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

Theoretisch-practischer Commentar über die Pandecten nach Anleitung des Hellfeldschen Lehrbuchs

1. Th., 1. Abth.

Leipzig: Barth, 1796

http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010

Band (Druck) Freier Zugang PUBLIC DOMAIN

II.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0001
DFG

K. f — 186 (1)

K. f. — 186. (1.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0002
DFG

Theoretisch-practischer

Commentar

über die

Pandecten

nach

Anleitung des Hellfeldschen Lehrbuchs

von

Christian Heinrich Gottlieb Köchy,
der Weltweisheit und der Rechte Doctor.



Ersten Theils erste Abtheilung.

Leipzig,
bey Johann Ambrosius Barth,
1796.

Const. 3 Jome ex auct. – inf.

Ex libris
Ferd. Kämmerer, Dr.

Ex
Bibliotheca
Academiae
Rostochiensis

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0006
DFG

Dem

Herrn Oberhofgerichtsassessor und Professor

D. Haubold

in Leipzig

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0007
DFG

als ein Zeichen

der

vorzüglichsten Hochachtung und dankbarsten Verehrung

gewidmet

von

dem Verfasser.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0008
DFG

Vorrede.

Mein Endzweck bey dem vorliegenden Werke gehet vorzüglich dahin, den rechtsbeflissenen Jünglingen ein Buch in die Hände zu geben, dessen sie sich zur leichtern Vorbereitung und Wiederholung des mündlichen academischen Vortrags mit Nutzen bedienen können. Um diese Absicht zu erreichen, bemühete ich mich, in gedrungener Kürze eine möglichst vollständige Darstellung des Pandectenrechts nach Ordnung des so allgemein beliebten Hellfeldschen Lehrbuches, welches so viel mir wissend auf den mehresten deutschen Academien den Vorlesungen über die Pandecten zum Leitfaden dienet, zu liefern. Indem ich den eben angezeigten Plan beständig verfolgte, würde es freylich sehr zweckwidrig gewesen seyn, wenn ich überall neue Ideen aufzufinden und in Umlauf zu bringen mir hätte wollen angelegen seyn lassen, inzwischen suchte ich doch den Fehler mancher Rechtslehrer, welche

nach den in neuern Schriften vorgetragenen Lehrsätzen ohne eigenen Prüfungsgeist begierig haschen, sorgfältig zu vermeiden. Nicht aus Eitelkeit, sondern aus Wahrheitsliebe habe ich von den Meinungen jetzt lebender Rechtsgelehrten hin und wieder freymüthig abzugehen mich bewogen gefunden, wobey ich indessen die einem jeden Gelehrten so sehr zu empfehlende Bescheidenheit nie aus den Augen gesetzt zu haben erachte. Bey der Ausführung der abgehandelten Rechtsmaterien sowohl überhaupt, als insbesondere bey der Erörterung streitiger Rechtsfragen ist jederzeit auf die Gesetze selbst hauptsächlich Rücksicht genommen worden, um den rohen Anfänger an das Studium der Quellen frühzeitig zu gewöhnen, dessen Vernachlässigung ohnstreitig eine gänzliche Verwahrlosung in den Anfangsgründen des Civilrechts zur Begleiterin hat. Vorzüglich merkwürdige Gesetze wird man nicht selten mit Rücksicht auf die besten Hülfsmittel, wohin die Fragmente des antejustinianeischen Rechts, die Glosse, die Basiliken und die Werke der eleganten Rechtslehrer gehören, erkläret finden, daher denn auch hoffentlich an mehreren Orten verschiedene Bemerkungen anzutreffen seyn werden, die selbst den critischen Forscher interessiren dürften. Auf die Litteratur habe ich zwar bey jeder Materie hingewiesen, allein mit Fleiß wollte ich um deswillen nicht verschwenderischer bey Anführung derselben seyn, oder mein Buch mit mehreren Citaten ausschmücken, weil ich es bey Werken dieser Art für hinlänglich halte, wenn der Leser mit einigen der neuesten und besten Schriften bekannt gemacht wird.

Aus-

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0010
DFG

Ausnehmend wird es mich freuen, wenn unpartheyische Kenner die gegenwärtige ohne Zweifel nicht fehlerfreye Arbeit vorzüglich von diesen Seiten ihrer geneigten Aufmerksamkeit würdigen, und mit solchen Bemerkungen und Erinnerungen beurtheilen werden, welche mich lehren, wie ich dieselbe in der Folge zweckmäßiger einrichten könne. Uebrigens besorge ich nicht, man werde mich wegen meines Unternehmens unter die blinden Verehrer der gewöhnlichen Methode rechnen, nach welcher bey den Lehrvorträgen über das römische Recht solche Compendien zum Grunde geleget werden, in welchen die Materien nach derjenigen Ordnung auf einander folgen, die Tribonian in den Pandecten zu beobachten für schicklich befunden hat. Die Bemühungen der Rechtsgelehrten, welche durch neue Lehrgebäude des Civilrechts eine glückliche Reform jener bisher gebräuchlichen Methode einzuführen suchen, und die zu diesem Rechtstheile gehörigen Wahrheiten in ein natürliches und ungezwungenes System zu bringen sich bemühen, verkenne ich um so weniger, je mehr ich allen Zusammenhang in den Pandecten vermisse und überzeuget bin, daß die Pandecten vielleicht eben so zweckmäßig von dem letzten Buche bis zu den erstern hinauf, als von dem ersten Buche bis zu den letztern hinunter in den Vorlesungen erkläret werden können. So lange aber gleichwohl die alte Lehrart noch nicht verdränget ist, und so lange man immer noch fortfähret, fast auf allen deutschen Universitäten über das Hellfeldsche Compendium Vorlesungen zu halten,

wird

wird an und für sich selbst dem vorliegenden Werke die Nutzbarkeit nicht abgesprochen werden können, wenn nach dem vernünftigen und unpartheyischen Urtheile des gelehrten Publicums bey der Bearbeitung desselben die Absicht nicht gänzlich verfehlet seyn sollte, welche der Verfasser zu erreichen suchte.

Leipzig im April 1796.

D. C. H. G. Köchy.

Ein-

Einleitung.

Unter den in Deutschland geltenden auswärtigen oder recipirten Gesetzen, welche als Quellen der heutigen Privatrechtsgelehrsamkeit anzusehen sind, behauptet das römische Recht einen ganz vorzüglichen Platz. Es ist mir zu meinem Zwecke hinreichend, an dem gegenwärtigen Orte einige kurze Bemerkungen über die Theile und den Gebrauch desselben mitzutheilen, weil die Rechtsgeschichte als ein Anfangscollegium für den künftigen Juristen in eigenen Vorlesungen gelehret zu werden pflegt, und ich folglich die Kenntniß derselben bey meinen Lesern billig voraus setzen kann a).

In der weitläuftigen Bedeutung verstehet man unter dem römischen Rechte den Inbegrif derjenigen Gesetze, die in dem römischen Staate von

a) Wissenschaftliche Bearbeitungen der römischen Rechtsgeschichte sind von mehreren Schriftstellern geliefert worden, unter welchen *Bach Histor. iurisprud. rom. IIII. Libb. comprehensa*, (Lipſ. 1782.) die meiste Aufmerksamkeit verdienet; denn ohnstreitig hat dieser nicht nur seine Vorgänger übertroffen, sondern auch die meisten seiner Nachfolger hinter sich gelassen. Mit ihm ist zu verbinden *Haubold Historia iur. rom. tabb. synoptt. sec. Bachium concinnatt. inlustrata*, (ibid. 1790.) Die vollkommene Zweckmäßigkeit, welche überall in diesen Tabellen angetroffen wird, bezeichnet unverkennbar den ausnehmenden Scharfsinn ihres würdigen Verfassers, und lässet mich sehr zweifeln, ob andere ähnliche Versuche je ihr Glück machen dürften.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0013
DFG

von dessen erster Gründung an bis auf den erfolgten völligen Untergang des griechischen Kayserthums gültig gewesen sind. Nach diesem allgemeinen Begriffe werden α) die **antejustinianeischen**, β) die **justinianeischen**, und γ) die **postjustinianeischen** römischen Gesetze damit angezeigt. Wenn man es hingegen im engern Verstande nimt, so bezeichnet es lediglich den Inbegrif der zu Justinians Zeiten in dem römisch-griechischen Kayserthume gültig gewesenen Gesetze, welche in dem justinianeischen Rechtskörper angetroffen werden.

Ohngeachtet lediglich dieser letztere in dem corpore iuris ciuilis enthaltene Theil der römischen Legislation als gemeines Recht in Deutschland recipirt worden ist, so darf man gleichwohl um deswillen das Studium der in dem römischen Staate sowohl vor als nach Justinians Zeiten gültig gewesenen Gesetze keinesweges vernachlässigen. Aus dem alten römischen Rechte ist der größte Theil des justinianeischen Rechts geschöpfet worden b), und folglich sind die auf unsere Zeiten gekommenen Fragmente desselben dem critischen Gesetzausleger unentbehrlich, um von den Compilatoren verstümmelte oder interpolirte Gesetzstellen des römischen Rechtskörpers zu ergänzen, wieder herzustellen und zu verbessern, imgleichen die durch Unwissenheit der Abschreiber in den Text eingeschlichenen Glosseme und Tribonianismen von den ächten Worten der Gesetze gehörig zu unterscheiden c). Die Kenntniß des postjustinianeischen Rechts ist aus dem Grunde nöthig, weil dieses größtentheils auf das justinianeische sich beziehet, und in dem letztern manche Dunkelheit durch die Hülfe des erstern gehoben werden kann d).

Was zuvörderst das antejustinianeische Recht anbetrifft, so sind dahin zu rechnen:

1) Die

b) *Benedictus a Jesu Christo Nouae vindicc. dignit. et auctor. iur. ciuil. art. II. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. V. p. 1323. sqq.)*

c) *Walch Nott. ad Eckhardi hermeneut. iur. Lib. I. cap. VI. §. 263. p. 476. sqq.*

d) *Fabrotus Apologia pro graecis βασιλικῶν interprett. eiusdem exercitt. XX. praemissa, (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. III. p. 1142. sqq.)*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0014
DFG

1) Die Reliquien der königlichen Gesetze, welche von den Königen gegeben, und auf den comitiis curiatis durch die Stimmen des römischen Volks bestätiget wurden. Nach erfolgter Vertreibung der Könige veranstaltete Papirius eine Sammlung derselben, welche ihrem Redacteur zu Ehren *ius ciuile Papirianum* genannt wurde e).

2) Die Fragmente der zwölf Tafelgesetze, mit denen es folgende Bewandniß hat. Als der römische Staat nach Abschaffung der königlichen Würde eine bis zum Jahre 727. fortdauernde republicanische Verfassung erhalten hatte, wurden im Jahre 302. decemuiri legibus scribendis ernannt, die aus altrömischen Herkommen und griechischen Rechten ein Gesetzbuch entwarfen, welches wegen der auf zwölf ehernen Tafeln verfügten Publication mit der Benennung leges XII. tabularum bezeichnet wurde f).

3) Die Fragmente des beständigen Edicts, (*edicti perpetui*), welches auf Hadrians Befehl von dem Rechtsgelehrten Salvius Julianus aus den Edicten der Prätoren excerpirt, und im Jahre Christi 131. als ein Gesetzbuch publicirt wurde g).

 4) Die

e) *Glück de iure ciuili papiriano, (in Eiusdem opuscc. fascic. II.* Erlang. 1786.) Fragmenta legum regiarum et iuris papiriani liefert *Hoffmann Histor. iur. Tom II. p. 1. sqq.*

f) Die beste Ausgabe der von den zwölf Tafelgesetzen vorhandenen Fragmente ist die, welche *Gothofredus quatuor fontt. iur. ciuil. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. III. p. 25. sqq.)* besorget hat. Sehr sorgfältig hat dieser Rechtsgelehrte die Bruchstücke der gedachten Gesetze nicht nur mit beständiger Rücksicht auf die einzelnen Tafeln zusammen getragen, sondern auch selbige mit ganz fürtrefflichen Anmerkungen versehen. Am ausführlichsten und vollständigsten hat sie indessen *Bouchaud Commentaire sur la loi des douze tables*, (a Paris 1787.) erkläret.

g) *Gothofredus l. l. p. 241. sqq.* hat die Ordnung des Edicts am besten gezeigt, und um die Wiederherstellung desselben haben sich *Ranchinus Edict. perpet. a Saluo Jul. compositi. (in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon Tom III. p. 235. sqq.)* und *Hoffmann Histor. iur. l. l. p. 305. sqq.* vorzüglich verdient gemacht. Heineccius wollte die Fragmente desselben mit einem Commentar erläutern; allein sein Tod hinderte ihn an der Vollendung des angefangenen Werkes, und es ist daher nur unvollständig in den *opuscc. posthumm.* dieses Rechtslehrers vorhanden.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0015
DFG

4) Die Ueberbleibsel einzelner römischer Gesetze, wohin z. B. die lex *Voconia* h), lex *Aelia Sentia* i), lex *Mamilia finium regundorum* k), und andere mehrere Gesetze gehören.

5) Die Bruchstücke des gregorianischen und hermogenianischen Coder. In dem gregorianischen Coder, welcher von seinem Verfasser Gregorius l) so genannt worden ist, waren die Verordnungen der römischen Kayser vor Constantin enthalten. Der hermogenianische Coder, welcher von seinem Verfasser Hermogenianus m) den Namen erhalten hat, scheinet ein Supplement des gregorianischen gewesen zu seyn n). Gregorius hatte nämlich, wie aus den vorhandenen Fragmenten

h) *Perizonius Diss. de lege Voconia, feminarumque apud veteres hereditatibus,* (*in Eiusdem Dissertt. triade cura Heineccii ed.* Halae 1732.) *Hertelius Diss. ad leges Voconiam et Falcidiam,* (Jenae 1742.) *Wieling Lectionn. iur. ciuil. Lib. II. cap. XVIIII. sqq. p.* 183. *sqq.*

i) *Heineccius Antiquitt. romm. Lib. I. tit. VI.*

k) *Saxius Diss. ad legem Mamiliam finium regundorum,* (Vltrai. 1777. rec. Lipſ. 1782.)

l) Wer dieser Gregorius eigentlich gewesen sey, lässet sich nicht mit völliger Gewißheit bestimmen; wahrscheinlich ist es indessen, daß er, wie *Gothofredus Prolegomm. ad Cod. Theod. cap. II.* vermuthet, der nämliche Gregorius sey, welcher unter Constantin dem großen um das Jahr 336. *praefectus praetorio* gewesen. Anderer Meinung ist *Pancirollus de claris legg. interprett. Lib. I. cap. LXV.* indem er behauptet, Gregorius sey unter den Kaysern Valens und Gratian praefectus annonae und Proconsul in Afrika gewesen. Selbst über den eigentlichen Namen des Gregorius wird gestritten; denn so behaupten einige römische Geschichtschreiber, wohin *Brunquell Histor. iurisprud. rom. Part. I. cap. XIII. §. 3.* 10. und *Bach Histor. iurisprud. rom. Lib. III. cap. III. §.* 4. p. 532. *sq. ed. nouiss.* gehören, er habe nicht Gregorius, sondern Gregorianus geheißen. Sehr gründlich hat diese widerleget *Walch Nott. ad Eckhardi hermeneut. iur. Lib. I. cap. VI. §.* 263. p. 481. *sq.*

m) Ueber die Person dieses Hermogenianus urtheilen die Rechtsgelehrten sehr verschieden. Man sehe *Pancirollus l. l. Menagius Amoenitatt. iur. ciuil. cap. XI. p.* 62. *sqq. Gothofredus l. l. cap. I.* Einige leugnen sogar, daß ein Hermogenianus der Sammler des gedachten Coder sey, und behaupten, es habe ihn ein gewisser Hermogenes verfasset. *Kirchmeyer Elogg. et electt. vett. iurisconsultorum,* p. 13. *Cuiacius Obseruu. et emendd. Lib. II. cap. XXVII. p.* 48. *sq.*

n) *cf. Pohl Comment. de codicibus Gregoriano atque Hermogeniano,* (Lipſ. 1777.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0016
DFG

menten hervor gehet, die kayserlichen Verordnungen von Hadrian bis auf Constantin den großen gesammlet; Hermogenianus colligirte nur diejenigen, welche in jener Sammlung nicht befindlich waren, insonderheit die von den Kayfern Diocletian und Maximian erlassenen Verordnungen o).

6) Die Fragmente des theodosianischen Codex, einer Sammlung seit Constantin gegebener kayserlichen Verordnungen, die Theodosius der jüngere im Jahre 438. für das morgenländische Reich als ein Gesetzbuch bekannt machen ließ, und welcher Valentinian III. für das abendländische Reich ebenfalls gesetzliche Kraft beylegte p).

7) Die Bruchstücke der alten römischen Rechtsgelehrten, welche außer dem justinianeischen Gesetzbuche aufbehalten worden sind. Hieher sind nicht nur 1) *Caii Institt. Lib II.* 2) *Pauli Sententt. receptt. ad fil. Libb. V.* und 3) *Tituli ex corpore Vlpiani XXVIIII.* zu rechnen q); sondern es muß dahin auch 4) *Mosaicar. et romm. legg.*

o) Die Fragmente dieser beyden Sammlungen liefert *Schultingius Iurisprud. vet. anteiustin. p. 681. sqq. ed. nouiss.*

p) *Gothofredus* hat die Fragmente des theodosianischen Codex am vollständigsten herausgegeben, und mit einem schönen Commentar erläutert, wovon die neueste Edition unter dem Titel: *Codex Theodosianus, adiectis nouellis posttheodosianis, cum Com. Jac. Gothofredi, cura Jo. Dan. Ritteri, Tomi VI.* (Lipsiae 1736 — 45.) erschienen ist. Der berühmte Ritter hat den Werth seiner fürtrefflichen Ausgabe dadurch ausnehmend erhöhet, daß er dem sechsten Theile derselben die Novellen der römischen Kayser vor Justinian, welche noch nach dem theodosianischen Codex in den Jahren 439. bis 468. bekannt gemacht worden sind, hinzufügte und selbige mit einem schätzbaren Commentar begleitete. Einige in der Ritterschen Edition des theodosianischen Codex fehlende, vorher nie gedruckte Novellen der Kayser Theodosius II. und Valentinian III. haben *Zirardini Inpp. Theodosii iunioris et Valentiniani III. nouellae leges, caeteris anteiustinianeis, quae in Lipsiensi anni 1745. vel in anterioribus edd. vulgatae sunt, addendae,* (Fauent. 1766.) und *Amadutius Leges nouellae V. anecdotae Inpp. Theodosii iunioris et Valentiniani III. cum caeterarum etiam Nouellarum editarum titulis,* (Romae 1767.) aus einer ottobonianischen Handschrift mit erklärenden Anmerkungen herausgegeben.

q) Man sehe α) *Meerman Specim. animaduerss. criticc. in Caii Institt. secundis curis auctius. Adcedit Caii Institt. summarium a Petro Aegidio Antver-*

legg. conlatio r), imgleichen 5) *Modestini Regular. fragm. vnicum*, 6) *Fragmentum regularum ex veteri Iurisconsulto*, 7) *Consultatio veteris cuiusdam Iurisconsulti*, und endlich 8) *Papiani Responsorum liber* s) referirt werden t).

Nachdem wir von den Ueberresten des antejustinianeischen Rechts gehandelt haben, so wird nun gegenwärtig der Ordnung nach der zweyte Hauptheil des römischen Rechts, in der weitern Bedeutung dieses Wortes, welchen das in dem corpore iuris ciuilis enthaltene justinianeische Recht ausmacht, nach seinen einzelnen Theilen zu betrachten seyn v). Hieher gehören:

1) die Institutionen, welche bekanntlich in den meisten Ausgaben des römischen Rechtskörpers den ersten Platz einnehmen. Zum Behuf eines kürzern Abrisses des Rechtssystems für Anfänger übertrug Justinian die Abfassung derselben dem Tribonian, Theophilus und Dorotheus, welche in Beziehung auf das Arrangement ihrer Arbeit das Muster des Caius befolgten. Auch sind die Justitutionen des Caius

verpienſi primum publici iur. fact. nunc vero iterum, et emendatius quidem, in lucem edit. β) *Julii Pauli Sententt. receptt. ad fil. Libb. V. cum nott. Petri Fabri nondum antea editt. Eiusdemque obseruu. pariter anecdotis in nott. Jac. Cuiacii ad easdem Pauli Sententt.* γ) *Tituli ex corpore Domitii Vlpiani XXVIIII. cum nott. Petri Fabri, Eiusdemque obseruu. in nott. Jac. Cuiacii ad eosdem Vlpiani Titt. item animaduerss. nonnullis Gerardi Meerman, (in Eiusdem Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. VII. p. 669. sqq.)*

r) *Herm. Cannegieter Com. ad fragmm. vet. iurisprud. quae exstant in conlatione legg. mosaicar. et romm.* (Franequer. 1765.) *Jo. Cannegieter Domitii Vlpiani fragmm. lib. singular. regg. et incerti auctoris conlatio legg. mosaicar. et romm.* (Trai. ad Rhen. 1768.)

s) *Amadutius l. l.*

t) Alle diese Fragmente hat *Schultingius Iurisprud. vet. anteiustin.* (Lipſ. 1737.) gesammlet, und theils mit erklärenden Noten verschiedener berühmter Rechtsgelehrten begleitet, theils mit eigenen Anmerkungen erläutert.

v) *cf. Riccius Tr. de librorum iur. rom. tam ciuil. quam canon. quantitate et qualitate*, (Regiom. 1657.) Hermann *Historia corporis iuris Justinianei*, oder historische Nachricht von den Institutionen, Pandecten, Codex und Novellen, (Jena 1731.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0018
DFG

Cajus als eine Hauptquelle derselben zu betrachten, wiewohl sie größtentheils aus Excerpten der früher verfertigten justinianeischen Pandecten bestehen x). Sie wurden lateinisch y) in vier Bücher abgetheilet, jedes Buch in Titel, und jeder Titel in Abschnitte, von welchen der erste *proemium* oder *principium* genannt wird, die folgenden aber Paragraphen heißen. Die Bekanntmachung derselben erfolgte am 21. November des Jahres 533. und gesetzliche Bestätigung erhielten sie am 30. December desselben Jahres z).

2) Die Pandecten, ein Lehrgebäude des römischen Rechts, welches Justinian unter der Aufsicht des Tribonian durch sechzehen Rechtsgelehrte aus den Rechtsprincipien vierzig älterer römischer Scribenten, hauptsächlich solcher, die seit Hadrians Zeiten gelebt und geschrieben hatten,

x) *Augustinus Emendd. et opinn. Lib. I. cap. V.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. IIII. p.* 1446. *sqq.*)

y) Zur Erklärung des lateinischen Textes dienet die griechische Paraphrase des Theophilus, der aller Wahrscheinlichkeit nach der nämliche Rechtslehrer ist, welcher Mitarbeiter an den Institutionen war. *cf. Sammet Coniecturae de Theophili vita et* Ερμηνεια *Institt.* (*in Eiusdem opuscc. num. VIII. p.* 211. *sqq.*) Die beste Ausgabe dieser Paraphrase ist die, welche Reiz in zwey Bänden zu Haag 1752. besorget hat.

z) Unter den Commentatoren über die Institutionen verdienen vorzüglich folgende bemerket zu werden. *Balduinus Institt. iur. ciuil. Comm. eiusdem ad legg. Romuli et legg. XII. tabb. libb. II. quibus fontes iur. ciuil. explicantur, cum nott. Petrei Herdesiani*, (Frcf. 1582.) *Broeus Expositt. in Libb. IIII. Institt. in tres partes distinctae*, (Paris. 1622.) *Giphanius Com. in Institt. adced. Com. de Iustiniano Inp. et rer. romm. index historicus*, (Frcf. 1629.) *Alteserra Breuis et enucl. exposit. in Institt. Justiniani libb. IIII.* (Tolosae 1664.) *Merillius Com. in Institt. Iustiniani, adiecta Institt synopsi ex MSS. Merillii a Claudio Mougin concinnata, et praef. Trotzii*, (Vltrai. 1739.) *a Costa Com. ad Institt. iur. ciuil. adcedunt nott. Theod. Marcilii et Marc. Ant. Mureti: item Tatii Alpini Diss. de furto per lancem et licium concepto, cur. Rückeri*, (Lugd. Bat. 1744.) *Vinnius Com. ad Institt. cum praef. et animaduerss. Heineccii*, (Lugd. 1747). *Otto Com. et nott. criticc. ad Justiniani Institt. libb. IIII. cur. Jselini*, (Basil. 1760.) *Huber Praelectt. siue exposit. iur. Justinian. Pars I. exhibens Institt. inpp.* (Frcf. et Lipf. 1749.) *Hoppius Comment. ad Institt. Justinn. cum nott. et introd. in lect. Institt. Walchii*, (Frcf. 1772.) Höpfner theor. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. (Frkf. 1796.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0019
DFG

hatten, excerpiren ließ a). Es wurden die Stellen der alten Juristen meistens wörtlich beybehalten und nur da, wo es wegen der veränderten Verfassung nothwendig schien, von den Compilatoren abgeändert. Vorzüglich machte man dergleichen Veränderungen in den Excerpten, welche emblemata Triboniani genannt werden b), sodann, wenn in den Quellen solche rechtliche Grundsätze enthalten waren, die zu Justinians Zeiten nicht mehr zur Anwendung kommen konnten, oder wenn etwas in selbigen fehlte, das unter Justinians Regierung Rechtens war, und folglich hinzu gesetzt werden mußte c). Daß die Originalsprache der Pandecten die lateinische sey, lässet sich aus dem Grunde nicht bezweifeln, weil sie aus lateinisch abgefaßten Schriften der ältern römischen Rechtsgelehrten zusammen getragen worden sind; ohne Zweifel hat man indessen auch einige ursprünglich in griechischer Sprache geschriebene Gesetze in selbige aufgenommen, von welchen die gemeinen Ausgaben größtentheils mit Hinweglassung des griechischen Textes nur eine lateinische Uebersetzung enthalten d). Als diese

a) Ein ausführliches Verzeichniß der alten Juristen, deren Schriften als Quellen der Pandecten zu betrachten sind, giebt *Wieling Jurisprud. restit. Part. I. p. 72. sqq.* Zwar findet sich auch in der Florentinischen Handschrift der Pandecten ein Namenregister dieser Rechtsgelehrten; allein es ist sehr unvollständig. *cf. Kettembeil Index Pandect. florent. barbariei e medio aeuo ad nos transmiss.* ἀπορρῆς, (Francohus. 1755.)

b) *Wissenbach Emblemata Triboniani, cum praef. Heineccii,* (Halae 1736.) Adcedit *Wybonis Diss. de Triboniano ab emblematibus Wissenbachii liberato,* (Vltrai. 1729.) *Meister de principio cognoscendi emblemata Triboniani, (in Eiusdem opuscc. num. XIIII.)*

c) *van Bynkershoek Obseruu. iur. rom. Lib. VII. cap. X. p. 216. sqq. Lib. VIII. cap. XV. p. 333. sqq.* Ein Beyspiel enthält die *L. vlt. §. 1. D. de Senator.* wo Ulpian von der Distinction der Senatoren in inlustres, spectabiles und clarissimos redet, die erst lange nach ihm aufkam. *Henr. Ernstius Breuium adnott. in lib. I. Dig. num. XXXXIIII. (in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. VI. p. 851.)*

d) Mit den scheinbarsten Gründen behauptet *Jensius Stricturr. ad rom. iur. Pandect. et Cod.* (Lugd. Bat. 1764.) der lateinische Originaltext der Pandecten sey nicht mehr vorhanden; denn er sey in die griechische Sprache übersetzet worden, und darauf verlohren gegangen. Erst nachher habe man die griechische Uebersetzung wieder in die lateinische Sprache übergetragen, und nur diese Uebersetzung der Uebersetzung sey auf unsere Zeiten gekommen. Ohnstreitig ruhet aber diese Hypothese, wie Bach unparth.

diese Gesetzsammlung vollendet war, wurde sie am 16. December des Jahres 533. unter dem Namen *Pandectae* oder *Digesta* bekannt gemacht, und am 30. December desselben Jahres gesetzlich bestätiget. Das Wort *Pandectae* ist aus dem Griechischen von πάν (alles) und δέχομαι (in sich fassen) zu deriviren, und passet demnach ganz eigentlich auf das gedachte Werk, weil es ein vollständiger Inbegrif aller brauchbaren Rechtsprincipien seyn soll, die in den Schriften der alten römischen Juristen befindlich waren. *Digesta* heißt es um deswillen, weil in ihm alle Rechtsmaterien, die in den ältern juristischen Büchern zerstreuet lagen, digerirt, oder nach einer gewissen Ordnung neben einander arrangirt seyn sollten e). Was die Abtheilungen der Pandecten anbetrifft, so zerfällt nun das ganze Werk in sieben Theile und funfzig Bücher, die Bücher in Titel, die Titel in einzelne kleinere Abschnitte, welche gemeiniglich *leges*, von einigen auch *capita* imgleichen *fragmenta* genannt zu werden pflegen, die Gesetze in Stücke, von welchen das erste *proemium* oder *principium*, die folgenden aber Paragraphen heißen. Justinian sagt zwar in der *L. 2. §. 1. C. de Vet. iur. enucl.* deutlich: *in* SEPTEM *partes eos* (libros Pandectarum) *digessimus non perperam, neque sine ratione*, und erkläret demnach ausdrücklich, er habe mit Fleiß und nicht ohne hinlängliche Ursache die Pandecten in sieben Theile zerleget; den Grund selbst aber giebt er nicht genau an, sondern lässet ihn aus dem Nachsatze: sed in numerorum naturam et artem respicientes, et consentaneam eis diuisionem partium conficientes, nur errathen. Wahrscheinlich beziehen sich diese Worte auf die Heiligkeit, welche von den Alten, und mit ihnen von dem leichtgläubigen Justinian der Zahl sieben zugeeignet wurde. Der erste Theil, welchen der Kayser mit

unparth. Critik über jurist. Schriften, Band I. St. III. S. 163. ff. und *Walch Nott. ad Eckhardi hermeneut. iur. Lib. I. cap. III. §. 107. p. 171.* gründlich gezeiget haben, auf sehr schwachen Gründen.

e) In der *L. 3. §. 1. C. de Vet. iur. enucl.* sagt Justinian merklich: Quos libros *Digesta* seu *Pandectas* adpellauimus, ex eo, quod *legum habeant diuisiones et decisiones*; itemque ex eo, quod *omne in vnum congregatum receperint*, hanc eis adpellationem inponentes.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0021
DFG

mit der griechischen Benennung πρῶτα bezeichnet, begreifet die vier erstern Bücher, und der zweyte Theil die sieben folgenden; der dritte Theil enthält das zwölfte Buch bis zum neunzehnten; der vierte Theil das zwanzigste Buch bis zum sieben und zwanzigsten; der fünfte Theil das acht und zwanzigste Buch bis zum sieben und dreyßigsten; der sechste Theil das acht und dreyßigste Buch bis zum vier und vierzigsten; der siebente Theil das fünf und vierzigste Buch bis zum funfzigsten. Sonst sind die Pandecten auch noch von den alten Glossatoren in drey Theile abgetheilet worden, nämlich in das *digestum vetus*, *infortiatum* und *nouum*. Das digestum *vetus* erstrecket sich bis auf den zweyten Titel des vier und zwanzigsten Buches; das *infortiatum*, welches von einigen *infartiatum* genannt wird, gehet vom dritten Titel des vier und zwanzigsten Buches bis zum Ende des acht und dreyßigsten; und endlich das *nouum* läuft vom ersten Titel des neun und dreyßigsten Buches bis zum funfzigsten fort f).

3) Der

f) Von den Commentaren über die Pandecten, in welchen die einzelnen Gesetze derselben erkläret werden, führe ich hier als die vorzüglichsten an *Budaeus Adnott. priores et posteriores in Pandect.* (Lugd. 1563.) *Mornacius Obseruu. in XXIIII. libb. priores Dig.* (Paris. 1654.) *Eiusdem Synopsis XXVI. posteriorum libb. Pandect.* (ibid. 1660.) *Fabri Rationalia in Pandect. Tomi V.* (Lugd. 1663.) *Brunnemann Com. in quinquaginta libb. Pandect.* (Colon. 1752.) Sehr brauchbare Werke über das ganze Civilrecht nach Ordnung der Pandecten haben geliefert *Wissenbach Exercitt. ad L. libb. Pandect.* (Franequer. 1661.) *Franzkius Com. in XXI. libb. priores Pandect.* (Frcf. 1678.) *Hahnius Obseruata theoret. practt. ad Wesenbecii in libb. Dig. Com. et Bachouii nott. Pars I. et II.* (Helmst. 1706.) *Noodt Com. in libb. XXVII. Dig. (in Eiusdem Opp. Tom. II.)* *Schilterus Prax. iur. rom. in foro germ. iuxta ordin. ed. perpet. et Pandect. Justin.* (Frcf. 1733.) *Stryk Vsus modernus Pandect. Tomi IIII.* (Halae 1735-38.) *Huber Praelectt. iur. ciuil. sec. Dig.* (Frcf. et Lipſ. 1749.) *Voet Com. ad Pandect. Tomi II.* (Gen. 1769.) *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tomi III.* (Tubing. 1784.) *Boehmer Exercitt. ad Pandect. Tomi VI.* (Hanou. et Gotting. 1764.) *a Leyser Meditationes ad Pandect. Voll. XII.* (Lipſ. Brunſuig. et Guelpherb. 1772.) Hiemit ist zwar zu verbinden *Müller Obseruu. practt. ad Leyseri meditt. ad Dig. op. Tomi VI.* (Lipsiae 1786 — 93.) allein ohnstreitig stehet dieses Werk dem Leyser bey weitem nach, und ist überhaupt

von

3) Der *codex repetitae praelectionis*, welcher als eine neue verbesserte und vermehrte Ausgabe eines vorher gegangenen ältern Codex anzusehen ist. Im Jahre 528. befahl nämlich Justinian dem Tribonian, mit Hülfe neun anderer Rechtsgelehrten aus dem gregorianischen, hermogenianischen und theodosianischen Codex die brauchbarsten Constitutionen zu excerpiren, die neuern, erst nach der vom Kayser Theodosius veranstalteten Gesetzsammlung erschienenen Verordnungen hinzu zu fügen, und solchergestalt einen ganz neuen Codex zu verfertigen. Dieser Vorschrift zu Folge überreichten die zehen Juristen im folgenden Jahre 529. eine Sammlung dem Kayser, welcher dieselbe sofort im April des nämlichen Jahres unter dem Namen *codex Justinianeus* publicirte, und zu gleicher Zeit verordnete, daß auf den gregorianischen, hermogenianischen und theodosianischen Codex in den Gerichten fernerhin nicht Rücksicht genommen werden solle. Da aber Justinian nach Verfertigung dieses Gesetzbuches viele neue Verordnungen erlassen, und mehrere Constitutionen seiner Vorgänger aufgehoben hatte, so gab er dem Tribonian und vier andern Rechtsgelehrten einen zweyten Auftrag, nämlich den alten Codex zu revidiren, mit neuen Verordnungen denselben zu vermehren, insonderheit die funfzig Decisionen g) einzuschalten, die abgeschafften

von keinem sonderlichen Werthe. Mehrere Aufmerksamkeit verdienet *Hartleben Meditt. ad Pandect. quib. a Leyser meditt. varr. in capitt. refelluntur, vindicantur et supplentur, Vol. I. P. I. et II. fasc. I.* (Frcf. 1778 – 81.)

g) Unter den funfzig Decisionen verstehet man diejenigen vom Kayser Justinian erlassenen Verordnungen, in welchen gewisse zweifelhafte und unter den alten Rechtsgelehrten streitig gewesene Rechtsfragen entschieden worden sind. Der Grund ihrer Entstehung ist in der Compilation der Pandecten zu suchen. Denn als man an diesen arbeitete, zeigten sich bey vielen Rechtsmaterien verschiedene Meinungen und Widersprüche in den juristischen Schriften, die wohl vorzüglich durch die zu Augusts Zeiten entstandenen Secten veranlasset seyn mogten. Justinian gab daher funfzig Verordnungen, in welchen er durch den Tribonian die vorzüglichsten Rechtsfragen entscheiden ließ. Sie wurden zwar nicht auf einmal, sondern zu verschiedenen Zeiten ertheilet, aber ohne Zweifel doch nachher in eine Sammlung gebracht; denn in der §. *vlt. J. de Libert.* unterscheidet sie Justinian genau von den Constitutionen, und in der *§. 5. J. de Oblig. quae ex del. nasc.* imgleichen *L. vn. §. 10. C. de Caduc. toll.* führet er sie auch zusammen an. Dem codici repetitae praelectionis sind die gedachten Decisionen nicht selten nur theilweise und zerrissen eingeschaltet worden, daher denn

auch

Verordnungen wegzulassen, auch sonst nöthige Verbesserungen anzubringen, und auf diese Weise eine neue Ausgabe desselben zu besorgen. Dieser verbesserte Codex wurde im November des Jahres 534. unter dem Namen codex *repetitae praelectionis* als ein Gesetzbuch bekannt gemacht, und zugleich der codex *vetus* oder *primus* völlig abgeschafft, und dessen gerichtlicher Gebrauch verbothen. Er ist in zwölf Bücher eingetheilet; die Bücher zerfallen in Titel, die Titel in Gesetze, die Gesetze endlich in das *proemium* oder *principium* und in die Paragraphen. Viele Verordnungen, die theils durch Nachlässigkeit und Unwissenheit der Abschreiber, theils auch durch die Verwüstung der Zeit verlohren gegangen waren, sind erst in neuern Zeiten vom Augustinus, Cujacius, Charondas und Contius aus den griechischen Gesetzbüchern wieder hergestellet, und dem Codex von neuem inserirt worden. Sie sind daran kenntlich, daß ihnen größtentheils die Inscription und Subscription fehlet. Auch trifft man in dem Codex nicht selten gewisse Zusätze an, die ihm nicht auf Justinians Befehl, sondern erst in neuern Zeiten eingeschaltet worden sind, und *authenticae* genannt werden. Diese Authentiken zerfallen in die justinianeischen und friedericianischen, je nachdem sie entweder in Auszügen aus Justinians Novellen bestehen, oder gewisse Verordnungen der Kayser Friedrich des ersten und des zweyten enthalten, wodurch gewisse Gesetze des Codex abgeändert oder vermehret worden sind. Jene sowohl als diese unterscheiden sich von den ächten legibus codicis durch die Cursivschrift, womit sie gedruckt sind, und durch die Inscriptionen. Ueber den justinianeischen Authentiken findet man die Novelle allegirt, aus der sie

auch die Rechtslehrer darüber dissentiren, ob sie sämmtlich in demselben befindlich sind. S. *Strauch Exercitt. ad quinquaginta deciss. Justin.* (Giessae 1676.) *Linglois Quinquaginta deciss. Inp. Justin. quae in sec. lib. Cod vsque ad non. diffusae, gnauiter redactae*, (Antw. 1661.) *Merillius Com. in quinquaginta deciss. Justin.* (ibid. 1622.) So viel bleibt inzwischen immer ausgemacht, daß eine Verordnung im Codex sodann unter die funfzig Entscheidungen gehöret, wenn sie α) eine Streitfrage der alten Juristen entscheidet; β) die Ueberschrift: Justinianus Juliano P. P. oder Joanni P. P. führet, und γ) die Unterschrift hat: Lampadio et Oreste Coss. oder anno primo post consulatum Lampadii et Orestis, oder anno secundo post consulatum Lampadii et Orestis. *cf. Schwarz Diss. de fastorum romanorum formula: post consulatum*, (Alt. 1735.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0024
DFG

sie genommen sind, und die friedericianischen führen die Ueberschrift: noua constitutio Friderici. Ueber die Frage: wer die Authentiken dem römischen Rechtskörper inserirt habe? ist von jeher ausnehmend gestritten. Der berühmte Abt Maurus Sarti h) hat indessen neuerlich mit unumstößlichen Gründen bewiesen, daß Irnerius der alleinige Verfasser der justinianeischen Authentiken ist, und selbige dem justinianeischen Codex in der Absicht beygefüget hat, um daraus zu ersehen, wie fern das ius codicis durch die Novellen sey abgeändert worden; daß aber die friedericianischen Authentiken auf Befehl des Kayfers Friedrich II. von mehreren spätern Rechtslehrern zu Bologna abgefasset, und dem codici repetitae praelectionis einverleibt worden sind, hat der gedachte Sarti i) ebenfalls sehr gründlich gezeiget k).

4) Die Novellen, oder diejenigen neuern Verordnungen, welche nach der Verfertigung des codicis repetitae praelectionis in den Jahren 535. bis 559. vom Kayser Justinian bekannt gemacht worden sind, und theils Abänderungen des alten Rechts enthalten, theils solche Fälle entscheiden, die in den vorhergehenden Gesetzbüchern, den Institutionen, den Pandecten und dem Codex nicht vorkommen. Ursprünglich waren sie zwar größtentheils in griechischer, und nur einige wenige in lateinischer Sprache

h) *Maurus Sartius de claris archigymnasii Bononiensis professoribus*, (Bonon. 1769. et 1772.) *in vita Irnerii*, §. 8. *sqq. T. I. P. I. p.* 15. *sqq.* Diese Biographie stehet auch abgedruckt in *Zepernick Biga libellor. authenticas Cod. repetit. praelect. earumque historiam inlustrantt.* (Halae 1788.) *p.* 114. *sqq.*

i) *l. l. in vita Hugolini Presbyteri*, §. 12. *sq. p.* 106. und bey *Zepernick l. l. p.* 178. *sqq.*

k) Commentare über den Codex haben geliefert *Giphanius Enarratt. et comm. in octo libb. Cod. Justin. legg. celebrior. et difficilior.* (Frcf. 1631.) *Cuiacius Nott. in VIIII. libb. prior. Cod.* und *Recitt. ad varr titt. Cod.* (*in Eiusdem Opp. Tom. II. P. I. et II.*) *Perez Praelectt. in XII. libb. Cod. Justin.* (Venet. 1738.) *de Amaya Comm. in III. posterior. libb. Cod. Justin* (Geneu. 1655.) *Brunnemann Com. in Cod.* (ibid. 1771.) Ueber die Authentiken haben commentirt *Pagenstecher Irnerius iniuria vapulans, seu com. ad authentic. codici Justinianeo per Irnerium vt nonnulli male putant, parum curate, quin et erronee adsutas, aut ab eodem perperam omissas*, (Groen. 1702.) *Richter Expositio omnium authentic. Cod. Justin. inserit.* (Viteb. 1675.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0025
DFG

abgefasset l), inzwischen ist das griechische Original lange Zeit hindurch unbekannt gewesen. Haloander hat es im Jahre 1531. zu Nürnberg unvollständig heraus gegeben; denn es fehlen in dieser Edition einige Novellen. Daher besorgte Scrimger eine neue Ausgabe, worin er nicht nur den griechischen Text mit Hülfe einer fürtrefflichen Handschrift, die der Cardinal Bessarion aus Griechenland nach Venedig gebracht, berichtiget, sondern auch überdem drey und zwanzig beym Haloander fehlende Novellen geliefert hat. Es existiren drey verschiedene lateinische Uebersetzungen der Novellen. Hieher gehöret 1) die Haloandrinische, um welche sich Agyläus, ein holländischer Rechtsgelehrter, durch angebrachte Emendationen und Supplemente sehr verdient gemacht hat m); 2) die Hombergkische, welche im Jahre 1717. unter dem Titel: *Novellae constitutiones D. Justiniani Sacr. Princ. ex graeco in latinum conversae et notis inlustratae*, zu Marburg erschienen ist; 3) die gemeine, welche in dem corpore iuris ciuilis angetroffen wird n). Das eigentliche Alter und der wahre Verfasser der letztern lässet sich nicht mit völliger Gewißheit bestimmen. Ohngeachtet diese gemeine Version von Wort zu Wort, ohne alle Rücksicht auf den Genius der lateinischen Sprache abgefasset, und voll grober Barbarismen und Fehler ist, so hat sie gleichwohl gesetzliches Ansehen in den Gerichten. Der Gerichtsgebrauch ziehet sie nicht nur den übrigen bessern Uebersetzungen, sondern selbst auch dem griechischen Originale vor, weil sie in dem corpore iuris ciuilis enthalten war,

l) *Hombergk zu Vach Diatr. de nouellar. constitt. Inp. Justin. lingua originaria*, (Marb. 1741.) Das Gegentheil behauptet *Hommel de textu nouellarum originario coniecturae*, (Lipſ. 1736.) Beyde Abhandlungen sind auch in *Zepernickii Del. scriptor. nouellas Justin. inlustrantt.* (Halae 1783.) befindlich.

m) *Nouellarum Justiniani princip. constitt. supplementum, antehac non editum, vna cum Haloandri ac Scrimgeri edd. conlat. per Henr. Agylaeum*, (Colon. 1560.)

n) Vorzüglich merkwürdig ist außer den angeführten Uebersetzungen die *epitome nouellarum Juliani*, oder der Auszug aus Justinians Novellen, welchen Julian, ein Rechtsgelehrter zu Constantinopel um das Jahr 570. in lateinischer Sprache verfertiget hat. Unter den vielen Ausgaben dieser epitome ist diejenige, welche *Francois Desmares* zu Paris 1689. veranstaltet hat, die beste.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0026
DFG

war, als dieses in Deutschland recipirt wurde o). Von den Glossatoren ist diese aus 168. Novellen bestehende Sammlung in neun Collationen, und jede Collation wieder in verschiedene Titel eingetheilet worden, von welchen jeder eine Novelle enthält. Die Titel einer jeden Collation sowohl, als die Novellen selbst sind numerirt, wiewohl mit dem Unterschiede, daß die Zahl der Titel mit einer jeden Collation sich endiget, die Zahl der Novellen hingegen von der erstern bis zur letztern ununterbrochen fort läuft. Jeder Titel ist zur leichtern Uebersicht des Inhalts und der Materie der in ihm enthaltenen Novelle rubricirt p); die meisten Novellen haben ihre besondere Inscription und Subscription, wovon jene größtentheils außer dem Namen des Kayfers diejenige Magistratsperson oder denjenigen Bischof, an welche oder an welchen die Novelle zur Bekanntmachung gesendet worden, anzeiget, diese aber den Ort und die Zeit der Ausfertigung bezeichnet. Die Novellen selbst sind in *praefationem*, *capita* und *epilogum* abgetheilet q).

5) Die dreyzehen Edicte Justinians, welche aber theils keine allgemeine Gesetze sind, sondern nur als beynahe ganz locale Verordnungen auf einige Provincen und Oerter des römischen Reichs sich beziehen, theils damalige Religionsstreitigkeiten entscheiden. Die Originalsprache derselben ist die griechische, aus welcher sie vom Agyläus in die lateinische übersetzet worden sind.

Den

o) *Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Prolegg. cap. I. §. 8. p. 10. Jq. ed. nouiss.* Das Gegentheil behauptet *de Cocceii Jus ciu. controu. Prolegg. quaest. IIII. p. 8 sqq. ed. nouiss.*

p) Ueber den Werth dieser Rubriken urtheilet *Cuiacius Obseruu. et emendd. Lib. XX. cap. XXXIII. p. 697. Jq.*

q) Von denen, die über die Novellen commentirt haben, bemerke ich hier folgende: *Rittershusius Jus Justinianeum, id est, nouellarum mixtarum Justiniani et aliorum quorumdam Inpp. augustor. methodica exposit.* (Argent. 1669.) *Cuiacius Nouellarum constitt. Inp Justiniani exposit.* (Lugd. 1579.) *cum Eiusdem Paratitl. in libb. VIIII. Cod.* (Paris. 1584.) *Stephani Exposit. siue Com. novellarum, cum notr. Brunnemanni*, (Viteb. 1700.) *Gudelinus Comm. de iure nouissimo libb. VI.* (Lucae 1780.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0027
DFG

Den dritten Hauptheil des römischen Rechts in der weitern Bedeutung dieses Wortes macht das postjustinianeische Recht aus. Außer vielen einzelnen Verordnungen der Nachfolger des Kayfers Justinian im griechischen Kayserthume, von welchen Bonefidius r) und Leunclavius s) eine große Anzahl gesammlet haben, imgleichen den eben nicht erheblichen Novellen der Kayser Justinus und Tiberius, die nach der Uebersetzung des Agyläus den mehresten Ausgaben des justinianeischen Gesetzbuches angehängt sind, gehören hieher vorzüglich:

1) die Basiliken, ein Gesetzbuch, welches vom Kayser Basilius Macedo in griechischer Sprache veranstaltet, und unter der Regierung seines Sohnes Leo des Philosophen im Jahre 880. vollendet und publicirt, sodann aber um das Jahr 910. vom Kayser Constantin Porphyrogennetus in einer verbesserten und vermehrten Ausgabe zum zweyten Male bekannt gemacht worden ist. Größtentheils bestehen die Basiliken, wie der Kayser Leo in dem Proemium derselben selbst sagt, aus einer Sammlung damals vorhandener griechischer Uebersetzungen der Institutionen, der Pandecten, des Codex und der justinianeischen Novellen t). Man extrahirte aus diesen Büchern und Gesetzen diejenigen Stellen, welche von einer und eben derselben Materie handeln, brachte sie unter gewisse Titel, und fügte diese Titel in beliebiger Ordnung zusammen. Das ganze Werk zerfällt in sechzig Bücher, und jedes Buch in Titel. Ohngeachtet mit den Unruhen im Orient die Basiliken sich unsichtbar machten, so haben gleichwohl verschiedene Rechtsgelehrte an der Wiederherstellung derselben gearbeitet. Außer dem Hervetus v) und Labbäus,

r) *Bonefidius de orientali iure Libb. III. graec. et lat.* (Parif. 1573.)

s) *Leunclauius Jus graeco-romanum, tam canon. quam ciu. cum auctario Freheri,* (Frcf. 1596.)

t) *cf. Suareſius Notitia baſilicorum, §. 24. ſqq. Bach Hiſtor. iuriſprud. rom. Lib. IIII. cap. II. §. 5. p. 658. ſq. ed. nouiſſ.*

v) *Gentiani Herueti Libb. VIII.* βασιλικῶν διατάξεων *ſ. inperiall. conſtitt. ex ſexaginta illis, in quos totum ius ciuile, auſpiciis Baſilii, Leonis Sapientis, ac denique Conſtantini Porphyrogennetae redactum eſt, Lib. XXXXV. XXXXVI. XXXXVII.*

bäus x), die sich mit der Bekanntmachung einzelner Bücher begnüget haben, gehöret hieher vorzüglich der berühmte französische Jurist Fabrottus y), welcher alle sechzig Bücher mit einer lateinischen Uebersetzung heraus gegeben hat. Viele Bücher sind indessen nicht authentisch. Fabrottus hat überhaupt nur **neun und dreyßig** Bücher ächt, und zwar **vier und dreyßig** vollständig, **fünf** aber unvollständig heraus gegeben; statt der fehlenden **ein und zwanzig** aber eine Art von Supplement geliefert, welches in einer Rhapsodie aus der Synopsis βασιλικῶν, den Scholien des Hermopolita, den Glossen der Basiliken und verschiedenen Handbüchern des griechischen Rechts bestehet z). **Vier** vollständige Bücher sind im Meermanschen Thesauro befindlich a).

2) Die Novellen des Kayſers Leo. Zuerst gab sie in ihrer griechischen Ursprache Scrimger im Jahre 1558. zu Basel heraus, und im Jahre 1561. erschien ebendaselbst eine lateinische Uebersetzung derselben von Agyläus. Die ganze Sammlung, welche überhaupt hundert und dreyzehen Verordnungen ausmacht, wurde nachher dem justinianeischen Gesetzbuche angehängt. Sie enthalten, wie schon die Ueberschrift derselben: Inperatoris Leonis Avgvsti novellae Constitutiones

XXXXVII. XXXXVIII. et mutili XXVIII. et XXVIIII. ex Cod. Anton. Augustini translati, (Paris. 1557.) *et cum Dionysii Gothofredi praefat. qua hor. libb. ratio indicatur et vtilitas explicatur*, (Hanou. 1606.) *adiectus est Lib. LX. Jac. Cuiacio interprete, cum Eiusd. ad Jo. Jac. Cambrayum epistola dedicatoria, quae ad historiam ed. Basilicor. facit.*

x) Βασιλικῶν *Libb. XXXVIII. et XXXVIIII. ex autographo Cuiacii, latine redditi, a Car. Labbaeo, additis variorum scholiis, indiceque titulorum libb. XXXVIII. XXXVIIII. XXXX XXXXI. et XXXXII.* (Paris. 1609.)

y) *Basilicorum Libb. LX. graece edidit, et in latinam linguam transtulit, et glossas vett. Iurisconsultorum addidit Car. Annib. Fabrottus, Voll. VII.* (ibid. 1647.)

z) *cf. Hoepfner Praetermissa quaedam de* βασιλικῶν *libb.* (Giessae 1774.)

a) *Basilicorum Libb. quatuor, XXXXVIIII. L. LI. et LII. ex Cod. MSS. reg. bibliothec. Parisiens. nunc primum integre edd. Latine vert. variantt. lectt. conleg. notisque critt. ac iuridd. addidit Gul. Otto Reitz*, (*in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. V. p. 1. sqq.*)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0029
DFG

STITVTIONES, AVT CORRECTORIAE LEGVM REPVRGATIONES, genugsam zu erkennen giebt, viele Abänderungen des vom Kayser Justinian gegebenen Civilrechts. So z. B. befugen sie Castraten und Frauenzimmer zu Adoptionen; sie erklären das Testament eines Verschwenders für gültig, wenn es vernünftig ist, u. d. m. Aller Wahrscheinlichkeit nach sind diese Novellen zwischen den Jahren 887. und 893. vom Kayser Leo selbst aufgesetzt, inzwischen nicht einzeln, sondern alle zugleich in derjenigen Sammlung bekannt gemacht, welche sich bis auf unsere Zeiten erhalten hat b).

Daß nur das römische Recht in der engern Bedeutung auf ein legales Ansehen in Deutschland Anspruch machen könne, und folglich nicht nur α) den Ueberbleibseln der zwölf Tafelgesetze; β) den Fragmenten der ältern Juristen, die nicht in die Pandecten aufgenommen sind; γ) demjenigen, was von dem edicto perpetuo, imgleichen von dem gregorianischen und hermogenianischen Codex auf unsere Zeiten gekommen ist, und δ) dem theodosianischen Codex, sondern selbst auch ε) dem ganzen postjustinianeischen Rechte die gesetzliche Auctorität mangele, beruhet außer Zweifel. Zwar behauptet Beck c), daß zum wenigsten den vorhin gedachten Novellen des Kayserś Leo eine verbindliche Kraft beyzulegen sey; allein ohnstreitig lässet sich auf die Argumente, welche er zur Bestärkung seiner Meinung anführet, so wenig eine allgemeine Reception derselben überhaupt, als eine Aufnahme einzelner Verordnungen dieser Art insbesondere mit Wahrheit begründen d). Daß manche in jenen Novellen enthaltene Rechtsprincipien in den Gerichten befolget werden, hat freylich seine unbestrittene Richtigkeit; ohne Zweifel befolget man sie aber keinesweges aus dem Grunde, weil sie Leo vorgeschrieben hat, sondern weil sie entweder dem päbstlichen Rechte angemessen sind, oder als ursprünglich deut-

b) *Zepernick Praetermissa de vita, rebus gestis et constitt. in primis nouellis Leonis sapient. Sect. III. §. 13.*

c) *Beck de nouellis Leonis philosophi earumque vsu et auctoritate, ex ed. et cum adnott. Zepernick*, (Halae 1779.)

d) *Seger Diss. de Leonis philosophi constitt. nouellarum auctoritate*, (Lipſ. 1767.) *Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Prolegg. cap. I. §. 9. p. 11. ed. nouiss.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0030
DFG

deutsche Grundsätze gegen das eingeführte römische Recht sich behauptet haben e). Die heutige Gültigkeit des justinianeischen Rechts in Deutschland ruhet übrigens ganz ohnstreitig keinesweges auf einer Promulgation, sondern ist lediglich ex receptione herzuleiten; denn eigentlich ist das corpus iuris ciuilis nur für das alte römische Reich und diejenigen Länder, welche der Herrschaft des Kayſers Justinian unterworfen waren, als ein Gesetzbuch publicirt worden, und folglich kann es an und für sich betrachtet uns lediglich verbinden, wie fern man es durch eine freywillige Aufnahme in Deutschland eingeführet hat f). Hauptsächlich ist diese Einführung theils durch die Meinung, als ob die einheimischen Rechte wegen ihrer Unvollständigkeit zur Entscheidung der vorkommenden Fälle nicht genügten, theils durch das Ansehen, welches sich die Glossatoren im zwölften Jahrhundert, da sie in Italien über das römische Gesetzbuch zu lehren und Glossen zu machen anfiengen, theils aber auch durch den irrigen Wahn, als ob das deutsche Reich mit dem alten römischen Reiche in Verbindung stehe, veranlasset und befördert worden g). Die Meinung verschiedener angesehener Rechtslehrer h), welche die in dem römischen Rechtskörper enthaltenen Verordnungen in Beziehung auf ihre verbindliche Kraft für Deutschland als leges non scriptas angesehen wissen wollen, gehöret ohnstreitig zu den irrigen Hypotheſen, die auf sehr unsichern und schwachen Gründen beruhen. Da nämlich das justinianeische Recht durch ausdrückliche Reichsgesetze legales Ansehen bekommen, und auf diese Weise zum gemeinen Reichsrechte sich qualificirt hat, so passet ja auf dasselbe unleugbar der Begrif eines geschriebenen Rechts ganz eigent-

e) *Zepernick Coniecturr. quib. ex cauſſ. nouellae Leonis ſapientis in germania receptae dici nequeant*, beym *Beck l. l. p. 403. ſqq.*

f) *Duck de vſu et auctoritate iuris ciuilis romanorum in dominiis principum chriſtianorum*, (Leod. 1679.) *a Senckenberg de receptione iuris romani in Italia et Germania*, (*in Eiuſdem method. iuriſprud. adpend. III.* Frcf. 1756.)

g) Pütter Abhandl. wie das justin. röm. Gesetzbuch in Deutschland zur gesetzlichen Kraft gediehen sey? (in deſſen Beyträgen zum deutschen Staats- und Fürstenrechte, Th. II. Num. XXIII. S. 30 ff.

h) *a Leyſer Meditt. ad Pandect. Vol. I. Specim. V. coroll. 2. p. 48. Sincerus Diſſ epiſtol de germm. legg. vett. ac rom. iur in re publica noſtra origine auctoritateque praeſenti*, (Lipſ 1682.) Der eigentliche Verfasser dieser von nicht gemeinen Kenntnissen zeugenden Abhandlung ist *Kulpiſius*, in deſſen *Diſputt. acadd. p. 32. ſqq.* selbige auch abgedruckt stehet *Keſtner Lib. de defectibus iur. commun. in re publica germanica*, (Rintel. 1718.) *probl. IIII.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0031
DFG

lich, wie fern man unter diesem ein solches Recht verstehet, dessen verbindliche Kraft auf den ausdrücklich bekannt gemachten Willen der gesetzgebenden Macht sich gründet i). Und weil das römische Recht in der Qualität eines geschriebenen Rechts zwar in complexu, jedoch nur in subsidium bey uns gilt, so bedarf freylich die Reception desselben in einzelnen vorliegenden Fällen so wenig eines Beweises, daß vielmehr für die Gültigkeit einer angeführten justinianeischen Verordnung in den Gerichten so lange die Präsumtion streitet, bis das Gegentheil behörig dargethan ist k), wenn aber gleichwohl besondere einheimische Reichsgesetze und Landesverordnungen, Statuten und Gewohnheiten in contrarium vorhanden sind, so prävaliren diese vernünftiger Weise, und das römische Recht muß sodann nachstehen l).

Obwohl die eben vorgetragene Theorie vom heutigen Gebrauche des justinianeischen Gesetzbuches an und für sich keinem gegründeten Zweifel unterworfen ist, so würde man dennoch sehr irren, wenn man in Gemäßheit jener Principien allen und jeden in den überhaupt recipirten Theilen des römischen Rechts enthaltenen Gesetzen verbindende Kraft zueigenen wollte. Die aus den Novellen hergenommenen Authentiken können, wie fern man sie für sich bestehend betrachtet, kein gesetzliches Ansehen behaupten, weil sie nicht unter öffentlicher Auctorität in das corpus iuris ciuilis übergegangen, sondern aus eigenem Antrieb des Irnerius dem Coder inserirt sind m). Harmoniren sie mit der Novelle, auf welche sie sich beziehen, so leidet zwar die Verordnung des Coder eine Abänderung; allein der Grund dieser Abänderung ist keinesweges in ihnen zu suchen, sondern ruhet lediglich auf der Novelle

i) *Kippingius Pr. de vsu et praestantia iurium in Inp. rom. germ. introductor. in primis rom.* (Jenae 1739) *Reuterus Diss. de quaest. an ius rom. ius positiu. ciuile in specie in germania esse possit?* (Halae 1751.) *Linck Dissertt. II. de iuris iustinianei receptione atque auctoritate in germania*, (Alt. 1679. *et* 1680.) *Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Prolegg. cap. I. §. 1. p. 1. sqq. ed. nouiss.*

k) *Hartleben Meditt. ad Pandect. Vol. I. Part. I. med. 1. 2. p. 86. sqq.*

l) *Hofacker Principp. iur. ciuil. rom. germ. Lib. I. cap. II. tit. II. §. 50. p. 41. sq.*

m) *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. I. Prolegg. §. 10. p. 18. ed. nouiss.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0032
DFG

velle selbst, welche als ein neueres Gesetz ohnstreitig vorgehet n). Wenn aber die authentica mit der Novelle nicht überein stimmet, so verstehet sich ganz natürlich die Ungültigkeit derselben schon von selbst, weil sie kein Gesetz ist, und folglich an sich keine Verordnung im Coder aufheben kann. Ohne Zweifel irret demnach Berlichius o) sehr, wenn er das Princip aufstellet: *textus authenticarum sunt praeferendi ipsis nouellis, ex quibus sunt desumti;* wenigstens sehe ich nicht ein, wie dieser Grundsatz nur einigermaßen gerechtfertiget werden könnte. Denn daß den Authentiken, wie Glück p) in Beziehung auf einige ältere Rechtslehrer behauptet, ex receptione eine gesetzliche Kraft und Gültigkeit zuzueignen sey, lässet sich mit der gesunden Vernunft schlechterdings nicht vereinigen, indem vernünftiger Weise nicht anzunehmen stehet, daß man bey der Reception des justinianeischen Rechtskörpers in Deutschland Irrthümer oder vorsätzliche Verfälschungen des Irnerius habe annehmen oder billigen wollen. Daß übrigens von den friedericianischen Authentiken ganz andere Grundsätze gelten, beruhet außer Zweifel, weil sie auf ausdrücklichen Befehl des Kayfers Friedrich II. dem römischen Gesetzbuche einverleibt, und nicht als Privatarbeiten zu betrachten sind q). Auch fehlet vermöge der allgemein als gültig anerkannten Regel: *quidquid glossa non adgnoscit, illud nec adgnoscit curia*, allen denjenigen Theilen und Stücken des römischen Rechtskörpers, welche nicht glossirt sind, die gerichtliche Auctorität. Im zwölften und dreyzehnten Jahrhundert suchten nämlich die bononiensischen Rechtsgelehrten die bey ihren Lehrvorträgen über das römische Recht zum Grunde gelegten justinianeischen Gesetzsammlungen mit schriftlichen Anmerkungen zu erläutern, und diese Anmerkungen wurden Glossen, so wie ihre Verfasser Glossatoren genannt. Irnerius, der erste unter diesen Glossatoren, wußte sich durch seinen annehmlichen mündlichen Vortrag großes Ansehen zu erwerben, und seine Glossen erhielten einen so allgemeinen Beyfall, daß sie selbst den Handschriften der justinianeischen Rechtsbücher gleich zwischen den Zeilen des Textes der Gesetzstellen beyge-

n) Weber Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des röm. Rechts, §. 9. S. 45. f.

o) *Berlichius Deciss. aurr. Part. II. decis. CCLXII. num.* 43. (Lipf. et Frcf. 1680.) *p.* 883.

p) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. I. §. 53. S. 327.

q) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 15. S. 28. f.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822198010/phys_0033 DFG

füget wurden r). Seine Schüler und verschiedene auf ihn folgende Rechtsgelehrte, wohin Martinus, Bulgarus, Placentinus, Pyleus, Azo, Odofredus und andere mehrere gehören, schrieben ebenfalls solche Glossen s). Accursius endlich, welcher auch zu Bologna die Rechte gelehret hatte, sammlete alle diese Anmerkungen, fügte seine eigenen hinzu, und auf diese Weise entstand die accursianische Glosse, welche zu einem ausnehmend großen Ansehen gelangte. In Deutschland wurde nun das römische Recht in der Gestalt aufgenommen, in welcher man es aus den Händen der Glossatoren bekam, daher denn auch ganz natürlich der angezogene Grundsatz: quidquid glossa non adgnoscit, illud nec adgnoscit curia, verschiedene sonst füglich anzuwendende Gesetzstellen keinesweges um deswillen unbrauchbar macht, als wenn die Anmerkungen des Accursius und seiner Vorgänger gesetzliche Kraft hätten, oder als wenn die Glossatoren es hätten bestimmen können, welche Gesetze gelten sollten, und welche nicht, sondern nur aus dem Grunde, weil die Glosse zum Wegweiser dienet, welche Verordnung der römische Rechtskörper zu der Zeit, als er in Deutschland recipirt wurde, in sich gefasset habe, indem sich hierauf die Reception, und mithin auch die verbindende Kraft der römischen Legislation beschränket t). Alle diejenigen Verordnungen nämlich, welche an sich betrachtet zwar größtentheils zum justinianeischen Rechte füglich referirt werden können, allein bey dessen Reception in Deutschland in dem römischen Rechtskörper, so wie er derzeit mit Glossen versehen war, nicht angetroffen, sondern nachher erst durch critische Bemühungen ergänzet worden sind, hat man nie als Gesetze aufgenommen. Dahin gehören nicht nur die in den Pandecten sowohl als dem Codex befindlichen leges restitutae, welche vom Augustin, Cujacius, Charondas und Contius aus den Basiliken und anderen Ueberresten des römisch-griechischen Rechts wieder hergestellet sind v), sondern auch die dreyzehen Edicte des

r) *cf. Wieling Orat. pro glossatoribus, (in Eiusdem Lectionn. iur. ciuil. p. 289. sqq.)*

s) *Bach Histor. iurisprud. rom. Lib. IIII. cap. III. Sect. II. p. 700. sqq. ed. nouiss.*

t) Weber Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römischen Rechts, § 14. S. 56.

v) *Klett Diss. de iuris Justin. placitis, quae vim legis non habent*, (Erlang. 1748.) *Eckhard Hermeneut. iur. Lib. I. cap. VII. §. 282. not. *). p. 517. sq. ed. nouiss.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0034
DFG

des Kayſers Juſtinian, und verſchiedene Novellen deſſelben x). Von den hundert acht und ſechzig Novellen, die im corpore iuris ciuilis angetroffen werden, enthielten die Handſchriften der alten Gloſſatoren nur acht und neunzig, und zwar folgende: 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 22. 23. 32. 33. 34. 39. 44. 46. 47. 48. 49. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 60. 61. 63. 66. 67. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100. 105. 107. 108. 109. 110. 111. 112. 113. 114. 115. 116. 117. 118. 119. 120. 123. 124. 125. 127. 128. 131. 132. 134. 143. und 159. Nur dieſe gloſſirten Novellen haben in Gemäßheit der mehr gedachten Regel: quidquid gloſſa non adgnoſcit, illud nec adgnoſcit curia, Gültigkeit in den Gerichten y); die übrigen ſiebenzig nouellae *reſtitutae ſ. non gloſſatae* hingegen können auf legale Auctorität ſchlechterdings keinen Anſpruch machen z).

Bey den wirklich recipirten Theilen des römiſchen Rechts verdienet hier zuvörderſt die Frage: was für eine Rangordnung der Verordnungen des juſtinianeiſchen Geſetzbuches unter einander im Falle des Widerſpruchs anzunehmen ſey? in nähere Unterſuchung gezogen zu werden. Wenn die Geſetze verſchiedener Sammlungen des aufgenommenen römiſchen Rechts in Colliſion gerathen, ſo gehen vermöge der bekannten Regel: *lex poſterior derogat priori*, die in der jüngern Sammlung enthaltenen Verordnungen den in der ältern Collection befindlichen Geſetzen vor, weil in ſolchem Falle jene als leges *poſteriores*, und dieſe als leges *priores* zu betrachten ſind. In Gemäßheit dieſes Princips müſſen 1) die gloſſirten Novellen als neuere Geſetze allen übrigen Verordnungen des juſtinianeiſchen Rechts, welche in dem Codex, den Pandecten

x) *Brunquell Hiſtor. iur. Part. II. cap. XI. §. 14. Zepernick Delect. ſcriptor. nouellas Juſtin. inluſtrantt. p. 331. ſqq.*

y) *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. I. Prolegg. §. 4. p. 20. ed. nouiſſ.*

z) *Bach Hiſtor. iuriſprud. rom. Lib. IIII. cap. I. §. 23. p. 609. ſq. ed. nouiſſ.* Das Gegentheil behauptet *Mencken Diſp. de nouellarum gloſſatarum et non gloſſatarum auctoritate iuris*, (Lipſ. 1707.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0035
DFG

decten und den Institutionen des Kayſers Justinian als vorhergehenden Sammlungen anzutreffen ſind, nothwendig vorgezogen werden. 2) Der Codex derogirt den Pandecten ſowohl als den Inſtitutionen, und zwar beyden ohne allen Unterſchied, weil derſelbe ſpäter promulgirt worden iſt, und mithin ohnſtreitig als ein neueres Geſetzbuch angeſehen werden muß a). Auf die Meinung der diſſentirenden Rechtsgelehrten b), welche die Allgemeinheit dieſes Princips zu beſchränken ſuchen, indem ſie den Vorzug des Codex nach dem Alter einzelner Verordnungen deſſelben beſtimmet wiſſen wollen, iſt aus dem Grunde keine Rückſicht zu nehmen, weil man überhaupt die verbindende Kraft eines Geſetzes keinesweges von der Zeit ſeiner Entwerfung, ſondern vielmehr nur von der Zeit ſeiner Bekanntmachung berechnen kann. 3) Die Inſtitutionen und Pandecten können einander eigentlich nicht derogiren, weil beyde zu gleicher Zeit geſetzliche Kraft erhalten haben c). Wenn indeſſen Widerſprüche unter ihnen vorhanden ſind, ſo müſſen in der Regel die Pandecten als die Quelle und das Original den Vorzug vor den Inſtitutionen behalten, wenn nicht deutlich hervor gehet, daß man in den Inſtitutionen von den Pandecten habe abweichen wollen d). Hat nämlich Justinian mit Vorſatz in den Inſtitutionen eine Verordnung der Pandecten abgeändert, ſo ſind jene als ein neueres Recht vorzuziehen; liegt hingegen bey vorkommenden Abweichungen ein Irrthum der Verfaſſer zum Grunde, indem ſie den Sinn der Pandecten entſtellet und unrichtig in die Inſtitutionen transferirt haben, ſo kann man nicht ohne Begünſtigung dieſes Irrthums behaupten, daß den Inſtitutionen vor den Pandecten der Vorzug gebühre e). Es iſt daher leicht einzuſehen, wie ungegründet die Meinung derjenigen

a) *Brunquell Hiſtor. iur. Part. II. cap. VIIII. §. 18 — 20. p. 263. Giphanius Tr. quaeſt. an codex obroget Pandectis, (in Gratiani de Gazzatoribus Lib. II. de conciliat. legg. Dig. et Cod.* Frcf. 618.) *Walch Introd. in controuerſſ. iur. ciuil. Prolegg. cap. I. §. 3. p. 6. ſq. ed. nouiſſ.*

b) *Galuanus Diſſertt. de vſufructu, cap. XXXI. num. 9. p. 398. ſqq. de Cocceii Jus ciu. controu. Prolegg. quaeſt. V. p. 12. ed. nouiſſ.*

c) *Hofacker Principp. iur. ciuil. rom. germ. Tom. I. Lib. I. cap. II. §. 37. p. 29.*

d) *Huber Praelectt. iur. ciuil. ſec. ordin. Inſtitt. Prooem. num. 10. p. 3. ed. nouiſſ. Hartleben Meditt. ad Pandect. Vol. I. Part. I. Specim. VI. med. 3. p. 93. ſqq.*

e) *Walch Introd. in contrōuerſſ iur. ciuil. l. l. §. 4. p. 7. ſq.* Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Inſtitut. §. 16. S. 31.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0036
DFG

gen Rechtslehrer f) sey, welche behaupten, daß beständig und ohne Ausnahme in Collisionsfällen den Pandecten durch die Institutionen derogirt werde. Bey Antinomien, die nicht in den Gesetzen verschiedener Collectionen angetroffen werden, sondern unter einzelnen Stellen der nämlichen Sammlungen vorkommen, hat man zuvörderst darauf zu sehen, ob Verordnungen des Codex und der Novellen, oder der Institutionen und Pandecten mit einander streiten. Im erstern Falle gehet vermöge der gedachten Regel: *lex posterior derogat priori*, die jüngere Novelle der ältern vor, und die ältere lex codicis stehet der jüngern nach; im letztern Falle hingegen lässet sich entweder das Zeitalter der streitenden Verordnungen bestimmen, oder nicht. Wenn jenes ist, so muß nach eben der Regel das neuere Recht dem ältern vorgezogen werden g); ist aber dieses, so hat man, wie Nettelbladt h) sehr richtig bemerket, diejenige Meinung zu befolgen, welche der Analogie des römischen Rechts am angemessensten ist, oder durch einen unzweifelhaften Gerichtsgebrauch gebilliget wird. Sollten aber gleichwohl die vorhandenen Antinomien hiernach nicht füglich auszumitteln stehen, so muß alsdann nothwendig die höchste Entscheidung der gesetzgebenden Macht dem Richter zur Norm dienen i)

Hiernächst kommt bey den wirklich aufgenommenen Theilen des römischen Rechts die Frage: ob von allen darin befindlichen Stellen noch heutiges Tages Gebrauch gemacht werden könne? vorzüglich in Betrachtung, weil sie in Beziehung auf eine richtige und schickliche Anwendung der justinianeischen Verordnungen allerdings von der größten Wichtigkeit ist k).

Wenn

f) *a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. I. Specim. V. coroll.* 3. *p.* 48. *de Cocceii Jus ciu. controu. l. l. p.* 10.

g) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. I. §. 80. S. 412.

h) *Nettelbladt Syst. iurisprud. posit. germm. commun. general. Lib. I. Sect. III. §.* 180. *p.* 104.

i) *Hofacker Principp. iur. ciuil. rom. germ. l. l. §.* 42. *p.* 33.

k) Sehr gründlich hat diesen Gegenstand neuerlich der berühmte Herr *D.* Weber in den mehr gedachten Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des röm. Rechts untersuchet.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0037
DFG

Wenn über den heutigen Gebrauch einer Stelle des römischen Rechts die Frage entstehet, so ist vor allen Dingen darauf zu sehen, ob sie eine wirkliche gesetzliche Disposition enthält, oder nicht. Im letztern Falle verbindet sie uns keinesweges; denn alle diejenigen Stellen, welche nicht als eigentliche gesetzliche Verfügungen angesehen werden können, sind unverbindlich, und es stehet einem jeden frey, nach eigener Ueberzeugung davon abzugehen. Aus diesem Grunde ist man an die im römischen Rechtskörper nicht selten vorkommenden dogmatischen und historischen Sätze nicht gebunden, wenn sie gleich, wie fern die Richtigkeit derselben außer Zweifel beruhet, mit ihren wesentlichen Folgen als wahr und gegründet anzuerkennen sind. Hingegen im erstern Falle hat man weiter darauf Rücksicht zu nehmen, ob und in wie fern die Stelle auf unsere heutige Verfassung und auf die jetzigen Zeiten oder Sitten passe. Denn wenn auch gleich das justinianeische Recht in complexu bey uns eingeführet worden ist, so bleibt es doch allemal ein fremder, auf deutschen Grund und Boden verpflanzter Rechtskörper, worin begreiflich manches enthalten ist, dem vernünftige Rechtsgelehrte den heutigen Gebrauch versagen müssen, ohne erst durch derogirende Landesgesetze dazu besonders angewiesen zu werden. Die heutige Anwendung der römischen Gesetze findet in dieser Hinsicht vorzüglich nur unter folgenden nähern Bestimmungen und Einschränkungen statt:

1) diejenigen Verordnungen des römischen Rechts, welche auf bloß römische, in Deutschland ganz unbekannte Sitten und Verfassungen sich beziehen, leiden eigentlich bey uns keine Anwendung. Vermöge dieses Grundsatzes fällt der heutige Gebrauch eines römischen Gesetzes hinweg, α) wenn das Object desselben gar nicht mehr existirt. Natürlicher Weise können demnach unter andern diejenigen Verordnungen, welche die Aemter der römischen Magistratspersonen betreffen, und solchergestalt lediglich die besondere Regimentsverfassung des römischen Staats, oder dessen Verwaltung zum Gegenstande haben, nicht zur Anwendung gebracht werden. β) Wenn der Hauptgrund des Gesetzes, ohne welchen dasselbe sich gar nicht denken lässet, gänzlich cessirt.

cessirt. Daher sind z. B. diejenigen Vorschriften des justinianeischen Rechts, welche auf das in Deutschland nie aufgenommene besondere Formularwesen der Römer bezogen werden müssen, heutiges Tages nicht adplicativ.

2) Auf solche Gegenstände und Rechtshandlungen, welche den Römern gänzlich unbekannt waren, und lediglich deutschen Ursprungs sind, lassen sich die römischen Gesetze nicht anwenden. Daß z. B. die unter deutschen Ehegatten herrschende Gemeinschaft der Güter, die Einkindschaft, die Erbleyhe, imgleichen die Patrimonialgerichtsbarkeit nicht nach römischen Grundsätzen behandelt werden könne, beruhet außer Zweifel.

3) Diejenigen Verordnungen des römischen Rechts, welche solche Gegenstände betreffen, die zwar den Römern eben so gut als den Deutschen bekannt waren, aber gleichwohl bey der Einführung des römischen Rechts von den Deutschen um deswillen, weil sie ihren Sitten ganz zuwider giengen, nicht aufgenommen worden sind, gelten heutiges Tages nicht. Bekanntlich erklären z. B. die römischen Gesetze alle Gattungen der Erbverträge, welche die künftige Succession in dem Vermögen mitschließender Personen betreffen, für ungültig, weil man theils von den frühesten Zeiten her bey den Römern alle Erbfolge als eine Staatssache zu betrachten gewohnt war, theils aber auch besorgte, daß die unwiderrufliche Verbindlichkeit solcher Conventionen lebensgefährliche Folgen für den Erblasser nach sich ziehen könne. Bey den Deutschen konnte aber so wenig jener willkührliche Grundsatz des Staatsrechts, als die argwöhnische Gesinnung oder irgend ein anderer Grund die verbindende Kraft

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0039
DFG

der Erbverträge zernichten; sie bedienten sich derselben um so mehr, da ihnen einseitige letztwillige Verordnungen fremd waren. Die nachherige Reception des justinianeischen Rechts hat auch nicht vermogt, der Gültigkeit dieser den künftigen Nachlaß eines noch lebenden Menschen berücksichtigenden Verträge etwas zu entziehen, daher denn ganz natürlich die römischen Gesetze in dieser Materie bey uns keine Anwendung leiden.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0040
DFG

LIB. I. TIT. I.

DE JVSTITIA ET JVRE.

§. 1.

Das Wort ius kommt in dem römischen Rechtskörper unter mancherley ganz heterogenen Bedeutungen vor, von welchen hier folgende als die hauptsächlichsten zu bemerken sind. Es bedeutet 1) ein Gesetz. Diese Bedeutung hat es z. B. in der bekannten Decemviralsanction: pater familias vti legassit, ita ius esto. Auch in der *L. 9. D. de Leg.* wo **Ulpian** sagt: non ambigitur, senatum ius facere posse, ist unter ius ein Gesetz zu verstehen. 2) Zeigt ius das Vermögen an, nach den Gesetzen etwas zu thun, welches man ein **Recht**, eine **Gerechtigkeit**, ein **moralisches Vermögen**, ein **Befugniß** nennt. So sagt man z. B. ius pignoris, ius viae, ius itineris, ius vtendi fruendi u. s. w. 3) Nimt man auch ius für einen Inbegrif mehrerer oder aller Gesetze von einerley Art. Auf diese Weise wird es im Titel der Institutionen *de Jur. nat. gent. et ciu.* genommen; die natürlichen Gesetze zusammen bilden das Recht der Natur (ius naturae), die römischen Gesetze zusammen machen das römische Recht (ius romanum), die Lehnsgesetze das Lehnrecht (ius feudale) aus u. s. w. 4) Wird mit dem Worte ius die Gerichtsstätte, wo der Prätor Recht sprach, bezeichnet. Unter dieser Bedeutung kommt es in den Titeln der Pandecten *de Interrogat. in iur. fac.* und *de In ius. voc.* vor. 5) Bezeichnet ius die Rechtsgelehrsamkeit. So wird es in dem gegenwärtigen Titel der Pandecten *de Just. et iur.* genommen, und eben diese Bedeutung legt man ihm auch im gemeinen Leben bey, wenn man von jemandem sagt, er sey ein studiosus iuris. 6) Wird auch, wie aus der *L. pen. D. h. t.* ersichtlich ist, unter ius dasjenige verstanden, was mit den Gesetzen übereinstimmet, und folglich entweder überhaupt recht und billig, oder wenigstens doch den Bürgern eines Staats nützlich ist. Auch sagt man in diesem Verstande, daß **etwas Rechtens sey**; z. B. es ist iuris, daß die Frau dem Manne folge, wenn dieser seinen Wohnort verändert. 7) Heißt ius auch so viel, als die Urthel, oder der Ausspruch

eines Richters. Diese Bedeutung hat es z. B. in den bekannten Redensarten ius dicere, ius reddere. 8) Bedeutet ius die moralische Eigenschaft eines Menschen, wodurch Rechte und Verbindlichkeiten begründet werden. Nonnumquam, sagt Marcian a), ius etiam pro necessitudine dicimus: veluti, est mihi ius cognationis vel adfinitatis; die Verwandschaft ist eine moralische Eigenschaft und ein Verhältniß gewisser Personen, wovon Rechte und Verbindlichkeiten abhängen b).

§. 2.

Von Erörterung der vornehmsten Bedeutungen des Worts ius gehen wir gegenwärtig nach Anleitung des Verfassers zum Begriffe, zur Eintheilung und zu den Quellen der Verbindlichkeit über. Zuvörderst wird hier der Grundsatz aufgestellet: iuri respondet obligatio, oder was einerley ist, ius et obligatio sunt correlata; d. h. die Existenz eines Rechts, wie fern man sich unter demselben Befugniß oder Gesetz denket, lässet sich ohne eine vorhandene Verbindlichkeit, diesem Rechte gemäß zu handeln, nicht annehmen. Denket man sich unter dem Worte **Recht** ein moralisches Vermögen, so exprimirt jener Grundsatz die Verpflichtung für andere, der Ausübung des Rechts keine Hindernisse in den Weg zu legen; nimt man hingegen das Wort **Recht** für Gesetz, so zeigt er die Verbindlichkeit an, die Vorschrift des Gesetzes zu befolgen.

Verbindlichkeit ist eine durch das Gesetz jemandem auferlegte Nothwendigkeit, etwas zu thun oder zu unterlassen c). Indem wir durch diesen Begrif den Grund aller Verbindlichkeit auf Gesetze zurückführen, so nehmen wir das Gesetz in der allgemeinen Bedeutung, nach welcher es sowohl das natürliche, als das bürgerliche Recht in sich fasset. Da übrigens das Gesetz nur solchen Handlungen, die sich auf

a) *L. vlt. D. de Iust. et iur. cf van der Muelen Exercitt. in tit. Dig. de Iust. et iur. et histor. Pomponii de orig. iur.* (Traj. ad Rhen. 1723. 4.) *p.* 321.

b) Ausser diesen angeführten Bedeutungen lassen sich aus einigen Stellen des römischen Gesetzbuches noch mehrere andere herleiten, die aber, wo nicht alle, doch größtentheils auf die angezeigten füglich sich zurückführen lassen. Ueber die hieher gehörigen Gesetzstellen sehe man Glück Erläuterung der Pandecten, Th. I. §. 1. S. 7. ff.

c) Der in dem *Pr. I. de Oblig.* enthaltene römische Begrif von der Verbindlichkeit lautet so: obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendae, secundum nostrae ciuitatis iura. Diese gesetzliche Definition ist viel zu eingeschränkt; sie fasset den Gegenstand nach seinem ganzen Umfange nicht in sich, und bezeichnet eigentlich nur solche Verbindlichkeiten, die bürgerlich wirksam und klagbar sind. Weber systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, (Schwer. u. Wism. 1795.) §. 1. S. 3. f.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0042
DFG

auf Freyheit gründen, zur Norm dienen kann und soll, so lässet sich eine Verbindlichkeit auch nur in Ansehung freyer Handlungen, und solcher, die sich auf Freyheit beziehen, denken; sie kann sich daher so wenig auf unmögliche Dinge erstrecken, als eine absolute Nothwendigkeit mit sich führen.

Die Verbindlichkeit wird in die **mittelbare** (*mediata*) und **unmittelbare** (*immediata*) eingetheilet. Unmittelbar nennt man diejenige Verbindlichkeit, von welcher der nächste Entstehungsgrund allein in der Verordnung eines Gesetzes angetroffen wird; daher pflegt man sie auch **gesetzliche Verbindlichkeit** (*obligatio legalis*) zu nennen. Mittelbar hingegen nennt man eine Verbindlichkeit, die nicht unmittelbar aus dem Gesetze entspringt, sondern eine moralische Handlung voraus setzt, wodurch die gesetzliche Nothwendigkeit erzeuget wird. So ist z. B. die Verbindlichkeit, gerichtliches Zeugniß abzulegen, ferner die Verbindlichkeit des Besitzers, eine Sache, die ein anderer in Anspruch nehmen und vindiciren will, vorzuzeigen (obligatio ad exhibendum) für unmittelbar zu achten; die Verbindlichkeit des Diebes aber, den angerichteten Schaden zu ersetzen, imgleichen die Verbindlichkeit des Bevollmächtigten, bey Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts den gehörigen Fleiß anzuwenden, ist mittelbar. Die unmittelbare oder gesetzliche Verbindlichkeit schließt nicht alles Factum gänzlich aus, nur muß dieses Factum nicht den nächsten Entstehungsgrund der Verbindlichkeit in sich enthalten, sondern dieser muß bloß aus gesetzlicher Disposition abgeleitet werden können d).

Die mittelbare Verbindlichkeit setzt allemal ein verbindliches Factum desjenigen voraus, dem sie obliegt, und zwar so, daß in demselben der nächste Grund der Wirklichkeit dieser Verbindlichkeit aufgesuchet werden muß. Diese obligatorischen Handlungen können theils **erlaubt**, theils **unerlaubt** seyn. Was den erstern Fall anbetrifft, so können diese erlaubten Handlungen nun wieder entweder in einem angenommenen Versprechen bestehen, oder in andern Arten erlaubter Handlungen. Wenn jenes ist, so hat man **conventionelle Verbindlichkeiten**; ist hingegen

d) Eben daher, daß man den unterscheidenden Character der mittelbaren und unmittelbaren Verbindlichkeit keinesweges überhaupt auf ein vorhandenes oder nicht vorhandenes Factum desjenigen, dem die Verbindlichkeit obliegt, begründet, sondern nur darauf sieht, ob der nächste Entstehungsgrund der Verbindlichkeit in einer Handlung, oder in einer gesetzlichen Disposition anzutreffen ist, ergiebt sich die Unrichtigkeit der Meynung einiger Rechtsgelehrten (Maurer juristische Abhandlungen und Beobachtungen, Samml. I. Aufs. I. S. 3. ff.) welche diese Eintheilung bestreiten, und behaupten, die ganze Theorie enthalte keine genaue Analyse, und sey nur auf dunkele Ideen gebauet, weil jede Verbindlichkeit ein Factum voraus setze. *Nettelbladt System. iurisprud. posit. germanor. commun. general.* § 295. 296. *p.* 176. *sq.* Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 730. S. 640. Weber a. a. O. §. 32. S. 97.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0043
DFG

dieses, so bestehen sie entweder in einem nicht angenommenen, sondern nur einseitig geschehenen Versprechen, oder in andern an sich erlaubten Handlungen, die zwar kein acceptirtes Versprechen involviren, gleichwohl aber aus besondern Gründen der natürlichen Billigkeit eine eben so vollkommene Wirkung haben, als wenn ein Vertrag wäre abgeschlossen worden. Jene nennt man **Verbindlichkeiten aus Pollicitationen**, bey welchen theils eine pollicitatio in specie sic dicta, theils ein votum zum Grunde liegen kann; diese im Gegentheil heißen **Verbindlichkeiten** *quasi ex contractu*. Was hiernächst den zweyten Fall anbetrifft, wo die mittelbaren Verbindlichkeiten aus unerlaubten Handlungen entstehen, so sind diese entweder wahre Verbrechen, die ihren Urhebern moralisch zugerechnet werden können, oder sie sind nur uneigentliche Verbrechen. In dem erstern Falle nennt man sie *obligationes, quae ex delicto nascuntur*; in dem zweyten Falle *obligationes quasi ex delicto* e).

§. 3.

Die Verbindlichkeiten werden in Beziehung auf ihre Wirkung in **vollkommene** und **unvollkommene** eingetheilet, je nachdem sie entweder von der Beschaffenheit sind, daß der Verbundene gerichtlich auf die Erfüllung derselben belangt werden kann, oder nicht f). Man pflegt jene auch **Zwangspflichten**, und diese **Liebespflichten** oder **Gewissenspflichten** zu nennen. Die Verbindlichkeit, abge-

e) Hiemit vergleiche man die römische Theorie. §. *vlt. J. de Oblig.* Obligationes aut *ex contractu* sunt, aut *quasi ex contractu*, aut *ex maleficio*, aut *quasi ex maleficio. L. 1. pr. D. de Oblig. et act.* Obligationes aut *ex contractu* nascuntur, aut *ex maleficio*, aut *proprio quodam iure ex variis causſarum figuris. L. 52. pr. D. eod.* Obligamur aut *re*, aut *verbis*, aut simul *vtroque*, aut *consensu*, aut *lege*, aut *iure honorario*, aut *necessitate*, aut ex *peccato*. Da bey den Römern Verträge an sich keine Klage begründeten, so konnten auch die römischen Juristen derselben, vermöge des Begrifs, den sie sich von einer Verbindlichkeit überhaupt machten, bey Bestimmung der Entstehungsart der mittelbaren Verbindlichkeiten nicht erwähnen. Wenn übrigens Cajus in der angezogenen *L. 1. pr. D. de Oblig. et act.* die Verbindlichkeiten theils aus einem Contract, theils aus einem Verbrechen, theils proprio quodam iure ex variis causſarum figuris herleitet, so verstehet er unter dieser letztern Art solche, die sowohl unmittelbar aus den Gesetzen, als aus einem Quasicontract, oder aus einem Quasidelict entstehen. *cf. Schulting Nott. ad Caii Jnstitt. Lib. II. tit. 9 Preſſel Diſſ. de variis causſarum figuris*, (Jenae 1701.) §. 7. *sqq.*

f) Den eigentlichen wahren innern Unterschied der vollkommenen und unvollkommenen Pflichten nach dem Naturrechte hier zu untersuchen, und die verschiedenen Meynungen der Naturrechtslehrer über die Quellen derselben an dem gegenwärtigen Orte anzuführen, ist wider meinen Zweck. S. Schmalz Recht der Natur, Th. 1. (Königsb. 1795.) §. 36. S. 40. ff. Reinhold Briefe über die Kantische Philosophie, Band II. S. 195. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0044
DFG

geschlossene gültige Verträge zu halten, niemanden zu tödten oder zu bestehlen u. s. w. ist vollkommen; die Verbindlichkeit im Gegentheil, einem Verirrten den Weg zu zeigen, einem Armen Allmosen zu reichen u. s. w. ist unvollkommen; denn zur Erfüllung der erstern kann man vermittelst rechtmäßiger Zwangsmittel angehalten werden, zur Erfüllung der letztern aber nicht. Der Gesetzgeber ist befugt, unvollkommene Verbindlichkeiten zu bestätigen, und auf solche Weise die Unterthanen zu demjenigen, was an sich nur unerzwingliche Pflicht der Menschenliebe seyn würde, vollkommen zu verbinden, wie fern es die Wohlfarth des Staats erfordert. Es finden sich hievon in dem römischen Rechtskörper viele Beyspiele g).

Gleichwie die Verbindlichkeit in die vollkommene und unvollkommene eingetheilet wird, so ist auch das Recht, wie fern man sich unter demselben ein Befugniß denket, entweder ein vollkommenes, oder ein unvollkommenes. Jus perfectum heißt das, welches den Befugten zum Zwange berechtiget; inperfectum, bey welchem die Berechtigung zum Zwange fehlet. So hat z. B. jeder Mensch ein vollkommenes Recht auf das, was ihm jemand durch einen gültigen Vertrag versprochen hat, denn er darf ihn dazu zwingen; jeder hat ein vollkommenes Recht gegen andere, daß sie ihn nicht tödten oder bestehlen, denn er darf sie mit Gewalt davon abhalten. Der Verirrte im Gegentheil hat nur ein unvollkommenes Recht, die Anzeige des Weges von mir zu fordern, der Arme hat nur ein unvollkommenes Recht, Allmosen von mir zu begehren, weil mich niemand wider meine Neigung zu dem Entschlusse bestimmen kann, jenem den Weg zu zeigen, und diesem Allmosen zu geben.

§. 4.

Unter einem Gesetze in der allgemeinen Bedeutung des Worts verstehet man diejenige Vorschrift, welche den moralischen Handlungen zur Richtschnur vorgezeichnet ist. Vermöge dieses weitläuftigen Begriffs umfasset es nicht nur das positive Recht, sondern auch das natürliche, dessen sich der Mensch zugleich mit der nothwendigen Wirksamkeit der practischen Vernunft bewußt wird. Gesetz im eigentlichen und engern Verstande, worin es unser Verfasser in dem gegenwärtigen Paragraphen nimt, ist die vermöge der gesetzgebenden Gewalt im Staate auf die gehörige Art zu Stande gekommene Norm, nach welcher die Unterthanen ihre Handlungen einzurichten vollkommen verbunden sind h). Ein Gesetz in dieser Bedeutung

g) *cf. Breuning Specim. de ciuili obligatione et actione ex praeceptis honestatis*, (Lipſ. 1764.)

h) In der *L.* 1. *D. de Leg.* giebt Papinian von dem Worte *lex* folgende Erklärung: Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum: delictorum,

tung unterscheidet sich also merklich α) von einem **Rathe**; dieser wirket an sich eigentlich gar keine Verbindlichkeit i). β) Von den im römischen Rechtskörper häufig vorkommenden **dogmatischen Sätzen**; denn ein Gesetzgeber kann wohl den äussern freyen Handlungen seiner Unterthonen eine Richtschnur ertheilen, keinesweges aber durch seine Disposition einer vernünftigen Ueberzeugung und dem Verstande Fesseln anlegen k). γ) Von einem **Vertrage**, weil bey ihm die vollkommene Verbindlichkeit aus dem Versprechen entstehet, da im Gegentheil bey einem Gesetze im eigentlichen Verstande die vollkommene Verbindlichkeit auf dem Willen des Oberherrn ruhet. δ) Von den *suasionibus legis*, oder solchen Sätzen, die lediglich unvollkommene Verbindlichkeiten exprimiren, oder wodurch zu erkennen gegeben wird, daß man sein Recht nicht auf das strengste verfolgen soll. Ein treffendes Beyspiel einer solchen Suasion enthält die *L. 1. §. 3. D. de Peric. et comm. rei vend.* l), worin Ulpian verfüget, es solle der Verkäufer befugt seyn, den verkauften aber noch nicht zugemessenen Wein wegzugießen, wenn ihn der Käufer innerhalb der zum Zumessen ausgemachten Frist nicht abholen würde, vorausgesetzt daß diesem vor dem Weggießen eine Anzeige geschehen sey, damit er noch vor der Vollstreckung der Drohung frühzeitig Anstalt zum Wegschaffen machen könne. Inzwischen, sagt der römische Jurist, sey es lobenswürdig, wenn der Verkäufer in dem Falle, wo der Käufer der geschehenen Anzeige ohngeachtet saumselig ist, den Wein gleichwohl nicht verschüttet; er solle alsdann für den gestatteten Gebrauch der Gefässe, auf welchen der Wein liegt, eine Vergütung erhalten, wenn er selbige einstweilen

rum, quae sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio: communis reipublicae sponsio. Und im §. 4. *J. de Jur. nat. gent. et civ.* heißet es: Lex est, quod populus romanus senatorio magistratu interrogante (veluti consule) constituebat. Diese Worterklärungen sind für uns unbrauchbar, denn sie passen nicht auf unsere Verfassung. Besonders merkwürdig ist es, daß die Römer das Wort *lex* in verschiedenen uneigentlichen Bedeutungen nehmen, wo es sich nicht durch Gesetz übersetzen lässet. Bisweilen wird theils eine Bedingung (*L. 51. D. Locati. L. 78. §. 2. D. de Contr. emt. vendit.*), theils ein Vertrag oder Contract (*L. 60. D. eod.*), theils auch ein Testament (*L. vlt. D. de Suis et legit. hered.*) damit angezeigt. Noch mehrere dergleichen uneigentliche Bedeutungen findet man beym *Vicat vocabular. iur. Tom. II. s. v. lex p. 294. sqq.*

i) *L. 47. D. de Reg. iur.*

k) Weber Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heut. Gebrauch des röm. Rechts, S. 34. ff.

l) Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit, nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, priusquam testando denunciet emtori, *vt aut tollat vinum, aut sciat, futurum, vt vinum effunderetur. Si tamen, quum posset effundere, non effudit*, LAVDANDVS

weilen zu seinem Nutzen hätte gebrauchen, und z. B. vermiethen können, oder wenn er durch des Käufers Verzug in die Nothwendigkeit gesetzt worden ist, statt dieser Weingefässe, andere zu seinem Gebrauche zu miethen. Der Verkäufer handele in solchem Falle besser, wenn er Gefässe miethe, und allenfalls dem Käufer den Wein nicht übergäbe, bevor ihm dieser nicht das Miethgeld bezahlet hat, oder wenn er den Wein, wi-fern dies ohne seinen eigenen Schaden geschehen kann, zu verkaufen suche, und zwar bona fide, damit es dem Käufer so wenig als möglich zum Nachtheile gereichen möge. ε) Von den *commendationibus legis*, unter welchen man von dem Nutzen und der Nothwendigkeit der Gesetze entlehnte Beweggründe verstehet, wodurch der Gesetzgeber seine Unterthanen zur bessern Befolgung der erlassenen Verordnungen zu bestimmen suchet m). ζ) Von den *propositionibus enunciatiuis*, oder solchen Sätzen, wodurch angedeutet wird, daß etwas geschehen könne, die aber weder etwas gebieten noch verbieten, und folglich von den verbis legis dispositiuis, welche die Vorschrift des Gesetzgebers enthalten, ganz verschieden sind. η) Von den *propositionibus adsertiuis*, wodurch lediglich angezeiget wird, daß dieses oder jenes sey, und die nur den Sinn zu erkennen geben n). Dergleichen propositiones adsertiuae können allerdings zur Auslegung der Gesetze dienen, in so fern sie den Sinn derselben anzeigen; nur ist hiebey Vorsicht und Behutsamkeit zu empfehlen, damit nicht etwa wider die Absicht des Gesetzgebers das Gesetz enger eingeschränket werde, als die Worte desselben gehen.

§. 5.

Da den Unterthanen durch das Gesetz eine vollkommene Verbindlichkeit aufgelegt wird, so ist der Gesetzgeber allerdings auch befugt, seinen Anordnungen durch zweck-

DVS EST POTIVS. Ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere: sed ita demum, si interfuit ejus, inania esse vasa, in quibus vinum fuit Veluti si locaturus ea fuisset, vel si necesse habuit, alia conducere dolia. *Commodius est autem conduci vasa, nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit, ab emtore reddatur, aut vendere vinum bona fide, id est, quantum sine ipsius incommodo fieri potest, operam dare, vt quam minime detrimento sit ea res emtori.* cf. Westphal vom Kauf, Pacht, Mieth- und Erbzinscontract, der Cession, auch der Gewähr des Eigenthums und der Mängel, §. 562. S. 420. f.

m) *cf. L* 22. §. 2. *C. de Jur. delib.*

n) Beyspiele von solchen propositionibus *enunciatiuis* und *adsertiuis* finden sich in sehr vielen Gesetzstellen. So kommt in der *L.* 3. §. 2. *D. de Jur. delib.* offenbar eine propositio adsertiua vor. Die *L.* 1. *pr. D. de Testam. milit.* enthält augenscheinlich eine enunciative Proposition, wenn in derselben von den Soldaten gesagt wird: Faciant testamenta, quomodo volent: faciant, quomodo poterint.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0047
DFG

zweckmäßige Mittel Ansehen und Unverbrüchlichkeit zu geben, und auf solche Weise die Beobachtung derselben gewisser und unausbleiblicher zu machen. Zu diesen Mitteln, wodurch die Heiligkeit der Gesetze gesichert werden kann, gehören ausser den Verheißungen gewisser Belohnungen die Zwangsverfügungen der gesetzgebenden Macht, durch welche die Unterthanen aus Furcht für übeln Folgen zur genauern Beobachtung der vorgeschriebenen Anordnungen bestimmet werden o). Unter die Uebel, welche der Gesetzgeber mit dem Gesetze verbindet, rechnet man insbesondere 1) die **Nichtigkeit** oder den **Mangel der beabsichtigten rechtlichen Wirkung der gesetzwidrigen Handlung**. Nicht selten findet man in den Gesetzen die Clausel der Nichtigkeit ausdrücklich verordnet, und nach Vorschrift der *L. 5. C. de Leg.* sind überhaupt solche Handlungen, die wider ein verbietendes Gesetz unternommen worden sind, an sich nichtig, wenn auch der Gesetzgeber demselben die Strafe der Nullität nicht ausdrücklich beygefüget hat. 2) Gehöret auch hieher der **Verlust des Rechts**, oder **eines andern Vortheils**. So verordnet z. B. die *L. vlt. D. de Rei vindicat.* p) daß der Beklagte, welcher den Besitz einer mittelst der Eigenthumsklage in Anspruch genommenen Sache ableugnet, gleichwohl aber nachher überführet werden kann, daß er sie wirklich besitzet, gehalten seyn solle, dem Kläger sofort den Besitz einzuräumen, auch selbst alsdann, wenn dieser gleich sein Eigenthum nicht erwiesen haben sollte. 3) Sind auch ausserdem **wirkliche Strafen** hieher zu referiren. Derjenige Theil des Gesetzes, welcher das Uebel bestimmet, so den Unterthan treffen soll, wird eigentlich **Sanction des Gesetzes** (*sanctio legis*) genannt, obgleich man sonst im Allgemeinen jede Verfügung des Gesetzes unter diesem Ausdrucke verstehet. Ein **Strafgesetz** ist überhaupt ein solches, worin bestimmet ist, daß dem Uebertreter eine Gewalt zugefüget werden solle, deren nachtheilige Folgen für ihn, die von der gesetzwidrigen Handlung zu hoffenden Vortheile überwiegen, um dadurch schon einen entstandenen pflichtwidrigen Willen davon abzulenken. Die Art der Gewalt selbst, welche, ohne die wirkliche Aeusserung der Absicht, eine gesetzwidrige Handlung zu unternehmen, zu erwarten, in einem solchen Gesetze schon im voraus bestimmet und zu jedermanns Warnung bekannt gemacht wird, um solchergestalt die besorgliche Verletzung zu verhüten, wird **Strafe** genannt. In den Strafgesetzen wird vorzüglich auf den Fall Rücksicht genommen, wenn ein Recht schon verletzet ist, weil nicht leicht jemand seine pflichtwidrigen Absichten

o) *L. 1. §. 1. D. de Just. et iur. cf. Beckmann Diss. de aequitate priuilegii odiosi et potestate imperantis circa illud*, (Gotting. 1750.)

p) In rem actionem pati non compellimur: quia licet alicui dicere, *se non possidere*; ita vt si possit aduersarius conuincere, rem ab aduersario possideri, *transferat ad se possessionem, licet suam esse non adprobauerit.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0048
DFG

sichten anders, als durch eine schon unternommene Verletzung zu äussern pflegt q). Die freye Verletzung eines Strafgesetzes nennt man ein **Verbrechen** r).

§. 6.

Die Gesetze gehen lediglich auf äusserliche Handlungen, oder solche, die ausser dem Menschen sich zeigen; denn innerliche Handlungen sind keinem Zwange unterworfen, weil sie nur in Gedanken, Vorstellungen, Begriffen und Ueberzeugung bestehen, und folglich eben so wenig ihre Wirkung ausser dem Menschen zeigen, als auf die Wohlfarth der Staatsverfassung einigen Einfluß haben können. So kann z. B. ein Gesetzgeber seinen Unterthanen unmöglich vorschreiben, was sie glauben sollen; denn der Glaube hängt einzig und allein von der Ueberzeugung ab, und liegt also auch ganz und gar ausser der Sphäre der gesetzgebenden Macht. Daher kann nun auch der bloße Gedanke, eine strafbare Handlung zu begehen, in so fern derselbe noch durch keine äusserliche Handlungen zu erkennen gegeben ist, nicht als eine strafbare Uebertretung des Gesetzes angesehen werden; vielmehr trit hier die schon im römischen Rechte gegründete Parömie ein; **Gedanken sind zollfrey** s). Die Obrigkeit kann den bloßen Gedanken eines Menschen nicht errathen, und folglich keinesweges bestrafen; und gesetzt, es bekennete jemand freywillig, er habe den Gedanken gehabt, einen Raub, eine Mordthat oder irgend ein anderes Verbrechen zu begehen, so würde ein solcher Mensch als ein Wahnwitziger, oder als ein mit der Melancholie Behafteter zu betrachten seyn t). Eine innere Handlung, als eine solche, ohne Beziehung auf äussere Handlungen, ist kein Gegenstand der bürgerlichen Gesetze, wohl aber in so fern sie geäussert ist, eine Verletzung wahrscheinlich macht und mithin das Recht auf Ruhe vor besorglichen Beleidigungen störet. Eine solche ist das Wollen einer äussern unerlaubten Handlung, oder die Selbstbestimmung dazu. Daher kann der bloße Wille ein Gegenstand der peinlichen Gesetze werden v).

q) Stübel System des allgemeinen peinlichen Rechts, Band I. §. 14. S. 14. f.

r) *Meister Princip. iur. criminal.* (Gotting. 1792.) *cap. I.* §. 1. Das Wort Verbrechen kommt von dem Ausdrucke brechen her. Aus diesem Grunde pflegte man auch ehedem dergleichen Handlungen Brüche zu nennen. *cf.* Erhard Handbuch des Churſächsischen peinlichen Rechts, §. 72. Anm. 1. Ueber den Begrif der lateinischen Worte delictum und crimen sehe man *Vicat vocabular. iur. Tom. I. p.* 369. 408.

s) *L.* 18. *D. de Poen.* Cogitationis poenam nemo patitur.

t) Eisenhart Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern, (Leipz. 1792.) S. 441. ff.

v) Stübel a. a. O. Band II. §. 182. S. 5.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0049
DFG

§. 7.

Gleichwie ein Gesetzgeber nur zu äusserlichen Handlungen durch seine Gesetze verpflichten kann, so verstehet es sich auch, daß nur freye Handlungen der Unterthanen ein Gegenstand der Gesetzgebung seyn können. **Freyheit einer Handlung** ist der Umstand, wo ein Mensch durch keine unwiderstehliche Nothwendigkeit zu einer Handlung bestimmet wurde. In Beziehung auf diese Freyheit werden die menschlichen Handlungen in **freye** (*liberae*) und **nicht freye** (*non liberae*) eingetheilet. Die Unterthanen können α) zu physisch unmöglichen Handlungen, oder solchen, deren Wirklichwerden nicht von ihren Kräften abhängt, durch Gesetze keinesweges verbunden werden. Es trit hier der Grundsatz ein: *ad impossibile non datur obligatio.* Und eben das gilt auch von den moralisch unmöglichen Handlungen, oder solchen, die gewissen Grundsätzen zuwider sind, welche der Gesetzgeber nicht abändern kann. β) Eben so wenig kann ein Gesetz in Ansehung physisch nothwendiger Handlungen von einiger Wirkung seyn. Physisch nothwendige Handlungen sind solche, wozu man von der Natur vermöge eines in der Organisation des Körpers gegründeten Princips dergestalt bestimmet wird, daß das Gegentheil derselben nicht von unsern Kräften abhängt.

§. 8.

In Ansehung solcher Personen, welche den Gebrauch des Verstandes und der Vernunft nicht haben, kann ein Gesetz von keiner Wirkung seyn; denn von diesen lassen sich keine freye Handlungen erwarten, weil sie keiner Ueberlegung fähig sind. Da freye Handlungen die Möglichkeit des Vernunftgebrauchs voraus setzen, so sind diejenigen ganz unfähig, ein Verbrechen zu begehen, welchen der Vernunftgebrauch mangelt x). Sie können wegen unerlaubter Handlungen nicht bestrafet werden; denn Strafe setzet eine moralische Zurechnung voraus, und kann vernünftiger Weise nur auf diejenigen angewendet werden, bey denen die Furcht vor derselben als Beweggrund zu Unterlassung des Verbrechens gedacht werden kann. Inzwischen können die in einem vorübergehenden Zustande des gehinderten Vernunftgebrauchs unternommenen Handlungen demjenigen, welcher sich selbst durch Vorsatz oder grobes Versehen in diesen Zustand versetzt hat, nach dem Maaße dieser seiner Verschuldung allerdings zugerechnet werden.

§. 9.

Bey Beantwortung der Frage: **ob und in wie fern ein Regent über Religionshandlungen in seinem Staate Gesetze geben könne?** muß man zwischen

x) **Klein** Grundsätze des gemeinen deutschen und Preußischen peinlichen Rechts, (Halle 1796.) §. 128. S. 95.

schen **innerlichen** und **äusserlichen** Religionshandlungen unterscheiden. Jene liegen ausserhalb den Grenzen der gesetzgebenden Macht, weil sie lediglich auf der Ueberzeugung ruhen, und nur in Gedanken und Begriffen bestehen, die sich jemand von dem höchsten Wesen macht y). Diese hingegen sind entweder von der Beschaffenheit, daß sie die Unterthanen nach den Grundsätzen der Religion, wozu sie sich bekennen, thun oder unterlassen müssen, wenn sie nicht gegen die Grundsätze ihrer Religion handeln wollen, oder nicht. Im erstern Falle sind sie ebenfalls kein Gegenstand der Gesetzgebung, weil es einem Regenten nicht frey stehet, die Religionsgrundsätze seiner Unterthanen abzuändern; im letztern Falle sind sie den Gesetzen unterworfen, wiewohl nur in so weit, als es die Wohlfarth des Staats erfordert. Denn überhaupt ist es die Pflicht eines Gesetzgebers, die äusserlichen freyen Handlungen der Unterthanen nur dann einzuschränken, wenn das Beste des Staats dadurch befördert wird z). Die gesetzgebende Gewalt darf sich nach ihrem Zweck schlechterdings nicht durch Privatconvenienz leiten lassen, sondern muß vielmehr lediglich die öffentliche Wohlfarth der Bürger des Staats beständig zum unverrückten Augenmerk haben.

§. 10.

Es ist oben angedeutet worden, daß das Wort ius unter andern auch einen Inbegrif mehrerer Gesetze von einerley Art bezeichne. In dieser Bedeutung wird es hier genommen, und nach Verschiedenheit des Erkenntnißgrundes in ius *naturale* und *positiuum* eingetheilet. **Naturrecht** ist ein Inbegrif aller derjenigen Gesetze, die mittelst der Vernunft aus der Natur der Dinge und ihren Wirkungen mit Nothwendigkeit und Allgemeinheit erkannt werden. **Positives** oder **willkührliches Recht** hingegen ist ein Inbegrif derjenigen Gesetze, welche in der Natur der Dinge und ihren Wirkungen keinen Grund haben, sondern auf dem erklärten Willen eines Gesetzgebers ruhen und folglich nur aus diesem erkannt werden. So gründet sich z. B. die Erfüllung der Verträge, die Unverletzlichkeit des Eigenthums, u. s. w. im Naturrecht; daß aber die Ehe die priesterliche Trauung erfordert, nicht mit beyderseitiger Einwilligung nach Gefallen wieder aufgehoben werden kann, u. s. w. ist positiven Rechtens.

§. 11.

Die römischen Rechtsgelehrten verbinden mit dem Naturrechte einen andern Begrif. Sie unterscheiden zwischen ius *naturae*, ius *gentium* und ius *ciuile*.

y) *Boehmer Principp. iur. canon. §. 2. p. 2. ed. nouiss.*

z) Struben rechtliche Bedenken, Th. II. Bnd. XXXXVII. S. 164. Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. I. §. 6 — 9. S. 20. f.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0051
DFG

Ulpian definirt das Naturrecht: est ius, quod natura omnia animalia docuit, und verstehet also darunter die natürlichen Triebe, welche der Mensch mit den Thieren gemein hat. Daher, sagt er, sey die Erziehung der Kinder im Naturrechte gegründet, weil auch die unvernünftigen Thiere sich begatten, ihr Geschlecht fortpflanzen und ihre Jungen erziehen a). Weil indessen die Menschen ihren natürlichen thierischen Trieben nicht blindlings, sondern nur unter Mitwürkung der Vernunft folgen, oder wenigstens folgen sollen, so nennen die alten römischen Juristen das dem Menschen eigene Naturrecht, oder das Recht, welches die natürlichen vernünftigen Triebe ihn lehren, ius gentium b). Man darf also ius naturae und ius gentium in der römischen Bedeutung, nicht mit dem iure naturae und iure gentium nach dem Begriffe, den wir heutiges Tages davon bilden, verwechseln c). Wir verstehen unter dem iure gentium das eigentliche Völkerrecht, d. h. den Inbegrif solcher Rechte und Verbindlichkeiten, die freye Völker gegen einander zu beobachten haben. Die römischen Juristen nehmen ein zweyfaches ius gentium an, nämlich α) ein natürliches (*primarium*), nach welchem alle Menschen leben, was schon die gesunde Vernunft lehret, und dem Menschen gleichsam ins Herz geschrieben ist; β) ein positives (*secundarium*), welches zwar die Menschen mit einander gemein haben, aber gleichwohl nur von Menschen des gemeinen Nutzens und der Nothwendigkeit wegen eingeführet worden ist. Einige Rechtsgelehrte bestreiten zwar diese Distinction, und behaupten, sie sey im römischen Rechte nicht gegründet d); allein es fehlet nicht an Gesetzstellen, wodurch ihre Meinung hinlänglich widerlegt wird. Denn so rechnet Ulpian in der *L. 4. D. de Just. et iur.* die Manumission, oder Entlassung der Sclaven aus der Gewalt und dem Eigenthum ihres Herrn zum iure gentium; und im §. 2. *J. de Jur. nat. gent. et ciu.* sagt Justinian ausdrücklich, auch dasjenige Recht, quod vsu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae sibi constituerunt, gehöre zum iure gentium. Unter dem iure

a) *L.* 1. *§.* 3. *D. de Just. et iur. cf. Papillonius Com. ad. tit. D. de Just. et iur.* (*in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. II. p.* 553.) *Korte Vindiciae L.* 1. *§.* 3. *D. de Just. et iur.* (Lipsi. 1727.) *Eckhard Hermen. iur. Lib. I. cap. IIII. §.* 132. *p.* 218. *sqq. ed. nouiss.*

b) *L.* 1. *§.* 4. *D. de Just. et iur.* Jus gentium est, quo gentes humanae vtuntur: *quod a naturali recedere, facile intelligere licet: quia illud omnibus animalibus, hoc* SOLIS HOMINIBVS *inter se commune sit.*

c) Bisweilen nennen die römischen Juristen ihr ius gentium auch *naturalis aequitas*, *L.* 32. *D. de Pecul.* imgleichen *ius naturale*, *L.* 11. *pr. D. de Just. et iur.*

d) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 30. *not.* 2. S. 46.

iure ciuili verstanden die Römer überhaupt das in einem einzelnen Staate geltende positive oder willkührliche Recht e). Inzwischen kommt der Ausdruck ius ciuile noch in andern Bedeutungen vor. Bisweilen wird nämlich auch das römische Recht damit bezeichnet f). Weil man das römische Recht als das vorzüglichste Positivrecht ansah, so nannte man es schlechtweg das bürgerliche Recht, so wie man Rom, als die vornehmste Stadt, schlechtweg die Stadt nannte. Insbesondere bedeutet ius ciuile hin und wieder nur dasjenige römische Recht, welches nicht aus den Edicten der Prätoren entstanden ist. Denn die Römer unterscheiden bisweilen zwischen ius ciuile und praetorium g). In der engsten Bedeutung endlich heisset es so viel, als das Recht, welches aus den Gutachten der Rechtsgelehrten entstanden war h).

§. 12. 13.

Dem Gegenstande nach ist das Recht entweder **Staatsrecht** (*ius publicum*) oder **Privatrecht** (*ius priuatum*). Den römischen Juristen war **Staatsrecht** dasjenige Recht, welches die römische Staatsverfassung betrifft, und diejenigen Gesetze in sich fasset, welche auf das Wohl des ganzen Staats Bezug haben. **Privatrecht** hingegen nannten sie den Inbegrif der Rechte und Verbindlichkeiten, welche zunächst lediglich das Wohl und den Vortheil der einzelnen Bürger berücksichtigen i). Der Ausdruck ius publicum kommt aber in den Gesetzen auch noch in andern Bedeutungen vor. Bisweilen wird darunter ein solches Recht verstanden, welches des gemeinen Bestens wegen eingeführet ist, wenn es auch gleich nicht den ganzen Staat, sondern nur zunächst Privatpersonen betrifft. So wird z. B. in

e) *L.* 9. *D. de Iust. et iur.* Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium ciuitatis est, vocaturque ius ciuile, quasi ius proprium ipsius ciuitatis.

f) *§.* 2. *J. de Iur. nat. gent. et ciu.* Sed ius quidem ciuile ex vnaquaque ciuitate adpellatur. *Sed quoties non addimus nomen, cuius sit ciuitatis, nostrum ius significamus:* sicuti quum poetam dicimus, nec addimus nomen, subauditur apud Graecos egregius Homerus, apud nos Virgilius.

g) *L.* 7. *D. de Iust. et iur.* Jus autem *ciuile* est, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. §. 1. Jus *praetorium* est, quod praetores introduxerunt, adiuuandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris *ciuilis* gratia, propter vtilitatem publicam: quod et honorarium dicitur, ad honorem praetorum sic nominatum.

h) *cf. Brissonius de verb. signif. s. v. ciuilis.*

i) *L.* 1. *§.* 2. *D. de Iust. et iur.* *Publicum* ius est, quod ad statum rei romanae spectat. *Priuatum*, quod ad singulorum vtilitatem: sunt enim quaedam publice vtilia, quaedam priuatim.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0053
DFG

der *L. 1. §. 9. D. de Magistrat. conuen.* das Recht des Mündels, sich wegen erlittenen Schadens, in Ermangelung anderweitiger Deckung, an dem Vormundschaftsgerichte zu regressiren, wenn selbiges bey der geschehenen Bestellung des Vormundes einer Nachlässigkeit oder Pflichtvergessenheit überwiesen werden kann, ius publicum genannt. Auch bezeichnet ius publicum alles dasjenige, was die Verwaltung einer Staatsbedienung oder eines öffentlichen Amts betrifft. Wenn z. B. in der *L. 14. D. Ad sctum Treb.* gesagt wird: quod ad ius publicum adtinet, non sequitur ius potestatis, so heißt dies, wie sich aus dem Zusammenhange dieser Stelle mit der *L. 13. §. 5. D. eod.* hinlänglich ergiebt, daß der Vater dem Sohne in Amtssachen nichts zu befehlen habe, wenn dieser ein öffentliches Amt im Staate bekleidet k).

Die heutigen Begriffe von Staatsrecht und Privatrecht sind folgende. **Staatsrecht** ist ein Inbegrif von Gesetzen, wodurch die Rechte und Verbindlichkeiten bestimmet werden, die ein Staat und dessen höchste Gewalt hat l). **Privatrecht** ist ein Inbegrif derjenigen Gesetze, welche die Staatsverfassung nicht betreffen, sondern solche Rechte und Verbindlichkeiten bestimmen, die jedes Mitglied des Staats, oder jeder Bürger als Bürger, er sey Regent oder Unterthan, im Staate hat. Das Staatsrecht wird in das **allgemeine** oder **natürliche**, und in das **besondere** oder **positive** eingetheilet. Das allgemeine oder natürliche Staatsrecht hat solche Rechte und Verbindlichkeiten zum Gegenstande, die schon aus dem Begriffe eines Staats herfließen, und folglich allen Staaten gemein sind; das besondere oder positive gründet sich auf besondere Verträge und positive Gesetze, die nur diesem oder jenem Staate eigen sind. Begreiflich gehöret daher zum letztern das **deutsche Staatsrecht**, unter welchem der Inbegrif derjenigen Gesetze zu verstehen ist, welche die Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung der Verfassung und Regierung des deutschen Staats bestimmen. Dieses ist entweder **Reichsstaatsrecht** (*ius publicum inperiale*), oder **Landesstaatsrecht** (*ius publicum territoriale*), je nachdem es entweder die Staatsverfassung des ganzen deutschen Reichs überhaupt, als einen

k) Ausführlich handelt von den verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks ius publicum *Huber Digressionn. Justinian. Part. II. cap. XXI. §. 3. sqq.*

l) Häberlin Handbuch des deutschen Staatsrechts, Band I. (Berlin 1794.) §. 5. S. 11. Der Begrif, welchen Hellfeld vom Staatsrechte giebt, erschöpft nicht alles. Indem er nämlich dabey auf das Subject, auf den Landesherrn und die Unterthanen, im Verhältniß gegen einander betrachtet, Rücksicht nimt, so schliesset er das durch die Rechte und Verbindlichkeiten, welche das Verhältniß des Staats gegen Auswärtige betreffen, aus. Die verschiedenen Begriffe vom Staatsrecht, welche man bey den Publicisten findet, hat Schnaubert in der gründlich abgefaßten Schrift: *de analogia iuris publici inperii, in fontibus iuris publici S. R. J. territoriorum non numeranda*, (Helmst. 1785.) §. 1. genau geprüfet.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0054
DFG

einen Staatskörper betrachtet, zum Gegenstande hat, oder nur die Regierungsverfassung der besondern deutschen Reichslande m).

§. 14.

Der Wirkung nach theilet man das Recht ein in **Permissivrecht** (*ius permissiuum*) und in **Zwangsrecht** (*ius cogens*). Das erstere enthält Gesetze, die ein Vermögen etwas zu thun verstatten; das letztere hingegen begreift solche Gesetze, welche wollen, daß etwas geschehen oder unterlassen werden soll. Es wird zwar von einigen Rechtsgelehrten diese Eintheilung des Rechts verworfen n); allein sie lässet sich sehr gut vertheidigen. Denn sie hat in den römischen Gesetzen selbst ihren guten Grund o), und ist auch daneben dem Begriffe eines Gesetzes überhaupt ganz angemessen. Ohngeachtet die Gesetze, welche das ius permissiuum ausmachen, in Ansehung derjenigen, welchen etwas verstattet, oder ein besonderes Recht ertheilet wird, der Regel nach keine vollkommene Verbindlichkeiten begründen p); so verbinden sie gleichwohl jeden andern perfecte, der rechtmäßigen Ausübung des verstatteten Rechts keine Hindernisse in den Weg zu legen q). Das ius cogens ist entweder ein **gebietendes** (*ius praeceptiuum*) oder **verbietendes Recht** (*ius prohibitiuum*), je nachdem es entweder etwas zu thun, oder etwas zu unterlassen anbefiehlt. Das verbietende Recht betrifft entweder solche Handlungen, die nach dem Naturrechte schon unerlaubt sind, oder solche, die natürlich erlaubt und verbindlich sind. Jenes nennt man *ius prohibitiuum naturale;* dieses hingegen *ius prohibitiuum positiuum.* Was das letztere anbetrifft, so ist entweder, ohne Rücksicht auf die Person der Contrahenten, aus der Handlung an sich der Grund des bürgerlichen Verbots herzuleiten, oder aus dem persönlichen Verhältniß der Contrahenten. Im erstern Falle nennt man es *ius prohibitiuum positiuum obiectiue tale;* im letztern Falle *ius prohibitiuum positiuum subiectiue tale.* Jenes begreift also die Fälle, wo die

m) *cf.* Roth Staatsrecht deutscher Reichslande, (Mainz 1788.)

n) *Grotius de iure belli et pacis, Lib. I. cap. I. §. 9. a Pufendorf de iure naturae et gentium, Lib. I. cap. VI. §. 15.* Man sehe aber dagegen *Doehring Diss. de quadruplici legis virtute,* (Erford. 1776.) §. 5.

o) *L. 7. D. de Leg.* Legis virtus haec est: *imperare, vetare, permittere, punire.*

p) Eine Ausnahme findet sodann statt, wenn das mir verstattete Recht auf das Befugniß eines andern eine solche Beziehung hat, daß durch den Nichtgebrauch meines Rechts das Recht des andern verletzt werden würde. So kann z. B. ein Geistlicher seinem befreyeten Gerichtsstande ohne Einwilligung des ordentlichen geistlichen Richters nicht entsagen. *Cap. 12. X. de For. compet. cf. Boehmer Princip. iur. canon. Lib. II. Sect. III. tit. VI. §. 243. not. b. p. 176. sq. ed. nouiss.*

q) Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. I. §. 14. S. 29. f.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0055
DFG

die Handlung nicht lediglich gewissen Personen, sondern ganz allgemein verboten ist, weil die uneingeschränkte Freyheit, sie zu unternehmen, schädliche Folgen für den Staat haben kann. Bey diesem lassen sich füglich wieder zwey Fälle denken. Es können nämlich dergleichen verbietende Positivgesetze einige Personen entweder **zu ihrem eigenen Besten** von Rechtshandlungen ausschließen, oder **weil es das Wohl des Staats erfordert.** Zum letztern Falle gehöret z. B. das bürgerliche Verbot, welches den Richtern das Annehmen der Geschenke untersagt, wenn auch gleich an sich keine unerlaubte Absicht dabey obwalten sollte [r]). Was den erstern Fall betrifft, so entfernet das bürgerliche Verbot einige Personen theils von allen, theils von einigen rechtlichen Handlungen, wegen der Vermuthung, daß ihnen die gehörige Einsicht, Ueberlegung und Freyheit des Willens fehlet, oder daß sie doch wenigstens der Uebereilung und ungebührlichen Verleitung vorzüglich ausgesetzt sind. Hieher gehören z. B. die Rechtsgeschäfte der Unmündigen und Minderjährigen, ohne Einwilligung der Vormünder, imgleichen die Bürgschaften und sonstigen Intercessionen der Frauenzimmer. Endlich kann man auch das Prohibitivrecht eintheilen in ein **durchaus verbietendes** (*ius absolute prohibitiuum*), und solches, welches nicht durchaus, sondern nur **hypothetisch verbietend ist.**

Die von einigen Rechtsgelehrten [s]) mit verschiedenen Einschränkungen bestimmte Frage: **ob eine wider ein verbietendes Gesetz unternommene Handlung für schlechterdings null und nichtig zu achten sey?** ist ohne Zweifel bejahend zu beantworten. Nicht nur die Gesetze beweisen dies ganz deutlich [t]), sondern auch die gesunde Vernunft muß nothwendig jeden davon überzeugen. Denn wenn die Gesetze diese oder jene Handlung verbieten, so wird dadurch den Staatsbürgern das Befugniß entzogen, dieselbe zu unternehmen. Die Gültigkeit und rechtliche Wirkung der Rechtsgeschäfte setzt aber vor allen Dingen voraus, daß man befugt war, selbige zu unternehmen, und es verstehet sich also wohl von selbst, daß das bürgerliche Verbot die Nichtigkeit solcher Handlungen, welche dagegen unternommen worden sind, unausbleiblich nach sich ziehen müsse [v]). Gewissermaßen leidet inzwischen dieser Grundsatz in denen Fällen eine Ausnahme, wo vermöge eines Gesetzes, oder vermöge einer Gewohnheit die verbotene Handlung aufrecht bleibt, und

r) *L. 6. C. Ad leg. Jul. repetund.*

s) *Vinnius Selectt. iur. quaestt. Lib. I. cap. I. Voet Com. ad. Pandect. tit. de Leg. §. 16. Pütter Theoria gener. de nullitate*, (Gotting. 1759.) *§. 17. 20. Meier Comment. de nullitate sententt. sanabili et insanabili*, (Gotting. 1777.) *§. 5.*

t) *L. 5. C. de Leg. Cap. 64. de Reg. iur. in 6to.*

v) Eichmann a. a. O. S. 31. Weber systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 74. S. 321. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0056
DFG

und der Handelnde nur eine gewisse Strafe leidet x). Wenn z. B. Personen, die zu nahe verwandt sind, einander ohne Dispensation heyrathen, so wird zwar die Ehe, vorausgesetzt daß sie dispensationsfähig ist, nicht annullirt, aber diejenigen, welche sie eingegangen haben, werden von der Obrigkeit mit einer willkührlichen Strafe belegt y). Die Frage: **ob gegen verbietende Gesetze eine Entsagung zulässig sey?** ist zu verneinen. Es dissentiren zwar einige Rechtsgelehrte, und machen bey Entscheidung derselben verschiedene Limitationen und Distinctionen z); allein ihre Gründe halten nicht Stich. In der *L. 6. C. de Pact.* heißt es merklich: Pacta, quae contra leges constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati iuris est a). Auch lässet es sich mit der Natur eines schlechterdings verbietenden Gesetzes gar nicht vereinigen, daß es den Unterthanen erlaubt seyn sollte, demselben nach Gutdünken entgegen zu handeln. Die Freyheit, dem bürgerlichen Verbote zu entsagen, würde aber offenbar ein solches Befugniß mit sich führen. Die besondern Fälle, wo die Gesetze selbst von dieser Regel abweichen, und eine Entsagung gegen verbietende gesetzliche Vorschriften zulassen, sind lediglich als nähere Bestimmungen und Ausnahmen zu betrachten, und nur auf die einzelnen Fälle einzuschränken b).

§. 15.

Das Permissivrecht enthält entweder solche Gesetze, die gewisse Handlungen, und zugleich auch die Art und Weise, sie zu verrichten, meiner Willkühr überlassen, oder solche Gesetze, die zwar die Handlungen selbst meiner eigenen Willkühr überlassen, nicht aber die Art und Weise, sie zu verrichten. Im erstern Falle nennt man es *ius absolute permissiuum;* im letztern Falle *ius secundum quid permissiuum.* Alle Handlungen, welche in den Gesetzen nicht verboten sind, auch nicht zu den schuldigen Handlungen gerechnet werden können, heißen *actus s. res facultatis.* Von diesen actibus facultatis nimt man zwey verschiedene Gattungen an. Wenn die Gesetze es jemandes Willkühr vollkommen überlassen, nicht allein, ob er handeln will, sondern auch, wie er handeln will, so heißt die Handlung ein *actus me-*

x) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. I. §. 14. S. 104.

y) *Boehmer Principp. iur. canon. Lib. III. Sect. II. tit. V. §. 386. not. f. p.* 283.

z) *Nettelbladt System. elem. iurisprud. posit. germ. commun. general. §. 458. p.* 282. *Hommel Rhapsod. quaesit. in foro quotidie obuenient. Vol. II. obs. CCLXXIII. p. 75. sqq. Hartleben Meditt. ad Pandect. Specim. VIII. med. VIIII. p. 153. sqq.*

a) *cf. L. 7. §. 14. D. de Pact. L. 15. D. de Condit. instit.*

b) Weber a. a. O. S. 323.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0057
DFG

rae facultatis, sonst aber, wenn die Gesetze in Ansehung des letztern Puncts etwas bestimmen, ein *actus non merae facultatis*. Die actus merae facultatis können nach Belieben unternommen und unterlassen werden, ohne daß jemandem ein Nachtheil oder ein Recht daraus erwächst, und sie sind also wenigstens so lange, als ihnen das Gepräge der Willkührlichkeit nicht durch zerstöhrende Gegenhandlungen dessen, gegen den sie zustehen, benommen wird, keiner Verjährung unterworfen c). Es gründen sich dieselben theils in der dem Menschen angebohrnen natürlichen Freyheit, wie fern selbige durch die Gesetze nicht eingeschränkt worden ist, theils entstehen sie auch aus den Gesetzen selbst, indem diese nicht selten gewisse Rechte ertheilen und sie zugleich für unverjährbar erklären; und endlich können auch Handlungen, die an sich nicht in die Classe der rerum merae facultatis gehören, durch Verträge dazu gemacht werden.

§. 16.

Die Eintheilung des Rechts in ius cogens und permissiuum findet auch bey dem Naturrechte statt. Das ius naturae *permissiuum* begreift diejenigen Rechte und Pflichten in sich, deren Ausübung auf der Willkühr des Handelnden beruhet, und bey welchen also kein Zwang statt findet. Das ius naturae *cogens* hingegen enthält diejenigen Rechte und Pflichten, deren Erfüllung erzwungen werden kann, und dieses kann entweder ein **gebietendes** (*praeceptiuum*), oder **verbietendes** (*prohibitiuum*) seyn. Die Rechte und Pflichten, welche das ius naturae cogens enthält, folgen entweder schon aus der menschlichen Natur an sich, ohne Voraussetzung gewisser Handlungen, oder sie setzen gewisse Handlungen voraus, in welchen der nächste Grund derselben anzutreffen ist. Jene werden **absolute, ursprüngliche, angebohrne** Rechte und Verbindlichkeiten genannt, und ihr Inbegrif macht das ius naturae *absolutum* aus; diese heißen **hypothetische** Rechte und Verbindlichkeiten, und der Inbegrif derselben wird mit dem Namen ius naturae *hypothèticum* bezeichnet. Das hypothetische Naturrecht zerfällt wieder in das **gesellschaftliche** und in das **aussergesellschaftliche**, je nachdem die Rechte und Verbindlichkeiten, welche es enthält, entweder durch eine gemeinschaftliche Verbindung, in welche Men-

c) Ueber den Begrif der actuum merae facultatis sehe man *Vinnius Selectt. iur. quaestt. Lib. II. cap. VI. Meuius Deciss. Part. I. decis. LX. p. 52. ed. nouiss. Struuius Disp. de eo quod iustum est circa res merae facultatis*, (Jenae 173.) *Huber ad tit. Dig. Quib. mod. pign. vel hypoth. solu. num. 11. Part. III. Praelectt. iur. rom. p. 1078. ed. nouiss. a Lyncker Analectt. ad Struuii synt. iur. ciuil. Lib. XXXXI. tit. III. §. 22. Boehmer Jus eccles. protest. Lib. II. tit. XXVI. §. 33. p. 1337. ed. nouiss. Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Lib. XXXXI. tit. III. §. 18. p. 232. ed. nouiss. a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. VII. Specim. CCCCLXII. med. 1. 2. p. 231. sq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0058
DFG

Menschen mit einander getreten, oder durch ein anderes Factum, welches die Menschen nicht in gewisse Gesellschaften verbindet, z. B. Vertrag, Beleidigung u. s. w. bestimmet werden d).

§. 17.

Das Naturrecht hat allerdings immer auch noch unter denen seine Gültigkeit, die sich in einer bürgerlichen Gesellschaft befinden; denn es enthält Gesetze, welche in die Natur des Menschen so verwebt sind, daß er sie durch den Uebergang in den Staat hat weder ablegen **wollen**, noch ablegen **können**. Ein nicht geringer Theil des Civilrechts enthält sogar Normen, die im Grunde weiter nichts, als Vorschriften der gesunden Vernunft sind, und die folglich als bloße Wiederholungen des natürlichen Rechts angesehen werden müssen. Justinian sagt selbst: collectum est ius nostrum ex *naturalibus praeceptis*, aut *gentium*, aut *ciuilibus* e). Nur darf man nicht den sogenannten natürlichen oder ausser-gesellschaftlichen Zustand mit dem natürlichen Rechte selbst confundiren. Durch das bürgerliche Verhältniß der Menschen wird hin und wieder eine solche Veränderung der Umstände bewirkt, daß die in dem vor Entstehung der Staaten vorhandenen ausser-gesellschaftlichen Zustande geltenden Rechte und Verbindlichkeiten nicht füglich dabey bestehen können.

§. 18.

Ueber die Frage: **ob und in wie fern das Naturrecht durch bürgerliche Gesetze abgeändert werden könne?** ist von jeher nicht wenig gestritten worden f). Daß das positive Recht mit den ewigen Wahrheiten des natürlichen Rechts nie in einem absoluten Widerspruche stehen dürfe, wenn es vernünftig seyn, oder überhaupt dessen Befolgung moralisch möglich seyn soll, ist ein Grundsatz, der wohl um deswillen nicht in Zweifel gezogen werden kann, weil das positive Recht nur erst durch das Naturrecht möglich wird. Nicht nur die ausdrücklichen Vorschriften der positiven Gesetzgebung, sondern überhaupt alle übrigen Quellen des positiven Rechts,

d) Höpfner Naturrecht der einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker, §. 35. 36.

e) *s. vlt. J. de Iust. et iur.*

f) *cf. Brendel Diss. de inmobilitate iuris naturae*, (Lipsi. 1689.) *Schoepfer Diss. de iure ciuili ius naturae determinante circa personas*, (Rostochii 1709.) *Winckler Diss. de potestate legg. ciuilium in ius naturae*, (Lipsi. 1713.) *a Rheden Diss. de inmutabilitate iuris naturae*, (Bremae 1717.) *Croonenberg de iuris naturae constantia et inmutabilitate*, (Lugd. Bat. 1721.) *Reusch Diss. de inmutabili naturae lege*, (Helmst. 1739. Holderrieder von der Gewalt der Majestät über das Recht der Natur; in dessen historischen Nachrichten von der Weißenfelsischen Aletophilischen Gesellschaft, (Leipz. 1750.)

wohin z. B. Verträge und Gewohnheitsrechte gehören, stehen als menschliche Anstalten ohnstreitig unter dem Gesetze der Vernunft. Inzwischen giebt selbst das auf den Staat angewandte Vernunftrecht dem bürgerlichen Gesetzgeber das Befugniß, dieses oder jenes anzuordnen, was außer dem Staate nicht recht seyn würde, wie fern der Zweck und die Absicht der bürgerlichen Societät diese oder jene Einschränkung der natürlichen Freyheit nothwendig macht. Dergleichen Einschränkungen, welche zur Erreichung des gemeinen Zwecks des Staats unentbehrlich sind, muß jeder Staatsbürger, eben weil er ein Mitglied dieser Gesellschaft seyn, und an den Vortheilen derselben Theil nehmen will, sich gefallen lassen; denn wer den Zweck will, muß auch die Mittel wollen g). Ueberhaupt ruhet aber die Rechtmäßigkeit aller positiven Gesetzgebung, so wie die Zuständigkeit und der Umfang aller und jeder Staatsgewalt und aller Regierungsrechte einzig und allein auf dem gesellschaftlichen Vertrage, der bey der bürgerlichen Societät zum Grunde liegt. Der Regent kann also über die Person, die Handlungen und das Eigenthum der Staatsbürger theils solche Rechte nur ausüben, welche die Mitglieder der Gesellschaft ihm übertragen **konnten**, theils auch nur solche, welche sie ihm übertragen **wollten**, weil man vernünftiger Weise von ihnen nicht sagen kann, daß sie mit der präsumtiven Einwilligung der Nation im Widerspruch stehen h). In so fern die Ausübung an sich unveräußerlicher Rechte, imgleichen die Art und Weise der Erfüllung gewisser Verbindlichkeiten nicht alle Willkühr des Menschen ausschließt, in so weit ist auch der bürgerliche Gesetzgeber allerdings befugt, um die Ordnung im Staate aufrecht zu erhalten, den modum durch seine Vorschrift zu bestimmen, auch in dieser Hinsicht manche Einschränkungen zu machen. Alle Rechte aber, die dem Menschen als Menschen zwar zustehen, deren er sich aber willkührlich begeben kann, sind auch der Disposition des Regenten dergestalt unterworfen, daß dieser sie zum gemeinen Besten gänzlich aufheben, und die Unterthanen davon ausschließen darf i). Und eben so verhält sich auch die Sache in Ansehung der Verbindlichkeiten, welche willkührliche, an sich erlaubte Handlungen voraussetzen, weil der Regent ohne Zweifel befugt ist, solche Handlungen durchaus zu verbieten, für ungültig zu erklären, oder wenigstens die gerichtliche Wirkung derselben einzuschränken.

Auf

g) Erhard Critik des allgemeinen Gesetzbuchs für die Preuß. Staat. Abth. I. Cap. I. S. 42. ff.

h) Weber systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 58. S. 202. ff.

i) Man denke hier nur z. B. an die Occupation überhaupt und insbesondere an die Jagd, die im Stande der natürlichen Freyheit zwar jedem erlaubt, aber auch ein so beschaffenes Recht ist, dessen sich der Mensch begeben kann. Daher beruhet die Gültigkeit der bürgerlichen Gesetze, welche den Unterthanen die Jagd und andere Arten der Occupation verbieten, ausser Zweifel.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0060
DFG

Auf diese Weise lässet sich nun auch die Stelle des Ulpian leicht erklären, worin er sagt: quum aliquid addimus, vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est ciuile efficimus k). Das erstere, quum aliquid *addimus* iuri communi, lässet sich auf verschiedene Weise gedenken, je nachdem α) durch versprochene Belohnungen, oder angedrohete Strafen, mehrere Motiven zur Erfüllung natürlicher Verbindlichkeiten gegeben werden; oder β) den Rechtsgeschäften eine gewisse Form vorgeschrieben wird, auf deren Beobachtung die Gültigkeit derselben ruhen soll; oder γ) Rechte und Verbindlichkeiten durch positive Gesetze eingeführet werden, die dem Naturrechte unbekannt sind; oder δ) den sogenannten natürlich unvollkommenen Pflichten durch bürgerliche Gesetze eine vollkommen verbindliche Kraft ertheilet wird. Das letztere aber, quum aliquid *detrahimus* iuri communi, geschiehet vorzüglich α) wenn natürlich erlaubte Handlungen durch bürgerliche Gesetze allgemein, oder doch einer gewissen Classe von Unterthanen verboten werden; β) wenn einigen natürlichen Zwangspflichten die gerichtliche Wirkung ganz oder zum Theile genommen wird.

§. 19.

Dem natürlichen Rechte wird das **positive** entgegen gesetzt, worunter man den Inbegrif solcher Gesetze verstehet, die in dem erklärten Willen eines Gesetzgebers sich gründen. Sollen dergleichen Gesetze eine verbindliche Kraft haben, so müssen sie nothwendig bekannt gemacht seyn; denn da sie lediglich aus dem Willen des Gesetzgebers zu erkennen sind, so hängt begreiflich ihre Gültigkeit von der geschehenen Willenserklärung des Gesetzgebers ab. Hat der Gesetzgeber seinen Willen noch nicht zu erkennen gegeben, so werden selbst diejenigen Unterthanen durch seine Gesetze nicht verbunden, die schon einige Wissenschaft davon gehabt haben l). Die **Bekanntmachung des Gesetzes** (*promulgatio legis*) ist diejenige Handlung, wodurch der Gesetzgeber den Unterthanen seinen Willen, welchen sie als Gesetz beobachten sollen, zu erkennen giebt. Sie kann geschehen α) **ausdrücklich**, indem der Gesetzgeber seinen Willen durch Worte, entweder schriftlich, oder mündlich, z. B. durch einen Herold, von der Canzel u. s. w. zu erkennen giebt; β) **stillschweigend**, nämlich durch Handlungen im weitläuftigen Verstande, wohin z. B. gehöret, wenn der Gesetzgeber eine zur Gewohnheit gewordene Handlungsart seiner Unterthanen geschehen lässet, und auf solche Weise stillschweigend billiget. Indessen ist dies keine eigentliche Promulgation, sondern sie wird nur mehr abusiue so genannt.

k) *L. 6. D. de Just. et iur.*

l) *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Lib. I. tit. I. §. 20. p. 54. ed. nouiss. Gaertner Meditt. practt. sec. ordin. Pandect. Specim. I.* (Marb. 1785.) *med. VIII. p. 21.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0061
DFG

§. 20.

Soll die Bekanntmachung eines Gesetzes im eigentlichen Verstande von rechtlicher Wirkung seyn, so muß sie auf solche Art und Weise geschehen, wodurch sie zur Wissenschaft der Unterthanen im Staate gelangen kann. Sie muß daher

α) an einem schicklichen Orte geschehen, das heißt, an einem öffentlichen Orte, wo die Unterthanen sich mit dem Inhalte des Gesetzes bekannt machen können. Gemeiniglich sind in jedem Staate gewisse Oerter bestimmet, wo schriftliche Gesetze angeschlagen werden. Inzwischen ist es hinlänglich, wenn der Landesherr die gemachten Verordnungen an dem Orte seines Aufenthalts anschlagen, und durch copeyliche Abschriften hin und wieder bekannt machen lässet m).

β) Auch ist erforderlich, daß sie zu einer schicklichen Zeit geschehe, oder zu einer solchen Zeit, da es gewöhnlich ist, und da man vermuthen kann, daß Gesetze publicirt werden.

γ) Ferner muß sie in einer Sprache geschehen, welche die Unterthanen verstehen. Natürlicher Weise muß sie also bey uns in der deutschen Sprache geschehen, und alle lateinischen Ausdrücke und sonstigen fremden Redensarten müssen möglichst vermieden werden.

Was hiernächst die Wirkungen anbetrifft, welche durch eine auf die gehörige Art geschehene Promulgation hervorgebracht werden, so ist hievon folgendes zu bemerken.

α) In der Regel verbindet das Gesetz die Unterthanen gleich von dem Augenblicke, als es ihnen bekannt gemacht worden ist n). Eine Ausnahme von dieser

m) *a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. I. Specim. VII. med. 2. p. 60. sqq.* Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. I. §. 20. S. 51. Das Gegentheil behaupten *Voet Com. ad Pandect. tit. de Leg. §. 10. Müller Obseruu. practt. ad Leyseri meditt. ad Pandect. Tom. I. fasc. I. obs. XIIII. p. 61. sq.*

n) *Reinharth Selectt. obseruu. ad Christinaei deciss. Vol. I. obs. XXXIII. Merenda Controuerss. iur. Lib. II. cap. VIII. a Wernher Selectt. obseruu. forr. Part. IIII. obs. CCI. Westenberg Principp. iur. sec. Dig. ordin. tit. de Leg. §. 12. Gaertner Meditt. practt. sec. ordin. Pandect. Specim. I. med. XI. Hofacker Principp. iur. ciuil. rom. germ. Tom. I. §. 86. Emminghaus in nott. ad Cocceii ius ciu. controu. Lib. I tit. III. quaest. VIII. not. w. p. 49. sq.* Das Gegentheil behaupten *Stryk Vs. mod. Pandect. tit. de Leg. §. 15. Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. ad tit. eumd. §. 20. p. 54. ed. nouiss. de Cocceii Jus ciu. controu. l. l. Boehmer Introd. in ius Dig. tit. de Leg. §. 12. p. 24. ed. nouiss.* Allein die *Nou. 66. cap. 1.* auf welche sie ihre Meinung, daß ein neues Gesetz erst nach dem Ablaufe von zwey Monathen seine Gültigkeit

dieser Regel findet sodann statt, wenn der Gesetzgeber bey Promulgation des Gesetzes einen Zeitpunct festgesetzt hat, nach dessen Ablauf die verbindende Kraft seiner Disposition ihren Anfang nehmen soll o).

β) Für die Gültigkeit eines einmal gehörig promulgirten Gesetzes muß so lange vermuthet werden, bis das Gegentheil dargethan ist; denn die Abänderung oder gänzliche Aufhebung des Gesetzes ist ein factischer Umstand, und kann daher nicht präsumirt, sondern muß bewiesen werden.

γ) Wenn jemand die Unwissenheit eines gehörig bekannt gemachten Gesetzes vorschützt, so hat derselbe die Vermuthung wider sich. Bisweilen gereichet indessen die angeführte Rechtsunwissenheit zur Entschuldigung, wenn gewisse Umstände eintreten, welche sie wahrscheinlich und glaubhaft machen. So kann z. B. Abwesenheit, Einfalt, Dummheit u. s. w. bey Pönalgesetzen eine Milderung der Strafe bewirken. Was insbesondere die Provincial- oder Landesgesetze und Statuten anbetrifft, so vermuthet man zwar der Regel nach von den Fremden, daß sie die besondern Gesetze des Orts, wo sie erst seit kurzer Zeit sich aufhalten, nicht kennen; inzwischen ist doch, wie von Quistorp p) sehr richtig bemerkt, auf die von einem Fremden angeführte Unwissenheit solcher Verordnungen sodann keine Rücksicht zu nehmen, wenn etwa der besondere Zustand desselben, oder das Gewerbe, welches er treibt, ihn schon an sich verpflichteten, sich eine Kenntniß der Landesgesetze und Statuten zu erwerben. Wenn aber die geschehene Bekanntmachung eines neuen Landesgesetzes in Zweifel gezogen, oder geleugnet wird, so hat derjenige, welcher sich auf dasselbe gründet, die Vermuthung wider sich, und muß folglich beweisen, daß es gehörig promulgirt sey q). Denn die Promulgation eines Gesetzes ist ein factischer Umstand, und alles dasjenige, was facti ist, wird nicht vermuthet, sondern muß im Leugnungsfall bewiesen werden.

δ) Der

tigkeit erlange, begründen, enthält keinesweges eine allgemeine Regel, sondern beschränket sich lediglich auf solche Verordnungen, welche gewisse bey Errichtung eines Testaments zu beobachtende Feyerlichkeiten betreffen, und ist folglich nicht überhaupt von Gesetzen zu verstehen.

o) *a Leyser Meditt. ad Pandect. l. l. med.* 8. *p.* 71.

p) von Quistorp Grundsätze des peinlichen Rechts, Th. I. Abschn. II. Cap. II. §. 48.

q) *Hartleben Meditt. ad Pandect. Specim. VIII. med.* 1 — 3. *p.* 119. *sqq.* Eichmann a. a. O. S. 54. ff. Glück Erläuterung der Pandecten, Th. I. §. 20. S. 137. f.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0063
DFG

δ) Der Vortheile, welche man aus Rechtsunwissenheit hat fahren lassen, kann man sich nachher weiter nicht bedienen r).

§. 21.

Weil ein positives Gesetz vor der geschehenen Bekanntmachung nicht verbindet, so kann es auch auf schon vergangene Handlungen, die vor der Promulgation desselben geschehen sind, keinesweges angewendet werden. Diesen so vernünftigen Grundsatz bestätigen selbst die Gesetze. Denn so heißt es in der *L. 7. C. de Leg.* Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, *non ad facta praeterita reuocari:* nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit s). Wie ausnehmend deutlich und einleuchtend dieses Princip dem Verstande sich darbietet, so finden sich gleichwohl in Hinsicht auf die Frage: **ob und in wie fern eine gewisse Handlung für vergangen, oder für zukünftig zu achten sey:** bey der practischen Anwendung desselben nicht selten viele Schwierigkeiten. Denn oft ist es schwer, zu bestimmen, ob eine Handlung für **vergangen** oder für **zukünftig** gehalten werden müsse, theils daher, weil hin und wieder eine vergangene Handlung mit einer zukünftigen dergestalt verbunden ist, daß sie beyde als **eine** Handlung angesehen werden können, theils auch daher, weil eine Handlung in gewisser Hinsicht zu den schon vergangenen, und in anderer Rücksicht zu den zukünftigen gerechnet werden kann. Hauptsächlich kommt es hiebey auf eine genaue Bestimmung des Begrifs an, welcher mit vergangenen Handlungen zu verbinden ist. Ohne Zweifel sind darunter solche Geschäfte zu verstehen, welche vor Bekanntmachung des neuen Gesetzes abgeschlossen sind und ihre Vollkommenheit erhalten haben, wenn sie auch gleich noch nicht vollzogen sind, und ihre Consummation noch von einer zukünftigen Handlung abhängt t). Auf diese ist das neue Gesetz nicht anzuwenden, wenn sie auch gleich rechtshängig seyn sollten. Ist aber dasjenige, was durch das neue Gesetz verboten wird, als Wirkung einer vorhergehenden Handlung anzusehen, so muß das Gesetz darauf angewendet werden, wenn vor demselben noch nicht die Zeit verflossen ist, da es gefordert werden konnte. Betrifft das neue Gesetz eine Handlung, die mehrere Handlungen als Theile unter sich begreifet, so ist es nicht auf die vergangenen, wohl aber auf die zukünftigen Theile zu ziehen.

Es

r) *L. 7. et L. 9. §. 5. D. de Jur. et fact. ignor.*

s) *cf. L. 23. §. vlt. C. Mand. L. 17. C. de Fid. instrument.*

t) *Reinharth Selectt. obseruu. ad Christinaei decis. Vol. I. obs. XXXXVIIII. num. 5. Lyncker Diss. de vi legis in praeteritum. occas. L. 7. C. de Leg.* (Jenae 1681. rec. 1751.) *thes. 5.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0064
DFG

Es giebt aber auch Fälle, die als wirkliche Ausnahmen von der angegebenen Regel, daß ein Gesetz auf vergangene Handlungen keine Anwendung finde, anzusehen sind. Hieher gehöret 1) wenn der Gesetzgeber ausdrücklich vorgeschrieben hat, daß das Gesetz auch auf vergangene oder rechtshängige Fälle gezogen werden solle. Indessen auf solche vergangene Handlungen, die durch einen Vergleich, durch eine rechtskräftige Urthel, durch Zahlung oder auf irgend eine andere Art vor dem neuen Gesetze bereits entschieden und völlig beendiget worden sind, kann der Gesetzgeber unmöglich seine Verordnung zurück erstrecken; denn er ist nicht befugt, einem Unterthan sein wohl erworbenes Recht wieder zu entziehen, wenn nicht etwa dieses Recht mit dem Wohl des Staats collidirt. 2) Wenn das neue Gesetz ein erläuterndes oder declaratorisches ist, und auf solche Weise ein bereits existirendes Gesetz lediglich erklärt und näher bestimmet. 3) Wenn durch das neue Gesetz solche Handlungen verbothen werden, die schon nach den natürlichen oder bürgerlichen Gesetzen unerlaubt gewesen sind. Allein auch hier kann das Gesetz nicht auf solche vergangene Handlungen angewendet werden, die bereits rechtskräftig entschieden und völlig beendiget worden sind v).

§. 22.

Das positive Recht enthält entweder Gesetze, die in dem erklärten Willen Gottes ihren Grund haben und nicht mittelst der Vernunft erkannt werden können, oder solche Gesetze, die in dem erklärten Willen eines menschlichen Gesetzgebers sich gründen. Im erstern Falle nennt man es das **göttliche Positivrecht** (*ius positiuum diuinum*); im letztern Falle das **menschliche Positivrecht** (*ius positiuum humanum*). Nach Anleitung unsers Verfassers können wir hier die zwar gewöhnliche, aber zu nichts dienende Eintheilung des göttlichen Positivrechts in das **allgemeine** und **besondere** nicht unberührt lassen. Das erstere soll dasjenige göttliche positive Recht seyn, welches alle Menschen auf der ganzen Welt verpflichtet. Verschiedene, besonders ältere Rechtsgelehrte sowohl, als Moralisten und Theologen vertheidigen diese Eintheilung; allein andere, vorzüglich neuere bezweifeln die Existenz eines solchen allgemeinen positiven göttlichen Rechts, und man ist heutiges Tages wegen dieser berühmten Controverse ziemlich aufs reine x). Die Eigenschaften, welche ein allgemeines willkührliches göttliches Gesetz seinem Begriffe nach haben muß, sind

v) *cf. Lorenz Diss. de obligatione legis in praeteritum*, (Lipſ. 1770.)

x) Die Geschichte des ganzen Streites, und die Argumente für und wider die Existenz eines solchen Rechts liefert ausführlich *Meister Diss. num ius diuinum detur positivum vniuersale, (in Eiusdem exercitt. iuridd. var. argum. fasc. I. p. 25. sqq.)*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0065
DFG

sind folgende. Es muß α) ein solches Gesetz seyn, welches von Gott gegeben ist, und nicht mittelst der Vernunft erkannt werden kann, denn sonst würde es kein positives, sondern nur ein natürliches seyn; β) es muß alle und jede Menschen verbinden, denn sonst wäre es ein besonderes, und kein allgemeines. Zieht man diese Erfordernisse in genaue Erwägung, so läuft das Resultat der ganzen Untersuchung darauf hinaus, daß wirklich kein einziges Gesetz vorhanden ist, dem sich diese Eigenschaften zueignen ließen. Denn 1) ist gar nicht abzusehen, auf welche Art und Weise Gott den Menschen dergleichen Gesetze gegeben habe. Will man hier zur heiligen Schrift seine Zuflucht nehmen, so ist man auf einem ganz unrechten Wege. Vergebens suchet man in der Bibel positive Gesetze, die nach Gottes Absicht für alle Menschen verbindlich seyn können, da so viele tausend und aber tausend Menschen auf dem Erdboden wohnen, die dieses Buch nicht einmal dem Namen nach kennen. Es fehlet also an einem wesentlich nothwendigen Stücke, auf dem die verbindliche Kraft aller und jeder positiven Gesetze ruhet, nämlich an der Bekanntmachung oder Promulgation. Selbst die mosaischen Ehegesetze, die lediglich in willkührlichen göttlichen Vorschriften ihren Grund haben, können nicht als leges positiuae diuinae vniuersales betrachtet werden, weil sie damals bloß dem israelitischen Volke bekannt gemacht wurden, und zwar in einer Sprache, welche die übrigen Völker nicht einmal verstanden. Auch muß nothwendig eine genauere Betrachtung mancher im alten Testamente y) enthaltenen Gebote, welche man für allgemeine willkührliche göttliche Gesetze ausgeben will, jeden überzeugen, daß sie nichts weniger als allgemein sind z). Zudem sind die zufälligen Umstände und Verhältnisse, wodurch die Gottheit bewogen werden konnte, positive Gesetze zu geben, veränderlich und größtentheils bey jedem Volke anders. Hieraus ergiebt sich, daß die göttlichen Vorschriften, wie fern sie nicht natürliche sondern wirklich **willkührliche** Vorschriften sind,

y) Daß die im neuen Testamente befindlichen Vorschriften im Grunde keine eigentliche Gesetze, sondern mehr nur Lehr- und Glaubenssätze sind, erhellet theils überhaupt aus den besondern Verhältnissen der ersten Christen, theils auch vorzüglich aus der Art des Vortrags. Schott Einleitung in das Eherecht, §. 49 218. *not.* *)

z) Gemeiniglich will man das mosaische Gebot: wer Menschenblut vergeußt, des Blut soll auch durch Menschen vergossen werden, als ein allgemeines positives göttliches Recht angesehen wissen; allein es ist nur als ein interimistisches Gesetz zu betrachten, welches die ersten Nachkommen Noahs verbinden sollte, so lange sie noch keinen Staat und keine bürgerliche Gesetze hatten. Sollte dieser im B. Mos. I. Cap VIIII. *vers.* 6. enthaltene Ausspruch als allgemeines Gesetz gelten, so würde er begreiflich auch auf den Dienstherrn, der seinen Knecht oder seine Magd erschlagen, anzuwenden seyn. Allein nach B. Mos. II. Cap. XXI. *vers.* 20. soll diese That mit dem Tode nicht gebüßet, ja auch wohl gar nicht einmal bestrafet werden, und zwar vermöge des hinzugefügten Entscheidungsgrundes: denn es ist sein Geld.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0066
DFG

sind, nicht füglich allgemein seyn können; denn wenn der Grund des Gesetzes nicht allgemein ist, so kann auch das Gesetz selbst nicht allgemein seyn a).

§. 23.

Alles göttliche Positivrecht ist also ein **besonderes**. Unter diesem verstehet man vorzüglich die in den Büchern Mosis enthaltenen willkührlichen Gesetze, welche die Gottheit besonders den Israeliten durch Mosen hat bekannt machen lassen. Dieses sogenannte mosaische Recht wird in das **kirchliche** oder **Ceremonialrecht**, und in das **bürgerliche** oder **politische** Recht eingetheilet, je nachdem es entweder die Art der Gottesverehrung bey den Israeliten bestimmet, oder die Rechte und Verbindlichkeiten, die sie als Bürger eines besondern Staats zu beobachten hatten, festsetzt. Das Ceremonialrecht der Juden verbindet die Christen nicht; denn im neuen Testamente ist eine ganz andere Art der Gottesverehrung von dem Heylande und den Aposteln vorgeschrieben worden. Die bürgerlichen Gesetze Mosis haben unter den Christen weiter keine verbindliche Kraft, als wiefern sie in diesem oder jenem christlichen Staate ausdrücklich oder stillschweigend angenommen worden sind. Da sie ganz nach den damaligen Umständen der Israeliten und nach dem damaligen Zeitbedürfniß eingerichtet sind, mithin auf unsere jetzige veränderte Staatsverfassung grösstentheils nicht passen, so stehet einem Landesherrn allerdings das Befugniß zu, dergleichen mosaische Forensgesetze theils abzuändern, theils auch wohl gar aufzuheben, so oft er es nach den vorhandenen Umständen für nothwendig oder dienlich erachtet. Die heutigen Juden, der Ueberrest des israelitischen Volks, welches noch auf die Erscheinung eines leiblichen Messias vergeblich wartet, sehen zwar noch heutiges Tages die mosaischen Gesetze als Vorschriften von immerwährender Verbindlichkeit an; allein in Hinsicht auf den Gebrauch derselben ist zwischen den Ceremonialsachen und den bürgerlichen Handlungen derselben zu unterscheiden. In Ansehung der Religionssachen wird ihnen der Gebrauch des mosaischen Rechts mit Inbegrif der in ihrem Talmud enthaltenen nähern Bestimmungen und Erklärungen dieser Gesetze noch heutiges Tages gestattet; in bürgerlichen Geschäften hingegen sind sie verbunden, sich nach den gemeinen Rechten und den Gesetzen des Landes, wo sie sich aufhalten und den Schutz genießen, zu richten, ohne weiter darauf zu sehen, ob sie mit den Christen, oder unter sich zu thun haben.

§. 24.

Dem göttlichen Positivrechte wird das **menschliche** entgegen gesetzt, welches solche Gesetze in sich fasset, die in dem erklärten Willen eines menschlichen Gesetzgebers ihren Grund haben. Die einheimischen Gesetze Deutschlandes sind theils **Reichs-**

a) *cf. Waldini Diss. de legibus positiuis diuinis vniuersalibus*, (Jenae 1757.)

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822198010/phys_0067 DFG

gesetze, theils **Landesgesetze**. Solche Gesetze, die durch das ganze deutsche Reich gelten sollen, müssen auf dem Reichstage vom Kayser mit Einwilligung der Reichsstände gegeben werden. Da es also hiezu der Beystimmung und Einwilligung der Reichsstände bedarf, so gehöret die gesetzgebende Gewalt des Kaysers in Absicht auf das ganze deutsche Reich nicht zu den **kayserlichen Reservatrechten**, sondern zu den sogenannten **gemeinschaftlichen kayserlichen Rechten** b). Uebrigens ist es nicht nothwendig, daß **alle** Stände in das zu machende neue Reichsgesetz einwilligen, vielmehr ist in dem **Reichsabschiede vom Jahre 1541.** §. 66. 67. und **vom Jahre 1542.** §. 121. verordnet worden, daß die erscheinenden Stände, es mögen ihrer viele oder wenige seyn, Gewalt haben sollen, über alles dasjenige, weshalb der Reichstag ausgeschrieben worden, zu rathschlagen und zu beschließen c). In den einzelnen deutschen Reichslanden hat jeder Landesherr, vermöge der ihm zuständigen Landeshoheit, das Recht, Gesetze zu geben, ohne daß es hiezu einer besondern kayserlichen Concession oder Bestätigung bedarf. Eben so wenig hat auch ein Reichsstand bey Ausübung der gesetzgebenden Macht die Einwilligung der Landstände nöthig, wenn nicht etwa Landesgrundgesetze oder Fundamentalgesetze, das Herkommen, oder aber die Analogie der Landesverfassung dergleichen landständische Gerechtsame begründen. Die Staatsrechtslehrer streiten darüber, ob ein Reichsstand befugt sey, wider die gemeinen Reichsgesetze in seinen Landen neue Landesordnungen und Gesetze einzuführen d). Einige wollen den Reichsständen das Recht, den Reichsgesetzen durch Landesgesetze zu derogiren, gänzlich absprechen, andere glauben, es sey ihnen dieses Recht nur in gewissen Fällen zuständig. Ohne Zweifel muß man bey dieser Frage zwischen **Reichsgrundgesetzen** und **Reichsprivatgesetzen** unterscheiden. Jene, welche vertragsweise festgesetzt worden sind, haben die Staatsverfassung des deutschen Reichs überhaupt, als einen Staatskörper betrachtet, oder die Verfassung der einzelnen Reichslande zum Gegenstande, und können nicht durch reichsständische Landesgesetze abgeändert werden; denn die Landeshoheit der Reichsstände beschränket sich nur auf ihre Lande, und überdem ist hier der

b) Kayserliche eigene oder Reservatrechte (*iura inperialia propria s. reseruata*) sind die dem Kayser zuständigen Gerechtsame, über welche er ohne Beystimmung der Reichsstände Verordnungen erlassen kann, wenn sie nur den Reichssatzungen und der Verfassung des deutschen Reichs gemäß sind. Gemeinschaftliche kayserliche Rechte (*iura inperialia communia s. communicata*) sind diejenigen Gerechtsame, an deren Ausübung die Reichsstände Antheil nehmen.

c) Im Osnabrückschen Frieden Art. V. §. 2. sind inzwischen einige Fälle bestimmet, wo diejenigen Stände, welche nicht mit eingewilliget haben, an die mehreren Stimmen nicht gebunden sind.

d) S. Gerstlacher *Corp iur. german. publici et priuati*, Band I. Cap. I. S. 3 f. ff. Schnaubert Kann ein Landesherr wider das gemeine Recht in Deutschland Landesgesetze machen? (in dessen Beyträgen Th. I. *num.* 3.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0068
DFG

der Wille des Kayſers und des Reichs durchaus gebietend. Bey den Reichsprivatgeſetzen aber, welche lediglich Privatſachen reichsſtändiſcher Unterthanen betreffen, iſt weiter darauf zu ſehen, ob ihnen die ſalvatoriſche Clauſel beygefüget worden iſt, oder nicht. In dem erſtern Falle hat ein Reichsſtand vermöge der Natur der Vorbehaltungsclauſel allerdings das Recht, derogirende Landesgeſetze einzuführen; hingegen im letztern Falle muß man wieder unter den Reichsgeſetzen ſelbſt unterſcheiden. Sie ſind nämlich entweder ſolche, welche das Reich des gemeinen Beſtens wegen dergeſtalt als ſchechterdings verbindliche Verordnungen vorgeſchrieben hat, daß ſie in allen einzelnen Reichslanden befolget werden ſollen (*leges imperii abſolute praeceptiuae aut prohibitiuae*), oder ſolche, die zwar als allgemeine Verordnungen in Deutſchland bekannt gemacht worden ſind, deren Befolgung aber gleichwohl das Reich nicht ſo ſchlechterdings fordert, ſondern welche nur in ſubſidium, wenn andere verbindliche Verordnungen ermangeln, zur Norm dienen ſollen (*leges imperii hypotheticae*). Jene können durch Landesordnungen ſo wenig abgeändert als aufgehoben werden; dieſen im Gegentheil kann ein Landesherr vermöge der ihm zuſtehenden Landeshoheit allerdings derogiren. Die geſetzgebende Gewalt in den Reichslanden iſt ein eigenes, auf der Landeshoheit ruhendes Recht des Landesherrn. Daher können Juſtizcollegien, Regierungen und andere hohe Gerichte, welche die Gerichtsbarkeit im Namen des Landesherrn ausüben, keine Geſetze geben, wenn ihnen nicht der Landesherr dieſes Recht beſonders eingeräumet hat. Die richterliche Gewalt iſt von der geſetzgebenden ſehr verſchieden.

§. 25.

Es laſſen ſich bey der Frage: **in welchem Geſetze eine Verbindlichkeit ihren Grund habe?** drey Fälle denken. Eine Verbindlichkeit rühret entweder lediglich aus dem Rechte der geſunden Vernunft her, oder ſie gründet ſich lediglich im poſitiven bürgerlichen Rechte, oder ſie iſt in beyden Rechten, dem natürlichen ſowohl, als dem bürgerlichen gegründet. Im erſten Falle heißt ſie eine **bloß natürliche Verbindlichkeit** (*obligatio mere naturalis*); im zweyten Falle eine **bloß bürgerliche Verbindlichkeit** (*obligatio mere ciuilis*), und endlich im dritten Falle eine **vermiſchte Verbindlichkeit** (*obligatio mixta*). Wenn z. B. ein Hausſohn ein Geldanlehn nimt, ſo iſt er nach dem Naturrechte, nicht nach den römiſchen Geſetzen, verbunden, es wieder zu geben. Er hat alſo eine bloß natürliche Verbindlichkeit. Ein Depoſitar iſt nach dem römiſchen Rechte zum doppelten Erſatze verbunden, wenn er ein depoſitum miſerabile veruntreuet hat. Das Naturrecht kennet dieſe Verbindlichkeit nicht, und folglich iſt ſie mere ciuilis. Der Pachter iſt ſowohl nach dem natürlichen als nach dem römiſchen Rechte verbunden, das Pachtgeld zu bezahlen; mithin iſt eine Verbindlichkeit eine vermiſchte e).

e) *cf. Frommann Diſſ. de obligatione naturali*, (Tubing. 1676.) *Strauſs Diſſ. de obligatione mere ciuili*, (Viteb. 1673.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0069
DFG

§. 26.

Wenn gleich jede natürliche Verbindlichkeit, die dem Menschen ausser dem bürgerlichen Zustande obliegen würde, auch an sich in diesem Zustande vorhanden und fortdauernd ist, so kann doch, wie wir oben gesehen haben, der Gesetzgeber dieses oder jenes anordnen, was ausser dem Staate nicht recht seyn würde, wie fern der Zweck und die Absicht der bürgerlichen Societät diese oder jene Einschränkung der natürlichen Freyheit erheischet. In dieser Hinsicht ist der Gesetzgeber befugt, nicht nur den natürlich unvollkommenen Pflichten durch bürgerliche Gesetze eine vollkommen verbindliche Kraft zu ertheilen, sondern auch natürlichen Zwangspflichten die gerichtliche Wirkung ganz oder zum Theile zu nehmen, und selbige solchergestalt zu zernichten, oder doch einzuschränken und zu modificiren. Hierauf zielt die bekannte Eintheilung der bloß natürlichen Verbindlichkeit in die **ganz verworfene** (*obligatio naturalis plane reprobata ſ. deſtructa*), und in die zwar nicht bestätigte, aber doch auch **nicht ganz verworfene**, oder **nicht ganz aufgehobene** (*obligatio naturalis haud reprobata*), zu deren Erläuterung ich hier folgendes bemerken will. α) Was an sich nur Liebespflicht ist, kann auch nicht in Gerichten als erzwingbare Schuldigkeit gefordert werden, es wäre denn, daß durch Vorschrift des bürgerlichen Rechts das Gegentheil verordnet worden; das letztere ist aber, als Ausnahme von der Regel, so strenge zu erklären, daß weder von einem Falle auf den andern, noch von einer gerichtlichen Wirkung auf alle übrige die Ausdehnung zulässig ist. β) Eine natürliche Zwangspflicht bedarf der Bestätigung des bürgerlichen Gesetzgebers nicht, und ist folglich auch alsdann in foro ciuili klagbar, wenn sie auch gleich in den Civilgesetzen nicht wiederholt bestätiget worden; sie hat in den bürgerlichen Gerichten den völligen Effect, und kann in der Regel durch Klagen und Einreden geltend gemacht werden, wie fern ihr diese Wirkung durch die bürgerlichen Gesetze nicht in ſpecie genommen worden ist. γ) Wenn dergleichen einschränkende Gesetze wirklich vorhanden sind, so müssen diese als Ausnahmen von der Regel aufs strengste erkläret werden, und die natürliche Verbindlichkeit verlieret also in Ansehung des gerichtlichen Effects nur so viel, als das positive Recht ihr namentlich entzogen hat. Folglich bleiben diejenigen Wirkungen, welche in den Gesetzen nicht ausdrücklich aufgehoben sind, allerdings auch in foro ciuili fortdauernd.

Nicht ohne Grund bemerket der Auctor, die natürliche nicht verworfene Verbindlichkeit komme im römischen Rechte unter dem Namen der Billigkeit vor; denn in der angezogenen *L. 95. §. 4. D. de Solut.* wird sie vinculum *aequitatis* genannt f).

Ueber-

f) Die natürliche Verbindlichkeit kommt in dem römischen Rechtskörper unter mehreren Benennungen vor, als: 1) ratio naturalis, *L. 5. §. 16. D. de Adgnoſc. liber.* 2) vin-

Ueberhaupt ist Billigkeit die Tugend, welche die Ausübung äusserer vollkommener Rechte nach unvollkommenen äussern Pflichten mäßiget und bestimmet g). In dem römischen Rechte wird das Wort *aequitas* nicht selten dem **strengen Rechte** (*iuri stricto*, *iuri summo*, *rigori iuris*) entgegen gesetzt, und in diesem Falle bedeutet es dasjenige, was mit dem Naturrechte übereinstimmet; was im Gegentheil lediglich positiven Rechtens ist, wird schlechtweg *ius* genannt. So heißt es z. B. in der *L.* 2. §. 5. *D. de Aqua et aquae pluu. arc.* Haec *aequitas* suggerit, etsi *iure* deficiamur. Ferner bezeichnet auch aequitas alles dasjenige, was der Sinn eines Gesetzes mit sich bringt, und mit demselben überein kommt. Alsdann ist unter dem strengen Rechte alles dasjenige zu verstehen, was dem Wortverstande und dem dürren Buchstaben des Gesetzes gemäß ist. Wenn z. B. in der *L. 8. C. de Jud.* gesagt wird: Placuit in omnibus rebus praecipuam esse *iustitiae aequitatisque*, quam *stricti iuris* rationem, so heißt dies, man soll bey allen Sachen nicht sowohl nach dem strengen Rechte, und nach dem, was der Buchstaben des Gesetzes besagt, gehen, als vorzüglich auf Recht und Billigkeit sehen, wie es der Sinn des Gesetzes mit sich bringt h).

§. 27.

Das Wort ius bezeichnet auch, wie wir oben gesehen haben, die **Rechtsgelehrsamkeit**; in dieser Bedeutung wird es hier genommen. Die römischen Juristen definiren die Jurisprudenz so: est diuinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia i). Ueber die Erklärung dieser gesetzlichen Definition sind die Rechtslehrer nicht einig. Verschiedene k) wollen unter den rebus *diuinis* das Naturrecht, und unter den rebus *humanis* das positive Recht verstanden wissen. Andere l) glauben, Ulpian habe durch diese Definition anzeigen wollen, daß

2) vinculum naturale, *L.* 59. *D. de Condict. indeb.* 3) aequitas naturalis, *L.* 1. *D. de Minor.* 4) officium pietatis, *L.* 5. §. 17. *D. de Adgnosc. liber.* 5) pudor, §. 1. *J. de Fidei. hered.*

g) Schmalz Naturrecht, §. 37. not. *). S. 42.

h) Von der zahlreichen Menge von Schriften, die über diesen Gegenstand vorhanden sind, verdienen hier als die vorzüglichsten angeführet zu werden: *Schulting Diss. de aequitate et stricto iure*, (Lugd. Bat. 1717.) *Hartmann Diss. de aequitate iuridica*, (Kilon. 1730.) *Eiusdem Pr. quid interfit inter ius summum et aequitatem*, (ibid. eod.) *Kress Diss. de aequitate*, (Helmst. 1731.)

i) *L.* 10. §. 2. *D. de Just. et iur.*

k) *Perenonius Lib. I. animaduerss. cap. XXIIII.*

l) *Grotius Florum spars. ad ius Justinian.* p. 13. *Faber Comment. ad. L.* 1. *D. de Just. et iur.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0071
DFG

daß die Rechtsgelehrsamkeit ein Theil der Philosophie sey, wodurch bestimmet werde, was in göttlichen und menschlichen Dingen recht und unrecht sey. Noch andere m) verstehen unter den rebus *diuinis* das geistliche Recht (ius diuinum s. sacrum), welches aus dem iure feciali, pontificio und augurali bestand; hingegen unter den rebus *humanis* denken sie sich das ius ciuile.

Diese letztere Erklärung ist ohne Zweifel die richtigste. Allein dem sey, wie ihm wolle, so kann man doch den Begrif der Jurisprudenz deutlicher und faßlicher bestimmen. **Objectivisch** genommen ist sie die Summe methodisch verarbeiteter Wahrheiten von den Rechten und Verbindlichkeiten. **Subjectivisch** genommen ist sie eine Wissenschaft der Gesetze, verbunden mit der Fertigkeit, sie auf vorkommende Fälle anzuwenden. Der Jurist muß also besitzen α) eine Wissenschaft der Gesetze; β) eine Fertigkeit, sie auf vorkommende Fälle anzuwenden. Jenes heißt die **Theorie** oder der **theoretische Theil** der Rechtsgelehrsamkeit; hingegen in der Anwendung der Gesetze bestehet die **Praxis** oder der **practische Theil** der Jurisprudenz n). Derjenige, welcher eine gründliche und wissenschaftliche Kenntniß von der Theorie sowohl als Praxis der Rechtsgelehrsamkeit besitzt, und dieselbe wirklich ausübet, heißt ein **Jurist**, ein **Rechtsgelehrter** im eigentlichen Verstande. Von diesem unterscheide man einen iurisperitum, einen bloßen **Rechtsverständigen**, der zwar eine gründliche Theorie der Rechte besitzt, gleichwohl aber von den erkannten rechtlichen Wahrheiten keinen Gebrauch macht. Auch verwechsele man nicht mit einem Rechtsgelehrten im eigentlichen Verstande α) einen leguleius, d. h. einen solchen, der zwar wohl überall mit seiner Gesetzkenntniß prahlet und die Gesetze den Worten nach weiß, aber den Geist derselben nicht verstehet, und daher eine ungeschickte Anwendung davon macht. β) Einen **Rabulisten**, worunter man einen solchen verstehet, der theils aus Unwissenheit die Gesetze unrichtig anwendet, theils aber vorzüglich aus Bosheit und Gottesvergessenheit dieselben zu verdrehen sich bemühet. γ) Einen **Empiriker**, oder einen solchen, der eigentlich gar keine Rechtstheorie besitzt, sondern etwa bloß als Abschreiber oder Advocat durch tägliche Uebung den gewöhnlichen Schlendrian mechanisch erlernet hat. Dergleichen leguleii, Rabulisten und Empiriker, eine zwar nicht seltene, aber ohnstreitig sehr gefährliche und schädliche Gattung von Menschen, können auf den ehrenvollen Namen eines Rechtsgelehrten keinen Anspruch machen.

§. 28.

m) *Brissonius Antiquitt. Lib. IIII. cap. XVI. Gebauer Diss. de iustitia et iure, §. 11. Schott Specim. iur. Dig. ad tit. de Just. et iur.* (Lipsiae 1775.) *§. 2.* Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 22. S. 39. *Madihn Principp. iur. rom. Tom. I. §. 1. not. b. p. 1.*

n) Ueber den Begrif der juristischen Praxis sehe man Oelze Anleit. zur gerichtlichen Praxis, Vorbereit. §. 2. S. 2. f.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0072
DFG

§. 28.

Ein Gesetz **anwenden** heißt bestimmen, was demselben in einem vorliegenden Falle gemäß ist. Soll diese **Bestimmung** richtig erfolgen, so muß man nicht nur das Factum gehörig kennen, und nach allen dabey vorkommenden **Umständen** sowohl an sich, als auch in Ansehung desjenigen, der es unternommen hat, ponderiren und in sorgfältige Erwägung ziehen, sondern man muß auch das Gesetz selbst, welches zur Anwendung kommen soll, seinem ganzen Inhalte und seinem wahren Sinne nach genau kennen. Sind die Worte des Gesetzes zweydeutig und dunkel, ist der Inhalt desselben undeutlich, so kann man auch nur vermittelst der Interpretation eine genaue Kenntniß desselben erlangen.

§. 29.

Unter der **Gesetzerklärung** (*interpretatio legis*) verstehet man die Entwickelung des wahren Sinnes des Gesetzes aus den Worten und der Absicht desselben. Der **Sinn des Gesetzes** (*sensus*, *mens*, *sententia*, *vis*, *potestas legis*) ist die Bedeutung, welche der Gesetzgeber durch die Worte des Gesetzes hat ausdrücken wollen. Alles, was wider den Sinn des Gesetzes ist, ist gesetzwidrig. Der Sinn des Gesetzes ist theils aus dem **Wortverstande**, theils aus dem **Grunde** desselben zu erkennen. Daher handelt nun auch derjenige gesetzwidrig, welcher zwar nicht wider den Wortverstand des Gesetzes handelt, aber gleichwohl wider den wahren Grund desselben; geschieht dies dolose, so sagt man von ihm, er handele in fraudem legis o). Der Wortverstand des Gesetzes (sensus litteralis) bestehet in der Bedeutung, die mit dem Gesetze den Worten nach zu verbinden ist; der Grund oder die Raison des Gesetzes (ratio) hingegen ist die Absicht des Gesetzgebers, woraus man erkennen kann, warum das Gesetz so, und nicht anders von ihm gegeben worden ist.

§. 30.

Die Gesetzerklärung setzet wesentlich ein dunkeles oder unzureichendes Gesetz voraus; denn sonst bedarf es keiner Auslegung, und der Richter muß es in Anwendung bringen, wenn es auch gleich hart seyn sollte. Es behaupten zwar einige, der Richter könne ein Gesetz, welches zwar nicht dunkel und unzureichend, aber doch hart ist, nach der Billigkeit auslegen, ohne daß er nöthig habe, sich deshalb an den

o) *L.* 29. *D. de Leg.* Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet: *in* FRAVDEM *vero, qui, saluis verbis legis, sententiam eius circumvenit. cf. Streitii Diss. de his quae in fraudem legis fiunt,* (Erford. 1702.)

den Gesetzgeber zu wenden p); allein diese Meinung ist ohne Zweifel ganz irrig. Der Richter ist befugt, nach den Gesetzen zu sprechen, keinesweges aber darf er sich anmaßen, über deutliche Gesetze zu urtheilen, und sich um den besondern Grund, welcher den Gesetzgeber zur Abfassung derselben bestimmet haben kann, zu bekümmern q). Dies bestätigen auch die Gesetze ganz deutlich. Es gehöret hieher die *L. 12. §. 1. D. Qui et a quib. manum.* worin Ulpian sagt: ipsa igitur, quae diuertit, omnes omnimodo seruos suos manumittere vel alienare prohibetur: quia ita verba faciunt, vt ne eum quidem seruum, qui extra ministerium eius mulieris fuit vel in agro, vel in prouincia, possit manumittere vel alienare, *quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est* r). Anders verhält sich freylich die Sache, wenn ein Gesetz wirklich dunkel ist, und daneben mehrere Auslegungen zulässet. Da die Gesetze selbst die Billigkeit so oft empfehlen, so findet in solchem Falle allerdings interpretatio benigna statt, d. h. man nimt den Sinn des Gesetzes für wahr an, der am meisten dem Naturrechte sich nähert, und von der Strenge am weitesten entfernt ist s).

§. 31.

Die Gesetzerklärung geschiehet entweder von dem Gesetzgeber selbst, oder von einem Rechtsgelehrten nach den Regeln der Hermeneutic. Im erstern Falle heißt sie die **gesetzliche Interpretation** (*interpretatio legalis*); im letztern Falle die **Doctrinalerklärung** (*interpretatio doctrinalis*). Von beyden Gattungen wird in den nächst folgenden Paragraphen gehandelt.

§. 32.

Was die gesetzliche Auslegung anbetrifft, so kann diese auf folgende Weise geschehen. Der Gesetzgeber erkläret entweder ausdrücklich mit Worten, wie das dunkele

p) *a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. I. Specim. III. med.* 7. *p.* 30. *Hommel Rhapsod. quaestt. in foro quotid. obuenientt. Vol. III. obs. CCCCXXXVIIII. p.* 37. *sqq.*

q) *L.* 21. *D. de Leg.* Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his, quae certa sunt, subuertuntur.

r) *cf. L.* 1. *et L.* 9. *C. de Leg. L.* 19. *D. de Offic. praes. L.* 8 §. 2. *C. Ad leg. Jul. de vi publ. Nou.* 82. *cap.* 10. *Bertuch Diss de eo, quod circa aequitatem iniquum est*, (Erford. 1736.) *Bauer Pr. de aequitatis in iure vsu*, (Lipsi. 1761.) *Hartleben Meditt. ad Pandect. Vol. I. Part. I. Specim. IIII. med.* 10. *p.* 65. *sqq.*

s) *Riuinus Diss. de benigna iurisconsultorum interpretatione*, (Viteb. 1752.) Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. I. §. 30. S. 105.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0074
DFG

kele Gesetz verstanden werden soll, oder er billiget stillschweigend die in den Gerichten angenommene Auslegung des dunkeln Gesetzes. Im erstern Falle heißt sie die **authentische Gesetzerklärung** (*interpretatio authentica*); im letztern Falle die **hergebrachte, übliche Gesetzerklärung** (*interpretatio vsualis*). Die authentische Erklärung ist ein Theil der gesetzgebenden Gewalt; sie stehet folglich nur dem Landesherrn selbst, keinesweges aber den höchsten Gerichten im Lande zu t). In Ansehung der durch ganz Deutschland allgemein geltenden Gesetze geschiehet sie vom Kayser; inzwischen muß sie mit Zuziehung der Reichsstände geschehen, wenn sie durch das ganze deutsche Reich gelten soll. In Ansehung der Gesetze, welche nur in gewissen Gebieten gelten, kann sie von den Reichsständen geschehen. Sie ist bisweilen nothwendig. Dahin gehöret α) wenn der Gesetzgeber sich die Erklärung ausdrücklich vorbehalten hat, wie dies z. B. nicht selten bey Privilegien der Fall ist; β) wenn der Sinn eines Gesetzes so zweydeutig und dunkel ist, daß er sich schlechterdings vermittelst der Regeln der Hermeneutic nicht deutlich bestimmen läßet. Allemal muß aber die authentische Erklärung des Gesetzes dem Sinne desselben gemäß seyn; denn sonst ist sie keine Interpretation, sondern eine neue Verordnung v). Dieser Unterschied ist sehr bedeutend, wenn von der Anwendung des Gesetzes auf vergangene Handlungen die Frage ist. Die Usualerklärung supponirt ebenfalls, daß das Gesetz wirklich dunkel sey. Sie muß die Erfordernisse eines gültigen Gewohnheitsrechts haben, und insbesondere muß sie auch den Regeln der Auslegungskunst gemäß seyn; denn sonst ist sie eine neue Gewohnheit, aber keine Auslegung, wenn die nöthigen Eigenschaften eines Gewohnheitsrechts vorhanden sind x).

§. 33.

Die Usualerklärung eines Gesetzes geschiehet auch durch die gerichtliche Observanz. Unter dem **Gerichtsgebrauche** ist hier überhaupt eine in den Gerichten bey der Behandlung und Entscheidung streitiger Rechtsfälle angenommene Regel zu verstehen, die bisher schon seit langer Zeit auf eine gleichförmige Weise beobachtet worden ist. Sie betrifft entweder bloß die Proceßform, oder das Recht selbst. Ist dieses, so kann sie entweder die Entscheidung eines durch die Gesetze nicht entschiedenen Rechtsfalls, die man in den Gerichten angenommen und zeither befolget hat, zum Gegenstande haben, oder die Erklärung eines dunkeln Gesetzes. Im letztern Falle hat diese Regel oder der Gerichtsgebrauch, wenn die stillschwei-

t) *Hartleben Meditt. ad Pandect. Vol. I. Part. I. Specim. II. med. 4. p. 17. sq.*

v) *L. 1. L. 9. et L. vlt. C. de Leg.*

x) *cf. Schroeter Pr. de interpretatione vsuali eiusque fonte duplici,* (Viteb. 1713.) *Wibeking Diss. de incommodis per interpretr. vsuales et obseruantt. in iurisprud. inuectt.* (Francof. ad Viad. 1748.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0075
DFG

gende Genehmigung des Landesherrn und die Länge der Zeit, wodurch sie sich zum Gewohnheitsrechte qualificirt, vorhanden ist, allerdings die Kraft einer Usualinterpretation, und darf nicht vernachlässiget werden y). Eine Observanz, worin alle, oder doch wenigstens die meisten Rechtscollegien mit einander übereinkommen, wird, wie der Auctor bemerket, auch **Praxis** genannt. Uebrigens ist vom Gerichtsgebrauche wohl zu unterscheiden die **gemeine Meinung der Rechtsgelehrten** (communis doctorum opinio), worunter man eine solche Meinung verstehet, welche von den mehresten Juristen, die in den Gerichten großes Ansehen haben, in ihren Schriften angenommen worden ist. Diese hat nicht die Kraft einer Observanz und einer Usualinterpretation, sondern sie ist wohl mehr nur als eine Doctrinalerklärung zu betrachten, wenn sie den Regeln der Hermeneutic gemäß ist. Als eine Usualerklärung kann sie unmöglich angesehen werden, weil sich nicht füglich ein Grund zur Gültigkeit derselben in der stillschweigenden Genehmigung des Landesherrn bey ihr annehmen lässet. Da dergleichen gemeine Meinungen der Rechtsgelehrten oft nichts weiter als gemeine Irrthümer sind, so ergiebt sich schon hieraus die Unrichtigkeit des Princips, daß nämlich der sachfällige Theil nicht in die Proceßkosten zu vertheilen sey, wenn derselbe eine solche gemeine Meinung für sich hat z).

§. 34.

Die Doctrinalerklärung zerfällt in die **grammatische** und **logische**, je nachdem sie sich entweder damit beschäftiget, den Sinn eines Gesetzes bloß aus dem Wortverstande desselben zu bestimmen, oder nach dem Zwecke und der Absicht des Gesetzgebers den Sinn des Gesetzes aus seinem Grunde zu eruiren. Jene nennt man auch die **philologische**, diese die **philosophische**. Die grammatische Erklärung ist der logischen vorzuziehen; denn so lange man keinen hinlänglichen Grund hat, zu glauben, der Gesetzgeber habe mehr oder weniger sagen wollen, als die Worte des Gesetzes exprimiren, muß man auch annehmen, daß derselbe das Gesetz so verstanden wissen wolle, wie es der Wortverstand mit sich bringt. Inzwischen darf doch, wie die Gesetze selbst deutlich zu erkennen geben, die grammatische Erklärung von der logischen nicht getrennet werden a).

Eine besondere Gattung der Doctrinalinterpretation ist die **politische**, worunter man diejenige Gesetzerklärung verstehet, welche bemühet ist, zu bestimmen, ob und in wie fern ein Gesetz auf die Verfassung unserer Zeiten und auf den jetzigen Zustand passe

y) *Hommel Rhapsod. quaestt. in foro quotid. obuenientt. Vol. II. obs. CCCXVIII.* p. 145.

z) Weber über die Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation, §. 10. 11.

a) *L. 7. §. 2. D. de Jurisdict. L. 6. §. 1. D. de Verb. signif.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0076
DFG

passe und anwendbar sey. Daß diese nicht selten vorzüglich in Ansehung der fremden in Deutschland recipirten Gesetze nützlich und unentbehrlich sey, ist leicht einzusehen b). Ganz ungegründet ist es, wenn einige Rechtsgelehrte c) behaupten, die politische Gesetzerklärung könne nicht als eine besondere Gattung der Doctrinalinterpretation angesehen werden, sondern sie sey mit zu der logischen zu rechnen. Denn indem sie ihrer Natur nach lediglich die heutige Anwendbarkeit des Gesetzes zum Gegenstande hat, so passet auf sie der Begrif der logischen Erklärung keinesweges, weil sich diese nur mit dem Zwecke und der Absicht des Gesetzgebers beschäftiget, und den Sinn des Gesetzes aus seinem Grunde zu bestimmen suchet d).

§. 35.

Die grammatische Gesetzerklärung beschäftiget sich entweder bloß mit der Bestimmung des Wortverstandes, um die Dunkelheit der Worte zu heben, oder sie ist bemühet, den verdorbenen und interpolirten Text zu verbessern, zu berichtigen und wieder herzustellen. Im ersten Falle nennt man sie die **bloß grammatische** oder **wörtliche**, im zweyten Falle die **critische Interpretation**. Ohngeachtet jeder Gesetzgeber bey Abfassung der Gesetze sich solcher Worte bedienen muß, die nicht dunkel oder zweifelhaft, sondern verständlich und deutlich sind, so ist gleichwohl die wörtliche Auslegung oft nothwendig. Die Veränderung des Redegebrauchs macht, daß viele alte Gesetze jetzt den Worten nach dunkel sind, wenn sie auch gleich zu der Zeit, wo sie gegeben worden, nicht zweifelhaft oder zweydeutig waren. Die critische Interpretation ist vorzüglich bey Erklärung der Gesetze des römischen und canonischen Rechtskörpers nothwendig. Denn so haben nicht nur die Abschreiber durch die hin und wieder mit in den Text hinein gebrachten Randglossen die Gesetze sehr verdunkelt, sondern auch aus grober Unwissenheit sogar oft die Worte der Gesetze ganz verdorben. Selbst die Glossatoren haben viele Gesetze corrumpirt, weil sie in der Geschichte und den Antiquitäten Ignoranten waren, und auch selbst die lateinische Sprache nicht recht verstanden. Nach Erfindung der Buchdruckerkunst wurden die fehlerhaft geschriebenen codices eben so fehlerhaft abgedruckt, und die wiederholten Abdrücke veranlasseten auch häufige Druckfehler. Wegen dieser vielen Unrichtigkeiten, die theils durch Unwissenheit, theils auch durch Nachlässigkeit der Abschreiber und Buchdrucker in diese Gesetzbücher sich eingeschlichen haben, ist die critische Gesetzerklärung oft schlechterdings nothwendig. Es sind aber bey dem Gebrauche dieser Art von Auslegung verschiedene Regeln zu beobachten. Hieher gehöret:

b) *Hartleben Meditt. ad Pandect. Vol. I. Part. I. Specim. II. med.* 3. *p.* 14. *sqq.*

c) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. I. § 34. S. 222. f.

d) *Schilter Prax. iur. rom. Exercit. II. §.* 8. *not. a. Peller Diss. de interpretatione legum politica*, (Alt. 1719).

α), daß man nur dann zur Verbesserung eines Gesetzes schreite, wenn es die höchste Nothwendigkeit erfordert. Eine solche dringende Nothwendigkeit ist sodann vorhanden, wenn man vermittelst der grammatischen Erklärung einen guten Wortverstand des Gesetzes auf keine Weise herausbringen kann, oder wenn solche Umstände eintreten, welche deutlich zu erkennen geben, daß der Wortverstand des Gesetzes seinem Sinne zuwider ist. β) Daß man das fehlerhafte Gesetz durch die Emendation so wenig als möglich abändere. Man muß also versuchen, mit Beybehaltung der Worte durch bloße Veränderung der Unterscheidungszeichen, oder durch Trennung unrecht zusammengefügter und Verbindung zerrissener Worte den Sinn des Gesetzes herauszubringen. Auch kann man die verdorbenen Lesarten dadurch zu verbessern suchen, daß man einzelne Buchstaben oder Sylben in den Worten ändert. γ) Hiernächst bediene man sich guter glaubwürdiger Handschriften, wenn eine critische Erklärung nothwendig ist. In dieser Hinsicht ist die alte Handschrift der Florentinischen Pandecten vorzüglich zu empfehlen, mit welcher indessen auch andere alte Handschriften zu verbinden sind e). Ferner nehme man diejenigen Ausgaben zur Hand, welche von glaubwürdigen und bewährten Handschriften abgedruckt sind, wohin nun vorzüglich diejenigen gehören, welche die Florentinische Lesart enthalten, oder bey welchen sie wenigstens zum Grunde liegt f). Oft lässet sich auch die Dunkelheit in den Gesetzen dadurch heben, wenn man bey Erklärung derselben auf andere Gesetze, die von ähnlichen Fällen reden, und besonders auf solche Rücksicht nimt,

e) *Walch Nott. ad Eckhardi hermeneut. iur. Lib. I. cap. II. §. 83. p. 100. sqq.*

f) Es sind hieher vorzüglich folgende zu rechnen. 1) *Digestorum s. Pandectarum Libb. L. ex Florentinis Pandectis repraesentati per Franciscum Taurellium.* (Florentiae 1553. fol.) 2) *Ius ciuile MSS. librorum ope infinitis locis emendatum, et perpetuis nott. inlustratum L. Russardo auctore.* (Lugd. 1560. fol. Antwerp. 1567. 8. ibid. 1570.) 3) *Corpus iuris ciuilis cum nott. Ant. Contii, Voll. VIIII.* (Paris. 1562. 8.) 4) *Digesta s. Pandectae, curante Jac. Vintimillio, Vol. VIIII.* (ibid. 1548. 1550. 8.) 5) *Sacr. Princ. Justiniani iuris enucleati ex omni vetere iure conlecti Digestorum s. Pandectarum Libb. L. opera et diligentia L. Charondae,* (Antwerp. 1575. fol.) 6) *Corpus iuris G. Chr. Gebaueri cur. Spangenberg,* (Gotting. 1776. 4.) 7) *Corpus iuris ciuilis diligentia Jo. Frid. Plitt,* (Hagae Comit. et Francof. ad Moen. 1789. 8.) Außer diesen Florentinischen Ausgaben sind vorzüglich noch zu empfehlen: 8) *Digestorum s. Pandectarum iuris ciuilis Voll. V.* (Paris. ex officina *Roberti Stephani* 1527. 8.) 9) *Digestorum s. Pandectarum Libb. L. editi per Gregor. Haloandrum,* (Norimb. 1529. 4.) 10) *Digestorum s. Pandectarum iuris ciuilis Libb. L. ad exemplar Florentinum et Haloandrinum nec non vulgatas editt. quam diligentissime conlati, passimque emendati cura Lud. Miraei, Voll. VII.* (Paris. 1552. 1553. 8.) Noch mehrere der besten Ausgaben liefert *Brencmann Histor. Pandect. Lib. III. cap. IIII.* Von den Institutionen, Codex und Novellen führet die besten Ausgaben an *Walch Nott. ad Eckhardi hermeneut. iur. l. l. §. 86. p. 129. sqq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0078
DFG

nimt, welche um die Zeit gegeben worden sind, da das dunkele Gesetz, von welchem die Rede ist, sein Daseyn erhalten hat. Mit Nutzen kann man sich ferner der griechischen Uebersetzungen bedienen, die von den justinianeischen Rechtsbüchern veranstaltet sind; denn vermittelst derselben lassen sich nicht selten fehlerhafte Lesarten oder corrupte Texte verbessern und berichtigen.

§. 36. 37.

Die logische oder philosophische Gesetzerklärung untersuchet die Absicht und wahre Willensmeinung des Gesetzgebers, und bestimmet also den Sinn des Gesetzes aus seinem Beweggrunde. Es wird diese Art der Interpretation eingetheilet in die **bloß erklärende** (*declaratiua*), in die **ausdehnende** (*extensiua*), und in die **einschränkende** (*restrictiua*). Zieht man nämlich den Grund des Gesetzes gehörig in Erwägung, so findet es sich bisweilen α) daß man wegen seiner genauen Uebereinstimmung mit den Worten des Gesetzes so wenig Ursache hat, das Gesetz einzuschränken, als auszudehnen. In solchem Falle bleibt man gerade bey den Worten des Gesetzes stehen, und es entstehet auf diese Weise eine bloß erklärende Auslegung (interpretatio declaratiua), welche bestimmet, daß die Worte des Gesetzes den Sinn desselben ausdrücken. Hingegen β) kann es auch seyn, daß der Sinn des Gesetzes sich weiter erstrecket, als die Worte desselben, und daß also der Gesetzgeber allgemeiner hätte reden sollen, als er gethan hat. Man dehnet folglich das Gesetz aus, behauptet, daß es auf den vorliegenden Fall passe, weil seine Raison darauf passet, ohngeachtet der Fall in den Worten nicht begriffen ist; und dies ist die ausdehnende Erklärung (interpretatio extensiua). Der Grund dieser Auslegung ist die Regel: **wo die Raison des Gesetzes statt findet da hat auch dessen Verordnung statt** (*vbi eadem ratio legis, ibi eadem eiusdem dispositio*). Es findet sich aber auch oft γ) daß die Worte des Gesetzes weiter gehen, als die Raison desselben, und daß also der Gesetzgeber sich allgemeiner ausgedrückt hat, als er sich hätte ausdrücken sollen. In diesem Falle muß man das Gesetz so auslegen, daß die Worte nach seinem Sinne eingeschränket werden; und dies ist die einschränkende Erklärung (interpretatio restrictiua) Diese Auslegung gründet sich auf die Regel: **wo die Raison des Gesetzes wegfällt, da fällt auch das Gesetz selbst weg** (*cessante ratione legis, cessat lex ipsa*). Wenn man aus dem Sinne eines Gesetzes Wahrheiten folgert, die in den Worten desselben nicht enthalten sind, und auf solche Weise das Gesetz logisch erkläret, so heißt die Folge, welche hiedurch aus dem Gesetze gezogen wird, *argumentum legis*. Hieraus entstehet die **Analogie des Rechts** (*analogia iuris*), worunter überhaupt eine in dem Gesetze nicht enthaltene, aber aus der Absicht und den Bestimmungsgründen des Gesetzgebers gefolgerte Entscheidung eines zweifelhaften Rechtsfalls zu verstehen ist.

§. 38.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0079
DFG

§. 38.

Der Auctor theilet hier die Jurisprudenz ein in *legislatoriam*, *iudiciariam* und *consultatoriam*. Diese ganze Eintheilung ist falsch. Denn die prudentia *legislatoria*, quae circa ius constituendum se exserit, kann nicht als ein Theil der Rechtsgelahrtheit angesehen werden, weil sich diese nicht mit Gesetzen beschäftiget, die erst gegeben werden sollen, sondern nur mit solchen, die schon vorhanden sind. Die **gerichtliche** und **consultatorische** Jurisprudenz aber formirt keine besondere Haupttheile der Rechtsgelahrtheit, sondern sie macht nur Unterabtheilungen der practischen Rechtsgelehrsamkeit aus g).

§. 39.

Die Rechtsgelahrtheit lässet sich in Ansehung ihrer Quellen eintheilen in die **natürliche** und in die **positive**, je nachdem die Rechte und Verbindlichkeiten, welche sie begreifet, entweder aus den natürlichen oder aus den positiven Gesetzen entspringen. Nach Verschiedenheit der in Deutschland geltenden positiven Gesetze zerfällt die positive Rechtsgelehrsamkeit in die **deutsche** oder **einheimische** (*germanica s. domestica*), und in die **auswärtige** oder **fremde** (*peregrina*), je nachdem entweder die deutschen, oder die recipirten fremden Rechte als Quellen derselben anzusehen sind. Zur fremden positiven Rechtsgelehrsamkeit gehöret bey uns in Deutschland die **canonische**, **römische** und **longobardische**.

In Ansehung der verschiedenen Gegenstände, auf welche sich die aus den Gesetzen entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten beziehen, hat die positive Jurisprudenz theils **Haupttheile**, theils **Nebentheile**. Die Haupttheile derselben lassen sich so bestimmen. Die zur Rechtsgelehrsamkeit gehörigen Wahrheiten betreffen entweder die Rechte und Verbindlichkeiten an sich, oder sie betreffen die Art und Weise, wie die rechtlichen Geschäfte betrieben werden müssen. Jene machen die **theoretische**, diese aber die **practische Rechtsgelahrtheit** aus.

Die theoretische Rechtsgelahrtheit hat wieder ihre verschiedenen Theile. Die Wahrheiten, womit sie sich beschäftiget, betreffen entweder die Verwaltung und innere Regierungsverfassung eines Staats, und dessen Verhältniß gegen Auswärtige, — **Staatsrechtsgelehrsamkeit**; oder sie betreffen die Staats- und Regierungsverfassung nicht, sondern entweder solche Rechte und Verbindlichkeiten, welche freye Völker gegen einander zu beobachten haben, — **Völkerrecht**; oder solche, welche unter Privatpersonen und Unterthanen statt finden, — **Privatrechtsgelehrsamkeit**. Ferner können die Wahrheiten von den Rechten und Verbindlich-

g) *Nettelbladt System. elem. doctrinar. propaedeut. iurisprud. posit. germanor. commun. §. 44. p. 36.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0080
DFG

bindlichkeiten entweder Verbrechen und deren Strafen betreffen, — **Criminalrechtsgelehrsamkeit**; oder Religion und Gottesdienst, — **Kirchenrechtsgelehrsamkeit**; oder die Lehne und den daraus herrührenden Lehnsnexus, — **Lehnsrechtsgelehrsamkeit.**

Die practische Rechtsgelehrsamkeit zerfällt in die **gerichtliche** und in die **aussergerichtliche**, je nachdem sie entweder gerichtliche, oder aussergerichtliche Geschäfte, die ohne richterliche Mitwirkung betrieben werden, zum Gegenstande hat. Was die Nebentheile der positiven Jurisprudenz anbetrifft, unter welchen man diejenigen verstehet, welche nur auf eine gewisse Gattung von Dingen oder Personen sich einschränkende Rechtswahrheiten berücksichtigen, so gehöret hieher z. B. das **Kriegsrecht, Cameralrecht, Polizeyrecht, Wechselrecht, Handelsrecht, Bürgerrecht, Dorf-** und **Bauernrecht** u. s. w.

§. 40.

Wenn man ein Gesetz anwenden will, so muß man nicht nur dasselbe seinem ganzen Inhalte und seinem wahren Sinne nach genau kennen, sondern man muß auch überdem die Handlung nach allen dabey vorkommenden **Umständen** sowohl an sich, als auch in Ansehung desjenigen, der sie unternommen hat, gehörig kennen. Zu den Mitteln, wodurch man eine solche Kenntniß von der Handlung erlangen kann, gehöret

α) das **Geständniß, Eingeständniß** (*confessio*); worunter man eine überlegte Erklärung verstehet, durch welche jemand die Wahrheit einer eigenen Thathandlung, die seine Rechte und Verbindlichkeiten betrifft, einräumet.

β) Der **Beweis** (*probatio*), oder alles dasjenige, was dazu dienet, um dem Richter Gewißheit von einem factischen **Umstande** zu verschaffen.

γ) **Rechtliche Vermuthungen** (*praesumtiones iuridicae s. forenses*), d. h. solche Sätze, die man in foro in Ermangelung einer rechtlichen Wahrheit so lange als wahr annimt, bis das Gegentheil erwiesen ist. Beruhet dieser Satz unmittelbar auf einer Verordnung der Gesetze, so heißt die rechtliche Vermuthung praesumtio *iuris*; hat er hingegen in einer Wahrscheinlichkeit überhaupt seinen Grund, so wird sie eine praesumtio *hominis s. facti* genannt. Eine sogenannte praesumtio *iuris et de iure* bezeichnet einen solchen Satz, den die Gesetze aus gewissen **Ursachen** in einem bestimmten Falle durchaus für wahr annehmen, wenn gleich der Beweis des Gegentheils geführet werden kann, oder das Gegentheil wohl gar schon deutlich constirt. Von den Rechtsvermuthungen differiren die **Rechtserdichtungen** (*fictiones iuris*), worunter man Sätze verstehet, welche von den Gesetzen ohne alle weitere Rücksicht als wahr an-

genommen, oder vielmehr vorausgesetzt sind, um darauf eine billige Verordnung begründen zu können.

§. 41.

Es giebt auch Thathandlungen, die von der besondern Beschaffenheit sind, daß die Wahrheit derselben nur durch Kunstverständige herausgebracht werden kann. Hieher gehören solche Handlungen, welche nach den Regeln einer besondern Kunst oder Wissenschaft beurtheilet seyn wollen; z. B. vorgebliche Schwangerschaft, Besichtigung einer Wunde, Sectionen u. s. w. Die Beweisführung durch Kunstverständige ist diejenige Handlung, wo der Richter durch ein nach den Regeln einer Kunst oder Wissenschaft von Kunstverständigen ausgestelltes Gutachten von der Wahrheit desjenigen, was zu erweisen ist, überführet wird. In Ansehung der Kunstverständigen ist folgendes zu bemerken. α) Es ist als eine Regel anzunehmen, daß wenigstens zwey Kunstverständige das Gutachten ausstellen, und beyde Meister in ihrer Kunst seyn müssen [h]). β) Sie müssen vereydet werden, wenn sie nicht etwa sonst schon überhaupt eydlich verpflichtet sind [i]), oder die Partheyen mit ihrem unbeschwornen Gutachten zufrieden seyn wollen [k]). γ) Sie sind verbunden, ihr Gutachten mit Gründen zu unterstützen, weil sie den Richter bloß unterrichten sollen [l]). δ) Dasjenige, was sie aussagen und mit Gründen unterstützen, muß der Richter als wahr annehmen, wenn sie nicht etwa verdächtig sind, oder das Gegentheil durch andere Kunstverständige dargethan worden ist [m]).

§. 42.

Die Vorsichtigkeitsregeln, welche bey einem abzuschließenden rechtlichen Geschäfte beobachtet werden müssen, wenn man demselben eine vortheilhafte Wirkung beylegen, und schädliche oder nachtheilige Folgen verhüten will, werden in dem römischen Rechte *cautiones* imgleichen *heurematica*, und heutiges Tages **Cautelen** genannt. Derjenige Theil der ausübenden Rechtsgelahrtheit, welcher die Grundsätze und Wahrheiten, die Cautelen an die Hand geben, in sich begreifet, heißt *iurisprudentia cautelaris s. heurematica*, **Cautelarjurisprudenz**. Der römische Rechtskörper enthält viele Beyspiele von Cautelen. Sie sind entweder **allgemeine** oder

h) Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. I. §. 41. S. 147.

i) *Hommel Rhapsod. quaestt. in foro quotid. obuenientt. Vol. I. obs. CCXI.* Oelze Anleitung zur gerichtlichen Praxis, §. 185. S. 276.

k) Nettelbladt Anleit. zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit, §. 387. S. 192.

l) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. I. §. 41. S. 268.

m) Eichmann a. a. O.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0082
DFG

oder besondere. Unter den allgemeinen verstehet man diejenigen, die wo nicht bey jedem, doch wenigstens bey den mehresten Geschäften anwendbar sind. So sind es z. B. allgemeine Cautelen, daß man die zur Verstärkung einer Verbindlichkeit dienlichen Mittel gebrauche; ferner die Vorsorge, daß es bey einem Rechtsstreite, der in der Folge über das Geschäft entstehen kann, nicht an gehörigen Beweismitteln fehle. Besondere Cautelen werden diejenigen genannt, die nur bey diesem oder jenem Rechtsgeschäfte sich anwenden lassen. Hieher gehöret z. B. daß man sich beym Verkaufe einer Sache das Eigenthum an derselben so lange vorbehalte, bis der ganze Kaufschilling bezahlet worden ist. Hiernächst werden auch die Cautelen in **erlaubte** und **unerlaubte** eingetheilet. Unter jenen sind solche zu verstehen, die von den Gesetzen gebilliget werden; diese hingegen sind solche, welche die Gesetze misbilligen. Dergleichen unerlaubte Cautelen gehören gar nicht in die Cautelarjurisprudenz.

§. 43.

Ein Gesetz, wie fern man sich unter demselben die nach dem Willen eines Oberherrn vorgeschriebene Norm denkt, nach welcher die Unterthanen ihre Handlungen einzurichten vollkommen verpflichtet werden, kann seinem Begriffe nach lediglich die Unterthanen verbinden, welche der Oberherrschaft und Majestät desjenigen Staats, in welchem es gegeben worden ist, unterworfen sind. Hiernach lässet sich die Frage: **ob überhaupt ein deutscher Regent an Gesetze gebunden** sey? beantworten. Was die in Deutschland geltenden Reichsgesetze anbetrifft, so leidet es nicht den mindesten Zweifel, daß auch selbst die deutschen Landesherren an selbige gebunden sind. Denn sie sind der Reichsmajestät untergeordnet, und ohnehin sind ja bekanntlich die Reichsgesetze in Ansehung der Reichsstände, mit deren Einwilligung sie gegeben worden, als Verträge anzusehen. Selbst das römische und canonische Recht gilt als bestätigtes gemeines Reichsrecht in den Privatrechtssachen der erlauchten Personen in Deutschland, wie fern nicht etwa durch Observanzen oder Familienverträge ein anders festgesetzt ist n). Anlangend hingegen die deutschen Landesgesetze, so verbinden diese einen Landesherrn selbst keinesweges, sondern lediglich seine Unterthanen, welchen er dieselben giebt. Ein Regent ist nicht nur befugt, seine Gesetze, in so fern sie keine Landesverträge oder Staatsgrundgesetze sind, wieder aufzuheben und abzuändern, und zu Gunsten einzelner Unterthanen sowohl Privilegien dagegen zu ertheilen, als zu dispensiren, sondern er ist auch in der Regel nicht verbunden, seine eigenen Handlungen nach den von ihm gegebenen Gesetzen

n) Westphal Abhandl. von dem Gebrauch des justinianeischen Rechts in dem deutschen Staatsrechte und der Privatrechtsgelahrtheit der erlauchten Personen des deutschen Reichs, (Halle 1779.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0083
DFG

einzurichten. Diesen Grundsatz bestätiget auch das römische Recht ganz deutlich; denn so heißt es in der *L. 31. D. de Leg.* ausdrücklich: princeps legibus solutus est o). Die Allgemeinheit des Titels, unter welchem diese Gesetzstelle angetroffen wird, beweiset hinlänglich, daß sie von allen bürgerlichen Gesetzen zu verstehen sey p), und es ist daher irrig, wenn einige Rechtsgelehrte q) glauben, sie könne nur von den unter dem Kayser August gegebenen legibus caducariis verstanden werden. Der bekannte Ausspruch des Prätors: *quod quisque iuris in alterum statuerit, vt ipse eodem iure vtatur*, beweiset die von einigen Rechtsgelehrten r) vertheidigte gegenseitige Meinung, daß nämlich ein Landesherr an seine Gesetze gebunden sey, keinesweges; denn er betrifft nicht die Gesetzgeber, sondern nur die Richter. Und eben so wenig gehören hieher auch die Stellen des römischen Rechts, *L. 3. C. de Testam.* und *L. 4. C. de Leg. et constit. princ.* auf welche die Gegner provociren. Es wird zwar wohl einem Regenten die Beobachtung seiner Gesetze in diesen Texten empfohlen, allein sie enthalten keine verbindliche und allgemeine Regel.

Hingegen sind nun aber alle Unterthanen eines Landesherrn seinen Gesetzen unterworfen. Selbst die Geistlichen stehen ohngeachtet ihres befreyeten Gerichtsstandes als Bürger im Staate unter den bürgerlichen Gesetzen, in so fern ihnen nicht in den Gesetzen selbst eine besondere Exemtion verliehen worden ist.

§. 44.

Die Unterthanen eines Staats lassen sich in Beziehung auf die Art, wie sie sich der höchsten Gewalt unterworfen haben, unter verschiedene Classen bringen. Man theilet sie in **beständige** (*perpetuos*), und in **zeitige** (*temporarios*) ein, je nachdem sie entweder auf immer, oder nur auf eine gewisse Zeit als Unterthanen angesehen und behandelt werden können. Die beständigen Unterthanen können entweder **Einwohner** (*incolae*), oder **Eingesessene, Begüterte** (*forenses*) seyn. Unter Einwohnern verstehet man diejenigen, welche ihren Wohnsitz in einem Lande erwählet haben, in der Absicht daselbst zu bleiben. Wenn sie zur vornehmern Classe der Unterthanen gehören, und mit liegenden Gründen ansässig sind, so nennt man sie auch **Landsassen**. Dergleichen Unterthanen sind nun allerdings an alle Gesetze desje-

o) *cf. §. vlt. J. Quib. mod testam. infirm. Nou. 23. cap. 2. Nou. 105. cap. 2.*

p) *Merillius Obseruu. iur. Lib. VIII. cap. XVIIII.*

q) *Lectius Orat. de vita et scriptis Vlpiani, (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. I. p. 62.) Cuiacius Obseruu. et emendd. Lib. XV. cap. XXX. p. 532. sq. Heineccius Syn. antiquitt. romm. Lib. I. tit. II. num. 66.*

r) *Hommel Rhapsod. quaestt. in foro quotid. obuenientt. Vol. III. obs. CCCCLXXX. p. 133. sq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0084
DFG

desjenigen Landes, in welchem sie ihr domicilium haben, gebunden, wenn nicht etwa in Ansehung des einen oder des andern eine besondere Ausnahme gemacht worden ist. Eingesessene oder Begüterte hingegen nennt man diejenigen, welche Güter in einem Staate besitzen, ohne daselbst zu wohnen. Diese sind den Gesetzen des Landesherrn, in dessen Territorium ihre Güter gelegen sind, nicht für ihre Person, sondern lediglich in Ansehung der ihnen gehörigen Güter unterworfen.

Von den zeitigen Unterthanen, die man auch **Ankömmlinge** (*aduenas*) zu nennen pflegt, ist folgendes zu bemerken. α) Sie müssen die Gesetze des Landes, wo sie sich aufhalten, beobachten, wenn sie daselbst rechtliche Geschäfte vornehmen, zu deren Gültigkeit eine gewisse Form erfordert wird; wohin z. B. gehöret, wenn sie ein Testament machen oder Verträge abschließen. Denn die Form und Gültigkeit eines rechtlichen Geschäfts ist nach den Gesetzen des Orts zu bestimmen, wo dasselbe vorgenommen worden ist. Also gilt ein Testament, bey dessen Errichtung der Testirer die äusserlichen Solemnitäten beobachtet hat, die an dem Orte, wo es gemacht ist, vorgeschrieben sind, an allen Orten, wenn auch gleich an diesen andere Feyerlichkeiten vorgeschrieben sind s). Ein jeder Vertrag, welcher an dem Orte, wo er abgeschlossen worden, erlaubt und gültig ist, behauptet der Regel nach allenthalben seine Gültigkeit, wenn er gleich mit den Gesetzen des Landes, wo daraus geklagt wird, nicht übereinstimmet t). β) Zeitige Unterthanen werden nach den Gesetzen des Orts, wo sie sich aufhalten, beurtheilet, wenn sie daselbst ein Verbrechen begehen. Es ist dies in dem römischen Rechte ganz deutlich verordnet v). Dies findet auch statt, wenn dem Missethäter an dem Orte, wo er das Verbrechen verübet hat, der Proceß gemacht wird x); es wäre denn, daß sich derselbe mit einer unüberwindlichen oder wenigstens doch verzeihlichen Unwissenheit gegen die Strenge der Landesgesetze schützen könnte y). γ) Ankömmlinge müssen sich in Ansehung der Intestaterbfolge nach den Gesetzen desjenigen Orts richten, wo sie succediren; und δ) müssen sie sich den Gesetzen des Orts, wo sie ihren Aufenthalt haben, unter-

 werfen,

s) *Gail Obseruu. Lib. II. obs. CXXIII. Vinnius Selectt. iur. quaestt. Lib. II. cap. XVIIII. Huber ad tit. Dig. de Leg. Part. II. Praelectt. iur. rom. p.* 538. *ed. nouiss. a Pufendorf Obseruu. iur. vn. Tom I. obs. XXVIII. §.* 9. *p.* 59. Das Gegentheil behauptet *Cuiacius Obseruu. et emendd. Lib. XIIII. cap. XII. p.* 473. *sq.*

t) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. I. §. 44. S. 280. f.

v) *Nou.* 69. *cap.* 1. *pr.*

x) *a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. V. Specim. CCLXXXVIIII. med.* 6. *p.* 7. *sqq.*

y) *de Boehmer ad Carpzouium, quaest. CXXXXVIIII. obs. IIII. n.* 67.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0085
DFG

werfen, wenn sie daselbst Processe führen. Denn bey allen Handlungen des gerichtlichen Processes sind die Gesetze des Forums, wo der Rechtshandel obschwebet, zu beobachten z).

§. 45.

Der allgemeine Zweck der Rechtsgelehrsamkeit ist die Ausübung der Gerechtigkeit. Ulpian a) definirt die Gerechtigkeit so: est constans et perpetua voluntas, ius suum cuique tribuendi b). Dieser gesetzliche Begrif, der sich offenbar auf die Lehrsätze der Stoiker beziehet, ist für den Rechtsgelehrten, dessen Zweck nur die Ausübung der äusserlichen Gerechtigkeit ist, ganz unbrauchbar. Der Jurist verstehet unter der Gerechtigkeit **die Uebereinstimmung der äusserlichen Handlungen der Menschen mit den Zwangsgesetzen.** **Gerecht** wird also derjenige genannt, dessen Handlungen den Zwangsgesetzen gemäß sind; **ungerecht** nennt man denjenigen, dessen Handlungen den Zwangsgesetzen widersprechen. Die Gerechtigkeit beziehet sich also nur auf Zwangsgesetze, und die Pflichten der Menschenliebe liegen außer dem Gebiete der iustitiae forensis.

§. 46.

Einige Rechtsgelehrte theilen die Gerechtigkeit in *expletricem* und *adtributricem* ein; jene, sagen sie, bestehe in der Erfüllung der vollkommenen Pflichten, diese in der Beobachtung der Liebespflichten. Die Unbrauchbarkeit dieser Eintheilung für den Rechtsgelehrten erhellet genugsam aus dem im vorhergehenden Paragraphen gegebenen juristischen Begriffe von der Justiz. Für das Forum des Rechtsgelehrten gehören lediglich vollkommene Pflichten; die Vernachlässigung der unvollkommenen Verbindlichkeiten ziehet keine eigentliche Strafe nach sich. Eine andere eben so gewöhnliche Eintheilung der Justiz ist die in *distributiuam* und *commutatiuam*. Die distributive Gerechtigkeit, sagt man, sey diejenige, welche ein geometrisches, die commutative, welche ein arithmetisches Verhältniß zum Maasstabe annimt. Jene nehme auf die Person, Stand und Verdienst Rücksicht, und werde folglich bey Beschwerungen oder gemeinen Lasten der Unterthanen, imgleichen bey Belohnungen und Besetzung der Ehrenstellen, wie auch bey Bestrafung der Verbrechen u. s. w. angewendet; diese nehme auf die Person, Stand und Verdienst keine Rücksicht, und finde nur bey dem Handel und solchen Contracten statt, in denen die Partheyen

z) *Hartleben Meditt. ad Pandect. Vol. I. Part. I. Specim. VIIII. med.* 8. *p.* 166. *sqq.*

a) *L.* 10. *pr. D. de Just. et iur.*

b) *cf. Cicero Lib. V. de finibus, cap. XXIII.* Iustitia est animi adfectio, suum cuique tribuens, et hanc societatem coniunctionis humanae mirifice et aeque tuens.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0086
DFG

theyen einander gegenseitig etwas zu leisten versprochen haben. Auch diese, in den Gesetzen nicht gegründete, sondern bloß scholastische Eintheilung ist ganz und gar unbrauchbar.

LIB. I. TIT. II.

DE ORIGINE JVRIS.

Den gegenwärtigen Titel übergehen wir ganz, weil die Rechtsgeschichte und die übrigen in demselben enthaltenen propädevtischen Wissenschaften der Rechtsgelehrsamkeit in eigenen Vorlesungen gelehret werden, und dasjenige, was allenfalls zur Erläuterung desselben über die Theile und den Gebrauch des römischen Rechts gesagt werden könnte, bereits oben in der Einleitung beygebracht worden ist.

LIB. I. TIT. III.

DE LEGIBVS SENATVSCONSVLTIS ET LONGA CONSVETVDINE.

§. 82.

Die verschiedene Art und Weise, wie ein Recht, für Gesetz genommen, verbindliche Kraft erhält, giebt die Eintheilung des Rechts in das **geschriebene** (*ius scriptum*, *lex scripta*), und in das **nicht geschriebene** (*ius non scriptum*, *lex non scripta*). Will man den Begriff dieser Eintheilung gehörig bestimmen, so ist es nöthig, den **uneigentlichen** oder **grammatischen** Sinn von dem **eigentlichen** oder **juristischen** Sinne derselben genau zu unterscheiden. Im grammatischen Sinne heißt ein Gesetz alsdann ein **geschriebenes**, wenn es schriftlich aufgezeichnet worden; hingegen ein **nicht geschriebenes** ist dasjenige zu nennen, welches nicht schriftlich verfasset ist, sondern bloß durch das Gedächtniß erhalten wird. Im juristischen Verstande bezeichnet ein **geschriebenes** Gesetz dasjenige, dessen verbindliche

liche Kraft sich auf den ausdrücklich bekannt gemachten Willen des Gesetzgebers gründet; ein **nicht geschriebenes** Gesetz zeiget ein solches an, welches nicht ursprünglich durch den ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers seine Verbindungskraft erhalten hat, sondern durch Gewohnheit entstanden ist c). Es kann daher α) ein Recht ein geschriebenes oder nicht geschriebenes in beyderley Verstande zugleich seyn; eben so kann β) ein Recht, welches im grammatischen Verstande ein nicht geschriebenes ist, im juristischen Sinne ein geschriebenes, und so auch umgekehrt seyn; es kann auch γ) ein Recht seinem Ursprunge nach nicht geschrieben im juristischen Verstande seyn, und in ein geschriebenes Recht im juristischen Sinne verwandelt werden; und endlich kann δ) ein eigentlich geschriebenes Recht vim legis scriptae verlieren, und nur als Gewohnheitsrecht beybehalten werden.

§. 83.

Es kann das nicht geschriebene Recht 1) ein solches seyn, das zwar ehemals ausdrücklich bekannt gemacht, gleichwohl aber nicht schriftlich verfasset worden ist, sondern bloß durch den Gebrauch sich erhalten hat, und so auf die Nachkommen fortgepflanzet worden ist; dieses nennt man ein **Herkommen**, ein **hergebrachtes Recht** (*ius traditum*). Vor Zeiten hatte man in Deutschland eine große Menge solcher Herkommen, weil bis gegen das Ende des funfzehnten Jahrhunderts die Reichstagsschlüsse gemeiniglich nur mündlich bekannt gemacht, folglich in der Eigenschaft der Reichssatzungen vergessen, und nun als hergebrachte Rechte beybehalten wurden. Das Herkommen ist nun im grammatischen Verstande ein nicht geschriebenes Recht; im juristischen Sinne hingegen hat es allerdings die Natur eines geschriebenen Rechts, wie fern die ursprüngliche Bekanntmachung desselben erwiesen werden kann. Es ist also auch nicht nach den Grundsätzen eines Gewohnheitsrechts zu beurtheilen, und wenn die Gültigkeit desselben in Zweifel gezogen wird, so darf man nur die ehemalige ausdrückliche Bekanntmachung desselben beweisen; denn ist diese bewiesen, so muß auch für die Gültigkeit eines solchen Rechts so lange vermuthet werden, bis das Gegentheil dargethan ist. Wenn aber die Bekanntmachung dergestalt in Vergessenheit gekommen seyn sollte, daß keine Beweise von derselben beygebracht werden können, so ist das Herkommen sodann als ein Gewohnheitsrecht zu betrachten, und nach den von diesem geltenden Grundsätzen zu beurtheilen. Man kann also das Herkommen in verschiedener Beziehung zu dem geschriebenen und nicht geschriebenen Rechte rechnen. Das nicht geschriebene Recht kann 2) ein

c) *cf. d'Arnaud Varr. coniectt. iur. ciuil. Lib. I. cap. X.* Noch eine dritte Gattung des Rechts nimt *Paulus Receptt. sententt. Lib. V. tit. IIII. §. 6. 8.* an, die er *mixtum ius* nennt. Er verstehet darunter ein Recht, quod vtroque, et scripto et non scripto iure, constat, und führet die actionem iniuriarum, quae lege Cornelia constituta est, als ein Beyspiel an.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0088
DFG

ein solches seyn, welches ursprünglich nicht auf den ausdrücklich publicirten Willen des Gesetzgebers sich gründet, in welchem Falle es entweder durch **Gewohnheit**, oder durch **Observanz** eingeführet worden ist.

§. 84.

Das Wort **Gewohnheit** (*consuetudo*) bezeichnet überhaupt nicht nur die öftere Wiederholung gleichförmiger freyer Handlungen, sondern auch diejenige Regel selbst, welche aus der Gleichförmigkeit freyer Handlungen entstanden ist d). Eine solche Regel, deren Entstehungsgrund in der Gleichförmigkeit freyer Handlungen liegt, ist an und für sich keinesweges verbindlich e), sondern nur dann ist sie obligatorisch, wenn bey ihr ein Grund zur Verbindlichkeit vorhanden ist. Der Grund zur Verbindlichkeit einer Gewohnheit kann α) in einem sowohl stillschweigenden als ausdrücklichen Vertrage liegen; allein das Recht, welches auf diese Weise entstehet, ist eigentlich kein Gewohnheitsrecht, sondern ein Vertragsrecht. Es kann auch β) durch die Verjährung eine Gewohnheit verbindlich werden. Das Recht aber, welches durch eine solche Gewohnheit eingeführet wird, und welches man auch oft Gewohnheitsrecht zu nennen pfleget, ist nach den Grundsätzen von der Verjährung und den verjährten Rechten zu beurtheilen; es stehet nur demjenigen zu, der die Verjährung für sich hat, und gehet nur wider denjenigen, wider welchen die Verjährung unternommen worden ist. Endlich γ) erlanget auch eine Gewohnheit verbindliche Kraft durch den Willen des Regenten. Wenn nämlich alle Einwohner eines Orts sich zeither nach einer gewissen Regel gerichtet, und solche in der Meinung einer sittlichen Nothwendigkeit unabgeändert beobachtet haben, so wird sie endlich durch die Länge der Zeit zur verbindlichen Gewohnheit, und nimt, wenn sie vom Gesetzgeber gebilliget worden, die Natur eines Gesetzes an. Wie fern man sich unter einer Gewohnheit ein ungeschriebenes Gesetz denket, ist sie eine verbindliche Norm, die aus gleichförmigen Handlungen der Unterthanen entstanden ist, und durch landesherrliche Genehmigung gesetzliche Kraft erhalten hat. Von einer solchen **Gewohnheit** ist die **Observanz** genau zu unterscheiden, worunter man in der eigentlichen und engern Bedeutung eine in einer Gemeinheit oder in einem Collegium durch die stillschweigende Einwilligung der Mitglieder festgesetzte verbindliche Regel verstehet. Jene wird durch mehrere Handlungen der Unterthanen eingeführet, qualificirt sich durch die Genehmigung des Landesherrn zur verbindlichen Norm, und

d) Die verschiedenen Bedeutungen, unter welchen das Wort consuetudo in dem römischen Rechtskörper vorkommt, findet man beym *Brissonius de verbor. signif. s. v.* consuetudo ausführlich angezeigt.

e) *L.* 22. *pr. D. de Legat.* 3. *L.* 74. *D. de Reg. iur.*

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822198010/phys_0089 DFG

und hat die Kraft eines eigentlichen Gesetzes; diese hingegen setzt keine Handlungen der Unterthanen voraus, gründet sich auf die stillschweigende Approbation des Collegiums, oder derjenigen Mitglieder desselben, welche bey der Sache interessirt sind, und kann, weil sie die Kraft eines stillschweigenden Vertrags hat, auch durch eine einzige Handlung eingeführet werden f).

§. 85.

Da sich überhaupt kein positives Gesetz ohne den Willen eines Gesetzgebers denken lässet, so ist wohl nichts natürlicher, als daß auch die gesetzliche Kraft einer Gewohnheit auf der Einwilligung desselben ruhe. Es ist aber dieser Consens verschieden, und zwar entweder ein **stillschweigender** oder **ausdrücklicher.** Jener sowohl als dieser kann entweder **allgemein** oder **speciell** seyn. Wenn nämlich der Gesetzgeber weiß, daß in seinem Staate eine gewisse verbindliche Gewohnheit beobachtet wird, und sie nicht verwirft, so billiget er sie stillschweigend und besonders (consensu tacito speciali); weiß er aber im Gegentheil nur überhaupt, daß in seinem Staate Gewohnheiten beobachtet, und die Unterthanen nach denselben beurtheilet werden, und er verbietet diese Beobachtung nicht, so billiget er sie durch allgemeine stillschweigende Einwilligung (consensu tacito generali). Hingegen wenn der Gesetzgeber ausdrücklich erkläret, daß eine gewisse von den Unterthanen bisher beobachtete Gewohnheit als ein Gesetz gelten soll, so bestätiget er sie ausdrücklich und besonders (consensu expresso speciali); sagt er aber ausdrücklich, daß wohlhergebrachte ehrbare Sitten und Gewohnheiten gültig seyn, und daß nach ihnen in den Gerichten gesprochen werden soll, so billiget er sie durch allgemeine ausdrückliche Einwilligung (consensu expresso generali). Wenn der Gesetzgeber in einer Verordnung einer gewissen einzelnen Gewohnheit insbesondere die Kraft eines Gesetzes ertheilet, und solchergestalt die Gewohnheit consensu expresso speciali bestätiget g), so wird hiedurch die Gewohnheit keinesweges, wie einige Rechtsgelehrte h) sich irrig einbilden, in ein geschriebenes Gesetz verwandelt; denn die Genehmigung einer Handlung verändert nie die Natur derselben, und ganz etwas anders ist es, ausdrücklich

f) *cf. Boehmer Princip. iur. canon. §. 236. p. 169. ed. nouiss.*

g) Wie mangelhaft und ungegründet die gemeine Theorie sey, daß nämlich jederzeit die gesetzliche Kraft der Gewohnheiten auf einer stillschweigenden Billigung des Gesetzgebers ruhe, zeigen *a Riegger Justitt. iurisprud. ecclesiast. Part. II. §. 110. p. 59. Hartleben Meditt. ad Pandect. Vol. I. Part. I. Specim. XI. med. 2. p. 200. sqq.* und vorzüglich Weber Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heut. Gebr. des röm. Rechts, §. 24. S. 83. ff.

h) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 58. S. 70.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0090
DFG

drücklich in eine Handlung willigen, ganz etwas anders, ausdrücklich verordnen, daß etwas beobachtet werden soll. Diejenigen, welche sich auf eine durch ein Gesetz bestätigte Gewohnheit berufen, müssen dieselbe beweisen, und haben bloß den Vortheil für sich, daß sie den Willen des Landesherrn aus dem Gesetze erweisen können i).

§. 86.

Die Handlungen, wodurch die Einführung einer gesetzlichen Gewohnheit begründet werden soll, haben verschiedene auf dem römischen Recht beruhende und durch dasselbe gesetzlich bestimmte Erfordernisse und Eigenschaften, nach welchen ein jedes nicht notorisches Gewohnheitsrecht bewiesen werden muß, wenn es in Zweifel gezogen wird. Diese Eigenschaften wollen wir gegenwärtig nach der vom Verfasser gemachten Ordnung näher betrachten.

I. Es werden **mehrere** Thathandlungen (actus *plures*) der Unterthanen erfordert. Es giebt zwar einige Rechtsgelehrte k), welche behaupten, daß schon eine einzige Handlung zur Einführung einer gesetzlichen Gewohnheit hinreichend sey; allein nicht nur die Natur einer jeden Gewohnheit an sich, als welche nur aus wiederholten, mithin nur aus mehreren Handlungen entstehen kann, bringt gerade das Gegentheil nothwendig mit sich l), sondern auch sogar die Gesetze erfordern sehr deutlich mehrere Handlungen m). Die Gesetze reden aber nur im allgemeinen von mehreren Handlungen, und bestimmen nirgends ausdrücklich und namentlich, durch wie viele gerade eine Gewohnheit begründet werde. Daher weichen die Rechtslehrer in Hinsicht auf die Mehrheit der erforderlichen Handlungen merklich von einander ab. Einige wollen nur zwey Handlungen für hinlänglich achten n); andere glauben, daß zwey Handlungen für hinreichend nicht zu achten o); und endlich sind

i) Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. I. §. 85. S. 393. f.

k) *Boeckhn Com. in ius canon. vn. Lib. I. tit. IIII. n.* 30. *Oberhauser Praelect. canonn. iuxta titt. Decretal. Lib. I. tit. IIII. de consuetud. §.* 9. *Eibel kathol. Kirchenrecht, Th. IIII. Band I. S.* 122.

l) *Hartleben Meditt. ad Pandect. Vol. I. Specim. XI. med.* 7. *p.* 211. *sq.*

m) *L.* 32. *§.* 1. *L.* 33. *et L.* 35. *D. de Leg. L.* 1. *C. Quae sit long. consuet. L.* 3. *C. de Aedific. priuat.*

n) *Boehmer Jus eccles. protestant. Lib. I. tit. IIII. §.* 42. *p.* 233. *sq. ed. nouiss. Wernher Lectissimm. commentatt. in Pandect. Lib. I. tit. III. §.* 20. *p.* 17.

o) *Vinnius Com. ad §.* 9. *Institt. de Jur. nat. gent. et ciu. Voet Com. ad Pandect. Lib. I. tit. III. §.* 29. Struben rechtl. Bedenken, Th. I. Bedenk. CXXX. S. 309. *Kemmerich Diss. de probat. consuet. et obseru. tam priu. quam publ. siue imper.* (Jenae 1732.) *Sect. II. §.* 4. *lit. c.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0091
DFG

auch noch andere, die in Ermangelung besonderer landesherrlicher Verordnungen die Sache lediglich dem Ermessen des Richters überlassen wissen wollen p). Daß unter diesen verschiedenen Meinungen der Rechtslehrer die letztere den Vorzug verdiene, habe ich mit Widerlegung der für die übrigen Meinungen streitenden Gründe an einem andern Orte ausführlich gezeigt q). Hier bemerke ich nur folgendes. Wenn man auf den Grund der Mehrheit zurück gehet, die bey den Handlungen, wodurch eine gesetzliche Gewohnheit entstehen soll, in den Gesetzen angedeutet wird, so ist leicht einzusehen, daß derselbe einzig und allein auf der eigentlichen Natur der Gewohnheit selbst ganz beruhet. Eine Gewohnheit kann nur aus mehreren wiederholten Handlungen entstehen, und soll sie verbindende Kraft haben, so müssen so viele nach einer gewissen unter den Unterthanen beobachteten Norm unternommene Handlungen vorgekommen seyn, aus denen sich nicht nur überhaupt eine beständige Regel ableiten lässet, sondern von denen man auch mit Gewißheit auf die Einwilligung des Landesherrn schließen kann. Die Gewohnheiten sind aber von sehr verschiedener Natur; manche Gewohnheit erfordert mehrere, manche hingegen wenigere Handlungen, und nur der Richter kann also in jedem einzelnen Falle bestimmen, ob die zur Einführung einer Gewohnheit erforderlichen Handlungen vorhanden sind.

II. Es müssen **gleichförmige** und **fortgesetzte** Handlungen (actus *vniformes* et *continui*) der Unterthanen seyn. Sind die Handlungen nicht gleichförmig, oder nicht alle nach einerley Regel unternommen, so lässet sich aus ihnen keine gewisse und unabänderliche Regel ableiten r); sind sie nicht fortgesetzt, und also durch andere entgegen stehende Handlungen unterbrochen, so kann man von ihnen nicht auf die Einwilligung des Gesetzgebers schließen s).

III. Außerdem werden **vernünftige** Handlungen (actus *rationabiles*) der Unterthanen erfordert, d. h. solche, die nicht mit der gesunden Vernunft, noch dem Wohl des Staats, oder dem Besten der Kirche streiten. Eine Gewohnheit, bey welcher dergleichen Handlungen zum Grunde liegen, ist unvernünftig, und kann nie gesetzliche Kraft erlangen, weil bey ihr sich keine Einwilligung des Gesetzgebers annehmen

p) *Cuiacius Obseruu. et emendd. Lib. XX. obs. I. p. 671. Menochius Lib. II. arbitrarr. iud. quaestt. cent. I. cas. 81. n. 4.* Glück Erläuterung der Pandecten, Th. I. §. 86. S. 445. *Emminghaus in Nott. ad Cocceii ius ciu. controuers. Lib. I. tit. III. quaest. 10. not. a. p. 51.* Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. § 58. S. 69.

q) S. meine Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, Band I. Betracht. VIII. S. 98. ff.

r) *a Wernher Obseruu. forr. Tom. I. Part. V. obs. CXXXV. p. 1057.*

s) *Reinharth Selectt. obseruu. ad Christinaei deciss. Vol. IIII. obs. LXV.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0092
DFG

nehmen lässet. Wenn auch Diebstahl, Ehebruch und Laster anderer Art noch so sehr und noch so lange verübet werden, so entstehet daraus gleichwohl niemals eine gesetzliche Gewohnheit t).

IIII. Die Handlungen müssen **lange Zeit hindurch** von den Unterthanen unternommen, und auf solche Weise actus *diuturni* seyn. Die römischen Gesetze erfordern zwar einen gewissen Zeitverlauf, allein sie bestimmen ihn nicht genau v). Eben so wenig enthält auch das päbstliche Recht eine genaue Bestimmung des erforderlichen Zeitraums. Inzwischen hat letzteres zu der Meinung verschiedener Rechtsgelehrten Gelegenheit gegeben, daß die gesetzlich bestimmte Zeit der Präscription zur Norm anzunehmen sey, weil in dem *Cap. 11. X. de Consuetud.* und einigen andern Stellen desselben x) von einer consuetudine *legitime praescripta* geredet wird. Da nun aber die Verjährungszeit sehr verschieden ist, so sind auch diese Rechtslehrer in Beziehung auf die zur Bestätigung einer Gewohnheit erforderlich seyn sollenden Länge der Zeit ganz verschiedener Meinung. Einige erfordern zur Einführung eines Gewohnheitsrechts einen Zeitraum von 10 oder 20 Jahren y); andere eine Zeit von 30 oder 40 Jahren z), und endlich noch andere einen Zeitverlauf von 100 Jahren a). Diese Meinungen verdienen keinen Beyfall b). Die ganze Lehre

t) *a Pufendorf Obseruu. iur. vn. Tom. I. obs. XXXXIII. §. 6. p. 109. sq. obs. CLXXXXVIII. p. 481. sqq. Zoesius Com. ad Pandect. tit. de Leg. §. 79. a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. I. Specim. VIIII. med. 4. p. 92.* Es gehören hieher die deutschen Sprüchwörter: Hundert Jahr unrecht ist keine Stunde recht. Mißbrauch ist keine Gewohnheit. S. Eisenhart Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern, Abtheil. I. *num.* 8. 9. S. 20. ff. Mehrere Beyspiele von unvernünftigen Gewohnheiten findet man in der peinl. Gerichtsordn. Carls V. Art. 20. 218.

v) *L.* 32. *§.* 1. *et L.* 33. *D. de Just. et iur.*

x) *Cap.* 50. *X. de Elect. Cap.* 3. *de Consuetud. in* 6*to. Cap.* 9. *de Offic. ordin. in* 6*to.*

y) *Mynsinger Singularr. obseruu. inper. cam. centur. VI. obs. XXXXI. n.* 9. *Donellus Comm. iur. ciuil. Lib. I. cap.* 10. *Gail Obseruu. Lib. II. obs. XXXI.*

z) *Boehmer Principp. iur. canon. Lib. II. Sect. III. tit. V. §. 232. p.* 167. *sq. ed. nouiss.*

a) Meurer juriſt. Abhandlungen und Beobachtungen, Samml. I. *num. III.* S. 113. ff. Dieser eifert zwar sehr wider die Präscription der Gewohnheitsrechte, (*num.* V. S. 157. ff.) erfordert aber gleichwohl zur Einführung einer Gewohnheit eine undenkliche Zeit, und zwar aus dem Grunde, weil in den römischen Gesetzen die Ausdrücke consuetudo *inueterata, diuturna, antiquitus probata et seruata tenaciter,* imgleichen vsus *longaeuus* und longa consuetudine *inueteratus* vorkommen. Man sehe dagegen Glück Erläuterung der Pandecten, Th. I. §. 86. *not.* 8. S. 458. f.

b) Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, Band III. Meditat. CLXXXI. S. 308. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0093
DFG

von der Verjährung der Gewohnheitsrechte gründet sich lediglich auf eine schiefe und ganz unrichtige Auslegung des angezogenen *Cap. 11. X. de Consuetud.* sowohl, als der übrigen angeführten Texte des geistlichen Rechts; denn es ist darin keinesweges von einer Gewohnheit die Rede, die sich durch landesherrliche Einwilligung zum Gesetze qualificirt, sondern von der Ausübung und dem Gebrauche eines Rechts, welches durch die Verjährung erworben werden kann c). In Ermangelung besonderer Provincialgesetze ist die Bestimmung des Zeitraums dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen; dieser muß mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Gewohnheit selbst zusehen, ob bereits eine solche Zeit verflossen ist, aus welcher man auf die Einwilligung des Regenten schließen kann d).

V. Die Handlungen der Unterthanen, welche eine gesetzliche Gewohnheit begründen sollen, dürfen nicht das Gepräge der bloßen Willkührlichkeit an sich tragen, sondern sie müssen **in der Meinung einer sittlichen Nothwendigkeit** (*ex opinione obligationis*) unternommen worden seyn. Aus solchen Handlungen, die lediglich aus Menschenliebe und Mitleid unternommen sind, entstehet keine verbindliche Gewohnheit e). Wenn z. B. die Bauern ihrem Pfarrer lange Zeit hindurch alle Jahre das Brennholz aus Liebe und Freundschaft unentgeldlich angefahren haben, so mag gleichwohl der Pfarrer hierauf kein Gewohnheitsrecht begründen; denn die Bauern haben sich zu dieser gleichförmigen Handlungsart nicht verbunden gehalten.

VI. Die Handlungen müssen **öffentlich**, d. h. auf solche Art und Weise unternommen worden seyn, daß nicht nur der Landesherr dieselben hat wissen können, sondern auch die Unterthanen selbst, unter welchen dieselben eine verbindliche Norm begründen sollen. Uebrigens kann eine Gewohnheit sowohl durch außergerichtliche, als gerichtliche Handlungen eingeführet werden, und es ist also nicht erforderlich, daß

c) *cf.* Eibel kathol. Kirchenrecht, Th. IIII. Band I. §. 270. S. 122.

d) *de Cocceii Jus ciu. controu. tit. de Leg. quaest. XII. p. 52. sq. ed. nouiss. Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. I. ad tit. eumd. §. 35. p. 58. ed. nouiss. Stryk Vs. mod. Pandect. ad tit. eumd. §. 12. de Cramer Obseruu. iur. vn. Tom. III. obs. DCCCXXXXVII. §. 16. p. 283. Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Prolegg. cap. II. §. 10. p. 22. ed. nouiss.* Vermöge eines unzweifelhaften Gerichtsgebrauchs ist in Sachsen ein Zeitraum von 31 Jahren, 6 Wochen und 3 Tagen zur Einführung eines Gewohnheitsrechts erforderlich. Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. I. §. 86. S. 390. Man sehe auch Schaumburg Einleitung zum Sächsischen Rechte, Th. I. *exercit. II.* §. 15. S. 19.

e) *Boehmer Introd. in ius Dig. tit. de Leg. §. 20. p. 26. ed. nouiss. Ludolf Symphor. consultatt. et deciss. forr. Tom. I. consult. 44. p. 1335.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0094
DFG

daß nach derselben gerichtlich gesprochen sey. Denn der Grund, auf welchem die Gültigkeit einer Gewohnheit ruhet, ist keinesweges der Ausspruch des Richters, sondern lediglich der Wille des Gesetzgebers; dieser kann aber außergerichtliche Handlungen eben so gut genehmigen, als gerichtliche f). Und diesem stehet auch die *L. 34. D. de Leg.* g), woraus einige Rechtsgelehrte das Gegentheil zu beweisen suchen, nicht entgegen h). Denn es wird in dieser Gesetzstelle keinesweges gesagt, es sey zur Einführung einer Gewohnheit erforderlich, daß nach ihr gerichtlich gesprochen worden, sondern nur, es sey das beste Beweismittel, wenn über eine Gewohnheit ein Streit entstehet, sich auf eine gerichtliche Entscheidung berufen zu können. Das Gesetz enthält also im Grunde keine gesetzliche Disposition, sondern nur einen bloßen Rath.

§. 87.

Wenn es zweifelhaft ist, ob eine Gewohnheit eingeführet worden sey, auf welche sich ein streitender Theil gründet, so muß dieser den Beweis derselben übernehmen. Denn eine Gewohnheit wird durch Handlungen eingeführet, und alles dasjenige, was auf Handlungen beruhet, kann rechtlich nicht vermuthet werden, sondern erfordert einen Beweis. Eine Ausnahme leidet diese Regel sodann, wenn die Gewohnheit **notorisch** oder **gerichtskundig** seyn sollte; in diesem Falle bedarf sie keines weitern Beweises i), wenn auch gleich der Gegner einwendet, daß sie ihm unbekannt sey k). Die Einrichtung dieses Beweises bestimmet der Grundsatz: per quod consuetudo introducitur, per illud etiam probatur. Es müssen demnach die Handlungen, wodurch die streitige Gewohnheit soll eingeführet worden seyn, einzeln und wie sie vorgefallen sind, angegeben werden, damit der Richter beurtheilen könne, ob dieselben so geeigenschaftet sind, daß dadurch eine Gewohnheit hat eingeführet werden können. Der Richter muß durch Anführung der einzelnen Fälle in den Stand gesetzt werden, untersuchen zu können, ob die Handlungen gleichförmige, öffentliche, freye, vernünftige und in der Meinung sittlicher Nothwendigkeit unternommene sind.

Zu

f) *de Cramer Obseruu. iur. vn. l. l. Gail Obseruu. Lib. II. obs. XXXI. num. 8. Voet l. l. §. 30. Hartleben Meditt. ad Pandect. l. l. med. 9. p. 215. sqq.*

g) Quum de consuetudine ciuitatis, vel prouinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata sit.

h) *a Wernher Obseruu. forr. Tom. II. Part. VIIII. obs. CLXXXXIII. p. 564.* Meurer a. a. O. S. 125.

i) *Cap. 3. X. de Test. cog.*

k) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. I. §. 87. S. 463. f.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0095
DFG

Zu den Beweismitteln eines Gewohnheitsrechts gehören α) **Zeugen**, welche nun nicht nur ihre Aussagen auf die einzelnen Handlungen und deren Eigenschaften zu richten, sondern auch außerdem der Regel nach ihren Aussagen selbst den Grund der Wissenschaft beyzufügen verbunden sind l). Streitig ist es unter den Rechtsgelehrten, wie viele Zeugen hier erfordert werden; einige m) halten zwey für hinlänglich, andere n) erfordern eine größere Anzahl, und insbesondere behauptet *Voet* o), daß wenigstens zehen Zeugen vorhanden seyn müßten. Da aber überhaupt vermöge der ausdrücklichen Vorschrift der Gesetze p) zu einem vollständigen Beweise nur zwey unverwerfliche Zeugen erfordert werden, so ist kein Grund abzusehen, weswegen solche auch nicht hier, vorausgesetzt, daß sie untadelhaft sind und von den einzelnen Fällen und deren Umständen gehörige Wissenschaft besitzen, genügen sollten. Ferner kann man sich β) der **Urkunden** als eines Beweismittels bey dem Gewohnheitsrechte bedienen. Sie müssen aber nicht lediglich im Allgemeinen von einer Gewohnheit reden, sondern wirklich einzelne Handlungen enthalten. Aus diesem Grunde kann, wie der Auctor richtig bemerket, durch das bloße Zeugniß des Richters eine Gewohnheit nicht bewiesen werden, wenn es nur in allgemeinen Ausdrücken auf die Gewohnheit gerichtet ist, und nicht die einzelnen Handlungen derselben mit Beziehung auf die Acten characterisirt q). Auch ist γ) die **Eydeszuschiebung** als ein Beweismittel des Gewohnheitsrechts zu betrachten, wie fern man sich derselben zur Beglaubigung einzelner Umstände der zum Beweise angeführten

l) *a Pufendorf Obseruu. iur. vn. Tom. II. obs. CXXXVIII. §. 1. p. 486.*

m) *Zoesius Com. ad Pandect. tit. de Leg. §. 84. p. 34. sq.*

n) *Kemmerich Diss. de probatione consuetudinis et obseruantiae tam priuatae quam publicae siue imperialis*, (Jenae 1732. rec. 1746. 1773) *Sect. II. §. 17.*

o) *Voet Com. ad Pandect. tit. de Leg. §. 34.* Der Grund, weswegen dieser Rechtslehrer zehen Zeugen für nothwendig erachtet, bestehet darin, quia hic, (sind seine Worte) non de vnius litigantis, sed populi totius obseruando in posterum iure, agitur, adeoque ciuium omnium vtilitas vertitur aut praeiudicium. Mit ihm stimmet auch *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. I. ad tit. eumd. §. 42. p. 59. ed. nouiss.* überein, wiewohl unter der Einschränkung, daß der Beweis des Gewohnheitsrechts sodann durch zehen Zeugen geführet werden müsse, wenn dasselbe ganz ausnehmend zweifelhaft (si res *nimis dubia*) seyn sollte.

p) *L. 12. D. de Test.*

q) Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. I. §. 87. *b.* S. 408. ff. *Hartleben Meditt. ad Pandect. Vol. I. Part. I. Specim. XI. med. 13. p 226. sq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0096
DFG

ten Handlungen bedienen kann r). Hat jemand das Gewohnheitsrecht nicht vollständig, sondern nur halb, oder über die Hälfte erwiesen, so kann in solchem Falle auf den Erfüllungseyd erkannt werden s).

§. 88.

Der Verfasser schreitet gegenwärtig zu den Statuten, und giebt daher zuvörderst in diesem Paragraphen den Begrif und die verschiedenen Arten der Universitäten an. Eine **Gesellschaft** bestehet aus mehreren Personen, welche sich in der Absicht, einen gemeinschaftlichen Zweck zu erreichen, vereiniget haben. Unter einer **Universität, Gemeinheit, Gemeinde, Genossenschaft** (*vniuersitas personarum*) verstehet man eine Gesellschaft mehrerer Menschen im Staate, die unter landesherrlicher Auctorität zu einem gewissen beständigen und fortdauernden gemeinschaftlichen Endzweck gestiftet oder errichtet worden ist. Sie unterscheidet sich von einer Gesellschaft darin, daß bey ihr die Erreichung eines beständigen und fortdauernden Zwecks zum Grunde liegt, und daß sie die Genehmigung des Regenten erfordert. Das Recht, eine Gemeinheit zu bestätigen, stehet dem Landesherrn vermöge seiner oberaufsehenden Gewalt zu t), und so wenig Unterobrigkeiten als hohe Justizcollegien sind zur Ausübung desselben berechtiget, wenn es ihnen nicht der Landesherr ausdrücklich eingeräumet hat v). **Collegia** sind kleinere in den Gemeinheiten existirende Gesellschaften, deren Zweck entweder die Ausübung der Gemeinheitsrechte, oder ein anderer löblicher und guter Zweck ist. **Corpora** sind gesellschaftliche Verbindungen in einer Gemeinheit, die eine nahe Beziehung auf das Regiment der Gemeinheit haben, und deren Zweck meistentheils eine Concurrenz bey der Ausübung desselben ist. Man verbindet indessen mit dem Ausdrucke Corpus auch noch andere Begriffe; bisweilen werden die Mitglieder einer Gemeinheit zusammen genommen so genannt, und häufig verstehet man auch darunter ein Adgregat von mehreren

r) *cf. Malblanc Doctr. de iureiur. e genn. legg. et antiquit. fontt. inlustr. §. 44. p. 136. sq.*

s) *Kemmerich l. l.* Glück Erläuterung der Pandecten, Th. I. §. 87. S. 477. f. Das Gegentheil behaupten Struben rechtliche Bedenken, Th. IIII. Bed. CLXIII. S. 418. *Hofacker Principp. iur. rom. germ. Tom. I. §. 125. p. 102.*

t) Schnaubert reichsständisches Staatsrecht, §. 238. 242.

v) *de Berger Oecon. iur. Lib. I. tit. I. §. 18. n. 2.*

mehreren Collegien x). Die Gemeinheiten werden in Beziehung auf ihren Zweck in **geistliche** (*ecclesiasticae*) und in **weltliche** (*seculares*) eingetheilet, je nachdem sie entweder eine fromme und gottesdienstliche, oder eine andere gute Absicht haben. Zu jenen kann man nicht allein die verschiedenen Kirchen überhaupt, sondern auch einzelne darin enthaltene geistliche Gemeinheiten rechnen. Zu diesen gehöret nicht nur der Staat selbst, sondern auch alle andere in demselben befindliche und von ihm bestätigte weltliche Gemeinheiten, die man in Hinsicht auf ihre innere Verfassung in **ordinirte** (*ordinatae*) und **nicht ordinirte** eintheilet, wie fern nämlich entweder einigen Mitgliedern eine Direction und Gerichtsbarkeit über die andern zuständig ist, oder nicht.

§. 89.

Eine Gemeinheit hat verschiedene Rechte, welche sich auf die Erreichung ihres Zwecks beziehen; diese nennt man **Gesellschaftsrechte** oder **Collegialrechte**. Hieher sind nun hauptsächlich folgende zu rechnen. α) Das Recht, eigenthümliche Güter (res communis, arca communis) zu besitzen, von deren Einkünften die gemeinschaftlichen Ausgaben bestritten werden. β) Das Recht, einen oder mehrere Verwalter zur Administration der Gemeinheitsgüter zu bestellen. γ) Das Recht, ein gemeinschaftliches Siegel zu führen, dessen sie sich sodann bedienet, wenn im Namen der ganzen Universität etwas verfüget wird, wozu dasselbe erforderlich ist y). δ) Das Recht, einen Syndicus (syndicus s. actor) zu bestellen, welcher die gesellschaftlichen Angelegenheiten, und insbesondere die gemeinschaftlichen Rechtsstreitigkeiten derselben führet. ε) Das Recht, Statuten zu machen. **Statuten** oder **Gemeindeschlüsse** sind überhaupt solche verbindliche Regeln, welche für eine Gemeinheit ausdrücklich z) festgesetzt worden sind. Sie sind entweder als Gesetze in der Gemeinheit promulgirt, oder unter den Mitgliedern vertragsweise errichtet worden. In dem erstern Falle nennt man sie **gesetzliche** Statuten (statu-

ta

x) Nicht selten werden aber auch die Ausdrücke collegium und corpus in dem römischen Rechte mit einander verwechselt; mehrere Stellen des römischen Rechtskörpers, wohin z. B. *L. 1. D. Quod cuiusq. vniuersit. nom. L. pen. §. 12. D. de Jur. immunit.* gehöret, beweisen die Synonymität derselben hinlänglich.

y) Eigentlich ist aber nur den ordinirten Universitäten das Recht eines Gemeinsiegels zuständig; Zünfte dürfen es in der Regel ohne besondere Erlaubniß des Landesherrn nicht führen. *cf.* Weisser Recht der Handwerker, (Stuttgardt 1780.) Abschn. III. §. 29.

z) Hiedurch unterscheiden sie sich von den bey einer Gemeinheit eingeführten Gewohnheitsrechten und Observanzen.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0098
DFG

ta *legalia*); hingegen im zweyten Falle **conventionelle** Statuten (statuta *conuentionalia s. iure collegiali condita*). Diese haben an sich keine gesetzliche Kraft, und sind nach den allgemeinen von den Verträgen geltenden Grundsätzen zu beurtheilen; inzwischen können sie durch landesherrliche Bestätigung legales Ansehen gewinnen. Jene kann der Landesherr theils unmittelbar selbst promulgiren, theils kann er sie mittelbar errichten, wenn er der Universität auf eine von ihm abhängige Weise das Recht der gesetzgebenden Macht in einem gewissen Bezirk des Staats einräumet. Hieher gehören nun die **Stadtrechte**, die auch unter den Namen **Marktrechte**, **Municipalrechte**, **Weichbilde**, imgleichen **Willköhre** vorkommen a). Schon im dreyzehnten und den darauf folgenden Jahrhunderten wurden solche gesetzliche Statuten gemacht. Die Landrechte waren zu unvollständig, als daß alle den Handel und manche andere wichtige Geschäfte betreffende Streitigkeiten, welche in den Städten vorfielen, nach denselben entschieden werden konnten; die fremden Rechte enthielten vieles, was dem guten Fortgange der Geschäfte nachtheilig war, und die Landesherren verstanden die Natur derselben nicht. Daher überließen sie es den Städten, ja sie verstatteten es ihnen ausdrücklich, aus den Gewohnheiten und Rechtssprüchen gewisse Rechte zu colligiren, und legten ihnen sodann, gemeiniglich ohne etwas ausdrücklich deshalb zu verordnen, gesetzliche Kraft bey.

§. 90.

Da die conventionellen Statuten ihrem Begriffe nach vermittelst eines Vertrags errichtet werden, so können sie auch nur solche Sachen zum Gegenstande haben, über welche die Universität einen Vertrag abzuschließen befugt ist. Sie können folglich nur über die gesellschaftlichen Angelegenheiten der Universität, welche man Gemeindesachen zu nennen pflegt, errichtet werden. Auch dürfen sie so wenig mit dem, was die Gesetze ausdrücklich und schlechterdings gebieten oder verbieten, streiten, als dem Wohl des Staats zu einigem Nachtheile gereichen. Und weil Verträge der Regel nach keinen dritten, sondern lediglich die Paciscenten verbinden, so sind auch nur die Mitglieder der Gemeinheit an die conventionellen Statuten gebunden, welche sie errichtet, oder wenigstens doch in selbige consentirt haben. Ganz anders verhält sich die Sache mit den gesetzlichen Statuten; diese verbinden nicht nur die Mitglieder der Gemeinheit, sondern auch andere Unterthanen, auf welche sie anwendlich sind, und zwar aus dem natürlichen Grunde, weil sie eine Gattung von Civilgesetzen ausmachen. Solchergestalt erstrecken diese ihre Verbindlichkeit auch auf die forenses, welche keine Gemeindeglieder sind. Wäre also z. B. in

a) *cf.* Riccius zuverlässiger Entwurf von Stadtgesetzen, Buch I. Hauptstück I. §. 7. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822198010/phys_0099 DFG

den gesetzlichen Statuten versehen, daß alle diejenigen, welche in der Stadt eine Erbschaft erheben, eine gewisse Summe an die Stadtgemeinheitscasse bezahlen sollen, so ist auch ein jeder, welcher daselbst eine Erbschaft erhebt, zu dieser Entrichtung verbunden. Da übrigens Paciscenten auf den Fall, wenn wider den abgeschlossenen Vertrag gehandelt seyn sollte, sich zu einer Strafe verbinden können, so kann auch die Gemeinheit auf die Verletzung der in den conventionellen Statuten enthaltenen Verordnungen gewisse Strafen setzen. Allein es müssen diese Strafen nicht nur überhaupt solche seyn, denen man sich durch einen Vertrag unterwerfen kann, sondern sie dürfen auch insbesondere mit der Natur und dem Endzwecke der Gesellschaft nicht streiten.

§. 91.

Was hiernächst die gesetzmäßige Errichtung der Statuten anbetrifft, so ist davon folgendes zu bemerken. Es hat entweder der Landesherr die Art und Weise ihrer Errichtung vorgeschrieben, oder nicht. In dem ersten Falle haben die in Gemäßheit der landesherrlichen Vorschrift abgefaßten Statuten verbindliche Kraft, weil jede Gemeinheit der Majestät und Hoheit des Staats unterworfen bleibt, und mithin der Regent den modum zu bestimmen befugt ist; in dem zweyten Falle aber ist wieder zu unterscheiden, ob durch Gewohnheitsrecht und Observanz, oder auch vermittelst eines Vertrags die Art der Errichtung festgesetzt worden ist, oder nicht. Wenn jenes ist, so bleibt es bey der gesetzlich oder vertragsmäßig getroffenen rechtlichen Bestimmung b); ist hingegen dieses, so dienet das gemeine Recht zur Norm, nach welchem die Gemeindeschlüsse durch die Mehrheit der Stimmen zu Stande kommen. Nach Vorschrift desselben müssen α) alle Mitglieder der Universität zusammen berufen werden; von diesen müssen β) wenigstens zwey Drittel erscheinen, und γ) die meisten von ihnen in den abzufassenden Gemeindeschluß consentiren. Diese Erfordernisse müssen sämmtlich beobachtet werden, wenn die Statuten allgemein verbindliche Kraft für alle Mitglieder haben sollen c); dahingegen wird aber auch alles dasjenige, was auf die eben beschriebene Art durch die Majorität beschlossen

b) In den Landstädten hat häufig der Stadtmagistrat vermöge eines Privilegiums oder eines sowohl ausdrücklich als stillschweigend mit der Bürgerschaft abgeschlossenen Vertrags das Recht, Statuten zu errichten. Die Bestimmung der Grenzen dieses Rechts ruhet auf dem ertheilten landesherrlichen Privilegium oder dem eingegangenen Vertrage selbst; hiernach muß man beurtheilen, ob ihm die Ausübung desselben mit oder ohne Zuziehung einiger Deputirten von der Bürgerschaft zuständig sey. *cf. Hartleben Meditt. ad Pandect. Vol. I. Part. I. Specim. X. med. 6. p. 182.* Riccius zuverlässiger Entwurf von Stadtgesetzen, Buch II. Cap. III. §. 20.

c) *a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. I. Specim. VIII. med. 1. p. 73. sq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0100
DFG

schlossen worden ist, als ein einstimmiger Schluß angesehen, dem sich auch die Minorität zu unterwerfen schuldig ist d).

§. 92.

Verträge bedürfen an und für sich zu ihrer Gültigkeit keiner landesherrlichen Bestätigung; folglich ist diese auch der Regel nach zum Rechtsbestande der conventionellen Statuten, als welche vernünftiger Weise nach den allgemeinen von Verträgen geltenden Grundsätzen zu beurtheilen sind, keinesweges erforderlich. Indessen existiren denn doch verschiedene Fälle, wo diese Regel eine Ausnahme leidet, und diese Fälle wollen wir gegenwärtig näher betrachten. Statuten erfordern eine landesherrliche Confirmation: α) Wenn durch sie etwas abgeändert wird, was in den Gesetzen absolut geboten oder verboten ist; denn schlechterdings gesetzlich gebotene oder verbotene Sachen sind kein Gegenstand gültiger Verträge. β) Wenn sie auch in Beziehung auf solche Personen ihre Wirkung äussern sollen, die keine Mitglieder der Universität und also nicht schon an sich an die Statuten gebunden sind. γ) Wenn ein Gesetz vorhanden ist, welches ohne Confirmation errichtete Statuten für ungültig erkläret. Hieher gehöret z. B. der bekannte im Jahre 1731. gegebene **Reichsschluß wegen der Handwerksmißbräuche** §. 1. nach welchem die Statuten der Handwerker ungültig sind, wenn sie nicht vom Landesherrn oder von der dazu berechtigten Ortsobrigkeit Bestätigung erhalten haben e). δ) Wenn sie überhaupt eine gesetzliche Kraft haben sollen; denn das Recht, Gesetze zu geben, stehet lediglich dem Landesherrn zu. Der Regent kann nun übrigens, wie der Verfasser bemerket, nicht nur antecedenter, sondern auch subsequenter die Statuten bestätigen. Jenes geschieht, wenn derselbe einer Gemeinheit das Recht ertheilet,

d) *L.* 19. *D. Ad municipal. L.* 160. *§.* 1. *D. de Reg. iur.*

e) Es heißt daselbst merklich: Sollen im heiligen römischen Reiche die Handwerker unter sich keine Zusammenkünfte ohne Vorwissen ihrer ordentlichen Obrigkeit, welcher bevorstehet, darzu jemand in ihrem Namen nach Gutbefinden zu deputiren, anzustellen Macht haben, auch an keinem Orte einige Handwerksartikeln, Gebräuche und Gewohnheiten passiret werden, sie seyen dann von der Landes- oder wenigst jedes Orts darzu berechtigeten Obrigkeit (wie denn jedem Reichsstande ohnedem nach Gelegenheit der Zeit, der Läufte und Umstände, Kraft besitzender Regalien, alle landesherrliche Gewalt, und in Ansehung derselben die Aenderung und Verbesserung der Innungsbriefe in ihrem Gebiet allewege vorbehalten bleibet) nach vorgängiger gnugsamer Erwäg- und Einrichtung nach der Sachen gegenwärtigem Zustande confirmiret und bekräftiget, hingegen alle diejenigen, welche von denen Handwerksleuten, Meistern und Gesellen allein für sich, und ohne nur gedachte obrigkeitliche Erlaubniß, Approbation und Confirmation aufgerichtet werden, oder inskünftige aufgerichtet und eingeführet werden mögten, null, nichtig und unkräftig seyn.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0101
DFG

solche Statuten zu errichten, die eine gesetzliche Kraft haben sollen, und alsdann bedürfen sie keiner besondern Genehmigung f); dieses hingegen, wenn er gefaßte Gemeindeschlüsse nach ihrer Errichtung besonders bestätiget und zu erkennen giebt, daß sie als Gesetze gelten sollen. Dergleichen Confirmation kann sowohl ausdrücklich als stillschweigend erfolgen, in welchem letztern Falle die Statuten als ungeschriebene Gesetze anzusehen sind.

Die Frage: **ob den Statuten auch außer dem Territorium desjenigen Regenten, welcher sie genehmiget hat, verbindliche Kraft beyzulegen sey?** lässet sich im Allgemeinen so wenig bejahend als verneinend beantworten, sondern muß mit Rücksicht auf die Natur und eigentliche Beschaffenheit der Statuten selbst bestimmet werden. Man unterscheide zwischen den persönlichen, dinglichen und gemischten Statuten. Die **persönlichen** Statuten (statuta *personalia*), welche sich lediglich auf die Person und den Zustand beziehen, äussern ihre Wirkung in Hinsicht auf die Gemeindeglieder auch dann, wenn sie sich ausser Landes befinden. Die **dinglichen** Statuten (statuta *realia*), oder solche, welche ohne Rücksicht auf die Person bloß die Güter der Gemeindeglieder betreffen, sind auf die ausserhalb Landes gelegenen Güter der Gemeindeglieder nicht anzuwenden. Und was endlich die **gemischten** Statuten (statuta *mixta*) anbetrifft, welche den rechtlichen Geschäften eine gewisse Form vorschreiben, oder sonst eine Handlung für erlaubt und gültig erklären, so sind die in Gemäßheit derselben an dem Orte vorgenommenen Handlungen auch außer Landes für rechtsbeständig zu achten; gleichwie auch umgekehrt ein Geschäft, dem es an den nach den Statuten des Orts, wo es vorgenommen worden, zu seiner Gültigkeit erforderlichen Eigenschaften fehlet, auswärts keinesweges zu Recht beständig ist.

§. 93.

Ein positives Gesetz kann seine Gültigkeit verlieren 1) dadurch, daß der Gesetzgeber entweder **ausdrücklich** oder **stillschweigend** erkläret, daß das Gesetz nicht mehr gelten solle, selbst auch alsdann, wenn demselben die derogatorische Clausel: **daß es auf immer gelten, und nie wieder geändert oder aufgehoben werden solle,** wäre hinzugefüget worden. Entweder hebt der Gesetzgeber das ganze Gesetz

f) Das ertheilte ius statuendi, wodurch den Schlüssen der Gemeinheit ein legales Ansehen im voraus schon bewilliget worden ist, bleibt aber immer der landesherrlichen Inspection unterworfen, und die Universität erhält dadurch weiter kein Recht, als praeter ius commune gültige Statuten zu errichten. Läuft das Statut ausdrücklichen Reichs- und Landesgesetzen zuwider, so ist die besondere Einwilligung des Landesherrn ganz ohnstreitig erforderlich, und hilft das ertheilte Privilegium dazu im geringsten nicht. Weber Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heut. Gebrauch des röm. Rechts, §. 25. S. 88. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0102
DFG

Gesetz schlechthin auf (*lex* ab *rogatur*), oder er verordnet etwas, was dem vorhandenen Gesetze geradezu entgegen ist (*legi* ob *rogatur*), oder etwas, wodurch das vorhergehende Gesetz in einigen Puncten abgeändert wird (*legi* de *rogatur* seu ex *rogatur*). Hievon unterscheidet sich noch der Fall, wo einem Gesetze bloß etwas neues hinzugefüget, oder dasselbe mit einem Anhange vermehrt wird (*legi* svb *rogatur*). Es kann auch die Aufhebung eines Gesetzes durch ein dem Gesetze widersprechendes Gewohnheitsrecht ganz oder zum Theile geschehen. Eine gesetzliche Gewohnheit ist so gut ein Gesetz, als das geschriebene Gesetz und hat mit diesem gleiche Kraft und Wirkung; gleichwie nun aber durch ein neues geschriebenes Gesetz ein älteres aufgehoben werden kann, so kann dies auch durch eine Gewohnheit geschehen g). Und diesem stehet auch die *L.* 2. *C. Quae sit longa consuetud.* in den Worten: Consuetudinis vsusque longaeui non vilis auctoritas est: verum non vsque adeo sui valitura momento, vt aut rationem vincat, aut legem, nicht entgegen. Denn es ist in diesem Texte keinesweges die Frage, ob ein älteres Gesetz durch eine neuere Gewohnheit aufgehoben werden könne, sondern ob man durch ein neues Gesetz eine alte Gewohnheit abschaffen könne, und dieses letztere wird bejahet h). Die Stelle enthält ein kayserliches Rescript, welches auf die Anfrage eines römischen Gouverneurs ertheilet wurde. Constantin hatte verschiedene Verordnungen gemacht, wodurch viele Gewohnheiten aufgehoben waren, welche auf irrigen Religionsprincipien des Heidenthums ruheten. Das Volk widersetzte sich diesen Verordnungen, und berief sich auf entgegen stehende Gewohnheitsrechte; daher fragte der Gouverneur beym Kayser an, wie er sich dabey zu verhalten habe, und dieser rescribirte in den angezogenen Worten, eine Gewohnheit sey nicht von dem Gewicht, daß sie wider die Vernunft und wider solche gesetzliche Verordnungen, wodurch sie als eine unvernünftige Gewohnheit aufgehoben wird, gelten könne. Es kann auch ein positives Gesetz seine Kraft und Wirkung verlieren 2) durch eine solche Veränderung der Umstände, welche den eigentlichen Gegenstand oder den wesentlichen Grund desselben nicht statt finden lässet. Wenn also das Object des Gesetzes gar nicht mehr existirt, oder wenigstens doch nicht mehr in der Maaße vorhanden ist, welche das Gesetz unzertrennlich voraussetzt, oder wenn die Absicht desselben cessirt, so fällt auch die ganze Verordnung dahin. Durch den bloßen Nichtgebrauch hingegen wird die verbindliche Kraft eines Gesetzes nicht zernichtet, denn er enthält an und für sich keine Erklärung des Regenten, daß das Gesetz

g) §. 11. *J. de Jur. nat. gent. et ciu. L.* 32. §. 1. *D. de Leg.*

h) *cf. Nic. de Passeribus Conciliat. cunctt. legg. p.* 837. *sqq. Aueranius Interprett. iur. Lib. II. cap. I. Vitalis Variar. lectt. Lib. II. cap. XXVIII. Bauer Diss. de conciliatione L.* 32. *D. de Leg. et L.* 2. *C. Quae sit longa consuet.* (Lipſ. 1761.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0103
DFG

Gesetz nicht mehr gelten solle, und überhaupt hängt die Verbindlichkeit eines Civilgesetzes nicht von der Beobachtung, sondern von der Promulgation desselben ab. Ist aber ein Gesetz bey vorkommenden Fällen, wo man es hätte zur Anwendung bringen sollen, schon lange nicht mehr angewendet worden, so kann es durch solchen Nichtgebrauch, wie fern die specielle Einwilligung des Gesetzgebers sich erweisen lässet, aufgehoben werden.

LIB. I. TIT. IIII.

DE CONSTITVTIONIBVS PRINCIPVM.

---

§. 94.

Die kayserlichen Constitutionen (*constitutiones principum*) sind diejenigen Verordnungen der römischen Kayser, welche sie selbst ohne Einstimmung des Volks oder des Senats vermöge der ihnen durch die legem regiam übertragenen Majestätsrechte publicirten i). Sie werden in Gemäßheit der §. *6. J. de Jur. nat. gent. et*

i) Zur Erläuterung dieser Definition wird folgende historische Bemerkung dienen. Bekanntlich hat der römische Staat seine Regierungsform mehr als einmal verändert. Anfänglich hatte er Monarchen, welche Könige genannt wurden; hierauf folgte die republicanische Verfassung, und endlich kamen wieder Monarchen auf, unter dem Titel der Kayser. Nachdem der letzte König, Tarquinius, vertrieben war, behauptete Rom seine Freyheit ohngefehr 500 Jahre hindurch, bis es vom Sylla, Julius Cäsar und August derselben beraubet wurde. August hatte einige Jahre regiert, als ihm im Jahre 727 nach Erbauung der Stadt die höchste Staatsgewalt vom Volke und vom Senat förmlich übertragen wurde. Es wurden diese feyerlichen Concessionen bey den nachfolgenden Kaysern, so oft einer derselben den Thron bestieg, wiederholet, und ohngefehr zu den Zeiten Hadrians legte man ihnen den Namen *lex regia* bey. Die sogenannte *lex regia*, die auch unter den Namen *lex Augusti*, *Augustum priuilegium*, imgleichen *lex imperii* vorkommt, ist also nichts anders, als die Uebertragung der höchsten Staatsgewalt, welche einem Kayser bey der Thronbesteigung geschah. Hatten nun gleich die Kayser vermöge der legis regiae das Besugniß, Gesetze zu machen, so bedienten sie sich gleichwohl dieses Rechts anfänglich sehr vorsichtig und sparsam, und, um nicht etwa das Volk wider sich aufzubringen, suchten sie dasselbe in der Meinung zu erhalten, daß sie die Macht und Gewalt nicht hätten, die ehedem von selbigem auf den Comitien ausgeübet worden war. Zu diesem Ende nannten

et ciu. k) in **allgemeine** (*generales*) und **besondere** (*speciales*) eingetheilet, je nachdem sie entweder eine gemeine Regel für alle, oder nur eine Ausnahme von der allgemeinen Vorschrift der Gesetze in Beziehung auf einzelne Personen enthalten. Die Ausnahme von der allgemeinen gesetzlichen Vorschrift, welche die letzteren in Ansehung einzelner Personen enthalten, ist entweder auf eine für sie vortheilhafte Weise, oder auf eine gehässige Art gemacht worden. Im ersten Falle heißen sie constitutiones *fauorabiles*; hingegen im letzten Falle, wohin gehöret, wenn aus besondern Gründen auf eine härtere Strafe erkannt worden ist, als die Gesetze sonst im Allgemeinen bestimmet haben, werden sie constitutiones *odiosae* genannt.

Unter den heutigen **landesherrlichen Verordnungen**, die man in Nachahmung der Römer auch constitutiones principum nennt, sind überhaupt diejenigen ausdrücklichen Verfügungen eines Landesherrn zu verstehen, in welchen derselbe in Ansehung seiner Unterthanen etwas festsetzt, was geschehen oder nicht geschehen soll. Es soll nun entweder eine solche Verordnung nach der ersten und vorzüglichsten Absicht des Landesherrn alle Unterthanen desselben angehen, oder nicht. Im ersten Falle nennt man sie eine **allgemeine**, im zweyten aber eine **besondere** landesherrliche Verordnung.

§. 95.

Es konnten die Kayser ihre Constitutionen theils aus eigenem Antriebe, theils auf

nannten sie ihre Verordnungen nicht Gesetze, sondern Constitutionen; bisweilen auch Statuten. *cf. §.* 1. *J. de Vi bon. rapt. L.* 2. *C. Si aduerſ. credit. praeſcript. oppon. L.* 16. C. *de Excuſat. tut.* Es verdienen übrigens über die legem regiam vorzüglich nachgesehen zu werden *Metaſtaſius de lege regia ſeu tabula aenea capitolina nott. animaduerſſ. et variis quaeſtt. illuſtrata*, (Romae 1757. 4.) *Schock Tr. de quadruplici lege regia*, (Francof. 1668. 8.) *Beck Diatr. de lege regia romanorum*, (Lipſ. 1780).

k) Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem: quum lege regia, quae de eius inperio lata eſt, populus ei et in eum omne inperium ſuum et poteſtatem concedat. Quodcumque ergo inperator per epiſtolam conſtituit, vel cognoſcens decreuit, vel edicto praecepit, legem eſſe conſtat; haec ſunt, quae *conſtitutiones* adpellantur. Plane ex his quaedam ſunt *perſonales*, quae nec ad exemplum trahuntur: (quoniam non hoc princeps vult). Nam quod alicui ob meritum indulſit, vel ſi quam poenam inrogauit, vel ſi cui ſine exemplo ſubuenit, perſonam non tranſgreditur. Aliae autem quum *generales* ſint, omnes procul dubio tenent. *cf. Muretus Obſeruu. iur. ad laud.* §. 6. *J. de Jur. nat. gent. et ciu. (in Ottonis Theſ. iur. rom. Tom. IIII. p.* 203. *ſqq.*) Mit dieser Gesetzstelle stimmet der in der *L.* 1. *D. de Conſtit. princip.* enthaltene Ausspruch des Ulpian vollkommen überein.

auf das Verlangen der Unterthanen geben; zu jenen gehörten die kayserlichen Edicte und Mandate, zu diesen die kayserlichen Rescripte und Decrete. **Edicte** hießen bey den Römern solche allgemeine kayserliche Verordnungen, worin ein neues Recht zum Besten aller Unterthanen im ganzen römischen Reiche, oder in einer ganzen Provinz festgesetzt und öffentlich promulgirt wurde l). Hievon unterscheiden sich die **Mandate**, oder die Instructionen der kayserlichen Bedienten. Dergleichen Instructionen erhielten sowohl die Gouverneurs der Provinzen, als andere römische Magistratspersonen, worin die Grenzen, Rechte und Pflichten ihres Amts bestimmet und vorgeschrieben waren. Mit den Mandaten muß man die *epistalmata* oder *epitagmata* nicht verwechseln, in welchen Ministern und andern Officianten gewisse Geschäfte, welche den Kayser selbst betrafen, in seinem Namen zu besorgen, aufgetragen wurden. **Rescripte** sind Verordnungen, worin der Kayser eine an ihn ergangene Anfrage oder Bitte beantwortete. Von diesen giebt es drey verschiedene Gattungen. Wenn sie auf die Supplik einer Privatperson erlassen wurden, so hießen sie **Rescripte im engern Verstande.** Der Kayser ließ sie entweder von seinem Cabinetssecretair ausfertigen und unterschreiben, oder er schrieb gleich selbst mit eigener Hand die Resolution unter die Supplik. Im erstern Falle hießen sie *rescripta simplicia;* im zweyten aber *adnotationes* oder *subnotationes* m). Ergiengen sie

l) Solche Edicte hatte schon August gemacht; indessen scheinen sie damals noch nicht das Ansehen allgemeiner Gesetze gehabt zu haben. Erst unter den folgenden Kaysern erhielten sie nach und nach diese Auctorität, und sind dadurch die wichtigsten unter allen kayserlichen Verordnungen geworden. Wenn sie die Entscheidung einer streitigen Rechtsmeinung enthielten, so wurden sie insbesondere Decisionen genannt. Uebrigens kommen die Edicte auch unter den Benennungen leges edictales perpetuae, leges in perpetuum valiturae, sacrae leges, imgleichen generales epistolae vor. *Bach Histor. iurisprud. rom. Lib. III. cap. II. §. 3. p. 451. sq. ed. nouiss.* Heutiges Tages heißen die allgemeinen landesherrlichen Verordnungen überhaupt Edicte, in einigen Ländern aber auch Mandate.

m) *cf. Gothofredus ad L. 27. Cod. Theod. de Petit.* Der Unterschied zwischen bloßen Rescripten und Adnotationen fällt heut zu Tage weg. Auch heißen gegenwärtig bey uns nicht nur die auf Veranlassung, sondern auch aus eigener Bewegung an gewisse Personen erlassenen landesherrlichen Verordnungen Rescripte. Nach dem canonischen Rechte werden die landesherrlichen Rescripte in Justiz- (*rescripta iustitiae*) und Gnadenrescripte (*rescripta gratiae*) eingetheilet, je nachdem sie entweder eine streitige Rechtssache betreffen, oder aber in denselben eine Gnade verliehen wird. Der Unterschied zwischen beyden Arten landesherrlicher Rescripte ist nach dem päbstlichen Rechte in Beziehung auf den Anfang ihrer Wirkungen sehr bedeutend. Die Justizrescripte erhalten ihre Wirkung erst von der Zeit an, wo sie dem Richter sind vorgezeiget worden, da hingegen die Gnadenrescripte gleich von dem Tage ihrer Ausfertigung an wirksam sind.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0106
DFG

sie an eine Magistratsperson, so hießen sie *epistolae*, und zwar aus dem Grunde, weil sie in Form eines Schreibens abgefasset wurden. Wenn aber eine ganze Gemeinheit, eine Stadt oder Provinz in einer öffentlichen Angelegenheit Vorstellung that, und ein kayserliches Rescript erhielt, so hieß dies *sanctio pragmatica* n). Heutiges Tages verstehet man unter einer pragmatischen Sanction ein schriftlich errichtetes Fundamentalgesetz, welches die Verfassung und den öffentlichen Zustand eines Landes oder Reichs betrifft, und mit Genehmigung der Stände desselben dergestalt gegeben worden ist, daß es von einer beständigen Gültigkeit seyn soll. **Decrete** sind Verordnungen, wodurch die Kayser nach vorhergegangener Untersuchung einen Proceß entschieden. Wenn in dergleichen kayserlichen Erkenntnissen die Hauptfrage des Processes entschieden, und solchergestalt der ganze Rechtsstreit dadurch beendiget wurde, so hießen sie **Decrete im engern Verstande** (*decreta in sensu stricto*); wurde aber nur ein Incidentpunct des Rechtsstreites in denselben decidirt, so nannte man sie **Interlocute** (*interloquutiones s. interloquuta*). Bey jenen wurde eine genaue Untersuchung des streitigen Rechtshandels angestellt; diese hingegen wurden ohne alle Weitläuftigkeit gegeben.

§. 96.

Nachdem wir uns mit den verschiedenen Gattungen der landesherrlichen Verordnungen beschäftiget haben, so wird nun auch noch gegenwärtig nach Anleitung des Verfassers das Ansehen und die rechtliche Wirkung derselben zu betrachten seyn. Die **Edicte** haben, wie fern sie auf die gehörige Art bekannt gemacht sind, eine allgemein verbindliche Kraft, weil sie von dem Gesetzgeber in der Absicht gegeben werden, daß sie für alle Unterthanen verbindlich seyn sollen. Was hiernächst die **Decrete** und **Rescripte** anbetrifft, so hatten diese in den ältern Zeiten kein allgemeines Ansehen, wenn ihnen selbiges von dem Kayser nicht ausdrücklich beygeleget worden war. Von den Decreten beweiset dies die *L. 2. C. de Leg. et constit. princip. et edict.* und von den Rescripten giebt es die *L. 9. Cod. Theod.* deutlich zu erkennen. Justinian aber hat in der *L. 12. C. de Leg. et constit. princip. et edict.* beyden allgemeine gesetzliche Auctorität zugeeignet, und ausdrücklich verordnet, daß sie dem Richter in ähnlichen Fällen zur gesetzlichen Richtschnur dienen sollen. Inzwischen ist doch voraus zu setzen, α) daß der Landesherr die Absicht gehabt hat, eine allgemeine Verordnung zu geben, und nicht um ganz besonderer Umstände willen nur für einen individuellen Fall eine Vorschrift hat ertheilen wollen. β) Daß es solche Decrete und Rescripte sind, die eine streitige Rechtsfrage entscheiden.

n) *Boehmer Diss. de sanctionum pragmaticarum indole et auctoritate (in Eiusdem exercitt. ad Pandect. Tom. I. p. 398. sqq.)*

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822198010/phys_0107 DFG

Wenn ein Decret eine bloße quaestionem facti entscheidet, **ob ein gewisses Factum im vorliegenden Falle geschehen oder nicht geschehen sey**, z. B. ob das ergriffene Rechtsmittel der Berufung für desert zu erklären, ob der Beweis gehörig geführet sey, so kann das Decret seiner Natur nach keinesweges auf andere Fälle ausgedehnet werden o).

§. 97.

Zur Gültigkeit der Rescripte ist erforderlich, daß die vorausgegangene Vorstellung der Wahrheit gemäß sey. Ist in der an den Landesherrn ergangenen Anfrage oder Supplik die Wahrheit verschwiegen, oder sind falsche Umstände angeführet, so kann das Rescript unmöglich gelten, weil sodann der Grund desselben gänzlich hinweg fällt. Daher erfordert auch das römische Recht, daß jedem Rescripte die Clausel: si preces veritate nitantur, eingerückt werde p), und nach Vorschrift des canonischen Rechts enthält jedes Rescript diese Clausel stillschweigend q). Wider ein Rescript, welches von dem Inpetranten durch falsche Vorstellungen erschlichen worden ist, findet die exceptio *subreptionis* und *obreptionis* statt; sind nämlich falsche factische Umstände angeführet, so ist die Einrede der **Subreption** zulässig, wenn aber wahre factische Umstände verschwiegen sind, so kann sich der Inpetrat der Einrede der **Obreption** bedienen. Den Beweis dieser Einreden muß nach den vorkommenden Umständen bald der Inpetrant, bald der Inpetrat übernehmen, je nachdem ihn der Richter jenem oder diesem aufzuerlegen in jedem einzelnen Falle für nöthig erachtet r). Es ist aber mit den gedachten Einreden nicht die exceptio *falsi-*

o) *de Cocceii Jus ciu. controu. Lib. I. tit. IIII. quaest.* 1. *p.* 65. *sqq. ed. nouiss.* Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 47. S. 59.

p) *L.* 7. *pr. C. de Diuers. rescript. et pragm. sanct.* Vniuersa rescripta, siue in personam precantium, siue ad quemlibet iudicem manauerint, quae vel adnotatio, vel quaeuis pragmatica sanctio nominentur, sub ea conditione proferri praecipimus, *si preces veritate nitantur:* nec aliquem fructum precator oraculi percipiat inpetrati, licet in iudicio adserat veritatem, nisi quaestio fidei precum inperiali beneficio monstretur inserta. *cf. L.* 5. *et L. vlt. C. Si contra ius vel vtil. publ.*

q) *Cap.* 2. *X. de Rescript. Boehmer Jus eccles. protest. Tom. I. Lib. I. tit. III. §.* 4. *p.* 183. *sq. ed. nouiss.*

r) *Graebe Disquisit. de exceptionn. sub- et obreptionis, earumque probatione*, (Rintel. 1788. 4.) Man trifft inzwischen über die Frage: wer eigentlich den Beweis der exceptionis subreptionis und obreptionis zu führen verbunden sey? ganz verschiedene Meinungen bey den Rechtsgelehrten an. Verschiedene (*Boehmer Princip. iur. canon. Lib. II. Sect. III. tit. IIII. §.* 228. *p.* 165. *ed. nouiss.* Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 45. S. 57.) behaupten, es müsse

falsitatis zu confundiren, welche darin bestehet, daß man behauptet, das Rescript sey nicht vom Landesherrn erlassen worden. Auch diese muß erwiesen werden. Bisweilen wird sie durch die Umstände wahrscheinlich, wohin z. B. gehöret, wenn dem Rescripte das Datum, die Unterschrift und das Siegel des Landesherrn fehlet, deren Hinzufügung ohnehin überhaupt als ein wesentliches Erforderniß zur Gültigkeit der Rescripte anzusehen ist s). Auch darf das Rescript nichts enthalten, was mit dem Besten des Staats streitet t), oder einem Unterthan sein wohl erworbenes Recht entziehet v). In solchem Falle ist es sehr wahrscheinlich, daß es durch Unwahrheiten erschlichen worden sey, und die Landescollegien oder der Inpetrat sind daher befugt, dem Landesherrn Vorstellungen dagegen zu thun. Der Inpetrat, welchem sein auf eine rechtmäßige Art erworbenes Recht durch das Rescript entzogen werden will, ist wider den Landesherrn oder den Fiscal Klage zu erheben berechtiget x), und braucht unter Voraussetzung einer andern hinreichenden Vergütung nur dann die Verordnung wider sich gelten zu lassen, wenn sie durch eine Collision seines Rechts mit dem öffentlichen Wohl des Staats veranlasset worden ist y).

§. 98.

Die speciellen Constitutionen der Regenten, wodurch eine Ausnahme von dem gemeinen Rechte begründet wird, heißen **Privilegien** im uneigentlichen Verstande.

müsse jederzeit der Inpetrat denselben übernehmen; andere (*Mascard de probatt. Vol. III. concluſ.* 1123. *n.* 4.) fordern ihn schlechterdings von dem Inpetranten; noch andere (Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. II. §. 97. *b.* S. 63. f.) unterscheiden zwischen der Einrede der Subreption und Obreption; jene müsse der Inpetrant, diese hingegen der Inpetrat beweisen. Ohne mich hier auf eine Widerlegung ihrer Gründe einzulassen, welche Glück Erläuterung der Pandecten, Th. I. §. 97. S. 527. f. ausführlich angezeiget hat, bemerke ich nur, daß man diesen Rechtslehrern unmöglich beypflichten kann, weil der R. A. vom Jahre 1654. §. 20. mit dürren Worten besagt, die ganze Sache solle der Ermäßigung und Befindung des Richters anheim gestellt seyn; dieser müsse sich aus den vorkommenden Umständen informiren, ob dem Kläger oder dem Beklagten das *onus probandi* aufzubürden sey.

s) *L.* 4. *C. de Diuerſ. reſcript. et pragm. ſanct. cf. Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. I. Lib. I. tit. IIII. §.* 13. *p.* 65. *ed. nouiſſ.*

t) *L.* 6. *C. Si contra ius vel. vtil. publ.*

v) *L.* 7. *C. de Prec. inp. offer. Chriſtinaeus Practt. quaeſtt. et deciſſ. Vol. II. deciſ. LXXIIII. n.* 4.

x) Höpfner a. a. O. S. 58.

y) *Voet Com. ad Pandect. Lib. I. tit. IIII. §.* 7.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0109
DFG

In der eigentlichen und engern Bedeutung verstehet man unter einem **Privilegium** diejenige besondere Verfügung des Regenten, wodurch in Ansehung eines gewissen Individuums auf eine demselben vortheilhafte Weise eine Ausnahme von dem gemeinen Recht festgesetzt wird, dergestalt, daß solche nicht bloß auf einen einzelnen, sondern auf alle oder mehrere zukünftige Fälle von gleicher Art sich erstrecket z). Der erste Character der Privilegien ist also, daß sie als landesherrliche Verordnungen nur auf ein **einzelnes Subject** gehen, welches nun sowohl eine Person als eine Sache seyn kann. Hiernächst ist auch erforderlich, daß die Verfügung, welche ein Privilegium heißen soll, dem Privilegirten **vortheilhaft** sey. In so fern weichet der heutige Redegebrauch von dem römischen ab; wenn in Beziehung auf ein einzelnes Subject auf eine demselben nachtheilige Weise eine Ausnahme von dem gemeinen Recht gemacht wird, so nennen wir dies nicht ein Privilegium a). Und endlich nennt man auch heutiges Tages nur diejenigen landesherrlichen Verfügungen Privilegien im eigentlichen Verstande, welche auf **mehrere zukünftige Fälle** gehen, das heißt, welche dem Privilegirten nicht lediglich in einem einzelnen Falle, sondern in mehreren ähnlichen Fällen zu statten kommen. Wenn also z. B. jemandem die Erlaubniß ertheilet worden ist, eine Verwandtin heyrathen zu dürfen, die er nach Vorschrift der Gesetze nicht heyrathen konnte, so kann man von diesem nicht sagen, daß er ein Privilegium erhalten habe, weil sich die gegebene Erlaubniß lediglich auf den einzigen Fall erstrecket.

Von den Privilegien in der eigentlichen und eingeschränktern Bedeutung sind die **persönlichen Verordnungen** (*constitutiones personales*) verschieden; denn diese gehen nur auf einen einzelnen Fall, da hingegen die Privilegien sich ihrer Natur nach auf mehrere erstrecken. Sie werden in **günstige** (constitutiones *fauorabiles*) und **verhaßte** Verordnungen (constitutiones *odiosae*) eingetheilet. Unter einer verhaßten persönlichen Verordnung verstehet man eine solche, wodurch in einem gewissen Falle für jemanden auf eine ihm nachtheilige Weise eine Ausnahme vom gemeinen Recht festgesetzt wird. Wenn also z. B. der Landesherr jemandem in einer Sentenz eine härtere Strafe zuerkennet, als die gesetzlich bestimmte ist, so ist dies eine

z) Die Römer nahmen das Wort Privilegium in einem weitläuftigern Sinne, als es heutiges Tages genommen wird; sie verstanden darunter jede Verordnung, wodurch jemandem ein außerordentliches Recht ertheilet, oder eine außerordentliche Strafe zuerkannt wird. Den Ursprung des Worts deriviren die alten Grammatiker von *priuus* und *lex*, und es ist also priuilegium seiner ursprünglichen Bedeutung nach so viel als lex de singulo s. priuato lata; denn *priuus* bedeutete nach dem Zeugnisse des *Gellius Noctt. Atticc. Lib. X. cap. XX.* so viel, als *singulus* oder *priuatus*.

a) *de Cramer Obseruu. iur. vn. Tom. III. obs. DCCCCII. §. 6. p. 475.* Man sehe auch *Hartleben Meditt. ad. Pandect. Vol. I. Part. I. Specim. XII. med. 2. p. 233. sqq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0110
DFG

eine constitutio odiosa. Die günstigen persönlichen Constitutionen, welche zum Vortheile desjenigen, den sie betreffen, gereichen, können entweder eine zukünftige Handlung berücksichtigen, oder eine bereits geschehene Handlung. Im ersten Falle heißen sie **Dispensationen** (*dispensationes*). Wenn also jemand eine in den gemeinen Rechten verbotene Handlung vornehmen, oder eine allgemein gebotene oder vorgeschriebene Handlung unterlassen will, und zuvor von dem Landesherrn die Erlaubniß dazu erhält, so sagt man von ihm, er habe eine **Dispensation** erhalten. Was hingegen den zweyten Fall anbetrifft, so gehören hieher die **Abolitionen** (*abolitiones*) und **Adgratiationen** (*adgratiationes*). Wenn nämlich jemand eine gesetzwidrige Handlung schon begangen zu haben beschuldiget wird, und der Landesherr erlässet eine Verordnung, daß wider ihn deshalb kein Proceß angestellet werden, oder doch der schon angefangene Proceß aufhören soll, so nennt man dies eine **Abolition**. Ist aber jemandem wegen einer begangenen unerlaubten Handlung schon wirklich die Strafe zuerkannt worden, und der Landesherr erlässet sie ihm ganz oder zum Theile, so wird diese Erlassung **Adgratiation**, imgleichen **Begnadigung** genannt.

Es unterscheiden sich ferner von den Privilegien im eigentlichen Verstande die **besonderen Rechte** oder **Rechtswohlthaten** (*iura singularia s. beneficia legis*), wenn sie gleich nicht selten im Allgemeinen Privilegien genannt zu werden pflegen. Der Unterschied zwischen den Privilegien und den besondern Rechten ist leicht einzusehen; jene werden nur einer Person oder einer Sache ertheilet und müssen von dem Landesherrn besonders verwilliget werden, diese hingegen sind theils allen Unterthanen, wie fern sie sich in dem nämlichen Falle befinden, theils einer gewissen Classe derselben in Beziehung auf ihr Alter, Geschlecht und Stand, theils auch einer gewissen Gattung von Sachen in den Gesetzen dergestalt zum voraus verliehen, daß man um selbige besonders nachzusuchen nicht nöthig hat; auch werden sie demnach als Gesetze allgemein promulgirt, welches bey den Privilegien eben nicht zu geschehen pfleget.

§. 99.

Wenn gleich die Privilegien im eigentlichen und uneigentlichen Verstande sich merklich von einander unterscheiden, so stimmen sie gleichwohl als besondere Constitutionen in mehr als einem Betracht mit einander überein. Hieher gehöret nun *a*) daß sie lediglich in denen Fällen, auf welche sie vom Landesherrn gerichtet worden sind, eine Ausnahme von dem gemeinen Recht begründen. Quod vero, sagt Paulus b), contra rationem iuris receptum est, *non est producendum ad consequen-*

b) *L.* 14. *D. de Leg.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0111
DFG

quentias c). Sie dürfen nicht zur Folge und zum Beyspiel angezogen werden. Gesetzt also, der Regent hat jemandem die Erlaubniß ertheilet, sich ohne die in den gemeinen Rechten vorgeschriebene Proclamation trauen lassen zu dürfen, so erhält gleichwohl ein anderer bloß deswegen kein Recht, ohne vorgängiges Aufgebot sich seine Braut antrauen zu lassen. β) Es dürfen dergleichen besondere Verordnungen, wie fern sie die natürliche Freyheit einschränken und überhaupt andern Unterthanen zum Nachtheile gereichen, nicht **ausdehnend** erkläret werden, wenn gleich sonst dem Privilegirten die möglichst freye Ausübung des besondern Rechts nach der Absicht des Ertheilers gestattet werden muß d). Da die Natur eines Privilegiums schon an sich eine restrictive Auslegung in Gemäßheit der Gesetze erfordert e), so kann man auch nicht annehmen, daß es sodann immer ausdehnend zu erklären sey, wenn es lediglich die Rechte des Landesherrn betrifft, und einzig und allein nur ihm zum Präjudiz gereichet f). Hat der Regent jemandem ein solches Privilegium verliehen, ohne die Grenzen, innerhalb welchen es ausgeübet werden soll, genau zu bestimmen, so muß man den Sinn desselben aus dem Zweck und der Absicht des Ertheilers zu eruiren suchen, und vernünftiger Weise ist im Zweifel zu vermuthen, daß der Regent sich dadurch seiner Rechte so wenig als möglich habe entäussern wollen. Ueberdem hat ja auch der Landesherr nach Vorschrift der *L. 191. D. de Reg. iur.* g) das Befugniß, Privilegien nach seinem Gefallen zu bestimmen und in Ansehung ihrer Ausübung beliebige Extensionen zu verfügen; wie könnte man also wohl ein Privilegium auf in der Verleihung nicht enthaltene Fälle ausdehnen, wenn die Raison desselben zu erkennen giebt, daß es der Regent auf diese Fälle nicht extendirt wissen will. Und diesem stehet auch die *L. 3. D. de Constit. princip.* auf

c) *cf. §. 6. J. de Jur. nat. gent. et ciu.*

d) *Mevius Deciss. Part. IIII. decis. CCCXXI. p. 1051. sq. ed. nouiss.*

e) *L. 35. pr. C. de Inoff. testam.*

f) Struben rechtliche Bedenken, Th. IIII. Bed. VI. §. 2. S. 15. *Hartleben Meditt. ad Pandect. Vol. I. Part. I. Specim. XIIII. med. 2. p. 271. sqq.* Knorr rechtliche Anmerkungen, Abhandl. I. §. 4. S. 3. Glück Erläuterung der Pandecten, Th. I. §. 99. S. 546. ff. *Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Prolegg. cap. II. §. 7. p. 19. sq. ed. nouiss. Müller Obseruu. practt. ad Leyseri meditt. ad Pandect. Tom. I. fasc. I. obs. XXXXII. p. 165. sqq.*

g) Neratius consultus, an, quod beneficium dare se, quasi viuenti, Caesar rescripserat, iam defuncto dedisse existimaretur? respondit, non videri sibi, principem, quod ei, quem viuere existimabat, concessit, defuncto concessisse; *quem tamen modum esse beneficii sui vellet, ipsius aestimationem esse. cf. Wernher Lectissimm. commentt. in Pandect. Part. I. Lib. I. tit. IIII. §. 10. p. 26.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0112
DFG

auf welche die Gegner h) provociren, nicht entgegen. Heißt es gleich in dieser Stelle des römischen Rechtskörpers: beneficium inperatoris, quod a diuina scilicet eius indulgentia proficiscitur, *quam pleniſſime interpretari debemus*, so wird doch hiedurch keinesweges die Ausdehnung des Privilegiums wider die Absicht des Ertheilers gestattet, sondern lediglich angedeutet, ein Privilegium sey der gestalt zu interpretiren, daß der Privilegirte den möglichst vollkommenen Genuß desselben erhalte, wie fern dieser Genuß der Absicht des Gesetzgebers nicht zuwider, und dem Rechte eines Dritten unschädlich ist i). γ) Ohngeachtet die in dem römischen Rechtskörper enthaltenen besondern Rechte keines Beweises bedürfen, weil sie als Gesetze promulgirt worden sind, und in dieser Hinsicht sehr füglich als gemeines Recht angesehen werden können, so verhält sich doch die Sache ganz anders mit den Privilegien im eigentlichen Verstande. Denn diese enthalten eine eigentliche Ausnahme von dem gemeinen Recht, und für ihre Existenz kann im Zweifel um so weniger vermuthet werden, da sie der Regel nach nicht ordentlich bekannt gemacht werden. δ) Da niemandem Wohlthaten aufgedrungen werden, so finden begreiflich keine Zwangsmittel statt, um jemanden wider seine Neigung zum Gebrauche der Wohlthat zu bestimmen, welche ihm in einer besondern Verordnung ertheilet worden ist. Daß überhaupt Unterthanen befugt sind, solche Vortheile fahren zu lassen, welche ihnen nach allgemeinen Gesetzen oder besondern Verordnungen zustehen, ist ein ganz unbestrittenes, auf der natürlichen Freyheit derselben ruhendes Princip, welches seine Allgemeinheit so lange behauptet, als nicht etwa das Wohl des ganzen Staats oder einzelner Mitglieder desselben Einschränkungen erheischet. Stehet also die Ausübung des besondern Rechts mit fremden Gerechtsamen in so genauer Verbindung, daß der Nichtgebrauch der ertheilten Rechtswohlthat einem Dritten nachtheilig seyn würde, so findet auf selbige keine Verzichtleistung statt. So z. B. ertheilet

h) *Stryk Diſſ. de priuilegg. interpret. cap. IIII. de Berger Diſſ. de priuilegg. iis maxime quibus renunc. non poteſt*, (*in Eiuſdem diſſertt. ſell. Part. gen. cap. I. §. 9.*) *de Cocceii Jus ciu. controu. Lib. I. tit. IIII. quaeſt. 6. p. 71. ſq. ed. nouiſſ. Papillonius ad L. 3. D. de Conſtit. princip.* (*in Meermanni Theſ. iur. ciuil. et canon. Tom. II. p. 627.*) *a Leyſer Meditt. ad Pandect. Vol. I. Specim. X. med. 3. p. 104. ſq. Pütter Pr. de iure et officio iudic. circa interpret. priuilegg.* (Gotting. 1758.) §. 7.

i) *Boehmer Diſſ. de finibus priuilegiorum regundis, cap. II. §. 9.* (*in Eiuſdem exercitt. ad Pandect. Tom. I. p. 628. ſq.*) *Muretus Com. ad L. 3. D. de Conſtit. princip.* (*in Ottonis Theſ. iur. rom. Tom. IIII. p. 206.*) Daß die angezogene *L. 3. D. de Conſtit. princip.* nicht von eigentlichen Privilegien, sondern nur von besondern Rechten rede, behauptet *Thomaſius Diſſ. de interpretatione beneficiorum principis*, §. 11.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0113
DFG

theilet der macedonianische Rathschluß einem Haussohne das besondere Recht, den auf die Bezahlung des gegebenen Darlehns andringenden Gläubiger mit einer Einrede abzuweisen; auf diese Rechtswohlthat kann der Haussohn bey Lebzeiten seines Vaters nicht einmal eydlich renunciiren k), und zwar aus dem natürlichen Grunde, weil bey dem gedachten Senatusconsult die Absicht zum Grunde liegt, daß der Vater durch die väterliche Gewalt keinen Nachtheil leiden möge.

§. 100.

Die Privilegien werden in **persönliche** (priuilegia *personalia*) und **dingliche** (priuilegia *realia*) eingetheilet l). Persönlich ist ein Privilegium, welches einer oder mehreren bestimmten Personen eigen ist; hingegen dinglich heißt dasjenige, welches einer gewissen Sache verliehen worden ist, und allen Besitzern derselben zustehet. Wenn also z. B. der Regent lediglich für meine Person meinem Landgute die Steuerfreyheit ertheilet, daß es, so lange mein Besitz dauert, frey seyn, doch aber, so bald es alienirt wird, wieder steuerbar werden soll, so ist dies ein persönliches Privilegium; verleihet er hingegen meinen Gütern die Steuerfreyheit dergestalt, daß sie allen Besitzern derselben zu statten kommen soll, so ist in solchem Falle ein dingliches Privilegium vorhanden. Der distinctive Character der dinglichen Privilegien von den persönlichen bestehet also darin, daß sie allen Besitzern einer gewissen Sache zuständig sind; das persönliche Privilegium stehet nur einer, oder einigen Personen zu. Verleihet der Regent mir und meinen Leibeserben, oder auch mir und meinen Erben überhaupt, ein Privilegium, so ist solches nicht für dinglich zu achten; denn es kommt solchen Personen, die nicht Erben von mir sind, keinesweges zu statten m). Einige Rechtslehrer statuiren außer den beyden eben genannten

k) *L.* 3. §. 3. *et L.* 9. §. 3. *D. Ad Sctum Macedon. a Pufendorf Obseruat. iur. vn. Tom. II. obs. CLXXI. p.* 542. *sq.*

l) *L.* 196. *D. de Reg. iur.* Priuilegia quaedam cauſſae ſunt, quaedam perſonae: ideo quaedam ad heredem tranſmittuntur, quae cauſſae ſunt: quae perſonae ſunt, ad heredem non tranſeunt.

m) Es kann die Person, welche ein Privilegium erhält, sowohl eine individuelle, als eine mystische oder moralische seyn. Da eine solche moralische Person, als Subject von Rechten und Verbindlichkeiten betrachtet, nicht stirbt, sondern immer die nämliche bleibt, wenn auch gleich einzelne zu ihr gehörige Personen abgehen, und andere in die erledigten Plätze rücken (*L.* 76. *D. de Judic. L.* 7. §. 2. *D. Quod cuiuſcumq. vniuerſit. nom. vel contra eam agat.*); so dauern auch die ihr eingeräumten persönlichen Privilegien fort, und gehen auf alle nachkommende Mitglieder derselben über. *L.* 4. §. 3. *D. de Cenſ.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0114
DFG

genannten Gattungen von Privilegien noch eine dritte, nämlich die **gemischten** (*mixta*), worunter sie diejenigen Privilegien verstehen, welche jemandem für sich und seine Erben ertheilet worden sind n). Ich kann mich aber von der Existenz solcher gemischten Privilegien nicht überzeugen und halte sie für ein nonens; denn Personalprivilegien ändern dadurch, daß sie auf die Erben übergehen, keinesweges ihre Natur und verlieren das Gepräge der Persönlichkeit nicht. Es ist vielmehr ein solches Privilegium, welches einer Person so verliehen ist, daß es zugleich auf die Erben gehet, eigentlich ein Inbegrif mehrerer persönlicher Privilegien. Mit Recht verwerfen daher auch neuere Rechtsgelehrte diese hirnlose Theorie, und erklären die Benennung für höchst unschicklich o). Weil die Natur der Privilegien keine ausdehnende Erklärung zulässet, so ist ein Privilegium im Zweifel eher für ein persönliches, als dingliches zu achten p); und aus eben diesem Grunde ist auch von einem

n) *Madihn Principp. iur. rom. Part. I. §. 12. p. 17.* Dieser Rechtslehrer giebt a. a. O. zuvörderst nach der gewöhnlichen Theorie folgende Definition vom gemischten Privilegium: est eiusmodi priuilegium, *quod heredibus etiam priuilegiati conceſſum eſt;* sodann fügt er am Ende noch hinzu: *melius* autem *mixtum* (priuilegium) nominatur, QVOD TAM IN POSSESSIONE PRAEDII QVAM PERSONALI QVALITATE FVNDATVM EST.

o) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 49. S. 62. Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. II. §. 100. S. 89.

p) *Einert Exercit. priuilegium in dubio magis pro perſonali quam reali reputandum eſſe*, (Lipſ. 1778.) *Walch Introd. in controuerſſ. iur. ciuil. Prolegg. cap. II. §. 8. p. 20. ſq. ed. nouiſſ.* Es dissentiren aber viele Rechtsgelehrte. Einige behaupten gerade das Gegentheil, und nehmen an, daß ein Privilegium im Zweifel eher für ein dingliches, als persönliches, zu halten sey. (*Stryk Diſſ. de priuilegiorum interpretatione cap. I. num. 36. de Cocceii Jus ciu. controu. Lib. I. tit. IIII. quaeſt. 4. p. 69. ſq. ed. nouiſſ.*) Andere unterscheiden zwischen solchen Privilegien, die durch einen beschwerlichen Titel erworben, und solchen, die umsonst, aus bloßer Gnade verliehen worden sind. Jene sollen im Zweifel dingliche, diese hingegen persönliche seyn. (*Gail Obſeruu. Lib. II. obſ. II. de Berger Oecon. iur. Lib. I. tit. I. §. 25.*) Noch andere behaupten, daß ein Privilegium sodann für ein persönliches zu achten sey, wenn es zur Schmälerung fremder Gerechtsame, oder zum Nachtheil des Staats gereichet; im entgegen gesetzten Falle hingegen müsse man es im Zweifel für ein dingliches halten. (*Voet Com. ad Pandect. Lib. I. tit. IIII. §. 14. Zoeſius Com. ad Pandect. ad tit. eumd. n. 18.*) Endlich noch anderer Meinung ist *Hartleben Medit. ad Pandect. Vol. I. Part. I. Specim. XIIII. med. 5. p. 278.* Dieser unterscheidet zwischen solchen Privilegien, welche man vermittelst eines Vertrags erworben hat, und solchen, die ohne Vertrag auf Wohlgefallen ertheilet worden sind. Jene hören seiner Meinung nach in der Person des Erwerbers nicht auf, sondern gehen, weil es die Natur eines Vertrags mit sich bringe, auf die Erben über; diese im Gegentheil nicht, weil ihnen die Natur eines Precariums eigen sey. Er suchet zwar zugleich die Meinungen der dissentirenden Rechtslehrer zu widerlegen, hat aber ohnstreitig selbst unter allen am wenigsten die Sache genau getroffen.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0115
DFG

persönlichen Privilegium zu vermuthen, daß es mit des Erwerbers Tode aufhören, und nicht auf die Erben übergehen solle q).

§. 101.

Eine Wirkung, welche einem Privilegium mit jedem andern Gesetze gemein ist, bestehet darin, daß die Gültigkeit desselben erst von der Zeit seiner Ertheilung ihren Anfang nimt, und daß es folglich, gleich einem Gesetze, nicht auf solche Handlungen sich beziehen lässet, welche bereits vor der Verleihung unternommen worden, und solchergestalt als vergangene Handlungen anzusehen sind r). Inzwischen ist doch ein Privilegium auf solche Handlungen, die vor der Ertheilung desselben ihre Vollkommenheit erhalten haben, adplicativ, wie fern überhaupt dergleichen Handlungen ein Gegenstand der Gesetze seyn können. Hat also z. B. der Landesherr ausdrücklich erkläret, daß das Privilegium nicht nur auf zukünftige Fälle gehen, sondern auch auf vergangene sich zurück erstrecken solle, so leidet die gegebene Regel eine Ausnahme. Gleichwie ferner durch ein Gesetz niemandem seine Gerechtsame, welche er auf eine rechtmäßige Weise erworben hat, genommen werden dürfen, so darf auch die Ertheilung eines Privilegiums nie zum Nachtheile eines Dritten gereichen s), und muß jederzeit mit der stillschweigenden Clausel: **dem Rechte eines Dritten unbeschadet**, verstanden werden t). Durch das Privilegium wird allen Unterthanen die negative Verbindlichkeit auferlegt, der rechtmäßigen Ausübung desselben keine Hindernisse in den Weg zu legen, und überhaupt nichts zu unternehmen, wodurch die dem Privilegirten ertheileten Rechte leiden. Es ist mit dem Privilegium ein **Verbietungsrecht** verbunden, vermöge dessen der Erwerber von dem Gebrauche des ihm ertheilten Rechts alle diejenigen, welche nicht das nämliche Privilegium haben, ausschließen kann v). Ohngeachtet aber alle Unterthanen verbunden sind, dem ertheilten Privilegium nicht entgegen zu handeln, so stehet es doch dem Gesetzgeber frey, die Wirkungen des Privilegiums dahin einzuschränken, daß dieser oder jener die Verbindlichkeit desselben anzuerkennen nicht gehalten seyn solle.

§. 102.

q) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. I. §. 100. S. 558.

r) *L. 7. C. de Leg.*

s) *L. 4. C. de Emancip.*

t) *L. 7. C. de Prec. inp. offerend.*

v) *Hartleben Meditt. ad Pandect. Vol. I. Part. I. Specim. XII. med. 4. p. 237. sqq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0116
DFG

§. 102.

Durch ein Privilegium wird eine Ausnahme von dem gemeinen Recht für mehrere zukünftige Fälle festgesetzt. Diese Ausnahme gereichet entweder zum **Vortheile** des Privilegirten, oder zu seinem **Nachtheile**. Im ersten Falle nennt man das Privilegium ein **günstiges** (priuilegium *fauorabile*); im zweyten Falle ein **ungünstiges** oder **verhaßtes** (priuilegium *odiosum*). Daß diese Eintheilung ihren guten Grund habe, ist freylich keinem Zweifel unterworfen x); allein dem heutigen Sprachgebrauche ist es, wie ich bereits oben beyläufig bemerket habe, keinesweges gemäß, dergleichen besondere Verordnungen, in welchen zu jemandes Nachtheil eine Ausnahme von dem gemeinen Recht gemacht wird, Privilegien zu nennen; vielmehr verstehet man heutiges Tages unter dem eigentlichen Namen der Privilegien lediglich die günstigen.

Eine andere gewöhnliche Eintheilung der Privilegien ist die in **conventionelle** (priuilegia *conuentionalia*) und **graziöse** (priuilegia *gratiosa*). Unter jenen verstehet man solche, die durch einen ordentlich verabredeten Vertrag erworben werden; unter diesen hingegen diejenigen, welche der Landesherr, ohne solchen, aus bloßer Gnade und Vergünstigung ertheilet. Die conventionellen Privilegien werden weiter in *gratuita* und *onerosa* eingetheilet, je nachdem sie entweder unentgeldlich, oder aber gegen Entrichtung einer bestimmten Summe Geldes, oder eines andern Aequivalents ertheilet worden sind. Nach meiner Ueberzeugung ist diese gemeine Eintheilung der Privilegien in conventionelle und graziöse, die freylich in vielen Systemen und Compendien des Civilrechts angetroffen, und auch von dem Verfasser am gegenwärtigen Orte unabgeändert vorgetragen wird, ganz irrig. Ein jedes Privilegium, wenn es auch bloß aus Gnaden von dem Regenten ertheilet wird, ist im Grunde conventionell; denn das Versprechen und die erfolgte Annahme desselben enthält einen Vertrag, dergleichen auch eine jede Schenkung ist y). Richtiger ist daher die Theorie der Rechtsgelehrten, welche die Privilegien in *gratiosa s. gratuita* und *onerosa* eintheilen, und unter den erstern solche verstehen, welche umsonst, aus bloßer Gnade vom Regenten verliehen werden, unter den letztern hingegen solche, wofür der Privilegirte etwas gegeben oder gethan hat z).

x) *Woelker Diss. de priuilegiis odiosis et poenalibus*, (Alt. 1718.)

y) S. meine Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, Band I. Betracht. VIII. S. 119.

z) Höpfner theoret pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 49. S. 61. f. Man sehe auch *Wernher Lectissimm. commentt. in Pandect. Part. I. Lib. I. tit. IIII. §. 8. p. 24.* Zwar bezeuget Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. II. §. 102. S. 104. die Meinung derjenigen, welche jedes Privilegium

Ferner theilet man auch die Privilegien in **affirmative** und **negative** ein. Unter jenen sind solche Privilegien zu verstehen, welche dem Erwerber etwas wider das gemeine Recht zu thun verstatten und ihm solchergestalt eine gewisse besondere Gerechtsame ertheilen; diese im Gegentheil sind solche, in welchen dem Privilegirten etwas wider das gemeine Recht zu unterlassen erlaubt wird, und wodurch also derselbe eine Befreyung von gewissen Verbindlichkeiten erhält a).

§. 103.

Das Recht der Privilegien ist aus der dem Regenten allein zustehenden gesetzgebenden Macht abzuleiten, und folglich kann dasselbe auch niemand anders, als der Regent, oder wer dazu vom Regenten ausdrücklich oder stillschweigend das Befugniß erhalten hat, ausüben. Gleichwie nun jeder Reichsstand in seinem Lande Privilegien zu verleihen berechtiget ist, so kann der Kayser selbige im Reiche ertheilen. Inzwischen kann das Recht der Privilegien nicht völlig nach den Grundsätzen und Einschränkungen, welche von der gesetzgebenden Gewalt überhaupt gelten, beurtheilet werden. Das kayserliche Recht, Privilegien zu ertheilen, gehöret an und für sich zu den Reservaten des Kaysers, und er kann dasselbe ausüben, wofern nicht ausdrückliche Einschränkungen deshalb in den Reichsgesetzen gemacht sind, oder einige in der Natur der Sache liegen, wenn er gleich kein Gesetz für sich allein machen kann b). Der Kayser kann Privilegien ertheilen theils an **unmittelbare** Stände und Glieder des Reichs, theils an **mittelbare**. Ohngeachtet diese letztern sich von ihren Landesherren privilegiren lassen können, so kann doch nur der Kayser ihnen solche Privilegien ertheilen, welche einen Gegenstand betreffen, der in die kayserlichen Reservate, deren Ausübung lediglich dem Kayser zuständig ist, einschlägt. Ueberdem treten auch öfters Gründe ein, die es nothwendig und nützlich machen, sich entweder ein kayserliches Privilegium geben, oder vom Kayser das erhaltene landesherrliche Privilegium bestätigen zu lassen. Dies ist alsdann der Fall, wenn das Privilegium auch außerhalb Landes im ganzen Reiche seine Wirkung äussern soll. Es müssen aber mittelbare Glieder des Reichs die ihnen ertheilten kayserlichen Privilegien dem Landesherrn vorlegen, wenn sie von selbigen Gebrauch machen

gium für conventionell halten, sey nicht ganz unrichtig, inzwischen vertheidiget er doch die gemeine Eintheilung der Privilegien in conventionelle und graziöse nach den gewöhnlichen Begriffen, welche man davon bildet. Man könne sie, sagt er, beybehalten. Ich muß aber frey bekennen, daß ich zur Beybehaltung der erwähnten gemeinen Eintheilung keinen Beruf in mir fühle, weil ich nicht geneigt bin, einen gemeinen Irrthum beyzubehalten.

a) *Madihn Princip. iur. rom. Part. I. §. 13. p. 18.*

b) Häberlin Handbuch des deutschen Staatsrechts, Band II. §. 230. S. 181. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0118
DFG

chen wollen. Ist das Privilegium so wenig erschlichen, als unrechtmäßig verliehen, und hat der Kayser bey der Ertheilung die Vorschriften der Reichsgrundgesetze nicht aus den Augen gesetzt, so kann der Landesherr auf die geschehene Vorlegung keinesweges die Anerkennung desselben verweigern, wenn nicht etwa das erhaltene Privilegium in das Landespolizeywesen einschlägt; denn in solchem Falle hängt es von seinem Ermessen ab, ob er die Ausübung desselben in seinem Lande zulassen will, oder nicht c).

Was die landesherrlichen Privilegien anbetrifft, deren Kraft und Wirkung sich auf das Land des Regenten, welcher sie ertheilet hat, beschränket, so bedürfen sie freylich an sich der Einwilligung der Landstände nicht, aber gleichwohl lässet es sich nicht behaupten, daß durchaus und in allen Fällen die Concurrenz der Stände bey Ertheilung derselben ausgeschlossen sey. Vielmehr kommt es hiebey auf die Beschaffenheit des Rechts selbst an, welches durch das Privilegium verliehen werden soll. So kann z. B. der Fürst von einer in die landschaftliche Casse fließenden Steuer, welche von Seiten der Landschaft bewilliget worden ist, für sich keine Befreyung ertheilen. Zur Gültigkeit der landesherrlichen Privilegien ist aber überhaupt hauptsächlich erforderlich, daß sie nicht den ausdrücklich verbietenden oder gebietenden Reichs- oder Kreisgesetzen zuwider sind.

Da übrigens das Recht der Privilegien, wie ich bereits oben bemerket habe, als ein Ausfluß der gesetzgebenden Gewalt zu betrachten ist, so können Erbprinzen und apanagirte Herren keine Privilegien verleihen. Und eben so wenig kann sich ein hohes Landescollegium, der Magistrat einer Stadt oder ein Edelmann dieses Recht anmaßen. Etwas anders ist es, wenn der Regent einem Magistrat oder einem adlichen Gerichte dieses Befugniß ausdrücklich oder stillschweigend eingeräumet hat; denn ob der Regent eine Handlung selbst ausübet, oder durch andere ausüben lässet, ist völlig gleichgültig.

§. 104.

c) Anderer Meinung ist *Pütter Institt. iur. publ.* §. 230. Dieser behauptet, es sey lediglich und in jedem Falle dem Ermessen des Landesherrn überlassen, ob er den Gebrauch des kayserlichen Privilegiums in seinem Lande gestatten wolle. Ein älterer Staatsrechtslehrer (Moser im deutschen Staatsrecht, Th. IIII. S. 291. und im Tr. von den kayserlichen Regier. Rechten und Pflichten, §. 123. S. 537.) vertheidiget die allgemeine Gültigkeit der kayserlichen Privilegien, und behauptet, daß jedermann schuldig sey, nach Beschaffenheit derselben, das darin enthaltene zu thun, oder zu unterlassen, oder doch dem Privilegirten an dem Gebrauche derselben nicht hinderlich zu seyn, wenn sie reichsconstitutionsmäßig sind. Sehr gründlich hat diese verschiedenen Meinungen der würdige Herr Hofrath Häberlin a. a. O. mit dem ihm eigenen Scharfsinne widerlegt.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0119
DFG

§. 104.

Bey Beantwortung der unter den Rechtslehrern d) gestrittenen Frage: **ob ein Landesherr befugt sey, mehrern Individuen gleiche Privilegien zu ertheilen?** ist zu unterscheiden. Es hat der Regent entweder bey der Ertheilung des Privilegiums sich verbindlich gemacht, daß er sich seines Rechts, andern ein ähnliches Privilegium zu ertheilen, in Zukunft nicht weiter bedienen wolle, oder nicht. Im erstern Falle, wohin nicht nur gehöret, wenn der Landesherr sich durch einen Vertrag ausdrücklich dazu verpflichtet hat, sondern auch, wenn das Privilegium seiner Natur nach von der Beschaffenheit ist, daß es durch ein anderes ähnliches vereitelt werden würde, stehet dem Landesherrn keinesweges das Befugniß zu, ein solches neues Privilegium zu verleihen e). Ganz anders verhält sich hingegen die Sache im zweyten Falle, wo so wenig die Natur des Privilegiums an sich, als ein ausdrücklicher Vertrag der anderweitigen Verleihung im Wege stehet; hier lässet sich kein Grund absehen, weswegen nicht andern nachher ein ähnliches Privilegium gegeben werden könnte, ohne weiter eben darauf besonders zu sehen, ob von priuilegiis onerosis oder gratiosis die Rede ist f). Durch das Privilegium soll der Erwerber in Gemäßheit der landesherrlichen Intention lediglich den Vortheil erhalten, in gewisser Rücksicht nicht nach dem gemeinen Recht beurtheilet zu werden; diesen Vortheil verliert er durch die nachherige Verleihung eines ähnlichen Privilegiums keinesweges. Auch kann man vernünftiger Weise im Zweifel nicht annehmen, daß sich der Landesherr durch die Verleihung eines Privilegiums der fernern Ausübung seines Rechts habe begeben wollen; denn dieses Recht gehöret ohnstreitig zu den Regalien, und mithin ist eine solche Einschränkung und Begebung desselben im Zweifel um so weniger anzunehmen, da selbst bey Privatpersonen dergleichen Vermuthungen nicht einmal statthaft sind. Auch selbst alsdann kann man das ältere Privilegium nicht als ausschließend betrachten, wenn ihm gleich die Clausel hinzugesetzt ist, daß außer dem Privilegirten niemand an dem Orte des verstatteten Rechts sich anmaßen solle, weil hiedurch bloß angezeigt wird, daß kein anderer

d) *cf. Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Prolegg. cap. II. §. 4. p. 17. sq. ed. nouiss.*

e) Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. II. §. 104. S. 125.

f) *Stryk Diss. de iure priuilegiati contra priuilegiatum, cap. I. n. 41. sq. a Wernher Obseruu. forr. Tom. I. Part. I. obs. LXXXVII.* Die Distinctionen, welche *Müller Obseruu. practt. ad Leyseri meditt. ad Pandect. Tom. I. fasc. I. obs. XXXXIII. p. 172. sq.* vorbringt, beruhen auf ganz unrichtigen Voraussetzungen.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0120
DFG

anderer Einwohner, welcher nicht eben so privilegirt worden, eigenmächtig das Recht ausüben solle g). Der Umstand ferner, daß durch die Verleihung eines jüngern gleichen Privilegiums demjenigen, der das ältere hat, einiger Gewinn entgehet, thut nichts zur Sache h). Zwar will Becker i) das Gegentheil behaupten, weil in Gefolg der *L. 19. D. de Legat. I.* und *L. 72. D. de Condit. et demonstrat.* jedes Privilegium so zu erklären sey, daß der Erwerber seiner erlangten Vortheile nicht verlustig werde. Dieser Einwurf ruhet aber auf einer falschen Voraussetzung. Wir reden nicht von dem Falle, wo das Recht des Privilegirten durch Ertheilung des neuen Privilegiums gänzlich zernichtet und vereitelt, sondern wo ihm nur einiger Gewinn dadurch entzogen wird. Daß dergleichen neues Privilegium, wodurch der Privilegirte einigen Schaden leidet, nicht verliehen werden könne, lässet sich aus den angezogenen Gesetzstellen, die eigentlich überhaupt von der Interpretation der Privilegien gar nicht zu verstehen sind, keinesweges herleiten.

§. 105.

Wenn der Regent mehreren Personen gleiche Privilegien verliehen hat, und solchergestalt eine Concurrenz derselben vorhanden ist, so findet alsdann der bekannte Rechtssatz seine Anwendung, daß ein Privilegirter sich wider einen andern gleich Privilegirten seines Rechts nicht bedienen könne k). Dieser Grundsatz ist zwar von ältern sowohl als neuern Rechtslehrern häufig misgedeutet worden, und hat manche sehr ungereimte Auslegungen erfahren, allein demohngeachtet stehet die Wahrheit desselben fest; er ist nicht irrig und läuft den Gesetzen nicht zuwider, wenn man ihn nur recht verstehet. Es liegt nämlich in demselben weiter nichts, als dieses: wenn jemandem ein Privilegium ertheilet ist, so kann und darf er den andern, der ein gleiches Privilegium hat, in der rechtmäßigen Ausübung desselben nicht

g) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. II. §. 104. S. 14. Daß diese Clausel überhaupt ganz unnöthig und überflüssig sey, indem sich ein solches Verbietungsrecht ohnehin bey einem jeden Privilegium nach seinem Zweck schon von selbst verstehet, bemerket mit Grunde *Hartleben Meditt. ad Pandect. Vol. I. Part. I. Specim. XII. med. 4. p. 238.*

h) *a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. I. Specim. X. med. 4. p. 106. sq.*

i) Becker Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle, Band III. Num. CLXXXII. S. 543.

k) Priuilegiatus contra aeque priuilegiatum iure suo non vtitur. *cf.* Lüders nähere Betrachtung der Lehre von der Concurrenz mehrerer Privilegien, (in Koppes niedersächs. Archiv für Jurisprudenz und juristische Litteratur, Num. XXXIIII. S. 485 — 495).

nicht hindern. Vermöge dieser Erklärung der gedachten Regel wird sich ein jeder leicht von der Unrichtigkeit der Ausnahmen und Einschränkungen, welche einige von ihr machen, überzeugen können; sie verlieret ohnstreitig nichts von ihrer Allgemeinheit und ist jederzeit applicativ, so oft die, mehreren Individuen ertheileten gleichen Privilegien so geeigenschaftet sind, daß sie füglich neben einander ausgeübet werden können, ohne sich in ihrer Anwendung einander hinderlich zu seyn l).

Ist aber der Gebrauch des einen Privilegiums mit dem Gebrauche des andern unverträglich, und trit also unter mehreren Privilegien eine wirkliche Collision ein, so entstehet alsdann die Frage: **welches Privilegium ist in solchem Falle dem andern vorzuziehen?** Es ist bey Bestimmung dieser Frage zuvörderst darauf zu sehen, ob die collidirenden Privilegien zu einer und eben derselben Zeit verliehen worden, mithin von gleichem Alter sind, oder ob das eine Privilegium älter ist, als das andere. Im erstern Falle, wenn die Privilegien zu gleicher Zeit ertheilet worden sind, so hat der Regent bey der Verleihung entweder ausdrücklich bestimmet, wie es bey eintretender Collision mit der Ausübung gehalten, und welches vorgezogen werden soll, oder nicht. Wenn jenes ist, so gehet man nach der dem Willen des Regenten oder Gesetzgebers gemäßen Bestimmung; ist hingegen dieses, so müssen beyde Privilegien ruhen, und beyde Theile müssen sodann gegen einander nach dem gemeinen Recht beurtheilet werden; sie bedienen sich beyde in so fern ihres Privilegiums, daß sie sich zwar einander nicht, aber doch jeden andern von eben dem Rechte ausschließen m). Was aber den letztern Fall anbetrifft, wenn die collidirenden Privilegien nicht zu gleicher Zeit verliehen worden sind, so muß alsdann nach der richtigern Meinung das neuere Privilegium dem ältern nachstehen n). Nicht nur die Gesetze selbst setzen bey Collision gleicher Privilegien die Regel ganz unzweydeutig fest, daß der Vorzug der Zeit den Vorzug des Rechts bestimmen solle o), sondern

l) Der Umstand, ob die erwähnte Regel in der aus dem Werke des Ulpian ad edictum genommenen *L.* 11. *§.* 6. *D. de Minor.* und andern Gesetzstellen gegründet sey, oder nicht, ist in Absicht auf ihre Gültigkeit unbedeutend; denn wenn sie auch gleich nicht einer gesetzlichen Bestimmung, sondern der Erfindung der Rechtslehrer ihre Existenz verdanket, so wird es doch wohl niemandem einfallen, sie bloß deswegen für irrig zu halten.

m) *Hartleben Meditt. ad Pandect. Vol. I. Part. I. Specim. XIII. med.* 8. *reg.* 3. *p.* 263 *sq.*

n) S. meine Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, Band I. Betracht. VIIII. S. 110. ff. und die daselbst angeführten Rechtslehrer.

o) *Nou.* 81. *cap.* 1. *Cap.* 19. *X. de Praescript. Cap.* 54. *de Reg. iur. in* 6to.

sondern auch die gesunde Vernunft muß nothwendig jeden davon überzeugen, daß in solchem Falle das ältere Privilegium dem jüngern vorzuziehen sey. Die Verleihung des neuern Privilegiums gereichet hier augenscheinlich zum Nachtheile des ältern, gleichwohl darf aber die Ertheilung eines Privilegiums nie einem Dritten nachtheilig seyn p), und muß beständig mit der stillschweigenden Clausel: dem Rechte eines Dritten unbeschadet, verstanden werden q). Hat aber der Regent das Privilegium auf eine widerrufliche Art verliehen, und sich den Widerruf vorbehalten, welches gemeiniglich durch die Clauseln: bis auf Widerruf, auf Wohlgefallen, bis auf weitere Verfügung, oder der uns, unsern Erben und Nachkommen zustehenden Macht zu mindern oder gar aufzuheben, vorbehältlich, angezeigt wird, so leidet die Regel, daß das jüngere Privilegium dem älteren weichen müsse, eine Ausnahme, weil das Privilegium in solchem Falle die Natur eines Precariums annimt.

Die gedachte Regel: *priuilegiatus contra aeque priuilegiatum iure suo non vtitur*, ist auch auf die **besondern Rechte** (*iura singularia*) anzuwenden, und will hier so viel sagen: wenn jemandem ein besonderes Recht zuständig ist, so kann und darf er den andern, der ein gleiches besonderes Recht hat, in der rechtmäßigen Ausübung desselben nicht hindern. Auch hier verlieret die eben gedachte Regel nichts von ihrer Allgemeinheit, und ist jederzeit anwendbar, wenn die besondern Rechte von der Beschaffenheit sind, daß sie sich in ihrer Adplication einander nicht im Wege stehen, weil nur ein Theil in einer solchen Situation sich befindet, welche ihm die Ausübung seines besondern Rechts möglich macht. Derjenige, welcher ein besonderes Recht hat, ist das besondere Recht des andern wider sich zu erkennen verbunden, wie fern das besondere Recht, welches ihm zustehet, nicht dadurch geschmälert wird. So kann also z. B. ein Minderjähriger, welcher mit einem andern Minderjährigen unter Zuziehung beyderseitiger Curatoren einen Vertrag abgeschlossen hat, und durch den Vertrag verletzt worden ist, sich wider diesen allerdings des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit völligem Rechtsbestande bedienen; denn indem dieser nicht verletzt worden ist, so leidet auch das ihm in ähnlichen Fällen zustehende besondere Recht nicht unter der Ausübung des besondern Rechts, welches jenem zuständig ist. Wenn aber die Ausübung des

p) *L.* 4. *C. de Emancip.*

q) *L.* 7. *C. de Prec. inp. offerend.* Es dissentiren indessen viele Rechtslehrer; ich habe aber bereits in meinen Meditationen a. a. O. die verschiedenen Meinungen derselben vorgetragen und so umständlich untersuchet, daß ich hier der Kürze wegen den Leser auf selbige mit Recht verweisen zu können erachte.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0123
DFG

einen besondern Rechts mit der Ausübung des andern unverträglich ist, und also unter mehreren besondern Rechten eine wirkliche Collision eintrit r), so hat man zuvörderst sein Augenmerk darauf zu richten, ob die collidirenden Rechte von gleicher oder von verschiedener Gattung sind. In dem erstern Falle, wenn nämlich besondere Rechte von einer und eben derselben Art collidiren, von welchen die Gesetze das eine nicht mehr als das andere favorisiren, so ist weiter darauf zu sehen, ob das eine älter ist, als das andere, oder ob sie beyde von gleichem Alter sind; mit andern Worten, ob das besondere Recht des einen Theils eher entstanden ist, als das besondere Recht des andern Theils, oder ob die besondern Rechte beyder Theile zugleich zu der nämlichen Zeit, durch die nämliche Handlung zur Möglichkeit ihrer Ausübung sich qualificirt haben. Wenn jenes ist, so ist das ältere besondere Recht des einen Theils dem jüngern besondern Rechte des andern Theils vermöge der ausdrücklichen Vorschrift der *Nou. 91. cap. 1.* vorzuziehen; der Vorzug der Zeit bestimmet in diesem Falle auch den Vorzug des Rechts; ist hingegen dieses, so ist, da überhaupt der Beklagte in Collisionsfällen mehr begünstiget wird als der Kläger s), der Richter verbunden, für den Beklagten zu sprechen und dem besondern Rechte desselben den Vorzug zu ertheilen t). Was nun aber den zweyten Fall anbetrifft, wo die collidirenden Rechte von verschiedener Art sind, so muß man, ohne auf die Verschiedenheit ihres Alters Rücksicht zu nehmen, das stärkere dem schwächern vorziehen. Dasjenige ist für stärker zu achten, welches die Gesetze mehr favorisiren. Hievon findet man in den Gesetzen verschiedene Beyspiele. So kann z. B. die Einrede des macedonianischen Rathschlusses einem Minderjährigen nicht entgegen gesetzt werden, wenn er einem majorennen Haussohne Geld in Anlehn gegeben hat, welches von diesem durchgebracht worden ist v). Die Gesetze begünstigen also das dem Minderjährigen zuständige Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mehr als das macedonianische Senatusconsult, und jenes ist also für die stärkere Rechtswohlthat zu halten. Wenn ein besonderes Recht nach dem Beyspiel eines andern eingeführet worden ist, so hat die eigene Rechtswohlthat den Vorzug.

Kommt

r) Eine solche Collision der besondern Rechte ist natürlicher Weise sodann vorhanden, wenn beyde Theile in einer solchen Situation sind, wodurch ihnen die Ausübung ihrer gegenseitigen besondern Rechte, welche nicht, ohne einander zu nahe zu treten, geschehen kann, möglich wird.

s) *L. 125. D. de Reg. iur.*

t) *L. 11. §. 6 et L. 34. pr. D. de Minor. cf. a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. I. Specim. LXI. med. 8. p. 668. Hartleben Meditt. ad Pandect. l. l. reg. 6. p. 267.*

v) *L. 11. §. 7. D. de Minor. L. 3. §. 2. D. de SCto Macedon.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0124
DFG

Kommt demnach z. B. ein Minderjähriger mit einer Kirche in Collision, so gehet das Recht des Minderjährigen dem Rechte der Kirche vor x).

§. 106.

Bisher war die Rede von der Natur, den verschiedenen Gattungen und Wirkungen der Privilegien; jetzt wird nun noch von den Ursachen, weswegen Privilegien aufhören, zu handeln seyn. Der Grund von dem Verlust ertheilter Privilegien ist, wie von Quistorp y) richtig bemerket, entweder in der Beschaffenheit des Privilegiums selbst, oder in dem Gesetzgeber, oder auch in der privilegirten Person selbst anzutreffen. Mehrere Arten der Aufhebung lassen sich nicht denken.

Anlangend den ersten Grund, welcher in der Natur der Privilegien selbst angetroffen wird, so gehöret nun dahin, wenn das Privilegium nur auf eine gewisse Zeit verliehen worden ist; in diesem Falle höret es mit dem Ablaufe der bey der Verleihung festgesetzten Zeit von selbst auf. Ist hingegen bey der Ertheilung eines Privilegiums keine gewisse Zeit, wie lange es dauern soll, bestimmet worden, so ist es entweder einer oder mehreren Personen verliehen worden, oder es ist auch mit der Sache verbunden, die man im Besitz hat. In jenem Falle ist weiter darauf zu sehen, ob das Privilegium einzelnen Personen, oder ganzen Gesellschaften, die zusammen nur eine moralische Person ausmachen, ertheilet worden ist. Wenn das Privilegium nur einzelnen Personen verliehen worden ist, so gehet es vermöge der Verleihung entweder bloß auf die Person, der es ertheilet worden, oder auch zugleich auf die Familie derselben. Ist jenes, so höret das Privilegium auf, so bald diejenige Person, die es erworben hat, entweder stirbt oder in sittlicher und bürgerlicher Bedeutung als todt anzusehen ist. Ist aber dieses, so erreichet das Privilegium seine Endschaft, wenn die in gerader Linie von dem Privilegirten abstammenden Personen alle verstorben sind z). Ein Privilegium, welches vielen,

x) *Cap. 1. X. de In integr. restitut. Boehmer Jus eccles. protest. Tom. I. Lib. I. tit. XXXXI. §. 2. p. 949. ed. nouiss.*

y) von Quistorp kleinere juristische Schriften, Abhandl. IIII. S. 99. ff.

z) Hat der Regent bey der Verleihung eines Privilegiums sich des Worts Nachkommen bedienet, so wird solches gewöhnlich in der eingeschränkten Bedeutung genommen, und lediglich nur von Kindern verstanden; andern Verwandten des Erwerbers kann also das Privilegium nicht zu statten kommen. Und selbst das Wort Kinder ist in solchem Falle nach der Natur der Privilegien in seiner eigentlichen Bedeutung zu nehmen, und nur von den Descendenten des erstern Grades zu verstehen. Treten demnach nicht besondere Umstände ein, welche einen andern Willen des Regenten zu erkennen geben, so ist

die zusammen eine moralische Person ausmachen, ertheilet worden, kann nur dann wegfallen, wenn die ganze Gesellschaft ihre Existenz verliert, und muß daher auch einer einzigen von der Gesellschaft noch übrig gebliebenen Person zu statten kommen, wenn sie Gebrauch davon machen kann. Wenn aber ein Privilegium mit der Sache verbunden ist, so gehet es auf jeden Besitzer, und kann also nur mit dem völligen Untergange der Sache aufhören. Mit der Wiederherstellung der zerstöhrten Sache aber reviviscirt das Privilegium. Sind Privilegien mit einem gewissen Zustande oder mit einer gewissen Würde verbunden, so erreichen sie mit dem Verluste des Zustandes oder der Würde ihre Endschaft.

§. 107. 108.

Die Ursache, weswegen Privilegien aufhören, kann auch in dem Landesherrn liegen, indem er sie widerrufet. Die Rechtslehrer streiten darüber, ob und in wie fern der Regent überhaupt Privilegien zu revociren befugt sey. Daß die Meinung der Rechtsgelehrten a), welche behaupten, daß dem Regenten in dieser Hinsicht ein durchaus freyes und unumschränktes Befugniß zuständig sey, völlig ungegründet sey, davon kann man sich in der That leicht überzeugen, wenn man nur die Natur der Privilegien mit einiger Aufmerksamkeit betrachtet. Ohnstreitig konnten diese Rechtslehrer einen solchen Grundsatz nicht aufstellen, ohne zu vergessen, daß bey der Adquisition eines Privilegiums ein Vertrag zwischen dem Ertheiler und Erwerber zum Grunde liegt; denn daß der Landesherr befugt seyn sollte, einseitig von Verträgen wieder abzugehen, wird doch wohl kein Vernünftiger sich einfallen lassen. Eben so irrig ist aber auch ohne Zweifel die Meinung anderer b), die zwar zugeben, daß der Regent nicht berechtiget sey, solche Privilegien ohne Unterschied zu widerrufen, welche auf einem Vertrage beruhen, wodurch sich der Privilegirte verbindlich gemacht hat, dagegen etwas wieder zu leisten, gleichwohl aber ihm dieses Recht wenigstens sodann zugestanden wissen wollen, wenn von solchen Privilegien, die lediglich in der Gnade des Regenten ihren Grund haben, die Frage seyn sollte. Denn

ist anzunehmen, daß derselbe unter dem Namen der Kinder keinesweges auf die Kindeskinder oder wohl gar auf andere noch entferntere Descendenten das Privilegium habe erstrecken wollen. von Quistorp a. a. O. S. 117. Glück Erläuterung der Pandecten, Th. I. §. 100. S. 554. ff.

a) *Gadendam Diss. de priuilegii conuentionalis irreuocabilitate.* (Heidelb. 1760.) *Bastineller de priuilegiorum collisione, §. 8. Loehlein Pr. priuilegia titulo oneroso etiam extraneo quaesita reuocari posse*, (Wirceb. 1756.) §. 6.

b) *Voet Com. ad Pandect. Lib. I. tit. IIII. §. 21.* von Quistorp kleinere juristische Schriften, Abhandl. IIII. S. 102. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0126
DFG

Denn auch diese ruhen, wegen des dabey vorkommenden Versprechens und der darauf erfolgten Acceptation, auf einem Vertrage, mittelst dessen dem Ertheiler die vollkommene Verbindlichkeit auferlegt wird, nichts zu unternehmen, wodurch die dem Privilegirten einmal ertheileten Rechte leiden. Wie könnte man also wohl annehmen, daß der Landesherr das Recht habe, ein sogenanntes graziöses Privilegium nach seinem Gutdünken zu widerrufen. Zwar suchet Hartleben c) diese unrichtige Meinung durch die Behauptung zu rechtfertigen, man müsse im Zweifel vermuthen, daß ein graziöses Privilegium nach Art eines Precariums ertheilet worden sey; allein die Hypothese dieses Rechtsgelehrten wird durch die tägliche Erfahrung genugsam widerlegt, und ist auch dem Wesen und der Natur eines Precariums ganz zuwider, weil es eine ausdrückliche Vorbehaltung der willkührlichen Zurückforderung verlanget, und sich gar nicht denken lässet, wo eine solche Vorbehaltung nicht vorkommt d). Will man beurtheilen, ob der Regent ein Privilegium widerrufen könne, so muß man vor allen Dingen darauf sehen, ob er das Privilegium auf eine widerrufliche Art verliehen hat, oder nicht. Im erstern Falle, wenn sich der Regent den Widerruf vorbehalten hat, nimt das Privilegium die Natur eines Precariums an, und kann demnach zu aller Zeit nach dem Wohlgefallen des Ertheilers revocirt werden. Hingegen im letztern Falle, wenn das Privilegium nicht auf eine widerrufliche Art ertheilet worden, so ist auch der Regent keinesweges befugt, dasselbe zu widerrufen, wenn nicht entweder allgemeine Ursachen vorhanden sind, welche überhaupt die Gültigkeit aller und jeder Verträge destruiren, oder solche Umstände eintreten, aus denen man deutlich siehet, daß das Privilegium durch falsche Vorstellungen erschlichen sey. Wenn also z. B. die Bedingung nicht erfüllet wird, unter welcher das Privilegium verliehen worden ist, oder wenn das Privilegium mit dem Besten des Staats streitet, so kann es der Landesherr allerdings widerrufen, und zwar ohne Unterschied, ob es durch einen lucrativen oder beschwerlichen Titel erworben ist e). Nur muß in solchem Falle derjenige, welcher das Privilegium durch einen beschwerlichen Titel adquirirt hat, ohne Rücksicht auf den entgangenen Gewinn eine angemessene Entschädigung erhalten f). Nur unter diesen Voraussetzungen kann man dem Landesherrn das Recht, Privilegien zu widerrufen, zuge-

c) *Hartleben Meditt. ad Pandect. Vol. I. Part. I. Specim. XIII. med. 6. p. 258.*

d) S. meine Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, Band I. Betracht. VIII. S. 120. f.

e) *Hommel Rhapsod. quaestt. in foro quotid. obuenientt. Vol. III. obs. CCCCLXVII. p. 104. sqq. a Wernher Obseruu. forr. Tom. II. Part. X. obs. CCCLXXVII.*

f) *Madihn Principp. iur. rom. Part. I. §. 16. p. 21. Gaertner Meditt. practt. sec. ordin. Pandect. Specim. I. med. XXXVI. p. 61.* Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. II. §. 106. S. 160.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0127
DFG

zugestehen; und eben so wenig ist auch in der Regel der Nachfolger in der Regierung die von seinem Vorfahr verliehenen Privilegien zu revociren berechtiget, wie fern sie den Staat selbst verbinden g).

§. 109. 110.

Es kann auch der Grund von dem Verluste des ertheilten Privilegiums in dem Privilegirten selbst anzutreffen seyn. Hieher gehöret, α) wenn sich der Erwerber einen vorsätzlichen Mißbrauch des Privilegiums zu Schulden kommen lässet. Inzwischen kann ein genugsam bewiesener Mißbrauch des Privilegiums den Verlust desselben nur dann nach sich ziehen, wenn er zum größten Nachtheile des Staats mit völliger Ueberlegung und vermöge eines hohen Grades von Vorsatz ergangener Warnungen und Befehle ohngeachtet verschiedentlich wiederholet worden ist h). Uebrigens kann in solchem Falle auf die Strafe des Verlusts erkannt werden, ohne weiter zu unterscheiden, ob das Privilegium lediglich in der Gnade des Regenten seinen Grund hat, oder auf einem Vertrage beruhet, wodurch sich der Erwerber verbindlich gemacht hat, dagegen etwas wieder zu leisten. β) Das Privilegium kann auch dadurch seine Endschaft erreichen, daß der Privilegirte sich entweder **ausdrücklich** oder **stillschweigend** desselben begiebt. Verändert daher z. B. jemand sein Domicilium und begiebt sich an einen Ort, wo er vermöge der besondern Natur und Beschaffenheit seines Privilegiums solches auszuüben außer Stande ist, so lässet sich daraus eine stillschweigende Begebung des Privilegiums vermuthen, es wäre dann, daß nach besonderen Umständen und Verträgen das Gegentheil anzunehmen wäre, oder der Privilegirte seine Gerechtsame mit dem Befugniß erhalten hätte, sein Privilegium auf den Fall, wo er sich desselben nicht weiter bedienen wollte, an einen andern zu überlassen i). Es ist auch ferner eine stillschweigende Renunciation des Privilegiums daher anzunehmen, wenn man sich desselben überall nicht bedienet hat, da es doch hiezu nicht an Gelegenheit fehlte, vorausgesetzt, daß der gesetzlich bestimmte Zeitraum verflossen sey, der zur Vernichtung des Privilegiums durch den Nichtgebrauch erforderlich ist. **Negative** Privilegien, welche dem Privilegirten etwas wider das gemeine Recht zu unterlassen verstatten, und wodurch also derselbe eine Befreyung von gewissen Verbindlichkeiten erhält, können durch den Nichtgebrauch nur sodann ihre Endschaft erreichen, wenn die allgemeinen Erfordernisse einer

g) von Zwierlein Nebenstunden, Th. I. Abhandl. III. §. 3. S. 66. Glück Erläuterung der Pandecten, Th. II. S. 33. f.

h) von Quistorp kleinere juristische Schriften, Abhandl. IIII. S. 123. *Püttmann Aduersarr. iur. vn. Lib. I. cap. XII. p.* 201.

i) Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. II. §. 108. S. 165. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0128
DFG

ner extinctiven Verjährung vorhanden sind k). Was die **adfirmativen** Privilegien anbetrifft, welche dem Erwerber etwas wider das gemeine Recht zu thun verstatten, und ihm solchergestalt eine gewisse besondere Gerechtsame ertheilen, so können diese zwar durch den bloßen Nichtgebrauch aufhören, indessen ist nicht nur erforderlich, daß der Privilegirte Gelegenheit gehabt, sich seines Privilegiums zu bedienen, und an der Ausübung durch nichts behindert worden ist, sondern es muß auch der Nichtgebrauch die gesetzliche Zeit hindurch gedauert haben. Und da nach der ausdrücklichen Verordnung der *L. 3. C. de Praescript. XXX. vel XXXX. annor.* Rechte und Ansprüche binnen dreyßig Jahren verjähret werden, so ist auch hier bey der Präscription der adfirmativen Privilegien ein solcher Zeitraum anzunehmen l). Es dissentiren zwar viele angesehene Rechtslehrer m), und behaupten, daß schon ein zehenjähriger Nichtgebrauch zur Erlöschung eines adfirmativen Privilegiums genügen müsse; allein ohne hinlänglichen Grund. Denn die *L. 1. D. de Nund.* n), auf welche sie sich zur Bestärkung ihrer Meinung berufen, enthält lediglich, daß das ertheilte Privilegium, Markt halten zu dürfen, durch einen Nichtgebrauch von zehen Jahren aufhören solle. Diese Gesetzstelle lässet sich aus dem Grunde nicht füglich auf alle Privilegien ausdehnen, weil sie sich lediglich auf die besondere Natur und Beschaffenheit des über Jahrmärkte verliehenen Privilegiums beziehet, und folglich ihre Raison bey andern Privilegien cessirt. Denn mit diesem gedachten Privilegium hat es die eigene Bewandniß, daß es der Kaufmannschaft des Orts, wo es ausgeübet wird, zum Nachtheile gereichet und solchergestalt das Ansehen einer Dienstbarkeit hat, indem durch selbiges ein Fremder das ius commerciorum gewinnet, welches ihm an sich keinesweges zukommt.

LIB.

k) *Cap. 6. et Cap. 15. X. de Priuileg.*

l) *Reinharth Selectt. obseruu. ad Christinaei decisS. Vol. III. obs. XXVIII. p. 42. sqq. Raue Princip. vn. doctr. de praescript. §. 156. p. 264. sq. ed. nouiss.* Struben rechtliche Bedenken, Th. V. Bed. LXXV. S. 159. f. *a Leyser Medit. ad Pandect. Vol. I. Specim. XI. coroll. 2. p. 123.* Glück Erläuterung der Pandecten, Th II. §. 110. S. 46. f.

m) *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Lib. I. tit. IIII. §. 52. p. 78. ed. nouiss. a Pufendorf Obseruu. iur. vn. Tom. III. obs. CLXXXVIII. §. 42. p. 519. sq. Müller Obseruu practt. ad Leyseri medit. ad Pandect. Tom. I. fasc. I. obs. LVII. p. 209. sqq.* von Quistorp Kleinere juristische Schriften, Abhandl. IIII. S. 119. *Hartleben Medit. ad Pandect. Vol. I. Part. I. Specim. XIII. med. 5. p. 253. sqq.*

n) Nundinis inpetratis a principe, non vtendo, qui meruit, *decennii* tempore vsum amittit.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0129
DFG

LIB. I. TIT. V.

DE STATV HOMINVM.

§. 111.

Die römischen Juristen nehmen **drey** Rechtsgegenstände (obiecta iuris) an, nämlich **Personen**, **Sachen** und **Klagen**. Justinian sagt selbst in der §. *vlt. J. de Jur. nat. gent. et ciu.* ausdrücklich: omne autem ius quo vtimur, vel ad *personas* pertinet, vel ad *res*, vel ad *actiones* o). Hier wird nun zuvörderst vom **Personenrechte** gehandelt, welches ein Inbegrif derjenigen Rechte und Verbindlichkeiten ist, die sich eigentlich und hauptsächlich auf Personen beziehen, und von welchen der Grund in ihrem Zustande angetroffen wird. Die Qualität, um derentwillen einem Menschen besondere Rechte und Verbindlichkeiten in der bürgerlichen Gesellschaft zukommen, heißt **menschlicher Zustand** (*status hominis*).

§. 112.

Der menschliche Zustand wird entweder bloß durch die physische Beschaffenheit eines Menschen begründet, oder durch besondere äussere Verhältnisse, in welchen der Mensch sich befindet. Im erstern Falle heißt er der **natürliche Zustand** (*status naturalis*); im zweyten Falle der **bürgerliche Zustand** (*status ciuilis s. adventitius*). So gehöret z. B. Minderjährigkeit, Krankheit, Blödsinn, männliches oder weibliches Geschlecht zum natürlichen Zustande; denn diese Eigenschaften sind physisch und liegen in dem Menschen. Hingegen daß ich ein Bürger, ein Fremder, ein freyer Mensch, ein pater familias, ein filius familias bin, sind lediglich besondere äussere Verhältnisse und Eigenschaften, und gehören folglich zum bürgerlichen Zustande. Die römischen Juristen verstehen unter dem bürgerlichen Zustande fast immer nur dasjenige Verhältniß, welches eine Verschiedenheit des **gemeinen Rechts** (*iuris communis*) erzeugt. Sie reden daher nur von drey Civilzustän-

o) *cf. L. 1. D. de Stat. homin.* Verschiedene Rechtslehrer (*Nettelbladt Systema iurisprud. posit. germanor. commun. general. §. 11. p. 13. sq.* Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. II. §. 111. S. 176.) verwerfen die römische Theorie und wollen nur zwey Rechtsgegenstände, Personen und Sachen, statuiren; allein die ganze Sache läuft, wie andere mit Grunde bemerken, auf einen unnützen Wortstreit hinaus. *Huber Digress. Justiniann. Lib. IIII. cap. I. p. 255.* Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 60. S. 73.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0130
DFG

vilzuständen, weil nur diese drey eine Verschiedenheit in den gemeinen Rechten nach sich ziehen, und theilen demnach den bürgerlichen Zustand ein in den **Zustand der Freyheit** (*status libertatis*), den **Zustand des Bürgerrechts** (*status ciuitatis*), und den **Zustand der Familie** (*status familiae*). Der Freye hat andere gemeine Rechte als der Sclave; denn diesem stehen gar keine bürgerlichen Rechte im Staate zu; der Bürger hat andere gemeine Rechte als der Fremde; der filius familias andere als der pater familias. Es existiren aber außerdem viele andere Verhältnisse, welche eine Verschiedenheit der **besondern** Rechte (iurium *particularium*) begründen, die man füglich auch status ciuiles nennen kann, und die auch bisweilen selbst von den römischen Rechtsgelehrten mit dem Ausdruck status bezeichnet werden p).

§. 113.

Man nimt das Wort **Person** (*persona*) in einer mehrfachen **Bedeutung**. α) Im weitläuftigen Verstande zeigt es ein jedes vernünftiges und denkendes Wesen an q). β) In der engern Bedeutung wird dieses Prädicat nur einem solchen menschlichen Individuum zugeeignet, das als ein Subject von Rechten und Verbindlichkeiten in der bürgerlichen Societät angesehen werden kann. In der engsten Bedeutung wird das Wort Person für einen mit einer gewissen Eigenschaft versehenen Menschen genommen, in Beziehung auf welche er besondere Rechte und Verbindlichkeiten in der bürgerlichen Gesellschaft hat. So nannten die Römer nur denjenigen eine Person, der einen bürgerlichen Zustand, der Rechte im römischen Staate hatte. Der bürgerliche Zustand selbst hieß *caput*, und es bezeichnete also dieser Ausdruck den Zustand der Freyheit, des Bürgerrechts und des Familienrechts. Mensch und Person differiren demnach wie Geschlecht und Gattung; jede Person ist ein Mensch, nicht aber jeder Mensch eine Person. Die Sclaven ließ der römische Jurist nicht für Personen gelten. Denn sie hatten so wenig einen bürgerlichen Zustand, als irgend Rechte im römischen Staate, und wurden daher als Sachen angesehen.

Es können sich bey einem Menschen mehrere Eigenschaften befinden, von welchen eine jede besondere Rechte und Verbindlichkeiten mit sich führet, und in solchem Falle sagt man von ihm: **er stellet mehrere Personen vor** (*vnus homo plures personas sustinet* r). Der Kayser stellet z. B. eine andere Person als Kayser, eine

p) *L.* 5. §. 2. *D. de Extraord. cognit.*

q) *L.* 1. §. 1. *D. de Legat. praest.* *L.* 22. *pr. D. de Reg. iur.* *L.* 15. *C. de Sacrosanct. eccles.*

r) *Hert Diss. de vno homine plures sustinente personas*, (*in Eiusdem opusc. Vol. I. Tom. III. p.* 41. *sqq.*)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0131
DFG

andere als Erzherzog von Oesterreich vor. Stellet ein Mensch mehrere Personen vor, so findet in Ansehung desselben das nämliche statt, was sonst von mehreren Personen gilt, wenn von diesen jeder eine solcher Eigenschaften besonders besitzt s). Auch ist bey seinen Handlungen immer darauf Rücksicht zu nehmen, in welcher Person er handelt, und was er in einer Person thut, kann ihm in Hinsicht auf die andere nicht nachtheilig seyn t). Und gleichwie er bey seinen Handlungen immer im Zweifel als in der vorzüglichern Person handelnd angesehen wird v), so hat er auch das Recht, wenn er handelt, zu bestimmen, in welcher Person er betrachtet seyn will, wie fern dies niemandem zum Nachtheile gereichet x). Endlich kann er solche bürgerliche Rechtshandlungen, deren Verrichtung sonst zwey verschiedene Personen erfordert, für sich selbst der Regel nach verrichten, wenn beyde Personen in ihm vereiniget sind y).

Die Persönlichkeit eines Menschen hängt von seinem Zustande und folglich von seinen Rechten ab. Daher siehet man bisweilen mehrere Menschen, weil sie einerley Rechte, einerley Zustand haben, als eine Person an, und nennt sie eine **moralische Person.** Eine solche moralische Person bestehet also aus mehreren physischen Personen. So ist z. B. eine Dorfgemeinde eine moralische Person, weil alle einzelne Gemeindeglieder als solche einerley Rechte haben. Hierauf beziehet sich der Satz: **mehrere Menschen können als eine Person angesehen werden** (*plures homines pro vna persona haberi possunt*).

§. 114.

Als Hauptgattungen des natürlichen Zustandes, auf welche sich auch alle andere, die man sonst noch anzugeben pflegt, füglich zurückführen lassen, sind anzusehen

s) *Gail Obseruu. Lib. I. obs. XXXXIIII. n.* 8.

t) *§.* 4. *J. de Inoff. testam.* Si tutor *nomine pupilli*, cuius tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum adceperit, quum nihil erat ipsi tutori relictum a patre suo: nihilominus poterit *nomine suo* de inofficioso patris testamento agere. *cf. Hommel Rhapsod. quaestt. in foro quotid. obuenientt. Vol. II. obs. CCLXXXII. p.* 103. *sqq.*

v) *Gail l. l. obs. XXX. n.* 22. *Nettelbladt Syst. iurisprud. posit. germ. commun. general. §.* 16. *p.* 15. *sq.*

x) Dabelow System der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, Th. I. §. 4. S. 12.

y) *L.* 3. *D. de Adopt. et emancip.* Si consul vel praeses filius familias sit; posse eum apud semet ipsum vel emancipari, vel in adoptionem dari, constat.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0132
DFG

sehen der status 1) natiuitatis, 2) humanitatis, 3) integritatis, 4) sexus, 5) aetatis. Von einer jeden dieser verschiedenen Arten des natürlichen Zustandes der Menschen wird nun insbesondere einzeln zu handeln seyn.

In Beziehung auf den status natiuitatis werden die Menschen in **gebohrne** (*nati*) und **noch nicht gebohrne** (*nascituri*) oder **Embryonen** eingetheilet, je nachdem sie entweder von der Mutter gänzlich abgesondert sind, oder nicht z). Bey den ältern Römern wurden die Embryonen nicht für Menschen geachtet, sondern als ein Theil der mütterlichen Eingeweide angesehen a), weil die Stoiker und mit ihnen die Rechtsgelehrten den Grundsatz hatten, daß sie erst bey der Geburt die Seele aus der Luft schöpften b). Sahe man nun gleich in Gemäßheit dieses unnatürlichen Grundsatzes die Abtreibung der Leibesfrucht keinesweges als ein Verbrechen an c), so suchte man gleichwohl die Vernichtung derselben zu verhüten, um dem Staate den in Zukunft dadurch zu erhaltenden Zuwachs zu conserviren d). Daher soll eine schwangere Person nicht beerdiget werden, bevor sie geöffnet, und die Leibesfrucht von ihr genommen worden ist e); die Vollziehung der Todesstrafe muß

z) In den Gesetzen werden den Embryonen verschiedene Namen beygelegt, als: 1) venter, *L.* 84. *pr. D. de Adquir. vel amitt. hered. L.* 7. *D. de Ventre in possess. mitt. L. vlt. C. de Instit. et substit.* 2) portio mulieris et viscerum, *L.* 1. *§.* 1. *D. de Ventre inspic.* 3) spes animalis, *L.* 2. *D. de Mort. infer.* 4) animal nondum editum, *L.* 12. *§.* 1. *D. de Liber. et posthum. hered. instit.* Bisweilen wird ein nascituru auch 5) partus genannt, wiewohl dieses Wort eigentlich eine von der Mutter bereits abgesonderte Leibesfrucht bezeichnet. *cf. Brissonius de verbor. signif. s. v.* partus.

a) *L.* 9. *§.* 1. *D. Ad Leg. Falcid.* Circa ventrem ancillae nulla temporis admissa distinctio est; nec inmerito, *quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur.*

b) *de Amaya Obseruu. iur. Lib. III. cap. I. §.* 2. *van Idsinga Varior. iur. ciuil. cap. XIIII. Merillius Obseruu. Lib. I. cap. XVI. Walch Nott. ad Eckhardi hermen. iur. Lib. I. cap. IIII. §.* 137. *p.* 227. *sqq.*

c) Zwar wurde unter den Kayserн die Strafe des Exiliums auf die Abtreibung der Leibesfrucht gesetzt, allein eben nicht deswegen, weil man sie für ein Verbrechen hielt, sondern nur aus dem Grunde, weil man sich einbildete, daß dem Manne eine Beleidigung dadurch zugefüget werde. Denn so sagt Marcian in der *L.* 4. *D. de Extraord. crim.* ausdrücklich: Diuus Seuerus et Antoninus rescripserunt, eam, quae data opera abegit, a praeside in temporale exilium dandam: *iniquum enim videri potest, inpune eam maritum liberis fraudasse.*

d) *L.* 14. *C. de Fideic. libert. L.* 1. *§.* 15. *D. de Ventre in possess. mitt.*

e) *L.* 2. *D. de Mort. infer.*

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0133 DFG

bey ihr bis zur geschehenen Entbindung ausgesetzt bleiben f), und sie darf auch so wenig gefoltert als mit der Territion geschreckt werden g). Insbesondere haben Embryonen gewissermaßen die Rechte gebohrner Menschen; sie werden vermöge einer Fiction für schon gebohren gehalten, so oft es auf ihren Vortheil, nicht aber, wenn es auf den Vortheil eines Dritten ankommt h). Sie müssen vermöge dieses Grundsatzes zu Erben eingesetzt werden, wenn das väterliche Testament rechtsbeständig seyn soll i), und die Gesetze selbst erkennen ihnen den Besitz der väterlichen Güter und die Einweisung in selbige durch die Obrigkeit zu k). Der Vater kann dergleichen ungebohrnen Kindern in seinem Testamente einen Vormund bestellen l), ja er hat das Recht ihnen, weil sie vermöge einer Rechtsfiction angesehen werden, als ob sie schon gebohren und in des Testirers Gewalt wären, pupillarisch zu substituiren m); anderer mehrerer Rechte zu geschweigen, die auf das gedachte Princip bezogen werden müssen.

Soll indessen ein Embryo fähig seyn, solche menschliche Rechte, welche die Gesetze noch vor seiner Geburt ihm zueignen, zu erwerben und auf andere zu transmittiren, so ist erforderlich, α) daß er nicht nur zu rechter Zeit n), sondern auch β) vollkommen und lebendig gebohren werde o), und γ) eine menschliche Gestalt habe. Eine Geburt, die keinen menschlichen Körper hat, heißt eine **Mißgeburt** (*mon-*

f) *L.* 18. *D. de Statu hom. cf. a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. I. Specim. XIIII. med.* 1. *p.* 141. *sq.*

g) *L.* 3. *D. de Poen.* Ueberhaupt können auch solche Strafen, die zwar nicht zur Classe der wirklichen Leibesstrafen gehören, gleichwohl aber für die Leibesfrucht gefährlich seyn können, an einer schwangern Person nicht vollzogen werden; selbst den Reinigungseyd, der auf eine solemne Art vor dem Gerichte abgeleistet werden muß, mag ihr der Richter nicht abnehmen. *Müller Obseruu. practt. ad Leyseri meditt. ad Pandect. Tom. I. fasc. I. obs. LXXI. p.* 266. *sqq.*

h) *L.* 7. *D. de Statu hom.* Qui in vtero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, *quoties de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit. Mallinkrot Disp. de statu nondum natorum, indeque dependentibus iuribus et obligationibus* (Giessae 1759.).

i) *L.* 1. *C. de Posthum. hered. instit. vel exhered. L.* 4. *C. de Liber. praeterit.*

k) *tot. tit. D. de Ventre in possess. mitt.*

l) *§.* 4. *J. de Tutel.*

m) §. 4. *J. de Pupillari substit.*

n) Mauchart über die Rechte des Menschen vor seiner Geburt, (Frkf. u. Leipz. 1782) §. 10.

o) *L.* 2. *et L.* 3. *C. de Posthum. hered. instit.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0134
DFG

(*monstrum*, *prodigium*), und hat die Rechte der Menschen nicht p). Ob der Körper menschlich sey, ist aus dem Kopfe zu beurtheilen; wenn dieser nur menschlich ist, so macht Mißgestalt der übrigen Glieder die Geburt nicht zum Monstrum; ist er aber nicht menschlich, so ist auch die Leibesfrucht nach den Gesetzen nicht als Mensch zu betrachten, wenn auch alle übrigen Glieder menschliche Gestalt haben q). Von den monstris sind die **fehlerhaften Geburten** (*ostenta s. portenta*) verschieden, welche in der *L. 38. D. de Verb. signif.* so characterisirt werden: Ostentum Labeo definit, omne contra naturam cuiusque rei genitum factumque. Duo genera autem sunt ostentorum, vnum quoties quid contra naturam nascitur, tribus manibus forte aut pedibus, aut qua alia parte corporis, quae naturae contraria est: alterum quum quid prodigiosum videtur, quae graeci φαντάσματα, id est, *visiones* vocant. Als ein ostentum ist demnach nicht nur diejenige mit einem menschlichen Kopfe versehene Geburt anzusehen, die mehrere oder wenigere Glieder hat, als dem Menschen gewöhnlich eigen sind, sondern auch eine solche, die auf irgend eine Weise mißgestaltet und am Körper fehlerhaft ist. Dergleichen fehlerhafte Geburten sind Menschen, und können folglich nicht nur Rechte erwerben, sondern auch auf andere transmittiren r).

§. 115.

Die gebohrnen Menschen können entweder **lebendig** oder **todt gebohren** seyn. Ein Kind wird ein todt gebohrnes alsdann genannt, wenn es noch vor der völligen Absonderung von der Mutter das Leben verlohren hat, es mag dies während der Geburt, oder schon vorher geschehen seyn. Solche Kinder sind so anzusehen, als wenn sie nie wären gebohren worden; es ist so gut, als wenn sie nie existirt hätten, und es

p) *L. 14. D. de Statu hom.* Non sunt liberi, qui contra formam humani generis conuerso more procreantur: veluti si mulier *monstrosum aliquid* aut *prodigiosum* enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia *ampliauit*, aliquatenus videtur effectus: et ideo inter liberos connumerabitur. *cf. Linck Diss. an monstra ex hominibus nata sint homines?* (Argentor. 1732.)

q) Die Vorschrift der Gesetze, daß eine Mißgeburt menschliche Rechte so wenig adquiriren, als auf andere transmittiren könne, gründet sich in der Lehre der alten Philosophen, welche annahmen, daß die Seele in dem Kopfe ihren Sitz habe, einer Lehre, die sich freylich nach richtigen physiologischen Gründen wohl eben nicht vertheidigen lassen dürfte. Daher bestreiten einige Rechtsgelehrte die heutige Anwendbarkeit dieser römischen Verordnungen. *Hartleben Medit. ad Pandect. Vol. I. Part. II. Specim. XVI. med. 2. p. 7. sq.*

r) *L. 14. D. de Statu hom.* Man sehe übrigens *Weber Diss. de iure monstrorum*, (Giessae 1712.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0135
DFG

es findet auch keine Beerbung derselben statt s). Soll aber ein Kind für ein lebendig gebohrnes gehalten werden können, so muß es 1) **völlig** und **ganz** gebohren seyn t); 2) nachdem es völlig von der Mutter abgesondert ist, **deutliche Lebenszeichen** von sich gegeben haben, und endlich 3) im Stande gewesen seyn, **das Leben fortzusetzen.** Den Streit der alten römischen Rechtsgelehrten über die Lebenszeichen, welche ein Kind von sich geben muß, um es für lebendig gebohren halten zu können, hat Justinian in der *L. 3. C. de Posthum. hered. instit.* entschieden. In Gemäßheit dieses Gesetzes ist ein Kind für lebendig zu achten, wenn es zwar nicht geschrieen, aber gleichwohl durch Bewegung des Körpers, der Arme und der Füße, oder auf irgend eine andere Art Zeichen des Lebens von sich gegeben hat v). Der heutigen Anwendung der eben angezogenen justinianeischen Verordnung stehet der in den deutschen Rechten des Mittelalters x) enthaltene Grundsatz: **daß das Kind die vier Wände des Hauses beschrieen haben muß,** keinesweges entgegen, denn es wird dadurch lediglich angezeigt, daß das Schreyen des Kindes das sicherste Kennzeichen des Lebens sey. Wenn übrigens Zweifel entstehen, ob ein Kind lebendig zur Welt gebohren worden ist, so wird alsdann, wenn die Geburt auf die gewöhnliche Art und zu einer Zeit geschehen ist, wo das Kind für lebensfähig anzunehmen ist, vermuthet, daß es lebendig zur Welt gekommen sey, und das, was von lebendig gebohrnen gilt, darauf angewendet y). Den todt gebohrnen Kindern sind die durchaus gleich zu achten, die zwar lebendig zur Welt gekommen sind, denen es aber an der Vitalität oder Lebensfähigkeit gebricht z). Unter Vita-

s) *L.* 129. *D. de Verb. signif.* Qui *mortui* nascuntur, neque *nati*, neque *procreati*, videntur: quia numquam *liberi* adpellari potuerunt.

t) Darauf kommt bey den Gebohrnen nichts an, ob sie auf die natürliche Art zur Welt gekommen sind, oder nicht. In der *L.* 141. *D. de Verb. signif.* heißt es: Etiam ea mulier, quum moreretur, creditur filiam habere, *quae exciso utero edere possit.* Also selbst auch Ausschnittlinge, über deren Geburt die Mutter gestorben ist, sind als Gebohrne zu betrachten; es werden ihnen in den Gesetzen die Rechte wirklich gebohrner Kinder beygelegt. *L.* 6. *pr. D. de Inoff. testam. L.* 12. *D. de Liber. et posthum. L.* 1. *§.* 5. *D. Ad sctum Tertull.*

v) *Walch Diss. de infante herede (in Eiusdem opuscc. Tom. II. p.* 138. *sqq).*

x) Sächsisches Lehnrecht, Art. 20. Sächsisches Landrecht, B. I. Art. 33. Alemannisches Lehnrecht, Cap. 14.

y) Ausnahmen finden in peinlichen Fällen statt. von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, Th. I. Abschn. VI. Cap. V. §. 270.

z) Zwar behauptet *Stryk de iure sensuum, Diss. I. §.* 4. in Beziehung auf die *L.* 12. *§.* 1. *D. de Liber. et posthum.* daß das Leben des Kindes nach der Geburt allein schon zur Erbfähigkeit genüge, wenn es gleich nicht lebensfähig gewesen seyn sollte; allein

Vitalität verstehet man den Umstand, wo eine Leibesfrucht in ihrer Ausbildung und Vervollkommnung so weit gediehen ist, daß bey ihr die Möglichkeit angetroffen wird, das Leben außer der Mutter fortzusetzen. Hiezu ist erforderlich, daß ein Kind sich ein halbes Jahr oder 182 Tage im Mutterleibe befunden und der Ausbildung genossen habe a). So wie daher ein Kind, das zu Anfange des siebenten Monats gebohren worden, für lebensfähig zu achten ist, so ist im Gegentheil jeder vor dem siebenten Monat gebohrne Fötus als eine unzeitige Geburt (abortus) zu betrachten, welche nicht erbfähig ist. Mit den nicht lebensfähigen Kindern dürfen indessen die **unreifen** Kinder nicht verwechselt werden, die, wenn sie nur lebendig zur Welt kommen, aller Rechte der reifen lebendig gebohrnen Kinder theilhaftig sind. Unreif ist jedes Kind, das vor der gewöhnlichen Geburtszeit zur Welt kommt. Selbst ein siebenmonatliches Kind ist unreif, weil die Geburt desselben zwey Monate früher erfolget ist, als sie gewöhnlich zu erfolgen pflegt; allein nichts destoweniger ist es lebensfähig. In Absicht auf die Erbfähigkeit eines lebensfähigen Kindes ist es gleichgültig, wie lange es nach der Geburt gelebt hat; es kann die Erbschaft auf seine Erben bringen, wenn es auch gleich, so bald es vom Mutterleibe abgesondert worden, in den Händen der Wehmutter gestorben seyn sollte b).

§. 116.

In Ansehung der Geburt können die Menschen in **legitim gebohrne** (*legitimi*) und **nicht legitim gebohrne** (*illegitimi*) eingetheilet werden. Legitim gebohrne werden alle die genannt, die aus einer rechtmäßigen wahren oder vermeintlichen Ehe entsprossen sind c) und dadurch sowohl von den illegitim gebohrnen überhaupt, als auch von einer eminentern Gattung derselben, den **legitimirten** (*legitimati*) unterschieden. Von den illegitim gebohrnen Kindern giebt es verschiedene Classen. Sie sind nämlich entweder aus einer Blutschande (*inceſtuoſi*), oder aus einem Ehebruche (*adulterini*), oder von einer Hure (*vulgo quae-*

lein es ist in diesem Gesetze nicht von einer unzeitigen, sondern von einer verstümmelten Leibesfrucht die Rede. Man sehe die angeführte fürtreffliche Schrift des berühmten Herrn geheim. Just. Rath Oelze *de partu viuo vitali et non vitali, praecipue ratione tranſmiſſionis hereditatis*, (Jenae 1769.)

a) *L.* 12. *D. de Statu hom.* *Septimo menſe* nasci perfectum partum iam receptum est, propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis. *L.* 3. *§.* 12. *D. de Suis et legit. hered.*

b) *de Cocceii Jus ciu. controu. Lib. I. tit. V. quaeſt.* 5. *p.* 85. *ed. nouiſſ.*

c) *§.* 12. *J. de Nupt. L.* 11. *D. de Statu hom.*

quaesiti): Hurkinder, oder von einer geschwächten unverläumdeten Weibsperson (*spurii in specie sic dicti*): Jungfernkinder, oder aus einem Concubinate (*naturales*): natürliche Kinder d). Als legitim gebohren sind also diejenigen Kinder anzusehen, welche in einer gültig geschlossenen Ehe empfangen, oder doch in derselben gebohren worden sind. Selbst die in einer vermeintlichen Ehe erzeugten Kinder sind legitim, und zwar aus dem natürlichen Grunde, weil eine solche Ehe, so lange sie nicht getrennet worden ist, alle rechtliche Wirkungen mit sich führet, die nach dem gemeinen Recht durch eine gültige wahre Ehe hervorgebracht werden e). Man verstehet unter einer vermeintlichen Ehe (*matrimonium putatiuum*) eine solche, der zwar ein trennendes Ehehinderniß entgegen stand, welches aber entweder beyden Ehegatten, oder doch wenigstens dem einen unbekannt war. Wenn der Ehemann das ihm von seiner rechtmäßigen Ehefrau gebohrne Kind für das seinige erkennet, so ist ein solches Kind durchaus als ein legitim gebohrnes zu betrachten, es mag zu einer Zeit in der Ehe gebohren worden seyn, zu welcher es immer will; denn in der *L. 11. C. de Natural. liber.* verfüget Justinian ausdrücklich, daß nicht weiter die Zeit der Conception, sondern nur die Zeit der Geburt berücksichtiget werden solle f). Wird hingegen über die rechtmäßige und eheliche Geburt eines Kindes gestritten, so ist erforderlich, daß das Kind zu rechter Zeit gebohren worden sey, wenn es für legitim gehalten werden soll. Die

d) Die unrechtmäßigen Kinder werden in den Gesetzen ganz allgemein spurii benannt, und es ist also dieses Wort vieldeutig. (*L. 23. D. de Statu hom.*) Auch kommen sie unter der Benennung ἀπάτορες. (*§. 12. J. de Nupt.*) *nothi*, (*Nou. 74.* und *Nou. 89.*) imgleichen manzeres (*Cap. 10. §. 6. X. de Renunt.*) vor. *cf. Boehmer Jus eccles. protest. Tom. IIII. Lib. IIII. tit. XVII. §. 3. p. 268. sq. ed. nouiss.*

e) *Westphal Diss. de veris casibus matrimonii putatiui*, (Halae 1758.) *Boehmer Princip. iur. canon. Lib. III. Sect. II. tit. V. §. 386. p. 282. sq. ed. nouiss.* Dabelow Grundsätze des allgemeinen Eherechts der deutschen Christen, (Halle 1792.) §. 11. S. 7. Daß solche Kinder, die einem stupro *violento* oder *nec voluntario nec violento* ihre Existenz verdanken, gleich denen aus einer vermeintlichen Ehe erzeugten Kindern für legitim und erbfähig nicht zu halten seyen, zeiget *Glück Comment. de conditione liberorum ex stupro violento aut nec violento nec voluntario procreatorum, quoad successionem ab intestato recte aestimanda*, §. 12 — 14. (*in Eiusdem opusc. fascic. IIII*) Das Gegentheil behauptet, wiewohl aus sehr seichten Gründen, *Koch Successio ab intestato*, §. 36. *p. 83. sq. ed. nouiss.* Man sehe auch *Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. II. cap. IIII. membr. V. §. 5. p. 378. sq. ed. nouiss.*

f) Hiemit stimmet auch die *Nou. 89. cap. 8.* vollkommen überein, indem es daselbst unter andern heißt: Sancimus, vt non tempus *conceptus*, sed *partus* inspiciatur, propter filiorum vtilitatem.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0138
DFG

Die Gesetze haben zur Begründung einer rechtlichen Vermuthung für die Rechtmäßigkeit der Geburt einen doppelten Termin bestimmet, nämlich einen terminum *a quo*, und einen terminum *ad quem*. Ersterer ist der Anfang des siebenten Monats nach vollzogener Ehe g), letzterer das Ende des zehnten Monats nach aufgehobener Ehe h). Wenn also ein Kind am 182sten Tage nach vollzogener Ehe zur Welt kommt, so wird es für ein eheliches Kind gehalten, wie fern das Gegentheil nicht erwiesen wird; und wenn die Wittwe vor dem Ablaufe des zehnten Monats nach des Mannes Tode ein Kind gebiert, so passirt dieses auch noch für des verstorbenen Ehemannes Kind, es wäre denn, daß jemand das Gegentheil darthun wollte und könnte i). Soll aber ein im siebenten Monate nach vollzogener, und ein im zehnten Monate nach aufgehobener Ehe gebohrnes Kind für legitim gebohren gehalten werden, so muß es im ersten Falle nicht vollkommen reif, und im letztern Falle vollkommen reif gewesen seyn k), weil es sonst physisch unmöglich ist, daß das Kind

g) *L.* 12. *D. de Statu hom.* Credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis *septimo mense* natus est, IVSTVM FILIVM ESSE. *L.* 3. *§. vlt. D. de Suis et legit. hered.* De eo autem, qui *centesimo octogesimo secundo die* natus est, Hippocrates scripsit, et Diuus Pius pontificibus rescripsit, IVSTO TEMPORE VIDERI NATVM.

h) *L.* 3. *§. pen. D. de Suis et legit. hered.* Post *decem menses* mortis natus, non admittetur ad legitimam hereditatem. *cf. L.* 29. *pr. D. de Lib. et posthum. L.* 4. *C. de Posthum. hered. instit. Nou.* 39. *cap.* 2.

i) Ohngeachtet die Gesetze ganz deutlich verordnen, daß ein Kind nur dann legitim und erbschaftsfähig seyn soll, wenn es binnen den nächsten zehen Monaten nach des Mannes Tode oder nach der Ehescheidung von der Wittwe oder der geschiedenen Ehefrau gebohren worden ist, so wird gleichwohl darüber gestritten, ob nicht eine eilfmonatliche oder eine wohl gar noch spätere Geburt für rechtmäßig zu halten sey. Man sehe *de Cocceii Jus ciu. controu. Lib. I. tit. VI. quaest.* 4. *p.* 94. *sqq. ed. nouiss. a Leyser Diss. de posthumo anniculo seu duodecimestri, (in Eiusdem Meditt. ad Pandect. Vol. XII. p.* 109. *sqq.) Nebel Diss. de partu tredecimestri legitimo,* (Heidelb. 1721.) *Heister Diss. qua partus tredecimestris pro legitimo habitus proponitur, et simul, partui nullum certum tempus in vniuersum tribui posse, ostenditur, (in Schlegelii collect. opuscc. selectt. ad medic. for. spectantt. Vol. II. num.* 8.) *Püttmann Prolus. de partu vndecimestri, (in Eiusdem opuscc. p.* 361. *sqq.) Huber ad tit. Dig. de Statu hom. §.* 4. *Part. II. Praelectt. iur. rom. p.* 548. *sq. Boehmer Introd. in ius Dig. ad tit. eumd. §.* 3. *p.* 35. *sq. ed. nouiss. Gaertner Meditt. practt. sec. ordin. Pandect. Specim. I. obs. LXI. Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. I. cap. I. §.* 2. *p.* 30. *sq. ed. nouiss. Müller Obseruu. practt. ad Leyseri meditt. ad Pandect. Tom. I. fasc. I. obs. LXXVIIII. p.* 285. *sqq.*

k) Ploucquet über die physischen Erfordernisse der Erbfähigkeit eines Kindes, §. 38. 39. Dabelow System der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, Th. I. §. 27. S 21. f.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0139
DFG

von dem Ehemanne, der für dessen Vater gehalten wird, durch ehelichen Beyschlaf habe gezeuget werden können l).

Von ganz besonders zweifelhafter Art ist die Streitfrage: ob Brautkinder für legitim und erbfähig zu achten sind? Da überhaupt alle diejenigen Kinder, welche in der Ehe so wenig empfangen als gebohren sind, nicht als rechtmäßige und eheliche Kinder angesehen werden können, so dürfte wohl nach wahren theoretischen Gründen die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten den meisten Beyfall verdienen, welche die Frage verneinen m). Der anticipirte Beyschlaf verlobter Personen ist im Grunde eine eben so leichtfertige Beywohnung, wie jedes Stuprum; denn das Verlöbniß ist keine Ehe, indem sich diese unter den Protestanten ohne priesterliche Trauung nicht denken lässet, und gesetzmäßig verlobte Personen haben kein Recht zu concumbiren. Zwar scheinen dem ersten Ansehen nach einige Texte des römischen Rechtskörpers, nämlich *L. 24. D. de Ritu nupt.* und *L. 22. C. de Nupt.* die Brautkinder zu begünstigen; allein bey einer genauern Ansicht dieser Stellen wird man leicht gewahr, daß sie gar nicht hieher gehören. In dem erstern Gesetze sagt Modestin lediglich, es sey im Zweifel nach rechtlicher Vermuthung mehr eine Ehe, als ein Concubinat anzunehmen; und in dem letztern reden die Kayser Theodosius und Valentinian keinesweges von Brautkindern, sondern von solchen Kindern, die in einer auf eine zu den damaligen Zeiten gültige Art eingegangenen Ehe gebohren waren. Und eben so wenig relevirt auch das *Cap. 12. X. Qui filii sint legitimi*, weil in selbigem ebenfalls nicht von einem Brautkinde die Frage ist, sondern von einem solchen Kinde, welches im Concubinat erzeuget zu seyn schien, gleichwohl aber in Wahrheit von einer wirklichen Ehefrau gebohren war. Bey dem allen pflegt man aber doch die von verschiedenen

l) Dies ist auch den Gesetzen, welche den im Zweifel anzunehmenden Zeitpunct der rechtmäßigen Geburt eines Kindes bestimmen, vollkommen gemäß. In der *Nou.* 39. *cap.* 2. sagt Justinian, ein im eilften Monate nach dem Tode des Ehemannes gebohrnes Kind sey um deswillen nicht für legitim zu achten, quod non esset possibile dicere, partum de defuncto esse. Neque enim in tantum tempus conceptionis extensum est. *cf.* Glück Erläuterung der Pandecten, Th. II. §. 116. S. 96. f.

m) *Reinharth Selectt. obseruu. ad Christinaei decis. Vol. VI. obs. X. p. 26. sq. Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. II. Lib. XXIII. §. 4. p. 328. sq. ed. nouiss. Boehmer Jus eccles. protest. Tom. III. Lib. IIII. §. 50. p. 1299. sq. ed. nouiss. Grimmeisen Diss. de liberis ob deficientem in parentibus benedictionem sacerdotalem non legitimis*, (Alt. 1731.) *Bünemann Diss. de sponsae partu spurio*, (Gotting. 1753.) *Anonymus* über der Brautkinder Successionsfähigkeit in den Gütern ihrer Väter, (in Hagemanns und Günthers Archiv für die theoretische und practische Rechtsgelehrsamkeit, Th. IIII. Num. VII. S. 177. ff.) Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. II. §. 116. *b.* S. 265. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0140
DFG

denen angesehenen Rechtslehrern n) vertheidigte gegenseitige Meinung, nach welcher Brautkinder allerdings legitim und erbfähig sind, in Praxi vorzuziehen, weil es hart und unbillig seyn würde, wenn man einem Kinde den Umstand, daß die Trauung bey den Eltern desselben durch einen Zufall unmöglich gemacht wurde, wollte zum Nachtheile gereichen lassen. Es hat diese billigere Meinung nicht nur in verschiedenen Landen durch ausdrückliche Gesetze Bestätigung erhalten o), sondern sie ist auch vermöge eines fast allgemein geltenden Gerichtsgebrauchs angenommen worden p).

In Beziehung auf den status integritatis werden die Menschen in **vollkommene** und **unvollkommene** eingetheilet. Vollkommene werden diejenigen genannt, welche so wenig in Ansehung ihres Körpers als der Seele mit einem Mangel behaftet sind q). Bey den unvollkommenen Menschen betrifft die Unvollkommenheit entweder den Körper oder die Seele. Im ersten Falle laboriren solche Menschen entweder an einem beständigen und unheilbaren Mangel (vitium), oder sie sind

n) *de Cramer Obseruu. iur. vn. Tom. II. obs. DXV. p. 178. sqq.* Struben rechtliche Bedenken, Th. III. Bed. CXXXI. §. 4. S. 456. ff. *a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. V. Specim. CCLXXXXVIII. med. 4. p. 106. sqq. Eisenhart Diss. de nato ex sponsa,* (Helmst. 1750.) *Harpprecht Diss. de iure liberorum a desponsatis ante benedictionem sacerdotalem, nec ex post subsequutam procreatorum, (in Eiusdem differtt. acadd. Vol. I. num. 23.) Müller Obseruu. practt. ad Leyseri meditt. ad Pandect. l. l. obs. LXXXII. p. 301. sqq. Boehmer Princip. iur. canon. Lib. III. Sect. II. tit. II. §. 352. p. 256. ed. nouiss. Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. II. cap. IIII. membr. IIII. §. 3. p. 375. sqq. ed. nouiss.*

o) In Churſachsen sind Brautkinder vermöge eines ausdrücklichen Gesetzes für legitim und erbfähig zu halten. Denn so verordnet die *Decis. El. XXXXVIIII. d. a.* 1661. merklich: daß die vor der Trauung erzeugte Kinder, als ehrliche und rechte Erben, zu der Eltern Erb- und Verlassenschaft auf begebende Fälle zugelassen; die Eltern aber nichts destoweniger wegen ihrer Begünstigung bestrafet werden sollen. Man vergleiche hiemit dasjenige, was der verehrungswürdige Herr Appellationsrath Kind *Quaestt. forr. Tom. I. cap. III. p. 26. sqq.* zur Erläuterung der eben gedachten Decision vorgetragen hat. Mit eben so großem Scharfsinn als gründlicher Gelehrsamkeit zeigt dieser berühmte Rechtslehrer a. a. O. daß unter den im Gesetze vorkommenden Worten: Erb- und Verlassenschaft, nicht lediglich die Allodial- sondern auch die Lehnssuccession zu verstehen sey, und daß folglich die Brautkinder auch zu dieser gelangen können.

p) *Mevius Deciss. Tom. I. Part. II. decis. LXXXI. p. 264. sq. ed. nouiss. Gaertner Meditt. practt. sec. ordin. Pandect. Specim. I. med. 55.*

q) *L. 2. D. Qui testam. fac. poss. L. 20. D. de Iniust. rupt. et irrit. testam.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0141
DFG

nur mit einem zeitigen Mangel der Gesundheit (morbus) behaftet. Jene heißen **fehlerhafte** und **gebrechliche** Menschen (*vitiosi*); diese hingegen werden **kranke** (*morbosi s. aegroti*) genannt r). Unter gesunden und fehlerhaften, imgleichen kranken Personen findet eine merkliche Verschiedenheit der Rechte statt. So können z. B. gebrechliche Personen nicht zum geistlichen Stande ordiniret werden s); kranke sind entschuldiget, wenn sie einen gerichtlichen Termin versäumen, wenn sie zur Vormundschaft bestellet werden, man verschonet sie mit der Folter und Leibesstrafen t). Im zweyten Falle, wenn die Unvollkommenheit die Seele betrifft, nennt man sie **unvernünftige** (*dementes*) im weitläuftigen Verstande, und diese werden in **wahnsinnige** (*mente capti, insani, fatui*) und **einfältige** oder **kindische** Menschen eingetheilet. In Ansehung der erstern nimt man wieder zwey Classen an, nämlich **tolle, rasende** (furiosi), und **alberne, wahnwitzige, unvernünftige** im eigentlichen Verstande (*dementes* in sensu stricto), je nachdem sie entweder ein ruhiges Verhalten bezeigen, oder nicht. Für wahnwitzig ist also derjenige zu halten, welcher seinen Verstand verlohren hat, übrigens aber sich ruhig hält v).

Im

r) *L.* 101. *§.* 2. *D. de Verb. signif.* Verum est, *morbum* esse temporalem corporis inbecillitatem, *vitium* vero perpetuum corporis inpedimentum: veluti si talum excussit: nam et luscus vtique vitiosus est. Diese letztern Worte der Gesetzstelle lassen sich wegen des darin enthaltenen unschicklichen Beyspiels und der daraus gezogenen Schlußfolge nicht füglich mit den vorhergehenden vereinigen, in welchen *morbus* und *vitium* vom Modestin so unterschieden werden, daß jener eine *temporalis corporis inbecillitas*, dieses hingegen ein *perpetuum corporis inpedimentum* sey. *Nic. Catharinus Obseruu. et coniecturr. num. XXXIII.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. I. p.* 493.) sagt mit Recht: malum est exemplum et peior consequentia. Si enim vera est ea differentia, (welche nämlich Modestin zwischen *morbus* und *vitium* macht) qui talum excussit, non est vitiosus, quia inpedimentum illud tolli potest. Deinde talo et oculo nihil commune. Die Emendation des *Hotomannus*, welcher glaubt, es sey für *talum* excussit zu lesen *oculum* excussit, verwirft mit dem *Cuiacius* auch dieser Rechtsgelehrte, und sucht den corrupten Text mit Beybehaltung der Worte vermittelst folgender Zusammenstellung derselben zu verbessern: Verum est, morbum esse temporalem corporis inbecillitatem, *veluti si talum excussit;* vitium vero perpetuum corporis inpedimentum: *nam et luscus vtique vitiosus est.* Fürtreffliche Bemerkungen über diese Gesetzstelle findet man auch beym *van Bynkershoek Obseruu. iur. rom.* (Lugd. Bat. 1710. 4.) *Lib. III. cap. I. p.* 212. *sqq.*

s) *tot. tit. Decret. de Corp. vitiat. non ordin. cf. Crell Diss. de corporis integri robusti et proceri priuilegio*, (Viteb. 1730. rec. 1746.)

t) *de Berger Diss. de priuilegg. aegrotorum, (in Eiusdem dissertt. sell. num. XVI.)*

v) *L.* 25. *C. de Nupt. L.* 1. *C. Si quis inperat. maled. L.* 2. *D. de Postul. L.* 27. *§.* 5. *D. de Recept. L.* 21. *D. de Reb. auct. iud. possid. L.* 8. *§.* 1. *D. de Tutor.*

et

Im Zweifel ist von einem jeden zu vermuthen, daß er den völligen Gebrauch des Verstandes habe, bis das Gegentheil erwiesen ist. **Unsinn** und **Wahnwitzigkeit** werden daher nie präsumirt, sondern müssen immer von dem erwiesen werden, der aus diesem Grunde auf die Zernichtung eines rechtlichen Geschäfts dringt x). Selbst alberne Anordnungen eines Menschen begründen keine rechtliche Vermuthung von seiner Verrücktheit, wenigstens ist dies bey Anordnungen des Todes wegen der Fall y). Wenn aber einmal entschieden ist, daß ein Mensch wirklich verrückt sey, so vermuthet man, daß er es immer sey, bis erwiesen worden ist, daß er **Zwischenzeiten** (*dilucida interualla*) hatte, wo er von der Wahnwitzigkeit befreyet ist z). Ein zufälliger Verlust des Verstandes beraubet niemanden seines Standes oder seiner Würde so wenig als der Vermögensrechte a). Auch werden die von völlig vernünftigen Personen eingegangenen Rechtshandlungen dadurch nicht ungültig, daß sie in der Folge ihren Verstand verloren haben b). Den wahnsinnigen Menschen werden die **öffentlich erklärten Verschwender** (*prodigi ciuiliter tales*) gleich geachtet c), jedoch nur in so fern, als von ihnen in Beziehung auf ihr Vermögen die Rede ist d).

§. 117.

et curat. dat. Bisweilen verstehen die Gesetze unter einem mente capto den, der seinen Verstand ohne Hoffnung der Besserung verlohren, und keine Zwischenräume des Blödsinnes hat; unter einem furioso aber einen solchen, welcher raset, aber doch zu gewissen Zeiten vernünftig ist, oder wahrscheinlich hergestellet werden kann. *cf. Thomasius Diss. de praesumtione furoris et dementiae, §. 7. (in Collect. dissertt. Tom. IIII. p. 352.)*

x) *L. 5. C. de Codic.* Ne codicillos quidem furentem posse facere, certissimi iuris est. Si igitur scriptura velut codicillorum patris tui fuit prolata, vt aliquid ex hac peti possit: *adseuerationi tuae mentis eum compotem fuisse negantis, fidem adesse probari conuenit.*

y) *L. 40. §. 2. D. de Aur. arg. mund. L. 45. D. de Hered. instit. L. 113. §. 5. D. de Legat. I.*

z) Dabelow System der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, Th. I. §. 33. S. 24.

a) *L. 20. D. de Stat. hom.* Qui *furere* coepit, et statum et dignitatem, in qua fuit, et magistratum et potestatem videtur retinere: sicut rei suae dominium retinet.

b) *§. 1. I. Quib. non est permiss. fac. testam.* Neque testamentum recte factum, neque vllum aliud negotium recte gestum, *postea* furor interueniens perimit.

c) *L. 40. D. de Reg. iur.* *Furiosi*, vel *eius, cui bonis interdictum sit*, nulla voluntas est.

d) *L. 12. §. 2. D. de Tutor. et curat.* Diuus Pius matris querelam de filiis prodigis admisit, vt curatorem adcipiant, in haec verba: *non est nouum, quosdam, et-*

si

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0143
DFG

§. 117.

In Rücksicht auf den status sexus sind die Menschen entweder **Manns-** oder **Weibspersonen.** Zwar gedenken die römischen Rechtsgelehrten noch außerdem einer dritten Menschengattung, nämlich der **Zwitter** oder **Hermaphroditen,** und setzen in Ansehung ihrer das Princip fest, daß man selbige zu demjenigen Geschlechte rechnen müsse, welchem sie am ähnlichsten sind e); allein den Erfahrungen neuerer Aerzte zu Folge ist ihre Existenz ganz und gar zu bezweifeln. Ordentlicher Weise genießen Manns- und Weibspersonen einerley Rechte, in so fern nicht die Gesetze ausdrücklich dem einen oder dem andern Geschlechte besondere Gerechtsame zugestehen f). Verordnen demnach die Gesetze etwas überhaupt, ohne die Weibspersonen besonders auszunehmen, so ist auch solches auf dieselben mit zu erstrecken g). Und wenn auch gleich in einem Gesetze nur des männlichen Geschlechts vorzüglich wäre gedacht worden, so ist deswegen das weibliche nicht gleich für ausgeschlossen zu achten, wenn nicht das Gegentheil entweder aus dem Geiste und Gegenstande des Gesetzes, oder aus andern Gesetzen deutlich erhellet h). Im Gegentheil kann aber unter dem ausdrücklich genannten weiblichen Geschlechte das männliche in der Regel nicht begriffen werden i).

In-

si mentis suae videbuntur ex sermonibus compotes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, vt nisi subueniatur his, deducantur in egestatem: eligendus itaque erit, qui eos consilio regat: nam aequum est, prospicere nos etiam eis, qui, quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum. S. meine Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, Band I. Betracht. III. S. 37. ff.

e) *L.* 10. *D. de Stat. hom.* Quaeritur, hermaphroditum cui comparemus? et magis puto, eius sexus aestimandum, *qui in eo praeualet.* *Monet Diss. de iure circa hermaphroditos,* (Argent. 1788.)

f) *L.* 9. *D. de Stat. hom.*

g) *L.* 1. *D. de Verb. signif.* Verbum hoc: *Si quis,* tam masculos, quam feminas complectitur.

h) *L.* 195. *pr. D. eod.* Pronunciatio sermonis in sexu masculino ad vtrumque sexum *plerumque* porrigitur.

i) *L.* 45. *in fin. pr. D. de Legat.* 2. Exemplo pessimum est, feminino vocabulo etiam masculos contineri. *cf. L.* 81. *pr. D. eod.* 3. Röslin Abhandlung von besondern weiblichen Rechten, Buch 1. Abschn. II. §. 11. S. 17. *Hartleben Meditt. ad Pandect. Vol. I. Part. II. fasc. I. Specim. XVII. med.* 3. *p.* 22. *sq.* *Müller Obseruu. practt. ad Leyseri meditt. ad Pandect. Vol. I. fasc. I. obs. LXVII. p.* 250. *sqq.* Daß übrigens Frauenzimmer selbst von den römischen Juristen für Menschen anerkannt seyen, beruhet außer Zweifel; denn so sagt Cajus in der *L.* 152. *D.*

Inzwischen gehen die Rechte der Frauenzimmer von den Rechten der Mannspersonen in manchen Stücken ab; die Fälle aber, wo die Gesetze dem männlichen Geschlechte Vortheile vor dem weiblichen zugestehen, oder dem weiblichen Geschlechte Vorzüge ertheilen, an welchen das männliche keinen Antheil nimt, sind nur als Ausnahmen von der Regel zu betrachten k). Zu den Fällen, wo Frauenzimmer von den Rechten des männlichen Geschlechts ausgeschlossen sind, gehöret, daß sie keine väterliche Gewalt über ihre Kinder haben; der Regel nach nicht adoptiren können; in Lehn- und Stammgütern nicht erben; in allen denjenigen Fällen nicht als Zeugen zugelassen werden, da die Gesetze mehr als zwey Zeugen erfordern, oder da die Zeugen nicht, um die Wahrheit der Sache zu bestätigen, nothwendig sind, sondern mehr der Feyerlichkeit des Geschäfts wegen vorhanden seyn müssen; ferner, daß sie so wenig zu öffentlichen Aemtern l) als zur Vormundschaft, außer über ihre Kinder und Enkel, gelangen u. s. w. Hingegen sind es besondere Vortheile, welche den Frauenzimmern vor den Mannspersonen in den Gesetzen beygeleget werden, daß sie in Absicht auf den eingebrachten Brautschatz eines stillschweigenden privilegirten Pfandrechts genießen; daß bey ihnen keine Zurechnung der Rechtsunwissenheit statt findet, wie fern sie dieselbe lediglich in der Intention, um einen Schaden oder eine Strafe abzuwenden, vorschützen; daß sie aus einer übernommenen Bürgschaft

D. de Verb. signif. merklich: hominis adpellatione tam *feminam*, quam *masculum* contineri non dubitatur. Da dieses Gesetz so deutlich ist, so muß man sich wohl um so mehr wundern, wie *Cuiacius Obseruu. et emendd. Lib. VI. cap. XXI. p.* 177. auf den unnatürlichen Einfall gerathen konnte, in Gemäßheit der *L.* 38. *§.* 5. *D. de Poen.* zu behaupten, das schöne Geschlecht gehöre nach dem römischen Rechte nicht zur Classe der Menschen. Durch die angezogene Gesetzstelle wird, wie *Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil Sect. I. cap. I. §.* 1. *p.* 28. *sq. ed. nouiss.* sehr gründlich bemerket, diese sonderbare Meinung keinesweges gerechtfertiget.

k) *Boehmer Introd. in ius Dig. ad tit. de Stat. hom. §.* 3. *p.* 34. *ed. nouiss.* Dieser Rechtslehrer setzt folgende Regel fest: *dignitatis publicae* et *familiae* iuribus masculi, *inbecillitatis* vero feminae praeualent. *cf. Huber Praelectt. iur. rom. Part. II. ad tit. eumd. §.* 3. *p.* 547. *sq. ed. nouiss.* Vorzüglich aber *Hartleben Meditt. ad Pandect. l. l. med.* 5. *p.* 27. *sqq.*

l) In einigen Fällen leidet der Grundsatz, daß eine Frauensperson nicht zu öffentlichen Aemtern gelange, ohnstreitig seine Ausnahme. Denn so beruhet es außer Zweifel, und verschiedene Beyspiele beweisen es hinlänglich, daß Frauenzimmer zu academischen Würden gelassen werden, und Patronatrechte über Kirchen ausüben können. Wenn ein Frauenzimmer Ländereyen besitzet, so kann es sich auch die darauf haftende Grundgerichtsbarkeit anmaßen, und solche durch einen Gerichtsverwalter wirklich ausüben lassen. S. von Quistorp kleinere juriſt. Schriften, Samml. I. Abhandl. III. S. 72.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0145
DFG

schaft nicht belangt werden können; daß sie eher mündig werden, als Mannspersonen, und folglich zur frühern Ausübung solcher Rechte gelangen, welche auf der erlangten Mündigkeit ruhen m).

§. 118.

Der bürgerliche Zustand ist entweder Zustand der **Freyheit** (status *libertatis*), oder des **Bürgerrechts** (*ciuitatis*), oder der **Familie** (*familiae*). In Hinsicht auf den Zustand der Freyheit sind die Menschen entweder **freye Menschen** (*liberi*), oder

m) Viele Gerechtsame des schönen Geschlechts haben ohne Zweifel überhaupt in der Billigkeit ihren Grund. In der *L.* 12. *§.* 1. *C. Qui pot. in pign.* sagt Justinian unter andern merklich: Quis earum (*mulierum*) non misereatur propter obsequia, quae maritis praestant, propter partus periculum et ipsam liberorum procreationem, *pro quibus* MVLTA *nostris legibus inuenta sunt* PRIVILEGIA. Einige weibliche Rechte gründen sich indessen zunächst in der gesetzlichen Oberherrschaft des Ehemannes über die Frau; andere beziehen sich ohnstreitig auf den besondern Umstand, daß die römischen Frauenzimmer in den öffentlichen Volksversammlungen nicht erscheinen durften, und noch andere ruhen ohne Zweifel auf der in den Character der Frauenspersonen verwebten Schwäche und Schamhaftigkeit des Geschlechts. Es ist daher ganz ungegründet, wenn *a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol I. Specim. XIII. med. 1. p. 132. Jqq.* die mehrsten und vorzüglichsten Rechte des schönen Geschlechts der Eifersucht zuschreibet; oder wenn von Quistorp a. a. O. S. 70. behauptet, daß ihr Grund in der ganz besondern Zärtlichkeit und Hochachtung der Männer zu suchen sey; oder wenn endlich noch andere Rechtslehrer glauben, daß Justinians Gemahlin, die Theodora, zur Vermehrung der weiblichen Gerechtsame das Ihrige beygetragen habe. Aus diesen Behauptungen entstehen die grösten Inconsequencen. Wie könnte man z. B. wohl annehmen, daß Eifersucht oder Zärtlichkeit die Triebfeder des besondern Rechts der Frauenspersonen sey, vermöge dessen sie aus einer übernommenen Bürgschaft nicht verpflichtet werden. Uebrigens bemerke ich hier noch folgendes. Unter der Schwäche des Geschlechts (*sexus imbecillitas, infirmitas feminarum*), welche die Gesetze (*L.* 2. *§.* 2. 3. *D. Ad sctum Velleian.*) den Frauenzimmern zuschreiben, ist nichts weniger als natürliche Schwäche des Körpers, oder Mangel des Verstandes zu verstehen, sondern theils eine, von der ihnen wesentlichen Bestimmung des Kindergebährens herrührende Unfähigkeit, männliche Arbeiten zu verrichten, und öffentliche Aemter zu versehen, theils die natürliche Herzensgüte, und insbesondere der Leichtsinn und die Unbesonnenheit, die bey ihnen gemeiniglich angetroffen wird. *cf. Emminghaus Comment. de praecipuis feminarum in germania iuribus*, (Jenae 1751.) Diese Abhandlung ist von keinem sonderlichen Werthe; Ordnung und Vollständigkeit vermisset man in derselben ganz und gar. Mehrere Aufmerksamkeit verdienet *Balemann Diss. de femina ex antiquitt. legibusque romanis, germanicis, et praesertim lubecensibus*, (Alt. 1756.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0146
DFG

oder **Sclaven, Knechte** (*serui*). **Freye** werden diejenigen genannt, welche entweder gar nicht in der Gewalt eines Herrn sich befinden, oder doch unrechtmäßig darin gehalten werden; **Sclaven** hingegen heißen diejenigen, die sich mit Recht in der herrschaftlichen Gewalt befinden n). **Freyheit** ist also die Eigenschaft, vermöge welcher jemand weder der Gewalt, noch dem Eigenthume eines andern unterworfen ist o); **Sclaverey** ist der Zustand eines Menschen, nach welchem er sich in der Gewalt und dem Eigenthume eines Herrn befindet p). Die freyen Menschen sind entweder **freygebohrne** (*ingenui*) oder **freygelassene** (*libertini*). Es wird das Wort *ingenuus* nach den verschiedenen Zeiten Roms in verschiedenem Verstande genommen q). In den ältern Zeiten wurde nur derjenige als ein inge-

n) Etwas anders ist demnach liberum esse, und etwas anders in libertate viuere. Es kann jemand allerdings ein freyer Mensch seyn, ohngeachtet er gleich der Gewalt eines Herrn unterworfen, und mithin nicht im Besitze der Freyheit ist. Wäre z. B. jemand auf eine unrechtmäßige Weise in die Sclaverey verkaufet worden, so ist er zwar immer noch ein freyer Mensch, wenn er auch gleich nicht in Freyheit lebt. Die Redensarten seruire oder in seruitute esse, und seruum esse oder seruitutem seruire differiren sehr. Wenn jemand in einer unrechtmäßigen Sclaverey sich befindet, so sagt man von ihm: seruit, in seruitute est; allein er ist deswegen keinesweges ein seruus, non seruit seruitutem. Habe ich einen Menschen als Sclaven im Besitz, der doch wirklich ein freyer Mensch ist, und sich in einer unrechtmäßigen Sclaverey befindet, ich besitze ihn aber im guten Glauben und weiß folglich nicht, daß es diese Bewandniß mit ihm habe, so sagt man: homo mihi bona fide seruit. *cf. d'Arnaud Dissertt. II. de iure seruorum, et de his, qui pretii participandi causſa ſeſe venumdari patiuntur,* (Leouard. 1744.)

o) §. 1. *J. de Jur. person.* Et *libertas* quidem (ex qua etiam liberi vocantur) est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi, si quid vi aut iure prohibetur.

p) §. 2. *J. eod.* *Seruitus* autem est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur. Wenn **Justinian** sagt, die Sclaverey sey *constitutio iuris gentium*, so heißt dies, sie sey eine Anstalt, die bey allen gesitteten Völkern angetroffen wird. Durch die Worte: *contra naturam*, wird keinesweges angezeiget, die Sclaverey streite mit dem Naturrechte, sondern sie sey keine natürliche, vielmehr nur eine zufällige Eigenschaft des Menschen, weil alle Menschen, wie in der §. 2. *J. de Jur. nat. gent. et ciu.* gesagt wird, von Natur frey gebohren sind. *cf. Riccius Vindicc. iur. cap. XX. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. II. p. 803. sq.*

q) Ohne Zweifel ist das Wort ingenuus entweder von gignere zu deriviren, oder es kommt von genus her; dem ingenuo ist die Freyheit angebohren, ingenita est libertas, die Freyheit steckt bey ihm in der Art, in genere. Bisweilen heißen die ingenui schlechtweg und vorzugsweise liberi, wenn gleich die Freygelassenen auch liberi sind. *L. 4. D. de Just. et iur. L. 2. pr. Cod. Theod. de Liber. causſ.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0147
DFG

nuus angesehen, dessen Vater schon ein freygebohrner Mensch gewesen war. War demnach mein Vater manumittirt worden, so war ich kein ingenuus. In den mittlern Zeiten ließ man schon denjenigen für einen ingenuus passiren, dessen Vater nur frey gewesen war, er mogte nun übrigens freygebohren, oder freygelassen seyn. Zeugte also ein freygelassener Sclave Kinder, so waren diese ingenui. In den neuesten Zeiten endlich sahe man lediglich auf die Person der Mutter; wenn diese eine freye Person war, sie mogte freygebohren, oder freygelassen seyn, so wurden ihre Kinder, ohne auf die Person des Vaters Rücksicht zu nehmen, für ingenui gehalten. Nach dem neuern römischen Rechte ist folglich ein ingenuus ein solcher Mensch, der von einer freyen Mutter gebohren, und nie in einer rechtmäßigen Sclaverey gewesen ist r). Die Mutter braucht auch nicht ihr ganzes Leben hindurch frey gewesen zu seyn; ihre Kinder werden für ingenui gehalten, wenn sie nur zu der Zeit, da sie dieselben concipirte, oder zur Zeit der Geburt, oder während der Schwangerschaft einen Augenblick lang frey war. Wenn also z. B. ein freyes römisches Frauenzimmer nach der Conception in die feindliche Gefangenschaft gerieth, oder wenn eine gefangene Römerin in der Gefangenschaft das Kind concipirte, und während der Schwangerschaft wieder frey wurde, so war das Kind in beyden Fällen ein ingenuus. *Libertinus*, ein Freygelassener heißt derjenige, welcher von einer rechtmäßigen Sclaverey (seruitute iusta s. legitima) befreyet worden ist. Wenn ich also entweder als Sclave gebohren, und nachher freygelassen worden bin, oder wenn ich ein Freygebohrner war, und nachher in eine rechtmäßige Sclaverey gerieth, nun aber wieder davon frey werde, so bin ich in diesem Falle sowohl als in jenem ein libertinus s).

§. 119.

Ein Sclave ist als ein Mensch anzusehen; dafür lassen ihn die römischen Gesetze

r) War jemand gleich von einer freyen Mutter gebohren, aber in einer rechtmäßigen Sclaverey (seruitute *iusta*) gewesen, so war er kein ingenuus mehr, sondern ein libertinus; war er hingegen von einer freyen Mutter gebohren, und in einer unrechtmäßigen Sclaverey (seruitute *iniusta*) gewesen, so blieb er ein ingenuus. Quum autem, heißt es in der §. 1. *J. de Ingen.* merklich, ingenuus aliquis natus sit, non officit ei in seruitute fuisse, et postea manumissum esse: *saepissime enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem. cf. Mercerius Opinn. et obseruu. Lib. I. cap. X. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. II. p. 1570. sqq.)*

s) Die Wörter libertus und libertinus werden zwar hin und wieder für gleichbedeutend genommen; (*L. 4. in fin. D. de Just. et iur.*) allein insbesondere hießen die Freygelassenen *liberti* in Beziehung auf den Patron, hingegen in Ansehung ihres Zustandes pflegte man sie *libertinos* zu nennen. *Vicat Vocabular. iur. Tom. II. s. v.* libertus, *p. 311. sq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0148
DFG

Gesetze gelten, und verordnen ausdrücklich, daß derselbe solcher Rechte und Verbindlichkeiten theilhaftig seyn soll, welche nach dem Naturrechte unter den Menschen statt finden t). So mußten z. B. Sclaven nicht nur aus ihren Vergehungen haften, sondern sie wurden auch nach dem Naturrechte (naturaliter) verbunden, wenn sie mit jemandem einen Contract abgeschlossen hatten v). Der Prätor bestrafte die einem fremden Sclaven zugefügte Injurie x); Sclaven und Sclavinnen, die zu nahe Verwandten sind, durften einander nicht heyrathen y) u. s. w. Im Staate hingegen ist ein Sclave ἀπρόσωπος, keine Person; er hat kein caput, das heißt, keinen bürgerlichen Zustand, ist bürgerlich todt, und hat folglich gar keine Rechte, weder Rechte der Freyheit, noch Familienrechte, noch Bürgerrechte z). Die Sclaven wurden als **Sachen** betrachtet, als **Eigenthum**; alle Rechte also, die ein Herr über seine anderen eigenthümlichen Sachen hat, stehen ihm auch in Absicht auf seine Sclaven zu. Daher hatte ein römischer Herr das Befugniß, den Sclaven zu veräusern. Die Sclaven waren im Commerz; man konnte sie verpfänden, verkaufen, verschenken, vertauschen, vermachen. Alles, was ein Sclave geschenket oder vermacht bekam, was er durch Handel, durch Handarbeit, oder auf irgend eine andere Weise adquirirte, gehörte nicht ihm, sondern dem Herrn. Nach dem ältern römischen Rechte hatte der Herr sogar das Recht über Leben und Tod des Sclaven, das heißt, er hatte eine Hausjurisdiction (iurisdictionem domesticam), die sich bis auf das Recht, Todesstrafen zu dictiren, erstreckte; die Gewalt, den Sclaven ohne hinlängliche und gerechte Ursache, lediglich aus Leidenschaft oder Muthwillen zu tödten, hatte er nicht. Unter den Kayfern schaffte man das ius vitae et necis über die Sclaven ab, weil die Römer einen grausamen Mißbrauch davon machten, und oft ohne hinreichende Ursache, in einer unüberlegten Hitze des

t) *L.* 32. *D. de Reg. iur.* Quod adtinet ad ius *ciuile*, serui pro *nullis* habentur: non tamen et iure *naturali*, quia, quod ad ius naturale adtinet, omnes homines aequales sunt.

v) *L.* 14. *D. de Oblig. et act.* Serui ex *delictis* quidem obligantur, et si manumittantur, obligati remanent; ex *contractibus* autem *ciuiliter* quidem *non* obligantur, sed *naturaliter* et obligantur, et obligant. Ueber die Vereinigung dieser Gesetzstelle mit der *L.* 22. *D. de Reg. iur.* worin Ulpian sagt: in personam seruilem *nulla* cadit obligatio, sehe man *Nic. de Passeribus Conciliat. cunctt. legg. p.* 604. *Jqq.*

x) *§.* 7. *J. de Iniur. L.* 15. *§.* 35. *D. de Iniur. et fam. lib.*

y) *L.* 14. *§.* 2. 3. *D. de Rit. nupt.*

z) *L.* 209. *D. de Reg. iur.* Seruitutem mortalitati fere comparamus.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0149
DFG

Zorns ihre Sclaven ermordeten a). Aus diesem Grunde verboten Hadrian und Antonin der Fromme, die Sclaven zu tödten. Constantin verordnete, daß ein Herr, der einen Sclaven vorsätzlich, oder durch die Marter der Folter des Lebens beraubte, als ein Todtschläger bestrafet werden solle. Zwar wurde dem Herrn das Recht, seine Sclaven zu züchtigen, nicht genommen; überschrit er aber bey der Züchtigung die gebührlichen Grenzen, so konnte der Sclave sich deshalb bey der Obrigkeit beschweren. Dies verordnete schon August, und Antonin fügte noch hinzu, daß ein Herr zum Verkaufe des Sclaven gezwungen werden solle, wenn er körperliche Mißhandlungen und unerträgliche Härte an ihm verüben würde b).

Es konnte eine gerechte Sclaverey auf verschiedene Art und Weise entstehen. Jemand konnte ein Sclave von Geburt seyn, er konnte aber auch frey gebohren seyn, und in die Sclaverey gerathen c). In Gemäßheit des römischen Rechts sind die Kinder einer Sclavinn von Geburt an Sclaven; Sclavinnen sind res, und folglich sind auch die Kinder, welche sie gebiert, als Sachen anzusehen. Ferner erkläret das römische Recht die Kriegsgefangenen für Sclaven, und zwar aus dem Grunde, weil man dem Feinde im Kriege das Leben zu nehmen berechtiget ist; bedienet man sich dieses Rechts nicht, und schenket dem Feinde das Leben, so ist man befugt, ihn zum Sclaven zu machen d). Zur Strafe wurden auch solche freye Men-

a) Zuerst verordnete die bekannte *lex Petronia*, deren Urheber der Tribun *L. Petronius* seyn soll, daß es einem Herrn nicht erlaubt seyn solle, seinen Sclaven nach eigenem Gutdünken zum Thiergefechte zu bestimmen. *L. 11. §. 1. 2. D. Ad leg. Cornel. de Sicar. Fornerius Lib. II. rer. quotidd. cap. XXVIIII. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. II. p. 191. sq. Noordkerk Specim. lectt. seu disquisit. de lege Petronia*, (Amstelod. 1731.)

b) *§. 2. J. de His, qui sui vel alieni iur. sunt. L. 1. §. 2. et L. 2. D. eod. L. vn. C. de Emend. seru.*

c) Die verschiedenen Entstehungsarten der Sclaverey werden in der angeführten *§. 4. J. de Jur. person.* folgendergestalt characterisirt: Serui autem aut nascuntur, aut fiunt: nascuntur ex ancillis nostris: fiunt aut iure gentium, id est, ex captiuitate, aut iure ciuili, quum liber homo maior XX. annis ad pretium participandum sese venumdari passus est. *cf. Jos. Finestres Com. in Hermogen. iur. epitomm.* (Ceruar. Lac. 1757.) *p.* 836.

d) Daher wurden die Sclaven serui, imgleichen mancipia genannt. Dies lehret die *§. 3. J. de Jur. person.* in den Worten: *Serui* autem ex eo adpellati sunt, quod imperatores captiuos *vendere*, ac per hoc *seruare*, nec *occidere* solent: qui etiam *mancipia* dicti sunt eo, quod ab hostibus *manu capiuntur*. *Auellanus Restitt. aliquot. loci bonorum auctt. cap. XXIII. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. I. p. 472. sq.)* In der angezogenen *§. 4. J. eod.* sagt Justinian, die Entstehungsart der Sclaverey

Menschen Sclaven, die sich in der Absicht, den Käufer um das Kaufpretium zu betrügen, freywillig als Sclaven verkaufen ließen, vorausgesetzt, daß sie bereits das zwanzigste Jahr ihres Alters zurückgelegt hatten; vermöge eines unter dem Kayser Claudius gemachten Senatusconsults sollen diese in der Sclaverey bleiben e). Wenn ein römischer Bürger wegen eines begangenen Verbrechens am Leben gestrafet werden sollte, so mußte man ihn zuvor für einen Sclaven erklären; der Delinquent war in solchem Falle ein seruus *poenae*, und die Sclaverey selbst hieß seruitus *poenae* f). Da überhaupt ein Sclave kein Vermögen besitzen konnte, so hatte sie begreiflich die Confiscation des Vermögens zur Begleiterinn. In der *Nou. 22. cap. 8.* hat aber Justinian die seruitutem poenae ganz abgeschafft, und ausserdem hat er die Confiscation des Vermögens zum Besten der nächsten Anverwandten aufgehoben. Hinterlässet ein zum Tode verurtheilter Missethäter Descendenten, Kinder, Enkel, Urenkel u. s. w. oder Ascendenten bis auf den dritten Grad, das heißt,

verey durch die Kriegsgefangenschaft sey im *iure gentium* gegründet. Der Natur der Sache gemäß ist dies nicht von dem natürlichen, sondern von dem positiven römischen iure gentium zu verstehen, und offenbar unrichtig ist es also, wenn Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 67. S. 83. f. behauptet, der römische Gesetzgeber habe geglaubt, das Naturrecht erkläre die Kriegsgefangenen zu Sclaven. Es lässet sich diese irrige Behauptung lediglich mit einer andern eben so irrigen Meinung dieses Rechtslehrers entschuldigen, welche er an einem andern Orte seines Commentars, §. 30. *not.* 2. S. 46. aufstellet, wo er nämlich die richtige Distinction zwischen ius gentium *primarium* und *secundarium* als unrichtig verwirft, weil sie in dem römischen Gesetzbuche nicht vorkomme und zu nichts diene. Das Raisonnement übrigens, daß man nur alsdann das Recht habe, dem Feinde das Leben zu nehmen, wenn man schlechterdings seines eigenen Lebens oder Vermögens nicht sicher ist, so lange er lebet, und daß man folglich ihn zu tödten nicht berechtiget sey, wenn man ihn zum Sclaven macht, indem dies beweise, man könne auch bey seinem Leben sicher seyn, trägt *Montesquieu Esprit des loix* (à Londres 1787.) *Livre XV. chapit II. p.* 120. *sq.* weit besser so vor: Il est faux, qu'il soit permis de tuer dans la guerre autrement que dans le cas de nécessité: mais dès qu'un homme en a fait un autre esclave, on ne peut pas dire, qu'il ait été dans la nécessité, de le tuer, puisqu'il ne l'a pas fait.

e) *Ramos del Manzano de venditione liberi hominis ad L. 23. D. de Liber. causs.* (*in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. VII. p.* 201. *sqq.*) Eine seruitus voluntaria pactitia ist im römischen Rechte ganz unbekannt. In der *L. 37. D. de Liber. causs.* sagt Callistratus ausdrücklich: Conuentio priuata neque seruum quemquam, neque libertum alicuius facere potest. Begab sich demnach jemand aus Noth ehrlich und öffentlich in die Sclaverey, so wurde er kein Sclave. Man sehe indessen *Hommel Diss. de seruitutis per pactum constitutione, §. 6. sqq.*

f) *Noodt Probabill. Lib. III. cap. XII. Walch Diss. de donatione capite damnati ad L. 15. D. de Donat. §. 2.* (*in Eiusdem opusc. Tom. I. p.* 263. *sqq.*)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0151
DFG

heißt, Eltern, Großeltern oder Urgroßeltern, so erben ihn diese und das Vermögen wird nicht confiscirt; sind aber dergleichen Verwandten nicht vorhanden, so findet die Confiscation statt. So war auch ein Patron befugt, seinen Freygelassenen in die Sclaverey zurückzuziehen, wenn sich dieser undankbar wider ihn bezeigte und ihm Beleidigungen zufügte g).

§. 120.

Schon in den ältesten Zeiten war auch in Deutschland die Eintheilung der Menschen in **freye** (*liberi*) und **unfreye** (*non liberi*) üblich. Das Wort frey, wenn es von Personen gebraucht wird, kommt in den deutschen Rechten überhaupt in einer zwiefachen Beziehung vor. Denn α) sind in der eigentlichen Bedeutung alle Personen frey, welche von keinem Leibherrn abhängen; hingegen werden auch β) im ausgedehntern Sinne diejenigen frey genannt, die in keiner Dienstpflicht stehen h). Die Freyen in der ersten und eigentlichen Bedeutung des Worts werden in **Freygebohrne** (*ingenui*) und **Freygelassene** (*liberti s. libertini*) eingetheilet. Freygebohrne sind nach ursprünglich deutschen Rechten nur diejenigen, welche durch eine eheliche Geburt von solchen Eltern und Großeltern abstammen, die in keiner Leibeigenschaft gestanden haben i). Zur ächten deutschen Freygebohrenheit war demnach weit mehr erforderlich, als zur römischen Ingenuität k). Heutiges Tages beurtheilet man solche in Deutschland mehr nach römischen, als ursprünglich deutschen Begriffen l). Freygelassene heißen alle diejenigen, welche entweder selbst

g) *Born Diss. de poenis ingratorum libertorum apud romanos*, (Lipsi. 1738.) Noch mehrere Entstehungsarten der römischen Sclaverey findet man beym *Mercerius Opinn. et obseruu. Lib. I. cap. VIIII.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. II. p.* 1567. *sqq.*)

h) In dieser letztern Hinsicht gab es selbst unter dem Adel Unfreye, wohin ehedem alle diejenigen gehörten, welche nach Lehnrecht oder nach Hofrecht dienten, oder bey einem Ritter als Knechte und Knappen die Aufwartung hatten. Daher heißen diejenigen, die niemandem zu dienen schuldig waren, in der höhern Bedeutung des Worts Freye oder Freyherren. Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, (Göttinq. 1795.) §. 327. S. 246.

i) *Boehmer Pr. de ingenuorum natalium probatione*, (*in Eiusdem Electt. iur. ciuil. Tom. II. exercit. XV.*)

k) Im Sachsenspiegel B. I. Art. 51. heißt es: Welch Mann von seinen vier Ahnen, das ist von zween Eltern Vätern, und von zween Eltern Müttern, und von Vater und Mutter, die unbescholden seynd, unbescholden an seinen Rechten ist, den mag niemand beschelten, er habe denn sein Recht verloren und verwirkt.

l) Dabelow System der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, Th. I. §. 76. S. 44. f.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0152
DFG

selbst aus der Leibeigenschaft entlassen worden, oder deren Eltern und Großeltern in diesem Zustande gewesen sind. Im letztern Falle hat man sie unterscheidungsweise auch Mittelfreye (*mediocriter liberi*) genannt m).

Der wesentliche Character der deutschen Leibeigenschaft bestehet in einer strengeren Verbindlichkeit zu Diensten und Zinsen, welche auf der Person des Leibeigenen, ohne Rücksicht auf den Besitz eines Guts dergestalt haftet, daß derselbe wider den freyen Willen des Leibherrn sich davon nicht losmachen kann; die auch mit dem aus diesem Verhältniß erworbenen Rechten auf seine Nachkommen forterbet n). Es ist demnach die ursprünglich deutsche Leibeigenschaft in der Gestalt, wie sie sich noch

m) Der Verfasser des Schwabenspiegels sagt Cap. L. (nach der Lahrischen Ausgabe) §. 2. „*Ingenuus* das spricht in latein der höchstfrey, und *libertinus* mittelfrey". Eine andere Bedeutung verbindet mit dem Ausdrucke mittelfrey das Schwäbische Landrecht Cap. XXXXVIIII. „Hie soll man hören dreyerley „Freyerleut, welche die Recht haben. Es heissent eins Semperfreyen, das „seynd die freyen Herrn als Fürsten und die andern Freyen ze man habent. Das „ander seynd mittelfreyen. Das seynd die, die der hohen freyen Man seynd. „Das dritt seynd Gebauern, die frey seynd, die heissent frey Landsassen". Die Freygebohrnen waren, so lange noch allgemeine Volksfreyheit zur deutschen Verfassung gehörte, allein die ordentlichen Mitglieder des gemeinen Wesens, und hatten bey allen Volksversammlungen Sitz und Stimme. Es wurden aus ihnen insbesondere die Scheffen und Beysitzer der Sendgerichte gewählet, und in dieser Hinsicht pflegte man sie Scheffenbarfreye, imgleichen Sendbarfreye, oder nach einem depravirten Ausdrucke Semperfreye zu nennen. Wer auf dem Reichssend erscheinen konnte, der hieß des H. R. R. Semperfreyer, obwohl auch oft nur solche hierunter verstanden werden, welche vom Grafensend oder den Sendgerichten eximirt sind. *cf.* Prescher Geschichte der Reichsgrafschaft Limpurg, Th. I. S. 115. *Boehmer Diss. de mulctis stuprorum, §.* 15. *(in Eiusdem elecit. iur. ciuil. Tom. III. p.* 365.) *de Selchow de iuribus ex statu ingenuorum pendentibus*, (*in Eiusdem elecit. iur. germ. p.* 132. *sqq.* Ueber die Vorzüge der Freygebohrnen sehe man Runde a. a. O. §. 331. ff. S. 248. ff.

n) In der Glosse zum Sachsenspiegel B. III. Art. XXXXII. §. 5. wird die deutsche Leibeigenschaft mit folgenden Worten genau beschrieben: „Es folget nicht, daß alle „Diener eigen seyn? Diß löß also, Etliche Dienstbarkeit lieget auff eim manne „also, daß er dienen muß, und diese sind eigen. Etlicher Leut Dienstbarkeit aber „liegt allein auff ihrem gut, also wer dasselbig gut hat, muß davon dienen. Darumb ist ein unterscheidt zu halten zwischen den eigenen und dienstmannen". Westphal deutsches Privatrecht, Th. I. Abhandl. XXXVII. S. 411. behauptet, das vornehmste Kennzeichen der Leibeigenschaft bestehe darin, daß der Leibeigene nie Eigenthümer seines Guts, sondern nur Wirth sey. Ohnstreitig ist dies aber ein sehr trügliches Merkmal. *cf.* Binder *Diss. de statu rusticorum seruili eiusque probatione*, (Giessae 1765.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0153
DFG

noch heutiges Tages in mehreren deutschen Provinzen zeiget, keinesweges mit der römischen Knechtschaft von einerley Natur, weil sie dem Leibherrn nicht das Befugniß giebt, über die Person und das Vermögen eines Leibeigenen alle die Rechte auszuüben, welche als wesentliche Bestandtheile eines völligen und uneingeschränkten Eigenthums anzusehen sind o). Diese Leibeigenschaft ist natürliche Folge eines Vertrags; sie ist nicht das Werk kriegerischer oder tyrannischer Unterdrückungen, sondern entstand vertragsweise zwischen dem Begüterten, welcher Grund und Boden zur Cultur verleihen, und das Gut mit allen zur Landwirthschaft erforderlichen Geräthschaften versehen konnte; und zwischen dem Unbemittelten, der zur Sicherheit dessen, was man ihm anvertrauet, und von ihm für die Benutzung zu fordern hatte, nichts als seine und seiner Kinder Person verbürgen konnte p). Außer diesen freywilligen Leibeigenen gab es überdem einige gezwungene Knechte, denen der Begüterte außer dem Hause nichts anvertrauete, sondern die er verhandelte, wenn sie für ihn im Hause unbrauchbar waren. Ohne Zweifel verfuhr man so in den ältern Zeiten auch mit den Kriegsgefangenen; und wo man späterhin auch diese zum Ackerbau gezwungen hat, da wird auch der Leibeigene noch jetzt viel willkührlicher behandelt q).

Der Zustand der Leibeigenen ist übrigens nach Verschiedenheit der Länder und Orte in Deutschland sehr verschieden, und ihre Rechte sind theils nach den zwischen ihnen

o) *Boehmer Diss. de iure et statu hominum propriorum a seruis germaniae non romanis deriuando, et de vsu huius doctrinae, (in Eiusdem exercitt. ad Pandect. Tom. I. exercit. XVIII. p. 736. sqq.)* Schon Tacitus *de moribus germanorum, cap. XXV.* unterscheidet zwischen den römischen und deutschen Knechten sehr genau. Servis (sagt er) non in nostrum morem descriptis per familiam ministeriis vtuntur. *Suam quisque sedem, suos penates regit.* Frumenti modum dominus, aut pecoris, aut vestis *vt colono* iniungit: et seruus *hactenus* paret. Verberare seruum ac vinculis et opere coercere, rarum. Occidere solent, *non disciplina ac seruitute*, sed inpetu et ira *vt inimicum*, nisi quod inpune. Die alte deutsche Verfassung in Absicht auf die Leibeigenschaft untersuchen *Gebauer Pr. de dominica veterum germanorum potestate*, und *Diss. de libertinitate veterum germanorum, (in Eiusdem vestigg. iuris germ. antiquissimi, num. 15. 17.)* Fontanini Gedanken von denen Masnaden oder Leibeigenen und anderen Knechten, nach den Gebräuchen der Longobarden, (in italiänischer Sprache nebst deutscher Uebersetzung beym Estor in den kleinen Schriften, St. II. S. 294 — 419.)

p) Runde a. a. O. §. 537. S. 428. f.

q) Eggers über die gegenwärtige Beschaffenheit und mögliche Aufhebung der Leibeigenschaft in den Cammergütern des Herz. Mecklenburg-Schwerin, (Bützow, Schwerin und Wismar 1784.) §. 11. f. S. 27. f.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0154
DFG

ihnen und dem Leibherrn abgeschlossenen Verträgen zu beurtheilen, theils nach den Eigenthumsordnungen und dem Herkommen zu bestimmen r). Sie stehen in einer strengern Verbindlichkeit zu gewissen auf ihrer Person haftenden Diensten und Zinsen, wodurch sie allein in Beziehung auf die gemeinen den persönlichen Zustand berücksichtigenden Rechte von andern Menschen sich unterscheiden. Es werden ihnen daher alle aus dem persönlichen Zustande entspringenden Befugnisse eingeräumet, wiefern ihre persönliche Dienst- oder Zinspflicht nicht entgegen stehet. Ein Leibeigener kann folglich insonderheit eine nach bürgerlichen und kirchlichen Gesetzen gültige Ehe (matrimonium legitimum et ratum) eingehen. Ohngeachtet aber dem Leibherrn kein Befugniß zustehet, die Heyrathen seiner Leibeigenen ohne rechtliche Ursache zu hindern, oder nach Belieben anzubefehlen s), so dürfen diese gleichwohl nicht ohne Einwilligung desselben sich verheyrathen, und müssen ihm bey dieser wichtigen Handlung zur Recognition der Leibeigenschaft eine gewisse Abgabe geben, welche **Bedemund**, **Bettmund**, **Bauermiethe**, **Klauenthaler**, **Mannthaler**, **Brautlauf**, **Kardiestelgeld**, **Hemdschilling**, **Hemdlaken**, **Frauenzins**, *maritagium*, *cunnagium*, *marcheta* u. s. w. genannt wird. Das leibherrliche Recht, diese Abgabe zu fordern, nennt man das Bedemundsrecht t). Auch ist der Leibeigene vermöge des Verhältnisses, worin er gegen seinen Leibherrn stehet, nicht befugt, ohne Einwilligung desselben über seine Person solche Verfügungen zu treffen, wodurch die aus seiner Dienst- und Zinspflicht entstehenden besondern Rechte des Leibherrn geschmälert werden könnten. Er kann demnach so wenig in Kriegsdienste treten, als Bürgerrecht und Innungsrecht gewinnen, und wenn dies dennoch ohne leibherrlichen Consens geschehen ist, so wird deshalb durch gerichtliche Abforderung seiner Person das **Satzrecht** oder **Besatzungsrecht** (*quasi vindicatio hominis proprii*) ausgeübet, auch allenfalls gegen ihn selbst eine confessorische Klage gebraucht v).

r) *Stamm Tr. de seruitute personali ed. III. vna cum tractatu elegantissimo trium iurisconsultorum Husani, Bonacossae et Erhardi de seruis hominibus propriis et famulis*, (Fref. 1699.) *Thomasius de hominibus propriis et liberis germanorum*, (Halae 1701.) *Idem de vsu practico distinctionis hominum in liberos et servos*, (ibid. 1711.) *Senckenberg de conditione seruorum*, (Giessae 1743.)

s) *Struben Comment. de iure villicorum vulgo* vom Meyerrecht, (Hanou. 1768.) *cap. III. §.* 17. Derselbe rechtliche Bedenken, Th. IIII. Bed. LXXXX. §. 2. S. 234. f.

t) *Hoffmann Obseruu. iur. germ. Lib. I. cap. VIII. p.* 84. *sqq. Grupen de virginum praegustatoribus, iure deflorationis, iure primae noctis, Maidenrents, Marcheta*, (*in Eiusdem Tr. de vxore theodisca, cap. I. p.* 1 — 35.) Ueber den Ausdruck Mannthaler sehe man insbesondere *a Pufendorf Obseruu. iur. vn. Tom. II. obs. CLXVI. p.* 535. *sq. Tom. III. obs. XXVIII. p.* 105. *sqq.*

v) Runde g. g. G. §. 545. S. 439.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0155
DFG

Zu mehrerer Sicherheit des Leibherrn muß der Leibeigene demselben die Erfüllung aller seiner Pflichten durch den sogenannten **Erbeyd** (*iuramentum adsecurationis*) versprechen. Thut er gleichwohl seine Schuldigkeit nicht, so kann er allerdings zur ordentlichen Erfüllung der Dienstpflicht durch den sogenannten **Dienstzwang** angehalten werden x). Ein anderes aus der Leibeigenschaft entstehendes Recht betrifft den **Haupt- und Sterbefall** oder das **Mortuarium** y), vermöge dessen ein Leibherr auf den Todesfall seines Leibeigenen aus dessen Verlassenschaft dasjenige zu fordern berechtiget ist, was ihm nach besonderen darüber vorhandenen Verträgen, Gesetzen oder Herkommen vor allen Universalerben daraus gebühret z). Häufig pflegt dieses

x) Eine besondere aus der Leibeigenschaft entstehende Gattung des Dienstzwanges bestehet darin, daß die Kinder der Leibeigenen ohne leibherrliche Genehmigung sich nicht als Gesinde vermiethen dürfen, und daß der Leib- und Gutsherr bey diesem Contracte den Vorzug vor jeder andern Herrschaft behauptet. Dieser Dienstzwang hat sich in manchen Gegenden auch bey frey gewordenen dienstpflichtigen Bauern erhalten. *cf. Reinhart de iure protimiseos et retractus circa seruitia et operas liberorum subditorum in Elector. Sax. dominis competente*, (Erford. 1726.) Schaumburg Einleitung zum Sächsischen Rechte, Th. I. *exercit. VI.* §. 4. 5. S. 90. ff. *Breuning de gasindis hodiernis necessariis ex iure* des Dienstzwanges, (Lipſ. 1757.)

y) *Pottgiesser de conditione et statu seruorum apud germanos, Lib. II. cap. XI. p.* 540. *sqq. Harpprecht Diss. de iure mortuario, in bonis defuncti hominis proprii, eius domino competente, vulgo* Hauptrecht, Hauptfall, (*in Eiusdem dissertt. acadd. Vol. II. num. LVIIII. p.* 577. *sqq.*) von Eichmann Sammlung kleiner Abhandlungen aus der Rechtsgelehrsamkeit, Num. XIII. Bodmann hist. juristische Abhandlung von dem Besthaupte, nach gemeinen deutschen und besonderen Mainzischen Rechten und Herkommen, (Mainz 1794.)

z) Es kommt dieses Recht unter mehreren Benennungen vor. Einige derselben beziehen sich auf die Sache, welche dem Leibherrn vermöge dieses Rechts zufällt, als: Leibgeld, Leibpfennig, Erbgeld, Gewandfall, Gewandtheil, Besthaupt, Bestheil oder Buttheil, Bettgewandt, Curmede oder Röhrrecht, Röhrpferd, Beutelrecht, *ius capitale, caput optimum, heroitum, bidellae ius.* Andere sind von dem Falle selbst hergenommen, in welchem das Recht ausgeübet wird, als: Erbfall, Erbrecht, Fallrecht, Waidmahl, Verstarb, Trauerrecht, Geläß, Todtenzoll, Todtfall, todte Hand, *vltimus census, ius caduci, caduca mortis, manus mortua, main morte, exuuiae, ius luctuosum.* Endlich giebt es auch Benennungen, die von sehr zweifelhaftem Ursprunge sind, und deren Abstammung ungewiß ist, wohin die Wörter Frohnlosin, imgleichen Baulebung gehören. Vermuthungen über selbige findet man beym *Schottelius de singularibus in germania iuribus, cap. II.* §. 19. und *Hellfeld Reperter. iuris priuati, f. v.* Baulebungsrecht. Uebrigens verdienen über den Ursprung der angeführten Namen vorzüglich nachgesehen zu werden Emminghaus Abhandl. von dem Todfallsrecht, und dem Unterschiede zwischen dem Hauptrecht und Budtheil, (in Schotts juristischem Wochenblatte, Th. I. S. 429.)

dieses Mortuarium nicht in Natur dem Leibherrn ausgeliefert, sondern zwischen ihm und den Anerben nach billigem Anschlag ein Stück Geld dafür bedungen zu werden, welches die **Besthaupttheidigung** genannt wird a).

Praestitis iis, sagt der Verfasser, quae domino iure debentur, reliquum sibi adquirit homo proprius. Leibeigene können Eigenthum haben. Wenn sie dem Herrn ihre Dienste und Abgaben geleistet haben, und alsdann noch etwas erwerben können, so gehöret dies ihnen. Denn die gemeinen persönlichen sowohl als dinglichen Rechte freyer Mitglieder der bürgerlichen Societät, welche mit den aus der Dienst- und Zinspflicht entspringenden besonderen Rechten des Leibherrn in keinem Widerspruche stehen, kommen dem deutschen Leibeigenen eben so gut zu statten, als dem Leibesfreyen. Der Gebrauch mancher Erwerbungsarten, und das Befugniß über das Erworbene sowohl, als über die im Verhältniß zum Gutsherrn indifferenten eigenen Handlungen zu disponiren, imgleichen die rechtlichen Wirkungen einer gesetzmäßigen Ehe, u. s. w. geben dies hinlänglich zu erkennen. Insbesondere hindert den Leibeigenen auch keine aus seinem persönlichen Zustande entstehende Unfähigkeit (defectus in statu personali) an dem Befugniß, über das von ihm adquirirte, keinen gutsherrlichen Rechten unterworfene Vermögen des Todes wegen zu disponiren b), wenn gleich einigen Leibeigenen wegen des weit ausgedehnten Sterbefalls die Testamentifaction und Schenkung des Todes wegen untersagt worden

S. 429.) Roßmann vom Freudenpferde, Haupt- und Gewandsfall, (in Schotts juristischem Wochenblatte, Th. III. S. 256.) Dreyer Miscellaneen des deutschen Rechts, S. 125. *not.* 8. Knorre kurze Nachricht von dem Ursprunge und Beschaffenheit des Erbrechts, oder Hauptfalls, auch Untersuchung der Ursache, warum dieses Recht todte Hand genannt worden sey, (in dessen rechtlichen Anmerkungen, Num. XXII. S. 344. ff.

a) *cf.* Lennep Abhandl. von der Leyhe zu Landsiedelrecht, S. 516. Güter, deren Besitzer solchen Sterbefällen unterworfen sind, werden überhaupt Curmedgüter, Curmedleben, fallbare Güter genannt. Sie können nach ihren übrigen Eigenschaften auch Rittergüter seyn. Denn das Mortuarium kann nach der heutigen Observanz um so weniger für ein sicheres Zeichen der Leibeigenschaft gelten, weil es an verschiedenen Orten nicht nur Leibeigene giebt, die demselben nicht unterworfen sind, (Eggers a. a. O. S. 201.) sondern auch in vielen Gegenden theils persönlich freye Bauern, theils Vasallen und Edelleute, als Besitzer solcher Curmedgüter es zu entrichten haben. *de Ludolf de qualitate bonorum curmodalium, quatenus conueniant cum feudalibus, emphyteuticis vel allodialibus, (in Eiusdem obseruu. forr. Part III. obs. CCLXXXIII. p. 291.) de Cramer Obseruu. iur. vn. Tom. I. obs CCXXXIII. p. 530. sqq.* Der Ursprung dieses Rechts und dessen Veranlassung zeigt mit Evidenz Runde a. a. O. §. 550. S. 444. f.

b) *Stryk VS. mod. Pandect. Lib. XXVIII. tit. I. §. 9. p. 716. sq.*

ist c). Es können auch Leibeigene zur Errichtung eines Testaments mit Rechtsbestand als Zeugen genommen werden. Zwar wollen die Reichsgesetze d), daß Testamentszeugen von der Leibeigenschaft frey seyn sollen; allein diese Verordnung enthält eine unschickliche Anwendung der von der römischen Knechtschaft geltenden Principien auf die deutsche Leibeigenschaft, und aus diesem Grunde befolget sie die Praxis nicht e).

Die Leibeigenschaft kann nach deutschen Rechten entstehen α) durch die eheliche und uneheliche Geburt von einer leibeigenen Mutter f) nach dem Grundsatze: **das Kind folget dem Busen.** Dieses Princip giebt auch für den Fall, da etwa beyde Eltern in verschiedener Herren Eigenthume stehen, die Entscheidung, wem die Kinder angehören g). Die bekannte Parömie: **das Kind gehöret zu der ärgern Hand**, scheinet nur so lange Regel gewesen zu seyn, als der Haß gegen wahre ungleiche Heyrathen noch wirksamer war, als er heutiges Tages ist h); oder die Anwendung des im römischen Rechte i) enthaltenen Grundsatzes: *partus sequitur ventrem*, hat in den neuern Zeiten andere Bestimmungen veranlasset. Uebrigens kann weder für die Erstgeburt noch Zwillingsgeburt einer leibeigenen Mutter die Freyheit gefordert werden, wenn sie nicht besonders mit dem Leibherrn bedungen worden ist. β) Durch die Heyrath trit eine freye Person in den Stand der Leibeigenen über, wenn sie sich wissentlich mit einer unfreyen Person verehelicht, sich zu ihr auf ein eigenbehöriges Gut begiebt, und solchergestalt mit ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung des Leibherrn in ihren Stand trit. Daher sind die Sprüch-

c) Münsterische Eigenthumsordnung, Th. I. Tit. VII. §. 1. Th. III. Tit. IIII. §. 1 — 3. Oßnabrückische Eigenthumsordnung, Cap. VI. §. 9. Cap. XV. §. 1 — 4.

d) Notariatsordnung Tit. von Testamenten, §. 7.

e) von Cramer Wetzlarische Nebenstunden, Th. II. S. 21. f. *Stryk l. l. §. 17. p. 724. sq.* Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. II. §. 120. *b.* S. 337.

f) Röslin Abhandl. von besonderen weiblichen Rechten, Band I. S. 239. f. In der Münsterschen Eigenthumsordnung, Th. I. Tit. II. §. 6. und in der Minden-Ravensbergischen Eigenthumsordnung, Cap. I. §. 2. wird ein von einer freyen Mutter gebohrnes Kind ausdrücklich für frey erkläret, wenn gleich der Vater eigen ist. Und dies ist auch heutiges Tages an verschiedenen andern Orten Regel. Runde g. a. G. §. 539. *not. a).* S. 435. f.

g) Dabelow System der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, Th. I. §. 71. S. 42.

h) *Hommel Diss. de recto sensu et usu paroemiae germanicae:* das Kind gehöret der ärgern Hand, (Lipsi. 1767.) Eisenhart Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern, Abtheil. II. Num. III. S. 152. ff.

i) *L. 7. C. de Rei vind.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0158
DFG

Sprüchwörter entstanden: die unfreye Hand ziehet die freye nach sich, und: tritst du mein Huhn, wirst du mein Hahn k). Es hat aber insbesondere diese letztere Regel bey Mannspersonen nur unter den gegebenen Bestimmungen einen vernünftigen Grund und Anwendung l). Verführungen zu unehelichen Beywohnungen, wie auch Entführungen einer Leibeigenen, und alle ohne leibherrliche Genehmigung geschlossene Ehen begründen auf Seiten des letztern eine Klage auf eine von der ordentlichen Hurenbuße unterschiedene Genugthuung, welche Bedemund m) genannt zu werden pflegt, oder auch als ein Laßgeld bedungen werden kann; allein sie geben ihm kein Befugniß, den Verführer seiner Henne für seinen Hahn zu erklären. γ) Durch **Ergebung** oder **Addiction** wird jemand leibeigen, wenn er sich freywillig in die Leibeigenschaft begiebt n). Es kann solches durch einen ausdrücklichen Vertrag, worüber alsdann gemeinhin eine Urkunde, welche **Ergebebrief** heißt, ausgefertiget wird, auch stillschweigend dadurch geschehen, wenn jemand ein Grundstück wissentlich erwirbt, dessen Besitz die Leibeigenschaft nach sich zieht o). Auf allen Fall wird aber bey der freywilligen Ergebung erfordert, daß jemand über seine Person in dieser Rücksicht zu verfügen Freyheit haben müsse. Sonst kann man auch noch in die Leibeigenschaft gerathen, wenn man sich in ein Land begiebt, wo das **Wildfangerecht** (*ius wildfangiatus*) im Gebrauche ist, und sich hier so aufführet, daß solches zur Ausübung gebracht werden kann p); oder wenn man dreyßig Jahre hindurch die Pflichten eines Leibeigenen ohne Widerspruch erfüllet q), oder Jahr und Tag in einer Gegend sich aufhält, in welcher die Luft eigen macht r).

§. 121.

k) Eisenhart a. a. O. Num. XVIII. S. 75.

l) Runde a. a. O. §. 540. S. 436.

m) Pipers Gedanken vom Bedemuths oder Bette-Munds-Recht in Westphalen, (Halle 1761.) *Boehmer de mulctis stuprorum, cap. I. §. 10. (in Eiusdem electt. iur. ciuil. Tom. III. p. 251.)*

n) *Hommel de seruitutis per pactum constitutione*, (Lipſ. 1736.) *Carrach de addictione in seruitutem spontanea*, (Halae 1753.)

o) *Schmidt Princip. iur. germ.* (Norimb. 1756.) *tit. VII. §. 5. not. (*) p.* 103. *sq.*

p) *Hildebrand Diss. de iure wildfangiatus Sereniss. electori Palatino proprio*, (Alt. 1717.) *de Ludewig Diss. de wildfangiatu*, (Halae 1735.)

q) Dabelow a. a. O. §. 74. S. 43.

r) Estor bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit der Deutschen, Th III. Hauptst. LV. §. 359. S. 306. f. Eisenhart a. a. O. Num. XVII. S. 74. f. Zur Strafe geriethen auch in ältern Zeiten Deutschlands böse Schuldner, ausgesetzte und Findlinder

§. 121.

Es giebt auch in Deutschland freye Knechte und Mägde, die ihre Dienste einem Herrn vermiethen. Sie sind verbunden, die versprochenen Dienste zu prästiren, und der Herr ist dagegen schuldig, ihnen die ausbedungene Kost und den Lohn zu verabreichen. Zwar ist im Grunde der Contract zwischen Herrschaft und Dienstboten weiter nichts, als die den Römern schon bekannte locatio conductio operarum; da aber doch bey ihnen diese für Geld dienende Menschenclasse eigentlich nicht gewöhnlich war, so sind die Rechte und Verbindlichkeiten derselben, wie fern solche nicht auf Zusagen beyder Theile sich gründen und auf dem abgeschlossenen Dienstbotencontracte ruhen, mehr aus den besonderen Dienstboten- und Gesindeordnungen herzuleiten, oder der örtlichen Observanz gemäß zu beurtheilen s). Nach einem allgemeinen Herkommen in Deutschland haben Dienstboten bey entstandenem Concurse in Absicht auf das rückständige Liedlohn ein absolutes Vorzugsrecht, vermöge dessen sie vor allen andern Gläubigern aus dem schuldnerischen Vermögen ihre Befriedigung erhalten t), wiewohl solches hin und wieder neuerlich auf den Rückstand

der u. s. w. in die Leibeigenschaft. Hummel Compendium deutscher Alterthümer, (Nürnb. 1788.) Cap. VIII. §. 9. S. 128. *Pottgiesser Comment. iur. germ. de statu seruorum*, (Lemgou. 1736.) So lange ferner Duelle noch die Gestalt von Ordalien oder Gottesurtheilen hatten, war Knechtschaft das gewöhnliche Loos des überwundenen Theils. Dreyer Sammlung vermischter Abhandlungen, Th. I. S. 139. *de Selchow Pr. de renouatione nobilitatis*, §. 3. (*in Eiusdem electt. iur. germ. p.* 258.) Fischer Sitten und Gebräuche der Europäer im fünften und sechsten Jahrhundert, (Halle 1784) S. 137. 148. Auch fielen ehedem Hagestolzen in die Leibeigenschaft; denn vermöge des Hagestolzenrechts war jeder Freye, welcher bis in das funfzigste Jahr unverheyrathet blieb, und im ehelosen Stande verstarb, als Hagestolz dem Fiscus dergestalt leibeigen, daß diesem der in freyen Erbgütern bestehende Nachlaß zufiel. *a Pufendorf Obseruu. iur. vn. Tom. II. obs. LVIII. p.* 232. Daher kommt es ohne Zweifel, daß selbst noch heutiges Tages die Hagestolzen dem pfälzischen Wildfangsrechte unterworfen sind. Churpfälzische Landesordnung, Tit. V. S. 57. Von Wirtemberg sehe man *Breyer Elemm. iur. publ. Wirtembergici*, §. 325. (Tubing. 1787.) *p.* 584.

s) *cf.* Struben rechtliche Bedenken, Th. III. Bed. LXVIII. S. 148. ff. Bed. CVII. S 370. ff. Th. V. Bed. LXXXVIII. S. 203. ff. *Bauer Pr. de admittendo famulitii hodierni in fauorem domini testimonio, (in Eiusdem opusce. Tom. I. num.* 42. *p.* 434. *sqq.* Dorn ausführliche Abhandlung des Gesinderechts, (Erlang. 1794.) *a Pufendorf Obseruu. iur. vn. Tom. II. obs. XIIII. p.* 88. *sq. ed. nouiss.*

t) Schon der Sachsenspiegel B. I. Art. 22. gedenket dieses Vorzugsrechts des Liedlohns in den Worten: von dem Erbe soll man allererst dem Gesinde geben ihren Lohn, als es ihnen gebühret. *Boehmer Diss. de iure mercedis opificum in*

Rückstand von zwey oder drey Jahren eingeschränket worden ist v). Uebrigens sind den Dienstboten alle Rechte anderer freyer Personen zuständig, wiefern die Ausübung derselben mit den vertragsweise übernommenen Diensten verträglich ist. Unter dieser Voraussetzung können sie nicht nur Verträge mit andern abschließen, sondern auch außerdem solche Arbeiten verrichten, wodurch sie etwas erwerben. Gleichwie sie aber die bestimmte Miethzeit auszuhalten verbunden sind, so müssen sie auch insbesondere bey Leistung der Dienste die gehörige Vorsicht beobachten, und die Herrschaft ist berechtiget, sie zu ihrer Schuldigkeit anzuhalten. Streitig ist es, ob die Herrschaft ihr Gesinde wegen vorsätzlicher Nichterfüllung der ihm obliegenden Pflichten oder begangener Vergehungen halber eigenmächtig zu züchtigen befugt sey. In Ermangelung besonderer Provincialgesetze kann man der Herrschaft unmöglich ein solches Züchtigungsrecht einräumen x); denn es lässet sich so wenig aus der Natur des Miethcontracts herleiten, als nach den Gesetzen vertheidigen. Die Stellen

in concursu creditorum, §. 15. (in Eiusdem electt. iur. ciuil. Tom. I. p. 399.) Gmelin Ordnung der Gläubiger bey dem über ihres Schuldners Vermögen entstandenen Gantprocesse, (Ulm 1793) Cap. II. §. 7. S. 91. ff. Dabelow system. Erläuterung der Lehre vom Concurs der Gläubiger, Th. II. §. 216. S. 203. ff. Die Billigkeit dieses gemeinen deutschen Herkommens zeiget Fredersdorff rechtl. Untersuchung, wie die Concurskosten am billigsten zu bezahlen, (Lemgo 1774.) S. 14.

v) Die Brandenburg-Onolzbachsche Concursordnung §. 23. *n.* 8. S. 17. setzt den Liedlohn nur von zwey Jahren in die erste Classe, und zwar, wenn ein besonderer Jahrgeding gemacht worden. In Gemäßheit einer Hessencasselschen Verordnung vom Jahre 1751. ist ebenfalls nur das von den zwey letztern Jahren rückständige Dienstlohn in die erste Classe gesetzt, und das übrige unter die persönlichen Schulden verwiesen worden. S. Estor bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit der Deutschen, Th. I. Hauptst. LXIII §. 496 S. 205. In Churſachsen erstrecket sich das Vorzugsrecht des Gesindelohns nicht über die drey letztern Jahre vor des Schuldners Absterben, oder vor dem entstandenen Concurse hinaus. E. P. G. *ad tit. XXXXII. §. 5. cf. Wieſand Obſeruu. iur. rom. et Sax. Specim. IIII. (in Eiuſdem opuſcc. p. 41. ſq. de Winckler Pr. ex aduerſariis iuris iudiciarii adnotatio XII. de famulorum mercenariorum locatione,* (Lipſ. 1788.) Unten, im Titel der Pandecten *de Reb. auct. iud. poſſid.* wird von diesem Vorzugsrechte umständlicher zu handeln seyn.

x) *Stryk Vſ. mod. Pandect. Lib. I. tit. V. §. 12. p. 86.* Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. II. §. 121. S. 356. f. Die Churſächsische Gesindeordnung vom Jahre 1769. §. 3. 4. 5. *(in Cont. Cod. Aug. Tom. I. p. 978.)* lässet zwar der Herrschaft eine mäßige Züchtigung ihres Gesindes nach, verwarnet sie aber dabey nachdrücklich vor aller Unbilligkeit. Hingegen verweiset sie auch nicht minder das Gesinde ernstlich zur Schuldigkeit, und dahin an, sich bey begangenen Fehlern einer gemäßigten Correction willig zu unterwerfen. *cf. Schott Inſtitt. iur. Sax. elector. priu. Lib. I. Sect. II. cap. VII. §. 6. p. 158. ſq. ed. nouiſſ.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0161
DFG

Stellen des römischen Rechtskörpers, auf welche die dissentirenden Rechtslehrer ihre Meinung zu begründen suchen y), beweisen im geringsten nichts. Die *L. 13. §. 4. D. Locati* z) redet keinesweges vom Miethgesinde, welches seiner Herrschaft für Lohn und Kost zu dienen verbunden ist, sondern verstattet lediglich einem Lehrmeister, den ihm anvertraueten Lehrling durch vernünftige und mäßige Züchtigung zum Fleiße und zur Aufmerksamkeit zu nöthigen. Nicht minder unerheblich ist das Argument, welches die Gegner aus der *L. vn. C. de Emend. seruor.* und *L. vn. C. de Emend. propinquor.* hernehmen. Beyde Gesetze reden, wie schon die Titel, unter welchen sie angetroffen werden, genugsam zu erkennen geben, keinesweges von Dienstboten; vielmehr wird in dem erstern von Sclaven gehandelt, und in dem letztern von minderjährigen Verwandten, welche ein ungebührliches Betragen haben. Behauptete aber jemand, es könne der Schluß von römischen Sclaven auf das heutige Miethgesinde als richtig gelten, so würde derselbe hinlänglichen Grund geben, zu vermuthen, daß ihm die große Verschiedenheit zwischen diesen beyden Menschenclassen ganz und gar fremd sey; und glaubte jemand, doch wenigstens von minderjährigen Verwandten auf die Dienstboten argumentiren zu können, so würde er eben dadurch den gänzlichen Mangel an einem richtigen logischen Gefühl sehr unzweydeutig verrathen.

§. 122.

In der allgemeinen, auch im römischen Rechte gewöhnlichen Bedeutung kann der Name **Bauer, Landmann** (*rusticus, raricola*) allen denen beygeleget werden, welche

y) *Meuius Com. ad ius Lub. Part. III. tit. VIII. art.* 10. *n.* 13. 15. *Bechmann Disp. de iure famulorum hodierno, quatenus veteri seruorum iuri conuenit, aut ab eo discrepat,* (Jenae 1762.) *cap. IIII. §.* 51. *a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. I. Specim. XVI. med.* 4. *p.* 166. *sq.* Struben rechtliche Bedenken, Th. III. Bed. XXXVIIII. S. 153. ff. *Müller Obseruu. practt. ad Leyseri meditt. ad Pandect. Tom. I. fasc. I. obs. LXXXVI. p.* 318. *sqq.* Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 70. S. 88.

z) Item Julianus libro octogesimo sexto digestorum scripsit, si sutor puero parum bene facienti forma calcei tam vehementer ceruicem percusserit, vt ei oculus effunderetur, ex locato esse actionem patri eius: quamuis enim magistris leuis castigatio concessa sit, tamen hunc modum non tenuisse, sed et de Aquilia supra diximus. Iniuriarum autem actionem competere, Julianus negat, quia non iniuriae faciendae caussa hoc fecerit, sed praecipiendi. Ohne Zweifel ist für *effunderetur* zu lesen *effoderetur;* wenigstens ist dies dem römischen Sprachgebrauche gemäßer. In der *L.* 52. *§.* 1. *D. Ad leg. Aquil.* bedienet sich auch Alfen des Ausdrucks: *oculum effoderat. cf. Catharinus Obseruu. et coniecturr. num. XIII.* und *Fornerius Rer. quotidd. Lib. III. cap. XI.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. I. p.* 488. *Tom. II. p.* 207.)

welche außer den Städten wohnen, und das Land bauen a). Hingegen in der strengern, im deutschen Rechte üblichern Bedeutung bestimmen Wohnung und Beschäftigung eben so wenig, als Kleidung und Sitten den distinctiven Character eines Bauern, sondern lediglich der Besitz eines Bauerguts, oder der Bauerländerey b). Ein **Bauergut** ist ein zur Landwirthschaft, das heißt, zum Ackerbau und zur Viehzucht bestimmtes Grundstück, welches den gemeinen Steuern und bäuerlichen Beschwerden unterworfen ist c). Diese bäuerlichen Lasten bestehen in **Grundzins** und **Frohndienst**. Eine Gemeinheit oder collegialische Verbindung der Besitzer solcher neben einander liegenden Bauergüter wird ein **Dorf** genannt d). Der Vorsteher einer solchen Gemeinheit führet, nach dem verschiedenen Sprachgebrauche der deutschen Provincen, den Namen **Dorfschulz, Gräbe, Heimbürge, Bauermeister** e). Die Dörfer werden in **unmittelbare** und **mittelbare** eingetheilet, je nachdem sie entweder unmittelbar unter den höchsten Reichsgerichten stehen, oder den Gerichten in einem Lande unterworfen sind. Sonst pflegt man auch jene **Reichsdörfer** f), diese hingegen **Landdörfer** zu nennen. Letztere sind theils **Amtsdörfer**, theils **Gerichtsdörfer**, wiefern sie nämlich entweder den herrschaftlichen Beamten unterworfen sind, oder unter den Patrimonialgerichten einer Gutsherrschaft stehen. Nach diesem Verhältnisse der Bauern zum Staate, vermöge dessen sie der höchsten Gewalt entweder **unmittelbar** oder **mittelbar** subordinirt sind, giebt es auch verschiedene Classen derselben. Jene nennt man **Amtsbauern, Cammerbauern**, imgleichen **herrschaftliche Bauern**, weil sie nicht nur das, was sie als Unterthanen steuern, sondern auch alles dasjenige, was sie als Bauern zu leisten

a) *Schrödter Disp. de notione rusticorum in germania*, (Gotting. 1743.)

b) Westphal deutsches und reichsständisches Privatrecht, Th. I. Abhandl. XXVI. S. 241. ff.

c) *Ziegler de praediis censiticis ruralibus*, (Viteb. 1687.) Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 482. S. 373.

d) *Fritsch Diss. de statu et iure pagorum germaniae*, (*in Eiusdem opuscc. num. XVIIII.*) Hin und wieder, wiewohl selten trifft man auch in Deutschland sogenannte Freygüter oder Freydingsgüter an, deren Besitzer von den ordentlichen bäuerlichen Lasten entweder ganz oder doch größtentheils frey sind, und daher freye Bauern, Freymänner, imgleichen Freysassen genannt werden. von Beneckendorf *Oecon. for.* Th. V. Hauptst. VIII. Abschn 6. Man sehe auch Siebenkees Beyträge zum deutschen Rechte, Th. II. Num. IIII. S. 128. ff.

e) Von Bestellung der Bauermeister und Vorsteher der Gemeinde eines Dorfs handelt Struben rechtliche Bedenken, Th. V. Bed. XXIII. S. 47. ff.

f) Jennichens Abhandl. von den Reichsdörfern und reichsfreyen Leuten, (Leipz. 1768.) von Dachröden Versuch eines Staatsrechts, Geschichte und Statistik der freyen Reichsdörfer in Deutschland, (Leipz. 1785.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0163
DFG

verbunden sind, dem Landesherrn oder seiner Cammer zu entrichten haben; diese im Gegentheil heißen **Gerichtsbauern**, **Patrimonialbauern** oder **Gutsbauern**, weil sie außer ihrem Landesherrn noch einen Gutsherrn über sich erkennen, dem gewisse bäuerliche Prästanda zu entrichten sind g). Die Entstehung und ursprüngliche Beschaffenheit des Bauernstandes in Deutschland ist bis dahin noch nicht ganz erwiesen h); inzwischen bleibt so viel immer ausgemacht, daß zwischen dem ehemaligen und heutigen Zustande desselben eine sehr große Verschiedenheit anzutreffen ist, und daher jener nicht mehr allgemein zum Maaßstabe der Bauernrechte gebraucht werden kann. Gemeine Bauern, welche nicht in der Leibeigenschaft stehen, sind in Beziehung auf ihren persönlichen Zustand freye Menschen. Sie können auch wider ihres Herrn Willen wegziehen, und den Ort ihrer Geburt und Bestimmung verlassen. Nur wegen des Besitzes ihrer Güter haben sie gewisse ihnen eigene Lasten zu tragen, die demnach begreiflich nicht länger dauern, als sie jene wirklich besitzen, oder an dem Orte ihrer Bestimmung bleiben.

§. 123.

g) Die mittelbaren oder Patrimonialbauern gehören entweder geistlichen Stiftungen an, oder die Gutsherren derselben sind Edelleute, Besitzer gewisser Rittergüter und andere weltliche Personen. Diese nennt man adliche Hintersassen, imgleichen Junkernmeyer; jene heißen Dotalbauern, Pfarrbauern, Wiedemuthsbauern, Stiftsbauern, Heiligenkreuzleute, Gotteshausleute. Nicht selten schreibet sich auch ihr Namen her von einem Heiligen, der für den Schutzpatron der geistlichen Stiftung, welcher dergleichen Bauern zins- und dienstpflichtig sind, gehalten wird. Daher haben die Ulrichsleute, Petersleute, Peterlinge, Pirmannskinder, Martensmänner ihre Benennungen erhalten. *cf.* Abhandl von dem Zustande der adelichen Hintersassen im Herzogth. Schleswig und Holstein, (in Dreyers Abhandlungen, Th. I. S. 361. ff.) Heineccius von Dotal Wiedemuths- oder Pfarrbauern, (in dessen vermischten Anmerkungen und rechtlichen Gutachten, S. 74. ff.) Treuer Untersuchung des Ursprunges und der Bedeutung des Martensmannes, (Helmst. 1733.) Kopp Nachricht von denen armen Mannen genannt Peterlinge in Hessen, in der Wetterau und auf dem Vogelsberge, (in Kuchenbeckers *Analectt. hassiacc. collect. VIIII. p. 65. sqq.*

h) *Seip de statu rusticorum ex medii aeui rationibus caute diiudicando*, (Gotting. 1749.) Schröter Abhandl. von der ehemaligen Knechtschaft der Bauern in Deutschland, (in den Erlang. gelehrt. Anzeig. vom Jahre 1752. Num. XXXXV. und XXXXVI. S. 353. ff.) *Boehmer Diss de libertate inperfecta rusticorum in germania*, (*in Eiusdem exercitt. ad Pandect. Tom. I. p. 810. sqq.*) Runde Vergleichung des ehemaligen und heutigen Zustandes der deutschen Bauern, und Untersuchung der Mittel, wodurch die erfolgten Veränderungen in dem deutschen Bauernstande bewirket sind, (in den *Memoires de la societé des antiquités de Cassel Tom. I. p. 252. ff.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0164
DFG

§. 123.

Die Dienste der Bauern, welche auch **Frohndienste**, **Scharwerk**, imgleichen **Robwold** oder **Rabwald** genannt werden, können in allen solchen Hülfleistungen bestehen, die sich von dem kunstlosen Fleiße des Bauern erwarten, und für die Landwirthschaft nützlich gebrauchen lassen i). Da aber die Dienstpflichtigen theils große, theils kleine Bauergüter zu benutzen haben, so richtet sich auch hiernach die verschiedene Art der Dienste, welche von ihnen entweder als **Spanndienste** oder als **Handdienste** gefordert werden. Hiernach theilet man die Bauern ein in **Pferdefröhner** und **Handfröhner**. Und darauf beziehet sich auch die gewöhnliche Eintheilung derselben in **große** und **kleine Bauern**. Zu der erstern Gattung gehören alle diejenigen, welche nach der Beschaffenheit ihrer Landwirthschaft Pferde halten müssen. Sie werden aus diesem Grunde **Anspänner**, **Fuhrleute**, **Ackerleute** genannt. In Absicht auf die Größe der Güter und die Zahl der Pferde, de-

i) *Engelbrecht de operis rusticorum*, (Helmst. 1675.) *de Berger de iure ordinum inperii territoriali circa operas subditorum*, (Jenae 1724.) *Grupen Disceptt. forr. cum obseruu. p.* 1005. *sqq. a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. VI. Specim. CCCCXVI. CCCCXVII. p.* 1065. *sqq.* Hauschild Abhandlung von Bauern und deren Frohndiensten, (Dresd. und Leipz. 1771.) *Struben Comment. de iure villicorum vulgo* vom Meyerrecht, *cap. V. a Pufendorf Obseruu. iur. vn. Tom. I. obs. CXXI. p.* 317. *sqq. ed. nouiss.* Lauhn Abhandl. von den Frohndiensten der Deutschen, (mit Anmerkungen und Urkunden vermehrt von Kuhn, Weissenfels und Leipz. 1785.) Von den Frohndiensten differiren die Landfrohnen, oder diejenigen Dienste, die der Landesherr vermöge der Landeshoheit zu fordern berechtiget ist, und welche die Bauern als Unterthanen zum Besten des Staats leisten müssen, ohne weiter eben darauf zu sehen, ob sie Cammerbauern oder Patrimonialbauern sind. Man pflegt sie auch mit dem Namen der Landhude oder Landfolge (*sequela territorialis*) zu bezeichnen. Es gehören dahin α) die Kriegsfuhren, Schanzarbeiten und überhaupt alle diejenigen Dienste, welche die Sicherheit des Landes erheischet. β) Die Burg- oder Hofdienste bey der Hofhaltung, wie auch die Hoffolge bey Veränderung des Hoflagers. γ) Die beym Wegebaue erforderlichen Dienste, und δ) die Amts- oder Gerichtsfolge. So lieget auch dem Bauer ferner außer seiner ursprünglichen Dienstpflicht, welche er gegen seinen Gutsherrn zu erfüllen hat, die Leistung der nach der Mannzahl oder der Häuserzahl zu vertheilenden Gemeinde- und Reihendienste ob, wovon der wahre Grund in den gesellschaftlichen Verhältnissen desselben angetroffen wird. Hieher sind nicht nur die zur Erhaltung der Gemeindewege und Gemeindebrücken erforderlichen Dienste zu referiren, sondern auch diejenigen, welche der Bauer als Parochian bey anzustellenden Kirchenvisitationen, oder zum Behuf der Reparaturen und des Baues der Kirche oder Pfarrwohnung zu leisten hat. Ueber die Landfolge verdienen vorzüglich nachgesehen zu werden *Cocceii de iure sequelae*, (Heidelb. 1678.) Struben rechtliche Bedenken, Th. II. B. d. VIII. S. 49. ff. *Hahn Diss. de iure sequelae*, (*in Hartlebeni Thes. dissertt. iur. selectt. in acad. Mogunt. habitt. Vol. I. Part. II. p.* 55. *sqq.*)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0165
DFG

ren sie bedürfen, führen sie wieder verschiedene Namen, die von der Art der Güter, und der darüber abgeschlossenen Contracte hergenommen werden, als **Vollmeyer** und **Halbmeyer**, **Vollhübner** und **Halbhübner**, **Vollspänner**, **Halbspänner** und **Viertelspänner**. Die kleinen Bauern werden mit dem sehr gemeinen Namen **Köter** belegt. Diese haben zwar etwas Acker und Wiesen bey ihrem Bauergute, aber doch nicht so viel, daß darauf allein mit Vortheil Pferde gehalten werden können. Nach der Größe ihrer Besitzungen werden sie wieder in **Großköter** und **Kleinköter** eingetheilet. Von beyden sind wiederum noch die **Brinksitzer**, **Häuslinge**, **Hausgenossen**, **Einläuflinge** und alle **unbehovede Lüde** zu unterscheiden k). Gleichwie nun aber überhaupt zur Verrichtung der Dienste eine solche Person gestellet werden muß, welche der schuldigen Arbeit gewachsen ist, so ist auch begreiflich bey der Frage: ob die wirkliche Dienstleistung als Mannsdienst, oder allenfalls auch als Weiberdienst zu betrachten sey? in den Fällen, wo der Dienstcontract darüber nichts entscheidet, nicht sowohl eben darauf lediglich zu sehen, ob die Dienstpflicht zu einer Real- oder Personallast sich qualificirt, sondern es kommt sodann die Natur der zu verrichtenden Arbeit selbst hiebey vorzüglich mit in Betracht l).

Die Frohndienste der Bauern sind theils von der Beschaffenheit, daß sie jährlich zu einer bestimmten Zeit und für gewöhnliche Bedürfnisse zu leisten sind, theils werden sie nur bey ungewöhnlichen Vorfällen nothwendig. In dieser Hinsicht theilet man sie in **ordentliche** und **außerordentliche** Dienste ein. Zu dieser letztern Classe sind nicht nur alle zur Landfolge gehörigen Dienste und viele Gemeindedienste zu referiren, sondern es giebt deren auch unter den gutsherrlichen Frohnen. Insonderheit müssen zu den außerordentlichen gutsherrlichen Frohnen die **Jagdfrohnen**, imgleichen die **Burgfesten** oder **Baufrohnen** gerechnet werden m). Sind dergleichen Baufrohnen einmal üblich geworden, so werden sie heutiges Tages mit gleichem

k) Westphal deutsches und reichsständisches Privatrecht, Th. I. Abhandl. XXVII. Anmerk. 5. S. 256. f.

l) Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 492. S. 382.

m) Zu den außerordentlichen gutsherrlichen Frohnen gehören in Churſachsen nicht nur die Wachen, deren der Gutsherr, dessen Frau oder Kinder bey eintretenden Krankheiten bedarf, sondern auch vorzüglich nach Vorschrift ausdrücklicher Gesetze die Bewachung der Rittersitze bey Kriegszeiten, Feuersgefahr und öffentlicher Unsicherheit. *Const. Elect. LI. P. II.* Erledig. der Landesgebr. vom Jahre 1661. Tit. von Cammersach. §. 7. *in Cod. Aug. Tom. I. p. 272. Generale d. a.* 1717. *ibid. p.* 1879. Mandat vom Jahre 1719. *ibid. p.* 1891. imgleichen vom Jahre 1721. *ibid. p.* 1939. *cf.* Schott *Institt. iur. Saxon. elect. priu. Lib. I. Sect. II. cap. III. membr. III. §.* 17. *p.* 117. *sq. ed. nouiss.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0166
DFG

gleichem Rechte sowohl zum Niederreißen, als zum Aufbauen und zur Erhaltung des Burgsitzes gefordert n).

§. 124.

Es werden die Dienste der Bauern ferner in **gemessene** und **ungemessene** eingetheilet o). Wenn nämlich durch Dienstverträge, Dienstordnungen oder Herkommen die Zeit, der Ort, die Zahl und die Art der Dienste bestimmet worden ist, so gehören sie zu den gemessenen; fehlet es hingegen an diesen Bestimmungen, so gehören sie zu den ungemessenen Diensten. Inzwischen pflegt man aber auch schon solche Dienste ungemessene zu nennen, bey welchen nur die Anzahl der jährlich zu leistenden Dienste nicht festgesetzt ist. In Beantwortung und Entscheidung der Frage: für welche Gattung von Diensten in zweifelhaften Fällen die rechtliche Vermuthung streite? weichen die Rechtsgelehrten sehr von einander ab. Einige glauben, an und für sich könne man so wenig für gemessene als ungemessene Dienste der Bauern vermuthen, vielmehr sey hiebey lediglich auf die Verschiedenheit der Gegenden und Länder zu sehen p). Daß das Raisonnement dieser Rechtslehrer sehr unbefriedigend und unzureichend sey, ist in der That leicht einzusehen; denn die Streitfrage betrifft ja gerade den Fall, wo die Art der Frohnen so wenig nach dem Herkommen als den Dienstordnungen eines Landes ausgemittelt

n) de *Cramer Obseruu. iur. vn. Tom. I. obs. CCCXXX. p. 728. sq. Reinecc ius Diss. de odio operarum aedilitiarum inmerito*, (Erford. 1730.) In Churſachsen sind die Bauern vermöge der Landesordnung vom Jahre 1555. Tit. von Baufuhren, *in Cod. Aug. Tom. I. p.* 63. zu den Baufrohnen verbunden, es mag nun ein Gebäude vom neuen erbauet, oder nur repariret werden. *Constit. Elect. LII. P. II. Decis. Elect. XXXIII.* Doch sind diese Dienste lediglich nur zu den Wohngebäuden oder Hof-Vorwerks-Gebäuden, welche auf des Ritterguts Grund und Boden stehen, zu leisten, keinesweges zu andern Gebäuden, welche auf des Ritter- und Lehn-Guts Grund und Boden nicht gelegen, und nicht dazu gehörig sind, wenn nicht besondere Verträge entgegen stehen. *cf. de Berger Oecon. iur. Lib. I. tit. II. thes. 8. n. 4. ill. Kind Quaestt. forr. Tom. I. cap. XXXXVII. p.* 194. *sq. cap. LXVI. p.* 252. *sq.*

o) *Streit Diss de operis rusticorum determinatis et indeterminatis*, (Erford. 1709.) *Pertsch Diss. de diuisione operarum in determinatas et indeterminatas, earumque exactione*, (Jenae 1731.)

p) von Eichmann Sammlung kleiner Abhandlungen aus der Rechtsgelehrsamkeit, Num. XII. S. 159. ff. *de Selchow Elemm. iur. germ. priu. §.* 350. Schnaubert neueste juriſt. Bibliothek, Band II. (Gießen 1783.) S. 591. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0167
DFG

mittelt werden kann. Ohne Zweifel ruhet aber auch die von andern q) vertheidigte allgemeine rechtliche Vermuthung für die ungemessenen Dienste auf ausnehmend schwankenden und unsichern Gründen, welche höchstens nur dazu dienen dürften, um sie einigermaßen scheinbar zu machen. Bey dem von der ehemaligen Leibeigenschaft der deutschen Bauern hergenommenen Argumente, womit man gemeiniglich diese Meinung beweisen will, liegt die Hypothese zum Grunde, nach welcher man sich den ursprünglichen Zustand der Bauern als durchgehends sclavisch vorstellet. Um sich demnach von der Unerheblichkeit und Schwäche desselben zu überzeugen, darf man nur bedenken, daß jene Voraussetzung, auf welche freylich von jeher überhaupt viele den Bauernstand drückende Folgen gebauet sind, ganz irrig sey. Es ist zwar historisch gewiß, daß in den ältern Zeiten die Leibeigenschaft unter den deutschen Bauern viel gemeiner und drückender war, als heutiges Tages, und daß auch in den meisten Provincen, worin der Bauer gegenwärtig der Regel nach frey ist, der größere Theil ehedem leibeigen gewesen sey; allein dagegen hat es auch seine unbestrittene Richtigkeit, daß nicht schlechterdings alle Bauern von ehemaligen Leibeigenen abstammen. Auch an solchen Orten, wo die Leibeigenschaft nie üblich gewesen ist, werden Frohnleistungen angetroffen, daher selbige begreiflich mehr aus den zwischen den Bauern und der Gutsherrschaft eingegangenen Verträgen ursprünglich abzuleiten sind. Nicht für die Dienstbarkeit, sondern für die natürliche Freyheit streitet schon nach deutschen Rechten und Sitten die Vermuthung r), und Frohnen können also an sich nicht präsumirt werden, weil sie die Freyheit einschränken. Zwar ist hier von solchen Bauern die Rede, die Frohnleistungen nicht verweigern, und nur zu ungemessenen sich nicht verstehen wollen; indessen kann es doch einem Herrn selbst nach jenem Princip unmöglich frey stehen, seinen Bauern Frohnen aufzubürden, deren rechtlichen Erwerb darzuthun er nicht vermag. Es verdienet daher die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten, welche behaupten, daß in wirklich zweifelhaften Fällen

q) *Reinharth Selectt. obseruu. ad Christinaei deciss. Vol. II. obs. XXXIII. Estor Comment. de praesumtione contra rusticos in caussis operarum,* (Marb. 1765.) *a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. VI. Specim. CCCCXVI. med.* 1. *p.* 1065. *sqq. Meuius Deciss. Part. IIII. decis. CXXXI. p.* 905. *sq. ed. nouiss. Stryk Vs. mod Pandect. Lib. XXXVIII. tit. I. §.* 6. *p.* 1141. Westphal deutsches und reichsständisches Privatrecht, Th. I. Abhandl. XXXII. §. 1. ff. *Hofacker Principp. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II. Part. I. §.* 1162.

r) Im Sächsischen Landrechte B. III. Art. 32. heißt es: welch einkommen Mann *(aduena)* sich frey nennet, den soll man für frey halten, man mag ihm dann dies mit Gezeugen vorlegen; *(donec per testimonium reprobetur)* wer sich aber frey nennet, und daß ein andrer spricht, er sey sein eigen, also daß er sich ihm ergeben hab, des mag jener mit seinem Eyde wohl unschuldig werden, es sey dann für Gericht geschehen.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0168
DFG

Fällen nur für gemessene Dienste zu vermuthen sey, den meisten Beyfall, und sie hat auch hin und wieder durch besondere Provincialgesetze oder durch einen unzweifelhaften Gerichtsgebrauch in einzelnen Landen rechtliche Bestätigung erhalten s). Inzwischen sind hier die ordentlichen Dienste von den außerordentlichen zu unterscheiden, da für letztere nur selten eine gewisse Zahl festgesetzt zu seyn pflegt, und nach der Natur dieser Dienste oft nicht einmal bestimmet werden kann. Auch giebt es bey den ordentlichen Diensten ein natürliches Maaß, welches theils aus den zur Zeit des ursprünglichen Dienstcontracts schon vorhandenen Bedürfnissen des Dienstherrn, theils aus demjenigen nach billigem Ermessen abzunehmen ist, was der Dienstpflichtige nach der ersten Anlage des ihm übergebenen dienstpflichtigen Gutes zu leisten vermag, ohne dabey zu Grunde zu gehen t). In dem Falle einer unter dem Vorwande ungemessener Dienste gemachten unbilligen Anforderung muß also nothwendig richterliche Hülfe eintreten, und es können zu Abwendung fernerer Streitigkeiten die bisher ungemessenen Dienste allenfalls in gemessene verwandelt werden v).

Abänderungen der Dienste und Verwandelungen derselben in ein **Dienstgeld** oder in eine andere Art von Naturalzinsentrichtung können gerechter Weise nicht anders, als durch freye Verträge beyder Theile erfolgen x). So wenig der Dienstherr verbunden ist, statt der zu leistenden Dienste ein Dienstgeld anzunehmen, eben so wenig können auch die Dienstpflichtigen wider ihren Willen angehalten werden, die Naturalfrohnen mit Gelde zu bezahlen y).

Es

s) *cf.* Hauschild von Bauern und deren Frohndiensten auf der in Rechten gegründeten Vermuthung ihrer natürlichen Freyheit, (Dresd. und Leipz 1771.) Elsaesser Abhandlung von Baufrohnen und der dabey zu beobachtenden einschränkenden Erklärung, §. 24. (in den gemeinnützigen juriſt. Beobachtungen und Rechtsfällen, Band V. Num. II. S. 27. f.) Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. II. §. 123. *a.* S. 387. ff. Ueber die in Churſachſen geltenden rechtlichen Bestimmungen der Frohnen in zweifelhaften Fällen sehe man *Schott Inſtitt. iur. Saxon. elect. priu. Lib. I. Sect. II. cap. III. membr. III. §.* 18. *p.* 118. *ſq. ed. nouiſſ.*

t) *arg. L.* 50. *D. de Oper. libert.* Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 499. S. 386. f.

v) *Hökner de operarum indeterminatarum determinatione*, (Lipſ. 1720.)

x) *cf.* Oeder Bedenken über die Frage: wie dem Bauernstande Freyheit und Eigenthum in den Ländern, wo ihm beydes fehlet, verschaffet werden könne? (Altona 1786.)

y) *arg. L.* 2. *§.* 1. *D. de Reb. credit. a Wernher Obſeruu. forr. Tom. I. Part. V.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0169
DFG

Es giebt zwar einige Rechtsgelehrte, welche dieses in der Vernunft sowohl als der Rechtsanalogie sicher gegründete Princip in Zweifel zu ziehen suchen; allein ihre Gründe sind von gar keinem Gewicht. Die *L. 25. D. de Oper. libert.* auf welche sie provociren, erlaubt wohl dem Patron, die ihm von seinem Freygelassenen zu leistenden Dienste an einen andern zu verpachten, wenn er dieselben nicht gebrauchen kann; dadurch erhält aber jener noch keinesweges das Befugniß, sich von demselben die Dienste mit Gelde bezahlen zu lassen. Und eben so wenig relevirt auch die *L. 1. C. eod.* auf welche sie ebenfalls ihre Meinung begründen. Denn diese Gesetzstelle verbietet dem Patron in der Regel ausdrücklich, statt der zu verrichtenden Dienste von seinem Freygelassenen Geld zu fordern, und verordnet, es solle ihm solches lediglich in dem Falle erlaubt seyn, wenn er so arm ist, daß es ihm selbst an den nothwendigsten Lebensmitteln gebricht z). Offenbar ruhet die Raison des Gesetzes auf dem besondern Verhältniß zwischen einem Freygelassenen und seinem Patron, nach welchem jener diesen zu ernähren verbunden war, und fällt also bey dienstpflichtigen Bauern gänzlich hinweg, welche zur Ernährung ihrer dürftigen Herrschaft keinesweges angehalten werden können. Ueberhaupt ist leicht zu erachten, daß von den Diensten der römischen Freygelassenen auf die Frohnen der Bauern nicht zu argumentiren stehe, ohne ein bloß deutsches Institut den Römern zuzueignen, und aus einer eingebildeten Aehnlichkeit das römische Recht auf einen Gegenstand, welcher den Römern ganz unbekannt war, sehr unschicklich anzuwenden.

Wenn übrigens auch lange Jahre hindurch statt der zu leistenden Naturaldienste ein Dienstgeld gegeben worden ist, so können Dienstpflichtige dennoch eben sowohl wiederum zur Entrichtung der erstern angewiesen werden, als sie befugt sind, für die Zukunft das letztere zu verweigern a). Ist indessen das Dienstgeld seit undenk-

V. obs. XXVIII. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, Band III. Meditat. CXXXVIII. S. 124. ff. *Schott Institt. iur. Saxon. elect. priu. l. l. §. 22. p. 121.*

z) Die Worte des Gesetzes: Solet autem inter patronos et libertos conuenire, *vt pro operis aliquid praestetur, licet pretium peti non possit, nisi quando* PROPTER INOPIAM PRO ALIMENTIS ID EXTRA ORDINEM PETI *necessitas suaserit:* quum etsi operae non erant inpositae, delectis tamen facultatibus patroni, eum alere cogebaris, lassen schlechterdings keine andere Erklärung zu.

a) *Carpzouius Definn. forr. Part. II. const. IIII. def. 4. Meuius Decisf. Part. IIII. decis. CCLXXI. p. 1015. sq. ed. nouiss. a Wernher Obseruu. forr. Tom. II. Part. VIIII. obs. LXIIII.* Struben rechtliche Bedenken, Th. IIII. Bed. XVII. S. 41. ff. *a Pufendorf Obseruu. iur. vn. Tom. II. obs.*

denklichen Zeiten gegeben, so daß niemand weiß, ob jemals Naturaldienste geleistet sind, oder haben die Bauern ihrer Herrschaft die Leistung der Dienste gegen Erlegung eines gewissen jährlichen Geldquantums auf ewig abgekaufet, oder hat der Gutsherr dreyßig Jahre hindurch geschwiegen, als ihm die wiedergeforderten Naturalfrohnen von den Bauern unter dem Vorgeben, daß sie dazu nicht verbunden seyen, verweigert worden, so muß es bey dem Dienstgelde bleiben b).

Der Dienstpflichtige kann zur Erfüllung seiner Dienstpflicht sowohl durch gerichtliche als außergerichtliche Mittel und Wege angehalten werden. Letztere begreifet man unter dem allgemeinen Namen des **Dienstzwanges**. Hin und wieder darf zwar der Dienstzwang bis zur Selbsthülfe ausgedehnet werden, allein er hat doch an und für sich nicht die Natur einer wahren Gerichtsbarkeit, und begreifet folglich auch keine Hülfsmittel, welche nur vermöge der letztern angewendet werden können. Vielmehr muß der Dienstzwang in denen Schranken bleiben, die allenfalls mit dem Verhältnisse eines Hausvaters und seiner Hausgenossen bestehen c). Wo dieses unzureichend ist, da muß der Beystand des ordentlichen Richters gegen den Dienstpflichtigen gesucht werden d).

§. 125. 126.

Der zweyte Civilzustand ist der status *ciuitatis*. In Hinsicht auf diesen Zustand sind die Menschen entweder **Bürger** (*ciues*) oder **Fremde** (*peregrini*). Es war diese Distinction in den alten Zeiten Roms von sehr großer Wichtigkeit; denn das römische Bürgerrecht (ius ciuitatis romanae, ius Quiritium) begrif ausnehmend ansehnliche Rechte e). Die Vorzüge des römischen Bürgerrechts waren theils solche, welche auf die Einrichtung und Regierung des römischen Staats Bezug hatten, theils solche, die sich auf die öffentliche Verfassung des Staats nicht bezogen. Zu jenen, welche *iura Quiritium publica* genannt wurden, zählte man das ius census, militiae, tribus, suffragiorum, honorum; zu diesen hingegen, welche *iura Quiritium priuata* hießen, rechnete man das ius sacrorum,

obs. LXXI. p. 270. sqq. ed. nouiss. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, a. a. O. Meditat. CXXXVII. S. 119. ff.

b) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. II. §. 124. S. 163. f.

c) Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 503. S. 390. f.

d) Untersuchung der Frage: ob wider ungehorsamlich ausbleibende Unterthanen in Frohndiensten mit der Auspfändung verfahren werden könne? (in Günther und Otto Magazin für Rechtsgelehrte, Jahrg. II. Band I. St. 2. S. 97. ff.)

e) *Conradi Comment. de iure Quiritium a ciuitate romana non diverso*, (Helmst. 1734.)

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822198010/phys_0171 DFG

adgnationis, gentilitatis, mancipii, vsucapionis, commerciorum, connubii, patriae potestatis, hereditatis, testamentifactionis f). In den ältern Zeiten wurden alle Nichtrömer, die außerhalb Rom in Italien, den Municipien und den römischen Provincen ihren Wohnsitz hatten, oder zwar in Rom wohnten, aber gleichwohl weder freye Menschen waren, noch ein Bürgerrecht hatten, als peregrini angesehen. Den Namen ciuis legte man nur dem freyen Römer bey, welcher in Rom selbst lebte, und entweder durch die Geburt, wenn beyde Elternschon Bürger waren, oder durch die Manumission auf die alte hergebrachte Art vor der Obrigkeit, oder in einem Testamente, oder durch Einzeichnung in die Bürgerrollen beym Census, oder endlich durch eine Gnade des Augusts das Bürgerrecht erhalten hatte g). In gewisser Maaße bekamen auch die Einwohner von Latium das römische Bürgerrecht; nachher die sämmtlichen Bewohner Italiens h), und endlich gab ein Kayser Antoninus die Verordnung, daß **alle freygebohrne Unterthanen des römischen Reichs** das römische Bürgerrecht haben sollten. Der Urheber dieser merkwürdigen Verordnung, die wahrscheinlich nicht aus Menschenliebe, sondern aus Eigennutz in der Absicht gegeben wurde, um allen römischen Unterthanen die bisher lediglich von römischen Bürgern entrichteten Abgaben aufzubürden, ist zweifelhaft; einige behaupten, sie schreibe sich vom Kayser Antoninus Caracalla her i); andere sind der Meinung, Marcus Aurelius Antoninus sey für den Urheber derselben zu halten k). Als endlich Justinian die Distinction zwischen Freygebohrnen und Freygelassenen dergestalt ganz aufhob, daß nur das Patronatrecht noch den einzigen Unterschied zwischen beyden Gattungen von Menschen ausmachte, so erhielten nun auch die Freygelassenen das römische Bürgerrecht. Obwohl der Unterschied zwischen Bürgern und Fremden hiedurch seinen Nutzen größtentheils verlohr, so behielt er dennoch in Absicht auf die Ausländer und Sclaven seine Wirkungen.

§. 127.

Heutiges Tages werden die Menschen in Beziehung auf den status *ciuitatis*, ver-

f) *Sigonius Op. de antiquo iure populi romani*, (Halae 1715.) *Tom. I. Lib. I. cap. VI. sqq.*

g) *Christii de iure Quiritium coniectura*, (*in Eiusdem noctt. acadd. Specim. II.* (Halae 1727.) *Vonck Obseruu. miscellan. cap. XXIIII. (in Eiusdem Specim. crit. in var. auctt.* Traiecti ad Rhen. 1744.)

h) *Schwarz Diss. de iure italico*, (Alt. 1741.)

i) *Spanheim Orbis romanus*, (Halae et Lipsi. 1728.) *exercit. II. cap. I.*

k) *Mahner Comment. de M. Aurelio Antonino, constitutionis de ciuitate vniuerso orbi romano datae auctore*, (Halae et Helmst. 1772.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0172
DFG

vermöge dessen jemand ein Mitglied der bürgerlichen Societät ist, in **Einheimische** (*indigenae*) und **Fremde** (*peregrini*) eingetheilet. Es sind zwar der Regel nach Fremde in ihren Rechtsangelegenheiten nach eben den Normen zu beurtheilen, welchen die Einheimischen unterworfen sind, inzwischen bleibt doch noch immer vermöge gemeiner Reichsgesetze sowohl als besonderer Landesverordnungen zwischen beyden ein großer Unterschied l). Der Inbegrif von Gerechtsamen, welche Einheimischen vor Fremden zukommen, wird das **Indigenat** (*ius indigenatus*) genannt. Im strengeren Verstande, oder für **Eingebohrenheit** genommen, verstehet man auch darunter den Inbegrif von Gerechtsamen, die bloß Eingebohrnen zuständig sind m). Nach der besondern deutschen Staatsverfassung giebt es ein dreyfaches Indigenat, nämlich α) ein **Reichsindigenat**, β) ein **Territorialindigenat**, und γ) ein **Gemeinheitsindigenate**. Das Reichsindigenat oder Reichsbürgerrecht begreifet die Rechte, welche jemandem aus dem Grunde zustehen, weil er überhaupt ein Deutscher und ein Mitglied des deutschen Reichs ist. Vermöge desselben sind alle diejenigen, welche außer Deutschland gebohren worden, unfähig, zu wichtigen Reichsbedienungen zu gelangen, und Präbenden deutscher Stifter und Ritterorden zu erhalten o). Das Territorialindigenat oder Provincialbürgerrecht ist der Inbegrif der Rechte und Vorzüge, welche den einheimischen Unterthanen eines deutschen Landesherrn vor Fremden zukommen. So haben z. B. die Landeskinder an den meisten Orten ein vorzügliches Recht auf Beförderungen und Stipendien. Auch haben in verschiedenen Provincen die Einheimischen das Abtriebsrecht, oder den Vorzug vor einem Fremden, wenn liegende Güter verkaufet werden. Das Gemeinheitsindigenat oder locale Bürgerrecht, welches in dem Inbegriffe der den Gemeindegliedern zuständigen Rechte bestehet, ist so verschieden, als die weltlichen Gemeinheiten selbst. Nimt man insbesondere auf die städtischen Gemeinheiten Rücksicht, so gehöret hieher das Stadtbürgerrecht, welches diejenigen Rechte, welche den Einwohnern der Städte, als Mitgliedern des gemeinen städtischen Wesens zukommen,

l) *Auth.* Omnes peregrini *C. commun. de succeſſ. Peſtel iuſtitia et benignitas legg. germm. erga peregrinos*, (Rint. 1754.) *Hommel de vſu hodierno diuiſionis hominum in ciues et peregrinos*, (Lipſ. 1750.)

m) *Hahn de iure indigenatus ſingulari*, (*in Fritſch exercitt. iur. publ. Part. III. adpend. p.* 51. *ſqq.*) *Strauch de indigenatu germanorum*, (*in Eiuſdem opuſcc. Tom. I. p.* 1. *ſqq.*

n) *Engau Diſſ. de iuribus indigenarum germaniae*, (Jenae 1747.) *Hoffmann Diſſ. de indigenis eorumque praerogatiuis*, (Marb. 1747.)

o) Cammergerichtsordn. *Part. I. tit. III. §.* 1. Wahlcapitulat. Art. XII. XIIII. *§.* 2. Moſer von der Ausländer Fähigkeit und Unfähigkeit zu deutschen geiſtl. Würden, (1783. 4.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0173
DFG

men, in sich fasset p). Als eigene Bestandtheile enthält es nächst den allgemeinen Ansprüchen, die der Bürger auch schon als Unterthan auf obrigkeitlichen Schutz hat, folgende Rechte: α) das Recht, bürgerliche Nahrung zu treiben; β) Grundstücke in der Stadt und ihrer Feldmark zu adquiriren; γ) zu öffentlichen Aemtern in der Stadt zu gelangen; und δ) an dem Mitgenusse solcher Stadtgüter und Gerechtsame Theil zu nehmen, deren Benutzung für alle Bürger bestimmet ist. Man pflegt das Bürgerrecht in das große (ius ciuitatis *plenum*) und in das kleine (*minus plenum*) einzutheilen. Jenes begreifet alle Hauptbestandtheile des Bürgerrechts unter sich; dieses hingegen hat gewöhnlich nur das eingeschränkte Befugniß zur Betreibung gewisser unzünftigen Gewerbe und Handthierungen zum Gegenstande q).

§. 128.

Mit dem Worte *caput* bezeichneten die Römer unter andern den dreyfachen Civilzustand, nämlich den Zustand der Freyheit, des Bürgerrechts und der Familie r), und der Verlust eines solchen bürgerlichen Zustandes wurde von ihnen **Capitisdeminution** (*capitis deminutio*) genannt s). Die verschiedenen Gattungen der Capitisdeminution characterisirt Paulus in der *L. vlt. D. de Capite minut.* sehr genau, wenn er sagt: Capitis deminutionis *tria* genera sunt: *maxima*, *media*, *minima*; tria enim sunt, quae habemus, *libertatem*, *ciuitatem*, *fami-*

p) *Hannesen Diss. de statu ciuitatis eiusque iuribus*, (Gottingae 1751.) *a Pufendorf Obseruu. iur. vn. Tom. I. obs. LXXX. p.* 195. *sqq. ed. nouiss. Rhetii Diss. de ciuitatensibus*, (*in Eiusdem dissertt. sell. Vol. I. num.* 10.) *Eminghaus de adquisitione et resignatione iuris ciuitatis*, (Jenae 1765.)

q) Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 445. S. 338.

r) Caput liberum heißt ein Mensch, der sein eigener Herr ist; capite census wird derjenige genannt, dessen Vermögen zu unbedeutend ist, um es in die öffentlichen Volkslisten (tabulae censuales) einzutragen. Die Sclaven hießen capite destituti, weil sie keinen bürgerlichen Zustand hatten. Unter den Ausdrücken poena capitalis und caput de ciuitate eximere ist nicht bloß eine Lebensstrafe, sondern auch die Beraubung der Freyheit oder des Bürgerrechts zu verstehen. Judicium capitale bedeutet nicht lediglich einen Proceß, der auf Leib und Leben gehet, sondern auch einen solchen, bey dem es auf Freyheit oder Bürgerrecht ankommt. *cf. L. 2. pr. et L. 6. §. vlt. D. de Poen. L. 2. D. de Publ. iud.*

s) *Pr. J. de Capit. deminut.* Est autem capitis deminutio, status mutatio. *L. 1. D. de Capite minut.* Capitis minutio est, status permutatio. *cf. Jac. Constantinaeus Subtill. enodd. Lib. II. cap. XXVIIII. Guil. Fornerius Selectt. Lib. I. cap. XXVI. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. IIII. p.* 626. *sqq. Tom. II. p.* 38. *sq.)* Man sehe übrigens auch *Dompierre de Jonquieres Specim. de restitt. in integr.* (Lugd. Bat. 1767.) *tit. V. p.* 334. *sqq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0174
DFG

familiam. Igitur, quum omnia haec amittimus, hoc est, libertatem, et ciuitatem, et familiam, MAXIMAM esse capitis deminutionem: quum vero amittimus ciuitatem, libertatem retinemus, MEDIAM esse capitis deminutionem: quum et libertas et ciuitas retinetur, familia tantum mutatur, MINIMAM esse capitis deminutionem constat t).

Es giebt demnach drey Arten der Capitisdeminution, nämlich die größte, die mittlere und die geringste, von welchen die erstere in dem Verluste der Freyheit, des Bürgerrechts und der Familienrechte, die zweyte in dem Verluste des Bürgerrechts allein, und endlich die dritte in dem Verluste der Familienrechte allein bestehet v). Die größte oder mittlere Capitisdeminution wird aus dem Grunde ein **bürgerlicher Tod** genannt, weil derjenige, der sie leidet, eine Person im Staate zu seyn aufhöret x). Gerieth ein römischer Bürger in die Sclaverey, es mogte nun durch Kriegsgefangenschaft, oder zur Strafe geschehen, so litte er die größte Capitisdeminution. Die mittlere Capitisdeminution erfuhren α) die transfugae, oder solche Bürger, welche aus feindseeligen und verrätherischen Absichten ihr Vaterland verließen; β) Bürger, welche für Feinde des Staats erkläret wurden; γ) diejenigen, welche mit Verlust ihres Bürgerrechts das römische Gebiet meiden mußten, und solchergestalt in das Exilium geschickt, oder doch auf eine Insel verbannet wurden. Man pflegte nämlich von Augusts Zeiten an viele Exilirte auf gewisse Inseln zu bringen, und diese wurden insbesondere deportati genannt y). Von ihnen sind die relegati genau zu unterscheiden, welche lediglich das Recht verlohren, in Rom oder in einer gewissen Provinz sich aufzuhalten. Da diese ihr Bürgerrecht behielten, so konnte auch begreiflich die bloße Relegation unmöglich eine Capitisdeminution zur Begleiterinn haben. Wer übrigens das Bürgerrecht verlohr, kam auch um sein Vermögen; denn es wurde confiscirt z). Die geringste Capitisdeminution a) endlich leidet α) derjenige, der sich arrogiren lässet; denn er höret auf, sein eigener Herr (pater familias) zu seyn, gehet aus der Familie,

t) Hiemit stimmet auch dasjenige vollkommen überein, was Justinian im Titel der Institutionen *de Capit. deminut.* sagt.

v) von Braun Abhandl. von der Eintheilung der *capitis deminutionis*, (in Schotts juriſt. Wochenblatte, Jahrg. III. Num. XIIII.

x) *§. 1. J. Quib. mod. ius patr. potest. solu. L. 209. D. de Reg. iur. Merillius Obseruu. Lib. IIII. cap. XXI.*

y) *Cannegieter Obseruu. iur. rom. Lib. I. cap. VIII. VIIII.*

z) *L. 1. D. de Bon. damnat.* Robert Kleine juriſt. Abhandlungen, (Marburg 1790.) Num. III.

a) *Conradi de minima capitis deminutione, (in Eiusdem Parergg. Lib. II. num. 2. p. 164. jqq.)*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0175
DFG

milie, zu der er vorher gehörte, und gehet zur Familie des Arrogators über. Aber auch β) wenn sich mein Vater arrogiren lässet, so leide ich eine Capitisdeminution, weil ich sodann nicht mehr zu der Familie gehöre, deren Mitglied ich zuvor war, und folglich in ihr die Familienrechte nicht mehr habe. γ) Die Adoptirten leiden eine Capitisdeminution, und zwar nach dem ältern römischen Rechte ohne Unterschied, nach dem justinianeischen Rechte aber nicht die unvollkommen, sondern nur die vollkommen Adoptirten. δ) Die Legitimirten, weil sie aufhören, sui iuris zu seyn. ε) Die Emancipirten, indem sie ebenfalls Familienrechte, das ius adgnationis und sui heredis verlieren, und solchergestalt in Ansehung ihrer Familie als extranei angesehen werden b). In Beantwortung der Frage: ob dies lediglich bey der alten Emancipation gelte, und bey der anastasianischen und justinianeischen wegfalle? weichen die Rechtsgelehrten von einander ab; denn von einigen wird sie bejahet c), von andern im Gegentheil verneinet d). Ohne Zweifel verdienet die Meinung der letztern, daß nämlich auch die anastasianische und justinianeische Emancipation eine Capitisdeminution involvirt habe, den meisten Beyfall. Denn wer durch eine dieser Emancipationsarten aus der väterlichen Gewalt gieng, verlohr die Familienrechte, und wurde als ein extraneus betrachtet. Auch selbst nach dem Rechte der Novellen ist allerdings die Emancipation als eine Capitisdeminution anzusehen; die Emancipirten verlieren zwar das Erbrecht nicht, aber doch das ius sui heredis, und wenn sie im Testamente des Vaters übergangen werden, so können sie es nicht als null inpugniren e).

Die größte Capitisdeminution kann heutiges Tages bey uns nicht mehr vorkommen f). Denn wenn wir gleich Sclaven haben, die aus andern Welttheilen zu uns gebracht werden, so existiren gleichwohl keine Fälle, wo ein freyer Mensch bey uns zum Sclaven würde. Gesetzt auch, es fiele jemand in die türkische oder algierische Sclaverey, so halten wir doch diese Sclaverey für unrechtmäßig, und sehen ihn nicht als einen Sclaven an g). Zwar glaubt von Ley-

b) *cf. van Bynkershoek Obseruu. iur. rom. Lib. II. cap. I. p. 108. sqq.*

c) *Huber Digressionn. Justinian. Lib. III. cap. VI. §. 3. sqq.*

d) *Vinnius Com. ad Institt. Lib. I. tit. XVI. §. 3. Boehmer Diss. de statu liberorum sui iuris factorum, cap. I. §. 13. sqq. (in Eiusdem exercitt. ad Pandect. Tom. I. p. 924. sqq.)* Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 191. S. 190.

e) *Conradi l. l. p. 193. de Cocceii Jus ciu. controu. Lib. III. tit. V. quaest. 2. p. 378. ed. nouiss.*

f) *Stryk Vs. mod. Pandect. Lib. IIII. tit. V. §. 7. p. 422. sq.*

g) Höpfner a. a. O. §. 192. S. 190. f.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0176
DFG

Leyser h) und mit ihm einige andere Rechtsgelehrte i) es könne die größte Capitisdeminution zum wenigsten noch in den Gegenden Deutschlands allerdings vorkommen, wo die Leibeigenschaft üblich ist, weil derjenige, der in die Leibeigenschaft geräth, seine Freyheit verliehre; allein ohnstreitig bleibt doch wegen der großen Verschiedenheit zwischen der römischen Sclaverey und der deutschen Leibeigenschaft die Benennung immer sehr unschicklich. Die Wirkungen der römischen capitis deminutionis maximae können nicht eintreten, weil in Deutschland eine römische Sclaverey durchaus nicht statt findet. Es ist daher auch leicht einzusehen, wie ungereimt es seyn würde, wenn man die Verurtheilung zum ewigen Gefängnisse oder zum lebenslänglichen Vestungsbaue mit der eben gedachten Benennung latinisiren wollte. Und eben so wenig lässet sich auch im Grunde die mittlere römische Capitisdeminution heutiges Tages noch als möglich denken k). Es kann zwar wohl jemand bey uns durch Verweisung sein Bürgerrecht verliehren; allein dadurch werden doch immer nur die **besondern** bürgerlichen Vorzüge desjenigen Staats verlohren, dessen Bürger der Verwiesene zu seyn aufhöret, keinesweges aber die **natürlichen** und **gemeinen** bürgerlichen Rechte, als welche heutiges Tages auch den Fremden zustän-dig sind l). Gemeiniglich glaubt man, die **Reichsacht** (*proscriptio, bannum imperii*) sey eine Art von mittlerer Capitisdeminution, weil durch sie ein abwesender Verbrecher aller seiner Rechte, die er als Mitglied der bürgerlichen Societät hatte, beraubet wird. Sie ist aber härter als die Capitisdeminution; denn ein Geächteter ist vogelfrey, d. h. jedermann kann ihn ungestraft tödten; diese Folge hatte nicht einmal die größte, geschweige denn die mittlere Capitisdeminution bey den Römern. Die geringste Capitisdeminution endlich leiden auch noch heutiges Tages die Arrogirten sowohl als die Legitimirten, und überhaupt findet sie bey uns noch völlig so, wie im neuern römischen Rechte statt.

LIB.

h) *a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. I. Specim. LXII. med. 2. p. 673. sq.*

i) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. II. §. 128. S. 178.

k) *Pestel Exercit. exhibens vsum practicum capitis deminutionis mediae*, (Rintel. 1733.)

l) *de Boehmer Meditt. ad constit. crim. Carol. art. CLXXXXVIII. §. 4. p. 907.* Durch dieses Raisonnement lasse ich mir gern den Fehler zu Schulden kommen, welchen Glück a. a. O. *not.* 18. S. 179. dem *Pestel laud. exercit.* vorwirft, daß nämlich dieser nicht genug die Sache selbst und die Wirkungen derselben unterschieden habe; denn ich sehe nicht ein, wie die Sache selbst ihrem Begriffe, aber nicht ihrer Wirkung nach vorkommen könne.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822198010/phys_0177 DFG

LIB. I. TIT. VI.

DE HIS QVI SVI VEL ALIENI IVRIS SVNT.

§. 129.

Der dritte besondere bürgerliche Zustand ist der status *familiae*, vermöge dessen jemand Mitglied einer Familie ist, und in dieser Eigenschaft an den Gerechtsamen derselben Theil nehmen kann. Es wird das Wort *familia* in dem römischen Rechte theils von Personen, theils auch von Sachen gebraucht m). Wird es von Sachen gebraucht, so verstehet man darunter nicht nur den Inbegrif aller Dinge, die ein Mensch in seinem Vermögen hat, sondern insbesondere auch die Verlassenschaft eines Verstorbenen. In dem Titel der Pandecten *Familiae erciscundae* bezeichnet das Wort familia den Inbegrif alles desjenigen, was ein Verstorbener hinterlassen hat; und eben diese Bedeutung liegt auch in der Decemviralsanction: pater familias vti legassit super *familia* sua, ita ius esto, bey ihm zum Grunde. Wenn man es im Gegentheil von Personen gebraucht, so bezeichnet es α) nicht selten die sämmtlichen Sclaven, welche ein Herr in seinem Hause hat. Diese Bedeutung hat es z. B. in dem Titel der Pandecten: *Si familia furtum fecisse dicatur.* Auch wird β) ein Complexus von Agnaten, oder solchen Personen, die von einem gemeinschaftlichen Stammvater durch Mannspersonen abstammen, darunter verstanden; und endlich γ) bedeutet es einen Inbegrif mehrerer Personen, die zu dem Hauswesen eines patris familias gehören, und dessen Herrschaft und Gewalt unterworfen sind n).

In

m) *L.* 195. *D. de Verb. signif. cf. van Lom Diss. de familia*, (Lugd. Bat. 1785.) *Vicat Vocabular. iur. Tom. II. s. v.* familia, *p.* 10. *sqq.*

n) In der angezogenen *L.* 195. *§. 2. D. de Verb. signif.* sagt Ulpian unter andern: Jure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub vnius potestate, aut natura, aut iure subiectae, vt puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias, quique deinceps vicem eorum sequuntur, vt puta nepotes et neptes, et deinceps. Hierüber legt *d'Arnaud Varr. coniectt. Lib. I. cap. VIII.* dem Ulpian folgende Frage vor: *Itane Vlpiane pater familias illis quoque adnumerandus tibi videtur, qui in potestate alicuius sunt, quum tamen is ipse sit, et praeter eum nemo, qui alios in potestate habere possit?* Diese Frage hält *Püttmann Interprett. et obseruu. cap. VI. p.* 20. *sq.* für eine domitianische Frage, und beantwortet sie auf eine dem Iuventius Celsus anständige Art mit einer andern Frage: *Itane Georgi d'Arnaud* NVMQVAM LEGISTI, *quod Caius*

In Beziehung auf den Familienzustand sind die Menschen entweder *sui* oder *alieni* iuris o). Erstere sind solche Personen, die der Gewalt eines Hausvaters nicht unterworfen sind, sondern ein eigenes Familienrecht haben; und diese sind wieder nach Unterschied des Geschlechts entweder *patres* familias oder *matres* familias. Zu den letztern werden alle die gerechnet, die der häuslichen Gewalt oder Herrschaft eines Hausvaters unterworfen sind; und diese sind wiederum von doppelter Art, entweder **Söhne** oder **Töchter**, die unter der väterlichen Gewalt stehen, (*filii filiaeue* familias), oder **Sclaven** und **Sclavinnen**, welche einem Herrn unterworfen sind, (*serui* et *ancillae*). Patres familias oder homines sui iuris heißen demnach solche Personen, welche so wenig unter der herrschaftlichen als väterlichen Gewalt eines andern stehen p). Daß sie eine Haushaltung, eine Frau, Kinder oder Sclaven haben, ist nicht schlechterdings erforderlich. Ein unmündiges Kind ist pater familias oder homo sui iuris, wenn es ein freyer Mensch, und der väterlichen Gewalt nicht unterworfen ist. Indessen sind die homines sui iuris wiederum theils *perfecte*, theils *imperfecte* tales, je nachdem sie entweder dasjenige Alter erreichet haben, nach welchem bey ihnen die Fähigkeit vorausgesetzt wird, sich und ihrem Vermögen selbst vorzustehen, oder nicht. Die homines sui iuris *imperfecte* tales stehen unter der Tutel oder Curatel; hingegen die homines sui iuris *perfecte* tales stehen unter keiner Aufsicht q).

§. 130.

In Hinsicht auf den status *aetatis* werden die Menschen in minderjährige

Caius scribit in L. 169. *D. de Verb. signif.* Familiae adpellatione et ipse princeps familiae continetur. Die Emendation, wodurch *d'Arnaud l. l.* die *L.* 195. *§.* 2. *D. de Verb. signif.* zu verstümmeln suchet, unterschreibe ich freylich keineswegs; inzwischen konnte doch dieser Rechtslehrer meiner Meinung nach jene Frage sich füglich erlauben, ohne die Beschuldigung einer unverzeihlichen Ignoranz dessen, was Cajus sagt, mit Recht zu befürchten. Denn offenbar redet Ulpian nicht accurat, und der Ausspruch desselben involvirt einen Widerspruch, der sich mit dem in der *L.* 196. *D. de Verb. signif.* enthaltenen Grundsatze kaum entschuldigen lässet. *cf. Augustinus ad Modestinum siue de excusatt.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. IIII. p.* 1566.

o) *L.* 1. *D. de His qui sui vel al. iur. sunt.*

p) Man darf die Eintheilung der Menschen in *sui* und *alieni* iuris nicht mit der in Freye und Sclaven confundiren. Es ist zwar jeder homo sui iuris frey, und jeder Sclave ist homo alieni iuris, aber nicht alle freye Menschen sind sui iuris. Die filii familias sind freye Menschen, aber sie sind nicht homines sui iuris, ihre eigene Herren. Auch sind nicht alle homines alieni iuris Sclaven; denn die filii familias sind zwar alieni iuris, allein keine Sclaven.

q) *Pr. J. de Tutel.* Ex his personis, quae in potestate non sunt, quaedam vel in *tutela* sunt, vel in *curatione*, quaedam *neutro iure* tenentur,

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0179
DFG

(*minores s. minorennes*) und **großjährige** oder **volljährige** (*maiores s. maiorennes*) eingetheilet, je nachdem sie entweder das fünf und zwanzigste Jahr ihres Alters noch nicht, oder bereits überschritten haben. Es gründet sich diese Bestimmung auf das látorische Gesetz, welches daher auch von den Alten lex quinauicennaria genannt wird r), und auf die eben gedachte Bestimmung müssen die Prädicate **Minderjährigkeit**, **Großjährigkeit**, **Volljährigkeit**, bezogen werden. Der Unterschied des Geschlechts kommt hier übrigens nicht in Betrachtung; denn auch Frauenzimmer werden, eben so wie Mannspersonen, erst nach zurückgelegtem fünf und zwanzigsten Jahre majorenn s). Die Volljährigkeit zerfällt indessen in die **natürliche** und in die **erdichtete**. Jene wird durch den ordentlichen Ablauf des fünf und zwanzigsten Jahres erlangt; diese hingegen gründet sich auf ein den Mangel der nöthigen Jahre ergänzendes landesherrliches Privilegium, welches die **Jahrgebung** (*venia aetatis*) genannt zu werden pflegt. Die Ertheilung dieses Privilegiums ist aber bey Personen männlichen Geschlechts an ein **zwanzigjähriges**, und bey Personen weiblichen Geschlechts an ein **achtzehnjähriges** Alter gefesselt, und setzt Zeugnisse über den guten Lebenswandel wesentlich voraus t). Es wird

r) *L. 2. Cod. Theod. de Donat.* Ueber das Zeitalter und den Verfasser dieses Gesetzes sehe man *Hetzer Diss. ad legem Laetoriam*, (Lipſ. 1749.)

s) Bey den Deutschen sahe man in den frühesten Zeiten bey Bestimmung der Volljährigkeit nicht auf die Jahre, sondern man richtete sich nach körperlichen Kennzeichen. Im **Sachsenspiegel** B. I. Art XXXXII. werden diese Kennzeichen so characterisirt: „Welches Mannes Alter man nicht weiß, hat er Haar in dem Bart und danieden „am Bauch, und unter jeglichem Arm desgleichen, so soll man wissen, daß er zu „seinen Jahren kommen ist". *cf. Gebauer Vestigg. iur. germ. antiquiss. in Taciti Germania obu. Diss. V. p.* 93. *sqq.* Mit der Aufnahme der fremden Rechte in Deutschland aber nahm man, mit Beyseitsetzung der körperlichen Kennzeichen, lediglich auf die Jahre Rücksicht. Im südlichen Deutschlande wurde anfänglich das achtzehnte, in Sachsen und dem übrigen nördlichen Deutschlande das ein und zwanzigste Jahr zum Termine der Majorennität angenommen; und diese letztere Volljährigkeitsbestimmung hat sich in Sachsen und einigen angränzenden Gegenden erhalten *Hanaccii Disp. de pubertate Saxonica*, (Viteb. 1738.) *Schott Institt. iur. Saxon. elect. priu. Lib. I. Sect. I. cap. V. §. 2. p.* 51. *sq. ed. nouiss.* Uebrigens trifft man in einzelnen Provincial- und Stadtgesetzen viele Varietäten in Absicht auf die Bestimmungen der Volljährigkeit an, welche größtentheils auf 18. 20. und 22. Jahre gehen. Beyspiele hievon liefert **Runde** Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 296. S. 223.

t) *L. 2. C. de His qui ven. aetat. cf. van Dam Diss. ad L. 2. C. de his, qui veniam aetatis inpetrauerunt*, (Lugd. Bat. 1785.) *de Cramer Obseruu. iur. vn. Tom. I. obs. CLXXXXIIII. p.* 4-2. *sq. Tom. II. Part. I. obs. CCCCXXXXVII. p.* 21. *sq. Tom. V. obs. MCCLXXXXI. p.* 34. *sqq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0180
DFG

wird die Jahrgebung in die **vollkommene** und in die **unvollkommene** eingetheilet, je nachdem dem Impetranten entweder die freye Disposition über sein unbewegliches Vermögen durch selbige ausdrücklich verliehen worden ist, oder nicht v). Allein auf allen Fall bleibt derjenige, welcher veniam aetatis erhalten hat, doch in so mancher Rücksicht noch minderjährig, daß nie die erdichtete Volljährigkeit ganz der natürlichen gleich geachtet werden kann x). Sonst werden die Großjährigen auch noch in **junge** (*iuuenes*) und **alte Personen** (*senes*) eingetheilet y). Mit welchem Jahre das Alter (senectus) seinen Anfang nehme, ist zwar in den Gesetzen nicht bestimmet, und konnte auch aus dem Grunde nicht füglich genau bestimmet werden, weil sich dasselbe bey einigen Menschen früher als bey andern äussert; inzwischen heißen, wenigstens im allgemeinen, die, welche das sechzigste Jahr zurückgelegt haben, Alte z).

Die minderjährigen Personen sind entweder noch **Kinder** (*infantes*), oder solche, welche die Kinderjahre bereits zurück gelegt haben (*infantia maiores*). Für Kinder sind nach dem neuern römischen Rechte diejenigen zu achten, welche noch nicht das **siebente** Jahr ihres Alters überschritten haben a). Diese werden wegen Mangel an Einsicht dessen, was sie unternehmen, den Rasenden und Wahnsinnigen gleich geachtet, und ihre Handlungen können daher weder Rechte noch Verbindlichkeiten begründen b). Solche Personen, welche die Kinderjahre zurück gelegt haben, werden wieder in **unmündige** (*inpuberes*) und **mündige** (*puberes*) eingetheilet. Unmündig (inpubes) ist eine Mannsperson vor zurück gelegtem **vierzehnten**, und eine Frauensperson vor zurück gelegtem **zwölften** Jahre c). Die *inpuberes* sind wiederum entweder *infantiae proximi*, oder

v) *L.* 3. *C. eod. cf. Wilduogel Diss. de tutore minore, qui veniam aetatis inpetrauit*, (Jenae 1764.)

x) *Mantzel Diss. de eo, qui est maior et minorennis simul*, (Rostochii 1747.)

y) *Struuius Diss. de iuribus ac priuilegg. senectutis*, (Jenae 1664.)

z) *arg. L.* 15 *§.* 2. *D. de Adopt. §.* 13. *J. de Excusat. tut. L.* 2. *§.* 1. *D. eod. L.* 3. *D. de Jur. immunit. L. vn. C. Qui aetate se excus.* Ueber die Eintheilung der Großjährigen in junge und alte Personen in Churſachsen sehe man *Schott Institt. iur. Saxon. elect. priu. l. l. §.* 1. *p.* 50. *sq. ed. nouiss.*

a) *L.* 8. *Cod. Theod. de Bon. matern. L.* 18. *pr. et §.* 4. *C. de Jur. delib.* In den ältern Zeiten nannte man, ohne ein gewisses Alter zu bestimmen, einen Menschen so lange ein Kind, bis er reden konnte. *L.* 217. *D. de Verb. signif. L.* 5. *D. de Reg. iur.*

b) *§.* 9. *J. de Inutil. stipulat. L.* 209. *D. de Verb. signif.*

c) *Pr. J. Quib. mod. tut finit.* Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis aestimari volebant. Nostra autem maie-

pubertati proximi. Es ist zwar dieser Unterschied ohnstreitig in den Gesetzen gegründet d); allein vergebens suchet man in ihnen eine ganz genaue und deutliche Bestimmung desselben. Nach der Meinung des Accursius, dem die meisten neuern Rechtslehrer e) beypflichten, ist die ganze Zeit von zurück gelegter Kindheit an, bis zur Pubertät in zwey gleiche Theile zu zerlegen. Hat ein Unmündiger die eine Hälfte dieses Zeitraums noch nicht zurück gelegt, so heißt derselbe *infantiae* proximus; ist er hingegen über die Hälfte hinaus, so wird er *pubertati* proximus genannt. Da nun aber bey Bestimmung der Mündigkeit die Verschiedenheit des Geschlechts in Betrachtung kommt, so ist auch begreiflich hier zwischen Frauenzimmern und Mannspersonen zu unterscheiden. Bey Frauenspersonen muß man den Raum vom **siebenten** bis zum **zwölften** Jahre theilen. Wenn eine Weibsperson die Hälfte dieses Weges noch nicht zurück gelegt hat, das heißt, noch nicht $9\frac{1}{2}$ Jahre alt ist, so heißt sie infantiae proxima; sind aber diese Jahre vorüber, so ist sie pubertati proxima. Bey Mannspersonen muß man den Weg vom **siebenten** bis zum **vierzehnten** Jahre theilen. Haben sie $10\frac{1}{2}$ Jahre zurück gelegt, so sind sie pubertati proximi; vorher aber infantiae proximi f). Unmündige, die zwar über

maiestas dignum esse castitate nostrorum temporum existimans, bene putauit, quod in feminis etiam antiquis inpudicum esse visum est, id est, inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere. Et ideo nostra sancta constitutione promulgata, *pubertatem in masculis post* DECIMVM QVARTVM ANNVM *completum illico initium adcipere disposuimus: antiquitatis normam in feminis bene positam in suo ordine relinquentes, vt post* DVODECIM ANNOS *completos viripotentes esse credantur.* Weil nicht alle, sondern nur einige der alten Rechtsgelehrten die Mündigkeit nach den Jahren und nach der Beschaffenheit des Körpers bestimmet wissen wollten, so bemerket *van Bynkershoek Obseruu. iur. rom. Lib. III. cap. XXIIII. p.* 322 *sqq.* nicht ohne Grund, daß für veteres quidem schicklicher veteres quidam zu lesen sey. *cf. Huber Lib. III. digressionn. Iustinian. cap. XIII. XIIII. Merillius Obseruu. Lib. I. cap. XXII. Lib. V. cap. XVI. Lib. VIII. cap. XXVIIII.*

d) §. 10. *J. de Inutil. stipulat. L.* 13. §. 1. *D. de Dolo malo. L.* III. *D. de Reg. iur.*

e) *de Cocceii Ius ciu. controu. Lib. II. tit. XIIII. quaest. XXVIIII. p.* 243. *ed. nouiss. Hunnius Varr. resolutt. iur. ciuil. Lib. I. tr. IIII. quaest. XVI. Huber ad tit. Dig. de Statu hom. §.* 6. *Tom. II. Praelectt. iur. rom. p.* 549. *ed. nouiss.* Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. III. § 130. S. 70. Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 62. S. 77.

f) Einen andern Maaßstab zur Beurtheilung des gesetzlichen Unterschiedes zwischen den pubertati und infantiae proximis giebt *Aueranius Interprett. iur. Lib. II cap. XIIII. n.* 1. dem auch mehrere angesehene Rechtslehrer zur Seite stehen. S. *Robert*

über die Jahre der Kindheit hinaus, aber doch der Kindheit näher als der Mündigkeit sind, werden in Ansehung solcher Handlungen, die ihnen zum Nachtheile gereichen, den Kindern gleich geachtet. Ganz anders hingegen verhält es sich mit ihnen, wenn von der Fähigkeit, Rechte zu erwerben und Andere sich zu verbinden, oder überhaupt davon die Rede ist, was ihnen zum Vortheile gereichet g). Unmündige, welche der Mündigkeit näher als der Kindheit sind, werden mehr nach den Rechten der Mündigen als der Kinder beurtheilet. Man rechnet ihnen nicht nur grobe Fahrlässigkeit zu, sondern sie werden auch sogar eines bösen Vorsatzes fähig geachtet h). Die Minderjährigkeit begreifet demnach ein dreyfaches Alter in sich i), nämlich α) das Alter der **Kindheit** (*infantia*), β) der **Unmündigkeit** (*pueritia*, *aetas pupillaris*), und γ) der **Mündigkeit** (*pubertas*). Letztere nimt ihren Anfang, wenn die Jahre der Unmündigkeit überschritten sind, und es werden also Mannspersonen mit dem zurück gelegten **vierzehnten**, Weibspersonen mit dem zurück gelegten **zwölften** Jahre puberes genannt. Die puberes sind entweder *plene* oder *minus plene puberes*. So lange nämlich Personen weiblichen Geschlechts noch nicht das **vierzehnte**, und Personen männlichen Geschlechts noch nicht das **achtzehnte** Jahr erreichet haben, heißt die Mündigkeit nur eine **unvollkommene** (pubertas *minus plena*); haben sie aber jenes Alter erreichet, so nimt alsdann erst die **völlige** Mündigkeit (pubertas *plena*) ihren Anfang. Der Regel nach wird die unvollkommene Pubertät angenommen, wenn der Mündigkeit schlechtweg erwähnet ist, den Fall ausgenommen, wo jemandem Alimente bis zu erlangter Mündigkeit ausgesetzet sind k).

§. 131.

bert Receptt. lectionn. Lib. II. cap. XVII. Corasius Miscellann. Lib. VI. cap. XXIII. Es ist auch ohne Zweifel die vorgetragene Theorie des Accursius vielen Bedenklichkeiten unterworfen. Glück Erläuterung der Pandecten, Th. II. §. 130. S. 187. ff.

g) *L.* 9. *D de Adquir. vel omitt. heredit.*

h) *L.* 111. *pr. D. de Reg. iur.* Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse et furandi et iniuriae faciendae. *cf. L.* 13. *§.* 1. *D. de Dolo malo.* In peinlichen Fällen bleibt aber zwischen ihnen und den Mündigen immer ein großer Unterschied. Meister rechtliche Erkenntnisse und Gutachten in peinl. Fällen, Th. I. Entsch. VI. Num. 21.

i) Die Gesetze theilen auch die Minderjährigkeit häufig nur in zwey Hauptabschnitte ab, nämlich in das Alter der Unmündigkeit, und das der Mündigkeit. Das erste begreifet sowohl die Jahre der Kindheit als der Unmündigkeit unter sich, und heißt *aetas prima*; das andere hingegen, welches bloß auf die Jahre der Mündigkeit fixirt ist, wird *aetas secunda* genannt. *L.* 37. *C. de Episc. aud. L.* 10. *C. de Inpub. et al. substit. L* 8. *§* 3. *C. de Bon. quae lib.*

k) *L.* 14. *§.* 1. *D. de Alim. legat. cf. Aueranius Interpretr. iur. Tom. II. Lib. V. cap. VIIII.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0183
DFG

§. 131.

Daß es unmündigen und minderjährigen Personen nicht nur an hinlänglichem Verstande und gehöriger Ueberlegung, sondern auch an genugsamer Einsicht und Fähigkeit fehle, um sich selbst und ihrem Vermögen ordentlich vorzustehen, ist, wie unser Verfasser sagt, ein Grundsatz, den die Erfahrung bestätiget. Aus diesem Grunde sollen denn nun auch solche gewaltfreye Personen, welche zwar die Kinderjahre überschritten, aber gleichwohl noch nicht die Volljährigkeit erreichet haben, nach Vorschrift der Gesetze keinesweges sich selbst überlassen bleiben, sondern zur Aufsicht über ihre Person und zur Administration ihrer Güter einen Beystand erhalten. **Pupillen, Mündel, Mündlinge**, das heißt, unmündige Personen (inpuberes), welche von der väterlichen Gewalt frey sind [l]), bekommen in dieser Hinsicht einen Vormund. Andere gewaltfreye Personen, die zwar mündig (puberes), aber noch nicht großjährig (maiores) sind, stehen unter der Curatel (cura minorum). Die Curatel der Minderjährigen war zwar anfänglich durch das látorische Gesetz nur in Ansehung der stupiden und liederlichen Minderjährigen angeordnet; sie wurde aber nachher auf jeden Minderjährigen ausgedehnet, und ist jetzt mit der Vormundschaft verflochten, jedoch so, daß der in dem römischen Rechtskörper enthaltene Grundsatz: *tutor* datur primario *personae*, *curator* vero *rei*, noch allerdings befolget werden muß [m]). Die von der Vormundschaft sowohl als der Curatel der Minderjährigen geltenden Principien werden übrigens unten im XXVI. und XXVII. Buche der Pandecten näher zu erörtern seyn.

§. 132.

Die homines alieni iuris, oder diejenigen Menschen, welche unter der häuslichen Gewalt und Herrschaft eines patris familias stehen, sind nach dem römischen Rechtssystem von zweyerley Art, nämlich entweder Söhne und Töchter, die der väterlichen Gewalt unterworfen sind (filii filiaeue familias), oder Sclaven und Sclavinnen, die unter der herrschaftlichen Gewalt eines patris familias stehen (serui et ancillae). Da wir die Beschaffenheit der herrschaftlichen Gewalt, und den sich darauf beziehenden Zustand der römischen Sclaven bereits im vorhergehenden Titel betrachtet haben, so lenket der Auctor gegenwärtig zur Lehre von der väterlichen Gewalt, und den sich darauf beziehenden Zustand der Hauskinder ein. Er

l) *L.* 239. *D. de Verb. signif.* Pupillus est, qui, quum inpubes est, desiit in patris potestate esse aut morte, aut emancipatione.

m) *§.* 2. *J de Curat.* *a Wernher Obseruu. forr. Part. VI. obs. CCCLXXXVIIII.* Struben rechtliche Bedenken, Th. III. Bed. CXI. S. 380. *Beyer Diss. de hodierna tutorum et curatorum minoribus datorum differentia, (in Eiusdem opusce. num. IIII. p.* 100.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0184
DFG

Er stellet daher zuvörderst hier eine Vergleichung zwischen beyden an, sowohl in Absicht auf ihre öffentlichen als Privatverhältnisse. Nach dem bekannten Ausspruche des Ulpian n): quod adtinet ad *ius ciuile*, serui pro *nullis* habentur, gestattete man den Sclaven keine bürgerlichen Rechte im Staate; Haussöhne im Gegentheil waren in Rücksicht auf den Staat allerdings als freye Menschen und Bürger anzusehen. Sie konnten zu Vormündern unmündiger Kinder bestellet werden o), auch öffentliche Aemter im Staate bekleiden p). Der Haussohn, welcher ein öffentliches Amt bekleidete, brauchte in solchen Sachen, welche die Verwaltung desselben betrafen, die Befehle des Vaters nicht zu respectiren, vielmehr war er befugt, ihm von Amtswegen Befehle zu ertheilen q). Mit Recht sagt demnach unser Verfasser: inter liberos et seruos, in *relatione ad rem publicam*, differentia erat admodum magna. Ungegründet aber ist es, wenn er hinzu füget: *in relatione vero ad patrem familias*, cui suberant, aequalis fuit conditio eorum, qui sunt alieni iuris. Die Gründe, welche er zur Bestärkung dieses irrigen Princips anführet, beweisen höchstens, daß zwischen Kindern und Sclaven im Verhältniß gegen den Hausvater einige Aehnlichkeit statt gefunden habe, aber keinesweges, daß ihr Zustand unter dem gedachten Verhältniß völlig gleich gewesen sey. Das den Hauskindern zuständige Familienrecht, vermöge dessen sie schon bey Lebzeiten des Vaters gewissermaßen als Miteigenthümer von dessen Vermögen angesehen wurden, und nach erfolgtem Ableben des Vaters ohne vorgängige Erklärung und Erbschaftsantretung ipso iure als Erben succedirten, giebt hinlänglich zu erkennen, daß ihr Zustand weit vortheilhafter gewesen sey, als der Zustand der Sclaven.

Die Einheit der Person zwischen dem Hausvater und den seiner Gewalt unterworfenen Personen, der in dem gegenwärtigen Paragraphen noch zuletzt gedacht wird,

n) *L.* 32. *D. de Reg. iur.*

o) *Pr. J. Qui testam. tut. dari poss. L.* 9. *D. de His qui sui vel al. iur. sunt.*

p) *L.* 6. *in fin. D. Quod cuiuscumque vniuersit. nom. vel. contra eam agat. L.* 2. *D. de Muner.*

q) *L.* 14. *pr. D. Ad Sctum Treb.* Nam quod ad ius publicum adtinet, non sequitur ius potestatis. Die Emendation dieser Gesetzstelle, welche *van Bynkershoek Obseruu. iur. rom. Lib. I. cap. XVIII. p.* 74. *sqq.* vorschlägt, daß für *non sequitur* gelesen werde *non sequimur*, um damit anzuzeigen: non obseruamus, non adrendimus ad patriam potestatem, ist ohne Zweifel sehr überflüssig. *cf. Finestres Com. in Hermogen. iuris epitomm. Tom. II. Lib. VI. p.* 1049. *sqq.*

wird, suchen zwar einige Rechtsgelehrte in Zweifel zu ziehen r); allein ihre Behauptung ruhet in der That auf sehr unsichern Gründen, und wird durch die wichtigen Wirkungen dieser Personeneinheit in Beziehung auf Privatangelegenheiten genugsam widerleget s). Eben dieser Unität wegen, welche vermöge einer rechtlichen Fiction angenommen wurde, konnte zwischen dem Vater und den Kindern, die seiner Gewalt noch unterworfen waren, nur eine bloß natürliche, keinesweges aber eine bürgerliche vollgültige Verbindlichkeit statt finden t); sie konnten so wenig einen gerichtlichen Proceß mit einander führen v), als Verträge unter einander abschließen x).

§. 133.

Nach dem ältern römischen Rechte hatte der Hausvater vermöge der von Romulus gemachten Verfügungen über die Person und das Vermögen seiner Kinder fast unumschränkte und gränzenlose Rechte. Er konnte den Kindern vorschreiben, was sie thun oder unterlassen sollten, und der Mangel seiner Einwilligung zog die Nichtigkeit der von ihnen unternommenen rechtlichen Handlungen unausbleiblich nach

r) *Riuinus Diss. de figmento fictionis vnitatis personae inter patrem et filium*, (Viteb. 1760) *Madihn Princip. iur. rom. Part. I. Sect. I. cap II. §. 37. p. 53.* Dieser letztere Rechtsgelehrte sagt: Neque iure romano, neque iure hodierno pater et filius pro vna persona habentur; male enim ex *L. vlt. C. de Inpub. et al. substit. — quum et natura pater et filius eadem esse persona pene intelligantur*, id probare conantur. Kann aber auch gleich die gedachte Gesetzstelle nicht als ein unwiderleglicher Beweis der Personeneinheit zwischen Vater und Sohn gelten, so beruhet gleichwohl vermöge der allgemein bekannten rechtlichen Wirkungen, welche sie erzeuget, ihre Existenz außer allem Zweifel, und es hätte daher Madihn diese Bemerkung sich füglich ersparen können. Noch einer andern Meinung ist *de Cocceii Jus ciu. controu. Lib. I. tit. VI. quaest. XVIIII. p. 109. sq. ed. nouiss.* Dieser leugnet zwar die persönliche Einheit nicht gerade zu, will aber ihre Wirkungen lediglich darauf eingeschränket wissen, daß der Sohn alles dem Vater, und nichts für sich erworben habe. So großen Scharfsinn auch die Argumente dieses Rechtslehrers verrathen, so sind sie doch nichts weniger als überzeugend.

s) *Merillius Obseruu. Lib. III. cap. IIII.* Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 100. S. 103. f.

t) *L. 38. D. de Condict. indeb.*

v) *L. 4. D. de Jud. L. 7. D. de Oblig. et act.*

x) *§. 6. J. de Inutil. stipul.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0186
DFG

nach sich y). Auch war der Vater befugt, die Kinder begangener Vergehungen wegen zu strafen, und dieses Strafrecht erstreckte sich bis auf das Recht über Leben und Tod z). Es war übrigens, so wenig als das Recht des Herrn über seine Sclaven, ein Recht, die Kinder nach Gefallen und ohne Ursache zu ermorden, sondern es war eine Art von Criminalgerichtsbarkeit, oder das Recht, den Kindern eine verdiente Todesstrafe zu dictiren, und an ihnen zu vollstrecken. Hiernächst hatte auch der Vater das Befugniß, den Sohn dreymal in die Sclaverey zu verkaufen; das erste und zweytemal fiel er in die väterliche Gewalt zurück, wenn ihn der Käufer frey ließ, und nur durch die erfolgte dritte Freylassung wurde er erst sein eigener Herr (sui iuris), und kam nicht wieder in die väterliche Gewalt a). Eben so war der Vater ferner zur Ausübung des iuris noxae dandi berechtiget, und solchergestalt befugt, seine Kinder, wenn sie durch unerlaubte Handlungen Schaden anrichteten, zur Ersetzung des Schadens an Zahlungsstatt zu geben b), imgleichen selbige zu vindiciren, oder das interdictum de liberis exhibendis anzustellen, wenn sie ein anderer bey sich hatte, und die Herausgabe verweigerte c). In Absicht auf das Vermögen der Kinder standen dem Vater gleichfalls sehr ansehnliche Rechte zu, welche sich nicht nur bey dessen Lebzeiten äusserten, sondern selbst über seinen Tod hinaus sich erstreckten. Ihm gehörte alles, was die Kinder während der väterlichen Gewalt adquirirten d); mithin hatten diese gar kein Eigenthum, und wenn man ihnen etwas versprach, so war es eben so gut, als wenn es dem Vater wäre versprochen worden. Hinterließ der Vater ein unmündiges Kind, so konnte er nicht nur demselben einen testamentarischen Vormund bestellen, sondern er konnte ihm auch pupillariter substituiren, oder verordnen, wer des Kindes Erbe seyn solle, wenn es in der Unmündigkeit sterben würde. An allen diesen Rechten eines römischen Hausvaters hatte aber die Hausmutter keinen Theil; sie konnte auch an der Gewalt, welche die Gesetze dem Vater einräumen, nicht füglich Antheil nehmen, da sie selbst der gesetzlichen Oberherrschaft des Ehemannes unterworfen war, und nach den Fragmenten des antejustinianeischen Rechts als eine filia familias angesehen wurde, wenn sie sich in manu mariti befand e).

y) *L.* 11. *D. de Stat. hom. L.* 35. *D. de Rit. nupt.*

z) *van Bynkershoek de iure occidendi, vendendi et exponendi liberos apud veteres Romanos, (in Eiusdem opuscc. num. III. p.* 145. *sqq.) Wieling Diss. de iure antiquo vitae ac necis parentum in liberos,* (Amstelod. 1723.)

a) *Dionys. Hal. Lib. II. n.* 73. *p.* 97.

b) *§.* 7. *J. de Noxal. act.*

c) *tot. tit. Dig. de Liber. exhib. it. ducend.*

d) *§.* 1. *J. Per quas person. cuique adquir.*

e) *Vlpianus Fragmm. tit. XXII. §.* 14. *Caius Institt. Lib. II. tit. VIII. princip. cf. Püttmann Probabill. iur. ciuil. Lib. I. cap. X. p.* 76. *sqq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0187
DFG

Ueber die Frage: ob nach dem römischen Rechte der Vater über die Person und das Vermögen seiner Kinder ein völliges Eigenthumsrecht gehabt habe? wird unter den Rechtsgelehrten nicht wenig gestritten. Verschiedene sowohl ältere f) als neuere g) Rechtslehrer behaupten, es sey die väterliche Gewalt ein wirkliches Eigenthum gewesen; allein die Argumente, auf welche sie ihre Meinung zu begründen suchen, sind bereits von andern h) sehr bündig widerleget, und vermögen auch nicht, mich von der Richtigkeit dieser Hypothese zu überzeugen. Vorzüglich lassen sich die Gegner dadurch irre führen, daß sie glauben, die angeführten Rechte, welche mit der väterlichen Gewalt verbunden waren, könnten nur Wirkungen eines völligen und uneingeschränkten Eigenthums seyn. Ohnstreitig kann man dies aber nicht anders, als mit gänzlicher Vernachlässigung der Geschichte und Absicht der römischen Legislation annehmen. Die eigentlichen Zweifelsgründe übrigens, welche man theils aus den zwölf Tafelgesetzen, wo die Kinder res genannt werden, hernimt, theils aus dem bey der Entlassung der Kinder aus der väterlichen Gewalt üblichen ritu mancipationis ableitet, sind in der That von keinem sonderlichen Gwichte. Wie kann man hierauf ein Princip bauen, welches so ganz mit dem Zustande der Hauskinder in offenbarem Widerspruche stehet, und sich mit ihren Familienrechten schlechterdings nicht vereinigen lässet, ja sogar den Gesetzen zuwider ist. In der *L. 215. D. de Verb. signif.* sagt Paulus merklich: potestatis verbo plura significantur; in persona *magistratuum imperium*, in persona *liberorum patria potestas*, in persona *serui dominium;* und unterscheidet solchergestalt sehr genau zwischen der väterlichen Gewalt

f) *van Bynkershoek l. l.*

g) *Robert de Bynkershoekii eique contraria Gebaueri doctrina de patria potestate rom. antiqua modestum iudicium*, (Wetzlar. 1782.) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. II. §. 133. S. 205. f. Sehr unbestimmt äussert sich Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 99. S. 102. f. über die Sache, wenn er sagt, daß die Kinder wirklich als eine Art von Eigenthum angesehen seyen. Weil sich nicht alle Rechte eines römischen Vaters aus einer häuslichen Gerichtsbarkeit ableiten lassen, so glaubt er, daß die Wahrheit in der Mitte liege, und daß die väterliche Gewalt zwar kein wirkliches, förmliches dominium, aber doch mehr als eine häusliche Jurisdiction, daß sie ein dem Eigenthume sehr nahe kommendes Recht *(ius dominio proximum)* gewesen sey.

h) *Gebauer Diss. I. de patria potestate, cap. II. Jenjen Diss. de patria romanorum potestate pro Gebauero aduersus Robertum*, (Suerin. Bützou. et Wismar. 1784.) Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. III. § 132. 133. S. 81. ff. Die meiste Aufmerksamkeit verdienet aber ohnstreitig des würdigen Herrn *D.* Günther *Diss. de patria vetr. romanorum potestate ex iure dominii non repetenda*, (Lipsi. 1786.) Unverkennbar trägt die Schrift dieses eleganten Rechtslehrers das Gepräge desjenigen Fleißes an sich, mit dem sie verfasset worden.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0188
DFG

walt und dem Eigenthume. Es würde auch demnach die gegenseitige Meinung wohl kaum wieder neuerlich einige Anhänger gefunden haben, wenn nicht die Auctorität eines van Bynkershoek für sie stritte. Da aber die Gründe, mit welchen van Bynkershoek dieser sonderbaren Opinion einen Anstrich zu geben suchte, schon längst als unzureichend und irrig befunden sind, und gleichwohl die neuern Vertheidiger derselben lediglich auf selbige provociren, so geben sie hiedurch ganz unzweydeutig zu erkennen, daß sie in dieser Hinsicht ohne eigenen Prüfungsgeist aus vorgefaßter Meinung den Fußtapfen jenes großen Rechtslehrers sclavisch zu folgen gewohnt sind.

§. 134.

Zu den ansehnlichen Rechten der väterlichen Gewalt gehörte nach dem ältern römischen Rechte unter andern, daß Kinder nichts eigenes haben konnten; alles, was sie adquirirten, gehörte dem Vater, und es war also zwischen ihnen und Sclaven in diesem Stück kein Unterschied. Nicht selten aber gab ein Vater seinem Sohne ein Stück Geld, oder eine Quantität Waaren in die Hände, um damit einen Handel zu treiben; dieses Vermögen wurde *peculium* genannt i). Eben so war es auch nicht ungewöhnlich, daß ein Herr seinem Sclaven Geld oder Waaren gab, um damit zu handeln, und dieses Vermögen wurde mit der nämlichen Benennung bezeichnet. *Peculium* ist demnach der Inbegrif desjenigen Vermögens, welches ein Haussohn oder Sclave von dem respectiue väterlichen und herrlichen Vermögen abgesondert besitzt k). Der Hausvater hatte an dem Sondergute ein völliges Eigenthum, so gut, als an seinem übrigen Vermögen; dem Sohne oder Sclaven war nur die Administration zuständig, und zwar eine freyere oder eingeschränktere, nachdem es dem Herrn beliebte. Er konnte es daher auch nach

i) *Rau Hist. iur. ciuil. de peculiis*, (Lipf. 1770.) Um die ursprüngliche Beschaffenheit und Geringfügigkeit des peculii anzuzeigen, sagt Ulpian in der *L.* 5. *§.* 3. *D. de Pecul.* Peculium dictum est, quasi *pusilla pecunia*, siue *patrimonium pusillum*. *Menagius de etymologiis iurisconsultorum*, *s. v.* peculium, *(in Eiusdem amoenitatt. iur. ciuil. cap. XXXVIIII. p.* 318 *sq.*

k) So lange noch bey den Römern die Ehen vermittelst einer Confarreation und Coemtion eingegangen wurden, gab es außer dem peculio filiali und seruili begreiflich auch ein peculium *vxorium*, weil die Eheweiber als filiae familias angesehen wurden *cf. Vicat Vocabular. iur. Tom. III. s. v. peculium, p.* 37. Ueber die *L.* 79. *§.* 1. *D. de Legat.* 3. wo Celsus sagt: peculium adpellatur, quod praesidii caussa seponitur, sehe man *Auerani Interpretr. iur. Lib. II. cap. XXVIII. n.* 15. *sqq. Perrenonius Animaduerss. et var. lectt. iur. ciuil Lib. II. cap. XXVIII. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. I. p.* 659.) Vorzüglich verdienet hier auch noch bemerket zu werden *Crell Obseruu. de peculio personarum sui iuris*, (Viteb. 1751.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0189
DFG

Gefallen wieder zurück und an sich nehmen, wenn der Handel nicht zu seiner Zufriedenheit geführet wurde.

§. 135.

Mit der veränderten Staatsverfassung Roms wurden in der Folge den fast gränzenlosen Rechten der väterlichen Gewalt Schranken gesetzt. Denn 1) wurde dem Vater das Recht, über Leben und Tod seiner Kinder zu gebieten, gänzlich entzogen. Zweifelhaft ist es, zu welcher Zeit dies eigentlich geschehen sey. Noodt l) behauptet, es sey dieses Recht dem Vater zu den Zeiten der Kayser Valentinian, Valens und Gratian genommen worden; hingegen van Bynkershoek m) glaubt, daß es schon zu Trajans, Hadrians und Antonins des Frommen Zeiten geschehen sey. Die Meinung des erstern ist aller Wahrscheinlichkeit nach die richtigste n). Dem sey aber wie ihm wolle, so bleibt doch wenigstens so viel immer ausgemacht, daß ein Vater jenes Recht nicht mehr zu den Zeiten des Alexander Severus gehabt habe; denn dieser gestattet ihm ausdrücklich nur das Befugniß, die Kinder wegen ihrer Vergehungen zu züchtigen. In der *L. 3. C. de Patr. potest.* sagt derselbe: Si filius tuus in potestate tua est, res adquisitas tibi alienare non potuit. Quem, si pietatem patri debitam non adgnoscit, castigare iure patriae potestatis non prohiberis: acriore remedio vsurus, si in pari contumacia perseuerauerit, eumque praesidi prouinciae oblaturus, dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris. Wegen der Schlußworte dieser Gesetzstelle: *eumque praesidi prouinciae oblaturus, dicturo sententiam, quam tu quoque volueris*, glauben einige Rechtsgelehrte, der Vater habe auch das Recht, die Kinder, wenn sie ein Verbrechen begehen, der Obrigkeit zu übergeben, und die Strafe zu bestimmen, welche ihnen die Obrigkeit zuerkennen soll. Allein der ganze Inhalt des Gesetzes giebt hinlänglich zu erkennen, daß in demselben von einem liederlichen, verschwenderischen und ungehorsamen Sohne die Rede sey, keinesweges von einem solchen, der ein öffentliches Verbrechen begangen hat. Severus verordnet, der ungerathene Sohn solle der Obrigkeit übergeben, und ihr die Bestimmung einer angemessenen Strafe überlassen werden, wenn väterliche Züchtigungen nichts fruchten, und mithin zur Bestrafung und Bezähmung desselben schärfere Ahndungen erforderlich sind. Inzwischen soll hierunter ein gewisses Beystimmungsrecht oder Einwilligungsrecht des Vaters zulässig seyn, vermöge

l) *Noodt Jul. Paul. (in Eiusdem Opp. Tom. I. p. 565.)*

m) *van Bynkershoek Opusc. de iure occidendi, vendendi et exponendi libb. ap. vett. romanos, (in Eiusdem opuscc. var. argum. num. III.)*

n) *Gebauer Diss. II. de patria potestate, cap. II.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0190
DFG

möge dessen er durch seine Vermittelung theils Milderung, theils Schärfung der zuerkannten Strafe nach vorkommenden Umständen bewirken kann. Der Präses soll die Sache untersuchen, und die von dem Vater verlangte Strafe dictiren, wenn er sie der Lage der Sache und den Gesetzen angemessen findet. So und nicht anders sind die Endworte der angezogenen *L. 3. C. de Patr. potest.* zu verstehen. Ueberhaupt lässet es sich auch gar nicht denken, daß der Kayser die Bestimmung der Strafe lediglich der Willkühr des Vaters habe überlassen wollen, so daß der Präses, ohne weiter auf die Gesetze und die Größe des Vergehens Rücksicht zu nehmen, den Sohn bestrafen solle; denn ohnstreitig würde in diesem Falle die Verordnung ausnehmend unvernünftig gewesen seyn.

Nach dem neuern römischen Rechte ist auch 2) das väterliche Recht, die Kinder zu verkaufen, eingeschränket worden. Zuvörderst entzogen die Kayser Diocletian und Maximian das Recht der Veräusserung dem Vater gänzlich o). Nachher änderte indessen Constantin dieses Verbot gewissermaßen ab, indem er in der *L. vlt. C. de Patr. qui fil. suos distrax.* folgendes verfügte: Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque victus caussa, filium filiamue sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente, emtor obtinendi eius seruitii habeat facultatem. Liceat autem ipsi qui vendidit, vel qui alienatus est, aut cuilibet alii ad ingenuitatem eum propriam repetere: modo si aut pretium offerat, quod potest valere, aut mancipium pro eiusmodi praestet. Ueber die richtige Erklärung dieses Gesetzes wird unter den Rechtsgelehrten gestritten. Denn einige suchen die gemeine Lesart desselben in Zweifel zu ziehen, und nehmen an, es müsse für *sanguinolentos* gelesen werden *sangvinolentus*. Auf diese Weise referiren sie das gedachte Beywort auf den Vater, erklären es durch **grausam, unbarmherzig**, und behaupten, der Kayser rede von dem Falle, wo ein Vater so grausam ist, seine Kinder zu alieniren. Allein nicht nur der Titel des theodosianischen Codex: *de His, qui sanguinolentos emtos vel nutriendos adceperint*, lehret, daß diese Emendation ungegründet sey, sondern auch die gesunde Vernunft muß nothwendig jeden von der Unrichtigkeit derselben überzeugen. Constantin sagt: *Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque* VICTVS CAVSSA *filium filiamue vendiderit*, und setzt demnach voraus, daß der Vater in den dürftigsten Umständen lebe, in der größten Armuth sich befinde, und eben dadurch, theils um durch das Kaufpretium sich selbst Lebensunterhalt zu verschaffen, theils auch um die dem Kinde zu reichenden Alimente zu erspa-

o) *L. 1. C. de Patr. qui fil. suos distrax.* Liberos a parentibus neque venditionis, neque donationis titulo, neque pignoris iure, aut alio quolibet modo, nec sub praetextu ignorantiae adcipientis in alium transferri posse, manifestissimi iuris est.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0191
DFG

ersparen, zur Alienation bewogen worden sey. Wenn der Vater in einer solchen äusserst bedrängten Lage aus Noth sein Kind verkauft, so sehe ich nicht ein, wie man ihn deswegen für unbarmherzig halten könnte; und gesetzt, Constantin hätte, was sich freylich schon an sich gar nicht denken lässet, die Handlung des Vaters für grausam gehalten, wie liesse sich doch damit sein Ausspruch vereinigen, mittelst dessen er den unter der gedachten Voraussetzung abgeschlossenen Kaufcontract für rechtsbeständig erkläret. Ohne allen Zweifel ist also die gemeine Lesart die einzig und allein richtige. Der Kayser erlaubt einem dürftigen Vater, *liberos sanguinolentos* zu verkaufen, das heißt nach der richtigen Erklärung des Gothofredus p) neugebohrne Kinder, liberos *recens natos*, *ab vtero matris adhuc rubentes*. Durch die Schlußworte des Gesetzes wird angezeigt, es solle sowohl dem Kinde selbst, als auch jedem andern frey stehen, die Sclaverey nachher wieder aufzuheben; nur müsse in beyden Fällen entweder ein angemessenes Kaufpretium entrichtet, oder ein anderes Subject als Sclave an des Kindes Stelle herbey geschaffet werden. Da übrigens einestheils Eltern vermöge der fast allgemeinen natürlichen Zuneigung gegen ihre Kinder für einen solchen unter der Würde des Menschen stehenden Handel eben nicht gestimmet seyn konnten, anderntheils aber auch bey dem beständigen nicht unbeträchtlichen Vorrath neugebohrner Kinder nicht leicht Käufer zu selbigen sich gefunden haben dürften, so mag wohl wahrscheinlich das Gesetz überhaupt sehr selten zur Anwendung gekommen seyn.

Ferner wurde 3) das Recht, die Kinder an Zahlungsstatt zu geben, wenn sie durch unerlaubte Handlungen Schaden angerichtet hatten, (ius noxae dandi) dem Vater genommen. In der *§. 7. J. de Noxal. act.* heißt es: Sed veteres quidem hoc in filiis familiarum masculis et feminis admisere: noua autem hominum conuersatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab vsu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur filium suum, et maxime filiam in noxam alii dare: vt pene per filii corpus pater magis quam filius periclitetur: quum in filiabus etiam pudicitiae fauor hoc bene excludat? Et ideo placuit, in seruos tantummodo noxales actiones esse proponendas: quum apud veteres legum commentatores inuenerimus saepius dictum, ipsos filios familiarum pro suis delictis posse conueniri. Nach dieser Stelle scheinet die *noxae datio* der Kinder schon vor Justinians Zeiten abgeschaffet worden zu seyn; wenigstens lässet dies der darin angeführte historische Umstand mit ziemlicher Gewißheit vermuthen. Die Alten, sagt der Kayser, haben zwar dieses Recht bey Hauskindern sowohl männlichen als weiblichen Geschlechts zugelassen; hingegen in neuern Zeiten hat man es vermöge der zunehmenden Verfeinerung

p) *Gothofredus Com. ad tit. Cod. Theod. de His qui sanguinolentos emtos vel nutriendos adceperint.*

nerung der Sitten abzuschaffen für billig erachtet, und so ist es endlich ganz und gar außer Gebrauch gekommen. Der Grund, weswegen dieses Recht bey den Töchtern nicht ferner gestattet worden, ist nach Justinians Meinung in der besondern Begünstigung der weiblichen Delicatesse oder Vorsorge für ihre Keuschheit zu suchen. Die Erfahrung mogte wohl den Kayser gelehret haben, daß dergleichen Haustöchter den angerichteten Schaden, welcher die Uebergebung derselben an Zahlungsstatt veranlasset hatte, nicht selten mit dem Verluste ihrer weiblichen Ehre ersetzen müßten. Weniger allgemein und einseitiger ist der Grund, dem er die Abschaffung des mehr gedachten Rechts in Absicht auf die Haussöhne zuschreibet; denn ob der Vater bey Ueberlassung seines Sohns zur Schadensersetzung mehr verliere, als der Sohn selbst, lässet sich im allgemeinen nicht füglich bestimmen, sondern hängt von den besondern Umständen und individuellen Verhältnissen beyder ab.

§. 136.

Das Recht des Vaters, durch die Kinder zu erwerben, wurde zwar durch neuere römische Gesetze nicht gänzlich aufgehoben, aber gleichwohl durch Einführung der verschiedenen Gattungen von Peculien sehr eingeschränket. Nach Anleitung des Verfassers betrachten wir gegenwärtig nur im allgemeinen diese verschiedenen Gattungen; die Rechte derselben werden insbesondere unten im Titel der Pandecten *de Peculio* zu erörtern seyn. Peculium im Sinn des neuern römischen Rechts ist **der Inbegrif alles desjenigen, was ein** *filius* **oder eine** *filia familias* **von dem väterlichen Vermögen abgesondert besitzt.** Es begreifet demnach alles, was Hauskinder entweder dergestalt haben, daß es ihnen, und nicht dem Vater eigenthümlich gehöret, oder was sie wenigstens doch so besitzen, daß es nicht mit dem Vermögen des Vaters vermischet ist, sondern besonders administrirt wird. Dieses peculium ist entweder *militare* oder *paganum*; das militare entweder *castrense* oder *quasi castrense*; das paganum entweder *profectitium* oder *aduentitium*; dieses letztere entweder *ordinarium* oder *extraordinarium* q). Zu welcher Zeit das peculium castrense aufgekommen sey, ist zweifelhaft; einige r) halten den Julius Cäsar, andere s) den August für den Urheber desselben, und endlich noch andere t) rücken den Ursprung desselben in die Zeiten der freyen Republik hinauf.

Eben

q) *cf. a Pufendorf Obseruu. iur. vn. Tom. I. obs. LXXXXVIII. p. 258. sqq. Tom. IIII. obs. CLIII. p. 303. sqq. ed. nouiss.*

r) *Heineccius Antiquitt. romm. Lib. II. tit. VIIII. §. 2. de Selchow Elemm. iur. rom. anteiust. §. 381.*

s) *Galuanus Tr. de usufructu, cap. VII. n. 8.*

t) *Rau Historia iur. ciuilis de peculiis, §. 7.*

Eben so wenig lässet sich auch der Ursprung des peculii quasi castrensis mit völliger Gewißheit bestimmen. Verschiedene v) wollen es vom Kayser Theodosius dem jüngern ableiten; allein daß ihre Meinung ganz ungegründet sey, zeigen die Stellen der Pandecten, in welchen schon Ulpian desselben erwähnet x). Den Ursprung des peculii aduentitii setzt Gothofredus y) unter die Regierung Constantins des großen; es finden sich aber, wie Galvan z) sehr gründlich bewiesen hat, schon frühere Spuren davon.

Peculium *militare* heißt dasjenige Vermögen, welches ein Hausſohn per militiam, oder bey Gelegenheit derselben adquirirt, und also nicht würde erworben haben, wenn er nicht in militia gewesen wäre. Mit dem Worte *militia* aber bezeichneten die Römer nicht nur den Soldatenstand oder Kriegsdienst, sondern sie verstanden auch darunter alle öffentliche Aemter und Würden, insonderheit auch die Advocatur und sonstige Ausübung freyer Künste und Wissenschaften a). Hat der Sohn etwas im Soldatenstande (militia *sagata*) oder bey Gelegenheit desselben erworben, so heißt es peculium *castrense*; hat er etwas durch freye Künste und Wissenschaften, oder durch öffentliche Aemter und Würden (militia *togata*) adquirirt, so wird dies peculium *quasi castrense* genannt. Das peculium castrense beschränket sich lediglich auf wirkliche Soldaten, und kann demnach von Feldpredigern, Feldärzten, Feldkaufleuten und andern Personen, die mit den Soldaten im Felde sind, nicht erworben werden. Zu demselben gehöret: α) nicht nur der Sold, sondern auch die Beute, welche der Soldat dem Feinde abnimt, wiefern er solche zu behalten befugt ist; β) was ihm von seinem Vater und sonstigen Angehörigen zur Equipage gegeben, oder von den Obern wegen seines Wohlverhaltens geschenket wird b); γ) eine Erbschaft oder ein Vermächtniß, so ihm von seinen Cameraden ist hinterlassen worden c); δ) die Sachen, welche er mit dem zum castrensischen Sondergute

v) *Balduinus Lib. III. Justin. p.* 208.

x) *L.* 3. *§.* 5. *D. de Bonor. possess. L.* 1. *§.* 6. *D. Ad sctum Treb. L.* 1. *§.* 15. *D. de Collat. bonor. L.* 7. *§. vlt. D. de Donat. cf. Gothofredus ad L.* 3. *Cod. Theod. de Postul. Finestres Praelectt. Ceruarienss. ad tit. Pandect. de Adquir. vel omitt. hereditate, Part. II. cap. V. §.* 42. *p.* 330.

y) *Gothofredus Com. ad tit. Cod. Theod. de Bon. matern.*

z) *Galuanus l. l. n.* 10.

a) *Vicat Vocabular. iur. Tom. II. s. v.* militia, *p.* 414. *sq.*

b) *L.* 11. *D. de Castr. pecul. L.* 1. *C. de Castr. pecul. milit. et praefect.*

c) *L.* 5. *D. eod.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0194
DFG

gute gehörigen Gelde erkaufet d). Denn das peculium ist eine vniuersitas iuris e), bey welcher die Regel gilt: *res succedit in locum pretii*; das heißt, wenn ich Geld aus einer vniuersitate iuris nehme, und eine Sache dafür kaufe, so ist die Sache auch ein Theil der vniuersitatis. Was das peculium quasi castrense anbetrifft, so ergiebt sich schon aus dem angegebenen Begriffe desselben von selbst, daß zu demselben dasjenige gerechnet werden müsse, was ein Sohn durch seine Kenntnisse und Wissenschaften als Advocat, oder Doctor, oder als practischer Arzt verdienet, oder durch erlangte öffentliche Aemter und Bedienungen erwirbt. Selbst dasjenige Vermögen, zu dessen Erwerbung ein öffentliches Amt dem Sohne nur Gelegenheit gegeben hat, ist als ein peculium quasi castrense anzusehen. Auch gehöret dahin, was dem Sohne vom Vater sowohl als von einem andern in Rücksicht auf seine Würde, oder Wissenschaften und Kenntnisse geschenket wird f). Es verstehet sich aber von selbst, daß der Erwerber in allen diesen Fällen noch ein filius familias seyn müsse; denn nur in dieser Qualität lässet sich die Existenz eines Sonderguts denken.

Peculium *paganum* heißt ein jedes, welches nicht per militiam, auch nicht bey Gelegenheit derselben erworben wird; und dieses ist entweder *profectitium* oder *aduentitium*. Dasjenige Vermögen, welches die Kinder entweder vom Vater selbst bekommen, oder welches ihnen von einem andern, aber doch um des Vaters willen, zufällt, wird peculium profectitium genannt g). Dahin gehöret also z. B. ein Waarenlager, welches der Vater dem Sohne giebt, um damit zu handeln; ein Geschenk, welches jemand dem Sohne macht, weil er vom Vater Dienste erhalten hat, und dieser für seine Bemühung nichts nehmen will. Uebrigens ist auch hier wieder voraus zu setzen, daß der Sohn in der väterlichen Gewalt sey und bleibe; denn sonst wäre das, was ihm der Vater giebt, kein Sondergut. Das peculium aduentitium endlich begreifet solche Güter, welche die Kinder nicht vom Vater, auch nicht in Rücksicht des Vaters adquiriren. Wenn ihnen demnach von der Mutter, imgleichen von andern Personen eine Erbschaft zufällt, wenn sie durch Handwerksdienste und Glücksereignisse etwas verdienen; von einem dritten, und

d) *L.* 3. *D. eod. L.* 1. *in fin. C. eod.*

e) *L.* 20. *§.* 10. *D. de Heredit. petit.*

f) *L.* 14. *C. de Aduoc. diu. iud. L. vlt. C. de Inoff. testam. cf. Bauer Diss. de peculio quasi castrensi studiosorum, (in Eiusdem opuscc. Tom. I. p.* 50. *sqq.) de Cocceii Jus ciu. controu. Lib. XIIII. tit. VI. quaest.* 1. 2. 3. (Francof. et Lipſ. 1753.) *p.* 751. *sq. Richter Diss. de sumtibus studiorum ad peculium quasi castrense non pertinentibus*, (Lipſ. 1752.)

g) *L.* 21. *et L.* 22. *D. de Vsufr. cf. Wieger Diss. de peculio profectitio*, (Argent. 1754.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0195
DFG

zwar nicht um des Vaters willen, ein Geschenk erhalten, so gehöret dies zum peculio aduentitio h). In denen Fällen, wo sich außer der Proprietät, auch der Genießbrauch und die Administration desselben bey dem Haussohne befindet, heißt es extraordinarium, irregulare s. plenum; hat aber der Vater die Verwaltung und das Benutzungsrecht, so wird es ordinarium, regulare s. minus plenum genannt i).

§. 137.

In Deutschland war ursprünglich die Gewalt der Eltern über ihre Kinder keine andere, als diejenige, welche schon im Naturrechte gegründet ist k). Sie war ein Recht beyder Eltern auf alle Mittel, welche sowohl das Beste ihrer Kinder überhaupt, als insonderheit die Erziehung und Bildung derselben zu vernünftigen Menschen erheischet; welches also auch mit Erreichung dieser Absicht aufhöret, wenn es alsdann nicht durch einen ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag verlängert wird. Zwar ist diese Gewalt der Eltern mit der Aufnahme des römischen Rechts nicht gänzlich aufgehoben worden; inzwischen hat man doch von ihr nur so viel beybehalten, als mit dem vorzüglichern Rechte der väterlichen Gewalt bestehen konnte, und begreiflich gehöret demnach die elterliche Gewalt in Deutschland zu den Rechten, welche auf gemischten Grundsätzen beruhen l). Lassen nun aber gleich die heutigen Rechte und Sitten die Mutter keinen geringen Antheil an der väterlichen Gewalt

h) *L.* 16. *§.* 11. *et L.* 50. *D. Ad Sctum Treb. L.* 52. *D. de Adquir. vel omitt. heredit. L.* 6. *C. de Bon. quae lib.*

i) *Heusinger Comment. de iure peculii aduentitii extraordinarii*, (Jsenaci 1751.) *a Pufendorf Obseruu. iur. vn. Tom. I. obs. LXXXXVIII. p.* 258. *sqq. ed. nouiss. Braun Diss. de vsufructus parentum in bonis liberorum tam de iure rom. quam germ. genuino fundamento*, (Jenae 1743.) *Wolzaer Comm. iur. Justinian. nouiss. Tom. I.* (Halae 1796.) *§.* 523. *sqq. p.* 770. *sqq.*

k) *Gebauer Pr. de patria potestate veterum germanorum*, (*in Eiusdem vestigg. iur. germ. antiquiss. num. XIIII.*) Ueber das wahre Fundament der elterlichen Gewalt nach Gründen der Vernunft wird unter den Naturrechtslehrern nicht wenig gestritten. Einige (*de Henniges Obseruu. politt. et morr. ad Grotium, p.* 434.) halten den göttlichen Willen für den Grund der elterlichen Gewalt; andere (*Gebauer l. l. cap. I. §.* 9.) die Stärke der Eltern; andere (*Achenwall Jus nat. §.* 53.) den Umstand, daß die Kinder der Handlung der Eltern ihre Existenz zu verdanken haben; andere (Glafey Recht der Vernunft, S. 117.) das thierische Vergnügen des Beyschlafs; andere (*Hobbes Elemm. philosoph. de ciue, cap. VIIII. §.* 2.) die Occupation; andere (*a Pufendorf de iur. nat. et gent. Lib. VI. cap. II. §.* 4.) die Alimentation und die vermuthliche Einwilligung; andere (Höpfner Naturrecht, §. 160.) die den Eltern obliegende Verbindlichkeit, ihre Kinder zu erziehen.

l) Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 614. S. 509.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0196
DFG

walt nehmen m), so ist gleichwohl die Behauptung einiger Rechtsgelehrten n), welche ihr nach den veränderten Umständen die vorzüglichern Rechte einer römischen väterlichen Gewalt zueigenen, nicht nur in der Natur der Sache keinesweges gegründet, sondern sie widerspricht auch ohnstreitig aller rechtlichen Erfahrung. Denn so sind selbst heutiges Tages diejenigen Rechte der väterlichen Gewalt, welche die römischen Gesetze dem Vater in Beziehung auf das den Kindern zuständige besondere Vermögen beylegen, eigene und ausschließliche Rechte des Vaters, an welchen die Mutter in der Regel keinen Antheil nimt. Auch kann das dem Vater noch zuständige Recht, den Kindern pupillarisch zu substituiren, oder ihnen in seinem Testamente auf den Fall, wenn sie in der Unmündigkeit versterben sollten, einen Erben zu ernennen, auf keine Weise der Mutter mit Grunde zugeeignet werden; denn es hat seinen wahren Grund in der römischen bey uns angenommenen väterlichen Gewalt o).

Der Auctor sagt, das den Eltern zuständige Recht, ihre Kinder zu erziehen, ruhe auf der Generation, wodurch diese ihre Existenz erhalten haben; denn über dasjenige, was durch eine erlaubte Handlung wirklich wird, könne man Verfügungen machen, und daher stehe auch den Eltern in Ansehung ihrer Kinder ein solches Befugniß zu, weil sie ihnen durch ihre gemeinschaftliche Handlung das Leben gegeben haben. Indessen dürfe dieses Recht nicht zum Nachtheile der Kinder in Ausübung gebracht werden, sondern es beschränke sich lediglich auf die Erreichung alles dessen, was die Sorge für die Glückseeligkeit der Kinder erfordert. Ex quibus, füget er am Ende hinzu, simul colligere licet *obligationem parentum, liberos, quibus desunt alimenta, alendi.*

Ueber die Alimentationspflicht der Eltern bemerke ich hier in der Kürze nur folgendes. Die väterliche Gewalt führet eine Beschwerde mit sich, nämlich die

m) *Lyncker Disp. de matris potestate in liberos*, (Jenae 1688).

n) *Rothhahn Diss. de materna potestate in libb. ex germanorum legg. et more*, (Gotting. 1772.) Seine Argumente sind in der That sehr unbedeutend; denn sie beweisen weiter nichts, als daß viele deutsche besondere Provincialgesetze die natürliche elterliche Gewalt der Mutter bestätigen, ihr auch wohl einige Rechte einräumen, von welchen das Naturrecht nichts weiß. Die Uebereinstimmung mehrerer Particulargesetze begründet aber kein gemeines Recht, und es ist also irrig, wenn dieser Rechtsgelehrte aus ihnen zu beweisen suchet, daß die Mutter nach gemeinen deutschen Rechten die römische väterliche Gewalt habe. Man sehe dagegen Schott unpartheyische Critik über juristische Schriften, Band V. S. 842. ff. Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 104. S. 108.

o) *a Wernher Obseruu. forr. Tom. I. Part. V. obs. CLVII. n. 2. 3. Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. II. cap. IIII. membr. II. §. 32. p. 226. ed. nouiss.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0197
DFG

Verbindlichkeit, die Kinder zu ernähren. Verweigert der Vater die Erfüllung derselben, so setzt die Obrigkeit den Kindern eine gewisse, dem väterlichen Stande und Vermögen angemessene Summe aus, deren Größe also nach den Umständen verschieden seyn kann. Eigentlich entspringt indessen diese Verbindlichkeit nicht aus der väterlichen Gewalt, sondern aus der nahen Verwandschaft; denn auch die natürlichen, oder mit einer Concubine erzeugten Kinder mußte der Vater ernähren, und heutiges Tages ist er allen unehelichen Kindern Alimente zu verabreichen gehalten p). Ausführlicher werden wir hievon unten im Titel der Pandecten *de Adgnosc. vel alend. lib.* zu handeln Gelegenheit haben.

§. 138.

Was die Befugnisse anbetrifft, welche den Eltern nach deutschen Rechten über die Person ihrer Kinder gemeinschaftlich zustehen, so gehöret dahin der Gebrauch aller solcher Zwangsmittel, welche die Erziehung nothwendig macht. Beyde Eltern haben das Recht, die ungehinderte Verabfolgung und Herausgabe ihrer Kinder von demjenigen zu verlangen, der ihnen dieselben widerrechtlich vorenthält; sie können deshalb die richterliche Hülfe inploriren, und die Obrigkeit muß sie durch den kürzesten Weg des Processes in den verlohrnen Besitzstand setzen q). Auf jeden Fall bleibt aber die Gewalt der Mutter der väterlichen Gewalt untergeordnet; denn, wenn Vater und Mutter bey der Erziehung verschiedener Meinung sind, so gehet des Vaters Wille vor, und die Mutter kann sodann wohl mehr nur als Rathgeberin auftreten r). Können also Eltern über die Bestimmung der künftigen Lebensart ihres Sohns sich nicht gütlich mit einander vereinigen, so prävalirt natürlich der Ausspruch des Vaters; der Sohn muß die Kunst erlernen, oder die Handthierung ergreifen, wozu ihn dieser bestimmet. Zur Erziehung der Kinder gehöret auch vorzüglich der Religionsunterricht. Sind die Eltern verschiedener Religion, so müssen die Kinder sowohl männlichen als weiblichen Geschlechts in der Religion des Vaters erzogen werden s), wenn nicht entweder, wie es in verschiedenen Ländern der Fall ist, besondere Provincialgesetze verordnen, daß Söhne in der Religion des Vaters,

p) *Stryk VS. mod. Pandect. Lib. XXV. tit. III. §. 2. p. 369.*

q) *Müller Obseruu. practt. ad Leyseri meditt. ad Pandect. Tom. I. fasc. I. obs. LXXXVII. p. 320. sqq.*

r) von Globig über die Gränzen der väterlichen Gewalt, S. 99. ff.

s) Estor Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses, Tit. CXXXV. §. 1081. S. 412. *Dürr Diss. de potestate patria circa religionem liberorum, (in Schmidt Thes. iur. eccles. potissimum germ. Tom. VI. num. XVIII. p. 674. sqq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0198
DFG

ters, und Töchter in der Glaubenslehre der Mutter unterrichtet werden sollen t), oder durch Eheverträge willkührliche Bestimmungen über diesen Punct festgesetzt sind v). Uebrigens sind Kinder beyden Eltern gleiche Hochachtung und Ehrerbietung schuldig, und sie werden daher so wenig gegen den Vater als gegen die Mutter mit solchen Klagen und Rechtsmitteln gehöret, welche die gebührende Ehrfurcht verletzen x). Beyden Eltern stehet das Befugniß zu, ihre Kinder zur Verrichtung häuslicher Dienste anzuhalten y); die Mutter hat eben so gut als der Vater das Recht, ihren unmündigen Kindern in einer letztwilligen Verordnung einen Vormund zu bestellen, so daß selbst in Absicht auf die obrigkeitliche Bestätigung desselben kein Unterschied statt findet z). Da ferner beyde Eltern den gemeinschaftlichen Gebrauch solcher Zwangsmittel haben, welche die Erziehung erheischet, so sind sie auch beyde berechtiget, die Kinder zu züchtigen; nur dürfen sie die vernünftigen Gränzen einer kindlichen Züchtigung nicht überschreiten, oder sich hierunter grobe und ungebührliche Mißhandlungen des ungehorsamen Kindes zu Schulden kommen lassen a). Auch sind diese Zwangsmittel schon durch das neuere römische Recht b) so eingeschränket, daß darunter nichts begriffen seyn kann, was als öffentliche Züchtigung nur vermöge ordentlicher Gerichtsbarkeit erkannt werden kann. Ungegründet ist daher die von Hellfeld und einigen andern Rechtsgelehrten c) aufgestellte Behau-

t) von Zwierlein Nebenstunden, Th. I. Abhandl. VIIII. S. 169. ff.

v) *Pestel Diss. num pacta dotalia, quibus cautum, vt masculi patris, feminae matris religione inbuantur, sint seruanda?* (Rintel. 1752.)

x) *Hommel Diss. de vsu hodierno patriae potestatis, cap. III. §. 64. sqq.*

y) *Harpprecht Disp. de operis liberorum, quas suis parentibus debent ac praestant. (in Eiusdem dissertt. acadd. Vol. I. num. I.)* Ob Eltern auch künstliche und handwerksmäßige Dienste von den Kindern zu fordern berechtiget seyen, darüber sind die Rechtsgelehrten getheilter Meinung. Der Auctor will ihnen dieses Recht wenigstens sodann zugestanden wissen, wenn sie den Kindern Alimente reichen; hingegen *a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. I. Specim. XVII. med. 2. p. 173. sqq.* behauptet, daß ein Kind nie zur unentgeltlichen Leistung solcher Dienste verbunden sey. Man sehe Struben rechtliche Bedenken, Th. III. Bed. XXXXVIIII. S. 183. ff. *Breuning Diss. an pater teneatur liberis ad mercedem praestandam propter operas praestitas,* (Lipsi. 1772.)

z) *Renz Diss. de mixtura iuris romani et patrii in doctrina de patria potestate,* (Tubing. 1734.) *thes.* 16.

a) Klein Grundsätze des gemeinen deutschen und preußischen peinlichen Rechts, §. 289. S. 208. f.

b) *L. 3. C. de Patr. potest.*

c) *a Leyser Meditt. ad Pandect. l. l. med. 3. p. 175. sqq. Vol. X. Specim. DCXXXXVIII. coroll. I. p. 366.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0199
DFG

hauptung, daß der Vater oder die Mutter befugt sey, den ungehorsamen Sohn oder die ungerathene Tochter ohne vorgängige richterliche Genehmigung in ein Zuchthaus zu setzen. Vermöge eines unzweifelhaften Gerichtsgebrauchs werden ungehorsame Kinder nicht sofort auf das bloße Anhalten der Eltern zum Zuchthause verurtheilet, sondern es wird vor allen Dingen wegen des ihnen angeschuldigten Vergehens eine summarische Untersuchung angestellet d).

Das dem Vater nach einer Verordnung des Constantin e) zuständige Recht, seine neugebohrnen Kinder propter nimiam paupertatem egestatemque victus causſa zu verkaufen, fällt heutiges Tages gänzlich weg. Streitig ist es aber unter den Rechtsgelehrten, ob die auf einer römischen Fiction beruhende persönliche Einheit zwischen dem Vater und seinen Kindern auch in Deutschland angenommen sey. Verschiedene leugnen den heutigen Gebrauch dieses Grundsatzes, und behaupten daher, der Vater könne mit seinen Kindern gültige Verträge abschließen f); allein mit Recht vertheidigen andere das Gegentheil g). Denn das römische Recht ist im Ganzen angenommen, und auch in diesem Puncte durch kein entgegenstehendes deutsches Gesetz aufgehoben worden. Zwar, sagen die Gegner, sey das römische Recht als ein subsidiarisches Gesetzbuch der Regel nach eine gültige Richtschnur, um vorkommende Fälle danach zu bestimmen, inzwischen könne es doch in solchen Vorschriften, deren wesentlicher Grund bey uns gänzlich wegfällt, nicht füglich zur Anwendung kommen. Wie richtig aber auch an und für sich dieses Princip

d) von Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts, (Rostock u. Leipz. 1794.) Th. I. §. 78. S. 102. ff.

e) *L. 2. C. de Patr. qui fil. suos distrax.*

f) *Thomasius Diss. de vsu practico tit. Instit. de patria potestate, cap. II. §. 10. (in Eiusdem collect. dissertt. Vol. III. num. LXXXXVIII. p. 678.) Titius Diss. de contractibus patris et liberorum in potestate eius exsistentium,* (Lipſ. 1713.) *Beyer Delin. iur. germ. Lib. I. tit. XXVI. §. 41. sq. Rothhahn laud. Diss. §. 9. Breuning Diss. an fictio vnitatis personae hodie noceat pacto inter patrem et filium inito,* (Lipſ. 1773.) Westphal deutsches Privatrecht, Th. II. S. 95. *Gaertner Meditt. practt. sec. ordin. Pandect. Specim. I. med. LXXV. p. 107. sq.* Glück Erläuterung der Pandecten, Th. II. §. 137. 138. S. 236. f. *Einert Diss. de valore donationum inter parentes et liberos,* (Lipſ. 1773.) Weber Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, Abtheil. III. §. 88. S. 399. f.

g) *Hommel laud. Diss. §. 78. Heimburg Diss. difficillima emancipationis capita, §. 48. sqq. a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. I. Specim. XXI. med. 5. p. 214. sq. Renz laud. Diss. thes. 10. a Wernher Obseruu. forr. l. l. obs. CLXXXVIIII.* Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, Band III. Medit. CXXXII. S. 102. ff. Höpfner a. a. O. S. 109. *Müller Obseruu. practt. ad Leyseri meditt. ad Pandect. l. l. obs. CIII. p. 383. sqq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0200
DFG

Princip ist, so wird gleichwohl die gegenseitige Meinung dadurch keinesweges gerechtfertiget. Die vermöge einer römischen Fiction anzunehmende Einheit zwischen dem Vater und seinen Kindern streitet nicht mit unserer Verfassung, vielmehr leidet es nicht den mindesten Zweifel, daß manche noch jetzt auch in deutschen Gerichten anwendbare Grundsätze des römischen Rechts sich auf diese Hypothese stützen.

§. 139.

Die bürgerliche väterliche Gewalt kann auf dreyerley Art erworben werden, nämlich durch Ehe, Legitimation und Adoption. Es ist nämlich ein Kind entweder von mir gezeuget, oder nicht. Im erstern Falle ist es entweder in einer rechtmäßigen Ehe, oder in einem unehelichen Beyschlafe erzeuget worden. Habe ich es in einer gesetzmäßigen Ehe gezeuget, so liegt der Grund meiner väterlichen Gewalt über dasselbe in der Ehe. Wenn ich aber ein Kind außer der Ehe erzeuge, und es in meine väterliche Gewalt bringen will, so muß ich mich der Legitimation als Mittels zu diesem Zwecke bedienen. Und endlich wenn ein Kind gar nicht von mir gezeuget ist, gleichwohl aber in meiner väterlichen Gewalt sich befindet, so ist davon der Grund in einer Adoption zu suchen.

Die erste und gewöhnlichste Erwerbungsart der väterlichen Gewalt ist also eine rechtmäßige Ehe h). Denn vermöge der bekannten Regel: pater est, quem iustae nuptiae demonstrant, ist der Ehemann für den rechtmäßigen Vater solcher Kinder zu halten, die während einer gesetzmäßigen Ehe gebohren sind i), wenn nicht Gründe einer physischen Unmöglichkeit eintreten, wodurch diese rechtliche Vermuthung zernichtet wird k). Sonst ist die eben gedachte Präsumtion des Gesetzes so stark, daß dem Ehemanne das dadurch erworbene Recht der väterlichen Gewalt nicht entzogen werden kann, wenn auch gleich die Frau behaupten sollte, daß das Kind nicht von ihm, sondern von einem andern im Ehebruch mit ihr erzeuget sey,

h) Nach Vorschrift der *L.* 4. *D. de His qui sui vel al. iur. sunt* stehet auch dem Großvater über die von seinem Sohne in einer rechtmäßigen Ehe gezeugten Enkel die väterliche Gewalt zu, wenn nämlich der Sohn selbst von der väterlichen Gewalt noch nicht befreyet ist.

i) *L.* 3 *§.* 1. *D. de Adgnosc. et alend. lib.*

k) *L.* 6. *D. de His qui sui vel al. iur. sunt.* Filium eum definimus, qui ex viro et vxore eius nascitur. Sed si fingamus abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reuersum anniculum inuenisse in domo sua: placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Julianus ait, eum, qui cum vxore sua adsidue moratus nolit filium adgnoscere, quasi non suum. Sed mihi

sey l), und diese ihre Versicherung unter den Geburtsschmerzen bekräftiget m), oder eydlich erhärtet hätte n).

Et haecce praesumtio, füget der Auctor noch am Ende hinzu, valet quoque *contra* patrem, donec contrarium probetur. Wiefern der Ehemann die für ihn streitende Vermuthung auch wider sich gelten zu lassen, und das von seiner Frau gebohrne Kind auch gegen seinen Willen für das seinige anzuerkennen verbunden sey, wird an einem andern Orte gezeiget werden o).

§. 140.

Die zweyte Erwerbungsart der väterlichen Gewalt ist die Legitimation, oder diejenige Handlung, wodurch uneheliche Kinder die Rechte ehelich gebohrner erhalten, und der väterlichen Gewalt unterworfen werden p). Uneheliche Kinder haben die Rechte der ehelichen nicht, sind auch nicht in des Vaters, und überhaupt in keines Menschen väterlicher Gewalt. Wenn aber eine Handlung vorgehet, vermöge deren diese Kinder als eheliche angesehen werden, die Rechte der ehelichen erhalten, und in die väterliche Gewalt kommen, so sagt man, daß sie legitimirt seyen. In dem ältern römischen Rechte war die Legitimation ganz unbekannt; selbst unter den erstern römischen Kayserн ist sie nicht üblich gewesen. Wollte man in den ältern Zeiten ein Kind in seine väterliche Gewalt bringen, so mußte man es entweder arrogiren q), oder vermittelst einer Dispensation der väterlichen Gewalt unter-

mihi videtur, quod et Scaeuola probat, si constet, maritum aliquamdiu cum vxore non concubuisse infirmitate interueniente, vel alia caussa; vel si ea valetudine pater familias fuit, vt generare non possit: hunc qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse. *cf. Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. I. cap. I. §. 5. p. 32. ed. nouiss.*

l) *L. 29. §. 1. D. de Probat. Gailius Obseruu. Lib. II. obs. LXXXXVII. de Cocceii Jus ciu. controu. Lib. I. tit. VI. quaest. 6. p. 97. ed. nouiss.*

m) *arg. L. 3. §. 1. D de Scto Silan. a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. I. Specim. XIIII. med. 4. p. 145. sqq.*

n) *Cap. 10. X. de Probat. Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. I. Lib. I. tit. VI. §. 9. p. 94. ed. nouiss. Wernher Lectissimm. commentt. in Pandect. Part. I. tit. VI. §. 6. p. 41. ed. nouiss.*

o) *tit. Dig. de Adgnosc. et alend. lib.*

p) *Heraldus Quaestt. quotidd. Lib. I. cap. I. sqq. de Amaya Obseruu. iur. Lib. I. cap. IIII. Sarmiento Selectt. interprett. Lib. I. cap. V. sqq.*

q) *L. vlt. D. de Adopt. Noordkerk Obseruu. cap. VII.* (Amstelod. 1731.) *p. 138. Marc. Vertran. Maurus de iure liberorum, cap. XXXXIII.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. III. p. 1075.*)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0202
DFG

verwerfen r). Man hatte demnach keinen ordentlichen Weg, uneheliche Kinder zu legitimiren. Constantin verordnete zuerst, einem Römer, welcher seine freye Concubine heyrathen würde, solle die väterliche Gewalt über die mit ihr erzeugten Kinder zu Theile werden, und letztere sollten die Rechte ehelich gebohrner Kinder erhalten s). Durch diese Verordnung suchte er die Bürger zur Schließung rechtmäßiger Ehen mit ihren Concubinen zu reizen, und solchergestalt dem zu sehr eingerissenen Concubinat Einhalt zu thun t). Um diese Absicht desto eher zu erreichen, schränkte er nicht nur das Erbrecht der natürlichen Kinder aus den Testamenten ihrer Eltern außerordentlich ein, sondern gestattete auch die Wohlthat der Legitimation lediglich denen Eltern, welche schon zur Zeit seiner Gesetzgebung im Concubinate lebten, und bereits Kinder gezeuget hatten v). Wenn gleich Constantins Verordnung selbst nicht mehr vorhanden ist, so beweiset gleichwohl die *L. 5. C. de Natural. lib.* hinlänglich, daß er die Wirkung der Legitimation durch die nachfolgende Ehe der Eltern lediglich auf die zur Zeit seiner Legislation schon gebohrnen natürlichen Kinder eingeschränket habe; denn in dieser Gesetzstelle verfüget der Kayser Zeno das nämliche, und erkläret zugleich ausdrücklich, daß er Constantins Gesetz erneuern wolle. Auf eben diese Art bemühete sich auch Anastasius den Concubinat abzuschaffen x). Justin erneuerte nicht nur das Gesetz des Anastasius, sondern, um den Concubinat noch mehr zu schwächen, verbot er auch, durch den Weg der Arrogation uneheliche Kinder der väterlichen Gewalt zu unterwerfen, und ihnen auf diese Weise die Familienrechte in Ansehung ihres natürlichen Vaters ertheilen zu lassen y). Dagegen zernichtete nun aber Justinian diese auf die Einschränkung des Concubinats abzweckenden Verordnungen seiner Vorfahren gänzlich, indem er nicht nur den zur Zeit seiner Verordnung im Concubinat lebenden Eltern, sondern auch denjenigen, welche noch künftig im Concubinat Kinder erzeugen würden, das Recht ertheilte, durch die nachfolgende Ehe ihre natürlichen Kinder

r) *L. 57. §. 1. D. de Ritu nupt. Noordkerk l. l. p. 134. Jo. Mercerius Opinn. et obseruu. Lib. I. cap. XI. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. II. p. 1573.)*

s) *cf. Madihn Diss. de legitime natorum portione legitima in successione cum legitimatis, §. 11. p. 16. sqq. (in Eiusdem exercitt. acadd. num. IIII.)*

t) *Heineccius Com. ad legem Juliam et Papiam Poppaeam, Lib. II. cap. IIII.*

v) *L. 1. Cod. Theod. de Natural. fil. et matr. eor. cf. Gothofredus Com. ad Cod. Theod. Tom. I. Lib. IIII. tit. VI. p. 393. ed. Ritter.*

x) *L. 6. C. de Natural. lib.*

y) *L. 7. C. eod.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0203
DFG

zu legitimiren, und solchergestalt eine beständige und zu jeder Zeit gültige Art der Legitimation einführte z).

Nach der gemeinen Theorie der Rechtsgelehrten, die in den meisten Systemen und Compendien des Civilrechts angetroffen, und auch von unserm Verfasser in dem gegenwärtigen Paragraphen unabgeändert vorgetragen wird, liegt bey einer jeden Legitimation außerehelicher Kinder eine rechtliche Fiction zum Grunde, nach welcher angenommen wird, daß ein außer der Ehe gebohrnes Kind in einer rechtmäßigen Ehe erzeuget worden sey a). Die gedachte Rechtserdichtung, sagt man, ist theils eine **einfache** (fictio *simplex*), theils eine **zurückwirkende** (*retrotractiua*); jene geschiehet bey einer jeden, diese hingegen nur bey der besondern Gattung der Legitimation, welche durch die nachfolgende Ehe der Eltern bewirket wird. Bey der Legitimation durch die Ehe fingirte man, daß zur Zeit der Conception und Geburt der Kinder schon eine rechtmäßige Ehe zwischen den Eltern statt gefunden habe; man schob die Ehe zurück, bis auf die Zeit der Conception; daher diese Fiction retrotractiua genannt wurde. Aus eben dieser Rechtserdichtung, fügt man weiter hinzu, folgt also von selbst, daß Kinder nur sodann durch die Ehe legitimirt werden konnten, wenn zur Zeit der Conception eine wirkliche Ehe zwischen ihren Eltern sich als möglich denken ließ.

Daß diese gewöhnliche Vorstellungsart ganz irrig und ungegründet sey, ist in der That leicht einzusehen b). Justinian konnte wohl unmöglich eine solche Rechtserdichtung vor Augen haben, als er die Legitimation durch eine nachfolgende Ehe für zulässig erklärte, wenn gleich die Mutter zur Zeit der Conception oder der Geburt des Kindes noch Sclavinn gewesen seyn würde c). Da auch ohnstreitig aus der retrotractivischen Fiction folget, daß die aus einem Stuprum erzeugten Kinder (spu-

z) *L.* 10. *C. eod.* Ueber die Gründe, wodurch Justinian bewogen werden konnte, mit Vernachlässigung der von seinen Vorfahren gemachten Verfügungen den Concubinat auf die beschriebene Weise zu favorisiren, sehe man *Madihn l. l.* und vorzüglich *de Rhoer Dissertt. de effectu religionis christianae in iurisprud. rom. fasc. I.* (Groening. 1776.) *num. IIII. §.* 19. *p.* 133. *sqq.*

a) *de Cocceii Jus ciu. controu. Lib. I. tit. VI. quaest. X. p.* 99. *sqq. ed. nouiss.* Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 136. S. 151. f. *Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. I. cap. II. membr. II. §.* 3. *p.* 69. *ed. nouiss.*

b) *Boehmer Diss. de legitimatione ex damnato coitu natorum, §.* 14. *(in Eiusdem exercitt. ad Pandect. Tom. I. num. XX. p.* 882. *sqq.* Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. III. §. 140. S. 206. ff. Glück Erläuterung der Pandecten, Th. II. §. 140. S. 248. ff.

c) *Nou.* 78. *cap.* 4.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0204
DFG

(spurii) nach dem Civilrechte hätten legitimirt werden können, so ist nichts gewisser, als daß sie zu offenbaren Widersprüchen unvermeidliche Veranlassung giebt, und solchergestalt mit den Gesetzen auf keine Weise sich vereinigen lässet d). Zwar behauptet Höpfner e), es habe Justinian die zurückwirkende Fiction ihrer Wirkungen beraubet, und der Streit über die Rechtserdichtung bey der Legitimation sey aus Mangel deutlicher Ideen und gehöriger Unterscheidung der Zeiten entstanden; allein mit Unrecht suchet er auf diese Weise die Vertheidiger der diesseitigen Meinung zu beschuldigen, daß ihnen die Geschichte der die Legitimation betreffenden römischen Gesetzgebung fremd und unbekannt sey. Die Legitimation wurde als eine Wohlthat für den Vater von den römischen Kayserн eingeführet, und diese konnten vermöge ihrer gesetzgebenden Gewalt ohne Fiction den unehelichen Kindern die Rechte ehelich gebohrner unter gewissen Bestimmungen beylegen.

§. 141.

Unter den verschiedenen Gattungen außerehelicher Kinder konnten in Gemäßheit des römischen Rechts lediglich die im Concubinat erzeugten legitimirt werden f). Die Legitimation wurde als eine Wohlthat für den Vater angesehen, indem er dadurch die nach dem römischen Rechte so wichtige väterliche Gewalt über seine unehelichen Kinder bekam. Wohlthaten aber ertheilen die Gesetze niemandem, der gesetzwidrig handelt, und gleichwohl war jeder uneheliche Beyschlaf außer dem Concubinat gesetzwidrig. Daher konnte die Wohlthat der Legitimation nur denen zu Theile werden, welche aus der erlaubten Verbindung mit einer Concubine Kinder erhalten hatten, nicht denjenigen, welche sie in einem verbothenen Beyschlafe zeugten g).

Nach dem canonischen Rechte hingegen, welches heutiges Tages in dieser Lehre ohne allen Zweifel vorgezogen wird, können alle Arten von unehelichen Kindern legitimirt werden, auch diejenigen, welche aus einem Stuprum, Fornication, Ehebruch und Incest gebohren worden sind h). Nur muß freylich, wenn die Legitimation durch die Ehe geschehen soll, eine rechtmäßige Ehe zwischen den Eltern mög-

d) *§. vlt. J. de Nupt. tot. tit. Cod. de Natural. lib. Nou. 89. cap. vlt.* Prehn Untersuchung der Frage: ob die Legitimation außer der Ehe gebohrner Kinder sich in einer römischen Erdichtung gründe? §. 6. S. 20. ff.

e) Höpfner a. a. O. S. 152.

f) *§. vlt. J. de Nupt. tot. tit. Cod. de Natural. lib. Nou. 89. cap. vlt.*

g) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. II. §. 141. S. 250. ff.

h) *Cap. 1. X. Qui fil. sint legit. a Pufendorf Obseruu. iur. vn. Tom. I. obs. CLXIII. p. 428. sq. ed. nouiss. Boehmer Jus eccles. protest. Tom. IIII. Lib. IIII. tit. XVII. p. 267. sqq. ed. nouiss. Meuius Deciss. Tom. I. Part. II. decis. LXXXII. p. 265. ed. nouiss.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0205
DFG

lich seyn i). Treten demnach besondere Umstände ein, welche die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin nach gemeinen Rechten oder besondern Provincialgesetzen nicht statt finden lassen, so ist die Legitimation per subsequens matrimonium unmöglich. Wenn Bruder und Schwester mit einander concumbiren, und ein Kind zeugen, so kann die Legitimation desselben unmöglich auf diese Weise erfolgen, weil zwischen ihnen eine rechtmäßige nachfolgende Ehe nicht statthaft ist.

§. 142.

Aus den Wirkungen, welche die Legitimation nach römischen Rechten sowohl auf Seiten des Vaters als der Kinder hervor bringt, folget von selbst, daß die Einwilligung der Interessenten als ein rechtliches Erforderniß derselben anzusehen sey k). Es würde unnatürlich seyn, dem Vater wider seinen Willen Erben aufzudringen, oder die Kinder wider ihre Neigung der väterlichen Gewalt zu unterwerfen, und solchergestalt ihren Zustand zu verschlimmern l). Inzwischen wird heutiges Tages nach dem canonischen Rechte die Einwilligung der Kinder nicht für erforderlich geachtet,

i) *Bachouius Nott. et animaduerss. ad disputt. Treutler. Vol. I. disp. II. thes. 7.* In Beziehung auf das *Cap. 6. X. Qui fil. sint legit.* behaupten einige Rechtsgelehrte, daß selbst nach dem päbstlichen Rechte solchen außerehelichen Kindern, welche in einem Ehebruche oder Incest erzeuget sind, die Wohlthat der Legitimation nicht zu statten kommen könne. Wenn aber auch gleich diese Decretale in den Worten: Si autem vir, viuente vxore sua, aliam cognouerit, et ex ea prolem susceperit; *licet post mortem vxoris eamdem duxerit, nihilominus spurius erit filius, et ab hereditate repellendus*, ausdrücklich verordnet, daß ein im Ehebruch erzeugtes Kind durch die Ehe der Eltern niemals legitimirt werden könne, so ist gleichwohl heutiges Tages weiter keine Rücksicht auf sie zu nehmen. Denn ohnstreitig fällt nach dem neuern päbstlichen Rechte die Raison derselben gänzlich hinweg, weil das zu den Zeiten des Pabsts Alexander III. geltende ganz allgemeine Verbot der Ehe wegen vorher begangenen Ehebruchs, nach welchem derselbe nicht anders rescribiren konnte, unter Innocentius III. eingeschränket worden ist, und nur sodann noch zur Anwendung gebracht werden kann, wenn der ehebrechende Gatte entweder seinem unschuldigen Ehegatten nach dem Leben getrachtet, oder bey dessen Lebzeiten dem Mitverbrecher die Ehe versprochen hat. *Cap. 1. Cap. 3. et Cap. 6. X. de Eo, qui duxit in matrim. quam polluit per adulter. cf. Boehmer Diss. de legitimatione ex damnato coitu natorum, §. 16. sqq (in Eiusdem exercitt. ad Pandect. Tom. I. num. XX. p. 886. ed. nouiss.* Eybel Einleit. in das katholische Kirchenrecht, Th. IIII. Band I. Cap. XIII. §. 362. *not. e.*

k) *Hunnius Varr. resolutt. Lib. I. tr. III. quaest. XXX. Noodt Com. ad Pandect. Lib. I. tit. VI. (in Opp. Tom. II. p. 21. sqq.) de Cocceii Jus ciu. controu. Lib. I. tit. VI. quaest. VIIII. p. 98. sqq. ed. nouiss.*

l) *Nou. 89. cap. 11.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0206
DFG

achtet, wenn die Legitimation durch die Ehe der Eltern erfolget m). Denn das päbstliche Recht lässet diese Legitimation hauptsächlich zu Gunsten der Ehen zu, damit diese auf solche Art befördert werden sollen. Es können folglich die Kinder durch ihren Widerspruch die Ehe ihrer Eltern nicht hindern, und müssen sich die damit gesetzlich verknüpfte Wirkung um so mehr gefallen lassen, da die Legitimation für sie mehr vortheilhaft als nachtheilig ist, und also der eigentliche Grund, weswegen ihr Consens bey den Römern erforderlich war, hinweg fällt.

§. 143.

Die Römer hatten drey verschiedene Gattungen der Legitimation, nämlich 1) die durch die nachfolgende Ehe; 2) durch die Bestimmung zum Decurio; 3) durch ein landesherrliches Rescript n).

Die vom Kayser Constantin eingeführte legitimatio *per subsequens matrimonium* geschiehet, wenn ich die Person, mit der ich im Concubinat gelebt und Kinder gezeuget habe, heyrathe o). Heutiges Tages findet sie überhaupt ohne Unterschied der außerehelichen Kinder statt, wenn zwischen den Eltern eine rechtmäßige Ehe

m) *Gonz. Tellez Com. ad Cap. 1. X. Qui fil. sint legit. a Riegger Institt. iurisprud. eccles. Part. IIII. §. 198. Sarmiento Selectt. interprett. Lib I. cap. VIII.* Das Gegentheil behauptet Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 142. *not.* 2. S. 156.

n) Einige statuiren noch mehrere Arten der Legitimation, nämlich die *per adrogationem, per testamentum a principe confirmatum* und *per nominationem filii.* Die erste ist aber vom Kayser Justin in der *L. 7. C. de Natural. lib.* aufgehoben worden; denn in dieser Constitution verordnet derselbe ausdrücklich, daß es nicht ferner erlaubt seyn solle, außereheliche Kinder durch den Weg der Arrogation in die väterliche Gewalt zu bringen, und ihnen hiedurch die Familienrechte in Ansehung ihres natürlichen Vaters mittheilen zu lassen. Die legitimatio per testamentum a principe confirmatum, welche in der *Nou. 74. cap. 2.* vorkommt, ist im Grunde eine Legitimation durch ein landesherrliches Rescript; und die per nominationem filii ist in den Gesetzen gar nicht gegründet. Aus der *Nou. 117. cap. 2.* lässet sie sich keinesweges herleiten. Denn in dieser Gesetzstelle redet Justinian von dem Falle, wo es zweifelhaft war, ob ein gewisser Sohn ehelich oder unehelich sey, und sagt, man müsse vermuthen, daß er in einer rechtmäßigen Ehe erzeuget, mithin legitim sey, weil ihn der Vater im Testamente seinen Sohn genannt hatte. *cf. Jordens Diss. I. de legitimatione, (in Fellenberg iurisprud. antiq. Tom. II. num. XVII.) cap. V. §. 1. Jqq.*

o) In der *§. 13. J. de Nupt.* sagt Justinian, die natürlichen Kinder würden der väterlichen Gewalt unterworfen, wenn ihr Vater die Concubine, mit welcher er sie erzeuget hat, dotalibus instrumentis compositis heyrathet. Quod et aliis liberis, füget er am Ende hinzu, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio praebuit. Da es sich schon von selbst verstehet, daß die Kinder, die

Ehe möglich ist, und wirklich erfolget p). Die Kinder, welche auf diese Weise legitimirt sind, führen den Namen **Buchkinder** oder **Mantelkinder** q).

Ob außerehelichen Kindern auch dann die Wohlthat der Legitimation zu statten kommen könne, wenn die Ehe zur Zeit einer

die ich mit meiner vormaligen Concubine in rechtmäßiger Ehe zeuge, in meiner väterlichen Gewalt sind, so dringet sich bey diesen Worten ohne Zweifel einem jeden die Frage: weswegen Justinian dies besonders zu verordnen wohl für gut befunden haben möge? unwiderstehlich auf. Aus der Natur der Sache lässet sich diese nicht abzuweisende Frage auf keine Weise beantworten, daher denn *Püttmann Interprett. et obseruu. cap. XV. p. 69. sqq.* behauptet, daß die Entscheidung derselben in dem stolzen Charakter des Justinian zu suchen sey; dieser habe sich sehr oft ohne Grund gerühmet, etwas neues verordnet zu haben, und Ruhmsucht sey auf jeden Fall auch die Triebfeder der gegenwärtigen Verordnung gewesen. Allein aus Achtung für den Kayser Justinian, und um die offenbare Ungereimtheit, welche seine Verordnung enthält, schonend zu heben, halten mehrere berühmte Interpreten die Stelle für corrupt, und schlagen verschiedene Emendationen vor, welche *Gebauer Exc. IIII. ad Instit.* ausführlich angezeiget hat. *van Bynkershoek Obseruu. iur. rom. Lib. II. cap. XI. p. 150. sq.* emendirt so: quod, vt aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio praebuit. Da durch diese Verbesserung die Absurdität völlig gehoben werden kann, so verdienet sie ohnstreitig den meisten Beyfall, weil van Bynkershoek, vnam literulam mutare contentus, bescheidener als die übrigen Interpreten den interpolirten Text verbessert, und solchergestalt die Pflicht des critischen Gesetzauslegers am genauesten zu erfüllen suchet. *cf. Muretus Obseruu. iur. cap. XI.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. IIII. p. 139. sq.*)

p) *Püttmann Miscellann. ad ius pertinent. Specim. I.* (Lipsi. 1785.) *cap. IIII. Hofacker Principp. iur. ciuil. rom. germ. Tom. I. Lib. II. Sect. VI. §. 594. not. d. p. 465.* Die Meinung einiger Rechtslehrer, daß auch durch nachfolgende Sponsalien eine Legitimation geschehen könne, ist ganz irrig. Der angebliche Gerichtsgebrauch, auf welchen *Hommel Rhapsod. quaestt. in foro quotid. obuenientt. Vol. VI. obs. DCCVI. p. 28. sqq.* provocirt, bestehet lediglich aus einigen Beyspielen von Rechtssprüchen, die doch bekanntlich keine richtige Entscheidungsquelle der Rechtsfragen ausmachen. *Meuius Deciss. Tom. I. Part. II. obs. LXXXI. p. 264. sq. ed. nouiss.* suchet zwar diese ungegründete Behauptung mit theoretischen Gründen zu unterstützen; allein sie laufen sämmtlich auf eine schiefe Anwendung der Texte des päbstlichen Rechts, welche den sponsalibus de praesenti die Wirkung der Ehe beylegen, hinaus. *cf. Boehmer Principp. iur. canon. Lib. III. Sect. II. tit. III. §. 362. p. 262. sq ed. nouiss.*

q) Zu diesen Benennungen hat die in den Zeiten des Mittelalters übliche Feyerlichkeit einer solchen Ehe Gelegenheit gegeben, nach welcher die Kinder der Trauung beywohnen, und sich mit dem Altartuche, oder, wie andere wollen, von der Mutter mit ihrem Mantel bedecken lassen mußten. S. *Schwarz Diss. de antiquo ritu legitimandi liberos per pallium*, (Alt 1747.) *Püttmann Obseruu. iur. feudal. p. 146.* Knorre rechtliche Abhandlungen und Gutachten, Num. I. S. 1. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0208
DFG

einer tödtlichen Krankheit auf dem Sterbebette erst geschlossen wird? darüber sind die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilet. In Beziehung auf einige Stellen des römischen Rechts r) sprechen verschiedene Rechtslehrer s) der Ehe in solchem Falle die Wirkung der Legitimation ab, weil einestheils die Ehe zu eben der Zeit aufhöre, da sie ihren Anfang nimt, anderntheils aber nicht füglich in articulo mortis eine Zeugungsfähigkeit anzunehmen stehe, und mithin der Zweck der Ehe im Grunde gänzlich cessire. Bey dem allen scheinet mir gleichwohl die Wahrheit der gegenseitigen Meinung keinen erheblichen Bedenklichkeiten unterworfen zu seyn t). Denn in keinem Gesetze ist einer auf dem Sterbebette erst erfolgten Ehe die Wirkung der Legitimation abgesprochen worden, und es lässet sich daher unter der Voraussetzung, daß der tödtlich kranke Mensch noch bey hinlänglichem Verstande ist, um seine eheliche Einwilligung zu ertheilen, aus dem gedachten Umstande um so weniger ein Legitimationshinderniß herleiten, da das päbstliche Recht außereheliche Kinder lediglich wegen der Ehe ihrer Eltern für legitim erkläret, und diesen Effect einzig und allein der Kraft des Ehesacraments zuschreibet v). Ueberdem vermögen Aerzte sehr selten, den bevorstehenden nahen Tod eines mit der gefährlichsten Krankheit behafteten Menschen mit völliger Gewißheit zu bestimmen, vielmehr ist gemeiniglich ihr Urtheil hierüber trieglich und unzuverlässig. Es bleibt demnach immer noch zweifelhaft, ob ein solcher Mensch wirklich sterben werde, und gleichwohl muß in Gemäßheit des canonischen Rechts in dergleichen zweifelhaften Fällen eher für als wider die Ehe gesprochen werden x), zumal wenn, wie es hier der Fall ist, fauor liberorum dabey in Betrachtung kommt y).

Nicht minder streitig ist die Frage: ob zur Legitimation durch die nachfolgende Ehe schriftliche Ehepacten (*instrumenta dotalia*) erfor-

r) *L.* 20. *D. de Jur. dot. L.* 11. *C. de Natural. lib.*

s) *Bachouius Nott. et animaduerss. ad disputt. Treutler. Vol. II. disp. XIIII. thes.* 2. *lit. A.*

t) *Hunnius Varr. resolutt. Lib. I. tr. III. quaest.* 28. *Sarmiento Selectt. interpretr. Lib. I. cap. VI. num.* 5. *sqq. Jordens Diss. II. de legitimatione, cap. V. de Berger Resolutt. legg. obstantt. Lib. I. tit. VI. quaest. VI. p.* 27. *de Cocceii Jus ciu. controu. Lib. I. tit. VI. quaest. VI. p.* 101. *ed. nouiss. Waga Diss. de eo quod iustum est circa matrimonium in articulo mortis contractum,* (Reg. 1747.)

v) *Cap.* 1. *X. Qui fil. sint legit.*

x) *Cap. vlt. X. de Sentent. et re iud. Cap.* 3. *in fin. X. Qui matrim. adcus. poss. Cap.* 4. *X. de Restit. in integr.*

y) *L.* 11. *C. de Natural. lib. Cap.* 6. *X. Qui fil. sint legit.*

erforderlich gewesen seyen? Daß heutiges Tages bey dieser Legitimation weiter nichts erfordert werde, als was zu der Ehe erforderlich ist, das heißt, nach der Tridentinischen Kirchenversammlung die Erklärung der ehelichen Einwilligung vor dem ordentlichen Pfarrer und zwey Zeugen, nach dem protestantischen Kirchenrechte aber die priesterliche Trauung, beruhet außer Zweifel z). Nach römischen Rechten aber ist jene Frage, so gestritten sie auch ist, richtiger zu bejahen a). Zu den Zeiten der Kayser war der Concubinat der Ehe so ähnlich, daß man ihn von dieser kaum unterscheiden konnte. Wollte also jemand seine bisherige Concubine heyrathen, so mußte er dies durch ein unzweydeutiges Zeichen zu erkennen geben, und dazu schickten sich am besten die Ehepacten. Auch reden die Gesetze, die dies vorschreiben, ganz deutlich und übereinstimmend b). Es ist inzwischen eine andere ebenfalls gestrittene Frage: ob in diesen Ehepacten eine Brautgabe habe festgesetzt werden müssen, oder nicht? Verschiedene bejahen sie, und führen sehr scheinbare Argumente für sich an c); allein die Gründe anderer, welche das Gegentheil behaupten, scheinen mir so überwiegend zu seyn, daß ich ihre Meinung zu unterschreiben kein Bedenken trage d).

Was hiernächst die Legitimation *per oblationem curiae* anbetrifft, so hat es damit folgende Bewandniß. In den römischen Municipien, oder denjenigen Städten, welche einen Theil des römischen Bürgerrechts (ius ciuitatis minus plenum) erhalten hatten, waren collegia, welche die Aufsicht über das Stadtwesen führten, und ohngefehr das waren, was in Rom der Senat war, und heutiges Tages der Stadtrath ist. Sie hießen *curiae*, und ihre Mitglieder *decuriones* oder *curiales*. Das Amt dieser Magistratspersonen war mit so vielen Kosten verbunden, und führte so manche Beschwerden mit sich, daß jedermann die Uebernehmung desselben scheute.

z) *Stryk VS. mod. Pandect. Lib. I. tit. VI. §. 10. p. 98. sq.* Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 139. S. 154. *Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. l. l.*

a) *Cuiacius Obseruu. et emendd. Lib. XIII. cap. IIII. p. 430. Jordens laud. Diss. cap. III.* Glück Erläuterung der Pandecten, Th. II. §. 143. S. 261. f.

b) *§. vlt. J. de Nupt. §. 2. J. de Hered. quae ab intest. def. L. 5. L. 6. L. 10. et L. 11. C. de Natural. lib. Nou. 12. cap. 4. Nou. 18. cap. 11. Nou. 89. cap. 1. §. 1.*

c) *Gebauer l. l. Schulting Enarrat. part. prim. Dig. Lib. I. tit. VI. §. 9.*

d) *Noodt Com. ad Pandect. Lib. I. tit. VI. (in Opp. Tom. II. p. 21.) de Cocceii Jus ciu. controu. l. l. quaest. XVI. p. 105. sq. ed. nouiss.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0210
DFG

te e). Man suchte daher die Bürger in den Municipien durch mancherley Privilegien zum Decurionate zu reizen, und dahin gehörte denn auch unter andern die Legitimation durch die Bestimmung zum Decurio. Wenn nämlich ein Bürger seinen natürlichen Sohn mit dessen Einwilligung zum Decurio bestimmte, und ihn daher in das Verzeichniß der Decurionen (album curialium) eintragen ließ, so wurde der Sohn legitimirt f). Der Vater sollte also durch die Erlangung der väterlichen Gewalt gereizet werden, seinen Sohn zum Decurionate zu bestimmen, und der Sohn sollte durch die Erwerbung der ehelichen Geburtsrechte bewogen werden, seine Einwilligung zu geben. Eben diese Wirkung fand auch statt, wenn jemand seine natürliche Tochter an einen Decurio verheyrathete g). Da man in Deutschland die römische Verfassung in Absicht auf die Municipien und Decurionen nie angenommen hat, so fällt heutiges Tages diese Art der Legitimation gänzlich hinweg. Zwar suchten die Mönche im Mittelalter ihren Klöstern in dieser Rücksicht das Ansehen himmlischer Curien zu geben, indem sie behaupteten, daß ein uneheliches Kind eben so, wie per oblationem curiae, legitimirt werde, wenn es die Eltern dem Klosterleben widmeten h); allein mit Recht sagt Thomasius i): inepte monasteria vocantur curiae coelestes, quum sint curiae inutilium terrae ponderum, sub specie pietatis nil nisi turbas in re publica excitantium. Daß die Gesetze nichts von dieser Art der Legitimation wissen, hat seine unbestrittene Richtigkeit k).

Die letzte Art der Legitimation endlich ist die *per rescriptum principis*. Wenn der Vater eines unehelichen Kindes sich dieser Legitimation bedienen will, so ist nach Vorschrift des römischen Rechts erforderlich, α) daß es ihm unmöglich sey, die Concubine zu heyrathen, weil sie z. B. gestorben war, oder bereits mit einem andern sich verheyrathet hatte. War die Ehe mit der Concubine möglich, so mußte er das

e) Nicht selten wurde anfänglich unter den heidnischen Kayserн der Decurionat den Christen als eine Strafe zuerkannt. Constantin änderte dies nachher ab, und verfügte, daß die erledigten Stellen mit solchen Leuten besetzt werden sollten, welche sich, um dem Kriegsdienste zu entgehen, die Daumen abgehauen haben würden. *cf. Brissonius Select. ex iur. ciu. antiquitt. Lib. IIII. cap. XIII.*

f) *cf. Fabrotus Apolog. pro graecis Basil. interprett. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. III. p. 1145.)*

g) *L. 3. C. de Natural. lib. Nou. 89. cap. 2.*

h) *Hommel Diss. de legitimatione per pallium et per oblationem monasterio factam, (in Eiusdem iurisprud. numismatt. illustrata, monum. LXXXVII.)*

i) *Thomasius Diss. de vsu practico doctrinae Institt. de legitimatione*, (Halae 1713.) *cap. XI. §. 7.*

k) *Couarruuias de matrim. Part. II. cap. VIII. §. 7. n. 6.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0211
DFG

Kind auf diesem Wege legitimiren, und die Legitimation durch ein Rescript konnte sodann nicht statt finden i). β) Daß er keine legitime Kinder habe; sind dergleichen eheliche Kinder vorhanden, so sollen die natürlichen auf diese Weise nicht legitimirt werden, weil jenen die Legitimation nachtheilig seyn würde. γ) Daß er sich unmittelbar an den Fürsten wende, und von ihm ein Rescript auswirke (vt sacrum principis oraculum inpetret). Denn es sollte diese Art der Legitimation vorzüglich dem Vater zur Wohlthat gereichen, und daher konnten so wenig die unehelichen Kinder selbst, als die Mutter darum nachsuchen m).

Konnte nun gleich die Legitimation durch ein Rescript in Gemäßheit der von ihrem Urheber Justinian n) gemachten Verfügungen ehedem lediglich unter den gedachten Erfordernissen erfolgen, so pflegen gleichwohl unsere Regenten die ihnen von dem römischen Kayser hierunter vorgezeichneten Gränzen nicht genau zu befolgen. Man erfordert heutiges Tages bey dieser Legitimation nicht mehr, daß die Ehe zwischen den Eltern unmöglich sey. Ist es also gleich möglich, die Person zu heyrathen, mit der ich die unehelichen Kinder habe, so kann ich diese doch durch ein Rescript legitimiren lassen o). Das Daseyn ehelicher Kinder wird nicht mehr für ein Hinderniß derselben gehalten, und sie kann nach heutigen Rechten von den Kindern selbst, oder den Vormündern ohne Einwilligung des Vaters gesuchet werden, wiefern sie nämlich nur in der Absicht geschehen soll, ihnen die Rechte ehelich gebohrner Kinder zu verschaffen, deren sie wegen eines ihrer Geburt anklebenden Fleckens für unfähig gehalten werden p).

§. 144.

l) *Nou.* 74. *cap.* 1. 2. *Nou.* 89. *cap.* 10.

m) *Heraldus Quaestt. iur. quotidd. Lib. I. cap. V. §.* 5. *Pauli Diss. de legitimatione per rescriptum principis*, (Gedani 1756.)

n) *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. I. Lib. I. tit. VI. §.* 30. *p.* 100. *ed. nouiss. Hiller Diss. qua legitimatio per rescriptum principis Justiniano inperatori tamquam auctori atque inuentori vindicatur*, (Tubing. 1727.) Ohne hinlänglichen Grund behaupten einige Rechtsgelehrte, daß schon vor Justinians Zeiten diese Art zu legitimiren üblich gewesen sey. Die Gesetzstellen *L.* 57. *D. de Rit. nupt.* und *L. vlt. D. de Adopt.* auf welche sie sich gründen, zeigen zwar an, daß hin und wieder aus besonderer Gnade vermittelst einer Dispensation die Legitimation erfolget sey; allein keinesweges lässet sich aus ihnen erweisen, daß dies eine ordentliche und gewöhnliche Art zu legitimiren gewesen sey. Ohnehin sagt ja auch Justinian in der *Nou.* 74. *cap.* 1. und *Nou.* 89. *cap.* 9. ausdrücklich, er sey der Erfinder.

o) *Stryk Vs. mod Pandect. l. l. §.* 17. *p.* 106.

p) *Thomasius l. l.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0212
DFG

§. 144.

Bisher war die Rede von den verschiedenen Gattungen der Legitimation; gegenwärtig wird nun noch nach Anleitung des Verfassers von den Wirkungen zu handeln seyn, welche durch selbige hervor gebracht werden. Sie äussern sich theils auf Seiten des Vaters, theils auf Seiten der Kinder, und sind demnach aus einem doppelten Gesichtspuncte zu betrachten.

Was zuvörderst insbesondere diejenigen Wirkungen anbetrifft, welche die Legitimation auf Seiten des Vaters mit sich führet, so gehöret dahin α) die väterliche Gewalt. Alle Rechte, deren Ausübung einem Vater vermöge der väterlichen Gewalt über seine ehelichen Kinder zuständig ist, stehen ihm auch in Absicht auf die legitimirten Kinder zu. β) Ein neues Erbrecht. Denn gleichwie dem Vater in Ansehung der natürlichen Kinder nur in gewissen Fällen, und lediglich auf den sechsten Theil ihres Vermögens ein Erbfolgerecht gebühret, so succedirt er hingegen den legitimirten eben so, wie seinen ehelich gebohrnen Kindern, und zwar ohne Unterschied, die Legitimation mag durch die Ehe erfolget, oder durch ein Rescript impetrirt seyn q).

Auf Seiten der Kinder äussern sich die Wirkungen der Legitimation α) darin, daß sie die Familienrechte in Ansehung ihres natürlichen Vaters erhalten. Ueber die Frage: ob legitimirte Kinder den Adel des Vaters erhalten? ist von jeher ausnehmend gestritten worden. Daß die Legitimation durch Rescripte ordentlicher Weise nicht in der Absicht erfolge, solchen Kindern eine Ebenbürtigkeit zu ertheilen, leidet kein Bedenken r). Und wenn gleich Justinian s) ausdrücklich verfüget, daß zwischen legitimirten und ehelich gebohrnen Kindern schlechterdings kein Unterschied statt finden solle, so bleibt doch immer so viel gewiß, daß selbst ein durch die nachfolgende Ehe adelicher Eltern legitimirtes Kind nicht von adelicher Geburt sey, und folglich auf keines derjenigen Vorrechte mit Grunde Anspruch machen könne, dessen Genuß auf einer völlig reinen Ahnenprobe ruhet t). β) Legitimirte Kinder erhalten ein Erbrecht, vermöge dessen sie nicht

q) *Koch Successio ab intestato ciuil. §. 53. 54. p. 107. ed. nouiss.*

r) Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 369. S. 276.

s) *Nou. 89. cap. 9.*

t) *Bauer Diss. legitimationem per subsequens matrimonium nobilitatem germanorum iure non restaurare*, (Lipf. 1776.) *Hofacker Principp. iur. ciuil. rom. germ. Tom. I. §. 597. p. 467. Hesse Diss. de liberorum legitimatione, an et quatenus nobilitatem conferat*, (Gotting. 1792.) Durch ein Reichshofrathsconclusum ist ein durch nachfolgende Ehe Legitimirter von Künsperg in possessorio für ebenbürtig und im Lehn- und Stammgut erbfähig erkläret. S. Moser Einleitung zu dem Reichshofrathsproceß, Th. III. Cap. III. §. 13. S. 271.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0213
DFG

nur dem Vater als ehelich gebohrne Kinder, sondern auch den väterlichen Anverwandten als rechtmäßige Blutsfreunde succediren v). Dieses Erbrecht wird ohne Unterschied durch jede Legitimation begründet, sie mag nun durch die nachfolgende Ehe geschehen, oder durch ein Rescript ausgewirket werden x). Denn daß selbst die Legitimation der letztern Art in den Fällen, wo entweder eheliche Kinder gar nicht vorhanden sind, oder solche doch erst nach geschehener Auswirkung derselben gebohren werden, ein vollkommenes Successionsrecht mittheile, beruhet nach den einstimmigen Bemerkungen der angesehensten Rechtslehrer außer Zweifel. Nur trifft man über die Frage: ob ein Regent durch sein Rescript auch dann *ad effectum successionis* legitimiren könne, wenn zur Zeit der verlangten Legitimation bereits eheliche Kinder vorhanden sind? bey den Rechtsgelehrten ganz verschiedene und sehr von einander abweichende Meinungen an. Einige legen einer solchen landesherrlichen Legitimation die vollkommenste Wirkung bey y); andere wollen, daß in dem bemerkten Falle den ehelich gebohrnen Kindern nur der Pflichttheil zum voraus gebühre z); wieder andere nehmen an, dieser Vorzug der ehelichen Kinder sey zwar ungegründet, inzwischen dürfe der Pflichttheil der letztern durch eine solche Vermehrung der Anzahl der Kinder nicht verkürzet werden a); und endlich noch andere behaupten, daß in dem vorliegenden Falle die legitimirten Kinder gar kein Erbrecht erhielten b). Daß diese letztere Meinung den römischen Gesetzen am angemessensten sey, ist leicht einzusehen. In der *Nou. 74. cap. 1.* und *Nou. 89. cap. 9.* verordnet Justinian aus-

v) *L. 10. C. de Natural. lib. Nou. 12. cap. vlt. Nou. 18. cap. vlt. Nou. 74. cap. 1. Nou. 89. cap. 8. 9. Cap. 6. X. Qui fil. sint legit. cf. Breuning Diss. an filius legitimatus succedat patri refractario ad copulam sacerdotalem?* (Lipsi. 1771.) Die Succession der curiae oblatorum schränkte indessen Justinian lediglich auf den Vater ein. *L. 9. C. de Natural. lib.*

x) *Koch l. l. §. 28. p. 64.*

y) *Ayrer Diss. de rescripto legitimationis principis, plenissimum effectum tribuente, legitimi licet liberi exstent*, (Gotting. 1748.)

z) *Gail Obseruu. Lib. II. obs. CCXXXXII. Madihn Diss. de legitime natorum portione legitima in successione cum legitimatis*, (*in Eiusdem exercitt. acadd. num. IIII.*)

a) *Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. l. l. not. e. p. 468.* Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. III. §. 144. S. 250. f.

b) *a Pufendorf Obseruu. iur. vn. Tom. I. obs. CCXXXXI. §. 6. p. 585. sq. ed. nouiss.* Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 688. S. 601. f. *Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. II. cap. IIII. membr. V. §. 4. p. 377. sq. ed. nouiss.* Glück Erläuterung der Pandecten, Th. II. §. 144. S. 273. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0214
DFG

ausdrücklich, daß überhaupt sodann gar keine Legitimation durch Rescripte zulässig seyn solle, wenn eheliche Kinder vorhanden sind, und es kann demnach in Gemäßheit des römischen Rechts eigentlich der Fall gar nicht vorkommen, wo dergleichen legitimirte Kinder mit den vorher ehelich gebohrnen erben wollten. Gleichwie aber bey der eben gedachten justinianeischen Verordnung ohnstreitig die Absicht zum Grunde liegt, daß den ehelichen Kindern durch Concurrenz der legitimirten Kinder das künftige Successionsrecht nicht geschmälert werden möge, so ergiebt sich auch von selbst, daß aus einer demohngeachtet ausgewirkten Legitimation den legitimirten Kindern zum Nachtheile der schon zur Zeit der geschehenen Ehelichmachung vorhanden gewesenen legitimen Kinder nicht füglich ein Erbrecht erwachsen könne. Ob aber diese Grundsätze noch heutiges Tages nach unserer veränderten Verfassung zur Anwendung kommen können, ist freylich eine andere Frage. Zwar scheinet allerdings die Legitimation durch Rescripte bey uns um so mehr nach den römischen Gesetzen beurtheilet werden zu müssen, da sie durch diese erst in Deutschland eigentlich in Gebrauch gekommen ist; allein nichtsdestoweniger erscheinet sie uns gegenwärtig in einer ganz andern Gestalt, weil unsere Regenten die sich darauf beziehenden Verordnungen des römischen Rechts nicht sonderlich befolgen. Da es nämlich außer Zweifel beruhet, daß heutiges Tages außereheliche Kinder durch ein Rescript legitimirt werden können, wenn gleich eheliche Kinder vorhanden sind, so ist auch kein Grund abzusehen, weswegen ein Regent nicht befugt seyn sollte, seinem Rescripte die nämliche Wirkung beyzulegen, welche Justinian der Ehe zugeeignet hat. Zudem stehet ehelichen Kindern nur ein ius quaesitum auf denjenigen Theil des väterlichen Vermögens zu, welcher ihnen von den Gesetzen so angewiesen ist, daß sie ihn nach des Vaters Tode mit vollkommenem Rechte fordern können. Das übrige Vermögen ist der beliebigen Disposition des Vaters unterworfen; ohnstreitig kann er es selbst seinen außerehelichen Kindern zuwenden c), und ihnen folglich auch ohne Zweifel zu diesem Ende durch den Weg der Legitimation die Erbfähigkeit ertheilen lassen.

§. 145.

In Deutschland wird die Legitimation nicht bloß als Mittel gebraucht, dem Vater die väterliche Gewalt zu verschaffen und den Kindern die Familienrechte mitzutheilen, sondern neben solcher Absicht, oder ohne dieselbe soll diese Handlung unehelichen Kindern auch die Rechte ehelich gebohrner Kinder im Staate geben, deren

c) Den heutigen Nichtgebrauch der *Nou.* 89. *cap.* 12. *§.* 2. worin Justinian verfüget, daß es einem Vater ehelicher Kinder nicht erlaubt seyn solle, seinen natürlichen Kindern durch Schenkung oder Testament mehr als $\frac{1}{12}$ zu hinterlassen, zeigt *Hommel Rhapsod. quaestt. in foro quotid. obuenientt. Vol. II. obs. CCCLXXIII.* p. 232.

ren sie wegen eines ihrer Geburt anklebenden Fleckens sonst für unfähig geachtet werden d). Daher hat die in dem römischen Rechte eigentlich unbekannte Verschiedenheit einer **vollkommenen** und **unvollkommenen** Legitimation ihren Ursprung. Die Deutschen hielten nämlich von jeher dafür, ein uneheliches Kind verdiene in der bürgerlichen Societät eine Art von Verachtung und Geringschätzung, und dürfe nicht in Zünfte, Gilden und andere Collegien aufgenommen werden e). Sie führten daher eine eigene Art der Legitimation ein, welche die **unvollkommene** genannt wird, weil sie weder dem Vater die väterliche Gewalt, noch dem legitimirten Kinde die Familienrechte giebt, sondern lediglich dazu dienet, den Flecken der unehelichen Geburt zu tilgen, damit ein solches Kind in Gilden und andere Gesellschaften aufgenommen werden könne. Die Legitimation, welche durch die Ehe erfolget, ist beständig plena; diejenige aber, welche durch ein Rescript bewirket wird, ist zwar hin und wieder plena, indessen am häufigsten minus plena. In verschiedener Rücksicht bleiben auch legitimirte Kinder noch immer illegitim; denn wenn außereheliche Kinder gleich nach vorgängiger Ehelichmachung in Zünften und Gilden Aufnahme erhalten, so sind sie gleichwohl von manchen Ehrenstellen selbst noch nach der Legitimation ausgeschlossen f).

§. 146.

Ohngeachtet vollkommen legitimirte Kinder durch die Legitimation den Genuß der nach gemeinen Rechten mit einer ehelichen Geburt verbundenen Vortheile erhalten, so können sie gleichwohl auf solche Gerechtsame keinen Anspruch machen, welche

d) *Beyer Pr. de doctrina legitimationis ex iure patrio, non romano explicanda,* (Viteb. 1712.) *Eisenhart Diss. de legitimatione liberorum illegitimorum praecipue secundum ius germanicum hodiernum,* (Helmst. 1786.)

e) Sächsisches Landrecht, B. I. Art. XXXVIII. *cf. Heineccius de leuis notae macula,* (Halae 1739.) *Huth Specim. iur. germ. de his qui notantur infamia,* (Alt. 1723.) *Plitt Diss. de leuis notae macula secundum ius germanicum,* (Marb. 1784.) Bodmann Abhandl. von der Makel der Bastarden, und dem Rechte des Fiscus, falls sie unbeerbt verstorben, derselben Verlassenschaft nach deutschen Rechten an sich zu ziehen, (in Siebenkees Beyträg. zu den deutsch. Recht. Th. VI. S. 10. ff. Ganz anders dachten in diesem Stück die Römer; denn sie ließen uneheliche Kinder der Regel nach zu allen Gesellschaften, Aemtern und Würden gelangen, wohin ehelich gebohrne Kinder kommen konnten. *L. 2. §. 7. et L. 6. pr. D. de Decur. et fil. eor. Heineccius Com. ad leg. Jul. Pap. et Popp. Lib. II. cap. IIII.*

f) Cammergerichtsordnung, Th. I. Tit. III. §. 1. Reichshofrathsordnung Tit. I. §. 3. *Tafinger Institt. iurisprud. cam. §. 159.* Man sehe indessen auch *Wernher Lectissimm. commentt. in Pandect. Part. I. Lib. I. tit. VI. §. 14. p. 45. ed. nouiss.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0216
DFG

che von ehelichen Kindern schon vor geschehener Legitimation und gleich mit ihrer Geburt erworben sind. Da nämlich niemandem sein wohl erworbenes Recht gerechter Weise entzogen werden kann, so muß auch die Legitimation nothwendig immer saluo iure tertii verstanden werden. Hinc *legitimatio*, sagt der Verfasser, nihil confert ad *successionem feudalem*, neque *iuri primogenitorae*, neque *iuri adgnatorum in fideicommissis familiae quaesito* praeiudicium adfert. Daß legitimirte Kinder, deren Vater zur Zeit der Legitimation schon eheliche Kinder hatte, das Recht der Erstgeburt nicht erlangen, beruhet außer Zweifel g). Und eben so wenig leidet es auch einiges Bedenken, daß sie nicht in Familienfideicommissen succediren, wenn ihnen nicht entweder besondere Provincialgesetze dieses Recht ertheilen, oder durch Verträge ein anderes fest gesetzt worden ist h). Ausnehmend streitig ist hingegen die Frage: ob dergleichen legitimirte Kinder als lehnsfähige Descendenten anzusehen sind, und folglich zur Lehnssuccession gelangen können? Die Meinung derjenigen Rechtslehrer, welche annehmen, daß außereheliche Kinder, die durch eine nachfolgende Ehe legitimirt sind, allerdings in Lehne succediren können, verdienet ohnstreitig den meisten Beyfall i). Nach der Natur der Lehne, vermöge welcher nur diejenigen, die durch Mannspersonen von dem ersten Erwerber im Wege einer ordentlichen Ehe abstammen, ein gegründetes Recht haben, in der gehörigen Ordnung zur Succession zu gelangen, können freylich durch ein Rescript legitimirte Kinder unmöglich in Lehne succediren; daß aber dies ebenfalls bey solchen Kindern Rechtens seyn müsse, welche durch eine nachfolgende Ehe legitimirt worden sind, läßet sich mit den besonderen Wirkungen dieser Gattung der Legitimation nicht füglich vereinigen k). Und dem stehet auch die bekannte Verordnung des longobardischen Lehn-

g) *a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. I. Specim. XVIIII. med. 3. p. 194. sq. Gaertner Meditt. practt. sec. ordin. Pandect. Specim. I. med. LXIII. p. 92. sqq.* Das Gegentheil behauptet *de Cocceii Ius ciu. controu. Lib. I. tit. VI. quaest. XIIII. p. 103. ed. nouiss.* allein seine Gründe überzeugen mich nicht.

h) *Knipschild de fideicommiss. famil. cap VIII. §. 350. sqq.*

i) *Schneider Diss. de successione legitimatorum in feudis,* (Halae 1707.) *de Cocceii Ius ciu. controu. l. l. quaest. XVII. p. 106. sqq. Boehmer Principp. iur. feudal. §. 123. p. 87. sq. ed. nouiss. Schmidt Diss. de successione in feudum filiis per subsequens matrimonium legitimatis haud deneganda,* (Jenae 1775.) *Eisenhart Diss. de legitimat. libb. illegitimorum praesert. sec. ius germ.* (Helmst. 1786.) Schnaubert Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts, Fortsetz. II. (Braunschw. 1788.) §. 123. S. 382. ff.

k) *ill. Kind Quaest. forr. Tom. I. quaest. II. p. 16. sqq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0217
DFG

Lehnrechts l), auf welche die Gegner m) vorzüglich provociren, keinesweges entgegen. Sie lautet wörtlich dahin: Naturales filii, *licet postea fiant legitimi*, ad successionem feudi nec soli nec cum aliis admittuntur, und scheinet demnach freylich dem ersten Ansehen nach die gegenseitige Meinung sehr zu begünstigen. Allein schon die Rubrik des Titels: *Si de feudo defuncti contentio sit inter dominum et adgnatos*, unter welchem sie angetroffen wird, lehret, daß sie nur von solchen außerehelichen Kindern, die durch ein Rescript legitimirt worden sind, verstanden werden könne. Denn da vor dem Tode des Vaters wegen der Succession unmöglich ein Streit entstehen kann, so ist hier von Kindern die Rede, welche erst nach dem Tode des Vaters legitimirt werden; bey diesen ist aber eine Legitimation durch die nachfolgende Ehe gar nicht denkbar. Ueberdem schliesset der gedachte longobardische Text selbst die Legitimirten zwar unbestimmt aus; allein er redet nicht deutlich von beyden Arten der Legitimation, und entfernet diejenigen, welche durch die Ehe legitim geworden, nicht ausdrücklich von der Lehnsfolge. Daher muß diese Verordnung nothwendig aus den römischen und canonischen Rechten, worin die Legitimirten durch die Ehe für successionsfähig erkläret werden, seine nähere Bestimmung erhalten, und kann vernünftiger Weise nur von denen, welchen die Legitimation mittelst eines Rescripts verliehen ist, verstanden werden n).

§. 147.

l) *II. F.* 26. §. 11.

m) *Estor Diss. de generato extra nuptias cum equestri vel plebeia, matrimonio licet ante partum vel coniugio post illum sequuto, in feudis nec iure germanico nec longobardico succedente*, (Marb. 1771.) *Hunnius Varr. resolutt. iur. ciuil. Lib. III. tr. I. quaest. XI. Mencken Gymnas. polem. iur. feudal. disp. XV. num. 3. a Pufendorf obseruu. iur. vn. Tom. I. obs. LXXXX. p. 227. sqq. ed. nouiss.* Struben rechtliche Bedenken, Th. III. Bed. LIII. S. 195. ff. *Ayrer Pr. de exclusione legitimatorum a successione feudali*, (Gotting. 1755.) Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. III. §. 146. S. 260. ff. *Bauer Diss. de successione legitimatorum per nuptias exsule in feudis, (in Eiusdem opusce. Tom. II. num. LII. p. 104. sqq.)* Glück Erläuterung der Pandecten, Th. II. §. 146. S. 278. f. *Walch Exercit. de princip. iur. germ. in successione feudali legitima, cap. II. §. 12. sqq. (in Eiusdem opusce. Tom. II. num. III. p. 167. sqq.)*

n) In Churſachſen werden durch eine nachfolgende Ehe legitimirte Kinder für lehnsſuccessionsfähig gehalten. *Hommel Rhapsod. quaestt. in foro quotid. obuenientt. Vol. III. obs. CCCCLXXIIII. p. 108. sqq. Schott Institt. iur. Saxon. elect. priu. Lib. II. Sect. IIII. membr. I. cap. I. §. 6. p. 275. ed. nouiss.* Das Gegentheil ſuchet *Pütrmann Elemm iur feudal. §. 315. not. b. p. 194.* in Gemäßheit der *Ordin. Polit. d. a. 1543.* und des *Ed. d. a. 1550. (in Cod. Aug. Tom. I. p. 19. 32.)* zu behaupten, weil auf die *Constit. Saxon. ined. XIIII.* als ein neueres Geſetz keine

§. 147.

Nach unserer Verfassung kann die Legitimation durch ein Rescript eben so wohl vom Kayser als von einem Landesherrn bewirket werden. Der Kayser pflegt das Recht zu legitimiren theils unmittelbar durch die Reichshofcanzley oder den Reichshofrath, theils mittelbar durch die kayserlichen Hofpfalzgrafen auszuüben o). Diese müssen aber in Ausübung der ihnen verliehenen Gewalt sich in den gehörigen Schranken halten p). Und da überhaupt im Zweifel immer zu vermuthen ist, daß sich ein Regent bey der Verleihung eines Regals so wenig als möglich habe vergeben wollen, so findet natürlich bey den hofpfalzgräflichen Legitimationen in zweifelhaften Fällen eine einschränkende Erklärung statt. Wenn demnach aus ihrer Comitiv das Recht, vollkommen zu legitimiren, nicht deutlich erhellet, so kann die geschehene Legitimation keine Familienrechte oder Successionsrechte begründen, sondern lediglich das uneheliche Kind in Beziehung auf den Staat zur Erlangung bürgerlicher Rechte qualificiren q). Das Recht der Reichsstände, durch Rescripte zu legitimiren, ruhet auf der ihnen vermöge der Landeshoheit zuständigen gesetzgebenden Gewalt; sie können daher dieses Befugniß nicht in fremden, sondern nur in ihren Ländern ausüben. Da überhaupt diese Gattung der Legitimation ohnstreitig zu den Privilegien gehöret, so ist die streitige Rechtsfrage: ob die von einem Reichsstande in seinem Lande ertheilten Legitimationen in fremden Landen und Gebieten respectirt werden müssen? nach den allge-

keine Rücksicht zu nehmen sey; allein daß seine Meinung dem unzweifelhaften Gerichtsgebrauche gerade zuwider sey, hat neuerlich der berühmte Herr Appellationsrath Kind a. a. O. mit Grunde bemerket.

o) Unter den Hofpfalzgrafen sind solche physische oder moralische Personen zu verstehen, denen vom Kayser das Recht übertragen worden ist, in seinem Namen gewisse Hoheitsrechte auszuüben. Ihre Würde ist ohnstreitig in Deutschland aus Nachahmung des griechischen Hofes zu Constantinopel entstanden. S. Häberlin Handbuch des deutschen Staatsrechts, Band I. §. 138. S. 465. ff.

p) Wahlcapitulation Art. XXII. §. 7. *Griebner Diss. de iure legitimandi comitum palatinorum in terris principum imperii, (in Eiusdem opuscc. iur. publ. Tom. I. num. II. p. 33. sqq.) Püttmann Pr. de potestate comitum palatinorum hodie valde restricta, (in Eiusdem aduersarr. iur. vn. Lib. IIII. cap. IIII. p. 52. sqq.)*

q) Daß selbst alsdann, wenn die Comitiv das Befugniß, vollkommen zu legitimiren, deutlich enthalten sollte, den hofpfalzgräflichen Legitimationen die Wirkung der Erbfolge ohne landesherrlichen Consens nicht zuzueignen sey, zeiget ausführlich *a Pufendorf Obseruu. iur. vn. Tom. I. obs. CXXXI. §. 12. p. 588. ed. nouiss.* In Chursachsen ist den Hofpfalzgrafen das Recht zu legitimiren gänzlich genommen worden. *Rescr. d. a. 1740. (in Cont. Cod. Aug. Tom. I. p. 663. cf. Schott Institt. iur. Saxon. elect. priu. Lib. I. Sect. II. cap. VI. §. 4. p. 153. ed. nouiss.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0219
DFG

meinen Wirkungen der Privilegien außer dem Territorium ihres Ertheilers zu bestimmen r). Aus diesem Princip folget auch von selbst, daß mittelbaren Obrigkeiten und hohen Landescollegien das Befugniß, Legitimationen zu ertheilen, nicht zustehen könne, wenn es ihnen nicht besonders verliehen worden ist; denn das Recht der Privilegien ist ein Stück der gesetzgebenden Gewalt. Die in einem Ehebruch oder Incest erzeugten unehelichen Kinder pflegt der Landesherr gewöhnlich nur ad effectum delendae maculae zu legitimiren; inzwischen leidet es keinen Zweifel, daß er sie auf ausdrückliches Ansuchen des Vaters durch sein Rescript vollkommen legitimiren könne s).

LIB. I. TIT. VII.

DE ADOPTIONIBVS ET EMANCIPATIONIBVS ET ALIIS MODIS, QVIBVS POTESTAS SOLVITVR.

---

§. 148.

Die dritte Erwerbungsart der väterlichen Gewalt ist die Adoption, Anwünschung, Wahlkindschaft (*adoptio*). Man verstehet darunter die unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschrift geschehene Erklärung, daß man jemanden an Kindes oder Enkels Statt annehmen wolle. Sie ist demnach α) eine Handlung, wodurch ich jemanden, welcher vorher kein Haussohn von mir war und die Kindesrechte nicht hatte, in meine väterliche Gewalt nehme, und ihm die Rechte eines Kindes oder Enkels ertheile; sie ist aber β) eine nach Vorschrift der Gesetze unternommene Handlung, das heißt, sie muß unter öffentlicher Auctorität geschehen t). Wenn ich ein fremdes Kind nur priuatim annehme, und es wie mein eige-

r) *Hartleben Meditt. ad Pandect. Vol. I. Part. I. Specim. VIIII. med. 4. p. 158. sq.*

s) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. II. §. 147. S. 289. f. Das Gegentheil behauptet von Trütschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtl. Aufsätze, Th. I. Hauptabth. II. Hauptst. II. §. 55. *not. a.* S. 302.

t) Der Begrif, welchen Hellfeld in folgenden Worten: adoptio est *actus solemnis, quo in filium filiamue adsumitur is, qui natura talis non est*, giebt, ist offenbar falsch. Denn wenn ich z. B. meinen leiblichen Sohn emancipire, und nachher durch den Weg der Adoption wieder zu meinem Hausſohne annehme, so ist begreiflich ein actus, quo in filii locum adsumitur is, *qui natura talis omnino est*, vorhanden.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0220
DFG

eigenes Kind erhalte und verpflege, so begründet diese Handlung keinesweges die Rechte und Wirkungen der Adoption, und das auf solche Art aus Barmherzigkeit aufgenommene Kind ist kein **Adoptivkind** (*adoptiuus*), sondern ein **Zögling** oder **Pflegekind** (*alumnus*).

Die Adoption ist von einer zwiefachen Art, nämlich **Adoption im engern Verstande** (*adoptio in specie*) und **Arrogation** (*adrogatio*), je nachdem man entweder einen filius familias und homo alieni iuris, oder einen pater familias und homo sui iuris an Kindes Statt annimt v).

§. 149.

Die Adoption ist lediglich als ein subsidiarisches Mittel, die väterliche Gewalt zu adquiriren, anzusehen. Es können daher 1) in der Regel diejenigen nicht adoptiren, welche schon leibliche Kinder in ihrer väterlichen Gewalt haben x). Ausnahmen finden statt, α) wenn die Anwünschung mit Einwilligung des Landesherrn geschiehet, und den leiblichen Kindern in Ansehung ihres Pflichttheils zu keinem Nachtheile gereichet y); β) wenn ein fremdes Kind an Enkels Statt angenommen wird z); γ) wenn die vorhandenen leiblichen Kinder den Gebrauch des Verstandes und der Vernunft nicht haben, oder zum Kinderzeugen untüchtig sind, oder als ungerathene Kinder betrachtet werden müssen a). Auch können 2) der Regel

v) §. 1. *J. de Adopt. L.* 1. §. 1. *D. eod.* Die Adoption durch ein Testament, deren in einigen römischen Classikern hin und wieder gedacht wird, bestand lediglich darin, daß der Testirer jemanden unter der Bedingung, seinen Geschlechtsnamen anzunehmen, zum Erben einsetzte. Sie war keine wahre Adoption, weil sie auf Seiten des eingesetzten Erben so wenig Kindesrechte als Familienrechte begründete, und auf Seiten des Testirers als testamentarische Disposition gar keine rechtliche Wirkung hervorbrachte. *Cannegieter Obseruu. iur. rom. Lib. II.* (Lugd. Bat. 1772.) *cap. XX p.* 221. *sqq. Cuiacius Obseruu. et emendd. Lib. VII. cap. VII. p.* 198. *sqq. Richter Exercit. de conditione nominis ferendi vltimis voluntatibus adscripta*, (Lipſ. 1780.)

x) *L.* 17. §. 3. *D. de Adopt.* Praeterea videndum est, an non debeat permitti ei, qui vel vnum habebit, vel plures liberos, adoptare alium: ne aut illorum, quos iustis nuptiis procreauit, deminuatur spes, quam vnusquisque liberorum obsequio parat sibi, aut, qui adoptatus fuit, minus percipiat, quam dignum erit eum consequi.

y) *Wernher Lectissimm. commentt. in Pandect. Part. I. Lib. I. tit. VII. §. 5. p.* 51. *ed. nouiss.*

z) *Reinoldus Varr. cap. XXXXII. (in Eiusdem opuscc. p.* 230 *sqq.)*

a) *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. I. Lib. I. tit. VII. §. 7. p.* 104. *ed. nouiss.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0221
DFG

nach diejenigen nicht adoptiren, welche noch nicht das sechzigste Jahr zurück gelegt haben, weil sie sich eher aufs Kinderzeugen legen sollen. Inzwischen ist bey Adoptionen im engern Verstande jenes sechzigjährige Alter in Ansehung des adoptirenden Vaters nicht erforderlich; denn ausdrücklich schränken es die Gesetze b) lediglich auf Arrogationen ein, und zwar unter der Voraussetzung, daß so wenig Krankheit als Schwäche eine hinreichende Ursache der Anwünschung begründe, oder irgend ein anderer zur Adoption hinreichender Grund, wohin z. B. die Verwandtschaft des Anzunehmenden gehöret, nicht eintrete. 3) Frauenzimmer sind nach römischen Rechten zur wahren Adoption unfähig, weil sie die väterliche Gewalt nicht erwerben, und folglich den Endzweck der Adoption nicht erreichen können c). Zwar können Weibspersonen nach einem Rescript der Kayser Diocletian und Maximian d) alsdann, wenn sie ihrer leiblichen Kinder durch den Tod beraubet sind, bey dem Landesherrn die Erlaubniß zu einer uneigentlichen Adoption in solatium amissorum filiorum auswirken; allein diese Adoption begründet nur hauptsächlich auf Seiten des Adoptivkindes ein Erbrecht, und giebt der Adoptivmutter keinesweges die Rechte einer römischen väterlichen Gewalt. Da übrigens auch bey uns einer Mutter die vorzüglichern Rechte der römischen väterlichen Gewalt keinesweges zuständig sind, so ergiebt sich schon daher die Unrichtigkeit der von unserm Verfasser aufgestellten Hypothese, daß nämlich heutiges Tages den Frauenzimmern das Recht vollkommen zu adoptiren nicht abgesprochen werden könne. Eben so ungegründet ist es aber auch, wenn einige Rechtslehrer behaupten, daß eine Weibsperson in dem Falle, wo sie ihre leiblichen Kinder durch den Tod verlohren hat, nach heutigen Rechten nicht mehr einer landesherrlichen Genehmigung und Bestätigung zur Adoption bedürfe e). Denn wenn gleich der Kayser Leo in der *Nou. 27.* allen Frauenzimmern das Recht, ohne landesherrliche Erlaubniß zu adoptiren, einräumet, so kann gleichwohl der von dieser gesetzlichen Verfügung auf einen heutigen Nichtgebrauch

b) *L. 15. §. 2. D. de Adopt.* In adrogationibus cognitio vertitur, *num forte minor sexaginta annis sit, qui adrogat;* quia magis liberorum creationi studere debeat: nisi forte *morbus*, aut *valetudo* in caussa sit, aut *alia iusta caussa adrogandi*, veluti si coniunctam sibi personam velit adoptare.

c) *§. 10. J. de Adopt. cf. Breuning Diss. de adoptione feminarum,* (Lipsi. 1773.)

d) *L. 5. C. eod.* Mulierem quidem, quae nec suos filios habet in potestate, adrogare non posse certum est. Verum quoniam in solatium amissorum tuorum filiorum priuignum tuum cupis vicem legitimae sobolis obtinere: adnuimus votis tuis, secundum ea quae adnotauimus: et eum perinde atque ex te progenitum, ac vicem naturalis legitimique filii habere permittimus.

e) *Beck Lib. de nouellis Leonis, earumque vsu et auctoritate, cap. II. §. 58.* (Halae 1779.) *p.* 198. Man sehe dagegen Struben rechtliche Bedenken, Th. II. Bed. LXII. S. 240. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0222
DFG

brauch des römischen Rechts gemachte Schluß unmöglich als richtig gelten, weil sich so wenig eine allgemeine Aufnahme aller leonischen Novellen, als eine besondere Reception einzelner Verordnungen dieser Art erweisen lässet.

§. 150.

Zur Gültigkeit der Adoption ist erforderlich, daß selbige von solchen Personen geschehe, denen die Gesetze das Recht, jemanden an Kindes Statt anzunehmen, nicht untersagt haben. Weil die Adoption so wenig dem zu Adoptirenden, als einem Dritten zum Nachtheile gereichen darf, so verbieten die Gesetze 1) Vormündern und Curatoren, ihren respectiue Pupillen und Curanden ohne vorgängige obrigkeitliche Untersuchung an Kindes Statt anzunehmen. Denn die Adoption könnte, wie Ulpian f) selbst sagt, von treulosen Vormündern oder Curatoren leicht als Mittel gebrauchet werden, sich der Rechnungsablegung zu entziehen, und solchergestalt dem Pupillen oder Curanden schädlich seyn. 2) Ein Armer soll einen Reichen nicht adoptiren, und zwar aus dem natürlichen Grunde, weil man befürchtet, daß es bey einer solchen Adoption wohl nicht auf den Vortheil des letztern angesehen seyn möge. Interdum et, heißt es indessen in der angezogenen *L. 17 §. 4. D. de Adopt.* ditiorem permittetur adoptare pauperiori, *si vitae eius sobrietas clara sit, vel adfectio honesta, nec incognita.* Zeiget es sich also nach angestellter Untersuchung, daß bey der intendirten Adoption keine unlautere Absichten zum Grunde liegen, so ist dieselbe für zulässig zu achten. 3) Wenn gleich leibliche Kinder, die vorher der väterlichen Gewalt entlassen waren, durch den Weg der Adoption derselben wieder unterworfen werden können g), so kann gleichwohl ein einmal emancipirtes Adoptivkind nicht wieder von dem ehemaligen Adoptivvater vom neuen adoptirt werden h). 4) Ein Vater kann nur dann ein fremdes Kind an Enkels Statt annehmen, wenn der Sohn darein consentirt, damit ihm nicht wider seinen Willen ein suus heres obtrudirt werden möge i).

Vermöge des bekannten Grundsatzes: *adoptio imitatur naturam* k), ist die Annahme an Kindes Statt denjenigen untersagt worden, die sich zu den Adoptivkindern

f) *L. 17. pr. D. de Adopt.* Nec ei permittitur adrogare, qui tutelam vel curam alicuius administrauit: si minor viginti quinque annis sit, qui adrogatur: *ne forte eum ideo adroget, ne rationes reddat. cf. Wernher Lectissimm. commentt. in Pandect. Part. I. Lib. I. tit. VII. §. 6 p. 52. ed. nouiss.*

g) *L. 12. et L. 41. D. eod. L. 23. pr. D. de Lib. et posthum.*

h) *L. 37. §. 1. D. de Adopt.*

i) *§. 5. §. 6. et §. 7. J. eod. L. 6. et L. 11. D. eod.*

k) *§. 4. J. de Adopt. L. 16. D. eod. cf. Caius Institt. Lib. I. tit. V. pr. (in Schultingii Iurisprud. anteiust. p. 42. ed. nouiss.)*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0223
DFG

kindern nicht als Eltern verhalten können l). Wenn es der Natur nach schlechterdings unmöglich ist, daß der Anzunehmende von mir, oder von einem meiner Descendenten gezeuget worden sey, so findet die Adoption wegen der bey ihr zum Grunde liegenden Fiction nicht statt m). Daher können 1) Castraten nicht adoptiren, weil sie zum Kinderzeugen unfähig sind n). Was die Spadonen anbetrifft, so besitzen diese entweder von Natur die Zeugungsglieder in der gehörigen Beschaffenheit, und können nur kränklicher Umstände wegen sich keine Kinder versprechen, oder sie sind von Natur gänzlich und immer zum Kinderzeugen untüchtig o). Nur in dem erstern Falle können Spadonen jemanden an Kindes Statt annehmen; denn vernünftiger Weise sind die Gesetze p), welche ihnen das Recht zu adoptiren verstatten, so zu erklären, daß sie den in andern Verordnungen festgesetzten Principien der Adoption nicht widersprechen q). Aus eben dem Grundsatze folget 2), daß ich niemanden adoptiren kann, der älter ist, als ich selbst. Will ich ein Kind an Sohnes

l) *Crell Obseru. de adoptione in locum fratris non monstrosa*, (Viteb. 1748.)

m) *Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. I. cap. II. membr. II. §. 4. p. 69. sq. ed. nouiss.*

n) *§. 9. J. de Adopt.* Das Gegentheil verordnet Leo in der *Nou.* 26. indem er den Castraten das Recht zu adoptiren ausdrücklich ertheilet; allein da seine Verordnungen, die freylich einen beträchtlichen Anhang des römischen Rechtskörpers ausmachen, überhaupt in Deutschland nicht angenommen sind, so kann man auch der eben angezogenen keine gesetzliche Kraft beylegen.

o) Daß das Wort *spado* verschiedene Bedeutungen habe, beweisen mehrere Gesetze hinlänglich. Man sehe *§. 9. J. de Adopt. L. 6. in fin. et L. 7. D. de Aedilit. ed. L. 14. in fin. D. de Manum. vind. L. 39. D. de Jur. dot. L. 4. §. 2. D. Ad leg. Cornel. de sicar. L. 128. D. de Verb. signif.* In der eigentlichen Bedeutung verstehet man unter Spadonen diejenigen, welche kränklicher Umstände oder körperlicher Gebrechen wegen nicht im Stande sind, Kinder zu zeugen. *L. 2. et L. 40. §. vlt. D. de Adopt. L. 6. D. de Liber. et posthum. Theophilus Paraphras. Institt. tit. de Adopt. §. 9.* definirt sie so: *οἵτινες διά τι πάθος ἢ φύζιν ἐνοχλήσασαν τοῖς νόμιμοις μορίοις παιδοποιεῖν κωλύονται, τοῦτο δὲ ἀπαλλαγέντες παιδοποιοῦσι*, und bezeichnet demnach mit der Benennung spadones solche, qui propter membrorum genitalium frigiditatem, aut vitium aliquod liberis operam dare non possunt, sed eo sublato liberos suscipere omnino possunt. Die Differenz zwischen Eunuchen, Spadonen und Castraten zeiget ausführlich *Augustinus Emendd. et opinn. Lib. III. cap. V. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. IIII. p. 1508. sqq.)*

p) *L. 2. §. 1. D. de Adopt.* Illud vtriusque adoptionis commune est, quod et hi, qui generare non possunt, quales sunt *spadones*, adoptare possunt. *L. 40. §. 2. D. eod. Spado* adrogando suum heredem sibi adsciscere potest: nec ei corporale vitium inpedimento est. *cf. Riccius Vindicc. iur. cap. IIII. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. II. p. 768. sqq.)*

q) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 146. S. 160.

Sohnes oder Tochter Statt annehmen, so muß ich wenigstens achtzehn Jahre älter seyn; und will ich jemanden an Enkels Statt annehmen, so muß ich ihn durch ein Alter von sechs und dreyßig Jahren überwiegen r). Der Grund, weswegen die Gesetze erfordern, daß ein Adoptivvater bey der Annahme an Sohnes Statt um die Jahre einer vollen, und bey der an Enkels Statt um die Jahre einer doppelten vollen Mündigkeit älter seyn müsse, als das Adoptivkind, lässet sich freylich um so weniger mit Gewißheit bestimmen, da Mannspersonen schon nach zurück gelegtem vierzehnten Jahre für fähig gehalten werden, Kinder zu zeugen. Wahrscheinlich hielten es aber die römischen Gesetzgeber um deswillen der Natur nicht völlig angemessen, vor erlangter voller Pubertät zu adoptiren, weil Mannspersonen wohl selten schon früher wirklich Kinder zu zeugen pflegen. 3) Die Adoption muß in perpetuum geschehen. In der *L. 34. D. de Adopt.* sagt Paulus merklich: Quaesitum est, si tibi filius in adoptionem hac lege sit datus, vt post triennium puta eumdem mihi in adoptionem des, an actio vlla sit? et Labeo putat nullam esse actionem: *nec enim moribus nostris conuenit, filium temporalem habere*, und hält es demnach der Natur und den Sitten der Menschen zuwider, jemanden auf eine gewisse Zeit an Kindes Statt anzunehmen. 4) Man kann niemanden an Vaters oder Bruders Statt annehmen. Denn daß ein Sohn den Vater, oder ein Bruder den andern gezeuget habe, ist unnatürlich. Ohnehin erklären auch die Kayser Diocletian und Maximian s) ausdrücklich, es könne niemand einen andern dergestalt adoptiren, daß dieser vermöge rechtlicher Fiction als Vater oder Bruder betrachtet werden solle. Zwar behauptet von Leyser t), daß allerdings eine solche Adoption bestehen könne, wenn die landesherrliche Bestätigung hinzugekommen sey; allein es bleibt wenigstens immer sehr unschicklich, dieser unter öffentlicher Auctorität und unter Einwilligung der dabey interessirten Personen geschehenen Handlung den Namen einer Adoption beyzulegen, weil sich diese Benennung mit dem Begriffe der Adoption nicht reimen lässet v).

§. 151.

Die verschiedenen Wirkungen der Adoption äussern sich theils auf Seiten des Adoptivvaters, theils auf Seiten der angenommenen Kinder. Nach dem ältern römi-

r) §. 4. *J. de Adopt. L.* 40. §. 1. *D. eod. cf. a Pufendorf Obseruu. iur. vn. Tom. IIII. obs. LXIII. p.* 110. *sqq. ed. nouiss.*

s) *L.* 7. *C. de Hered. instit.*

t) *a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. I. Specim. XX. med.* 5. *p.* 206. *sq.* Eben dieser Meinung ist auch *Crell l. l.*

v) *Müller Obseruu. practt. ad Leyseri meditt. ad Pandect. Tom. I. fasc. I. obs. LXXXVIII. p.* 370. *sq.*

römischen Rechte erlangte ein Adoptivvater durch jede Adoption die väterliche Gewalt; hingegen in Gemäßheit des justinianeischen Rechts ist zwischen der Adoption im engern Verstande und zwischen der Arrogation zu unterscheiden. In Ansehung der letztern ließ es Justinian bey dem alten Rechte bewenden; diese wirket demnach beständig auf Seiten des Arrogators die väterliche Gewalt, und selbst die Kinder des Arrogirten werden derselben unterworfen x). Was aber die eigentliche Adoption anbetrifft, so geschiehet diese entweder von einem Ascendenten des Anzunehmenden, oder nicht. Im erstern Falle, wenn ein Ascendent seinen Descendenten, z. B. ein Großvater seinen Enkel an Kindes Statt annimt, so erhält derselbe über ihn die väterliche Gewalt; im letztern Falle hingegen, wenn ein anderer, der kein Descendent vom Adoptivvater ist, angenommen wird, cessirt die Wirkung der väterlichen Gewalt y). Daher rührt die Eintheilung der eigentlichen Adoption in die **vollkommene** (*plena*) und **unvollkommene** (*minus plena*). Die vollkommene Adoption, welche von einem Ascendenten geschiehet, wirket die väterliche Gewalt, und giebt dem Adoptivkinde das ius sui heredis, welches ihm vom Adoptivvater im Testamente ohne eine gesetzmäßige Enterbungsursache nicht entzogen werden kann z). Und eben so succedirt auch der adoptirende Großvater seinem an Kindes Statt angenommenen Enkel, vorausgesetzt, daß nicht durch Emancipation die Adoption wieder aufgehoben ist a). Die unvollkommene Adoption hingegen, welche von jemandem geschiehet, der kein Ascendent von dem Wahlkinde ist, begründet so wenig auf Seiten des Adoptivvaters die väterliche Gewalt, als auf Seiten des angenommenen Kindes die Familienrechte, sondern giebt diesem das ius sui heredis nur auf den Fall, wenn der Adoptirende untestirt verstirbt. Hinterlässet der Adoptivvater ein Testament, so kann das angenommene Kind keine Ansprüche auf dessen Erbschaft machen, wenn es gänzlich übergangen worden ist b). Und weil überhaupt dergleichen unvollkommen Adoptirte in der Gewalt und Familie ihres leiblichen Vaters bleiben, so werden sie nicht von dem Adoptivvater, sondern von

x) §. 11. *J. de Adopt. L.* 2. §. 2. *D. eod.*

y) §. 2. *J. eod. L.* 10. *C. eod. cf. de Greue Exercitt. ad Pandect. loca difficilior. exercit. I. obs. XX. p.* 18. *sq de Cocceii Jus ciu. controu. Lib. I. tit. VII. quaest.* 8. *p.* 119. *sqq. ed. nouiss.*

z) *L.* 10. *pr. C. de Adopt.*

a) *Koch Success. ab intest. ciuil.* §. 65. *p.* 113. *ed. nouiss.*

b) *L.* 10. §. 1. *C. de Adopt.*

von ihren leiblichen Eltern beerbet, und succediren auch diesen der geschehenen Adoption ohngeachtet c).

§. 152.

Ohngeachtet die Adoption überhaupt zwischen dem Adoptivvater und dem Adoptivkinde eine Verwandschaft begründet, so kann gleichwohl das letztere auf solche Rechte, welche lediglich auf der Blutsfreundschaft ruhen, keinen Anspruch machen. Denn diese Verwandschaft ist nicht eine natürliche, sondern bloß eine bürgerliche, welche ein Agnationsrecht giebt; das angenommene Kind wird von allen Personen, die des Adoptivvaters Agnaten sind, ein Agnat, aber keinesweges von den Cognaten desselben ein Cognat d). Durch die eigentliche vollkommene Adoption sowohl, als durch die Arrogation erhalten Adoptivkinder kein ius sanguinis, sondern nur die gemeinen Familienrechte, und selbst diese nur, wie unser Verfasser sagt: quatenus ab adoptantis pendent arbitrio, das heißt, wie fern selbige der freyen Disposition des Adoptivvaters dergestalt unterworfen sind, daß er sie auf seine Adoptivkinder transferiren konnte. Aus diesem Princip ergiebt sich von selbst:

a) daß Adoptivkinder den Adel ihres Adoptivvaters nicht erhalten e). Der deutsche Geschlechtsadel gehöret zu den Geblütsrechten, welche nur durch natürliche eheliche Geburt erworben, und mithin durch Annahme an Kindes Statt nicht mitgetheilet werden, es sey denn, daß solches mit ausdrücklicher Bewilligung derjenigen höchsten Gewalt geschehe, welche in Deutschland Standeserhöhungen zu ertheilen befugt ist f). Wie könnte man wohl

c) *Forsterus Tr. de successionn. Lib. VII. cap. XVIII. num.* 1.

d) *L.* 23. *D. de Adopt.* Qui in adoptionem datur, his quibus adgnascitur, et cognatus fit: quibus vero non adgnascitur, nec cognatus fit: adoptio enim non ius sanguinis, sed ius adgnationis adfert; et ideo si filium adoptauerim, vxor mea illi matris loco non est: neque enim adgnascitur ei, propter quod nec cognata eius fit. Item nec mater mea auiae loco illi est, quoniam his, qui extra familiam meam sunt, non adgnascitur: sed filiae meae is, quem adoptaui, frater fit, quoniam in familia mea est filia: nuptiis tamen etiam eorum prohibitis.

e) *Wernher Lectissimm. commentt. in Pandect. Part. I. Lib. I. tit. VII. §. 6. p. 53. ed. nouiss. ab Eyben Diss. de ordine equestri vett. romanorum, (in Eiusdem opp. p. 877. sq.) Tenzel Pr. an adoptione adquiratur nobilitas,* (Erford. 1727.) *Link Diss. an adoptio conferat nobilitatem,* (Argent. 1730.) Riccius von dem landsässigen Adel in Deutschland, Th. II. Cap. V. S. 319. Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 370. S. 277.

f) *Heineccius Com. ad leg. Jul. Pap. et Popp. Lib. II. cap. I. §. 4. p.* 113. behauptet zwar, daß ein arrogirtes Kind nach dem römischen Rechte den Geschlechtsadel des Arrogators erhalte; allein aus bessern Gründen zeigt das Gegentheil *Cannegieter Obseruu. iur. rom. Lib. II. cap. XVIII. p.* 214. *sqq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0227
DFG

Wahlkindern an und für sich die Nobilität des Adoptivvaters zugestehen, da selbst durch eine nachfolgende Ehe legitimirte Kinder auf den Adel ihres natürlichen Vaters keinen gegründeten Anspruch zu machen haben.

β) Adoptivkinder succediren nicht in Fideicommißgütern g). Denn diejenigen, welche ihrer Geburt nach zur Familie des Stifters gehören, haben ein ius quaesitum, mit Ausschließung anderer, welche nicht auf diese Weise zu ihr gerechnet werden können, in dergleichen Gütern zu succediren. Sollte indessen der Stifter des Fideicommisses namentlich auch den Adoptivkindern die Succession verwilliget haben, oder die Einwilligung der dabey interessirten Agnaten erfolget seyn, so ist kein Grund vorhanden, das an Kindes Statt angenommene Kind des letztern Besitzers für nicht successionsfähig zu achten.

γ) Eben so wenig können auch Adoptirte in Lehnen succediren h). Nicht nur die Natur der Lehnfolge, als welche ein auf dem Blute des ersten Erwerbers haftendes Recht (ius sanguinis) ist, sondern auch eine ausdrückliche Verordnung des longobardischen Lehnrechts i) setzt die Wahrheit dieses Grundsatzes außer Zweifel. Ausnahmen finden sodann statt, wenn 1) der Erwerb des Lehns unter der ausdrücklichen Bedingung geschiehet, daß auch Adoptivkindern in demselben ein Erbfolgerecht zuständig seyn solle, oder 2) die Adoption mit Einwilligung des Lehnsherrn und der Agnaten erfolget, oder 3) vermöge des besondern Lehnhofrechts Adoptirte für successionsfähig zu achten sind k).

δ) Adoptivkinder sind nicht berechtiget, die von ihrem Adoptivvater oder dessen Verwandten veräusserten Güter mittelst der Erblosung oder des Erbfreundrechts zu retrahiren l). Denn dieser Retract ist ein ius sanguinis, und kommt

g) *a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. I. Specim. XX. med.* 3. *p.* 203. *sqq. Hofacker Principp. iur. ciuil. rom. germ. Tom. I. §.* 606. *p.* 474.

h) *Boehmer Principp. iur. feudal. Lib. I. Sect. I. cap. VII. §.* 123. *p.* 87. *ed. nouiss.*

i) *II. Feud.* 26. *§.* 8.

k) *Püttmann Elemm. iur feudal. cap. XIII. §.* 311. *p.* 191. behauptet, daß denen, welche an Kindes Statt angenommen sind, auch in dem Falle die Lehnfolge gestattet werden müsse, wenn das Lehn ein vollkommenes Erblehn ist; allein ohnstreitig fehlet es dieser Ausnahme, so wie verschiedenen andern, welche *Knorre Diss. de successione adoptiuorum in feuda*, (Halae 1753.) anführet, an einem hinreichenden rechtlichen Grunde. Man sehe Schnaubert Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts, Forts. II. §. 123. S. 381. f.

l) Walch Näherrecht, Hauptst. II. Abschn. I. Abs. I. §. 5. S. 265.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0228
DFG

kommt nur denjenigen zu statten, welche mit dem Verkäufer von dem Erwerber zugleich auf eine rechtmäßige Art abstammen.

l) Die besondern Vortheile, welche bey den meisten Zünften und Gilden den das Handwerk ihrer Väter erlernenden Meistersöhnen sowohl in Absicht auf die auszuhaltenden Lehrjahre und Wanderjahre, als in Beziehung auf die Adquisition des Meisterrechts vermöge der Innungsartikel oder Amtsrollen vorzüglich eingeräumet zu werden pflegen, sind Adoptivkindern ohne besondere Verwilligung der Brüderschaft nicht zuständig m), weil nur leibliche Söhne in der Regel zum Genusse dieser Vorrechte gelangen n).

§. 153.

Will man die Erfordernisse einer gültigen Annahme an Kindes Statt gehörig bestimmen, so ist es nöthig, zwischen der eigentlichen Adoption und der Arrogation zu unterscheiden, weil beyde Gattungen in dieser Hinsicht sehr verschieden sind. Die eigentliche Adoption erfordert sowohl den Consens des leiblichen, als des adoptirenden Vaters, weil jenem wider seinen Willen das Recht der väterlichen Gewalt nicht entzogen werden darf o), und diesem gegen seine Neigung kein Erbe obtrudirt werden kann p). Hingegen ist die Einwilligung des anzunehmenden Kindes nicht schlechterdings erforderlich; vielmehr wird es schon für hinlänglich geachtet, wenn dasselbe nicht widerspricht, weil für den Vater die Vermuthung streitet, daß er die intendirte Adoption nicht werde geschehen lassen, wenn sie dem Kinde zum Nachtheile gereichen sollte q). Die bey den Römern ehedem zum Rechtsbestande einer Annahme an Kindes Statt erforderlichen Solemnitäten cessiren zwar heutiges Tages gänzlich r); indessen ist auch bey uns eine ohne richterliche Mitwirkung unternommene Adoption von keiner rechtlichen Wirkung. Sie bedarf zu ihrer Gültigkeit

m) *a Leyser Meditt. ad Pandect. l. l.*

n) Weisser Recht der Handwerker, Abschn. VIII. §. 87.

o) *L. 5. D. de Adopt. L. 5. C. eod. cf. Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom I. §. 602. p. 470.* Daß selbst auch zur Gültigkeit einer unvollkommenen Adoption die Einwilligung des leiblichen Vaters erforderlich sey, zeiget Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. III. §. 153. *b.* S. 355

p) *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. I. Lib. I. tit. VII. §. 4. p. 103. ed. nouiss.*

q) *Mencken Syst iur. ciuil. Lib. I. tit. VII. §. 2. p. 24. ed. nouiss.*

r) Estor bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit der Deutschen, Th. I. Hauptst. CXVII. §. 892. S. 385.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0229
DFG

der Bestätigung des zuständigen Richters s), welcher zuvörderst über das Anbringen der Interessenten eine Registratur verfertigen, und nach vorgängiger Untersuchung über die Zulässigkeit derselben erkennen muß t).

Die Arrogation mußte nach dem ältern römischen Rechte vor dem Volke auf den comitiis curiatis unter der Auctorität des collegii pontificum geschehen; erst in den neuern Zeiten der Römer wurde sie vom Kayser bestätiget v). In der *L. 6. C. de Adopt.* verordneten endlich die Kayser Diocletian und Maximian in den Worten: adrogationes eorum, qui sui iuris sunt, nec in regia, vrbe, nec in prouinciis, *nisi ex rescripto principali* fieri possunt, ausdrücklich, daß überhaupt Arrogationen lediglich durch ein fürstliches Rescript geschehen sollten x). In Gemäßheit dieser Verordnung ist auch noch heutiges Tages die unmittelbare landesherrliche Bestätigung bey Arrogationen erforderlich, weil das neuere römische Recht in diesem Stück so wenig durch ein entgegen stehendes Gesetz, als durch einen allgemeinen Gerichtsgebrauch in Deutschland aufgehoben worden ist y).

§. 154.

Da das arrogirte Kind durch die Annahme an Kindes Statt eine Capitisdeminution leidet, indem es auf diese Weise der väterlichen Gewalt des Arrogators unterworfen wird, so erfordern die Gesetze zur Gültigkeit der Arrogation nicht nur die

s) Die Meinung, welche Rettelbladt Anleit. zu der ganzen pract. Rechtsgelahrth. §. 964. S. 497. f. vertheidiget, daß nämlich die Bestätigung einer eigentlichen Adoption von jedem Richter geschehen könne, verdienet keinen Beyfall. Denn in der *L. vlt. C. de Adopt.* verordnet Justinian ganz deutlich, die Confirmation solle von dem competenten Richter erfolgen. Auch setzt diese Bestätigung eine Untersuchung der Sache voraus, und ist folglich als eine Handlung der gemischt willkührlichen Gerichtsbarkeit an den zuständigen Richter gebunden. Glück Erläuterung der Pandecten, Th. II. §. 153. S. 323. ff.

t) von Trütschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze, Th. I. Hauptabtheil. II. Hauptst. III. §. 60. S. 312. f.

v) *Cannegieter Obseruu. iur. rom. Lib. II. cap. XVIIII. p. 217. sqq. Wieling Lectionn. iur. ciuil. Lib. II. cap. VII. p. 108. sqq.*

x) *cf. L. 2. L. 8. et L. 9. C. de Adopt.*

y) *de Cocceii Jus ciu. controu. Lib. I. tit. VII. quaest. 2. p. 114. ed. nouiss. a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. I. Specim. XX. med. 4. p. 205. sq.* Struben rechtl. Bedenken, Th. II. Bed. LXII. S. 240. ff. Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 150. S. 163. Das Gegentheil, oder daß auch die Obrigkeit nach heutigen Rechten Arrogationen confirmiren könne, behaupten von Trütschler a. a. O. §. 59. *not. e.* S. 312. *Müller Obseruu. practt. ad Leyseri meditt. ad Pandect. Tom. I. fasc. I. obs. LXXXVII. p. 361. sq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0230
DFG

die persönliche Gegenwart, sondern auch die ausdrückliche Einwilligung des Anzunehmenden z). Begreiflich konnten demnach Unmündige nicht arrogirt werden, weil sie so wenig auf den Comitien zu erscheinen das Recht hatten, als eine gültige Einwilligung zu ertheilen vermogten. Der Kayser Antonin der Fromme erlaubte zwar endlich dergleichen Arrogationen; allein er fand zugleich für gut, sie durch verschiedene Einschränkungen und Bedingungen nicht wenig zu erschweren. Es hat nämlich die Arrogation der Unmündigen das Eigenthümliche, daß sie 1) nicht anders geschehen kann, als α) nach vorgängiger Untersuchung, ob bey der Arrogation eine wahre Zuneigung gegen den zu Arrogirenden zum Grunde liege a); β) mit Einwilligung der Anverwandten und der Vormünder des zu Arrogirenden b); γ) nach vorgängiger bürgschaftlichen Sicherheitsleistung von Seiten des Arrogators, daß er auf den Fall, wo der zu Arrogirende in der Unmündigkeit versterben würde, dessen Vermögen denjenigen restituiren wolle, die seinen Nachlaß geerbet haben würden, wenn die Arrogation nicht vorgenommen wäre c). Zudem muß 2) bey dieser Arrogation der pater adrogator dem angenommenen Kinde, wenn er es in Zukunft ohne rechtmäßige Ursache emancipirt, oder auch in seinem Testamente enterbet, nicht nur das ihm zugebrachte Vermögen restituiren, sondern auch noch den vierten Theil seines eigenen abtreten d). Dieser vierte Theil heißt *quarta diui Pii*, weil er sich auf eine vom Kayser Antonin dem Frommen erlassene Verordnung gründet e), und kann von dem Arrogirten oder dessen Erben mittelst der Condiction *ex L. 8. §. 15. D. de Inoff. testam.* die auch von einigen condictio *ex constitutione diui Pii* genannt wird, den Erben des Arrogators abgefordert werden f). Endlich kann auch 3) der Arrogirte nach erlangter Mündigkeit um

z) *L.* 24. *D. de Adopt.* Neque *absens*, neque *dissentiens* adrogari potest.

a) *§.* 3. *J. de Adopt.*

b) *L.* 17. *§.* 1. *D. eod. L.* 2. *C. eod.*

c) *L.* 18. *et L.* 20. *D. eod.*

d) *§.* 3. *J. eod. L.* 22. *§.* 1. *D. eod. L.* 1. *§.* 21. *D. de Collat. L.* 8. *§.* 15. *D. de Inoff. testam. L.* 2. *C. de Adopt.*

e) *Madihn Diss. de quarta diui Pii eiusque vsu hodierno*, (Frcf. 1776.) Es ist übrigens diese Quarte von dem Pflichttheile der Notherben sehr verschieden, daher denn auch die Meinung des *de Greue Exercitt ad Pandect. loca difficill exercit. I. obs. XXII p.* 21. welcher sie nach den von diesem geltenden Grundsätzen beurtheilet wissen will, auf keine Weise sich vertheidigen lässet. *Voet Com ad Pandect. Lib. I. tit. VII.* §. 4. Dabelow System der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, Th. II. §. 2797. S. 766.

f) Schmidt pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, § 565. ff. S. 318. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0231
DFG

um seine Entlassung anhalten, und den Arrogator nöthigen, ihn wieder zu emancipiren. In der *L. 33. D. de Adopt.* sagt Marcian merklich: Et, si pubes factus non expedire sibi in potestatem eius redigi probauerit, aequum esse emancipari eum a patre adoptiuo, atque ita pristinum ius recuperare. Wenn also dem Arrogirten die Annahme an Kindes Statt nach erreichter Pubertät mißfällt, und derselbe gehörig beweisen kann, daß sie ihm nicht zum Vortheile gereichet, so ist er befugt, auf die Emancipation zu dringen.

§. 155.

Ohngeachtet die Annehmungen an Kindes Statt, sowohl die Adoptionen als Arrogationen, in Deutschland nicht so häufig vorkommen, als bey den Römern, so sind sie gleichwohl nicht ganz außer Gebrauch gekommen g). Das römische Recht ist auch in diesem Stück bey uns angenommen, und man hat Beyspiele von Adoptionen nicht nur bey dem hohen Adel, sondern auch bey andern Personen h). In vorkommenden Fällen sind Anwünschungen jederzeit nach den Grundsätzen des römischen Rechts zu beurtheilen, und insbesondere darf dabey von der in den römischen Gesetzen vorgeschriebenen Form der Adoption um so weniger etwas versäumet werden, wenn das ganze Geschäft die darin bestimmte Wirkung hervor bringen soll, da ohne Beobachtung dieser Form ein wirklich adoptirtes Kind von einem aus Barmherzigkeit aufgenommenen Zöglinge nicht zu unterscheiden seyn würde i). Der Adoptivsohn behält in Deutschland seinen Familiennamen, nimt aber zugleich auch den Namen des Adoptivvaters an. Zwischen beyde wird das Wort genannt gesetzt.

§. 156.

g) *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. I. Lib. I. tit. VII. §. 6. p. 106. ed. nouiss. a Pufendorf Obseruu. iur. vn. Tom. III. obs. XXXXVI. p. 154. sqq. de Cocceii Jus ciu. controu. Lib. I. tit. VII. quaest. 9. p. 120. ed. noviss.* Man sehe indessen auch *Thomasius Diss. de vsu practico tit. Institt. de adopt. cap. II.*

h) *Müller Obseruu. practt. ad Leyseri meditt. ad Pandect. Tom. I. fasc. I. obs. LXXXXVI. p. 338 sqq.* Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 150. S. 163.

i) Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 618. S. 513. Das Gegentheil behauptet Carrach rechtl. Erörterung der Frage: ob man in Deutschland ohne denen im römischen Rechte vorgeschriebenen feyerlichen Handlungen der Adoption jemand an Kindes Statt annehmen; und der Angenommene daher, nach dem Willen des Annehmenden, diesem, auch wider dessen vorher errichtetes Testament, succediren könne? (in Schotts jurist. Wochenblatte, Th. II. S. 462. ff.

§. 156.

Nachdem wir die verschiedenen Entstehungsarten der väterlichen Gewalt kennen gelernet haben, so müssen wir gegenwärtig noch nach Anleitung des Verfassers von ihrer Zernichtung handeln. Die väterliche Gewalt nimt ein Ende: 1) durch den Tod, sowohl den **natürlichen** als **bürgerlichen**, entweder des Hausvaters oder des Hausſohns [k]), jedoch mit dem in der Person des Hausvaters zu beobachtenden Unterschiede, daß durch den Tod des Vaters die Söhne und Töchter schlechthin von der väterlichen Gewalt frey werden, durch das Ableben des Großvaters aber die Enkel und Enkelinnen nur in so fern, als sie nicht in die Gewalt ihres Vaters zurück fallen [l]). Insbesondere wird 2) die väterliche Gewalt auf Seiten des leiblichen Vaters durch eine vollkommene Adoption zernichtet, weil der Vater durch Einwilligung in selbige sich seines Rechts begiebt. Der Sohn wird übrigens durch diese Annehmung an Kindes Statt nicht sui iuris, sondern gehet nur aus einer väterlichen Gewalt in die andere über. 3) Auch verschiedene Würden (*dignitates*) befreyen von der väterlichen Gewalt [m]). Nach dem ältern römischen Rechte wurde zwar die väterliche Gewalt durch keine Würde geendiget; der Sohn konnte die höchsten Ehrenstellen im Staate bekleiden, ohne deswegen sui iuris zu werden, wenn gleich die väterliche Gewalt während der Amtsführung suspendirt war und folglich ihre Wirkungen nicht äussern konnte. Allein Justinian schränkte diesen Grundsatz ein, indem er den Würden, welche von der Verbindlichkeit, Decurio zu werden, befreyeten, diesen Effect beylegte [n]). Dahin gehöret nun ganz ohnstreitig α) die Patriciatwürde, welche vom Kayser Constantin dem Großen eingeführet, und den kayserlichen Räthen zugeeignet wurde [o]). β) Die Bischofswürde; γ) das Consulat; δ) die prätorianische Präfectur; ε) die Präfectur über die Stadt; ζ) das *magisterium militum* oder Feldmarschallamt; η) das *patrocinium fisci* oder Fiscalat. Heutiges Tages befreyen Würden an sich nicht von der väterlichen Gewalt, weil theils selbst die höchsten und ansehnlichsten Aemter nach unserer jetzigen Verfassung mit der väterlichen Gewalt sehr füglich bestehen können, theils aber auch jene

k) §. 1. §. 2. *et* §. 3. *J. Quib. mod. ius patr. potest. solu.*

l) *Pr. J. eod. L.* 5. *D. de His qui sui vel. al. iur sunt.*

m) *Trier Diss. de dignitat. quae liberant a patria potestate*, (Frcf. 1737.)

n) §. 4. *J. Quib. mod. ius patr. potest. solu. L. vlt. C. de Decur. Nou.* 81.

o) *Curtius Com. de senatu romano post tempora rei publicae liberae*, (Halae 1768.) *Lib. IIII. cap. VI.* §. 93. *p.* 165. *sqq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0233
DFG

jene römischen Dignitäten gar nicht mehr existiren p). Der von verschiedenen Rechtsgelehrten q) aufgestellte Grundsatz, daß jede heutige Würde, die mit den vorhin gedachten römischen von der väterlichen Gewalt befreyenden Dignitäten verglichen werden könne, auch noch bey uns die nämliche Wirkung mit sich führe, giebt zu einer schiefen Anwendung des römischen Rechts Gelegenheit; daher denn auch ohne Zweifel die Untersuchungen derjenigen r), welche in dieser Hinsicht zwischen römischen und deutschen Aemtern mühsame Vergleichungen angestellet haben, ganz unnütz sind und nicht den mindesten Nutzen gewähren. Daß übrigens durch Ehrenstellen und öffentliche Bedienungen die Zernichtung der väterlichen Gewalt veranlasset werden könne, und nicht selten wirklich veranlasset werde, hat seine unbestrittene Richtigkeit. Denn gemeiniglich stellet der Sohn nach erlangtem Amte eine eigene Haushaltung an, und gehet auf diese Weise aus der väterlichen Gewalt; hier liegt aber der Grund nicht in dem Amte, sondern in der Anlegung der eigenen abgesonderten Oeconomie s). 4) Das Recht der väterlichen Gewalt gehet durch den Nichtgebrauch verlohren, wenn der Vater sich desselben gegen den Sohn, welcher sich als ein homo sui iuris aufführet, innerhalb einem gewissen Zeitraume nicht bedienet, da er gleichwohl Gelegenheit dazu hatte. In der *L. 1. C. de Patr. potest.* heißt es: Si filium tuum in potestate tua esse dicis, praeses prouinciae aestimabit, an audire te debeat: quum diu passus sis, vt patris familias res eius agi per eos, qui testamento matris tutores nominati fuerunt t). Die Worte: *quum diu passus sis*, sind vermöge der Glosse von einem Zeitraume von zehen oder zwanzig Jahren zu verstehen. Zur Strafe verliehrt der Vater 5) die väterliche Gewalt, α) wenn er die Töchter zur Hurerey zwingen will v); β) wenn er die

p) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 163. S. 172. Glück Erläuterung der Pandecten, Th. II. § 156. S. 340. f. Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 620. S. 516.

q) *Hofacker Principp. iur. ciuil. rom. germ. Tom. I. Lib. II. Sect. VI. cap. IIII. §. 616. p. 481.* Dabelow System der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, Th. II. §. 2799. S. 768.

r) *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. I. Lib. I. tit. VII. §. 26. sq. p. 110. sq. ed. nouiss Berlichius Conclusss practicabb. Part. II. conclus. XI. num. 13. Kaestner Pr. an doctoralis dignitas liberet a patria potestate.* (Lipsi. 1723.)

s) Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. III. §. 156. S. 387. ff.

t) *cf. L. 25. pr. D. de Adopt.*

v) *L. 12. C. de Episc. aud. L. 6. C. de Spectac.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0234
DFG

die Kinder ausseßt x); γ) wenn er zu einer zweyten blutschänderischen Ehe schreitet y).

§. 157.

Vorzüglich wurde die väterliche Gewalt bey den Römern durch die Emancipation, die bisweilen auch unter dem Namen der Manumission vorkommt, geendiget z), worunter man eine **ausdrückliche** und **gesetzliche** Erklärung des Vaters verstehet, daß sein Kind von der väterlichen Gewalt frey seyn solle. Jede Emancipation muß also α) ausdrücklich geschehen a). Dies lehret die *L. 3. C. de Emancip. liber.* worin die Kayser Diocletian und Maximian folgendes verfügen: Non nudo consensu patria liberi potestate, sed actu solemni, vel casu liberantur: nec caussae, quibus motus pater emancipauit filium, sed actus solemnitas quaeritur. Und dem stehen auch die Gesetze, aus welchen einige Rechtsgelehrte das Gegentheil zu beweisen suchen, keinesweges entgegen b). Die *L. 1. C. de Patr. potest.* auf welche Voet c) provocirt, redet nicht von einer eigentlichen Emancipation, sondern verordnet lediglich, daß ein Vater, welcher es geschehen lässet, daß sein Sohn sich geraume Zeit hindurch als ein homo sui iuris aufführet, nachher mit der Präjudicialklage de patria potestate nicht weiter gehöret werden solle d). Der Grund, weswegen der Vater in diesem Falle mit seiner Klage abgewiesen, und solchergestalt des Rechts der väterlichen Gewalt für verlustig geachtet werden soll, ist ohnstreitig kein anderer, als die Verjährung e). Eben so wenig relevirt auch die *L. 25. pr. D. de Adopt.* auf welche Walch f) eine solche stillschweigende Emancipation begründen will. Post mortem filiae suae, sagt

x) *L. 2. C. de Infant. expoſit. Nou.* 153. *cap.* 1.

y) *Nou.* 12. *cap.* 2.

z) *Scheltinga Dissertt. II. de emancipationibus, (in Fellenbergii iurisprud. antiqu. Tom. II. num. XVIII.* p. 461. *Jqq.)*

a) *d'Arnaud Varr. coniectt. Lib. I. cap. XXIIII.* p. 171.

b) *Krause Different. emancipationis tacitae romanae et germ.* (Viteb. 1759.)

c) *Voet Com. ad Pandect. Lib. I. tit. VII.* §. 12.

d) *Boehmer Diss. de statu liberorum sui iuris factorum per separationem vel nuptias, cap. II.* §. 16. *(in Eiusdem exercitt. ad Pandect. Tom. I.* p. 499. *Jqq.*

e) *Heimburg Diss. difficillima emancipationis romanae et germanicae capita,* (Jenae 1742.) §. 7—9. *Müller Obseruu. practt. ad Leyseri meditt. ad Pandect. Tom. I. fasc. I. obs. C.* p. 374. *Jqq.*)

f) *Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. I. cap. II. membr. II.* §. 22. p. 84. *Sq. ed. nouiss.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0235
DFG

Ulpian in derselben, quae, vt mater familias, quasi iure emancipata, vixerat, et testamento scriptis heredibus decessit, aduersus factum suum, quasi non iure eam nec praesentibus testibus emancipasset, pater mouere controversiam prohibetur, und redet demnach offenbar von einer ausdrücklichen Emancipation, welche der Vater nach dem Ableben seiner Tochter um deswillen anfechten wollte, weil sie nicht auf die gesetzliche Weise und nicht vor Zeugen geschehen sey g).

Außerdem muß β) die Erklärung des Vaters, daß er sein Kind der väterlichen Gewalt entlassen wolle, auf eine gesetzmäßige Art erfolgen. In Beziehung auf diese gesetzliche Form zerfällt die Emancipation in die alte, die anastasianische und justinianeische.

§. 158.

Die alte Emancipation geschahe mit vielen Solemnitäten. Der Vater verkaufte vor der Obrigkeit in Gegenwart von fünf Zeugen, welche mannbare römische Bürger seyn mußten, seinen Sohn mittelst der Formel: *mancupo tibi hunc filium, qui meus est*, an einen Bürger zum Schein h). Hierauf erwiederte der Käufer: *hunc ego hominem iure Quiritium meum esse aio, isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra*, und warf eine dem Vater vorgezeigte Münze, welche ohngefehr ein Sesterz seyn mogte, in eine Waagschaale, die von dem libripens in die Höhe gehalten wurde. Der Vater nahm die Münze aus der Waagschale, und übergab seinen Sohn nochmals an den Käufer, wodurch dieser nach dem Spruche des Prätors ein quiritarisches Eigenthum erlangte i). Sodann manumittirte der Käufer

g) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 156. *not.* 6. S. 167.

h) Daß dieser feyerliche Verkauf anfänglich ein wirklicher Verkauf gewesen, und erst nachher durch die Auslegung der römischen Juristen in einen Scheinhandel verwandelt worden sey, behauptet *Oiselius Nott. ad Caii Institt. Lib. I. tit VI. §. 3. not. 33. (in Schultingii Iurisprud. anteiust. p. 54. ed. nouiss.)* Legem enim, sagt er, Romulus tulerat, quam et postea a decemuiris in IIII. tabulas relatam fuisse auctor est *Dionysius Halicarn. Lib. II.* vt si pater filium ter mancipasset, isque ab iis, quibus erat mancipatus, ter fuisset manumissus, filius sui fieret iuris, nec recideret in patris potestatem. Verba legis ab *Vlpiano Fragmm. tit. X.* referuntur: *Si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto.* Postea hanc legem Jurisconsulti interpretatione sua ad fictionem traduxere, vt retentis solemnitatibus, imaginaria tantum venditio ac manumissio intercederent. *cf. Schulting ad laud. tit. X. Vlpiani Fragmm. not. 5. (in Eiusdem iurisprud. anteiust. p. 592.)*

i) Ueber die Person des Antestatus sehe man *Cuiacius Obseruu. et emendd. Lib. VII. cap XVI. p. 204. sqq. Küstner Pr. de antestato in mancipationibus*, (Lipf. 1742.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0236
DFG

Käufer den Sohn, und dieser fiel in des Vaters Gewalt zurück. Es mußte der gedachte Scheinverkauf bey Söhnen k) dreymal wiederholet werden, bevor sie von der väterlichen Gewalt befreyet wurden. Bey dem dritten Verkaufe wurde unter der Formel: *ego vero hunc filium meum tibi mancupo ea conditione, vt mihi remancupes, vt inter bonos bene agier oportet, ne propter te tuamue fidem frauder*, zwischen dem Vater und dem Käufer das pactum fiduciae abgeschlossen, wodurch dieser sich verbindlich machte, daß er jenem den Sohn remancipiren, das heißt, wieder verkaufen wolle l). Denn hätte der Käufer den Sohn frey gelassen, so wäre er dessen Patron gewesen; gleichwohl wollte aber der Vater selbst den Sohn manumittiren, und die Patronatrechte über ihn erhalten. Von diesem Vertrage erhielt der Käufer den Namen pater fiduciarius m).

Durch diese alte Emancipation geriethen die Kinder zwar nur in eine erdichtete Sclaverey, allein sie hatte gleichwohl rechtliche Wirkungen. Denn sie zernichtete die Familien- und Agnationsrechte; emancipirte Kinder wurden nicht mehr als Mitglieder der Familie, als Agnaten angesehen, und beerbten daher weder ihren Vater, noch jemanden aus der Familie. Sie hob auch die obligationes stricti iuris auf; wenn ein Haussohn, welcher sich durch einen Formularcontract verbindlich gemacht hatte, emancipirt wurde, so hörte seine Verbindlichkeit auf.

§. 159.

Der Kayser Anastasius schaffte die alte Emancipation nicht ab, sondern verfügte nur, daß sie bey dem Kayser durch ein Rescript inpetrirt werden könne n). Diese Art der Emancipation wird von ihrem Erfinder die anastasianische genannt. Zu ihrer Gültigkeit ist erforderlich, daß das Rescript, wodurch sie bewirket worden ist, dem competenten Richter übergeben, und im Gerichte verwahrlich niedergelegt werde. Uebrigens hatte sie die nämlichen Wirkungen, welche die alte Emancipation hervor brachte, außer daß sie das Successionsrecht des emancipirten Kindes in dem Vermögen seiner Geschwister, welche in der väterlichen Gewalt geblieben waren, nicht zernichtete o). Auch konnte es der Vater bey dem Kayser mit erbitten, daß dem emancipirten Kinde die Familienrechte bleiben sollten p).

k) Bey Töchtern und Enkeln war nur ein Verkauf, und nur eine Manumission erforderlich. S. *Schulting l. l. not. 7.*

l) *Conradi Dissert. II. de pacto fiduciae*, (Helmst. 1732. 1733.)

m) *cf. a Wernher Obseruu. forr. Tom. III. Part. I. obs. XIII.*

n) *L. 5. C. de Emancip. liber.*

o) *L. 15. §. 1. C. de Legitim. hered. L. 4. C. de Legitim. tut.*

p) *L. 11. C. de Legitim. hered.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0237
DFG

Erst Justinian schaffte die alte Emancipation gänzlich ab, und führte mit Beybehaltung der anastasianischen eine neue Art ein, indem er dem Vater erlaubte, sein Kind lediglich vermittelst einer ausdrücklichen, vor dem zuständigen Richter geschehenen Willenserklärung, daß es von der väterlichen Gewalt frey seyn solle, zu emancipiren q). Ob diese justinianeische Emancipation den Verlust der Agnations- und Familienrechte nach sich gezogen habe, ist zweifelhaft r). Nach der *Nou. 118. cap. 1.* behalten die emancipirten Kinder ihr Erbrecht; allein sie verliehren das ius sui heredis, das heißt, sie sind nicht mehr ipso iure Erben ihres Vaters, sondern müssen die Erbschaft durch die Antretung erwerben s).

§. 160.

Gleichwie in der Regel die Kinder nicht anders als mit ihrem Willen emancipirt werden können t), so ist es gewöhnlich auch der Willkühr des Vaters völlig überlassen, ob er seine Kinder emancipiren will, oder nicht v). Indessen kann zuweilen doch der Hausvater auch wider seine Neigung zur Emancipation bestimmet werden, nämlich: α) wenn er seine Kinder schlecht und grausam behandelt x); β) wenn er etwas für die Emancipation genommen hat y); γ) wenn er einen Unmün-

q) *L. vlt. C. de Emancip. liber.*

r) *Huber Digressionn. Justin. Lib. III. cap. VI. §. 3. sqq. Cuiacius Notr. ad Vlpiani Fragmm. tit. X. (in Schultingii Jurisprud. anteiust. p. 592.) Boehmer Diss. de discrimine suorum et emancipatorum in success. intest. iure nouo sublato, §. 5. (in Eiusdem Electt. iur. ciuil. Tom. I. num. V. p. 135. sq. ed. nouiss.*

s) *Koch Success. ab intest. ciuil. §. 6. p. 17. sq. ed. nouiss.*

t) *L. 5. C. de Emancip. liber. Nou. 89. cap. 11.*

v) *§. 7. et §. vlt. J. Quib. mod. ius patr. potest. solu.*

x) *L. vlt. D. Si a parente quis manumiss. sit. cf. Solorzanus Disp. de parricidii crimine, Lib. II. cap. VIII. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. V. p. 1069.)*

y) *L. 92. D. de Condit. et demonstrat.* In diesem Gesetze sagt Ulpian, daß der Vater in dem Falle, wo ihm vom Testirer ein Vermächtniß in der Absicht, sein Kind dagegen der väterlichen Gewalt zu entlassen, ausgesetzt worden sey, nach Annehmung des Legats zur Emancipation wirklich schreiten müsse. Der Sohn habe zwar nicht wie bey Vermächtnissen der Freyheit eine ordentliche Klage, womit er den Vater zur Entlassung zwingen könnte, doch komme ihm der Richter durch ein außerordentliches Rechtsmittel (*extra ordinem*) zu Hülfe. Dem scheinet die *L. 114. §. 8. D. de Legat. I.* zu widersprechen, wenn Marcian in derselben verordnet: Sed si liberos suos emancipare rogatus fuerit, non cogitur hoc facere: potestas enim patria inaestimabilis est, und solchergestalt ausdrücklich erkläret, daß ein Vater nicht zur Emancipation gezwungen werden könne, wenn er von dem Erblasser hierum ersuchet seyn würde.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0238
DFG

mündigen arrogirt hat, und diesem nach erlangter Pubertät die Arrogation aus einer hinlänglichen Ursache mißfällig ist z). Eben so können auch Kinder wider ihren Willen emancipirt werden, wenn sie sich undankbar und pflichtwidrig gegen die Eltern bezeigen, und solche Handlungen begehen, auf welchen die Enterbung stehet a). Denn die Emancipation gereichet den Kindern zur Strafe, wie fern sie durch selbige der Kindes- und Familienrechte beraubet werden, welches vorzüglich bey Adoptivkindern der Fall ist, indem diese hiedurch aller und jeder durch die Adoption erlangten Rechte verlustig werden b). Als ein in den Rechten der väterlichen Gewalt und der damit verbundenen häuslichen Gerichtsbarkeit gegründetes Züchtigungsmittel war auch bey den Römern die Verstoßung der Kinder (*abdicatio liberorum*) üblich, bey welcher lediglich die Absicht zum Grunde lag, ein ungerathenes Kind aus dem väterlichen Hause zu entfernen c). Da dieser Abdication nirgends in den römischen Gesetzen als einer Aufhebungsart der väterlichen Gewalt gedacht wird, so kann man auch nicht füglich annehmen, daß sie eine Emancipation enthalten habe. Sie konnte daher weder die in der väterlichen Gewalt zwischen Vater und Kindern gegründete Verbindung aufheben, noch den Kindern ihr Erbrecht entziehen; vielmehr blieb der abdicirte Sohn in der väterlichen Gewalt, und war

würde. Allein ohnstreitig ist diese Gesetzstelle von dem ordentlichen Rechtsmittel zu verstehen; dieses soll den zu emancipirenden Kindern nicht zuständig seyn. Es ist daher leicht einzusehen, wie ungegründet und irrig die Erklärung sey, welche *Thomasius Diss. de vsu practico tit. Institt. quib. mod. ius patr. potest. solu.* von den in der angezogenen *L.* 92. *D. de Condit. et demonstrat.* vorkommenden Worten extra ordinem giebt, indem er behauptet, daß darunter ein landesherrlicher Befehl verstanden werden müsse. *cf.* Westphal Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen, Th. I. Cap. V. §. 205, S. 178.

z) *L.* 32. *et L.* 33. *D. de Adopt.* Diese Fälle dürfen übrigens mit denen, wo die väterliche Gewalt ipso iure aufhöret, nicht verwechselt werden. Daß dahin, wie unser Verfasser sagt, gehöre, wenn der Vater α) die Töchter prostituiren will, β) die Kinder aussetzt, oder γ) eine blutschänderische Ehe eingehet, ist bereits oben bemerket worden.

a) *Theophilus Paraphr. Institt. ad §.* 3. *J. de Adopt.*

b) *L.* 13. *D. de Adopt. L.* 1. *§.* 6. *et L.* 3. *§.* 2. *D. de Bon. possess. cont. tab. L.* 4. *pr. D. Si tab. testam. null. exstab.*

c) *Heineccius Synt. antiquitt. romm. Lib. II. tit. XIII. §.* 23. *Vicat Vocabular. iur. Tom. I. s. v.* abdicare, *p.* 4. Ueber die *L.* 6 *C. de Patr. potest.* worin die Kayser Diocletian und Maximian rescribiren: abdicatio, quae graeco more ad alienandos liberos vsurpabatur, et ἀποκηρυξις dicebatur, romanis legibus non comprobatur, sehe man *Breuning Diss.* περι ἀποκηρυξεως *seu de abdicatione ad L.* 6. *C. de Patr. potest.* (Lipsi. 1753.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0239
DFG

war als suus heres der nächste Intestaterbe des Vaters, wenn ihn dieser nicht auf eine gesetzmäßige Art in seinem Testamente enterbet hatte d).

§. 161.

In Deutschland kann die Befreyung der Kinder von der väterlichen Gewalt theils nach römischer Art durch eine förmliche Emancipation, theils nach deutscher Weise durch Anlegung einer eigenen abgesonderten Haushaltung geschehen. Da Kinder nach deutscher Sitte auch wider des Vaters Willen der väterlichen Gewalt ein Ende machen können, wenn sie die hiezu nöthige Einsicht, das erforderliche Vermögen und Alter erlanget haben e), und da die Wirkung der deutschen Absonderung für und wider die separirten Kinder eben so groß ist, als die Folge der römischen Emancipation f), so kommt letztere selten bey uns vor. Inzwischen kann man doch unter manchen Umständen, insbesondere alsdann, wenn von der deutschen Art, die väterliche Gewalt aufzuheben, kein Gebrauch zu machen stehet, mit Nutzen sich derselben bedienen g). Zu dem Ende pflegt der Vater gewöhnlich vor dem Richter ausdrücklich zu erklären, daß er sein Kind von der väterlichen Gewalt befreyen wolle. In diesem Falle ist eine justinianeische Emancipation vorhanden, zu deren Gültigkeit erforderlich ist, daß sie von dem Richter des Aufenthaltortes mittelst eines förmlichen Decrets, auf vorgängige Ansuchung darum, bestätiget werde h). Hingegen ist es aber auch dem Vater unbenommen, mit Vorbeygehung des Richters die Bestätigung einer solchen Entlassung seines Kindes

d) Sehr gründlich hat der verdiente Herr *D.* Günther in seinem schätzbaren Archiv für die theoretische und practische Rechtsgelehrsamkeit, Th. I. Num. XIIII. S. 303. ff. die Abdication der Kinder sowohl bey den Griechen als bey den Römern untersuchet, und insbesondere die wichtigen Fragen: ob und in wie fern es heutiges Tages einem Vater erlaubt sey, sein Kind zu verstoßen? und welche rechtliche Wirkung diese Handlung erzeuge? so bündig erörtert, daß ich mich hier der Kürze wegen auf ihn lediglich beziehen zu können erachte.

e) *Stryk Vs. mod. Pandect. Lib. I. tit. VII. §. 19. 20. p. 122. sq.*

f) *a Pufendorf Obseruu. iur. vn. Tom. III. obs. I. p. 1. sqq. Tom. IIII. obs. CLIII. p. 303. sqq. Boehmer Diss. de statu liberorum sui iuris factorum per separationem et nuptias, (in Eiusdem exercitt. ad Pandect. Tom. I. p. 913. sqq.)*

g) Neuere Beyspiele einer sowohl anastasianischen als justinianeischen Emancipation findet man bey verschiedenen practischen Rechtslehrern. S. *a Wernher Obseruu. forr. Tom. I. Part. I. obs. VIIII. a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. I. Specim. XXI. med. 3. p. 211. sq. de Ludolf Obseruu. forr. Part. II. obs. CLXV.* Häberlin neueste deutsche Reichsgeschichte, Th. XIIII. S. 615. *Müller Obseruu. practt. ad Leyseri meditt. ad Pandect. Tom. I. fasc. I. obs. CI. p. 379. sqq.*

h) Rettelbladt Anleit. zu der ganzen pract. Rechtsgelahrtheit, §. 966. S. 498.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0240
DFG

Kindes aus der väterlichen Gewalt unmittelbar bey dem Landesherrn oder einem kayserlichen Hofpfalzgrafen zu inpetriren, und solchergestalt die anastasianische Emancipation zu gebrauchen i). Uebrigens confundire man nicht mit dieser wahren Emancipation das wegen der zwischen dem Vater und den Kindern obwaltenden persönlichen Einheit zu unternehmende Geschäft, da ein Kind lediglich in der Absicht, einer gewissen Handlung zwischen ihm und dem Vater verbindliche Kraft zu verschaffen, der väterlichen Gewalt durch den Richter entlassen wird. Diese Handlung wird mit der Benennung emancipatio *particularis* s. *minus plena* bezeichnet k).

Vorzüglich wird die väterliche Gewalt bey uns durch die Anstellung einer besondern Haushaltung (*institutio separatae oeconomiae*) von Seiten des Kindes beendiget, welche einige Rechtslehrer l) mit dem sehr unschicklichen und unpassenden Namen einer **stillschweigenden, sächsischen Emancipation** (*emancipatio tacita*, *saxonica*) zu belegen für gut gefunden haben m). Die Emancipation erfordert in Gemäßheit des römischen Rechts eine ausdrückliche Erklärung des Vaters; hingegen die den persönlichen Zustand der Kinder betreffende Separation begründet ohne vorgängige Erklärung ipso iure, auch wider den Willen des Vaters eine Befreyung von der väterlichen Gewalt n). Ohnstreitig wird demnach solchergestalt einem von der römischen Emancipation ganz verschiedenen Insti-

i) Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. III. §. 159. *a.* S. 403. ff. von Trütschler Anweis. zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze, Th. I. Hauptabth. II. Hauptst. III. §. 63. *not. e.* S. 318.

k) Struben rechtliche Bedenken, Th. II. Bed. LXVIII. S. 254. ff. *de Ludolf Obseruu. forr. l. l.* Ob die einem Vater im römischen Rechte verheißene Belohnung der Emancipation (praemium emancipationis), welche in der Hälfte der Nutzung der Adventitien bestand, noch heutiges Tages statt finde, wird unten im Titel *de Peculio*, §. 908. gezeiget werden.

l) *Thomasius Diss. de quasi emancipatione germanica*, (Halae 1703.) *Koeselii Diss. de tacita eaque pariculari emancipatione iure domestico fundata* (Viteb. 1724.) *Barth Diss. de emancipatione saxonica*, (Lipsi. 1715.)

m) Weber Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römischen Rechts, §. 20. S. 73. f. Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 620. S. 516.

n) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 163. S. 172. f.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0241
DFG

Institute, welches ohnehin lediglich deutschen Ursprungs ist o), auf eine ganz ungereimte Art der römische Sprachgebrauch zugeeignet.

Die Anlegung einer eigenen abgesonderten Haushaltung geschiehet durch den völligen und gänzlichen Austrit aus der väterlichen Oeconomie, verbunden mit der Absicht, einen von den Eltern ganz unabhängigen Lebenswandel zu führen, und der wirklichen Realisirung dieser Absicht p). Daß der Sohn das väterliche Haus verlasse, ist nicht schlechterdings erforderlich; nur muß er eine eigene Haushaltung führen, vom Vater keinen Unterhalt sich verabreichen lassen, und von dem Seinigen leben q). Wie alt ein Kind eigentlich seyn müsse, um es zur Errichtung einer eigenen Wirthschaft für fähig achten zu können, darüber streiten die Rechtsgelehrten; denn einige behaupten, daß schon die vollkommene Mündigkeit des Sohnes genüge r), andere hingegen erfordern, daß derselbe das Alter der Volljährigkeit erreichet habe s). Wenn gleich die Meinung der letztern der Rechtsanalogie in so fern angemessener zu seyn scheinet, als Minderjährige nach deutschen Rechten überhaupt der eigenen Administration ihres Vermögens unfähig gehalten werden t), so finde ich mich gleichwohl nicht geneigt, derselben meinen Beyfall zu geben. Denn hauptsächlich kommt es hier nur darauf an, daß der Sohn im Stande sey, von seinem eigenen Vermögen zu subsistiren, oder durch Treibung eines Gewerbes sich seinen bleibenden und fortdauernden Unterhalt selbst zu verschaffen. Es ist daher kein Grund vorhanden, weswegen in Ermangelung besonderer Provincialgesetze v) die Jahre

o) Durch diese sonderbare Benennung verleitet stellet *a Leyser Meditt. ad Pandect. Vol. I. Specim. XXI. med. 2. p. 210. sqq.* den irrigen Grundsatz auf, daß schon bey den Römern eine emancipatio *tacita* gebräuchlich gewesen sey.

p) *Harpprecht Disp. de separatione liberorum familias ab oeconomia paterna*, (Tub. 1689) *Grollmann Diss. de separatione liberorum per elocationem et diuisionem*, (Giessae 1711.) *de Senckenberg iura egressus e patria potestate romana et germanica*, (ibid. 1743.)

q) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. II. §. 161. S. 384. ff.

r) *Hofacker Principp. iur. ciuil. rom. germ. Tom. I. §. 621. p. 484.*

s) *Stryk Vs. mod. Pandect. l. l. Carpzouius Jurisprud. for. Part. II. constit. X. def. 1.* Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. III. §. 161. S. 424.

t) Reichspolizeyordn. vom Jahre 1548. Tit. XXXI. §. 1. und vom Jahre 1577. Tit. XXXII. §. 1.

v) In Churſachsen ist die Volljährigkeit zur Absonderung von der väterlichen Gewalt erforderlich. S. *Schott Institt. iur. Saxon. Elect. priu. Lib. I. Sect. II. cap. VII. §. 5. p. 154. ed. nouiss.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0242
DFG

Jahre der vollkommenen Mündigkeit nicht hinreichend seyn sollten. Billig muß man sich um so mehr wundern, wie neuerlich Glück x) in Beziehung auf die gedachte Rechtsanalogie jener irrigen Hypothese das Wort reden konnte, da doch derselbe gleich nachher die von andern Rechtslehrern y) schon längst als richtig anerkannte Bemerkung hinzu füget, daß nämlich die geschehene Entlassung eines noch unvolljährigen Kindes die väterliche Gewalt zwar beendige, und die Rechte derselben zernichte, gleichwohl aber den Eltern in einem solchen Falle das Recht der Vormundschaft bis zur erlangten Volljährigkeit des Kindes verbleibe z). Bisweilen gehen auch die Töchter unter den gedachten Umständen durch Anlegung einer besondern Haushaltung aus der väterlichen Gewalt; indessen dürfte doch dieser Fall wohl nur selten eintreten a). Sie werden nach unserer Verfassung gewöhnlich durch Heyrath von der Gewalt des Vaters befreyet b), und fallen auch in selbige nach erfolgter Aufhebung der Ehe keinesweges zurück c).

§. 162.

Die Wirkungen, welche durch die Dissolution der väterlichen Gewalt hervorgebracht werden, äussern sich I. überhaupt darin, daß alle dem Vater über die

x) Glück Erläuterung der Pandecten, a. a. O. S. 383. f.

y) von Globig Abhandl. über die Gründe und Gränzen der väterlichen Gewalt, S. 123.

z) Ohngeachtet aus den deutschen Statuten die Frage nicht mit völliger Gewißheit sich bestimmen lässet, indem sie keine ganz genaue Norm darüber enthalten, so sind gleichwohl die in denselben gewöhnlich vorkommenden allgemeinen Ausdrücke: daß Kinder ihr mündiges vollkommliches Alter, (*Reformat. Francof. Part. II. tit. I. §. 8.*) ihre mannbare Jahre (Würtemb. Landrecht, *Part. II. tit. XVIII.*) erreichet haben sollen, zu ihren mündigen Jahren (Sächsische Landesordnungen, *Part. II. constit. X.*) gekommen seyn müssen, vernünftiger Weise eher von der Mündigkeit, als von der Großjährigkeit zu verstehen.

a) *Hommel Rhapsod. quaestt. in foro quotid. obuenientt. Vol. V. obs. DCLXVII. num. 30. p. 309. sq.* Das Gegentheil behauptet Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, a. a. O. S. 431. f.

b) *a Pufendorf Obseruu. iur. vn. Tom. I. obs. LXXXXVIIII. p. 272. sqq. ed. nouiss.* Ueber die Frage: ob die Verheyrathung der Töchter bey den Römern eine Aufhebung der väterlichen Gewalt zur Folge gehabt habe? sehe man *d'Arnaud Varr. coniectt. Lib. I. cap. XXVIIII. p. 194.* Bey den Söhnen führet die Ehe an und für sich selbst keine Dissolution der väterlichen Gewalt als einen nothwendigen Erfolg mit sich. *§. 9. J. Quib. mod. ius patr. potest. solu. cf. Heimburg Diss. difficill. emancip. rom. et germ. capp. §. 79.*

c) *Crell Diss. de filia vidua ad patrem reuersa*, (Viteb. 1754.) *Voet Com. ad Pandect. Lib. I. tit. VII. §. 14.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0243
DFG

Person der Kinder und deren Vermögen zustehende Rechte, die in der väterlichen Gewalt sich gründen, erlöschen, außer daß ihm, wenn die väterliche Gewalt durch eine wahre römische und freywillige Emancipation aufgehoben worden ist, die Kinder aus Dankbarkeit für die Emancipation das praemium emancipationis, oder den Nießbrauch von der Hälfte ihres unter der väterlichen Administration gestandenen Adventizguts zu überlassen verbunden sind d). Siehet man aber II. insbesondere auf die Wirkungen der aufgehobenen väterlichen Gewalt, wie fern sie sich in Absicht auf die Kinder äussern, so sind diese nach folgenden Unterschieden zu bestimmen. 1) Wenn durch den Tod des Vaters die väterliche Gewalt beendiget wird, so werden auf Seiten der Kinder dadurch die Familienrechte derselben nicht aufgehoben e). Die Kinder beerben auch in solchem Falle den Vater iure suorum heredum, das heißt, sie werden ipso iure Erben des Vaters, ohne daß eine Antretung der Erbschaft nöthig ist f). 2) Wird die väterliche Gewalt durch eine Emancipation aufgehoben, so verliehren die emancipirten Kinder zwar das ius sui heredis, allein das Erbrecht verbleibt ihnen g). Wenn endlich 3) Söhne durch Anstellung einer besondern Haushaltung, und Töchter durch ihre Verheyrathung aus der väterlichen Gewalt treten, so verliehren sie lediglich mit Aufrechthaltung der Familienrechte sowohl, als anderer bisher genossener Rechte bloß diejenigen, welche nur denen eigen seyn können, die der Gewalt eines Vaters unterworfen sind h). Sie behalten demnach ohne allen Zweifel ihr Erbrecht, wenn ihnen nicht etwa bey der geschehenen Absonderung das zu erwartende Erbtheil von den Eltern schon zum voraus abgetreten seyn sollte. Einige Rechtslehrer wollen zwar dergleichen abgesonderten Kindern aus dem Grunde, weil durch die Separation die väterliche Gewalt nur in Absicht auf ihre lästigen, nicht aber in Beziehung auf ihre vortheilhaften Wirkungen zernichtet werde, das ius sui heredis zugestanden wissen i); allein ich kann mich von der Richtigkeit ihrer Meinung nicht überzeugen. Denn da ohnstreitig durch die völlige Absonderung der Kinder von dem elterlichen Hause, sie mag nun durch Anlegung einer eigenen Oeconomie, oder durch Verheyrathung erfolgen,

d) *L. 6. §. 3. C. de Bon. quae lib. cf. a Pufendorf Obseruu. iur. vn. Tom. I. obs. LXXXXVIII. §. 16. p. 270. ed. nouiss.*

e) *Pr. J. Quib. mod. ius patr. potest. solu.*

f) *§. 2. J. de Hered. qualit. et differ.* §. 3. *J. de Heredit. quae ab intest. defer L. 3. C. de Jur. delib.*

g) *Nou.* 118. *Koch Successio ab intest. ciuil. §. 6. p.* 18. *ed. nouiss.*

h) *Boehmer Diss. de statu liberorum sui iuris factorum per separationem et nuptias, cap. II. (in Eiusdem exercitt. ad Pandect. Tom. I. p.* 929. *sqq.)*

i) *de Lyncker Decis. Part. I decis. LXXXXVII. de Cocceii Jus ciu. controu. Lib. I. tit. VII. not. p.* 126. *ed. nouiss.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0244
DFG

folgen, die väterliche Gewalt beendiget und zernichtet wird, so kann in solchem Falle das ius sui heredis seiner Natur nach unmöglich fortdauern, weil es sich zunächst auf die aus der väterlichen Gewalt entstehende genaue Verbindung zwischen einem Vater und seinen Kindern gründet, und folglich sofort cessirt, wenn jene Verbindung durch Entlassung der Kinder aus der väterlichen Gewalt aufgehoben worden ist k). Daher kann man auch in dem Falle, da der Sohn, welcher per institutionem separatae oeconomiae aus der väterlichen Gewalt gegangen, Todes verblichen ist und Kinder hinterlassen hat, dem Großvater keinesweges das Befugniß zugestehen, seinen unmündigen Enkeln im Testamente Vormünder zu ernennen, oder denselben pupillarisch zu substituiren l).

LIB. I. TIT. VIII.

DE DIVISIONE RERVM ET QVALITATE.

§. 163.

Dem Personenrechte, von welchem bisher die Rede war, wird das Sachenrecht (*ius rerum*) entgegen gesetzt, worunter ein Inbegrif derjenigen Rechte und Verbindlichkeiten, die sich zunächst auf Sachen beziehen, zu verstehen ist. Mit der Benennung **Sache** (*res*) wird im Sinne des positiven Rechts alles das bezeichnet, was keine Person ist, und gleichwohl ein Gegenstand von Rechten und Verbindlichkeiten in der bürgerlichen Societät seyn kann m). Man pflegt die Sachen, indem man sie in diesem Begriffe nimt und den Personen entgegen setzt, in zwey Hauptclassen einzutheilen, nämlich in Handlungen (*facta*) und eigentlich

k) *Reinharth Obseruu. practt. ad Christinaei decisſ. Vol. IIII. obs. XXVII. Grupen Disceptt. forr. cap. II. membr. III. p. 204. sqq. Koch Diſſ. de liberis suis heredibus ad probationem abstentionis non obligatis*, (Giessae 1766.) §. 3 — 5. *Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. I. §. 622. not. f.* p. 486.

l) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 506. *not.* 2. S. 478. f.

m) von Reinhard Samml. jurist. philosoph. und critischer Aufsätze, Th. I. St. IIII. Num. VI. S. 272. ff. Mehrere Bedeutungen vom Worte *res* giebt *Brissonius Op. de verbor. significat. s. v.* res.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0245
DFG

gentlich so genannte Sachen (*res in specie sic dictae*). Es können inzwischen im engern und eigentlichen Sinne der Gesetze aus der ersten Classe nur menschliche Handlungen, und zwar wie fern ein Mensch durch den Gebrauch seiner Geistes- und Leibeskräfte dem andern etwas leistet oder thut, was zu dessen Nutzen oder Schaden gereichet, zu den Sachen gerechnet werden n). Unter den eigentlich so genannten Sachen sind diejenigen Rechtsgegenstände begriffen, welche so wenig Personen als menschliche Handlungen sind, sondern in solchen Dingen bestehen, die jemand ihrer Substanz oder Benutzung nach im Vermögen hat, oder doch im Vermögen haben kann. In dieser Bedeutung wird res dem Worte *pecunia* entgegen gesetzt, und unter letzterm alles dasjenige verstanden, was ein Mensch wirklich im Vermögen hat o), es mag nun in baarem Gelde, oder in andern beweglichen und unbeweglichen, körperlichen und unkörperlichen Sachen bestehen p). So nehmen es die Gesetze der zwölf Tafeln, wenn sie verordnen: *pater familias vti legassit super pecunia tutelaue suae rei, ita ius esto* q). Im engern Sinne bezeichnet pecunia nur bewegliche Sachen, von denen man im Commerz an Maaß, Zahl und Gewichte so viel bekommen kann, als man verlanget r); und endlich im strengsten Verstande bedeutet es geprägtes Metall s).

§. 164. 165.

Es können die eigentlich so genannten Sachen in einer zwiefachen Rücksicht betrachtet werden, nämlich 1) in Rücksicht auf ihre **rechtliche**, und 2) in Rücksicht auf ihre **physische** Qualität. Siehet man insbesondere auf die rechtliche Qualität der Sachen, so zerfallen sie nach dem römischen Rechtssystem in Ansehung des Eigenthums, oder des Rechts an ihnen in *res diuini iuris* und *res humani iuris*, je nachdem sie entweder dem göttlichen Eigenthume gewidmet und folglich aus Religionsgründen dem menschlichen Verkehr entzogen worden sind, oder nicht t). Von den Sachen des göttlichen Rechts nahm man drey verschiedene Gattungen an, nämlich α) res *sacras*, β) *religiosas*, und γ) *sanctas*.

Die

n) *Pr. J. de Oblig. quae ex del. nasc. L.* 1. *C. de Liber. cauſſa.*

o) *L.* 5. *pr. D. de Verb. signif.* Rei adpellatio latior est, quam pecuniae, quae etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet: quum pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt.

p) *L.* 222. *D. eod.* Pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res, tam soli, quam mobiles, et tam corpora, quam iura continentur.

q) *Schulting Jurisprud. anteiuſtin. p.* 599. *ed. nouiſſ.*

r) *L.* 19. *et L.* 30. *D. de Legat. I.*

s) *Vicat Vocabular. iur. Tom. III. ſ. v.* pecunia, *p.* 39. *ſqq.*

t) *L.* 1. *pr. D. de Diuiſ. rer. et qualit.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0246
DFG

Die res *sacras* characterisirt Justinian v) mit folgenden Worten: *sacrae res sunt, quae rite per pontifices deo consecratae sunt*, und verstehet also darunter solche Sachen, die auf eine feyerliche Weise durch die römischen pontifices dem öffentlichen Gottesdienste gewidmet waren x). *Veluti*, fähret er fort, *aedes sacrae, et donaria, quae rite ad ministerium dei dedicata sunt: quae etiam per nostram constitutionem alienari et obligari prohibuimus: excepta caussa redemtionis captiuorum.* Der Kayser rechnet demnach dahin Tempel, Capellen (aedes sacrae), Altargefäße und zum Gottesdienste geschenkte Kleidungen (donaria), und erkläret ausdrücklich, daß dergleichen Sachen nicht veräussert und überhaupt der Regel nach zu keinem profanen Gebrauche angewendet werden, sondern dem Verkehr der Menschen entzogen seyn sollen y). Als eine Ausnahme führet er die Redemtion der Gefangenen an. *Si quis autem*, heißt es weiter, *auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum.* Hieraus ergiebt sich offenbar, daß die Weihung unter öffentlicher Auctorität geschehen mußte, und daß dasjenige, was sich jemand selbst zu seiner Andacht priuatim weihete, nicht als consecrirt, sondern als profan angesehen wurde. Dies bestätiget auch Marcian z) merklich, indem er sagt: *Sacrae autem res sunt hae, quae publice consecratae sunt, non priuatae: si quis ergo priuatim sibi sacrum constituerit, sacrum non est sed profanum* a). Am Ende füget Justinian in der angezogenen §. 8. *J. de Rer. diuis. et adquir. ipsar. domin.* noch hinzu: *Locus autem, in quo aedes sacrae sunt aedificatae, etiam diruto aedificio sacer adhuc manet, vt et Papinianus scripsit.* Wenn ein consecrirtes Gebäude einfiel oder abgerissen wurde, so blieb vermöge der rechtlichen Natur des Eigenthums der Platz immer noch heilig. Wurde inzwischen der Ort von dem Feinde erobert, oder vermittelst der sogenannten euocationis sacrorum förmlich entweihet, so evanescirte der auf den irrigen Religionsprincipien des römischen

v) §. 8. *J. de Rer. diuis. et adquir. ipsar. domin.*

x) *Arntzenius Miscellann. cap. II. III.*

y) Daß unter dem Worte donaria die Gefäße des Altars und die Kleidungen, welche man zum Gottesdienste schenkte, zu verstehen seyen, lehret die *L. 22. C. de Sacrosanct. eccles. cf. Theophilus Paraphras. Institt. ad laud. §. 8. J. de Rer. diuis. et adquir. ipsar. domin.* τὰ δῶρα ἅτινα κατὰ τὸ πρόσηκον πρὸς ὑπηρεσίαν ἀφωρίσται τοῦ θεοῦ, οἷον τὰ τίμια κιμήλια, dona, quae decenter ad ministerium dei destinata sunt, velvti vasa pretiosa.

z) *L. 6. §. 3. D. de Diuis. rer. et qualit.*

a) *cf. Suarez Com. ad leg. Aquil. adparat. Lib. II. cap. II. sect. VI. (in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. II. p. 105.)*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0247
DFG

römischen Heydenthums ruhende Wahn des Eigenthums der Götter, weil man annahm, daß der Ort sodann von den Göttern derelinquirt worden sey b).

Eben so genau bestimmet auch der Kayser c) die res *religiosas*, wenn er sagt: *religiosum locum vnusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum.* Die Religiosität eines Orts bestand also darin, daß an demselben ein menschlicher Leichnam aufbewahret wurde d). Durch die Beysetzung des Todten in *locum* SVVM wird angezeiget, daß der Platz dem Begrabenden eigenthümlich zugehören mußte. Auch mußte der Platz ein locus *purus* seyn, das heißt, ein solcher, der nicht schon unter die res diuini iuris zu rechnen war e). Justinian sagt ferner: *in communem autem locum purum inuito socio inferre non licet. In commune vero sepulchrum etiam inuitis caeteris licet inferre.* Der Miteigenthümer eines Platzes war nicht berechtiget, ohne Einwilligung des andern Theils den Todten an dem gemeinschaftlichen Orte beyzusetzen; war aber der Platz schon ein zu gemeinschaftlichen Begräbnissen bestimmter Ort, so konnte auch der eine Theilhaber den andern nicht hindern, sich desselben als einer Grabstäte zu bedienen. *Item si alienus vsusfructus est, proprietarium placet, nisi consentiente vsufructuario, locum religiosum non facere.* Hiernach stehet es einem Proprietar nicht frey, wider den Willen des Nießbrauchsnehmers auf dem fundo vsufructuario eine Grabstäte anzubringen; daß aber auch umgekehrt der Usufructuar ohne Verwilligung des Eigenthümers zur Errichtung derselben nicht befugt sey, hat seine unbestrittene Richtigkeit f). *In alienum locum*, heißt es noch am Ende, *consentiente domino licet inferre: et licet postea ratum habuerit, quam inlatus est mortuus, tamen locus religiosus fit.* Bestattete man einen Todten mit Einwilligung des Eigenthümers auf einem fremden Platze zur Erde, so entstand dadurch ein religiöser Ort; welches auch in dem Falle Rechtens war, wo der Eigenthümer zwar nicht anfänglich consentirt, aber gleichwohl nachher seine Genehmigung ertheilet hatte g).

Alle

b) *L.* 9. *§.* 2. *D. de Diuis. rer. et qualit.*

c) *§.* 9. *J. de Rer. diuis. et adquir. ipsar. domin.*

d) *Platz de religione sepulchrorum*, (Lipsi. 1725.) *Ferandi Adduensis Explicatt. Lib. II. cap. XXIII. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. II. p.* 587.) *Gutherius de iure manium seu de ritu, more et legibus prisci funeris*, (Lipsi. 1671.)

e) *L.* 2. *§.* 4. *D. de Religios. cf.* Westphal System des römischen Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung, §. 11. S. 17.

f) *L.* 1. *§.* 2. *et L.* 7. *D. eod.*

g) Die gemeine Leseart, nach welcher es in der *§.* 9. *J. de Rer. diuis. et adquir. ear. domin.* heißt: licet postea ratum *non* habuerit, haben verschiedene Ausleger damit zu vertheidigen gesuchet, daß sie behaupten, durch den Ausdruck: *ratum non habere*, werde

Alle diese gesetzlichen Anordnungen müssen auf den Aberglauben an die manes, denen Gräber und Grabstäten zu ihrem beständigen Aufenthalte dienten, bezogen werden. Denn indem aus diesem Grunde niemand einer Verfügung über das Grabmal sich anmaßen durfte, und es so wenig veräussern, als versetzen oder einer Taxe unterwerfen konnte h), so war natürlich die wider den Willen des Eigenthümers auf einem fremden Platze geschehene Errichtung desselben als eine widerrechtliche Beeinträchtigung des Eigenthums anzusehen. Hatte indessen jemand wider den Willen des Eigenthümers auf fremdem Grunde und Boden die Einsetzung des Todten wirklich unternommen, so war gleichwohl letzterer nicht befugt, den Leichnam wieder heraus zu werfen, sondern er mußte den Thäter dahin in Anspruch nehmen, daß er selbst den Todten wieder hinweg nehmen, oder den Platz bezahlen solle i). Um einem Orte Religiosität zu verschaffen, war insbesondere auch erforderlich, daß die Beysetzung des Todten nicht einstweilen, sondern auf immer geschahe k). Wenn der Körper an mehreren Orten zerstückt begraben lag, so wurde nur der Platz, wo der Kopf, der edelste Theil des menschlichen Körpers ruhete, für religiös geachtet l). Ueberdem

werde angezeiget, eum, qui concesserat, poenituisse. Ohnstreitig ist aber das *non* ein Fehler und gänzlich wegzulassen, da es sich in dem Florentinischen Codex nicht findet. Dies bestärket auch *Theophilus Paraphras. Institt. ad laud. §.* deutlich, wenn er sagt: εἰ δὲ καὶ παρὰ γνώμην ἀπέθετο, μαθὼν δὲ τοῦτο κύριον ἠγήσατο τὸ πραχθὲν ὁ δεσπότης καὶ οὕτως γίνεται ἐλεγίσεως ὁ πόπος; sed etsi praeter voluntatem seu scientiam condiderit, dominus autem hoc resciscens factum ratum habuerit, etiam sic locus fit religiosus. *cf. Augustinus Emendd. et opinn. Lib. I. cap. II.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. IIII. p.* 1433.)

h) *L.* 8. *§.* 1. *et L.* 12. *§.* 1. *D. de Religios.*

i) *L.* 7. *pr. D. eod.* Ohne Erlaubniß des Priestercollegiums, des Kaysers, oder des praesidis prouinciae durfte kein todter Körper aus seiner Grabstäte translocirt werden. *L.* 39. *D. eod.* Durch die legale Wegnehmung desselben, verlohr der Ort, wo er gelegen hatte, die Qualität einer religiösen Sache S. *Crell Diss. de translatione mortuorum per territorium alienum ad L.* 3. *§.* 4. *D. de Sepulch. viol.* (Viteb. 1734.) *§.* 2 *sqq.*

k) *L.* 2. *§.* 3. *et L.* 40. *D. eod.*

l) *L.* 44. *pr. D. eod.* Quum in diuersis locis sepultum est, vterque quidem locus religiosus non fit: quia vna sepultura plura sepulchra efficere non potest: mihi autem videtur, illum religiosum esse, vbi, quod est principale, conditum est, id est, caput, cuius imago sit, inde cognoscimus. Ueber die richtige Lesart dieses Gesetzes wird sehr gestritten. Man sehe *Jensius Stricturr. ad rom. iur. Pandect. p.* 100. *ed. nouiss. Cannegieter Obseruu. iur. rom. Lib. I. cap. XIIII. p.* 91. *sqq. van Bynkershoek Obseruu. iur. rom. Lib. I. cap. V. p.* 27. *sqq. Cuiacius Obseruu. et emendd. Lib. XXI. cap. IIII. p.* 714. *Otto Praefat. ad Tom. IIII. Thes. iur. rom. p.* 2.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822198010/phys_0249 DFG

dem haftete allemal die Religiosität auf einem Orte, wo ein Mensch begraben lag, nur so weit, als die abgezeichnete Peripherie des Leichnams sich erstreckte m). Ein Ehrenbegräbniß (*cenotaphium*), welches nicht selten verunglückten Abwesenden, deren Leichnam man nicht haben konnte, errichtet wurde, war kein locus religiosus n).

Von den rebus *sanctis* erinnert Justinian o): *Sanctae quoque res, velvti muri et portae ciuitatis quodammodo diuini iuris sunt: et ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia poena capitis constituta est in eos, qui aliquid in muros deliquerint.* Zu den Zeiten des heydnischen Alterthums verstand man unter den rebus sanctis solche Sachen, die den Schutzgöttern besonders geweihet, und folglich im eigentlichen Verstande diuini iuris waren. Es gehörten dahin die Stadtmauern, weil diese von den Priestern mit dem heiligen Pfluge abgezeichnet, und auf solche Weise den Schutzgöttern gewidmet wurden. Die Thore hingegen waren nach der religiösen Vorstellung der heydnischen Römer eigentlich nicht diuini iuris, weil bey ihnen der heilige Pflug aufgehoben wurde; indessen nannte man sie auch res sanctas, weil sie gleich den Mauern unverletzlich waren p). In der Folge wurden diese Religionsbegriffe des Alterthums zu Justinians Zeiten verdrängt, und es blieb den Mauern, wie den Thoren, bloß die Unverletzlichkeit übrig. Daher konnte man sie nur uneigentlich (*quodammodo*) zu den rebus diuinis rechnen, und ihrer neben den Thoren erwähnen. Hieraus ergiebt sich schon

m) *L.* 2. §. 5. *D. eod.* Non totus, qui sepulturae destinatus est, locus religiosus fit, sed quatenus corpus humatum est. *cf. Gaudentius Juridd. expositt. Lib. I. cap. XV. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. III. p.* 356. *sq.*

n) In der *L.* 6. §. *vlt. D. de Diuis. rer. et qualit.* sagt zwar Marcian: cenotaphium quoque magis placet locum esse religiosum: sicut testis in ea re est Virgilius; allein dem widerspricht Ulpian in der *L.* 7. *D. eod.* ausdrücklich, wenn er sich so dagegen äussert: Sed diui fratres contra rescripserunt. Wie diese Gesetzstellen zu vereinigen sind, zeigen *Nic. de Passeribus Conciliat. cuncit. legg. p.* 1. *sqq. Noordkerk Obseruu. dec. cap. V. p.* 100. *van Vryhof Obseruu. iur. rom. cap. X. Freherus Verisimill. Lib. I. cap. XXIII. Scip. Gentilis Parergg. ad Pandect. Lib. II. cap. XVI. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. I. p.* 893. *Tom. IIII. p.* 1334. *sq.) Cannegieter Obseruu. iur. rom. Lib. III. cap. V. p.* 241. *sqq. Wieling Lectionn. iur. ciuil. Lib. II. cap. II. p.* 89. *sqq.* Westphal a. a. O. S. 19 ff.

o) §. 10. *J. de Rer. diuis. et adquir. ipsar. domin.*

p) *Crell Diss. de publica ceremonia, qua vrbes condebantur, ex antiquitate romana,* (Viteb. 1745.) *d'Arnaud Varr. coniectt. iur. ciuil. Lib. I. cap. XIIII. Ferand. Adduensis Explicatt. Lib. II. cap. XXIIII. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. II. p.* 587. *sq.)*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0250
DFG

schon von selbst, wie ungegründet die Behauptung des Riccius q) sey, welcher die in der angezogenen §. 10. *J. de Rer. diuis. et adquir. ipsar. domin.* vorkommenden Worte: sanctae quoque res, veluti muri, für einen besondern Satz, und die nachfolgenden Worte: et portae ciuitatis quodammodo diuini iuris sunt, für einen zweyten Satz ausgeben will. *Sanctum est*, sagt Marcian r), *quod ab iniuria hominum defensum atque munitum est*, das heißt, was durch eine Pönalsanction wider alle menschliche Beleidigungen und Verletzungen gesichert ist. Die Stadtmauern waren insbesondere dergestalt gegen Beleidigungen geschützt, daß die Verletzung und Uebersteigung derselben mit dem Tode bestrafet wurde. Ohne Zweifel ruhet der Grund, weswegen Justinian diese harte Strafe beybehielt, auf dem gottesdienstlichen Begriffe, welcher zu den Zeiten des heydnischen Alterthums mit den rebus sanctis verbunden wurde.

Was die res humani iuris anbetrifft, so bemerket zwar unser Verfasser hier beyläufig noch die Eintheilung derselben in res *communes*, *publicas*, *vniuersitatis* und *singulorum*; allein hievon werden wir unten näher zu handeln Gelegenheit haben.

§. 166.

Die bisher von den rebus diuini iuris der Römer vorgetragenen Grundsätze tragen das Gepräge des heydnischen Aberglaubens zu unverkennbar an sich, als daß sie mit den gereinigtern Principien des catholischen sowohl als protestantischen Kirchenrechts füglich bestehen könnten. Denn gewisse Sachen den Göttern zur Wohnung anzuweisen, oder Gräber den Seelen der Abgeschiedenen zu ihrem beständigen Aufenthalte dienen zu lassen, ist eine ungereimte Idee. Mit Recht sagt daher der Auctor: res sacras, religiosas et sanctas, non quidem romano, aft alio plane sensu habemus.

Nach heutigen Rechten sind die Sachen in Beziehung auf ihre rechtliche Bestimmung theils res *religiosae*, theils res *profanae*, je nachdem sie entweder zu frommen, die Religion und das Beste des Staats berücksichtigenden Zwecken (ad pios vsus) dienen sollen, oder nicht. Die religiösen Sachen sind entweder zum öffentlichen Gottesdienste, oder zur Beförderung einer andern frommen Absicht destinirt. Im letztern Falle heißen sie **milde Sachen** (*res religiosae in sensu stricto*). Eine Stiftung selbst aber, welche die Beförderung der Religion, das Beste des Staats oder die Erreichung irgend eines andern wohlthätigen Zwecks berücksichtiget,

q) *Riccius Vindicc. iur. cap. VII. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. II. p. 775. sqq.)*

r) *L. 8. pr. D. de Diuis. rer. et qualit. cf. L. 9. §. 3. D. eod.*

wird eine **fromme Anstalt** oder **milde Stiftung** (*pia causſa*) genannt. Dahin gehören z. B. Hospitäler, Armenhäuser, Wittwenhäuser, Clöster, Wayſenhäuser, Freytiſche, Stipendien u. ſ. w. Im erſtern Falle hingegen können die Sachen theils res *ſacrae*, theils res *eccleſiaſticae* ſeyn, je nachdem ſie nämlich entweder unmittelbar zur Gottesverehrung dienen, oder nur mittelbar auf den Gottesdienſt abzwecken. Zu den erſtern gehören alſo z. B. Kirchen, Altäre, gottesdienſtliche Geräthſchaften u. ſ. w. unter den letztern hingegen werden Kirchengüter, liegende Gründe, Capitalien, Zehenden und andere Gefälle, welche zur Beſoldung der Kirchendiener, zur Unterhaltung der Kirchengebäude und zur Beſtreitung anderer kirchlichen Ausgaben dienen, begriffen. Sonſt pflegt man auch noch im allgemeinen und weitläuftigen Verſtande alle diejenigen Sachen, welche einer Kirche gehören, res eccleſiaſticas zu nennen, und ſolchergeſtalt die zur Gottesverehrung unmittelbar dienenden Sachen mit darunter zu verſtehen. In dieſem ausgedehnten Sinne werden die res *ſaeculares*, oder diejenigen Sachen, welche nicht zur Kirche gehören, den rebus *eccleſiaſticis* entgegen geſetzt s).

In Rückſicht auf den öffentlichen Schutz werden die Sachen in **befriedete** oder **heilige**, und **nicht befriedete** oder **gemeine** Sachen eingetheilet. Befriedete Sachen heißen alle die, welche unter dem beſondern Schutze der Geſetze dergeſtalt ſtehen, daß jede Verletzung derſelben härter als ſonſt andere Verletzungen der Sachen geſtrafet wird. Der Grund davon iſt theils die den Bewohnern und Eigenthümern ſolcher Sachen ſchuldige Ehrfurcht, theils der beſondere Nutzen, den dieſe Sachen der menſchlichen Geſellſchaft bringen t). Es gehören dahin, außer den zum unmittelbaren gottesdienſtlichen Gebrauche beſtimmten Sachen, auch die Gottesäcker und Grabſtäten, imgleichen die Reſidenzen und Wohnungen der Regenten, ſammt den dazu gehörigen Häuſern, Gärten und Höfen. Dieſe Heiligkeit der landesherrlichen Palläſte und Schlöſſer, imgleichen anderer privilegirten Oerter und Sachen nennt man den Burgfrieden v), welcher nicht nur auf Rathshäuſer und Gerichtshäuſer x), ſondern vorzüglich auch auf Grenzzeichen y), Acker-

s) *Boehmer Principp. iur. canon. Lib. III. Sect. IIII. tit. I. §. 457. ſq. p. 339. ſq ed. nouiſſ.*

t) Dabelow Syſtem der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, Th. I. §. 228. S. 117. f.

v) *Stryk Diſſ. de ſanctitate reſidentiarum*, (Halae 1697.)

x) *Wieſand Diſſ. de curiarum ſanctitate*, (Lipſ. 1761.)

y) *Trotz Diſſ. de termino moto, (in Oelrichs Theſ. nou. diſſertt. iuridd. in acadd. Belgg. habitt. Vol. II. Tom. I. num. 3. p. 199. ſqq.)*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0252
DFG

Ackerpflüge z), Posten a), Brücken b) und Mühlen c) ausgedehnet worden ist.

§. 167.

Nach den irrigen Religionsbegriffen der heydnischen Römer wurden die res diuini iuris für ein Eigenthum der Götter gehalten; sie waren daher dem Verkehr und der Disposition der Menschen entzogen, und in dieser Hinsicht als res nullius zu betrachten d). Selbst unter den christlichen Kayfern nahm man aus leicht zu errathenden Gründen an, daß eine Sache durch die Consecration eine gewisse innere Heiligkeit erhalte, und ein besonderes Eigenthum Gottes werde; daher denn dergleichen consecrirte Sachen so wenig verpfändet, als taxirt oder veräussert werden konnten. Die Clerisey fand bey dem Grundsatze, vermöge dessen geweihete Sachen wegen ihrer innern Heiligkeit dem menschlichen Commerz entzogen waren, vollkommen ihre Rechnung, weil auf diese Weise die Zahl solcher Sachen immer vermehret, und nie vermindert wurde; den Kirchenvätern aber, die wohl mehrentheils in der Philosophie eben nicht bewandert seyn mogten, schien dieses abergläubische Princip aus dummer Frömmigkeit sehr religiös zu seyn. Justinian erlaubte nur in wenigen Fällen die von den christlichen Kayfern überhaupt verbothene Veräusserung der geweiheten Sachen e), nämlich α) um bey eintretender Hungersnoth die Armen zu unterhalten f), β) gefangene Christen aus den Händen der Ungläubigen loszukaufen g), und γ) Schulden der Kirche, welche nicht wohl anders getilget werden können, zu bezahlen h).

Ex nostrae vero religionis principiis, sagt unser Verfasser, huiusmodi res non magis in dominio exsistunt diuino, quam reliquae res a deo creatae, et inde commercio hominum non penitus sunt exemtae, sed templa sunt in

z) *Frick Diss. de aratrorum sanctitate*, (Helmst. 1759. 1761.)

a) Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 180. S. 134.

b) *Engau Pr. de regiorum pontium sanctitate*, (Jenae 1736.)

c) *Emminghaus Diss. de molendinorum sanctitate*, (ibid. 1758.)

d) *L. 6. §. 2. D. de Diuis. rer. et qualit. cf. Kemmerich Diss. de natura et vsu diuisionis rerum in res diuini et humani iuris, illarumque in sacras, religiosas et sanctas*, (Viteb. 1729.)

e) *L. 14. et L. 17. C. de Sacrosanct. eccles.*

f) *L. 21. C. eod.*

g) *§. 8. J. de Rer. diuis. et adquir. ipsar. domin.*

h) *Auth.* Praeterea *C. de Sacrosanct. eccles. Nou. 120. cap. 10.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0253
DFG

dominio eius, qui in suo, permittente inperante, illa aedificauit. Heutiges Tages hält man sowohl nach dem catholischen als protestantischen Kirchenrechte dergleichen Sachen und Güter, sie mögen unmittelbar oder mittelbar zur Gottesverehrung dienen, nicht mehr für ein besonderes Eigenthum Gottes oder Christi; denn daß durch die Bestimmung einer Sache zum Gottesdienste das Eigenthumsrecht auf die Gottheit übertragen werde, ist ein unnatürlicher Grundsatz, der sich mit der gesunden Vernunft auf keine Weise vereinigen lässet i). Es können kirchliche Gebäude, und andere zum unmittelbaren gottesdienstlichen Gebrauche gewidmete Sachen theils dem ganzen Staate, theils einzelnen Gemeinheiten im Staate eigenthümlich zugehören, je nachdem entweder die sämmtlichen Mitglieder eines Staats, oder einzelne Gemeinden zur Stiftung derselben beygetragen haben. Wenn einzelne Personen oder Familien mit landesherrlicher Genehmigung lediglich zu ihrer eigenen Religionsübung und zu ihrem Privatgottesdienste gewisse Sachen stiften und anschaffen, so gehören dieselben ihnen eigenthümlich zu. Werden aber Sachen von einzelnen Personen oder Familien zur öffentlichen Religionsübung einer ganzen Gemeinheit gewidmet, so kommt es hiebey vorzüglich auf die Erklärung des Stifters an, ob diese Güter zur öffentlichen Ausübung des Gottesdienstes einer schon vorhandenen Gemeinheit dienen, oder dazu verwendet werden sollen, an einem gewissen Orte eine Kirche zum öffentlichen Gottesdienste einer christlichen Religionspartey zu erbauen und einzurichten. Im erstern Falle gehören dergleichen Güter zum Kircheneigenthume der Gemeinheit; im letztern Falle sind sie vom Staate oder dessen Regenten dem Willen des Stifters gemäß zu verwenden, wenn nicht besondere Umstände eintreten, welche eine andere Bestimmung derselben nothwendig machen.

Die Kirchstühle sind als ein Accessorium der Kirchengebäude zu betrachten, und mithin eigentlich nach den nämlichen Grundsätzen zu beurtheilen, welche bey den letztern zur Anwendung kommen müssen k). Inzwischen pflegen die Kirchstände den Gemeindegliedern von der Kirche auf verschiedene Art überlassen zu werden, daher es auch mancherley Gattungen derselben giebt l). Die sogenannten öffentlichen Kirchstühle werden in Herrschaftsstühle, Amtsstühle und gemeine Kirchstühle eingetheilet, je nachdem sie entweder für den Patron der Kirche und diejenigen, welche gewisse öffentliche Aemter bekleiden, bestimmet, oder allen und jeden Mitgliedern der Gemeinheit zum freyen Gebrauche eingeräumet sind.

i) Eybel Einl. in das cathol. Kirchenrecht, Th. II. Hauptst. IIII. §. 118. S. 199. ff.

k) *a Pufendorf Obseruu. iur. vn. Tom. I. obs. XXXVIIII. p. 96. sq. ed. nouiss. a Wernher Obseruu. forr. Tom. I. Part. III. obs. CXVIIII. Boehmer Jus paroch. Sect. V. cap. II. p. 269. sqq. ed. nouiss.*

l) *Hommel Disp. de subselliorum ecclesiasticorum commercio*, (Viteb. 1769.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0254
DFG

sind m). Die Privatkirchstühle können theils erbliche, theils nicht erbliche seyn. Erstere gehen nicht nur vermöge ihres Begriffes nach dem Ableben des Besitzers auf dessen rechtmäßige Erben, sondern können überdem auch sogar unter den Lebendigen veräussert und auf solche Weise auf andere transferirt werden. Ganz anders verhält es sich hingegen mit den letztern. Ueber diese kann weder der Besitzer in einer letztwilligen Verordnung disponiren, noch können dessen gesetzmäßige Erben einige Ansprüche darauf machen, weil von der Kirche das Recht an dergleichen Kirchständen nur auf Lebenszeit dem Besitzer verliehen worden ist, und folglich mit seinem Tode aufhöret n).

§. 168.

Da Kirchengüter dem Endzwecke gemäß, wozu sie ihrer Natur nach bestimmet sind, angewendet werden müssen, so folget von selbst, daß die Veräusserung derselben nicht willkührlich geschehen, sondern nur bey vorhandenen rechtmäßigen Ursachen verfüget werden könne. Eine Alienation solcher Sachen, welche unmittelbar zur Gottesverehrung dienen, kann nur in dem Falle einer dringenden Nothwendigkeit unternommen werden. Hieher gehöret, wie Böhmer o) sehr richtig bemerket, tam aeris alieni quam officii pietatis soluendi obligatio, die Verbindlichkeit, sowohl dringende Schulden zu bezahlen, als Pflichten der Menschenliebe und Gottseeligkeit zu erfüllen. Andere Kirchensachen hingegen können auch schon wegen des bloßen Nutzens derjenigen Kirche, welcher sie eigenthümlich zugehören, veräussert werden p). Soll indessen die Alienation rechtsbeständig seyn, so darf bey ihr in der Regel die Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form nicht vernachlässiget werden q). Zu diesem Ende muß sie nach vorgängiger Untersuchung

m) *Boehmer Principp. iur. canon. Lib. III. Sect. V. tit. I. §. 595. p. 433. ed. nouiss.*

n) *Müller Obseruu. practt. ad Leyseri meditt. ad Pandect. Tom. I. fasc. I. obs. CVIII. p. 396. sqq. Philippi Diss. de subsellis templorum, vulgo von Kirchenstühlen, (Lipsi. 1745.)*

o) *Boehmer Principp. iur. canon. Lib. III. Sect. V. tit. VI. §. 620. p. 452. ed. nouiss.*

p) *Barthel Diss. de rebus ecclesiae non alienandis, (in Eiusdem opuscc. Tom. II. num VIII.)*

q) Es existiren einige Fälle, wo die vorgeschriebene Solemnität bey Veräusserung der Kirchengüter cessirt. Hieher gehöret: α) wenn die zu alienirenden Kirchensachen zum gottesdienstlichen Gebrauche nicht unmittelbar bestimmet sind, und einen sehr geringen Werth haben; β) wenn die Veräusserung wegen vollkommener und unzweifelhafter Ansprüche eines Dritten vermöge rechtlicher Nothwendigkeit schlechterdings geschehen muß. *cf. a Riegger Institt. iurisprud. ecclesiast. Part. III. §. 312. sq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0255
DFG

suchung der Sache mit Concurrenz und Einwilligung der Kirchenvorsteher, des Patrons und des Kirchenregenten geschehen. Bey den Protestanten ist demnach der Consens des Landesherrn erforderlich, dessen Stelle meistentheils die Consistorien vertreten r); in catholischen Landen hingegen ertheilet der Bischof seine Einwilligung s).

§. 169.

Die res humani iuris werden in Ansehung des Eigenthums, oder des Rechts, welches einem gewissen Subjecte daran zustehet, in **herrenlose Sachen** (*res nullius s. adespota*) und **nicht herrenlose Sachen** (*res alicuius*) eingetheilet. Was insbesondere die herrenlosen Sachen anbetrifft, so sind diese entweder von der Art, daß sie sich jemand ausschließlich und ganz zueignen kann, oder nicht. Im erstern Falle heißen sie *res nullius in specie sic dictae*; im letztern Falle hingegen werden sie *res communes* genannt. Sachen der erstern Art sind wieder von zwiefacher Eigenschaft, nämlich α) **herrenlose Sachen von Natur** (*res nullius natura tales*), und β) **verlassene Sachen** (*res nullius per derelictionem tales s. derelictae*). Zu den herrenlosen Sachen von Natur gehören alle wilden Thiere sowohl auf dem Lande als in der Luft, die Fische in den Flüssen und Seen, imgleichen das, was sich an den Ufern der Flüsse, des Meers und der Seen als deren Auswurf befindet t). Es werden auch dahin die zahm gemachten Thiere gerechnet, wenn sie ihrem Besitzer entflohen sind, und man von ihnen sagen kann, daß sie den animum reuertendi abgelegt haben v). Als verlassene Sachen, die man von den **verlohren gegangenen** oder **verlohrnen** (*res amissae*) wohl unterscheiden muß, sind alle diejenigen anzusehen, an welchen jemand das Eigenthum oder den Besitz aufgegeben hat x). Die Aufgebung des Eigenthums oder des Besitzes wird **Dereliction** (*derelictio*) genannt, und kann sowohl ausdrücklich als stillschweigend geschehen y). Den herrenlosen

r) *Boehmer Jus eccles. protest. Tom. II. Lib. III. tit. XIII. §. 36. p. 706. sq. ed. nouiss.*

s) Eybel Einleit. in das cathol. Kirchenrecht, Th. IIII. Band II. §. 401.

t) *§. 12. et 18. J. de Rer. diuis. et adquir. ipsar. domin. L. 1. §. 1. D. de Adquir. rer. domin. L. 1. §. 1. D. de Adquir. vel amitt. possess.*

v) Dabelow System der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, Th. I. §. 214. S. 111.

x) *§. 47. J. de Rer. diuis. et adquir. ipsar. domin.* Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abiecerit, vt id in numero rerum suarum esse nolit: ideoque statim dominus eius esse desinit.

y) *L. 1. et L. 2. §. 1. D. Pro derel.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0256
DFG

renloſen Sachen wird der **Schatz** (*theſaurus*) gleich geachtet, und nach den von denſelben geltenden Grundſätzen beurtheilet. Man verſtehet darunter eine bewegliche Sache von Werth, die an einem Orte verborgen liegt, und deren ehemaliger Eigenthümer oder Beſitzer durchaus unbekannt iſt z). Res communes, oder ſolche Sachen, die zwar ein jeder gebrauchen, niemand aber ausſchließlich und ganz ſich zueignen kann, ſind in Gemäßheit der römiſchen Geſetze: α) die **Luft**; β) das fließende **Waſſer**; γ) das **Meer** und die **Ufer** deſſelben a), wie fern nämlich von dem Ganzen, nicht aber von den kleinern Theilen dieſer Sachen die Rede iſt. Denn ſo gehöret allerdings der Luftraum, welcher über einem Grundſtücke ſich befindet, dem Eigenthümer dieſes Grundſtücks dergeſtalt zu, daß außer ihm niemand einen Theil ſeines Gebäudes, einen Erker oder ein Wetterdach hinein ragen laſſen darf, wenn ihm dieſes Befugniß nicht vermöge der ſeruitutis proiiciendi und protegendi zuſtändig iſt b). Aus einem Fluſſe kann jeder Menſch ſo viel Waſſer ſchöpfen, als ihm gefällt, und in ſo fern iſt das Flußwaſſer im Ganzen eine res communis; hingegen einzelne kleinere Portionen deſſelben ſind nach geſchehener Occupation als ein Eigenthum des Schöpfenden anzuſehen c). Von dem Meere kann man nur einen geringen Theil ſich zu eigen machen, den man neben ſeinen Grundſtücken hat d). Durch Anlegung eines Baues auf demſelben kann man die damit belegte Fläche ſo lange zu ſeinem Eigenthume machen, als der Bau fortdauert, nur darf dadurch der gemeine Gebrauch des Meers nicht gehindert werden e). Eben ſo leidet es nicht den mindeſten Zweifel, daß Theile des Seeufers ſowohl zum Eigen-

z) *L.* 31. *§.* 1. *D. de Adquir. rer. domin.* Durch dieſen Begrif unterſcheidet ſich der Schatz von dem, was man Foſſilien (*foſſilia*) nennt. Umſtändlicher wird hievon unten im Titel der Pandecten: *de Adquir. rer. domin. §.* 1746. zu handeln ſeyn.

a) *§.* 1. *J. de Rer. diuiſ. et adquir. ipſar. domin.* Et quidem naturali iure communia ſunt omnium haec: *aer*, *aqua profluens*, et *mare*, et per hoc *littora maris.*

b) *L.* 1. *pr. D. de Seruit. praed. vrban. L.* 22. *§.* 4. *D. Quod vi aut clam.*

c) Weſtphal Syſtem des römiſchen Rechts über die Arten der Sachen, Beſitz Eigenthum und Verjährung, §. 16. S. 27. f.

d) *L.* 14. *D. de Iniur.*

e) *L.* 3. *§.* 1. *D. Ne quid in loco publ. vel itin. fiat.* Maris communem vſum omnibus hominibus, vt aëris: iactaſque in id pilas, eius eſſe, qui iecerit; ſed id concedendum non eſſe, ſi deterior litoris mariſue vſus eo modo futurus ſit. *cf. Weſtphal Interprett. iur. ciuil. de libert. et ſeruitutt. praedd. Sect. II. cap. VIII. §.* 165. *not.* 132. *p.* 135.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0257
DFG

Eigenthume des Staats gehören f), als auch, wie fern sie noch von niemandem occupirt sind, durch Anbau ein Eigenthum einzelner Privatpersonen werden können g). Es fragt sich indessen, was für ein Raum mit dem Namen des Sceufers bezeichnet werde. Justinian sagt in der §. 3. *J. de Rer. diuis. et adquir. ipsar. domin.* merklich: Est autem *litus maris*, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit, und verstehet demnach unter dem Ufer des Meeres denjenigen Raum, welcher bey der durch Sturm und Ungewitter verursachten stärksten Aufbrausung und Anschwellung des Meeres unter Wasser stehet h). Daß der in dieser Gesetzstelle vorkommende Ausdruck: *fluctus hibernus*, jede Anschwellung der See (fluctum tempestate agitatum) anzeige, und nicht auf die Jahreszeit, sondern vielmehr lediglich auf ungestüme Witterung bezogen werden müsse, weil das Wort *hiems* nach dem Zeugnisse der besten classischen Schriftsteller nicht selten jedes Ungewitter zur See (tempestatem maris irati) bedeutet, hat Averani i) sehr richtig bemerket.

§. 170.

Staatssachen (*res publicae*) werden alle die genannt, welche sich im Eigenthume des Staats befinden. Sie sind entweder solche, wovon ein öffentlicher und gemeiner Gebrauch jedem Mitgliede des Staats zukommt, oder nicht. Im erstern Falle heißen sie **Staatssachen in der engern Bedeutung** (*res publicae in specie*); im letztern Falle hingegen machen sie das **Staatsvermögen** (*patrimonium populi*) aus.

Zu

f) *laud. L. 3. pr. D. Ne quid in loco publ. vel itin. fiat.* Litora, in quae populus romanus inperium habet, populi romani esse arbitror. *cf. L. 50. D. de Adquir. rer. domin.*

g) *L. 1. §. 18. D. de Oper. noui nunciat.* Quod si quis in mare vel in litore aedificet, licet in suo non aedificet, iure tamen gentium suum facit. Si quis igitur velit ibi aedificantem prohibere, nullo iure prohibet: neque opus nouum nunciare, nisi ex vna caussa potest, si forte damni infecti velit sibi caueri.

h) *L. 96. pr. D. de Verb. signif.* Litus est, quousque maximus fluctus a mari peruenit: idque Marcum Tullium aiunt, quum arbiter esset, primum constituisse. *L. 112. D. eod.* Litus publicum est eatenus, qua maxime fluctus exaestuat.

i) *Aueranius Interprett. iur. Tom. I. Lib. I. cap. XX. p. 112. Jqq. ed. nouiss.* Man sehe indessen auch *Cannegieter Obseruu. iur. rom. Lib. II. cap. IIII. p. 153. Jqq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0258
DFG

Zu den Staatssachen im eigentlichen Verstande rechnen die Gesetze **öffentliche Flüsse** und **Häfen** k). Das Eigenthum derselben gehöret zwar dem Staate zu; allein jeder Bürger kann in einem Flusse bauen, die Fischerey üben und ihn beschiffen, auch sich der Häfen dabey bedienen l), wie fern dies dem Staate oder Privatpersonen zu keinem Nachtheile gereichet m). Es sind auch ferner die **öffentlichen Wege** und **Heerstraßen** als res publicae zu betrachten n), von welchen aber in den Gesetzen o) sowohl die **Neben-** und **Dorfwege** (*viae vicinales*), als die **Privat-** oder **Gunstwege** (*viae priuatae*) genau unterschieden werden. Wie fern jene einen gemeinen Gebrauch haben, und mit gemeinschaftlichen Kosten unterhalten werden, heißen sie auch viae publicae; allein sie dienen vorzüglich nur zum Gebrauche der Gemeinheit, und gehören in dieser Hinsicht zum Eigenthume derselben p).

Was das Staatsvermögen anbetrifft, so gehören dahin die fundi publici und überhaupt alle diejenigen Einkünfte, welche zur Bestreitung der öffentlichen Abgaben des Staats dienen. In dem allgemeinen Staatsrechte pflegt man in Beziehung auf den Regenten drey verschiedene Gattungen von Gütern zu unterscheiden, nämlich α) **Reichsgüter**; β) **Domainengüter**, und γ) **Chatoullgüter** q). Unter Reichsgütern oder landschaftlichen Gütern verstehet man diejenigen,

k) Daß nur solche Flüsse, welche einen beständigen und immerwährenden Lauf haben, zum Staatseigenthume gehören, lehret die *L.* 1. *§.* 3. *D. de Flumin.* in den Worten: Flumina quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit. Haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis. Aus diesem Grunde sagt auch Marcian in der *L.* 4. *§.* 1. *D. de Diuis. rer. et qualit.* ausdrücklich: Sed et flumina *pene* omnia, et portus publica sunt. Findet sich also, wie es zu einigen Jahreszeiten gewöhnlich ist, ein Strom, der zu andern Zeiten wieder austrocknet, so kann er nicht zum Staatseigenthume gerechnet werden, weil ihm die vorhin beschriebene Eigenschaft fehlet.

l) *§.* 2. *et §.* 4. *J. de Rer. diuis. et adquir. ipsar. domin.*

m) *L.* 24. *pr. D. de Damno inf. L.* 10. *§.* 2. *D. de Aqua et aquae pluu. arc. L.* 1. *§.* 12. *D. de Flumin. L. vn. §.* 1. *et* 4. *D. Ne quid in flum. publ.*

n) *L.* 1. *et L.* 2. *D. de Loc. et itin. publ.* Bartolucci *Diss. de viis publicis*, (Romae 1786.)

o) *L.* 2. *§.* 22. 23. *D. Ne quid in loco publ. vel itin. fiat.*

p) *Geisler de via publica et priuata*, (Lipsi. 1676.) Struben rechtliche Bedenken, Th. IIII. Bed. XVIIII. S. 45. ff. Ueber die Fragen: ob es in Deutschland Staatssachen im Sinne des römischen Rechts gebe? und welche Sachen nach deutscher Verfassung zu den *rebus publicis* gehören? muß das Staatsrecht den Aufschluß geben.

q) Schnaubert Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts, *§.* 59. S. 115. f.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0259
DFG

gen, welche zur Bestreitung der öffentlichen Ausgaben und Steuerung der allgemeinen Staatsbedürfnisse bestimmet sind r). Domainengüter, welche auch Crongüter, imgleichen Cammergüter genannt werden, sind diejenigen, die zum Unterhalte des Regenten und seiner Familie, und zur Führung seines Hofstaates gewidmet sind s). Mit der Benennung Chatoullgüter endlich werden alle diejenigen bezeichnet, welche ein Regent nicht als Regent, sondern als Privatperson erworben, oder von seinen Vorfahren ererbet hat, und eigenthümlich besitzt t).

§. 171.

Gemeinheitssachen (*res vniuersitatis*) sind alle die, welche sich in dem Eigenthume einer Gemeinheit befinden v). In Rücksicht auf ihre Bestimmung zerfallen sie eben so wie die Staatssachen in **Gemeinheitssachen in der engern Bedeutung** (*res vniuersitatis in specie*), und in den **Schatz der Gemeinheit** (*arca communis, patrimonium, aerarium vniuersitatis*), je nachdem sie entweder allen einzelnen Mitgliedern der Gesellschaft nach ihren individuellen Bedürfnissen zum Nutzen und Gebrauche dienen, oder lediglich zum Besten der ganzen Gemeinheit überhaupt, wie fern diese als eine moralische Person angesehen wird, verwendet werden x). Die res vniuersitatis in specie, wohin z. B. gemeine Backöfen, Brauhäuser, Brunnen, Holzungen, Triften u. s. w. gehören, müssen den vorhandenen Verträgen, Gewohnheiten und Gesetzen gemäß benutzet werden y). Insbesondere darf aber in Ermangelung solcher besondern Bestimmungen der Gebrauch nie dem Endzwecke, wozu dergleichen Gemeindesachen bestimmet sind, widersprechen, oder wohl gar auf eine Art geschehen, wodurch die übrigen Mitglieder an dem gewöhnlichen Nutzen behindert werden z). Das patrimonium vniuersitatis besteht

r) *Conring Diss. de aerario boni principis recte constituendo*, (Helmst. 1663.)

s) *Wedekind Diss. de domaniis dominorum territorialium*, (Heidelb. 1773.) *Hofmann Diss. de rebus principibus S. R. J. regentibus ad imperium, dignitatem aut personam sustinenda dicatis*, (Marb. 1774.)

t) *Riuinus Diss. de bonis principis patrimonialibus*, (Lipsi. 1737.) *Hofmann Diss. de patrimonio principis priuato*, (Jenae 1721.) In den römischen Gesetzen kommen die Ausdrücke: ratio caesaris, res principis priuata, dominica vor. *L. 6. §. 1. D. de Jur. fisci. L. 1. C. de Offic. com. rer. L. vlt. C. de Agr. et manc. domin. cf. Gutherius de officiis domus Aug. Lib. III. cap. XXV. sqq.*

v) *Schoepfius Diss. de bonis vniuersitatum, quae germanice vocantur Allmanden*, (Tub. 1740.) Böcklin von Bocklinsau von den Allmanden oder Gemeindengütern, (Frankf. 1778.)

x) Woltär Grundsätze der Rechtsgelehrsamkeit, Abschn. II. §. 177. S. 225. ff.

y) *a Wernher Selectt. obseruu. forr. Tom. II. Part. VII. obs. LXX.*

z) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. II. §. 171. S. 456.

bestehet aus Capitalien und andern Gefällen, imgleichen aus liegenden Gründen; denn diese Güter werden zur Bestreitung der gemeinen Ausgaben verwendet, und die einzelnen Mitglieder der Gemeinheit sind nicht befugt, sie zu benutzen.

§. 172.

Die Sachen sind in Beziehung auf ihre physische Qualität theils **einzelne** oder **besondere Sachen** (*res discretae s. singulares*), theils **zusammen gesetzte Sachen** (*res vniuersales s. vniuersitas rerum*). Unter den letztern verstehet man einen Inbegrif mehrerer von einander abgesonderter Dinge, welche zusammen unter einem gemeinschaftlichen Namen ein Ganzes bilden. Die einzelnen Sachen werden, an und für sich selbst betrachtet, in **körperliche** (*corporales*) und **unkörperliche** (*incorporales*) eingetheilet a). Körperliche Sachen heißen alle die, welche berühret oder sonst durch die äussern Sinne empfunden werden können; unkörperliche Sachen hingegen sind solche, die nicht berühret werden können, oder überhaupt nicht äusserlich in die Sinne fallen b).

In der *L. 1. §. 1. D. de Diuis. rer. et qualit.* sagt Cajus: Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales sunt. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt: qualia sunt ea, quae in iure consistunt: sicut hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur: nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt: et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est: veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum ius successionis, et ipsum ius vtendi fruendi, et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt et iura praediorum vrbanorum, et rusticorum: quae etiam seruitutes vocantur. Nach dem Ausspruche des römischen Rechtsgelehrten sind demnach ganz ohnstreitig diejenigen Sachen, welche betastet werden können, für **körperlich**, und diejenigen, welche sich nicht berühren lassen, für **nicht körperlich** zu achten c). Er suchet diesen Grundsatz durch Beyspiele zu versinnlichen, indem er zur erstern Gattung von Sachen ein Grundstück, einen Men-

 schen,

a) *tot. tit. J. de Reb. corporal. et incorporal.*

b) *Hofacker Principp. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II. §. 720. p. 3.*

c) *cf. Theophilus Paraphras. Institt. Lib. II. tit. II. §. 1.* Ob diese Begriffe von den Stoikern entlehnet seyen, untersuchet ausführlich *Meister Pr. de philosophia Iurisconsultorum romanorum stoica in doctrina de corporibus eorumque partibus, (in Eiusdem Selectt. opusc. syll. I. num. X. p. 507. sqq.)*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0261
DFG

schen, ein Kleid, Gold und Silber referirt, zur letztern aber solche Sachen rechnet, die in Gerechtsamen bestehen, als eine Erbschaft, ein Genießbrauch und überhaupt jede Verbindlichkeit ohne Rücksicht auf ihre Entstehungsart. Bey den nicht körperlichen Sachen relevirt es nichts, wenn vielleicht das Subject derselben körperliche Sachen seyn sollten; das Recht selbst oder die Verbindlichkeit ist demohngeachtet an sich betrachtet immer nichts körperliches. Daher thut es, wie Cajus sagt, nichts zur Sache, wenn in der Erbschaft körperliche Sachen enthalten sind; denn auch die Früchte, welche von einem Grundstücke gezogen werden, sind körperlich, und gemeiniglich ist alles dasjenige, was man aus einer Verbindlichkeit zu fordern hat, körperlich, z. B. der Grund und Boden, der Mensch, das Geld. Allein das Recht der Erbschaft selbst, das Recht der Nutznießung selbst, das Recht der Verbindlichkeit selbst ist unkörperlich. Hieraus ergiebt sich nun auch von selbst, daß der Jurist das Wort *hereditas* an dem gegenwärtigen Orte nicht von den Erbschaftsstücken verstanden wissen will, sondern nach der sonst in den römischen Gesetzen d) nicht selten vorkommenden Bedeutung den collectiven Namen der Erbschaft, den nur der Gedanke fasset und in einen allgemeinen Begrif bringt, damit bezeichnet. In Gemäßheit des Grundsatzes, nach welchem ea, quae in iure consistunt, zu den unkörperlichen Sachen gehören, wird am Ende der angezogenen *L. 1. §. 1. D. de Diuis. rer. et qualit.* sehr richtig bemerket, daß die Rechte der aufgebaueten und der liegenden Grundstücke (praediorum vrbanorum et rusticorum), welche auch Dienstbarkeiten genannt werden, ebenfalls dahin zu referiren seyen e).

Noch

d) *L.* 119. *L.* 178. *§.* 1. *et L.* 208. *D. de Verbor. signif.*

e) Auch solche Sachen, welche zwar physisch körperlich sind, bey denen aber nicht sowohl das körperliche Individuum selbst, als vielmehr der gleichgeltende Werth in Betrachtung kommt, werden für nicht körperliche geachtet. Es gehören hieher schuldige Quantitäten fungibler Sachen, bey denen es begreiflich völlig gleichgültig ist, ob man einen gewissen bestimmten Körper erhält, oder einen andern von gleicher Qualität und Quantität, der mithin an innerm Gehalte und Werthe gerade so viel beträgt, als die Forderung ausmacht. In der *L.* 1. *§.* 7. *D. Ad leg. Falcid.* werden daher die res fungibiles, welche durch Maaß, Zahl und Gewicht ihre Bestimmung erhalten, den speciebus s. corporibus entgegen gesetzt. Auch sagt Paulus in der *L.* 2 *§.* 1. *D. de Reb. credit.* ausdrücklich: Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt: quoniam eorum datione possumus in creditum ire: *quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam in specie:* nam in caeteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio inuito creditori solui non potest. Ueber diese letztere Gesetzstelle verdienen nachgesehen zu werden *van Idsinga Disp. de mutuo et veteri literarum obligatione, cap. II. §. 9. sqq. (in Oelrichs Thes. nou. dissertt. iuridd. in Acadd. Belgg. habitt. Vol. I. Tom. I. p.* 130. *sqq.*) *van Bynkershoek Obseruu. iur. rom. Lib. I. cap. X. p.* 48. *sqq. Schott Prolus. qua res, quae functionem*

Noch eine dritte Classe von Sachen, die zwar Cajus mit Stillschweigen übergangen hat, aber gleichwohl vollkommen gegründet ist, machen diejenigen aus, welche bisweilen, wiewohl in verschiedener Rücksicht, bald als körperliche, bald als unkörperliche Dinge betrachtet werden können. Ein Beyspiel nimt unser Auctor vom **Gelde** her, welches auch in der That selbst nach Anleitung der Gesetze f) nicht nur in der Eigenschaft einer Quantität, sondern überdem in der Eigenschaft eines bestimmten Körpers betrachtet werden kann. Ohngeachtet nämlich das Geld, wie Averang g) bemerket, in den meisten Fällen als eine Quantität angesehen wird, so ist es gleichwohl ohnstreitig sodann als eine körperliche Sache zu betrachten, wenn es jemandem α) lediglich zur Pracht oder Prahlerey (ostentationis causſa) geliehen h), oder β) versiegelt in Verwahrung übergeben i), oder γ) als an einem gewissen bestimmten Orte vorhandene Baarschaft legirt wird k). Außerdem giebt auch das **Vermächtniß künftiger Früchte** ein Beyspiel, wie gewisse Sachen in verschiedener Hinsicht bald als körperliche, bald als unkörperliche betrachtet werden können l).

§. 173.

Eine an rechtlichen Folgen sehr fruchtbare Eintheilung der körperlichen Sachen ist die in **bewegliche** (*mobiles*) und **unbewegliche** (*immobiles*). Bewegliche Sachen sind diejenigen, welche ohne Vernichtung und Schaden ihren Ort verändern können; unbewegliche Sachen hingegen nennt man solche, die nicht von einem Orte

tionem recipiunt, definiuntur, (in Eiusdem opuscc. iuridd. p. 212. Jqq.) Eben so sind auch genera als unkörperliche Sachen zu betrachten. Habe ich nämlich nicht eine gewisse bestimmte Sache, sondern nur eine Sache überhaupt (rem *in genere*) zu fordern, so sagt der Jurist, meine Forderung gehe auf eine unkörperliche Sache. *cf.* Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 340. S. 296.

f) *L. vlt. pr. D. de Adim. vel transfer. legat. vel fideicommiss. L. 94. §. 1. D. de Solut. et liberat. L. 46. D. de Condict. indeb.*

g) *Aueranius Interprett. iur. Tom. I. Lib. III. cap. X. num. 2. Jqq. p. 399. Jqq. ed. nouiss.*

h) *L. 3. §. 6. et L. 4. D. Commod.*

i) *L. 24. D. Depos.*

k) *L. 120. D. de Verbor. oblig. L. 34 §. 4. D. de Legat. I.*

l) *Reichardt Diss. de fideicommisso eius, quod superfuturum erit, eiusque differentia a debitis, quibus adcepta reddenda sunt in eodem genere,* (Jenae 1785.) *§. 15. Jqq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0263
DFG

Orte zum andern gebracht werden können oder dürfen m). Wenn bey den beweglichen Sachen der Grund, weswegen sie salua sui substantia ihre Stelle verlassen können, in den Sachen selbst liegt, so heißen sie **Moventien** (*res sese mouentes*); sonst aber, wenn derselbe außer ihnen sich befindet, werden sie **Mobilien** oder **bewegliche Sachen im eigentlichen Verstande** (*res mobiles stricte sic dictae*) genannt n). Den unbeweglichen Sachen werden unter dem Beynamen natürlich **unbewegliche Sachen** (*res naturaliter inmobiles*) die gesetzlich **unbeweglichen Sachen** (*res ciuiliter inmobiles*) entgegen gesetzt. Unter diesen, welche auch unbewegliche Sachen im rechtlichen Verstande (*res iuris intellectu inmobiles* heißen, verstehet man wirklich bewegliche Sachen, welche vermöge einer besondern Vorschrift der Gesetze entweder in gewisser Rücksicht oder überhaupt als unbeweglich anzusehen sind o). In gewisser Rücksicht werden mobilia pretiosa der Pupillen und Minderjährigen den unbeweglichen Gütern gleich geachtet p), und eben die Bewandniß hat es auch nach den einstimmigen Bemerkungen der practischen Rechtslehrer q) mit ansehnlichen Biblio-

m) *Oberlinus Disp. de rebus mobilibus et inmobilibus*, (Argent. 1676.) *Voet de mobilium et inmobilium natura*, (Leod. 1699.) *van Vladeracken de rebus mobilibus et inmobilibus*, (Franequ. 1688.) *a Leyser Diss. de rebus mobilibus et inmobilibus*, (*in Eiusdem meditt. ad Pandect. Vol. I. Specim. XXV. p.* 263. *sqq.*) *Mogen Comment. de vera ac genuina rerum mobilium et inmobilium indole secundum diuersa iuris rom. et germ. principia*, (Gieſſae 1760.)

n) Dieser Unterschied ist indessen nur in gewisser Rücksicht von practischem Nutzen. *L.* 93. *D. de Verbor. signif.* Mouentium, item mobilium adpellatione, idem significamus: si tamen adparet, defunctum animalia dumtaxat, quia se ipsa mouerent, mouentia vocasse: quod verum est. Nach den Grundsätzen von beweglichen Sachen werden insbesondere auch die *ruta caesa* beurtheilet, wohin alles dasjenige gehöret, was zum Nutzen eines Grundstücks oder Gebäudes aus der Erde gegraben, oder gehauen, oder sonst angeschafft, aber zu dem bestimmten Gebrauche noch nicht eingerichtet, oder noch nicht angewendet, oder doch wenigstens noch nicht befestiget ist. *L.* 66. *§.* 2. *D de Contrah. emt. vendit. L.* 241. *D. de Verbor. signif. L.* 7. *§.* 13. *D. Solut. matrim. dos quemadm. petat. L.* 17. *§.* 6. 11. *et L.* 18. *D. de Action. emt. et vend. L.* 5. *§.* 2. *D. Ad exhibend. Püttmann Diss. de rutis caesis*, (*in Eiusdem opuscc. num. X. p.* 293. *sqq.*)

o) In den Gesetzen werden die unbeweglichen Sachen schlechthin praedia genannt, und in *vrbana* und *rustica* eingetheilet. *§.* 1. *J. de Seruit. L.* 60. *§.* 1. *L.* 115. *et L.* 198. *D. de Verbor. signif.* Ueber die ganz verschiedenen Begriffe dieser Eintheilung sehe man *Koch Diss. de praedio vrbano et rustico*, (Jenae 1757.) Weber Beyträge zu der Lehre vom stillschweigenden Conventionalpfandrechte, (Schwerin, Wismar und Bützow 1783.) Num. I. S. 15. ff.

p) *L.* 22. *pr. C. de Administrat. tutor.*

q) *a Wernher Selectt. obseruu. forr. Tom. II. Part. VIIII. obs. CXIII.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0264
DFG

bliotheken, Buchhandlungen, Apotheken, Waarenlagern und Kriegsschiffen. Ueberhaupt oder vollkommen sind bewegliche Sachen den unbeweglichen gleich zu achten: α) wenn sie mit denselben entweder durch Wirkung der Natur oder einer menschlichen Hand dergestalt cohäriren, daß sie für einen Theil der letztern angesehen werden können r). Dahin gehören Bäume, Gesträuche und Gewächse, welche auf einem Grundstücke Wurzel geschlagen haben s), imgleichen andere bewegliche Sachen, welche mit einer unbeweglichen so fest verbunden worden sind, daß sie sich von ihr ohne Schaden des Ganzen nicht füglich trennen lassen t). Selbst in dem Falle äussert inzwischen auch die Cohäsion jene Wirkung, wenn zwar die befestigten Sachen ohne Schaden abgesondert werden können, gleichwohl aber die Befestigung derselben nach der eigentlichen Bestimmung eines Grundstücks zum perpetuirlichen Gebrauche desselben geschehen ist. Der in Betreff dieser Pertinenzen von den Practikern formirten Regel: alles, was erd- wand- band- mauer- niet- und nagelfest ist, muß für ein Zubehör des Grundstücks gehalten werden, fehlet es an einer genauen Bestimmung, und sie kann durchaus nicht als allgemein richtig angenommen werden, weil dergleichen Befestigungen nicht immer concludente Handlungen sind v). β) Bewegliche Sachen werden überdem sodann nach den von unbeweglichen Dingen geltenden Principien beurtheilet, wenn sie zwar nicht mit letztern verbunden, aber doch zum beständigen Gebrauche bey denselben angeschafft oder gemacht worden sind, und auch wirklich in dieser Hinsicht an dem Orte ihrer Destination sich befinden x). Da die Gesetze hieher ausdrücklich alles dasjenige referiren, was nothwendig bey einem Grundstücke oder überhaupt bey der Hauptsache beständig seyn und bleiben muß, wenn sich ein Gebrauch davon erwarten lassen soll, und was also einen Theil vom Ganzen ausmacht y), so ist nichts natürlicher, als daß eine zeitige Bestimmung, die

r) In den Gesetzen werden bewegliche Sachen, welche mit unbeweglichen cohäriren, überhaupt *fixa vincta* genannt, und durch diese Benennung von den rutis caesis unterschieden. *L.* 38. §. 2. *D. de Action. emt. et vend.*

s) *L.* 44. *D. de Rei vindicat. L.* 13. §. 10. *D. de Action. emt. et vend.*

t) *L.* 17. §. 3. *D. eod.*

v) *L.* 245. *D. de Verbor. signif.* Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 256. S. 198. f.

x) *L.* 17. *pr. et* §. 7. *D. de Action. emt. et vend.* Westphal Abhandlung von den Pertinenzstücken eines verkauften Hauses, (Halle 1778.)

y) *L.* 13. §. *vlt. D. eod.* Aedibus distractis, vel legatis, ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium, vel propter aedes habentur, vt puta puteal. *cf. van Bynkershoek Obseruu. iur. rom. Tom. II. cap. VIIII. p.* 30. *sq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0265
DFG

die lediglich auf die individuellen Bedürfnisse des Besitzers, dessen Gewerbe und Wirthschaft Rücksicht nimt, keinesweges eine Sache zur Pertinenz machen könne z).

Von einigen Sachen ist es noch sehr streitig, ob sie zu den beweglichen oder unbeweglichen gerechnet werden müssen. Die gestrittene Rechtsfrage: zu welcher Classe von Sachen die Schiffsmühlen gehören? giebt zwar hievon ein auffallendes Beyspiel, sie lässet sich aber nach folgendem Unterschiede leicht bestimmen a). Es sind nämlich die Schiffsmühlen entweder an einem solchen Orte angelegt worden, wo die Erbauung derselben zu den Hoheitsrechten gehöret, und mithin nicht ohne besondere landesherrliche Erlaubniß geschehen darf, oder nicht. Im erstern Falle kann man sie zu den unbeweglichen Sachen rechnen, wie fern ihnen in der Concession ein gewisser unveränderlicher Ort ist angewiesen worden b); im letztern Falle hingegen sind sie ohnstreitig gleich den Schiffen c) als bewegliche Sachen anzusehen d).

§. 174.

Unkörperliche Sachen sind eigentlich ihrer Natur nach weder beweglich noch unbeweglich, vielmehr werden sie in den Gesetzen sowohl von beweglichen als unbeweglichen Sachen ausdrücklich unterschieden e). Oft machen es indessen Umstände nothwendig, die unkörperlichen Sachen bald zu den beweglichen, bald zu den unbeweglichen Sachen zu rechnen, nämlich alsdann, wenn das Vermögen eines Menschen in bewegliches und unbewegliches eingetheilet wird, ohne die unkörperlichen Sachen besonders davon zu unterscheiden. Eine solche Eintheilung des

z) *L.* 17. *pr. et §.* 4. *D. de Action. emt. et vend. L.* 245. *D. de Verbor. signif.*

a) *Berlichius Concluss. practicabb. Part. III. concluss. III. num.* 12.

b) *de Cocceii Jus ciu. controu. Tom. I. Lib. I. tit. VIII. quaest.* 13. *p.* 154. *ed. nouiss.*

c) *L.* 1. *§.* 7. *D. de Vi et vi arm. L.* 20. *§.* 4. *D. Quod vi aut clam.*

d) *Carpzouius Jurisprud. for. Part. III. constit. XXIII. def.* 16. *num.* 3. *Müller Obseruu. practt. ad Leyseri meditt. ad Pandect. Tom. I. fasc. II. obs. CXVI. p.* 15. *Wernher Lectissimm. commentt. in Pandect. Part. I. Lib. I. tit. VIII. §.* 12. *p.* 67. *sq. ed. nouiss.*

e) *L.* 7. *§.* 4. *D. de Pecul. L.* 86. *pr. D. de Legat.* 2. *L.* 15. *§.* 2. *D. de Re iudic. L.* 1. *C. de Praetor. pign. cf. Ridel Diss. qua disquiritur, vtrum actio quoad rem inmobilem a cautione in processu praestanda liberet, nec ne?* (Gotting. 1783.) *§.* 16. 19.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0266
DFG

des Vermögens wird nicht nur hin und wieder durch gesetzliche, sondern auch nicht selten durch letztwillige und conventionelle Dispositionen begründet. Um aber gehörig zu bestimmen, ob in einem vorliegenden Falle unkörperliche Sachen zu den beweglichen oder zu den unbeweglichen gehören, muß man zuvörderst untersuchen, ob die Gesetze selbst darüber eine Norm enthalten, wie fern dergleichen Sachen entweder zu der einen oder zu der andern Classe gerechnet werden sollen, oder nicht. Im ersten Falle hat es bey der gesetzlichen Bestimmung lediglich sein Bewenden; im zweyten Falle hingegen finden folgende Regeln statt:

1) wenn eine unkörperliche Sache als Zubehör einer körperlichen zu betrachten ist, so nimt sie die Eigenschaft derselben dergestalt an, daß sie entweder für beweglich oder für unbeweglich geachtet werden muß f).

2) Wenn Rechte, Ansprüche und Forderungen bewegliche Sachen zum Gegenstande haben, so werden sie ebenfalls zu den beweglichen gerechnet; haben sie aber unbewegliche Sachen zum Gegenstande, so werden sie unter dieser Classe begriffen g).

Nach diesen gegebenen Regeln lassen sich die von dem Verfasser hier berührten Streitfragen: ob das Erhebungsrecht gewisser jährlicher Renten zu den beweglichen oder unbeweglichen Gütern gerechnet werden müsse? imgleichen: zu welcher Classe von Sachen das Erbegeld gehöre? sehr leicht beantworten. Bey den jährlichen Renten muß man inter *reditus personales* und *reditus reales* unterscheiden h). Renten der erstern Art, die man auch Leibzinsen zu nennen pflegt, sind ohne Zweifel nach den von beweglichen Gütern geltenden Grundsätzen zu beurtheilen, weil sie lediglich in einer persönlichen Verbindlichkeit des Schuldners sich gründen i). Was aber die

f) Es trit hier der Grundsatz ein: adcessorium sequitur suum principale. *L.* 47. *D. de Contrah. emt. vendit.*

g) *Hofacker Principp. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II. §.* 726. *p.* 6. *sq. L.* 15. *D. de Reg. iur.* Is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur. Wie diese Gesetzstelle mit der *L.* 204. *D. eod.* worin Pomponius sagt: minus est actionem habere, quam rem, zu vereinigen sey, zeiget *Gothofredus Nou. in tit. Pandect. de diuerſ. reg. iur. Com. ad laud. leg. (in Opp. a Trotzio edd. p.* 773. *sq.)* Man sehe auch *Fabrotus Replicat. aduerſ. Salmaſii de mutuo refutat. (in Ottonis Theſ. iur. rom. Tom. III. p.* 1269.)

h) *Voet Com. ad Pandect. Lib. I. tit. VIII. §* 24. *sqq.*

i) *Frommann Diſſ. de negotii annuorum reddituum et vſurarum mutui foeneratitii natura et differen.* (Tub. 1687.) *§.* 35. *sqq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0267
DFG

letztern anbetrifft, welche in der Eigenschaft eines dinglichen Rechts auf unbeweglichen Gütern haften, und aus diesem Grunde von jedem Besitzer entrichtet werden müssen, so gehöret freylich das Recht an und für sich selbst, vermöge dessen man dergleichen Renten ziehen kann, zu den Inmobiliarvermögen, allein verfallene oder betagte Zinsen (reditus, quorum dies iam cessit), die dem Zinsherrn bereits hätten entrichtet werden sollen, aber gleichwohl noch nicht bezahlet worden sind, können vernünftiger Weise nur als Mobilien angesehen werden k). Nach den nämlichen Grundsätzen ist auch das Erbegeld (pecunia hereditaria) zu beurtheilen, worunter man eine gewisse Summe Geldes verstehet, welche ein Erbe von den unbeweglichen Gütern, die ihm bey der Erbschaftstheilung zugesprochen worden, seinen Miterben zu einer bestimmten Zeit prästiren muß l). Das noch **unbetagte** Erbegeld (pecunia hereditaria, *cuius dies nondum venit*) gehöret zu den Inmobiliarvermögen desjenigen, der es zu fordern hat, weil es auf unbeweglichen Gütern haftet und von selbigen entrichtet werden muß; hingegen das **betagte** Erbegeld (pecunia hereditaria, *cuius dies iam cessit*) wird zu den beweglichen Gütern des Gläubigers referirt m).

§. 175.

Die bekannte Eintheilung des Rechts in **persönliches** (*personale*) und **dingliches** (*reale*) hat einen doppelten Sinn, je nachdem die Ausdrücke: ius *reale* und *personale*, entweder subjectivisch oder objectivisch genommen werden. **Subjectivisch** genommen verstehet man unter dem dinglichen Rechte dasjenige, welches einem Subjecte lediglich wegen des Besitzes einer gewissen Sache in Hinsicht auf die derselben anklebende besondere Eigenschaft zuständig ist. Alle andere Rechte sind bloß persönliche Rechte. Das Characteristische des subjectivisch-dinglichen Rechts liegt in dem Uebergange desselben auf jeden Inhaber der Sache. Es kann das subjectivisch-persönliche Recht theils ein ius *personale in specie*, theils auch ein ius *personalissimum* seyn, je nachdem es entweder einer Person so inhärirt, daß es auf einen andern schlechterdings nicht übergeben werden kann, oder nicht n).

Ob,

k) *Mencken Syst. iur. ciuil. sec. Pandect. Lib. I. tit. VIII. §. 12. p. 30. ed. nouiss.*

l) *Walch Disp. de priuilegio pecuniae hereditariae creditorum in concursu creditorum*, (Jenae 1776.) §. 10.

m) Ohne hinlänglichen Grund verwirft Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. IIII. §. 174. S. 208. ff. diese Distinction zwischen dem betagten und unbetagten Erbegelde.

n) Einige iura personalissima sind von der Beschaffenheit, daß selbst die Ausübung derselben nicht anders als durch die berechtigte Person geschehen kann.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0268
DFG

Objectivisch genommen heißt dingliches Recht dasjenige, welches eine Sache dergestalt betrifft, daß die demselben entsprechende besondere Verbindlichkeit bey einem jeden Detentor der Sache sich befindet; persönliches Recht hingegen wird dasjenige genannt, bey welchem dies nicht der Fall ist o). Das erstere pflegt man auch schlechthin *ius in re*, Recht auf die Sache, und das letztere *ius ad rem*, Recht zur Sache zu nennen p). Noch eine eigene Gattung des Sachenrechts, die sich so wenig unter das ius in re, als unter das ius ad rem bringen lässet, ist das Possessionsrecht, welches in dem Inbegriffe derjenigen Befugnisse bestehet, die jemandem, der sich im Besitze einer Sache befindet, um dieses Besitzes willen zuständig sind.

§. 176.

Was die Wirkungen des dinglichen Rechts anbetrifft, so ergiebt sich schon aus dem vorhin angegebenen Begriffe desselben von selbst, daß ich dasselbe in der Regel wider jeden, der mir die Sache vorenthält, oder mich sonst in der rechtmäßigen Ausübung meines Rechts hindert, geltend machen könne. Die Klagen, welche aus einem dinglichen Rechte entspringen, heißen **dingliche Klagen**, *actiones reales*, *actiones in rem*, *vindicationes* **im weitläuftigen Verstande**. Es existiren indessen verschiedene Fälle, welche allerdings eine Ausnahme von jener Regel begründen q). Denn so giebt es einige dingliche Klagen, welche überhaupt ihrer Natur nach nicht gegen jeden Besitzer angestellet werden können. Hieher gehöret z. B. die hereditatis petitio, als welche nur wider einen solchen Besitzer der Erbschaft gehet, der pro herede oder pro possessore besitzt. Auch ist an denjenigen Orten, wo die in einem uralten deutschen Herkommen gegründete Rechtsregel: Hand muß Hand wahren, oder: da jemand seinen Glauben gelassen, da muß er ihn wieder suchen, durch den Gebrauch des römischen Rechts nicht verdränget worden, der ehrliche Erwerber gegen alle ihm zur Zeit des Erwerbs unbewußten dinglichen Ansprüche vollkommen sicher gestellet r).

o) *Huber Digressionn. Justinn. Lib. IIII. cap. X. p. 296. sqq. Feltmann Tr. de iure in re et ad rem*, (Duisb. 1666.) *cap. VIIII.*

p) *Cap. 8. de Concess. praeb. in 6to.* In dem römischen Rechte ist zwar diese Eintheilung an und für sich ohnstreitig gegründet, allein es kennet die im päbstlichen Rechte vorkommenden angezeigten Benennungen nicht, und nennet ein dingliches Recht ius in rem, ein persönliches Recht aber ius in personam. *§. 1. J. de Action.*

q) *Oeltze Diss. de actione reali aduersus quemcumque possessorem non competente*, (Jenae 1769.)

r) Eisenhart Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern, Abtheil. IIII. Num. VIIII. S. 346. ff. Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 199. S. 150.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0269
DFG

§. 177.

Von dem dinglichen Rechte unterscheidet sich das persönliche in Hinsicht auf seine Wirkungen merklich, indem es lediglich gegen diejenige Person gehet, welche entweder durch eine Handlung oder unmittelbar durch ein Gesetz ad dandum vel faciendum verbunden worden ist. Die aus persönlichen Rechten entstehenden Klagen heißen **persönliche Klagen**, *actiones personales*, *actiones in personam*, *condictiones* **im weitläuftigen Verstande.** Sie sind auf die Erfüllung einer bestimmten Verbindlichkeit gerichtet, gehen folglich nur gegen die verpflichtete Person, und können nicht wider einen jeden Besitzer angestellet werden. Um die ausnehmende Wichtigkeit des Unterschiedes zwischen dem dinglichen und persönlichen Rechte anzuzeigen, sagt Ulpian in der *L. 25. D. de Oblig. et act.* ausdrücklich: *Actionum* genera sunt duo: in rem, quae dicitur *vindicatio:* et in personam, quae *condictio* adpellatur. *In rem* actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus: *et semper aduersus eum est, qui rem possidet. In personam* actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum: *et semper aduersus eumdem locum habet.* Dingliche Klagen gehen demnach aduersus quemcumque possessorem; persönliche hingegen nur aduersus personam obligatam. Gleichwie aber diese Regel, wie vorhin angedeutet worden ist, in Ansehung der erstern ihre Ausnahmen leidet, so kann sie auch in Hinsicht auf die letztern nicht ohne Einschränkung für gegründet geachtet werden. Denn es giebt einige Klagen, die zwar ihrer Natur nach nur persönlich, aber gleichwohl so geeigenschaftet sind, daß sie wider jeden Besitzer angestellet werden können; sie heißen *actiones in rem scriptae* s).

§. 178.

Es lässet sich, wie Kellinghusen t) mit Grunde bemerket, schon a priori beweisen, daß nur vier Gattungen des dinglichen Rechts existiren, nämlich α) **Eigenthumsrecht;** β) **Erbrecht;** γ) **Dienstbarkeit,** und δ) **Pfandrecht** v). *Res in qua tibi ius est*, sagt dieser elegante Rechtslehrer, *vel tua est propria, vel alte-*

s) *Cortreius Diss. de actionibus personalibus in rem scriptis*, (Jenae 1666.)

t) *Kellinghusen Diss. de legibus nonnullis romanorum, cap. XXI. (in Oelrichs Thes. nou. dissertt. iuridd. in acadd. Belgg habitt. Tom. II. Vol. II. p. 64.)*

v) Die Meinungen der Rechtslehrer sind übrigens in diesem Stücke sehr getheilet, indem einige wenigere, andere mehrere Gattungen des iuris in rem statuiren. Man sehe *Kemmerich Pr. de dominio, tamquam vnica specie iuris in re*, (Viteb. 1724.) *Born Diss. de iure in re actiones reales producente*, (Jenae 1756.) *van der Ramhorst Diss. de speciebus iuris in re*, (Lugd. Bat. 1784.) *Nettelbladt Diss. de iure in re, quae est res nullius*, (Halae 1779.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0270
DFG

alterius. Si illud: exoritur DOMINIVM; *sin hoc: vel viuo altero, ius tibi competit, vel mortuo. Si hoc: exsistit* HEREDITAS. *Sin illud: vel est ad vtilitatem consequendam ius comparatum; vel ad damnum vitandum. Hoc modo habes* PIGNVS: *illo* SERVITVTEM. Die Sache also, an welcher mir ein Recht zustehet, ist entweder meine eigene Sache, oder die Sache eines andern. Wenn jenes ist, so entstehet daher das Eigenthum; ist aber dieses, so habe ich dieses Recht entweder schon bey Lebzeiten des andern, oder erst nach dessen Tode. Im letztern Falle entstehet das Erbrecht; hingegen im erstern Falle habe ich entweder das Recht, die fremde Sache zu gebrauchen, oder mein Recht an der Sache berücksichtiget nur die Sicherheit meiner Forderung. Das erstere heißt Dienstbarkeit, und das letztere wird Pfandrecht genannt.

§. 179.

Indem der Auctor die bekannte Streitfrage: ob das Possessionsrecht als eine Gattung des dinglichen Rechts anzusehen sey? untersuchen will, trägt er hier zuvörderst einige allgemeine Principien vom Besitze überhaupt, und von den verschiedenen Arten und Rechten desselben insbesondere vor, welche unten im Titel der Pandecten: *de Adquir. vel amitt. possess.* einer umständlichern Erörterung bedürfen x). Wenn man von der Possession überhaupt redet, so pflegt man gewöhnlich nicht zu unterscheiden, ob die Intention oder Absicht die Sache zu behalten und sich anzumaßen damit verbunden ist, oder nicht, das heißt, ob man den **Besitz im engern Sinne** oder nur **Detention** denket y). Die Detention,

x) *Ramos del Manzano Recitt. ad tit. Dig. de Adquir. vel amitt. possess. de Retes Praelect. acad. ad tit. eumd. (in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. VII. p. 78. sqq. p. 453. sqq.) Cuperus Obseruu. selectt. de natura possessionis,* (Lugd. Bat. 1789.) von Spangenberg Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitz, (Bayreuth 1794.)

y) Diese weite Bestimmung des Begrifs vom Besitz im allgemeinen Sinne erhellet deutlich aus der römischen Ableitung des Wortes *possessio*, welche Paulus in der *L. 1. pr. D. de Adquir. vel amitt. possess.* mit folgenden Worten giebt: Possessio adpellata est, vt et Labeo ait, a *sedibus*, quasi positio: quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit, quam Graeci κατοχὴν dicunt. Hieraus scheinen auch zugleich die römischen Begriffe vom Ausschließenden des Besitzes oder von der Unzulässigkeit des Mitbesitzes natürlich erkläret werden zu müssen. Denn so heißt es in der *L. 3. §. 5. D. eod.* merklich: non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam vt tu *stare* videaris in eo loco, in quo ego *sto*; vel in quo ego *sedeo*, tu *sedere* videaris. *cf. Menagius Amoenitatt. iur. ciuil. cap. XXXVIIII. f. v.* possessio, *p. 325. sq. Lopez Madera Animaduerss. iur. ciuil. cap. XXVII. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. III. p. 487. sq.)*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0271
DFG

tention, welche in der körperlichen Inhabung oder unmittelbaren physischen Behauptung einer Sache bestehet, macht aber nur einen Theil, nur die Grundlage des eigentlichen, im juristischen oder rechtlichen Sinne genommenen Besitzes aus z). Um diesen zu vollenden, muß außer der bloßen physischen Thathandlung nothwendig die Absicht hinzukommen, die Sache für sich zu haben und zu behalten, welche in den Gesetzen *animus* a), *adfectio tenendi* b), *intellectus possidendi* c), *propositum possidendi* d), imgleichen *sensus adcipiendi possessionem* e) genannt wird. Diese irgend einen rechtlichen Gebrauch der Sache berücksichtigende Besitzintention, wodurch man die Possession im juristischen oder engern Verstande characterisirt, involvirt keinesweges, wie einige Rechtslehrer f) behaupten, die Meinung, daß man die Sache als Eigenthümer sich anmaßen wolle, sondern bezeichnet lediglich die zum Besitze überhaupt erforderliche Gemüthsfähigkeit sowohl, als den Willen, die Sache nach gewissen rechtlichen Absichten oder Ansprüchen zu haben und zu gebrauchen g).

Der Besitz darf, wie Hellfeld bemerket, seiner wahren, eigentlichen und ursprünglichen Natur nach keinesweges als ein Recht gedacht werden, sondern bleibt in der Regel immer etwas factisches, dessen Wesen nicht auf moralischen Gründen, sondern auf Thathandlungen beruhet. Nicht nur die zum Grunde liegende Detention, oder das Verhältniß meines physischen Vermögens zu gewissen Gegenständen, vermöge dessen ich solche zu einem beliebigen Gebrauche und zur Verwendung nach rechtlichen Absichten in meiner Gewalt behaupte, sondern selbst auch der nöthige adfectus tenendi, oder die Intention des Besitzers, gewisse Befugnisse auf den unter sich habenden Besitzgegenstand geltend zu machen, ist ein factisches Besitzerforderniß. Die Gesetze selbst erkennen dies für den eigentlichen natürlichen Character der Possession, indem sie ausdrücklich den ganzen Besitz, das heißt, wie fern dessen Wesen sowohl in *corpore* als in *animo* zugleich bestehet, eine

z) von Spangenberg a. a. O. Th. I. Cap. I. §. 10. S. 16. f.

a) *L.* 3. §. 1. *et* 12. *D. de Adquir. vel amitt. possess.*

b) *L.* 1. *§.* 3. *et L.* 3. *§.* 6. *D. eod.*

c) *L.* 1. *§.* 9. *D. eod.*

d) *L.* 46. *D. eod*

e) *L.* 32. *§.* 2. *D. eod.*

f) *Ramos del Manzano l. l. Part. I. §.* 11. *p.* 81. *sq.*

g) *L.* 12. §. 1. *D. de Adquir. vel amitt. possess. L.* 22. *§.* 1. *D. de Noxal. act. L.* 13. *§.* 1. *D. de Public. in rem. act. Galuanus Dissertt. de vsufructu, num.* XXXIII. *p.* 429. *sqq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0272
DFG

eine *rem facti* nennen h), und solchergestalt ihn mit jenen beyden wesentlichen Erfordernissen alle dem, was iuris ist, entgegen setzen i). Wenn auch bisweilen aus dem Rechte etwas hinzu kommt, so ist doch dies dem Besitze an und für sich nicht eigen, sondern wird außer den Gränzen seines ursprünglichen Wesens vom Rechte nur gleichsam entlehnet k).

§. 180.

Nach Verschiedenheit des Rechtsgrundes und der damit verbundenen rechtlichen Absicht unterscheiden die Gesetze den **natürlichen** Besitz von dem **bürgerlichen**, ohne indessen eine bestimmte förmliche Erklärung von dieser Eintheilung und Benennung zu geben l). Daher findet man auch ganz verschiedene und ausnehmend von einander abweichende Erklärungsarten derselben bey den Rechtsgelehrten m), die freylich größtentheils wo nicht irrig und unrichtig, doch wenigstens sehr unvollständig

h) *L.* 19. *D. Ex quib. causs. maior. L.* 1. *§.* 3. 4. *D. de Adquir. vel amitt. possess. L.* 2. *§.* 3. *D. Si seruit. vindic. L.* 53. *D. de Adquir. rer. domin.*

i) *L.* 49. *§.* 1. *D. de Adquir. vel amitt. possess. cf.* Westphal System des röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung, §. 27. S. 39.

k) Das Gegentheil behaupten *Bachouius Nott. et animaduerss. ad disputt. Treutl. Vol. II. disp. XXI. thes.* 1. *lit. E. Merenda Controuerss. iur. Lib. II. cap. XVIII. Lib. XII. cap. XXVIIII.* Man sehe aber dagegen *Cuperus l. l. Part. I. cap. I. p.* 13. *Hofacker Principp. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II. §.* 756. *p.* 35.

l) *L.* 12. *pr. D. de Adquir. vel amitt. possess. L.* 3. *§. vlt. D. Ad exhib. L.* 1. *§.* 9. *D. de Vi et vi arm. L.* 2. *§.* 1. *D. Pro hered.*

m) *de Greue Exercitt. ad Pandect. loca difficill. exercit. XXIIII. §.* 8. *Duarenus Disputt. anniuersarr. Lib. I. cap. XVIII. Lyklama van Nyholt Membrann. Lib. VII. eclog. XXV. Bachouius Nott. et animaduerss. ad disputt. Treutl. Vol. II. disp. XXI. thes.* 1. *lit. F. Vinnius Selectt. iur quaestt. Lib. II. cap. XXXVI. Ramos del Manzano Rectt. ad tit. Dig. de Adquir. vel amitt. possess. Part. I. §.* 17. *sqq. (in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. VII. p.* 82. *sqq.) Cuiacius Obseruu. et emendd. Lib. VIIII. cap. XXXIII. p.* 283. *sqq. Lib. XVIII. cap. XXIIII. p.* 619. *sq. Lib. XXVII. cap. VII. p.* 902. *sq.* Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 282. S. 246 Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. IIII. §. 180 S. 254. ff. *Nettelbladt Syst. elem. iurisprud. posit. germm. commun. §.* 508. *p.* 312. *sq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0273
DFG

ständig und mangelhaft sind n). Wenn die römischen Gesetze vom natürlichen und bürgerlichen Besitze reden, und jenen diesem entgegen setzen, so hat ersterer Ausdruck mehrere Bedeutungen, welche man genau von einander unterscheiden muß, um nicht zu einer Verwirrung der Begriffe Anlaß zu geben. Ein natürlicher Besitz (possessio *naturalis*), den die Gesetze auch noch durch andere besondere Benennungen bezeichnen und von dem bürgerlichen Besitze unterscheiden o), wird 1) derjenige genannt, welcher in einer bloßen physischen Detention bestehet p), oder auch auf anderer Namen ausgeübet wird q), indem der Inhaber desselben den animum sibi habendi nicht hat, oder nicht haben kann. In beyden Fällen findet sich der natürliche Besitz in der Person eines Andern, als des Civilpossessors, welcher die eigentliche, rechtliche Besitzintention, animum et adfectum sibi habendi hat. Ferner gehöret hieher 2) die Bedeutung, nach welcher der natürliche Besitz den Begrif einer unmittelbaren körperlichen Inhabung exprimirt, wie fern diese die physische Grundlage der eigentlichen bürgerlichen Possession ausmacht, und als Bestandtheil derselben unterschieden werden kann r). Endlich 3) heißt natürlicher Besitz derjenige, welcher in den Rechten für keine Civilpossession gelten kann, sondern als eine bloße Detention, als ein Besitz nach dem gemeinsten und ursprünglichen Sprachgebrauche, auf eigenen oder fremden Namen, angesehen wird, wenn auch gleich der Besitzer wirklich die Absicht, die Sache als die seinige zu behalten, haben sollte s). Ein bürgerlicher Besitz (possessio *ciuilis*), der auch bisweilen

n) Erst neuerlich haben *Cuperus Obseruu. selectt. de natura possess. cap. III.* und von Spangenberg Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitz, Th. I. Cap. III. § 115. ff. S. 173. ff. diesen wichtigen Gegenstand mit derjenigen Strenge und Bestimmtheit behandelt, welche man nicht ohne Grund in den bisherigen Theorieen vermisset hat.

o) Nicht selten wird in den Gesetzen das naturaliter possidere durch die Ausdrücke: *tenere, in possessione, in praedio esse*, angezeigt; *habere, possidere* wird aber lediglich von Civilbesitzern gebraucht. *L. 10. §. 1. D. de Adquir. vel amitt. possess. L. 24. D. eod. L. 6. §. 2. D. de Precar.*

p) *L. 1. pr. §. 1. et L. 3. §. 3. D. de Adquir. vel amitt. possess. L. 3. §. 15. D. Ad exhib.*

q) *L. vlt. §. 1. D. de Precar. L. 38. §. 10. D. de Vsur. L. 12. pr. et L. 49. pr. D. de Adquir. vel amitt. possess. L. 7. §. 11. D. Comm. diuid.*

r) *L. 3. §. 13. et L. 23. pr. D. de Adquir. vel amitt. possess. L. 11. D. de Adquir. rer. domin.*

s) *L. 38. §. 7. D. de Verbor. oblig. L. 24. D. de Adquir. vel amitt. possess. L. 1. §. 9 et 10. D. de Vi et vi arm. L. 2. §. 2. D. Pro hered. L. 10. §. 1. et 2. D. de Adquir. rer. domin.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0274
DFG

weilen allgemein *pro suo* heißt t), wird in dieser Hinsicht nicht derjenige genannt, welcher in der Inhabung einer Sache mit dem Willen diese für sich zu behalten bestehet, sondern der in den Gesetzen für einen eigentlichen, rechtlichen Besitz angesehen und gestattet wird, man mag die factischen Erfordernisse und Bestandtheile desselben wirklich, oder nur durch Fiction haben.

§. 181.

Die Possession äussert verschiedene ganz vorzügliche rechtliche Folgen, Vortheile und Rechte, welche ein Besitzer als solcher geniesset, und welche demnach ihre Wirksamkeit vor Gerichte zeigen, wenn selbst deutlich constirte, daß der Besitzer nur aus einem vermeinten Anspruche die Sache innen hatte, oder daß entweder gar keine oder doch nicht gültige, Recht und Eigenthum übertragende Titel zum Grunde lagen v). Denn die Gesetze betrachten die Possession, vorausgesetzt, daß sie in redlicher Meinung behauptet wird, so lange bessere Ansprüche eines Andern auf den Besitzgegenstand sich überall nicht hervorthun, bis auf weitere Erörterung und Entscheidung der Sache, gleichsam als ein interimistisches Eigenthum, und verordnen ausdrücklich, daß dem bloßen Besitzer, ohne weitere Rücksicht auf eigentliche Berechtigungsgründe, das Eigenthum verbleiben solle, im Falle der wahre Proprietar der gefundenen, oder überhaupt jeder in Besitz genommenen Sache unbekannt ist, oder niemand ein vorzüglicheres geltenderes Recht im petitorischen Processe darthun kann x). Hierauf gründet sich z. B. die Möglichkeit der Verjährung,

t) *L.* 1. *pr. D. Pro suo.* Pro suo possessio talis est, quum dominium nobis adquiri putamus, et ex ea caussa possidemus, ex qua adquiritur, et praeterea pro suo: vt puta ex caussa emtionis, et pro emtore et pro suo possideo: item donata vel legata, vel pro donato, vel pro legato, etiam pro suo possideo. Im engern Sinne verstehen die Gesetze die Benennung possessio *pro suo* von dem Falle, wo man etwas dergestalt auf seinen Namen inne hat, daß man es durch ursprüngliche Erwerbarten, z. B. durch Occupation, Accession, Invention an sich gebracht hat. In der *L.* 2. *D. eod.* sagt Paulus merklich: Est species possessionis, quae vocatur pro suo: hoc enim modo possidemus omnia, quae mari, terra, coelo capimus, aut quae adluuione fluminum nostra fiunt. Item quae ex rebus alieno nomine possessis nata possidemus, veluti partum hereditariae, aut emtae ancillae, pro nostro possidemus. Similiter fructus rei emtae, aut donatae, aut quae in hereditate inventa est. *cf.* Westphal System des röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung, §. 53. f. S. 58. f.

v) *Bodinus Diss. de beatitudine iuridica*, (Halae 1740.) *Thylius Diss. de beatitudine possidentium iuridice considerata*, (Heidelb. 1722.) *Boeckler Diss. de fauore iuris ciuilis erga possessores*, (Argent. 1740.)

x) *§.* 4. *J. de Interdict.* Commodum autem possidendi in eo est, quod etiamsi eius res non sit, qui possidet: si modo actor non potuerit suam esse probare, *rema-*

imgleichen das Recht, Früchte und Nutzungen in gewisser Maaße vom Besitzgegenstande zu erheben. Auch streiten außerdem vernünftiger Weise für den Besitz die besten Vermuthungen, weil in Ermangelung entgegen gesetzter Beweise immer voraus zu setzen ist, daß der Besitzer ehemals die Sache auf eine rechtmäßige Weise adquirirt habe, und sich in der Ausübung seines Rechts befinde. Von dieser natürlichen Begünstigung geleitet, räumen die Gesetze dem Besitzer noch verschiedene wirksame Vorzüge, z. B. in Rücksicht des Beweises ein, und verstatten ihm insbesondere noch aus Gründen der Billigkeit in gewissen Fällen ein eigenes Innebehaltungsrecht y). Ferner legen sie dem Besitze, er sey seiner Entstehung nach von welcher Beschaffenheit er immer wolle, eine solche Unverletzlichkeit bey, daß er von jedem äusserlich respectirt und von niemandem, wenn er auch auf die Sache selbst gegründete Ansprüche haben sollte, durch eigenmächtige Thathandlung angegriffen oder genommen werden darf z). Der Besitzer ist daher befugt, wider wirklich thätige Possessionsbeeinträchtigungen sich mit Privatgewalt zu vertheidigen a), und, dafern er des Besitzes bereits wirklich entsetzet worden, sofort und ohne Verzug eigenmächtig in den entrissenen Besitz sich wieder einzudrängen b). Hiernächst stehen ihm eigene possessorische Rechtsmittel zu, welche sowohl auf die Erhaltung als Wiedererlangung des Besitzes gerichtet sind, und die Wirkung haben, daß dadurch mittelst einer ganz besondern Verfahrungsart, mit Beseitigung aller wirklichen oder vermeinten Rechtsansprüche von einer oder der andern Seite, Besitzstreitigkeiten in der Kürze abgethan werden, dergestalt, daß lediglich der Besitzstand dem Richter zur einzigen Entscheidungsnorm dienet, die Streitfrage über Befugniß und Eigenthum

remanet in suo loco possessio: propter quam causſam quum obscura sunt vtriusque iura, *contra petitorem iudicari solet. L. 2. C. de Probat.* Possessiones, quas ad te pertinere dicis, more iudiciorum persequere: non enim *possessori* incumbit necessitas probandi eas ad se pertinere: quum te in *probatione* cessante *dominium apud eum remaneat.*

y) *cf. Heisler Diss. de iure retentionis*, (Halae 1751.) *Ludouici Diss. de iure retentionis ex diuersa causſa competente*, (ibid. 1748.) *Boehmer Diss. de iure retentionis eiusque effectu, (in Eiusdem electt. iur. ciuil. Tom. II. num. XIII.)* Faselius Versuch einer systematischen Darstellung des Retentionsrechtes, (Halle 1791.)

z) *L. 2. D. Vti possidet. L. 6. pr. C. Vnde vi.*

a) *L. 1. §. 27. D. de Vi et vi arm. L. 1. C. Vnde vi.*

b) von Spangenberg Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitz, Th. II. Cap. II. §. 173. S. 250. f.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0276
DFG

thum aber in eine besondere Ausführung verwiesen wird c). Der Inbegrif aller der Rechte und Rechtsmittel, welche ein Besitzer vermöge der ihm zuständigen Possession zum Behuf der Erhaltung oder Wiedererlangung des gestörten oder entzogenen Besitzes vor Gerichte geltend machen kann, wird Besitzungsrecht (*ius possessionis*) genannt d). Die hieher gehörigen Befugnisse müssen insbesondere noch unten einzeln untersuchet und weiter ausgeführet werden. Wir lassen daher diese, und schreiten gegenwärtig sofort zur Bestimmung der Frage: ob das Besitzungsrecht als eine Gattung des dinglichen Rechts anzusehen sey? welche, so streitig sie auch ist, doch in Gemäßheit des römischen sowohl als des päbstlichen Rechts richtiger verneinet wird e). Da nämlich die zum Vortheile des Besitzers eingeführten possessorischen Rechtsmittel oder Interdicte nach deutlich redenden Gesetzen lediglich als persönliche Klagen anzusehen sind f), und wider einen Dritten, welcher an der Besitzentsetzung keinen Antheil genommen hat, nicht statt finden g), so würde es offenbar ungereimt seyn, wenn man einem Besitzer um des bloßen Besitzes willen ein dingliches Recht an der Sache beylegen wollte. Und dem stehet auch die *L. vn. C. de Alienat. iud. mut. cauſſ. fact.* in den Worten: Quum in rem actionem poſſeſſio pariat aduerſario: alienatione

c) *L.* 35. *D. de Adquir. vel amitt. poſſeſſ.* Exitus controuerſiae poſſeſſionis hic eſt tantum, vt prius pronunciet iudex, vter poſſideat: ita enim fiet, vt is qui victus eſt de poſſeſſione, petitoris partibus fungatur, et tunc de domino quaeratur.

d) Mit dem iure poſſeſſionis ist das sogenannte *ius poſſidendi*, welches den Besitz unmittelbar zum Gegenstande hat, aber auf einem Rechtfertigungsgrunde ruhet, der mich zur Inhabung einer Sache oder zur Ausübung gewisser Rechte befuget, nicht zu verwechseln. Begreiflich gehet es entweder vor dem wirklichen Besitzerwerb als eine Ursache vorher, oder ist wenigstens davon ganz unabhängig, das heißt, es entstehet aus einem ganz andern Grunde, als der gehabten Possession, und setzt solche gar nicht voraus.

e) *de Cocceii Jus ciu. controu. Lib. I. tit. VIII. quaeſt.* 2. *p.* 138. *ſqq. ed. noviſſ. Huber Digreſſionn. Juſtinn. Lib. IIII. cap. X.* Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. III. §. 181. S. 282. ff. *Walch Introd. in controuerſſ. iur. ciuil. Sect. II. cap. I. §.* 6. *p.* 117. *ſq. ed. nouiſſ.* Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institut. §. 286. S. 151 f. *Scheidemantel Diſſ. de numero ſpecierum iuris in re, et praeſertim an poſſeſſio illis ſit adnumeranda*, (Stutg. 1786.) Glück Erläuterung der Pandecten, Th. II. §. 181. S. 549. ff. *de l'Eſpaul Specim. de poſſeſſione ſpeciebus iuris in re non adnumeranda*, (Lugd. Bat. 1784.)

f) *L.* 1. *§.* 3. *D. de Interdict.* Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipſa perſonalia ſunt.

g) *L.* 7. *D. de Vi et vi arm.* Quum a te vi deiectus ſim, ſi Titius eamdem rem poſſidere coeperit: non poſſum cum alio, quam tecum interdicto experiri.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0277
DFG

etiam iudicii mutandi cauſſa celebrata, in integrum reſtitutio edicto perpetuo permittatur: intelligis, ſi rem, ne ſecum ageretur, qui poſſidebat, venumdedit, et emtori tradidit: quem elegeris, conueniendi tibi tributam eſſe iure facultatem, keinesweges entgegen. Es enthält dieſe Geſetzſtelle ein Reſcript der Kayſer Diocletian und Maximian an einen gewiſſen Attalus, deſſen Sache von demjenigen, welcher ſie in Händen hatte, iudicii mutandi cauſſa an einen Dritten verkauft und dieſem wirklich übergeben worden war, um ſolchergeſtalt jenem die rechtliche Ausführung ſeiner Anſprüche zu erſchweren. Attalus hatte deshalb bey den gedachten Kayſern Vorſtellung gethan, und geziemend angefragt: ob er unter dieſen Umſtänden den alten oder den neuen Beſitzer belangen müſſe? worauf ihm denn hier zur Antwort ertheilet wird, er könne nach ſeinem Gutdünken entweder gegen den alten Beſitzer actione in factum ex edicto proconſulis die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſuchen, oder auch gegen den neuen Beſitzer actione in rem klagen; denn der Beſitz desjenigen, welcher die Sache in Händen hat, ſetze den Eigenthümer (aduerſarium) in den Stand, ſeine Sache zu vindiciren h). Man würde daher ſehr irren, wenn man aus den Anfangsworten der angezogenen Geſetzſtelle: *Quum in rem actionem poſſeſſio pariat aduerſario*, den Grundſatz, daß der Beſitz eine Realklage begründe, herleiten wollte. Eben ſo wenig kann man aber auch nach dem canoniſchen Rechte dem Beſitzer der bloßen Poſſeſſion wegen ein dingliches Recht an dem Beſitzgegenſtande zugeſtehen. Denn was das *Cap. 18. X. de Reſtit. ſpoliat.* anbetrifft, auf welches die Vertheidiger der gegenſeitigen Meinung vorzüglich provociren, ſo verordnet daſſelbe keinesweges, daß dem Spoliirten wider jeden dritten Beſitzer die Spolienklage zuſtändig ſeyn ſolle, ſondern geſtattet ſelbige ausdrücklich nur wider einen ſolchen Beſitzer, der zu der Zeit, als er die Sache an ſich brachte, Wiſſenſchaft von dem Spolium gehabt, und auf dieſe Weiſe durch Erwerbung der ſpoliirten Sache Antheil daran genommen hat.

§. 182.

Ohngeachtet einem bloß natürlichen Beſitzer diejenigen Poſſeſſionsrechte, welche lediglich der Civilbeſitz mit ſich führet, vernünftiger Weiſe nicht zugeeignet werden können, ſo ſtehen ihm gleichwohl ſolche Befugniſſe, welche von den Geſetzen einem jeden

h) *Dompierre de Jonquières Specim. de reſtitt. in integr. tit. VII. §. 8. p. 436. ſq. Aueranius Interprett. iur. Tom. I. Lib. I. cap. XV. num. 17. p. 97. ed. nouiſſ.* Daß unter dem aduerſario derjenige zu verſtehen ſey, welchem die Sache iudicii mutandi cauſſa verkauft war, und welchem um deswillen ſein Beſitz eine Realklage zuziehet, die ohne dieſen Beſitz nicht wider ihn ſtatt gefunden haben würde, behauptet *Marckart Interprett. receptt. iur. ciuil. lectt. Lib. I. cap. VII. §. 2. p. 46. ſqq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0278
DFG

jeden Besitze beygelegt worden sind, ohnstreitig zu. Auch der natürliche Besitzer kann nicht nur in gewissen Fällen das Retentionsrecht ausüben, sondern ist auch berechtiget, gegen unrechtmäßige Besitzbeeinträchtigungen sich mit Gewalt zu vertheidigen i), oder das interdictum vnde vi zu gebrauchen k). Ungegründet ist es daher, wenn unser Verfasser im allgemeinen sagt: *iura possessionis ciuili solum possessori competunt.*

Die natürliche Vorstellung, nach welcher man sich den Besitzgegenstand gemeiniglich zuerst als körperlich denket, ist auch anfänglich in der Civilrechtsgelahrtheit bey der Lehre vom Besitz zum Grunde gelegt worden, weil insbesondere nach den Principien der stoischen Philosophie nur körperlichen Dingen eine rechtliche Existenz beygelegt wurde l). Selbst nach positiven Begriffen ist demnach Besitz im ursprünglichen und eigentlichsten Verstande die Inhabung eines körperlichen Gegenstandes (detentio rei corporalis). In spätern Zeiten wendeten indessen die Gesetze diesen Begrif auch auf unkörperliche Dinge, das heißt, auf Gerechtsame und Befugnisse an, weil man deren Ausübung durch die dahin Bezug habenden Gebrauchshandlungen gleichsam in seiner Gewalt hat, sein physisches Vermögen dabey mittelbar auf körperliche Dinge wirksam äussert und den Besitzstand in Rücksicht gewisser Rechtsübungen wider jede Störung mit Gewalt vertheidigen kann. Auf diese Weise machen nun also außer körperlichen Sachen auch unkörperliche einen Gegenstand des Besitzes aus, welcher in dieser Beziehung auf jene Art von Gegenständen **analogischer**, imgleichen **uneigentlicher Besitz** oder **Quasipossession** genannt wird, weil man das, was eigentlich und ursprünglich nur bey dem Besitze körperlicher Dinge galt, auf den Gebrauch und die Ausübung der Gerechtsame uneigentlich und analogisch anwendete m). Da übrigens die Quasipossession Gebrauchs-

i) *L.* 1. *§.* 27. *D. de Vi et vi arm. L.* 1. *C. Vnde vi.*

k) *L.* 1. *§.* 9. 10. *et L.* 3. *§.* 13. *D. de Vi et vi arm.* Der Pächter kann indessen das Interdict nicht in seinem, sondern nur in des Verpächters Namen anstellen. Westphal System des römischen Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung, §. 254. S. 230.

l) *L.* 3. *pr. D. de Adquir. vel amitt. possess.* Possideri autem possunt, quae sunt *corporalia.*

m) *Theophilus Paraphras. ad pr. Institt. de Interd.* nennt die Quasipossession ἀσωμάτου πράγματος χρῆσιν, rei incorporalis vsum. Den Ausdruck *quasi possessio* findet man unter andern in der *L.* 10. *D. Si seruit. vindic.* wo Ulpian folgendes verfüget: Si quis diuturno vsu et longa *quasi possessione* ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est. *cf. L.* 20. *D. de Seruit. praedior. vrban. L.* 23. *§.* . *D. Ex quib. causs. maior.* Auch erwähnet Ulpian in der *L.* 2. *§.* 3. *D. de Precar.* eines Besitzes von Gerechtsamen

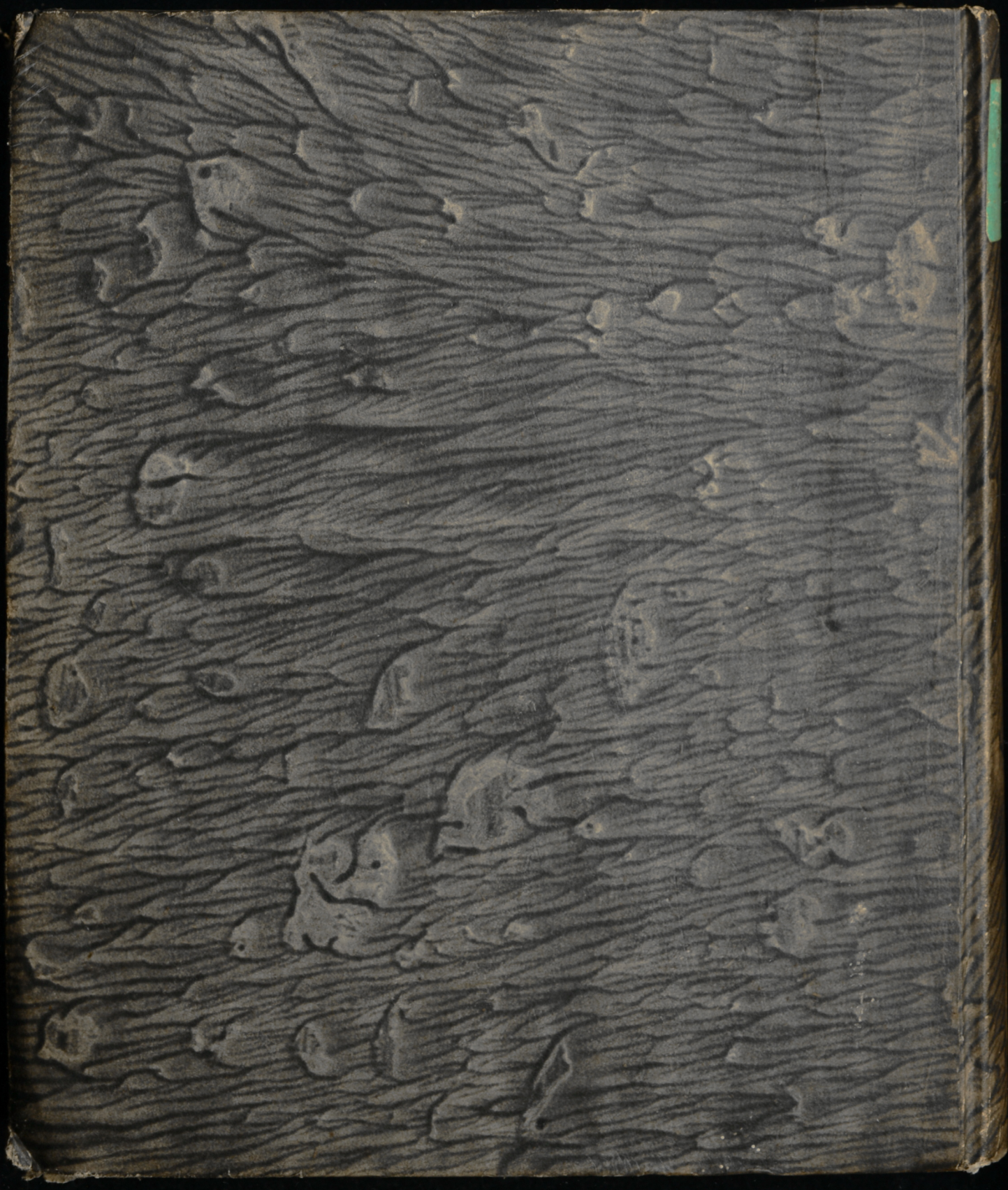
Gebrauchs- und Ausübungshandlungen wesentlich voraus setzt, so kann sie nur solche Gerechtsame und Befugnisse, welche zu einer wiederholten und fortwirkenden Ausübung durch einzelne Thathandlungen geeigenschaftet sind, zum Gegenstande haben. Von dieser Beschaffenheit sind nicht nur dingliche Gerechtsame, sondern auch Personenrechte, wie unten im Titel der Pandecten *de Adquir. vel amitt. possess.* ausführlicher gezeiget werden soll.

LIB. I. TIT. VIIII.

DE SENATORIBVS.

In dem gegenwärtigen Titel und allen übrigen des ersten Buches der Pandecten handeln die Compilatoren derselben von den verschiedenen Gattungen der römischen Magistratspersonen. Da inzwischen die bey den Römern üblichen obrigkeitlichen Aemter auf die besondere Einrichtung und Regimentsverfassung des römischen Staats sich lediglich beziehen, und heutiges Tages nicht weiter statt finden, so hielt es unser Verfasser für unnöthig, bey ihnen zu verweilen, und begnügte sich, die davon handelnden Titel cursorisch anzuführen.

men, wie fern solcher durch Gebrauchs- und Ausübungshandlungen zu erkennen gegeben wird, indem er daselbst sagt: Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel iuris adeptus est, ex hac solummodo caussa, quod preces adhibuit, et inpetrauit, vt sibi possidere aut vti liceat. *cf. L. 15. §. 2. D. eod.*



Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822198010/phys_0284
DFG

factiones nullo cogente imperio, sed libero arbitrio, et
fectas patauerit esse veniendum, vel interpellando iudi-
blicando principibus, vel non implendo promissa; eas
o dei omnipotentis nomine, eo auctore solidauerit: non so-
nfamia, verum etiam actione priuatus, restituta poena,
obatur inserta, et rerum proprietate careat, et emolu-
ex pactione vel transactione illa fuerit consequutus.
eorum mox commodo deputabuntur, qui intemerata
auerint. Eos etiam huius legis vel iactura dignos esse
munere, qui nomina nostra placitis inserentes, *salutem*
nfirmationem initarum iurauerint esse pactionum. Ist
u mehrerer Sicherheit mit einem Eide bekräftiget worden, so
elcher ihn boshafter Weise dennoch nicht hält, in der Voraus-
das Alter der Volljährigkeit bereits erreichet hat, nicht nur
erlustig und gehalten seyn, alles dasjenige, was er aus dem
erhalten hat, zu restituiren, sondern er soll auch die auf die
s Transacts gesetzte Conventionalstrafe erlegen, und außerdem
iger mit der Strafe der Ehrlosigkeit belegt werden.

letzteren Gesetzstelle entstehen übrigens einige wichtige Fragen,
t unbemerkt lassen dürfen.

fragt es sich: **ist die** *L.* 41. *C. de Transact.* **bey vorkommen-**
ch heutiges Tages in unseren Gerichten anzuwenden?
r kein Grund ausfindig machen, weswegen man die Annahme
ng mit der Reception des justinianeischen Gesetzbuches als eines
s in Deutschland bezweifeln könnte, und wenn gleich von
h) den heutigen Gebrauch derselben dennoch leugnen will, so
gen **Brunnemann** i), **Harpprecht** k), **Richter** l) und

wegen Tr. de legg. abrogg. et inusit. ad L. 41. C. de Transact. p.
iss.

ann Com. in Cod. ad L. 41. C. de Transact. p. m. 129. sq.

cht Diss. de remedio legis 41. C. de Transact. §. 1. (in Eiusdem disser-
Vol. I. num. VIII. p. 318. sq.)

C nsil. et respons. Vol. II. num. CLXXVI.