der Priorität einer bewiesenen liquidirten Forderung geht blos die Concursgläubiger unter sich an, und dem curator litis, als solchem, interessirt sie gar nicht. Hält sich nun ein Concursgläubiger wegen der ihm angewiesenen Stelle beschwert, so muß er gegen denjenigen Mitgläubiger, der ihm vorgezogen worden ist, das statt findende Rechtsmittel einwenden. Wollen mehrere Concursgläubiger aus dem nämlichen Grunde, über einen, oder über mehrere ihrer Mitgläubiger hinauf rücken, so müssen sie alle zusammen das zuläßige Rechtsmittel einwenden.

Unter allen Umständen hindern diese eingewendeten Rechtsmittel die Rechtskraft des publicirten Lokationsurthels nur in Ansehung der noch streitigen Posten; bey allen andern Posten hingegen, die weder streitig sind, noch in unzertrennlicher Verbindung mit den streitigen Posten stehen, steht der Vollstreckung des rechtskräftig gewordenen Prioritätsurthels nichts im Wege. Nur in äußerst wichtigen Fällen, wo von dem Interesse der sämmtlichen Concursgläubiger die Rede ist, hat der Unterrichter das

Recht, die sämmtlichen Acten wegen eines eingewandten Devolutivrechtsmittels an den Oberrichter einzuschicken. Dieser handelt seiner Pflicht gemäß, durch Vergleichsversuche die größere Weitläuftigkeit des Concursprocesses abzuwenden; und die Berichtigung der unbestrittenen Punkte dem Concursrichter durch erlassene bestimmte Befehle aufzulegen f).

In das Lokationsurthel werden oft sehr verschiedene Verordnungen, über noch zu berichtigende Punkte sowohl in Ansehung des Ganges des Processes, als auch in Ansehung anderer Angelegenheiten der sämmtlichen Concursgläubiger, wie auch über Forderungen einzelner Gläubiger, eingerückt. Für die Befolgung aller dieser Anordnungen, muß der Concursrichter theils von Amtswegen, theils nach geschehener Ungehorsamsbeschuldigung, das Nöthige verfügen, und nach gehörig ausgeführter Sache von Seiten der Partheyen, jeden einzelnen Rechtsstreit, durch ein besonderes Urthel entscheiden lassen.

Ist die Concursmasse gehörig berichtigt, auch der Schuldenzustand sowohl in Ansehung der Richtigkeit der einzelnen Forderungen, als der Priorität derselben, vollkommen ins Reine gebracht, so wird ein so genannter Distributionsbescheid abgefaßt. Solcher enthält 1) eine vollständige Nachricht von der bisherigen Verwaltung der Concursmasse, und den Abschluß von dem reinen und wahren Betrag derselben. Sodann werden 2) nach Anleitung des rechtskräftigen Lokationsurthels diejenigen Gläubiger genennt, die zur Perception kommen. Es wird 3) ein gewisser Termin angesetzt, zu welchem diejenigen Gläubiger, die ihr Geld ganz oder zum Theil bekommen, vorgeladen werden, entweder in Person, oder durch einen Bevollmächtigten, ihr Geld zu erheben, über den Empfang zu quittiren, auch die in Händen habenden Obligationen zu den Acten

f) Schavmburg Princ. Prax. Lib. II. cap. 8. §. 18. Hofmanns teutsche Reichspraxis, 2ter Thl. §. 1290. 1291.

Acten abzuliefern. Diejenigen Gläubiger, welche nichts bekommen, werden angewiesen, bey der Auszahlung der Gelder zugegen zu seyn, und wenn sie es nöthig halten, die Führung des Concursprocesses zu prüfen, zu welchem Ende ihnen die Acten vorgelegt werden sollen [g]).

Vor abgefaßtem Distributionsbescheid wird Niemandem von der Concursmasse etwas ausgezahlt; jedoch macht man eine Ausnahme, 1) bey rückständigen und während des Concurses gefälligen öffentlichen Abgaben; 2) bey dem Dienstbotenlohn; 3) bey Alimentengeldern, die vom Concurs bezahlt werden müssen; 4) bey Forderungen solcher Gläubiger, welche wegen ihrer Richtigkeit und Priorität nichts mehr zu berichtigen haben [h]).

Lib. XLII. Tit. VI.

de

separationibus.

§. 1823 — 1827.

Bey der Festsetzung der Concursmasse ist es eine Hauptbeschäftigung des curatoris bonorum, daß alles dasjenige davon abgesondert wird, was nicht dazu gehört. Es müssen nämlich 1) die Ansprüche derjenigen Personen, die ihre unter dem Vermögen des Gemeinschuldners befindlichen Sachen oder Rechte, durch die Eigenthumsklage oder durch eine andere Realklage zu fordern berechtigt werden, nicht unter diejenigen Gläubiger des Gemeinschuldners gezählt werden,

g) Hofmanns teutsche Reichspraxis, 2ter Thl. §. 1293.
h) Schaumburg Princ. Prax. Lib. II. cap. 8. §. 20.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0789
DFG

werden, die blos persönliche Klagen wider ihn anstellen können. Solche Personen sind berechtigt, das Ihrige, ohne Einmischung in den Concurs, besonders zu fordern [a]). Es können 2) Gläubiger eines verschuldeten Kaufmanns, der an verschiedenen Orten Handlung getrieben hat, oder der an einem Orte mehrere Handlungen gehabt hat, wenn auf jeder Handlung besondere Schulden haften, die Separirung jeder Handlung fordern, und aus solcher ihre Befriedigung suchen [b]). Nicht weniger können 3) die Gläubiger eines in der väterlichen Gewalt stehenden Sohnes, die ihm auf sein peculium castrense vel quasi, Credit gegeben haben, ihre Befriedigung daraus fordern. Ferner sind 4) diejenigen Gläubiger, die dem Schuldner auf seine Lehne Credit gegeben haben, berechtigt, zu verlangen, daß sie von dem Lehne bezahlt werden. Auch 5) die Gläubiger des Erblassers können darauf dringen, daß sie von der Erbschaft allein befriedigt werden, und das Vermögen des Erben davon getrennt bleibe [c]). Eben dieses ist bey allen denen Rechtens, die nach dem Willen des Erblassers ein vollkommnes Recht haben, von dem Erben etwas zu fordern, welches bey den Legatarien und Fideikommißnehmern der Fall ist. Diese gegenwärtige Absonderung des verschiedenen Vermögens des Erblassers und des Erben, kommt nur solchen Personen zu statten, die ausdrücklich darum ansuchen, und es muß auch in den ersten fünf Jahren nach angetretener Erbschaft darum gebeten werden. Diese Rechtswohlthat der Absonderung geht auch durch eine geschehene Novation verlohren. Haben nämlich die Gläubiger des Erblassers dem Erben ausdrücklich Credit gegeben, so ist dieß eine Novation der Schuld. Die Separation hat die Wirkung, daß die Gläubiger des Erblassers keine Ansprüche an das Vermögen des Erben machen dürfen; bleibt aber

a) Leyser Spec. 479. Med. 1 et 2.

b) L. 5. §. 15 et 16. D. de tribut. action.

c) Wernher Obs. Part. VII. Obs. 4. nr. 24.

aber von der Erbschaft etwas übrig, so gehört das dennoch den Gläubigern des Erben. Ist die Absonderung dieses verschiedenen Vermögens leicht möglich, weil z. B. die Verschiedenheit der Güter notorisch ist, oder sie kann durch das Inventarium gleich bewiesen werden, so wird keine fünfjährige Verjährung angenommen, sondern sie kann auch noch später gesucht werden. Soll eine Novation vorgenommen werden, so ist eine ausdrückliche Erklärung der Gläubiger des Erblassers nöthig; denn hier läßt man nicht einmal die stärksten Vermuthungen statt finden. So kann z. B. von einem Gläubiger des Erblassers, der von dem Erben Zinsen angenommen hat, oder der sich schlechthin Sicherheit bestellen lassen, nicht behauptet werden, durch die Handlung habe er das Absonderungsrecht verlohren.

Lib. XLII. Tit. VII.

de

curatore bonis dando.

§. 1828. 1829.

So bald die Eröffnung des Concurses geschehen kann, darf sich der Gemeinschuldner nicht mehr um die Verwaltung seines Vermögens bekümmern, und der Richter muß sogleich zur Versiegelung schreiten. Es geschieht solche dadurch, daß der Richter entweder selbst in die Wohnung des Gemeinschuldners geht, oder eine Gerichtsdeputation dahin abschickt, um die Versiegelung des Vermögens vorzunehmen. Hier wird dem Gemeinschuldner, seiner Frau, den erwachsenen Kindern, dem Gesinde, angedeutet, daß sie alles, was zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört,

hört, so anzeigen sollen, wie sie es auf Verlangen mittelst Eydes zu erhärten im Stande sind. Ist dieses geschehen, so wird das baare Geld gezählt, die Summe und die Münzsorten ins Protokoll niedergeschrieben, und solches in gerichtliche Verwahrung genommen. Alle Briefschaften, Handelsbücher, Hausbücher werden in Packete zusammen gebunden, versiegelt und gerichtlich verwahrt. Es werden dem Schuldner nur die unentbehrlichsten Kleidungsstücke, und die nothdürftigsten Lebensmittel auf einige Tage gelassen. Bittet der Gemeinschuldner, daß ihm an Kleidungsstücken, Geräthschaften, u. d. gl. mehr gelassen werden möge, als die unumgängliche Nothdurft erfordert, so kann diesem Gesuch nicht anders statt gegeben werden, als wenn er dafür genugsame Bürgschaft leistet. In diesem letzten Falle werden die ihm gelassenen Sachen genau niedergeschrieben, und man läßt sie auch wohl taxiren, und schreibt die Taxe ins Protokoll.

Diejenigen Sachen, welche leicht verderben, müssen von den übrigen abgesondert, und im Protokoll besonders bemerkt werden, damit ihre öffentliche Versteigerung bald möglichst angeordnet werden kann. Eben dieses geschieht mit allen übrigen Naturalien, die sich nicht gut conserviren lassen, oder viel Wartung und beschwerliche Aufsicht erfordern. Alle bewegliche Sachen werden in wohlverwahrte Behältnisse gebracht, und diese Behältnisse versiegelt man so sorgfältig, daß eine jede Verletzung der Siegel leicht bemerkt werden kann. Im Protokoll über die Aufzeichnung des Vermögens werden die Stellen angeführt, wo die Siegel aufgedrückt worden sind, damit man sie bey der Aufsiegelung genau untersuchen kann. Ist in der Folge eine Aufsiegelung vorgenommen worden, so wird im Protokoll darüber zuerst angemerkt, wie die Siegel befunden worden sind, und wohin sie aufs neue aufgedrückt worden sind. Diejenigen Sachen, die nicht in die Behältnisse gebracht werden konnten, werden einzeln nach ihren deutlichsten Kennzeichen aufgeschrieben. Das ganze Versiegelungsgeschäfte wird damit geschlossen, daß man allen im Hause

wohnen-

wohnenden Leuten andeutet, sich nicht an den gerichtlichen Siegeln zu vergreifen, und sollte ein oder das andere Siegel abgestoßen worden seyn, dem Gericht sogleich Nachricht davon zu geben.

Nach geschehener gerichtlichen Versiegelung des Vermögens des Gemeinschuldners, ordnet der Richter die schon jetzt nöthigen öffentlichen Versteigerungen an, verbietet den Schuldnern des Gemeinschuldners, entweder unmittelbar oder durch Ersuchungsschreiben an ihren Richter, bey Strafe der doppelten Bezahlung, keine Bezahlung an den Gemeinschuldner mehr zu leisten, sondern alle gefälligen Posten von jetzt an, ins Gericht einzuliefern. Sollte die Versiegelung nicht genugsame Sicherheit gewähren, so muß der Richter durch Wache, oder auf andere Art besorgt seyn, daß nichts von dem Concursvermögen entwendet wird.

Ist die Concursmasse so klein, daß sie der Richter selbst durch die Gerichtsunterbediente administriren lassen kann, oder die Gläubiger wollen es thun, so wird kein curator bonorum oder Güterpfleger bestellt [a]). Muß ein Güterverwalter angenommen werden, so haben die Concursgläubiger das Recht, Jemanden dazu zu ernennen, und solchen dem Gericht anzuzeigen; können sie sich aber nicht darüber vereinigen, so ist es Pflicht des Richters Jemanden dazu zu bestellen [b]). Ist das Concursvermögen so beschaffen, daß ohne allen Aufschub eine sorgfältige Verwaltung nöthig ist; so kann der Richter für jetzt von Amtswegen einen Güterpfleger bestellen. Nach dem gemeinen Proceß ist es gewöhnlich, die Concursgläubiger in der Edictalcitation anzuweisen, daß sie im Liquidationstermine einen Güterpfleger in Vorschlag bringen, oder gewärtigen sollen, daß von Amtswegen Jemand dazu bestellt wird. Als Güterpfleger kann einer von den Gläubigern angenommen

a) L. 1. §. 1. D. h. t. Leyser Spec. 491. Med. 1 et 2.

b) Carpzov Part. I. Const. 28. Def. 8. Mevius Part. IV. Dec. 257.

men werden; selbst die Frau des Gemeinschuldners darf nicht ausgeschlossen werden, wenn sie hinreichende Sicherheit bestellt; und auch Anverwandte des Gemeinschuldners können dazu genommen werden, wenn gegen ihre Geschicklichkeit und Ehrlichkeit nichts zu erinnern ist. Die Geschicklichkeit des Güterpflegers wird nach der Beschaffenheit des zu verwaltenden Vermögens bestimmt. Eine Handlung, eine Fabrik, erfordert andere Kenntnisse, als ein Landgut. Bisweilen machen es die Umstände nothwendig, mehrere Güterpfleger zu bestellen, und jeder Güterpfleger ist schuldig, Sicherheit durch Bürgen oder Pfänder zu bestellen, weil die Concursgläubiger an den Gütern solcher Verwalter kein stillschweigendes Unterpfand haben [c]). Der Regel nach kann Niemand zur Uebernahme dieses Amtes gezwungen werden, auch wird selten ein eigenes Curatorium ausgefertigt, sondern das über die Annahme gehaltene, und unter Gerichts Hand und Siegel ausgefertigte Protokoll, vertritt die Stelle desselben [d]).

Ein Güterpfleger des Concursvermögens ist überhaupt schuldig, eben die Pflichten zu erfüllen, die dem Curator eines Minderjährigen obliegen, er hat aber auch eben die Rechte. Seine Geschäfte bey dem Concurswesen bestehen 1) darin, daß er vor allen Dingen für die Verfertigung eines Güterverzeichnisses sorgt. 2) Muß er alle gerichtliche und außergerichtliche Handlungen verrichten, welche die Berichtigung der Concursmasse zur Absicht haben. 3) Ist er schuldig, das ganze Vermögen zum Besten des Creditwesens zu administriren, wobey er die Pflichten eines guten Wirthes beobachten, und von seiner Verwaltung von Zeit zu Zeit Rechenschaft ablegen muß. 4) Darf er ohne Einwilligung der Gläubiger nichts veräußern, noch etwas anordnen, was Schaden verursachen könnte. 5) Steht es nicht in seiner Gewalt, einem Gläubiger etwas ohne erhaltene

c) L. 22. §. 1. L. 24. D. de reb. auct. iud. possit.

d) Ludovici Concursproceß, Cap. 4. §. 5.

tene richterliche Erlaubniß zu bezahlen. Endlich muß er 6) bey dem Verkauf des Vermögens das Nöthige besorgen, und die Gelder an das Gericht abliefern.

Das Inventarium der Concursmasse wird durch eine Gerichtsdeputation verfertigt, oder durch einen Notarius mit seinen Zeugen. Der Güterpfleger kann zu seiner Sicherheit darauf antragen, daß ein Gläubiger bey der Errichtung des Güterverzeichnisses gegenwärtig sey. Dieses Güterverzeichniß muß unter öffentlicher Auctorität errichtet werden, und der Güterpfleger kann eben so wenig, als der Vormund eines Unmündigen oder Minderjährigen, den Mangel desselben durch eine eydliche Specifikation ersetzen [e]). Vor der wirklichen Unternehmung des Güterverzeichnisses muß im Protokoll angemerkt werden, ob alle angedruckte Gerichtssiegel unverletzt, und alle nicht versiegelt gewesene Sachen wieder gefunden worden sind. Sodann wird der Gemeinschuldner, seine Gattin, Kinder und das Gesinde nochmals nachdrücklich aufgefordert, alle zur Concursmasse gehörende, ihnen bekannte Vermögensstücke so anzugeben, wie sie es mittelst Eydes bestärken könnten [f]). Das Güterverzeichniß wird der Hauptsache nach so eingerichtet, wie es bey Vormundschaften gewöhnlich ist, bey Erbschaften, u. s. f.

Damit das Concursvermögen so groß wie möglich wird, muß der Güterpfleger Sorge tragen, herauszubringen, ob nicht der Gemeinschuldner, oder Jemand von seinen Hausgenossen etwas unterschlagen hat, und sollte dieß der Fall seyn, so muß er für die Herbeyschaffung desselben Sorge tragen. Er muß einfordern, was zur Vermögensmasse gehört, und entweder ausgeliehen, oder zur Verwahrung gegeben worden ist. Die ausstehenden Activschulden müssen eingeklagt werden. Hat der Gemeinschuldner etwas wider-

e) Wernher Obs. Part. IX. Obs. 87.

f) L. vlt. §. 10. C. de iure delib.

widerrechtlich veräußert, so muß der Güterpfleger die Paullianische Klage anstellen.

Bey der Verwaltung des Concursvermögens ist der Güterpfleger schuldig, die Pflichten eines guten Hausvaters zu beobachten; er kann vermiethen und verpachten, wenn es nöthig ist; die Gelder werden sicher ausgelehnt. In allen Fällen ist es seine Pflicht, die Gläubiger oder den Richter um Genehmigung seines Verhaltens anzugehen; es darf auch kein unnöthiger Aufwand gemacht werden. Einen außergerichtlichen Verkauf der zur Concursmasse gehörenden Sachen, darf der Güterpfleger nicht für sich vornehmen [g]; sondern es muß sowohl die Auction der beweglichen Sachen, als die Subhastation der unbeweglichen Grundstücke, gerichtlich geschehen. Unter mehrern Gläubigern, welche ein gleiches Gebot auf eine Sache gethan haben, hat derjenige den Vorzug, der die stärkste Forderung bewiesen hat [h]; der Ersteher muß aber das Kaufgeld, so gut wie ein fremder Käufer, an die Masse bezahlen; die Forderung müßte denn notorisch prioritätisch seyn.

g) L. 1. 2. 3. C. de fide et iure hast. publ.

h) L. 16. D. de reb. auct. iud. poss. L. 2. C. si in causa iudic.

Lib. XLII. Tit. VIII.

Quae in fraudem creditorum facta sunt, vt restituantur.

§. 1830—1832.

Wenn Jemand so viel schuldig ist, daß sein Vermögen zu Bezahlung seiner Schulden nicht zureicht, der Concurs ist aber noch nicht eröffnet, so hat er noch das Recht, sein Vermögen zu verwalten; ja er kann das Eigenthum einzelner Sachen gültig veräußern [a]). Eine arglistige blos auf den Schaden der Gläubiger gerichtete Veräußerung hingegen, darf er nicht vornehmen, und auf diese Fälle haben die Gesetze das interdictum fraudatorium, und die actionem Pullianam eingeführt.

Der Grund des interdicti fraudatorii besteht in einer offenbaren, von dem Schuldner zum Nachtheil seines Gläubigers, betrüglicher Weise vorgenommenen Veräußerung. Wegen einer solchen aus offenbaren betrügerischen Absichten geschehenen Alienation hat der verletzte Gläubiger wider den Besitzer der veräußerten Sache, ein interdictum recuperandae possessionis [b]), wodurch er von ihm die Wiederabtretung des Besitzes mit allem, was zur Sache gehört, fordern kann [c]), und dieses Rechtsmittel ist eben das gegenwärtige Interdict. Dieses Interdict setzt, wie bereits gesagt worden, voraus, daß es offenbar

 ist,

a) L. 15. C. de donat.

b) L. 10. pr. D. h. t. WESTENBERG h. t. §. 19.

c) L. 10. §. 49. sqq. L. 25. §. 4 et 6. D. h. t.

ist, die Veräußerung sey aus betrügerischen Absichten geschehen. Kann dieses nicht gesagt werden, so muß durch die Paullianische Klage die Sache zurück gefordert werden, und das verlohrne Recht. Die Gläubiger müssen sehr darauf sehen, ob das interdictum fraudatorium nicht gebraucht werden könne, damit sie gleich zum Besitz der veräußerten Sache kommen, und der jetzige Besitzer die Sache nicht etwa in der Geschwindigkeit veräußert, und nachher nichts hat, wovon er den Werth ersetzen kann. Das Gesuch geht darauf, dem Imploraten aufzulegen, daß er den Besitz der veräußerten Sache mit allem, was dazu gehört, an den Imploranten abtrete. Ist er umsonst zum Besitz gekommen, so haftet er ohne Unterschied, er mag in bona, oder in mala fide seyn, weil er dabey keinen Schaden leidet, wenn er die Sache zurückgiebt [d]). Hat der Besitzer die Sache nicht umsonst bekommen, so haftet er nur, wenn er in mala fide war, und hier braucht er doch nur so viel zu vergüten, als er dabey gewonnen hat, daß er die Sache titulo oneroso an sich brachte. Dieses Interdict wird nach Verlauf eines Jahres verjährt, welches Jahr von der Zeit der geschehenen Veräußerung seinen Anfang nimmt.

Die Paullianische Klage ist durch den Prätor Paullus eingeführt worden, obgleich der Ausdruck: actio Paulliana, nur einmal in Gesetzen [e]) gebraucht worden ist; denn es wird immer der Ausdruck, actio in factum gebraucht, welche Benennung von allen prätorischen Klagen gewöhnlich ist. Die Klage soll auf ein dominium fictum gegründet worden seyn, wie einige Rechtsgelehrte behauptet haben; denn der Prätor habe angenommen, die Sache sey, der aus Gefährde geschehenen Veräußerung ungeachtet, des Schuldners Eigenthum und ein Theil von seinem Vermögen geblieben. Da nun solches, nach ausgebrochenem Concurs den

d) L. 6. §. 11. D. quae in fraud. credit.

e) L. 38. §. 4. D. de vsuris.

den Gläubigern zugefallen sey, so habe er ihnen das Recht ertheilt, aus jenem dem Schuldner, vermöge einer Fiction, verbliebenen Eigenthum die Veräußerung anzufechten und für gültig zu erklären. Der Prätor hat dadurch denjenigen Concursgläubigern, die wegen ihrer Forderung, an des Gemeinschuldners Vermögen keine Hypothek haben, sondern für bloße Personalgläubiger zu halten sind, und denen also die geschehene Veräußerung vorzüglich schadet, zu Hülfe zu kommen gesucht, da diese Gläubiger nach dem Civilrechte keine Klage haben, wodurch sie das Veräußerte zurück fordern können. Sie können weder die Reivindikation anstellen, weil durch die Veräußerung des Schuldners als Eigenthümers, das Eigenthum auf den Andern übergegangen ist, und den Gläubigern selbst kein Eigenthum zusteht; noch eine hypothekarische Klage, weil sie vor entstandenem Concurs noch keine Hypothek durch Immission in die Güter des Schuldners erlangt haben.

Es setzt also diese Klage eine zum Schaden der Gläubiger, und zwar aus Gefährde unternommene Veräußerung voraus. Beydes muß bey einer Veräußerung unter den Lebendigen, zugleich vorhanden seyn, sowohl die Gefährde, das heißt, die Absicht, den Gläubigern zu schaden, als auch ein wahrer Nachtheil; beyde Umstände sind daher auch nothwendig in der angestellten Klage anzuführen. Ist also von der vorhandenen Gefährde nichts angeführt worden, so findet die Klage angebrachtermaaßen nicht statt, wenn auch die Veräußerung wirklich zum Nachtheil der Gläubiger gereichen sollte. Unter dem Wort: **Veräußerung**, wird jede freywillige Handlung verstanden, wodurch etwas unter dem Vermögen des Schuldners zu seyn, aufgehört hat [f]; z. B. wenn der Schuldner etwas verkauft, verschenkt, wenn er sich eines Pfandrechts begiebt, oder sich zum Schaden seiner Gläubiger zu etwas verbindlich gemacht hat; z. B. er hat eine fremde Schuld als Selbstschuldner übernommen;

f) L. 1. §. vlt. L. 3. §. vlt. D. h. t.

nommen; desgleichen, wenn er seine Sache derelinquirt; wenn er seinem Schuldner die Schuld erläßt; wenn er eine Sache zu wohlfeil verpachtet hat, da sie doch gegen ein viel stärkeres Pachtgeld hätte verpachtet werden können; in welchem Falle die Gläubiger nicht schuldig sind, den Pachtkontract zu halten [g]. Für keine solche Veräußerung ist es hingegen zu halten, wenn der Schuldner etwas zu erwerben unterlassen hat; z. B. er schlägt eine Erbschaft oder ein Vermächtniß aus [h]).

Eigentlich, oder directe, hat die Paullianische Klage blos wegen einer Veräußerung unter den Lebendigen statt; nützlicher Weise, vtiliter, ist sie indessen in der Folge auch auf Veräußerungen, die auf den Todesfall geschehen, wohin Vermächtnisse und Schenkungen auf den Todesfall gehören, ausgedehnt worden [i]), und zwar mit dem wichtigen Unterschiede, daß die auf den Todesfall zum Nachtheil der Gläubiger geschehenen Veräußerungen nicht bestehen, wenn sie gleich nicht aus böser Absicht vorgenommen worden sind [k]), weil dergleichen Veräußerungen, nur erst nach Abzug der Schulden, von Wirkung sind [l]). Hinterläßt also ein Verstorbener mehr Schulden, als sein Vermögen beträgt, so sind seine ausgesetzten Legate ungültig, und sollte sie der Erbe den Legatarien bereits ausgezahlt haben, so können die Gläubiger des verstorbenen Schuldners, solche von ihnen actione Pauliana vtili zurückfordern [m]). Noch ist zu bemerken, daß die Paullianische Klage, wie die Rescissorienklage, entweder realis ist, oder personalis. Realis ist sie, wenn das durch die Veräußerung des Schuldners verlohren gegangene Recht, ein dingliches Recht

g) Wernher Obs. Part. III. Obs. 99.

h) L. 6. §. 2. D. quae in fraud. credit.

i) L. 1. §. 2. L. 6. §. 13. D. h. t.

k) L. 1. §. 1. D. si quid in fraud. patron.

l) §. 3. Inst. ad Leg. Falcid.

m) L. 6. §. 13. D. quae in fraud. credit.

Recht ist, z. B. das Eigenthum, welcher Fall eintreten würde, wenn ein Haus auf diese Weise verkauft worden wäre. Als actio personalis wird sie beurtheilt, wenn ein persönliches Recht veräußert worden ist; z. B. der Gemeinschuldner hat einem seiner Schuldner die Forderung erlassen.

Der Kläger ist der Gläubiger, zu dessen Nachtheile der Schuldner die Veräußerung vorgenommen hat, und bey einem Concurs der Gläubiger tritt der curator bonorum als Kläger auf [n]). Selbst ein einziger Gläubiger kann, ohne daß seine Mitgläubiger dazu treten, diese Klage anstellen, wenn der Schuldner durch eine Schenkung, oder eine andere betrügliche Veräußerung sein Vermögen dergestalt vermindert hat, daß der Gläubiger nun seine Befriedigung nicht bekommt [o]).

Besonders gereicht diese Klage denjenigen Gläubigern zum Besten, welche keine Hypothek haben, wodurch sie ihre Befriedigung erlangen könnten; denn sie findet als eine prätorische Klage nur in subsidium statt, wenn man sich durch keine Civilklage helfen kann. Es soll gewissermaaßen eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dadurch bewirkt werden; diese ist aber, wie bekannt, nur ein subsidiarisches Rechtsmittel; daher ist sie auch gewissermaaßen als eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu beurtheilen.

Sie kann auch von dem Erben des Gläubigers angestellt werden; desgleichen von einem besondern Nachfolger [p]), z. B. demjenigen, an den der Gläubiger seine Forderung abgetreten hat. Der Erbe des Schuldners darf die Paullianische Klage nicht anstellen, weil der Erbe die Handlungen seines Erblassers anzuerkennen schuldig ist [q]).

n) L. 1. pr. D. h. t. LAUTERBACH h. t. §. 12.

o) L. 1. pr. L. 10. §. 6 et 7. D. h. t.

p) L. 10. §. 25. D. quae in fraud. credit.

q) L. 4. C. de reuoc. his, quae in fraud. credit. STRUVE Exerc. XLIV. thes. 75.

Gesetzt, der Schuldner hat einen Anverwandten, der ihm nach seinem Tode ab intestato beerben will; er ist ihm aber nicht günstig, und verschenkt daher manches bey seinem Leben, um demselben desto weniger zu hinterlassen. Nachher stirbt er, und nun will der Erbe das Verschenkte actione Paulliana zurück fordern. Das geht nicht an; denn er war zur Zeit der Veräußerung kein Gläubiger des Schenkgebers. Ein Erbe darf auch die Handlungen seines Erblassers nicht anfechten. Leidet er an seinem Pflichttheile, den er zu fordern berechtigt ist, so muß querela inofficiosae donationis gebraucht werden. Am wenigsten darf der Schuldner selbst diese Klage anstellen; weil Niemand seine eigenen Handlungen anzufechten befugt ist; und thut ers, so steht ihm allemal die exceptio rei venditae entgegen.

Was die Frage betrifft, wider welche Personen die Paullianische Klage angestellt werden könne, so kommt es bey deren Beantwortung auf den Unterschied an, ob von der actione Paulliana reali oder personali die Rede sey. Die actio Paulliana *realis* kann wider jeden Besitzer der zum Nachtheil des Klägers veräußerten Sache angestellt werden. Es wird aber dabey darauf Rücksicht genommen, ob er sie ganz umsonst, titulo lucrativo, an sich gebracht hat, oder durch einen beschwerlichen Titel, titulo oneroso. Im ersten Fall ist es gleich viel, ob er von dem Schaden etwas gewußt hat, oder nicht r); denn wenn er es auch nicht gewußt hätte, so gehen ihm doch die Gläubiger vor, weil sie keinen Gewinn suchen, sondern lediglich ihren Schaden zu verhüten die Absicht haben. Uebrigens haftet er nur für so viel, als er reicher geworden ist. Sollte er die Sache nicht mehr besitzen, und sie böslicher Weise, das heißt, um den Gläubigern die Paullianische Klage zu vereiteln, zu besitzen aufgehört haben; so können die Gläubiger wider den jetzigen wirklichen Besitzer diese Klage anstellen; jedoch muß er von der betrügerischen Veräußerung Wissen-

r) L. 6. §. 11. D. quae in fraud. credit.

Wissenschaft gehabt haben. Wäre dieses der Fall nicht, so haftet der Veräußerer selbst noch, und muß den Gläubigern dasjenige herausgeben, was er von dem Andern für die Sache bekommen hat; denn deswegen, daß er böslicher Weise zu besitzen aufgehört hat, wird er noch für den wirklichen Besitzer gehalten [s]). Anders verhält sich die Sache, wenn er aus keiner bösen Absicht, sondern blos deswegen, weil ihm die Sache nicht mehr angestanden, zu besitzen aufgehört hat. Hier kommt es darauf an, ob ihm wider den Andern, an den die Sache veräußert worden ist, eine Klage zustehe, oder nicht. Hat er eine Klage, so muß er sie den Gläubigern abtreten [t]); z. B. er hat die ihm vom Schuldner geschenkt erhaltene Sache verkauft, das Kaufgeld aber noch nicht bekommen. Kann er selbst keine Klage anstellen, so können die Gläubiger nichts von ihm fordern; denn er besitzt die Sache nicht mehr, und hat sie auch nicht aus Gefährde zu besitzen aufgehört.

In dem Falle, wo der Besitzer die Sache **nicht umsonst** an sich gebracht hat, muß er, wenn er gänzlich haften soll, von der betrüglichen Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu betrügen, Wissenschaft gehabt haben. Wußte er nichts davon, so haftet er nur dafür, was er durch die an ihn geschehene Veräußerung gewonnen hat; z. B. er wußte zwar nicht, daß der Schuldner ihm den Garten zum Nachtheil seiner Gläubiger verkaufte; er hat ihn aber um 200 Thlr. zu wohlfeil bekommen. Hier muß er entweder die 200 Thlr. noch nachbezahlen, oder er muß sein Kaufgeld zurücknehmen, und den Garten wieder herausgeben [u]). Sollte es der Beklagte gewußt haben, daß zur Zeit der Veräußerung verschiedene Gläubiger wider den Schuldner geklagt hatten, und er sich also hierbey einer Argliſt verdächtig gemacht haben, so muß er diesen Ver-

s) L. 9. in fine. L. 10. §. 24. L. 14. D. h. t.

t) L. 14. D. h. t.

u) L. 6. §. 7 et 8. D. h. t. Leyser Spec. 494. Med. 15.

dacht durch die Eydesleistung von sich ablehnen x). Der Erbe haftet nur dafür, was er wirklich erhalten hat, folglich ist er nicht für alles verantwortlich, was sein Erblasser, wenn er noch lebte, würde haben vergüten müssen.

Ist die actio Pauliana als eine persönliche Klage zu betrachten, so hat sie wider den Schuldner statt, dem die Schuld erlassen worden ist; jedoch kann sie auch wider den Gemeinschuldner selbst, der die Veräußerung vorgenommen hat, angestellt werden. Gesetzt also, der Gemeinschuldner sieht voraus, es werde bald ein Concurs über sein Vermögen ausbrechen, und vernichtet alle seine besten Sachen, zerschmeißt das theuerste Porcellan, ruinirt Stühle u. s. f.; so wird gebeten, Beklagten wegen seines boshaften Verhaltens, des ihm sonst nach den Gesetzen zustehenden beneficii cessionis für verlustig zu erklären, und wegen seines boshaften Bankerots zur Zuchthausstrafe zu verurtheilen.

Die Bitte in der Paullianischen Klage geht dahin, daß die geschehene Veräußerung wieder aufgehoben, und zum Besten des Klägers für nicht geschehen erklärt, folglich alles wieder in den Stand gesetzt werde, worin es zur Zeit der geschehenen Veräußerung gewesen y). Weil alles wieder in den Stand gesetzt werden muß, worin die Sache zur Zeit der geschehenen Veräußerung sich befunden, so ist der Besitzer der veräußerten Sache schuldig, die Nutzungen und Zinsen zu restituiren z); welche Verbindlichkeit zum Besten der Gläubiger eingeführt worden ist, damit die Concursmasse dadurch vergrößert werde, und sie desto eher ihre Befriedigung erlangen können a).

x) Engau Part. I. Dec. 254. nr. 7.
y) L. 10. §. 22. D. quae in fraud. credit.
z) L. 10. §. 20 et 22. D. h. t.
a) Mevius in Dec. Part. IV. Dec. 143.

Lib.

Lib. XLIII. Tit. I.

de

interdictis, siue extraordinariis actionibus, quae pro his competunt.

§. 1833 — 1840.

Bey den Römern nennte man Interdicte, die nach einem gewissen Formular abgefaßten Befehle des Prätors in einer Sache, die keinen Aufenthalt litte, oder das öffentliche Beste betraf, die er ergehen ließ, ohne den Beklagten erst gehört zu haben. Auch das Ansuchen um einen solchen Befehl wurde ein Interdict genennt. Es heißt deswegen in Gesetzen, interdicto agere, experiri, interdictum mouere; es ist das Interdict angestellt worden. Diese Interdicte wurden zwar durch neuere Gesetze nicht abgeschafft; aber die alte Art dabey zu procediren kam ab, besonders das ehemalige Formularwesen dabey; und daher heißt die Rubrik dieses Titels: de interdictis, siue extraordinariis actionibus, quae pro his competunt. Sie wurden unterschieden entweder durch den Namen des Prätors, welcher ein Interdict zuerst eingeführt hatte, wie das Salvianische Interdict beweißt, oder man setzte die Anfangsworte des Interdicts dazu, welches z. B. bey dem Interdict vti possidetis der Fall war, oder führte den Gegenstand an, wovon das Interdict handelte, wie das Interdict de glande legenda beweißt.

Nach der Absicht wurden die Interdicte eingetheilt, in prohibitoria, restitutoria, exhibitoria. Durch erstere

erstere befahl der Prätor, daß etwas unterlassen werden solle; durch die zweyten, daß etwas herausgegeben werden solle, und durch die dritten, daß etwas vorgezeigt werden solle. Dem Gegenstande nach handelten die Interdicte entweder von Sachen iuris diuini oder humani; und diese letztern Interdicte betrafen entweder einen freyen Menschen, oder eine dem ganzen Staate gehörende Sache, oder eine Privatsache. Bey Privatsachen waren die Interdicte entweder interdicta adipiscendae possessionis, oder retinendae possessionis, oder recuperandae possessionis. Wird der Besitz einer Sache, den man noch nicht gehabt hat, durch ein Interdict gesucht, so heißt das Interdict, interdictum adipiscendae possessionis. Wird Jemand in seinem zeither ausgeübten Besitz gestört, so braucht man wider die Störung ein interdictum retinendae possessionis, auf die Unterlassung der Störung, und die ruhige Fortsetzung des Besitzes. Hat man seinen Besitz verlohren, und wünscht ihn wieder zu bekommen, so muß ein interdictum recuperandae possessionis gebraucht werden. Ein Interdict wird duplex genennt, wo jede Parthey nicht nur Kläger seyn kann, sondern auch Beklagter; geht das aber nicht an, so heißt das Interdict simplex.

Eine Aehnlichkeit mit den römischen Interdicten haben in Teutschland die mandata, worunter Befehle verstanden werden, welche die Obrigkeit ertheilt hat, ohne denjenigen vorher gehört zu haben, wider den der Befehl gerichtet ist. Sie werden in weit mehr Fällen gebraucht, als die Interdicte gebraucht wurden; es wird darin auch oft eine Geldstrafe angedroht, welches in dem römischen Interdict nicht geschehen durfte. Die mandata sind gewöhnlich, 1) wenn sich Jemand über eine Handlung beschwert hat, die schlechterdings wider die Gesetze läuft; 2) wenn das gemeine Beste ein mandatum nothwendig macht; 3) wenn ein unersetzlicher Verlust durch die Handlung verursacht werden kann, im Fall sie geschieht; 4) wenn die Sache aus andern Gründen keinen Verzug hat. Es kommen daher mandata vor, wenn Jemand aus klaren Briefen und Siegel

gel geklagt hat; wenn Jemand mit Vorbeygehung der Obrigkeit sich selbst Hülfe schaffen, oder via facti verfahren will, z. B. durch eine unerlaubte Selbsthülfe, oder Auspfändung; wenn Jemand Fideikommißgüter veräußern will; wenn ein angelegter Arrest gegen angebotene hinlängliche Sicherheit nicht aufgehoben wird; wenn Jemand widerrechtlich ein Gebäude wegreißen oder aufführen lassen will; wenn mir Jemand die schuldigen Alimente verweigert; wenn der Richter die Justizpflege versagt oder verzögert; wenn der Richter Jemanden wider Recht und Billigkeit gefangen hält; wenn der Unterrichter, nachdem von seinem Ausspruch appellirt worden, doch in der Sache fortfährt und Verfügungen macht; wenn die Unterthanen ihrer Obrigkeit die Leistung der Huldigung oder schuldiger Abgaben verweigern; wenn Ueberfall mit Waffen, Aufruhr, Tumult, vorhanden oder zu befürchten ist u. s. f.

Lib. XLIII. Tit. II.

Quorum bonorum.

§. 1841 — 1844.

Wer ein prätorisches Erbrecht hat, kann deswegen nicht nur petitorisch klagen, sondern auch possessorisch. Das petitorische Rechtsmittel wird hereditatis petitio possessoria genennt, und das possessorische heißt interdictum quorum bonorum. Der Prätor half nach diesem Interdict demjenigen, welcher sein Erbrecht einigermaaßen bescheinigen konnte, gegen denjenigen, der die Erbschaft pro herede oder pro possessore im Besitz hatte, und keine so starken Gründe anzuführen im Stande war, als jener. Unter diesen Umständen setzte er ihn in Besitz der Erbschaft,

und

und verwieß den zeitherigen Besitzer mit seinen unbewiesenen Rechtsgründen in das Petitorium.

Dieses Interdict ist von der Erbschaftsklage, hereditatis petitio, sehr verschieden. Wer die Erbschaftsklage anstellt, will für den rechtmäßigen Erben erklärt seyn, da er auf die Zuerkennung des Erbrechts geklagt hat; hingegen durch das gegenwärtige Interdict sucht man blos den ruhigen Besitz der Erbschaft. Die Erbschaftsklage geht auf alle Erbschaftssachen, sie mögen körperliche oder unkörperliche seyn; das gegenwärtige Interdict hingegen findet blos wegen körperlicher Sachen statt, und unkörperliche Dinge sind kein Gegenstand des Interdicts. Bey der Erbschaftsklage muß der Kläger sein behauptetes Erbrecht vollständig beweisen; die Einreden des Beklagten, wenn sie gleich altioris indaginis sind, müssen sämmtlich untersucht und geprüft werden; stelle ich aber das interdictum quorum bonorum an, so brauche ich blos mein habendes Erbrecht zu bescheinigen, das heißt, ich mache es wahrscheinlich; weit aussehende Einreden des Beklagten werden hier nicht untersucht, sondern ins Petitorium verwiesen.

Aus dieser Beschreibung sieht man leicht ein, daß dieses Interdict sehr vortheilhaft ist; denn stelle ich die Erbschaftsklage an, so kann der Proceß viele Jahre dauern, und diese Zeit über bleibt der Gegentheil immer im Besitz; hingegen bey diesem Interdict geht alles kurz und summarisch; ich komme in Besitz, und kann nun den Ausgang der Sache im Petitorium ohne Schaden abwarten. Aus diesem Grunde, weil das interdictum quorum bonorum so nützlich ist, hat man es in der Folge auch auf den Civilerben ausgedehnt; und deswegen wird es *directum* genennt, wenn der bonorum possessor davon Gebrauch gemacht hat; bedient sich aber der Civilerbe des Interdicts, so heißt es *vtile*. Man nehme den Fall an: Jedermann hat mich zeither für den Bruder des Erblassers gehalten; da ich seine Erbschaft in Besitz nehmen will, widersetzt sich mir ein entfernterer Verwandter des Verstorbenen, und giebt vor,

ich

ich sey kein ehelicher Bruder des Verstorbenen, macht mir also quaestionem status. Dieser Streit ist aber erst einer langen Untersuchung unterworfen, weil seine Beweise sehr schwach sind. Unter diesen Umständen stelle ich das interdictum quorum bonorum vtile mit vielem Vortheil an, beweise mein habendes Erbrecht summarisch, und bitte, daß ich so lange in Besitz der Erbschaft eingesetzt werden möge, bis der entfernte Verwandte sein Vorrecht im Petitorium ausgeführt hat.

Unser Interdict ist ferner auch auf den Testamentserben erstreckt worden, wo es die Benennung erhalten hat: remedium ex Lege vlt. Codic. de Edicto diui Hadriani tollendo. Bin ich in einem Testament zum Erben eingesetzt worden, das keinen sichtbaren Fehler hat, worunter ein solcher Fehler verstanden wird, den man sogleich findet, so bald man nur das Testament gelesen hat, so kann ich bitten, daß man mich in Besitz der Erbschaft setze, und die Einreden der Intestaterben gegen das Testament, welche einer langen Untersuchung bedürfen, zur besondern Ausführung verweise. Die Benennung: remedium ex Lege vlt. Cod. de Edicto Diui Hadriani tollendo gründet sich auf folgenden Umstand. — Die Lex Ivlia verordnete, daß jeder Erbe, der kein Agnat sey, fünf Procent von der ihm zugefallenen Erbschaft an den Fiskus abgeben solle. Damit nun diese vicesima von dem Erben gleich ausgezahlt werden sollte, so gab der Kaiser Hadrian ein Gesetz oder Edict, wie man damals sagte, daß einem Testamentserben, wenn er binnen Jahresfrist, vermöge eines sichtbar fehlerfreyen Testaments, um den Besitz der Erbschaft bitten würde, ohne alle weitläuftige Proceßart dazu geholfen werden solle; sey aber ein Jahr vergangen, ehe er um den Besitz der Erbschaft gebeten habe, so dürfe er nicht mehr mit diesem Gesuch gehört werden. — Ob nun gleich jene Abgabe von fünf Procent in der Folge aufhörte, so behielt man die Befolgung der erwähnten Vorschrift in Ansehung der dem Testamentserben vorgeschriebenen Frist, wo er um den Besitz der Erbschaft nachsuchen

mußte,

mußte, doch noch immer bey. Diese beschwerliche Einrichtung hob Justinian in der Leg. vlt. Cod. de Edicto Diui Hadriani tollendo auf, und ertheilte dem Testamentserben das Recht, auf den Besitz der Erbschaft bis zum Ablauf der sonst gewöhnlichen Verjährungszeit klagen zu können.

Lib. XLIII. Tit. III.

Quod legatorum.

§. 1845.

Das interdictum quod legatorum soll unter folgenden Umständen gebraucht werden können. — Gesetzt, ein Legatar occupirt die ihm vermachte Sache, ohne ausdrückliche Erlaubniß des Erblassers oder des Erben; der Erbe hat ein Interesse dabey, daß ihm das Legat wieder abgeliefert werde, weil z. B. das Falcidische Viertheil noch nicht ausgerechnet und von der Erbschaft abgezogen worden ist; oder weil der Erbe die Wahl hat, eine andere Sache geben zu können u. s. f.; der Erbe erbietet sich auch zur Sicherheitsbestellung, daß, so bald diese Umstände weggefallen sind, der Legatar die Sache wieder bekommen soll. Unter den angeführten sämmtlichen Umständen kann der Erbe das interdictum quod legatorum anstellen, und bitten, daß der Legatar die Sache wieder herausgebe, bis die eintretenden Umstände gehoben sind. Es ist dieses Interdict auf die Fideikommisse ausgedehnt worden, wenn Jemand eigenmächtiger Weise den Besitz des Fideikommisses ergriffen hat, und die nämlichen Umstände treten ein, die bey dem Legate vorkommen müssen. Setzt sich der Legatar selbst in den Besitz eines ihm ausgesetzten Legats, ohne Bewilligung des Erblassers, oder Erben, so begeht er ein Spolium.

Lib.

Lib. XLIII. Tit. IV.

Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est.

§. 1846.

Hatte der Prätor ein Interdict ertheilt, so mußte der Beklagte solches gleich respectiren; wo nicht, so bekam er Exekution, auch wohl mit militairischer Gewalt; oder, wenn es der Kläger verlangte, so gab ihm der Prätor actionem in factum, den Beklagten vor dem iudice pedaneo zu Ersetzung des Schadens zu belangen, daß er dem Interdict keine Folge geleistet hatte; welche actio aber als eine actio ordinaria mit dem Interdict selbst nicht verwechselt werden darf.

Lib. XLIII. Tit. V.

de

tabulis exhibendis.

§. 1847.

Unter die Rechtsmittel, wodurch man zur Erbfolge zu gelangen sucht, gehört das interdictum de tabulis exhibendis. Das Wort tabulae bedeutet hier jeden geschriebenen letzten Willen, es mag ein wirkliches Testament oder ein bloßes Codicill seyn; folglich kann auch ein Notariats-

instrument, welches über ein mündlich ausgesprochenes Testament abgefaßt worden ist, darunter verstanden werden [a]). Liegt Jemandem, um seines Vortheils oder Schadens willen, daran, den Inhalt eines solches geschriebenen letzten Willens zu erfahren, so kann er das gegenwärtige Interdict brauchen. Dieses Interesse muß bescheinigt werden, wenn es nicht wahrscheinlich ist, da es den Grund des Gesuchs ausmacht. Hat der Verstorbene seinen letzten Willen mündlich errichtet, so muß man die Testamentszeugen darüber abhören lassen. Wegen anderer brieflicher Urkunden, die keine letzte Willen sind, muß die actio ad exhibendum oder eine andere Klage gebraucht werden.

Der Implorant ist derjenige, dem in einem letzten Willen etwas hinterlassen worden ist, und dem also daran gelegen ist, den Inhalt desselben genau zu erfahren, welcher Fall bey den Vermächtnißnehmern und Fideikommissarien eintritt, wie auch bey ihren Erben. Der eingesetzte Erbe selbst braucht das Interdict nicht anzustellen, wenn er durch Antretung der Erbschaft schon wirklich Erbe geworden ist, sondern als Erbe kann er das Testament aus dem Eigenthumsrechte vindiciren, und vorher actionem ad exhibendum anstellen [b]). Ist die Erbschaft vom Erben noch nicht angetreten worden, so sind die tabulae testamenti auch noch nicht sein Eigenthum, und hier kann er unser Interdict ebenfalls brauchen, er mag heres directus primus, oder substitutus seyn [c]). Will der Testirer selbst, bey seinem Leben sein Testament von einem Dritten zurück haben, so kommt es darauf an, ob er es dem Dritten aufzuheben gegeben hat, oder ob es, ohne seinen Willen, in seine Hände gekommen ist. Im ersten Falle, z. B. wenn Jemand sein Testament gerichtlich niedergelegt hat, und der Richter weigert sich, ihm solches zurück zu geben, muß actio

a) L. 3. §. 8. D. ad exhibend.

b) L. 3. D. test. quemad. aperiant.

c) L. 3. §. 25. D. h. t. L. vn. Cod. eod. LAUTERBACH h. t. §. 5.

actio depositi directa angestellt werden; im zweyten Fall aber wird die Reivindikation und vorher actio ad exhibendum angestellt [d]).

Der Implorat ist derjenige, welcher den letzten Willen besitzt, und ihn doch nicht vorzeigen will, sondern er leugnet den Besitz. Es ist gleichviel, ob er den letzten Willen wirklich besitzt, oder ob er im Rechtsverstande als Besitzer betrachtet wird, z. B. deswegen, weil er den letzten Willen auf die Seite geschafft, oder sich gestellt hat, er besitze ihn wirklich, und er gesteht seinen Fehler nicht noch vor der Einlassung auf die Klage ein [e]). Es wird ferner nicht darauf gesehen, ob Jemand in seinem eigenen Namen besitzt, oder für einen Dritten, z. B. als bloßer Inhaber und Detentor, oder als Depositarius. Der Implorat muß sich deswegen weigern, den letzten Willen vorzuzeigen, weil er vorgiebt, er besitze ihn gar nicht. Gesteht er den Besitz desselben zu, er wendet aber vor, er sey nicht schuldig, den letzten Willen dem Imploranten durchlesen zu lassen, weil z. B. manches darin stehe, das der Implorant nicht erfahren dürfe, so wird gebeten, den Imploraten anzuhalten [f]), daß er den letzten Willen im Gericht, oder im Beyseyn redlicher Männer vorlege [g]).

Die Bitte dieser Imploration besteht darin: Imploraten aufzulegen, den beschriebenen letzten Willen, an dem dazu angesetzten Termin, im Gericht, im Original, zum Durchlesen vorzulegen. Bey den Römern geschahe die Vorlegung bey dem Prätor [h]); bey uns muß sie bey dem ordentlichen Richter geschehen, wo geklagt worden ist.

d) L. 3. §. 5. D. de tab. exhib.

e) L. 3. §. 6. D. h. t. L. 25. D. de rei vindicat.

f) L. 1. §. 1. D. h. t. L. 2. §. vlt. D. testam. quemadmod. aper. L. 1. 2. 3. C. eod.

g) Arg. L. 2. C. quemad. test. aper. Stryck in vsu mod. h. t.

h) L. 3. §. 9. D. de tab. exhib.

Eine Privatvorzeigung braucht sich der Implorant nicht gefallen zu lassen. Die gerichtliche Vorzeigung gewährt den Nutzen, daß der Implorant hierdurch zugleich ein öffentliches Beweismittel von dem Inhalte des letzten Willens erhalten hat. Der letzte Wille muß im Original vorgezeigt werden, und nicht in der Abschrift, weil man ein Interesse hat, den letzten Willen selbst zu sehen. Verlangt der Implorant, nach geschehener Vorzeigung, eine Abschrift von dem letzten Willen, so darf ihm solche nicht verweigert werden, er muß sie aber bezahlen [i]). Geschieht die Vorzeigung nicht, so muß der Implorat das Interesse prästiren, bey dessen Bestimmung darauf Rücksicht genommen werden muß, was der Implorant wahrscheinlich nach dem letzten Willen fordern kann, und hat also der Erbe geklagt, so verlangt er den Ersatz der ganzen Erbschaft [k]). Klagt der Legatarius, so fordert er so viel, als das Legat beträgt; sollte es auch nur ein bedingungsweise hinterlassenes Vermächtniß seyn. Der Kläger wird wegen des Ungehorsams des Imploraten zum iuramento in litem credulitatis gelassen, wodurch er beschwört, wie viel ihm wahrscheinlich hinterlassen worden ist; kann er aber sein Interesse auf eine andere Art beweisen, so wird dieser Eyd nicht gebraucht, da er nur in subsidium statt findet, wenn die Sache auf keine andere Weise hat bewiesen werden können [l]). Dieses Interdict verjährt erst in dreyßig Jahren, weil es ein interdictum perpetuum ist [m]). Ein Interesse, das Testament durchzulesen, hat ein naher Verwandter des Verstorbenen, oder ein bloßer guter Bekannter desselben, oder ein Dienstbote, wenn es wahrscheinlich ist, daß ihnen entweder ein Legat hinterlassen worden sey, oder daß sie gar zum Erben eingesetzt worden. Wer die Vorzeigung verlangt, muß die Kosten tragen.

i) LAUTERBACH h. t. §. 8.

k) L. 3. §. 12. D. de tab. exhib.

l) BOEHMER de actionib. Sect. II. cap. 3. §. 67. HAVER in memorabil. action. pag. 378.

m) L. 3. §. 16. D. h. t. LAUTERBACH h. t. §. 11.

Lib.

Lib. XLIII. Tit. VI—XV.

Ne quid in loco sacro fiat.

§. 1848.

In dem gegenwärtigen sechsten Titel bis mit dem 15ten Titel, kommen Interdicte vor, die sich auf die römische Staatsverfassung gründen, und bey uns nur auf entfernte Weise angewendet werden können; die Erklärung dieser Gegenstände kann ich aber deswegen nicht vortragen, weil dieser praktische Commentar mit diesem funfzehenten Bande geschlossen werden muß, um ihm nicht zu theuer zu machen.

Lib. XLIII. Tit. XVI.

de

vi et vi armata.

§. 1849 — 1854.

Wer einen ganz verlohrnen Besitz wieder zu erlangen suchte, mußte bey den Römern das Interdict vnde vi brauchen. Es konnte angestellt werden von einem Jeden, der im Besitz gewesen war, der Besitz mochte ein Civilbesitz oder ein blos natürlicher Besitz gewesen seyn. Der Implorant mußte eine unbewegliche Sache besessen haben; denn wegen beweglicher Sachen konnte das Interdict nur alsdenn gebraucht werden, wenn sie sich in der unbe-

weglichen Sache, von deren Besitz die Rede war, mit befanden [a]). Endlich wurde erfordert, daß der Implorant durch eine erhebliche Gewaltthätigkeit aus dem Besitz gesetzt worden war. Man suchte durch dieses Interdict den verlohrnen Besitz wieder zu bekommen, und die Vergütung alles erlittenen Schadens. Nach Gesetzen des Coder konnte dieses Interdict auch wider denjenigen gebraucht werden, der mich ohne Gewalt, aber doch unrechtmäßiger Weise, meines Besitzes beraubt hatte, z. B. gegen den Pachter, welcher nach geendigter Pachtzeit nicht weichen wollte. Nicht nur der Entsetzte selbst, sondern auch sein Erbe konnte von dem Interdict Gebrauch machen. Gegen den Erben konnte es nur alsdenn angestellt werden, wenn er von der unerlaubten Handlung des Erblassers Vortheil gezogen hat. Gegen eine dritte Person hatte das Interdict nicht statt. Jede erhebliche Gewaltthätigkeit war zu Anstellung dieses Interdicts hinreichend, sie mochte mit Waffen, vis armata, oder ohne Waffen, vis quotidiana, vis priuata, verübt worden seyn; jedoch war bey der erstern manches Eigene verordnet [b]). Im kanonischen Rechte hat man die Verordnungen des römischen Rechts nicht nur auf bewegliche Sachen, sondern auch auf einen dritten Besitzer ausgedehnt. Es wird nämlich von dergleichen Besitzentsetzungen der Ausdruck, spolium, gebraucht, und es ist jedes Factum darunter zu verstehen, wodurch ich aus meinem Besitz widerrechtlich verdrängt, oder blos darin gestört worden bin. Wer ein solches Spolium leidet, kann gegen den Spolianten, und gegen einen Dritten, der von dem Spolium etwas wußte, und doch die spoliirte Sache an sich gebracht hat, die Spolienklage anstellen [c]); ja die Ausleger des kanonischen Rechts haben den Satz angenommen,

a) L. 1. §. 6. D. de vi et vi armata.

b) L. 3. §. 2. L. 14. D. h. t. CICERO pro Caecina cap. 21. Westphal von den Arten der Sachen, §. 308.

c) c. 18. X. de restit. spoliat.

nommen, den sie durch den canon redintegranda 3. Causa 3. qu. 1. zu beweisen suchen, daß auch ein dritter Besitzer, der von dem Spolium gar nichts wußte, als er die spoliirte Sache an sich brachte, belangt werden könne.

Lib. XLIII. Tit. XVII.

Vti possidetis.

§. 1855.

Die Interdicte, wodurch man den zeither ausgeübten Besitz, bey dessen Fortsetzung man gestört wird, zu erhalten sucht, sind das Interdict vti possidetis, und das Interdict vtrubi. — Wenn ich mich im Besitz einer unbeweglichen Sache befinde, und zwar 1) in meinem eigenen Namen, also nicht etwa als Miethsmann, Commodatar, Depositar u. s. f.; denn wer in eines Andern Namen besitzt, kann das Interdict vti possidetis nicht anstellen; 2) nicht mit Gewalt, nicht heimlich, nicht bittweise; 3) wenn ich darin gestört werde, es geschehe directe oder indirecte, z. B. Jemand will mir nicht erlauben, in meinem Hofe zu bauen, meinen Wald nach Gefallen zu benutzen; er macht Anstalt, mich aus dem Besitz zu setzen u. s. w., so kann ich das Interdict vti possidetis anstellen, und bitten, daß dem Gegentheil die Störungen meines Besitzes verboten werden, daß er Sicherheit de non amplius turbando bestelle, und daß er mir allen verursachten Schaden ersetze. Die Benennung vti possidetis, hat das Interdict von den Anfangsworten desselben erhalten, weil das Edict, wodurch dieses Interdict eingeführt worden ist, sich mit den Worten anfing: vti possidetis, quo minus ita possidetis, vim fieri veto. Daß der Prätor im Plural sprach, vti possidetis, und nicht vti possides, kommt daher, weil er bis-

weilen beyde Theile im Besitz schützte, daher dieses Interdict unter die interdicta duplicia gehört.

Nach dem römischen Recht konnte nur derjenige von dem Interdict vti possidetis Gebrauch machen, der sich, in Beziehung auf seinen Gegner, wider den er geschützt seyn wollte, nicht mit Gewalt, nicht heimlich, nicht bittweise im Besitz befand. Es mußte kein fehlerhafter Besitz, das heißt, kein solcher seyn, den man dem Gegner ungebührlich entzogen hatte. Auf die Rechte eines Dritten sahe man hier gar nicht. Daß ein Besitz, den Jemand mit Gewalt an sich gebracht hat, oder wozu er heimlich gekommen ist und ihm also erschlichen hat, fehlerhaft sey, versteht sich von selbst; hingegen als ein bittweise erlangter Besitz ist der Besitz zwar nicht schon an sich zu betrachten, aber doch in so fern, als Jemand das ihm wiederrufliche Vergünstigte nach geschehener Zurückforderung ferner zu behalten und auszuüben, oder gar als ein eigenes Recht zu behaupten sucht.

Weil über den Besitz oft heftige Streitigkeiten entstehen, und die Partheyen zu Thätlichkeiten schreiten, da sich jeder Theil im Besitz schützen will; in unsern Gerichten auch der Gang der Rechtspflege so langsam ist, daß die Untersuchung, wer von beyden Theilen, nicht vi, clam und precario besitze, viele Jahre dauern kann, so hat man in den teutschen Gerichten die Regel eingeführt, 1) daß Jemand im Besitz geschützt werden müsse, wenn er auch weiter nichts, als den bloßen Besitz, nudum factum possessionis, beweisen kann, wofern nur die Fehler des Besitzes, vitia possessionis nicht ganz offenbar sind; 2) daß er aber doch auch diesen Besitz fahren lassen müsse, wenn der Gegentheil dargethan hat, daß er in einem ältern und bessern Besitz sey. Worauf diese Regel gebaut worden sey, darüber wird gestritten. Einige Rechtslehrer haben sie durch Grundsätze des römischen Rechts zu beweisen gesucht; andere aber durch das kanonische Recht. Richtiger ist es wohl, wenn man sagt, die Sache sey eine teutsche Erfindung, die zuerst durch das Kammergericht in Anwendung gebracht worden

worden ist, worauf andere teutsche Gerichte nachgefolgt sind.

Auf diese Weise hat man ein doppeltes remedium possessorium aus dem römischen Interdict, vti possidetis hergeleitet, nämlich das so genannte possessorium summariissimum und das possessorium ordinarium. Bey dem possessorio summariissimo wird auf weiter nichts gesehen, als auf das factum possessionis, und auf possessionem momentaneam, ob Jemand jetzt im Besitz ist; bey dem possessorio ordinario aber wird auf das Alter und die Eigenschaften des Besitzes geschehen; ob ich länger im Besitz gewesen bin, als mein Gegner, und ob meine Possession sich auf einen gerechten Titel gründe. Kann ich zeigen, daß ich seit 10, 20 Jahren, mein Gegner aber nur kurze Zeit im Besitz war, und daß ich iustum titulum possessionis habe, so werde ich geschützt, mein Gegner muß weichen, und seine actus possessorii werden, wie die Praktiker sich darüber ausdrücken, pro turbatiuis erklärt, da er weiter nichts, als nudam detentionem für sich hat. Es steht ihm aber doch frey, das Petitorium anzustellen, und zeigt er hier, daß, ob ich mich gleich im ältern Besitz befinde, er dennoch mehr Recht auf die Sache habe, als ich; so gewinnt er, und ich muß ihm die Sache herausgeben.

Es giebt Fälle, wo bey einer und derselben Sache alle drey Rechtsmittel gebraucht worden sind, nämlich das possessorium summariissimum, das possessorium ordinarium, und das petitorium. Man nehme an, es wird über einen Wald gestritten. Ich bescheinige, daß ich seit etlichen Wochen und Jahren erst einigemal, öffentlich und ruhig, in dem Walde Holz gefällt habe. Hier werde ich im summariissimo geschützt. Mein Gegentheil beweißt nunmehr, daß er seit zehen und mehr Jahren, in eben dem Walde habe Holz schlagen lassen. Dieß wirkt so viel, daß er im possessorio ordinario geschützt wird. Nunmehr stelle ich das Petitorium an, und beweise, daß seines langen Be-

sitzes ungeachtet, nicht ihm, sondern mir das Eigenthum des Waldes gehört.

Lib. XLIII. Tit. XVIII.

de

superficiebus.

§. 1856—1858.

Sucht man im Besitz einer unkörperlichen Sache geschützt zu werden, so wird das interdictum vti possidetis, *utile* genennt, wozu nach Verschiedenheit der Rechte, in deren Besitz man geschützt seyn will, viele Interdicte gehören; und darunter ist auch das Interdict de superficiebus zu rechnen. Das Wort superficies wird in zweyerley Verstande gebraucht. Man versteht 1) alles dasjenige darunter, was über der Oberfläche eines Grund und Bodens, mit diesem zusammen hängt; und hierher gehören, Bäume, Häuser, u. s. f. 2) Versteht man das Nutzungseigenthum an der Oberfläche darunter; und davon braucht man den Ausdruck, ius superficiei, ius superficiarium. Ueberläßt der Eigenthümer eines Platzes einem Andern den Gebrauch der Oberfläche dieses Platzes, gegen einen jährlichen Zins, zu der Absicht, daß er nach Gefallen etwas darauf soll bauen, pflanzen oder sonst hinstellen können, so wird diese Vergünstigung, das Grundrecht, das Platzrecht, ius superficiei genennt. Der Eigenthümer des Platzes heißt der Grundherr, dominus soli; derjenige, dem das Nutzungsrecht zugestanden worden, wird superficiarius, der Grundbraucher, genennt. Der jährliche Zins, der für die Benutzung bezahlt wird, heißt der Grundzins, der Bodenzins, das solarium.

Bey

Bey diesem **Platzrechte** müssen dreyerley Dinge genau unterschieden werden; und zwar 1) der Grund und Boden, ohne dessen Oberfläche betrachtet. Ueber den Grund und Boden behält der Grundherr das volle **Eigenthum**, und kann deswegen die Reivindikation und das interdictum vti possidetis directum wider Jedermann anstellen, ja so gar wider den Superficiarius [a]). Aus diesem Eigenthumsrechte eignet sich der Grundherr den Schatz, thesaurum, zu, der im Grund und Boden gefunden worden ist, jedoch nach Verschiedenheit der Fälle, wie der Schatz entdeckt worden ist. Es ist 2) die Oberfläche des Grund und Bodens, oder das so genannte **Flächenrecht** von dem Grundeigenthum wohl zu unterscheiden. Daran steht dem Grundherrn nur das dominium directum zu, und der Superficiarius hat das dominium vtile. Dieses **nützlichen** Eigenthums wegen kann der Flächenbesitzer, superficiarius, rei vindicationem vtilem, und das gegenwärtige Interdict de superficiebus anstellen, welches sogar wider den **Grundherrn** statt findet, wenn dieser ihm im Quasibesitz seines Nutzungseigenthums stören will. Dieser Fall kommt vor, wenn die superficies, z. B. das übergebaute Haus, zu Grunde gegangen, z. B. abgebrannt, vor Alter eingefallen ist. Hierdurch geht das Flächenrecht nicht verlohren. Man stellt also hier das Interdict de superficiebus an, weil die Reivindikation schwerer zu beweisen ist. Endlich ist 3) die superficies, das Uebergebaute, Uebergewachsene, z. B. die Bäume, zu erwägen. Hat der Superficiarius das Uebergebaute auf seine eigene Kosten errichten lassen, so hat er das Eigenthum daran, und der Grundherr hat ganz und gar kein Recht daran. Eben deswegen kann jener dieses Uebergebaute von jedem Besitzer vindiciren, und auch das interdictum vti possidetis directum anstellen [b]).

Gebe

a) L. 1. §. 4. D. de superfic. L. 1. §. 1. D. vti possid.

b) L. 74. D. de rei vindicat. L. 1. §. 2. D. h. t.

Gebe ich Jemandem das Recht, einen Theil seines Hauses auf meinem Platze zu überbauen, ich überlasse ihm aber kein dominium vtile an der Oberfläche, so ist das Recht, welches der Eigenthümer des Hauses von mir erlangt hat, weiter nichts, als eine seruitus oneris ferendi [c]).

Lib. XLIII. Tit. XIX.

de

itinere actuque priuato.

§. 1859.

Das interdictum vti possidetis vtile ist in Gesetzen [a]) ausdrücklich auf die Dienstbarkeiten erstreckt worden. Seiner Natur nach kommt es mit dem possessorio ordinario überein, und dazu gehört das Interdict dieses Titels, de itinere actuque priuato. Es kann von demjenigen gebraucht werden, welcher in diesem Jahre, von der Zeit da geklagt wird, zurückgerechnet, wenigstens 30 Tage hindurch, die Fußsteigs- Uebertriebs- oder Fahrwegs-Gerechtigkeit, wegen des für sich besessenen Grundstücks ausgeübt, und diese Servitut, in Rücksicht auf seinen Gegner und dessen Vorfahren, auf keine fehlerhafte Art erworben hat, das heißt, weder heimlich, noch mit Gewalt, noch bittweise; und das Interdict geht darauf, daß der Implorant wider die Beunruhigung seines Gegners, im Quasibesitz der Ausübung geschützt werden soll.

Bey

c) L. 86. §. 4. D. de legat. I.

a) L. 8. §. 5. fin. D. si seruit. vindic.

Bey diesem Interdict kommt es gar nicht auf das Recht an, welches dem Imploranten zusteht, sondern blos auf die fehlerfreye Ausübung des Besitzes; daher ist es vortheilhafter, als die actio confessoria [b]). Es kann der Erbe, und ein Käufer davon Gebrauch machen, wenn er auch noch nicht zum Besitz durch eigene Ausübung der Servitut gekommen ist. Es ist schon gut, daß sein Vorfahr wenigstens 30 Tage hindurch vor angestellter Klage sich im Besitz befunden hat; denn der Implorant braucht nicht in dem wirklichen gegenwärtigen Besitz zu seyn.

Mit diesem Interdict steht ein anderes Interdict, nämlich de non impedienda refectione in Verbindung [c]), davon derjenige Gebrauch machen kann, welcher in diesem Jahre eine von den angeführten drey Servituten ausgeübt hat, und es hat wider denjenigen statt, der ihn an der Ausübung des bösen Weges hindert; jedoch muß der Implorant zugleich auch das Recht bescheinigen, den Weg ausbessern zu dürfen, wenn der Gegner ihm dieses Recht nicht zugestehen will, und hierdurch wird er zugleich unmittelbar in die Nothwendigkeit versetzt, die ihm zustehende Servitut zu bescheinigen, denn nur diese giebt ihm das Recht zur Ausbesserung des Weges [d]).

b) L. 2. §. fin. D. si seruit. vindic.

c) L. 3. §. 11. sqq. D. de itinere actuque priuato.

d) L. 3. §. 13. D. h. t. Boehmer de action. Sect. II. cap. 4. §. 19 et 20.

Lib. XLIII. Tit. XX.

de

aqua quotidiana et aestiua.

§. 1860.

Aqua quotidiana bedeutet Wasser, das man ableiten kann, wenn man will, es sey im Sommer oder im Winter, also wird nicht solches Wasser darunter verstanden, welches täglich abgeleitet wird. Es kann der Fall eintreten, daß Jemand nicht Veranlassung hat, das Wasser zu allen Stunden abzuleiten; es ist hier blos auf den Umstand zu sehen, daß Jemand das Recht hat, es täglich ableiten zu können, wenn er es thun will [a]). Zum Quasibesitz dieser Servitut der Wasserableitung ist eine einzige vorgenommene Handlung des Wasserleitens hinreichend, welche man doch wenigstens einmal in dem jetzigen Jahre auf keine fehlerhafte Weise ausgeübt hat, es mag bey Tage oder bey Nacht geschehen seyn. Dieses Recht wird bewiesen durch die Gräben, wodurch das Wasser abgeleitet wird, und sind diese vorhanden, so entsteht die stärkste Vermuthung, daß Jemand diese Servitut habe. Wer in der Ausübung des Wasserableitens gestört wurde, der stellte das Interdict vti possidetis vtile, auf Enthaltung von der Störung an. Eine Störung in dem Besitz der Wasserleitung kann durch Ableiten des Wassers geschehen, durch Verderben des Wassers, wenn etwas gebaut wird, wenn gegraben wird, wenn das Wasser abgeschnitten oder verstopft wird. Auch das ist eine Störung, wenn Jemand versprochen hat, auf seinem Grund und Boden nicht nach Wasser zu graben, und er thut

a) L. 1. §. 2. D. de aqua quotid.

thut es doch, oder er behält das Wasser länger bey sich, als es geschehen soll, und dadurch fehlt es nun den übrigen Theilhabern des Wassers. In allen diesen Fällen brauche man das gegenwärtige Interdict.

Ein anderes hierher gehörendes Interdict handelte de aqua aestiua, welches solches Wasser hieß, dessen man sich nur im Sommer zu bedienen pflegte; unter dem Sommer werden aber die sechs Monate vom Aequinoctium im Frühling, bis zum Aequinoctium im Herbst verstanden [b]). Beym Gebrauch des Interdicts wider Störungen des Wasserableitens wird erfordert, daß man in dem vorigen Sommer, das heißt in demjenigen, welcher vor dem letzten Winter vorhergegangen ist, das Wasser geleitet hat. Nützlicher Weise hat jedoch das Interdict selbst alsdenn statt, wenn man das Wasser doch wenigstens in diesem Sommer, oder gar erst im letzten Winter geleitet hat [c]).

Unser Interdict wurde auch de aqua ex castello gebraucht. Unter aqua ex castello oder aqua castellana, versteht man Röhrwasser, welches aus einem öffentlichen Wasserbehältniß abgeleitet wird [d]). Die öffentlichen Wasserleitungen bey den Römern kosteten große Summen Geld; man verstattete daher nicht Jedermann die Wasserleitung daraus, sondern es war eine besondere Vergünstigung des Kaisers dazu erforderlich. Wer das Interdict de aqua ex castello ducenda anstellen wollte, mußte bescheinigen, 1) daß er bisher Wasser geleitet habe; 2) daß ihm der Kaiser das Recht dazu verstattet habe [e]). Deswegen war das Interdict in diesen Fällen ein interdictum mixtum, wobey die cauſſa proprietatis, oder das ius aquae ducendae zugleich untersucht und entschieden wurde [f]).

Bey

b) L. 1. §. 32. D. de aqua quotid. et aestiua.

c) L. 1. §. 35. D. de aqua quotid. et aestiua.

d) L. 1. §. 39. D. de aqua quotid.

e) L. 1. §. 40—42. D. h. t.

f) L. 1. §. 45. D. de aqua quotid.

Bey uns braucht man das ius, oder den Titel, wodurch man zum Besitz gekommen ist, nicht zu beweisen, weil bey uns die öffentlichen Brunnen nicht zu den Werken des Fürsten gehören g).

Lib. XLIII. Tit. XXI.

de riuis.

§. 1861.

Dieses Interdict veranlaßte die Wasserleitungen. Hat Jemand das Recht der Wasserleitung, so müssen Röhren oder Graben da seyn, wodurch das Wasser fließt. Diese heißen riui. Wird der Besitzer der Wasserleitung gehindert, diese Gräben oder Röhren zu reinigen, im baulichen Stande zu erhalten, neue zu legen, so hat das gegenwärtige Interdict statt. Hier braucht man nur zu bescheinigen, daß man im vorigen Sommer, oder in diesem Jahre, das Wasser geleitet habe, und der Besitz nicht fehlerhaft sey. Das Recht zur Ausbesserung braucht man hier nicht zu bescheinigen, weil aus den vorhandenen Wasserkanälen die stärkste Vermuthung entspringt, daß man ein Recht zur Wasserleitung habe.

g) Boehmer de action. Sect. II. cap. 4. §. 26. 27.

Lib. XLIII. Tit. XXII.

de fonte.

§. 1862.

Das Interdict, wovon in diesem Titel die Rede ist, kann derjenige brauchen, dem man in der Benutzung eines lebendigen und fließenden Wassers, welches auf eines Andern Grund und Boden befindlich ist, stört, da er doch in diesem Jahre seinen Besitz ausgeübt, dieser Besitz auch nicht fehlerhaft ist. Es wird nicht darauf gesehen, was es für lebendiges Wasser ist, ob es Quellwasser ist, oder ob es in einem Bache, in einem Brunnen, in einem Teiche, aufbewahrt wird. Die Benutzung des Wassers kann im Wasserschöpfen bestehen, oder in einer Viehtränke. Im ersten Fall hat das Interdict de aquae haustu statt; im zweyten wird das Interdict de pecoris ad aquam adpulsu gebraucht. Wird der Besitzer in der Reinigung oder Ausbesserung des Wasserbehältnisses gestört, so hat das interdictum de non impedienda refectione et purgatione fontis, lacus et piscinae statt; welches eben die Absicht hat, die bey dem Interdict de riuis reficiendis zum Grunde liegt [a]).

a) L. 1. §. 6 et 7. D. de fonte.

Lib. XLIII. Tit. XXIII.

de cloacis.

§. 1863.

Das Interdict de cloacis hat in zweyerley Fällen statt, und zwar entweder 1) interdictum de cloaca priuata, oder 2) de cloaca publica. Cloaca bedeutet einen bedeckten Graben unter der Erde, wodurch allerhand Unrath abgeführt wird. Er geht entweder durch ein Privatgrundstück, oder durch öffentlichen Grund und Boden. Im ersten Fall wird der Ausdruck cloaca priuata gebraucht; im andern aber sagt man cloaca publica. Ueber die cloacas publicas waren bey den Römern öffentliche Aufseher angeordnet, die magistri cloacarum [a]), die dafür sorgten, daß nichts zum Nachtheil dieser Schleußen unternommen wurde, welche viel Geld kosteten, und gegen solche Beschädigungen hatte der Prätor ein Interdict bekannt gemacht [b]). Das Interdict de cloaca priuata stellt derjenige an, welcher im Besitz ist, durch des Andern Grund und Boden allerhand Unrath abzuführen, wenn er ihn an Besserung und Reinigung des Kanals hindert. Dieses Interdict hat das Eigene, daß man auch so gar alsdenn davon Gebrauch machen kann, wenn der Besitz wirklich fehlerhaft seyn sollte [c]), und die Ursache hiervon liegt darin, damit durch Unterlassung der Reinigung solcher Canäle keine faule Dünste sich erzeugen können, wodurch Krankheiten und die Pest entstehen

a) L. 57. D. de verb. signif.
b) L. 1. §. 15 et 16. D. de cloacis.
c) L. 1. §. 7. D. de cloacis.

stehen könnten. Will der Gegentheil den Canal nicht leiden, so muß er die Negatorienklage anstellen [d]).

Alle zeither angeführten Interdicte sind als Untergattungen des interdicti vti possidetis vtilis zu betrachten, die wegen der Ausübung einer Servitut zustehen. Man kann diese Interdicte mit der Confessorienklage alternativisch kumuliren. Es ist sonst nicht schicklich, eine Realklage mit dem Interdict vti possidetis zu kumuliren, wenn die Realklage nur von dem Nichtbesitzer angestellt werden kann; das gegenwärtige Interdict setzt aber einen ausgeübten Besitz voraus, folglich ist hier ein Widerspruch vorhanden. Allein die Confessorienklage weicht von dieser Regel ab, und es kann solche auch ein Besitzer anstellen [e]).

Lib. XLIII. Tit. XXIV.

Quod vi aut clam.

§. 1864—1866.

Unter die Interdicta retinendae possessionis, welche bey Servituten gebraucht werden können, gehört das Interdict, quod vi aut clam. Dieses Interdict setzt gewisse, von einem Andern, auf meinem, oder auf seinem eigenen Grund und Boden, oder an einer damit unmittelbar verknüpften Sache, geschehene heimliche, oder gewaltsame Unternehmung voraus, wodurch ich in dem Besitz einer körperlichen Sache gestört werde, woraus mir ein Nachtheil entsteht. Für eine Unternehmung wird es gehalten,

d) Struve Exerc. XLV. §. 147.

e) Boehmer de actionib. Sect. III. §. 5. Wernher Obs. Part. VII. Obs. 234.

wenn etwas gebauet, eingerissen, oder geändert worden ist. Geschieht etwas, ohne daß gebaut, eingerissen oder geändert worden ist, so hat das Interdict dieses Titels nicht statt; z. B. es hat Jemand über meinen Hof seinen Mist tragen oder fahren lassen a). Heimlich wird die unerlaubte Unternehmung genennt, wenn sie demjenigen, dessen Widerspruch zu besorgen war, oder wenigstens doch hätte besorgt werden sollen, nicht bekannt worden, sondern verborgen geblieben ist; oder wenn das Werk auf andere Art geschehen ist, als der Unternehmer vorher angezeigt hatte; desgleichen, wenn falsche Vorspiegelungen vor demselben vorhergegangen sind, oder wenn die Anzeige vorsätzlich zu einer solchen Zeit geschehen ist, wo der Andere das Unternehmen nicht verbieten konnte. Gewaltsam ist das Unternehmen, wenn es einem gerichtlichen Verbot zuwider ist, oder wenn es, nach einem außergerichtlichen, von uns selbst, oder einem Andern in unserm Namen, geschehenen Widerspruch, unternommen worden ist, oder wenn dieser Widerspruch gewaltsam gehindert worden ist. In Gesetzen werden folgende Fälle beyspielsweise angeführt, als: wenn Jemand auf schon bestelltes Land etwas gestreut hat; meinen Acker umpflügt; in einem öffentlichen Walde, ohne dazu erhaltene Erlaubniß, einen Graben gezogen hat, in welchem Vieh gefallen ist; die Ziegeln von einem Dache herunter genommen; die Pflanzen im Weinberge ausgerissen; die Bäume aller Art niedergehauen; die Zierrathen von einem Begräbnisse herunter genommen hat. Das Interdict geht darauf, daß alles wieder in den vorigen Stand, das heißt, in denjenigen gesetzt werde, worin sich die Sache vor der widerrechtlichen Unternehmung befunden hat.

a) L. 22. §. 3. D. quod vi aut clam.

Lib. XLIII. Tit. XXV.

de remissionibus.

§. 1867.

Unter einer Remission versteht man die ertheilte Erlaubniß, das angefangene neue Werk fortzusetzen. Diese kann sowohl von dem Nuncianten, als von der Obrigkeit ertheilt werden. Ist eines von beyden geschehen, so kann der angefangene Bau fortgesetzt werden.

Lib. XLIII. Tit. XXVI.

de precario.

§. 1868 — 1870.

Unter die Interdicte, wodurch man bey der Ausübung des Besitzes geschützt zu werden sucht, gehört das Interdict de precario. Das precarium, eine blos bittweise geschehene Verwilligung, ist eine auf die Art geschehene Verwilligung einer gewissen Sache, daß der Andere, welchem solche verwilligt worden, selbige wieder abtreten soll, so bald es der Concedent verlangt. Die ganze Zeit hindurch, wo diese Aufkündigung des Besitzes noch nicht geschehen ist, wird der ausgeübte Besitz für rechtmäßig gehalten [a]); so bald aber der Concedent die Sache wieder gefordert hat, und der zeitherige Besitzer giebt sie nicht zurück, ohne eine

a) L. 7. §. 4. D. communi diuid. L. 13. §. 1. D. de Public. in rem action.

rechtmäßige Ursache der Zurückhaltung zu haben, so wird der zeitherige rechtmäßige Besitz, als ein nunmehr fehlerhafter Besitz betrachtet [b]). Es kommt hier darauf an, ob die bittweise geschehene Bewilligung des Besitzes klar ist, oder nicht, sondern auf weiterer Ausführung beruht. Im ersten Fall hat das Interdict de precario statt; im andern aber muß eine Petitorienklage angestellt werden, und zwar die actio generalis praescriptis, s. actio in factum. Das Interdict geht darauf, dem Imploranten die bittweise im Besitz habende Sache wieder herauszugeben, auch allen durch Betrug und die gröbste Nachläßigkeit verursachten Schaden zu ersetzen. Giebt der Implorant die Sache nicht heraus, nachdem ihm solches vom Richter anbefohlen worden, so muß er wegen seines Verzugs für allen Schaden stehen, ja selbst für die Unglücksfälle haftet er. Uebrigens muß die bittweise geschehene Ueberlassung des Besitzes klar seyn, wenn das Interdict statt finden soll; und daher muß man sich einen Schein geben lassen, daß der Besitz blos bittweise verstattet worden ist, und diesen legt man bey.

Lib. XLIII. Tit. XXVII et XXVIII.

de

arboribus caedendis et de glande legenda.

§. 1871 — 1874.

In dem Titel de arboribus caedendis sind Grundsätze enthalten, wie es bey den Römern gehalten worden, wenn ein Baum des Nachbars mir schadete, worüber aber bereits S. 459.

b) L. 20. D. de acquir. vel amitt. poss. L. 34. C. locati.

S. 459. dieses gegenwärtigen Theils so viel gesagt worden, als es die Grenzen dieses Commentars verstatten. Wenn Früchte von einem Baume, der mir zugehörte, auf des Nachbars Grund und Boden gefallen waren, und der Nachbar wollte dem Eigenthümer des Baums nicht erlauben, diese Früchte aufzulesen, so konnte er innerhalb drey Tagen um den Befehl bitten, daß ihm der Nachbar gestatte, die Früchte aufzulesen. Zu diesem Behuf hatte das interdictum de glande legenda statt. Nach drey Tagen, mußte die actio ad exhibendum angestellt werden, wenn der Nachbar die Früchte eher aufgelesen hatte, als drey Tage von ihrem Abfall vergangen waren; und die Klage ging auf die Herausgabe der aufgelesenen Früchte, oder die Bezahlung ihres Werthes. Hatte nämlich der Nachbar die Früchte durch sein Vieh auffressen lassen, so mußte er den Werth bezahlen.

Lib. XLIII. Tit. XXIX.

de

libero homine exhibendo.

§. 1875.

Wenn ein freyer Mensch vorsätzlich, und ohne gerechte und wahrscheinliche Ursache, von Jemandem dergestalt eingesperrt gehalten wurde, daß er keine Freyheit hatte wegzugehen, oder zu bleiben, wie es ihm beliebte, so fand das Interdict de libero homine statt. Wegen einer solchen böslichen Verheimlichung konnte nicht nur jeder Römer, sondern auch besonders derjenige klagen, dem vorzüglich daran gelegen war, daß der freye Mensch in seiner Freyheit nicht beeinträchtigt werde; welcher Fall bey den Eltern, Kindern, Verwandten, Ehegatten u. s. f. eintrat. Man

klagte wider denjenigen, welcher sich der boshaften Einkerkerung und der Verheimlichung schuldig gemacht. Das Gesuch ging darauf: dem Imploraten anzubefehlen, den freyen Menschen sogleich wieder auf freyen Fuß zu stellen, und ihn ungehindert gehen, stehen, und handeln zu lassen. Heutiges Tages werden mandata compulsorialia de libero homine exhibendo sine clausula abgefaßt [a]). Nützlicher Weise kann dieses Interdict wider Werber, die ihr Wesen ohne öffentliche Verwilligung treiben; desgleichen wider diejenigen, welche Jemanden, der in unserm Lohn und Brod steht, oder uns mit Unterthanenpflicht verwandt ist, verheimlichen, angestellt werden [b]).

Das Interdict de vxore exhibenda ac ducenda, kann der Ehemann brauchen, wenn Jemand seine Frau verheimlicht, und sie nicht zu ihm lassen will. Er kann dieses Interdict wider den Vater der Frau, und jeden Andern anstellen, der ihm seine Frau unrechtmäßiger Weise vorenthält. Die Bitte geht darauf: Imploraten bey Strafe aufzulegen, daß er dem Imploranten seine Frau nicht länger vorenthalte, sondern so fort verabfolgen lasse.

Lib. XLIII. Tit. XXX.

de

liberis exhibendis, item ducendis.

§. 1876. a.

Hat Jemand einen unter unserer Gewalt stehenden Menschen bey sich, und will ihn entweder nicht zeigen, oder er will ihn nicht verabfolgen lassen, so findet das Interdict de

a) FRIDERVS de mandatis, Lib. II. cap. 52.

b) BOEHMER de actionib. Sect. II. cap. I. §. 20.

de liberis exhibendis, item ducendis statt. Weiß ich nicht gewiß, daß mein Kind bey dem Andern aufgehalten wird, so muß ich erst das Interdict de liberis exhibendis brauchen; denn ehe ich auf die Herausgabe meines Kindes dringen kann, muß ich erst wissen, ob es wirklich mein Kind ist, das bey dem Andern aufgehalten wird. Das Recht, einen unter unserer Gewalt stehenden Menschen, den uns ein Anderer vorenthält, mit sich zu nehmen, heißt das ius ductionis [a]). Das Interdict ist entweder directum oder vtile. Jenes findet statt, wenn der Mensch, von dem die Rede ist, unter der väterlichen Gewalt steht; dieses aber, wenn er sich unter einer andern Gewalt befindet. Der Imploranr ist der Vater, der Großvater, wenn er seine Kinder und Enkel herausfordert; der Ehemann, wenn er die Frau verlangt; der Abt, wenn er den Mönch abfordert; der Leibeigenthumsherr, wenn er seinen Leibeigenen vindiciren will. Das Gesuch geht darauf: dem Imploraten bey Strafe anzubefehlen, daß er Imploranten den Menschen darstelle, und nicht länger vorenthalte, sondern sogleich ungehindert verabfolgen lasse.

Lib. XLIII. Tit. XXXI.

de vtrubi.

§. 1876. b.

Das Interdictum vtrubi ist vom interdicto vti possidetis blos darin verschieden, 1) daß es auf bewegliche Sachen geht, jenes, das interdictum vti possidetis, auf unbewegliche; 2) daß es nur derjenige anstellen kann, der im nächstverflossenen Jahre am längsten im Besitz gewesen ist; z. B. wenn ich den Besitz dieses Jahr sieben Monat

a) L. 3. §. 1. D. de lib. exhib.

nat gehabt habe, mein Gegner aber hat ihn nicht länger als fünf Monate ausgeübt. Die Benennung des Interdicts ist von den Anfangsworten desselben hergenommen worden; denn der Prätor gab die Verordnung: vtrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto. Zu Justinians Zeiten sahe man nicht mehr darauf, wer im vorhergehenden Jahre am längsten im Besitz gewesen war, sondern nur derjenige wurde geschützt, der zur Zeit der Litiskontestation die bewegliche Sache nicht clam, vi und precario vom Gegner besaß. In unsern teutschen Gerichten wird es mit dem interdicto vtrubi gerade so gehalten, wie mit der Anwendung des Interdicts vti possidetis; jedoch ist der Fall sehr selten, daß bey einer beweglichen Sache über das summariissimum gestritten wird.

Lib. XLIII. Tit. XXXII.

de migrando.

§. 1877.

Wenn Jemand eine Sache pachtweise, oder umsonst zu bewohnen inne gehabt hat, und der Verpachter, oder der Eigenthümer der Sache, hindert ihn unrechtmäßiger Weise an Fortschaffung derjenigen Dinge, welche er in diese Sache gebracht, oder auf andere Art darin gehabt hat, so kann er von dem Interdict de migrando Gebrauch machen, und bitten, daß dem Imploraten aufgelegt werde, die in sein Haus, oder in seine Wohnung gebrachte Sache, wieder herausnehmen zu dürfen. Dieses Interdict setzt voraus: 1) daß man eine Sache pachtweise, oder umsonst zum Bewohnen inne gehabt habe. Directe kann das Interdict nur der Pachter eines Stadtgrundstücks anstellen, aber nützlicher Weise, kann auch der Pachter eines Landgutes davon Gebrauch

brauch machen. Es wird 2) vorausgesetzt, daß man gewisse Dinge in diese Grundstücke gebracht, oder darin gehabt habe; sie mögen unsere eigene, oder fremde Sachen seyn; z. B. geliehene, gemiethete, in Verwahrung gehabte [a]); sie mögen dem Verpachter oder Eigenthümer der Sache verpfändet gewesen seyn oder nicht [b]); denn das Pfandrecht hat aufgehört, weil, wie hier voraus gesetzt wird, der Verpachter von dem Pachter nichts mehr zu fordern hat. So hat, wie bekannt, zwar der Vermiether eines praedii vrbani an den Sachen, welche der Miethmann, inquilinus, als die seinigen, in die gemiethete Sache gebracht hat, inuecta et illata, wegen aller der Leistungen, wozu der Miethmann aus dem Contract verbunden ist, ein gesetzliches Pfandrecht, und kann vermöge desselben bis zu seiner Befriedigung das Retentionsrecht daran ausüben; hingegen dem Verpachter eines praedii rustici steht an den eingebrachten Sachen des Pachters, colonus, kein gesetzliches Pfandrecht zu; er hat nur alsdenn ein Pfandrecht daran, wenn ihm solche ausdrücklich verpfändet worden sind; daher darf ein solcher Verpachter, dem Pachter seine eingebrachten Sachen nicht zurückhalten. Soll das gegenwärtige Interdict gebraucht werden können, so wird endlich auch vorausgesetzt, daß der Vermiether oder der Eigenthümer der Sache, die in solche eingebrachten Dinge, dem Miethmann, oder demjenigen, der die Stube, das Haus, die Kammer, den Keller, umsonst in Gebrauch gehabt hat, nicht will verabfolgen lassen, sondern ihn unrechtmäßiger Weise daran hindert. Unrechtmäßiger Weise geschieht diese Hinderung, wenn der Eigenthümer des Hauses von dem zeitherigen Bewohner nichts zu fordern hat; denn jetzt hat er kein Recht, demselben bey seinem Ausziehen hinderlich zu seyn.

a) L. 2. D. de migrando.
b) L. 1. §. 5. D. de migrando.

Lib. XLIII. Tit. XXXIII.

de

Saluiano interdicto.

§. 1878.

Verschreibt mir der Pachter meines praedii rustici, zur Sicherheit des versprochenen Pachtgeldes seine Mobilien, die er in mein Gut gebracht hat, und er bleibt mir Pachtgeld schuldig, so kann ich ein Interdict anstellen, um zum Besitz dieser Sachen zu gelangen, und dieses heißt interdictum Saluianum. Dieses Interdict ist nach der Zeit seiner Abfassung auch auf andere Pfandgläubiger angewendet worden, und in diesem Falle braucht man den Ausdruck, interdictum quasi-Saluianum, oder interd. Saluianum vtile. Die Hypothek muß sogleich erwiesen werden können, wenn sie geleugnet wird. Ob die Verpfändung mit Recht geschehen sey, darüber wird keine Untersuchung angestellt, und jede in dieser Absicht vorgeschützte Einrede wird als altioris indaginis verworfen. Bey possessorischen Rechtsmitteln kommt es blos auf das factum possessionis an, und dazu ist genug, daß die Verpfändung geschehen ist; ob es mit Recht geschehen sey? darüber muß im Petitorium gestritten werden. Der Kläger ist der die verpfändete Sache nicht besitzende Pfandgläubiger oder dessen Erbe, ingleichen auch derjenige, dem das Pfandrecht cedirt worden ist. Der Beklagte ist der Schuldner, welcher die verpfändete Sache besitzt, und in so fern auch sein Erbe. Ob nach diesem Interdict, so wie es bey der hypothekarischen Klage der Fall ist, auch ein dritter Besitzer des Pfandes hafte, darüber wird sehr gestritten, weil sich zwey Gesetze zu widersprechen scheinen. In der L. 1. §. 1. D. de interd. Saluiano wird es behauptet, daß auch ein dritter Besitzer

sitzer der verpfändeten Sache, nach diesem Interdict hafte; hingegen in der L. 1. C. de precario wird es geradezu geleugnet. Verschiedene Rechtsgelehrte haben beyde Gesetze für offenbar widersprechend erklärt, und nach ihrer Meynung geht die L. 1. C. de precar. vor, weil sie ein neueres Gesetz sey, als die L. 1. §. 1. D. de interd. Salviano, folglich könne das Interdict wider einen dritten Besitzer gar nicht angestellt werden. Andere Rechtsgelehrte haben folgende Erklärung gegeben; sie sagen, die L. 1. C. de precar. rede von dem interdicto Saluiano *directo*, und dieses könne nicht wider einen dritten Besitzer angestellt werden; wohl aber gehe es bey dem interdicto Saluiano vtili an, und davon handele die L. 1. §. 1. D. de interd. Saluiano. Diese Erklärung wird von andern Rechtsgelehrten deswegen bestritten, weil der Wortverstand der Lex 1. Cod. de prec. zu deutlich dagegen streite; es sey also vielmehr folgender Umstand in Erwägung zu ziehen: ob der dritte Besitzer von der Verpfändung gewußt habe, oder nicht. Im ersten Falle finde wegen seines doli das Interdict wider ihn statt, und von diesem Falle sey in der L. 1. §. 1. D. h. t. die Rede; im zweyten Falle aber habe das Interdict nicht wider ihn statt, und das enthalte die L. 1. C. de precario. Weil diese Erklärung streitig ist, so thut man am besten, wenn man gegen den dritten Besitzer klagt, man kumulirt das interdictum Saluianum mit der hypothekarischen Klage alternativisch, und bittet, in Rechten zu erkennen, daß dem Kläger die Pfandgerechtigkeit an dem bemeldeten Hause zustehe, oder demselben wenigstens dessen Besitz so lange einzuräumen, bis er wegen Capitals, Zinsen und Unkosten völlig befriedigt worden sey. Hier muß der Richter darauf sprechen, was dem Kläger am nützlichsten ist.

Lib. XLIV. Tit. I.

de

exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis.

§. 1879 — 1888.

Hat Jemand eine Klage wider mich angebracht, worauf mich der Richter zur Antwort vorgeladen hat, so muß ich litem contestiren, das heißt, mich auf die Klage einlassen. Hier sind drey Fälle möglich. — Der erste: ich gestehe alles ein, und bitte nur um Herausseßung der Zahlungsfrist. Der zweyte: ich leugne den Grund der Klage ab; das heißt, ich behaupte, ich habe nie von dem Kläger das Darlehn erhalten, das er von mir fordere. Diese Erklärung wird eine verneinende Kriegsbefestigung, litis contestatio negatiua, genennt. Der dritte: ich gestehe das Fundament der Klage ein, schüße aber Einreden dawider vor, und dieß heißt litis contestatio affirmatiua.

Unter einer Exception, Einrede, Schußrede, das Wort im weitläuftigen Verstande gebraucht, versteht man die Anführung eines Umstandes, welcher der angestellten Klage im Wege steht, und mich gegen die Verurtheilung nach dem Petitum schüßt. Dieser Umstand ist entweder so beschaffen, daß, wenn er wahr ist, der Kläger sogar nach dem strengen Rechte kein Recht zu klagen hat; oder der Umstand macht nur, daß der Kläger mit seiner Klage der Billigkeit wegen abgewiesen werden muß. In diesem letzten Falle ist eine Einrede im eigentlichen Verstande vorhanden;

den; im ersten Falle aber tritt nur eine exceptio nach dem Sprachgebrauch der römischen Rechtsgelehrten ein. Wenn mich z. B. Jemand aus einem Darlehn belangt, ich ihm aber die Einrede der Zahlung, Compensation, Confusion ꝛc. entgegen setze, und sie beweise, so folgt, daß er gar kein Recht mehr hatte, gegen mich zu klagen. Hingegen wenn ich dem Kläger die Einrede des Vertrags entgegen setze, das heißt, wenn ich anführe, du hast mir die Schuld geschenkt, so folgt daraus, gesetzt auch, daß ich meine Einrede beweise, nur so viel, daß er mit seiner unbilligen Klage abgewiesen werden muß. Dieses ist der Fall bey allen Einreden, z. B. der exceptione iurisiurandi, metus, doli, rei iudicatae, Scti Macedoniani, Velleiani, u. s. f.

Die Römer verstanden unter dem Wort exceptio fast immer nur solche Einreden, welche die Klage der Billigkeit wegen unstatthaft machen. In dem Titel der Institutionen de exceptionibus im Princ. heißt es daher: comparatae sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, vt licet ipsa persecutio, qua actor experitur, *iusta sit*, tamen *iniqua* sit aduersus eum, cum quo agitur. Eben deswegen werden die Redensarten, liberari *ipso iure*, und liberari *per exceptionem* einander entgegen gesetzt. Das Wort exceptio bedeutet also in diesem Verstande, was es auch eigentlich nach dem Sprachgebrauche überhaupt andeutet, eine Ausnahme von der Regel des Rechts, welche hier dem Beklagten zu statten kommt. In der Instruction zu Untersuchung der Sache, welche der Prätor dem iudex pedaneus vorschrieb, wurden daher auch die Redensarten, si non, oder, nisi illud aut aliud factum sit, gebraucht, wenn nach vorausgegangener Bestimmung dessen, was in Ansehung des Klagevortrags zu verfügen sey, die Reihe an die Ausflüchte des Beklagten kam. Die exceptiones werden auch praescriptiones genennt, wie die Ausdrücke, praescriptio doli mali, rei iudicatae, militiae, fori etc. beweisen, auch wird praescribere für excipere gebraucht.

Die

Die exceptiones werden in ciuiles und praetorias eingetheilt. Exceptio ciuilis ist eine solche Einrede, die aus Civilgesetzen herrührt, praetoria aber ist diejenige, die durch Edicte der Prätoren eingeführt worden ist. So ist z. B. die exceptio Scti Macedoniani, Velleiani, non numeratae pecuniae, diuisionis, ordinis, rei iudicatae, eine exceptio ciuilis, dagegen waren folgende Einreden exceptiones Praetoriae; nämlich die exceptio doli mali, pacti, iurisiurandi, metus, minoris aetatis.

Wenn ich mich durch eine Einrede auf immer von der angestellten Klage zu befreyen suche, so wird die Einrede, exeptio peremtoria, oder perpetua, eine zerstörliche Schutzrede genennt; besteht aber die Absicht der vorgeschützten Einrede blos darin, mich auf eine Zeitlang gegen die Klage zu schützen; so heißt sie eine verzögerliche Einrede, exceptio dilatoria, seu temporaria. Für peremtorische Einreden sind alle oben angeführte exceptiones ciuiles et praetoriae zu halten; denn wenn ich z. B. die Einrede der Bezahlung vorgeschützt und sie bewiesen habe, so bin ich wider die angebrachte Klage auf immer gesichert. Setze ich hingegen z. B. der Klage die exceptionem libelli obscuri entgegen, so bin ich nur so lange frey, bis der Kläger eine neue und deutlichere Klage eingereicht hat.

Die dilatorischen Einreden haben sehr verschiedene Quellen, woher sie entstehen; und zwar 1) können sie von der Person des Richters hergenommen werden, welches bey der Einrede des verdächtigen Richters der Fall ist; oder 2) von dem Mangel bey der Gerichtsbarkeit, wo z. B. exceptio fori priuilegiati statt findet, wenn der Beklagte behauptet, daß er vermöge eines besondern Privilegiums nicht unter dem Richter stehe, vor welchem geklagt worden ist. Ferner gehört hierher die Einrede der übergangenen ersten Instanz, der Beklagte behauptet nämlich, er hätte nicht gleich vor dem Obergericht verklagt werden sollen, sondern bey dem Untergericht. Andere dilatorische Einreden können 3) von der Person des Klägers hergenommen werden, welches bey der exceptio deficientis personae

standi

stándi in iudicio der Fall ist, wenn der Beklagte vorschützt, der Kläger sey eine Person, die nicht im Gericht auftreten dürfe, welches bey Kindern und unmündigen Personen der Fall ist. Auch 4) von der Vollmacht kann eine dilatorische Einrede hergenommen werden, und nun heißt sie exceptio deficientis legitimationis ad acta, der Advokat des Gegentheils habe noch gar keine richtige Vollmacht übergeben. Auch 5) von der Art zu verfahren können dilatorische Einreden hergenommen werden, und hierher gehört z. B. die exceptio feriarum, jetzt dürfe kein Proceß verhandelt werden, weil Gerichtsferien vorhanden sind; die exceptio termini nimis angusti; der Richter habe mir eine zu kurze Frist zur Vorbereitung auf die Antwort der Klage zugestanden; die exceptio nondum praestitae cautionis pro reconuentione et expensis. Auch 6) aus der Sache selbst können dilatorische Einreden hergenommen werden, und eine solche Einrede ist die exceptio pluris petitionis tempore, Beklagter sey das, was Kläger fordere, noch nicht schuldig.

Die exceptiones sind ferner entweder perpetuae, diejenigen, die durch keine Verjährung erlöschen, oder temporariae, solche, welche, wie die Klagen, in einer gewissen Zeit, vorgeschützt werden müssen. Der Regel nach sind alle Einreden beständig dauernd, denn es hängt vom Kläger ab, wenn er klagen will, ihm konnten also die Gesetze eine gewisse Zeit vorschreiben; hingegen hängt es nicht vom Beklagten ab, wie bald er belangt seyn will; daher in seinen Einreden kein Termin vorgeschrieben worden. Wenn ich z. B. die redhibitorische Klage anstellen will; so muß ich es in Jahresfrist thun. Gesetzt aber, ich habe eine Sache gekauft, welche heimliche Fehler hat, und könnte deswegen die redhibitorische Klage gegen den Verkäufer anstellen, ich unterlasse es aber. Nach Verlauf eines Jahres belangt er mich wegen Bezahlung des Kaufgeldes. Kann ich jetzt die Einrede der fehlerhaften Sache noch vorbringen? — Ja. Es ist also die Regel: die Einreden des Beklagten werden vor angestellter Klage durch keine Ver-

jährung eingebüßt; omnes exceptiones sunt perpetuae. Indessen giebt es einige Einreden, die ihrer Natur nach nur einige Zeit vorgeschützt werden können, und andere, welche nach dem Willen der Gesetze nur eine bestimmte Zeit sollen vorgeschützt werden können; die also einer Verjährung unterworfen sind. Zu den Einreden, die ihrer Natur nach verjährbar sind, gehört die exceptio pacti de non petendo temporalis, die exceptio moratorii; wenn ich meinem Schuldner versprochen habe, die Schuld binnen gewisser Zeit, z. B. binnen einem Jahre, nicht zu fordern, so kann er sich natürlicher Weise nicht länger als ein Jahr mit der Einrede des Vertrags schützen. So liegt es ferner in der Natur der Einrede, daß die exceptio moratorii nur eine Zeitlang dauert, nämlich drey, vier Jahr, wenn das moratorium sich nicht länger erstrecken soll. Unter die Einreden, denen in den Gesetzen eine Zeit vorgeschrieben worden ist, wie lange sie gebraucht werden können, gehört die exceptio non numeratae pecuniae, die exceptio non numeratae dotis.

Die Einreden werden persönliche genennt, wenn sie auf eine bestimmte Person eingeschränkt worden sind; und sie heißen Realeinreden, wo diese Einschränkung nicht gemacht worden ist. Bey den persönlichen Einreden kann die Einschränkung gemacht worden seyn, bey der Person dessen, der die Einrede vorschützt; oder bey der Person desjenigen, wider welchen die Einrede gebraucht wird. Unter die persönlichen Einreden der ersten Art gehört die Einrede, welche unter der Benennung, exceptio beneficii competentiae bekannt ist, desgleichen die exceptio pacti de non petendo personalis, wenn ich Jemandem versprochen habe, daß ich, so lange er lebt, nichts von ihm fordern will. Eine Einrede der letztern Art ist die exceptio doli, denn ich kann sie nur wider denjenigen brauchen, der mich betrogen hat. Gesetzt, ich gebe dem Eigenthümer eines Grundstücks eine Servitut, ich bin aber zu dem Contract betrügerisch verleitet worden. Hier kann ich nur dem Contrahenten selbst die Einrede des Betrugs entgegen

gegen setzen. Man nehme ferner an: er verkauft das Grundstück, und der neue Eigenthümer klagt auf die Servitut. Diesem steht die exceptio doli nicht im Wege.

So wie sich der Beklagte gegen die wider ihn angebrachte Klage durch eine vorgeschützte Einrede zu vertheidigen sucht, so bemüht sich der Kläger, der Einrede durch einen Satz zu begegnen, welcher replica oder replicatio genennt wird. Darunter versteht man in allgemeiner, aber auch in uneigentlicher Bedeutung jede Antwort des Klägers auf das exceptivische Vorbringen des Beklagten, selbst alsdenn, wenn der Kläger die Thatsachen, worauf sich die Einreden gründen, schlechtweg geleugnet hat. Im engern und eigentlichen Verstande des Civilrechts wird unter der Replik die Anführung eines besondern Grundes verstanden, um hierdurch die Einreden des Beklagten zu entkräften. Man nehme den Fall an: A. verklagt den B. er solle ihm das erhaltene Darlehn von 1000 Thlrn. bezahlen. Der Beklagte B. schützt die Einrede der Bezahlung vor, denn am 1sten Junius 1803 habe er dem A. tausend Thaler bezahlt, und producirt gleich die Quittung. Wenn nun der Kläger A. auf diese Einrede antwortet, diese Bezahlung sey von einer andern Schuld zu verstehen, so ist dieses Anführen die Replik des Klägers. Die Antwort des Beklagten auf die Replik des Klägers, heißt duplica, duplicatio, Duplik. Von dieser Duplik gilt eben das, was bey der Replik Rechtens ist; denn sie verhält sich wie die Replik gegen die Einreden. In der ersten Instanz werden Einrede und Duplik allemal vom Beklagten vorgebracht, der Kläger aber trägt die Replik vor.

In Gerichten, wo die Processe nicht ewig dauern, wird das Verfahren bis zum ersten Interlokut, mit der Duplik geschlossen. Geschieht das vom Beklagten nicht, so faßt der Richter nach dem gemeinen Rechte das Dekret ab; ist die Sache ex officio für geschlossen anzunehmen, und sollen die Partheyen zu Anhörung eines Bescheides auf den 18ten May des g. J. erscheinen. Findet der Kläger

in der Duplik etwas Neues, das eine Beantwortung nöthig macht, so bittet er um veniam triplicandi, um die Erlaubniß, eine dritte Schrift einzureichen. Diese Erlaubniß wird leicht zugestanden, und nun hat der Beklagte zugleich das Recht, seine Quadruplik einzureichen, worin er die Triplik beantwortet. Dem Beklagten gehört allemal der letzte Satz, das heißt, er übergiebt die letzte Schrift, weil sonst der Kläger einen Satz mehr, als der Beklagte haben würde; dieser muß aber immer über jedes Anbringen des Klägers gehört werden. Wo die Gerichte in schlechter Verfassung sind, und die Processe ewig dauern sollen, da läßt man die Advokaten die Quintuplik und Sextuplik, ja noch mehr Sätze einreichen, so lange bis sie müde sind, und die Sache recht verwirrt worden ist.

Lib. XLIV. Tit. II.

de

exceptione rei iudicatae.

§. 1889. 1890.

Der Inhalt dieses Titels wird leicht zu übersehen seyn, wenn man die Grundsätze von der Wirkung eines rechtskräftigen richterlichen Ausspruchs weiß, wovon oben gehandelt worden ist.

Lib. XLIV. Tit. III.

de

diuersis temporalibus praescriptionibus et accessionibus possessionum.

§. 1891 — 1894.

Bey der Materie von der Verjährung ist gezeigt worden, daß solche theils praescriptio adquisitiua, theils extinctiua sey. Die extinctive Verjährung erstreckt sich hauptsächlich auch auf die Klagen [a]). Die Ursache, warum diese Gattung der Verjährung nöthig ist, liegt darin, weil die öffentliche Wohlfahrt es erfordert, daß die Klagen binnen einer gewissen Zeit angestellt werden. Geschieht es nach Verlauf einer geraumen Zeit, so kommt die Sache in Vergessenheit; die Zeugen, welche davon wissen, sterben entweder weg, oder vergessen die wichtigsten Umstände der Sache; die Beweisurkunden können verlohren werden. Es ist deswegen im römischen Rechte festgesetzt worden, wie lange Zeit eine Klage angestellt werden dürfe, es sey dieses in dieser festgesetzten Zeit nicht geschehen, so ist die Klage verjährt, das heißt, sie ist erloschen, und darf nicht mehr angestellt werden. Die Römer verlangten bey dieser Verjährung keinen guten Glauben; durch eine Verordnung des kanonischen Rechts hingegen ist der gute Glaube für wesentlich nothwendig erklärt worden. In dem cap. fin. X. de praescr. heißt es, nämlich: quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali iudicio diffinimus, vt nulla valeat *absque bona fide* praescriptio,

a) Hr. Prof. Thibaut über Besitz und Verjährung, II. §. 42. flg.

tam canonica quam ciuilis, cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest obseruari. Vnde oportet, vt qui praescribit, in nulla temporis parte *rei habeat conscientiam alienae.*

Ueber den wahren Verstand dieser Verordnung ist viel gestritten worden [b]). Einige Rechtsgelehrte [c]) haben die Verordnung des kanonischen Rechts auf die adquisitive Verjährung oder auf die Realklagen eingeschränkt, und behauptet, bey der Verjährung der persönlichen Klagen werde ein guter Glaube erfordert. Andere Rechtslehrer sind der Meynung gewesen, der gute Glaube sey nur alsdenn nöthig, wenn der, welcher verjähren will, zugleich eine fremde Sache besitzt [d]). Sie sagen daher, der gute Glaube wird erfordert, wenn die actio commodati, depositi, pignoratitia directa, locati, verjährt werden soll; denn der Commodatar, und die übrigen zum Contract nöthigen Personen, besitzen eine fremde Sache. Der gute Glaube wird nicht erfordert, wenn von keinem Besitz einer fremden Sache die Rede ist. Daher kann die actio ex mutuo, die actio emti, conducti, verjährt werden, wenn gleich der Käufer, der Miethman nicht in bona fide sind. Viele Rechtsgelehrte behaupten die richtige Meynung, der gute Glaube sey ohne Unterschied bey jeder auslöschenden Verjährung nöthig, und die Verordnung des kanonischen Rechts sey ganz allgemein zu verstehen [e]). Der Grund des Gesetzes, omne quod non est ex fide, est pecca-

b) Io. Ern. Höpfner Diss. de necessario bonae fidei ad praescriptionem actionum personalium requisito, Giessae 1744. §. 17. sqq.

c) Lüder Mencke Diss. an requiratur bona fides in praescript. action. personal. thes. 18. sqq.

d) Boehmer in iure Protest. Lib. II. tit. 26. §. 54 sqq. Wernher Obs. Part. I. Obs. 183.

e) Leyser Spec. 455. Med. 8. de Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 115. Strubens Bedenken, 4ter Thl. S. 127.

peccatum, ist allgemein. Das Wort vnde giebt zu erkennen, daß die Disposition durch die Schlußworte nicht eingeschränkt werden soll. Eine Summe, die ich dem Andern schuldig bin, heißt auch aes alienum; wer also weiß, daß er eine Summe schuldig ist, hat conscientiam rei alienae.

Hierbey ist nun eine Hauptfrage, ob ein jeder in mala fide ist, welcher weiß, daß er dem Andern zu etwas verbunden ist, oder entsteht die mala fides erst von der Zeit an, nachdem die Schuld gefordert worden ist? — Es ist zu unterscheiden, 1) ob die Rede von einer Verbindlichkeit ist, die ich von freyen Stücken erfüllen muß, weil es sich von selbst versteht, und ich vernünftiger Weise annehmen muß, daß der Andere die Erfüllung verlange; oder 2) von einer solchen, die ich nicht eher zu erfüllen schuldig bin, bis es ein Anderer verlangt, indem ich nicht weiß, ob der Andere sein Recht gegen mich verfolgen will oder nicht. Wer Geld geborgt hat, ist schuldig es wieder zu bezahlen, auch ohne daß es der Gläubiger fordert; wer hingegen einem Andern bey einem Kaufe über die Hälfte lädirt hat, ist nicht schuldig, ihn zu entschädigen, so lange dieser es nicht ausdrücklich verlangt hat. Im ersten Falle verursacht die bloße Wissenschaft, daß ich schuldig bin, malam fidem, im letzten aber nicht [f]). Eher kann daher der Verkäufer, welcher die Wiederaufhebung des Kaufs zu verlangen zwar berechtigt ist, sein Recht aber binnen rechtlicher Frist nicht geltend gemacht hat, sich nicht damit schützen, daß der Verkäufer hierbey in mala fide gewesen sey.

Die Verjährungsfrist bey den Klagen fängt von der Zeit an, wo die Klage entstanden ist, nach der Rechtsregel, actio nondum nata nondum currit. So fängt z. B. die Verjährungszeit bey der Reivindikation mit dem Augenblicke an, da meine Sache in fremde Hände gekommen ist; bey der actione emti, von dem Tage an, wo

f) ENGEL Colleg. iur. canon. Lib. II. tit. 26. nr. 18.

der Kauf abgeschlossen worden ist. Bey der Verjährung der Klage aus einem Darlehn ist ein Unterschied zu machen, ob ein Termin der Wiederbezahlung festgesetzt worden ist, oder nicht. Im ersten Fall fängt die Verjährungszeit von diesem Termin an zu laufen; im letzten Falle hingegen läuft die Verjährungszeit nicht eher, als bis der Schuldner gemahnt worden ist [g]). Zu bemerken ist, daß hier die Vollendung der Verjährungszeit nicht so begünstigt wird, wie bey der Usukapion [h]), sondern sie muß wirklich und im eigentlichen Verstande ganz abgelaufen seyn. In Gesetzen [i]) heißt es daher, in omnibus temporalibus actionibus (nach dem Rechte des Coder ist aber keine Klage im eigentlichen Sinne des Worts perpetua), nisi nouissimus totus dies compleatur, non finit obligationem. Die rechtliche Dauer der Klagen, mithin ihre Verjährung, fängt übrigens von der Zeit an, wo eine rechtliche Möglichkeit zu Anstellung derselben vorhanden war, si actio nata, mithin eine unbedingte Verpflichtung existirt [k]). Diesen Rechtssatz bestreitet im Allgemeinen Niemand, allein in der nähern Anwendung sind die Meynungen der Rechtsgelehrten oft sehr verschieden. Herr Prof. Thibaut [l]) hat versucht die Sache genauer zu bestimmen. Es heißt in der angeführten Schrift: die Klagen sind nur zu dem Zwecke eingeführt, um durch richterliche Hülfe widerrechtliche Anmaaßungen aufzuheben. Die Verjährung soll nicht dazu dienen, bestehende völlig gesetzmäßige Verhältnisse zu vernichten und abzukürzen, sondern ihr Zweck ist, ewigen

g) Heimburg Diss. de chirographo post triginta adhuc annos valido, §. 23. sqq.

h) L. 6 et 7. D. de vsurpat. et vsucap.

i) L. 6. D. de oblig. et action. verb.

k) L. 7. §. 4. Cod. de praescr. trig. vel quadr. annor. L. 1. §. vlt. Cod. de annali except.

l) Hr. Prof. Thibaut über Besitz und Verjährung, II. 43. 122.

gen Processen vorzubeugen, also widerrechtliche Zustände zu schützen. Wenn daher das positive Recht auch gestattet, ein Recht durch eine Klage zu verfolgen, gegen welches sich bisher Niemand widerrechtliche Anmaaßungen erlaubte; so kann doch die Verjährbarkeit der Klage während dieses von beyden Seiten legalen Zustandes nicht statt finden. — Hieraus wird nun unter andern gefolgert, daß das Wiedereinlösungsrecht des Verkäufers, welcher sub pacto de retrouendendo verkauft hat, erst mit dem Augenblicke verjährbar werde, da der Käufer ihm die Sache gegen den angeborenen Preis nicht zurück geben wollte, es möge übrigens ein terminus a quo bestimmt seyn oder nicht; denn in beyden Fällen ist der Käufer nicht eher in einem widerrechtlichen Zustande, als bis er vergebens zum Rückkauf aufgefordert worden ist.

Ueber diese Behauptung hat Hr. Prof. Weber zu Höpfner, S. 1147. folgende Bemerkungen angeführt. — Hiegegen läßt sich aber doch manches erinnern. 1) Der Hauptzweck der Gesetze bey Einführung der Klagen ist nicht die Widerrechtlichkeit des Beklagten aufzuheben. Diese ist dem Staate in Civil- oder Privatsachen gleichgültig, so lange der Berechtigte die Sache ungerügt läßt. Nur dazu sind die Klagen zunächst und hauptsächlich eingeführt, damit die Selbsthülfe unterbleibe, und Jeder sein vermeyntliches Recht nur gerichtlich verfolge, den Ausspruch des Richters darüber erwarte, und diesem den Zwang des Gegners überlasse. Freylich soll am Ende nur der Kläger obsiegen, der Rechte hat, und der Beklagte verliehren, der diese Rechte gestört, mithin widerrechtlich gehandelt hat. 2) Richtig ist es zwar, daß die Verjährung nicht dazu dienen soll, bestehende völlig gesetzmäßige Verhältnisse zu vernichten und abzukürzen, sondern ihr Zweck ist, ewigen Rechtsstreiten vorzubeugen; aber man kann doch nicht sagen, daß ihr Zweck sey, widerrechtliche Zustände zu schützen. Gerade umgekehrt, um das Unrecht zu vermeiden, und widerrechtliche Zustände zu hindern, ist sie eingeführt. Das Gesetz sagt, glaubst du eine Klage zu haben,

so stelle sie in Jahresfrist, in fünf bis dreyßig Jahren an, damit die Sache sich pro und contra gehörig ausmachen lasse, die Hauptbeweise unterdessen nicht verlohren gehen; der Proceß eher entschieden werden könne, und besonders auch dem Beklagten, wenn er etwa rechtliche Einreden hätte, die Beweise derselben nicht unmöglich werden. Es kann wohl seyn, daß durch diese Anordnung ein Beklagter, der wirklich Unrecht hat, mithin ein widerrechtlicher Zustand geschützt wird. Dieß müssen die Gesetze geschehen lassen, weil es unvermeidlich ist; aber darum ist es doch bey Einführung der Verjährung ihre Absicht nicht, das Unrecht zu schützen. 3) Der Käufer ist freylich, so lange der Verkäufer den Wiederkauf nicht verlangt, in keinem widerrechtlichen Zustande. Aber mit dem Augenblicke, da der Verkäufer den Wiederkauf verlangen, da er sagen kann, dies cedit et venit, ist seine actio nata, und nun muß auch die Verjährung der Klage ihren Lauf beginnen, weil alle Gründe, worauf die Verjährung überhaupt beruht, alsdenn anwendlich sind, sonst würde folgen, daß die Verjährung der condictionis certi ex mutuo in Fällen, wo keine Zahlungsfrist bestimmt ist, erst alsdenn anfange, wenn der Creditor gemahnt, und der Schuldner sich geweigert hat, zu zahlen. 4) Die Verjährung der actio pignoratitia directa kann natürlich nicht eher, als nach bezahlter Pfandschuld statt finden; denn erst jetzt ist die actio als nata zu betrachten. 5) So lange gegenseitig mein Recht anerkannt wird, brauche ich es noch nicht zu verfolgen, und hier läuft mir also die Verjährung nicht; daher ist die actio communi diuidundo oder familiae erciscundae, so lange als die Gemeinschaft unter den Mitinteressenten gegenseitig zugestanden wird, keiner Verjährung unterworfen; und eben so ist es mit der Klage aus dem Darlehn, so lange der Schuldner die Zinsen bezahlt [m]).

Man

m) L. 7. §. 5. L. 8. §. 4. C. de praescr. trig. vel quadrag. annor.

Man theilt die Klagen in Rücksicht ihrer Verjährung in actiones perpetuas und temporales. Eine actio wird perpetua genennt, welche dreyßig oder mehr Jahre angestellt werden kann; dagegen heißt die Klage actio temporalis, die nicht dreyßig Jahr hindurch gebraucht werden kann. Der Grund, warum die Klagen, die wenigstens dreyßig Jahr dauern, perpetuae actiones genennt worden sind, besteht darin, weil diese Klagen anfangs wirklich ewig ihre Kraft behielten, das heißt, durch keinen Ablauf der Zeit verlohren gingen. Erst der Kaiser Theodosius gab die Verordnung, daß sie in einer Zeit von dreyßig Jahren angestellt werden, und nach dieser Zeit erloschen seyn sollten; allein sie behielten doch ihren alten Namen.

Soll die Frage beantwortet werden: wie lange dauert jede Art der Klage? so ist die erste Regel: Realklagen dauern dreyßig Jahr [n]). In dem angeführten Gesetz heißt es: sicut in rem speciales, ita de vniuersitate — personales actiones vltra tringinta annorum spatium minime protendantur. Sed si qua res vel ius aliquod postuletur, vel persona qualicunque actione vel persecutione pulsetur, nihilominus erit *triginta* annorum praescriptio metuenda. Eine Realklage ist wie bekannt die Reivindikation. Diese muß also binnen 30 Jahren angestellt werden. Ausnahmen haben die Gesetze bey Sachen einer Kirche, einer Stadt, und des Fiskus gemacht; denn wenn diese Gesellschaften ihre Sachen vindiciren wollen, so haben sie vierzig Jahr Zeit dazu. Bey der Verjährung der Präjudicialklagen soll ebenfalls die dreyßigjährige Verjährung eintreten, weil dieses nach der Analogie Rechtens ist. Ausnahmen sind auch hier [o]). Die negative Klage wegen der Freyheit wird in langer Zeit

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

o) Mencken de action. forens. pag. 271. §. 10. pag. 275. §. 4.

Zeit verjährt; die affirmative niemals, denn ein freyer Mensch, der in der Sclaverey gehalten wird, kann nach 30 Jahren noch auf seine Freyheit klagen [p]). Will Jemand auf das Bürgerrecht klagen, so muß es in dreyßig Jahren geschehen; jedoch kann in Teutschland, nach den Verfassungen mancher Städte, das Bürgerrecht durch den Nichtgebrauch noch früher verlohren werden; z. B. in Frankfurt am Mayn geht es verlohren, wenn der Bürger Jahr und Tag außer der Stadt gewohnt hat [q]). Will man gegen einen klagen, der sich des Bürgerrechts angemaßt hat, so muß es innerhalb 40 Jahren geschehen.

Zu merken ist, daß bey der Verjährung der Realklagen zwey Dinge wohl unterschieden werden müssen; nämlich folgende. — Es ist 1) etwas anders, wenn es heißt, eine Realklage geht durch die auslöschende Verjährung verlohren, und 2) etwas anders ist es, wenn man sagt, eine Realklage ist durch eine nothwendige Folge erloschen, weil ein Anderer ihren Gegenstand durch die erwerbende Verjährung von drey, zehen oder zwanzig Jahren an sich gebracht hat. So bald Jemand den Gegenstand meiner Reivindikation, z. B. das Pferd usukapirt, so ist die Reivindikation des Pferdes verlohren; aber nicht wegen eintretender Extinctiv-Präscription, sondern in Gemäßheit der Usukapion. Der Besitzer ist durch dieselbe Eigenthümer geworden, folglich ist mein Eigenthum und die daraus entspringende Klage verlohren; der Besitzer setzt mir nicht sowohl exceptionem praescriptionis, wie man es nennt, als vielmehr exceptionem dominii sibi competentis et per vsucapionem adquisiti entgegen. Man nehme aber den Fall an, daß Jemand ein Haus mala fide besitzt, und es folglich nicht durch die Verjährung erwerben kann, er hat es aber doch dreyßig Jahr über in Besitz gehabt.

p) L. f. Cod. de longi temp. praescr. quae pro libert.

q) Orths Anmerkungen über die Frankfurter Reformation, 6ter Thl. S. 192.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0854
DFG

habt. Hier ist die Klage des Eigenthümers durch die Extinctiv-Verjährung, nach der Verordnung des römischen Rechts verlohren gegangen. Man merke also den Satz an: die Reivindikation dauert dreyßig Jahr, wofern nicht ein anderer das Object derselben durch die Usukapion an sich gebracht hat; denn in diesem Falle wird ihre Dauer verkürzt, und sie geht der Usukapion wegen binnen drey, zehen oder zwanzig Jahren verlohren [r]). Es ist also höchst unrichtig gesprochen, wenn man die Regel vorträgt: Personalklagen dauern dreyßig Jahr, Realklagen aber nicht länger als zehen oder zwanzig Jahr [s]). Eine merkwürdige Ausnahme von der Regel, daß Realklagen dreyßig Jahr fortdauern, tritt besonders bey der Reivindikation in dem Falle ein, wenn ein Volljähriger die von dessen Curator, in der Minderjährigkeit desselben geschehene ungültige Veräußerung, durch die Eigenthumsklage anfechten will; denn hier ist die Klage auf die Zeit von fünf Jahren, von der erlangten Volljährigkeit an gerechnet, eingeschränkt, welcher Satz aber nicht falsch verstanden werden muß [t]).

Die konfessorische Klage und die Negatorienklage bey Servituten, dauern ebenfalls ihrer Natur nach dreyßig Jahr; indessen kommt auch hier bisweilen der Fall vor, daß sie durch eine Folgerung früher als erloschen zu betrachten sind. Die actio confessoria kann eher verlohren gehen, wenn ich die Servitut durch den Nichtgebrauch verliehre, und hier geschieht es in zehen oder zwanzig Jahren; und die negatoria geht verlohren, wenn mein Gegner durch die Verjährung eine Servitut acquirirt hat, welches ebenfalls binnen zehen oder zwanzig Jahren möglich ist.

Bey

r) Oeltze Diss. sub. Praes. Schmidt, de litter. oblig. cap. I. §. 5.

s) Hr. Prof. Thibaut über Besitz und Verjährung, II. 45. S. 127.

t) L. fin. Cod. si maior factus etc. Hofacker §. 672. Hr. Prof. Thibaut a. a. O. §. 55.

Bey der Verjährung der hypothekarischen Klage sind drey Fälle zu unterscheiden; nämlich 1) die unterpfändlich verschriebene Sache ist in den Händen des Schuldners selbst oder seiner Erben; 2) ein Dritter besitzt sie als Pfandgläubiger; 3) ein Dritter hat sie als Eigenthümer im Besitz. Im ersten Falle, wenn der Schuldner oder seine Erben das Pfandstück besitzen, wird die hypothekarische Klage in 40 Jahren verjährt. Justinian hat eine vierzigjährige Verjährungszeit vorgeschrieben [u]). Hier entsteht die Frage: ob diese Frist auch alsdenn nöthig sey, wenn die Hauptforderung, zu deren Sicherheit das Pfandrecht ertheilt wurde, durch die dreyßigjährige Verjährung erloschen ist. Man nehme z. B. den Fall an, ich bin dem Verkäufer noch das versprochene Kaufgeld schuldig, habe aber zu dessen Sicherheit dem Gläubiger ein Pfand gegeben. Nun klagt dieser die Verjährungszeit von 30 Jahren hindurch das Kaufgeld nicht ein; und dadurch ist seine persönliche Klage verlohren gegangen. Kann er dieser Verjährung ungeachtet, vor Verlauf von 40 Jahren immer noch die hypothekarische Klage anstellen? — Dieses ist nach der richtigen Meynung allerdings zu behaupten, weil Justinian die Verjährung der hypothekarischen Klage gegen den Schuldner, ohne Unterschied die vierzigjährige Frist vorgeschrieben hat. Mehrere Rechtsgelehrte [x]) haben eingewendet, es sey sonderbar und beynahe widersprechend, daß die hypothekarische Klage noch statt finden soll, wenn wegen der Hauptforderung gar nicht mehr geklagt werden kann; folglich eine accessorische Verbindlichkeit noch gültig sey, obgleich die Hauptverbindlichkeit getilgt worden ist. Nach ihrer Meynung soll Justinians Verordnung auf den Fall einzuschränken seyn, wenn die Hauptverbindlichkeit noch nicht verjährt ist; weil z. B. der Gläubiger den Schuld-

u) L. 7. §. 1. C. de praescr. trig. vel quadrag. annor.

x) Donell. in comment. iur. ciuil. Lib. XVI. cap. 26. pag. 952. Titius in jure priuato, Lib. III. cap. 16. u. 17.

Schuldner von Zeit zu Zeit gemahnt hat. Andere Rechtsgelehrte y) haben bewiesen, daß dieses irrig ist, und daß sich Justinians Verordnung rechtfertigen läßt. Durch die Verjährung der persönlichen Klage wird die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners nicht aufgehoben, und diese macht, daß das Pfandrecht fortdauern kann. Eben so unrichtig ist es, wenn einige Rechtsgelehrte das angeführte Gesetz dahin ausgelegt haben, daß, wenn die Klage wegen der 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 dennoch gegen ihn erloschen sey.

Was den zweyten Fall betrifft, wenn nämlich ein Dritter das Pfand als Pfandgläubiger in Händen hat; z. B. der Schuldner hat mir seine Sache zuerst hypothekarisch verschrieben, und nachher giebt er auch einem Andern ein Pfandrecht, und tradirt ihm zugleich die Sache; daher ich nun die hypothekarische Klage gegen diesem Besitzer anstelle — In diesem Falle kommt es darauf an, ob der Schuldner noch lebt, oder nicht. Lebt der Schuldner noch, so muß der Besitzer das Pfand vierzig Jahr besitzen, ehe er sich gegen die hypothekarische Klage eines andern Pfandgläubigers mit der Verjährung schützen kann. Wenn der Schuldner gestorben ist, 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, wo der Schuldner selbst das Pfand besessen hat, sich anrechnen will z). Warum in diesem Falle, das Leben oder der Tod des Schuldners in Betrachtung kommen soll, davon läßt sich kein deutlicher Grund angeben a).

Der

y) Hr. Prof. Weber von der natürlich. Verbindlichk. §. 110.

z) L. 7. §. 2 et 3. C. de praescr. trig. vel quadrag. annor.

a) Westphal vom Pfandrechte, §. 247.

Der dritte Fall setzt voraus, daß ein Dritter das Pfand als Eigenthümer im Besitz gehabt. Dieser Dritte muß die Sache zehen Jahre unter Gegenwärtigen, und 20 Jahr unter Abwesenden besitzen, wenn er einen gerechten Titel hat, und von dem auf der Sache haftenden Pfandrechte nichts weiß; hingegen erst in dreyßig Jahren wird die Verjährung vollendet, wenn er von dem Pfandrechte weiß, und keinen rechtmäßigen Titel hat [b]). Uebrigens muß man die Verjährung des Eigenthums am Pfande, 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, dieses dem Pfandgläubiger an seinem Rechte Schaden thut, eben so wenig ist es ihm nachtheilig, wenn Jemand das Eigenthum des Pfandes durch die Verjährung an sich bringt [c]).

Die oben vorgetragene Bemerkung von der erwerbenden Verjährung, und der daraus entstehenden Einrede des Beklagten, begreift natürlich nur diejenigen Fälle unter sich, wo das erworbene Recht des Beklagten in einer richtigen Folge das vermeynte Recht des Klägers aufhebt; diese läßt sich aber hier nicht behaupten, da mit dem Eigenthum des Einen das Pfandrecht des Andern sehr wohl besteht [d]). Noch verdient bemerkt zu werden: Justinian sagt zwar in der L. 7. cit. im pr. es sey notissimi iuris, daß die actio hypothecaria gegen einen extraneum rei suppositae possessorem, 30 Jahre dauere, und erwähnt hierbey

b) L. 1 et 2. C. si aduers. creditor. L. 8. pr. C. de praescr. trig. vel quadrag. annor. L. 7. C. de obligat. et action.

c) L. 44. §. 5. D. de vsurp. et vsucap.

d) Hr. Prof. Thibaut über Besitz und Verjährung, II. §. 45.

hierbey keines Mangels, weder am Titel noch am guten Glauben; allein da nach andern deutlichen Gesetzen [e]) gegen einen Dritten, der das Pfand als Eigenthümer besitzt, die hypothekarische Klage in zehen oder zwanzig 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.

Die simple Erbschaftsklage, sie mag nun aus einem Testamente, oder ab intestato, oder aus einem Vertrage angestellt werden, nicht weniger die querela nullitatis, und die actio suppletoria [f]) dauern, so wie andere Realklagen, 30 Jahre; die querela inofficioſi testamenti aber kann nicht länger als fünf Jahr angestellt werden, weil sie in Gesetzen verhaßt ist.

Actiones in rem scriptae sind Klagen, die ihrem Ursprunge nach unter die persönlichen Klagen gehören, die aber dennoch wie Realklagen gegen jeden Besitzer angestellt werden können. Sie stimmen auch darin mit den Realklagen überein, daß sie dreyßig Jahr dauern. Die actio quod metus causa, hatte bey den Römern das Eigene, daß sie nach Verlauf von vier Jahren nicht mehr auf das Vierfache, sondern nur auf das Einfache angestellt werden kann.

Die actiones personales rei persecutoriae, sie mögen aus den Civilgesetzen oder aus dem Edict des Prätors herrühren, dauern dreyßig Jahr. Ausnahmen kommen vor, 1) bey persönlichen Klagen der Kirchen, Städte und des Fiskus; denn diese können 40 Jahr angestellt werden. 2) Die Klagen, welche aus den Edicten der Magistratspersonen, des Prätors oder der Aedilen herrühren; oder die so genannten actiones honorariae, wenn sie auf die Aufhebung eines Geschäfts gerichtet sind, sind actiones tempo-

e) L. 1 et 2. C. cit. si aduers. credit. L. 8. pr. C. de praescr. trig. vel quadr. ann. L. 14. C. de oblig. et action.

f) VOORDA interpr. et emendat. Lib. III. cap. 7. Strubens rechtl. Bedenken, 4ter Thl. S. 253.

temporales. Die actio Paulliana dauert daher nur ein Jahr; die meisten Restitutionsklagen nur vier Jahre [g]); die actio redhibitoria sechs Monate; die actio quanti minoris ein Jahr. Der bekannte Christian Thomasius [h]) hat zu behaupten gesucht, Personalklagen könnten nie verjährt werden, weil, nach der in der Praxis angenommenen Lehre, keine Verjährung ohne guten Glauben statt finde, und sich kein Fall denken lasse, wo der Schuldner in bona fide sey.

Lib. XLIV. Tit. IV—VII.

de

doli mali et metus exceptionibus, etc.

§. 1895 — 1899.

Der vierte, fünfte und sechste Titel enthält Grundsätze, die einer weitläuftigen Erklärung bedürfen, weil sie mit mehrern Rechtsmaterien zusammen hängen. Wer aber diese Rechtssätze inne hat, kann sie leicht verstehen, ohne daß sie weitläuftig erklärt worden sind.

g) Hr. Prof Thibaut über Besitz u. Verjährung, II. 49.

h) Thomasius in Diss. de perpet. debitor. pecuniar. in collect. Tom. III. nr. 72.

Lib. XLV. Tit. I.

de

verborum obligationibus.

§. 1900—1902.

Ein Verbalcontract erhält seine Verbindlichkeit durch die feyerlichen Worte, vermittelst deren er geschlossen wird. Ein jeder Vertrag konnte dadurch obligatorisch gemacht, und in einen Contract umgeschaffen werden, wenn man ihn in eine Formel einkleidete. Man ging zu einem Rechtsgelehrten, trug ihm den Inhalt des Vertrags vor, und ließ sich ein dazu passendes Formular entwerfen; dieß sagten die Contrahenten her, und nun war der Vertrag obligatorisch, und wurde ein Verbalcontract genennt. In den ältern Zeiten hatte man drey Gattungen von Verbalcontracten; der erste war solennis dotis dictio, wenn der Schwiegervater dem Schwiegersohne eine Brautgabe versprach. Der zweyte war die promissio operarum a liberto facta. Ein Freygelassener war seinem Patron operas officiales, aber keine fabriles schuldig. Bisweilen versprach indessen der Freygelassene auch operas von der letzten Art, und bestätigte sein Versprechen mit einem Eyde. Jetzt war er sie zu leisten schuldig. Merkwürdig ist es, daß der Eyd in diesem Falle eine äußerliche Verbindlichkeit, eine Verbindlichkeit in den Gerichten, eine Klage wirkte, welches sonst in keinem Falle geschahe [a]). Ein anderer Vertrag, welcher

a) Caii Inst. Lib. II. tit. 9. §. 4.

an und für sich keine Klage producirte, wurde deswegen nicht verbindlicher, wenn er beschworen wurde. Der dritte Verbalcontract ist die Stipulation. In neuern Zeiten wurden die beyden erstern dieser Contracte ungewöhnlich, und nur die Stipulation blieb im Gebrauch.

Lib. XLV. Tit. II.

de

duobus reis constituendis.

§. 1903 — 1906.

Es ist in Gesetzen zur Regel gemacht worden: mehrere Personen, die zusammen etwas schuldig sind, müssen pro rata bezahlen, das heißt, jeder muß für seinen Antheil haften. Stirbt also Jemand, der mir 30 Thlr. schuldig ist, und er hinterläßt drey Erben, so kann ich jeden nur auf zehen Thaler verklagen. Eine andere mit jener Regel in Verbindung stehende Regel ist es ferner: mehrere, welche eine und dieselbe Sache zu fordern haben, participiren davon pro rata, das heißt, jeder kann seinen Antheil fordern. Wenn ich einem 30 Thlr. schuldig bin, er stirbt, und hinterläßt drey Erben, so kann mich jeder Erbe nur auf zehen Thaler belangen.

Diese beyden Regeln haben ihre Ausnahmen; denn 1) sind bisweilen mehrere Personen dergestalt verpflichtet, daß sie auch einzeln für das Ganze, das heißt, in solidum haften müssen; wenn aber Einer das Ganze bezahlt hat, so sind der Regel nach die übrigen frey. Man nehme an, drey Personen sind 30 Thlr. schuldig, und der Gläubiger kann gegen jeden auf die ganze Summe klagen; bekommt er sie von dem einen, so sind die andern von aller Verbindlichkeit frey; es müßte denn die Forderung eine Strafe betreffen.

betreffen [a]). Bisweilen haben mehrere Personen eine Sache dergestalt zu fordern, daß jeder das Ganze verlangen kann; daß aber, wenn er es bekommen hat, die andern nichts mehr prätendiren können. Man nehme an, drey Personen haben 30 Thlr. dergestalt von mir zu fordern, daß jeder diese ganze Summe verlangen kann; bezahle ich aber den einen von ihnen, weil er die Forderung verlangt hat, so dürfen die übrigen keine Ansprüche an mich machen.

Solidum heißt überhaupt das ganze Object eines gewissen Rechts und einer gewissen Verbindlichkeit; natürlich geht also die Forderung eines oder mehrerer Berechtigten, so wie auch die Verbindlichkeit eines oder mehrerer Verpflichteten der Regel nach immer in solidum. Es versteht sich, diese mehrern Theilnehmer zusammen genommen. Soll aber nun auch jeder Einzelne das Ganze fordern, oder darauf belangt werden können, so ist dieß eine Ausnahme von den obigen beyden Regeln. Man drückt aber häufig diese Abweichung sehr unvollkommen aus, wenn man von Mehrern redet, die etwas in solidum zu fordern oder zu leisten haben; denn damit ist ja nichts weiter, als was eigentlich der Regel nach immer statt findet, mithin keinesweges das besondere Verhältniß der einzelnen Theilnehmer, worauf es hier ankommt, angegeben. Wenn die Gesetze die Erben verpflichten, Schulden des Verstorbenen in solidum zu bezahlen, wer wollte dieß so auslegen, daß auch von mehrern Miterben, ein Einzelner auf das Ganze belangt werden könne [b])?

Mehrere Verpflichtete, deren jeder Einzelner auch für das Ganze haften muß, heißen rei debendi, oder correi debendi. Mehrere Berechtigte, deren auch ein Einzelner das Ganze fordern kann, heißen correi credendi. Eine Forderung, die mehrern correis credendi zusteht, heißt

a) L. 11. §. 2. D. ad Leg. Aquil.

b) §. 36. Inst. de action. BRISSONIVS de verbor. signif. Art. solidum.

eine Correalforderung, obligatio correalis actiua. Sind Mehrere correaliter, das heißt, auch einzeln in solidum zu etwas verbunden, so ist es eine Correalverbindlichkeit, obligatio correalis passiua. Unter dem Wort reus wird zwar gewöhnlich jeder verstanden, der etwas schuldig ist, und daher scheint es seltsam und widersprechend, daß man hier solche Personen, die etwas zu fordern haben, correos nennt; allein bey den alten Lateinern hieß reus überhaupt der Interessent bey einer Verbindlichkeit, er mochte nun Schuldner oder Gläubiger seyn; der Ausdruck correus *credendi* ist also nicht unschicklich.

Die Correalforderung gründet sich entweder, 1) unmittelbar auf das Gesetz, oder 2) auf ein Testament, oder sie wird 3) durch einen Vertrag begründet. Aus dem Gesetze rührt die Verbindlichkeit her, wenn mehrere zusammen mir eine Sache in Verwahrung gegeben haben; denn hier kann jeder von ihnen die Sache zurückfordern. Auf ein Testament gründet sich die Verbindlichkeit, wenn es z. B. im Testament heißt: dem A. oder B. vermache ich 100 Thlr.; denn hier kann A. sowohl als B. die 100 Thlr. ganz verlangen. Durch Verträge wird sie selten festgesetzt, weil ihr Nutzen gering ist.

Die Correalverbindlichkeit hat vier Quellen. Sie entsteht entweder aus einem Vertrage, oder aus einem Verbrechen, oder aus einem Testament, oder unmittelbar aus dem Gesetz. Durch einen Vertrag kann sie in allen Arten von Geschäften festgesetzt werden; z. B. im Darlehn. Wenn ich zwey Personen 100 Thlr. leihe, und mir ausbedinge, daß mir jeder für die ganze Summe haften müsse, so ist eine Correalverbindlichkeit verabredet worden. Dieser Vertrag ist sehr vortheilhaft; denn wenn mir mehrere Personen zusammen eine gewisse Summe schuldig, aber nicht in solidum verbindlich sind; so habe ich nicht nur die Beschwerlichkeit, daß ich von jedem, auch wenn er abwesend ist, außer Landes wohnt, u. s. f. seinen Antheil besonders eintreiben muß; sondern ich kann auch sogar Schaden leiden, wenn einer oder der andere nicht zu bezahlen

len im Stande ist. Sind sie aber in solidum verbunden, so kann ich von jedem die ganze Summe fordern, ich brauche also dem Abwesenden nicht nachzugehen, und wenn sie auch alle bis auf einen einzigen insolvent sind, so verliehre ich nichts. Verursachen mir mehrere Personen durch eine unerlaubte Handlung, z. B. durch Diebstahl, Einschlagung meiner Fenster, u. s. f. Schaden, so ist jeder verbunden, den Schaden ganz zu ersetzen. Diese Correalobligation entsteht aus einem Verbrechen. Durch ein Testament ist eine Correalverbindlichkeit festgesetzt worden, wenn der Erblasser seinen Erben die Auszahlung eines Vermächtnisses befiehlt, und dabey verordnet, daß jeder in solidum haften solle. Auch die Gesetze haben in einigen Fällen unmittelbar eine Correalobligation festgesetzt. Sie verordnen nämlich, 1) daß mehrere tutores und curatores dem Pupillen in solidum verbindlich seyn sollen. 2) Wenn Kaufleute in Gesellschaft handeln, und sie bestellen zusammen einen Factor, oder mehrere Personen rüsten in Gesellschaft ein Schiff aus, und setzen einen magister nauis darüber, so kann jeder aus den Handlungen des Factors oder Schiffmeisters in solidum belangt werden. 3) Gebe ich mehrern eine Sache in Verwahrung, die sich nicht theilen läßt; so muß jeder Depositar für die ganze Sache stehen. 4) Haften mehrere Bürgen in solidum.

Bey den Römern wurde die Correalforderung und die Correalverbindlichkeit durch eine Stipulation errichtet, und daher nennte man diejenigen, welche etwas in solidum schuldig waren, correi promittendi, und diejenigen, welche etwas in solidum fordern konnten, hießen correi stipulandi. Es geschahe die Eingehung dieses Geschäfts auf folgende Weise. Bey den correis promittendi fragte der Promissar: dabisne mihi mille? Hierauf antwortete einer von den Promittenten: dabo; der andere sagte, et ego dabo. Die correi stipulandi wurden auf folgende Weise verbindlich gemacht. Der eine Promissar fragte: spondesne mihi mille? der andere fragte ebenfalls: spondesne mihi idem mille? Der Promittent antwortete:

vtrique vestrum dare spondeo. Nach unserm Gerichtsgebrauch bedient man sich, wenn sich Mehrere in solidum verpflichten wollen, der Ausdrücke: Einer wolle für Alle und Alle für Einen haften; oder man braucht die lateinischen Worte: in solidum correaliter. Wollen sich Mehrere etwas in solidum versprechen lassen, so heißt es: ich verspreche es Allen für Einen und Einem für Alle, oder, ich verspreche es Allen in solidum.

Die Natur und Beschaffenheit der **Correalverbindlichkeit** ist folgende. — Die correi können in solidum belangt werden, das heißt, jeder kann zu Bezahlung der ganzen Schuld belangt und angehalten werden. Justinian hat ihnen aber in der 99. Novelle das beneficium diuisionis ertheilt, das heißt, wenn ich einen correum auf das Ganze belange, so kann er erklären, er sey zur Erlegung seines Antheils bereit, ich solle nun auch von den übrigen ihre Antheile fordern; könne ich solche nicht erhalten, so wolle er den Ueberrest auch noch bezahlen. Es ist zwar unter den Rechtsgelehrten ein Streit darüber, ob allen correis diese Rechtswohlthat zustehe; allein die richtige Meynung ist doch die bejahende [c]); wenn gleich viele Rechtsgelehrte der Meynung sind, Justinian habe in der 99. Novelle nur solchen correis die Rechtswohlthat der Theilung zugestanden, welche sich wechselsweise für einander verbürgt haben [d]). Bey jener Erklärung wird übrigens vorausgesetzt, 1) daß die übrigen correi abwesend, und 2) im Stande sind, zu bezahlen. An einen abwesenden correum kann man den Gläubiger nicht verweisen; auch fällt das beneficium diuisionis weg, wenn zwar der eine correus allein bezahlen kann, der andere aber nicht. 3) Darf die Correalverbindlichkeit aus keinem Verbrechen herrühren; denn wer sich einer Vergehung schuldig gemacht hat, kann auf Rechtswohlthaten keinen Anspruch machen.

End-

c) de Pufendorf Obs. Tom. II. Obs. 77.

d) Heineccius in Pandect. Part. VII. §. 22. Püttmann Miscell. pag. 206.

Endlich 4) können die correi sich nicht auf das beneficium diuisionis berufen, wenn sie auf den Gebrauch desselben Verzicht geleistet haben. — So bald ein correus durch Zahlung, durch Compensation, u. s. f. die Schuld tilgt, so sind auch die Andern frey.

Die Wirkung der Correalforderung besteht darin, daß ein correus credendi von dem Schuldner das ganze schuldige Object verlangen kann, und dieser darf nicht sagen, er wolle jedem Gläubiger seinen Antheil geben. Haben z. B. drey Personen, A. B. C. 100 Rthlr. in solidum von mir zu fordern, so muß ich jedem von ihnen, der es zuerst verlangt, die ganze Summe bezahlen; habe ich aber dem einen correo die ganze Schuld bezahlt, so können die übrigen keinen Anspruch mehr an mich machen, denn ich war die 100 Thlr. nur einmal schuldig. Noch ist zu bemerken, daß ein correus stipulandi den Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreyen kann, nicht nur dadurch, wenn er sich von ihm die Forderung bezahlen läßt, sondern auch durch die Acceptilation, Novation, Eydesdelation. Auch wenn der Schuldner die Sache einem correo stipulandi anbietet, dieser sich aber weigert, ohne Ursache dazu zu haben, solche anzunehmen, und nun geht solche durch einen Zufall verlohren, so ist der Schuldner frey.

Ueber die Frage: ob correi sich unter einander belangen können? ist zu bemerken: 1) Ein correus debendi, welcher das Ganze bezahlt, giebt nichts mehr, als was er zu geben schuldig ist; daher kann er die übrigen correos nicht belangen, daß sie ihm etwas vergüten, das heißt, ihren Antheil bezahlen sollen [e]); ausgenommen, 1) wenn die correi Gesellschafter sind; denn was ein Gesellschaftsmitglied für die Gesellschaft auslegt, bringt es bey dem Societätsrecht in die Ausgabe. 2) Wenn sich der correus, welcher bezahlt, die Rechte des Gläubigers cediren läßt; denn nunmehr kann er vermöge des cedirten Rechts die übri-

e) FABER in coniect. Lib. II. cap. 6. sqq. VINNIVS ad §. 1. Inst. de duobus reis etc. nr. 4.

gen correos belangen. Ist keine Cession geschehen, so hat nach der Billigkeit und in der Praxis, doch immer actio negotiorum gestorum vtilis statt; denn hätte er nicht bezahlt, so hätten seine Mitschuldner bezahlen müssen. Er hat also etwas gethan, was den übrigen vortheilhaft ist, hat ein für sie nützliches Geschäft besorgt, und kann daher Entschädigung von ihnen fordern. Nur muß die Correalobligation nicht aus einem Verbrechen herrühren. Wenn daher einer von mehrern Delinquenten die Schadensvergütung geleistet hat, so kann er von den übrigen keine Vergütung verlangen. II) Ein correus credendi, der sich das Ganze bezahlen läßt, hat nicht mehr bekommen, als er zu fordern hat; er ist also nicht schuldig, mit den übrigen zu theilen; ausgenommen, 1) wenn die correi in Gesellschaft handeln; denn in diesem Falle muß er das Empfangene in Einnahme bringen; oder 2), wenn es unter den correis ausgemacht worden ist, daß, wer die Schuld einkassiren würde, den übrigen ihren Antheil herausgeben solle.

Lib. XLV. Tit. III.

de

stipulatione seruorum.

§. 1907.

Weil ein Sclave bey den Römern keine Person war, und daher nichts Eigenes haben konnte, sondern alles, was er erwarb, dem Herrn gehörte; so erwarb er auch durch eine Stipulation für sich kein Recht, sondern der Herr desselben hatte den Vortheil davon. Ueber die rechtlichen Wirkungen dieser Stipulation entstanden bey den Römern viele Fragen; darüber ich aber hier nichts anführen kann, da es der Raum nicht verstattet.

Lib. XLVI. Tit. I.

de

fideiussoribus et mandatoribus.

§. 1908 — 1919.

Ein Bürge ist eine Person, welche eine fremde Verbindlichkeit, durch einen Vertrag, und ohne eine vorgegangene Novation übernimmt. Er übernimmt eine fremde Verbindlichkeit. Es wird diese Verbindlichkeit die Hauptverbindlichkeit genennt, obligatio principalis; und derjenige, der sie zu erfüllen schuldig ist, heißt der Hauptschuldner, debitor principalis. Die fremde Verbindlichkeit wird ohne Novation übernommen, das heißt auf die Weise, daß der Hauptschuldner nicht befreyt wird. Es giebt dreyerley ähnliche Geschäfte, die man für keine wirkliche Bürgschaften halten darf, nämlich das constitutum alienum, das mandatum qualificatum und die Expromission. Wenn Jemand bey den Römern eine fremde Verbindlichkeit zu erfüllen versprach, es wurde aber dieses Versprechen ohne Stipulation gethan, durch gemeine Worte, nudis verbis, so brauchte man den Ausdruck, constitutum alienum. Ersuche ich Jemanden, einem Dritten auf meine Gefahr zu borgen, und verspreche dafür zu haften, so wird der Auftrag mandatum qualificatum genennt. Der Hauptunterschied liegt darin: der mandator bittet mich, einem Dritten zu borgen, und verspricht zugleich für die Schuld zu haften, der Bürge thut diese Bitte nicht. Die Expromission ist ein Vertrag, wodurch man die Verbindlich-

bindlichkeit eines Andern dergestalt auf sich nimmt, daß dieser gänzlich davon befreyt wird, und eine Novation vorgeht.

Weil die Bürgschaft durch einen Vertrag geschlossen wird, so kann sie nur von solchen Personen übernommen werden, die durch Verträge über ihr Vermögen zu disponiren befugt sind. Dieses dürfen aber weder Blödsinnige, noch Rasende, noch Kinder, noch der Kindheit nahe Personen. Auch erklärte Verschwender, Unmündige und Minderjährige dürfen sich ohne Einwilligung ihrer Vormünder nicht verbürgen. Taube und Stumme konnten bey den Römern deswegen nicht Bürge werden, weil die Bürgschaften durch Stipulation geschlossen wurden, und diese Personen keine Stipulation auszusprechen im Stande waren. Bey uns geht es an, daß sich Taube und Stumme verbürgen, wenn sie nur im Stande sind, ihre Gedanken gehörig zu erklären.

Die Römer rechneten die Bürgschaften unter die männlichen und Civil-Geschäfte, und deswegen untersagte man den Frauenspersonen die Uebernahme einer Bürgschaft. Die Gesetzgeber glauben, eine Weibsperson sey zu einer Intercession allzu leicht zu bewegen [a]). Auch Soldaten können sich nicht gültig verbürgen. Einige Rechtsgelehrte haben zwar zu behaupten gesucht, ein Soldat sey ein gültiger, aber kein guter Bürge, wenn er keine liegende Güter besitze, woran man sich halten könne. Diese Behauptung streitet mit den deutlichsten Gesetzen [b]). Es haben zwar verschiedene Rechtsgelehrte die Gültigkeit dieser Gesetze zu leugnen gesucht [c]); diese Meynung streitet aber mit der täglichen Praxis der Gerichte [d]). Auch die Bürgschaften

a) L. 2. §. 2. D. ad Sctm. Vell.

b) L. 31. Cod. de locato.

c) Ayrer Progr. de fideiussore milite, §. 10 squ. in Opusc. Tom. I. nr. 7.

d) Lavterbach h. t. §. 13.

ten der Geistlichen sind nach dem römischen Rechte, wenigstens in gewissen Fällen, ungültig [e]). Nach dem kanonischen Rechte ist es streitig, ob sich ein Geistlicher verbürgen dürfe; es ist aber wohl dieser Zweifel ungegründet, und daher werden bey den Protestanten die Bürgschaften der Geistlichen für verbindlich erklärt [f]), wenn gleich einige Rechtsgelehrte es nicht zugeben wollen [g]).

Die Bürgschaft setzt eine gültige Verbindlichkeit voraus; daher kann man sich 1) der Regel nach für alle aus einem Contract entstandene Verbindlichkeit verbürgen. Es gehören hierher blos natürliche Verbindlichkeiten, wenn sie nur nicht durch bürgerliche Gesetze gänzlich vernichtet worden sind, welches bey einer Spielschuld der Fall ist [h]). Man kann sich für blos bürgerliche Verbindlichkeiten verbürgen, wenn sie wirksam sind; denn sind sie unwirksam, so kann sich der Bürge mit eben der Einrede schützen, welche der Hauptschuldner brauchen kann [i]). Man kann Bürgschaft leisten für Verbindlichkeiten, die aus einem Verbrechen herrühren, wenn vom Ersatz des Schadens oder der Bezahlung einer Geldstrafe die Rede ist. Dem Beschädigten kann es einerley seyn, wer ihm den Schaden ersetzt; und auch dem Fiskus erwächst kein Nachtheil daraus, wenn ein Anderer die Strafe bezahlt, als der Schuldige; der Bürge kann auch seinen Regreß wider den Hauptschuldner nehmen.

Der Bürge kann sich zwar stärker und kräftiger verbindlich machen, als der Hauptschuldner, z. B. nach Wechselrecht,

e) Novella 123. cap. 6. Müller ad Leyser. Obs. 867.

f) de Pufendorf Obs. Tom. III. Obs. 77.

g) Leyser Spec. 523. Med. 3. Walch introd. in contr. pag. 560. edit. tert.

h) Herr Prof. Weber von natürl. Verbindlichkeiten, §. 112. flg. Strubens rechtl. Bedenken, 4ter Thl. S. 334.

i) L. 12. C. de non num. pecun.

selrecht, oder durch Leistung eines Eydes, aber auf mehr sich zu verbürgen, ist nicht erlaubt. Dieses würde geschehen, 1) wenn er die Erfüllung des Contracts an einem Orte verspricht, wo sie beschwerlicher zu leisten ist, als da, wo sie der Hauptschuldner leisten soll. 2) In Ansehung der Zeit verpflichtet sich der Bürge auf mehr, wenn er versprechen wollte, sich eher belangen zu lassen, als der Hauptschuldner belangt werden kann. Dieser Fall würde eintreten, wenn der Hauptschuldner versprochen hat, nach einer gewissen Zeit zu bezahlen, oder unter einer Bedingung, und der Bürge macht sich ohne Bedingung verbindlich, oder ohne diese Zeitbestimmung. 3) Durch die Art des Versprechens kann sich der Bürge auf mehr verbindlich machen. Der Hauptschuldner hat alternativisch versprochen, diese oder jene Sache zu leisten; der Bürge verbindet sich, ohne sich die Wahl vorzubehalten, zu der einen Sache allein. 4) Auch in Absicht auf die Sache selbst kann sich der Bürge zu mehr verbindlich machen. Dieses geschieht z. B. wenn der Hauptschuldner nur 1000 Thlr. schuldig ist, der Bürge verspricht aber 1100 Thlr. zu bezahlen. In allen diesen Fällen ist die Bürgschaft ungültig; aber bey dem lezten Falle wird darüber gestritten, ob der Bürge gar nicht, oder doch zu viel verbindlich ist, als die Hauptschuld beträgt. Die Rechtslehrer streiten über die Entscheidung dieser Frage; jedoch verdient die Behauptung derjenigen Rechtsgelehrten wohl den Vorzug, welche sagen, nach dem römischen Rechte war der Bürge für nichts verbindlich, weil die Bürgschaft durch eine Stipulation geschlossen wurde, wo man bey den Worten stehen blieb [k]). Eben so wenig darf sich der Bürge zu einer andern Sache verbindlich machen, als der Hauptschuldner versprochen hat. Wenn also der Hauptschuldner 1000 Thlr. versprochen hat, so kann der Bürge kein Pferd versprechen. So bald die Hauptschuld getilgt wird, hört auch die Verbindlichkeit des Bürgen auf; und dieser Fall tritt ein, wenn die Hauptschuld

k) Coccеii in iure contr. h. t. Quaest. VII.

schuld durch die Confusion erlischt; das heißt, wenn der Hauptschuldner Erbe des Gläubigers, oder der Gläubiger Erbe des Schuldners, oder ein Dritter Erbe von beyden wird.

Die Wirkungen der Bürgschaft sind verschieden. Da der Bürge blos in subsidium verbindlich ist, so folgt daraus, daß, wenn der Hauptschuldner nicht bezahlt, der Bürge und seine Erben haften müssen. Es ist deswegen eine Hauptsorge des Bürgen, daß, so bald er merkt, die Vermögensumstände des Hauptschuldners haben sich sehr verschlimmert, er den Gläubiger zu Einforderung seiner Schuld auffordert, und die Provocation ex Lege si contendat, braucht. Ich, der Bürge, zeige nämlich dem Richter an, daß ich mich verbürgt habe, die Vermögensumstände des Schuldners würden aber bedenklich, ich wolle also bitten, den Gläubiger anzuhalten, daß er gegen mich klage. Diese Vorstellung wird dem Gläubiger zur Erklärung zugefertigt. Nun klagt er entweder gegen mich, den Bürgen, oder er thut es nicht. Klagt er jetzt schon wider mich, so setze ich ihm die exceptionem ordinis entgegen, wovon bald die Rede seyn wird, und dadurch werde ich von der Klage losgesprochen. Klagt der Gläubiger nicht, so wird mir die exceptio ordinis für beständig zugesprochen, das heißt, ich kann diese Einrede zu allen Zeiten noch brauchen, der Gläubiger mag wider mich klagen, wenn er will.

Mehrere Bürgen haften auch einzeln, in solidum, und daher kann jeder einzeln auf die ganze Schuld belangt werden; sie mögen sich nun ausdrücklich correaliter verbunden haben, oder nicht. Bezahlt der Hauptschuldner nicht, so wird der Bürge, desgleichen sein Erbe, actione ex stipulatu, belangt [1]); er kann aber seine Entschädigung von dem Hauptschuldner fordern; und zwar actione mandati, wenn ihn der Hauptschuldner gebeten hat, die Bürgschaft zu übernehmen; hingegen actio negotiorum gesto-

1) de Pyfendorf Obs. Tom. IV. Obs. 86.

gestorum muß angestellt werden, wenn er die Bürgschaft von freyen Stücken und unersucht angenommen hat. Verbürgt sich Jemand nur auf eine gewisse Zeit, so ist er nach Verlauf dieser Zeit gar nicht mehr verbunden. Hat sich Jemand für die Schuld einer gewissen Zeit verbürgt, und diese Zeit ist verflossen, so muß er zwar für das Vergangene haften, aber nicht für das Zukünftige. Miethet also z. B. Jemand ein Haus auf sechs Jahr, und ich verbürge mich für den Miethzins auf diese sechs Jahr, so muß ich wegen dieses sechsjährigen Miethzinses haften; bleibt aber der Miethmann noch länger in dem Hause wohnen, so bin ich für das Miethgeld der folgenden Jahre nicht verbindlich.

Die Bürgen haben drey Rechtswohlthaten oder Privilegien, nämlich 1) das beneficium diuisionis, 2) das beneficium ordinis, 3) das beneficium cedendarum actionum. Alle drey Rechtswohlthaten finden aber nur alsdenn statt, wenn der Bürge darauf provocirt, und ihre Anwendung verlangt hat. Wird er aus der Bürgschaft verklagt, und er allegirt das Privilegium nicht, so darf der Richter ex officio nicht darauf sprechen.

Die Rechtswohlthat der Theilung, beneficium diuisionis, ist den Bürgen zuerst durch den Kaiser Hadrian ertheilt worden, und daher wird es beneficium ex epistola diui Hadriani genennt. Haben sich Mehrere für Eine Schuld verbürgt, sie sind aber alle zahlungsfähig, und auch gegenwärtig; gleichwohl wird Einer aus ihnen auf Bezahlung der ganzen Schuld belangt; so kann er vorschützen, der Kläger solle jetzt nur erst seinen Antheil von der Summe, oder seine ratam annehmen, und die übrigen Bürgen auch zu Bezahlung ihrer Antheile anhalten.

Die Rechtswohlthat der Excussion oder Ordnung, ist vom Kaiser Justinian eingeführt worden. Nach dem ältesten römischen Rechte mußte man den Hauptschuldner zuerst belangen, ehe man den Bürgen angreifen konnte. Justinian sagt in der vierten Novelle, dieß sey durch ein altes Gesetz verordnet worden; es ist aber nicht gewiß, was

das

das für ein Gesetz gewesen seyn mag; daher glaubt Cujaz, es möge auf den Zwölftafeln mit gestanden haben. In den mittlern Zeiten konnte der Gläubiger zuerst belangen, welchen er wollte, den Hauptschuldner oder den Bürgen; ja es stand bey ihm, zu variiren, das heißt, zuerst den Hauptschuldner belangen, diese Klage liegen lassen, und nun den Bürgen angreifen. Zu welcher Zeit dieß Recht aufgekommen sey, weiß man nicht; doch ist es sicher, daß zu Cicero's Zeiten so verfahren wurde [m]). Endlich faßte Justinian die 4te Novelle ab, bestätigte darin das alte römische Recht, und verordnete zugleich, der Gläubiger solle dem Hauptschuldner, wenn er gegenwärtig sey, vor dem Bürgen verklagen; und verklage er den Bürgen zuerst, so solle dieser die exceptionem ordinis, oder excussionis vorzuschützen befugt seyn. Es heißt die Rechtswohlthat beneficium ordinis, weil der Bürge fordert, daß in gehöriger Ordnung geklagt werden soll; beneficium excussionis, weil er verlangt, daß der Hauptschuldner ausgeklagt werde. Uebrigens ist es dem Gläubiger nicht untersagt worden, den Bürgen zuerst zu belangen; daher kann auch die Klage in einem solchen Falle nicht als unstatthaft verworfen werden; noch weniger darf der Richter den Kläger von Amtswegen auf diese Klage abweisen. Man muß darauf sehen, ob der Bürge die Einrede der Erkussion vorgeschützt hat; thut er es nicht, so wird er sogleich condemnirt [n]). Weil es dem Gläubiger oft vortheilhaft ist, wenn er den Bürgen sogleich verklagen darf, so wird oft die Verzichtleistung auf diese Einrede in die Urkunde eingerückt, und es heißt darin: auch entsagt der Bürge der Rechtswohlthat der Ordnung, und es soll dem Gläubiger frey stehen, nach Gefallen, entweder zuerst den Bürgen, oder den Hauptschuldner zu belangen. Außer diesem Falle giebt es noch sehr viel andere Fälle, wo diese Rechtswohlthat der Erkussion

m) Cicero in Epist. ad Attic. Lib. XVI. Epist. 15.

n) Berlich Part. II. Conclus. 24.

Exkussion wegfällt, und man hat die Regel: in allen Fällen, wo es dem Gläubiger schädlich seyn würde, wenn er genöthigt wäre, den Hauptschuldner erst auszuklagen, darf sich der Bürge auf die Rechtswohlthat der Exkussion nicht berufen °). Ein gegen den Gläubiger eröffneter Concurs schließt die Rechtswohlthat der Exkussion nur alsdenn aus, wenn es ganz ausgemacht ist, daß der Gläubiger aus der Concursmasse nichts erhalten werde.

Das beneficium cedendarum actionum zeigt seine Kraft 1) bey dem Hauptschuldner, und 2) bey den Mitbürgen. Verbürge ich mich für Jemanden, so hat er mich entweder darum ersucht, oder ich habe es ohne sein Wissen gethan, oder er hat mirs verboten, und ich habe es doch gethan. Hatte der Hauptschuldner mich um Uebernahme der Bürgschaft ersucht, und ich bezahle nun als Bürge, so kann ich actione mandati meinen Regreß wider ihn nehmen. Hier ist es nicht nöthig, daß ich mir die Klage des Gläubigers cediren lasse; es kann aber doch nützlich seyn, nämlich alsdenn, wenn diese Klage vortheilhafter ist, als die actio mandati. Dieses würde der Fall seyn, wenn der Gläubiger zu Sicherheit seiner Forderung eine Hypothek bestellt erhalten. Hier kann die hypothekarische Klage vom Bürgen gebraucht werden, wenn der Gläubiger, den er bezahlt hat, ihm seine Klagen cedirt hat. Hat sich Jemand ohne des Hauptschuldners Wissen und Willen verbürgt, und er bezahlt für ihn, so kann der Bürge seine Entschädigung actione negotiorum gestorum contraria fordern. Also auch hier ist die cessio actionis nicht **nothwendig**; **nützlich** kann sie bisweilen in dem Falle seyn, wenn die Klage des Gläubigers vortheilhafter ist, als die actio negotiorum gestorum. Im **dritten** Falle, wenn ich mich gegen des **Schuldners** Verbot verbürgt habe, kann ich gar keinen Regreß wider ihn nehmen, wenn der Gläubiger mir seine Rechte nicht abgetreten hat, folglich ist hier die cessio actionis nothwendig.

Der

o) Canz Diss. de benef. ordinis, pag. 10 sqq.

Der zweyte Fall, wo die Cession ihre guten Folgen hat, kommt bey mehrern Mitbürgen vor. Habe ich mich mit Mehrern für Jemanden verbürgt, und ich werde dieser Bürgschaft wegen auf das Ganze belangt, ich kann auch von der Einrede der Theilung keinen Gebrauch machen, z. B. deswegen, weil die andern Mitbürgen abwesend sind, so muß ich mir vom Gläubiger seine Klage cediren lassen, wenn ich das Recht erlangen will, wider meine Mitbürgen auf die Entschädigung klagen zu können. Ohne eine solche Cession hat nach dem römischen Rechte, gegen den Mitbürgen kein Proceß statt [p]); durch den Gerichtsgebrauch ist jedoch angenommen worden, auch ohne eine geschehene Cession habe hier actio negotiorum gestorum contraria statt [q]), wiewohl einige Rechtslehrer diese Praxis bezweifelt haben [r]). Nach dem strengen Rechte muß die Cession der Rechte vor der Bezahlung geschehen; denn so bald der Gläubiger bezahlt ist, hat er kein Recht mehr, kann also auch keins cediren; allein die römischen Juristen sehen bey dieser Handlung nicht auf das strenge Recht, sondern auf die Billigkeit. Sie stellten den Satz auf: wenn ich unter der Bedingung, daß mir die Rechte des Gläubigers cedirt werden, bezahle, so kann die Cession noch nach der Bezahlung geschehen. Sehr zweifelhaft ist die Frage: wenn ich mir diese Bedingung nicht ausdrücklich genehmigen und versprechen lassen, kann ich mir doch auch nach geschehener Bezahlung noch die Rechte des Gläubigers von ihm cediren lassen? Es giebt einige Hauptgesetze über diese Frage [s]), worüber aber viel geschrieben worden ist. Die Meynung, daß die Cession auch nach geschehener Bezahlung noch statt finde, hat die stärksten Gründe für sich; denn indem der

p) L. 39. D. h. t. de Pufendorf Obs. Tom. IV. Obs. 62.

q) Mevius Dec. Part. VI. Dec. 387. nr. 3.

r) Wernher Obs. Vol. III. Part. I. Obs. 12. nr. 23.

s) L. 76. D. de solut. L. 36. D. h. t.

Bürge bezahlt, so thut er dieß in der Absicht, daß ihm die Rechte des Gläubigers cedirt werden sollen; es ist also ein stillschweigender Vertrag de cedendis actionibus vorhanden [t]).

Lib. XLVI. Tit. II.

de

nouationibus et delegationibus.

§. 1920—1926.

Nachdem die mehresten Entstehungsarten einer gültigen Verbindlichkeit angegeben worden, so wird am Schluß der Pandekten von den verschiedenen Tilgungsarten der Verbindlichkeiten das Nöthige angeführt. Wenn eine Verbindlichkeit getilgt und aufgehoben werden soll, so hört sie entweder selbst nach dem strengen Rechte auf, oder sie behält zwar nach diesem ihre Gültigkeit, aber der Billigkeit wegen giebt man dem Verpflichteten eine Einrede dagegen. Im ersten Fall heißt es: obligatio ipso iure tollitur, im andern aber heißt es, obligatio ope exceptionis sublata est. Der Unterschied dieser Tilgungsart äußert sich hauptsächlich dadurch, daß aus einer Verbindlichkeit gar nicht weiter geklagt werden darf, wenn sie ipso iure gehoben worden ist; wird sie aber erst durch Anführen einer Einrede getilgt, so kann man aus der Verbindlichkeit klagen, der Beklagte kann sich aber durch eine Einrede dagegen schützen. Eine Verbindlichkeit, die ope exceptionis getilgt werden muß, verliehrt daher nicht eher ihre völlige Kraft, als bis der

t) Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 130. Wernher l. c. nr. 124.

der Verpflichtete die habende Einrede gerichtlich vorgeschützt hat; wird hingegen eine Verbindlichkeit ipso iure gehoben, so geschieht dieses von selbst in dem Augenblicke, da sich der Umstand ereignet hat, der die Verbindlichkeit hebt, und man braucht nicht erst diesen Umstand im Gericht anzuführen.

Die Tilgungsarten der Verbindlichkeiten, welche ope exceptionis geschehen, sind sehr verschieden. Dahin gehört, 1) ein Testament. Vermache ich einem dasjenige, was er mir schuldig ist, und gleichwohl belangt ihn der Erbe auf die Bezahlung, so schützt er sich mit der Einrede des vorhandenen Testaments. 2) Gehört ein Vertrag hierher. Erlasse ich einem seine Schuld durch einen Vertrag, und gleichwohl klage ich nachher deswegen, so werde ich vermittelst der Einrede des Vertrags abgewiesen. 3) Ein richterlicher Ausspruch gehört auch hierher. Spricht mich der Richter von einer Forderung frey, so kann ich exceptionem rei iudicatae brauchen, wenn doch aufs neue aus der Verbindlichkeit geklagt worden ist. 4) Auch der Eyd ist hierher zu rechnen. Wenn mir Jemand über eine Verbindlichkeit den Eyd deferirt, und ich leiste den Eyd, so fällt die Verbindlichkeit weg, und werde ich aufs neue daraus verklagt, so setze ich exceptionem iurisiurandi entgegen. Auch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und die eingetretene Veränderung der Umstände macht, daß eine Verbindlichkeit ope exceptionis gehoben wird.

Diejenigen Tilgungsarten der Verbindlichkeiten, welche ipso iure geschehen, sind von zweyerley Gattung; denn durch einige derselben können alle Arten der Verbindlichkeiten gehoben werden, durch einige aber geht das nicht an. Jene werden daher communes genennt; diese aber heißen proprii. Unter die communes gehört, die Zahlung; die Abrechnung; die Confusion; die gerichtliche Deposition; der Untergang der Sache; die Novation; die Präscription. Die proprii sind wieder zweyerley. Entweder lassen sich dadurch nur die obligationes stricti iuris tilgen; oder die

obligationes bonae fidei. Ersteres geschieht durch die Novation; dieses durch den mutuum disensum.

Im weitläuftigen Verstande versteht man unter der Novation jede Veränderung, welche mit einer Verbindlichkeit vorgeht. Wird die erste Verbindlichkeit durch eine Stipulation gehoben, aber eine neue Verbindlichkeit dafür festgesetzt, so nennt man das die eigentliche Novation, nouatio priuatiua. Bleibt hingegen die erste Verbindlichkeit unverändert, sie bekommt aber neue Eigenschaften, so wird der Ausdruck gebraucht, Novation in der uneigentlichen Bedeutung des Worts, nouatio cumulatiua. Diese nouatio cumulatiua ist entweder eine nothwendige oder eine freywillige. Die nothwendige entsteht nach der Verordnung der Gesetze von selbst, welches bey der Litiskontestation nach dem römischen Recht der Fall war; die freywillige hingegen gründet sich allemal auf einen Vertrag.

Die nouatio cumulatiua voluntaria kommt, nach dem römischen Rechte, in folgenden Fällen vor, und zwar, 1) bey einem außergerichtlichen Eyde. Deferire ich demjenigen, der eine Forderung an mich macht, den Eyd, und er schwört ihn ab; so muß ich ihn bezahlen, gesetzt auch daß er falsch geschworen hat. 2) Bey der Conventionalstrafe kommt solche in gewisser Maße ebenfalls vor. Unter der Conventionalstrafe versteht man eine Sache, die ich auf den Fall verspreche, wenn ich einen Vertrag nicht erfüllen werde. Sie kann auf dreyerley Art festgesetzt werden, und zwar, 1) so daß der Promissar die Wahl hat, ob er die Erfüllung des Vertrags fordern will, oder die Strafe; 2) dergestalt, daß er, im Fall das Hauptobject nicht geleistet wird, blos auf die Erlegung der Strafe soll klagen können; 3) so, daß er beydes, die Erfüllung des Hauptvertrags und die Strafe verlangen kann. Es fragt sich: wenn liegt in der Festsetzung einer solchen Strafe eine Novation? — Hierüber ist zu bemerken: — die Erfüllung des Vertrags und die Strafe kann nicht zugleich gefordert werden, wenn es nicht ausbedungen worden ist. Darüber

über wird aber gestritten, ob, in dem Falle, wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt hat, der Gläubiger nun blos auf die Erlegung der Conventionalstrafe zu dringen befugt sey, und die Erfüllung der Verbindlichkeit nicht weiter verlangen könne; oder ob es von ihm abhängt, was er verlangen wolle, die Conventionalstrafe, oder die Erfüllung des Vertrags. Diesen Satz enthält die famöse Streitfrage: an stipulatione poenali nouetur obligatio [a]). Sehr wahrscheinlich ist die Meynung derjenigen Rechtsgelehrten, welche behaupten, der Promissar könne verlangen, was er wolle, wenn nicht etwas anders ausbedungen worden sey [b]). Die Hauptschwierigkeit macht die L. 44. §. 6. D. de obligat. et act. welche Stelle aber vom Voet gut erklärt worden ist [c]); wenigstens ist die Sache nach Justinians Verordnung und der L. vlt. C. de nouat. ohne Zweifel. Durch Festsetzung einer Conventionalstrafe geschieht also nur in dem Fall eine Novation, wenn bedungen wird, daß der Schuldner durch Bezahlung der Strafe sich von der Erfüllung des Vertrags solle frey machen können.

Die wahre und eigentliche Novation, nouatio priuatiua, bestand bey den Römern in einer Stipulation, wodurch die alte Verbindlichkeit aufgehoben, und eine neue Verbindlichkeit an ihre Stelle gesetzt wurde. Heutiges Tages ist ein Vertrag hinreichend, der mit allen schicklichen Worten geschlossen werden kann. Ob die alte Verbindlichkeit aus einem Formularcontract, oder auf andere Weise entstanden sey, darauf kommt nichts an; so wie auch nichts daran liegt, ob die neue Verbindlichkeit völlig wirksam sey, oder nicht.

Die eigentliche oder priuative Novation ist entweder mit einer Delegation verbunden, oder dieses ist nicht der

a) Alciat. ad L. 115. §. 2. D. de verb. obligat. in Oper. Tom. II. pag. 808.

b) L. 115. §. 2. D. de verb. obligat. L. 122. §. 2. eod.

c) Voet h. t. nr. 4.

Fall. Ohne Delegation geschieht die Novation, wenn der vorige Schuldner und Gläubiger bleiben, und nur die Verbindlichkeit wird verändert. Dieses geschieht, 1) wenn das ganze Fundament der Verbindlichkeit aufgehoben, und ein neues dafür substituirt wird. Dieser Fall tritt ein, wenn die Verbindlichkeit aus einem geschlossenen Kauf, in eine Verbindlichkeit aus einem Darlehnscontract umgeändert wird. 2) Wird die Verbindlichkeit verändert, wenn man die zufälligen Bestimmungen derselben, als Zeit, Ort, Bedingung, animo novandi ändert. Gesetzt, ich sollte zu Ostern 1804 bezahlen, und wir verlängern die Zahlungszeit bis auf Michael 1805; oder ich war schuldig, die Waare in Leipzig auf die Messe zu liefern, und ich verspreche sie nun nach Frankfurt zu schaffen; oder ich war nur bedingungsweise verbunden, und ich verpflichte mich jetzt unbedingt. Nothwendig ist es, daß in allen diesen Fällen die Absicht der Contrahenten völlig deutlich erklärt worden ist, die erste Verbindlichkeit aufzuheben, und eine andere dafür einzuführen. 3) Geschieht die Novation ohne Delegation, wenn zwar weder das Fundament, noch die zufälligen Bestimmungen der vorigen Verbindlichkeit ausdrücklich geändert worden ist; es wurde aber doch die Absicht deutlich erklärt, eine Novation vorzunehmen. Dieses geschieht, wenn ich eine alte, z. B. im Jahr 1780 ausgestellte Obligation zurück nehme, und stelle dafür eine neue aus, unter dem Datum 1800; oder wenn ich über eine Forderung tranzigire. In diesem Vergleich liegt eine Neuerung, denn die erste Verbindlichkeit ist aufgehoben worden.

Noch ist zu bemerken, daß derjenige, der Willens ist, eine neue Verbindlichkeit an die Stelle der alten zu setzen, diese Absicht deutlich erklären muß; denn geschieht dieß nicht, so bleibt die alte Verbindlichkeit bey Kräften, und die neue ist auch gültig; er ist also zweymal verpflichtet. Gesetzt, ich habe Jemandem zwey Handschriften ausgestellt; die eine über 600 und die andere über 400 Fl. ich ziehe aber jetzt die beyden Summen zusammen, und stelle eine Obligation über 1000 Fl. aus, so muß ich mir die

die alten Obligationen zurück geben lassen, oder in die neue hereinschreiben, daß jene erloschen seyn sollen; geschieht dieß nicht, so kann ich aus allen dreyen belangt werden.

Die alten römischen Rechtsgelehrten stritten darüber, ob der animus nouandi durch Vermuthungen erwiesen werden könne? und welche Vermuthungen hier gelten. Diesen Streit zu entscheiden, gab Justinian ein merkwürdiges Gesetz [d]); der Streit ist aber doch noch nicht dadurch völlig beygelegt worden. Man streitet nämlich immer noch darüber: ob die Novation nicht aus dringenden Vermuthungen geschlossen werden könne; ob Justinians Gesetz bey uns gelte; ob es auch auf die mit einer Delegation verbundene Novation gehe, u. s. f. [e]).

Was nun die **Delegation**, oder die Ueberweisung einer Schuld betrifft, so besteht solche in einem Vertrage, wodurch ein neuer Schuldner, mit seiner Bewilligung an die Stelle des ersten Schuldners gesetzt wird. Wer die Verbindlichkeit eines Andern dergestalt auf sich zu nehmen verspricht, daß der andere gänzlich davon befreyt werden soll, heißt ein expromissor, und sein Versprechen wird expromissio genennt. Der Vertrag zwischen den drey Personen aber, dem Gläubiger, Schuldner und dem Expromissor, wodurch der Expromissor sich verbindlich macht, daß er die Schuld übernehmen wolle, und der Gläubiger dem alten Schuldner die Versicherung giebt, diesen Expromissor zum Schuldner anzunehmen, heißt die **Delegation**.

Die drey Personen, welche bey der Delegation vorkommen, heißen delegans, delegatus, und delegatarius. Der alte Schuldner heißt delegans, von delegare, so viel als substituere, da dieser Schuldner wirklich einem andern an seine Stelle substituirt. Der neue

d) L. vlt. C. de nouat.

e) Werlhof Diss. ad Leg. fin. Cod. de nouat. et delegat. Helmst. 1709. §. 6. sqq. Voorda interpr. Lib. II. cap. 16. Müller ad Leyser. Obs. 875.

Schuldner oder Expromissor heißt delegatus; denn er wird delegirt, das heißt, substituirt. Der Gläubiger, da er weder substituirt, noch auch substituirt wird, bekommt einen Namen, der weder eine active noch passive Bedeutung hat; er heißt delegatarius. Bey uns kann die Delegation durch simple Worte, die einen deutlichen Vertrag enthalten, vorgenommen werden; bey den Römern aber mußte sie durch eine Stipulation errichtet werden. Die Formel war: Quod Titius mihi dare oportet, id dari spondes?

Die Wirkungen einer eigentlichen oder privativen Delegation sind eben dieselben, welche aus einer geschehenen Bezahlung entstehen. Die alte Verbindlichkeit wird aufgehoben; und deswegen wird nicht nur der Schuldner frey, sondern auch die Bürgen werden frey, und das Pfandrecht hört auf. Wenn ich z. B. Jemandem etwas aus einem Darlehn schuldig war, und ihm zur Sicherheit eine Hypothek bestellt hatte, ich verwandele aber diese Schuld durch die Novation in eine andere, ohne die Hypothek zu erneuern, so ist die Hypothek erloschen. Auch wenn der Gläubiger wegen der alten Forderung ein besonderes Privilegium hatte, ein Vorzugsrecht, u. dgl. so geht alles dieß durch die Novation verlohren. Ist das Pfandrecht bey der Novation bestätigt und beybehalten worden, so behält der Gläubiger auch sein Vorzugsrecht vor jüngern Pfandgläubigern f). Was insbesondere die Novation betrifft, welche mit einer Delegation verbunden ist, so ist zu bemerken, der Delegatarius macht sich durch die Delegation verbindlich, den neuen Schuldner anstatt des alten anzunehmen; er erläßt also dem alten seine Verbindlichkeit gänzlich, und schlechterdings, ohne Bedingung; folglich haftet dieser dem ersten Gläubiger nicht weiter, wenn auch gleich der Expromissor nicht verbunden ist, oder außer Stand kommt, zu bezahlen. Man nehme den Fall an, daß ein Pupill ohne des Vormundes Einwilligung eine Schuld durch Delegation übernimmt. Diese Delegation ist in so weit ungültig, daß der

f) L. 3. D. qui pot. in pign.

der Pupill nicht belangt werden kann, aber gleichwohl kann der Gläubiger auch nicht mehr gegen den vorigen Schuldner klagen [g]). Nur alsdenn, wenn eine Frauensperson eine fremde Schuld durch Expromission übernommen hat, verordnen die Gesetze, daß dem Gläubiger seine Forderung gegen den alten Schuldner wieder hergestellt werden soll [h]).

Mit der Expromission darf die Assignation nicht verwechselt werden, worunter man eine Vollmacht versteht, die ich meinem Gläubiger gebe, daß er bey meinem Schuldner die Schuld erheben, und was er bekommt, für sich behalten solle. Es kommen drey Personen dabey vor; der assignans, assignatus, assignatarius. Derjenige, von dem die Assignation ausgestellt worden ist, heißt der Assignant; der, welcher solche bekommt, um die Schuld zu erheben, ist der Assignatar; und derjenige, welcher auf die Assignation zahlen soll, heißt der Assignat. Die Assignation ist eine sehr gewöhnliche Art der Vollmacht, welche aber manches Eigene hat. Sie wird z. B. durch den Tod des Mandanten nicht aufgehoben; der Mandant kann es nicht nach Belieben zurück nehmen, u. s. f. Von der Assignation gilt die Regel: Anweisung ist keine Zahlung. Dadurch allein, daß ich meinem Gläubiger Anweisung gebe, werde ich von meiner Schuld nicht frey; sondern diese Befreyung erfolgt erst alsdenn, wenn mein Gläubiger von meinem Schuldner die Zahlung erhalten hat.

g) L. 1. §. 1. L. 20. §. 1. D. de nouat.

h) L. 14. D. ad Sctm. Velleian.

Lib. XLVI. Tit. III.

de

solutionibus et liberationibus.

§. 1927 — 1935.

Die Verbindlichkeit hört ipso iure auf, nach geschehener Zahlung; dieses Wort hat aber verschiedene Bedeutungen. Bisweilen versteht man jede Tilgungsart der Verbindlichkeit darunter, und in dieser allgemeinen Bedeutung gehört die Compensation, Oblation, Confusion, Gebung an Zahlungs statt, u. s. f. dazu [a]). Bisweilen wird blos die Abtragung einer Geldschuld darunter verstanden, und so wird das Wort gewöhnlich im gemeinen Leben gebraucht. Nach den Gesetzen dieses Titels ist unter dem Wort solutio jede Leistung zu verstehen, wenn man es giebt oder thut, in der Absicht, sich dadurch von einer wahren oder vermeyntlichen Verbindlichkeit zu befreyen. Wenn der Verkäufer die verkaufte Sache übergiebt, wenn Jemand die versprochenen Dienste leistet, u. s. f. so heißt es im Rechtsverstande, er habe bezahlt.

Bey der Zahlung soll etwas geleistet, und dadurch eine Verbindlichkeit getilgt werden. Hieraus folgt, daß nur derjenige bezahlen darf, dem die freye Verwaltung seines Vermögens zusteht. Eine andere Folge des Begriffs ist es, daß nur demjenigen bezahlt werden darf, dem man schuldig ist, oder seinem Specialbevollmächtigten, oder dem Verwalter aller seiner Güter. Hier entsteht die Frage: wenn

a) L. 47. L. 176. D. de verb. signif. L. 52 et 54. D. de solut.

wenn ich dem A. 100 Thlr. zu bezahlen habe, und A. ist dem B. auch 100 Thlr. schuldig, und nun zahle ich dem B. die 100 Thlr. des A. aus; was ist nun Rechtens? — Nach dem strengen Rechte soll ich nicht von meiner Verbindlichkeit gegen den A. befreyt werden. Wenn indessen die Forderung des B. an den A. liquid war, A. durch die von mir an den B. geschehene Bezahlung keinen Schaden gelitten hat, und gleichwohl von mir das Geld noch einmal fordert, so kann ich ihm die Einrede des doli entgegen setzen [b]).

Der Regel nach bezahlt jeder selbst, was er schuldig ist; indessen kann auch ein Anderer Namens des Schuldners bezahlen. Dieses ist der Fall beym Vormunde, welcher berechtigt ist, Namens seines Pupillen zu bezahlen. Ferner kann der Bevollmächtigte Namens seines Gewaltgebers bezahlen, wenn ihm solcher die Besorgung aller seiner Geschäfte übertragen hat, oder es ist eine Specialvollmacht zu Leistung der Zahlung ertheilt worden. Der Geschäftsbesorger kann ebenfalls anstatt des Herrn des Geschäfts bezahlen. Es geht so gar an, für Jemanden zu bezahlen, der es verboten hat, daß ein Anderer für ihn bezahlen solle. Dieses ist der Fall, wenn er ungerecht handelt, daß er nicht bezahlt. Hier muß sich derjenige, der für ihn bezahlt hat, die Forderung an ihn cediren lassen, und nun kann er als Cessionarius wider jenen klagen. Hatte der Schuldner ein Interesse dabey, daß die Bezahlung nicht geleistet werde, und gleichwohl bezahle ich für ihn, so fällt mein Regreß weg [c]).

Ein Blödsinniger, ein Pupill, ein Minderjähriger, können ihre Verbindlichkeiten durch die Zahlung nicht tilgen, sondern ihr Vormund muß es thun, oder doch darein willi-

b) VOET h. t. §. 7. LEYSER Spec. 528. Med. 3. MÜLLER ad LEYSERVM Obs. 878.

c) L. 39 et 43. D. de negot. gest. ibique FABER in Rational. L. 53. D. de solut. de PVFENDORF Obs. Tom. I. Obs. 130.

willigen. Wer bezahlt, veräußert; er verliehrt das Eigenthum dessen, was er bezahlt; diese Personen haben aber kein Recht, etwas von ihrem Vermögen zu veräußern. Es darf ihnen auch nicht einmal, ohne Vorwissen ihres Vormundes, dasjenige bezahlt werden, was sie zu fordern berechtigt sind, sondern es muß erst ein obrigkeitliches Dekret dazu ausgefertigt werden. Wer sich bezahlen läßt, verliehrt sein zeitheriges Recht, und überdieß ist zu befürchten, daß diese Personen das Erhaltene durchbringen, oder doch darum betrogen werden.

Weil jede Bezahlung in der Leistung dessen besteht, was man schuldig ist, so folgt, daß der Schuldner nicht befugt ist, dem Gläubiger statt des schuldigen Gegenstandes etwas anders aufzudringen, nach der Regel: aliud pro alio inuito creditore solui nequit. Bin ich Jemandem eine bestimmte Sache schuldig, so kann ich ihn nicht nöthigen, eine andere Sache dafür anzunehmen. Bin ich Jemandem eine Summe Geld schuldig, so kann ich ihn nicht zwingen dafür eine Sache anzunehmen; oder umgekehrt. Endlich geht es auch nicht an, dem Gläubiger statt einer schuldigen Sache, oder Geldsumme, zu nöthigen, eine Handlung dafür anzunehmen. Bey Geldschulden kann ich nicht genöthigt werden, eben die Münzsorten zu bezahlen, die ich erhalten habe, sondern sie müssen nur eben den Werth haben.

Gebe ich meinem Gläubiger statt der schuldigen Sache eine andere Sache; oder für Geld gebe ich ihm eine Sache, sie mag eine körperliche oder eine unkörperliche seyn, und der Gläubiger ist damit zufrieden, so wird die Zahlung datio in solutum, die Gebung an Zahlungsstatt genennt. Unter folgenden Umständen kann der Gläubiger genöthigt werden, die Gebung an Zahlungsstatt zu genehmigen, und damit zufrieden zu seyn, nämlich 1), wenn der Schuldner beweißt, daß er kein Geld habe; 2) daß er seine Sachen nicht gegen einen billigen Preis verkaufen könne; 3) wenn er seine besten Sachen anstatt der Bezahlung offerirt; 4) solche

4) solche von der Obrigkeit tariren läßt, und 5) die Leistung der Gewähr verspricht [d]).

Der Gläubiger ist nicht schuldig, Stückzahlung anzunehmen, sondern der Schuldner muß die ganze Schuld auf einmal abtragen. Diese Regel hat mehrere Ausnahmen; es ist nämlich eine theilweise geschehene Bezahlung erlaubt, 1) wenn die Schuld zum Theil noch illiquid ist; denn jetzt braucht der Schuldner nur den liquiden Theil zu bezahlen, und er kann verlangen, daß der übrige Theil erst berechnet werde. 2) Wenn Jemand verschiedene Summen aus verschiedenen Ursachen schuldig ist [e]). Eine nach und nach entstandene Waarenschuld kann nicht als eine aus verschiedenen Posten bestehende Schuld betrachtet werden, weil hier der Gläubiger nicht in der Absicht geborgt hat, Stückzahlung anzunehmen. Eine Stückzahlung ist 3) erlaubt, wenn die Schuld durch die Gesetze selbst getheilt worden ist. Hat nämlich der Schuldner mehrere Erben, so bezahlt jeder von ihnen nur pro rata [f]). Endlich muß sich der Gläubiger mit der Stückzahlung begnügen, wenn der Schuldner arm ist, und völlig ruinirt werden würde, wenn er die ganze Post auf Einmal bezahlen müßte.

Eine wichtige Verbindlichkeit des Schuldners ist es, daß er in der Qualität, an dem Orte, und zu der Zeit bezahlt, wie er zu bezahlen verpflichtet ist. Erfüllt er diese Verbindlichkeit nicht, so kann der Gläubiger allen erweislichen Schaden vergütet verlangen. Weil die Schuld in der gehörigen Qualität bezahlt werden muß, so darf die Bezahlung nicht in Münzsorten geschehen, welche schon außer Cours gesetzt sind, oder doch bald verrufen werden sollen [g]). Geht eine Münzveränderung vor, so treten bey Bezahlung der Schuld eben die Rechtssätze ein, welche bey Wieder-

d) Nov. IV. cap. 3. R. A. v. J. 1654. §. 172.

e) L. fin. D. quib. mod. pign. soluit.

f) L. 6. Cod. famil. ercisc.

g) Leyser Spec. 529. Med. 19 et 20.

Wiederbezahlung eines erhaltenen Darlehns in Gelde anwendbar sind; und es kommt vor allen Dingen darauf an, ob etwas über die Münzsorten ausgemacht worden ist, oder nicht; und ob die Münzveränderung allgemein ist, oder nicht. — Die Bezahlung soll auch an dem gehörigen Orte geschehen. Hier sieht man darauf: ob der Ort der Bezahlung im Contract bestimmt worden ist, oder nicht. In diesem letzten Falle, wenn nichts über den Ort der Bezahlung ausbedungen worden ist, nimmt man auf die Gewohnheit des Orts Rücksicht, wo der Schuldner und Gläubiger sich aufhalten. Kaufe ich bey einem Kaufmanne Waaren, so ist es gewöhnlich, daß ich sie abholen lasse. Leihe ich hingegen ein Capital auf Zinsen aus, so ist es gewöhnlich, daß mir der Schuldner die Zinsen ins Haus bringt [h]). Aus den über diese Umstände vorhandenen Gesetzen [i]) läßt sichs freylich nicht sicher zeigen, daß es Pflicht des Schuldners in allen Fällen sey, die Zahlung dem Gläubiger ins Haus zu bringen; jedoch bringt es bey Verbindlichkeiten etwas zu leisten, die Natur der Sache oft mit sich. Endlich muß die Bezahlung auch zu rechter Zeit geschehen. Zeitiger darf der Schuldner, der Regel nach, bezahlen, aber nicht später [k]). Ist die Zeit der Zahlung dem Schuldner nach dem Contract ganz willkührlich überlassen worden, so kann er gar nicht zur Bezahlung wider seinen Willen angehalten werden, sondern erst sein Erbe.

Die Folge der richtigen Bezahlung besteht in der Tilgung der Verbindlichkeit. Sobald der Schuldner bezahlt hat, ist er von aller zeitherigen Verbindlichkeit frey; die bestellten Bürgen werden frey, der Gläubiger muß die Pfänder zurück geben, und sein Recht auf die Hypotheken ist

h) Strubens rechtl. Bedenken, 3ter Thl. 42stes Bedenk.

i) L. 39. D. h. t. L. 21. D. de oper. libert.

k) L. 70. L. 98. §. 4. D. de solut. Müller ad Leyser. Obs. 881.

ist erloschen. Bey Faustpfändern darf übrigens der Umstand nicht außer Acht gelassen werden, ob der Schuldner dem Gläubiger, außer der bezahlten Post, noch mehr schuldig ist. In diesem Falle haften die Faustpfänder noch wegen dieser Ansprüche.

Zum Beweis der geschehenen Bezahlung werden Quittungen ausgestellt, worunter man einen schriftlichen Aufsatz versteht, worin erklärt wird, daß eine zeither vorhandene Verbindlichkeit getilgt und aufgehoben worden sey. Es heißt z. B. daß mir Herr N. heute die ihm dargeliehenen Eintausend Thaler wieder bezahlt habe, bekenne ich hiermit. Stellt ein öffentlicher Beamter, der zur Erhebung des Geldes angestellt worden, eine richtige Quittung aus, so entsteht sogleich ein Beweis wider ihn, weil diese Beamten keine Quittungen eher ausstellen dürfen, als bis sie das Geld wirklich in Empfang genommen haben. Stellt eine Privatperson eine Quittung aus, und er klagt gleichwohl nach geschehener Ausstellung der Quittung auf Bezahlung der Sache, worüber quittirt worden ist, so klagt er entweder, da die Quittung noch nicht dreyßig Tage alt ist; oder erst nach Verlauf von 30 Tagen. Im ersten Fall kann der Kläger die replicam non numeratae pecuniae vorschützen, wenn ich die Quittung dazu gebraucht habe, um die angestellte Klage ungültig zu machen; das heißt, es kann seyn: die producirte Quittung sey von ihm blos in der Hoffnung ausgestellt worden, daß er seine Bezahlung wirklich erhalten werde. Diese Replik nöthigt den Beklagten, die Quittung zurück zu legen, und die geschehene Bezahlung auf andere Weise darzuthun, als durch diese Quittung. Ist die Quittung älter als 30 Tage, so beweißt sie die geschehene Bezahlung vollkommen. Nun entsteht die Frage: kann der Beklagte, er mag ein öffentlicher Beamter oder ein Privatmann seyn, sich nicht erbieten, zu beweisen, daß auf die 30 Tage alte Quittung nichts, oder nicht alles bezahlt worden sey; und muß er mit diesem Beweise gehört werden? Die billigere und durch den Gerichtsgebrauch bestätigte Me-

nung läßt diesen Beweis zu; wiewohl Wernher nur die exceptionem doli gelten lassen will [1]).

Unter die allgemeinen Tilgungsarten der Verbindlichkeiten gehört auch die so genannte Confusion, wenn Rechte und Verbindlichkeiten bey Einer Person zusammen kommen, die zuvor auf verschiedenen Personen ruheten. Dieses kann auf mancherley Weise geschehen. Bisweilen werden zwey Realrechte bey einer Person vereinigt; bisweilen ist es aber nur bey persönlichen Verbindlichkeiten der Fall. Bey Realrechten tritt dieser Fall ein, 1) wenn die Proprietät und der Nießbrauch, oder das dominium directum und vtile in einer Person vereinigt werden. 2) Kann die Vereinigung beyder Rechte geschehen, wenn mir das ius in re zeither blos zur Sicherheit einer Forderung ertheilt worden war, und nun werde ich Eigenthümer dieser zur Sicherheit verschriebenen Sache. Dieser Fall tritt z. B. ein, wenn der Pfandgläubiger das verhypothecirte Haus kauft, oder erbt. Endlich 3) kann auch das Eigenthum und das Recht der Realservitut zusammen kommen.

Bey der Confusion, die ein ius ad rem voraussetzt, sind drey Fälle möglich. Es wird entweder 1) Recht und Verbindlichkeit vereinigt, oder 2) zwey Verbindlichkeiten kommen zusammen; oder 3) ein Recht kommt zu dem andern. Der erste Fall, daß Rechte und Verbindlichkeiten durch die Confusion vereinigt werden, kann auf verschiedene Weise geschehen, und zwar 1) dadurch, daß Rechte des Gläubigers und Verbindlichkeiten des Schuldners vereinigt werden. Dieses geschieht alsdenn, wenn der Gläubiger stirbt, und der Schuldner wird sein Erbe; oder der Schuldner stirbt, und der Gläubiger wird sein Erbe; oder endlich wenn beyde sterben, und ein Dritter wird ihr Erbe. In allen drey Fällen hört das Recht und die Verbindlichkeit auf, da Niemand ein Recht an sich selbst haben kann.

1) Müller ad Leyser. Tom. II. Fasc. I. Obs. 294. Wernher Obs. Part. II. Obs. 357. pag. 357. Obs. 356. pag. 462.

kann. Es können 2) auch Recht des Gläubigers und die Verbindlichkeit des Bürgen in einer Person concurriren; nämlich dadurch, daß der Bürge stirbt, und der Gläubiger sein Erbe wird, oder umgekehrt, der Gläubiger stirbt, und der Bürge wird sein Erbe; oder beyde sterben, Gläubiger und Bürge, und ein Dritter wird ihr Erbe. In allen solchen Fällen ist die fidejussorische Verbindlichkeit getilgt worden.

Der zweyte Fall war, wenn eine Verbindlichkeit mit der andern in Einer Person vereinigt wird. Sind diese Verbindlichkeiten von einerley Art, z. B. ein correus stirbt, und der andere erbt von ihm, oder einer von mehrern Mitbürgen stirbt, und der Andere wird sein Erbe; so behalten beyde Verbindlichkeiten ihre Wirkung. Ich kann in diesen Fällen nicht nur den Erben aus eigener Person belangen, sondern auch als Erben, wenn mir es vortheilhaft ist. Hätte er z. B. in eigener Person eine Einrede, die von dem andern correo nicht vorgeschützt werden durfte, so klage ich wider ihn als Erben [m]). Sind die Verbindlichkeiten von verschiedener Art, die eine ist nämlich eine Hauptverbindlichkeit, die andere aber muß als eine bloße accessorische Verbindlichkeit betrachtet werden, so geht die letzte verlohren und wird durch die Confusion getilgt. Die hierher gehörenden Fälle sind: der Schuldner stirbt, und der Bürge wird sein Erbe; der Bürge stirbt, und der Schuldner erbt von ihm; oder beyde sterben, Schuldner und Bürge, und ein Dritter wird ihr Erbe. Endlich der letzte Fall: zwey persönliche Rechte kommen in einer Person zusammen; z. B. ein correus stipulandi stirbt, und setzt den Andern zum Erben ein. Auch hier geschieht keine Confusion [n]). Der Vortheil dieser Regel besteht darin, daß, wenn dem verstorbenen correo eine Einrede entgegen stand, so kann ich der Ueber-

m) L. 93. §. 1. D. h. t. L. 5. D. de fideiussor.

n) L. 93. pr. D. h. t. L. 5. D. de fideiussor.

lebende gegen den Schuldner klagen, ohne daß er mir die Einrede entgegen setzen darf; denn ich klage nicht als Erbe des verstorbenen correi wider ihn, sondern aus eigener Person o).

Die vierte allgemeine Tilgungsart der Verbindlichkeit besteht in der solennen Deposition. Sie setzt voraus, daß ich Jemandem Etwas schuldig bin; und 1) ihn wirklich, nicht blos mit Worten, 2) die ganze Schuld, 3) zu rechter Zeit, 4) an gehörigem Ort, 5) in den schuldigen Münzsorten, bezahlen will; 6) er verweigert die Annahme der Forderung aus nichtigen Ursachen; 7) ich lasse ihn vorladen zum Ansehen der gerichtlichen Deposition. 8) In dem angesetzten Termin versiegele ich die Sache, und 9) deponire sie sodann im Gericht, oder an einem dritten sichern Orte, den die Obrigkeit wählt. Drey Haupthandlungen gehören zu dieser Tilgung der Verbindlichkeit: das wirkliche Anbieten, die Versiegelung, und die Niederlegung. Fehlt eines von diesen Stücken, so ist depositio minus solennis vorgenommen worden, und diese hat der Regel nach die Kraft und Wirkung der solennen Deposition nicht. Eine solenne Deposition hat die Wirkung, 1) daß der Schuldner von seiner Verbindlichkeit frey wird, die Zinsen fallen weg, die Bürgen und Hypothek hören auf. 2) Geht die Gefahr der deponirten Sache auf den Gläubiger über; wird also das Geld gestohlen, so muß der Gläubiger den Schaden tragen.

In einigen Fällen kann eine nicht feyerliche Deposition vorgenommen werden; und zwar 1) giebt es Fälle, wo die bloße wirklich geschehene Oblation schon genug ist, ohne daß die Deposition auch noch geschehen seyn darf. Dieser Fall tritt ein, wenn man geringe Zinsen versprochen, sich aber dabey verbindlich gemacht hat, mehr Interessen zu bezahlen, so bald die Zinsen nicht zu rechter Zeit bezahlt worden sind p). Hier hat die Oblation allein den Effect, daß ich

o) VOET h. t. §. 18. sqq.

p) L. 9. §. 1. D. L. 9. C. de vsuris.

ich von der Verbindlichkeit zu höhern Zinsen frey werde. 2) Giebt es Fälle, wo die Versiegelung und Depositon, ohne vorhergegangene Oblation hinreicht, und alle Wirkungen der solennen Deposition hat. Dieß geschieht, α) wenn ich dem Gläubiger nicht mit Sicherheit zahlen kann, weil er z. B. minderjährig ist, und auch keinen Curator hat. β) Wenn ich nicht weiß, an wen ich zahlen soll, weil mehrere über die Sache streiten. γ) Wenn der Richter auf die Sache einen Arrest gelegt hat; ich also den Gläubiger nicht bezahlen darf. Endlich giebt es 3) Fälle, wo die Oblation nicht wirklich zu geschehen braucht, sondern sie hat wenigstens einige Wirkungen der solennen Deposition, wenn sie auch blos mit Worten geschehen ist. Dieser Fall tritt ein, α) wenn ich selbst nicht weiß, was ich schuldig bin, weil keine Rechnung gehalten worden, wie bey Societäten der Fall seyn kann. Hier ist es genug, um den Zinsenlauf zu hemmen, daß ich mich zur Rechnung anbiete. β) Wenn ich eine unbewegliche Sache schuldig bin. Habe ich diese dem Gläubiger mit Worten angeboten, und nun derelinquire ich sie, so stehe ich weiter für keine Gefahr [q]).

Bisweilen wird der Schuldner durch den Untergang der Sache von seiner zeitherigen Verbindlichkeit befreyt. Hier kommt es darauf an: ob ich eine bestimmte Sache schuldig war. Geht diese durch einen Unglücksfall verlohren, so fällt alle Verbindlichkeit auf meiner Seite, zu Leistung der Sache weg, nach der Regel: debitor speciei liberatur casuali interitu rei. Soll ich ein genus oder eine Quantität leisten; so wird darauf gesehen: ob alle einzelne Stücke, die zu dem genus gehören, zu Grunde gegangen sind, oder nicht. Im ersten Fall hört die Verbindlichkeit ganz auf. Existiren immer noch einige Stücke, die

q) ZANGER de except. Part. III. cap. 2. nr. 147. sqq. SCHULZEN tract. de oblat. consignat. et depos. rei debit. cap. 6 et 7.

die zu dem versprochenen genus gehören, so müssen diese geleistet werden, und dieses will die Regel sagen: genus et quantitas perire non censentur.

Lib. XLVI. Tit. IV—VIII.

de

acceptilatione etc.

§. 1936 — 1939.

Die im vierten und in den folgenden Titeln enthaltenen Materien sind blos römisch, davon in Teutschlands Gerichten keine Anwendung zu machen ist; der Kürze wegen können solche also nicht auch erläutert werden.

Ende des funfzehenten und letzten Theils.

Register.

Register

über die

in dem Commentar erklärten Titel der Pandekten.

Die römische Zahl zeigt den Theil an, die teutsche Ziffer die Seite des Bandes.

Liber I.

Tit. I. de iustitia et iure, I, 1.
Tit. II. de legibus, Senatusconsultis et longa consuetudine, I, 386.
Tit. IV. de constitutionibus Principum, I, 438.
Tit. V. de statu hominum, II, 95.
Tit. VI. de his, qui sunt sui vel alieni iuris, II, 384.
Tit. VII. de adoptionibus, emancipationibus et aliis modis, quibus patria potestas soluitur, II, 560.
Tit. VIII. de rerum diuisione et qualitate, III, 141.
Tit. IX. de Senatoribus, III, 430.

Liber II.

Tit. I. de iurisdictione, III, 448.
Tit. II. quod quisque iuris in alterum statuerit, vt ipse eodem iure vtatur, IV, 182.
Tit. III. si quis ius dicenti non obtemperauerit, IV, 207.
Tit. IV. de in ius vocando, IV, 213.

Tit. V. si quis in ius vocatus non ierit, siue quis eum vocauerit, quem ex edicto non debuerit, IV, 291.
Tit. VI. in ius vocati vt eant, aut satis vel cautum dent, IV, 295.
Tit. VII. ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat, IV, 298.
Tit. VIII. qui satisdare cogantur, vel iurato promittant, vel suae promissioni committantur, IV, 302.
Tit. IX. si ex noxali causa agatur, IV, 351.
Tit. X. de eo, per quem factum erit, quo minus quis in iudicio se sistat, IV, 353.
Tit. XI. si quis cautionibus in iudicio sistendi causa factis non obtemperauerit, IV, 358.
Tit. XII. de feriis, dilationibus et diuersis temporibus, IV, 398.
Tit. XIII. de edendo, IV, 466.
Tit. XIV. de pactis, V, 45.
Tit. XV. de transactionibus, VI, 162.

Liber III.

Tit. I. de postulando, VI, 252.
Tit. II. de his, qui notantur infamia, VI, 318.
Tit. III. de procuratoribus et defensoribus, VI, 405.
Tit. IV. quod cuiusque vniuersitatis nomine vel contra eam agatur, VII, 1.
Tit. V. de negotiis gestis, VII, 13.
Tit. VI. de calumniatoribus, VII, 38.

Liber IV.

Tit. I. de in integrum restitutionibus, VII, 45.
Tit. II. quod metus causa gestum erit, VII, 72.
Tit. III. de dolo malo, VII, 83.
Tit. IV. de minoribus XXV annis, VII, 94.
Tit. V. de capite minutis, VII, 116.
Tit. VI. ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituuntur, VII, 117.

Tit.

Tit. VII. de alienatione iudicii mutandi causa facta, VII, 135.
Tit. VIII. de receptis et qui arbitrium receperunt, vt sententiam dicant, VII, 141.
Tit. IX. nautae, caupones, stabularii, vt recepta restituant, VII, 164.

Liber V.

Tit. I. de iudiciis, et vbi quisque agere vel conueniri debeat, VII, 194.
Tit. II. de inofficioso testamento, VII, 424.
Tit. III. de hereditatis petitione, VII, 442.
Tit. IV. si pars hereditatis petatur, VII, 469.
Tit. V. de possessoria hereditatis petitione, VII, 480.
Tit. VI. de fideicommissaria hereditatis petitione, VII, 486.

Liber VI.

Tit. I. de rei vindicatione, VII, 492.
Tit. II. de publiciana in rem actione, VII, 518.
Tit. III. si ager vectigalis id est emphyteuticarius petatur, VIII, 1.

Liber VII.

Tit. I. de vsufructu et quemadmodum quis vtatur fruatur, VIII, 162.
Tit. II. de vsufructu accrescendo, VIII, 183.
Tit. III. quando dies vsusfructus legati cedat, VIII, 184.
Tit. IV. quibus modis vsusfructus vel vsus amittatur, VIII, 184.
Tit. V. de vsufructu earum rerum, quae vsu consumuntur vel minuuntur, VIII, 191.
Tit. VI. si vsusfructus petatur, vel ad alium pertinere negetur, VIII, 194.
Tit. VII. de operis seruorum, VIII, 194.
Tit. VIII. de vsu et habitatione, VIII, 195.

Tit. IX. vsufructuarius quemadmodum caueat, VIII, 210.

Liber VIII.

Tit. I. de seruitutibus, VIII, 216.
Tit. II. de seruitutibus praediorum vrbanorum, VIII, 224.
Tit. III. de seruitutibus praediorum rusticorum, VIII, 237.
Tit. IV. communia praediorum vrbanorum et rusticorum, VIII, 292.
Tit. V. si seruitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur, VIII, 311.
Tit. VI. quemadmodum seruitutes amittantur, VIII, 350.

Liber IX.

Tit. I. si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur, VIII, 358.
Tit. II. ad Legem Aquiliam, VIII, 382.
Tit. III. de his, qui effuderint vel deiecerint, VIII, 399.
Tit. IV. de noxalibus actionibus, VIII, 406.

Liber X.

Tit. I. finium regundorum, VIII, 413.
Tit. II. familiae erciscundae, VIII, 428.
Tit. III. de communi diuidundo, VIII, 467.
Tit. IV. ad exhibendum, VIII, 477.

Liber XI.

Tit. I. de interrogationibus in iure faciendis et interrogatoriis actionibus, VIII, 487.
Tit. II. de quibus rebus ad eundem iudicem eatur, VIII, 487.
Tit. III. de seruo corrupto, VIII, 495.
Tit. IV. de fugitiuis, VIII, 500.
Tit. V. de aleatoribus, VIII, 501.

Tit.

Tit. VI. si mensor falsum modum dixerit, VIII, 509.
Tit. VII. de religiosis et sumtibus funerum et vt funus ducere liceat, VIII, 516.
Tit. VIII. de mortuo inferendo et sepulchro aedificando, VIII, 527.

Liber XII.

Tit. I. de rebus creditis, si certum petatur, et de condictione, IX, 1.
Tit. II. de iureiurando, siue voluntario, siue necessario, siue iudiciali, IX, 117.
Tit. III. de in litem iurando, IX, 193.
Tit. IV. de condictione causa data, causa non secuta, IX, 198.
Tit. V. de condictione ob turpem vel iniustam causam, IX, 206.
Tit. VI. de condictione indebiti, IX, 212.
Tit. VII. de condictione sine causa, IX, 235.

Liber XIII.

Tit. I. de condictione furtiua, IX, 243.
Tit. II. de condictione ex Lege, IX, 252.
Tit. III. de condictione Triticiaria, IX, 256.
Tit. IV. de eo, quod certo loco dari oporteat, IX, 263.
Tit. V. de constituta pecunia, IX, 267.
Tit. VI. commodati vel contra, IX, 279.
Tit. VII. de pigneratitia actione, IX, 303.

Liber XIV.

Tit. I. de exercitoria actione, IX, 364.
Tit. II. de Lege Rhodia de iactu, IX, 369.
Tit. III. de institoria actione, IX, 378.
Tit. IV. de tributoria actione, IX, 392.
Tit. V. quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur, IX, 396.
Tit. VI. de Senatusconsulto Macedoniano, IX, 399.

Liber XV.

Tit. I. de peculio, IX, 407.
Tit. II. quando de peculio actio annalis est, IX, 420.
Tit. III. de in rem verso, IX, 422.
Tit. IV. quod iussu, IX, 433.

Liber XVI.

Tit. I. ad Sctum Velleianum, IX, 440.
Tit. II. de compensationibus, IX, 454.
Tit. III. depositi vel contra, IX, 464.

Liber XVII.

Tit. I. mandati vel contra, IX, 496.
Tit. II. pro socio, X, 1.

Liber XVIII.

Tit. I. de contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis, et quae res venire non possunt, X, 34.
Tit. II. de in diem addictione, X, 151.
Tit. III. de lege commissoria, X, 163.
Tit. IV. de hereditate vel actione vendita, X, 170.
Tit. V. de rescindenda venditione et quando liceat ab emtione discedere, X, 191.
Tit. VI. de periculo et commodo rei venditae, X, 213.
Tit. VII. de seruis exportandis, X, 220.

Liber XIX.

Tit. I. de actionibus emti et venditi, X, 233.
Tit. II. locati conducti, X, 315.
Tit. III. de aestimatoria, X, 444.
Tit. IV. de rerum permutatione, X, 446.
Tit. V. de praescriptis verbis et in factum actionibus, IX, 450.

Liber

Liber XX.

Tit. I. de pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum, XI, 1.
Tit. II. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur, XI, 65.
Tit. III. quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt, XI, 123.
Tit. IV. qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his, qui in priorum creditorum locum succedant, XI, 151.
Tit. V. de distractione pignorum et hypothecarum, XI, 225.
Tit. VI. quibus modis pignus vel hypotheca soluitur, XI, 242.

Liber XXI.

Tit. I. de aedilitio edicto, XI, 270.
Tit. II. de euictione et duplae stipulatione, XI, 328.
Tit. III. de exceptione rei vinditae et traditae, XI, 373.

Liber XXII.

Tit. I. de vsuris et fructibus et causa et omnibus accessionibus et mora, XI, 376.
Tit. II. de nautico foenore, XI, 395.
Tit. III. de probationibus et praesumtionibus, XI, 424.
Tit. IV. de fide instrumentorum, XII, 1.
Tit. V. de testibus, XII, 59.
Tit. VI. de iuris et facti ignorantia, XII, 183.

Liber XXIII.

Tit. I. de sponsalibus, XII, 187.
Tit. II. de ritu nuptiarum, XII, 254.
Tit. III. de iure dotium, XII, 427.
Tit. IV. de pactis dotalibus, XII, 494.
Tit. V. de fundo dotali, XII, 528.

Liber XXIV.

Tit. I. de donationibus inter virum et vxorem, XIII, 1.
Tit. II. de diuortiis et repudiis, XIII, 9.
Tit. III. soluto matrimonio dos quemadmodum petatur, XIII, 48.

Liber XXV.

Tit. I. de impensis in res dotales factis, XIII, 65.
Tit. II. de actione rerum amotarum, XIII, 68.
Tit. III. de agnoscendis vel alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis, XIII, 73.
Tit. IV. de inspiciendo ventre custodiendoque partu, XIII, 88.
Tit. V. si ventris nomine mulier in possessionem missa, eadem possessio dolo mala ad alium translata esse dicatur, XIII, 90.
Tit. VI. si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicatur, XIII, 91.
Tit. VII. de concubinis, XIII, 91.

Liber XXVI.

Tit. I. de tutelis, XIII, 94.
Tit. II. de testamentaria tutela, XIII, 109.
Tit. III. de confirmando tutore, XIII, 119.
Tit. IV. de tutoribus legitimis, XIII, 121.
Tit. V. de tutoribus et curatoribus datis ab his, qui ius dandi habent etc., XIII, 127.
Tit. VI. qui petant tutores vel curatores et vbi petantur, XIII, 131.
Tit. VII. de administratione et periculo tutorum et curatorum etc., XIII, 133.
Tit. VIII. de auctoritate et consensu tutorum vel curatorum, XIII, 154.
Tit. IX. quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conueniri possint, XIII, 160.
Tit. X. de suspectis tutoribus vel curatoribus, XIII, 161.

Liber

Liber XXVII.

Tit. I. de excusationibus, XIII, 168.
Tit. II. vbi pupillus educari vel morari debeat et de alimentis illi praestandis, XIII, 178.
Tit. III. de tutelae et rationibus distrahendis et vtili curationis causa actione, XIII, 179.
Tit. IV. de contraria tutelae et vtili actione, XIII, 210.
Tit. V. de eo, qui pro tutore, proue curatore negotia gessit, XIII, 213.
Tit. VI. quod falso tutore auctore gestum esse dicatur, XIII, 216.
Tit. VII. de fideiussoribus et nominatoribus, et heredibus tutorum et curatorum, XIII, 218.
Tit. VIII. de magistratibus conueniendis, XIII, 221.
Tit. IX. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis, XIII, 224.
Tit. X. de curatoribus furioso et aliis extra minores datis, XIII, 237.

Liber XXVIII.

Tit. I. qui testamenta facere possunt, et quemadmodum testamenta fiant, XIII, 252.
Tit. II. de liberis et posthumis heredibus instituendis et exheredandis, XIII, 386.
Tit. III. de iniusto, rupto, irrito facto testamento, XIII, 469.
Tit. IV. de his, quae in testamento delentur, inducuntur, vel inscribuntur, XIII, 513.
Tit. V. de heredibus instituendis, XIII, 516.
Tit. VI. de vulgari et pupillari substitutione, XIV, 1.
Tit. VII. de conditionibus institutionum, XIV, 46.
Tit. VIII. de iure deliberandi, XIV, 87.

Liber XXIX.

Tit. I. de testamento militis, XIV, 115.
Tit. II. de acquirenda vel omittenda hereditate, XIV, 177.

Tit. III. testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur, XIV, 217.
Tit. IV. si quis, omissa caussa testamenti ab intestato, vel alio modo possideat hereditatem, XIV, 230.
Tit. V. de Scto Silaniano et Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur, XIV, 245.
Tit. VI. si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit, XIV, 263.
Tit. VII. de iure codicillorum, XIV, 265.

Liber XXX. XXXI. XXXII.

Tit. I. de legatis et fideicommissis, XIV, 283.

Liber XXXIII.

Tit. I. de annuis legatis et fideicommissis, XIV, 351.
Tit. II. de vsu et vsufructu et reditu, et habitatione, et operis, per legatum, vel fideicommissum datis, XIV, 367.
Tit. III. de seruitute legata, XIV, 368.
Tit. IV. de dote praelegata, XIV, 369.
Tit. V. de optione vel electione legata, XIV, 372.
Tit. VI. de tritico, vino et oleo legato, XIV, 382.
Tit. VII. de instructo vel instrumento legato, XIV, 383.
Tit. VIII. de peculio legato, XIV, 388.
Tit. IX. de penu legata, XIV, 389.
Tit. X. de supellectile legata, XIV, 391.

Liber XXXIV.

Tit. I. de alimentis vel cibariis legatis, XIV, 393.
Tit. II. de auro, argento, mundo, ornamentis, vnguentis, vestimentis et statuis legatis, XIV, 397.
Tit. III. de liberatione legata, XIV, 397.
Tit. IV. de adimendis vel transferendis legatis, XIV, 407.
Tit. V. de rebus dubiis, XIV, 421.
Tit. VI. de his, qui poenae causa relinquuntur, XIV, 441.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0906
DFG

Tit. VII. de regula Catoniana, XIV, 443.
Tit. VIII. de his, quae pro non scriptis habentur, XIV, 445.
Tit. IX. de his, quae vt indignis auferuntur, XIV, 455.

Liber XXXV.

Tit. I. de conditionibus et demonstrationibus, et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur, XIV, 463.
Tit. II. ad Legem Falcidiam, XIV, 470.
Tit. III. si cui plus, quam per Legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur, XIV, 490.

Liber XXXVI.

Tit. I. ad Sctum Trebellianum, XIV, 491.
Tit. II. quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat, XIV, 550.
Tit. III. vt legatorum seu fideicommissorum seruandorum causa caueatur, XIV, 558.
Tit. IV. vt in possessionem legatorum vel fideicommissorum seruandorum causa esse liceat, XIV, 563.

Liber XXXVII.

Tit. I. de bonorum possessionibus, XV, 1.
Tit. II. si tabulae testamenti nullae extabunt, XV, 23.
Tit. III. de bonorum possessione furioso, infanti, muto, surdo, coeco, competente, XV, 24.
Tit. IV. de bonorum possessione contra tabulas, XV, 30.
Tit. V. de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita, XV, 48.
Tit. VI. de collatione bonorum, XV, 49.
Tit. VII. de collatione dotis, XV, 55.
Tit. VIII. de coniungendis cum emancipato liberis, XV, 56.
Tit. IX. de ventre in possessionem mittendo, et curatore eius, XV, 57.
Tit. X. de Carboniano edicto, XV, 57.

Tit.

Tit. XI. de bonorum possessione secundum tabulas, XV, 59.
Tit. XII. si a parente quis manumissus sit, XV, 65.
Tit. XIII. de bonorum possessione ex testamento militis, XV, 66.
Tit. XIV. de iure patronatus, XV, 66.
Tit. XV. de obsequiis parentibus et patronis praestandis, XV, 67.

Liber XXXVIII.

Tit. I. de operis libertorum, XV, 68.
Tit. II. de bonis libertorum, XV, 68.
Tit. III. de libertis vniuersitatum, XV, 69.
Tit. IV. de adsignandis libertis, XV, 69.
Tit. V. si quid in fraudem patroni factum sit, XV, 69.
Tit. VI. si tabulae testamenti nullae extabunt, vnde liberi, XV, 70.
Tit. VII. vnde legitimi, XV, 82.
Tit. VIII. vnde cognati, XV, 84.
Tit. IX. de successorio edicto, XV, 87.
Tit. X. de gradibus et adfinibus et nominibus eorum, XV, 91.
Tit. XI. vnde vir et vxor, XV, 119.
Tit. XII. de veteranorum et militum successione, XV, 119.
Tit. XIII. quibus non competat bonorum possessio, XV, 120.
Tit. XIV. vt ex Legibus Senatusconsultis bonorum possessio detur, XV, 120.
Tit. XV. quis ordo in possessionibus seruetur, XV, 120.
Tit. XVI. de suis et legitimis heredibus, XV, 127.
Tit. XVII. ad Sctum Tertullianum et Orphitianum, XV, 152.

Liber XXXIX.

Tit. I. de noui operis nunciatione, XV, 347.
Tit. II. de damno infecto et suggrundiis et protectionibus, XV, 355.

Tit. III. de aqua et aquae pluuiae arcendae actione, XV. 358.
Tit. IV. de publicanis et vectigalibus et commiſſis, XV, 361.
Tit. V. de donationibus, XV, 362.
Tit. VI. de mortis cauſa donationibus et capionibus, XV, 406.

Liber XL.

Tit. I. de manumiſſionibus, XV, 418.
Tit. II. de manumiſſis vindicta, XV, 418.
Tit. III. de manumiſſionibus quae, ſeruis ad vniuerſitates pertinentibus, imponuntur, XV, 418.
Tit. IV. de manumiſſis vindicta, XV, 418.
Tit. V. de fideicommiſſariis libertatibus, XV, 418.
Tit. VI. de ademtione libertatis, XV, 418.
Tit. VII. de ſtatu liberis, XV, 418.
Tit. VIII. qui ſine manumiſſione ad libertatem peruenerunt, XV, 418.
Tit. IX. qui et a quibus manumiſſi liberi non fiunt, et ad Legem Aeliam Sentiam, XV, 418.
Tit. X. de iure aureorum annulorum, XV, 418.
Tit. XI. de natalibus reſtituendis, XV, 418.
Tit. XII. de liberali cauſa, XV, 418.
Tit. XIII. quibus ad libertatem proclamare non licet XV, 418.
Tit. XIV. ſi ingenuus eſſe dicetur, XV, 418.
Tit. XV. ne de ſtatu defunctorum poſt quinquennium quaeratur, XV, 418.
Tit. XVI. de colluſione detegenda, XV, 418.

Liber XLI.

Tit. I. de acquirendo rerum dominio, XV, 418.
Tit. II. de acquirenda vel amittenda poſſeſſione, XV, 476.
Tit. III. de vſurpationibus et vſucapionibus, XV, 497.
Tit. IV. pro emtore, XV, 540.

Tit.

Tit. V. pro herede vel pro possessore, XV, 540.
Tit. VI. pro donato, XV, 540.
Tit. VII. pro derelicto, XV, 540.
Tit. VIII. pro legato, XV, 540.
Tit. IX. pro dote, XV, 540.
Tit. X. pro suo, XV, 540.

Liber XLII.

Tit. I. de re iudicata et de effectibus sententiarum et de interlocutionibus, XV, 542.
Tit. II. de confessis, XV, 657.
Tit. III. de cessione bonorum, XV, 663.
Tit. IV. quibus ex causis in possessionem eatur, XV, 664.
Tit. V. de rebus auctoritate iudicis possidendis, XV, 664.
Tit. VI. de separationibus, XV, 699.
Tit. VII. de curatore bonis dando, XV, 701.
Tit. VIII. quae in fraudem creditorum facta sunt, vt restituantur, XV, 707.

Liber XLIII.

Tit. I. de interdictis, siue extraordinariis actionibus, quae pro his competunt, XV, 715.
Tit. II. quorum bonorum, XV, 717.
Tit. III. quod legatorum, XV, 720.
Tit. IV. ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, XV, 721.
Tit. V. de tabulis exhibendis, XV, 721.
Tit. VI. ne quid in loco sacro fiat, XV, 725.
Tit. VII. de locis et itineribus publicis, XV, 725.
Tit. VIII. ne quid in loco publico, vel itinere fiat, XV, 725.
Tit. IX. de loco publico fruendo, XV, 725.
Tit. X. de via publica, et si quid in ea factum esse dicatur, XV, 725.

Tit.

Tit. XI. de via publica et itinere publico reficiendo, XV, 725.
Tit. XII. de fluminibus, ne quid in flumine publico, ripaue eius fiat, quo peius nauigetur, XV, 725.
Tit. XIII. ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque vti priori aestate fluxit, XV, 725.
Tit. XIV. vt in flumine publico nauigare liceat, XV, 725.
Tit. XV. de ripa munienda, XV, 725.
Tit. XVI. de vi et vi armata, XV, 725.
Tit. XVII. vti possidetis, XV, 727.
Tit. XVIII. de superficiebus, XV, 730.
Tit. XIX. de itinere actuque priuato, XV, 732.
Tit. XX. de aqua quotidiana et aestiua, XV, 734.
Tit. XXI. de riuis, XV, 736.
Tit. XXII. de fonte, XV, 737.
Tit. XXIII. de cloacis, XV, 738.
Tit. XXIV. quod vi aut clam, XV, 739.
Tit. XXV. de remissionibus, XV, 741.
Tit. XXVI. de precario, XV, 741.
Tit. XXVII. de arboribus caedendis, XV, 742.
Tit. XXVIII. de glande legenda, XV, 742.
Tit. XXIX. de libero homine exhibendo, XV, 743.
Tit. XXX. de liberis exhibendis, item ducendis, XV, 744.
Tit. XXXI. de vtrubi, XV, 745.
Tit. XXXII. de migrando, XV, 746.
Tit. XXXIII. de Saluiano interdicto, XV, 748.

Liber XLIV.

Tit. I. de exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis, XV, 750.
Tit. II. de exceptione rei iudicatae, XV, 756.
Tit. III. de diuersis temporalibus praescriptionibus et accessionibus possessionum, XV, 757.
Tit. IV. de doli mali et metus exceptione, XV, 770.
Tit. V. quarum rerum actio non datur, XV, 770.

Tit.

Tit. VI. de litigiosis, XV, 770.
Tit. VII. de obligationibus et actionibus, XV, 770.

Liber XLV.

Tit. I. de verborum obligationibus, XV, 771.
Tit. II. de duobus reis constituendis, XV, 772.
Tit. III. de stipulatione seruorum, XV, 778.

Liber XLVI.

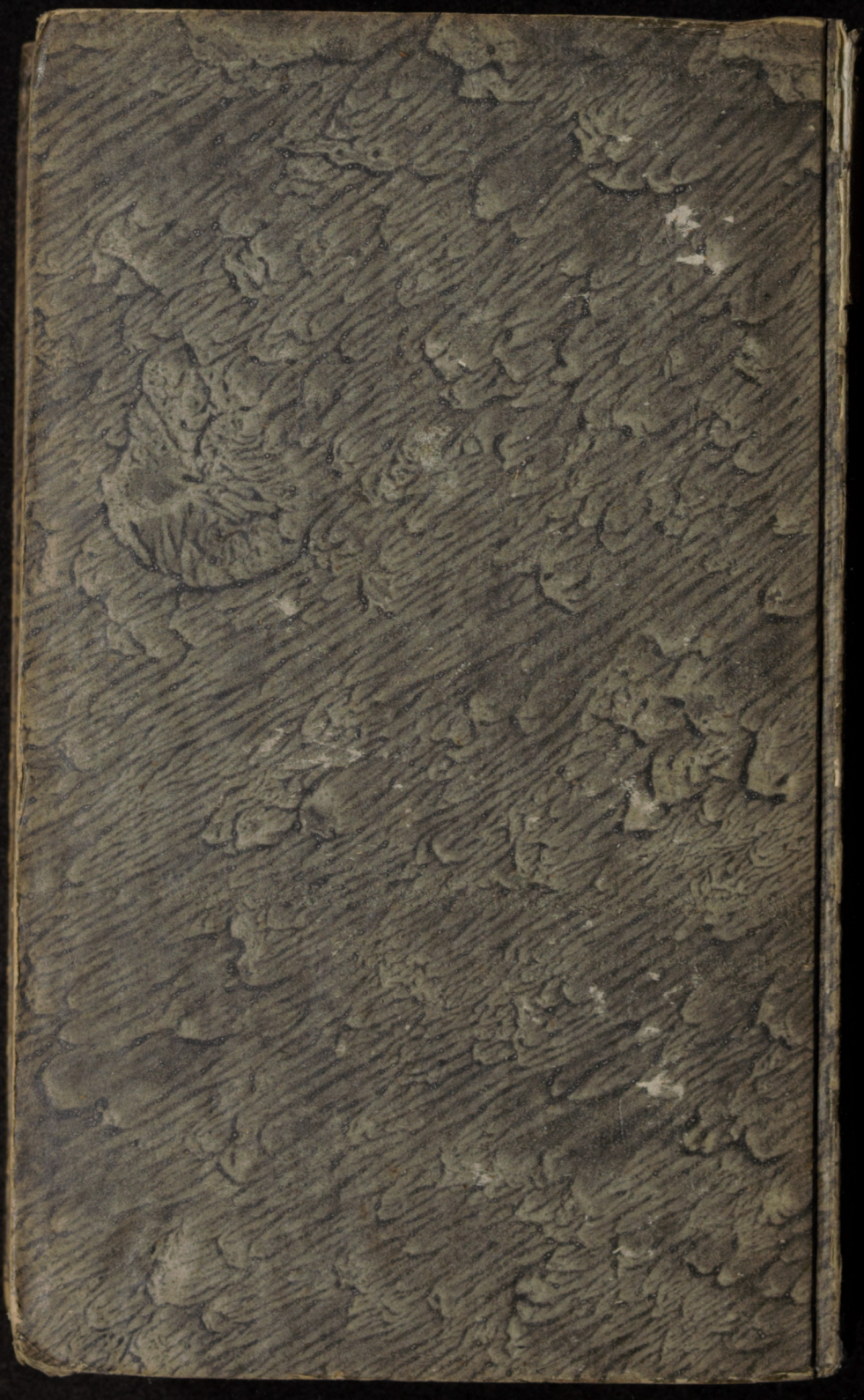
Tit. I. de fideiussoribus et mandatoribus, XV, 779.
Tit. II. de nouationibus et delegationibus, XV, 788.
Tit. III. de solutionibus et liberationibus, XV, 796.
Tit. IV. de acceptilatione, XV, 806.
Tit. V. de stipulationibus Praetoriis, XV, 806.
Tit. VI. rem pupilli vel adolescentis saluam fore, XV, 806.
Tit. VII. iudicatum solui, XV, 806.
Tit. VIII. ratam rem haberi et de ratihabitione, XV, 806.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0912
DFG

15 Lib

217

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685418/phys_0915
DFG



Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de
/rosdok/ppn1701685418/phys_0916
DFG

et aquae pluuiae arcendae actione,

icanis et vectigalibus et commissis,

onibus, XV, 362.
is causa donationibus et capionibus,

Liber XL.

nissionibus, XV, 418.
missis vindicta, XV, 418.
missionibus quae, seruis ad vniuersita-
bus, imponuntur, XV, 418.
umissis vindicta, XV, 418.
ommissariis libertatibus, XV, 418.
itione libertatis, XV, 418.
u liberis, XV, 418.
ne manumissione ad libertatem perue-
418.
a quibus manumissi liberi non fiunt,
Aeliam Sentiam, XV, 418.
ureorum annulorum, XV, 418.
libus restituendis, XV, 418.
rali causa, XV, 418.
us ad libertatem proclamare non licet

enuus esse dicetur, XV, 418.
statu defunctorum post quinquennium
V, 418.
llusione detegenda, XV, 418.

Liber XLI.

rendo rerum dominio, XV, 418.
irenda vel amittenda possessione, XV,

pationibus et vsucapionibus, XV, 497.
itore, XV, 540.

Tit.