



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

jur. is. 213e (3.

<36622606250014

<36622606250014

Bayer. Staatsbibliothek

Rechtslexikon.

Dritter Band.

Confrontation — Erbschaftstheilung.

Rechtslexikon

für

Juristen aller teutschen Staaten

enthaltend

die gesammte

Rechtswissenschaft.

bearbeitet

von

Prof. Dr. **Arndts** in München; Advocat **Sopp** in Darmstadt; Regierungsrath **Buddens** in Leipzig; Advocat **Sans** in Gelle; Prof. Dr. **Saupp** in Breslau; Domherr, Ordinarius u. Dr. **Säntner** in Leipzig; Prof. Dr. **Heimbeck** in Leipzig; Prof. Dr. **Jacobson** in Königsberg; Prof. Dr. **Jordan** in Marburg; Prof. Dr. **Luden** in Jena; Prof. Dr. **Kaurenbrecher** in Bonn; Richt- und Staatsrath von **Kaurer** in München; Prof. Dr. **Michaelis** in Tübingen; Geheimen-Rath u. Rittermaler in Heidelberg; Hofrath Dr. **Suchta** in Leipzig; Prof. Dr. **Reyscher** in Tübingen; Prof. Dr. **Richter** in Marburg; L. L. Appellationrath Dr. **Tausch** in Klagenfurt; Ganzer u. Dr. von **Wächter** in Tübingen; Prof. Dr. **Weiß** in Gießen; Prof. Dr. **Wilde** in Halle; Prof. Dr. **Witte** in Halle; D.-J.-Rath von **Zirkler**, Mitglied des L. w. Staatsgerichtshofes u. in Tübingen und Andern,

redigirt

von

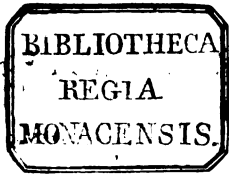
Dr. **Julius Weiske**,
Professor in Leipzig.

Dritter Band.

Confrontation — Erbschaftstheilung.

Leipzig, 1841.

Verlag von Otto Wigand.



Confrontation. Dieses neulateinische Wort ist offenbar gebildet aus *frons*, die Stirne¹⁾, und würde daher buchstäblich so viel heißen, als ein Act, wobei zwei oder mehrere Individuen Stirn gegen Stirn gestellt werden. Es ist also bei der Confrontation wesentlich darauf abgesehen, daß Personen, die ein gemeinschaftliches Interesse haben, ihre Gedanken, ihre Wahrnehmungen sich vorzuhalten und auszutauschen, zusammenkommen und sich aussprechen können. Immer mehr bürgert sich dafür ein der deutsche Ausdruck *Gegenstellung*, *Entgegenstellung*, und es liegt hierin zugleich etwas Milderes, als in dem tropischen Reffen der Stirne, wobei die *Recht*heit mehr zu gewinnen scheint, als die *Wahrheit*.

Nach dem Ursprunge dieses Rechtsinstitutes forschet man in den älteren Gesetzbüchern vergebens; doch scheint es zu gleicher Zeit mit der Carolina in den deutschen Gerichten Eingang gefunden zu haben, indem schon *Damhouder*²⁾ davon Erwähnung thut, und von da an alle bedeutenderen Criminalisten³⁾ und Lexikographen⁴⁾ davon handeln⁵⁾.

Es ist begreiflich, daß die *Gegenstellung* von der Zeit an, wo Erforschung objectiver Wahrheit als Hauptzweck des Strafprozesses sich herausbildete⁶⁾, als eine nothwendige Vermittelung starrer Gegensätze erkannt

1) Fälschlich wird zuweilen von Praktikern geschrieben *confrondatio*. Auch in *Joanna. de Hein*, *prompt. iur.* (1720), findet sich dieser Fehler. Griechisch nach *Budaeus*: *ἀντιπρόσωπος ἵσταται*.

2) *Praxis rer. crim.* (Antwerp. 1562.) cap. XLVII.

3) Namentlich *Carpsov*, *practica rer. crim.* Pars III. quaest. CXIV. nr. 75—79, wo die *Borpdnger* citirt sind; später *Quistorp*, *Grundsätze des peinlichen Rechtes*, Th. II, §. 713—721, und von da alle Lehrer des Criminalprozesses.

4) *J. B. Chr. Diether*, *continuatio thes. pract.* (Besoldiani 1699), *J. de Hein l. c.*, *J. Speidel*, *biblioth. iurid. univ.* (1728) sub voce: *confrontatio*.

5) Vergl. auch den Aufsatz von *L. v. Jagemann* im neuen Archiv des Criminalrechtes, Jahrgang 1835, St. I.: *Bann und wie findet im Strafprozesse Confrontation statt?* und *J. Otto Tabor*, *de confrontatione disputationes V.* (Glossae 1663.)

6) *Pentz*, *Handbuch des Criminalrechtes*, Th. III. (Berlin 1838), sagt S. 801: daß die materielle Wahrheit ausgemittelt werde, so weit sie von Menschen ausgemittelt werden kann, daß der Schuld die angemessene Strafe folge, daß den Unschuldigen kein unverdientes, den Schuldigen kein zu schweres Uebel treffe: Alles das sind Forderungen der Gerechtigkeit.

wurde. Oeffentlich mündliches Verfahren bedarf allerdings keiner ausdrücklichen Sanction dieses Actes, da nicht nur alle Betheiligten verlangen können, bei der Abhör oder wenigstens bei der Recapitulation der Aussage aller Inculpaten und Zeugen anwesend zu sein⁷⁾, sondern auch das Publicum eine beständige Controle abgibt; ja in England ist sogar das Kreuzverhör unter den Angeklagten und Zeugen gestattet; aber das geheime Verfahren würde ein großes Unrecht begehen, wenn es nicht in einem besonderen Acte den Inculpaten die gravirenden Zeugen vor die Augen stellen würde, — ein Unrecht theils gegen den möglicherweise unschuldig Verfolgten, theils gegen das Gesetz, welches die genaueste Aufklärung der Thatfachen erheischt.

Früher wußte die Praxis nur von einer Gegenstellung der sich wechselseitig beschuldigenden Complicen und der disharmonirenden Zeugen⁸⁾; inzwischen kam als Hauptact hinzu die Confrontation von Angeschuldigten mit Zeugen. So lange man sich aber jetzt schon dieses Erforschungsmittels bedient, so ist doch noch keine feste Regel dafür aufgestellt worden und Einige dehnen die Anlässe zu dessen Anwendung zu sehr aus, während Andere es allzusehr beschränken. Um die wahre Methode zu finden, muß man auf den Grund der Sache, wie überall, zurückgehen.

Das Einzelverhör ist und bleibt im Inquisitionsprozeße Regel, und zwar aus verschiedenen Ursachen; einmal, weil so wenig als möglich Zeugen dabei sein sollen, während sich der Richter vertraulich mit Jemandem unterredet; dann, weil es die wesentliche Aufgabe des Inquirenten ist, ohne Mitwirkung dritter Personen⁹⁾ durch geschickte Fragen eine wahrheitsgemäße Deposition zu erhalten; endlich, weil man für eine ruhige, leidenschaftslose Erörterung¹⁰⁾, wie sie dem Gerechtigkeitsprincipe entspricht, nicht mehr bürgen kann, sobald sich die Contradictanten gleichsam wie feindliche Parteien gegenüberreten. In der That liegt stets etwas Gehässiges darin, daß an einem Orte, wo die Wahrheitspflicht in vollem Maße gilt, Einer dem Anderen eine Unwahrheit, ja eine Lüge vorwirft.

Hieraus ergibt sich von selbst, daß Confrontation nur als ein Aus-

7) Roy, des institutions, Vol. I. p. 56. Vol. II. p. 335, 385. Rittermaier, das deutsche Strafverf. (3. Aufl. 1839) Bb. I, S. 163.

8) Damhouder l. c.: Quum duorum captivorum alter alteri crimen imponit et in delationibus discordant, iubet utrunque iudex sibi sisti; — similem quoque confrontationem exercet, quoties duo testes in materia criminali disconveniunt.

9) Martin, Lehrbuch des Criminalprozeßes (4. Ausg. 1836), §. 63, 115, nennt als Hauptgrund die Vermeidung von Collusionen; doch muß man hier weniger an Intriguen, als an die Möglichkeit einer unwillkürlichen Nachrederei und Accomodation der Aussagen denken. Vergl. übrigens v. Jagemann, Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde (Frankfurt 1833), §. 509—512.

10) Heinroth, über die Wahrheit (Leipzig 1824), sagt sehr richtig S. 241: Die Wahrheit offenbart sich objectiv durch Freiheit der Erkenntniß; subjectiv durch innere Einigkeit.

nahme verhö^r 11) betrachtet werden kann. Es fragt sich aber, unter welchen Bedingungen diese Ausnahme eintreten darf und soll.

Der Richter hat vorerst alle Personen, die dem Vermuthen nach irgend Auskunft über das vorliegende Verbrechen geben können, einzeln und ohne vorgefasste Meinung zu vernehmen; sind sie alle abgehört, so bildet sich ein Fürwahhalten, aber noch keine Gewißheit, sowie diese überhaupt der Untersuchungsrichter nur denken, aber nie aussprechen darf¹²⁾, wenn er dem Spruchrichter nicht vorgreifen will. Eine Vergleichung der Aussagen der Inculpaten und der Zeugen führt ihn auf mehr oder minder bedeutende Widersprüche; ja man kann sagen, daß in keinem Untersuchungsfalle eine vollkommen, bis in die kleinsten Einzelheiten gehende Concordanz auf die erste Abhör zu erzielen sei. Sehr oft werden diese Widersprüche zu lösen sein durch weiteres specielleres Verhö^r der Deponenten, und zwar theils durch das Anhalten zur Zergliederung aller Thatfachen, theils durch Veranlassung, die Gedächtniskraft mehr anzustrengen, theils durch Erwecken einer richtigen Vorstellung von der Wichtigkeit der Sache. Ist der Deponent auf diesem Wege nicht zur Abweichung von seinen ersten Angaben zu bringen, so folgt der Vorhalt der gegentheiligen Aussagen, jedoch nur schrittweise und mit Vorsicht, damit nicht eine Nöthigung¹³⁾ darin gefunden werde. Dieser Vorhalt geschieht zuerst bei demjenigen, von dem man glaubt, er stehe mit dem wahren Thatverhalt in Widerspruch, und bleibt dieß ohne Erfolg, so hält man ebenso dem anderen Theile das Entgegenstehende vor. Wenn diese Versuche der Ausgleichung fruchtlos erschöpft sind, so entsteht erst die Frage: ob zur Confrontation geschritten werden müsse. Keine Billigung verdient die Maxime mancher Praktiker, daß wegen eines jeden ungelösten Widerspruchs Confrontation anzuordnen sei¹⁴⁾. Man darf nämlich nie vergessen, daß dieser Act in der Regel für beide Theile ein höchst unan-

11) Diether l. c. p. 140, ist sogar der Ansicht, daß es nicht nothwendig sei, diesen Act vorzunehmen: *Confrontatio non est de substantia processus inquisitionis, nec omisa ipsum vitiat*. Man kann aber einwenden: Es ist Alles wesentlich, was die Wahrheit zu fördern vermag. Confrontationen liefern zwar selten, vielleicht unter zwanzigmal nur einmal, ein neues Ergebniß; aber schon diese Möglichkeit reicht hin, sie dringend anzupfehlen.

12) Holten, Anweisung zum Verfahren in Strafsachen (Stuttgart 1809), sagt: der Inquisitor betrachte die Untersuchung nicht als Mittel für die Berichtigung seines Combinationsvermögens.

13) Dieß ist der wahr Begriff einer verbotenen Suggestion. Nur wenn die Freiheit des Willens oder der Einsicht durch die Form einer Frage oder eines Vorhaltes beeinträchtigt werden kann, erscheint diese ordnungswidrig. Littmann, Handbuch der Strafrechtsw. Th. III, S. 362. — Rittermaier, das truische Strafverfahren, Th. I, S. 494, bemerkt sehr richtig, daß überall, wo keine Foller und keine Eagenstrafen mehr bestehen, die Suggestion, sobald sie nur mit der nöthigen Vorsicht angewendet wird, keinem erheblichen Bedenken unterliegt. Vergl. jedoch Martin a. a. D. S. 187, 188.

14) Kleinschrod, über die Nothwendigkeit, den Gebrauch der Confrontationen in peinlichen Processen einzuschränken (Abhandl. I, R. 3). Holten a. a. D. S. 140. Martin a. a. D. S. 285. Stäbel, Criminalverfahren, Bd. VI, S. 2069.

genehmer ist. Nicht immer ist böser Wille oder der Lügengeist Ursache des Widerstreites in den Aussagen; auch Irrthum, trübe Erinnerung und Phantasie¹⁵⁾ können zur falschen Darstellung einer Thatsache verleiten, und in solchen Fällen läßt sich, wenn einmal der Vorhalt des Gegenseitigen vergeblich war, kaum erwarten, daß die Confrontation ein weiters Resultat herbeiführen werde. Denn was die Seele einmal nicht zu reproduciren vermag, dessen kann sich auch der Verstand, trotz aller Ueberzeugungsgründe, nicht mehr lebendig bewußt werden. Man muß daher vor Allem unterscheiden, ob das Subject, von dem man glaubt, daß es eine Thatsache unrichtig erzählt habe, von gutem oder zweideutigem Charakter ist. Im ersten Falle wird man die Unannehmlichkeit so lange wie möglich zu ersparen suchen; auch bringt man dergleichen Personen gewöhnlich schon durch die Andeutung, daß es zur Gegenstellung kommen könne, so weit, daß sie sagen: es sei möglich, daß der Gegentheil Recht habe; daß sie ihm vertrauen und ihre Meinung unterordnen wollten, wenn er standhaft darauf beharre oder schwören könne¹⁶⁾. Hat es dagegen den Anschein, daß es nur auf Winkelzüge, auf Täuschung und Trug bei dem Leugnen abgesehen sei, so kann die Gegenstellung nur in seltenen Fällen umgangen werden. Immer bleibt aber die Rücksicht auf einen ehrenwerthen Contradicenten noch übrig, der sich nur ungern einem frechen Lügner gegenüberstellen ließe¹⁷⁾. Ist es schon an und für sich eine der härtesten Staatsbürgerpflichten, gerichtliches Zeugniß ablegen zu müssen, so wird die Forderung des Gesetzes um so lästiger, wenn man sich den Infolgen eines determinirten Verbrechens aussetzen muß, und ginge auch der Act ohne directe Beleidigung vorüber, so ist es einem honetten Menschen schon peinlich, seine wohlüberlegte und durch Eid bekräftigte Aussage als wahr nicht anerkannt zu sehen und einem vielleicht schon durch den Anblick abschreckenden Individuum dabei gegenüberstehen zu müssen¹⁸⁾.

Aber nicht bloß diese zarten Rücksichten, sondern auch politische, müssen den Inquirenten bestimmen, die Confrontation so viel wie möglich einzuschränken. Man kann nämlich annehmen, daß Leute, die ein-

15) Ja, es gibt sogar Gewohnheitslügen, die bloß aus Leichtsinne oder aus Kleinlichen Rücksichten allem Erlebten in der Erzählung ein etwas verändertes Colorit geben. Vergl. Heinroth, die Lüge (Leipzig 1834), S. 173. Aber solche Subjecte vermag man durch ernste Beweissührung doch meist zur Besinnung zu bringen.

16) Man wird sich mit einer solchen Erklärung um so mehr beruhigen können, als eine ausbrüchliche Affirmation von dem Nichtverweifen der entgegengesetzten Aussage materiell wenig verschieden ist.

17) Etwas Schimpfliches läßt sich zwar, wie Wittermaier a. a. D. S. 405 bemerkt, in dem Act nicht erkennen; aber etwas Empfindliches, ja Verletzendes kann doch ein Gebildeter darin finden. Vergl. Taborsl. a. p. 132, 133, wo es unter Andern heißt: *Honestum virum aut matronam ad confrontationem facile adigendam non esse.*

18) Stäbel a. a. D. §. 2068, hat Recht, wenn er behauptet, ein Jeder, der zur Ablegung des Zeugnisses überhaupt verpflichtet sei, habe kein Widerspruchsrecht gegen die Confrontation. — Aber Gründe der Billigkeit können dagegen vorgebracht werden.

mal gerichtlich confrontirt sind, von nun an sich nicht mehr gut werden¹⁹⁾, ja in Verfolgungen übergehen. Die bürgerliche Eintracht zu erhalten, gebietet zu den schönsten Aufgaben der Regierung, und es darf daher ein Richter, als Handhaber der gesetzlichen Ordnung, am wenigsten zu einer leichtsinnigen Fieberslösung sich verleiten lassen. Nur wenn das höhere Gebot, ein gerechtes Urtheil vorzubereiten, es erfordert, darf er solche Zerwürfnisse herbeiführen, und auch dann ist er noch zur höchsten Aufmerksamkeit verpflichtet, widrigen Auftritten überall nach Kräften vorzubeugen.

Häufige Confrontationen haben aber auch den Nachtheil, daß die Entgegengesetzten am Ende gleichgiltig dabei werden und, folgeweise, zum Widerruf etwaiger Lügen sich unter keiner Bedingung mehr bequemen. Deshalb wird es auch wieder wesentlich, die Confrontationen immer so kurz als möglich abzumachen. Im Irrthum ist, wer da meint, ein Inculpat set um so eher zu erweichen, je länger er die Gewissensfolter aushalten muß, einem angesehenen Zeugen gegenüberzustehen, der sein Lügengebäude Wort für Wort zusammenkreist; die Gewohnheit ist die mächtigste Herrscherin in allen Sphären menschlicher Handlung, und so gewöhnt sich auch der Inculpat an den anfangs unheimlichen Anblick des Lügenfeindes und gewinnt zuletzt wohl gänzlich die nöthige Ruhe, um festen Widerstand zu leisten²⁰⁾. Faßt man dagegen die Hauptpunkte in wenigen Sätzen zusammen, so bleibt der Eindruck intensiver und der Angeklagte kann sich vielleicht in seiner Besorgniß noch Manches hinzudenken, was der Gegner wissen dürfte, ohne es ausgesprochen zu haben²¹⁾.

Endlich soll nicht unerwähnt bleiben, daß der Inquirent seine kostbare Zeit nicht auf überflüssige Geschäfte verwenden darf. Wie manchmal würden die Stunden, die mit unnöthigen, weitschweifigen Confrontationen hingehen, besser zur gründlichen Erforschung der Seelen- und

19) v. Jagemann, im neuen Archiv a. a. D. S. 51, 54. Es mag hier die Bemerkung eine Stelle finden, daß der Richter, sobald er bei der Confrontation eine Drohung vernimmt, wohl daran thun wird, dieselbe actenmäßig zu machen, und dem Drohenden zu erklären, daß nun ein gesetzliches Indictum gegen ihn begründet sei, sobald dem Bedrohten ein Leid geschehe. P.-G.-D. Art. 32.

20) Deshalb darf auch die Confrontation nicht später als mehrere Tage nach dem Einzelverhöre, wo dem Inculpaten der Widerspruch vorgehalten wurde, vorgenommen werden; denn je länger dieser darüber nachdenkt, desto leichter wird es ihm, einen Ausweg zu finden, wie er an der Unannehmlichkeit vorbeikommen kann. Besonders bei klugen und verschmitzten Inquisiten ist es nothwendig, die Gegenstellung der Zeugen so überraschend und präcis als möglich einzuleiten. v. Jagemann, Handbuch der Untersuchungskunde, §. 300—305.

21) Etwas Myrtilleses kann, wenn es auch nur anscheinend ist, einen leugnenden Verbrecher so beruhigen, daß er endlich seine Reue nicht mehr bezähmen kann, danach fragt und sich zugleich gefangen gibt, weil er von Dingen spricht, die ihm vom Richter noch nicht vorgehalten wurden, wie z. B. wenn er von einem wortkargen Zeugen sagt: der glaubt vielleicht, ich hätte ein Messer gehabt; da lirt er sich aber sehr.

Gemüthszustände im Augenblicke der That benutzt, worüber die Untersuchungsacten so selten befriedigenden Aufschluß geben²²⁾.

Der Act der Gegenstellung sollte nur dann angeordnet werden, wenn es sich um die Aufklärung von Thatsachen handelt, die integrierend zu den Beweissätzen des Thatbestandes, der Thäterschaft oder der behaupteten Unschuld gehören²³⁾.

Nebenumstände, untergeordnete Specialitäten der Thatsachen, Vermuthungen und Dunkelheiten in den Aussagen können daher in der Regel nicht die Confrontation herbeiführen, und wenn es hier einmal dazu kommt, so kann nur die besondere Wichtigkeit des Falles es motiviren.

Hat der Richter den Act für nöthig erkannt, so entsteht wieder die Frage, ob er ihn den Betheiligten vorher ankündigen soll. Früher war dieß als ein Essentiale der Prozeßleitung erkannt, indem es dem Inculpaten gestattet war, eine *defensio pro avertenda confrontatione* zu versuchen. So interessant dieß ist, weil es einen Beweis liefert, daß auch die älteren Juristen die oben aufgestellte Ansicht, daß die Confrontation eine sehr empfindliche Maßregel sei, theilten, so ist es doch zu loben, daß die Praxis diese Art der Defension²⁴⁾, die nur dazu diente, die Untersuchungen in die Länge zu ziehen, theils ausdrücklich, theils stillschweigend aufhob; denn am Ende kam doch Alles immer wieder auf das Ermessen des Richters an, dem nirgends gesetzlich vorgeschrieben ist, wann und in welcher Ausdehnung er Confrontationen vornehmen soll.

Als unabänderliche Regel kann es nicht gelten, daß das Vorhaben der Gegenstellung vorhergesagt werde²⁵⁾. Es kommt auf den Charakter der Individuen dabei an. Den Zeugen pflegt man, sobald sie nicht ganz unverdächtig erscheinen, die Schlussfrage zu stellen: ob sie im Stande seien, ihre Angaben dem Inculpaten ins Gesicht zu wiederholen²⁶⁾. Man beabsichtigt dabei nicht nur, daß sie etwaige Unwahrheiten oder Verdrehungen bei Zeiten widerrufen möchten, um sich eine Beschämung, ja vielleicht eine Meinelidsstrafe zu ersparen, sondern es sucht auch der Richter einer großen Verlegenheit vorzubauen, welche dadurch entstehen könnte,

22) Heintzsch, System der psychisch-gerichtlichen Medicin (Leipzig 1825), S. 396—426.

23) Diesem in v. Sagemann's Aufsätze im neuen Archiv a. a. D. S. 33, aufgestellten Satze sind bereits beigetreten Henke, Handbuch des Criminalrechtes, Bd. IV, S. 698, Rittermaier, Strafverf. (3. Ausg.), Bd. I, S. 407. Am wenigsten wurde bisher der Unschuldsbeweis in dieser Beziehung berücksichtigt, und doch sollte jeder Entlastungszeuge, der das, was Inculpat durch ihn bestätigt wissen will, nicht aussagt, ihm entgegengestellt werden, wie z. B. wegen des behaupteten alibi.

24) Es wurde sogar eine Abhandlung darüber geschrieben von Eschenbach in comment. iur. Fasc. I. Nr. 4. (Rostochii 1784.)

25) Daß es wesentlich dabei auf eine Ueberraschung abgesehen sei, meinen A begg, Lehrbuch des Criminalprozesses (Königsberg 1833), S. 199, und Bauer, Lehrbuch des Strafprozesses (Göttingen 1835), §. 131; Wolley a. a. D. §. 142; Rittermaier a. a. D. S. 409.

26) Pfister, merkw. Criminalfälle, Bd. V, S. 525, Nr. 14, macht hierüber Bemerkungen, welche sich täglich in der Erfahrung erproben.

daß der Zeuge im entscheidenden Augenblicke zurückgeht und so dem Anschuldigungsbeweise eine unheilbare Blöße gibt²⁷). Letzteres kann auch ein Grund werden, unverdächtigen Zeugen gerade umgekehrt das Vorhaben der Gegenstellung zu verschweigen und sie ganz unerwartet mit dem Inculpaten zusammenzubringen. Dieß wird nämlich rathsam bei weichenmüthigen und scrupulösen Menschen²⁸). Wissen diese einmal, daß sie einem Delinquenten, der vielleicht dazu noch Gefangener ist, seine unglücklichen Bekerkungen ins Angesicht sagen sollen, so machen sie sich, je länger sie darüber nachdenken, um so mehr Vorwürfe oder Bewißensbisse und können dahin gelangen, daß sie dann in der Confrontation selbst kein Wort mehr mit Festigkeit zu behaupten vermögen. Sowie aber der Anschuldigungszeuge jaghaft ist²⁹), schadet er mehr, als er nützt, weil dann der Inculpat nie unterläßt, die Glaubwürdigkeit des Zeugnisses anzusehen. Dagegen muß man auch vorsorgen, daß die unvorbereiteten Zeugen nicht erschrecken, sondern ihnen, wenn sie auf Ladung erscheinen, mit wenigen Worten auseinandersetzen, auf was es bei der Confrontation ankomme³⁰), die dann unmittelbar darauf vorgenommen wird.

Den Inculpaten sollte der Act immer vorher wo nicht angekündigt, doch angedeutet werden, wie etwa durch die Frage: ob sie dem Zeugen selbst gegenüber ihre Angaben behaupten, oder ob sie dem Zeugen beim Ablengnen seiner Erzählung ins Auge zu schauen sich getrauten³¹) und dergl. Es gehört zwar zu den Ausnahmen, aber nicht zu den ganz Seltenen, daß der Inculpat auf die Ansage der Gegenstellung von seinem Widerspruche abgeht, theils aus Schreue vor hochgeachteten Zeugen, theils aus Scham, der Lüge geziehen zu werden, theils aus Ueberzeugung, daß es, wenn einmal der Zeuge bereit ist, seine Deposition angefsichtlich zu wiederholen, zu erwarten steht, daß er auch Wort halte und dann nichts weiter, als eine Verzögerung bei der Gegenstellung herauskomme. Man

27) Es ist nicht davon die Rede, daß ein falscher Zeuge entlarvt und die Anschuldigung zum Siege geführt wird, welches nur wünschenswerth sein kann, sondern davon, daß beim Vorliegen vielfältiger Verdachtsgründe nicht ein unsicherer Zeuge plötzlich außer Fassung gebracht und dadurch die Frechheit des Angeklagten gehindert werde.

28) v. Jagemann, im neuen Archiv a. a. D. S. 57.

29) Bolley, a. a. D. S. 278, kennt das Leben genau, wenn er sagt: Auch die wahrhaftesten Zeugen zeigen oft Schrecken bei der Confrontation, theils wegen der Wichtigkeit der Handlung selbst, theils wegen des falschen Wahnes, als ob sie eine Blutschuld auf sich laden, theils aus Furcht vor der Person des Inquisiten.

30) Bawellen ist es auch rathsam, den Zeugen zu verbieten, von gewissen Thatumständen, die noch nicht hinlänglich aufgeklärt sind, oder worüber der Inquisit noch nicht speckel verhört ist, zu sprechen. Ueberhaupt ist in wichtigen Fällen gut, vorerst mit den Zeugen einen Plan zu verabreden, wie sie sich zu betheiligen haben, um den möglichsten Eindruck hervorzubringen. Dieser Plan muß jedoch ehrlich sein, und darf nicht einer Intrigue ähnlich werden. Bezgl. Müller, Lehrbuch des Criminalprocesses (Braunschweig 1837), S. 343, bef. Anm. 3).

31) Man kann dabei hinzusetzen, daß man gern dem Inculpaten die Unannehmlichkeit einer Gegenstellung, welche auf erfolgreiches Geständniß nicht mehr notwendig sei, ersparen wolle.

darf sich übrigens in solchen Fällen mit der oft gegebenen Erklärung der Inculpaten: daß sie die Aussagen der Zeugen als wahr gelten lassen wollen, niemals begnügen, weil dieß wie eine Transaction aussehn würde, sondern Inculpat muß aus eigener Erinnerung die Thatfachen erschöpfend vortragen, wenn er mit der Gegenstellung verschont bleiben will. Der Zeitpunkt, wann³²⁾ diese ausgeführt wird, braucht dem Inculpaten so wenig vorhergesagt zu werden, als überhaupt, wann man ein Verhör mit ihm abhalten will: denn es ist wünschenswerth, daß ein hartnäckiger Leugner durch die Zeugen überrast³³⁾ werde und nicht in einer Stimmung vor sie trete, die schon viele Stunden vorher berechnet ist. Was die Zeugen angeben, weiß er ja schon aus dem Einzelverhöre; es kann also nur noch auf einen imponirenden persönlichen Eindruck ankommen.

Zeugen unter sich sollen durchaus nicht confrontirt werden, ohne daß man sich vorher bemüht hätte, ihre Widersprüche durch Ankündigung dieser unangenehmen Maßregel auszugleichen. Die Wahrheitspflicht der Zeugen geht natürlich weiter, als die des Angeklagten: denn diesen entschuldigt beim Leugnen einigermaßen das reinmenschliche Unlustgefühl, sich ein Strafübel zuzuziehen, während der Zeuge sich nur geehrt fühlen kann, wenn er vom Staate im Dienste der Gerechtigkeit aufgerufen wird. Die Kränkung und Niederlage eines Zeugen, der in der Confrontation der Lüge überwiesen wird, ist daher weit größer, als beim Inculpaten, der sich im Nothstande wähnt. Eben aus dieser Ursache haben auch die Confrontationen von Zeugen mit Zeugen weit seltener einen Erfolg, als andere Arten der Gegenstellung. Ist jedoch gar nicht daran vorbeizukommen, um eine wichtige Thatfache aufs Genaueste untersucht zu haben, so ist wieder ein Augenmerk darauf zu richten, ob der Zeuge schon beeidigt sei, oder nicht. Viele sind der Meinung³⁴⁾, daß überhaupt ein Zeuge nicht anders, als nach vorausgegangener Beeidigung verhört werden dürfe. Ohne in diese anderwärts zu besprechende Controverse näher einzugehen, darf hier doch die Bemerkung eine Stelle

32) Keinesfalls kann man eher dazu schreiten, als die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit aus den Acten hervorgeht. Tabor l. c. disp. I. thes. 24. p. 17. et disp. I. th. 35. p. 27, 28. Carpzov l. c. nr. 77, 78. Auf die Tageszeit braucht man dabei gar keine Rücksicht zu nehmen; man kann in eilenden Fällen, besonders geständige Mitschuldige in der Nacht confrontiren.

33) In so weit nur, als der mit Besorgniß erwartete Augenblick plözlich eintritt, kann in der Regel eine Ueberraschung gebilligt werden; nur die verstocktesten Verbrecher darf man ganz unvorbereitet vor die Zeugen führen. — Temme, Commentar über die preuß. Criminalordnung, S. 141, stimmt hierin bei, verkennet aber offenbar den Zweck dieses Actes, wenn er auf Verwirrung des Inculpaten hinwirken will; im Gegentheile muß die Confrontation, sobald Verwirrung eintritt, suspendirt werden. Vergl. auch Littmann, Handbuch der Strafrechtsw. Bd. III, S. 423.

34) Martin, Rechtsgutachten des Spruchcollegiums zu Heidelberg (Heidelberg 1808), Bd. I, S. 112—114. — Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechtes (Halle 1833), S. 619. Brunnemann, de proc. inq. cap. VIII. nr. 44—48. Müller, Lehrbuch des Criminalproz. S. 150. — Vergl. Zachariä, Grundlinien des Criminalproz. (Göttingen 1837), S. 151.

finden, daß das erste Verhör einer jeden Person in der Regel informativ ist, indem der Inquirent im Anfange nie mit Sicherheit unterscheiden kann, wer bei der Sache theilhaftig sei, oder nicht³⁵⁾. Jemanden aber, der selbst zu der verbrecherischen That mitwirkte, von vorn herein beidigt zu haben, gehört zu den störendsten Begegnissen. Doch kommt hinsichtlich der Confrontation noch der specielle Grund für die Nachbeidigung hinzu, daß Meineiden eher vorgebeugt und folgeweise ein befriedigendes Resultat erzielt werden kann. Stehen sich Zeugen im Einzelverhöre noch so schroff entgegen, so nähern sie sich gewiß immer bei einer vertraulichen Unterredung³⁶⁾, wo Einer das Gedächtniß des Andern durch kleine Nebenumstände auffrischt, und sie haben dann auch bei der Berichtung ihrer Aussagen³⁷⁾ nicht zu beforgen, daß sie wegen Verletzung der Eidspflicht in Untersuchung gezogen werden. Laut man übrigens einem der Contradicenten volle Gewissenhaftigkeit zu, so kann man diesen beidigen und dann mit dem Unbeidigten confrontiren³⁸⁾, worauf es sich zeigen wird, ob der letztere sich unverdächtig genug benimmt, daß er ebenfalls zum Eide angehalten werden kann. Sind Zeugen, die sich grell widersprechen, beiderseits schon beidigt, so unterläßt man wohl besser die einmal veräumte Gegenstellung, weil voraussichtlich nichts weiter, als ein gerichtlicher Scandal damit bezweckt wird, wobei ein Theil den anderen des Meineides zu beschuldigen gleichsam genöthigt wird, ohne daß deshalb der Richter immer in der Lage wäre, denjenigen sicher herauszufinden, dem er den Prozeß machen könnte.

So sehr übrigens die Gegenstellung der Zeugen unter sich vor der Beidigung rathsam erscheint, so sollte man Zeugen dem Inculpanten nicht anders entgegenstellen, als wenn sie den Eid schon geleistet haben: denn der Inquirent muß, um jedes möglichen Erfolges gewiß zu sein,

35) v. Sagemann, über Beidigung der Zeugen im Strafprozeße, im Archiv des Criminalrechtes, Jahrg. 1835, St. IV, S. 496.

36) Es ist aus diesem Grunde sogar erlaubt, zwei oder mehrere Zeugen einzeln abzuvernehmen, wenn sie notorisch von redlichem und gewissenhaftem Charakter sind, gleich beim ersten Verhöre zusammen eintreten zu lassen und ihnen dann den Austausch ihrer Wissenschaft zu gestatten, bis ein Jeder sich klar des Wahrgenommenen erinnern kann.

37) Dazu bringt man die Zeugen, sobald einmal das feierliche Verfahren eingeleitet ist, immer sehr schwer. Rittermaier a. a. D. Bd. I, S. 409, Nr. VII.

38) Derjenige, dem man mehr Wahrheitsliebe, und zwar nicht sowohl nach moralischer Ueberzeugung, als nach Lage der Acten, zutraut, hat bei dem Gegensträngfacte zuerst das Wort und heißt daher Confrontant, der Andere aber Confrontat. Diese Ausdrücke haben sich überhaupt in der Praxis gänzlich festgesetzt, so ungerne sie eigentlich sind, weil grammatisch unter einem Confrontanten nur der Richter verstanden werden könnte, welcher die Gegenstellung anordnet. S. Xegg a. a. D. S. 198. Wenn Inquisiten und Zeugen einander entgegengestellt werden, so bedarf es einer weiteren Bezeichnung, als dieser, gar nicht; sind es zwei Inquisiten, oder zwei Zeugen, zwischen denen ein Widerspruch ausgeglichen werden soll, so kann man sie Asserent und Contradicent oder, beziehungsweise, Hauptzeuge und Gegenzeuge, oder nach Umständen auch Beschuldiger und Beschuldigter nennen.

bei hartnäckigem Widerspruch immer die Steigerung übrig haben, daß er den Zeugen feierlich fragt, ob er bei dem abgelegten Eide die Wahrheit seiner Aussage versichern könne; erfolgt eine bejahende Antwort, so bleibt dem Inculpaten kaum ein vernünftiger Ausweg übrig. Ist freilich der Anklagezeuge selbst ein verdächtiges Subject, so kann man die Beeidigung verschieben, damit ihn der Angeklagte im Confrontationsacte um so wirksamer zurechtweisen könne³⁹⁾.

Wird endlich eine Gegenstellung zwischen Mitschuldigen nothwendig, so bedarf es einer Ankündigung schon deswegen nicht, weil der Richter wünschen muß, beide Theile unvorbereitet sich gegenüber zu sehen, damit sie keine Intriguen anspinnen und ohne Zurückhaltung sich aussprechen, wie dieß von Menschen, die ihre Worte vorher nicht berechnet haben, immer erwartet werden muß. Wiewohl auch hier der oben empfohlene Vorhalt der Gegensätze im Einzelverhör nicht umgangen werden sollte, so kann man dieß doch so einrichten, daß die Complicen gar nicht ahnen, daß es zu einem Gesamtverhöre kommen könnte. Der Gewinn für den Richter bei letzterem besteht nämlich stets darin, daß er abstrahiren kann, in welchem Verhältnisse diese Subjecte zusammen stehen, welches unter ihnen dominirend, welches klüger und beherzter oder offener und reumüthiger sei⁴⁰⁾. Von selbst versteht es sich jedoch, daß die äußerste Vorsicht nothwendig wird, damit die Inculpaten nicht die Gelegenheit wahrnehmen, durch Reden oder Gebärden zu colludiren; ja es geht die Schlaueit oft so weit, daß sie absichtlich Widersprüche herbeiführen, um zur Gegenstellung zu gelangen⁴¹⁾ und sich dabei Winke zu geben.

Läßt sich übrigens annehmen, daß eine gravirende Aussage eines Mitschuldigen bloß auf Bosheit oder anderen unedeln Motiven beruhe, so ist man dem Gegentheile schuldig, in der Confrontation auf die Entlarvung des Lügners kräftig hinzuwirken⁴²⁾.

Außer den erwähnten Beschränkungen, welche die Criminalpolitik

39) Rittermaier a. a. D. S. 405, verdient besondere Beachtung in den Worten: Mancher, der hinter dem Rücken eines Anderen eine Lüge sagt, wird nicht so leicht den Muth haben, die Unwahrheit auch dem Anderen in's Angesicht zu wiederholen.

40) Man muß besonders darauf merken, ob sich die Gegengestellten Worte klärfache machen, und bei der leisesten Andeutung ist darauf zu bestehen, daß die zu Grunde liegenden Thatsachen genau erörtert werden. Pfister a. a. D. Bd. V, S. 527.

41) Bolley a. a. D. S. 279. Müller a. a. D. S. 361, Anm. 31. Pfister a. a. D. Bd. IV, S. 162, 163.

42) Wenn jedoch die Beschuldigung gänzlich beweislos und vereinzelt dasteht, so darf man ein übel berüchtigtes Subject deshalb noch nicht mit einer wohl-angesehenen Person confrontiren. Carpzov l. c. Nr. 78, warnt die Inquirenten: Videant, quomodo actionem iniuriarum effugiant, qui ad solam inculpationem virum honestum cum inquisito confrontari faciunt. Tabor, de confrontatione (Giassae 1663), p. 26, stellt den merkwürdigen Satz auf: Homines frontis rectae non confrontandi sunt cum criminosis nulla fronte praeditis.

dem Inquirenten hinsichtlich des Gegenstellungsverbörs auflegt, bestehen noch weitere, die aus dem römischen Rechte abgeleitet werden.

Man hält für befreit von der Pflicht des Zeugnisses überhaupt und insbesondere von der Confrontation 1) Descendenten und Ascendenten, 2) Ehegatten, 3) Geschwister und Geschwisterkinder, 4) Verschwägerete im ersten Grade⁴³⁾. Es läßt sich gegen diesen Satz nichts einwenden, wenn man ihn nicht allzustrict nimmt. Eine Nöthigung so nahe stehender Personen, gegen einander gerade da aufzutreten, wo die Folgen des Widerstreites am empfindlichsten anfallen können, würde eine Grausamkeit sein, durch die der Staatsordnung, weil die Grundfesten des Familienlebens gefährdet wären, jedenfalls mehr geschadet als genützt werden könnte. Statuirt man aber die Befreiung vom Zeugnisse, so kann darunter nur das feierliche eibliche Zeugniß verstanden sein, nicht aber die Bernehmung im Informativ- oder Kundschaftswege. Ebenso wenig kann es gebilligt werden, wenn man die Dispensation zu einer Prohibition ausdehnen will. Jeder Verwandte kann vorgeladen und vorerst summarisch befragt werden; verschert er, nichts angeben zu können, so darf man nicht weiter in ihn dringen; vertweigert er jede Antwort, so ist er, vorausgesetzt, daß Verdacht und nicht bloßer Ungehorsam die Ursache ist⁴⁴⁾, sofort zu entlassen; äußert er sich aber freimüthig, so wird Alles genau aufgezeichnet und die Schlussfrage gestellt, ob er das Zeugniß durch Eid bekräftigen wolle; auf bejahende Antwort kann dieser ohne Anstand abgenommen werden⁴⁵⁾. Letzteres ist nach bestehender Erfahrung bei weitem der häufigste Fall, ja es wird einem gewandten Inquirenten, der solche Leute mit Ruhe und Bartsgefühl behandelt, kaum vorkommen, daß die Antwort gänzlich versagt wird.

Die Frage, ob unter Verwandten zur Confrontation geschritten werden darf, ist also keine müßige, wenn gleich schon die erste Abhör nicht erzwungen werden darf. Aber daß die Gegenstellung weit größerem Bedenken wie das Einzelverböhr unterliegt, springt in die Augen. Es kann selbst dem Richter nicht angenehm sein, Personen, die durch Bande

43) Dies folgt aus L. 4. 5. D. de test. (22. 5.) und L. 6. C. de test. (4. 20.) Es sind nach der ersten dieser Gesetzesstellen auch die Nachgeschwisterkinder und sogar deren Kinder (sobrinas, sobrina etc.) ebenfalls befreit; aber diese, gewiß allzu weite, Ausdehnung eines Privilegiums hat die Praxis aufgehoben. Quifcorp, Grundsätze des peinlichen Rechtes, §. 716, will überhaupt die Ausnahmen von der Zeugenpflicht nicht unbedingt gelten lassen.

44) Etübel, a. a. O. §. 2438, hat hierüber gewiß die richtige Ansicht aufgestellt, nämlich: daß es dem Ermessen des Richters anheim gestellt werde, ob die vorgebrachten Entschuldigungsgründe als relevant im concreten Falle gelten können. Wenn z. B. Verwandte in offener Feindschaft stehen, so ist nicht einzusehen, warum sie des Zeugnisses gegen einander sich entschlagen wollen; es müßten denn gerade edlere Rücksichten im Hintergrunde sein.

45) Wenn auch kein Hinderniß mehr im Wege steht, wird ein kluger Inquirent nur in Nothfalle die Beidigung vornehmen, weil doch immer zu präsumiren ist, daß ein verhehltes Interesse für den nahe stehenden Inculpatus zum Vorkommen führen könnte. Eschenmayer, System der Moralphilosophie (Stuttg. 1818), §. 247.

des Blutes eng verbunden sind, in eine so feindselige Position zu bringen. Dessenungeachtet muß es erlaubt sein, auch hier die Confrontation anzuordnen⁴⁶⁾, 1) wenn es die Contradictenten beiderseitig wünschen, 2) wenn es derjenige Theil, dem der andere Ehrfurcht schuldig ist, ausdrücklich verlangt, 3) wenn beide Theile als Mitschuldige in Untersuchung stehen.

Die vorhin aufgestellten Regeln über Sparsamkeit der Confrontation finden hier natürlich in verstärktem Maße Anwendung, und es kommt noch die Rücksicht auf die Individualität der Personen hinzu. Ist nämlich einer der Contradictenten besonders roh, heftig oder bössartig, so daß ein scandäloser Auftritt sicher vorauszusehen wäre, so ist es besser, auf jenes Erforschungsmittel, da es nichts als Erbitterung hervorbringen könnte, zu verzichten und die Gründe in die Acten zu bemerkten. Daß man übrigens bei verdächtigsten Coincidenzen weniger Umstände macht, wie bei allen Anderen, erklärt sich wohl von selbst daraus, daß sie sich ohne Zuthun des Richters in ein gesetzwidriges Verhältniß begeben haben, dessen Folgen sie daher auch tragen müssen.

Eine Ausdehnung jenes Privilegiums auf Personen, die durch äußere Umstände in ein Achtung gebietendes Verhältniß gekommen sind, kann jedoch von einer vernünftigen Praxis durchaus nicht statuiert werden⁴⁷⁾. Im gemeinen Leben ist allerdings Werth darauf zu legen, daß Verhältnisse, wie z. B. zwischen Herrn und Diener⁴⁸⁾, Pflegeeltern und Pflegling, Lehrern und Schülern, Beamten und Untergebenen, Geistlichen und Pfarrkindern, Wohlthätern und Unterstützten u. A. möglichst heilig gehalten werden; denn diese Abstufungen gehören zu den notwendigen Einrichtungen eines wohlgeordneten Staates; aber nicht läßt sich die aus so allgemeinen Rücksichten gebotene Schonung auf specielle Fälle anwenden, wo es sich darum handelt, den Beweis eines Criminalverbrechens herzustellen. Die meisten Verbrechen werden, nach dem natürlichen Laufe der Dinge, gerade in demjenigen Kreise begangen, wo der Thäter heimisch ist. Sind nun seine Freunde, Hausgenossen, Pflegebefohlenen u. s. w. auch nicht jedesmal unmittelbare Zeugen, so können sie doch

46) Ein Rescript von Diocletian (L. 6. C. de test. (4. 20.)) verbietet zwar unbedingt die Ablegung eines Zeugnisses von Eltern und Kindern gegen einander, wenn sie sich auch bereit dazu erklären; aber diese ehrenwerthe Schonung kann doch nach neueren Ansichten nicht so prävalirend sein, daß man den Beweis eines wichtigen Criminalfalles dafür aufopfern müßte. Bayer. Strafgesetzbuch, Art. 280, Nr. 4, und hannov. Entw. Art. 216, Nr. 4.

47) Die vollständigste Uebersicht der Literatur über diesen Punkt findet man in Zachariä a. a. a. D. S. 225, 226.

48) Die L. 4. D. de test. (22. 5.) L. 1. §. 5—10. L. 2. 3. L. 9. §. 1. D. de quaest. (48. 18.), und Paullus, sent. rec. lib. V. tit. 16. sprechen nur von dem Verhältnisse zwischen Sklave und Freigelassenem zu dem Herrn und Patron; dieß kann aber auf die Diensthoten unserer Tage nicht angewendet werden, weil die bürgerliche Freiheit derselben auf keine Weise mehr beschränkt ist. Uebrigens gestattet selbst das röm. Recht in L. 7. D. de quaest. (48. 18.) für Nothfälle (cum alia probatio ad eruendam veritatem non est) eine Ausnahme. Vergl. hierüber besonders Rittermaier, die Lehre vom Beweise (Darmstadt 1834), S. 335, 336.

gewöhnlich über Nebenumstände vor oder nach der That aussagen und daher *indicia anteoquentia* oder *subsequentia*⁴⁹⁾ begründen.

Erzht aber auch solchen Leuten gegen die Confrontation keine rechtliche Einwendung zu, so ist doch den Inculpaten eine billige Rücksicht zu empfehlen, damit so zarte Verhältnisse nicht anders als in wahren Nothfällen verletzt werden. Sind z. B. mehrere Zeugen vorhanden, die alle im wesentlichen dasselbe aussagen, so kann man die Confrontation derjenigen unter ihnen umgehen, die aus Hochachtung, Furcht oder Liebe gegen den Inculpaten besonders wünschen, davon befreit zu bleiben.

Man hat bisher zu wenig unterschieden zwischen summarischer und feierlicher Confrontation⁵⁰⁾. Erstere gehört in die General-, letztere in die Specialuntersuchung⁵¹⁾, und das Charakteristische bei jener ist, daß die ausgerufenen Zeugen noch nie durch Eid verpflichtet sind, und daß die Fragen weit einfacher und bündiger gestellt werden, wie bei dieser.

Uebervall nämlich, wo es zweifelhaft erscheint, ob die Confrontation in einem späteren Stadium der Untersuchung noch ausgeführt werden könnte, ist es ein Klugheitsgebot, sie von vorn herein zu anticipiren, damit nicht ein so wichtiges Erforschungsmittel gänzlich verloren gehe. Ist z. B. ein Verwundeter so schwer krank, daß man in den nächsten Tagen sein Ende zu erwarten hat, oder ist er oder ein Gegenzeuge Ausländer und im Begriffe weiter zu reisen, oder zeigt der Inculpat gleich bei der ersten Vernehmung eine Stimmung, in welcher durch den Anblick der Zeugen ein Geständniß erreicht werden könnte, so wäre es gewiß eine nicht zu rechtfertigende Pedanterie, wenn man die Gegenstellung aus Mangel an einigen Förmlichkeiten, die nicht gleich erfüllt werden können, unterlassen wollte. Man muß sich bei der summarischen Confrontation allerdings nur auf einige Hauptpunkte⁵²⁾ be-

49) Die Vorbereitung zur That, die Zeit des Ausganges und der Heimkunft, das Mitnehmen oder Zurückbringen auffällender Gegenstände, die Gemüthsstimmung, die Aeußerungen über das Geschehene und, in Bezug auf Entschuldigungsbeweis, die *negativa loci*, alle diese Umstände können in der Regel nur durch Vernehmung der Hausgenossen und Auffsichtspersonen ausgemittelt werden, und wo sie sich in Widerspruch mit dem Angeklagten stellen, ist ihre Confrontation sogar weit wirksamer, als wären sie ihm fremd. Tabor l. c. p. 132—137. Ströbel a. a. D. §. 2437, 2438.

50) Vergl. v. Jagemann, Handbuch, §. 153—161.

51) Schon Quistorp, a. a. D. §. 717, gibt zu, daß wegen „Gefahr beim Verzage“ noch vor der Vernehmung des Angeklagten über die „Inquisitionalarctikel“ dessen Gegenstellung mit dem Damnicaten, mit Complicen oder Zeugen stattfinden könne. Tittmann, a. a. D. §. 801, stellt diesen Lehresatz schon allgemeiner hin und meint sogar, es läme dabei überhaupt auf den Grad des vorliegenden Beweises nicht an, und in neuester Zeit hat sich auch Rittermaier, *deutsches Strafverf.* (3. Aufl.), Th. I, S. 408, in diesem Sinne ausgesprochen.

52) Dazu gehört z. B. die Thatfache des Zuschlagens beim Verbrechen der Tödtung, des Wegspringens mit gestoblenen Objecten, des körperlichen Angriffes bei der Nothwehr, und alle Nebenumstände läßt man für eine spätere Erörterung ausgesetzt.

schänken, die schon bei der Information hell hervortreten, und zwar theils, damit das Material zur speciellen Ueberführung nicht vorzeitig verbraucht, theils damit nicht. Knoten durch Widersprüche geschürzt werden, die aus Mißverständnissen oder aus Mangel an einer durch Eidspflicht geschärften Ueberlegung entstehen.

Stirbt oder entfernt sich dann eine der confrontirten Personen, so kann freilich die solenne Gegenstellung⁵³⁾ nicht nachgeholt werden; aber der Gewinn ist um so größer, daß die bedeutendsten Thatsachen schon contradictorisch erörtert sind, und zwar um so mehr, wenn die Sache dadurch eine neue Wendung nahm.

Nicht minder hat einen nachtheiligen Einfluß auf diese Lehre die bisherige Meinung gehabt, daß nie mehr als zwei Personen einander gegenüber gestellt werden dürften⁵⁴⁾. Als Regel kann man dieß gelten lassen, jedoch nur dann, wenn Ausnahmen der Discretion des Untersuchungsrichters anheim gegeben werden⁵⁵⁾. Kommt es auf eine ausführliche Erörterung zwischen zwei Personen an, so wäre es ungeschickt, noch Andere, die so lange müßig dastehen müssen, beizuziehen; ebenso, wenn die Schlaueit derselben bekannt genug ist, daß man Collusionen bei der Anwesenheit Mehrerer zu erwarten hätte⁵⁶⁾; aber der Beweis wird offenbar schlagender und eindringlicher, wenn einige Zeugen oder beschuldigende Complicen zu gleicher Zeit dem Inculpaten unter die Augen gestellt werden, so daß einer den anderen mit den Thatsachen abhört, wie sie in natürlicher Ordnung aufeinander folgen, und sich wechselseitig unterstützen⁵⁷⁾. Ein zusammenhängender Indiciensbeweis kann nicht besser recapitulirt werden, und wenn es irgend möglich ist, ein Geständniß zu erlangen, so muß es auf diesem Wege geschehen, weil der verstockteste Delinquent sich dabei überzeugen muß, daß eitler Widerspruch gegen eine solche Harmonie der Beweise nichts mehr fruchten kann⁵⁸⁾. Man kann auch mit Einzelconfrontation den Act begin-

53) Diese geschieht immer mit Eingehung in alle Details, und kann daher in viele Fragen zerfallen, während die summarische sich in der Regel nur auf Eine beschränkt. Die wiederholte (feierliche) Gegenstellung hat daher theils den Zweck, die schon angeregten Thatsachen weiter in die Einzelheiten zu verfolgen, oder neu entdeckte Indicien zur Besprechung zu bringen. Tabor l. c. p. 86., behandelt bereits die *repositio confrontationis* in einem besonderen Capitel, unter Berufung auf ein responsum der greifswalder Juristenfacultät von 1658. Von den späteren Prozeßlehrern ist aber hierauf fast gar kein Bedacht mehr genommen worden.

54) Vergl. Littmann, im Archiv des Criminalrechtes, Bd. III, St. 3, S. 485 ff. Preuß. Criminalordn. §. 350.

55) Pfister a. a. D. Bd. IV, S. 450, 479.

56) Es gibt übrigens ein Mittel, sich gegen Winke und Zeichen der Confrontirten zu sichern; dasselbe besteht darin, daß je zwischen zwei derselben ein Gefangenwärter, Polizei-, oder Amtsdienner gestellt wird, der sie stets im Auge hält.

57) Man stellt die beschuldigenden Personen alsdann schon in der Reihe auf, wie sie aufgerufen werden sollen und hält streng darauf, daß keine vorzeitig zu reden anfängt.

58) Temme, Commentar, S. 143, bemerkt deshal: Hat der Verbrecher

nen und ihn dann, wenn sich alle Zeugen bewußt haben, mit der Gesammtconfrontation beschließen, oder auch diese später, bei einer günstigeren Stimmung des Inquisiten, vornehmen.

Daß Zeugen unter sich in größerer Anzahl als je zu zwei confrontirt werden, kann kaum vorkommen, da es hier nicht sowohl auf Uebersetzung, als auf Herstellung möglichst actenmäßiger Wahrheit abgesehen ist, ja eine moralische Nöthigung mit der Gewissensfreiheit der Zeugen nicht einmal verträglich wäre.

Die Fragestellung ist bei dem Confrontationsverhöre besonders schwierig, weil die Fragen so lauten müssen, daß beide Theile ohne Prejudiz, d. i. ohne eine noch nicht zugegebene Thatsache stillschweigend einzukommen⁵⁹), offen darauf antworten können. Hieraus folgt, daß die Fragen, während sie beim Einzelverhöre in die kleinsten Specialitäten eingehen, sich mehr im Allgemeinen halten. Es bedarf bei der Confrontation eigentlich nur eines richtigen Ausgangspunktes zu der discursiven Erörterung, und wenn die Unterredung einmal begonnen hat, kann man nicht so leicht wieder Einhalt gebieten⁶⁰). Will man gewisse Punkte, die zur Confrontation nicht geeignet oder noch nicht reif sind, ganz außer dem Spiele lassen, so muß man die Zeugen erst allein instruiren⁶¹), so wie es umgekehrt manchmal von guter Wirkung ist, wenn die Zeugen vorher wissen, auf welche Theile ihrer Aussage sie einen besonderen Nachdruck legen sollen.

Die Confrontation kann auch durch Einzelfragen, die nöthig werden, um eine neue Affection oder einen Widerruf aufzuklären, unterbrochen werden; hierbei muß denn der Gegentheil schweigen, bis wieder eine Gesamtfrage gestellt wird. Am zweckmäßigsten ist übrigens, die Confrontation, sobald ein Inculpat zum Geständnisse schreitet, oder Verdachtsgründe des Meineides gegen einen Zeugen sich ergeben, so schnell als möglich abzubringen und das Verhöre, nach Entfernung der Vorgesetzten, mit dem beachtenswertheren Subjecte allein fortzusetzen⁶²).

(Ingeschuldigte?) alle Zeugen seiner verbrecherischen That, seiner verdächtigen Aeußerung gegen sich, so tritt das Bild seines Verbrechens um desto lebhafter vor ihn; er wird mehr aus der Gegenwart heraus in die Vergangenheit gezogen; — er muß jetzt die Waffen, die er nur gegen Einen zu richten hatte, gegen Mehrere verwenden, also zersplittern.

59) Mit Recht äußert Bolley, a. a. D. S. 278, das Bedenken, daß bei der Confrontation ungeringete Suggestionen vorkommen möchten. Wenn sich nämlich auch der Inquirent vorsichtig ausdrückt, so läßt sich von den Zeugen nie erwarten, daß sie sich eingehender Fragen gänzlich enthalten können.

60) Die Art und Weise, wie der Inquirent nach der Ansicht von Stäbel, a. a. D. §. 2084, 2085, dabei eines jeden Wortes Meister und Gebieter bleiben soll, ist gänzlich unausführbar.

61) Man muß sie namentlich noch einmal an den abgelegten Eid erinnern. Martin, Lehrbuch des Criminalproceßes, S. 284. Klapproth, Einleitung in den sammar. Proq., §. 551, S. 796.

62) Tittmann a. a. D. §. 304. Stäbel a. a. D. §. 2087. Es gibt übrigens auch Fälle, wo es besser scheint, den Zeugen, der den Inculpaten zum Geständnisse bewegt, während der detaillirten Verfolgung und Aufnahme desselben anwesend zu lassen; nämlich dann, wenn der letztere ein besonderes Vertrauen

Das Ergebniß der Confrontation sollte übrigens immer in kurzen Sätzen dargestellt werden⁶³⁾, wenn nichts weiter als der schon bekannte Widerspruch dabei herauskommt: denn es genügt alsdann, daß der Spruchrichter sich überzeugen kann, wie kein Theil dem anderen nachgegeben hat. Ohnedies sprechen die Leute, die sich gegenüber stehen, gewöhnlich so rasch und eifrig, daß man unmöglich ihre Worte alle nachschreiben kann.

Hinsichtlich der Gerichtspolizei bei Confrontationen muß noch erwähnt werden, daß der Inquirent hier mit einem besonderen Takte zu Werke gehen muß, damit weder grobe Unarten, oder persönliche Angriffe vorkommen, noch die Redefreiheit durch strenge Aufsicht zu sehr gehemmt werde. Gerade eine gewisse Aufregung ist es, welche man durch die Gegenstellung erreichen will. Würden sich die Confrontirten alle in starrer Kälte ihre Aussagen vorhalten, so wäre kaum jemals die Lösung des Widerspruches zu erwarten, tritt aber Erbitterung, Verachtung, Erglühn für die Wahrheit, Scham oder Reue hinzu, so hört die schlaue Berechnung auf und es erfolgen Concessionen, die plötzlich ein Licht über die Sache verbreiten. Eiferung, ja Heftigkeit kann man daher immerhin dulden; wenn nur nicht versäumt wird, von Zeit zu Zeit die Ermahnung zu geben, daß die Grenzen des Anstandes nicht überschritten werden dürfen⁶⁴⁾, und geschieht dieß endlich dennoch, so muß ein Verweis oder eine Arreststrafe von etlichen Stunden, oder bei schon Verhafteten eine Arrestscharfung durch Hungerkost, einsame Einsperrung oder Dunkelarrest erfolgen. Ehrenkränkungen können außerdem durch Privatklage zur Strafe gebracht werden.

L. von Sagemann.

Confusio. Dieser Kunstausdruck kommt im römischen Privatrechte in verschiedenen Beziehungen vor. In der Lehre von der Erwerbung des Eigenthums heißt *confusio* nach der Ansicht der neueren Rechtsgelehrten die Vermischung flüssiger oder flüssig gemachter Körper, während man *commixtio* die Vermengung fester, trockener Körper nennt. Indessen ist es wohl richtiger, dem Sprachgebrauche der römischen Juristen zufolge beide Kunstausdrücke für identisch zu erklären¹⁾ und anzunehmen, daß

zu dem Zeugen darlegt und furchtsam wird, sobald er sich mit Richter und Actuar allein sieht. Man muß aber den Inculpaten doch nie zu fragen versäumen, ob er wünsche, daß Zeuge beim Einzelverhör noch anwohne. Dieser muß sich natürlich ganz passiv dabei verhalten.

63) Einen besonderen Werth haben auch die Geberdenprotokolle, die man noch weitläufiger als die Reden aufnehmen sollte, so oft ein Geständniß nicht erfolgt; denn man kann darin oft einen Beweis erkennen, der schlagender ist, als jeder andere, nämlich das sichtbare Schuldbewußtsein. *Tabor l. c. Diss. I. thes. 36. Diss. II. thes. 23. Diss. III. thes. 19. Puffendorf, introd. in proc. crim. cap. XVI. §. not. g. Stübel a. a. D. §. 2087.*

64) Dieß gilt nicht bloß von den Inculpaten, sondern auch von den Zeugen. *Littmann a. a. D. S. 425.*

1) *L. 5. pr. u. §. 1. D. de rei vindic. (6. 1.) L. 3. §. 2. D. ibid.* Vergl. Buchholz, Versuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen römischen Rechtes, S. 119—122.

jeder gebraucht worden sei, um die Vereinigung mehrerer flüssiger oder trockener Körper zu bezeichnen. Was die Grundsätze anbetrifft, nach welchen man dieß Verhältnis zu beurtheilen hat, so sollte man erwarten, daß bei der Gleichheit der Begriffe auch gleiche Regeln im Falle der Vereinigung fremder flüssiger oder trockener Körper beobachtet werden müssen. Dem ist indeß nicht also. Was zunächst den Fall betrifft, wenn mehrere verschiedenartige Stoffe vermischt werden, so war es zur Zeit der classischen Juristen streitig, ob dieß nach den gewöhnlichen Regeln der Confusio, oder nach denen der Specification zu beurtheilen sei²⁾, und in den Justinianischen Rechtsquellen ist die zuletzt angeführte Meinung ausdrücklich bestätigt worden³⁾. Demnach erlangt derjenige das Eigenthum an der zusammengemischten Masse, welcher entweder die Massen zusammengemischt hat⁴⁾, oder in dessen Namen die Vereinigung geschehen ist⁵⁾. Vorausgesetzt indeß, daß die übrigen Erfordernisse der Specification vorhanden sind, daß nämlich die durch die Vermengung entstehende neue Species nicht auf die alte Form zurückgeführt werden kann⁶⁾, ein Erforderniß, welches indeß dann, wenn die Umformung ohne Einwilligung des einen von den Eigenthümern der zusammengemischten Sachen geschehen ist, von selbst wegfällt; und daß die Umformung von dem Specificanten in der Absicht vorgenommen worden ist, die durch die Vereinigung der Massen entstehende Species für sich zu behalten⁷⁾. Manche neueren Rechtsgelehrten verlangen außer den genannten Erfordernissen auch noch die bona fides des Specificanten, d. h. die Ueberzeugung desselben bei der Vornahme der Specification, daß die zusammengemischten Sachen in seinem alleinigen Eigenthume stehen. Allein die Stellen der classischen Juristen⁸⁾, auf welche man sich zum Beweise dieses Erfordernisses beruft, sprechen nur von der Zulässigkeit der actio furti und der condictio furtiva in dem Falle, wenn der Specificant im bösen Glauben war, und beide Klagen gründen sich nur auf Obligationsverhältnisse, wie dieß auch in einer Institutionenstelle ausdrücklich anerkannt wird⁹⁾. Auch kann man sich zur Unterstützung der anerkannten Meinung nicht auf den Ausspruch des Paulus berufen¹⁰⁾: quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est, da diese Worte einerseits einen nicht unbezweifelten Grundsatz enthalten, andererseits nur dazu dienen sollen, um den Grund für die Möglichkeit der ad exhibendam actio im vorliegenden Falle anzugeben, so

2) L. 7. §. 7. D. de acquirendo rerum dom. (41. 1.) L. 5. §. 1. D. 6. 1.

3) §. 25. J. de rerum divisione. (2. 1.)

4) L. 5. §. 1. D. 6. 1. §. 25. J. 2. 1.

5) L. 27. §. 1. D. 41. 1. L. 25. D. ibid.

6) L. 24. u. 26. D. 41. 1. L. 12. §. 1. D. ibid.

7) L. 25. D. 41. 1. L. 27. §. 1. D. ibid.

8) L. 18. D. de condict. furtiva. (18. 1.) L. 14. §. 3. D. ibid. L. 52. §. 14. D. de furtis. (47. 2.) L. 4. §. 20. D. de usurpationibus et accapionibus. (41. 8.)

9) §. 26. J. 2. 1.

10) L. 12. §. 8. D. ad exhibendam. (10. 4.)

daß es gegen die ersten Interpretationsregeln verstößen würde, wenn man diesen Grundsatz aus dem ursprünglichen Zusammenhange mit dem ganzen Rechtssysteme herausreißen und auf einen Fall, zu dem er nicht paßt, beziehen wollte. Was aber ferner den Fall anbetrifft, wenn verschiedenen Personen angehörige, gleichartige Stoffe vereint werden, so wird die Masse, unter der Voraussetzung, daß sie nicht wieder auf ihre ursprünglichen Bestandtheile zurückgeführt werden kann, auch keine neue Species durch die Umgestaltung der Form daraus entwickelt wird, gemeinschaftliches Eigenthum derer, welchen die einzelnen Stoffe angehören¹¹⁾, und es kann in diesem Falle zum Behufe der Theilung der gemeinschaftlichen Sache unter den Interessenten die *actio communi dividundo* angesetzt werden¹²⁾. Die Bestimmung des eigenen Antheils hängt, falls die Vermischung unter Einwilligung der Interessenten geschehen ist, ganz von ihrer Verabredung ab, und wo eine solche nicht vorhanden ist, bestimmt sich die Größe des Antheils, falls die Stoffe sich gegenseitig durchdringen, sich in einander auflösen und ihre Erkennbarkeit verlieren, nach dem Verhältnisse der zusammengemischten Substanzen¹³⁾. Auf die Person dessen, welcher die Vermischung der Gegenstände herbeigeführt hat, kommt weiter nichts an¹⁴⁾, und selbst, wenn die Vermischung durch bloßen Zufall, ohne Mitwirkung einer menschlichen Hand herbeigeführt worden, kommen die angeführten Grundsätze zur Anwendung¹⁵⁾. Läßt sich das Verhältniß der zusammengemischten Massen zu einander nicht ausmitteln, so bestimmt der Richterspruch die Größe des Antheils. Findet aber eine solche Vereinigung und Durchdringung der Substanz, wie z. B. bei der Mischung gleichartigen Getreides, überall nicht statt, so verbleibt, mag die Vermischung einseitig oder zufällig vorgenommen worden sein, Jedem das Seinige ungeschmälert¹⁶⁾, ohne daß in den Eigenthumsverhältnissen Weider durch diese Vermischung etwas geändert würde. Nithin findet im vorliegenden Falle eine *vindicatio partis* statt, in welcher die Größe des Theils nach dem Verhältnisse der zusammengemischten Massen und, wenn auch dieses factisch nicht auszumitteln ist, durch den Ausspruch des Richters bestimmt wird. Etwas abweichend ist die Darstellung der bei der *Confusio* und *Commixtio* geltenden Grundsätze in den gangbarsten Lehrbüchern des heutigen römischen Rechtes. Bei der *Confusio*, welche man als die Vermischung mehrerer flüssiger Sachen definiert, entsteht, falls die zusammengemischten Stoffe verschiedenen Personen angehören, nach der gewöhnlichen Meinung ein neues Eigenthum am Ganzen, wovon Jeder nach der Quantität und Qualität seines Beitrags participirt und, wenn dieser nicht auszumitteln ist, zu gleichen Theilen. Vorausgesetzt indeß, daß die Sache nicht auf die alte Gestalt

11) L. 7. §. 8. D. 41. 1. L. 5. pr. D. 6. 1. L. 3. §. 2. D. *ibid.*, vergl. mit §. 27 u. 28. J. 2. 1.

12) L. 3. §. 2. D. 6. 1. L. 4. D. *ibid.* Vergl. L. 5. §. 1. D. *ibid.*

13) L. 3. §. 2. D. 6. 1.

14) Vergl. die Stellen in Note 11.

15) L. 3. §. 2. D. 6. 1. L. 7. §. 9. D. 41. 1. §. 27 u. 28. J. 2. 1.

16) L. 5. pr. D. 6. 1. §. 28. J. 2. 1. Theoph. paraphr. 2. 2. pr.

zurückgeführt werden kann, daß in der Confusio keine Specification liegt, und daß sie nicht mit dem beiderseitigen Willen der Eigenthümer geschieht, da im zuerst genannten Falle das alte Eigenthum verbleibt, im zweiten die Sache dem Specificanten zufällt, und im letzten der Erwerb nach den Grundsätzen der Communication, als einer Art der Tradition, erfolgt. Bei der *Commixtio* hingegen, worunter man die Vermischung mehrerer nicht flüssiger Sachen versteht, tritt, wenn die Stoffe verschiedenen Personen angehören, nach der gewöhnlichen Meinung zwar kein eigentliches *Mitigenthum* ein, allein es wurde gleichwohl praktisch so gehalten, wie bei der *Confusio*, da, wenn die Aussonderung der einzelnen Theile vom Ganzen möglich ist, jeder Theil das Seinige zurückerhält, versteht sich die nämlichen Sachen, außerdem andere, der Quantität und Qualität nach gleiche Sachen. 2) In der Lehre vom Aufhören der Rechte und dem Erlöschen von Verbindlichkeiten heißt *confusio* die Vereinnigung eines Rechts und der ihm entsprechenden Verbindlichkeit in Einer Person. Sie tritt nicht allein in Folge einer *Universalsuccession*, sondern auch bei einer *Singularsuccession* ein. Das Erste ist der Fall, wenn der Gläubiger seinen Schuldner, oder der Schuldner seinen Gläubiger, oder ein Dritter den Schuldner und Gläubiger zusammen beerbt¹⁷⁾; das Zweite, wenn bei dinglichen Servituten das Eigenthum des dominirenden und des dienenden Grundstückes durch *Singularsuccession*, wie im Kaufe, an eine und dieselbe Person kommt¹⁸⁾, oder bei persönlichen Dienstbarkeiten das Eigenthum der dienenden Sache auf ähnliche Weise an den kommt, welcher zur Ausübung der Servitut berechtigt ist¹⁹⁾. Als Unterart der *Confusio* wird die sogenannte *consolidatio* behandelt, d. h. die *Confusio*, welche eintritt, wenn der *Usufructuar* durch irgend einen *Thatum* das Eigenthum der Sache erlangt, an welcher ihm die Nutznießung zusteht²⁰⁾. Der Name erklärt sich einfach aus dem Sprachgebrauche der classischen Juristen, welche jedes, durch Servituten nicht beschränkte Eigenthumsrecht mit dem Namen *solida proprietas* bezeichnen²¹⁾. Was die Wirkungen der *Confusio* anbetrifft, so lassen sich dieselben sämmtlich aus der Ansicht der römischen Juristen erklären, daß ein Recht und die demselben entsprechende Verbindlichkeit nur unter verschiedenen Personen gedacht werden können, mithin sich einander gegenseitig aufheben, wenn sie

17) L. 95. §. 2. D. de solutionibus. (46. 3.) L. 75. D. ibid. L. 2. §. 18. D. herod. vendita. (18. 4.) L. 71. pr. D. de fiduciariis et mandatoribus. (46. 1.) L. 21. §. 1. D. de liberatione legata. (34. 3.) L. 116. §. 4. D. de leg. I. (80.) L. 7. C. de pactis. (2. 8.) L. 5. C. de herod. test. (4. 16.)

18) L. 10. D. communia praediorum. (8. 4.) L. 1. D. quemadmodum servitutes amittantur. (8. 6.) L. 30. pr. D. de servitut. praed. urb. (8. 2.)

19) L. 27. D. quibus modis usufructus. (7. 4.) §. 3. J. de usufructu (2. 4.) ibique Schraderi nota p. 240.

20) §. 3. J. 2. 4. Fr. Vat. §. 88. L. 8. §. 4. D. de usufr. accresc. (7. 2.) L. 6. pr. D. ibid.

21) L. 86. D. de bonis libertorum. (38. 2.) L. 9. §. 2. D. de aqua pluvia. (39. 3.)

in einer und derselben Person zusammentreffen²²⁾. Das Detail dieser Wirkungen wird sich wohl am besten nach den einzelnen Lehren, auf welche die Confusio einwirkt, zusammenstellen lassen. Im Sachenrechte wirkt die Confusio stets die Aufhebung des Rechtes durch das in ihr liegende Zusammentreffen des Rechtes und der ihm entsprechenden Verbindlichkeit in Einer Vermögenseinheit²³⁾, und zwar ipso iure, daß es durchaus einer neuen Constitution des Rechtes für die Zukunft bedarf²⁴⁾, und gerade zur Bezeichnung dieser Wirkung brauchen die römischen Rechtsquellen Ausdrücke, wie *confusio servitatis fit*, *servitus confunditur* u. s. w. Im Obligationenrechte wirkt die Confusio die völlige Aufhebung der zu Recht bestehenden Verbindlichkeit, und wird in dieser Beziehung mit der *Solutio*²⁵⁾ und *Acceptilatio*²⁶⁾ verglichen. Diese Aufhebung wird in den römischen Rechtsquellen als *Liberatio*²⁷⁾ bezeichnet, und tritt ipso iure und nicht auf dem Wege der Exception ein. Auch erstreckt sich diese Wirkung nicht allein auf die Hauptsache, sondern auch auf die mit derselben verbundenen Nebenrechte, welche ohne sie nicht gedacht werden können. Deshalb werden die Bürgen²⁸⁾, und in der Regel auch die Pfandschuldner von ihrer Verbindlichkeit frei; die letzteren freilich dann nicht, wenn die vorliegende Verbindlichkeit gegen den Willen des Pfandgläubigers aufgehoben wird²⁹⁾. Denn dann dauert das Pfandrecht fort, und zur Unterstützung dieser Annahme wird behauptet, daß die Verbindlichkeit nicht ganz und gar aufgehoben werde, sondern von derselben wenigstens eine *naturalis obligatio* zurückbleibe. Dabei versteht es sich von selbst, daß die Confusio nur nach dem Verhältnisse des Erbtheils eintritt, welchen der Gläubiger, oder der Schuldner, oder der Dritte, in dessen Person sie stattfindet, definitiv erhält³⁰⁾, und daß mithin in Betreff der anderen Erben, in deren Person dieß nicht der Fall ist, die alte Obligation nach dem Verhältnisse ihres Erbtheiles auch fernerhin fortbesteht. Die Wirkungen der Confusio sind in der Regel andauernd, und nur ausnahmsweise müssen die durch die Confusio erloschenen Rechte wiederhergestellt werden. Dieß tritt nach den Zeugnissen der römischen Rechtsquellen in folgenden Fällen ein: 1) wenn

22) L. 34. §. 8. D. de solut. et liberat. (46. 3.) L. 10. D. communia praediorum. (8. 4.) L. 116. §. 1. D. de leg. I. (30.)

23) Vergl. die Stellen in Note 17—20.

24) L. 30. pr. D. de servitut. praed. urb. (8. 2.) L. 27. D. quibus modis ususfructus. (7. 4.) L. 1. D. quemadmodum servitutes amittantur. (8. 6.)

25) L. 21. §. 1. D. de liberatione legata. (34. 3.)

26) L. 75. D. de solutionibus. (46. 3.)

27) L. 34. §. 8. D. 46. 3. L. 71. D. de fideiuss. (46. 1.) Auch in dem Falle, wenn die Nebenobligation mit der Hauptobligation in Einer Person zusammentritt, ist von einer liberatio die Rede. L. 95. §. 3. D. 46. 3. L. 5. D. de fideiuss. (46. 1.) L. 5. pr. u. §. 1. D. ibid.

28) L. 38. §. 1. D. 46. 1. L. 84. §. 8. L. 71. D. ibid. L. 34. §. 8. D. 46. 3. L. 33. §. 5. D. 46. 3.

29) L. 38. §. 5. D. 46. 3. L. 59. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.)

30) L. 24. D. 46. 1.

der Erbe eine Erbschaft verkauft, durch deren Antritt er Forderungen und Rechte gegen seinen Erblasser verloren hat, so ist der Käufer dieser Erbschaft verpflichtet, den Verkäufer wegen des Verlustes der durch Confusio vernichteten Rechte schadlos zu halten, und die erloschenen Servituten wieder herzustellen³¹⁾. 2) Wenn der directe Erbe die Erbschaft Jemandem restituirt, so kann er den Fideicommissar zur Wiederherstellung der durch den Erbschaftsantritt erloschenen Rechte zwingen³²⁾. 3) Wenn die erwerbende Erbschaft dem Erben durch die Anstellung der *querela inofficiosi testamenti* evincirt und der letztere auf diesem Wege zur Herausgabe der Erbschaftsmasse gezwungen wird, müssen die Kläger ihm die durch die Confusio erloschenen Forderungsrechte wiederherstellen oder vergüten³³⁾. 4) Wenn Jemand gegen den Antritt einer Erbschaft restituirt wird, müssen ihm auch die durch den Erbschaftsantritt erloschenen Rechte wiederhergestellt werden. Es folgt dies schon aus der Natur der Wiedererbssetzung in den vorigen Stand, nicht sowohl aus L. 87. §. 1. D. de acquirenda vel omittenda haereditate (29. 2.), einer Stelle, welche nur so viel besagt, daß 5) den Pupillen, welche das *beneficium abstinenti* brauchen, die durch die Erbschaftserwerbung confundirten Obligationenrechte wiederhergestellt werden müssen. 6) Wenn der Erbe beim Antritt der Erbschaft von der Rechtswohlthat des Inventarirungs Gebrauchs macht, so wird dies in Bezug auf seine eigene Person so angesehen, als ob seine Forderungen an den Erblasser nicht durch den Antritt der Erbschaft erloschen wären³⁴⁾. 7) Wenn Jemand, welchem sein Erbtheil der eigenen Unwürdigkeit halber entzogen wird, sich mit *ignorantia facti* entschuldigen kann, so darf er verlangen, daß die durch den Erbschaftsantritt erloschenen Forderungen wiederhergestellt werden³⁵⁾, während ihm da, wo ihm eine derartige Entschuldigung nicht zur Seite steht, eine solche Wiederherstellung überhaupt nicht gewährt wird³⁶⁾. In diesen Ausnahmefällen wird die Restitution der durch die Confusio erloschenen Obligation nicht allein in Betreff der Hauptsache, sondern auch in Bezug auf die, mit derselben verbundenen Nebenrechte, z. B. Bürgschaften, verwirklicht werden müssen, da dies einestheils schon in dem Begriffe der Restitution zu liegen scheint³⁷⁾, andernteils durch die Analogie der Wiedererbssetzung in den vorigen Stand hinreichend bekräftigt wird. — Eine Confusio nehmen die römischen Rechtsquellen auch in dem Falle an, wenn der Hauptschuldner seinen Intercedenten, oder

31) L. 2. §. 18 u. 19. D. de hereditate vel actione vendita. (18. 4.)

32) L. 27. §. 11. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.)

33) L. 21. §. 2. D. de inofficioso testamento. (5. 2.) L. 22. C. de inofficioso test. (3. 28.)

34) L. 21. §. 9. C. de iure deliberandi (6. 30.), vergl. mit L. 21. §. 4. C. *Ibid.*

35) L. 17. D. de his, quae ut indignis. (34. 9.) Vergl. L. 21. §. 1. D. de SC. Silianiano. (29. 5.)

36) L. 17. D. 84. 9. L. 8. L. 18. §. 1. D. *ibid.* L. 29. §. 2. D. de iure soci. (49. 14.)

37) Arg. L. 14. D. ad SC. Velleianum. (16. 1.)

dieser jenen oder ein Dritter beide zusammen beerbt und die Hauptverbindlichkeit mehr enthält, als die des Intercedenten³⁸⁾. In diesem Falle bleibt die Hauptverbindlichkeit ganz allein fortbestehen, und die, welche aus der Bürgschaft entsteht, hört auf³⁹⁾. Dieß Aufhören ist aber mit voller Wirkung zu verstehen, da die in den römischen Rechtsquellen zur Bezeichnung dieser Wirkung gebrauchten Ausdrücke gerade dieselben sind, welche von den anderen Fällen der Confusio gebraucht werden⁴⁰⁾. Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich so viel als gewiß, daß eine Confusio in folgenden Fällen nicht eintreten kann, wenn die Hauptobligation nur eine natürliche Verbindlichkeit ist⁴¹⁾, oder die beiden fraglichen Verbindlichkeiten völlig unabhängig von einander sind⁴²⁾, oder doch so sich zu einander verhalten, daß jede derselben als eine Hauptobligation angesehen werden muß, wie dieß bei *duo rei promittendi*⁴³⁾ der Fall ist. Im zuletzt genannten Falle bleiben die beiden verschiedenen Obligationen so neben einander stehen, daß der Kläger die Wahl hat, ob er den Schuldner als eigenen Schuldner, oder der Erbschaft halber in Anspruch nehmen wolle; doch versteht es sich dabei von selbst, daß durch die Anstellung der Klage aus dem einen Grunde die aus dem anderen erlischt. Petendae.

Congrua ¹⁾ (*congrua portio, pars*). Congruum ist das mit einem kirchlichen Amte verbundene erforderliche Einkommen.

Jeder Arbeiter ist seines Lohnes werth; daher erhält auch jeder Beamtete und insbesondere der Geistliche einen seiner Stelle und seinen Leistungen entsprechenden Gehalt: *datur beneficium propter officium*²⁾. Das Amt (*officium*) ist die Voraussetzung für die Revenüen (*beneficium*), und die Verleihung jenes ohne diese würde im Allgemeinen für unzulässig erachtet werden müssen.

Die alten Kirchengesetze bestimmen schon, es solle Niemand ordinirt

38) L. 14. D. de fideiussoribus. (46. 1.) L. 21. §. 2. D. ibid. L. 5. D. ibid. L. 98. §. 2. D. de solutionibus. (46. 3.) L. 95. §. 3. D. ibid. L. 13. D. de duobus reis const. (45. 2.) L. 24. C. de fideiussoribus. (8. 41.)

39) L. 95. §. 3. D. 46. 3. L. 13. D. 45. 2. L. 5. D. 46. 1. L. 21. §. 2. D. 46. 1. L. 24. C. 8. 41.

40) *Obligatio tollitur* (L. 21. §. 2. D. 46. 1.); *fideiussor liberatur* (L. 95. §. 3. D. 46. 3.); *altera obligatio ab altera perimitur* (L. 13. D. 45. 2.) etc.

41) L. 95. §. 3. D. 46. 3. L. 21. §. 2. D. 46. 1. Vergl. L. 5. D. ibidem.

42) L. 10. D. de actionibus empti. (19. 1.) L. 18. D. de obligationibus et actionibus. (44. 7.)

43) L. 93. §. 1 u. 2. D. 46. 1. L. 5. D. ibid. L. 13. D. 45. 2.

1) Man vergl. Rebuff, *tractatus de portione congrua*. Van Espen, *ius ecclesiasticum universum* P. II. tit. XXXIV. de portione congrua parochorum. S. auch Thomassin, *vetus ac nova ecclesiae disciplina* P. III. lib. II. cap. XXIV.

2) C. 9. X. de praebendis (3. 5.) (Alexander III. a. 1170), c. 19. eod. (Innoc. III. a. 1211), c. 15. (ult.) X. de rescriptis in VI. (1. 3.) (Bonifac. VIII. a. 1302).

werden, der nicht zugleich einen Wirkungskreis für eine bestimmte Gemeinde übernimmt und dessen Unterhalt damit gesichert ist (*ordinatio sine titulo facta irrita est*)³⁾. Dieser Unterhalt ward aus den Einkünften der Kirche überhaupt bestritten und vom Bischöfe, als dem Verwalter des Kirchengutes, gewöhnet. Der Bischof mußte sich daher auch vor der Ordination davon überzeugen, ob die Einkünfte zur Sustentation des zu bestellenden Clerikers hinreichten. Hatte er dies versäumt und waren die Kirchengüter nicht ausreichend, so mußte er aus seinen eigenen Mitteln den von ihm Ordinierten unterhalten⁴⁾. Später wurden die kirchlichen Einnahmen genauer getheilt und bleibend mit einzelnen Stellen verbunden (*beneficium*). Dabei mußte dafür gesorgt werden, daß jedes Beneficium genügend groß war (*congruum*), und bei der Begründung kirchlicher Aemter und Gotteshäuser war die hinreichende Dotation deshalb Bedingung⁵⁾. Sowie früher die geistliche Weihe den *titulus ordinationis* oder *ecolesias* voraussetzte, ward diese nun auch auf den *titulus beneficium* ertheilt. Da aber nicht überall die Eintheilung des Kirchengutes in Beneficien üblich ward, und es am Titel nicht fehlte, wenn Jemand nur überhaupt wegen seiner Subsistenz bei der Kirche außer Sorgen stand, so war die Ordination gerechtfertigt, wenn es dem Anzustellenden nur nicht am nöthigen Auskommen (*congrua sustentatio*) fehlte⁶⁾. So entstand der *titulus congruae sustentationis*, als *titulus patrimonii* und *pensionis*, und es fiel die Verpflichtung des Bischofs, die Geistlichen zu unterhalten, fort, wenn er darauf hin ordiniert hatte, und bestand nur fort, wenn er schlechthin ohne jeden Titel ordinierte⁷⁾.

Hierauf entwickelten sich besondere Grundsätze über die *congrua*, besonders auch für den Fall, wenn ein einzelner Geistlicher sich zur Erleichterung Geschäften annahm⁸⁾. Die Quellen brauchen dafür verschiedene Ausdrücke: *congrua portio*⁹⁾, *congrua sustentatio*¹⁰⁾, *portio suffi-*

3) Can. 6. Conc. Chalcedon. a. 451 (c. 1. dist. LXX). Bergl. Capit. Aquilegranense ann. 789, cap. 24. (al. 25.) (Baluzius, Capitalar. I. 223. Pertz, monumenta Germ. III. 58) u. a. m. C. 2. dist. LXX. (Urban. II. a. 1095). Zwar bezieht sich das Gesetz, sowie der Ausdruck *titulus* zunächst und ursprünglich nicht auf den Unterhalt der Ordinanden selbst; indessen liegt auch die Rücksicht darauf nicht fern und wird später die entscheidende (m. s. van Espen, ius eccl. P. II. tit. XVIII. §. 12).

4) Novella III. cap. 2. §. 1. a. 535. Nov. V. (baraus c. 2. X. de praebendis (3. 5.)). C. 37. de praebendis in VI. (3. 4.) (Bonifac. VIII.) Diese Pflicht ging auch auf den Nachfolger des Bischofs über. C. 13. X. de aetate (L. 14.) (Innocent. III. a. 1214). C. 16. X. de praebendis (3. 5.) (idem a. 1216).

5) Novella LXVII. cap. 1. a. 538, CXXXVIII. cap. 7. a. 541. Dat. ant. c. 9. dist. I. de consecr. Capitalar. lib. V. 228. lib. VII. cap. 73. u. a. m.

6) C. 2. X. de praebendis. (3. 5.)

7) Die nähere Ausführung gehört in den Artikel Ordination.

8) E. van Espen, Num. 1 cit.

9) C. 4. de regularibus in VI. (3. 14.)

10) C. 1. de praebendis in VI. (3. 4.) Bergl. c. 2. §. 2. de decimis in VI. (3. 12.)

ciens¹¹⁾, sustentatio competens¹²⁾ u. a., woraus später der Gebrauch von congrua, competens (competentia pastoralis) ohne weiteren Zusatz hervorging.

Die Forderung der Kirche, daß bei der Fundation einer Stelle zunächst auf eine hinreichende Dotation geachtet werden müsse, ward als allgemeiner Grundsatz stets anerkannt und in besonderen Fällen zur Anwendung gebracht¹³⁾. Namentlich setzte im Jahre 1311 das Concil zu Vienne fest¹⁴⁾: *Dioecesanis sub obtestatione divini iudicii districto inhibetur, ne praesentatum aliquem per quamcumque personam ecclesiasticam ius praesentandi ad ecclesiam aliquam habentem admittat, nisi intra certum terminum competentem per Dioecanos ipsos praesentantibus praesigendum, ipsi praesentato fuerit coram eis congrua de proventibus ecclesiae portio assignata. Quam si forsitan iidem praesentantes intra terminum ipsum assignare neglexerint, ne factum eorum noceat praesentato, statuitur, ut ex tunc dioecesani debeant praesentatum (nisi aliud canonicum obstat) admittere et in poenam praesentantium, ad dioecanos ipsos potestas assignationis huiusmodi devolvatur.* In ähnlicher Weise haben auch die späteren Synoden¹⁵⁾, zumal nach dem Concil von Trident¹⁶⁾, und dann die weltliche Gesetzgebung der einzelnen deutschen Territorien diesem Gegenstande eine vorzügliche Sorgfalt gewidmet.

Der Geistliche soll ein genügendes und festes Einkommen besitzen. Die Größe der Revenüen richtet sich natürlich nach dem Bedürfnisse und den localen und temporären Verhältnissen; jedenfalls muß aber immer dafür gesorgt sein, daß der Geistliche nicht durch Bemühungen um den Erwerb dem Amte entzogen werde, und daß das Einkommen hinreicht, um auch die ihm obliegenden Leistungen gewähren zu können (ut exinde competentem sustentationem habere et episcopalia iura solvere valeant aliaque debita onera supportare)¹⁷⁾. Bereits nach älteren Festsetzungen, welche auch das tridentinische Concil anerkannt hat¹⁸⁾, soll dem Bischöfe darüber die Entscheidung zustehen, und dieser kann den Umständen gemäß die nöthig gewordenen Abänderungen treffen.

11) C. 30. X. de praebendis. (3. 5.)

12) C. 2. §. 2. de decimis in VI. (3. 13.)

13) Man s. insbesondere c. 3. X. de ecclesiis aedificandis (3. 48.) (Alexander III. a. 1170), c. 30. X. de praebendis (3. 5.) (Concil. Lateran. a. 1216), c. 8. X. de consecratione ecclesiae (3. 40.) (Honorius III. a. 1222) u. a. m.

14) Clem. I. de iure patronatus (3. 12.).

15) Concil. Coloniense a. 1536, P. VIII. (Hartzheim, Conc. Germ. T. VI. p. 290).

16) Sess. VII. cap. 7 de reform. Sess. XXI. cap. 4 de reform. Sess. XXIV. cap. 13 de reform. Bgl. Synod. Mechlinensis a. 1570, tit. de decimis christianitatum cap. 1. (Hartzheim, Conc. Germ. T. VII. p. 621).

17) C. 12. X. de praebendis (3. 5.) (Alexander III. a. 1170). C. 1. de praebendis in VI. C. 2. §. 1. de decimis in VI. Concil. Trid. l. c.

18) Sess. VII. cap. 7 de reform. u. a. Auch bei Ermittlen ist der Bischof dabei thätig. S. c. 1 de praebendis in VI. u. a. m.

Indessen ward schon frühzeitig eine Mitwirkung der weltlichen Behörde dabei üblich¹⁹⁾, und diese ist auch jetzt hergebracht oder selbst allein als zulässig anerkannt²⁰⁾. Entsteht unter den Beteiligten ein Prozeß wegen der zu treffenden Maßregeln, so ist im Allgemeinen ein summarisches Verfahren wohl gerechtfertigt, da die Grundsätze über Alimentationen als die leitenden erscheinen²¹⁾.

Das Einkommen muß aber auch ein sicheres, festes sein. Daher fordern die Gesetze *res certae*. Das Object selbst kann jedoch sehr verschieden sein, und zwar positiv und direct oder bloß indirect einen bestimmten Vortheil zuweisen²²⁾.

Vor Allem gehört hieher eine fixirte Besoldung in Geld, Früchten u. s. w., aus öffentlichen Cassen oder von der Gemeinde entrichtet, die Benutzung von Aeckern, Gärten, Wäldern, Wiesen, Fischweiden u. s. w. in natura oder das Pachtgeld dafür²³⁾, Zehnten und Zinsen verschiedener Art, eine Amtswohnung oder der Erlös aus deren Verrentung, insofern solche nicht gehindert ist²⁴⁾. Da, wo Naturaldepouze zu liefern sind, müssen dieselben, falls sie nicht in natura geliefert werden können, nach den entsprechenden Marktpreisen vergütet werden²⁵⁾. Ferner kommen in Betracht zufällige Geldeinnahmen und Lei-

19) Van Espen l. c. P. II. tit. XXXIV. cap. VIII. §. 10 sq.

20) So in Oesterreich nach einer Verordnung vom 22. Mai 1798 (vergl. Haupt Helfert, von dem Kirchendernögen, Th. II), in Preußen, gemäß Arg. des allgem. Landrechtes, Th. II, Tit. XI, §. 707 flg. (s. Bieliq, preuß. Landrecht, §. 56), im Großherzogthum Hessen nach Verordnung vom 4. Juli 1812, u. a.

21) Vgl. van Espen l. c. cap. V.

22) Es kann hier nicht darauf ankommen, alle einzelnen Gegenstände in näherer Betrachtung zu ziehen, da die Grundsätze über dieselben in eigenen Artikeln eine Stelle finden müssen. Für unseren Zweck genügt eine allgemeinere Classification der Objecte, mit Hervorhebung des kirchenrechtlich Prägnanten. Ausführlicher behandeln diesen Gegenstand: J. H. Böhm, ius eccl. Prot. lib. III. tit. V. §. 151 sq., und ius parochiale sect. V. cap. II. §. 18 sq. Eichhorn, Kirchenrecht, II. S. 743 flg. u. X. Von Particularrechten s. m. betrübend des Anmerkung 20 cit. Helfert. — Bieliq, Cap. VIII, S. 101 flg. Schmidt, der Wirkungskreis und die Wirkungsart des Superintendenten (Candenburg und Leipzig 1837, 8.), §. 51, S. 91 flg., §. 94 flg., S. 177 flg. u. a. m.

23) Mit einzelnen Beneficien sind oft Leistungen, Zinsen und Dienste von Gärten, Diderfen u. s. w. verbunden; daher Pfarrbauern, Dotalbauern, Widemuthsbauern, Stiftsbauern, Gotteshausleute u. s. w. Vergl. Joh. Gottl. Heinriccius, in den vermischten Anmerkungen über rechtlichen Gutachten (Berlin 1742, 8.), S. 74 flg. Joh. Aug. Apel, diss. de origine rusticorum dotalium eorumque inprimis in Saxonia conditione. Lips. 1795. Ueber das jurid. Recht s. m. Bieliq a. a. D. §. 59. Die Benutzung der Pfarrländereien ist übrigens mitunter nur auf so viel Pfarrfeld beschränkt, als zum eigenen Bedarf erforderlich ist (s. z. B. das herzoglich nassauische Edict vom 8. April 1818. Dito, nassauisches Kirchenrecht, S. 227).

24) Dst ist dabei der Consens der vorgesetzten Behörde erforderlich. R. s. z. B. Verordn. der Regierung zu Arnberg v. 30. Jan. 1824 (in v. Kampß Annalen 1824, P. I, S. 151).

25) Man vergl. deshalb für Preußen die Cabinetsordre vom 3. Dec. 1803, 13. April 1819, und mehrere Gesetze (s. Jacobson, Geschichte der Quellen

stungen (Accidentien), welche theils nach bestimmter Laxe, theils nach freiem Ermessen des Gebers entrichtet werden, und welche nach einer gewissen Durchschnittsrechnung als festes Einkommen zu veranschlagen sind²⁶).

Außerdem genießen die Geistlichen indirect manche Vortheile, indem ihnen die Freiheit von verschiedenen Abgaben bewilligt ist, welche von den übrigen Staatsunterthanen getragen werden müssen²⁷). Diese Leistungen gestalten sich nach der Observanz und dem Particularrecht verschieden. Was insbesondere Steuern betrifft, so ward die Kirche und der Clerus gemeinhin nur so weit davon befreit, als nicht die Municipalverfassung darunter litt²⁸). Doch half auch hier meistens der Staat durch besondere Concessionen, wenigstens soweit, daß die congrua nicht geschmälert ward. Dies ist der Fall in Bayern²⁹), Oesterreich³⁰), Württemberg³¹) und in anderen Ländern, in welchen eine allgemeine Steuerpflicht sonst für die Geistlichen besteht. In Preußen³²) dagegen, Kurheffen³³) u. a. ist die Immunität eine umfassendere.

des preuß. Kirchenrechtes, Th. I, Bd. II, Anh., Nr. LXV, LXXXIII). Eine Verjährung des Anspruchs auf die Naturallieferung selbst ist aber unzulässig (s. Ministerialrescript vom 16. Juni 1815; Jacobson a. a. O. Nr. LXXXVI). Im Großherzogthum Hessen ist eine temporäre Verwandlung der Naturalienbesoldung für die Dauer des Besoldungsgenusses der gegenwärtig Besoldeten durch Verordnung vom 31. Januar 1822 gestattet worden (Regierungsblatt 1822, Nr. 6, S. 35).

26) Das Speciellere hierüber gehört in den Artikel Stolzgebühren. — Daß übrigens statt der Accidenzien den Geistlichen wo möglich andere Einkünfte zugewiesen werden sollten, und daß jene überhaupt in geringerem Maße angelegt würden, um das Gehässige der Zahlung für die Sacramentspense u. s. w. zu beseitigen, bestimmte schon das Concil. Colonienae a. 1536, P. VIII. cap. 2. (Hartzheim, Concilia Germ. tom. VII. p. 290). Vergl. Concil. Colon. a. 1549, de medio tertio cap. X. (eod. p. 545.)

27) Im Allgemeinen fallen diese Vortheile unter den Begriff der Immunität.

28) Daher die wiederholten Erklärungen der Päpste dagegen. M. s. z. B. c. 4. 7. X. de immunitate eccles. (3. 49.) (Concil. Lateran. a. 1179, 1215), c. 1. eod. in VI. (3. 23.) (Alexander IV. a. 1260), c. 4 de censibus in VI. (3. 20.), c. 4 de immunit. in VI. (Bonifacius VIII. a. 1298). Vergl. Clem. un. eod. (3. 17.) (Concil. Vienn. a. 1311).

29) Vergl. bayer. Regierungsblatt 1808, S. 396, 1811, S. 66; Gesetzblatt 1828, S. 122, 172, wegen der kath. Geistlichen, und Reg.-Bl. 1812, S. 994, wegen der evangelischen.

30) Verordnung vom 24. Juni 1764. Erbsteuerpatent vom 15. Oct. 1810, §. 57 u. a.

31) Decret der Oberfinanzkammer vom 13. Nov. 1809. Decret des kath. geistl. Rathes vom 12. April 1814, Nr. 2. Siehe Knapp, Handbuch für die kath. Geistlichkeit in Württemberg (Lüdingen 1815, 8.), Abth. 2, S. 458 fig.

32) Hier bestand schon nach der älteren Verfassung Freiheit von der Contribution (Grundsteuer). Rescript vom 19. März 1721, angewendet auf die im J. 1772 erworbenen Landestheile (s. Leman, westpreuß. Provinzialrecht, I. §. 1076, S. 278), vom Horn- und Klauenschosse, dem Kopfgebe, den Schuß- und Nahrungsgeldern (s. Circ. der westpreuß. Regierung vom 21. Nov. 1776 bei Jacobson, Geschichte der Quellen des preuß. Kirchenrechtes, Th. I, Bd. II, Anh., Nr. CXXIV), von der Accise (s. schlesisches Accisereglement v. 23. März

Die Größe der congrua selbst gestaltet sich in den einzelnen Territorien verschieden, denn bald hängt Alles blos vom Verhältnisse der einzelnen Kirche und Gemeinde ab, bald erfolgt die Ausstattung nach bestimmter Classificirung, mit Rücksicht auf die Zeit der Amtsverwaltung, die besondere Thätigkeit des Geistlichen und nach anderen Umständen²⁴⁾. Hierzu beträgt z. B. die congrua in Baden überhaupt 800 Flor.²⁵⁾, in Bayern für Pfarrer in größeren Städten 900, auf dem platten Lande 600, für Beneficiaten 400 Gulden²⁶⁾, in Oesterreich für den Pfarrer 400 bis 600, für den Localcaplan 300 — 350, für den Cooperator 150—200 Gulden²⁷⁾ u. s. w. In Hannover sind dagegen drei Hauptclassen für die Besoldung angenommen, nämlich 1) von 300—600, 2) von 600—900 und 3) von 900—1200 Thalern und in jeder dieser Classen drei Unterabtheilungen, welche von 100 zu 100 Thalern steigen²⁸⁾. Nämlich bestehen in Nassau fünf Classen: 1) von 600—750, 2) von 750—1000, 3) von 1000—1200, 4) von 1200—1500, 5) von 1500—1800 Gulden²⁹⁾.

Wegen der congrua der Stellen der Capitularen an den Doms- und Collegiatstiftern, sowie für die Bischöfe und Erzbischöfe sind in den neueren Concordaten und Circumscriptionsbullen genauere Festsetzungen ergangen. So erhalten z. B. der Probst und Dechant in Eßln und Bostan 2000, in Münster und Posen 1800, in Lere 1400, in

1756. — Rescript vom 12. 1828 (Jacobson a. a. D. Nr. XCIII), von Lieferungsbeiträgen in Getreide, Heu und Strohnaturalien von den selbst bewirtschafteten Dienstregrundstücken (Verordn. der Regierung zu Frankfurt v. 30. März 1814, im Amtsblatte S. 231), von allen Communallasten, insbesondere der durch den Krieg verheereten (Geb.-Ordre v. 30. Jan. 1817, in v. Kampß Annalen 1817, S. 1, S. 138; Ministerialrescript v. 27. Februar 1817), von der Klassensteuer (Gesetz v. 30. Mai 1820 in der Gesefsamml.), von den Beiträgen für Correctionshäuser und Hebammeninstitute (Verordn. der Regierung zu Langfu v. 24. Januar 1819, im Amtsblatte S. 62) u. a. m. — Ueber die Schwereverhältnisse in den preuß. Rheinlanden s. m. Hermens, Handbuch der Staatsverfassung über den christl. Cultus (Aachen und Leipzig 1833, 8.), die im Register S. 928 nachgewiesenen Stellen.

24) C. Ledderhose, kurbess. Kirchenrecht, herausgeg. v. Pfeiffer, S. 522, S. 502, u. I.

25) H. vergl. deshalb die Ausgabe aus den neueren deutschen Gesetzen bei Andr. Müller, Verikon des Kirchenrechtes (2. Ausg.), Bd. I, S. 685 flg.

26) Regierungsblatt von 1816, S. 81, 330, 561. Vgl. Andr. Müller a. a. D. Bd. I, S. 26. Im Jahre 1838 ist aber eine besondere Classificirung der Dotationen (ähnlich, wie in Hannover, s. Anm. 38) vorgeschlagen und bereits vom Staatsministerium genehmigt worden (s. allgem. Kirchenzeitung 1839, Nr. 69).

27) Verordn. vom 29. Juni 1810 (Reg.-Blatt S. 586). Landtagsabschied v. 23. Dec. 1831, S. 46, 188 (Gesetzblatt 1832, Nr. 8, S. 98 flg.). Vergl. Müller a. a. D. Bd. I, S. 688.

28) C. Kochberger, anhid. iuris eccl. Austr. T. II. S. 249—251. Müller a. a. D. S. 686, 686.

29) H. vergl. Brandis und Kupstein, vierteljährliche Nachrichten von Kirchen und Schulsachen, 1838, S. 4.

30) Ditto, nassauisches Kirchenrecht, S. 227. Müller a. a. D. S. 684, 684.

Culm 1200 Thaler, und die einzelnen Domherren in bestimmter Abstufung 1200 (in Breslau 1100, Trier und Culm 1000), 1000 (Trier und Culm 900) und 800 Thaler, die Ehrencanonici 100, die Beate 200 Thlr. u. s. w.

In der neuesten Zeit sind auch Vorschläge gemacht worden, um eine bessere Dotation der Pfarreien zu erwirken und größere Uebereinstimmung herbeizuführen, die Einkünfte aller Stellen eines Landes zu einem gemeinsamen geistlichen Fonds zu vereinigen und daraus mit Rücksicht auf das besondere Bedürfnis die Besolzung zu entnehmen⁴⁰). Mit Grund ist aber die Schwierigkeit, ja zum Theil selbst die rechtliche Unmöglichkeit einer solchen Maßregel dagegen nachgewiesen worden⁴¹).

Die Stellung der Geistlichen blieb bis zum sechszehnten Jahrhundert im Ganzen eine gleich günstige, da dieselbe meist durch ältere Fundationen gesichert war und die sinkende Achtung des Clerus beim Volke nicht besonderen Nachtheil hinsichtlich seiner Einnahmen herbeiführen konnte. Durch die Reformation aber und die in Folge derselben bewirkte Säkularisation vieler Kirchen- und Stiftsgüter ward die äußere Lage der evangelischen Geistlichen meistens eine unvortheilhafte, denn die Guts-herrschaften und Gemelnden, auf welche die Pflicht zur Erhaltung ihrer Seelsorger überging, waren häufig nicht geneigt, die bisherigen Leistungen zu gewähren oder sonst die erforderlichen Mittel herzugeben, und so blieben manche Orte lieber ganz ohne Prediger, oder nöthigten die Anzustellenden zu ungünstigen zeitigen Mietcontracten⁴²), oder stellten durchaus untüchtige Personen an, welche mit geringer Sustentation zufrieden waren. So klagten unter anderen die Superintendenten auf einer Synode zu Greifswalde im Februar des Jahres 1556: Die Patrone reißen die Pfarrgüter und Aecker zu sich, lassen verfallen Amt, Kirchen und Häuser, fahren zu und stecken oft untüchtige Personen in die Pfarren, ohne Vorwissen der Superintendenten, oftmalen denselben zuwider, auf daß sie die Güter einbehalten mögen, denn die elenden Märtyrer müssen wohl zufrieden sein, halten sie darnach geringer denn Saubirten, treiben sie in die Jagd, müssen ihre Schreiber und Boten sein, wie an vielen Orten vorgegangen⁴³). Darum klagte auch Luther: Die Pfarrer müs-

40) So in Württemberg (m. vergl. Rheinwald, Repertorium der theolog. Literatur, Bb. I, S. 220), im Großherzogthum Hessen (allgem. Kirchenzeit. 1834, Nr. 157, S. 1247, 1248), in Baden (allgem. Kirchenzeit. 1839, Nr. 69).

41) M. vergl. Schwabe, über die Unzulässigkeit einer Centralisirung des Kirchengutes, in Weiß, Archiv des Kirchenrechtes, Bb. V, Nr. 4, S. 76 flg. Kühnenthal, in der allgem. Kirchenzeit. 1839, Nr. 69. — Die Unthunlichkeit solcher Vorschläge hatte sich übrigens in Preußen bereits im Jahre 1721 ergeben (m. s. Jacobson, Geschichte der Quellen des preuß. Kirchenrechtes, I. II. S. 89).

42) Noch im Jahre 1580 hatte man in Braunschweig einen solchen Contract schließen wollen; doch erklärte das dortige Ministerium, daß ein Prediger nicht nöthig habe, sich nur auf gewisse Jahre bestellen zu lassen (s. das Bedenken des Ministeriums in Rehtmeyer, braunschweigische Kirchengeschichte, Th. III, S. 345 flg.).

43) Codex Mssptus zu Gotha, Fol. 270. S. 131.

sen entkaufen, denn sie haben nichts, gehen heraus und sehen aus wie die dürrern Geister.

Es konnten diese Mißverhältnisse nur durch kräftige Mitwirkung der Fürsten beseitigt werden, und so erfolgten in den einzelnen evangelischen Ländern Visitationen, eine neue Begrenzung der Diöcesen (Superintendenturen) und Pfarrensprengel und dabei Anordnungen wegen der Dotation der Kirchen und Pfarreien⁴⁴⁾. Nach und nach ward auch den Bedürfnissen mehr entsprochen und insbesondere in der neuesten Zeit den Geistlichen eine günstigere Stellung gewährt⁴⁵⁾. Mit Recht hat man möglichst dafür gesorgt, daß die Einnahmen in fixirten Geldsummen bestehen und aus öffentlichen Cassen entrichtet werden, so daß die Accidencien und Sporteln seltener geworden sind. So ist im Königreiche Sachsen unterm 4. Juli 1837 von den Ständen die Summe von 11,266 Thalern bewilligt, damit die Superintendenzen fixirt würden⁴⁶⁾, und durch die Ministerial-Berordnung vom 10. Januar 1839, die Regulirung der Amtesentlohnung der Superintendenzen betreffend⁴⁷⁾, ist es nun dahin gekommen, daß nur in wenigen Fällen überhaupt noch Sporteln gezahlt werden.

Ueber die Natur des Rechtes des Geistlichen am Beneficium, also an der congrua, ist nach den Grundsätzen des canonischen Rechtes zu behaupten, daß es nicht ein einfacher Nießbrauch sei, sondern ein umfassenderes *ius in re* enthalte⁴⁸⁾, analog dem lehnrechtlichen *dominium utile*, jedoch wegen der mangelnden Erbllichkeit mehr nur *feudastrum*. Die Einwirkung im Einzelnen gestaltet sich aber mit Rücksicht auf das Object und nach *particularem* Rechte verschieden⁴⁹⁾. Der Anspruch auf

44) R. vergl. z. B. von Sachsen: Weber, sächsisches Kirchenrecht, B. I, Th. I, §. 21 fig.; von Hessen: v. Kommel, Geschichte Philipps des Großmächtigen, I. 151 fig., II. 114 fig. u. a.; von Preußen: Jacobson a. a. D. Th. I, B. II, Cap. I. Vergl. Arnold, preuß. Kirchenrecht, Buch III, Cap. I u. II.

45) R. vergl. die Verhandlungen der Stände und die in Folge derselben emanirten neueren Gesetze. Insbesondere soll auch, damit den Geistlichen ihr volles Einkommen zu Theil werde, bei der Anstellung stets eine sorgfältige Prüfung der Vocationen erfolgen (preussische Ministerialverordnung vom 20. April 1836. Recorden. der Regierung zu Königsberg vom 7. December 1836. Jacobson a. a. D. I. II. Anh. Nr. CKV. Nr. 2).

46) Allgem. Kirchenzeit. 1837, Nr. 178, S. 1470 fig. — In Preußen sollen nach der Cabinetsordre vom 21. April 1838 (vergl. Circ. der Regierung zu Frankfurt a. D. vom 6. Juli 1838 in der cameralistischen Zeitung, Berlin 1838, Nr. 52, S. 1229, 1230) die Gebühren für Hausstrauungskoncessionen, besonders zur Remunerirung der unbesoldeten Superintendenzen und Schulinспекtorum mit verwendet werden.

47) Allgem. Kirchenzeit. 1839, Nr. 50.

48) Daher Alexander III. im J. 1170 in c. 2. X. de donationibus (3. 24.): *Quod episcopus et quilibet alius ecclesiasticus praelatus ecclesiasticorum rerum sit procuratus, non dominus, conditione meliorare potest, facere autem deteriorum non debet.* Vgl. c. 5. X. de petulio clericorum (8. 25.) (Concil. Toletan. II. a. 531), c. 17. de praebendis in VI. (3. 4.) (Bonifacius VIII.).

49) S. Ann. 23 fig. oben. Vgl. Eichhorn, Kirchenrecht, II. 743 fig.

den Genuß der congrua selbst beginnt mit der Annahme der Collation⁵⁰⁾, insofern nicht wegen zu leistender Annaten (s. den Art.), wegen gewisser dem Beneficium sonst obliegender Lasten (Diminutionen, Reservationen, Pensionen u. s. w.), oder einer Carenzzeit, eines Gnadenjahres u. s. w.⁵¹⁾ ein Hinderniß eintritt. Der Genuß ist aber ein lebenslänglicher, insofern nicht dem Verleiher die willkürliche Entziehung zusteht, wie beim vicarius temporarius, oder einem beneficium manuale, ad nutum amovibile, oder aus bestimmten gesetzlichen Gründen die Entziehung der congrua erfolgt.

Was der Geistliche aus der congrua erwirbt und respective erbringt, bildet sein peculium clericale, worüber jetzt im Allgemeinen, insofern nicht particularrechtliche Ausnahmen bestehen, inter vivos und mortis causa verfügt werden darf⁵²⁾.

Die congrua muß stets vollständig erhalten, und soll dem Geistlichen nicht durch Beschlagnahme entzogen werden. Schon das gemeine Recht sichert deshalb die verschuldeten Cleriker⁵³⁾. Nähere Festsetzungen enthalten die Territorialgesetzgebungen, wie denn unter anderen das preussische Recht festgestellt hat, daß ein Beschlagnahme auf die Besoldung und Emolumente nur in der Art stattfindet, daß ein jeder 400 Thlr. frei behält. Gegen diejenigen, welche nur so viel oder weniger Dienst-einkünfte haben, soll daher gar kein Arrestschlag, bei den übrigen aber der Beschlagnahme nur auf die Hälfte des nach Abrechnung der 400 Thlr. bleibenden Ueberschusses der Besoldung und Emolumente gestattet werden. Nur bei Schulden aus unerlaubten Handlungen und bei currenten öffentlichen Abgaben findet diese Gewährung der Competenz nicht statt⁵⁴⁾.

50) C. 17. de praebendis in VI.

51) Näheres hierüber ist in besonderen Artikeln auszuführen. Namentlich kommt hier in Betracht die Auseinandersetzung des neu anziehenden und abgehenden Pfarrers, oder der Erben des letzteren, die Verwendung der Interalarfrüchte u. s. w.

52) Die weitere Ausführung gehört nicht hierher. Vgl. inbessen Frey, Commentar über das Kirchenrecht, Bd. IV, S. 972 fig. Eichhorn, Kirchenrecht, II. 749 fig.

53) C. 3. X. de solutionibus (3. 23.) (Gregor IX. a. 1234), auf das man sich hierbei gewöhnlich bezieht, spricht nur von dem Falle, daß gegen einen Geistlichen, der keine Pfründe besitzt, nicht mit geistlichen Strafen verfahren werden solle. Durch Usualinterpretation, also durch die Praxis, ist aber das beneficium competentiae daraus hergeleitet worden. Vgl. f. Sommers Rhayfobien. Observ. 13. J. H. Böhmey, zum c. X. cit. und ius eccl. Prot. lib. III. tit. 23. §. 20 sq. Eichhorn, Kirchenrecht, I. 537—539, u. X. Im Allgemeinen s. m. auch den Art. beneficium competentiae.

54) S. Anhang zur allem. Gerichtsordnung §. 160—164, 168—170, und mehrere Rescripte u. s. w. bei Bieltz, preuss. Kirchenrecht, §. 53, 54. Diese Bestimmungen sind durch Cabinetsordre vom 23. Mai 1826 (Gesetzsammlung d. 3. Nr. 9) auch auf diejenigen Landestheile ausgebehnt worden, in denen die allgem. Gerichtsordnung nicht gilt. Dadurch sind denn die französischen Decrete vom 18. Nivose an XI. (8. Januar 1803) und 13. Fructidor an XIII. (31. August 1805) Art. 6 (Fermens, Handbuch a. a. D. I. 667, II. 329, vergl. 784), worin es allgemeiner heißt: Les traitemens ecclésiastiques seront insaisissables dans leur totalité, rüdsichtlich der Summe modificirt werden.

In Oesterreich ist als die Grenze der Execution die Summe von 300 Gulden (festgestellt⁵⁵) und in Bayern darf ein Drittel des Einkommens eingezogen werden⁵⁶).

Wenn wegen nicht genügender oder mangelnder Congrua der Gottesdienst nicht gebührend verwaltet werden kann, so soll nach gemeinem Rechte eine Union der Kirchen, nöthigenfalls mit Suppression der einen, erfolgen. Sonst soll aus den Oblationen der Zehnten, in subsidium mittelst Collecten, dem Bedürfnisse abgeholfen werden⁵⁷). Bei Veränderungen der Art ist jetzt die Mitwirkung des Staates erforderlich, welcher auch durch Anweisung auf den Religionsfonds, die Intercalarfrüchte u. s. w., dem Mangel eher abzuwehren geneigt ist, als Supplicirung der Kirchen zu gestatten⁵⁸).

6. F. Jacobson.

Connossement¹⁾ (conocimiento, polizza di carico, police de cargaison, bill of lading, und im neueren Latein gewöhnlich apocha

55) G. Helfert, vom Kirchenvermögen, II. §. 56.

56) Andr. Müller, Lytton, I. 478.

57) So nach dem Concillium Tridentinum sess. XXIV. cap. 18 de reform.: In parochialibus ecclesiis, quarum fructus tam exigui sunt, ut debitis nequeant oneribus satisfacere, curabit episcopus, si per beneficiorum unionem, non tamen regularium, id fieri non possit, ut primitiarum vel decimarum assignatione, aut per parochianorum symbola ac collectas, aut qua commoediori et videbitur ratione, tantum redigatur, quod pro rectoris ac parochiae necessitate decenter sufficiat.

58) H. f. v. B. von Bayern die Verordnungen vom 10. Juni 1810, 4. Januar 1811, 23. Juni 1827 (Andr. Müller a. a. D. I. 689), für Würtemberg die Verordn. des katholischen Kirchenrathes v. 10. Nov. 1818 (Müller a. a. D. S. 690), für Nassau die Edicte vom 6. und 25. April 1818 (Müller, S. 694) u. a. m.

1) Neuere Gesetze: Preuss. Landrecht II. 8. §. 1655, 56, 1668—74, 1716, 1720—22. Auch noch I. 20, §. 367—370. Code de commerce art. 281—285. Niderländ. Handelsgesetz. Art. 398 fig. Span. Handelsgesetz. Art. 799 fig. Portugiesisches Handelsgesetz. Art. 1553 fig. — Literatur: Von den Eigenschaften des Privatrechtes ist hier nur Rittermaier, §. 545, 549, 565, zu nennen. Martens, Handelsrecht, §. 15 (sehr dürftig). Wender, Handelsr. Bd. 1, §. 84. Pöhlis, Handelsr. Bd. 1, S. 181 fig., Bd. 3, S. 447 fig. Pardessus, droit de commerce T. III, p. 188 sq. Gordes, de literis recognitionibus. Gron. 1744. Blanck, 1745. Slüter, de traditione mercium per literas recogn. Traj. ad Rhen. 1750. Rentzel, de litt. recog. praesertim duplicibus. Lugd. Batav. 1754. Steetz, de instrum. recog. Ultraj. 1785. Widow, de dominio mercium liter. recog. transmis. 1791. Haman, de litt. recog. s. connossementis duplicibus. Berol. 1827. Diese Diss. sind fast sämmtlich von Hamburgern. Romunde, de recepti maritimi cautione, quae vulgo connossement etc. Traj. 1834. Bäsch, Darstellung der Hamburg. (Hamb. 1810), Zufüge II. S. 360. Benede, Affecuranzwesen, Bd. 1, S. 214. Quistorp, rechtl. Bemerkungen, Nr. 106. Carstens, Beiträge zur Erläut. des lüb. Rechtes (1814), S. 133. Jacobson, Seerrecht (1815), S. 234 fig. Gesebding, alte und neue Irrthümer, S. 233. Archiv f. das Handelsrecht (1818), Bd. 1, S. 188 fig., Bd. 2, S. 231 fig. Holstius, over bezetvor krijzening by cognoc. in Den Tex Hydragen (Amst. 1834), T. VIII. p. 181. Wohl unstreitig das Beste über diesen Gegenstand. Gierro, praktische Arbeiten (1836), S. 96—135. Treitschke, Kaufcontract (1836), S. 133—136.

oneratoriae litera recognitionis genannt)²⁾ ist eine Urkunde, in welcher der Schiffer bekennt, Waaren am Bord seines Schiffes erhalten zu haben, und sich verpflichtet, dieselben am Bestimmungsorte an den bestimmten Empfänger abzuliefern. Es muß in einem solchen Connoffement insbesondere der Name des Schiffes, des Schiffers, sowie des Abladers genau angegeben sein, dem Namen des Destinatars oder Consignatars pflegt oft auch ein „an Ordre“ hinzugesetzt zu werden, wodurch das Connoffement als ein nach kaufmännischer Weise durch Indoffament übertragbares Document bezeichnet wird; es braucht aber nicht immer ein bestimmter Empfänger gleich benannt zu sein, sondern der Schiffer kann sich nur verpflichten „an die Ordre“ des Abladers die Ladung abzuliefern, indem diesem noch die Bestimmung darüber vorbehalten bleibt. In der Regel pflegen auch noch die Frachtbestimmungen, wie sie im Frachtcontracte festgesetzt sind, aufgenommen zu werden³⁾. Aus diesen Angaben ergibt sich, was zu dem wesentlichen Inhalte eines Connoffements gehört⁴⁾. Das Connoffement dient also zunächst dazu, um den Empfang der Waaren, wie sie darin verzeichnet sind, abseiten der Schiffer, und daß nicht in die angegebenen Waaren wirklich in dem Schiffe verladen worden sind (was besonders auch für die zu schließende Asscuranz wichtig ist)⁵⁾, zu bescheinigen. Es kann jedoch das Connoffement nur die dem Schiffer bei der Verladung wahrnehmbare Menge und Beschaffenheit der Waare beweisen⁶⁾, und es wird ihm daher wohl in neueren Seerechten ausdrücklich das Recht eingeräumt, daß wenn ihm die Waaren nicht zugemessen, zugewogen, gezählt sind, auf dem Connoffement zu bemerken, daß ihm Zahl, Sorte, Gewicht oder Maß unbekannt sind. Es versteht sich dann auch, daß die einmal verladene Waaren ohne Rückgabe aller Connoffemente nicht wieder gelöscht werden können. Nach dieser Beschaffenheit und nächsten Zweckbestimmung des Connoffements zu urtheilen, würde dasselbe dem Frachtcontracte unterzuordnen sein, allein der Gebrauch, den die Kaufleute von diesen Documenten machen, gibt ihnen eine allgemeinere, handelsrechtliche Bedeutung, und erzeugt schwierige Rechtsfragen,

2) Nach Holtius Bemerkung, a. a. D. S. 184, darf der Ursprung des Wortes nicht in Italien gesucht werden, da sich dort diese Benennung nicht nachweisen läßt; der italienische Name ist: polizza di carico. Conocimento ist vielmehr spanisch und bezeichnet ein Bekenntniß etwas empfangen zu haben überhaupt.

3) Preuß. Landr. II. 8. §. 1668: Nach geendigter Ladung muß jedem Befrachter ein Empfangschein oder sogen. Connoffement unter des Schiffers Unterschrift zugestellt werden. §. 1669: Darin müssen die Waaren und deren Qualität, mit Zeichen und Nummern, der Ort ihrer Bestimmung, der Name des Befrachters und Empfängers, die bedangene Fracht, und ob und was schon darauf bezahlt worden, ausgedrückt sein. — Aehnliches C. de comm. art. 281.

4) S. über die Form der Connoff. Pöhl's a. a. D. Bd. 3, S. 447—53. Formulare im Anhang zu Engelbrecht, wohlunterwiesene Schiffer, S. 133 flg.

5) Inwiefern die Connoffemente bei den Asscuranzen in Betracht kommen, und die dahin gehörigen Rechtsverhältnisse hat erlautert: Benede, System des Asscuranz- und Bodmerciwesens, Bb. 1, S. 214 flg.

6) Rittermaier a. a. D. §. 545. I.

die eine genauere Feststellung erheifchen. Es hat sich nämlich in der Handelswelt die Ansicht ausgebildet, daß durch das Connoffement die Waaren selbst übertragen werden, so daß der Schiffer dem rechtmäßigen Inhaber dieselben auszuliefern hat. Es wird daher das Connoffement nicht nur von dem Ablader dem Destinatar, um diesen zum Empfang zu legitimiren überschickt, sondern es kann dieser die Waaren, über deren Verladung und Bestimmung an ihn er durch das Connoffement Genoffheit erhalten hat, nun schon an den Markt bringen, und es werden diese Waaren dann selbst schon durch Cession des Connoffements oder gewöhnlich durch Indoffement, sofern es an Ordre lautet, ähnlich, wie beim Wechsel, übertragen. Es werden daher auch mindestens drei Exemplare des Connoffements aus gefertigt, damit eines der Schiffer behalte, ein anderes des Ablader und ein drittes von diesem dem Consignatar übersendet werde. Zu diesem letzteren Zwecke werden dem Ablader auch wohl mehrere Exemplare gefertigt ⁷⁾, indem man wohl, wie bei Wechfeln, verschiedene Exemplare mit verschiedenen Schiffen versendet, damit eines möglichst sicher an dem Bestimmungsort ankomme. Es dient ein Exemplar auch wohl dazu; wenn die Versicherung an einem dritten Ort beschafft werden soll, um diese dann auf das Connoffement zu nehmen ⁸⁾. Nach französischer und anderen neuen Handelsgesetzgebungen sollen mindestens vier Exemplare aus gefertigt werden, indem eines, außer dem Ablader, noch der Rheder erhält ⁹⁾.

Wenn dieser Gebrauch der Connoffemente sich gebildet hat, ist noch frönderswegs gehörig untersucht und festgestellt. Seit dem 17. Jahrhundert bis auf die neueste Zeit läßt sich derselbe in Gesetzgebungen und Rechtssprechen in den vorzüglichsten Handelsstaaten Europas nachweisen ¹⁰⁾. Doch hat es nicht an Schriftstellern von sonst wohl begründetem Ansehen gefehlt, welche es in Abrede gestellt haben, daß, wie man sich wohl ausdrückt, das Connoffement die Waaren gleichsam repräsentirte, und daß durch dasselbe diese übertragen werden; sie haben nämlich ein bloßes contractuelles Verhältnis zwischen den Consignirenden und den Consignatar, und eine bloße daraus hervorgehende persönliche Verpflichtung des Schiffers gegen letzteren annehmen wollen ¹¹⁾. Von einer anderen Seite zu weit gedrängt, haben dagegen ältere Rechtslehrer behauptet, daß durch das Connoffement jedesmal das Eigenthum der Waaren auf den Inhaber

7) Preuß. Landr. II. 8. 1670: Von jedem Connoffement muß der Schiffer drei Exemplare, und wenn der Befrachter es verlangt, auch das vierte unterzeichnen; zugleich aber dahin sehen, daß sie völlig gleichlautend sind, und daß in jedem die Zahl der ausgefertigten Exemplare bemerkt werde.

8) Bencet a. a. D. Bb. 1, S. 234.

9) C. de commercio art. 282. Rittermaier, §. 545, Note 6.

10) Es ist dieses besonders gesehen von Holtius in der angeführten Abhandlung S. 184—202. S. auch Rittermaier, §. 565, II. Note 7, und wie bereits angef. Schriftsteller und neueren Handelsgesetze.

11) Es sind dieses bef. Kmerigon, traite des assurances, c. 11. s. 3. p. 319. Jacobson, Vöerrecht des Krieges und Friedens (Altona 1815), S. 234 ff. Bergl. damit Eivers, prakt. Arbeiten, a. a. D. S. 123, und bef. Holtius a. d. in voriger Note angef. Dtrr.

übertragen werde. Eine Betrachtung der kaufmännischen Verhältnisse zeigt aber leicht die Unrichtigkeit auch dieser Ansicht. Allerdings findet es bei Verladung einer Waare und Uebersendung oft statt, daß der Ablader dem Empfänger das Eigenthum übertragen will, und dieser es erwirbt; sie können sich wie Verkäufer und Käufer gegenüberstehen, wo dann dieser, wenn die Waaren bezahlt, z. B. sogleich Wechsel auf ihn gezogen oder creditirt sind, allerdings durch Uebersendung des Connossements das Eigenthum der Waaren erhält. Allein der Empfänger kann auch bloßer Commissiönär, dem der Ablader die Waaren zum Verkauf, oder Spediteur sein, dem er sie zur Weiterbeförderung übersendet¹²⁾. Hier, sieht man leicht, kann von einem Eigenthumserwerbe keine Rede sein. Welche Rechte der Empfänger an der Waare erwirbt, kann daher nur aus den sonst stattfindenden Verhältnissen, nicht aus dem Connossement entnommen werden. Da aber der Connossementsinhaber gleichsam schon als Inhaber der Waare selbst betrachtet wird, so hat man dieses in neuerer Zeit ziemlich allgemein, und wie es namentlich noch durch Pöhl's geschieht, als eine symbolische Tradition ansehen wollen¹³⁾, eine Vorstellung, die wohl durch die gewöhnliche Ausdruckweise, daß das Connossement die Waare vertritt, hervorgerufen sein mag. Die ganze Sache hat sich aber zu einer Zeit auf einem Gebiete ausgebildet, wo die Rechtsymbolik sonst nicht eben gewöhnlich heimisch zu sein pflegt, und es dürfte daher eine durch handelsrechtliche Gewohnheit begründete Abweichung vom römischen Rechte, dem die Idee einer symbolischen Tradition fremd ist, schwerlich erweislich und zur Erklärung der vorkommenden Rechtsverhältnisse nothwendig und genügend sein. Das Connossement läßt sich etwa mit den Schlüsseln vergleichen, sowie diese den Raum erschließen, und durch ihre Uebergabe der Empfänger den wirklichen Besitz der darin befindlichen Waaren erwirbt, so öffnet gleichsam das Connossement den Raum des Schiffes, indem der Schiffer dem Inhaber desselben die Waaren auszuliefern hat. Durch das Connossement wird daher der Besitz nicht symbolisch, sondern wirklich übertragen. Es ist dieses vorzüglich von Holtius und dann von Elvers, der auf die treffliche Arbeit seines Vorgängers aber keinen Bezug genommen hat, ausgeführt worden. Der Schiffer ist nämlich nicht als ein Mandatar des Befrachters, und in der Regel auch nicht des Consignatärs (der nicht einmal immer unterrichtet, wenn eine Ladung an ihn abgeht, und mit welchem Schiff und Schiffer), sondern als ein negotiorum gestor des letzteren zu betrachten¹⁴⁾. Pöhl's¹⁵⁾ sagt zwar noch: Der Schiffer übernahm seine Verbindlichkeit, die Waare an den Destinatar auszuliefern, allein gegen den Ablader. Der dritte Empfänger kann gegen ihn daher nur ein abgeleitetes Recht behaupten, dessen Quelle immer der Ablader bleibt. — Treffender scheint mir aber die Darstellung von Pöhl's

12) S. Benecke, I. S. 219 flg.

13) Pöhl's a. a. D. S. 181.

14) Die englischen Juristen betrachten ihn als Procurator des Adressaten. Holt, shipping and navigation law II. p. 61. Law magazine X. p. 355 sq.

15) Pöhl's a. a. D. Bd. 1, S. 183.

tius ¹⁶): Wenn der Schiffer Güter an Bord nimmt, und darüber ein Connossement zeichnet und abgibt, so handelt er im Bewußtsein der seerechtlichen Gewohnheit, die ihn verpflichtet, an den (oder dessen Ordre) abzuliefern, der in dem Connossement genannt ist, und daß diese Verpflichtung gebietend und unvermeidlich ist, so daß er für diesen in den Besitz der Güter tritt. — Der Schiffer ergreift für den Connossementsinhaber die custodia oder den factischen Besitz, und durch die Ratihabition des Consignatärs oder derweiligen Connossementsinhabers, tritt der animus possidendi hinzu, wodurch sich jene custodia in eine wahre juristische possessio verwandelt. Wenn auf diese Weise die Rechtsverhältnisse sich hier den Rechtsgrundsätzen des römischen Rechtes gemäß gestalten, so darf man doch nicht diese als die Quelle derselben betrachten wollen. Es ist die Vermuthung nicht unwahrscheinlich, daß Vorstellungen, die dem Wechselrechte entlehnt sind, auf die Ausbildung dieser Lehre eingewirkt haben, wo der Acceptant nicht sowohl eine Verpflichtung gegen den Aussteller des Wechsels, sondern gegen den Remittenten und Jeden, der durch sein Indossement Inhaber des Wechsels geworden ist, übernimmt ¹⁷).

Es kommt im Kaufmännischen Leben wohl vor, daß von dem Ablader, während ein Connossement bereits abgeschickt worden, und dadurch der Inhaber nun schon in den Besitz der Waaren selbst gekommen ist, eine andere Verfügung über die Waaren getroffen wird. Es geschieht dieses gewöhnlich durch die Absendung eines zweiten Connossements. Es fragt sich, ob der Ablader dazu berechtigt ist? Hierbei kommt es aber darauf an, welches Verhältniß zwischen ihm und dem ersten Destinatar stattfindet, und welche Rechte an der Waare dieser mit dem Besitze (der eine bloße Detention oder ein Civilbesitz sein kann) derselben erworben hat. Wenn der Destinatar nur etwa Expéditeur oder Commissionär des Abladers ist, so steht einer anderen Verfügung über die Waaren im Allgemeinen nichts entgegen, da er sein Mandat (Verkaufscommission u. dgl.) entziehen kann. Es wird aber der erste Connossementsinhaber immer die Rechte, die mit dem Besitze als solchem verbunden sind, geltend machen können, und es kommt hier auch besonders das Retentionsrecht oder gar Pfandrecht, namentlich in dem Falle, wenn der Commissionär zugleich Tratten seines Committenten honorirt hat ¹⁸), in Betracht. Dagegen fällt das Dispositionsrecht weg, wenn der Inhaber des Connossements Eigenthümer der Waaren geworden, wenn er sie also durch Kauf erworben ¹⁹), oder wenn sie ihm in solatam gegeben sind ²⁰). Beim Kaufe kommt in Betracht, ob derselbe nach den dabei unter Kaufleuten in Bezug auf manche Arten des Kaufes geltenden Regeln (die unter dem Artikel Kaufcontract erläutert werden sollen) bereits perfect geworden, und ob der Kaufpreis, sei er baar gezahlt oder, was dem gleichsteht, Compensation eingetreten oder Ere-

16) Holtius a. a. D. S. 204.

17) Holtius a. a. D.

18) S. den Art. Commissionshandel, S. 717.

19) S. Pöhlis, Bb. 1, S. 184, u. Bb. 3, S. 458. Rittermayer, S. 565, Note 12.

20) Holtius a. a. D. S. 209.

ist gegeben ist. Die directe Uebersendung des Connossements an den Käufer, ist aber als ein Zeichen anzusehen, daß der Absender habe Credit geben wollen ²¹⁾. — Die teutschrechtliche Beschränkung der Vindication, die man durch „Hand muß Hand wahren“ bezeichnet, kann hier aber in zweifacher Weise wirksam werden: a) indem, wenn dem Absender das Eigenthum der versendeter Waaren nicht zustand, der wirkliche Eigenthümer dieselben nicht von dem Consignatär, nachdem ihm das Connossement übersendet worden ist, vindiciren kann; b) aber ebenso die Befugniß des Absenders, anderweit über die Waaren zu verfügen, nicht geltend gemacht werden kann, wenn der erste Connossementsinhaber mittelst Uebertragung des Connossements die Waaren selbst veräußert hat ²²⁾. Die hamburgische Fallitenordnung (Art. 25) verordnet aber ²³⁾: Sind Waaren aus der Fremde von einem Falliten verschrieben, die von demselben überall nicht oder nicht völlig bezahlt sind, und der Versender erfährt immittelst, da die Waare zu Wasser oder zu Lande noch unterwegs ist, entweder durch das Gerücht oder durch seine mit Protest zurückgekommenen Wechselbriefe des Falliten schlechte Umstände, so mag derselbe durch die Ueberschickung des zweiten Connossements, oder durch Stellung anderweitiger Ordre, diese Waaren, insofern sie noch nicht in des Falliten wirklichen Gewahrsam gekommen, und falls das Connossement von ihm nicht schon („vor seinem Austritt“ vergl. §. 3 des Artikels) weiter an Andere transportirt worden ²⁴⁾, ebenfalls wieder zu sich nehmen, und soll das zweite Connossement oder die zuletzt ertheilte Ordre, dem ersten, welches der Debitor hat, wenn er gleich die Affecuranz auf die Waaren besorgt hätte, ohne Widerspruch vorgezogen werden. — Ich habe diesen Artikel aber deshalb ganz mitgetheilt, weil darin ein allgemeiner handelsrechtlicher Grundsatz ausführlich ausgesprochen ist ²⁵⁾. Auch die preussische Gerichtsordnung (Tit. 50) verordnet: daß die Waaren, die nach eröffnetem Concurs ankommen, auch wenn das Connossement früher eingegangen, zur Disposition des Absenders bleiben. Die französische Gesetzgebung gestattet eine Wiederzurücknahme (revendication), wie es auch die hamburgische Fallitenordnung bestimmt, nur so lange, als die Waaren noch unterwegs, noch nicht in die Magazine des Falliten gekommen, und wenn sie nicht vorher sans fraude auf Grund des Connossements, der Factura, des Frachtbriefes verkauft worden sind ²⁶⁾. Dasselbe Recht bezeichnet das englische: stop-

21) S. darüber bes. Heise und Croy, Abhandlungen, Bd. 1, S. 429.

22) Ueber beide Fälle s. Pöhl, Bd. 1, S. 185—187.

23) Neue Fallitenordnung der Stadt Hamburg von 1753 in Klefeker, Sammlung der hamb. Ges. Bd. 4. — Hasche, Erläuterung der hamb. Fallitenordnung (Hamb. 1802), Th. 2, S. 164—190.

24) Präjudicate des Handelsgerichtes zu Hamburg: daß nur diejenige Uebertragung des Connossements, welche den rechtlichen Grund des Eigenthumsüberganges für sich hat, die Vindication von Seiten des Absenders verhindert. S. Archiv für das Handelsrecht, Bd. 1, S. 411 flg.

25) Vergl. auch Carstens, Beitr. zur Erläuterung des lüb. Rechtes, S. 144 flg.

26) Code de comm. §. 577, 578. Durch diese Bestimmungen ist das droit de suite des älteren französischen Rechtes aufgehoben; dieses gab dem

page in transitu²⁷); es wird dieses auch dadurch ausgedrückt, daß der Absender ein zweites Connossement schickt.

Dannus nun, ob der Absender nach Uebersendung des ersten Connossements noch berechtigt war, über die Waaren zu verfügen, beantwortet sich, welches von beiden Connossementen vorgeht. Das zweite Connossement muß hier nachstehen, so weit durch eine weitere Disposition Rechte des Inhabers des ersten verletzt werden würden; es kommt hierbei nicht nur sein Eigenthumsrecht in Betracht, sondern auch ein etwaiges Pfandrecht, Retentionsrecht und Compensationsrecht, so weit ihm als Besizer der Waare solche nach den gemeinrechtlichen oder am Orte geltenden Normen zustehen. So weit ein Rechte des ersten Connossementsinhabers nicht getränkt wird, geht also unter gleichen Umständen das jüngste Connossement vor. Das jüngste ist aber das, welches von beiden am spätesten von dem Absender indossirt ist; Pöhlis hat daher auf die Nothwendigkeit, die Indossamente zu datiren, aufmerksam gemacht²⁸). Wenn nicht der, auf welchen das Connossement lautet, oder dem es von dem Absender selbst indossirt ist, sondern ein dritter Inhaber die Auslieferung der Waaren verlangt, so muß er sich über den gehörigen Willen des Connossements durch eine in Ordnung befindliche Reihe von Indossamenten (respective durch Cession, wenn das Connossement nicht an Dritte gestellt ist) legitimiren²⁹). Das holländische Handelsgesetzbuch bestimmt hier: Unter den Inhabern von Connossementen hat den Vorzug der, dessen Exemplar in der besten Ordnung ist. Wo die Entscheidung sich nicht darnach richten kann, geht derjenige, dessen Connossement auf seinen Namen lautet, demjenigen vor, dessen Exemplar an Dritte oder den Inhaber lautet. Ist auch hierin kein Unterschied, so muß die Waare bis zur erfolgten richterlichen Entscheidung aufgelegt werden³⁰). Der Schiffer ist zwar, wenn er auf ein in Ordnung befindliches Connossement bona fide abgefertigt hat, außer Verantwortung³¹); er kann aber, wenn mehrere Connossementsinhaber zugleich aufzurufen, die Auslieferung an einen weigern und die Waaren in sichere Verwahrung bringen lassen, bis sie ihren Rangstreit ausgefochten haben³²); wenn auf eines von mehreren die Waaren verlangt werden, die Einbindung aller Connossemente verlangen³³), und wenn das Connosse-

ment einer unbezahlten Waare beim ausgebrochenen Concurs des Empfängers das Recht, die Waare, wo er sie fand, zu vindiciren, selbst wenn das Connossement oder die Waare selbst schon an einen Dritten veräußert worden war. Es wurde ohne Lulle zu vielen Streitigkeiten, weil die Franzosen dieses Recht selbst gegen ausländische Gesetze durchzusetzen suchten. Vgl. Archiv für das Handelsrecht, Bd. 1, S. 201.

27) Edw. Lawes, practical treatise on charter parties of affreightment, bills of Lading and stoppage in transitu London. — Pöhlis a. a. D. Bd. 3, S. 582 flg. Jacobsen, Gerrecht, S. 250 flg.

28) Pöhlis a. a. D. Bd. 3, S. 455.

29) Pöhlis, Bd. 1, S. 184, bes. auch Treckschle, Kaufcont. S. 136.

30) Nidderl. Handelsgesetz. Art. 407, 408.

31) Pöhlis a. a. D. Bd. 1, S. 183, Bd. 3, S. 474.

32) Pöhlis, Bd. 3, S. 476.

33) Das preuß. Landr. II. §. 1716, 1720, macht ihm dieses auch zur bedingten Pflicht.

ment, dessen Inhaber sein Recht sonst nicht bestritten, sich nicht in völliger Ordnung befindet, Sicherstellung bis zur Beseitigung des Mangels fordern²⁴⁾. Nach ordnungsmäßiger Ablieferung aller Waaren an den durch das Commoßement bestimmten Empfänger, ist der Schiffer auch die bestimmte Fracht zu fordern berechtigt²⁵⁾. Bilda.

Consecration¹⁾ ist diejenige sacramentalische Handlung, durch welche Personen und Sachen zum heiligen Gebrauche geweiht werden (daher Weihe, Weihung)²⁾.

In allen Religionen finden sich dergleichen Weihungen mit bestimmten Voraussetzungen und Wirkungen³⁾, ganz besonders wurden aber die Grundsätze darüber in der Synagoge und später in der Kirche entwickelt⁴⁾. Entscheidend ist dabei der Begriff des Opfers, indem der geweihte Gegenstand Gott dargebracht (offertur, geopfert) wird. Dieß spricht sich insbesondere in der Salbung aus: denn das, worauf man Del gießt, wird dadurch zu einem Altar, indem das Del in die Stelle des Opfertiers tritt⁵⁾.

Die katholische Kirche sieht die Consecration als eine sacramentähnliche Handlung an (*ritus sacramentalis*), in welcher die Materie, die Form und der Minister des Sacraments zwar vereint sind, also das *sacramentum* im engeren Sinne erzeugt wird⁶⁾, die aber darum

24) Pöhlis, Bd. 1, S. 184.

25) Preuß. Landr. a. a. D. §. 1722. Mittermaier, §. 549, Note 3a.

1) Die Quellen berühren die hier in Betracht kommenden Punkte meistens bei den einzelnen Gegenständen selbst. Im Allgemeinen sind aber zu erwähnen: *Decreti P. III. de consecratione*, besonders dist. I. C. un. X. de *sacra unctione* (1. 15.) (*Innocentius III. a. 1204*). Tit. de *consecratione ecclesiae vel altaris* (X. III. 40. in VI. 3. 21.) u. a. — Was von den Quellen, gilt auch von der Literatur. Es genüge daher die besondere Erwähnung von: *Gavantus, thesaurus sacrorum rituum*, ed. nov. Venetia 1823, 4. Martene, *de antiqua ecclesiae disciplina*. Lugduni 1706, 4. Pelfert, Darstellung der Rechte, die in Ansehung der heiligen Handlungen stattfinden (Prag 1826, 8.), besonders §. 25—28. Eischenmidt, die Gebräuche und Segnungen der römischen Kirche. Neustadt a. d. D. 1830, 8. u. a. m.

2) Die Wurzel des deutschen Ausdrucks, der sich schon früh findet, ist *wis, wiha, wig* = heilig (s. Graff, althochdeutscher Sprachschatz, I. 721 fig.).

3) Ueber die heidnischen Consecrationen, Dedicationen u. s. w. s. m. außer den Schriften über Archäologie: *Suicer, thesaurus eccles. s. v. consecrari* und *religiosi*. — *Recherches historiques et critiques sur les mystères du paganisme* par M. le Baron de Sainte Croix, ed. II. par M. le Baron Sylvestre de Sacy. Paris 1817, 2 vol. 8. und dagegen Lobeck's *Aglaophamus*. Regim. 1829, 8.

4) Eine wesentliche Differenz zwischen dem alten und neuen Testamente behauptet hierbei *Innoc. III. c. un. §. 8. X. de sacra unctione*. (1. 15.)

5) *R. s. z. B. Genesis XXVIII. 18. XXXV. 14. u. a.*, und über diese Auffassung: *3 üllig, Johannes des Gottbesprochenen* — — *Apokalypse* (Stuttg. 1834, 8.), I. 18. 19. Anm.

6) Daher heißt die Salbung geradezu *sacramentum* in der Anm. 4 cit. Stelle.

nicht den Charakter des Sacraments selbst in seiner Vollendung besitzt, weil die besondere Verheißung der sacramentalischen Gnade, also die *res sacramenti*, derselben fehlt.

Die materiellen und formellen Requirite gestalten sich bei einzelnen Riten abweichend und sind in den Liturgien näher bezeichnet. Im Allgemeinen aber findet sich die Ertheilung des Segens (*benedictio*)⁷⁾, unter Anwendung des Zeichens des Kreuzes, der Anrufung des heiligen Geistes, der Auslegung der Hände, des Gebrauches von Räucherwerk (Weibrauch), von geweihtem Wasser, von Salben u. s. w. Minister der heiligen Handlung ist bald nur der Bischof, bald ein Presbyter.

Die Benediction, das feierliche Gebet zum Wohl einer Person oder für den heilsamen Gebrauch einer Sache⁸⁾, ist stets mit der Consecration verbunden, doch kommt sie in einzelnen Fällen auch selbstständig vor. Die dazu erforderlichen Formulare finden sich theils in den gewöhnlichen Lectionen, theils in besonderen Benedictionalen⁹⁾. Bemerkenswerth ist besonders die Benediction der Brautleute bei der Copulation¹⁰⁾, der Widwinnen beim ersten Kirchgange¹¹⁾, der Vorsteher der Klöster¹²⁾ durch den Bischof, in Rom durch den Paps oder einen Bischof vermöge Delegation u. s. w., dergleichen bei verschiedenen Gelegenheiten, theils an bestimmten Festen und für dieselben¹³⁾, theils allgemeiner¹⁴⁾. Auch wird dieselbe bei verschiedenen kirchlichen Gerichthchaften angewendet und kann, falls sie ohne Salbung erfolgt, einem Presbyter übertragen werden. Das Einsegnen von Kreuzen, Bildern, Rosenkränzen u. s. w., deren Gebrauch mit gewissen Wohlthaten verknüpft ist, erfolgt durch den Bischof.

7) *Insignum* (sc. crucis), *signare* ist das deutsche: Segen, segnen, ent-
fanden. (f. Abelson, Wörterbuch s. h. v. Grimm, deutsche Mythologie.)

8) C. 16. dist. XXVIII. (Concil. Sextum a. 706, c. 26) vrläct: *benedictio sanctificationis traditio est.*

9) Neben den kirchlichen Segensformen finden sich aber auch stets eine Menge Segensprüche unter dem Volke selbst. W. f. unter anderen Beispielen aus dem Mittelalter in: *Wone*, Anzeiger für Kunde der deutschen Vorzeit. 1834. S. 277 ff.

10) Ueber die Streitfrage, inwiefern davon, oder von dem theiligen Con-
sume die Sacramentalität der Ehe abhängt, s. m. den Art. E h e. Insbe-
sondere vergl. man: Berg, Ueber die Erforderlichkeit der priesterlichen Einseg-
nung zum Sacramente der Ehe (Breslau 1836), und dagegen: *Artine Recen-
sen* in Richter's krit. Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft, I. 33 ff.
Fisch, neue theolog. Zeitschr. (Wien 1837), S. 1. *Zübinger katholische Quar-
talschrift*, 1837, S. 1, u. X.

11) III. *Roffe*, XII. C. 1. 2. dist. V. C. un. X. de purificatione
post partum. (3. 47.)

12) C. 13. X. de accusationibus (5. 1.) (Alexander III. a. 1175).
Clem. 2. de stata monachorum (3. 10.) (Clemens V. a. 1311).

13) Des *Wassers*, der *Äsche*, der *Palmen*, *Kreuzen* u. s. w. (f. Martens
a. a. D. im Register s. v. benedictio.)

14) *Benedictione afficiuntur subsidia vitae maximo necessaria, veluti
panis, vinum, salis, carnes, herbae, domus, vineae, agri, arma et vexilla
militaria, aliaque res ad augendam sive pietatem, sive prosperitatem nostram
comparatae.* (Sauter, fundamenta iuris eod. Vol. II. S. 794. nr. 3.)

Der Gebrauch des Kreuzens ist bei allen liturgischen Verrichtungen beinahe üblich und ist auf diese aus dem häuslichen Leben schon in der ältesten Zeit der Kirche übertragen¹⁵).

Die Händeauflegung (*manus impositio*) ist schon nach der Vorschrift des alten Bundes bei verschiedenen heiligen Gebräuchen erforderlich¹⁶), auch im neuen Testamente wiederholt erwähnt¹⁷) und nach der Festsetzung der Kirche mehrfach wesentlich, wie bei der Firmung (s. den Art.), der Aufnahme Büßender, der Ordination u. s. w.¹⁸).

Zur Salbung dient bald reines Olivenöl, bald solches, das mit Balsam gemischt ist (*chrisma*, *Chrisam*)¹⁹), und mit bestimmten Formeln dazu geweiht wird. Jenes wird bei der Taufe, Priesterweihe gebraucht (*oleum catechumenorum*), bei der letzten Delung (*oleum infirmorum*), dieses bei der Firmung, der bischöflichen Weihe²⁰) u. s. w.

Am bedeutsamsten wird die Consecration bei der Weihe der Kirchen und Altäre, der Bischöfe, dem heiligen Abendmahl (vergl. die einzelnen Artikel).

Die Wirkung der Weihe ist, daß das weltliche Element vom Gegenstande entfernt, die Person also eine Gott gewidmete, kirchliche wird, und die consecrirte Sache aus dem allgemeinen Verkehr scheidet (*res extra commercium*)²¹). Da die Weihe eine gewisse Heiligkeit erzeugt, so dürfen die geheiligten Gegenstände nicht mehr mit ungeweihter Hand berührt werden²²), und eine Verletzung derselben zieht um so härtere Strafe nach sich²³).

15) S. Rheinwald, Kirchliche Archäologie, §. 56, 128.

16) So bei Opfertieren zum Zeichen, daß ihnen die Sündenschuld auferlegt sei, die sie büßen sollen (III. Mos. I. 4. III. 2. u. a.), bei Verbrechern zum Zeichen, daß sie die Strafe verdient haben (III. Mos. XXXIV. 14. u. a.), bei den Leviten, indem ihnen der Tempel und die Heiligthümer übergeben wurden (IV. Mos. VIII. 10. u. a.).

17) Beim Segnen der Kinder (Matth. XIX. 13—15), Seilen der Kranken (Marc. V. 23. VI. 5. u. a.), bei den neubekehrten Christen (Apostelgesch. XIX. 6.), bei den Ältesten und Diaconen (Apostelgesch. VI. 6., I. Timothy. IV. 14., II. Tim. I. 6. u. a.).

18) C. 7. dist. XCII. (c. 17. Conc. Antioch. a. 341) (dazu s. m. J. H. Böhmert not. 400). C. 3. X. de sacramentis non iterandis (1. 16.) (Gregor IX. a. 1128). Beim ordq. subdiaconi bleibt sie fort (s. Gonzalez Tellez ad c. 9. X. de aetate [1. 14.] nr. 2).

19) Martene l. c. p. 239 sq. Bgl. c. 5. dist. XI. c. un. §. 26. X. de sacra unctione.

20) S. c. un. cit. (1. 15.).

21) C. 38 sq. dist. I. de consecr. C. 3. X. de rerum permutatione. (3. 19.) C. 4. X. de religiosis domibus. (3. 36.) Auffallend erscheint die Behauptung Brendel's (Kirchenrecht, §. 139, Anm.), es sei ein Ausfluß des heidnischen Zehrbegriffs, daß die durch Weihe zur Gottesverehrung bestimmten Sachen ihren Herrn wechseln und in das Eigenthum Gottes übergehend dem Verkehre entzogen seien, — da die *res ecclesiasticae* ebenso, wie *res publicae* einem öffentlichen Zwecke dienen.

22) C. 41. 42. dist. I. de consecr.

23) Daher das *privilegium canonis*, nach welchem derjenige, der sich thätlich an einem Geistlichen vergreift, eo ipso excommunicirt sein soll (Zacharia II. 8. Capit. Caroli M. de honore episcoporum et reliquorum sacerdotum a. 805, u. a. m. C. 29. C. XVII. qu. 4. (c. 15. Conc. Lateran. a. 1139).

Die evangelische Kirche²⁴⁾ kennt eine Weihe im Sinne der katholischen Kirche nicht. Benedictionen kommen vielfach vor²⁵⁾, statt der Consecration hat sie aber eine Dedication²⁶⁾, welche dem Gegenstand ebenfalls dem allgemeinen Verkehre entzieht. Die Form ist in den Agernden vorgeschrieben²⁷⁾, die heilige Handlung vollzieht aber jeder Geistliche bald vermöge eignen Rechts, bald vermöge besonderen Auftrags, bald auch nur der Superintendent.

d. S. Jacobsen.

Constitutum debiti¹⁾. Constituere heißt in der Kunstsprache der römischen Rechtsgelehrten mit bloßen Worten ohne Stipulationsform versprechen, daß man eine gewisse Schuld bezahlen wolle, ohne Unterschieb, ob dies Versprechen sich auf die eigene Schuld des Versprechenden oder auf eine fremde bezieht²⁾. Die Erfordernisse, unter welchen ein Constitut gedacht werden kann, sind folgende: 1) Es muß irgend eine Verbindlichkeit, deren Zahlung durch das constitutum versprochen wird, vorhanden sein³⁾. Daher ist das Constitut nichtig, wenn entweder gar keine Verbindlichkeit vorhanden ist⁴⁾, oder eine solche, welche durch eine Exception zurückgewiesen werden kann⁵⁾, und wird,

C. 4 sq. 15. 17. 47. X. de sententia excommunicationis (5. 39.), Bestimmungen, die jetzt nicht mehr anwendbar sind, da jede excommunicatio jetzt nur *ferendae sententiae* ist. Ebenso erklärt sich, wie der Kirchenbiefstahl im Allgemeinen, als Kirchenraub bezeichnet wird, ohne daß der Thatbestand des Raubes vorausgesetzt ist, und härtere Strafe darauf erfolgt. Schon Cicero, de legibus II. 9. 16.: *Sacrum sacrove commendatum qui deperit rapistque parricida esto.* — Can. 71. 72. (al. 72. 73.) Apostolorum. C. 3. C. XXIII. qn. 4. (Augustin. a. 412). *Lex Ripuar. tit. LX. c. 8. Lex Frisionum ad dolo sapientum l. §. 1.* Sächsisches Landrecht II. 66. Bamberg. art. 197 sq. art. 171 sq. und die neuere Gesetzgebung (m. f. Hitzig, Annalen des Criminalrechtes, VII. 65 sq.).

24) Eisen Schmidt, Geschichte der protestantischen Kirchengebräuche. Leipzig 1799, 8.

25) Bei der Copulation, Ordination (mit Handauflegung) u. s. w. Das Einfügen der Rindbittertannen hat die brandenburger Kirchenordnung von 1533 (Art. von der Taufe Fol. XXXV) abgeschafft, da dieselben „nicht in des Leutes Gewalt sind.“

26) Bei der Einweihung von Kirchen (s. preuß. Ministerialrescript vom 1. Sept. 1837), Kirchhöfen u. s. w. Writunter findet sich auch ein engeres Anschließen an die katholischen Gebräuche. So werden z. B. in Schweden Kläre noch kirchlich geweiht.

27) Borowski, über die liturgischen Formulare, besonders der Lutherischen Gemeinden in Preußen. Königsberg 1790, 4.

1) Literatur: Pothier, Pandectae Iustinianae, lib. XIII. tit. 5. tom. I. p. 425—430, und Glück, Erläuterung der Pandecten, Th. 13, S. 361—425.

2) So in der Nebenart: *de constituta pecunia agitur* (§. 9. J. 4. 6.), *pecuniam debitam constituo* (L. 1. §. 1. D. de constituta pecunia [13. 5.]), *debitum constituere, se soluturam constituere etc.*

3) L. 1. §. 6—8. D. 13. 5. L. 3. §. 1. L. 25. §. 1. D. *ibid.* L. 11. L. 19. pr. u. §. 1. D. *ibid.* L. 18. §. 1. D. *ibid.*

4) L. 3. §. 1. D. 13. 5. L. 19. pr. D. *ibid.*

5) L. 3. §. 1. D. 13. 5.

falls das Constitut eine höhere Summe enthält, als aus der früheren Verbindlichkeit geschuldet ist, stillschweigend auf den Betrag derselben herabgesetzt⁶⁾. Auch ist es nur als Folge dieses Grundfases zu betrachten, daß, wenn die Hauptschuld, über welche das Constitut eingegangen wird, von einer Suspensivbedingung abhängt, diese sich auch beim unbedingten Constitut von selbst versteht⁷⁾. Was den Zeitpunkt anbetrifft, nach welchem man die Existenz der Hauptforderung zu beurtheilen hat, so ist es der, an welchem das Constitut eingegangen wird⁸⁾. Daher gilt das Constitut auch dann fort, wenn die Klage aus der Hauptobligation nach der Eingehung des Constituts durch den Ablauf der Zeitfrist erlischt, auf welche sie von Anfang an beschränkt war. Uebrigens ist es in Bezug auf das Constitut gleichgiltig, ob die Verbindlichkeit, über welche es eingegangen wird, nach dem Civilrechte oder nach dem prätorischen Rechte besteht⁹⁾. Selbst über die sogenannten natürlichen Verbindlichkeiten¹⁰⁾ und über die von einem bestimmten Zahltag abhängigen Obligationen kann vor Eintritt dieses Termines ein Constitut giltigertweise eingegangen werden¹¹⁾. 2) Derjenige, welcher das Constitut eingeht, muß fähig sein, sich durch seine Willenserklärung verbindlich zu machen. Denn zur Eingehung des Constituts gehört die Absicht, ein solches einzugehen¹²⁾. Daher können die Pupillen nicht ohne Einwilligung des Vormundes constituiren¹³⁾, und die Frauen können es nur insoweit, als das Constitut keine Intercession enthält¹⁴⁾. 3) Der Constituent muß versprechen, die Zahlung selbst zu leisten. Daher wird das Constitut, wodurch ich verspreche, daß ein Anderer Zahlung leisten werde, für nichtig erklärt¹⁵⁾; und falls ich alternativ die Zahlung von meiner Seite oder von der eines Anderen zusichere, die Sache so behandelt, als ob ich das Constitut auf mich allein bezogen hätte¹⁶⁾. 4) Der, an welchem das Versprechen abgegeben wird, muß durch das Constitut das Recht erwerben, die Obligation einzuklagen. Deshalb ist das Constitut ungiltig, wenn die Zahlung an einen Anderen versprochen wird, als derjenige ist, an welchem das Versprechen in der That abgegeben wird¹⁷⁾, und wenn neben der zuletzt genannten Person alternativ eine zweite genannt wird, so wird dieß so beurtheilt, als ob die letzte gar nicht erwähnt worden

6) L. 11. pr. u. §. 1. D. 13. 5. L. 1. §. 7. D. ibid.

7) L. 19. §. 1. D. 13. 5. Im älteren Rechte war es freilich streitig, ob über eine von einer Resolutivbedingung abhängige Schuld ein Constitut eingegangen werden könne. Vgl. L. 2. C. de pecunia constituta. (4. 18.)

8) L. 18. §. 1. D. 13. 5. L. 19. §. 2. D. ibid.

9) L. 1. §. 8. D. 13. 5. L. 3. §. 2. D. ibid. L. 19. §. 2. D. ibid.

10) L. 1. §. 7. D. 13. 5.

11) L. 3. §. 2. D. 13. 5. Im älteren Rechte war dieß streitig. L. 2. C. de pecunia constituta. (4. 18.)

12) L. 1. §. 4. D. 13. 5.

13) L. 1. §. 2. D. 13. 5.

14) L. 1. §. 1. D. 13. 5.

15) L. 5. §. 4. D. 13. 5. Nov. 115. cap. 6.

16) Nov. 115. c. 6.

17) L. 5. §. 5. D. 13. 5.

oder¹⁸⁾. Ausnahmsweise ließ man das Constitut auch an den Tutor eines Pupillen, an den Curator eines Minderjährigen oder eines Wahnsinnigen und an den Bevollmächtigten einer juristischen Person zu, wie es der actor municipum ist¹⁹⁾. Ein Constitut an den Procurator hingegen ließ zwar Julian allgemein, Pomponius aber nur insofern zu, als die an ihn selbst zu leistende Zahlung Gegenstand des Constituts ist²⁰⁾. An Personen, durch welche man Obligationen erwirbt, wie an den Haussohn, den eigenen Sklaven und den bona fide serviens kann das Constitut unbedenklich gerichtet werden²¹⁾. 5) Das Versprechen darf nicht in die Form der Stipulation gekleidet sein²²⁾. Denn wenn dieß geschehen ist, so tritt die Verbalobligation an die Stelle des Constituts. — Was die Form des Constituts anbelangt, so ist darüber in den römischen Rechtsquellen nichts weiter bestimmt, als daß es in der Form ein Vertrages abgeschlossen werde²³⁾. Daher kann dasselbe unter Anwesenden und Abwesenden, durch Voten und Briefe abgeschlossen werden²⁴⁾. Ueber den Inhalt des Constituts finden sich in den römischen Rechtsquellen die Bestimmungen, daß die Summe desselben gar nicht ausdrücklich bemerkt zu werden braucht²⁵⁾, daß ein Constitut auf eine mindere Summe, als welche den Gegenstand der Hauptobligation ausmacht, gültig ist²⁶⁾, und daß auch ein anderer Gegenstand, als derjenige, welcher das Object der Hauptobligation ist, constituiert werden kann²⁷⁾. Im zuletzt genannten Falle versteht es sich indess von selbst, daß das Constitut nur insofern gelten könne, als das Object des Constituts entweder gleichen oder minderen Werth hat, als das der Hauptobligation, und daß, falls der Gegenstand des Constituts einen höheren Werth hat, dasselbe von selbst auf den Betrag des Objectes der Hauptobligation herabgesetzt wird. Streitig war es unter den alten Juristen, ob die Hinzufügung eines Zahlungstermines zum Wesen des Constituts gehöre oder nicht. Im Justinianischen Rechte ist diese Controverse dahin entschieden, daß ein ohne Hinzufügung eines Zahlungstermins abgeschlossenes Constitut zwar gültig sein, aber nicht vor Ablauf von wenigstens zehn Tagen, von dem Abschlusse der Obligation an gerechnet, durch Anstellung der Klage geltend gemacht werden könne²⁸⁾.

Was die Geschichte des Constituts anbelangt, so läßt sich nur so viel mit Gewißheit sagen, daß es aus dem prätorischen Edicte stammt²⁹⁾, wie alle prätorischen Obligationen, im älteren eine nur auf den Zeitraum eines

18) L. 8. D. 13. 5.

19) L. 5. §. 7, 9 u. 10. D. 13. 5.

20) L. 5. §. 6. D. 13. 5.

21) L. 5. §. 10. D. 13. 5. L. 6. D. ibid. L. 7. pr. D. ibid.

22) §. 9. J. de actionibus. (4. 6.)

23) L. 1. pr. D. 13. 5. L. 14. §. 3. D. ibid.

24) L. 14. §. 3. D. 13. 5. L. 5. §. 3. D. ibid.

25) L. 14. pr. D. 13. 5.

26) L. 13. D. 13. 5.

27) L. 1. §. 5. D. 13. 5.

28) L. 21. §. 1. D. 13. 5. L. 2. C. de pecunia constituta. (4. 18.)

29) L. 1. pr. D. 13. 5.

Jahres beschränkte Klage hervorbrachte³⁰⁾, und nur vertretbare Sachen (*res quae pondere, numero, mensura continentur*) zum Gegenstande haben konnte³¹⁾. Auch war es eine Eigenthümlichkeit der aus dieser Obligation entspringenden Klage, daß sie durch eine Wette (*sponsio*), deren Object die Hälfte der Summe des Constituts betrug, eingeleitet wurde³²⁾. Gerade diese Wette mußte der Beklagte außer der Hauptsache noch an den Kläger bezahlen, wenn er die Klage grundlos abläugnete und später durch den Beweis des Klägers eines Anderen überführt wurde. Daher ist bei Caius³³⁾ öfters von einer *poena sponsionis* die Rede, und es wird diese Wette unter die Nachteile des muthwilligen Prozeßirens gerechnet. Umgekehrt mußte wohl auch der Kläger dem Beklagten durch eine Gegenwette (*restipulatio*) versprechen, ihm eine bestimmte Geldsumme zu bezahlen, falls es sich durch das Endurtheil herausstellte, daß er die Klage grundlos erhob³⁴⁾. — Zum Verständniß der späteren Geschichte des Constituts ist es von Wichtigkeit, die Eigenthümlichkeiten der *recepticia actio* im älteren römischen Rechte sich zu vergegenwärtigen (siehe den Artikel *actio recepticia*). Diese Klage stammte wahrscheinlich aus dem Civilrechte, und war in ihrer Dauer wohl nicht auf ein Jahr beschränkt. Sie beruht auf einer dem prätorischen Constitute sehr ähnlichen Verbindlichkeit, welche von Theophilus³⁵⁾ mit demselben Ausdrucke, mit welchem er jenes belegt, bezeichnet wird, sich nur auf die Argentarien beschränkte, jedoch alle Sachen, welche Vermögensstücken sein können, zum Gegenstande haben konnte, und nicht nothwendiger Weise voraussetzte, daß ihm eine wirklich begründete Hauptverbindlichkeit zu Grunde liege³⁶⁾. So standen die Sachen, als Kaiser Justinian beabsichtigte, durch Verschmelzung beider Institute ein einziges zu bilden. Zu diesem Zwecke erklärte er³⁷⁾, daß die alte *recepticia actio*, welche schon zu seinen Zeiten durch Nichtgebrauch abgekommen sei, aufgehoben und alles, was sich darüber in den Schriften der alten Rechtsgelehrten vorfinde, ungiltig sein solle. Dagegen soll die *actio constitutae pecuniae* gegen die Argentarien und jede andere constituirende Person stattfinden, sich nicht auf fungible Sachen beschränken, sondern auch auf alle Sachen, welche Vermögensstücke sein können, beziehen, und nicht anders, als durch den Ablauf von dreißig Jahren verjähren. Ueberhaupt soll das Constitut der Stipulation gleichgesetzt werden, doch durch diese Gleichstellung die es auszeichnenden Eigenthümlichkeiten keineswegs verlieren, activ und passiv auf die

30) L. 2. pr. u. §. 1. C. 4. 18.

31) Theoph. paraphr. 4. 6. §. 8. ed. Reitz. tom. II. p. 797. L. 2. C. 4. 18.

32) Caius inst. IV. §. 171.

33) J. B. inst. IV. §. 172.

34) Caius inst. IV. §. 174, 180, 181. Daher *poena restipulationis* bei Caius l. c. IV. §. 181.

35) Paraphr. inst. IV. 6. §. 8. tom. II. p. 798, braucht die Worte *ἀρτυρωτικὴ ἀντιπώρησις*.

36) L. 2. pr. C. 4. 18.

37) L. 2. pr. C. 4. 18. Theoph. paraphr. IV. 6. §. 8.

Erben übergeben, aber doch nicht anders als gültig angenommen werden, als wenn demselben eine in der That begründete Hauptverbindlichkeit zu Grunde liegt. Diese Neuerungen sollen indeß nur für die Zukunft gelten, und die bisher von Argentarien und anderen Kaufleuten abgeschlossenen Verträge indirects nach der neuen Verordnung beurtheilt werden. Vergleicht man diese Verordnung Justinian's mit dem früher geltenden Rechte, so stellt sich so viel als praktisches Resultat heraus, daß der oben angegebene Begriff des Constituts noch im Justinianischen Rechte fortgilt, daß die daraus entstehende Klage gegen Jedermann, der ein Constitut eingeht, angestellt werden kann, activ und passiv auf die Erben übergeht und nur der dreißigjährigen Verjährung unterworfen ist. Die Eigenthümlichkeiten dieser Klage, die *spensio dimidiae partis* und die *restipulatio* sind indeß in die Justinianischen Rechtsquellen nicht übertragen worden, und können mithin keine praktische Gültigkeit beanspruchen. Von der *recepticia actio* und ihren Eigenthümlichkeiten ist in dem Justinianischen Rechte nur noch wie von etwas Veralteterm die Rede.

Was die Wirkungen des Constituts anbetrifft, so bleibt, da die daraus resultierende Klage und die von ihr geltenden Grundsätze bereits erörtert worden, hier nur noch der Theil derselben zu erörtern übrig, welcher sich auf die *panobligatio* bezieht. Im Allgemeinen läßt sich soviel mit Gewißheit sagen, daß die alte Obligation nach der Eingeung des Constituts noch fortbesteht³⁸⁾. Doch war es in den älteren Zeiten streitig, ob dieselbe nicht schon durch die über die *actio de pecunia constituta* eingegangene *litis contestatio* aufgehoben³⁹⁾, oder ob dies erst durch die Ausantwortung des geschuldeten Gegenstandes an den Gläubiger herbeigeführt werde. In den Justinianischen Rechtsquellen ist die zuletzt erwähnte Ansicht angenommen worden.

Ein allgemeines, schon in den Worten des prätorischen Edictes begründetes⁴⁰⁾ Erforderniß zur *actio de constituta pecunia* ist das, daß der Gläubiger nicht Schuld daran sei, daß der Schuldner dem Gläubiger am Tage des Constituts keine Genüge geleistet hat. Denn die *mora accipiendi* geht in dieser Beziehung der wahren Befriedigung von Seiten des Constituenten gleich. Gegen die bereits von Seiten des Schuldners eingetretene *mora solvendi* kam die spätere *mora accipiendi* nach den Worten des prätorischen Edictes eigentlich nicht weiter in Betracht, doch haben die römischen Juristen diese Worte so ausgelegt, daß die *mora* des Gläubigers ihm von dem Zahltag des Constituts an bis zur *litis contestatione* schadet⁴¹⁾, wenn der Beklagte binnen dieses Zeitraumes die Zahlung dem Gläubiger angeboten hat, und die Annahme derselben aus nicht triftigen Gründen verweigert worden ist⁴²⁾. Deshalb gestattete man im vorliegenden

38) L. 18. §. 3. D. 13. 5. L. 28. D. *ibid.* L. 15. D. *de in rem verso.* (15. 2.)

39) L. 18. §. 3. D. 13. 5.

40) L. 18. *pr.* D. 13. 5., vgl. mit L. 16. §. 2. D. *ibid.*

41) L. 17. D. 13. 5. L. 18. *pr.* D. *ibid.*

42) L. 16. §. 4. L. 17. D. 13. 5. Vgl. Glü c, Erläuterung der Pandekten, Th. 13, S. 419.

Fall; dem Schuldner gewöhnlich eine Einrede, welche die Abweisung der Klage zur Folge hatte. War der Gegenstand des Constituts in der Zwischenzeit durch Zufall zu Grunde gegangen, so gestattete man zwar die Klage aus dem Constitut, ertheilte aber auch dem Beklagten dagegen eine Einrede⁴³⁾.

Man theilte das *constitutum debiti in proprium* (*debiti proprii*) und *alienum* (*alieni debiti*). Ein *proprium* liegt überall vor, wo der Constituent zugleich Schuldner der Hauptobligation ist, über welche das Constitut eingegangen wird. Wo dieß nicht der Fall ist, liegt ein *constitutum alienum* vor. Beide Kunstausdrücke sind den römischen Rechtsquellen fremd, doch ist das Sachverhältniß in denselben gegründet⁴⁴⁾. Das *constitutum debiti proprii* enthält ein Anerkenntniß einer früheren Verbindlichkeit und kann dem Gläubiger verschiedene Vortheile gewähren, z. B. wenn die Hauptverbindlichkeit von dem Eintritte eines bestimmten Zahlungstages abhängig, oder überhaupt nur eine natürliche Verbindlichkeit ist. Denn im ersten Falle kann die Zahlung auch vor dem Eintritte des Zahlungstermines constituirte werden, und im zweiten wirkt das Constitut aus einer unklagbaren eine klagbare Verbindlichkeit. Auch durch die Veränderung des Objectes beider Obligationen und durch Hinzufügung eines bestimmten Zahlungsortes kann vielfach dem Gläubiger genützt werden. Vom *pactum geminatum* unterscheidet es sich dadurch, daß es ein Anerkenntniß einer früheren Schuld enthält⁴⁵⁾; von der bloßen Genehmigung dadurch, daß diese einseitig, das Constitut aber zweiseitig ist, und daß jene auch bei solchen Geschäften wirksam sein kann, die an sich unverbindlich waren, während das Constitut immer eine schon vorhandene und in irgend einer Beziehung wirksame Verbindlichkeit voraussetzt. — Das *constitutum alienum*⁴⁶⁾, welches auch gegen Wissen und Willen des Hauptgläubigers eingegangen werden kann⁴⁷⁾, enthält eine Art *cumulativer Intercession*⁴⁸⁾, daher auch die *ἀρτισπονδια*, d. h. die *pecuniae constitutatae rei* häufig mit den Mandatoren und Fideiussoren in der Novellengesetzgebung zusammengestellt werden. Das Verhältniß zwischen dem Hauptschuldner und dem Constituenten ist dem der Bürgen zum Hauptschuldner nicht unähnlich, da in beiden Verhältnissen die Hauptverbindlichkeit neben der accessorischen fortbesteht, und die letztere mit der ersteren steht und fällt. Die Aehnlichkeit beider Institute hat auch Veranlassung dazu gegeben, daß Rechtswohlthaten, welche bei dem einen stattfinden, auch auf das andere übertragen worden sind. Zunächst gilt dieß von dem sogenannten *beneficium divisionis* (s. d. Art.), welches zunächst

43) L. 16. §. 8. D. 13. 5.

44) Vgl. L. 1. §. 1. D. 13. 5. L. 27. D. *ibid.*

45) Vgl. Weber, systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 125.

46) Vgl. Koch, de constituto debiti alieni. Kil. 1777. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 13, S. 398—424. Neufstetel und Zimmern, römisch-rechtliche Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung. Nr. X. Von der Intercession durch Mandat und Constitutum, S. 255—281.

47) L. 27. D. 13. 5.

48) L. 1. §. 1. D. 13. 5. L. 3. C. 4. 18. Nov. 4. cap. 1. Nov. 136. praef. u. cap. 1.

nur auf *confideiussores* berechnet war ⁴⁹⁾; und späterhin durch eine Constitution Kaiser Justinian's ausdrücklich auf *onus rei pecuniae constitutum* bezogen worden ist ⁵⁰⁾. Auch das durch Justinian's Novelle 4 eingeführte *beneficium excusationis* (s. d. Art.) ist ausdrücklich auf die *pecuniae constitutae rei* ausgedehnt worden. Denn, wenn schon die *Daligata*, welche im Forum besonderes Ansehen geniest, hier die *sponsores* anstatt der *Constituenten* erwähnt, so ist doch *ἀντισωμότης*, welches der griechische Novellentext in dieser Beziehung braucht, offenbar nur von den *constitutae pecuniae rei* zu verstehen, wie theils die Zeugnisse anderer Justinian'scher Novellen erweisen ⁵¹⁾, theils aus dem Sprachgebrauche der griechischen Rechtsgelehrten, wie des Theophilus und der in den Basiliken erwähnten Pandekten- und Codexentlarer deutlich hervorgeht. Von der Uebertragung des *beneficium cedendarum actionum* auf den *Constituenten* findet sich in den römischen Rechtsquellen keine Spur vor. — Gleichwohl unterscheidet sich das *Constitut* von der Bürgschaft nicht allein durch die Form, sondern auch durch den Zweck und die Wirkung. Durch den Zweck, weil nämlich die *Intercession* durch das *Constitut* nicht allein, wie die Bürgschaft ⁵²⁾, die größere Sicherheit des Hauptgläubigers bezweckt, sondern auch dazu bestimmt ist, um Schulden, welche erst mit dem Eintritte eines ihnen hinzugefügten *Zehntners* zahlbar werden, zu repräsentiren ⁵³⁾. Durch die Wirkung, weil die Bürgschaft nur insofern gültig ist, als das Object der Haupt- und *Rechenverbindlichkeit* identisch ist ⁵⁴⁾, und der Bürge nicht unter härteren Bedingungen angenommen wird, als der Hauptschuldner ⁵⁵⁾, während der *Constituent* nicht allein vertragweise *aliud pro alio* constituiren kann, und selbst, wenn er mehr als der Gegenstand der Hauptobligation beträgt, *constituit* hat, wenigstens insofern haftet, als dieser Gegenstand das Object des *Constituts* deckt.

Was den praktischen Gebrauch des *Constituts* im heutigen Rechte anbelangt, so läßt sich derselbe wohl nicht füglich in Abrede stellen. Denn was zunächst das *constitutum proprium* angeht, so zeigt es auch, nachdem die gewöhnlichen Verträge, welche nicht in die Form der *Contracte* gegossen worden sind, klagbar geworden, noch immer darin seinen Nutzen, daß dadurch ein nicht absolut ungültiges, sondern nur in Ansehung seiner Wirkungen eingeschränktes Geschäft vollgültig und wirksam werden kann, wenn es unter solchen Umständen geschieht, unter denen sich der *Constituent* vollgültig verpflichten kann, und daß es ein Anerkenntniß einer früheren

49) L. 5. pr. D. de fideiussoribus. (46. 1.) L. 27. §. 4. D. ibid. L. 48. D. ibid. L. 48. §. 1. L. 51. §. 2. Vergl. Zimmern a. a. D. S. 267.

50) L. 3. C. 4. 18.

51) Nov. 115. c. 6. Nov. 186. pr. u. c. 1. Vergl. Glück a. a. D. Th. 13. S. 406—410, und Zimmern a. a. D. S. 276.

52) Pr. J. de fideiussoribus. (3. 21.) L. 1. §. 8. D. de obligat. et act. (44. 7.)

53) L. 3. §. 2. D. 13. 5.

54) L. 42. D. 46. 1.

55) L. 8. §. 7. D. 46. 1. L. 16. §. 1. D. ibid. Sgl. §. 5. J. 2. 21.

Schuld enthält, wodurch in einigen Fällen die *exceptio S. C. Macedoniani*, in anderen die *exceptio non numeratae pecuniae* ausgeschlossen wird. Was zweitens das *constitutum alienum* anbetrifft, so ist freilich die Anwendbarkeit desselben bestritten. Nach der gewöhnlichen Meinung soll Bürgschaft und Constitut auch jetzt noch nebeneinander gelten, die erstere bloß Sicherheit des Gläubigers, das letztere auch Anderes bezweckend⁵⁶⁾. Andere behaupten, daß die Fideiussion heutzutage ganz ins Constitutum übertragen worden sei, und daß mithin die strengeren Rechtsfälle der ersteren durch den milderen Charakter der letzteren ersetzt würden⁵⁷⁾. In der That ist es jetzt bei dem Wegfall der Stipulation und der Klagbarkeit eines jeden Vertrages sehr schwierig, im concreten Falle zu bestimmen, ob überhaupt die Worte: ich verbürge mich für Titius, oder: ich vertrete seine Schuld, einen Unterschied in der Intercessionsform begründen, und man möchte daher der letzteren Ansicht zu Folge, das praktische Verhältniß beider Institute vielleicht eher so bestimmen, daß jetzt die ganze fideiussio, d. h. jeder in Folge ihrer Eigenthümlichkeiten vom Constitut abweichende Einfluß gänzlich aufhören müsse.

Seimbach.

Contractus chirographarius 1). *Chirographum* im weiteren Sinne heißt die Handschrift irgend einer Person 2); in der engeren, schon zu den Zeiten der classischen Juristen 3) gewöhnlich geordneten Bedeutung bezeichnet es ein schriftliches Bekenntniß einer Person, daß sie einer anderen etwas schuldig sei, und in diesem Sinne erscheint es synonym mit *cautio*, *manus*, *instrumentum*. Am häufigsten kam das *Chirographum* beim Darlehen vor, doch steht nicht zu bezweifeln, daß auch andere Obligationen, z. B. das *Depositum* 4), zur Ausstellung eines Schuldscheines benutzt wurden. Schon zu *Cajus* 5) Zeiten war die Idee allgemein, daß aus einem solchen Schuldscheine für den Aussteller eine Verbindlichkeit entstehe, und dieser Jurist nahm die Analogie der *litterarum obligatio* zu Hilfe, um diese Eigenthümlichkeit zu erklären, und diese Er-

52) So Koch l. c. und Glück, Erläuterung der Pandekten, Bd. 13, S. 425.

57) So Hofacker, *principia iuris civilis Rom. germ. tom. III. §. 2068*, und *Zimmern a. a. D. S. 281*.

1) *Literatur*: Maurer, juristische Abhandlungen (Leipzig 1780), S. 27 flg. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 12, S. 99—177. Unterholzner, über die *exceptio non numeratae pecuniae*, im *Archiv für civil. Praxis*, Bd. 7, S. 1—59. Endemann, *de chirographo et exceptione non numeratae pecuniae*. Marb. 1832.

2) *J. B. in L. 30. D. qui testam. fac. poss. (28. 1.)* Vergl. *Dirksen*, *Manuale Latinitatis fontium*, p. 135.

3) *Caius inst. III. §. 134. Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, si quis debere se aut datum se scribat.* Vgl. *L. 44. §. 5. D. de legatis I. (30.) L. 59. D. de legatis III. (32.) L. 81. §. 4. D. de liberatione legata. (34. 3.) L. 10. pr. D. de his, quae ut indignis. (34. 9.)* Auch die kaiserlichen Constitutionen haben diese Bedeutung anerkannt. Vgl. *L. 5. C. de non numerata pecunia. (4. 30.)*

4) *L. 5. C. 4. 30. L. 11. u. 14. §. 1. C. ibid.*

5) *Caius inst. III. §. 134.*

Näherung nun liefert uns den Beweis für die Behauptung, daß solche Schuldscheine von den Römern nicht bloß als Beweisinstrumente ⁶⁾ angesehen wurden, sondern daß ihr Dasein an sich schon zur Erzeugung einer Verbindlichkeit hinreichte. — Was die Form anbetrifft, in welcher solche Chirographa in der Regel ausgefertigt wurden, so war die der Stipulation zweifelsohne die gewöhnlichste ⁷⁾, doch war das Hinzutreten derselben kein nothwendiges Erforderniß zur Gültigkeit des Chirographum, da auch dem nicht in dieser Form ausgestellten Schuldscheine voller Glaube geschenkt wurde. — Die aus dem Chirographum entstehende Klage ist die *condictio si certum petetur* ⁸⁾. Daraus deutet nicht allein die Annahme eines *litteralcontractes* für den vorliegenden Fall (denn aus diesem *Contracte* entstand zweifelsohne die *Condictio* ⁹⁾), sondern auch die Erwähnung der *quasi credita pecunia* neben dem Chirographum in L. 5. C. de nou num. pec. (4. 30.). Bei der Production solcher Urkunden im Gericht galt es natürlich als Regel, daß man bei dem Bekenntnisse des Beklagten stehen bleiben müsse ¹⁰⁾. Ausnahmsweise legte man in der *condictio indebiti* bei den sogenannten *instrumenta indiscreta*, d. h. solchen Schuldscheinen, welche keine bestimmte *causa debendi* enthalten, dem Beklagten, d. h. dem Inhaber des *Documentes* den Beweis der *causa debendi* auf ¹¹⁾, und selbst dann, wenn eine gültige *causa debendi* im Instrumente angegeben worden, erlaubte man dem Kläger, wenn er mit der genannten Klage das *indebito* angestellte Chirographum zurückfordert, den Beweis zu führen, daß die *anzuerkennende causa* in der That nicht vorhanden gewesen sei, freilich mit der Beschränkung, daß er sich in diesem Falle nur der Urkunden als Beweismittel bediene ¹²⁾, und Kaiser Justinian dehnte die zuletzt genannte Ausnahme unter der gleichen Beschränkung auf alle Klagen aus Schuldscheinen aus, welche eine vergangene *causa debendi* enthalten ¹³⁾.

Mit der Lehre von den Chirographa hängt die Lehre von der *exceptio und querela non numeratae pecuniae* zusammen. Zunächst kam es wohl bei den *sygraphae*, welche sich von den übrigen Chirographa dadurch unterschieden, daß sie von beiden Theilen, dem Gläubiger und dem Schuldner, besiegelt und aufbewahrt wurden, häufig vor, daß die in der Urkunde bescheinigte Zahlung nicht immer, oder wenigstens nicht in der Weise, wie sie bescheinigt worden, erfolgte ¹⁴⁾, da es nur von dem Vertrage der Parteien abhing, die Fassung der Urkunde in der einen oder anderen Weise zu bewirken. Auch bei den anderen Chirographa kam in der Kai-

6) *Caius inst.* III. §. 181.

7) L. 11. C. 4. 30., vergl. mit *Caius inst.* III. §. 184 u. L. 40. D. 12. 1. Daß dies indeß nicht bei allen Chirographa standand, bezeugt *Theoph. paraphr. inst.* III. 21., ed. Reitz, tom. II. p. 670.

8) *Theod. Cod.* 2. 27. *Si certum petatur de chirographis.*

9) *Inst. inst.* III. 22.

10) L. 25. §. 4. D. de probationibus. (22. 3.)

11) L. 25. §. 4. D. 22. 3. Cap. 14. X. de fide instrum. (2. 22.).

12) L. 25. §. 4. D. 22. 3. Cap. 14. X. 2. 22. Vergl. *Unterholzner a. a. D. Th. 7, S. 1—5.*

13) L. 13. C. 4. 30. Vgl. *Unterholzner a. a. D. Th. 7, S. 1—3.*

14) *Asconius ad Cicero, in Verrem* II. 1. 36. p. 184. ed. Orelli.

ferzeit der Gebrauch auf, daß der Schuldschein in der Hoffnung Geld zu erhalten ausgestellt wurde, ohne daß nachher immer die wirkliche Zahlung erfolgte¹⁵). Daher kam es, daß die Kaiser schon zeitig daran dachten, diesem Mangel durch die Gesetzgebung abzuhelfen¹⁶). Es kam ihnen hierbei der Umstand zu statten, daß man sich schon in den Zeiten der classischen Juristen daran gewöhnt hatte, in allen Fällen, wo Stipulationen zur Numeration hinzutraten, die letztere als eine Art von Suspensivbedingung der ersteren anzusehen¹⁷), und daß man in Folge dieser Ansicht, falls der Gläubiger die ihm aus einer solchen Stipulation zustehende Klage anstellte, dem Beklagten die *exceptio doli* gewährte, wodurch er die Zahlung ableugnet und den Kläger zwingt, den Beweis der Zahlung zu übernehmen¹⁸). Da nun schon zeitig bei der Abfassung solcher Stipulationen Urkunden nothwendig geworden waren, und auch die Chirographa meistens unter Beobachtung der Stipulationsform abgefaßt wurden, so war es leicht, die von der Stipulation, wenn sie mit der Numeration verbunden ist, geltenden Grundsätze auf das Chirographum zu übertragen¹⁹). So erblickte man nach und nach in den bloßen Chirographa nicht mehr eine reine *litterarum obligatio*, sondern man gestattete nach Anleitung kaiserlicher Constitutionen dem, welcher aus seiner Handschrift auf Bezahlung der Schuld belangt wurde, die Einrede des nicht gezahlten Geldes (*exceptio non numeratae pecuniae*)²⁰), wodurch dem Kläger der Beweis der geschehenen Zahlung aufgebürdet werden sollte. Diese Einrede war ursprünglich eine *exceptio in factum concepta* und wurde im Falle der mit der *numeratio* verbundenen Stipulation zur Zeit der classischen Juristen dann als *Aushilfsmittel* gebraucht, wenn die *doli mali exceptio* deshalb nicht stattfinden konnte, weil der Beklagte zu den Personen gehörte, welchen der Kläger Achtung und Ehrfurcht zu erweisen hatte, z. B. Eltern und Patrone²¹). Fragt man, gegen welche Chirographa die Einrede der nicht erfolgten Zahlung zulässig ist, so herrscht unter den neueren Juristen großer Streit darüber, ob sie auf das schriftliche Zugeständniß über den Empfang eines Darlehns²²), oder auf die Real-

15) L. 3. 5. u. 13. C. 4. 30.

16) Cod. Hermog. de cauta et non numerata pecunia, const. 1. ed. Haen. p. 66. Theoph. paraphr. inst. III. 21., ed. Reitz. tom. II. p. 672.

17) L. 6. §. 1. D. de novationibus et delegationibus. (46. 2.) L. 7. D. ibid. L. 30. D. de rebus creditis. (12. 1.) Vgl. Conradi, de conditione Inventiana p. 85.

18) Caius inst. IV. §. 116. L. 2. §. 3. D. de doli mali except. (44. 4.) L. 3. C. 4. 30.

19) Was bei Caius und den Pandektenjuristen *doli exceptio* heißt, wird in den Justinianischen Institutionen IV. 13. §. 2. (de exceptionibus) geradezu *non numeratae pecuniae exceptio* genannt. Daraus erklärt sich L. 3. C. 4. 30: *Exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae*.

20) So Theoph. l. c. III. 21., ed. Reitz. tom. II. p. 670. L. 5. C. 4. 80. L. 14. C. ibid.

21) L. 4. §. 16. D. 44. 4.

22) So Donellus, commentarius in Codicem Iustiniani ad c. 3. 5. 13. u. 14. C. de non numerata pecunia. Gluck a. a. D. Th. 12, S. 174—

contracte mit Ausnahme des Depositums zu beschränken²³⁾ sei, oder ob sie allen Chirographen entgegengesetzt werden könne, in welchen der Empfang einer gewissen Sache bescheinigt und dagegen eine gewisse Verbindlichkeit übernommen worden ist²⁴⁾. Entscheidend wird in dieser Beziehung eine Verordnung Justinian's²⁵⁾, welche von der Voraussetzung ausgeht, daß die *exceptio non numeratae pecuniae* gegen alle Arten von Urkunden, und zwar sowohl gegen Schuldverschreibungen als auch gegen Quittungen zulässig sei, und es kann gegen ein so deutliches Zeugniß unmöglich in Betracht kommen, wenn in einem Rescripte des Justinianischen Codex²⁶⁾ die Wirksamkeit der *Exceptio* auf den Fall der *credita pecunia* ausdrücklich bezogen und in den Justinianischen Institutionen und von dem alten griechischen Erklärer derselben, Theophilus, mit dem Darlehen in Verbindung gesetzt wird²⁷⁾. Auch beschränkt sich die Anwendbarkeit der Einrede nicht allein auf den Fall, wenn die in der Schuldverschreibung vorausgesetzte Zahlung gar nicht erfolgt ist, sondern sie erstreckt sich im Justinianischen Rechte auch auf den, wenn nur ein Theil, nicht das Ganze dem Schuldner ausgehändigt worden²⁸⁾. Endlich kommt es bei der Vorführung der Einrede gegen Schuldburkunden nicht weiter in Betracht, ob in derselben die Zahlung einer Geldsumme, oder die Aushändigung anderer Sachen bescheinigt worden²⁹⁾. Freilich ist es ein allgemeines Erforderniß zur Vorführung des Rechtmittels, daß die Ausstellung des Schuldscheins in der Hoffnung auf gegenwärtige oder zukünftige Zahlung erfolgt sei. Daher kommt die Einrede in Wegfall, wenn die bescheinigte Numeration in der Urkunde selbst in eine bestimmte vergangene Zeit gesetzt wird, gleichviel, ob diese mehr oder weniger vom Datum der Urkunde entfernt ist³⁰⁾. — Fragt man, wie man sich die genannte Einrede zu denken habe, so stellt sie sich nach der richtigeren Meinung als eine Einrede gegen die Urkunde heraus³¹⁾, nicht aber als eine Ausflucht gegen das durch die Urkunde zu erweisende Recht. In Betreff dessen erscheint sie vielmehr als ein wahres Ab-

177. Maier, de vera exceptionis non numeratae pecuniae indole (Wirkb. 1817), §. 17.

23) Vgl. Cuiacii, recitat. in lib. I—IX. Codicis ad tit. C. de non numerata pecunia.

24) So Meurer und Unterholzner a. a. D. Th. 7, S. 19—30.

25) L. 14. C. 4. 30.

26) L. 5. C. 4. 30.

27) Inst. inst. III. 21. ibique Theoph. Vgl. Unterholzner a. a. D. Th. 7, S. 23 fig.

28) L. 3. u. 9. C. 4. 30. Vgl. Unterholzner a. a. D. Th. 7, S. 31. Entscheidend erscheint hier auch die Analogie der *non numerata dos*, welche bekanntlich vor Justinian nach den Grundsätzen der *exceptio non numeratae pecuniae* behandelt wurde. Vgl. Nov. 100. cap. 1. pro.

29) L. 14. pr. u. §. 2. C. 4. 30.

30) So Meurer a. a. D. §. 25—38, S. 47, und Unterholzner a. a. D. Th. 7, S. 8—19. Anderer Meinung ist freilich Hansen, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 4, S. 60—64, wegen L. 5. u. 13. C. 4. 30. Vgl. dagegen Unterholzner a. a. D. Th. 7, S. 13 fig.

31) L. 26. §. 2. D. depositi vel contra. (16. 3.) Vgl. Unterholzner a. a. D. Th. 7, S. 6—9.

leugnen, was man in der Sprache der neueren Rechtslehrer mit dem Namen *litis contestatio negativa* bezeichnet. Aus dieser Ansicht erklärt sich ganz einfach, wie man in den Kaiserzeiten dazu kam, der Einrede des nicht gezahlten Geldes ausdrücklich den Namen *exceptio* beizulegen³²⁾, und daß sie auch in die *formula* aufgenommen wurde, zeigt theils die Analogie des Verhältnisses der alten, bei der *Stipulation* vorkommenden *exceptio non numeratae pecuniae* zur *doli exceptio*, theils der Umstand, daß zur Zeit, wo die *formulae* noch in der alten Weise concipirt wurden, von unserer Einrede die nämlichen Ausdrücke gebraucht werden³³⁾, wie von den anderen *Exceptionen*, von denen es sonst gewiß ist, daß sie der *formula* eingefügt wurden³⁴⁾. Mit dem Gesagten stimmt es vollkommen überein, was uns über den Grund der *exceptio non numeratae pecuniae* in den römischen Rechtsquellen berichtet wird. Daß wir diesen in der Natur der Sache zu suchen haben, bezeugt das *naturalis ratio* in einer *Codexstelle*³⁵⁾. Wahrscheinlich waren es zwei verschiedene Rücksichten, welche durch ihr Zusammenwirken die Einführung der *Exception* veranlaßt haben; einerseits die nicht seltene Erscheinung, daß bei Rechtsgeschäften, welche in Beziehung auf eine Geldsumme oder auf eine andere Sache, deren Ablieferung erwartet wird, abgeschlossen werden, die Urkunde schon vor der wirklichen Ablieferung und zwar in der Art ausgefertigt wird, daß in derselben der mit Gewißheit vorausgesetzte Empfang als wirklich erfolgt angeführt wird, wo es denn gewöhnlich auch der Fall ist, daß eine solche Urkunde in den Händen dessen bleibt, welcher die sofort erwartete Ablieferung der Abrede zuwider hinauschiebt³⁶⁾, da ja doch nicht immer die ängstliche Vorsicht anwendbar ist, welche mit der einen Hand das Geld einstreicht, während sie mit der anderen den Empfangschein hingibt; andererseits die so große Schwierigkeit, welche der vom Aussteller der Urkunde über den Nichtempfang zu führende Beweis für diesen nothwendiger Weise haben müßte, während der Inhaber der Urkunde bei dem ihm auferlegten Beweise besonders auch deshalb in besserer Lage ist, weil er oft auf indirectem Wege die wirklich geschehene Zahlung darthun kann. — Was die Wirkung der vorgeschützten Einrede anbetrifft, so wird in den römischen Rechtsquellen nur soviel angedeutet, daß der Kläger durch den Gebrauch derselben von Seiten des Beklagten gezwungen wird, den Beweis der Zahlung auf andere Weise, als durch den producirten Schuldschein zu führen³⁷⁾, wobei ihm natürlich die Wahl der Beweismittel überlassen bleibt. Auch geht dieß mit Gewißheit aus der Analogie der gegen *Stipulationen*, welche mit der *Numeration* verbunden sind,

32) L. 3. 5. 7. 8. 10. 13. u. 14. C. 4. 30.

33) *Exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae*. L. 3. C. 4. 30. (von *Caracalla*.) *Exceptione non numeratae pecuniae te esse munitum*. L. 6. C. *ibid.* (von *Alexander Severus*.) Vgl. L. 8. u. 11. C. 4. 30.

34) *Caius inst.* IV. §. 119 u. 126. Vgl. *Albrecht*, die *Exceptionen* des gemeinen teutschen Civilprocesses, S. 22 flg.

35) L. 10. C. 4. 30. Vgl. *Unterholzner a. a. D.* S. 7 flg.

36) L. 7. C. 4. 30.

37) L. 3. u. 10. C. 4. 30. *Pr. J.* 3. 21. *Theoph. paraphr. inst.* III. 21. p. 670—672.

dem Beklagten zustehenden *doli* oder *non numeratae pecuniae exceptio* hervor, da auch durch die Vorschüzung dieser Einrede der Beweis der Zahlung dem Kläger aufgebürdet wird, und man sich das durch die Stipulation entstehende Rechtsverhältniß so dachte, daß die Zahlung als Suspensivbedingung der Stipulation angesehen wurde³⁸⁾. Endlich bestätigt sich die angegebene Wirkung der Exception durch die Vergleichung der *querela non numeratae dotis*, welche ursprünglich auch eine *exceptio non numeratae pecuniae* ist, und, wenn sie vom Manne oder dessen Erben vorgeschützt wird, dem Gegner die Nothwendigkeit auferlegt, die Illation des *Neurathsgutts* zu beschneiden³⁹⁾. Die weiteren Schicksale des Prozesses, in welchem die Einrede der Nichtzahlung vorgeschützt worden, hängen mit den allgemeinen Prozeßregeln zusammen. Kann also der Kläger den ihm auferlegten Beweis der Zahlung nicht führen, so muß der Beklagte freigesprochen werden. Manche neueren Rechtsgelehrten, welche die bisher erörterte *exceptio non numeratae pecuniae* mit dem Zusatz *privilegiata* bezeichnen und derselben die *non privilegiata* entgegenstellen, behaupten, daß der zuletzt genannten Einrede die oben erörterte Wirkung abgehe und daß dieselbe nur insofern von Nutzen sei, als der, welcher die Einrede vorschützt, seinerseits nachzuweisen im Stande ist, daß seine Behauptung, das Geld nicht empfangen zu haben, gegründet sei. Allein diese Ansicht ist dem römischen Sprachgebrauche nicht angemessen, da die *exceptio n. n. p.* daselbst schon ihrem Begriffe nach als eine rein ableugnende, mit keiner Beweisraft verbundene, Einwendung erscheint⁴⁰⁾. — Fragt man, wenn die Einrede zu statten komme, so erscheint sie keineswegs als eine bloß persönliche Begünstigung des Ausstellers der Urkunde, sondern sie steht auch den Erben desselben zu⁴¹⁾. Eine Meinung, welche sich auch durch die Analogie der *exceptio non numeratae dotis* vollkommen bestätigt⁴²⁾. Auch die, welche accessorisches verpflichtet sind, wie die Mandatoren und Fideiussoren können von ihr Gebrauch machen⁴³⁾. Auf gleiche Weise kann sie dann mit Erfolg benutzt werden, wenn eine Verpfändung hinzugekommen ist, und der Inhaber der Urkunde Rechte aus dieser Verpfändung herleiten will⁴⁴⁾, da man ja einer Schuldverschreibung deshalb keine größere Beweisraft beilegen kann, weil sie zugleich eine Verpfändung enthält. Auch den Gläubigern dessen, dem die Einrede zuliegt, kommt sie zu statten, ohne Unterschied, ob sie Sachen ihres Schuldners besitzen und deshalb verklagt werden, oder ob sie selbst Kla-

38) *Caius inst.* IV. §. 116, vergl. mit *L. 2. §. 4. D. 44. 4. L. 7. D. 46. 2.*

39) *Nov. 100. pro. cap. 1. pr.*

40) Vgl. *Reurer a. a. D. §. 45, §. 63*, und *Unterholzner a. a. D. Th. 7, §. 6.*

41) *L. 8. C. 4. 30.*

42) *L. 3. C. de dote cauta, non numerata. (5. 15.) Nov. 100. c. 1.*

43) *L. 12. C. 4. 30.* Bei der privaten Intercession fällt die Einrede begrifflicher Weise hinweg. *L. 6. C. 4. 30.*

44) *L. 1. C. 4. 30. L. 1. C. si pignoris conventionem numeratio pecuniae socuta non sit. (8. 33.)* Ueber diese Gesellschaft vergleiche die Bemerkungen bei *Unterholzner a. a. D. Th. 7, §. 34, Note 26.*

gend auftreten, und ohne Rücksicht darauf, ob der Hauptschuldner, aus dessen Person sie das Exceptiontrecht herleiten, dieselbe in der That gebraucht hat oder nicht, wobei es sich freilich von selbst versteht, daß weder dieser noch sein Bürge durch die Vorschüzung der Einrede von Seiten der Gläubiger in Schaden gebracht werden darf⁴⁵⁾. — Von den hier erörterten Grundsätzen treten in folgenden Fällen Ausnahmen ein, in welchen die Einrede der nicht geschenehen Zahlung gegen Urkunden, aus besonderen Gründen in Wegfall kommt. Diese Ausnahmen treten ein: 1) wegen der besonderen Beschaffenheit der Urkunden, gegen welche die Einrede des nicht gezahlten Geldes gebraucht werden soll. Dies ist der Fall bei den *securitates publicarum functionum*⁴⁶⁾, worunter man nicht bloß solche Quittungen zu verstehen hat, welche einem öffentlichen Amte über eine bei ihm erhobene Zahlung oder sonst empfangene Leistung gegeben werden, sondern auch die, welche ein öffentliches Amt über den Empfang einer Geldzahlung oder Lieferung ausstellt, und bei allen Depositen Scheinen, welche den Empfang einer bestimmten Geldsumme oder anderer bestimmten species enthalten⁴⁷⁾. Eine Ausnahme, von welcher der Grund wohl in der Unwahrscheinlichkeit der Annahme liegt, daß der Depositär sich mit der Ausstellung des Depositen Scheines übereilen werde, da er rechtlich ja gar kein Interesse daran hat, das Depositum in seine Hände zu bekommen. Das in der Urkunde enthaltene eidliche Versprechen, das Darlehen wieder zu bezahlen, schließt die Einrede des nicht empfangenen Geldes keineswegs aus, weil es die Bedingung enthält, wenn der Aussteller das Geld auf die Handschrift erhalten wird⁴⁸⁾. 2) Wegen Anerkenntnis der Schuld von Seiten dessen, welcher die Schuldschreibung ausgestellt hat. Dies findet nicht allein dann statt, wenn der Empfang des Heurathsgutes vom Ehemanne oder dessen Vater in einer besonderen, erst nach Abfassung der Dotalpacten ausgestellten Empfangsbescheinigung quittirt worden ist⁴⁹⁾, sondern auch dann, wenn das Anerkenntnis vor Zeugen, im Testamente oder auch stillschweigend durch Abschlagszahlung auf das Capital oder Zinszahlung geschehen ist⁵⁰⁾. 3) Wegen eines Privilegiums, welches dem, welchem der Schuldschein ausgestellt wird, zu statten kommt. In dieser Rücksicht sind nur die Argentarien vom Kaiser Justinian privilegirt⁵¹⁾, und es ist in Betreff der zu ihren Gunsten ausgestellten Schuldscheine kein Unterschied, ob dieselben von Leuten, welche öffentlichen Glauben genießen, wie Tabellonen, angefertigt, oder ob sie vom Schuldner selbst ganz und gar geschrieben oder nur unterschrieben worden sind. 4) Wegen Entfugung der Einrede. Daß

45) L. 15. C. 4. 30.

46) L. 14. §. 2. C. 4. 70. Vgl. Unterholzner a. a. D. Th. 7, S. 34 ff.

47) L. 14. §. 1. C. ibid.

48) L. 16. C. 4. 30.

49) L. 14. §. 1. C. 4. 30., vrgl. mit L. 3. C. de dote cauta, non numerata. (5. 15.)

50) L. 4. C. 4. 30.

51) Nov. 136. cap. 5.

eine Entfagung in diesem Falle zulässig ist, läßt sich schon nach den allgemeinen Regeln des römischen Rechtes über den Gebrauch von *Exceptionen*⁵²⁾ nicht bezweifeln. Nur über die Erfordernisse einer solchen Entfagung sind die heutigen Rechtsgelehrten verschiedener Ansicht. Man betrachtet nach der richtigeren Meinung eine Entfagung, welche in einer besonderen Urkunde geschehen, und eine solche, welche eidlich bekräftigt worden ist, als gültig, da im ersten Falle dieselben Gründe eintreten, wie bei der nochmaligen Bescheinigung, und im zweiten Falle die Bestimmung des canonischen Rechtes entscheidend erscheint, daß alle Eide, welche gehalten werden können, verpflichtende Kraft haben⁵³⁾, wenn schon andere Rechtsgelehrte, falls die eidliche Entfagung in der Schuldurkunde selbst enthalten ist, einen Unterschied zwischen der Entfagung durch promissorischen und assertorischen Eid machen⁵⁴⁾ und im letzteren Falle annehmen, daß die Einrede des nicht gezahlten Geldes weder durch das römische noch durch das canonische Recht ausgeschlossen werde, während sie im zuerst genannten Falle glauben, daß die Einrede in der That nicht weiter vorgeschützt werden könne, wosfern der Beklagte nicht einen wahrscheinlichen Irrthum anzuführen und zu erweisen vermag. Andere in der Schuldverschreibung oder in der Quittung enthaltene Entfagungen werden allgemein für wirkungslos erklärt, weil man annehmen muß, daß die Entfagung jener Einrede ebenso, wie die Ausstellung des Schuldscheines nur in der Hoffnung, das Geld zu erhalten, geschehen sei, zumal da solche Entfagungsclauseln leicht stehende Artikel in den Formeln der Schuldurkunden und Quittungen werden. 5) Wegen Ablauf der Verjährungsfrist, welche für die Vorschätzung der Einrede des nicht gezahlten Geldes durch das Gesetz festgesetzt worden ist. Denn obgleich in der Regel Einreden unverjährbar sind⁵⁵⁾, weil die Verjährung der Rechtsmittel nur als eine Strafe für die Nachlässigkeit derer erscheint, welche dieselbe hätten brauchen können und doch nicht gebraucht haben, und der, welchem eine *Exception* zusteht, sie nicht eher brauchen kann, als bis er von seinem Gegner mit der Klage belangt wird, so ist doch für die vorliegende Einrede ausnahmsweise eine Verjährungsfrist festgesetzt worden. In den ältesten Zeiten betrug dieselbe ein Jahr⁵⁶⁾, an dessen Stelle setzten die späteren Kaiser einen Zeitraum von fünf Jahren⁵⁷⁾, und Kaiser Justinian führte anstatt der fünfjährigen eine zweijährige Verjährungsfrist ein⁵⁸⁾ und verfügte zugleich, daß gegen Quittungen die gedachte Einrede nur innerhalb

52) L. 51. C. de episcopis et clericis. (1. 3.) L. 29. C. de pactis. (2. 3.) Nov. 136. c. 1.

53) So Unterholzner a. a. D. Th. 7, S. 48.

54) So Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 12, S. 155—159.

55) L. 5. §. 6. D. de doli mali except. (44. 4.)

56) L. un. C. Herm. de cauta et non numerata pecunia (1.) ed. Haenel. p. 65. Ueber die Verfasser dieser Constitution vergl. außer Hänel's Notizen auch Glück, Erläuterung der Pand. Th. 12, S. 101.

57) C. un. C. Hermog. ibid. L. 14. C. Inst. 4. 30. Pr. J. 3. 21. Theoph. paraphr. inst. ad h. l., ed. Reits. tom. II. p. 672.

58) Siehe die Stellen in der vorigen Note.

30 Tagen, von dem Termine der Ausstellung an gerechnet, zuständig sei⁵⁹⁾. Man hält diese von Justinian eingeführten Fristen für *tempora continua*, was in Betreff der zweijährigen Frist in L. 14. pr. C. de n. n. p. (4. 30.) ausdrücklich gesagt wird und sich auch durch die Vergleichung des bei der *dotis non numeratae exceptio* festgesetzten *annus continuus* hinreichend bestätigt⁶⁰⁾. Fragt man, von welcher Zeit an der genannte Zeitraum berechnet werde, so ist es wohl am natürlichsten in den Stellen, welche kurzweg von der zweijährigen und fünfjährigen Frist ohne specielle Erwähnung des Anfangspunktes sprechen, sich die Ausstellungszeit des Schuldscheines als Anfangspunkt der Verjährungszeit zu denken, und dieß bestätigt sich auch durch die bei Quittungen gewöhnliche dreißigtägige Frist, von welcher in der nämlichen Gesetzesstelle, welche die zweijährige Frist an die Stelle der fünfjährigen setzte, ausdrücklich bezeugt wird, daß sie von dem Datum der Quittung an gerechnet werden solle. Für Verschreibungen, welche den Empfang des Heurathsgutes von Seiten des Ehemannes oder seines Vaters bescheinigen, sind besondere Fristen festgesetzt worden, worüber der Artikel *Brautgabe* nachzusehen ist. Zu Gunsten der Minderjährigen ist ausnahmsweise festgesetzt worden, daß ihnen der Ablauf der Verjährungsfrist nichts schaden solle; mithin bedürfen sie für diesen Fall nicht einmal der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand⁶¹⁾. Was die Wirkungen der Verjährung anbelangt, so ist es unter den neueren Rechtsgelehrten sehr streitig, ob mit dem Ablauf der gesetzlichen, für die Dauer der Einrede festgesetzten Frist jede Einwendung des nicht empfangenen Geldes ganz und gar wegfällt, oder ob nur der besondere Vortheil verloren geht, daß man lediglich den Empfang zu leugnen braucht, ohne eines weiteren Beweises zu bedürfen. Für die letztere Meinung entscheiden sich Glück⁶²⁾ und Unterholzner⁶³⁾, und es spricht für dieselbe namentlich das Verbot der Eideszuschreibung in allen den Fällen, wo die *exceptio non numeratae pecuniae* entweder von Anfang an nicht zulässig war, oder durch den Ablauf der Verjährungsfrist unzulässig geworden ist⁶⁴⁾, in Verbindung mit dem Umstande, daß die Verjährung der Einrede lediglich deshalb eingeführt worden, damit die Inhaber der Schuldverschreibung durch den Ablauf einer längeren Zeit nicht der Mittel, den Beweis der Numeration zu führen, beraubt, und so in die Verlegenheit gesetzt würden, das darlehnsweise wirklich hingegebene Geld aus Mangel an Beweismitteln zu verlieren⁶⁵⁾. Nimmt man diese Meinung als wahr an, so müßte nach heutigem Rechte dem Verklagten auch nach dem Ablaufe der Verjährungsfrist die Einrede des nicht

59) L. 14. §. 2. C. 4. 30.

60) L. 3. C. 5. 15.

61) L. 5. C. in quibus causis in integrum restitutio necessaria non est. (2. 41.)

62) Erläuterung der Pandekten, Th. 12, §. 172.

63) Archiv für civilistische Praxis, Bb. 7, §. 49.

64) L. 14. §. 3. C. 4. 30.

65) Theoph. paraphr. inst. III. 21. ed. Reitz. tom. II. p. 672.

gezahlten Geldes gestattet werden, im Fall er nämlich den Beweis davon zu führen bereit und im Stande ist, was man mit dem Namen *exceptio non numeratae pecuniae non privilegiata* zu bezeichnen gewohnt ist. Zum Beweise dieser Einrede darf sich derselbe aber nicht des Eidesantrags bedienen, da ihm der Gebrauch desselben in diesem Falle ausdrücklich untersagt ist⁶⁶). Auch steht es der hier angenommenen Meinung keineswegs entgegen, wenn in Betreff der aus dem Chirographum entstehenden Verbindlichkeit in const. 8. C. 4. 30. ganz allgemein bemerkt wird, daß nach dem Verlaufe der Verjährungsfrist der Erbe des Ausstellers des Schuldscheines jedenfalls die verbriefte Schuld bezahlen müsse, oder wenn es in const. 14. C. ibidem ganz allgemein heißt, daß die genannte Einrede nach dem Ablaufe der Verjährungszeit nicht mehr vorgeschützt werden könne. Denn eines Theils erklären sich diese Ausprägungen unserer Rechtsquellen aus dem, was bereits oben über den römischen Sprachgebrauch in Betreff unserer Einrede vorgebracht worden, andern Theils sind dieselben zu sehr dem eben vorliegenden Falle angepaßt, als daß aus denselben irgend ein haltbarer Schluß auf einen allgemein gültigen Rechtsatz zulässig wäre. Am wenigsten kann die in den Justinianischen Institutionen und bei dem alten Erklärer derselben, Theopylus, sich vorfindende Vergleichung der aus dem Chirographum stammenden Verbindlichkeit mit der im vorjustinianischen Rechte vorkommenden *litterarum obligatio* dazu dienen, um die gegentheilige Meinung zu unterstützen. Denn an diesen Stellen wird nur eine wissenschaftliche Ansicht aufgestellt, welche sich aus den alten Ideen über den *contractus chirographarius* einfach erklären läßt⁶⁷). — Als ein allgemeines Rechtsmittel, sich die *exceptio non numeratae pecuniae* auch über die Dauer der Verjährungsfrist hinaus zu erhalten, erscheint in den römischen Rechtsquellen die *querela non numeratae pecuniae*, auch *querimonia*⁶⁸) genannt, worunter man sich eine an den Inhaber der Urkunde abzugebende schriftliche Erklärung, oder, falls dieser abwesend oder eine derartige Erklärung mit besonderen Schwierigkeiten verknüpft ist, eine an das Gericht abzugebende Protestation zu denken hat⁶⁹). Im ersten Falle geschieht die Erklärung an den Gegner in der Form der *denunciatio*, wozu natürlich Zeugen gezogen werden, welche die Erklärung dem Gegner überbringen⁷⁰), da es ein Erforderniß der Querel ist, daß diese Erklärung rüchselich in die Hände des Gegners gekommen sei. Im zweiten Falle wird die Beschwerde einseitig zu Protokoll gegeben, in der Regel beim gewöhnlichen Richter, im Nothfall auch bei jedem anderen, und für Con-

66) L. 14. §. 3. C. 4. 30. Vergl. Unterholzner a. a. D. Th. 7, S. 49.

67) Vergl. Unterholzner a. a. D. Th. 7, S. 52.

68) L. 8. C. 4. 30. Vergl. Nov. 100. mit Juliani epitome Nov. const. 29. cap. 349. Siehe Marezoll's Bemerkungen, Zweifel und Vermuthungen in Grolman's und Eddr's Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Th. 4, S. 386—392.

69) L. 14. §. 4. C. 4. 30.

70) L. 14. §. 4. C. 4. 30. Vergl. Marezoll a. a. D. Th. 4, S. 280 u. 402.

stantinopel wird *quilibet ordinarius iudex*, für die Provinzen aber entweder der Statthalter der Provinz oder der Defensor des Ortes als competent genannt, und falls auch keine von diesen Personen zu haben, oder der Weg der gerichtlichen Protestation dem Querulanten aus anderen Gründen beschwerlich ist, bleibt es dem letzteren vorbehalten, seinen Gegner durch den Bischof des Ortes von seiner Beschwerde in Kenntniß zu setzen ⁷¹⁾. Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich soviel als gewiß, daß man sich die Querel nicht bloß als eine gerichtliche Klage, auch nicht als eine bloße Provocation an den Gegner zu denken habe, seine auf den ausgestellten Schuldschein etwa zu gründenden Ansprüche auf andere Weise, als durch die Production desselben zu beweisen, oder denselben durch Zurückgabe des Schuldscheines gänzlich zu entsagen ⁷²⁾. Der Zweck der Querel ist lediglich der, sich die Einrede des nicht gezahlten Geldes auch über die Dauer der Verjährungszeit hinaus zu erhalten ⁷³⁾, und es ist nur eine Verwechslung verschiedener Begriffe, wenn man ihr auch die Wirkung zuschreibt, daß der Gegner dadurch gezwungen werden könne, die Handschrift zurückzugeben ⁷⁴⁾. Durch diese Bemerkung kommt die Querel mit der Exception in einen gewissen Zusammenhang, welchen schon Unterholzner ⁷⁵⁾ und Marezoll ⁷⁶⁾ errathen haben, und erst auf diese Weise wird die Vorschrift unserer Rechtsquellen erklärlich, daß die Querel nur innerhalb der Verjährungsfrist der Exception mit Wirkung angestellt werden könne ⁷⁷⁾. Ueber den Umfang der Querel kann nach dem Gesagten ebenfalls kein Zweifel mehr obwalten. Denn wenn es schon wahr ist, daß die meisten neueren Rechtsgelehrten sie nur auf Chirographa beschränken, so beweist doch der Zusammenhang derselben mit der Exception gleiches Namens, daß sie auch gegen alle anderen Urkunden gebraucht werden kann, gegen welche die Exception zulässig ist; also nicht allein gegen *Dotalinstrumente* ⁷⁸⁾, sondern auch gegen Privatquittungen, und zwar gegen diese innerhalb der dreißigtägigen durch L. 14. §. 2. C. 4. 30. eingeführten Verjährungsfrist der *exceptio non numeratae pecuniae*. — Außer der Querel steht dem Aussteller der Schuldverschreibung im Fall des Nichtempfangs der bescheinigten Summe auch eine *Condition* zu, womit er zunächst die Quittirung der aus dem Chirographum entstehenden Verbindlichkeit und mittelbar die Rückgabe des Schuldscheines erzwingt ⁷⁹⁾. Und daß auch diese Klage nur innerhalb der Verjährungsfrist der Exception angestellt werden könne, scheint aus der Zu-

71) L. 14. §. 4. C. 4. 30.

72) So Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 12, §. 145.

73) L. 14. §. 4. C. 4. 30.: *eoque modo perpetuam sibi exceptionem efficere*. Vgl. L. 8. u. 9. C. *ibid.* u. Nov. 100.

74) Die Veranlassung zu dieser irrigen Meinung hat L. 4. C. de *conduct. ex lege* (4. 9.) gegeben. Doch erhält dieses Gesetz durch L. 7. C. 4. 30. seine richtige Erklärung.

75) Im Archiv für civil. Praxis, Bd. 7, §. 42.

76) In Grolman's und Eber's Magazin, Bd. 4, §. 387.

77) L. 4. C. 4. 9. L. 8. 9. 14. §. 4. C. 4. 30.

78) L. 14. §. 4. C. 4. 30., vergl. mit Nov. 100.

79) L. 4. C. 4. 9. L. 7. C. 4. 30.

sammenstellung derselben mit der Exception in den römischen Rechtsquellen nicht un deutlich hervorzugehen.

Heimbach.

Conventionalstrafe¹⁾ (*poena conventionalis*) heißt in der Kunstsprache der neueren Rechtsgelehrten eine bestimmte Summe Geldes, welche der, welcher etwas zu thun oder nicht zu thun sich verbindlich macht, zu bezahlen verspricht, wenn er gegen die von ihm übernommene Verbindlichkeit handelt. Die Römer wandten auf diesen Fall die Stipulationsform an, und nannten deshalb ein solches Versprechen *poenae stipulatio*²⁾, um so leichter, da die Worte *poenae nomine dari* in der Regel der Stipulation eingefügt wurden³⁾. Ward die Conventionalstrafe einem Versprechen etwas zu thun hinzugefügt, so wurde die Stipulationsform negativ gefaßt, z. B. *si ita non feceris*⁴⁾. Enthält das Versprechen die Unterlassung einer Handlung, so wird die Stipulation affirmativ gefaßt, z. B. *si ita feceris*, oder *si adversus ea feceris*. Auch mehrere Handlungen zusammen können unter Hinzufügung einer Conventionalstrafe versprochen werden. Eine solche Zusammensetzung kann entweder eine copulative oder eine disjunctive sein. Im ersten Falle, welcher gewöhnlich durch *et* bezeichnet wird, gelten die zusammengenannten Handlungen für eine Einheit, und es müssen alle erfüllt werden, wenn der, welcher das Versprechen geleistet hat, von der Verbindlichkeit, die Conventionalstrafe zu bezahlen, frei werden soll⁵⁾. Im zuletzt genannten Falle, welcher gewöhnlich durch *aut* bezeichnet wird, gelten die zusammengeführten Handlungen für soviel verschiedene *Facta*, als disjunctive Glieder vorliegen, und es reicht schon hin, daß die eine von den versprochenen Handlungen erfüllt werde, um den, welcher das Versprechen geleistet hat, von der Verpflichtung, die Conventionalstrafe zu bezahlen, frei zu machen⁶⁾. Im heutigen Rechte bedarf es zum Versprechen der Conventionalstrafe nicht mehr der Stipulationsform, da jeder einfache Vertrag nach den Grundsätzen des deutschen Privatrechtes klagbar ist und die *condictio ex moribus* erzeugt. — Aus dieser Darstellung geht mit Gewißheit hervor, daß die Conventionalstrafe, welche zur Bestärkung eines Geschäftes hinzugefügt wird, den Charakter eines Nebengeschäftes hat und mit dem Haupt-

1) Vgl. Pothier, *Pandectae Justinianae* lib. XLV. tit. 1. pte. II. sect. 1. art. 8. tom. III. p. 211—214. Joh. Aug. Bachii, *opuscula ad historiam et iurisprudentiam spectantia*, ed. Klotz. diss. X. p. 386—405. — Daß die Conventionalstrafe stets auf eine bestimmte Summe Geldes geht, geht hervor aus L. 38. §. 17. D. de V. O. (45. 1.), vergl. mit L. 38. §. 2 u. 17. D. 45. 1. Vergl. §. 7. J. de verborum oblig. (3. 15) L. 11. §. 2. D. de receptis, qui. (4. 8.)

2) L. 4. §. 8. D. *doli mali et met. exc.* (44. 4.) L. 71. D. de verborum obligationibus. (45. 1.) L. 122. §. 3. D. *ibid.* L. 69. D. *ibid.* L. 12. §. 2. D. de pactis dot. (23. 4.) L. 10. §. 1. D. de pactis. (2. 14.) §. 7. J. de verb. oblig. (3. 15.)

3) Vergl. die Formulare solcher Versprechen in §. 7. J. 3. 15.

4) L. 71. D. 45. 1. L. 137. §. 7. D. *ibid.*

5) L. 13. §. 2. D. de rebus dubiis, (34. 5.)

6) L. 13. §. 3—5. D. 45. 1.

geschäfte steht und fällt. Dieser Grundsatz, welcher zur Beurtheilung des Details dieser Lehre von Wichtigkeit wird, äußert vorzüglich dann Wirkungen, wenn die Hauptverbindlichkeit aus irgend einem inneren Grunde zerfällt. Denn in diesem Falle gilt auch die Conventionalstrafe für nicht hinzugefügt. Dieß tritt nicht allein ein, wenn die Hauptleistung gegen die Naturgesetze verstößt und deshalb als unmöglich sich darstellt⁷⁾, sondern auch dann, wenn die Erfüllung der versprochenen Leistung die öffentliche Achtung für Sittlichkeit (*boni mores*) verletzen würde. Daher ist die Conventionalstrafe ungültig, welche acquisitiven Erbverträgen hinzugefügt wird⁸⁾, da solche nach den Ansichten der römischen Rechtsgelehrten gegen die *boni mores* verstoßen⁹⁾, und deshalb als unverbindlich betrachtet werden¹⁰⁾. Dahin gehören ferner alle Conventionalstrafen, welche die Freiheit, ein Ehebündniß nach Belieben zu schließen, oder nicht zu schließen, beschränken, ohne Unterschied, ob die, welche die Ehe abzuschließen gedenken, als Contrahenten erscheinen, oder ob ein Dritter sich verbindlich macht die Conventionalstrafe zu erlegen, wenn er die zwischen zwei Personen beabsichtigte Ehe durch eigene Thatandlung verhindert¹¹⁾; ingleichen alle die Conventionalstrafen, welche die Freiheit der Ehescheidung auf irgend eine Weise beeinträchtigen, und dem, durch dessen Schuld die Ehescheidung herbeigeführt wird, zum Nachtheil gereichen¹²⁾, ausgenommen wenn sie gerade nur so hoch sich belaufen, als die gesetzlichen Vermögensnachtheile betragen, welche den treffen, durch dessen Schuld die Scheidung herbeigeführt wird¹³⁾. Auch wenn die versprochene Leistung gegen die bestehenden Gesetze verstößt, fällt die derselben hinzugefügte Conventionalstrafe von selbst hinweg, da im Pandektenrechte allgemein angenommen wird, daß Alles, was von den Staatsgesetzen verboten worden ist, überhaupt unmöglich sei¹⁴⁾. Und dieß tritt nicht allein ein, wenn die verbotene Handlung auf einem dauernden Grunde beruht, sondern auch dann, wenn sie durch den Wegfall des Grundes späterhin zur erlaubten Handlung wird¹⁵⁾. Auch kommt nicht in Betracht, daß die Staatsgesetze, auf deren Vorschrift das Verbot beruht, der Veränderung unterworfen sind, da das Erlaubtsein der Handlung und die davon abhängige

7) L. 69. D. 45. 1.

8) L. 61. D. 45. 1.

9) L. 61. D. 45. 1. L. 4. C. de inutilibus stipulationibus. (8. 39.)

10) L. 32. §. 9. D. pro socio. (17. 2.) L. 5. C. de pactis conventis tam super dota. (5. 14.) Vgl. Haffse, über Erbvertrag §. 2, im rheinischen Museum für Jurisprudenz, Jahrg. 2, S. 154 flg.

11) L. 5. C. de sponsalibus et arrhis sponsalitiis (4. 1.), vergl. mit L. 134. pr. D. de verborum obligationibus (45. 1.), u. L. 14. C. de nuptiis. (5. 4.) Vergl. Haffse, das Güterrecht der Ehegatten nach römischem Rechte, Th. 1, S. 122.

12) L. 19. D. 45. 1. L. 14. C. 5. 4. L. 2. C. de inutilibus stipulationibus. (8. 39.)

13) L. 19. D. 45. 1.

14) L. 35. §. 1. D. de verbor. oblig. (45. 1.) L. 137. §. 6. D. ibid. L. 103. D. ibid.

15) L. 35. §. 1. D. 45. 1.

Gültigkeit der Stipulation nur nach dem Zeitpunkte zu beurtheilen ist, wo die Pönalstipulation eingegangen wird¹⁶⁾. Als Beispiele solcher, in dem Rechte des Staates verbotenen Handlungen wird der Verkauf einer res sacra, religiosa oder publica oder eines freien Mannes, die Heurath der eignen Schwester u. s. w. in den römischen Rechtsquellen bezeichnet. Mit dem Gesagten hängt es ferner zusammen, daß die Conventionalstrafe als Bestärkungsmittel des Versprechens erscheint, ohne Unterschied, ob der Gegenstand desselben die Eigenthumsübertragung oder die Vornahme irgend einer anderen Handlung ist¹⁷⁾. Jedenfalls bleibt die Hauptobligation, welcher die Conventionalstrafe hinzugefügt wird, neben der Nebenobligation, welche die Conventionalstrafe enthält, noch fortbestehen, was man am deutlichsten daraus sieht, daß im Fall der Nichterfüllung des Versprechens der Verletzte die Wahl hat, ob er die aus dem Hauptcontracte entstehende Contractsklage oder die auf die Conventionalstrafe gerichtete actio ex stipulata anstellen wolle¹⁸⁾, und daraus, daß er in einigen Fällen auch beide Klagen nach einander anstellen kann¹⁹⁾. Auch erklärt es sich nur aus diesem Gesichtspunkte, wenn in den römischen Rechtsquellen berichtet wird, daß, wenn die Conventionalstrafe zu einem simplen Vertrage (pactum nudum) hinzutritt, die aus dem letzteren hervorkommende pacti exceptio mit der aus der Pönalstipulation entstehenden Forderung concurrirt²⁰⁾, und daß die Hauptobligation, welcher die Conventionalstrafe hinzugefügt wird, auch dann noch fortbesteht, wenn die Pönalstipulation eine unmögliche Leistung enthält und aus diesem Grunde für nicht hinzugefügt betrachtet wird²¹⁾. Am wichtigsten wird die Conventionalstrafe bei solchen Verträgen, welche aus äußeren Gründen unwirksam sind, da hier die Hinzufügung der Conventionalstrafe als einziges Mittel erscheint, um dergleichen Verträge aufrecht zu erhalten. Dies ist der Fall, wenn sich Jemand für einen Dritten etwas versprechen läßt²²⁾, und wenn bei dem Compromiß²³⁾ und bei anderen Stipulationen²⁴⁾ gar kein Interesse des Stipulanten erweislich ist. Auch verlangten die älteren Juristen, wie Labeo, bei Eingehung von Obligationen, deren Gegenstand ein incertum im römischen Sinne ist, jedenfalls die

16) L. 137. §. 6. D. 45. 1.

17) §. 7. J. de verborum obligatione. (3. 16.) §. 19. J. de inutilibus stipulat. (3. 19.) Vgl. Pothier l. c. tom. III. p. 214.

18) L. 122. §. 2. D. 45. 1. L. 71. pr. D. pro socio (17. 2.), vergl. mit L. 28. D. de actionibus empti. (19. 1.)

19) L. 28. D. 19. 1.

20) L. 10. §. 1. D. de pactis. (2. 14.) L. 12. §. 2. D. de pactis dotibus. (23. 4.)

21) L. 126. §. 3. D. 45. 1. L. 97. pr. D. ibid.

22) §. 19. J. de inutilibus stipulationibus. (3. 19.) Schollastes Theophilii, ed. Reitz. tom. II. p. 657. L. 48. §. 5. D. de solutionibus et liberationibus. (46. 3.) L. 38. §. 17. D. 45. 1. L. 11. D. de stipulationibus praetoria. (46. 5.)

23) L. 38. D. de receptis. (4. 8.) L. 42. D. ibid. L. 1. C. de receptis arbitris. (2. 56.)

24) L. 2. §. 1. D. si quis in ius vocatus. (2. 5.) §. 19. J. 3. 19. §. 7. J. 3. 16.

Hinzufügung einer Conventionalstrafe²⁵⁾, und selbst späterhin, als dergleichen Obligationen klagbar geworden waren, hat Kaiser Justinian es nicht verabshunt, die, welche eine Handlung außer der Eigenthumsübertragung durch Stipulation sich versprechen lassen, zur Hinzufügung einer Conventionalstrafe zu veranlassen, damit sie des lästigen Beweises des Interesses überhoben würden²⁶⁾. — Die Wirkungen der Conventionalstrafe anlangend, so erklären sie sich einfach aus dem bisher G. sagten. Das Rechtsmittel, womit die Conventionalstrafe eingetrieben wird, ist die *actio ex stipulatu*²⁷⁾, an deren Stelle im heutigen Rechte, falls ein simpler Vertrag vorliegt, die *condictio ex moribus* tritt. Es wird freilich dabei immer vorausgesetzt, daß die Conventionalstrafe nicht eher eingetrieben werde, als bis sie in der That fällig geworden (*si commissa est stipulatio*). Als fällig wird sie aber in der Regel dann betrachtet, wenn gegen das Versprechen gehandelt worden²⁸⁾. Ist die versprochene Handlung eine solche, welche aus mehreren Theilen besteht oder in mehrere Theile zerlegt werden kann, so wird sie nichts desto weniger in Betreff der Conventionalstrafe für ein unzertrennliches Ganze angesehen, und die nur theilweise Erfüllung derselben hindert keineswegs die Fälligkeit der ganzen Straffursumme²⁹⁾. In Betreff der Erben des Promittenten, auf welche die Verbindlichkeit, die von ihrem Erblasser versprochene Handlung zu erfüllen, übergeht, ist jebenfalls zu unterscheiden, ob die Handlung theilbar oder untheilbar ist. Im zuerst genannten Falle wird die versprochene Conventionalstrafe, wenn nur einer von den Miterben gegen das Versprechen handelt, nur theilweise fällig und zwar nach dem Verhältnisse seines Erbtheiles und die anderen Miterben sind nicht zu Entrichtung der Conventionalstrafe verpflichtet³⁰⁾. Im zuletzt genannten Falle wird die Conventionalstrafe in ungetrennter Summe fällig, und alle Erben des Promissors, freilich jeder nur nach dem Verhältnisse seines Erbtheiles, zur Entrichtung derselben an den Stipulator verpflichtet, selbst dann, wenn nur ein einziger von den Miterben gegen das Versprechen gehandelt hat; doch steht es den Miterben, welche an der Nichterfüllung desselben keine Schuld haben, frei, an den, welcher daran Schuld ist, der Entschädigung halber ihren Regreß zu nehmen³¹⁾. Die Theilbarkeit und Untheilbarkeit solcher Handlungen ist ganz nach den Grundsätzen, welche von der Theilbarkeit der Stipulation gelten, zu beurtheilen. Ist dem Versprechen ein bestimmter Termin hinzugefügt, vor dessen Ab-

25) L. 137. §. 7. D. 45. 1., vergl. mit L. 71. D. *ibid.* u. L. 46. §. 8. D. *ratam rem haberi et de ratihabit.* (46. 8.) Wgl. *Simmern*, der römische *Citiliprozeß*, §. 62, Note 8, S. 183.

26) §. 7. J. 3. 15. Wgl. L. 3. D. *si quis in ius vocatus.* (2. 3.) L. 68. D. 45. 1. L. 81. pr. D. *ibid.*

27) L. 28. pr. D. 19. 1. L. 41. D. 17. 2. L. 10. §. 1. D. *de pactis.* (2. 14.) L. 12. §. 2. D. 23. 4.

28) L. 122. §. 6. D. 45. 1.

29) L. 5. §. 4. D. 45. 1. L. 85. §. 6. D. *ibid.*

30) L. 4. §. 1. D. 45. 1.

31) L. 4. §. 1. D. 45. 1. L. 85. §. 3. D. *ibid.*

Lauf die versprochene Handlung vorgenommen werden soll, so wird die Conventionalstrafe schon von dem Zeitpunkte an für geschuldet angesehen, an welchem es gewiß wird, daß die versprochene Handlung innerhalb der angegebenen Zeitfrist nicht vorgenommen oder vollendet werden könne, und es mache dabei keinen Unterschied, ob die gegebene Zeitfrist vor Ablauf des Termins verlängert worden ist oder nicht, und ob diese Prolongation auf Ansuchen des Promittenten oder freiwillig von Seiten des Stipulators geschehen ist³²⁾. Auch wirkt der dem Versprechen hinzugefügte Endtermin so entscheidend auf die Fälligkeit der Conventionalstrafe ein, daß schon sein Ablauf ohne weitere Mahnung von Seiten des Stipulators hinreicht, um die versprochene Handlung als unmöglich darzustellen³³⁾. Ist endlich kein Termin hinzugefügt, so kann die versprochene Handlung bis zur Litiscontestation der *actio ex stipulatu* immer noch mit Erfolg vorgenommen werden; von diesem Zeitpunkte an aber nicht mehr, da die Litiscontestation nach römischen Ansichten eine Novation wirkt³⁴⁾. Auch kommt die Lehre von der *mora solvendi* so wenig in Bezug auf die Conventionalstrafe in Betracht, daß es nicht einmal einer Mahnung bedarf, um die Fälligkeit derselben herbeizuführen³⁵⁾. Anders verhält es sich freilich mit der *mora accipiendi*, bei deren Eintritt von der Fälligkeit der Conventionalstrafe nicht mehr die Rede sein kann³⁶⁾. Was das Verhältniß der Conventionalstrafe zum *id, quod interest*, anbelangt, so bedarf nicht zu bezweifeln, daß sie gewissermaßen die Stelle des letzteren vertritt³⁷⁾, und es steht mithin dem Gläubiger die Wahl zu, ob er aus dem Hauptgeschäfte auf das *id, quod interest* klagt, oder ob er mit der *actio ex stipulatu* die Conventionalstrafe eintreiben wolle³⁸⁾. Auch dann, wenn gar kein Interesse erweislich ist, oder dasselbe die Höhe der Conventionalstrafe nicht erreicht, kann die letztere unbezweifelt eingetrieben werden³⁹⁾, da man bei der Einklagung derselben gar nicht darauf sieht, ob der Kläger ein Interesse daran habe, daß die Obligation, deren Erfüllung durch die Hinzufügung der Conventionalstrafe bezweckt wird, in der That erfüllt werde. Dagegen ist es ein allgemeiner Grundsatz, daß durch die Eintreibung der Conventionalstrafe die Forderung des Interesses ersetzt⁴⁰⁾, weil man es für unbillig hielt, zweimal dieselbe Sache zu for-

32) L. 113. pr. D. 45. 1. L. 23. D. de obligationibus et actionibus. (44. 7.)

33) L. 77. D. 45. 1. L. 12. C. de contrah. et committ. stipulatione. (R. 48.)

34) L. 5. C. de contrah. et comm. stipulatione (8. 38.), vergl. mit L. 122. §. 2. D. 45. 1.

35) L. 23. D. 44. 7. L. 77. D. 45. 1.

36) L. 23. D. 44. 7.

37) L. 41. D. pro socio. (17. 2.) L. 28. D. de actionibus emti et venditi. (19. 1.)

38) L. 41. D. 17. 2. L. 28. D. 19. 1. L. 11. D. de stipulationibus praetoria. (46. 5.) L. 4. §. 7. D. de doli mali et metas excepti. (44. 4.) L. 10. §. 1. D. de pactis. (2. 14.) L. 14. C. de pactis. (2. 3.)

39) L. 11. D. 46. 5. L. 38. §. 17. D. 45. 1. L. 3. §. 1. D. ibid. §. 7. J. 3. 15. §. 19. J. 3. 19.

40) L. 4. §. 7. D. 44. 4. L. 41. D. 17. 2. L. 28. D. 19. 1. L. 10. §. 1. D. 2. 14.

bern, oder das, was dieselbe vertritt⁴¹⁾. Deshalb wurde die nachfolgende Klage auf das Interesse entweder ipso iure nicht mehr gestattet⁴²⁾, oder auf dem Wege der Exception zurückgewiesen⁴³⁾. Nur dann, wenn das Interesse den Betrag der Conventionalstrafe übersteigt, ließ man die Nachklage auf den Mehrbetrag zu⁴⁴⁾, und auch, wenn ausdrücklich von den Parteien festgesetzt worden, daß die Interessensforderung neben der Conventionalstrafe geltend gemacht werden könne, hat man keinen Anstand genommen, diese Verabredung aufrecht zu erhalten⁴⁵⁾. Umgekehrt gilt es aber auch als allgemeine Regel, daß, wenn der Gläubiger das Interesse mit der aus dem Hauptgeschäfte stammenden Klage bereits eingetrieben, er die Conventionalstrafe nicht weiter fordern könne. Vielmehr kann der Schuldner sofort auf feierliche Quittung der Pönalstipulation klagen⁴⁶⁾, oder, wenn er aus der letzteren wirklich belangt wird, die Abweisung der angebrachten Klage durch die Vorschüzung der *doli mali exceptio* erzwingen⁴⁷⁾.

Eine besondere Art der Conventionalstrafe ist das sogen. Reugeld (lateinisch gewöhnlich *multa poenitentialis* genannt). Man versteht darunter die Conventionalstrafe, welche der zu bezahlen hat, welcher dem einmal abgeschlossenen Contracte unter dem Vorwande der Reue nicht Genüge leistet⁴⁸⁾. Ein solches Reugeld kann nicht allein in der Form der Stipulation, sondern auch in der des *pactum in continenti adiectum* bedungen werden und besteht eigentlich aus zwei ganz verschiedenen Verträgen; erstens aus der Verabredung, daß das einmal geschlossene Geschäft wieder rückgängig gemacht werden solle, wenn der eine von den Contractanten erklärt, daß er es bereue, dasselbe abgeschlossen zu haben⁴⁹⁾; zweitens aus der Verabredung, daß derjenige von den Contractanten, welcher von dem bedungenen Reurechte Gebrauch macht, eine bestimmte Summe als Conventionalstrafe erlegen solle⁵⁰⁾. Die Größe der letzteren hängt natürlich ganz von der Bestimmung der Parteien ab; auch hat in Betreff dieser das Reugeld nichts Ausgezeichnetes vor den anderen Conventionalstrafen, und muß daher nach denselben Grundsätzen, welche von den letzteren gelten, im Allgemeinen beurtheilt werden. Der erste Theil des Vertrages hingegen, das Bedingniß des Reurechtes, bedarf noch einer ge-

41) L. 4. §. 7. D. 44. 4. L. 10. §. 1. D. 2. 14.

42) L. 28. D. 19. 1.

43) L. 4. §. 7. D. 44. 4.

44) L. 28. D. 19. 1., vergl. mit L. 41. D. 17. 2.

45) L. 115. §. 2. D. 45. 1.

46) L. 10. §. 1. D. 2. 14.

47) L. 28. D. 19. 1.

48) Vgl. Bach, opuscula p. 387.

49) Daß es zu diesem Zwecke beim Kaufe, wo das Reugeld am häufigsten vorkommt, eines besonderen Vertrages bedürfe, beweisen außer der Natur des Kaufcontractes besonders L. 3. D. de contrah. emt. (18. 1.) L. 31. §. 22. D. de aedilicio edicto. (2. 1.) L. 6. D. de rescind. emt. vend. (18. 5.) L. 4. C. de aedilicis actionibus. (4. 68.)

50) Diese Bestandtheile der *multa poenitentialis* hat Bach, l. c. p. 387—390, leider nur zu wenig gesondert.

neren Erklärung. Was zunächst die Einwirkung dieses Bedingnisses auf den Hauptcontract anbetrifft, so stellt sich dasselbe als dessen Resolutivbedingung heraus⁵¹⁾, und ist mithin nach den Grundsätzen zu beurtheilen, welche von dieser Gattung der Bedingung gelten. Die Zeit anlangend, binnen welcher das Reurecht ausgeübt werden darf, so kommen natürlich zunächst die vertragmäßigen Bestimmungen in Betracht. Ist also eine bestimmte Zeitfrist für die Ausübung des Reurechtes festgesetzt, so ist diese einzig und allein in Obacht zu nehmen, und wenn bestimmt worden, daß das Reurecht stets (in perpetuum) ausgeübt werden könne, so ist auch in dieser Beziehung der Vertrag aufrecht zu halten⁵²⁾. Ist in Betreff der Zeitfrist gar nichts vertragsweise festgesetzt, so wird von den neueren Juristen nach Analogie der actio redhibitoria angenommen, daß das Reurecht nur innerhalb eines Zeitraums von sechzig Tagen, welche als utiles dies berechnet werden, ausgeübt werden könne, wenn schon die Stelle der Pandekten, auf welche man diese Theorie baut, nicht sowohl von dem Reurechte (si displicuisse), als vielmehr von dem Falle spricht, wenn der Kauf der Verabredung zu Folge erst dann als unwiderruflich angesehen werden solle, wenn der Käufer erklärt, daß ihm die gekaufte Sache gefallen⁵³⁾. Unter den neueren Rechtsgelehrten ist es streitig, ob im Falle des Reukaufes und der Uebung des daraus sich herschreibenden Reurechtes, der alte Contract in Wirksamkeit bleibe oder nicht⁵⁴⁾; doch scheint aus dem Gesagten mit Gewißheit hervorzugehen, daß derselbe, wie durch den Eintritt einer Resolutivbedingung, aufgelöst werde, und dieß bestätigt sich auch durch die Klagen, welche zur Uebung des Reurechtes angestellt werden können. Es ist dieß entweder die actio empti oder venditi⁵⁵⁾, oder eine diesen Contractsklagen nachgebildete in factum actio⁵⁶⁾, oder die actio redhibitoria⁵⁷⁾. Daß es indes in den Fällen des Reukaufes zur Eintreibung der Conventionalstrafe nicht gerade der Anstellung einer solchen Klage bedürfe, versteht sich von selbst, da die bloße Erklärung der Partei, daß sie den Kauf aufgehoben wissen wolle, als zur Fälligkeit der Conventionalstrafe hinreichend betrachtet werden muß.

Heimbach.

Corporationen¹⁾. Das Recht der Corporationen ist ein inneres und ein äußeres. Jenes bezieht sich auf ihre Verfassung, dieses auf ihre rechtliche Stellung nach Außen, auf ihre Persönlichkeit. Wir

51) L. 3. D. 18. 1. Dagegen gilt es als Suspensivbedingung des Kaufvertrags, wenn verabredet wird, daß derselbe erst dann gültig sein solle, wenn sich der Käufer binnen einer bestimmten Zeit erklärt, daß er mit dem Handel zufrieden sei. §. 8. J. de empt. vend. (3. 24.)

52) L. 31. §. 22. D. 21. 1. L. 4. C. 4. 58.

53) L. 31. §. 22. D. 21. 1.

54) Epl. Bach l. c. §. 4. p. 390—394.

55) L. 6. D. 18. 5.

56) L. 6. D. 18. 5. L. 31. §. 22. D. 21. 1.

57) L. 31. §. 22. D. 21. 1. L. 4. C. 4. 58.

1) Vergl. über die Corporationen bei den Römern: Heineccius, de collegiis et corporibus officium cap. 1. (Opp. II. 9.) J. L. H. de Wassenber, ad tit. de collegiis et corporib. 1740. (Fellenberg iurisp. an-

haben es hier nur mit dem letzteren zu thun, also mit den Corporationen als juristischen Personen. Und auch in dieser Hinsicht beschränken wir uns auf die Civilrechtsfähigkeit, wir überlassen es anderen Artikeln, die Stellung der Corporationen im Staate und in der Kirche zu behandeln. Wenn wir so auf der einen Seite den Gegenstand unserer Betrachtung beschränkt haben, so ist es auf der anderen Seite nothwendig, ihn zu erweitern. Die Corporationen sind eine Art der juristischen Personen; ihre civilrechtliche Stellung kann nicht befriedigend bestimmt werden, ohne auf die allgemeine Lehre von den juristischen Personen zurückzugehen. Dies ist um so nothwendiger, als diese allgemeinen Grundsätze nicht so bekannt und unbestritten sind, daß man sich ohne näheres Eingehen in dieselben auf sie berufen könnte, es ist aber auch um so weniger bedenklich, den allgemeinen Theil der Lehre in diesem Artikel mitzunehmen, als die Corporationen, von denen wir zunächst zu handeln haben, eine der wichtigsten Arten der juristischen Personen, man darf vielleicht sagen, die wichtigste sind.

Der natürlichen Betrachtung nach ist nur der Mensch Person, rechtsfähig, Subject von Rechten. Die Persönlichkeit ist hier an ein Subject geknüpft, welches ein natürliches Dasein, ein Dasein auch außer dem Recht hat, an das menschliche Individuum, mit dessen Entstehung die Person entsteht, mit dessen Aufhebung sie aufhört. Person ist der Mensch nur durch das Recht, aber das Subject der Persönlichkeit ist nichts Juristisches, sondern etwas Natürliches, und darum heißt der Mensch natürliche (physische) Person. Das Recht ist aber dabei nicht stehen geblieben. Umstände verschiedener Art haben gefordert, noch anderen Subjecten, außer dem Menschen, Rechte zuzuschreiben, und sie damit als Personen anzuerkennen. Solche Persönlichkeiten sind als Ausnahme von der Regel zu betrachten, ihr Kreis darf nicht willkürlich erweitert werden. An sich lassen sich Subjecte der verschiedensten Art für diese Ausdehnung der Persönlichkeit denken, in unserem Rechte aber besteht eine entschiedene Schranke, über die hinaus die Ausdehnung für schlechthin unstatthaft betrachtet werden muß. Das Recht ist nämlich nie so weit gegangen, körperlichen Dingen außer dem Menschen die Persönlichkeit beizulegen, also sie dem Menschen gleichzustellen, und in der That ist dieses eine sittliche Unmöglichkeit. Die Zumuthung, leblose Körper oder Thiere als Personen, also als unseres Gleichen anzuerkennen, wäre höchstens unter solchen Nationen denkbar, welche körperliche Dinge, nicht bloß als Bilder von Göttern, sondern als Götter selbst betrachten, und sie dadurch nicht allein dem Menschen gleich, sondern sogar über die Menschen stellen. Es sind daher nur unsichtbare Dinge, nur Begriffe, als weitere Subjecte einer Person=

tiqua I. 7.) H. C. Dirksen, historische Bemerkungen über den Zustand der juristischen Personen nach römischem Rechte (civilist. Abhandl. II. 1.). Sodann über einzelne Fragen dieser Lehre: Gaudlitz, de finibus inter ius singulorum et universitatis regundis 1804. (Haubold, opuscula II. p. 547 sq.) C. S. Zachariae, über quaest. I. 10. Marejoll, über L. 3. pr. D. 47. 22., in Strolman's und Edhr's Magazin IV. S. 207—212.

lichkeit behandelt worden, deren beziehungsweise Gleichstellung mit dem Menschen nichts das sittliche Gefühl Verletzendes hat. Bei diesen Personen ist also nicht blos die Persönlichkeit selbst, sondern auch das Subject derselben durch das Recht gegeben, auch das Subject selbst hat kein natürliches Dasein, und darum werden diese Personen, im Gegensatz gegen die natürlichen, juristische Personen genannt. Sonst war der Name: moralische Personen üblich, der sich aus einer Zeit herschreibt, wo man mit diesem Beiworte überhaupt das Unsichtbare, über die äußeren Sinne hinausliegende, bezeichnete; auf derselben Veranlassung beruht der Ausdruck: mystische Personen. Auch *fictae personae* heißen sie, eine Bezeichnung, die ihrem Charakter nicht unangemessen ist, wie auch die römischen Juristen von den Gütern einer juristischen Person sagen: *nullius in bonis sunt, aber ipsius universitatis esse creduntur*²⁾).

Zur Entstehung einer Person, und somit auch einer juristischen, gehört Zweierlei: einmal die Existenz des Subjectes, welches die Unterlage der Persönlichkeit ist, sodann eine rechtliche Vorschrift, welche dem Subject die Persönlichkeit beilegt. Jene Unterlage ist bei der natürlichen Persönlichkeit das menschliche Individuum, die Voraussetzung der Person ist also mit der vollkommenen Existenz desselben, mit der Geburt, vorhanden, bei juristischen Personen ist es der Rechtsbegriff, mit dem sich die Persönlichkeit verknüpft. Hierdurch unterscheiden sich die einzelnen Arten der juristischen Personen. Sie zerfallen in zwei Classen. Das Subject, an welches die Persönlichkeit geknüpft ist, ist entweder eine Verbindung von natürlichen Personen, oder ein Vermögen, welches ohne ein sichtbares Subject existiren soll, also, da ein Vermögen nicht ohne ein berechtigtes Subject gedacht werden kann, einem unsichtbaren, ihm selbst innewohnenden zugeschrieben wird. Zu dieser zweiten Classe gehört die Erbschaft, soweit die Persönlichkeit des Erblassers noch in ihr fortbauend gedacht wird, und das *pium corpus* (*pia causa*, milde Stiftung), von denen in besonderem Artikeln gehandelt werden wird. Die juristischen Personen der ersten Classe, bei denen die Persönlichkeit an die Idee der Vereinigung natürlicher Personen, an die Gesamtheit, welche sie bilden, gebunden ist, heißen *universitates personarum*, Corporationen, Gemeinheiten.

Die rechtliche Vorschrift, wodurch das Subject, seine Existenz vorausgesetzt, Person wird, ist bei der natürlichen Person die Rechtsregel, daß der Mensch Person sei, welche für unser heutiges Recht keine Ausnahme hat. Gleichweise besteht für gewisse juristische Personen ein allgemeiner Rechtsatz, daß gewisse Dinge unter gewissen Voraussetzungen als Personen behandelt werden sollen, so daß also hier, wie bei den natürlichen Personen, die Person mit der Existenz jener Unterlage entsteht. In gewissen Fällen aber ist es bedenklich oder unmöglich, die Voraussetzungen, unter welchen eine juristische Person existiren soll, durch allgemeine Regeln zu bestimmen; die Bekleidung des Subjectes mit der Persönlichkeit wird nicht für unstatthaft erklärt, aber sie wird dem jedesmaligen discretionären

2) L. 1. pr. D. de div. rer. (1. 8.)

Ermeffen der Staatsregierung vorbehalten. Hier ist es dann nicht ein Rechtsfaß, sondern eine Vorschrift für diesen einzelnen Fall, eine *personalis constitutio*, quae ad exemplum non trahitur, eine besondere Concession des Regenten, wodurch die Person entsteht. Immer also ist es eine rechtliche Vorschrift, durch welche die Persönlichkeit erteilt wird, aber diese ist entweder eine allgemeine, für alle Fälle einer gewissen Beschaffenheit, oder eine specielle, bloß für diesen besonderen Fall gegebene. Es muß schon hier erwähnt werden, daß es Juristen gibt, die den letzten Fall für den natürlichen zu halten scheinen, und daher geneigt sind, im Zweifel stets eine besondere Concession zur Entstehung der juristischen Person zu fordern. Dieß ist eben so wenig richtig, als wenn Jemand sich vorstellte, bei der Entstehung einer natürlichen Person sei es eigentlich das Naturgemäße, daß bei jedem neuen Menschen die Geburt erst angezeigt und eine obrigkeitliche Declaration seiner als Person nachgesucht werde. Als Regel ist vielmehr zu betrachten, daß die Entstehung der juristischen Personen derjenigen der natürlichen analog ist, wonach das Erforderniß einer besonderen Concession als die Ausnahme erscheint. Bei welchen juristischen Personen diese Ausnahme eintritt, wird unten zur Sprache kommen.

Das Allgemeine über die Stellung der juristischen Personen im Rechte ist folgendes. In der Erhebung eines Subjectes zur juristischen Person liegt überhaupt dieses, daß es als Subject von Rechtsverhältnissen und insonderheit von Privatrechtsverhältnissen, wovon hier allein die Rede ist, gedacht werden soll. Dieß ist so unumgänglich, daß ohne diese Folge keine juristische Person existirt. Damit ist natürlich nicht gesagt, daß juristische Personen aller der Rechtsverhältnisse fähig seien, in welchen natürliche stehen können. Von manchen Rechten sind juristische Personen der Natur der Sache nach ausgeschlossen, weil dieselben nur bei einem Subjecte, welches ein natürliches Dasein hat, insbesondere bei einem menschlichen Individuum gedacht werden können. Dahin gehören alle Familienrechtsverhältnisse, deren also keine juristische Person, welchen Umfang auch sonst ihre Rechtsfähigkeit haben möge, fähig ist. Wenn man daher z. B. von der Adoption eines Findlings durch eine Stadt gesprochen hat, so kann dieser Redensart eben so wenig die juristische Bedeutung eines elterlichen Verhältnisses beigelegt werden, als der Vermählung der Republik Venedig mit dem Meere die einer Ehe. Aber auch unter den Vermögensverhältnissen gibt es manche, welche (auch abgesehen von denen, die mit den Familienrechten in wesentlicher Verbindung stehen, wie die ehelichen Güterrechte, der Einfluß der väterlichen Gewalt auf das Vermögen, das Intestaterbrecht, welches sich auf Verwandtschaft oder Ehe gründet) ihrem eigenthümlichen Charakter nach eine natürliche Person voraussetzen, und die nur etwa durch besondere Vorschrift und juristische Fiction den juristischen Personen anbequemt werden können. So würde es der Bestimmung des *Ususfructus* widersprechen, ihn einer juristischen Person zuzugestehen, wo er vielleicht für immer von der Proprietät getrennt wäre, aber er ist zugelassen worden mit der Beschränkung auf die Dauer von hundert Jahren, nach deren Ablauf die Wirkung des Todes

einer natürlichen Person eintreten soll³⁾. — Die Folge der Persönlichkeit ist oben als Stellung in Rechtsverhältnissen bestimmt worden. Ein weiterer Schritt ist es schon, einem Subjecte nicht bloß gegenwärtige Rechte und Verbindlichkeiten, sondern auch die Fähigkeit eines künftigen Eintritts in dieselben, also eines Eingreifens in den rechtlichen Verkehr beizulegen. Es gebe juristische Personen, welche nur zu dem Behufe angenommen werden, um ein Subject für ein bestehendes Vermögen zu haben, wie dies bei der in einer Erbschaft vorausgesetzten Persönlichkeit der Fall ist; andere dagegen, die nicht bloß für einen solchen vorübergehenden Zweck erdacht werden, treten in die Reihe der Personen auf eine dauerndere und mit einer für den rechtlichen Verkehr bedeutenderen Stellung ein; es handelt sich bei ihnen nicht bloß um ein Subject für ein gegenwärtiges Vermögen, welches nur durch sie hindurch und auf eine andere Person überzugehen, sondern das bei ihnen zu bleiben, und in ihrer Person sich zu vermehren, zu vermindern, zu verändern, ein Mittel des rechtlichen Verkehrs zu werden bestimmt ist. Es versteht sich, daß besonders bei diesen juristischen Personen, welche man denn auch bei diesem Ausdrucke vorzugsweise im Sinne hat, die Frage nach dem Umfang ihrer Rechtsfähigkeit entsteht. Die Möglichkeit, in Rechtsverhältnissen zu stehen, enthält auch die Möglichkeit, in solche zu treten, also Rechte zu erwerben und aufzugeben, Verbindlichkeiten zu übernehmen, soweit die Voraussetzungen dazu in juristischen Personen sich finden. Man hat den Umfang ihrer Rechtsfähigkeit dadurch näher zu bestimmen gesucht, daß man eine Eintheilung der rechtlichen Befugnisse in sogen. *iura originaria*, welche den Personen an sich und ohne besondere Concession oder Privilegium zustehen, und sogen. *iura adventitia*, die eine Person nur durch eine besondere Concession erhalten kann, gemacht hat⁴⁾. Wenn man aber jene sogen. originären Rechte ohne Weiteres auch den juristischen Personen, oder wenigstens den Gemeinheiten (denn diese werden hier gewöhnlich besonders hervorgehoben), zuspricht, so verfällt man entweder in den Irrthum, die Rechtsfähigkeit derselben mit der der natürlichen Personen für vollkommen identisch zu halten, oder, wenn man einsieht, daß der Umfang beider der Natur der Sache nach nicht derselbe ist, hat man mit jener Unterscheidung für die Bestimmung ihres Umfanges bei den juristischen Personen eigentlich nichts gewonnen. Uebrigens ist auch jene Eintheilung der Befugnisse selbst weit entfernt, eine sichere und gewisse zu sein; vielmehr ist bei einzelnen Befugnissen gerade dieser Umstand bestritten, ob sie zu der einen oder zu der anderen Classe zu zählen sind. Es ist also mit jener Classification für unsere Frage wenig, und namentlich für den Unterschied zwischen juristischen und natürlichen Personen in Absicht auf den Umfang der Rechtsfähigkeit nichts gesagt.

Der Umfang der Rechtsfähigkeit juristischer Personen ist vielmehr im Allgemeinen nach folgenden Grundsätzen zu bestimmen. Nach Ausschließung der Familienrechte, von welchen, wie bemerkt, bei juristischen

3) L. 56. D. de usufr. (7. 1.)

4) Mühlensbruch, Lehrb. d. P.R. S. 197.

Personen nicht die Rede sein kann, überhaupt der Rechtsverhältnisse, die ihrer Natur nach eine natürliche Person voraussetzen, wird sich ihre Rechtsfähigkeit nach dem Zwecke richten, um dessen willen die Existenz einer juristischen Persönlichkeit angenommen wird; die Rechtsfähigkeit wird den Umfang haben, den sie haben muß, um diesen Zweck vollständig zu erreichen, soweit nicht eine besondere Beschränkung nachzuweisen ist. Insofern also nehmen die juristischen Personen an dem *ius commune* Theil, auch das *ius singulare*, zunächst für natürliche Personen eingeführt, ist unter jener Voraussetzung auf sie anzuwenden, sofern die Erfordernisse desselben bei ihnen sich vorfinden ⁵⁾, manche von ihnen haben ihr besonderes *ius singulare*; was endlich Rechte betrifft, welche zu den Privilegien im engeren Sinne gehören, so setzen diese natürlich bei einer juristischen wie bei einer natürlichen Person eine besondere Erwerbung voraus. Eine eigenthümliche Beschränkung enthält das römische Recht in Beziehung auf die testamentarische Erbfähigkeit. Keine juristische Person konnte ursprünglich zu Erben eingesetzt oder ihr ein Legat hinterlassen werden. Fideicommissse waren dieser Beschränkung wenigstens ursprünglich nicht unterworfen. Gewissen juristischen Personen wurde ausnahmsweise jene Fähigkeit entweder überhaupt, oder für die Erbschaften gewisser Personen gegeben ⁶⁾. Diese Ausnahmen wurden allmählig vermehrt, und sie sind im Justinianischen Rechte sehr beträchtlich, indessen liegt auch diesem noch die Regel zu Grunde, daß juristische Personen erbunfähig sind, soweit nicht die Erbfähigkeit gewissen Classen derselben durch einen allgemeinen Rechtsfuß, oder einzelnen durch eine besondere Concession gegeben ist. Für welche jenes im Justinianischen Rechte geschehen ist, wird bei den einzelnen Arten anzugeben sein.

Eine eigenthümliche Stellung im Rechte erhalten aber endlich die juristischen Personen dadurch, daß sie, weil die Persönlichkeit bei ihnen an ein Subject, welches kein natürliches Dasein hat, geknüpft ist, keines Willens und keiner Aeußerung desselben, also keiner Handlung fähig sind. Handlungen können nur von einem menschlichen Individuum ausgehen, juristische Personen sind aber keine solchen, auch die nicht, welche aus einem Ganzen von Menschen bestehen. Handlungen, von allen Gliedern einer Corporation übereinstimmend vorgenommen, wären immer nur Handlungen dieser Einzelnen, nicht der Corporation. Nun würde aber ohne die Möglichkeit zu handeln, die rechtliche Existenz der juristischen Personen, namentlich der zu einem dauernden Dasein bestimmten, eine höchst unvollkommene sein. Der Eintritt in die Rechtsverhältnisse geschieht in den meisten und wichtigsten Fällen durch Handlungen; wie geringen Effect würde die Persönlichkeit einer Corporation, einer milden Stiftung haben ohne die Möglichkeit eines Besizerwerbes, eines Vertrages, überhaupt einer Willenserklärung? Den juristischen Personen, bei denen dieses Bedürfniß eintritt, ein actives rechtliches Dasein zu verschaffen, dient die

5) Quod edictum (cum absens non defenderetur) etiam ad — civitates pertinere Labeo ait. L. 22. §. 2. D. ex quib. caus. mai. (4. 6.)

6) Ulpian. fragm. XXII. 5. 6.

Möglichkeit von Handlungen durch Stellvertreter. Allerdings ist regelmäßig bei solchen Handlungen doch auch der Wille des Repräsentanten erforderlich, dessen Ausführung der Repräsentant übernimmt, daher wäre an sich nicht einmal dieser Ausweg bei juristischen Personen möglich; aber wie bei natürlichen Personen, die handlungsunfähig sind, eine Repräsentation gegen jene Regel zugelassen worden ist, so ist dies auch auf juristische Personen erstreckt worden (s. z. B. den Art. Vesitz, §. 12). Die Repräsentation, die hier nicht bloß auf die Ausführung, sondern auch auf den Willen selbst geht, beruht auf der Fiction, daß was gewisse Personen beschließen und thun, als Wille und Handlung der juristischen Person betrachtet wird. Die primären Repräsentanten einer solchen Person sind theils die Mitglieder derselben überhaupt, deren verfassungsmäßiger Beschluß als der Wille des Ganzen gilt, — diese Repräsentation beschränkt sich auf die juristischen Personen, welche aus einer Mehrheit von natürlichen bestehen, — theils die Vorsteher, Beamten oder Verwalter, soweit diese Bezeichnung in ihrem Berufe und ihrer Vollmacht liegt, — diese Repräsentation ist bei allen Arten denkbar. Die Ausführung des Willens aber kann theils durch dieselben, theils durch andere, secundäre Repräsentanten geschehen, welchen diese Vertretung entweder für eine ganze Classe von Fällen, so daß sie ebenfalls ständige Repräsentanten sind, oder bloß für diesen einzelnen Fall, als Procuratoren, übertragen sein kann. — Bei dieser, auf diesem Wege eingeführten Handlungsfähigkeit der juristischen Personen darf man nie vergessen, daß sie auf der Fiction eines Willens beruht. Wo daher bei einer Handlung ihrer Natur nach schlechterdings ein wirklicher Wille vorausgesetzt wird, da ist eine juristische Person derselben nicht fähig. Dies gilt namentlich von Delicten. Der höchst unfruchtbare Streik, den man darüber geführt hat, löst sich dadurch, daß jene Personen nur einen fingirten Willen haben, daß es aber eine Absurdität wäre, ihnen für ein Delict, gleich als wenn dies eine wünschenswerthe und für den rechtlichen Verkehr unumgängliche Sache wäre, einen Willen zu fingiren⁷⁾. Eine ganz andere Frage ist, inwiefern sie aus den unerlaubten Handlungen ihrer Repräsentanten, welcher diese bei der Ausübung ihrer Functionen sich schuldig gemacht haben, in Anspruch genommen werden können, inwiefern der Staat, die Commune u. s. f. für ihre Beamten haftet? Hier handelt es sich nicht um ein Delict der juristischen Person, welches die Klage gegen sie begründete. Ferner können natürliche Personen in Beziehung auf ihre Theilnahme an einer Corporation bestraft werden; darum daß die Strafe hier zugleich das Ganze mit betrifft, fällt sie doch nicht unter den Begriff einer Bestrafung der Universitas selbst. So ist dies der Fall, wenn Jemand in Folge einer peinlichen Strafe des Bürgerrechtes beraubt wird; jene Bedeutung hatten auch Excommunica-

7) Daß sie keines Dolus fähig sind, sagt zum Uebersuß L. 15. §. 1. D. de dolo malo. (4. 3.) Wenn nach L. 9. §. 1. D. quod motus (4. 2.) die actio quod metus causa stattfindet, die Gewalt mag von Einem oder von Mehrern, auch von allen Mitgliedern einer Corporation ausgegangen sein, so wird dabei mit diesem Worte angedeutet, daß in dem letzten Falle die Klage gegen die Corporation selbst ange stellt werden könne.

tion und Bann, die über Städte ausgesprochen wurden⁸⁾, und aus demselben Gesichtspunkte ist die Vermögensstrafe zu betrachten, welche in einem Gesetze, das oft für die Möglichkeit des Delicts einer juristischen Person allegirt worden ist, auf das Gemeindevermögen gelegt wird⁹⁾. — Endlich, da juristische Personen nur durch Stellvertreter handeln können, sind sie von den Handlungen ausgeschlossen, welche überall keine Repräsentanten zulassen. Daher könnten sie eigentlich kein Erbrecht erwerben, schon die römischen Juristen haben für die *honorum possessio* eine Ausnahme gemacht, und im neuesten Rechte ist ihnen, soweit sie die Erbfähigkeit besitzen, auch die Erwerbung der *hereditas* nachgelassen.

Der letzte allgemeine, hier zu erörternde Punkt ist die Aufhebung der juristischen Personen. Eine juristische Person wird aufgehoben, wenn eine ihrer Voraussetzungen wegfällt; dieß ergibt sich aus der Natur der Sache, und ist auch der Analogie von den natürlichen Personen gemäß. Es sind aber zwei Voraussetzungen namhaft gemacht worden: die Existenz eines Subjectes, und eine rechtliche Vorschrift, welche dem Subjecte Persönlichkeit verleiht. Die juristische Person wird daher aufgehoben 1) dadurch, daß irgendwie die Unterlage der Persönlichkeit wegfällt. Diese Art der Aufhebung, welche dem Tode einer natürlichen Person (Aufhören des menschlichen Individuums, woran hier die Persönlichkeit geknüpft ist) gleich steht, gestaltet sich verschieden bei den einzelnen Arten, die sich eben durch die Verschiedenheit dieser Unterlage unterscheiden; 2) durch eine entgegen gesetzte rechtliche Vorschrift, namentlich durch eine *constitutio personalis*, welche dem Subjecte die Persönlichkeit entzieht. Wenn die juristische Person nicht durch eine besondere Concession, sondern vermöge eines allgemeinen Rechtsfalles entstanden ist (s. oben), so bewirkt die Aufhebung dieses Rechtsfalles, in Gemäßheit der Regel über die Unanwendbarkeit eines Gesetzes auf frühere Fälle, nicht die Aufhebung der bis dahin schon entstandenen juristischen Personen, es wäre denn, daß diese Rückanwendung in dem Gesetze selbst vorgeschrieben wäre. In einem Falle ist ein besonderer gesetzlicher Ausspruch für die Endigung der Persönlichkeit nicht nothwendig: wenn nämlich durch die rechtliche Vorschrift, auf welche sie sich gründet, besondere Bedingungen für die Fortdauer derselben gegeben sind. Hier wird die Endigung *ipso iure* anzunehmen sein, sowie der von dem Gesetze vorausgesehene Umstand eingetreten ist. Eine andere Frage ist, ob die Aufhebung durch die Staatsgewalt willkürlich geschehen könne? Fassen wir zuerst die juristischen Personen ins Auge, die es vermöge eines allgemeinen Rechtsfalles sind, so müssen wir die Frage, eben so wie bei den natürlichen Personen, den Menschen, verneinen, mit denen jene die Form der Entstehung gemein haben. Man könnte diese Gleichstellung deswegen bedenklich finden, weil die Existenz juristischer Personen doch immer etwas Unregelmäßiges, eine juristische Fiction, weil ihre Existenz nichts für das Dasein des Rechtes Nothwendiges, wie die der natürlichen Personen, ist. Hier ist aber entscheidend, daß auch die juristi-

8) Authent. Frid. Item quaecunque C. de episc. et cler. (1. 3.)

9) Auth. Frid. Item nulla C. eod.

sehen Personen nur für die Zwecke der Menschen, also im Interesse der natürlichen Personen eingeführt sind; es ist die menschliche Rechtsphäre selbst, welche durch jenen Begriff erweitert ist; der Sache nach handelt es sich auch bei juristischen Personen stets um die rechtlichen Interessen natürlicher, denen nur diese besondere Form gegeben ist, und die auch in dieser Form kein Gegenstand willkürlicher Behandlung und Verfügung sind. Eine Aufhebung juristischer Personen ist also nur aus denselben Gründen, wie eine Aufhebung wohlverordneter Rechte zulässig. Die Aufhebung solcher, die sich auf eine specielle Concession gründen, ist nach den Grundsätzen von dem Widerruf der Privilegien zu beurtheilen. — Man hat von einer freiwilligen Auflösung juristischer Personen durch einen Beschluß ihrer Glieder gesprochen¹⁰⁾, die man nur „bei den mit dem Staate und seinen Einrichtungen in näherer oder entfernterer Verbindung stehenden universitates“ für unstatthaft hält. Offenbar wäre diese Möglichkeit, das Subject für die entstandenen Rechtsverhältnisse durch Privatwillkür wegzunehmen, für die mit einer juristischen Person in rechtlichen Verkehr tretenden höchst bedenklich. In der That aber ist bei keiner juristischen Person eine solche Auflösung möglich. Einmal nämlich kann ja auch eine natürliche Person durch die bloße Erklärung ihres Willens, nicht mehr Person zu sein, ihre Persönlichkeit nicht aufgeben; warum sollte es anders sein bei juristischen Personen? Sodann aber, wenn es auch einen Verzicht auf die Persönlichkeit gäbe, so würde dieser bei einer juristischen Person nicht möglich sein, weil sie keinen Willen hat; der Wille der Glieder gilt unter Umständen dafür, nur um der juristischen Person ein actives Dasein zu verschaffen; diese Fiction kann daher nicht auf den Fall der Vernichtung dieses Daseins erstreckt werden. Die Glieder können durch ihren Willen etwa bewirken, daß sie aufhören, Glieder dieser juristischen Person zu sein, und es wäre denkbar, daß dadurch nach und nach die erste Voraussetzung, das Subject, wegfällt, aber die Person würde hier nicht durch einen Verzicht auf die Persönlichkeit aufgehoben sein. So kann der Mensch nicht auf seine Persönlichkeit verzichten, obwohl er sich umbringen und dadurch, indem er das Subject der natürlichen Person wegnimmt, diese als solche zerstören kann.

Bei der Aufhebung einer juristischen Person entsteht die Frage nach dem Schicksal ihres Vermögens. Man hat bei der Beantwortung dieser Frage unterscheiden wollen, ob die juristische Person durch ihren eigenen Willen, durch Verfügung der Staatsregierung, oder durch den Wegfall des Subjects der Persönlichkeit aufgehoben wird¹¹⁾. Das Erste fällt nach den obigen Bemerkungen ohnehin weg, aber auch die beiden anderen, wirklich existirenden Aufhebungsarten, haben auf unsere Frage keinen Einfluß. Es beruht auf einem entschiedenen Irrthum, wenn behauptet wird, bei der Auflösung juristischer Personen durch den Staat falle ihr Vermögen an die bisherigen Glieder derselben. Den Gliedern der juri-

10) Marezoll in Wroldman's und Ebr's Magazin IV. S. 211. — Mühlendruck, Lehrb. d. P.-R. §. 197.

11) Marezoll a. a. D.

stischen Person gehörte das Vermögen nicht während des Bestehens derselben, — darin eben unterscheidet sich eine solche *universitas personarum* von einer bloßen Gesellschaft (s. unten), — keine dieser natürlichen Personen konnte sich einen Antheil an dem Vermögen der Gesamtheit zuschreiben; wie sollten sie nun, nach Aufhebung der juristischen Person, dazu kommen, Subjecte des Vermögens zu werden, abgesehen von einer positiven, ihnen dasselbe übertragenden Vorschrift, die aber nicht existirt? Denn das ist unzweifelhaft, daß L. 3. pr. D. de colleg. (47.2.) nicht hieher zu beziehen ist, welche sagt: *Collegia si qua fuerint illicita, mandatis et constitutionibus et senatusconsultis dissolvuntur. Sed permittitur eis, cum dissolvuntur, pecunias communes, si quas habent, dividere pecuniamque inter se partiri.* Hier versteht sich, so wie die Einziehung der Güter nicht als Strafe angeordnet ist, die Theilung von selbst; denn diese Güter haben, da ein *collegium illicitum* keine juristische Person ist, immer nur den Einzelnen, die sie zusammengeschlossen hatten, gehört, das Subject des Vermögens verändert sich nicht, indem die unerlaubte Verbindung aufgelöst wird. Eine Vertheilung dagegen der Güter einer *universitas personarum* unter ihre Glieder, wäre eine reine Veräußerung derselben, eben so gut, wie wenn sie an Auswärtige geschehe. Sie hätte daher, so weit die juristische Person in ihrer Veräußerungsbefugniß nicht beschränkt war, während ihres Bestehens geschehen können, nach ihrer Aufhebung kann natürlich davon nicht mehr die Rede sein. Die Art der Aufhebung macht also an sich eben so wenig einen Unterschied in Beziehung auf das Schicksal des Vermögens einer juristischen Person, als der Umstand, ob die Persönlichkeit an eine Vereinigung natürlicher Personen geknüpft ist oder nicht; immer ist das Subject, dem das Vermögen ausschließlich zustand, nicht mehr vorhanden. Es bleibt somit nur folgende Alternative. Entweder nehmen wir an: die Sachen werden herrenlos, die Obligationen gehen unter; dazu aber könnten wir nur im äußersten Falle greifen, wenn kein anderer Ausweg in unserem Rechte geöffnet wäre. Oder wir erhalten das Vermögen ungeachtet des Unterganges des bisherigen Subjectes aufrecht, indem wir einen der Erbfolge analogen Uebergang an eine andere Person zulassen, mit anderen Worten: wir behandeln die Güter einer aufgehobenen juristischen Person als *bona vacantia*. Dieß ist die allein zulässige Entscheidung. Die Voraussetzung der *bona vacantia* ist, daß das bisherige Subject aufgehoben wird, ohne einen Erben zu hinterlassen; diese Voraussetzung tritt immer ein bei der Aufhebung einer juristischen Person, die weder einen testamentarischen noch einen Intestaterben haben kann. Ihr Vermögen wird daher nach den Grundsätzen von den *bona vacantia* dem *Fiscus* deferirt.

So viel von den juristischen Personen überhaupt. Von den beider Classen derselben, die oben unterschieden worden sind, kommt, indem wir nun zur Betrachtung der einzelnen Arten übergehen, nur die der *universitates personarum* in Betracht. Solche *universitates personarum* sind: der Staat, nebst den öffentlichen Corporationen, welche Bestandtheile

desselben sind, die Kirche, nebst den kirchlichen Corporationen, endlich andere corpora, die unter diesem allgemeinen Ausdrucke zusammengefaßt werden. Die Lehre von der juristischen Persönlichkeit des Staates ist dem Artikel Fiscus vorbehalten, ebenso sind der Kirche und den kirchlichen Corporationen besondere Artikel gewidmet. So bleiben uns nur noch die anderen vorhin erwähnten Corporationen übrig, die auch wohl vorzugsweise unter diesem Ausdrucke verstanden zu werden pflegen.

Unter diesen Corporationen gibt es solche, welche unmittelbare Bestandtheile des Staates sind, indem sie keinen von dem des Staates verschiedenen Zweck haben, nur mit dem Unterschiede, daß sie als bloße Bestandtheile des Staates diesen Zweck in einem engeren Kreise verfolgen. Dies sind die Gemeinden, die öffentlichen Corporationen, welche eben wegen jener Identität im römischen Rechte *respublicae*, *civitates* heißen, *Bekanntungen*, welche ebensowohl auf den Staat selbst anwendbar sind. Die juristische Persönlichkeit derselben beruht auf einem allgemeinen Rechtszuge, sowie daher eine Gemeinde existirt, eine Corporation also als Gemeinde anerkannt ist, so ist sie zugleich juristische Person, ohne daß es dazu einer besonderen Vertretung der Persönlichkeit bedürfte. Ihre Rechtsfähigkeit erstreckt sich soweit, als es die Natur einer juristischen Person zuläßt (s. oben). Namentlich steht den Gemeinden auch die Erbfähigkeit zu¹³⁾. Ueberdies gehören sie zu den durch ein mannigfaches *ius singulare* begünstigten Personen. Sie haben in Beziehung auf in *integrum restitutio die iura minorum*¹⁴⁾, ferner sind die Privilegien, welche das Staatsvermögen genießt, wenigstens zum Theil auch dem Gemeindevermögen gegeben¹⁴⁾, endlich haben sie noch außerdem ihre besonderen Vorrechte¹⁵⁾.

Alle übrigen Corporationen werden unter diesem allgemeinen Ausdrucke, im römischen Rechte unter dem Worte *corpora* zusammengefaßt.

13) L. 12. C. de hered. inst. (6. 24.)

13) L. 4. C. ex qu. e. maj. (2. 54.) u. a.

14) Dabin gehört die Befreiung von der *satiadatio*, ferner daß das *Communium* der ordentlichen *usucapion* entzogen ist, ferner das *privilegium exigendi*, daß den Forderungen der Gemeinden nach Analogie des fisciatischen gegeben ist, wenn auch nicht in der Stärke des letzteren (*simile privilegium fisco nulla civitas habet in bonis debitoris, nisi nominatim id a principe datum sit* L. 10. ad municip. (50. 1.)). Wenn den Gemeinden im römischen Rechte nicht auch ein gesetzliches Pfandrecht, wie dem Fisco verliehen ist, so ist doch ein Analogon davon dadurch gegeben, daß wenn Darlehensschuldner derselben etwas von ihren Vätern veräußern, die Erwerber nach dem Verhältnisse der erworbenen Güter zu dem Vermögen, wie der Schuldner es hatte, in *subsidium* haften sollen. L. 2. C. de debit. civit. (11. 32.)

15) So namentlich in Beziehung auf die Verjährung ihrer Klagen. Noch zu erwähnen, daß die Verwalter des Gemeindegutes das *periculum* der von ihnen angelegten, oder während ihrer Verwaltung unsicher gewordenen Capitalien tragen, L. 9. §. 9. D. de admin. rer. ad civ. (50. 8.), L. 4. C. quo quinq. ord. (11. 35.), L. un. C. de his qui ex off. (11. 38.); ferner, daß der Uebernehmer der Ausführung von *opera publica* für jeden Mangel haften, der sich innerhalb fünfzehn Jahren nach der Vollendung zeigt. L. 3. C. de oper. publ. (8. 12.)

Sie unterscheiden sich von den Gemeinden dadurch, daß sie einen besondern, mit dem Staatszwecke nicht identischen Zweck haben. Es ist hier nicht der Ort, die einzelnen Arten derselben, die bei den Römern erwähnt werden ¹⁶⁾, oder die heutzutage vorkommen, aufzuzählen, das Letztere ist schon deswegen unthunlich, weil die Zahl derselben auf keine Weise eingeschränkt ist, und in jedem Augenblicke neue Arten entstehen, wie bisher vorkommende verschwinden können. Dagegen ist folgende Classification, die sich nach dem Vorgange, des römischen Rechtes unter diesen Corporationen machen läßt, von allgemeiner Bedeutung. Wenn gleich nämlich diese Corporationen nicht wie die Gemeinden die unmittelbare Verfolgung der Zwecke des Staates zu ihrer Aufgabe haben, so gibt es doch unter ihnen solche, deren Zweck insofern ein öffentlicher ist, als sie den Staatszweck zu unterstützen bestimmt sind, wie die Zünfte, die Universitäten (bei den Römern die *collegia sacerdotum*, *decurionum*, und die den heutigen Zünften entsprechenden), bei denen also das gemeine Beste unmittelbar in Aussicht steht, während andere für solche Zwecke bestehen, die zunächst und unmittelbar wenigstens bloß privater Art sind, wenn auch mittelbar die Thätigkeit einer solchen Verbindung das öffentliche Interesse berühren mag, wie bei den Römern die *societates publicanorum*, und heutzutage Actiengesellschaften, wenn ihnen Corporationsrechte verliehen sind. Auch die Römer haben diese beiden Classen unterschieden, und vorzugsweise die erste *collegia* genannt, während sie für die zweite den allgemeineren, und nicht auf juristische Personen eingeschränkten Namen *societates* hauptsächlich gebraucht haben ¹⁷⁾. Beide unterscheiden sich in Beziehung auf die Erwerbung der juristischen Persönlichkeit. Das Subject der Persönlichkeit entsteht bei allen diesen Corporationen auf gleiche Weise: sie setzen eine Vereinigung mehrerer Personen für einen gemeinschaftlichen Zweck voraus ¹⁸⁾, und diese Verbindung muß eine erlaubte sein. Erlaubt aber kann sie sein entweder vermöge eines allgemeinen Gesetzes, welches gewisse Collegien für gewisse Zwecke gestattet, indem es andere verbietet ¹⁹⁾, oder durch

16) Diese antiquarischen Notizen sind zu finden bei Wassenauer und Dirksen a. a. D. Von praktischem Interesse wäre die Aufzählung nur wegen der besonderen Vorrechte, welcher manche Arten dieser Corporationen nach römischem Rechte theilhaftig sind, aber gerade von diesen besonderen Bestimmungen zu Gunsten einzelner Arten (z. B. des *ordo decurionum*, des *corpus naviculariorum*, *fabricensium* u. s. f.) ist heutzutage kein praktischer Gebrauch mehr zu machen.

17) L. 1. D. *quod cuiuscunque univ.* (3. 4.), vergl. auch L. 22. D. *de fideiuss.* (46. 1.) — *hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas.* In einem allgemeinen Sinne werden die *societates* den *respublicae* gegenüber gestellt in L. 31. §. 1. D. *de furt.* (47. 2.)

18) Ueber die Zahl der Personen, die für die Errichtung einer Corporation erforderlich ist, findet sich folgende Bestimmung im römischen Rechte: *Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est* L. 85. D. *de V. S.* (50. 16.) Eine eigenthümliche Beschränkung, welche rein dem öffentlichen Rechte angehört, und darum nicht als recipirtes Recht betrachtet werden kann, ist die, daß Jemand nicht Glied mehrerer Collegien sein kann. L. 1. §. 2. D. *de coll. et corp.* (47. 22.)

19) Welche Collegien erlaubt sind, ist nach dem heutigen öffentlichen Rechte,

eine specielle Genehmigung der Obrigkeit, welche bei der Eingehung der Verbindung zu erhalten ist. Bei den Corporationen der ersten Classe, den eigentlichen collegia, welche ihrem Zwecke nach den *respublicae* näher stehen, als die übrigen Corporationen, ist mit dieser allgemeinen oder speciellen Genehmigung auch die juristische Persönlichkeit gegeben, vermöge des allgemeinen Rechtsatzes, daß *collegia licita* juristische Personen sind. Bei andern Gesellschaften dagegen, die entweder keine oder eine nur sehr entfernte öffentliche Beziehung haben, liegt in der Erlaubniß zu bestehen, die auch bei ihnen aus polizeilichen Gründen erforderlich sein kann, und die dann auch nur einen polizeilichen Charakter hat, noch keineswegs die Anerkennung derselben als juristischer Personen. Sie können die Persönlichkeit nur durch die specielle Ertheilung der Corporationsrechte von Seiten des Regenten erhalten. Außerdem sind es bloße Gesellschaften, deren juristisches Verhältniß bloß das einer *Obligatio* unter den einzelnen Gliedern als einzelnen ist, bloße Mehrheiten von natürlichen Personen, welche nicht eine *universitas*, nicht eine juristische Person bilden²⁰⁾.

Die Anwendung der oben vorgetragenen Grundsätze von den juristischen Personen auf diese *universitates personarum* macht sich von selbst. Es ist in dieser Beziehung nur Folgendes noch hervorzuheben. Die Corporation besteht aus natürlichen Personen, aber nicht diese sind es, welche hier zur Sprache kommen, ja man muß von ihnen da, wo von der juristischen Person die Rede ist, ganz abstrahiren²¹⁾. Dadurch eben unterscheidet sich die Corporation von einer bloßen Privatgesellschaft, in welcher mehrere Personen vereinigt sind, ohne etwas Anderes, als eben diese mehrere natürlichen Personen zu sein, ohne eine von ihnen verschiedene juristische Person zu bilden. Die Corporation ist daher immer dieselbe, wenn auch alle einzelnen Glieder, aus denen sie besteht, sich verändert haben (*populum eundem hoc tempore putari, qui abhinc centum annis fuit, cum ex illis nemo nunc viveret*²²⁾), sie besteht, genau genommen, nicht bloß aus den Gliedern, die gleichzeitig, sondern aus allen denen, welche successiv sie gebildet haben. Daher würde, wenn eine Corporation auf ein einziges lebendes Glied reducirt wäre, dennoch die juristische Person fortbauern, und von diesem einzigen Glied repräsentirt werden²³⁾. Mit dem Wegfallen freilich auch des letzten Gliedes würde die Gemeinschaft ein gegenwärtiges Dasein zu haben, also zu existiren aufhören.

nicht nach dem römischen, dessen staatsrechtliche Bestimmungen nicht recipirt sind, zu schreiben.

20) Für diese bloßen Gesellschaften, wie sie im Texte genannt sind, wird in L. 59. pr. D. pro socio (17. 2.) der Ausdruck *privatae societates* gebraucht, im Gegensatz gegen die Gesellschaften, welche Corporationen sind, z. B. die *societas vectigalium*.

21) Vergl. z. B. L. 2. D. quod cuiusc. univ. (Si *municipes* vel *aliqua universitas* ad *agendum* det *actorem*, non erit *dicendum*, quasi a *pluribus* datum sit *haberi*; hic enim pro *republica* vel *universitate* intervenit, non pro *singulis*.)

22) L. 76. D. de iudic. (5. 1.)

23) L. 7. §. 2. D. quod cuiusc. univ.

Nichts ist daher gewisser, als daß an den Rechten und Verbindlichkeiten einer Corporation die einzelnen Glieder keinen Theil haben. Das Subject der Rechtsverhältnisse ist nur das Ganze, die juristische Person, die ein von den Gliedern ganz verschiedenes Wesen ist. Dieß wird denn auch mit der größten Entschiedenheit in unserem geschriebenen Rechte erklärt: *Ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis. Et ideo tam contra civem, quam pro eo posse servum civitatis torqueri, Divi Fratres rescripserunt. Ideo et libertus civitatis non habet necesse veniam edioti petere, si vocet in ius aliquem ex civibus*²⁴⁾. *Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent*²⁵⁾. Ganz anders bei einer Gesellschaft ohne Corporationsrechte, bei welcher man im gemeinen Leben wohl auch, aber nur ganz uneigentlich oder nur, indem man mit dem Collectivum der Gesellschaft alle Einzelnen meint, von Gesellschaftsvermögen spricht: das Eigenthum steht hier jedem einzelnen Mitgliede zu einem ideellen Theile zu (es ist Miteigenthum), und eben so sind die Einzelnen pro rata Subjecte der Obligationen, ein anderes von den Einzelnen verschiedenes Subject existirt in einer solchen *societas privata* nicht. Es ist nach den klaren Aeußerungen des römischen Rechtes kaum glaublich, daß über die totale Verschiedenheit der Corporationen von den bloßen Gesellschaften in diesem Punkte ein Mißgriff möglich sein sollte, und doch hat es keineswegs an Juristen gefehlt, welche gegen dieses Princip verstoßen haben. So ist dieß bei der Lehre von der Theilung der Gemeindegrenze geschehen, wobei Manche geradezu von einem Miteigenthume der Gemeindeglieder gesprochen, und die Grundsätze von der *actio communi dividundo* angewendet haben²⁶⁾, während die Theilung unter die Gemeindeglieder eine reine Veräußerung, nicht anders als eine Veräußerung an Auswärtige ist. Von diesem Standpunkte aus würde der Beschluß der Theilung, wie der Beschluß einer sonstigen Veräußerung, also durch die Majorität der Gemeindeglieder, mit Genehmigung der die Oberaufsicht über die Gemeindeverwaltung führenden Regierung gefaßt werden können, und auch für die Art der Theilung und die Antheile der einzelnen Empfänger würde dieser Beschluß, unbeschadet wohlervorbener Rechte Einzelner (die als *iura in re aliena* zu betrachten sind), entscheiden, entweder ausdrücklich oder stillschweigend, stillschweigend indem der Beschluß einer Vertheilung ohne nähere Bestimmung eine Vertheilung in *capita* involviret²⁷⁾. Es scheint unmöglich, von dem rein civilistischen Standpunkte des Eigenthums einer juristischen Person aus auf ein anderes Resultat zu kommen, und die Germanisten, welche diesen Standpunkt anerkennen, befinden sich, wenn sie ein anderes (obwohl den heuti-

24) L. 6. §. 1. D. de div. rer. (1. 8.)

25) L. 7. §. 1. D. quod cuiusc. univ., vergl. auch L. 1. §. 15. D. ad SC. Treb. (36. 1.) und Thibaut, civil. Abhandl. S. 391.

26) J. B. Krüll, Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechtes, II. 1. S. dagegen Kunde, Beiträge zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände, I. 1. Thibaut, civil. Abhandlungen Nr. 18.

27) S. besonders Thibaut a. a. D.

gen Verhältnissen angemesseneres Resultat daraus ableiten wollen²⁵⁾, in theoretischem Unrecht. Aber es fragt sich, ob dieser Standpunkt bei den teutschen Gemeindegütern durchweg zulässig sei? Kein Bedenken hat dieß bei den Gemeindegütern, die nicht in der gemeinen Benutzung der Gemeindeglieder stehen. Die compassiva aber oder Allmanden dürfen nicht unter jenen civilistischen Gesichtspunkt gebracht, sie müssen vielmehr als ein Gesamteigenthum betrachtet werden, woran die Einzelnen zwar nicht über die Theile, wie beim Miteigenthum, aber doch Eigenthumsrechte haben. Dieses Princip führt natürlich zu anderen Consequenzen, worüber das Nähere dem Artikel *Gemeinden* vorbehalten bleibt. — Von dem Schicksale des Vermögens einer Corporation bei der Aufhebung derselben ist schon oben gehandelt, und das Ergebniß der vorhin aufgestellten Grundsätze gegen abweichende Ansichten in Schutz genommen worden.

G. F. Puchta.

Corpus Evangelicorum ist der Verein der die evangelische Kirche repräsentirenden teutschen Reichsstände¹⁾.

Die evangelische Kirche zerfällt zwar äußerlich in selbstständige Landeskirchen und betrachtet deren Einheit sowie die mit den Christen anderer Confessionen zunächst als eine innere und unsichtbare unter dem gemeinsamen Oberhaupte, welches Christus selbst ist; dennoch ist auch eine gewisse äußere Einheit aller Evangelischen, begründet durch die wesentliche Uebereinstimmung desselben Princip²⁾, und gegenüber den anderen christlichen Parteien, niemals verkannt und geleugnet worden. Die letztere Beziehung insbesondere ist es, auf welche wir hier näher zu achten haben.

Der Anfangspunkt der evangelischen Kirche ist höchst verschieden angesetzt worden³⁾. Entscheidend ist aber vorzüglich der Moment, in welchem dieselbe als eine eigene Partei, gegenüber der katholischen, betrachtet wird. Das württemberger Edict vom 8. (publicirt am 26.) Mai 1521 spricht dieß zuerst aus. Bald erklärten sich nun auch einzelne Reichsstände für das neue Bekenntniß und traten auf dem Reichstage zu Nürnberg im

25) Vergl. Eichhorn, Einleitung ins t. P.-R. §. 373, und Kunde a. a. D.

1) Die welche Literatur darüber findet man verzeichnet in: Pütter, Literatur des teutschen Staatsrechtes, Bd. III, §. 978, 979 (S. 189—191), §. 1035—1038 (S. 248—255), §. 1199 (S. 429), §. 1516 (S. 732) u. a. Fortsetzung von Richter, Bd. IV, dieselben §§. S. 209—212, 252—255, 353 u. a. Einzelnes weiter unten.

2) Im Allgemeinen liegen allen symbolischen Büchern der Evangelischen dieselben Principien zum Grunde; daher ist es in dieser Beziehung von geringerer Bedeutung, daß der Beschluß einer allgemeinen Kirchenordnung vom 22. Decem. ber 1530 nicht ausgeführt (Schlegel, Kirchengeschichte von Norddeutschland, II. 147, 415 ff.), die auf Anlaß des Kurfürsten von Sachsen, Johann Friedrich, durch Luther, Melancthon, Cruciger, Bugenhagen und Georg Major entworfene formula reformationis nicht recipirt (Seckendorf, historia Lutheranismi, III. 31. §. 119. p. 522 sq.), auch die Concordienformel nicht allgemein gebilligt wurde.

3) Vergl. meine Ausführung in Richter's krit. Jahrb. für teut. Rechts- u. Wissensch., Bd. II. 680 ff.

Anfange des Jahres 1524 gegen die Vollziehung des wormser Edicts auf, schlossen am 4. Mai 1526 den torgauer Bund und bildeten seitdem auf dem Reichstage ein besonderes corpus, welches die evangelischen Interessen vertheidigte. So ward der speyersche Abschied vom 27. August 1526 erkämpft, nach welchem jeder Reichsstand sich hinsichtlich des wormser Edicts gegen seine Unterthanen so verhalten durfte, wie er es vor Gott und dem Kaiser zu verantworten hoffen konnte. So erfolgte die Protestation und Appellation zu Speyer am 26. April 1529 und die Behauptung des Grundsatzes, daß in Angelegenheiten der Religion keine Stimmenmehrheit entscheidend sei, und alle die übrigen Thatfachen, welche die evangelische Kirche fester begründeten. So ward das schmalkaldische Bündniß eingegangen, und der nürnbergers friedliche Anstand (sogenannter erster Religionsfriede) 1532 und der augsburger Religionsfriede 1555 erkämpft.

Da die evangelischen Stände vereinigt sich die Freiheit ihres Glaubens erwarben, kann man ihnen unbedenklich seit dem ersten Zusammen-treten das Prädicat eines corpus Evangelicorum belegen⁴⁾, wenn schon der Ausdruck selbst sich erst später findet⁵⁾. Eine Anerkennung der Corporation liegt bestimmt in den Unterhandlungen des Kaisers und Reichstages mit den evangelischen Ständen. Als daher späterhin an der Rechtmäßigkeit einer Sonderung der evangelischen Fürsten als corpus Evangelicorum⁶⁾ und der katholischen als corpus Catholicorum⁷⁾ gezweifelt wurde⁸⁾, erklärten jene: Nach der Zeit des errichteten Religionsfriedens hat man evangelischer Seite nebst dem absonderlichen Directorio (darüber nachher) eigene Bedenken und Religionsbeschwerden übergeben und publice ohne Widerrede verwaltet, was einem corpori zusteht, so daß schon anno 1582 auf dem Reichstage zu Regensburg es ein Herkommen genannt worden⁹⁾, — und äußerten, als man ihnen den Aus-

4) Die Streitfrage über den Anfangspunkt ist daher ziemlich bedeutungslos (m. f. Posselt, historia corporis Evangelicorum (Kehl. 1784, 8.), S. VIII. p. 19 sq.).

5) S. Joh. Jac. Moser, von dem Ausdrücke corpus Evangelicorum. Regensburg 1772, 4. Estor, von dem Dasein und der Benennung des corporis Evangelicorum (in dessen kleinen Schriften II. 4. Nr. 26).

6) Auf dem Reichstage von 1598 äußerte der österreichische Gesandte: daß in Gewissenssachen nicht wie in anderen Sachen, sondern durch besondere Rätthe gehandelt werde, also daß die Katholischen einen besonderen Rath, und die andern auch einen besonderen Rath hätten (Schauroth, Sammlung aller Conclusorum II. 793). Im J. 1700 verhiess Kaiser Leopold I. für die Erledigung der Religionsbeschwerden zu sorgen „sobald dieselben vom corpore Augustanae confessionis an ihn würden gebracht werden“ (Schauroth a. a. D. II. 823). Den Ausdruck corpus Evangelicorum brauchte der Kurfürst von Mainz 1719 (Faber, Staatskanzlei, XXXV. 366). M. f. überhaupt noch Posselt, systema iurium corporis Evangelicorum (Kehl. 1786, 8.), p. 50 sq.

7) Beispiele für den Ausdruck vom Jahre 1700 (Schauroth a. a. D. II. 792), 1703 (Faber a. a. D. IX. 51), 1709 (dieselbst XV. 156) u. v. a.

8) M. f. z. B. das Commissionsdecret Carl's VI. vom 12. April 1720 (Schauroth a. a. D. II. 641 fig.) u. a.

9) Schauroth a. a. D. II. 793.

denk corpus streitig machen wollte: es könne ihnen ganz gleich gelten, ob man sie für ein Corpus, Societät, Collegium, Gemeinheit oder für einen Reichstheil halten wolle, wenn ihnen nur dasjenige frei bliebe, was ihnen die Reichsgesetze beilegen, was wohl hergebracht, so oft selbst anerkannt, und wovon der Grund wäre, daß ihnen Zusammensetzungen, Bündnisse und Vereinigungen zu machen erlaubt, und in den Reichsgesetzen und Wablicapitulationen darüber zu halten versprochen sei¹⁰⁾. Demgemäß bestand das corpus, als solches, nach wie vor, in seiner Bedeutung und Einrichtung fort, obgleich auch später gegen dasselbe Bedenken und Protestationen erhoben wurden, wie namentlich Seitens der katholischen Stände am 15. Juni 1752 geäußert ward¹¹⁾: Es haben die Katholischen sich darüber höchlich zu verwundern gehabt, daß die Gesandtschaften der augsbürgischen Confession nicht nur sich die Benennung eines besonderen Körpers zuignen, sondern auch den Katholischen solche beilegen wollen. Da man aber die dießseitigen Grundsätze bekannt sind, welche so wenig als die alte Reichsverfassung selbst von dergleichen besondern corporibus wissen, und vielmehr nach Anleitung des Art. V, §. 52, des westphälischen Friedens, in solchen Fällen, wo die Stände als ein corpus nicht angesehen werden können, die Katholischen, dann die der augsbürgischen Confession Zugethanen, als besondere Theile betrachten, und man anzunehmen weder den anderen Religionstheil für ein corpus, noch sich selbst dafür getiren kann; so sieht man diesermwegen eben so wohl eine Reservation einzulegen, und dieses feierlich zu widersprechen sich genöthigt. — Demnach behauptete sich das corpus Evangelicorum, dem begründeten Rechte gemäß¹²⁾, bis zur Auflösung des deutschen Reiches.

Als eine Corporation hatte das corpus Evangelicorum eine bestimmte Verfassung und Verwaltung.

Mitglieder waren alle deutschen Reichsstände evangelischen Bekenntnisses. In dieser Qualität gehörten auch Großbritannien, Schweden und Dänemark dazu, Kursachsen aber rücksichtlich des Landes, nachdem der Regent katholisch geworden.

Die obere Leitung der Religionsangelegenheiten¹³⁾ bei der anfänglichen Entwicklung der Reformation hatte der Kurfürst von Sachsen. Später übernahm Kurpfalz das Directorium, während des dreißigjährigen Krieges Schweden, in der Zeit der Friedensverhandlungen Sachsen-Altenburg, und seit 1653 wieder Kursachsen. Als 1697 Friedrich August I. zur katholischen Kirche übertrat, überließ er die Leitung Friedrich II. von Gotha, unter Mitwirkung des geheimen Rathcollegiums zu Dresden. Erst 1700 trat unter gleichem Verhältnisse der Herzog Johann Georg von Weisenfels an die Spitze. Als im J. 1717 auch Friedrich August II. von Sachsen sich zur katholischen Confession bekannte, entstanden

10) Egl. überhaupt Schauroth, II. 759 fg.

11) Schauroth, III. 999 fg.

12) W. f. Leift, Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes (Gdt. 1803, 8.), I. 78. Sönnner, deutsches Staatsrecht (Landshut 1804, 8.), §. 196, 197.

13) Ang. Joh. Dan. Arpini, diss. hist. de directorio corporis Evangelicorum. Rostochii 1757. Pütter, lit. cit. III. u. IV. §. 979.

wegen des Directoriums Streitigkeiten, doch verblieb dasselbe unter den erforderlichen Cautelen bei Sachsen.

Das corpus selbst, repräsentirt von den Gesandten der Mitglieder, hielt regelmäßig alle 14 Tage eine Sitzung (Conferenz), und faßte Schlüsse (conclusa) ab, regelmäßig nach der Stimmenmehrheit. Diese conclusa sind im Allgemeinen den Reichsgesetzen gleich zu achten, wurden daher auch in den einzelnen evangelischen Staaten recipirt und erscheinen somit als eine Quelle des gemeinen evangelischen Kirchenrechtes¹⁴⁾, deren Autorität darum auch durch die Auflösung des Reichsverbandes nicht aufgehoben werden konnte, da sie, wie die Reichsgesetze, in der Gestalt des Territorialrechtes fortgelten¹⁵⁾. Die Befugnisse des corpus selbst folgen im Uebrigen aus dem Zwecke desselben, die evangelische Kirche nach Außen hin zu vertreten, und zugleich die innere Einheit zu bewahren und zu erweitern. Daraus ergibt sich insbesondere das Recht zu Intercessionen, zu Garantien, zu Beseitigung jeglicher Religionsbeschwerden u. s. w.¹⁶⁾

Seit der Regeneration des kirchlichen Lebens nach den Befreiungskriegen ist mehrfach der Wunsch einer Herstellung des corpus Evangelicorum¹⁷⁾ ausgesprochen worden¹⁸⁾. Zwar scheint derselbe, insofern als eine förmliche Scheidung der Stände dadurch herbeigeführt werden könnte, nicht annehmbar, auch ein eigentliches Bedürfnis dazu nicht vorhanden, indem die älteren Grundsätze über itio in partes u. s. w. auch jetzt noch rechtlich bestehen¹⁹⁾, indessen dürfte ein gemeinsames Wirken der Bundesglieder bei den neu erwachten hierarchischen Bestrebungen der Curie

14) S. überhaupt Glück, *praecongnita uberflora universae iurisprud. eccl.* §. 64. — W. s. v. Schauroth, vollständige Sammlung aller conclusorum, Schreiben und anderer Verhandlungen des corporis Evangelicorum von 1663—1752, Regensburg 1751, 1752, 3 Th. Fol., fortgesetzt von Ric. Xug. Ferrich, von 1753—1786, Regensburg 1786, Fol.

15) S. auch Weiß, im Archiv der Kirchenrechtswissenschaft, II. 40 fig.

16) Vgl. Dertel, vollständiges corpus gravaminum Evangelicorum (Regensburg 1775, 4 Thle, Fol.) u. a. m.

17) Theilweise war die Fortdauer des corpus auch seit der Aufhebung des deutschen Reiches behauptet worden (m. s. z. B. Alex. Müller, die neu auflebende Schirmvogtei des österreichischen Kaisers über die römisch-katholische Kirche und dem päpstlichen Stuhl, Erfurt 1829, 8.); doch entbehrt diese Ansicht jedes hinreichenden Grundes, denn die Behauptung, der deutsche Bund sei in die Stelle desselben getreten, schon um den Art. XVI der Bundesacte aufrecht zu erhalten (s. Alex. Müller, über die Nothwendigkeit der Reorganisation des corpus Evangelicorum auf dem Bundestage der Deutschen. Leipzig 1830, 8.), erscheint nichts weniger als beweisend. (W. vergl. dagegen die folg. Anm. cit. Abhandlung.)

18) Genauere literarische Nachweisungen, nebst eigener Entwicklung findet man bei: Weiß, über die behauptete Nothwendigkeit der Reorganisation des corpus Evangelicorum auf dem deutschen Bundestage; in Derselben Archiv der Kirchenrechtswissenschaft, II. Nr. I. S. 3—45.

19) Daß in Religionsangelegenheiten durch Stimmenmehrheit der Bundesglieder ein Beschluß nicht gefaßt werden könne, ist ausdrücklich in der Bundesacte Art. VII, und in der wiener Schlußacte Art. XIII, Nr. 4, anerkannt worden.

wohl durchaus zu billigen sein, ja selbst für höchst dringend erachtet werden müssen.

G. F. Jacobsen.

Culpa, Schuld, Verschulden, Fahrlässigkeit, diligentia, negligentia, custodia, Unachtsamkeit, Unbedachtsamkeit, Verwahrlosung. Wenn in irgend einer Materie die neuere juristische Literatur Verdienste hat, so ist es in der so vielfach bearbeiteten und beleuchteten Lehre von der culpa, welche in unserm *corpus iuris* so vorzüglich entwickelt, auch da, wo dieses durch neuere Codificationen sein gesetzliches Ansehen eines Hilfsrechtes verloren hat, als classisches Muster für die Jurisprudenz alle Zeit fruchtbar und leitend bleiben wird. Diese Verdienste der neueren Literatur sind so verschieden, daß von älteren Schriftstellern nur noch Einer genannt zu werden verdient, dessen aus der Vergessenheit hervorgezogene originelle Ansichten jedoch auf die Richtung der jüngsten Bestrebungen vom wesentlichsten Einflusse gewesen sind ¹⁾. Es bleibt nichts übrig, als diesen Reichthum auf einfache Resultate zurückzuführen, wie sie der Praktiker verlangt.

Was zunächst die Bedeutung oder den Begriff der culpa betrifft, so ist man einig darüber, daß dieselbe im weitesten Sinne dem Begriffe der iniuria, ebenfalls im weitesten Sinne genommen und abgesehen von der engeren Bedeutung einer angethanen Schmach, innig verwandt ist und auch den dolus umfaßt. Es wird damit sowohl die objective, als subjective Widerrechtlichkeit bezeichnet, und diese beiden Beziehungen gehören so wesentlich zu einander, daß sie eine wahre Polarität ausdrücken. Indessen bezieht sie sich doch hauptsächlich auf die letztere, auf das positive Merkmal der Zurechnung, welche einen freien Urheber der objectiven Widerrechtlichkeit fixirt, während die letztere nur *secundario*

1) Hugo Donelli, *commentarii iuris civilis*, I. XVI. c. 6. 7. — Franz Schumann, *Lehre vom Schadenersatz*, Bd. I, und *Handbuch des Civilrechtes*, I. Kr. V, S. 161—361. — Egid v. Edhr, *die Theorie der Culpa*. Gießen 1806. Eine trotz mancher Einseitigkeiten durch ihre Frische noch immer anziehende Schrift. — Schumann, *Prüfung der Theorie der Culpa des Herrn v. Edhr*. Gießen 1806. — v. Edhr, *Beiträge zu der Theorie der Culpa*. Gießen 1808. Dem durch beide literarische Gegner, besonders in unseren kritischen Blättern angeregten lebhaften Streit folgte das Hauptwerk: Paffe, *die Culpa des römischen Rechtes* (Kiel 1815), in einer vermehrten Ausgabe besetzt und mit Zusätzen vom Herausgeber von A. Bethmann-Hollweg, Bonn 1838. — Desselben Recension der Schrift: *Essai sur la prestation des fautes, ou l'on examine, combien les lois Romaines en distinguent d'espèces* par Lebrun, avec une dissertation de Pothier (Paris 1813), in der *Zeitschrift für hist. Rechtswissenschaft*, IV. Kr. 5, und in der zweiten Ausgabe als Anhang abgedruckt. — C. Fr. Klvers, *doctrinae iuris civilis rom. de culpa lineamenta*. Gött. 1823. — P. E. Krig, *über die Culpa nach römischem Rechte*. 1823. — Friedrich Hänel, *Lehre vom Schadenersatz*, §. 11—60. — Eine besondere Erwähnung verdienen noch Hagemeister, welchen Einfluß hat das Obligationenverhältniß auf die Klage aus der *lex Aquilia*. *Wormian's Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*, III. 2. S. 145. Rosshirt, zwei Bemerkungen zu dieser Lehre, dessen *Zeitschr.* II. S. 49 fig. *Hallische allgem. Literaturzeitung*, 1818, August, Kr. 194 fig. *Recension der ersten Ausgabe* von Paffe.

oder als unerläßliche Bedingung in Betrachtung kommt, da die Güter und Interessen, welche die Rechtsordnung zu sichern bestimmt ist, auch durch Naturursachen verletzt werden, für welche Niemand verantwortlich gemacht werden kann, ihre Verletzung selbst durch Personen oft dadurch den Charakter ihrer Widerrechtlichkeit verliert, daß sich diese in unvermeidlicher Ausübung ihres Rechtes befinden, oder in einer Lage, welche jedes Bewußtsein einer solchen Widerrechtlichkeit oder ihrer Folgen ausschließt, sei es nun, daß dieses Bewußtsein völlig unmöglich geworden ist, oder sei es, daß der Anspruch auf dieses Bewußtsein die Zurechnung über alle Gebühr steigern würde; daher bemerkt der in Anmerk. 2 allegirte Recensent: „Culpa drückt eigentlich die innere (subjective) Unerlaubtheit (namentlich also auch Widerrechtlichkeit) der Handlung oder Unterlassung (die Zurechnungsfähigkeit derselben) aus. Weil aber die Widerrechtlichkeit an sich und die innere Widerrechtlichkeit vereinigt sein müssen, wenn eine wahre Widerrechtlichkeit vorhanden sein soll, so müssen wir es natürlich finden, daß in Fällen, wo die culpa fehlt, die iniuria geleugnet wird, und umgekehrt die iniuria, wo es an der culpa gebricht. Eben darum möchte es vielleicht nicht nöthig gewesen sein, zwei Bedeutungen von culpa anzunehmen, eine erste (Unerlaubtheit überhaupt) und eine zweite (subjective Unerlaubtheit), indem diese letztere die ursprüngliche und eigentlich alleinige ist.“ — Diese Bemerkung ist für die Begriffsbestimmung an sich richtig und leuchtet aus dem einfachen Grunde ein, weil nur die Kräfte der Natur ein von der praktischen Vernunft unabhängiges Dasein haben, welches selbst das Thier durch Neigung oder Furcht anerkennt, wohingegen der Rechtszustand zuletzt nur in einem durch Bewußtsein vermittelten Verhältnisse freier und gleichartiger Wesen besteht. Da aber diese moralische Welt in der physischen für uns und unseres Gleichen so wirklich ist, als die Elemente der Körperwelt, so ist jene Sonderung²⁾, welche dem positiven Pole, wenn ich mich so ausdrücken darf, seinen negativen zugesellt, doch unvermeidlich und, wie wir bald sehen werden, nichts weniger als unfruchtbar.

So wie nun die culpa im weitesten Sinne eine jede imputable Rechtswidrigkeit ist, so wird sie im engeren und eigentlichen Sinne dem *dolus* entgegengesetzt, welcher als ein mit Wissen und Willen verübtes Unrecht, besonders an dem Motiv der Bosheit oder des Eigennuzes erkennbar (nicht bloß aus dem *animo lucri faciendi*, welche von Löh'sche Behauptung von Schömann bestritten und von Haffe³⁾ gründlich widerlegt ist), so unzweideutig in das Gebiet der Zurechnung fällt, daß darüber nur im Affecte oder in der Betrunktheit gegründete Bedenken entstehen können, welche aber, wenn es sich von bloß privatrechtlichen Folgen handelt, kaum in Betrachtung kommen. In dieser eigentlichen Bedeutung bezeichnet daher die culpa diejenigen Begehungs- oder Unterlassungshandlungen, welche, *objectiv* widerrechtlich und obgleich selbst oder

2) Vergl. Haffe a. a. D. 1. Cap. per totum, besonders §. 10. — Der vermischte Gebrauch der Worte erhellt besonders daraus, daß das *damnum iniuria datum*, eben so oft *culpa datum* genannt wird.

3) X. a. D. 3. Cap. §. 18.

doch in ihren Folgen nicht beabsichtigt, gleichwohl auf Freiheit noch bezogen werden können, und daher in die Zurechnung fallen. Daß unser gemeines Recht in der Bestimmung des Begriffs *dolus* im engsten Sinne, in welchem er die *culpa lata* ausschließt, nicht bloß auf die Gewisheit des vorausgesehenen Erfolges sieht, und auf die Triebfeder einen sehr starken Accent legt, darin muß man dem holländischen Recensenten beipflichten und in dieser Beziehung war v. Löhr wenigstens auf der rechten Spur. Was aus Mitleid, aus Gefälligkeit, ja aus bloßem Muthwillen geschieht, wird von unseren classischen Juristen mehr als Schwachheits-, denn als Bosheitsfunde gewürdigt, weil besonders die beiden erstgenannten Motive an sich wohlwollende sind, die nur durch Abirrang, gewöhnlich nur durch Unterlassungsfehler schaden. Doch haben sie dies gewiß nur unter der Voraussetzung gemeint, daß die widerrechtliche Handlung nicht in einem zu argen Mißverhältniß steht, um auf diese Weise entschuldigt werden zu können und gewiß nicht so, daß sie den auf diese Weise beschönigen wollten, der einem Freunde oder einer Geliebten zu Gefallen einen Mord verübt, oder durch sonst eine grausame Handlung (*saevitia*) sich im Bösen stark beweißt. Wir sind zwar überzeugt, daß in ihrem Geiste der Soldat, welcher auf dem Schlachtfelde seinem tödtlich verwundeten Cameraden auf seine Bitte den Rest gibt, bloß um seine Qualen früher zu enden, nicht als doloser Todtschläger bestraft werden durfte, nicht minder aber, daß die civilrechtlich dem *dolus* ganz gleichmacherte *culpa lata* in ihrem Extreme, wo sie unter der Gestalt unsers *dolus eventualis*, den man in den Erfolg als einwilligend annehmen darf, die Stärke des bösen Willens genügend bewährt hatte, auch im Strafrechte gleichgestellt wurde.

Daß, wie gesagt, beim *dolus* die charakteristischen Bedingungen der *culpa* im weitesten Sinne zutreffen, darüber wird sich auch der Mann, der bloß speculirt und mit abgezogenen Begriffen spielt, nicht leicht an Schwierigkeiten stoßen. Denn da haben wir nicht bloß eine Schlechtigkeit, sondern eine Stärke des bösen Willens, welche zu der Widerrechtlichkeit antreiben und deren Spannkraft eine Reaction in der Rechtsordnung hervorrufen muß. Selbst im Strafrechte hat die Abschreckungs- oder psychologische Zwangstheorie hier nicht Ursache, ihre Consequenz zu verweigern, weil hier ein Inneres dem Aeußeren, oder dem objectiven Thun und Lassen, womit man allein eine Drohung verbinden kann, welche wegen den Gewarnten das Recht der Zufügung erst begründen soll, vollkommen entspricht. Aber wie läßt sich eine solche Theorie in ihrem Geiste anwenden, wenn der Handelnde sich gerade derjenigen Widerrechtlichkeit, für welche er, sei es auch in geringeren Graden, eigentlich büßen soll, sich gar nicht bewußt gewesen, oder, wenn er sie auch als möglich vorausah, dieselbe wenigstens nicht bezweckt hat, und folglich auch durch keine darauf gesetzte Drohung gewarnt werden konnte, weil diese Widerrechtlichkeit aus einem ganz andern, an sich nicht besonders bedrohten Unternehmen erfolgte? — Und wie lassen sich gesetzliche Drohungen in das Unendliche durchführen, oder wie läßt sich eine positive Drohung in eine unbestimmbare Mannigfaltigkeit von Fällen ausdehnen, in denen man nothwendig

den Bedrohten als Geschäftsmann in Sachen des Rechtes, als seinen eigenen Gesetzgeber voraussetzen muß, den der Richter nach diesem jeder Berechnung spottenden und unmöglich vorzusehenden eigenen Maßstabe beurtheilen muß? — Verbindet man damit eine einseitige Rechtsphilosophie, welche das Recht von der Sitte mit einer zu schneidenden Schärfe trennte, in der Rechtslehre von der Idee der Freiheit, als einem transcendenten Begriffe, und von jeder Forderung einer über der Furcht stehenden edleren Triebfeder, als einer Verunreinigung der Wissenschaft abstrahirt wissen wollte, so konnte es nicht an speculativen Zweifeln darüber fehlen, ob die juristische Zurechnung über den *dolus* hinausgehe. Wirklich haben wir einen schriftstellerischen Versuch, welcher die *culpa* als reinen Verstandesfehler, der sich nur uneigentlich zurechnen lasse, darstellt und sie als eine der Jurisprudenz untergeschobene Geburt der Zuchtpolizei behandelt ⁴⁾, freilich aber auch in manchen sophistischen Voraussetzungen abspringt. Daß das classische Alterthum sich in der Speculation so weit nicht verfliegen hat, lag schon in seiner Ethik, welche unter den vier Cardinaltugenden, welche der seiner eigenthümlichen Natur gemäß lebende Mensch zu cultiviren habe, neben der Gerechtigkeit und Mäßigung, auch die Klugheit und Tapferkeit entwickelte, und der gesunde Verstand wird ihm beipflichten, weil nun einmal ein gewisser Grad von Unbesonnenheit und Bethörung in der Welt nicht weniger Uebel anrichtet, als die Bosheit, und weil Schwäche eben so wohl grausame als schändliche Handlungen hervorbringt, obgleich sich nicht verkennen läßt, daß Einsicht und Selbstegegenwart so sehr vom Talente, als Muth, Entschlossenheit und Beharrlichkeit von der Eigenschaft des Temperaments abhängen, die sich nicht Jeder geben kann, und daß eine billige Beurtheilung hierin nicht Alle gleich behandeln darf. Es darf daher nicht befremden, wenn unser *corpus iuris* es als etwas sich von selbst Verstehendes voraussetzt, daß die Unkenntniß, die Unerfahrenheit, die Ungeschicklichkeit, die Schwäche *cc.* so gut verantwortlich machen können, als die Einmischung in Dinge, die uns nicht angehen, und die Ausschweifungen aus der eigenen Rechtssphäre, möge sich auch der Uebermuth dieselben nur als ungebührlichen Scherz erlauben, ohne an die daraus erfolgenden Nachtheile zu denken.

Zwei Hauptgrundsätze dürften bei der Zurechnung nicht gewollter oder nicht bedachter Folgen leitend sein. Erstlich, ist die Handlung so beschaffen, daß der Handelnde sich der objectiven Widerrechtlichkeit derselben bewußt sein mußte, so muß er diese Folgen mindestens privatrecht-

4) Untersuchungen über das culpose Verbrechen von E. G. v. Klimentingen. Wien 1804. Ein Hauptfehler, dessen Einsicht den Verf. wahrscheinlich auf andere Gedanken gebracht hätte, ist der, daß er die nahe *culpa*, wo der Handelnde die Folge als bloß möglich voraussieht, schon für *dolus*, und bloß die entfernte *culpa* für eine reine hält. Da aber auch die letzte eine grobe sein kann, weil es Thatsache ist, daß die Kraft eines redlichen Willens durch die Nähe des Uebels auch die Vorstellung desselben geweckt haben würde, so hätte es nur noch eines Schrittes bedurft, um einzusehen, daß nicht jeder Irrthum als unschuldig betrachtet werden darf. Indessen bleibt dieser Schrift das Verdienst, daß Ungenügende der gewöhnlichen Deductionen aufgedeckt zu haben.

lich vertreten, sobald ihr Causalzusammenhang ein unmittelbarer ist, besonders wenn dadurch eine Sache oder Person körperlich verletzt, verbrannt oder Jemand um eine körperliche Sache so gebracht wird, daß sie für ihn unter den Umständen unpiederbringlich verloren ist, kurz im Falle der *lex Aquilia* und der dieser analog nachgebildeten Entschädigungs-Sagen. Einer objectiven Widerrechtlichkeit steht aber schon jede Freiheit gleich, welche man sich auf einem fremden Rechtsgebiete herausnimmt, eben das, was die Pandektenfragmente bald als *lascivia*, als *lusus noxius*, bald als ein *immiscere rei ad se non pertinenti*, in *re aliena quid committere* etc. bezeichnen. So unterliegt es wohl keinem Zweifel, daß derjenige, welcher in einem fremden Hause eine Stubenthür öffnet, ohne, so weit es die Sitte fordert, was freilich bei einer, jedem Gaste die Erlaubniß zum Eintritt im Voraus gestattenden, Wirthsstube der Fall nicht wäre, vorher anzuklopfen, den Schaden ersetzen muß, wenn er mit der geöffneten Thüre einen Präsentirteller mit Porzellan anstößt, den ein Bedienter in der Hand trägt, mag man ihm gleich ohne Betheuerung glauben, daß er an einen solchen Zufall entfernt nicht gedacht hat. Sollte auch der Bediente sich dem Aufschlag der Thüre, durch die auch Hausgenossen eingehen konnten, zu unvorsichtig genahet haben, dieß begründet, da das von der guten Sitte geforderte Klopfen gewarnt haben würde, für den Hausherrn nur die Wahl, an wen er sich halten will. Ebenso muß derjenige, welcher sich den an manchen Orten im Schwange gehenden und gewöhnlich unschädlich ablaufenden Scherz erlaubt, Jemandem Erbsen an die Fenster zu werfen, es unstreitig entgelten, wenn durch einen noch so seltenen und von ihm unmöglich zu errathenden Zufall unter die Erbsen in seiner Tasche Kieselsteinchen gerathen, welche, ohne daß er sie in der Hand gewahrt wurde, die Scheiben zertrümmern, und da die *Ractarii* auf einen vorübergehenden Schrecken der Hausbewohner berechnet ist, so ist, obgleich hier die alten Juristen nach ihrer Subtilität schon verschiedener Meinung gewesen sein dürften, wohl auch der Schaden zu vertreten, welcher daraus entsteht, daß ein Weibsbild in diesem Schrecken etwas fallen läßt. Wenn aber der Genaekte sich über die Postte enträthet, den Urhebern derselben nachläuft, darüber das Feuer zu verwahren versäumt, oder eine ihm einträgliche oder ihm eine Strafe zuziehende Betrüchung versäumt, so kommen diese bloß mittelbar veranlaßten Nachtheile nicht in Betrachtung, obgleich das unmittelbar Zerstörte mit allem damit zusammenhängenden Interesse ersetzt werden muß, welche schwierige Lehre von uns unter eigenem Artikel erörtert werden wird. Genug der in *illicito* Versirende muß jeden Schaden, ohne Unterschied, sei er *damnum emergens* oder *lucrum cessans iam certum*, vertreten, der als nächste *causa* seines Leidens zu betrachten ist und keiner nicht erst dadurch in Wirksamkeit gesetzten Zwischenursache zu seinem Eintritt bedarf, ohne daß es auf Einsicht und Voraussicht dieser Folgen ankommt, und dieser *causa* Grundsatze *) ist der Schlüssel zu L. 44. D. ad legem Aquiliam

5) Wenn Lehren wir in dieser Beziehung zu v. Löh, Theorie der Culpa, S. 41 n. 42, zurück, welcher in der Sache mit uns übereinstimmt. Noch kla-

(9. 2.) und dem darin gebrauchten Superlativ: *in lege Aquilia et le-
vissima culpa venit*. Sehr irrig würde man sie auf den Grad der
subjectiven Widerrechtlichkeit beziehen, als ob da, wo es sich von angerich-
tetem Schaden handele, die Zurechnung über alle Grenzen ausgedehnt
werden dürfe. Sie ist vielmehr von jeder objectiven Widerrechtlichkeit,
von jedem Eingriffe in fremde Rechte, jeder Ungebühr und Eigenmächtig-
keit, welche der Handelnde sich nicht verschweigen konnte, zu verstehen,
mag auch derselbe keine Ahnung gehabt haben, daß sein Treiben so aus-
gehen oder ein solches Ende nehmen werde. So setzt sich nach der L.
7. §. 5. eodem derjenige, welcher einem fremden Sklaven einen leichten
Streich versetzt hat, nicht etwa bloß einer Klage wegen der von ihm ei-
gentlich bezweckten Injurie von Seiten des Herrn, sondern der Klage
auf Wertherstattung mit allem Interesse aus, welches Interesse bei einem
noch so geringen Werthe eines kranken Sklaven doch von Bedeutung sein
konnte, im Falle derselbe zum Erben eingesetzt und die Erbschaft bereits
angefallen war, wenn dieser Streich dem Sklaven unglücklicher Weise
individuell tödtlich geworden ist, und ähnliche Beispiele, daß Jemand einen
bloßen Muthwillen sehr empfindlich büßen muß, kommen unter diesem
Titel genug vor.

Dieser *motus ponens imputationis* trägt folgende Einschränkungen
in sich. 1) Wenn mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung,
oder gar auf Geheiß des Beschädigten gehandelt wurde, und dieser
über das Seine zu verfügen berechtigt war. Als Beispiel stillschweigender
Einwilligung dient der Fall, wenn Jemand, der sich mit uns im
Ringeln übt, oder irgend ein Kampfspiel eingeht, von uns ohne unsere
Absicht an seiner Person oder nach den Gesetzen des Spieles an seinen
Sachen verletzt worden ist. 2) Wenn der Beschädigte sich in gleicher
Schuld befand, deren Retorsion er sich nach dem Grundsatz der Rechts-
gleichheit gefallen lassen mußte, wie es namentlich bei einer Schlägerei der
Fall, die der Verletzte selbst angefangen hatte. Die Hauptstelle hierüber
ist die L. 52. §. 1. D. 9. 2. 6). Endlich aber da 3) in so weit Zu-

rer spricht sich übrigens Hagemeister, a. a. O. S. 147, 148, darüber aus.
Ueber die bei Haffse, G. 1, §. 8, N. 2, bemerkte Streitfrage, ob zwischen dem
causam damni praestare und dem *occasionem damni praestare* der L. 30.
§. 3. eodem ein Unterschied sei, müssen wir seiner Bejahung gegen den hallischen
Rec. beipflichten. Ersteres bezieht sich auf die volle Ursache, letzteres auf einen
hinzutretenden äußeren Umstand, der den Schaden vermittelte. Diese hinzutre-
tende Ursache muß aber zur Zeit der schädlichen Handlung schon vorhanden ge-
wesen und dadurch in Wirksamkeit gesetzt sein. Deswegen finden wir zwischen
dieser Gesetzstelle und der L. 57. D. locati keinen Widerspruch. Zur Zeit der
Anhäufung der Erde an die Mauer war keine Rasse vorhanden und diese trat
erst durch eingefallenes anhaltendes Regenwetter ein. Das Factum der *lex
Aqui.* war also so wenig vorhanden, als bei dem Anzünden der Saat an einem
windstillen Tage, oder in dem §. 5 der L. cit. 30., wenn der bloß verwundete
Sklave hinterdrein durch Vernachlässigung dieser an sich nicht lebensgefährlichen
Wunde umkommt, welche von einer auch nur individuell tödtlichen Verletzung
sehr verschieden ist. Die gleiche Unterscheidung haben die Criminalisten bei dem
Thatbestande der Tödtung stets anerkannt. Vgl. württ. St.-G. 2. Art. 235.
6) *Consulebat num damnum iniuria non videtur dedisse, quoniam prior*

rechnung erforderlich bleibt, als Jemand der Unerlaubtheit seines Treibens sich im Allgemeinen bewußt gewesen sein mußte, wenn er gleich den in eine größere Widerrechtlichkeit ausartenden Erfolg nicht vorausgesehen, so kann so wenig in dieser, als in der folgenden Beziehung von einer culpa die Rede sein, wenn der Urheber des Schadens ein Wahnsinniger, ein Kind oder ein noch nicht zur Unterscheidung gelangter Unmündiger, und folglich einer subjectiven Widerrechtlichkeit gar nicht fähig war. Man hüte sich aber ja, diese die Regel bestätigende Ausnahme absoluter Unfähigkeit auf einen bloßen die Zurechnung vorübergehend auf Null herabsetzenden Zustand auszudehnen, welcher vor dem Criminalrichter von Strafe befreit. Wer, um sich aus einer Lebensgefahr zu retten, eine fremde Thüre eintritt oder in einer anderen Noth fremdes Eigenthum zerstört oder entwendet, bleibt civilrechtlich zum Schadenersatz gehalten, so ungroßmüthig auch eine solche Anforderung unter Umständen erscheinen kann, und dieß geht so weit, daß sogar derjenige, welcher sich im Stande der Nothwehr befindet, dafür verantwortlich gemacht wird, wenn er durch einen Steinwurf, welcher dem Angreifer galt, einen Vorübergehenden getroffen hat, L. 45. §. 4. D. eodem, wiewohl es auch, gleich einer anderen Ausnahme von der Regel: *casum sentit dominus*, nämlich der Erfasspflicht des Miethers eines Grundstücks für Blüme, welche feindselige Menschen aus Privathass gegen seine Person oder ihm zum Possen verderben, als ein diese Person treffender Zufall betrachtet werden kann. Ganz im Einklange hiermit behaupteten unter den cassischen Juristen *Labeo* und *Servius*, daß zwar die Obrigkeit berechtigt sei, einer Feuersbrunst durch Niederreißen von Häusern Einhalt zu thun, daß aber ein Privatmann, der sich dieß an fremdem Eigenthume zur Rettung des seinigen erlaube, erfasspflichtig bleibe, wenn das Feuer früher gelöscht worden sei, bevor es das niedergezogene Gebäude erreichen konnte. *Ulpian* und *Celsus* entschieden jedoch für das Gegentheil und scheinen durch *Justinian* gebilligt (v. Löhr a. a. D. S. 95 sq.). Allein es bleibt doch immer zweifelhaft, ob die erste Ansicht nicht unseren heutigen Grundsätzen mehr entspricht, und ob die letzte nicht jedenfalls dadurch weniger praktisch wird, daß der Fall sich nicht leicht ereignen wird, daß so etwas geschieht, ohne der schon anwesenden Polizei vorzugreifen oder deren Genehmigung zu haben, worauf es einzig ankommen wird.

Die erste dieser Einschränkungen erklärt schon aus dem bloß objectiven Standpunkte den Einfluß, welchen Vertragsverhältnisse auf die Verantwortlichkeit für einen ohne schlimme Absicht aus unseren Handlungen entstehenden Schaden haben, und daß derselbe diese Verantwortlichkeit eben sowohl entfernen, als herbeiführen kann. Entfernt wird diese Verantwortlichkeit dadurch, daß das Obligationsverhältniß dem Contrahenten durch

flagello percussus esset? — *Respondi: nisi data opera esset, occidisset, non videri damnum iniuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussus, residere. Sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri.* *Bergl.* noch L. 7. §. 4. eodem.

die Erlaubniß und Einwilligung des Eigenthümers ein Recht gibt, sich mit einer fremden Sache zu befassen, und dem bloßen Umgehen mit derselben jedes Bewußtsein der Unerlaubtheit benimmt, wie solches Hagemeyer in der oben citirten Abhandlung mit großer Klarheit entwickelt hat. „Wer z. B. die Uhr eines Anderen ohne Voraussetzung eines Obligationsverhältnisses in die Hand nimmt und sie repetiren läßt, dabei aber, weil er mit dem eigenthümlichen Mechanismus derselben nicht bekannt ist, das Werk beschädigt, ist unstreitig zur Entschädigung verpflichtet. Wird es aber auch der sein, der von dem Anderen die Uhr, als Repetiruhr gemietet hat, und nun, unbekannt mit jenem eigenthümlichen Mechanismus derselben, die nämliche Handlung vornimmt und auf die nämliche Art beschädigt? — Sicher nicht, so lange nicht andere Umstände hinzukommen, z. B. Belehrung über jenen eigenthümlichen Mechanismus. Ferner, wer ohne alles mitvorhandene Obligationsverhältniß den kostbaren Spiegel des Anderen, etwa um einem Dritten seine Stärke zu zeigen, aufhebt, fallen läßt und zerbricht, wird unstreitig und ohne Weiteres zur Entschädigung schuldig sein. Wird man aber auch denjenigen ohne Berücksichtigung anderer Umstände dazu schuldig halten, der den Spiegel seines Nächsten bei entstandener Feuersbrunst wegbringen will, ihn aber, weil ihm die Last auf die Länge zu schwer wird, oder im Gedränge, fallen läßt und zerbricht?“ Er bezieht sich dabei auf L. 3. §. 9. D. de negot. gest. und L. 151. de regulis iuris und führt weiter aus, wie viel es darauf ankomme, daß ihn der Contract auch wirklich ermächtigte, gerade so mit der Sache umzugehen oder sie so zu gebrauchen. Noch schreiender wäre das oben angeführte Beispiel einer durch einen leichten Streich herbeigeführten individuell tödtlichen Verletzung eines Sklaven, der Jemand in Aussicht oder Lehre gegeben war, und dem dieser Streich als wohlverdiente Züchtigung bestimmt war, welchen derselbe Schriftsteller hervorhebt.

Umgekehrt können aber auch Obligationsverhältnisse eine solche Verantwortlichkeit für das *periculum casus* herbeiführen. Feuer auf einem Herde oder in einem Camine anzumachen, das man seiner Bestimmung nach als unschadhaft eingerichtet voraussetzen darf, ist gewiß keine Handlung, welche die strengste Polizei zu verbieten sich einfallen lassen wird. Aber wenn ein Gebäude mit der ausdrücklichen Bedingung vermietet wurde, daß darin kein Feuer gehalten werden soll, so wird Jeder mit der L. 11. §. 1. D. locati übereinstimmen, daß der Miether für die daraus entstandene Feuersbrunst einstehen müsse, mag diese auch aus einem Fehler der Feuerstätte entstanden sein, der so verborgen war, daß ihn der Miether unmöglich gewahr werden konnte. Der Entscheidungsgrund, *quia non debuit ignem habere*, genügt, und wenn der Eigenthümer selbst an dem Mangel der Feuerfestigkeit Schuld trägt. Ebenso kann derjenige, welcher die commodirte Sache mit auf Reisen nimmt, die höchste Sorgfalt in ihrer Verpackung und Verwahrung anwenden, und muß dennoch für außerordentliche Zufälle, für *mortes servorum, latrouum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium* etc. einstehen, sobald ihm die Sache nicht zu dieser Reise aeliehen war, wenn

er z. B. ein Silberservice sich ausgeben hatte, um gute Freunde zu Hause zu einem Gastmahle einzuladen. Die bloße Eigenmächtigkeit genügt, sollte er auch sich überredet haben, daß es dem commodans nicht darauf ankomme, folglich in specieller Beziehung auf den eingetretenen Erfolg in subjectiver Hinsicht jede von Menschen zu fordernde Zurechnung verschwinden. L. 1. §. 4. D. de oblig. et act. (44. 7.) L. 18. pr. D. commodati. (18. 6.)

Ist nun aber die Handlung, welche Jemand thut oder läßt, nicht von der unzweideutigen Beschaffenheit, daß sie in ihrer Erscheinung schon an sich eine objective Unerlaubtheit oder Widerrechtlichkeit ausdrückt, die er nicht verkennen durfte, befand er sich scheinbar in seinem Verufe in dem Gebrauche seines eigenen Rechtes, oder der durch ein Obligationsverhältnis auf eine fremde Rechtssphäre eingeräumten Befugnisse, so müßte nach diesem Grundsätze eigentlich jede Imputation nicht bedachter oder nicht gewollter Folgen verschwinden, wenn dieser einzige Grundsatz unsere Leber erschöpfte, und wenn es nicht eine innere Widerrechtlichkeit gäbe, welche sich nicht mit dem Rechtszustande verträgt, und welche die menschliche Freiheit in Anspruch zu nehmen erlaubt. Wir müssen hier davon anzugeben, daß der Rechtszustand nicht bloß in der Körperwelt wohnt, sondern als Bürgschaft für die Verpflichteten, welche ihrerseits als Rechtssubjecte anerkannt sein wollen, und zur Sicherheit für die Berechtigten, damit diese das Ihrige in Ruhe genießen, auch in den Gemüthern so einheimisch werden soll, daß nicht bloß die äußere Handlung, sondern der ganze Charakter gesetzlich sei, daß ferner eigene und fremde Rechte sich durch die sie verwirklichenden Objecte so durchbringen, daß es nicht undenkbar ist, daß in der Ausübung der ersten die anderen zu ignoriren, als seien wir allein auf der Welt. Eine eiserne Nothwendigkeit kann unter erbitterten politischen oder religiösen Parteien, die sich als Todfeinde hassen, oder als Ruchlose verdammen, nach fruchtlosen Kämpfen, um sich wechselseitig zu unterdrücken, einen Frieden in scheinbarer Ruhe herbeiführen, der aber so wenig aufrichtig gemeint ist, daß er in der That nur ein Waffenstillstand zu nennen, wobei im Stillen Jeder nur darauf sinnt, frische Kräfte zu sammeln und die Gelegenheit zum Losbrechen zu erwarten. Eben so hat schon im Mittelalter der Weithandel und die Märkte Christen, Juden, Türken und Heiden durch die bloße Zielsetzung des Eigennuzes in einem commercieellen Verkehr vereinigt, so sehr sie sich innerlich als unreine verachteten, und so wenig sie sonst geneigt waren, sich auf gleichem Fuß zu behandeln. Es läßt sich überhaupt nicht verkennen, daß das Recht seinen unterscheidenden Charakter von der Moral verlieren würde, welcher vor dem Extreme, keine mit unserer irdischen oder gemeinen Natur unverträgliche Selbstverleugnung zu fordern, bewahren muß, wenn es nicht zugleich auf diejenigen Gesetze der Gleichheit zurückgeführt wird, welche den Menschen das Schicksal dictirt, oder welche schon der bloße Egoismus anzuerkennen geneigt ist. Allein diese letztere Nothwendigkeit erschöpft nicht einmal das Materielle desselben vollständig, und kann noch weniger die zu seiner Beständigkeit und Fortbildung nöthigen Elemente gewähren. Diese sind aus unserer edleren Na-

tur zu schöpfen, welche aus der Noth eine Tugend macht und jene Rückfälle auf die Dauer verhütet, welche uns durch so harte Lehren empfindlich werden würden.

Dhne in diese episodischen Betrachtungen tiefer einzugehen, genügt es hier, um zu unserem zweiten leitenden Grundsatz überzugehen, daß das Rechtsgesetz in dem Sinne, in welchem es von Grolman ⁷⁾ zu entwickeln versucht hat, ein Willensgesetz ist. Kann gleich Niemand seiner bloßen widerrechtlichen Gesinnung wegen vor dem äußeren Forum in Anspruch genommen werden, so lange diese Gesinnung Niemand schädlich geworden ist, verfällt selbst die stärkste Neigung zu einem Verbrechen, ja der gefaßte Entschluß, ein Verbrechen begehen zu wollen, so lange der Wille noch in keine That ausgebrochen ist, nicht einmal dem Strafrichter, dem übrigens solche Gesinnungen durch Drohung, Berührung oder auf andere Weise schamlos oder unwillkürlich blosgegeben, als Indicien wichtig werden können, so sind doch jene Ansprüche wegen jeder schädlichen Begehungs- oder Unterlassungshandlung begründet, welche, wenn auch keine böse Absicht des Handelnden, wohl aber einen Mangel der von jedem Biedermanne zu erwartenden und zu fordernden rechtlichen Gesinnung beweist. Dieser Mangel ist am offenbarsten bei der sogenannten *culpa lata*, oder wie sie Bauer nennt, bewußten Fahrlässigkeit, wenn er den Erfolg als möglich voraussetzt, und dennoch die Handlung, die er unterlassen konnte und deren Unterlassung ihm billig zuzumuthen war, unternahm, mochte er sich auch leichtsinnig überreden, sie werde glücklich ablaufen. Denn dann beweist er eine Gleichgiltigkeit gegen den Erfolg, die sich derjenige, dem es Ernst gilt, den Schaden Anderer zu vermeiden, nicht begeben lassen wird, und v. Altmendingen konnte sein Paraboron nicht durchführen, ohne diesen Fall zu allgemein für *dolus eventualis* zu erklären, was jedoch in den meisten Fällen zu hart wäre, und bei der entfernten Wahrscheinlichkeit eines großen, so wie bei der nahen Wahrscheinlichkeit eines geringen Uebels, besonders wenn sie durch einen an sich unschuldigen Endzweck verdunkelt werden konnten, nicht einmal als Präsumtion zu rechtfertigen ist. Dieß ist keine andere, als die sogenannte *culpa lata*, welche nach Obigem die Alten zwar dem eigentlichen *dolus* noch entgegensehen, doch aber mindestens *civiltrechtlich* ganz gleich stellen, weil sie in der Regel darin, wenn auch noch nicht die zum ersteren erforderliche Stärke des bösen Willens, doch eine, wie Haffe es wahr ausdrückt, erbärmliche Gesinnung erkennen, welche an den bösen Willen nahe angrenzt. Indessen umfaßt ihr sehr weiter Begriff nicht bloß den unvermeidlichen und wahrscheinlichen, sondern unter Umständen auch den als bloß möglich vorausgesehenen Erfolg, dessen Eintritt mehr Chancen gegen, als für sich hat, sobald derselbe ein solches Uebel ist, dem der zunächst intentirte Zweck nach der *Maxime: ingentis mali etiam non magna verisimilitudo curam cavendi excitat*, untergeordnet und geopfert werden mußte. Der Schütze, welcher außer der Zielstatt an Orten, wo er sich versehen kann, daß Leute wan-

7) Dessen Magazin für Philosophie und Geschichte des Rechts, Bd. I. Stück 2 u. 3. Grundsätze der C.-R.-Wissenschaft, 1. Th. 1. Abth. B. 1.

sein, seine Schießübungen treibt, kann, wenn er sich vorsetzt, Niemand zu treffen, zwanzig Mal glücklich abfeuern, und dennoch ist er in culpa lata, „wenn ihn Jemand unterläuft,“ da er sein Schießen bleiben lassen oder an einen sicheren Ort gehen konnte. Anders der Jäger in seinem Berufe, welcher auf ein verfolgtes Wild schießt und einen armen Holzhauer trifft, den er hinter dem Buschwerke nicht bemerkte. Denn da müßte man das Jagen aufgeben, wenn man vorher schreien müßte, sind keine Leute im Walde. Als Präsuntion für die Wissenschaft gilt bekanntlich das id non intelligere, quod omnes intelligunt. Größer ist freilich die Schwierigkeit, wenn wir, wie bei dem seinen eigenen Hals riskirenden unglücklichen Kutscher voraussetzen dürfen, daß der Handelnde an den nicht erwarteten Erfolg gar nicht gedacht hat, daß ihm die Wahrscheinlichkeit oder Möglichkeit desselben gar nicht in den Sinn kam, was freilich eine ausübiger Regel häufig, aber doch nicht immer zu verwerfende Entschuldigung sein wird. Wenn wir den vorhin genannten Schriftsteller anhören, so läßt jeder Act des Erkenntnißvermögens völlig unwillkürlich. Es sei eine dem gemeinsten, wie dem erhabensten Verstande sich aufdringende That-sache des Bewußtseins: was ich in diesem Momente sehe, muß ich sehen, was ich nicht sehe, das kann ich nicht sehen. — Es gebe keinen Irredum, welchen man, wenn man gewollt hätte, hätte einschen können.“ Allein dieses Raisonnement verkehrt den Menschen in einen geistigen Automaten, der von seinen Vorstellungen, wie im fixen Wahne, beherrscht wird, statt daß im freien Menschen die Vorstellungen dem Geiste als Diener und Boten gehorchen. So lautet freilich die Sprache eines entschiedenen Determinismus, welcher jedoch consequent den Verstand dem Willen nicht entgegensetzt und den praktischen Glauben an unsere Freiheit, auf dem alle Zurechnung beruht, und womit sich der Mann von dem gesunden Verstande zu allen Zeiten beholfen hat, überhaupt verleugnen muß. Glücklicher Weise ist dieser Glaube auch vor der Speculation stehen geblieben, weil die That-sache, welche er anruft, nichts weniger als ausgemacht ist. Es ist eine alte Streitfrage, ob die moralische Verbesserung dem Verstande oder von dem Willen den Anfang machen müsse, und diese Streitfrage wird nie entschieden werden, so gewiß für das Eine das ignoti nulla cupido, und für das Andere das quae volumus, creamus libenter und die spes addita suscitatur iras spricht, des qui amat, ipsi sibi somnia fingunt, des video meliora proboque, deteriora sequor, nicht zu gedenken. Gerade die Erfahrung, daß weder das Wollen dem Erkennen, noch das Erkennen dem Wollen nach einer festen Regel folgt, obgleich ihr wechselseitiger Einfluß unverkennbar ist, kündigt uns als Wesen an, welche in der von unserem Geschlechte die augenblicklichsten Rückwirkungen empfangenden physischen Welt eine moralische Autonomie vermögen, von denen mindestens soviel abhängt, sich durch Zeit und Schicksal leiten zu lassen, statt durch dieselben fortgezogen zu werden. Hier das Eine oder das Andere, das Erkennen oder das Wollen, das Erste, so wären wir entweder geistige Automaten, oder blinden Trieben unterworfen. Nicht nur das Wollen, sondern auch das Erkennen gehört zum freien Geiste an, da bekanntlich das Letztere das individuelle Product

von Verstand und Sinnen, von Vernunft und Erfahrung ist, ohne daß sich der relative Antheil ausmessen läßt, welchen jeder dieser Factoren dazu beiträgt, und ob wir am meisten mit dem Einen oder dem Anderen ausgerichten. Wie erklärten sich sonst die Wunder, welche der Mangel eines einzelnen Sinnes dadurch entwickelt, daß er durch Schärfung der übrigen ersetzt wird. Die Offenheit des Sinnes correspondirt immer einer Thätigkeit des Geistes, und wo wir ganz Auge und Ohr zu sein glauben, da ist hinter der Coullisse der letztere am geschäftigsten, und das ist noch keine Vorstellung, wenn sich, ohne daß wir darauf merken, das Bild eines Gegenstandes auf der Netzhaut unseres Auges abmalte. Sehen wir freilich auf den Augenblick, so hat die Einsicht, welche das Gute und Böse unterscheidet, so wenig mehr von uns abgegangen, als die Neigung des Willens, welcher die Wahl trifft. Aber unser besseres Selbst gehört nicht bloß dem Augenblick, sondern der Ewigkeit an, und konnte in Zeiten für Beides sein, da das, was wir selbst sind, doch in der Regel mehr von dem abhängt, was wir aus uns gemacht haben, als von äußeren Umständen. Gerade weil die Zurechnung Freiheit im edelsten Sinne, nämlich jene Spontanität des Erkennens und Willens postulirt, welche wir uns selbst zu geben vermögen und die Herrschaft über angewöhnte Vorurtheile und Neigungen, wie über unsere Affecte möglich macht, darf auch die juridische Verantwortlichkeit nicht bloß darauf eingeschränkt werden, daß wir wußten, was wir thaten, und die gewußte That gewollt haben, sondern ihr Gebiet erweitert sich durch eine Art von innerer culpa in non faciundo, durch den Anspruch auf jene unwillkürlichen Geistesthätigkeiten, auf eine diligentia, welche nicht gefehlt hätten, wenn es dem Handelnden mit der Maxime der Vermeidung fremden Schadens ein rechter Ernst gewesen, und dieselbe durch Selbstbestimmung in ihm zum Charakter, zur Gewohnheit, zur anderen Natur geworden wäre. Daß eine solche Zumuthung nicht zu hoch gesteigert werden darf, und die individuelle Bildungsstufe, sowie die Zeit und Gelegenheit, die Jemand gehabt hat, den inneren Menschen in sich auszubilden, billig berücksichtigen muß, liegt zwar sehr nahe; daß sie jedoch mit dem nicht minder in Anschlag zu bringenden Triebe der Selbsterhaltung, welche in jedem Rechtssubjecte die Eigenliebe und die Sorge für die eigenen Angelegenheiten zunächst in Anspruch nimmt, nicht unvereinbar ist, liegt schon darin, daß sie auf etwas Inneres, Freies und bloß Geistiges gerichtet ist, wofür der Mensch sein kann, daß es ihm von selbst kommt, ohne daß die positive Gesetzgebung seine Schritte und Tritte mit bestimmten Vorschriften oder Verboten, wie mit Fußangeln zu bestreuen braucht, die, je detaillirter sie wären, ängstliche Gemüther durch ihre Last erdrücken und dennoch dem Gewissenlosen Stoff geben würden, sich aus der Schlinge zu ziehen, weil bei der unendlichen Mannigfaltigkeit der Fälle der seinige keiner der gesetzlich vorgesehenen sei. Der Bauer, der am Jahrmarkte eine zerbrechliche Sache auf seinem Reff trägt, hat darum nicht nöthig, mit einer seine ganze Seele erfüllenden Sorge nur an sie zu denken und darüber seine übrigen Geschäfte zu versäumen. Er überläßt sich ihrer Zerstreung, weil er sich darauf verlassen darf, daß die Erinnerung dessen, was er trägt,

ihn wecken wird, wenn es Zeit ist, sich aus dem Gedränge zu ziehen. Diese Spontaneität verbürgt ihm das ernste Anliegen, die Sache ganz zu erhalten, auf der einen, und auf der anderen Seite die Allgegenwart des Geistes in dem Ideenkreise, welcher seine kleine Welt bildet, aus welcher das Interesse die dunkelste Vorstellung unwillkürlich hervorrust. Es kann daher keine die Ausübung des eigenen Rechtes oder der natürlichen Freiheit verklümmernde Zumuthung sein, wenn wir fordern, daß Jeder an dem Rechte seiner Nebenmenschen auf Dasein und Wohlsein das gleiche Interesse nehme, welches er für das eigene verlangt, und voraussetzen, daß wenn ihn auch das von ihm bezweckte ziemliche und unverbundene Werk, ja vielleicht unzulängliche Vorsichtsanstalten gegen den Vorwurf einer bewußten Fahrlässigkeit oder gar eines schlimmen Vorsatzes in den Schutz nehmen, ihm doch die Einsicht oder die Voraussicht der nicht bezweckten Folgen, welche Andere in Schaden oder Nachtheil gebracht haben, von selbst gekommen wäre, wenn er jenes Interesse gehabt hätte. Es ist kein triner Verstandesfehler, es ist die Kraft und die Energie des Willens, dessen eigenthümliche Beschaffenheit den Mann von Charakter ausmacht, welchen wir hier vermissen und zurechnen. Es war daher nicht uneben, wenn Grolman⁸⁾ den dolus als Feindschaft, die culpa aber als Mangel an Feindschaft gegen Recht und Gesetz bezeichnete.

Auch die Speculation söhnt daher vollkommen mit den Bestimmungen unseres bestehenden Rechtes aus, dieses begnügt sich vorerst nicht mit dem Scheine einer bloß äußerlichen Gefeslichkeit der Handlung, womit Jeder nach dem gefährlichen Sinnspruche: was nicht verboten ist, das ist erlaubt, in fraudem legis handeln könnte, und verlangt in der bona fides, daß der ganze Charakter des Menschen so rechtlich und sittlich sei, daß er das Gesetz von selbst und im Geiste erfülle. Es gestattet nicht, daß er seine Arglist und Schlechtigkeit mit dem bloßen Buchstaben beschönige, und macht daher neben dem dolus auch für culpa lata unbedingt verantwortlich, wenn er nach den Gesetzen des menschlichen Vorstellungsvermögens die von ihm billig zu vermeidende Gefahr im Augenblicke des Handelns nothwendig einsehen mußte, und man also die Ausrede, nicht eingesehen zu haben, was Jedermann einsehen, nicht gelten lassen kann, ohne jener Beschönigung Thor und Thüre zu öffnen. Es bleibt aber hierbei nicht stehen, es macht für die culpa levis, die culpa im engsten Sinne, für das, wofür der Handelnde im Augenblicke nicht mehr konnte, weil ihm unter den Umständen geglaubt werden darf, daß er an die Gefahr nicht gedacht hat, aber durch Vorbedacht sich ihre Einsicht geben konnte, verantwortlich, indem es zur diligentia verbindet, deren Ausfertigungen wiederum von einer persönlichen Eigenschaft ausfließen, welche, als rohe Kraft oder Naturanlage schon von dem egoistischen Menschen in dem eigenen Angelegenheiten ausgebildet, durch das Recht nur ihre Richtung bekommt. Ihr Element besteht in einer Voraussicht und Geistesgegenwart, in einer zur anderen Natur gewordenen Wachsamkeit und Lichtigkeit, welche die Behauptung des eigenen Rechtes mit jedem seine

8) Bibliothek für die peinliche R.-B., Bd. 1, S. 26 flg.

Ausübung begrenzenden billigen Anspruche unserer Nebenmenschen nach einem richtigen Ebenmaße auszugleichen versteht, sich nichts untersteht, dem wir nicht gewachsen sind, das einmal Unternommene aber eben so wenig mit größerem Nachtheil aufgibt. In diesem weiten Sinne ist die *diligentia* das Correlat der *culpa levis*, und beide stehen sich, wie Tugend und Untugend, oder als das Aeußerste, über welches hinaus es keine Verantwortung mehr gibt, und dasjenige Aeußerste, was noch verantwortlich macht, gegenüber. Gewöhnlich nimmt man zwar dieses Wort in einer engeren Bedeutung, und bezieht es bald auf die *culpa in non faciendo*, oder noch richtiger auf die sogenannte außerquillische *culpa*, welche in Contracts- und Quasicontractsverhältnissen vorkommt, und dieß hat insofern Grund, als dieser Gegensatz bei den letzteren am meisten hervortritt und sie daher nur bei diesen neben der *culpa* noch besonders erwähnt wird, um das zu erschöpfen, was in diesen Verhältnissen gefordert wird und der Pflicht genügt. Daß sie unter dem Titel *ad legem Aquiliam* nur selten zur Sprache kommt, erklärt sich daraus, daß die dahin gehörigen Fälle sich gewöhnlich aus dem von uns aufgestellten ersten Principe einer mit Bewußtsein verübten, schon objectiven Widerrechtlichkeit entscheiden, wobei es unnöthig ist, auf das Innere weiter zu reflectiren. Wo Jemand indessen nach diesem Gesetze aus einer an sich nicht unbefugten Handlung, namentlich eines das Seine bewirthschaftenden Eigenthümers, oder aus einem jeden erlaubten Gebrauche der natürlichen Freiheit wegen ihrer Folgen verantwortlich gemacht wird, da fehlen auch die Anspielungen auf die zu beobachtende Diligenz, und sogar Vergleichen, was geschehen wäre, wenn er mit der eigenen Sache zu thun gehabt hätte, keineswegs. Vergleichen wir nur die Stellen, welche vom Baumschneider, von dem, der die Halmen auf seinem Getreidefelde anzündet, von dem, der zum Zwecke der Jagd, Gruben für das Wild angelegt hat, von dem, der ein auf sein Grundstück gerathenes fremdes Vieh forttreibt⁹⁾, und man wird sich überzeugen, daß die Beurtheilung der sogenannten Aquillischen *culpa* die *diligentia* nicht ausschließt, wenn sie gleich in ihr sich seltener zeigt. Aus dieser Ursache vermögen wir noch weniger Werth auf den von Donnellus erfundenen Unterschied einer *culpa in faciendo* und *in non faciendo* zu legen, welche schon Haffse (a. a. D. Cap. IV.) außer Credit gebracht, aber doch sich nicht ganz unbefangen davon gehalten hat, wenn es sich von anderen, als Obligationsverhältnissen handelt. Dem vorgeannten großen Manne, welcher diese Eintheilung aufbrachte, begegnete eine sehr nahe liegende Verwechslung, welche eben so viel Verwirrung anrichtet, als der Satz: *nulla poena sine lege*, wenn er zu materiell und buchstäblich verstanden wird. Ihm schwebte der sehr gesunde Gedanke vor, daß in Sachen des Rechtes jede Verantwortlichkeit auf den Grund einer positiven Verpflichtung zurückgeführt werden muß, welche entweder in einem Gesetze, oder in einer anerkannten Sitte und Gewohnheit

9) L. 31. 30. §. 3. 28. 39. h. t. Auch Rosshirt, Zusätze zu §. 342, Bd. II, S. 202, des Lehrbuchs von Martelbey (11. Ausgabe, Gießen 1838), scheint in der Sache mit uns übereinzustimmen.

legt, oder aber durch Willkür übernommen wurde. Ist eine solche als *quæstio iuris* von der *quæstio facti* scharf zu sondernde Verpflichtung vorhanden, so gilt es gleich, entspreche ihrer Tendenz eine Vergehungs- oder Unterlassungshandlung. Auch unter der *lex Aquilia* werden, eine positive Verpflichtung zu dem einen, wie zu dem anderen vorausgesetzt, Thun und Lassen zu gleicher Schuld zugerechnet, wenn die unmittelbare Wirkung dieselbe ist. Der Arzt, der seinen Patienten verläßt, oder die geschlagene Ader nicht gehörig verbindet, daß daraus eine Verblutung erfolgt, der Baumschneider und Dachdecker, die nicht gerufen haben, der liebedürftige Haushälter, welcher seinen Schornstein gehörig zu fegen versäumt und dadurch einen Brand herbeiführt, der auch Nachbars Wohnungen in Asche legt, verfallen in dieselbe so gut als derjenige, der am unrichtigen Orte schießt, wirft, Schwärmer losbrennt, die in ein Feuerlager fallen. Wenn es in der L. 9. §. 2. h. t. heißt: *si quis hominem famo necaverit, in factum actione teneri*, Neratius ait¹⁰⁾, so ist darunter nicht bloß der gemeint, der einen fremden Sklaven vorsätzlich einperrete, damit er sich zu Tode hungere, sondern nach dem bekannten *damnum culpa datum etiam ab eo, qui nocere nolit*, auch der, welcher ein seiner Obhut anvertrautes Sklaventkind über einer Jagdpartie so vergaß, daß es vor Hunger umkommen mußte, mag es ihm auch hinterdrein um den armen Wurm noch so leid thun. Die neue Literatur hat uns ja so nachdrücklich daran erinnert, daß die *actio leg. Aqu.* mit den *Contractsklagen* selbstständig concurrirte und selbst beim *Depositum* nicht ausgeschlossen war. Eben deswegen ist es eine sehr gezwungene Auslösung, wenn man sagt: der Unterlassung gehe hier stets ein Thun voraus. Aber wenn dieses nun, wie die Aderlässe, das Dachdecken, das Astabsegen ein völlig erlaubtes ist, welches kein Criminalrichter auch nur entfernt schon als *Atentat* auffassen würde, wie unnatürlich ist es, in diese *Neuschöpfheit* gerade die Wurzel der Verantwortlichkeit zu legen, welche doch erst mit dem Augenblick beginnt, wo z. B. der vorhin seinem Berufe gewonne Wundarzt den Kranken, sei es auch aus bloßer Vergessenheit und Zerkümmung zu versorgen unterläßt, wo der Baumschneider den Ast, ohne zu rufen, fallen läßt, und wo fängt dann das Thun bei demjenigen an, der nicht seinen Schornstein hat fegen lassen. Das Bodenlose dieser Ansicht entblößt sich besonders dadurch, daß man namentlich den Arzt wegen einer jeden angefangenen Cur, wie wenn er in *illicito* versirt hätte, unbedingt verantwortlich machen müßte. Dieß kann geschehen, wenn an seinem Ausbleiben eine unzeitige Lustreise Schuld ist, aber gewiß nicht, wenn bei einer Epidemie in der Folge gleich oder noch gefährlichere Patienten seine Sorge so in Anspruch nehmen, daß er sich nicht theilen, noch Andere für sich schicken konnte. Noch weniger ist die Uebernahme

10) Derselbe Fall kommt in der L. 29. §. 7. bei einer Muntzpalobrigkeit vor, die einen Sklaven gepändet hat, was bei uns mit einem in den Pfandfall gebrachten Thiere vorkommen kann. Aber da wird die culpa nicht in die Vergehungshandlung des Pfändens, welche als pflichtmäßig nicht verantwortlich macht, sondern darin gesetzt, daß er nicht litte oder nicht dafür sorgte, daß er gehörig verständig wurde.

eines Depositum etwas, was mit der *lex Aquilia* irgend eine Gemeinschaft hat, und bei diesem nur für *dolus* und *calpa lata* verantwortlich machenden Contract kann die Begründung der Aquilischen Klage offenbar nur aus einem das Obligationsverhältniß gleichsam durchbrechenden gefährlichen Treiben erklärt werden. So gewiß Obligationsverhältnisse, auf die Zurückgabe einer Speedes gerichtet, eine sehr fruchtbare Gelegenheit für die Aquilische *calpa* geben, so unschuldig sind sie daran, und es ist nicht einmal wahr, daß außer ihnen Sitte und Polizei fremden Schaden nur durch verbotende und nicht auch durch gebietende Vorschriften verhüten dürfen. Niemand kann mir verbieten eine Wasserleitung an meinem Hause zu repariren, und sollte sie unter der öffentlichen Straße geführt sein. Aber wenn ich sie ausgegraben habe, so muß ich zur Nachtzeit zur Warnung der diese Straße Wandelnden eine Laterne anbringen. Die *calpa*, wenn Jemand durch diese Unterlassung hineinfällt und ein Bein bricht, liegt nicht in dem *prius* der wohlbefugten Handlung, sondern sie ist in dem Inneren, der mangelnden Dilligenz zu suchen, daß ich an eine so nahe Gefahr nicht gedacht habe; denn ist dies geschehen und hat etwa ein böser Hube die Laterne weggenommen, so fällt auch für das vorausgegangene Thun wieder jede Verantwortlichkeit weg. Auch trifft die sehr gesuchte Wendung, daß immer ein Thun vorausgegangen sei, nicht einmal durchaus zu, wie man sich leicht durch das Beispiel überzeugen wird, wenn der gleiche Unfall sich dadurch ereignet, daß ich die Polizeivorschrift, daß Jeder beim Glattse vor seinem Hause streuen soll, unbesorgt lasse, zu der mich kein eigenes Thun, sondern der eingefallene Frost gemahnt hat. Im Schwabenspiegel heißt es C. 288: Der Brunnen oder Gruben gräbt, der soll sie verwahren und verdrücken, als hoch ob der Erden, daß es einen Mann gang über sein Knie. Thut er das nit, was Schaden davon geschieht, den soll er gelten. — Wenn die Römer oder unsere classischen Juristen sich manchmal so auszusprechen scheinen, als ob sie auf die bloße Außerlichkeit des Thuns oder Lassens den entscheidenden Accent legten, so ist dieses nur Schein und rührt daher, daß sie in der Voraussetzung einer positiven Verpflichtung, in der auch wie keine Lastdünarier sein dürfen, es sehr streng nahmen. So nahmen sie Anstand, Jemand für den durch Einsturz verursachten Schaden geradezu zum Ersatz verbindlich zu machen, wenn er sein Haus zu repariren unterlassen hatte, und hielten es mit der natürlichen Freiheit, welche das Seine zu vernachlässigen erlaubt, übereinstimmender, den gefährdeten Nachbar für seine Sicherheit durch eine Stipulation selbst sorgen zu lassen, der zu entsprechen der Prætor zwang. Durch das in der Discretion des Beschädigten gestandene Rechtsmittel auf Caution, zu dessen Begründung es keines Beweises der Nothwendigkeit einer Reparatur bedurfte¹¹⁾, wenn nur der sie Verlangende zum *iuramentum calumniae* bereit war, war weit umfassender, als durch die *lex Aquilia*, nämlich für jeden aus einem Werkfehler entstandenen Schaden gesorgt, gleichviel ob dem Nachbar dabei eine Schuld zur Last zu legen war oder nicht, und wer möchte es verabreden, daß der

11) L. 7. pr. L. 13. §. 3. D. 39. 2.

schwer zu erkennende Punkt, wo von einem alternden Gebäude ernstte Gefahr zu besorgen, im Zweifel zu Gunsten des um das Seine Besorgten anzunehmen werden müßte, daß es eben so unbillig wäre, den durch das eigene Unglück gegen den Verdacht einer bewußten Fahrlässigkeit in den Schutz genommenen Eigenthümer unbedingt für jeden Einsturz tenent zu machen, als es der Gleichheit gemäß ist, den Nachbar, dem eine größere Fahrlässigkeit in der unverkennbaren Schadhastigkeit des Werkes am wenigsten entgegen konnte, die Versäumniß eines mit so kurzem Prozeß anzuzurechnenden Rechtsmittels als eigene Schuld entgelten zu lassen¹²⁾. Daß bei der unterclassenen Sorge für feuerfeste Kamine, Herde, Backöfen u. dergleichen Cession gebraucht werden konnte, ist zwar wahr, daß aber hier bei erwiesener culpa auch ohne sie der Schaden ersetzt werden mußte, ist bei der Art dieser, sogar eine criminelle Behandlung nicht ausschließenden Nachlässigkeit bekant, und auch unter der lex Aquilia in den Pandekten sowohl, als im Codeb berührt. L. 9. L. 11. D. de incendio. L. 28. §. 12. D. de poenis. Collatio leg. Mos. tit. XII. §. 7. L. 2. C. de lege Aquilia. L. 27. §. 10. D. ad leg. Aquilianam. Man darf also aus jenem genau geregelten nachbarlichen Verhältnisse nicht durch eine über die dabei maßgebenden Gründe der Billigkeit und Rechtsgleichheit hinausgehende Generallösung zuviel folgern, daß Unterlassungsfehler überhaupt nicht in den Kreis verantwortlicher Handlungen gezogen werden dürfen, als ob es nicht vielmehr allein darauf ankomme, ob das *casus* oder *occasione* *damni praestare* auf sie vollkommen paßt.

Genug, das Recht erkennt auch eine innere Widerrechtlichkeit an, welche, aus dem äußeren Factum nur geschlossen, theils auf einer Abwägung von Probabilitäten beruht, welche bei demselben äußeren Factum durch die Nebenumstände sich sehr verschieden gestalten können, theils aber über den Charakter einer nicht an sich und nur in ihren Folgen rechtsverletzenden Handlung den Ausschlag gibt. Ueber die Frage nun, wie weit diese innere Widerrechtlichkeit verfolgt werden darf, mit anderen Worten, wie weit die Zurechnung geht, hat sich nach Köhr ein bleibendes Verdienst (Hafse¹³⁾ erworben durch die gründliche und evidente Nachweisung, daß unser gemeines Recht sowohl bei der Aquillischen, als außeraquillischen culpa von dem freien Menschen zwar Alles verlangt, was er in dem natürlichen Zustande vermag, aber auch nicht mehr; daß zu der ihr Extrem übenden *diligentia* weder hervorleuchtendes Talent, oder eine Anwendung starker Körper- und Geistesgaben, die sich Niemand geben kann, noch zünftliche Kengstlichkeit, oder ungewöhnliche Anspannung, welche jeden Gemüth des eigenen Rechts verkümmern und die Menschenkraft so erschöpfen würde, daß sie der gerechten Sorge für die eigenen Angelegenheiten nicht

12) *Cum postalaeum, ut mihi infecti repromitteres, nolui: et priusquam praetor adiuuaret, aedes tuae corruerunt et damnum mihi dederunt. Putas esse act, ut nihil novi praetor constituere debeat, et mea culpa damnum sim passus, qui tardius experiri coeperim.* L. 44. pr. eodem.

13) Vergl. besonders das 2. und 3. Capitel seiner Schrift.

mehr gewachsen bliebe, vorausgesetzt werden, weil das Möglichste, was man im täglichen Leben fordern kann, nicht weiter gehen darf, als daß man leiste, was von einem nach den gewöhnlichen Begriffen ordentlichen, guten und tüchtigen Manne erwartet wird, oder denjenigen Fleiß beobachte, welcher nach den solche Begriffe fixirenden gemeinen Erfahrungen jedem, dem es anliegt, durch Gewohnheit leicht und zur anderen Natur werden konnte; daß es keine über diese culpa levis hinausgehende levissima gibt, weil dieser Begriff zwar im Gegensatz der culpa lata eine quantitative Verschiedenheit in der Zurechnung oder moralischen Schätzung genannt werden kann, die aber zugleich qualitativ ist, und durch einen in der Willensstimmung spezifisch verschiedenen Charakter einen festen Anhaltspunkt gibt, welcher, wollte man die Schuld bloß nach Graden bestimmen, was bei unendlichen Größen consequent eben so gut zu einer culpa latissima, latior et lata, als zu einem Mittelglied der culpa levior führen müßte, verloren gehen und in eine nicht wenig beleidigende Vermischung des Ungleichartigsten ausarten würde; daß diese Wahrheit, wenn sie gleich in unseren Rechtsquellen nirgends ausdrücklich ausgesprochen liegt, und der nicht selten gebrauchte Superlativ die Kästiger zu dem übrigens sich stets als unpraktisch¹⁴⁾ gezeigten Phantome einer solchen inhumanen Steigerung der Zurechnung verleitet hat, doch aus dem Zusammenhange der in unserem corpus iuris niedergelegten Lehren und Bestimmungen mit Nothwendigkeit folgt, weil sie ohne diese Voraussetzung nicht zu einem Ganzen vereinigt werden können. Uebrigens kommen schon diese Superlative so ungleich und sporadisch vor, — nach v. Löhr's Versicherung culpa levissima nur einmal, wohingegen auch exacta, exactissima diligentia, paterfamilias diligens und diligentissimus gebraucht wird, Beiträge S. 75 fig., — sie wechseln in derselben Beziehung so oft mit dem Comparativ ab, daß man darin mehr nicht als bloße Nebensarten erkennen kann, wie sie in allen Sprachen vorkommen, wo man in der Reihe sowohl der Grade, als der besonderen Verpflichtungsgründe ein Ziel, aber kein Ende vor sich hat, und daß an eine technische Bedeutung gar nicht zu denken ist.

Eher läßt sich einwenden, der gegebene Maßstab eines diligens, bonus, studiosus paterfamilias (qui sobrie et non sine exacta diligentia rem suam administrat) bezeichne ein Abstractum, für das das Original schwer zu finden sei, und das, je nachdem der Richter sich sein Bild ausmale, zu höchst ungleichen Anwendungen führen werde. Allein ein schwebender Begriff war hier unvermeidlich, weil das Bild allerdings erst (habita ratione temporis, aetatis, sexus, valetudinis et hominum eiusdem conditionis)¹⁵⁾ mit Rücksicht auf die durch die Standes- und persönlichen Verhältnisse gerechtfertigten Erwartungen und auf die vorliegende allgemeine oder besonders übernommene Verpflichtung indivi-

14) Höpfer, Commentar über die Institut. S. 836, §. 757 u. 758, R. 1. Dieses Zeugniß eines vieljährigen Praktikers ist merkwürdig und beachtungswert.

15) L. 137. §. 2. 3. de verb. obligat.

qualificirt werden soll. Gleiche Kräfte dürfen billig bei denen vorausgesetzt werden, welche nach gleichen Gesetzen leben, auf gleiche Achtung Anspruch machen und auch gleiche Gelegenheit zur Ausbildung gehabt haben. In dieser Individualisirung wird nun der Vergleichungsmaßstab, was ein Mann von diesem Fache und Stande, wenn er im Lande als fleißig, wacker und tüchtig gelten will, in diesem Stücke geleistet haben würde, sich so leicht von selbst geben, als der wahre Werth einer Sache trotz der Schwankungen, welche Liebhaberei der Nachfragenden und Noth der Anbieternden in die Kaufpreise bringen, und das Problem wird häufig schon durch den Gemeinfinn, oder, wo dieser nicht ausreicht, durch Zurathziehung Sachverständiger gelöst werden.

Uebermäßige Anstrengung des Geistes und Körpers verlangt das Recht in der *diligentia* nicht, und man könnte mit dem Evangelium sagen, daß seine Last leicht und sein Joch sanft sei. Es muß dieselbe mehr voraussetzen, als sie direct zu erzwingen ist, und eben weil sie der Mensch sich selbst zu geben hat, haben sich die am wenigsten in diesen Begriff zu finden vermocht, welche alles Recht auf Furcht und Zwang gründeten. Die *diligentia* ist das, was durch Gewohnheit zur anderen Natur geworden, jeder Anstrengung überhebt, und Unbilligkeiten würden aus ihrem Verlangen nur dann hervorgehen, wenn die Anlässe und Gelegenheiten zur Anknüpfung dieser Gewohnheiten zu ungleich wären. Allein es braucht dazu keine besonderen, weil man sagen kann, daß der natürliche Mensch hierin dem freien zuvorkommt. Das eigene wohlverstandene Interesse, so dürfen wir von Jedem erwarten, bildet sie schon in den eigenen Angelegenheiten aus, und wird durch den davon unzertrennlichen Ehrtrieb und das Bedürfniß des Credits, in dem Verkehr und Umgang mit Anderen als ein tüchtiger Mann zu gelten, erhöht. In Fällen des alltäglichen Lebens wird daher die Frage, was von einem geordneten Hauswirthe geschehen wäre, wenn es ihm um eigene Sachen und Geschäfte zu thun anwesend wäre, auf welche unsere Fragmente häufig hinweisen¹⁶⁾, die Aufklärung des Räthfels sehr vereinfachen. Auf derselben einfachen Basis beruht, unzertrennlich von der Entwicklung der Menschheit in die Individualität, in welcher sie durch Theilung des irdischen Berufes ein Ganzes, eine Familie bilden soll, die sich von selbst gebende Ausgleichung der einzelnen menschlichen Zustände, welche es erklärt, warum in Fällen, welche

16) *Et igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.* L. 13. §. 1. L. 14. pr. D. de pignoratitia actione. (13. 7.) *Fructuarius — debet enim omne, quod diligens paterfamilias in sua domo facit, et ipse facere.* L. 65. pr. D. 7. 1. *Quamvis alienum pecus in suo deprehendisset, sic illud expellere debet, quomodo si suum deprehendisset etc.* L. 39. §. 1. D. ad legem Aquilianam. Uebrigens versteht sich diese Vergleichung immer mit dem Besitze, wenn es dem tüchtigen Haushalter im Eigenen um das zu thun gewesen wäre, um was es demjenigen zu thun ist, dem man sein Geschäft zu besorgen oder seine Sache in Acht zu nehmen verpflichtet ist, nicht, wenn Ersterer seine Sache um wichtigerer Zwecke willen wagt oder preisgibt, was freilich auch bei einem gutem Haushalter, der darin über das Seine verfügt, vorkommt. *Ugl. L. 54. D. 19. 1.*

nicht in den Kreis des gemeinen Lebens gehören, und eine außerordentliche Kraft, Geschicklichkeit, Erfahrung oder Wissenschaft voraussetzen, ein ausgezeichneter Fleiß gefordert zu werden scheint, auf den man, ohne unwahr zu werden, den Superlativ anwenden konnte. Vom Ausläufer, vom Lastträger fordern wir billig, daß sie schnell auf den Füßen seien, und die aufgegebenen Sachen im Gleichgewicht zu erhalten wissen, ohne daß sie dem Kaufmann excipiren dürfen, daß er mit seinen steifen Gliedern viel längere Zeit gebraucht, oder die aufgenommene Last nicht einmal bis dahin gebracht hätte, wo sie der Träger fallen ließ. Denn ihr Gewerbe muß ihnen die Uebung und das Augenmaß so leicht machen, als ihnen schon die Assiduität, womit der Kaufmann Tage lang auf seinem Contor sitzt, um das Geld zu verdienen, womit er sie bezahlt, sauer ankommen und, weil sie die Kaufmannschaft nicht gelernt haben, democh fruchtlos bleiben würde. Eben so wenig wird sich der Künstler, der Uhrmacher, welcher das übernommene Werk verdirbt, mit der ungemein scharfen, oft mikroskopischen Beobachtung entschuldigen dürfen, welche das Gelingen des Werkes erfordert hätte. Bei solchen außerordentlichen Geschäften, wie bei dem, der den Transport einer ohne mechanische Kenntnisse und Fertigkeiten glücklich nicht fortzubringenden Säule oder sie auf dem Postament aufzurichten, übernimmt, ist der außerordentliche Fleiß immer auch der gewöhnliche, eben weil dieser nur ein relativer Begriff sein kann. Daher geht auch in diesen Fällen die Verantwortung nicht auf mehr, als auf das, was die Kunst in seinem Fache vermag, und der dabei gebrauchte Superlativ ist nicht so gemeint, als müßte der Künstler für reinen Zufall einstehen¹⁷⁾, welcher über alle Kunst hinausgeht. Da es in der Regel freier Wille ist, ob man dergleichen außer dem Kreise der gewöhnlichen Lebensthätigkeiten liegende Verrichtungen auf sich nehmen will, — denn sind sie aus einem Privat- oder öffentlichen Beruf unvermeidlich, wie man schon bei Strube's junger Magd voraussetzen durfte, welche das gestürzte Pferd auf Geheiß ihres Dienstherrn zur Tränke reiten mußte, so wird dieses sicher nicht ohne Einfluß auf die Zurechnung sein, — so muß sich Jeder vorher prüfen, ob er die nöthigen, vielleicht ungewöhnlichen Kräfte und Geschicklichkeiten dazu besitze, um dem Unternehmen gewachsen zu sein, wie es jeder Hausvater auch im Eigenen thun wird. Es ist daher nicht mehr als billig, daß unsere classischen Juristen das Aquilische Gesetz gegen denjenigen geltend machen, der die Leitung von Pferden, die Führung von Hunden u. auf sich nimmt, si modo alius firmior eos retinere potuisset, und im gleichen Sinne wird die imperitia als Schuld betrachtet.

Uebrigens werden alle diese empirischen Instructionen der rechtlichen Würdigung zulezt durch einen reinen Rationalismus beherrscht, den man aber ja nicht zu einseitig nur in dem einen Momente der Nähe und Unmittelbarkeit des Causalzusammenhanges, und der dadurch gegebenen größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit des Erfolges auffuchen darf. In dem Gradmesser der culpa steht vielmehr, wie wir schon oben bei der

17) L. 27. §. 29. D. ad leg. Aqu. L. 36. §. 2. locati.

culpa lata berührt haben, die Größe des zu besorgenden Uebels mit dem Grade der Wahrscheinlichkeit seines Eintritts in einem umgekehrten Verhältnisse, und die entfernteste Wahrscheinlichkeit eines unerseßlichen, nicht wieder gut zu machenden Schadens verdient unstreitig weniger Entschuldigung, als die nahe Wahrscheinlichkeit eines leicht zu reparirenden. Dieß wäre zwar, da man sich auch eines kleinen Eingriffes in fremde Rechte, so unbedingt enthalten soll, als eines großen, von keiner praktischen Bedeutung, wenn wir überall eines unmittelbaren, bewussten und vermeidlichen Eingriffes in fremde Rechte gewiß wären, welcher im Grunde immer als *culpa lata* zu behandeln ist, und als Uebermuth (*luxuria*, *potulantia*, *laus perniciosus*) so gut, wie die Rohheit und Grausamkeit (*saevitia*), deren subjective Physiognomie ausprägt. Allein eines Theils läßt die Geringsfügigkeit des Erfolges einer nicht schon unmittelbar verletzenden Handlung wegen der Schwäche des moralischen Weckers auch bei einem physisch näher liegenden Causalzusammenhange leichter die Entschuldigung zu, daß man nicht so weit gedacht habe, und schließt also mindestens die *culpa lata* aus. Sehr erheblich wird sie jedoch dadurch, daß der unschuldige Antrieb und erlaubte Zweck einer Handlung, die wir uns selbst oder Anderen schuldig zu sein glauben, gar wohl von der Beschaffenheit sein können, daß sie nach den Gesetzen unseres Willens und Vorstellungsvermögens unsere geistige Kraft ganz in Anspruch nehmen, daß es unmöglich gewesen wäre, so zu handeln, wenn man an Alles denken müßte, und daß die Forderung, den Erfolg sich zu vergegenwärtigen, über die menschliche Natur hinausgehen würde, was das Recht nirgends verlangt. Die Wichtigkeit dieses Mittelgliedes, welches den beiden anderen Momenten, dem moralischen und dem physischen, erst ihr Temperament bestimmt, muß aus einer detaillirteren Entwicklung dieser Materie von selbst einleuchten.

So wenig wir uns mit der Eintheilung der *culpa in faciendo* und *in non faciendo* zu befremden vermocht haben, so fruchtbar finden wir den von den Neueren ¹⁸⁾ hervorgehobenen Unterschied der sogenannten *Aquilianischen* und der auf Obligationen beruhenden *culpa*, welche den Erfundern der ersten dunkel vorgeschwebt hatte. Die letztere entspringt aus *Contract-* und *Quasicontract-*Verhältnissen, aus einer durch eigene Willkür übernommenen besonderen Verpflichtung, die erste aus der allgemeinen Bürgerpflicht, und ist natürlich viel enger. Sie bezieht sich auf ein *ne minus laede*, welches Recht und Gesetze, wollten sie nicht die natürliche Freiheit unendlich beschränken, nur als einen Anspruch auf körperliche Unverletzlichkeit der Person und des Eigenthums so kategorisch anzuerkennen vermochten, daß Jeder auch für bloß unachtsame Handlungen verantwortlich wird. Daß die *lex Aquilia*, auch in ihrer höchsten Erweiterung und Fortbildung durch die Jurisprudenz, nur auf dieses Unrecht geht,

18) Auch hier hat sich Haffe im 1. und 5. Capitel seiner Schrift als tiefen Forscher gezeigt. Doch ist er dabei, wie anderwärts, in seinen Stoff zu sehr verloren, um ihn frei zu beherrschen. Wie vorhin bei der *diligentia*, haben wir es versucht, seine Resultate mehr zu concentriren und deutlicher zu entwickeln.

ist aus ihrem Inhalte und der Geschichte ihrer von dem *damnum datum corpore corpori* ausgegangenen Entwicklung bekannt. Daß dieses Unrecht neben dem *furtum* als Eigenthumsbeeinträchtigung im engsten Sinne fixirt wurde, ergibt die nur dem Eigenthümer und demjenigen, der ein im Effect dem Eigenthum verwandtes dingliches Recht, namentlich *Usucapionsbesitz*, *Ususfructus* hatte, erlaubte Klage¹⁹⁾. Sogar dem Pfandgläubiger wurde sie streitig gemacht und nur als Extrem durch eine künstliche Wendung²⁰⁾ unter Umständen gestattet, wenn der Schuldner keine weiteren Mittel hatte. Es gibt zwar auch Vermögensbeeinträchtigungen ohne einen solchen physischen Einfluß, da Jemand ärmer werden kann, indem er selbst zu ihm nachtheiligeren Veräußerungen oder Verzichtleistungen gebracht wird; und eben so läßt sich der Fall denken, daß Jemand am Werthe seiner Güter verliert, ohne daß er darum kommt, wie man dem Minister Pitt nachgesagt hat, daß er zum Sturze der französischen Finanzen so viel falsche Assignaten in Umlauf gebracht, daß dadurch auch die echten nicht mehr galten und angenommen wurden. Für solche Beeinträchtigungen konnte jedoch das Recht, wie bei der *iniuria*, nur den dolosen Urheber, der sie durch das hier allein als Unrecht denkbare Mittel der Arglist oder Gewalt bewirkte, durch die *actio doli*, *vis metusque* verantwortlich machen, und das Recht wäre mit sich selbst in Widerspruch gerathen, hätte es dabei, statt in der persönlichen Verletzung, welche nur in der Wechselwirkung von Mann gegen Mann nach ungleichen Gesetzen denkbar ist, durch einen gleichen kategorischen Imperativ das Unrecht unmittelbar schon in den Schaden setzen wollen, denn das würde dahin führen, Andere in ihren eigenen Verfügungen zu berathen und zu warnen, wodurch wir auf eine auch für sie beleidigende Weise zu einer Art von Vormundschaft berufen würden, welche, häufig mit der erlaubten Wahrung unseres eigenen Vortheils nach dem naturaliter *licet contrahentibus se circumvenire*, rein unverträglich sein würde. Genug, in Beziehung auf Vermögensveringerungen, welche nicht in dem groben Sinne der *lex Aquilia* bewirkt werden, konnte die äußere Gesetzgebung nur gegen gewinnföchtige und bloß schadenfrohe Unternehmungen in den Schutz nehmen, und die juristische Ungereimtheit einer allgemeinen Bürgerpflicht, nichts zu beginnen, was Andere ärmer macht, leuchtet daraus ein, daß sie mit der Aufgabe, Andere beständig zu bereichern, identisch wäre. Schon die Erhaltung der einzelnen Sache in dem Werthe, der sie zu einem Gute macht, fordert einen Aufwand von Arbeit und Capital, die in der *cautio usufructuaria* am auffallendsten bezeichnete *omnis cura rei*, welche nur ihr Nutzen belohnt und also Sache ihres Eigenthümers ist. Noch mehr gilt dieses von unserer gesammten Habe, wie sie als *universitas* auf den Erben übergeht, der auch die darauf haftenden Schulden bezahlen muß. Sie wird nur erhalten durch ein Erübrigen, daß an sich oder ohne Consumtion zum Re-

19) L. 2. pr. L. 27. §. 5. L. 11. §. 6. 9. 10. L. 17. L. 12. D. ad leg. Aqu.

20) L. 80. §. 1. eodem. Sasse, §. 69, Note a, S. 322.

hervorwachen fortschreitet. Eine solche erhöhte Bürgerpflicht müßte auf das Ganze nachtheilig zurückwirken und den allgemeinen Fortgang der Industrie, welche gerade der Wettzifer entgegengegesetzter Interessen befehdt, unmöglich machen, da jedes neue Etablissement, jede neue Unternehmung, wie die Kunstmühlen und Maschinenspinnereien, andere bestehende Etablissements mehr oder weniger außer Credit und Nahrung setzt und folglich um ihrem Werth bringt. Die augenblicklichen Uebelstände des Pauperismus müßten der Wohlfahrtspolizei überlassen werden, welche zudem nicht zwoel thun darf, damit der wichtigste Hebel, die Spannung der Selbstverhaltung nicht erlahme, der an Mitteln weit erfinderischer ist, als die Sorge von Oben herab. Wenn man also selbst bewusste nachtheilige Einwirkungen auf das Vermögen, auf die freie Dispositionsbefugniß Anderer, wie auf den Werth ihrer Besitzthümer, so weit wir uns der Dispositionsbefugniß über das Unfrige bedienen, oder als freie Wesen Anderen mit gleichen Waffen gegenüber stehen, von Rechtswegen nicht unbedingt verbieten kann, so würde es überdieß die Zurechnung in das Uebermenschliche steigern, wollte man gar noch für unwillkürliche und unbewusste Einsätze dieser Art verantwortlich machen²¹⁾.

Die allgemeine Bürgerpflicht bezieht sich daher allerdings auf einen positiven Effect durch physischen Einfluß auf einen fremden Körper, der dadurch verletzt, verdorben, zu Grunde gerichtet, oder doch dem Eigenthümer, wie der in die Tiefe geworfene Ring, das durch Verwechslung der Nummer weggeführte und verbrannte Holz, unwiderbringlich verloren geht, und hierin liegt der Thatbestand der Aquilischen culpa. Inrer Effect soll nun von uns nicht nur nicht vorsätzlich hervorgebracht, sondern auch überall, wo wir mit fremden Körpern in Berührung stehen, möglichst verhütet werden. Der ihm gegenüberstehende Anspruch auf überliche Unverletzlichkeit ist jedoch nicht bloß an unsere physische Person gerichtet, daß wir nicht, wie der Kaufbold oder der Gaukler, der sich von einer Höhe herabstürzt, durch diese schaden; er erstreckt sich auch auf diejenigen Naturursachen, welche, wie unsere Thiere, Licht und Feuer in unserem Hause u., unter unserer Disposition stehen und in unserem Eigenthume die Macht unserer Persönlichkeit erweitern. Da diese Persönlichkeit den Centralpunkte aller Zurechnung bildet, so kann die Verantwortlichkeit freilich über diesen Kreis nicht hinausgehen, und wenn man die Aquilische culpa auf ein Thun in dem weiteren Sinne zurückführen zu müssen glaubte, daß nicht von uns gefordert werden kann, das Eigenthum

21) Aus dem Gesagten ist leicht zu ersehen, was von der Kritik des Thomas aquinas und Gundling zu halten, welche die scharfe Fassung der lex Aquiliana darum tadeln, weil der Verläumber nicht darunter subsumirt werden könne, welcher es dahin bringt, daß mich Jemand aus seinem Testamente austreibt. Manzt er selbst an seine Nachrede, so kann begreiflich nicht einmal von der actio doli die Rede sein. Aber auch wenn es aus Bosheit gegen bessere Ueberzeugung geschehen, so wurde dadurch ein Dritter zu einer erlaubten Verfügung bestimmt, welche ich mir ohne Rücksicht auf die Motive gefallen lassen muß. Der Urkand dürfte also überhaupt nur auf die allein begründete ästimatorische Injurienslage von Einfluß sein.

Anderer zu bessern oder auch nur gegen nachtheilige Zufälle durch nicht zu unserer Disposition stehende fremde Naturursachen, oder gar gegen ihre eigenen Nachlässigkeiten zu bewachen, so ist das eine sehr einfache Wahrheit. Wo bliebe die Zeit, sich selbst zu leben, wenn man für Jedermann, oder nur für jeden Nachbar sorgen und darauf Acht haben müßte, ob z. B. auch das Dach desselben so verwahrt sei, daß kein Regen eindringt und das Gebäude ruiniert, oder ob, wie in der seltsamer Weise zur Unterstützung jener halbwahren These benutzten L. 18. D. 7. 1. erwähnt wird, sein Feld gehörig gepflügt, seine Neben nachgepflanzt und seine Wasserleitungen im Stande erhalten werden, deren Unterlassung freilich nicht *ex lege Aquilia* verantwortlich machen würde, aber nicht, weil es eine bloße Unterlassung ist, sondern weil es Niemand einfallen wird, die Besserung fremden Eigenthums in den Kreis der allgemeinen Bürgerpflicht hereinzuziehen. Umgekehrt würde eine solche eigenmächtige, nicht durch die Absicht einer nützlichen Geschäftsführung entschuldigte Unternehmung für die Folgen einstehen müssen, und wie ließe sich eine solche allgemeine Verpflichtung durchführen, ohne unerträgliche Einmischung in fremde Anlegen, welche gewöhnlich schlechten Dank ernten würde? — Wenn dagegen in jenem engeren Kreise eine Verantwortlichkeit uns angeschlossen wird, welche auf Zurechnung in vollem Umfange geht, so erscheint jene Bezeichnung schon darum sehr inadäquat, weil die Localität einer solchen auch die Dilligenz umfassenden Zurechnung in ihren letzten Gründen auf zum Theil unwillkürlichen Selbstthätigkeiten beruht, deren Abwesenheit in der Phänomenenwelt sich oft als Unterlassungsfehler darstellt, so daß man mit den Philosophen sagen kann, *bonum ex causa integra, malum a quolibet defectu*. Ueberdies aber kann eine gute Polizei den Umfang der Aquilianischen culpa auch materiell durch positive Gebote, namentlich durch die Pflicht, Nothleidenden beizustehen, oder einen auch außer unserem Eigenthum bemerkten Brand zu ersticken, oder, wenn man es selbst nicht vermag, Lärm zu schlagen, gar wohl auf reine Unterlassungen ausdehnen, und nach heutigem Rechte würde die entgegenstehende These viel zu weit führen, da wir ja das Nichthindern von Verbrechen, wo es ohne Gefahr für uns selbst und Andere geschehen konnte, sogar zu strafen, kein Bedenken tragen, den hier freilich oft schwierigen Beweis vorausgesetzt, daß es wirklich nur an uns gelegen hat, den Schaden durch pflichtmäßiges Handeln zu verhüten, und daß der Beschädigte nicht selbst die größere Schuld trägt.

So viel über den Thatbestand der Aquilianischen culpa. Was nun die Imputation betrifft, so haben wir die eine hier leitende Regel, welche sich übrigens auf die *lex Aquilia* keineswegs beschränkt, schon oben entwickelt. Wer sich einen Eingriff in fremde Rechte erlaubt, sich gegen ein bestimmtes Gesetz, gegen irgend eine Vorschrift der Polizei oder einer anerkannten guten Sitte, deren Beobachtung von unseren Nebenmenschen erwartet werden kann, vergeht, wird, da Rechtsirrtum oder Rohheit so wenig vor der Welt, als vor Gericht entschuldigen können, die Folgen seiner Handlung zu vertreten haben, und zwar, wenn sie die zureichende physische Ursache einer Beschädigung oder Verschlechterung, oder des ihr

gleichstehenden Abhandenkommens einer fremden körperlichen Sache ist, in Gemäßheit der *actio legis Aquiliae* oder der diese ergänzenden *actio in factum*. Die Mehrzahl der dahin gehörigen Fälle wird sich aus diesem *Princip* erledigen, das auch im *Criminatrechte*, obgleich hier anders modificirt, in der *culpa dolo determinata* eine so wichtige Rolle spielt, schon daraus bekannt, daß sie Manche, wie unter den Neueren *Geuerbach*, legislativ dem *dolus* sogar haben gleichstellen wollen. Nun könnte man aber versucht werden, diesem *modus ponens imputationis* einen *modus tollens* entgegenzusetzen in den bekannten: *qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam*, oder *nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere ius non habet*, als ob die Folgen allezeit als zufällig zu betrachten seien, so oft sich Jemand in seinem Rechte befinde. Wir müssen aber mit *Hasse* über die Unfruchtbarkeit dieser Weisung übereinstimmen. „Diese Regel, wenn man sie auch von Ausübung genereller Rechte, z. B. des Eigenthums versteht, leidet doch wieder so viele Ausnahmen, daß sie einem unter den Händen entschwindet, wenn man sie nicht festzuhalten dachte. Selbst wenn man sie so beschränkt, wie sie allerdings einen vernünftigen Sinn hat: wer auf seinem Grund und Boden (in suo) handelt, kann thun, was er will, so sieht man bald, daß sie nicht unbedingt sein kann, sondern daß man doch immer darauf Rücksicht nehmen muß, daß in der Nähe auch Leute wohnen, denen man nicht schaden darf. Das ganze *iudicium aquae pluviae arcendae* bestätigt übrigens diese Regel, macht sie aber auch durch Ausnahmen schwierig. Wo ist die Grenze, über die man mit Rücksicht auf die Nachtheile Anderer nicht hinausgehen darf, indem man von seinen Rechten an sich und ohne diese Rücksicht erlaubten Gebrauch macht?“²²⁾ — In der That würde die reine *culpa* größtentheils wegfallen, wenn jener Satz zu buchstäblich genommen wird, und man sagt wohl richtiger, daß keine Pflicht durch etwas Anderes aufgehoben werden kann, als durch eine mit ihr in Collision kommende stärkere Pflicht oder, wie man vielleicht besser sagt, durch den Grund einer stärkeren Verpflichtung, und daß dieses auch von der allgemeinen Bürgerpflicht, Niemandem zu schaden, gilt. Nur der ist von Verantwortung frei, wer unter den Umständen so zu handeln berufen war, und also von Rechtswegen zu handeln nicht umhin konnte. Ein solcher Beruf darf jedoch nicht bloß auf ein öffentliches Amt bezogen werden, es gehört dahin auch Alles, was der Mensch nach dem *honeste vive*, *se ipsum deserere turpissimum*, was der Bürger als *bonus paterfamilias* sich selbst, seiner Erhaltung, seiner Ehre, seinem Vermögen und seiner Familie schuldig ist. Darum muß schon nach dem am ange-

22) *Hasse*, S. 38, Note a. Er fügt bei, daß sich die Römer hier mit weichen Ertzfindigkeiten, und mehr glänzenden, als befriedigenden Antithesen betheilen, zwischen *alium laero, quo hic utebatur (adhuc)*, *prohibere* und *alteri damnum facere*, zwischen *nocere* und *non prodesse*. Allein es fragt sich, ob hierbei nicht der freilich oft in der Beurtheilung schwierige Unterschied gemeint war, den wir vorher bei der *culpa in faciendo* und *in non faciendo* zu substituiren versucht haben, und ob er nicht anders geurtheilt hätte, wenn er sich in diesem Punkte klarer geworden wäre.

fährten Orte von Gasse berührten Titel *de aqua et aquae pluviae arcendae* (39. 3.), besonders nach L. 1. §. 3—9. L. 2. §. 9., mein Nachbar selber zusehen, wie er sich wegen des ihm zugeführten Regenwassers vor Schaden behüten will, wenn der Zufluss von einem auf meinem Grunde errichteten oder getriebenen Werke herrührt, das ich, wie das Pflügen und Furchen, des Fruchtgewinns wegen nicht unterlassen konnte, oder das Werk das Wasser von meinem Grundstücke ableiten sollte, um nicht selber positiven Schaden zu leiden, weil es dann nicht zu vermeiden war, ohne mich dem gerechten Tadel eines liebevollen Wirthes auszusetzen. Nicht darauf, daß er auf dem Seinen handelt und diesem eine beliebige Gestalt geben darf, sondern auf diese Unvermeidlichkeit, um einer Verminderung unseres schon gegenwärtigen Vermögens, wobei der Aufwand für die Sache durch den Fruchtgenuss compensirt werden muß, zu begegnen, wird überall der Accent gelegt. *De eo opere, quod agri colendi causa aratro factum sit, Quintus Mucius ait, non competere actionem. Trebatius autem, non quod agri, sed quod frumenti duntaxat quaerendi causa aratro factum sit, solum exceptit.* — Sed etiam quis etiam sine sulcis aquariis arare et serere possit, teneri eum, licet agri colendi videtur fecisse. — Idem Labeo ait, si vicinus flumen vel torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae non posse — si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat, welches Letztere ohne Zweifel darauf ankommt, ob er es nicht auf eine unschädliche Art ableiten konnte. Dasselbe gilt von Abzugsgräben, um den Boden trocken zu legen, die nur, wo möglich, vertheilt werden sollen, damit nicht die unnöthig in eine Rinne zusammengeleiteten Gewässer eine zu heftige Strömung verursachen. Derselbe Titel gibt dagegen dem Nachbar keinen Anspruch, wenn ihm das ohne Servitut zugeflossene Wasser bisher genutzt, und ihm nun durch eine Unternehmung oder Vorrichtung des Anderen entzogen wird, womit dieser sein Grundstück zu verbessern glaubt. Die Verfügung des Eigenthümers ist also nur beschränkt durch die Rücksicht, den positiven Schaden Anderer möglichst zu verhüten, welcher durch physischen Einfluß auf die körperliche Sache hervorgebracht wird, wie ihn die *lex Aquilia* durch ihr *ruptum, corruptum, fractum, ustum, scissum, collisum et effusum, et quoquo modo peremtum* bezeichnet, und selbst dieser darf einem eigenen Schaden untergeordnet werden, jedoch in dem vollen Sinne, daß der Letztere nicht nur den positiven, sondern auch den privativen Schaden begreift, d. h. denjenigen, der unser Eigenthum als Bestandtheil unserer gesammten Habe in ein todes Capital verwandelt und unser gegenwärtiges Vermögen vermindern würde, was das Recht keinem *bonus et diligens paterfamilias* zumuthen darf, eben weil es zu dieser *cura omnis* nur ihn und keinen Anderen beruft. Die natürliche Billigkeit und unser gemeines Recht dürften jedoch dieses *idem et idem*, diese Vergleichung und beziehungsweise Unterordnung auf conservative Tendenzen beschränken, bloß mit dem Unterschiede, daß die Rücksicht, die

man Andern schuldig ist, ein freistelltes, die Freiheit, die man sich selbst schuldig ist, ein intelligibles Object voraussetzt, das aber schon wirklich sein muß. Die Regel: *qui suo iure utitur, nemini facit iniuriam*, trieb daher nicht aus und muß wenigstens sehr *cum grano salis* verstanden werden. Denn so gehört es zu den unstreitigen Ausflüssen des Eigenthumsrechtes, *speciem fundi* verändern zu dürfen, und z. B. einen Acker in eine Wiese zu verwandeln. Eine andere Frage ist aber die, ob diese Verbesserung mit Nachtheil der Unterlieger geschehen darf, wenn ihnen durch die zu ihrer Bewässerung getroffenen Anstalten neues Wasser zugeführt würde, so gewiß sie sich vorher den durch die zum Ackerbau nöthigen Arbeiten verursachten Zufluß haben gefallen lassen müssen, und das Feldgericht würden zu arbiträren haben, in wie weit er die neue Einrichtung treffen darf, damit sich die Nachbarn nicht dabei verschimmern. Denn er wird hier angesehen nicht als einer, der sein schon gegenwärtiges Vermögen erhalten, sondern als ein solcher, der die Summe der zu seiner Disposition stehenden Güter, obgleich nur insofern, mit einem neuen vermehren will, und dahin deutet die oben angeführte und in der Justinianischen Compilation stillschweigend gebilligte Ansicht des Aebatius. Andere Benachtheiligungen, welche sich unsere Mitbürger in Folge einer Ausübung unseres Rechtes gefallen lassen müssen, z. B. wenn ihnen durch ein auf unserem Grund und Boden errichtetes Gebäude die Aussicht genommen, durch einen auf denselben gegrabenen Brunnen der ihrige verloren geht, erklären sich schon aus dem einfachen Grunde, weil dieses bloß moralische Einflüsse sind, welche nur die Annehmlichkeit und den Werth ihres Eigenthums vermindern, deren es so unendlich viele gibt, daß alle Freiheit des eigenen Rechtes aufgehoben wäre, wollte man sie durch mehr Rücksichten beschränken, als durch die gröbere, welche uns die Körperwelt aufbringt. Für die Pflicht, Andere nicht zu benachtheiligen, kommt das fremde Eigenthum nur als Körper in Betrachtung, für die Freiheit aber, sich über diese Nachtheile wegzusetzen, einschreibt auch die moralische oder, wenn man lieber will, national-ökonomische Eigenschaft des unsrigen als Gut, so weit sie darin schon verkörpert ist. Obgleich diese rein civilrechtlichen Verhältnisse benachbarter Gutshöfe nicht auf Schadenersatz, sondern nur auf wechselseitiges Wehren und Daulden gehen, um im Frieden neben einander zu bestehen, und daher der erstere nach der Art der *cautio damni insooti* nur zu leisten ist²³⁾, wenn er nach der *litiscontestatio* entstand, — ob bei einem aus reiner That verursachten Schaden nicht die *actio doli* begründet werden könnte, ist eine nicht sehr praktische Frage, weil der frühere Schaden dabei wohl schon bedeutend genug ist und der Scheingrund einer Ausübung des eigenen Rechtes den Beweis des *dolus* zu sehr erschwert, obwohl sie nicht unbedingt zu vermehren sein dürfte, — so dient doch diese Analogie sehr zur Erklärung der Aquilischen *culpa*, und man braucht nur an die Nachwehr zu denken, um sich zu überzeugen, daß dabei ähnliche Verhält-

23) L. 6. §. 6. D. de aqua et aquae pluviae arcendae L. 11. §. 3. eodem.

nisse zur Sprache kommen. Unser Hauptzweck war der, in das Licht zu setzen, daß sich die Ausschließung aller Verantwortlichkeit nicht in den obgedachten allgemeinen bejahenden Satz befragen läßt, mit dem man wenig ausrichtet.

Nicht minder unglücklich ist jedoch die umgekehrte allgemein verneinende Fassung, womit sich v. Löhner²⁴⁾ begnügt hat: „jede Handlung, zu deren Vornahme man nicht bestimmt (?) berechtigt, und jede Unterlassung einer Handlung, wozu man verbunden ist, enthält mit Nothwendigkeit einen Eingriff in fremde Rechte, wodurch die Auflösung rein in die Objectivität gelegt wird.“ Dieser Schriftsteller, welcher keineswegs ein so roher Materialist ist, als Schönmann, hat zwar in seinem Sinne ganz recht, weil sich auch da, wo Jemand ein an sich ziemliches und unverbotesenes Werk treibt, die Widerrechtlichkeit seiner Handlung allegirt in der Art, in dem unrechten Orte oder in der Unzeitigkeit derselben ausdrücken wird, und dieses, da es keine subjective Widerrechtlichkeit gibt, die nicht in eine objective ausginge, der echte Probierstein ist. Allein man frage nur weiter, woran erkennen wir bei einer an sich nicht unerlaubten oder auch gleichgültigen und nicht schon unzweideutig illegalen Handlung, daß sie nicht so oder auf diese Art vorgenommen werden durfte, und man wird sogleich das Bedürfnis einer rationelleren Bestimmung fühlen. Die Antwort wird dahin ausfallen, aus dem prius des daraus geschlossenen animus des Handelnden oder des Mangels der von ihm unter den Umständen zu erwartenden Diligenz. Besonders bei der letzteren muß es auffallen, daß es sich zwar von einer nach dem Gesetze, aber nicht aus dem Gesetze bestimmbareren Unerlaubtheit handelt. Nicht die äußere Handlung, sondern ihr subjectiver Charakter wird entscheiden, welcher der äußeren Handlung erst die Farbe gibt und dieselbe äußere Handlung bald befleckt, bald beschönigt. Die Ausmittelung dieser inneren Widerrechtlichkeit kann daher kein Geschäft einer stereotypisch zu fixirenden bestimmenden Urtheilskraft sein, welche das Besondere unter ein schon fertiges Allgemeine subsumirt. Sie fällt vielmehr der reflectirenden Urtheilskraft anheim, welche gewissermaßen schöpferisch für den besondern Fall die Regel erst auffuchen und herausfinden muß. Damit hängt dann weiter die Frage zusammen, wer hat den Beweis der culpa zu führen, der in unschuldiger Absicht Handelnde, dessen Unternehmung unglückliche Folgen gehabt hat, oder der Beschädigte? — So gefährlich der Satz ist, was nicht verboten ist, das ist erlaubt, so leicht er benutzt werden kann, recht tückisch in fraudem legis zu handeln, so wäre doch die Umkehrung desselben, was nicht erlaubt ist, das ist verboten, noch weit ärger und für die natürliche Freiheit absolut vernichtend. Es sind daher genauere Regeln nöthig, wobei uns auch unser gemeines Recht keineswegs im Stiche läßt, das gerade hier, wo die subjective Widerrechtlichkeit rein in Betrachtung kommt, weit davon entfernt ist, die Zurechnung über dem dem Menschen natürlichen und gewöhnlichen Fleiß zu steigern. Die Bei-

24) Theorie der Culpa, S. 41.

platz, wozu Haffe²⁵⁾ dieses gezeigt hat, fallen alle in diese Kategorie, und waren daher, obgleich er diesen Moment nicht genug hervorgehoben, glücklich gewählt. Wir glauben aber, zur Warnung vor einer ungeschickten Anwendung des bekannten, in einem ganz andern Sinne gemeinten, in *logo Aquilia et culpa levisissima venit*, noch weiter behaupten zu dürfen, daß dabei, ziemlich parallel mit der Prädication der culpa in *Contractus* und *Quasicontractusverhältnissen*, sogar Prädicationsarten sich unterscheiden lassen. Schon in der Beschränkung der allgemeinen Bürgerpflicht, die man fremdem Eigenthum schuldig ist, auf Vermeidung körperlicher Beschädigung liegt es, daß das Recht von uns nur solche billige Rücksichten erwartet, an die jeden Achtsamen sinnliche Gegenwart und Nähe mahnen werden. Desto strenger sind wir freilich an diese Rücksichten auch bei einer an sich unschuldigen oder nicht absolut verdammenwerthen Handlung gebunden, und namentlich verkehrt sich von selbst, daß wir die Ausübung unseres Rechtes oder den Gebrauch unserer natürlichen Freiheit nicht bloß zum Wortwande nehmen dürfen, Anderen vorsätzlich zu schaden und dadurch unsere Rache oder unseren Neid zu befriedigen, welche Leidenschaften, wo sie einen an sich und durch den bloßen Erfolg schon widerrechtlichen Schaden durch eine selbstständige Handlung anrichten, wozu wir nicht bestimmt ermächtigt oder verpflichtet sind, unstrittig *ex dolo* verantwortlich machen, wohingegen die schlechte Gesinnung und die niederträchtige Absicht allein, welche eine innerhalb unserer eigenen Rechtsphäre sich verlaufende Handlung ohne selbstständige Wirkung bloß begleitet, vor dem äußeren Forum keine Folgen hat. Darüber wird nie ein Streit entstehen, und dieser wird sich immer nur um bloß unbedachtsame oder unvorsichtige Unternehmungen bewegen. Bei diesen nun wird die Verantwortlichkeit bestimmt werden a) durch die Vergleichung des eignen erlaubten Zweckes mit dem Nachtheile, der dem Andern bevochwand, ob das, was wir unserem Amte oder auch im Hausvaterberufe unserem Ehe- und Erhaltungstrieb schuldig sind, nicht stärker verpfichtet, als die Rücksichten, welche unsere Nebenmenschen von uns erwarten dürfen; b) ob sich diese Rücksichten mit der Erreichung des eignen Zweckes vereinigen lassen, oder ein wahrer Collisionfall eintrat; ferner c) wenn auch der Nachtheil vermieden werden konnte, ob der von uns verfolgte Zweck so beschaffen war, daß er unsere Aufmerksamkeit zu stark in Anspruch nahm, als daß wir so weit hätten denken können, wobei besonders ein gewisser Affect und der Berufseifer in Betrachtung kommen werden. Endlich aber gibt es d) unstrittig auch einen factischen Irrthum, der alle Zurechnung ausschließt, weil er jeden mahnenden Gedanken an einen irgend Jemand schuldigen Fleiß gar nicht aufkommen läßt und für den in eigenen Angelegenheiten versäumten Fleiß uns wohl Tadel, aber keine Verantwortlichkeit treffen kann. Ob diese Momente die Sache erschöpfen, lassen wir dahin gestellt, es genügt uns, wenn sie zur vollständigeren Aufklärung unserer Aufgabe beitragen und darauf aufmerksam machen, wie sehr die Theorie der culpa von dieser Seite noch einer befriedigenderen

25) 2. Cap. §. 15.

Beleuchtung bedarf. Auch werden wir uns auf einzelne zur Erläuterung genügende Erörterungen beschränken.

Wollte man auch die bloß civilrechtliche Vertretung der culpa rein objectiv bestimmen, so wäre die kleinste Ueberschreitung der Nothwehr, wie sie unsere eigene kalte Beurtheilung nach der That oft nicht verkennet und ein zartes und wohlwollendes Gemüth nicht selten bedauern läßt, der *lex Aquilia* verfallen. Allein sowohl unsere Gesetze, als eine entschiedene Praxis urtheilen anders und machen bei der durch einen ungerechten Angriff auf ein Gut, das wir unter den Umständen für unerföglich verloren achten konnten, abgcnöthigten gerechten Gegenwehr im Grunde nur für *dolus* und *culpa lata tenent*. Wenn nur die Art der Wertheldigung und die uns zu Gebote gestandene Wahl ihrer Werkzeuge nicht schadenfrohe Nachlust oder eine rohe Gleichgiltigkeit verräth, so wird die bloße Unbedachtsamkeit, in der der in Nothwehr Bersekte sich nicht anders zu rathen wußte, ihm nicht imputirt werden. Seine gerechte Entrüstung und Bestürzung nehmen ihn, wo er genöthigt war, sich selbst zu helfen, in den Schutz. Bei einer Leib und Leben bedrohenden Gefahr ist dieses außer Zweifel. Das moderamen macht in dieser Lehre weniger Schwierigkeit, als die Frage, ob, welche von dem Verhältnisse abhängt, in welchem das bedrohte Gut zu dem dem Angreifer zugesügten Uebel stand. Darüber ist man einig, daß völlige Gleichheit dieses Verhältnisses nicht nöthig ist, daß ich z. B. mein Auge, oder meine geraden Glieder mit dem Verluste des Lebens des Angreifers retten kann, da eins wie das andere unerföglich sind, und dafür spricht auch schon die Analogie der oben berührten civilrechtlichen Bestimmungen, welche es unter Umständen gestatten, fremden Vermögensnachtheil nicht anzusehen, wo es die Erhaltung unseres Eigenthums, als Körpers oder auch nur als Gutes in unserem Vermögen, nicht vermeiden läßt, wobei wir jedoch nicht übersehen dürfen²⁶⁾, daß dort vom Wasser die Rede ist, das vom Himmel fällt, dessen verstärkter Zufluß nicht auf einmal und nicht unabwendbar durch, wenn auch beschwerliche Anstalten, und zwar durch ein diese Zwischenursache in Wirksamkeit setzendes, an sich unschuldiges Werk schadet. Ob nun aber das Mißverhältniß so weit gehen darf, daß ich nicht bloß zur Abwehr einer fortgesetzten Gewalt, sondern zur Rückbemächtigung des Meinigen auf den mit einer unbedeutenden Sache entfliehenden Dieb schießen und ihn dadurch in Lebensgefahr setzen darf, wird zwar von neueren Gesetzgebungen gegen das gemeine Recht gebilligt, dürfte aber in der Theorie stets bestritten bleiben. Es scheint zwar zunächst nur das Recht auf Verwundung, damit der Dieb nicht weiter laufen könne, gemeint, womit aber die höchste Diligenz zu Verhütung größeren Schadens so

26) Etwas Anderes ist es, wenn es sich, obgleich aus guten ökonomischen Gründen, von unmittelbar gefährlichen Unternehmungen auf unserem Eigenthum, wie bei den Römern vom Anzünden der Stoppeln, oder bei uns von Sprengung von Felsen durch Schießpulver handelt, die in der Umgegend Verwüstung anrichten oder gar Personen gefährlich werden können. Da ist die Unverhältnißmäßigkeit dieser Gefahr zum eigenen Vortheil zu groß, als daß weniger, als der höchste Fleiß entschuldigt.

wenig vereinbar ist, daß die Verpflichtung dazu, fast wie das Ausschneiden eines Stück Fleisches aus einem lebenden Menschen ohne Blutvergießen in Shakspeare's Kaufmann von Venedig, einem indirecten Verbote gleich stünde.

Für mehr scheint auch der in seinem Amte handelnde öffentliche Diener, besonders im Zusammenhalt mit dem iudex, qui litem suam fecit²⁷⁾, nach der L. 29. §. 7. D. ad leg. Aqu. nicht tenent zu sein. Wenigstens sind die Beispiele seiner Verantwortlichkeit, wenn er gegen bestimmte Gesetze oder Instruktionen verfährt, die er kennen und nicht verachten soll, wenn er dem gepfändeten Sklaven über die dem Verhunger ausgesetzte Zeit keine Speisen zubringen läßt, Fälle einer groben Schuld, welche übrigens bei der seiner eignen Würde schuldigen und im Verfabren zu beobachtenden Ruhe und Leidenschaftlosigkeit leichter eintreten wird, als bei dem durch seinen Affect entschuldigtem Angegriffenen. Doch soll es ihm hingehen, wenn er durch einen Widerseßlichen gereizt (si adversus resistantem fecerit violentius), in seinem Amtseifer etwas zu weit gegangen ist. Unbedingt wird er aber von der Verantwortlichkeit losgesprochen, wenn der gepfändete Sklave sich erhängt hat, obgleich man hier, wie bei einem scheuen und unruhigen Thiere, das auch im Pfandstalle leicht Schaden nimmt, unter Umständen einige Dilligenz vermissen könnte, wenn die gewiß nicht ohne Vorzeigen zu diesem Extreme fährende Verweilung des Gepfändeten zu bemerken Gelegenheit gewesen und dieser dennoch weder bewacht noch festgeschlossen wurde²⁸⁾.

Die scheinbar harte Decision, daß derjenige, welcher in der Nothwehr den Unerwarteten trifft, ex lege Aquilia tenent bleibe, ist doch wohl auf den Fall zu beschränken, wenn ihm in dieser Beziehung eine gröbere Schuld zur Last fällt, wie es namentlich bei einem, außer der Hand nicht mehr zu beherrschenden, Steinwurfe der Fall ist, wenn an dem Orte des Angriffes noch Andere wandeln. Der ungerechte Angriff des Steines kann begrifflich nicht von den Rücksichten entbinden, die man gegen die unschuldig Anwesenden zu beobachten hat. Obnehin scheint Paulus in den Schlussworten des Fragments²⁹⁾ auf die Zweideutigkeit des gewählten Vertheidigungsmittels hinzudeuten, das mehr einer bezweckten Rache gleich sei. Ein unbesuchter Ort, ein gar nicht vorauszusehendes Unterlaufen und der Gebrauch einer Vertheidigung, deren Wirkung und Richtung er sich sicher erachten durfte, würden die Sache bedeutend verändern. Daß übrigens nach Art. 145 C. C. C. in allen diesen Fällen von peinlicher Strafe keine Rede sein kann, gehört nicht hierher.

27) Besonders L. 15. §. 1. D. de iudiciis. (5. 1.)

28) Daß in unseren Pandekten nur die städtischen Obrigkeiten erwähnt werden, erklärt sich aus dem publicistischen Grunde, weil die magistratus maiores, als keine Majestäten, während ihrer Amtsführung nicht belangt werden konnten und es auch nach derselben nur aus bestimmten Gesetzen. Daß man aber unseren Beamten im Rechtswege keine größere Verantwortung, als den erleren aufzulegen kann, beweisen wir nicht, wenn auch schon das Gegentheil behauptet worden ist.

29) L. 45. §. 4. D. h. t.

Auch die Ueberschreitung des Züchtigungsrechtes soll, wie uns das Ganze der hierüber in unseren Pandekten freilich sehr zerstreuten Hauptstellen³⁰⁾ zu ergeben scheint, komme es nun in der auf den Usfructuar nur beschränkt, auf den Ehemann u. mit fremden Slaven völliger übergehenden Hauszucht (coercitio), oder bei einem Lehrer vor, nur durch dolo und culpa lata aus dem Aquilischen Gesetze verbindlich machen. Denn einmal wird überall nur von saevitia, ja von nimia saevitia praeceptoris, mariti gesprochen, welche hier als culpa in die Zurechnung falle. Das heißt doch gewiß nur jene unnatürliche Rohheit, welche sich den wilden Ausbrüchen des Zornes überläßt, und bezeichnet in unseren Fragmenten gerade die gleichsam personificirte oder eingestrichelte culpa dolo proxima. Dann aber sind die angegebenen Beispiele, wenn der Schuhmacher seinen Lehrling, welcher nicht Acht gibt und seine Sache schlecht macht, mit dem Leisten so roh mißhandelt, daß er um sein Auge kommt, auch objectiv von der entsprechenden Beschaffenheit einer durch den Gebrauch eines ungeeigneten Werkzeuges in eine culpa dolo determinata ausartenden augenscheinlichen Ueberschreitung des Züchtigungsrechtes, das wohl Schmerzen verursachen, aber der Gesundheit keinen Schaden zufügen darf, der, wenn der Gezüchtigte ein Slave war, seinen Werth verminderte. Merkwürdig ist es dabei, daß aus dem allgemeinen Grunde, weil der in seiner Hitze so sehr sich vergessende Lehrer non iniuriae faciendi causa hoc fecerit, sed praeciipiendi, vel monendi, selbst bei einem filius familias, die Injurienklage, welche gerade bei bloßen blauen Striemen oder Suggillationen die Aquilische hätte ergänzen können, unbedingt ausgeschlossen wird³¹⁾. Es scheint also wirklich, daß im Sinne unserer Classifier bei der nicht zu verwerfenden wohlgemeinten Absicht der Besserung des Gezüchtigten, wie in den Contracten, die nur zum einseitigen Besten des Gegentheiles gereichen, der bloße Amtseifer durch eine ins Unmenseliche gehende Härte und Fühllosigkeit aufgewogen sein müsse, um hier wahre culpa zu erkennen, und daß von einer culpa lovisissima in der früher gewöhnlichen Bedeutung auf keinen Fall die Rede sein könne. Das Resultat möchte dahin gehen, daß es darauf ankommt, a) ob das dem Untergebenen oder Lehrling zugefügte Leid noch unter der leidenschaftlosen Form einer wahren Züchtigung erscheint, oder, wie das Treten, Niederwerfen, Schütteln, Stoßen, oder der Gebrauch von Instrumenten, wie sie in Kaufhändeln die unbestimmte Absicht zu schaden aus

30) L. 5. §. 3. L. 6. D. 9. 2. L. 13. §. 4. D. locati. L. 17. §. 1. D. de usufructu. L. 24. §. 5. D. 24. 3. Die vorletzte Stelle heißt: Ex eo, ne deteriozem conditionem fructuarii faciat proprietarius, solet quaeri, an servum dominus coercere possit. Et Aristot. apud Cassium notat, plenissimam eum coercionem habere, si modo sine dolo malo faciat, quamvis usufructuarius ne contrariis quidem ministeriis, aut inusitatis artificium eius corrumpere possit, nec servum cicatricibus deformare. Rom Usfructuar handelt L. 23. D. de usufr. in fine.

31) Dieß bestätigen noch besonders L. 15. §. 38. 39. D. de iniuriis. L. 16. §. 2. D. de poenis: Verberibus, quae impunita sunt a magistro allata, vel a parente, quoniam emendationis, non iniuriae gratia videntur adhiberi.

dem Streif ergreift, nur als Mißhandlung aufzufassen ist. b) Ob die gewählte Züchtigungsart nicht durch Recht oder Gewohnheit von der Competenz dessen, der sie anwendet, ausgeschlossen ist, wie wenn der Usufructuar die ihm vertrauten Sklaven durch flagellatio, die nur dem Haus- und Criminalrichter erlaubt waren, zur Arbeit antreiben wollte, oder einer unserer Schullehrer statt des gewöhnlichen Schulstockes die Hundpeitsche oder den Kautschuh applicirte. Ist dagegen c) die gewählte Züchtigung eine der in seiner Befugniß liegenden, so wird ihm wegen des Mißverhältnisses zur Schuld, die als Reflexionsfehler passieren muß, schwer beizukommen sein, wenn wir, vom Disciplinarwege abgesehen, den bloß rechtlichen Standpunkt fixiren wollen. Die körperliche Züchtigung muß ins Unmenschliche fortgesetzt sein, so daß das *id non intelligere, quod omnes intelligent, applicabile* wird. Nach der Analogie des *magistratus aliquis agens violentius adversus resistentem* kommen wir daher auch hier nicht über die *culpa lata* hinaus. Einige Ueberschreitung muß hingehen.

Ähnliche Betrachtungen hat Haffe in Beziehung auf den Baumständer, auf den, der sein Stoppelfeld nach dem aus Virgil bekannten wirtschaftlichen Gebrauche anzündet, bei dem Hinaustreiben eines fremden Stalles Vieh, das sich auf unser Grundstück verlaufen hat, bei dem, der in der Spitze des Ballspiels einen ihm in dem Aufgreifen des Balles zuvorkommenden fremden Sklaven niederstieß, daß dieser ein Wein brach, so betriebigend entwickelt, daß wir auf ihn lediglich verweisen können. Als Beispiel eines factischen Irrthums kann vorzüglich der *bonae fidei possessor* vor der *litis contestation* angeführt werden, der, mag er auch das von ihm auf öffentlichem Markte gekaufte Pferd zu einem noch so geschäftlichen Ritte gebrauchen, oder so mißhandeln, daß er als Hausvater Lobel verdient, darum nicht von dem dasselbe vindicirenden wahren Eigenthümer in Anspruch genommen werden kann. Gundling erläutert den Gegensatz, auf den unsere Lehre zurückgeführt werden muß, in seiner unerschrockensten Weise also: „Ein Student schoß mit einem Blaserohr nach einem Sperling, traf ein Kind ins Auge, welches das Auge darüber verlor. Er hat dem Kinde das Auge nicht wollen ausschließen, deswegen wurde er auch nicht gestraft; aber er war nicht *extra omnem culpam*. Wer heißt ihm in der Stadt schießen? — Aber wenn der *Casus* so ist, welcher auch in *facto* passiert: Es ist Einer mitten im Walde, er hat ein mit Schwert sehen laufen; endlich sieht er, daß sich etwas regt, schießt hin und schießt einen Keel todt. Quaeritur: ob ihm solches kann imputirt werden? Resp. quod non. Dieses ist mehr *pro fato* zu halten. Wäre einer vorwunden, der *error* sei *vincibilis*, so kann man antworten: wer vermutet wohl, daß mitten im Walde sich ein Keel aufhalte? — hätte er dann rufen sollen: steckt vielleicht ein Bengel hinter dem Busch? So jaget man nicht, die Sau würde alsdann wegelaufen sein. In *criminibus* gibt es immer Irrthümer, die *invincibiles* sind, aber bei *bonis contractibus* nicht leicht. In *Contractsfachen* habe ich Zeit, da kann ich mich um Alles erkundigen, aber in *oriminibus* geht es nicht so an. Wenn ich aber an der Waldspitze geschossen hätte, da wäre es etwas *liberes, minima circumstantia variat ius*, alsdann kann einem solches

imputirt werden, weil sich da oft Leute pflegen hinzulegen³²⁾. — Nimmt man die Wahrscheinlichkeit des Erfolges als den einzigen Maßstab für die Beurtheilung, ob culpa vorhanden oder nicht, so möchte die letztere weniger bei dem Studenten, welcher funfzigmal aus seinem Blasrohr schießen konnte, bis er einmal nur unrecht, und hundertmal bis er in ein Auge traf, als bei dem Jäger anzunehmen sein, und doch hätte Gumbing den letzteren, nach der Aeußerung, daß der von ihm angerichtete Schaden ein *damnum fatale* sei, freisprechen müssen, wenn der aus dem Busch hervorgekommene Mensch, bloß lahm geschossen, den physischen Urheber jener Lähmung *ex lege Aquilia* auf die Curkosten und seine Verschümnisse belangt hätte. Worin liegt nun der Unterschied, dem ein gesundes Gefühl beizustimmen gleichwohl nicht umhin kann? — Ohne Zweifel darin, daß der Student sich mit seiner brotlosen Uebung nur die Langerweile vertrieb, und dieß nur auf eigne Gefahr thun durfte, während der Jäger in seinem Dienste, in seinem Gewerbe sich befand, und diesem ordentlichen Berufe seine ganze Aufmerksamkeit so schuldig war, daß er, wollte er diesem gemäß handeln, an die Gefahr nicht mehr denken konnte. Je eitler, unfruchtbarer und vermeidlicher ein Treiben für uns selbst war, desto mehr steigt die Haftung für fremden Schaden bis zum *periculum*, und dieses hat noch den weiteren Grund, weil, je mehr sich dieses Treiben von einem der gewöhnlichen Lebensberufe, in der die Menschheit ihren allgemeinen Beruf individualisiren muß, entfernt, um so mehr auch jeder Vergleichungsmaßstab wegfällt, — ein Satz, der sich auf jeden in das Grillenhafte oder in eine Pöffe ausartenden Gebrauch der natürlichen Freiheit, z. B. auf das Schlagen eines Wurzelbaumes, anwenden läßt. Beim Jäger haben wir in diesem Vergleichungsmaßstabe eine feste Grenze dessen, was jedem ordentlichen Jäger im gleichen Falle begegnet wäre, an die wir uns halten können. Bei jenen Originalen geht dagegen diese Grenze verloren, und wir sind daher nothgedrungen, das Aeußerste zu verlangen, um nicht überhaupt jede Verantwortlichkeit aufzuheben. Umgekehrt erhöht wieder der gewählte Lebensberuf aus mehrfachen Rücksichten die Ansprüche an unseren Fleiß. Dem Jäger, dem Soldaten, die täglich mit geladenem Gewehr umgehen, wird die geringste Unvorsichtigkeit im Tragen, Aufhängen desselben u. zugerechnet werden, die einem Bauer hingehen würde, der unter den Umständen nicht vermeiden konnte, sich damit zu befassen. Jede Nachsicht wäre im ersten Falle höchst gefährlich, eben weil das Gleiche bei ihnen zu oft vorkommen kann. Wer sich nicht darauf versteht, soll so was am wenigsten zu seiner täglichen Beschäftigung machen, wie es schon nicht anders, als auf eigne Gefahr zugelassen werden kann, sich mit Geschäften dieser Art, und sei es Hundeführen und Rutschiren, ohne Noth zu befassen, ohne der Kräfte und Fähigkeiten, welche zu einem ordentlichen Manne *eius conditionis* gehören, gewiß zu sein. Diese Verpflichtung erhöht sich, je mehr die Ehre und Einträglichkeit, welche das Geschäft ihm belohnt, auf dem Nutzen beruht, den es Anderen gewährt und verspricht. Daher der Fleiß, den wir von dem Arzte, von dem Operateur, von dem

32) Discours über das Natur- und Völkerecht, S. 67.

Künstler verlangen, denen eben deswegen in unseren Fragmenten angerathen wird, sich auch gegen das, wofür sie unmöglich einstehen können, lieber zu verwahren, weil sie sonst angesehen werden, als haben sie die Gefahr auf sich genommen, was zugleich den von Hagemester entwickelten Einfluß der Vertragsverhältnisse auf die Aquilische culpa außer Zweifel setzt³³⁾. So berühren sich die Extreme in dieser Lehre, welche je einfacher in ihren Principien, desto schwieriger und verwickelter in der Anwendung ist. Doch genug über die Aquilische Culpa, bei der wir, da sie zugleich den allgemeinen Theil unserer Doctrin zu entwickeln Gelegenheit gab und in unserer Literatur noch am meisten desideriren läßt, am längsten verweilen mußten. Bei der besser vorgearbeiteten außeraquilischen culpa dürfen wir uns dagegen kürzer fassen.

Die außeraquilische culpa unterscheidet sich von der Aquilischen hauptsächlich durch ihr Object, und begreift auch solche Vermögensbeeinträchtigungen, welche aus keiner Körperverletzung an Personen oder Sachen, und solche Körperverletzungen, welche nicht unmittelbar aus der uns zu competirenden Handlung, sondern erst aus einer eignen freien Verfügung des Beschädigten, als nächster Ursache, entstehen und durch das, was wir zur Erweiterung seines Vermögens zu seiner Verfügung gestellt haben, veranlaßt worden sind. Sie setzt eine Verpflichtung voraus, Andere vor Nachtheil zu warnen und zur Erhaltung ihres gegenwärtigen Vermögens *licita* mitzuwirken, auf welche, wie wir gesehen haben, die allgemeine *licita* durch kein Gesetz ausgedehnt werden konnte, weil sie mit der Sorge für die eigne Erhaltung, wozu das Recht vor allem ermächtigt war, unvereinbar, nur durch Willkür übernommen sein kann. Sie setzt mit einem Worte eine Obligation voraus, während die Aquilische eine Obligation erst hervorbringt. Die letztere erstreckt daher, von dem Falle des *dolus* abgesehen, in ihrer reinsten Gestalt als bloße culpa, neben der zur höchsten Verantwortlichkeit verbindenden *casus*, welche sich unbedenkenlich mit fremden Sachen befaßt, oder dem, was in der Welt für einen bloßen Muthwillen gilt, hauptsächlich bei der Berufschätigkeit, bei der Ausübung des eignen Rechtes und dem Gebrauch der natürlichen Freiheit, welche uns verkümmert würden, wollte man die Zumuthung, für Andere bedacht und besorgt zu sein, so hoch setzen, daß wir darüber uns selbst und das, was uns zu thun gebührt, vergessen müßten. Aber sie schließt nicht einmal alle dolose Facten ein. Wer Jemand wissentlich schlechte Stützen oder schadhafte Gefäße leiht, schadenfroh oder gleichgiltig, ob das gestützte Gebäude zusammenbricht, oder wer in die letzteren gefüllte Wein verdirbt; noch mehr, wer dem Anderen eine fremde Sache schenkt und ihn dadurch um den vor der *eviction* daraus gemachten Aufwand bringt; wer mir erlaubt in seinem Grundstücke Löcher zu graben und, nachdem dieses mit Kosten geschehen ist, dessen Lasten nicht leidet; wer einen ihm als Dieb bekannten Sklaven ungewarnt verkauft, oder ihn zu kaufen Auftrag gab, — kann so wenig unter das Aquilische Gesetz gestellt werden, als die Klage aus diesem Gesetze

33) L. 27. §. 29. D. ad leg. Aquil.

demjenigen zugestanden wird, welcher an der verdorbenen oder zu Grunde gerichteten Sache noch kein Eigenthum, sondern nur ein Forderungsrecht auf dieselbe hat; und es war ein starker Mißgriff von Schömann, wenn er in beiden Beziehungen schwankte und Beeinträchtigungen hierher bezog, welche zum Theil nur *ex dolo* oder *culpa lata* verantwortlich machen, und daher nach der ausdrücklichen Entscheidung unseres gemeinen Rechtes nur mit der *actio doli* oder mit einer *Contractsklage* verfolgt werden können, deren es gar nicht bedarf, wenn das durch eine allgemeine Bürgerpflicht zu einem kategorischen Unrecht erhobene Uebel, wie bei der Tödtung, in dem Erfolge liegt, so daß dadurch jede Zurechnung mindestens civilrechtlich in Anspruch genommen wird, sobald es ohne eignen Nachtheil von uns auch nur verhütet werden konnte, was nicht der Fall ist, wenn es nur durch ein ohne Entgelt uns nicht zuzumuthendes Opfer in der gewöhnlichen Benützung unseres Eigenthums oder nur durch Aufwand von Arbeit und Mitteln möglich war, da wir Anderen nur nicht schaden, aber nicht zugleich nützen sollen. Daher fällt auch der *Usufructuar*, der z. B. die Wasserleitungen und Wehre nicht gehörig unterhält, wobei in Zeiten oft mit etlichen Thalern ausgerichtet wird, was auf die Dauer durch die Einwirkung des Elementes zur Wiederherstellung ein großes Capital erfordert, trotz des ihm zu imputirenden physischen Verderbes des Wasserbaues, nicht unter die *lex Aquilia*, aber nicht deswegen, weil er nur durch Unterlassung schadet, sondern darum, weil die allgemeine Bürgerpflicht nicht auf einen Aufwand geht, der nur aus seiner speciellen Verpflichtung als *Rugnießer* verlangt werden kann, welche die Römer nach ihren Begriffen von der natürlichen Freiheit erst durch eine besondere *cautio usufructuaria* vollständig begründet erachteten. Umgekehrt war es ein fast noch ärgerer Mißgriff, wenn Schömann versucht war, den Fall der *L. 25. §. 7. D. locat.* unter die *lex Aquilia* zu stellen, obgleich nicht zu verkennen ist, daß die Säule durch ein ungeschicktes *Thun* zerbrach. Allein wer vermag den Transport einer Säule in die entfernteste Beziehung mit einer allgemeinen Bürgerpflicht zu bringen? Er ist zudem ein so außerordentliches Geschäft, worauf keine allgemeine Polizeivorschrift sich einlassen kann, wie man damit umgehen soll.

So wie in der *Aquilischen culpa* die *diligentia* verschwindet, deren Abwesenheit wir erst aus dem Erfolge gewahr werden, so tritt dagegen die der *außeraquilischen culpa* correspondirende *diligentia* so sichtbar und objectiv hervor, daß es sich daraus erklärt, warum sie bei ihr eine eigentlich technische Bedeutung bekommt, als in verschiedenen Richtungen thätiger Eifer, bald Andere vor Nachtheilen sorgfältig zu warnen, bald ihre Sachen vor verderblichen Einflüssen fremder natürlicher oder freier Ursachen zu behüten, bald als Arbeit und Aufwand, um ihre Sachen nicht nur als Körper, sondern auch als Güter und Bestandtheile ihres Vermögens in ihrem Werthe zu erhalten, bald ihren Vortheil gehörig wahrzunehmen und ihr Vermögen vor Abgang zu bewahren durch wahrhaft productive Bestrebungen, welche dasselbe in der Wirkung eben so wohl vergrößern können. Sie umfaßt daher einen Theil des Ganzen, welches, in der Persönlichkeit concentrirt, das reine Rechtsgesetz der eignen Sorge des

Hausvaters für sich, die Seinigen und seine Angelegenheiten ausschließend überlassen mußte, aber eben deswegen ihn in dieser Sorge durch keine weiteren Rücksichten beschränken konnte, als durch diejenige, welche die *lex Aquilia* uns auflegt.

Die Erweiterung dieser allgemeinen Bürgerpflicht entspringt daher nur aus der Autonomie der Privaten, welche das Gesetz nur regeln, aber nicht vorschreiben konnte, aus Verträgen und vertragsähnlichen Verhältnissen. Zwar begründen auch Delicte und unerlaubte Handlungen *obligationes ad restituendum*, welche auf nicht beabsichtigte Schädigungen sich beziehen, wie wenn der Dieb im Ausdrumen eines Scheekes Gläser zerbricht, die er nicht stehlen wollte, oder welche, wie der Dieb, der, um eilig in das Wette zu kommen, das gestohlene Pferd zu Schanden reitet, der dazu Verpflichtete sich durch eine neue Schuld unmöglich machen kann. Aber für die Frage dieser schuldigen Dingen sind sie von keiner praktischen Erheblichkeit, weil eine an sich unerlaubte Handlung schon das *periculum casus* überträgt. Ueber die allein einer besonderen Erörterung bedürftigen Verträge und vertragsähnlichen Verhältnisse, im Gegensatz des Gesetzlichen, hat sich der Rechtsphilosoph Thomas Hobbes vielleicht mit einer Schärfe ausgesprochen, welche einem Ulpian und Paulus keine Schande machen würde: *Pactum est promissum, lex mandatum. In pactis faciam dicitur, in legibus fac. Pacto obligamur, lege obligati tenemur. Pactum obligat per se, lex obligatum tenet virtute pacti universalis de praestanda obedientia. Ideoque in pacto prius determinatur, quid faciendum est, quam ad faciendum obligamur, sed in lege ante obligamur ad faciendum, quid vero faciendum sit, determinatur post.* Ich gestehe, daß mir diese Stelle über das Charakteristische des Obligationenrechtes in der speciellen Beziehung auf unsere Frage erst Licht gegeben hat, zu welchem, wenn ich nicht irre, unsere Classiker schwerlich irgend eine gemeinlich sogenannte *obligatio immediata ex lege*, z. B. die der Eltern u. zur Leistung von Alimenten, des Vaters zur Ausstattung seiner Töchter, gezählt hätten. Sie gehören nicht in die Kategorie, weil sie das Gesetz formell und materiell schon voraus bestimmt hat, wohingegen wahre Obligationen besonders materiell erst durch das obligatorische Factum bestimmt werden, welches sie bald so, bald anders gestaltet, wozu die ohnehin meist aus dem Landüblichen geschöpfte und in diesem frei entstandene gesetzliche Form der Willkür einen unmöglich genau vorzumessenden Spielraum läßt. In dieser Kraft, sich wechselseitig zu verbinden und verbunden zu werden, liegt das unverwäflliche Urrecht der Rechtssubjecte, die Mutter des Gewohnheitsrechtes, wodurch die mustergiltigsten Vorgänge seines Gebrauchs allmählig zu allgemeinem Ansehen gelangt sind, und der frische Hauch, welcher die positivste Gesetzgebung belebt und durchbringt. Es bewährt sich aber darin auch, daß jene *cognatio, quam natura iuter nos constituit*, jene Mitgeborenheit, in der wir uns als zu einem gemeinsamen Erben verbundene freie Wesen gewahrt werden, die einander, wenn auch nicht immer mit gleicher Münze, doch in gleichem Werthe bezahlen kön-

nen, wie uns eben so wohl durch Vergeltung von Beleidigungen, als durch Verfügung von Gegendiensten fühlbar wird, und welche ihre individuelle Freiheit nur in demselben Verhältnisse bewahren und froh werden, als sie je sich nach dem Prototyp eines *bonus et diligens paterfamilias* in den verschiedensten Exemplaren selbst ausbilden, und als es ihnen gelingt, miteinander diejenigen Berührungspunkte ausfindig zu machen, in welchen sie sich in ihrem gemeinsamen Leben ergänzen können und müssen, — keine Fabel ist. Wir gehören alle einem gemeinschaftlichen Stamme an, der sich durch die Ungleichheit der Gaben, Geschicklichkeiten und Glücksgüter so verzweigt hat, daß der größte Egoist sich nicht davon absondern oder eines Bestandes Anderer entbehren kann, den er sich nur dadurch verschafft, daß sie ihm glauben. Eine allgemeine Vorsicht und ein gegenseitiges Mißtrauen, das die Menschen von einander entfernt, würde sowohl den allgemeinen Beruf unseres Geschlechtes, als die besonderen Lebenszwecke jedes Einzelnen vereiteln, und wer hieran zweifelt, der hat nicht bedacht, wie sehr wir jede Stunde in unserem Leben uns auf Andere verlassen oder ihnen etwas zutrauen müssen; daß wir nicht einen Schritt thun, ja, was noch schlimmer ist, nicht einen Augenblick ruhig stillsitzen können, ohne von dem, was Andere thun oder thun werden, versichert zu sein, und zwar gerade in Beziehung auf solche Handlungen, worüber ein allgemein gebietendes Gesetz unmöglich ist, weil dieses mit der schuldigen Garantie ihrer natürlichen Freiheit oder ihres wohl-erworbenen Rechtes in Widerspruch gerathen wäre, und wozu wir sie also erst in einer nur subjectiv auszumittelnden Gleichheit ähnlicher Erwartungen frei bestimmt und verpflichtet haben müssen.

Solchen aus Verträgen im engeren Sinne entspringenden Obligationen stellt nun unser gemeines Recht nach seinen zarten Begriffen von der natürlichen Freiheit auch andere Zustände, welche eine Obligation erzeugen, und nicht nur die Fälle gleich, welche es ausdrücklich als *obligationes quasi ex contractu* bezeichnet, sondern auch diejenigen, wobei die Obligation von dem zur Wahrnehmung seiner Interessen zunächst berufenen creditor erlassen wird, und auf der anderen Seite der debitor derselben sich durch Verzichtleistung auf sein dadurch begrenztes Recht entziehen konnte. Dahin gehört insbesondere der *bonae fidei possessor* nach der *Litiscontestation* gegenüber vom *Vindicanten*, der *Usufructuar* dem *Proprietär* gegenüber, und der *Erbe* im Verhältniß zu den *Legatarien*, deren Pflichten, so genau sie durch das Gesetz bestimmt sind, doch als durch eigene Willkür auf sich genommen gewürdigt werden. Je freier übrigens diese verschiedenen Obligationen contrahirt werden, desto strenger wird unter Umständen die Imputation in Beziehung auf Handlungen, wodurch wir uns, wenn auch ohne schlimme Absicht, ihre Erfüllung ganz oder theilweise unmöglich gemacht haben. Doch werden — sehr verschieden von der Behandlung der *culpa* unter der *lex Aquilia*, wo es, ist der Erfolg eingetreten, genügt, ihn an irgend ein Moment subjectiver Verantwortlichkeit anknüpfen zu können, durch welches er mehr, als bloß zufällig erscheint, und daher entweder Schuld oder *casus* vorhanden ist, was man aber, da unter Umständen ein sehr nahe liegender Causalzusammen-

hang in dem letzteren übergeht, wenn diese Verantwortlichkeit nur qualitativ unersichtlich ist, ohne daß es auf das Quantitative ankommt, schlechterdings nicht von einer erhöhten Zurechnung verstehen darf, — in Beziehung auf den aus Obligationen entspringenden Fleiß drei Prästationsgrade unterschieden, indem in einigen dieser Verhältnisse nur *dolus* und *culpa lata*, in anderen neben dieser nur *diligentia in suis rebus consueta*, in anderen aber noch *diligentia diligentis*, *plena custodia* oder das, was man mit einem Worte *culpa omnis* nennt, für die Folgen verantwortlich machen. Wir glauben diese Begriffe durch die Folge unserer Betrachtungen befriedigender charakterisirt zu haben, als dieß durch Definitionen möglich ist. Im Allgemeinen bedeutet die *diligentia* eine Spontanität, welche durch ihre Hürtigkeit eine sich selbst antreibende Kraft zeigt und in jedem Staatsbürger zum Charakter werden soll. Ohne eine solche Selbstbestimmung können wir schon dem allgemeinen Rechtsgebote: *nomine laede* nicht genügen, nur trifft hier die Diligenz mit dem schon gegenwärtigen Objecte unserer Pflicht und dem Erfolge der Verletzung so zusammen, daß sie nur einen dem Strafrichter wichtigen inneren Unterschied in der moralischen Schätzung bildet, um den sich der Strafrichter wenig bekümmert. Dieß ist anders bei Obligationen, theils weil ihr Object erst ein künftiges ist, theils weil sie schon qualitativ in der übernommenen Sorge für eine fremde Angelegenheit besteht. Hier bekommt die Diligenz einen objectiven Charakter und muß sich in Vorkehrungen zeigen, damit die künftige Erfüllung nicht vereitelt werde, zugleich aber auch in einem Aufwande von Ruhe und Bequemlichkeit, welcher sein Maß haben muß. Die *custodia* verhält sich zur Diligenz als Theil zum Ganzen und ist ein gleich unbestimmter Begriff, über den viel unfruchtbarer Streit geführt worden ist. Sie bezieht sich auf Bewahrung körperlicher Sachen, die entweder fremdes Eigenthum sind oder durch die zu lösende Obligation es werden sollen, vor Verderben, z. B. durch Risse, durch Benagen von Mäusen (L. 13. §. 6. D. *locati*) und Abhandenkommen, ohne daß man Deterioration und gänzlichen Verlust unterscheiden darf (vergl. L. 1. §. 7. u. L. 2. D. 7. 9.). Im engeren Sinne scheint damit freilich die regelmäßige Verantwortlichkeit wegen Diebstahls und Usucapion bezeichnet. Indessen ist dieß nur so zu verstehen, daß der zur *diligentia* Obligatre den Beweis führen muß, daß er ohne seine Schuld um die Sache gekommen (Haffe, §. 84—86), wozu besonders gehört, daß er Sachen, die man wegen ihres Wertes zu verschließen pflegt, gehörig verschlossen habe. Erst hier bekommt *omnis* der Unterschied zwischen *culpa lata* und *levis* eine praktische Bedeutung, während er bei der Aquilischen *culpa* sich in der doppelten Beziehung in das Nichtzuunterscheidende verliert, weil auf der einen Seite das, was in dieselbe fällt, oft gar keine wahre Schuld, sondern eine wegen der Frivolität unseres Handelns zu vertretende Gefahr ist, und weil auf der anderen Seite das, was, eine besondere Verbindlichkeit zum Fleiß vorausgesetzt, als grobe Fahrlässigkeit erscheinen würde, wegen der wohlbesugten Handlungsweise oft als reiner Zufall angesehen wird. Man wird daher auch jenen Unterschied in unseren Fragmenten

nur in Beziehung auf Contracts- und Quasicontractsverhältnisse hervor-gehoben finden, außer denen er übrigens noch für das Strafrecht wichtig ist. Ueber jene allerdings auf ein Quantitatives, auf ein Mehr oder Weniger sich beziehenden Prästationsgrade gibt es nun durchaus keine allgemeine Regel, die sich mit Rücksicht auf ihr unterzuordnende und sie bloß in der Anwendung modificirende Ausnahmen aufstellen ließe. Zwar hat der Herausgeber der zweiten Auflage von Haffe im Anhange eine solche Regel ausfindig zu machen geglaubt, indem er aus einigen Stellen scheinbar abzuleiten suchte, daß sogar bei Stipulationen, welche doch bekanntlich für den Promissor am günstigsten oder am wenigsten belästigend ausgelegt werden sollen, nach unserem gemeinen Rechte *omnis culpa* habe prästirt werden müssen, und dieses Argument wäre allerdings sehr schlagend. Allein es wundert uns nicht, daß Haffe selbst, dem er jenen Aufsatz bei seinen Lebzeiten mitgetheilt hatte, sich dadurch nicht überzeugen ließ. Der angewendete Scharfsinn scheitert an der viel zu klaren L. 91. pr. D. de verborum obligationibus³⁴⁾, besonders wenn wir sie mit der L. 31. §. 12. D. de aedilitio edicto, wo von dem redhibitorisch belangten Käufer die Rede ist, zusammenhalten. Auch Haffe hat sie §. 34 seiner Schrift nicht ganz unbefangen gedeutet. Sie sagt dem Sinne nach, daß der Promissor einer Species nur für *dolus* und *culpa lata* hafte, und das: *si autem negligat infirmum*, ist, wie der Gegensatz des *bonae fidei* possessor nach der *litiscontestation* ergibt, gewiß nur von einer Unachtsamkeit zu verstehen, welche daraus entstand, daß er, wie der in der anderen Stelle angeführte Käufer, die Krankheit des versprochenen Slaven nicht für so gefährlich ansah, daß hier nicht Hausmittel ohne Arzt genügen, oder daß man sich nicht auch auf einen minder erfahrenen Arzt verlassen könne, und welche eben deswegen noch in das Gebiet der *culpa levis* fällt. Denn Ulpian will ja ein Beispiel von dieser geben, die wir ohnehin in dem Falle des gemeinen Lebens, wovon er spricht, als die gewöhnliche voraussetzen dürfen. Dieses zeigen die Eingangsworte des §. 12 cit.: *Culpam omnem accipiemus, non utique lata m.* Der am Schlusse der L. 91. D. de verb. oblig. angeführte Entscheidungsgrund: *An culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? — quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum, non ad facien-*

34) *Si servum stipulatus fuero et nulla mora intercedente servus decesserit: siquidem occidat eum promissor, expeditum est, sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor? — Considerandum est, utrum quemadmodum in vindicatione hominis si neglectus (schon dieses Wort ohne Beiſatz drückt gewöhnlich nur das Gegentheil einr noch über die culpa lata hinaus erwarteten diligentia aus) a possessore fuit, culpa eius nomine tenetur possessor, ita et cum dari promisset? An culpa, quod ad stipulationem, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? — quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur. Die Behauptung unserer Auslegung, deren Ausführung hier nicht an ihrem Orte wäre, behalten wir einem Andern bevor, und werden sie mit älteren Autoritäten bestärken. Verq. übrigens auch das unmittelbar folgende L. 23. eodem, Paulus R. S. V. 7. in fine.*

dam tenetur, darf nicht zu buchstäblich genommen werden. Es soll damit unseres Erachtens gerade jener thätige Eifer, jene rührige Geschäftigkeit bezeichnet werden, wodurch in Obligationsverhältnissen die diligentia sichtbar wird, sollte sie auch unglücklicher Weise ihren Zweck verfehlen, während bei der culpa lata der, gleichviel ob aus Begehung- oder Unterlassungshandlungen hervorgehende, Erfolg vor Augen steht, nur einer wahren Gleichgültigkeit unvermeidlich, und von der culpa Aquilia nur darin verschieden, daß diese durch den Erfolg zuweilen erst ausgewiesen wird, weil wir sonst, wie bei dem Studenten, der nach Spanien mit dem Blaserohr schoß, gar nichts Widerrechtliches wahrnehmen würden. So verstanden scheint uns diese Stelle gerade das sprechendste Bild der diligentia im technischen Sinne zu zeichnen, und legt man sie anders aus, so kommt man am Ende dahin, daß man nach dem Sinne dieses Fragments auch dann dem Promissor nichts anhaben könne, wenn er den versprochenen Sklaven durch die unterlassene Verabreichung nöthiger Lebensmittel verhungern ließ, weil er ihn dann nicht buchstäblich todtgeschlagen hat, was man doch mit der L. 15. D. ad legem Cornelianam nicht vereinigen und noch weniger dem gesunden Verstande der alten Juristen zutrauen wird, von denen wir eine so starke Befangenheit in die strenge Wortverbindlichkeit sonst nirgends gewohnt sind³⁵⁾. Mit Bethmann-Hollweg denselben Weg einschlagend, kommen wir also auf das alte Resultat zurück, daß sich für Verträge und vertragsähnliche Verhältnisse nur die einzige durchgreifende Regel aufstellen läßt, daß dabei dolus und culpa lata, als mit der bona fides unverträglich und den Mangel an gutem Willen beweisend, präkirt werden müssen. Für die über dieses Ziel hinausgehende und den nach einem Prototyp ausgebildeten rechtlichen Charakter, wie er nach der Culturstufe des Volkes billig zu fordern ist, voraussetzende diligentia ist eine gleiche durchgängige Regel in unserem gesamten Rechte nicht nur nicht gegeben, sondern sie wird auch der Doctrin darum nie gelingen, weil die schuldige Diligenz durch zwei scheinbar entgegengesetzte Principien bestimmt wird, welche sich in ihrem Conflict und zu mannigfaltig beschränken.

Das eine in den Fragmenten unserer Classiker mehr vorausgesetzt, als deutlich ausgesprochene Princip ist an der schwierigen Frage, warum gerade der Mandatar und der negotiorum gestor, obgleich aus dem Geschäfte selbst in der Regel nicht beohnt, zur diligentia et custodia plena verbunden sind, von Haffse³⁶⁾ treffend entwickelt und beruht auf der auch in anderen Verhältnissen zwar minder auffallenden, aber doch nie ganz verschwindenden Stellvertretung für Andere. Das andere

35) Für die freiere Auslegung und Behandlung auch der Stipulationen zeugt wohl auch die L. 32. D. de R. J.

36) Op. VI. §. 94. Es ist bestreblich, daß sich der Herausgeber der zweiten Auflage mit dieser Entwicklung so wenig befreundet hat. Die von einem andern Schriftsteller verheißene Entdeckung, daß der Mandatar nur culpam latam präkirt habe, wollen wir erwarten, wiewohl sie schon Vorgänger hat, welche sie aus bekannten Quellen behaupteten. Möchte es uns gelingen, den Gedanken Haffse's in das gehörige Licht zu setzen.

in jenen Fragmenten desto öfter angeführte Princip liegt in der Erwägung, ob das Geschäft, woraus unsere Obligation entspringt, uns gegenseitigen oder gar nur einseitigen Vortheil gewährt, oder ob wir dadurch nur belästigt erscheinen, was sich schon bei der Eingehung zeigt, wer dem Anderen gute Worte zu geben Ursache hat, oder den Anderen zum besondern Danke verpflichtet. Beide Momente bewirken im Grunde die Verbindlichkeit zum Fleiße zusammen, obgleich wir diese combinirte Wirkung nicht immer gewahr werden, da oft das Eine in das Andere sich so verliert, daß dieses in einer für sich den Ausschlag gebenden intensiven Stärke hervortritt. Wir versuchen dieses aus dem Wesen einer jeden Obligation abzuleiten, wobei uns die bekannte Definition des Paulus zum Anhaltspunkte dient, obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum. Keine Obligation unterwirft ein Object unserer unmittelbaren Verfügung, sondern nur mittelst einer persönlichen Leistung, wozu wir Jemand anhalten dürfen. Ein solches Band gewinnt jedoch erst dadurch seine tiefere und zugleich edlere und menschlichere Bedeutung, wenn wir die Lösung desselben nicht bloß auf den dem Creditor erlaubten Zwang beziehen, obgleich sich die Römer dieser Ansicht in ihren *stricti iuris negotia* stark genähert haben, sondern wenn es auf die vom debitor zu erwartende Selbstthätigkeit radicirt wird, obgleich alsdann deren Mangel ihn für alle, in das gegenwärtige Vermögen eines Anderen, so weit es mit seinem Forderungsrechte in unzertrennlicher Verbindung steht, nachtheilig einwirkende Folgen verantwortlich machen muß. Damit geht folgerweise ein Theil des Aufwandes von Eifer, Arbeit und Mitteln für den Bestand unseres Vermögens durch einen mindestens die Consumtion ausgleichenden beständigen Erwerb, zur Bewachung und Erhaltung unserer Güter und ihres Werthes u., welche das Rechtsgesetz der eigenen Sorge eines Jeden zuwies, indem es zugleich den Schutz der Ausübung seiner Rechte darauf berechnete, daß er hierin so wenig, als möglich gehindert sei, auf einen Anderen über. Gibt es nun keine Obligation, welche sich von einem gewissen Grade von Diligenz trennen ließe, so kann man mit Wahrheit sagen, daß in jeder ein Rollenwechsel des allgemeinen Rechtsberufes vor sich geht, der eine Art von repräsentativem Charakter hat und den Kern unserer Persönlichkeit zum dienenden Gliede einer fremden Rechtsphäre in Anspruch nimmt. Und so ist es wirklich. Das Geringste, was mindestens bei allen *bonae fidei negotia* — ob die *actiones stricti iuris* so weit gehen, dürfte zweifelhaft sein — erwartet wird, ist, daß der Verpflichtete der übernommenen Sorge für fremde Angelegenheiten sich so annehme, wie er in gleichem Falle für die eigenen zu sorgen gewohnt ist. Denn unser gemeinsames Recht stellt gerade in der engen Beziehung auf *Contractus* und *Quasicontractus* verhältnisse eine erwiesene Sorglosigkeit, welche diesen von uns selbst gewohnten Fleiß vermissen läßt, die Ueberführung einer Hintansetzung fremder Sachen und Geschäfte, als solcher, gegen die eigenen, einer *culpa lata* gleich, welche unbedingt prästirt werden muß³⁷⁾.

37) L. 32. D. depositi. Sasse, Cap. VI, §. 63 der ersten Ausgabe.

Umgekehrt aber gestattet es nur ausnahmsweise die Entschuldigung, sich darauf zu berufen, daß man es in eigenen Angelegenheiten nicht besser zu machen pflege, wenn ein Anderer es besser gemacht hätte und besser machen konnte, und verlangt, den Verpflichteten nach dem Prototyp eines *bonus et diligens paterfamilias* richtend, in der Regel das, was in diesem Grade ein tüchtiger und fleißiger Mann seines Gleichen geleistet haben würde. Gewiß hat weder die Philosophie, noch das Christenthum je zu einer reineren Selbstbestimmung und so sehr bis zur Idee zu erheben vermocht.

Auf der andern Seite hat jedoch eine solche Zumuthung, sich in Andern zu vergessen, oder in ein fremdes Rechtsgebiet hinein zu leben, eine solche geistige Dienstbarkeit, welche die Obligation zu einem *officium* friggert, obgleich gerade das der Ethik verwandte moralische Element der Obligation etwas, Abstoßendes für den juristischen Standpunkt, welcher mit der irdischen, auf das Greifliche und Egoistische beschränkten Natur des Rechtsbegriffes eine Ausöhnung verlangt. Diese beruht nun neben der Bedingung, daß jene Dienstbarkeit nur vorübergehend bis zur Lösung der Verbindlichkeit sei, daß sie ferner auch objectiv ihre bestimmten Grenzen habe und besonders nicht über eine relative Mitwirkung zur Erhaltung des gegenwärtigen Vermögens besonders erstreckt werde, hauptsächlich auf einer Freiwilligkeit, welche durch ein verhältnißmäßiges eigenes Interesse bestimmt wurde. Das letztere sind wir nun zwar auch bei bloßen Wohlthaten, welche in Form einer bürgerlich verbindlichen Verheißung oder eines Contractes eingekleidet vorliegen, vorauszusetzen genöthigt, weil alle Rechtsgewißheit verloren ginge, wollte man über die unendlich möglichen interessirten Bestimmungsgründe, wozu ja nach der L. 54. §. 1. D. de furtis schon die Rechnung auf Erkenntlichkeit oder das *sibi beneficium debitorem acquirere* gehört, einen speciellen Beweis ihrer Verhältnißmäßigkeit verlangen und diese nicht vermöge der dafür allein competenten subjectiven Beurtheilung eines Jeden schon mit dem Vertrage selbst als entschieden annehmen. Aber es kann doch für den Umfang der Vertragsverbindlichkeiten und für die nicht selten zweifelhafte Frage, ob wirklich eine feste und obligatorisch gemeinte Zustimmung vorliegt, oder nur ein Zeugniß wohlwollender Gesinnungen, mochte dieses auch Erwartungen erregen, keineswegs gleichgiltig sein, ob schon der Inhalt des Vertrages ein solches verhältnißmäßiges, compensirendes und schätzbares Interesse darbietet, das nach einer anerkannten Regel freier Wechselwirkung den Eintritt in die Obligation bestimmt. Wo dieses nicht der Fall ist, da müssen wir von Rechtswegen dem durch den Vertrag allein begünstigten Gegentheil zur höchsten Sorgfalt verpflichtet, dem ihm erwiesenen Dienst dem Wohlthäter so unschädlich, als möglich zu machen, und die Regel des *Africanus* in Anwendung bringen, *aequissimum, nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxit, non sui commodi causa suscepit, damnosum esse*.

Das erste Princip ist bei dem Mandat, der Geschäftsführung und derjenigen Verwaltung öffentlicher Diener, welche sich auf die Vermögensverhältnisse des Staats oder der Corporationen bezieht, hauptsächlich entschei-

dend, weil hier die Stellvertretung die vollkommenste ist, als rein im fremden Interesse übernommen sich anpreist, so daß ein *mandatum mandatarii tantum gratia datum* als *contradictio in adiecto* gar nicht besteht, demobngeachtet aber, je weniger an genaue Instructionen gebunden, desto leichter die Principalschaft in Verbindlichkeiten oft gegen Dritte und immer in Gegenansprüche hineinzieht, die, wenn auch der nur seinem Diensteifer folgende Mandatar u. selbst nichts davon hat, doch ihr Maß haben müssen, damit nicht der allgemeine Nutzen der Bequemlichkeit, sich Anderer zu seinen Geschäften zu bedienen, durch besorgliche Nachtheile aufgewogen und vereitelt werde. Daher soll in diesen Fällen nicht nur *dolus*, sondern auch *culpa omnis*, nicht nur die *bona fides*, sondern auch die *diligentia* prästirt werden und nur der *casus improvisus* ausgeschlossen sein³⁸⁾. Daß er außer seiner Entschädigung aus dem Geschäft keinen Anspruch auf eine mit der auf sich genommenen Verantwortlichkeit im Verhältniß stehende Belohnung hat, ist zwar wahr, kann aber, da die uneigennütige Berichtigung, wozu er sich aus freiem Willen verpflichtet, gerade im Verhältniß ihrer rücksichtslosen Ausführung um so mehr Ehre und Erkenntlichkeit einbringen muß, von dem schuldigen Fleiße um so weniger entbinden, da es bekannt ist, wie sehr ein guter Geschäftsführer sich in dieser Welt empfiehlt, und wie reell sich die nachfolgende Erkenntlichkeit, auch ohne vorausbedungene Schuldigkeit, auf die Dauer beweist. Dieser Fleiß darf daher so wenig nach dem Maße, welches vom Principal zu erwarten gewesen, da dieser oft sich Anderer gar nicht bedienen würde, wenn er seine Sachen selbst zu besorgen verstünde, als nach dem vom Geschäftsführer in eigenen Angelegenheiten gewohnten Fleiß gemessen werden, weil man die eigene Taktfestigkeit vorher prüfen muß, bevor man sich ambitionirt, neben den eigenen auch noch fremden Geschäften sich zu unterziehen. Doch geht auch seine Schuldigkeit nicht über die *diligentia diligentis*, über die *diligentia in abstracto*, zu Anstrengungen und Auszeichnungen über dieses Maß hinaus, kann ihn wohl die Auszeichnung antreiben, sich Ruhm und Dank zu erwerben; aber das nur durch Gleichactiges und Gewohntes zu fixirende Recht kann die Verantwortlichkeit so weit nicht ausdehnen. Schon hierdurch verliert jene Rechtschesis das Abschreckende, was ihr achtungswerthe Gegner erweckt hat, und damit hängen auch die weiteren Beschränkungen ihrer Anwendung zusammen, welche wir, kürzlich anzudeuten, uns begnügen. Wegen der Uneigennützigkeit, womit sich der Geschäftsführer der Last einer fremden Geschäftsbeforgung zu unterziehen hat, mußten wir, da hier das eine Princip den Ausschlag gab, zur Zufriedenstellung des Anderen einen desto stärkeren Accent auf eine auf die Zukunft speculirende Freiwilligkeit legen, womit er sich einer solchen Vertragspflicht unterwirft. Allein eben da-

38) L. 11. 13. 21. C. u. L. 22. §. 11. D. *mandati*. L. 1. §. 12. D. *depositi*. L. 6. D. *de adm. rerum ad civit. pert.* L. 3. §. 5. D. *de iure fisci*. Paulus R. S. 1. 4. §. 1. L. 11. 6. §. 12. 21. §. 3. 39. D. *de negot. gest.* §. 1. J. *de obligationibus, quae quasi ex contr.* L. 20. C. *de negot. gest.* L. 24. C. *de usuris*.

durch wird sehr nahe gelegt, daß jedes Verhältniß, welches den in diese Obligation eintretenden Geschäftsführer nicht ganz wahlfrei erscheinen läßt, so wenig ohne Einfluß auf den von ihm zu vertretenden Fleiß bleiben kann, als der entschiedene Wille und die eigene Schuld des Geschäftsbetreibers. Dieses läßt sich leicht auf den Tutor, auf den Curator anwenden, welche zu ihrer Geschäftsführung durch ihre Bürgerpflicht genöthigt werden, und welche zwar zu einem über die rohe Gleichgiltigkeit gegen ihre Verpflichtungen hinausgehenden Fleiße gehalten sind, jedoch bei einer ihnen begründeten geringeren, außerordentlichen culpa mit der Entschuldigung geahndet werden, wenn sie beweisen können, daß ihnen bei dem besten Willen dergleichen minder grobe Unachtsamkeiten auch in eigenen Angelegenheiten begangen wärdren, weil ihre individuelle Ausbildung sie nun einmal genau Geschäftsarten dieser Art nicht besser gewachsen macht. Diese Ausnahme, in deren Sinn Viele sich nicht recht finden können, ist auch der natürlichen Billigkeit gemäß. Wer wird von einem Handwerker oder von einem Bauern, so wacker sie sich auf ihre Profession und die redliche Beibehaltung ihrer Kunden verstehen, wenn sie das Loos der Uebernahme einer Vormundschaft trifft, und Gelder anzulegen oder beizutreiben sind, die Fertigkeiten und Cautelen eines Advocaten verlangen? — Und wird es manchem achtungswerthen Gelehrten, der eine Verwaltung auf sich nehmen soll, viel besser ergehen? — Es ist doch nichts einfacher, als daß man solche Leute minder streng beurtheile, als solche, welche aus freier Wahl sich zu einem solchen Geschäfte bereit zeigen, oder diejenigen, welche sich nur eine Verwaltungsstelle erworben, oder sie wenigstens angenommen haben³⁹⁾. Gleiche Rücksichten läßt unser gemeines Recht bei dem Mitreden, dem Collegator, dem Communionsinteressenten eintreten, welche, sich der Verwaltung der gemeinschaftlichen Vermögensmasse zu unterziehen, durch ihren eigenen Antheil berufen waren. Eine noch weiter gehende Beschränkung ist bekanntlich beim negotiorum gestor anerkannt, der sich affectionis coactus eines fremden Geschäftes annahm, um einen größeren Schaden zu verhüten, und deshalb nur für dolus und culpa lata haften soll⁴⁰⁾, was sich wohl ohne Bedenken auch auf aus Barmherzigkeit, Gefälligkeit oder Freundschaft in wahren Nothfällen, wo der Erste beste gerathen muß, übernommene Aufträge anwenden läßt. Der Wille des Geschäftsbetreibers ist aber auf die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers von Einfluß, wenn dieser, nachdem er sich gegen den Auftrag, aus Besorgniß demselben nicht gewachsen zu sein, verwahrt, oder, obgleich dem Geschäftsbetreibers in seiner Individualität genau bekannt, aus Eigensinn oder aus persönlichem Vertrauen vorgezogen oder auserwählt wurde, was sich neben dem vorherigen Grunde gemeinschaftlichen Rechtes auf den Socius und auf den Ehemann rücksichtlich der das anwenden läßt,

39) Daß übrigens unsere Beamten besoldet sind, hat auf ihre Prästationsverantwortlichkeit so wenig Einfluß, als das Honorar und Salär die Natur des Amtes ändert. Obzuehin geschieht Ersteres nur, damit sie standesmäßig leben können, und hutzutage werden Wenige von ihrer Besoldung zurücklegen und dadurch erricht werden.

40) L. 3. §. 9. D. de negotiis gestis..

welche eben deshalb nur *diligentiam suis rebus consuetam* prästiren. Ferner dürfte eine bestimmte Instruction in gewissen Stücken die Prästation sogar auf *dolus* und *culpa lata* herabsetzen, weil dem Principal selbst die *exceptio doli* entgegensteht, der Besseres verlangt als er vorgeschrieben. So ist es zwar die Pflicht des Mandatars, auch das nicht zu versäumen, was er zum Vortheil seines Principals mehr ausrichten kann, und er handelt also, wenn ihm der Auftrag geworden; ein Gut um 50,000 fl. zu kaufen, das ihm zu 30,000 fl. geboten wird, pflichtwidrig, wenn er mehr dafür gibt, und in einem fremden Geschäfte den Freigebigen spielt⁴¹⁾. Allein, wenn dieses nicht wissentlich geschehen, wenn ihm nur das zum Vorwurf gemacht wird, daß er durch ein strengeres Feilschen oder ein minder übereiltes Bieten, die Sache von dem Verkäufer wohlfeiler erlangt haben würde, so wird er zwar kein Lob verdienen, aber doch nicht gehalten sein, daß er sich zur Vergütung verleben, oder die Sache sich heimschlagen lassen muß. Ueberhaupt begegnen wir auch hier dem feinen Unterschiede zwischen *prodesse* und *non nocere*, und was vom Vormunde gesagt ist, dürfte auch auf andere Geschäftsführer anwendbar sein. *Competit adversus tutores tutelae actio, si male contraxerint: hoc est si praedia comparaverint non idonea, per sordes aut gratiam. Quid ergo si neque sordide, neque gratiose, sed non bonam conditionem elegerint?* — *Recte quis dixerit, solam latam negligentiam eos praestare in hac parte debere*⁴²⁾. Da der Vormund durch seine Dienstinstruction angewiesen war, die Gelder seiner Pflegschaft auf den Ankauf von Gütern anzulegen, so steht er hierin dem Mandatar gleich, der den allgemeinen Auftrag hat, Güter zu kaufen, und es wird auch diesem unter keiner anderen Bedingung zur Verantwortung gereichen, wenn er um dasselbe Geld bessere und gelegnere Güter hätte kaufen können. Auch die bloß versäumte Gelegenheit zu dem aufgetragenen Ankauf eines Slaven bezieht die L. 8. §. 10. D. *mandati* ausdrücklich nur auf Bestechung oder Gefälligkeit, welche einen Anderen zuvorkommen ließ, der vielleicht nur seinem Pflegma oder seiner Bedächtlichkeit den Rang abließ, wohingegen bei der Entweichung des einmal gekauften Slaven, der also als zur Disposition des Geschäftsherrn stehend, schon zu dessen Vermögen gehörte, zugleich der culpa erwähnt wird. Und damit wäre zugleich der scheinbare Widerspruch gegen andere Stellen gelöst, wenn unstreitig nur in derselben speciellen Beziehung in der L. 10. *mandati* unmittelbar fortgefahren wird: *Idemque et in fundo, si fundum emit procurator: nihil enim amplius, quam bonam fidem praestare eum oportet, qui procurat.* Umgekehrt kann aber auch die Verbindlichkeit des Geschäftsführers erhöht werden, wenn er Geschicktere verdrängt, oder mit dessen Mitteln und Vermögen ohne alle Autorisation ungewöhnliche Geschäfte vornahm, welche der Geschäftsherr gar nicht zu unternehmen pflegte, in

41) L. 44. D. *mand.* L. 21. C. §. 8. J. L. 35. 36. D. *eodem.*

42) L. 7. §. 2. D. *de admin. et periculo tut.* Gut hervorgehoben und benützt von Schömann, *Lehre vom Schadenssaz*, Th. 1, S. 163 fig.

welchem Falle er begreiflich auch jede Gefahr seiner Speculation auf sich nimmt, mit der billigen Modification, daß er Gewinn und Schaden dabei compensiren darf.

Warum das in der Uneigennützigkeit der Vertragsform dem Mandate so nahe kommende Depositum so verschieden beurtheilt wird, leuchtet nicht sogleich ein und ist auch von mehreren Naturrechtslehrern, namentlich von Christian Thomasius, Barbeyrac u. für eine Sonderbarkeit des römischen Rechtes erklärt worden. Es mögen allerdings zu diesem Resultate eigenthümliche historische Gründe mitgewirkt haben, daß man ungerathet des dabei besonders scharf genommenen dolus, diesen Contract in der älteren Zeit noch als ein negotium stricti iuris behandelte, denen wir übrigens näher nachzuspüren keine Ursache haben, da die Ausbildung, in welcher das römische auf uns als gemeines Recht übergegangen, und in welcher wenigstens der Fleiß, die vertraute Sache wie seine eigene aufzuheben, anerkannt ist, nicht mehr daran gemahnt und vielmehr einen allgemeineren Grund anführt, warum der Depositarius wegen bloßen Unfleißes nicht tenent ist. *Negligentiae nomine ideo non tenetur, quia qui negligenti amico rem suam committit, de se queri debet* ⁴³⁾. Als Hauptgrund wird also gerade der Umstand hervorgehoben, der auch beim Mandate die Prästation herabsetzt, daß weniger der freie Wille des Depositarius, sondern gewöhnlich mehr die eigene Wahl des Deponenten zu der Dienstleistung bestimmt, deren Uebnahme, weil ohne Ungefälligkeit nicht wohl abzulehnen, nicht als Verletzung einer besonderen Lüchigkeit und Pünktlichkeit ausgelegt werden darf. Hierzu kommt aber noch die Einfachheit der durch diesen Realcontract vorausbestimmten Obligation zur Herausgabe der anvertrauten Species, sobald sie verlangt wird, welche der Stellvertretung keinen solchen objectiven Charakter gibt, welcher sich, wie bei der Besorgung fremder Geschäfte, zur Gewerdmäßigkeit eines eigenen Lebensberufes ausbilden kann. Aus dem einen Grunde heißt es daher wieder ausnahmsweise: *sed et si quis deposito se obtulit, idem Iulianus scribit, periculo se depositi illigasse: ita tamen ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet: non tamen casus fortuitus* ⁴⁴⁾. Aus dem anderen Grunde aber wird das sogenannte *mandatum custodias* (L. 1. §. 12. eodem) sehr verschieden von dem einfachen depositum beurtheilt ⁴⁵⁾, wie wenn ich Jemand den Auftrag gebe, daß er während meiner Abwesenheit in meinem Hause wohne und meine Sachen bewache und bewahre.

Das wahre oppositum vom Mandate ist dagegen das Commodat, weil hier das eine bloß moralische Princip, welchen der beiden Contracten wir auch in das Auge fassen mögen, seine Anwendbarkeit verliert, und daher nur das andere, das egoistische, den Ausschlag geben muß.

43) L. 1. §. 5. D. de obligat. et act. §. 3. J. quibus modis re contractur obl.

44) L. 1. §. 35. D. depositi.

45) Oeffte, §. 95 cit.

Jene reine Selbstbestimmung durch eine Repräsentation, welche uns ganz in die Stelle des Anderen versetzt, wird auf Seiten des Commodatars gerade dadurch getrübt, ja unmöglich, daß er allein Vortheil hat. Denn dieser Vortheil wird nach dem Contract ein erlaubter und wohlbesugter, auf den er zu verzichten nicht Ursache hat. Wie derjenige, der sein Eigenthum bewirthschaftet, ist er berufen, sich seines erworbenen Vortheils zu bedienen, und kann, wie jener, hierin nur beschränkt werden. Wir können ihn darum nicht schelten, daß er zunächst an sich denkt und nur so viel verlangen, daß er darüber das Interesse seines Mitcontrahenten nicht vergeesse. Hier, wo zwei Rollen des Rechtsberufs in einer Person zusammentreffen, gibt es für die obligatio ad diligentiam kein anderes entscheidendes Princip, als das Gesetz der Billigkeit und Gleichheit, welchem Theile die meiste Rücksicht gebührt. Beim Lichte besehen, ist hier der Commodant derjenige, der sich durch den Contract fremdem Interesse opfert und eine fremde Rechtsphäre uneigennützig erweitert, wie es beim Mandate der Mandatar ist, derjenige, dessen Gefälligkeit durch eine obligatio ad diligentiam von Seiten des Commodatars ausgeglichen werden muß, damit sie ihn nicht einen unerwarteten, nicht gewollten Nachtheil bringe. Merkwürdig ist in dieser Beziehung eine ganz zu unserer Ausführung stimmende Stelle des Paulus in der L. 17. D. commodati: Sicut autem voluntatis et officii magis, quam necessitatis est, commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, tunc finem praescribere et retro agere, atque intempestive usum commodatae rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dantem et accipientem: geritur enim negotium invicem, et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes atque actiones civiles, ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit, neque enim impune inchoata deseret, suscepisset enim alius, si is non coepisset; voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo, nam si negasses, vel emissein, vel testes adhibuissem. Idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde subtraxisti, aut etiam sciens vitiosa commodasti; adjuvari quippe nos, non decipi officio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est. Aus dieser glücklich ausgeführten Vergleichung erhellt, daß der Commodatar eigentlich an dem Plage des Geschäftsherrn und der Commodant an der Stelle des Geschäftsführers steht, wie auch daraus einleuchtet, daß die Dauer der Obligation weit mehr von dem Willen des Ersteren abhängt, dem es unverwehrt ist, das ihm auf sechs Tage geliehene Pferd schon am ersten zurückzugeben, so wie umgekehrt eine auf Lebenszeit in depositum gegebene Sache zu jeder Stunde zurückgefordert werden darf. Wäre also die für die Præstation der culpa beim Mandat befolgte Regel eine gleichförmige und durchgreifende, so

müßte der Erste nur *dolus* und *culpa lata* prästiren, der Andere aber die *Diligenz*. Der Fehlschluß leuchtet jedoch ein, sobald wir nur den Unterschied hervorheben, daß der Mandatar bis zum beendigten Geschäft den Mandatar walten lassen muß, wohingegen der Commodatar mit der Perfection des Geschäftes auch zugleich in den Stand gesetzt ist, von seinem Rechte Gebrauch zu machen und, da er für sich selbst zu sorgen hat, keinen Repräsentanten mehr bedarf. Hier ist es also, wo das egoistische Moment dadurch positiv und entscheidend wird, daß der Contract den alleinigen Vortheil des Commodatars und zwar mit der reinen Belästigung des Anderen bezweckt, weshalb dieser zur *culpa omnis*, und umgekehrt der Commodant⁴⁶⁾ nur zu *dolus* und *culpa lata* tenent ist. Eben deswegen heißt es auf der anderen Seite: *Interdum plane dolum solum in re commodata, qui rogavit, praestabit; ut puta si quis — sua duntaxat causa commodavit, sponsae forte suae, vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur*⁴⁷⁾. So wie, wenn das Commodat, wie das Verleihen von Silbergeschirr zu einem gemeinschaftlich veranstalteten Gastmahle, zu einem gemeinsamen Zwecke geschieht, die Regeln der Societas in Anwendung kommen.

Eine combinirte Anwendung beider Principien tritt bei allen denjenigen Geschäften ein, wo schon aus dem Contracte selbst ein beiderseitiger Vortheil bezweckt wird, weil dabei Jeder dem Anderen gegenüber als Repräsentant dessen Zwecke in die seinigen aufnimmt, und umgekehrt dasselbe von dem Anderen fordert. Es wird aber unnöthig sein, nachdem wir in den hervorsteckendsten Beispielen die leitenden Grundsätze dieser Lehre gezeigt haben, darauf näher einzugehen, da wir zumal unter den einzelnen Anzügen auf die Frage doch wieder zurückkommen müssen. Es wird genügen, wenn wir die gewöhnlichen Geschäfte summarisch classificiren. Der erste Prästationsgrad tritt ein beim Depositum, Universalfiducium, Vermächtniß, welches ohne Vortheil und ohne selbst etwas davon zu behalten herausgegeben werden soll, dem Contract in L. 17. §. 2. D. de praescript. verbis, dem Commodat, welches bloß zum Vortheil des Commodanten gereicht, und dem precarium, dessen heutige Bedeutung und Anwendbarkeit sich freilich sehr bestreiten läßt. Zum zweiten Prästationsgrad, welcher außer *dolus* und *culpa lata* noch die zu erweisende Entschuldigung zuläßt, daß man mindestens *diligentia in suis rebus consueta* geleistet habe, eignen sich die *tutela*, *cura*, *dos*, *rerum communio*, *societas*, das Commodat, welches zu beider Theile Vortheil bringt, und zum dritten Prästationsgrade, welcher sich auf *culpa omnis*, *plena custodia*, *coacta diligentia*, *diligentia diligentis* erstreckt, das Mandat, die *negotiorum gestio*, die *Lezi* und das Depositum, wenn der Prästant sich aufdrang, der Kauf, die *Miethe*, das *pignus*, die *cautio usufructuaria*, die Obligation des h. f. *possessor post litem contestatam*, der Erbe gegen die Legatarien aus der Erbschaftsantrittung, das Commodat.

46) L. 61. §. 6. D. de furtis.

47) L. 5. §. 10. D. commod.

Uebrigens kann ein *pactum adiectum* diese Prastationen vermindern, mit der einzigen Ausnahme, daß nicht *paciscit* werden darf, ne *dolus praestetur*. Dagegen kann durch eine Verabredung bewirkt werden, daß die *culpa in concreto*, nicht aber, daß die *culpa lata*, dem *dolus* nicht mehr gleichsteht⁴⁸⁾, und mithin bei Geschaften, wobei nur diese prastirt wird, ausgeschlossen wird, wie denn iberhaupt diese Gleichstellung eine gegen das strenge Civilrecht bei Vertragen und vertragsahnlichen Geschaften durch die *aequitas* eingefuhrte Ausdehnung ist, welche auf *negotia stricti iuris*, wenn man für das heutige Recht auf diesen Unterschied noch Werth legen darf, nicht anwendbar ist. Namentlich dürfte ein Schenkungsvertrag, der eine *Species* verheißt, keinen Anspruch auf Diligenz geben, und von Seiten des Schenkers nur *dolus* und *culpa lata* zu prastiren sein.

Umgekehrt kann durch Nebenvertrage die Prastation auch erhöht, ja auf jede Gefahr ausgedehnt werden, was häufig schon die Folge davon ist, wenn die Sache dem Prastanten geschagt ibergeben wurde, wodurch jedenfalls die Diligenz zur *culpa omnis* erhöht wird. Das von Lh r hierher bezogene Ausdringen gilt nicht allgemein, und nur von der Geschaftsfhrung und dem *Depositum*, als denjenigen Contracten, wobei die beschrankte Wahlfreiheit des Geschaftsherrn oder Deponenten die Verbindlichkeit zum Fleiße erhöhen muß, wie wir dieses bereits angedeutet haben. Ein noch so zuvorkommendes und zudringliches Anerbieten eines *Commodat*, dürfte dagegen, sofern nur reine Gefulligkeit des *Commodans*, den Bedrfstigen zu ermunthigen, und nicht ein damit verbundenes eigenes Interesse die wahre Triebfeder war, auf Seiten des *Commodatars*, der das Anerbieten benutzte, die Prastation so wenig vermindern, als die des Verkaufers erhöht wird, wenn er, wie die Schacherjuden, dem Käufer so lange zugesetzt hat, bis er ihm abkaufte. Auch das bedarf wohl keiner Ausführung, daß Vertragsrechte und Vertragspflichten in einer so engen Verbindung mit einander stehen, daß eine Ueberschreitung in der Ausübung der ersten leichter vorkommt, als in der Ausübung unsrer dinglichen Rechte, was zugleich als objectiver Probiertestein bei der Frage dient, ob die *obligatio ad diligentiam* wirklich verletzt wurde. Jede Ueberschreitung dieser Art führt aber in der Regel noch weiter und ibertragt das *periculum casus*. Namentlich ist das *furtum usus* unsers gemeinen Rechtes, obgleich nach teutschem Rechte als solches nicht anerkannt, in Beziehung auf diese Folge für uns noch sehr praktisch.

Ueber das teutsche Recht vergleiche man in dieser Lehre Passer in einer ausführlichen Note zu dem §. 57 seiner Schrift und eine derselben *ex professo* gewidmete Abhandlung Maurenbrecher's. Da die Elemente unsers gemeinen Rechtes aus dem *ius gentium* und der natürlichen Willigkeit geschöpft sind, so ließ sich erwarten, daß die Vergleichung keine wesentlichen Abweichungen zeigt. Die erheblichsten betreffen nicht die *culpa* an sich, sondern das *periculum*, welches das teutsche Recht sowohl bei dem *Commodate*, als bei dem Pfande beziehungsweise auf den

48) Passer, §. 60.

Leiber und Pfandgläubiger überträgt, so daß Letzterer zwar für den zufälligen Verlust keinen Ersatz schuldig ist, aber auch seine Forderung nicht mehr geltend machen kann. Die erste, auch von bloßen Rechtsphilosophen nicht selten vertheidigte Abweichung hat so viel für sich, daß sie bei einer künftigen Civilgesetzgebung erwogen zu werden verdient. Die andere aber dürfte durch die zu sehr einheimisch gewordene veränderte Ansicht vom Pfandcontracte keiner Restauration mehr würdig sein, und in unser heutiges Rechtsleben als eine wahre Neuerung eingreifen.

Wir haben diese Lehre hauptsächlich aus dem civilrechtlichen Standpunkte dargestellt und konnten zwar manche Momente nicht unberührt lassen, welche sich zugleich auf das Strafrecht beziehen. Wir erachteten aber für zweckmäßig, die letzteren unter dem Artikel Fahrlässigkeit mit Rücksicht auf die neuesten Strafgesetzbücher abgesondert auszuführen. Die Reichhaltigkeit des Stoffes und der mehrfach divergirende Standpunkt erfordern diese Absonderung, deren Ueberschrift eine sowohl in der Doctrin, als in der neueren Gesetzgebung eingebürgerte Terminologie bestimmt.

Dr. Bitter.

Cura ¹⁾ heißt im weiteren Sinne jede Sorge oder Besorgung für irgend eine Person, eine Sache oder Angelegenheit ²⁾. Im engeren, juristischen Sinne heißt cura, mit welchem Ausdrucke dann auch die *Rece curatio*, *custodela*, *кохранога* ³⁾ abwechseln, die auch nicht vom Curanten selbst, sondern von Staatswegen angeordnete Sorge für die Person oder die Angelegenheiten eines Individuums, welches für sich selbst zu sorgen und sein Vermögen zu verwalten aus irgend einem Grunde außer Stande ist. Sie unterscheidet sich von der *procuratio* dadurch, daß sie nicht, wie diese, von einem Auftrage des *dominus* ausgeht, sondern ähnlich der Tutel entweder durch Gesetz oder gewöhnlicher durch die Obrigkeit angeordnet wird. Daß sie sich in ihrem Wesen von der Tutel

1) Literatur. Die meisten der hier anzuführenden Werke behandeln das *curae* Vormundschaftsrecht. Von den älteren Werken gehören hierher: Hugo Donellus, *commentariorum iuris civilis* lib. III. p. 71—119; Antonius Faber, *iurisprudentiae Papinianae Scientia ad ordinem Institutionum imperialium efformata* (Lugduni 1658), tit. 18—26; Paulus Montanus, *de iure tutelarum et curationum* L. B. 1595 (wegen fleißiger Benutzung der älteren Literatur besonders brauchbar); Gerhard Noodt, in seinem Commentar zum 26. u. 27. Buch der Pandekten, Opp. tom. II.; Pothier, *Pandectae Iustinianae* tom. II. p. 91—170; Glück, *Erläuterung der Pandekten*, Th. 29, S. 400 flg., Th. 33, S. 310, und ganz besonders Rudorff, das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten *entwickelt*, Bd. 1—3. Berlin 1832—1834. Der zuletzt angeführte Schriftsteller (de B. 1, S. XXII—XXVI, auch eine vollständige Uebersicht der älteren und neueren Literatur.

2) *So cura aegri, viarum, calendarii*. Vergl. Rudorff a. a. D. Th. 1, S. 72.

3) Siehe die Beweisstellen bei Rudorff a. a. D. Th. 1, S. 23. Auch wechselt in dieser Beziehung cura mit tutela ab. Vergl. Horat. sat. II. 3. v. 215. Aen. Vict. de V. illustr. c. 74. Der Ausdruck *curatela*, welcher sogar in die trautsche Kunstsprache der Juristen übertragen worden ist, findet sich *gelegentlich* vor.

unterscheidet, zeigt die Geschichte beider Institute, und wird von den neueren Rechtsgelehrten einstimmig anerkannt. Nur darüber herrscht viel Streit unter den Letzteren, welches die wahren Unterschiede zwischen beiden Instituten seien. Nach der gewöhnlichen Meinung behauptet man, das Eigenthümliche der Tutel bestehe darin, daß der Tutor der Person des Pflegebefohlenen, der Curator hingegen der Sache zugeordnet werde, d. h. daß dem Tutor die Sorge für die Erziehung und Erhaltung des Pflegebefohlenen zustehe, dem Curator hingegen die Verwaltung des Vermögens obliege⁴⁾. Man drückt diesen Unterschied gewöhnlich mit der sprüchwörtlich gewordenen Redensart aus: *tutor personae datur, curator rei*. Allein so richtig es ist, daß die Verpflichtung des Curators hauptsächlich in der Vermögensverwaltung des Pflegebefohlenen besteht⁵⁾, so ist doch die oben angeführte Meinung deshalb zu verwerfen, weil sie auf einer schiefen Ansicht von der römischen Tutel beruht, und nur aus mißverstandenen Quellenzeugnissen entstanden ist. Denn wenn in den römischen Rechtsquellen von der Tutel behauptet wird, *tutorem personae, non rei vel causae dari*⁶⁾, so erscheinen solche Stellen eines Theils deshalb, weil sie nur von der testamentarischen Tutel sprechen, untauglich, um aus ihnen den Begriff der Tutel zu entwickeln, anderen Theils sollen die oben ausgezeichneten Worte dem Zusammenhange des Ganzen nach nur soviel besagen, daß der testamentarische Tutor für alle Geschäfte eines Pflegebefohlenen, nicht aber für ein einziges Geschäft oder einen einzigen Prozeß bestellt werden könne⁷⁾. Vielmehr ist der wahre Unterschied zwischen Tutel und Curatel nach dem Vorgange Lohr's⁸⁾ in der Verschiedenheit der *auctoritas tutoris* und des *consensus curatoris* zu suchen. Daß das Auctoritiren einen Hauptbestandtheil der Tutel nach den Ansichten der römischen Juristen ausmachte, ja sogar als der einzige wesentliche Bestandtheil galt, geht daraus hervor, daß nach dem römischen Sprachgebrauche *tutor* und *auctor*⁹⁾, ingleichen *suave tutelae* und *suave auctoritatis esse*¹⁰⁾ zur Bezeichnung desselben Begriffes gebraucht werden, daß ferner das Wesen der älteren *tutela mulierum* nicht sowohl in die Geschäftsführung (*negotiorum gestio*) als vielmehr ganz allein in die *auctoritatis interpositio* gesetzt wird¹¹⁾, daß diejenigen, welche nicht auctoritiren können, auch nach den Satzungen des römischen Rechtes von der Tutel ausgeschlossen

4) Vergl. über diese Controverse v. Lohr, über die römischen Begriffe von Tutel und Curatel, in Grolman's und v. Lohr's Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Bd. III, S. 15—27, und Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 33, S. 104 flg.

5) L. 20. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) L. 8. C. de nuptiis. (5. 4.)

6) L. 12. 13. u. 14. D. de testamentaria tutela. (26. 2.) §. 4. J. qui testamento tutores dari possunt. (1. 14.) Vergl. Theoph. ad h. l.

7) Vergl. v. Savigny, über den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung, S. 104, und Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 29, S. 13.

8) A. a. D. in Grolman's Magazin für Rechtswissenschaft, Bd. III, S. 21—71.

9) Cic. pro Caec. cap. 25.

10) Spart. Hadr. cap. 18.

11) Caius inst. L. §. 190. Ulp. fr. 11. §. 25.

find¹²⁾, und daß endlich in den römischen Rechtsquellen die Frage aufgeworfen wird, ob auch der Tutor, welcher zufällig niemals auctoritas interponirte, mit der tutelae actio belangt werden könne¹³⁾. Die hier vertbeidigte Meinung wird auch dadurch bestätigt, daß die Geschäftsführung (negotiorum gestio) als ein unwesentlicher Bestandtheil der Tutel in den römischen Rechtsquellen dargestellt erscheint, da sie bei der *maiorum tutela* ganz wegfällt, und auch in der Pupillentutel manchmal fehlt¹⁴⁾. Dem Curator wird diese auctoritas ganz abgesprochen¹⁵⁾, und wenn schon derselbe auch zu manchen Geschäften seines Curanden seine Einwilligung zu ertheilen hat, wie z. B. zur Arrogation, zu Processen und Zahlungen, so heißt doch dieselbe in der Kunstsprache *consensus*¹⁶⁾ und ist von der auctoritas nicht allein ihrem Zwecke, sondern auch ihrer Form nach verschieden. Dem Zwecke nach: denn das Auctoritern des Tutors ist bestimmt, die politische Unselbstständigkeit des Pflegebefohlenen zu ergänzen¹⁷⁾, während der Consensus des Curators nur ein bloßer Rath ist, welcher da ertheilt wird, wo das positive Recht nicht will, daß ein zwar rechtlich vollkommener, aber noch unerfahrener Mensch unberathen handle, oder eine Erlaubniß, die er gibt, wo ihm, nicht dem Curanden allein das Recht der Administration zusteht¹⁸⁾. Wihin steht der Tutor mit dem Pflegebefohlenen, dem er auctorit, in dem Verhältnisse der Personeneinheit¹⁹⁾, und kann also in einem auf diese Weise abgeschlossenen Geschäfte nicht Partei gegen seinen Pflegebefohlenen bilden, während der Curator in Betreff seines Mündels zwar als eine, diesem vom Staate beigeordnete Person erscheint, die aber gleichwohl mit demselben nicht im Verhältnisse der Personeneinheit steht, und deshalb auch gegen ihn Partei nehmen kann²⁰⁾. Der Form nach: denn soll die Ab-

12) L. 1. §. 2. D. de tutel. (26. 1.)

13) L. 18. pr. D. de administr. et periculo tut. (26. 7.)

14) L. 49. D. de acquirenda vel omitt. haerod. (29. 2.), vergl. mit L. 1. §. 2. D. de administr. (26. 7.)

15) L. 19. D. de auctoritate et consensu tutorum et curatorum, (26. 8.) L. 17. §. 1. D. de appellat. (49. 1.)

16) L. 2. C. qui legitimam personam standi in iudicio. (3. 6.) L. 1. §. 2 u. 3. D. 26. 7. L. 26. C. de administr. (5. 37.) Rubr. D. de auctoritate et consensu tutorum et curatorum. (26. 8.) Aus diesen Stellen geht zugleich soviel als gewiß hervor, daß es nicht im eigentlichen Sinne gesagt sein kann, wenn manchmal demungeachtet diese Einwilligung des Curators auctoritas heißt. L. 17. §. 1. D. 49. 1. L. 8. D. de adoptionibus. (1. 7.) L. 8. C. de nuptiis. (5. 4.) Vergl. Ebbh a. a. D. Th. III, S. 34.

17) L. 189. D. de R. I. (50. 17.) L. 5. D. ibid. L. 25. D. de manum. vindicta. (40. 2.) L. 32. §. 2. D. de acquir. vel. omitt. possess. (41. 2.) Ueberhaupt gilt der Mündel, dem der Tutor beigegeben ist, für eine unvollständige Person, welche erst durch den Zutritt der auctoritas zum einzelnen, vom Mündel abgeschlossenen Geschäfte vervollständigt wird. Vergl. L. 5. C. de iure delib. (6. 30.) mit L. 9. D. 26. 5. L. 9. D. de acquirenda vel. omitt. her. (29. 2.) L. 17. §. 1. D. de appell. (49. 1.)

18) L. 8. C. de in integrum restit. (2. 22.)

19) L. 5. pr. D. 26. 8. L. 5. §. 2. D. ibid. L. 1. §. 13. D. de Sc. Trebell. (36. 1.)

20) L. 1. §. 13 u. 14. D. 36. 1. Vergl. Ebbh a. a. D. Th. III, S. 37-39.

gabe der auctoritas von Seiten des Tutor giltig sein, so muß derselbe seine Einwilligung sogleich²¹⁾ in eigener Person, unbedingt²²⁾ und ausdrücklich erklären, da selbst bei solchen Geschäften, welche ohne persönliche Gegenwart abgeschlossen werden können, der Tutor in dem Augenblicke, wo sein Mündel seine Einwilligung gibt, gegenwärtig sein muß²³⁾, während sich nicht die geringste Spur davon findet, daß der consensus des Curator gleichmäßig beschränkt sei.

Was die Geschichte der cura anbetrifft, so ist dieselbe jedenfalls eben so alt, wie die Tutel; doch kennt das älteste Recht zunächst nur gewisse Fälle derselben, welche im prätorischen Edicte und durch einzelne Senatusconsulte und Constitutionen bedeutend vermehrt worden sind, und in dieser Gestalt auch noch im Justinianischen Rechte fortdauern. Die beiden ältesten Arten der Curatel, welche schon die 12 Tafeln anerkennen, sind die über Wahnsinnige und Verschwender²⁴⁾, indem dieß Gesetz verfügte, daß solche Personen in der cura ihrer Agnaten und Gentilen stehen sollten, doch erstreckte sich in Betreff der Verschwender die Verfügung des Gesetzes nur auf Freigeborne, welche ihrem Vater Intestaterben geworden sind²⁵⁾. Auch ist die Beschränkung der cura über Wahnsinnige auf solche Fälle, wo der Pflegbefohlene des unmündigen Alters halber nicht schon einen Tutor hatte, späteren Ursprungs und beruht auf einer von Quintus Mucius zuerst aufgestellten und nachher allgemein gebilligten Erklärungsweise des Zwölftafelgesetzes²⁶⁾. Die weitere Ausbildung dieses Instituts gehört dem Prätor an. Zunächst ertheilte derselbe aus eigener Machtvollkommenheit den Verschwendern Curatoren, welche Libertinen waren, und solchen Freigeborenen, welche ihren Vater aus einem Testamente beerbt hatten²⁷⁾. Auch wurde es Sitte und Gerichtsparis, daß jedem, in welchem man nach vorhergehender Untersuchung solche physische und geistige Mängel aufgefunden hatte, welche ihn zur eigenen Verwaltung seiner Angelegenheiten unfähig erscheinen ließen, in Rom von dem Prätor und in den Provinzen von den Statthaltern derselben ein Curator bestellt wurde²⁸⁾. Ferner wurde, wo der gesetzliche Curator zur Verwaltung untauglich war, daneben ein honorarius curator bestellt²⁹⁾, und den dem pubes oder maior furiosus im väterlichen Testamente ge-

21) L. 9. §. 5. D. 26. 8. §. 2. J. de auctoritate tut. (1. 21.) L. 31. pr. D. de usurpationibus. (41. 8.) L. 25. §. 4. D. 29. 2. L. 10. u. 14. D. 26. 8.

22) L. 8. D. 26. 8.

23) L. 9. §. 6. D. 26. 8. Fragm. vet. iureconsulti de manumiss. §. 15. Bergl. Cuiacii observ. lib. XIII. cap. 31.

24) Ulpiani fragm. 12. §. 2. §. 3. J. de curatoribus. (1. 23.) Bergl. Dirksen, Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölftafelfragmente, S. 369—372.

25) Ulp. fr. 12. §. 3.

26) L. 3. pr. D. de tutelis. (26. 1.)

27) Ulp. fr. 12. §. 3.

28) L. 8. §. 3. D. de tutor. et curator. (26. 5.) L. 12. pr. D. ibid. L. 2. D. de curat. furioso. (27. 10.) §. 3 u. 4. J. 1. 23.

29) L. 13. D. 26. 5.

gehenden Curator mußte der Prætor nach einem Rescripte des Kaisers Marcus Aurelius bestätigen³⁰⁾, und dadurch ist die weitere Frage veranlaßt worden, ob der nicht auch schon für einen Verschwoender gelten müsse, welchem der Vater als solchem einen Curator gegeben, so daß es weiter keiner Inardiction bedarf³¹⁾. — Neben diesen häufigern Fällen der cura bildete sich ganz unabhängig davon das Institut der Curation über Minderjährige aus. Die erste Veranlassung dazu gab die der *circumscriptione adolescentium* entgegenwirkende *lex Plaetoria*³²⁾, welche, da sie von Plautus³³⁾ erwähnt wird, doch wohl älter sein muß, als das Jahr der Stadt 570, in welchem dieser Komödiendichter glaubhaften Zeugnissen zu Folge gekrochen ist. Wahrscheinlich wurden indeß den Minderjährigen nach diesem Gesetze vorerst nur den Umständen nach oder für einzelne Zwecke Curatoren zugesondnet und erst späterhin erhielt diese Alterscuratel eine feste Gestalt, seitdem durch eine Verordnung von Marcus Aurelius³⁴⁾ die früherhin notwendige *causae cogitatio* überflüssig geworden war und die Ernennung solcher Curatoren jedenfalls auf die ganze Zeit der Minderjährigkeit erfolgte. In dieser Gestalt wird sie in den Schriften der classischen Juristen, eines Ulpian, Paullus, Modestinus u. s. w. dargestellt, und damit hängt es zusammen, wenn Ulpian berichtet, es sei nach laiferlichen Constitutionen dem Tutor zur Pflicht gemacht worden, den mündig gewordenen Pupillen zu ermahnen, daß er sich von der Obriqritu einen Curator erbitte³⁵⁾. Auch kann es nur als eine Einwirkung der bereits feststehenden Alterscura angesehen werden, daß eine cura furiosi über einen Minderjährigen nach einem Rescripte Caracalla's nicht möglich ist, so lange demselben ein Altersvormund beigegeben ist³⁶⁾. Endlich kam man dahin, zu behaupten, daß der dem pubes bloß des Alters halber vom Vater im Testamente bestellte Vormund bis zur Majorannität confirmirt werden müsse³⁷⁾. — Aber auch einem impubes einen Curator zu bestellen, konnte die Obriqkeit Veranlassung haben, da nämlich, wo gerade der Tutor verhindert ist oder mit ihm selbst verhandelt werden soll, und die zu verhandelnde Sache von der Art ist, daß es nicht dazu wiederum der Bestellung eines Tutor bedarf³⁸⁾. — Auf einem besonderen Edicte des Prætors beruht die cura ventris³⁹⁾, und auf der durch dieses Letztergen gebildeten Rechtspraxis jede andere, bloß zur custodia bo-

30) L. 16. pr. D. de curator. furioso. (27. 10.)

31) L. 16. §. 1 u. 8. D. 27. 10.

32) Cic. de off. III. 15. Capitol. Marc. c. 10.

33) Pseud. I. scen. 3. v. 68., vergl. mit Rudens V. scen. 3. v. 24.

34) Capitol. Marc. 10.

35) L. 5. §. 5. D. de administr. (26. 7.) L. 7. §. 2. D. de minoribus XXV. annis. (4. 4.) L. 7. C. qui petant tutores (5. 31.), vergl. mit L. 33. §. 1. D. 26. 7.

36) L. 3. §. 1. D. 26. 1.

37) L. 6. D. 26. 3. L. 1. §. 3. u. L. 2. §. 1. D. ibid. L. 3. §. 5. D. 26. 7. §. 1. J. de curatoribus. (1. 23.)

38) §. 5 u. 6. J. 1. 23.

39) Tit. Dig. de ventre in possessionem mittendo et curatore eius. (37. 9.) L. 8. D. de curat. (27. 10.)

normen anzuordnende Curation, namentlich die bei der bonorum distractio im Falle des Concurfes eintretende cura bonorum, welche in der älteren Zeit, wo der Concurf in der Form der bonorum venditio abgefetzt wurde, nur ausnahmsweise und bei olarae personae eintrat ⁴⁰⁾, und in späteren Zeiten seit dem Verschwinden der bonorum venditio zum Wesen des Concurfverfahrens gerechnet wurde; ferner die cura hereditatis iacentis ⁴¹⁾ und die über das Vermögen eines von den Feinden Gefangenen, so lange noch Postliminium zu hoffen ist ⁴²⁾. Im Justinianischen Rechte, wo diese einzelnen Gattungen der cura noch unabhängig neben einander fortbestehen, haben einige davon eine weitere Ausdehnung erhalten, als dieß zu den Zeiten der classischen Juristen der Fall war, z. B. die cura bonorum im Concurse.

Was die gangbarsten Eintheilungen der Curation anbetrifft, so unterscheidet man 1) in Betreff der der cura unterworfenen Personen. Physische Personen sind nur dann von der Besorgung ihrer Geschäfte ausgeschlossen, wenn sie ungeboren, unmündig, minorenn, wahnsinnig, Verschwender, preßhaft, abwesend, verschuldet oder verstorben sind, und brauchen also nur in diesen Fällen einen Curator. Hiernach zerfällt die cura nach Anleitung der Justinianischen Rechtsquellen in cura ventris, pupilli, minoris, furiosi, prodigi, debilis, absentis, bonorum, hereditatis iacentis und ex edicto Carboniano. 2) In Betreff des Inhaltes der cura unterscheidet man zwischen cura plena und minus plena, je nachdem sie ein volles Administrationsrecht oder eine bloße custodia bonorum enthält, verbunden mit der Distraction von Sachen, welche sich nicht aufbewahren lassen. In gleicher Beziehung unterscheidet man zwischen curas personales und reales (auch bonorum genannt). Jene sind solche, welche sich auf das leibliche Wohl und die persönlichen Bedürfnisse des Curanden beziehen, wie die cura über Ungeborene, Pupillen, Minderjährige, Wahnsinnige und Verschwender. Diese sind solche, welche sich nur auf die Verwaltung und custodia der Güter beziehen, wie z. B. die cura bonorum im Concurse. Daneben nennen die neueren Rechtsgelehrten wohl noch curae mixtae, d. h. solche, in welchen beide Functionen vereinigt sind: die Sorge für das leibliche Wohl und die persönlichen Bedürfnisse des Curanden und die Vermögensverwaltung, z. B. in der cura über einen Wahnsinnigen ⁴³⁾. Den römischen Rechtsquellen sind diese Kunstausdrücke fremd, und die zuletzt genannte Gattung der Curen wird in denselben mit den Ausdrücken curatorem

40) L. 5. D. de cur. bon. d. (42. 7.), vergl. mit L. 5. u. 9. D. de cur. fur. (27. 10.)

41) L. 3. D. de curat. fur. (27. 10.) L. 1. §. 13. D. de coll. (37. 6.) L. 8. D. quibus ex caus. (42. 4.)

42) L. 15. pr. D. ex quibus caus. maiores. (4. 6.) L. 6. §. 4. D. de tutel. (26. 1.) L. 6. §. 2. D. quibus ex causis in poss. (42. 4.) L. 3. C. de postlim. revers. (8. 51.)

43) L. 48. D. 26. 7. L. 1. §. 17 — 24. D. 37. 9. L. 7. pr. D. 27. 10.

bonis dari⁴⁴⁾, bonis peti⁴⁵⁾, ja manchmal sogar honorum curatorem dari⁴⁶⁾ nur insofern bezeichnet, als das ganze Vermögen einer physischen Person der Gegenstand derselben ist. 3) In Rücksicht des Umfangs der cura unterscheidet man zwischen cura generalis und specialis, je nachdem der ernannte Curator zur Besorgung aller Geschäfte und Angelegenheiten seines Pflegbefohlenen oder nur zur Besorgung einzelner beauftragt ist. Die Bestellung von Specialcuratoren geschieht, z. B. zur Führung eines Prozesses⁴⁷⁾, zur Bestellung eines Heurathsgutes für die Mündel⁴⁸⁾, zur Verabreichung von Alimenten an dieselbe⁴⁹⁾. Die römischen Rechtsquellen, welche diese Unterscheidung anerkennen⁵⁰⁾, bezeichnen den Specialcurator öfters mit der Umschreibung: ad certam causam⁵¹⁾, oder ad species datus curator⁵²⁾. 4) In Rücksicht auf die Veranlassung zur Ernennung eines Curator theilt man die cura in freiwillige (voluntaria cura) und in nothwendige (necessaria), von denen jene nur auf eine vom Curanden selbst ausgehende Petition, diese aber wider, oder doch wenigstens ohne dessen Willen angewandt wird. Das bekannteste Beispiel der freiwilligen Curation ist die cura minorum⁵³⁾. 5) In Rücksicht auf ihre Entstehungsgründe zerfällt die cura in legitima und dativa oder honoraria, je nachdem sie entweder durch gesetzliche Verfügung oder durch Decret des Prätors Jemand übertragen wird⁵⁴⁾. Von diesen beiden Gattungen ist die gesetzliche Curation jedenfalls die älteste, da sie sich schon in dem Zwölftafelgesetze erwähnt findet.

Die Entstehungsgründe der Curation sind nach römischen Ansichten nur das Gesetz (lex) und das Decret des Magistrates. Das Zwölftafelgesetz, welches die gesetzliche Curation eingeführt hat, beschränkte sie nur auf Wahnsinnige und erklärte Verschwender, und übertrug sie zunächst den Agnaten des Curanden⁵⁵⁾, und erst bei deren Wegfall den Gentis-

44) L. 8. D. de curatoribus furioso. (27. 10.) L. 1. §. 18. D. de ventre in pomeis. mitt. (37. 9.) L. 1. D. de muneribus. (50. 4.) L. 6. §. 2. D. quibus ex causa. (42. 4.)

45) L. 1. §. 17. D. 37. 9.

46) L. 8. D. 27. 10. L. 41. D. de administr. et periculo tut. (26. 7.) L. 2. D. de ferilis et dilat. (2. 12.)

47) §. 2. J. 1. 23. L. 3. C. de in litem dando tutore vel curatore. (5. 44.)

48) L. 23. C. de iure dotium. (5. 12.)

49) L. 6. D. ubi pupillus. (27. 2.)

50) L. 28. C. 5. 12.

51) §. 2. J. 1. 23.

52) L. 8. D. rem pupilli. (46. 8.)

53) §. 2. J. 1. 23. L. 13. §. 2. D. de tut. et curat. (26. 5.) L. 2. §. 4. D. qui petant. (26. 6.) L. 43. §. 3. D. de procuratoribus et defensoribus. (3. 3.) L. 6. C. qui petant tutores. (5. 31.)

54) Ulp. fragm. 12. 1.

55) Cic. de republ. 3. 33. Ulp. fr. 12. §. 2. §. 8. J. 1. 23. Dahert der Ausdruck agnatus furiosus auch häufig für curator furiosus legitimus gebraucht wird. L. 12. D. de curatoribus furioso. (27. 10.) Vergl. Ruzicoff a. a. D. Th. 1, C. 208, Note 10.

len⁵⁶⁾. Es erscheint mithin diese Sattung der cura als eine Folge des älteren römischen Familienverhältnisses und als eine Berechtigung der einzelnen Familienglieder, worauf wohl auch die Bemerkung deutet, daß die gesetzliche Curation über den Verschwen-der nicht anders eintreten soll, als wenn der Erblasser desselben ohne Testament verstorben ist. Von den Agnaten konnten natürlich nur Männer Curatoren sein, da noch im späteren Rechte die Regel feststand, daß Frauen nie eine Curation übernehmen können. Für die Rangordnung der einzelnen Agnaten unter sich haben wir keine besonderen Zeugnisse der classischen Juristen, doch läßt die Analogie der Tutel⁵⁷⁾ vermuthen, daß hier dieselbe Rangordnung stattfand, wie bei dem Erbrechte, d. h. daß der dem Grade nach entferntere Verwandte vom Näheren ausgeschlossen wurde, und daß erst mehrere gleich nahe Agnaten Concuratoren wurden. Von diesen gesetzlichen Curatoren ist die gentilicische nach dem Aussterben der patricischen Geschlechter weggefallen, und wenn Cicero und Varro ihrer noch gedenken und auch unter August und Trajan noch von den gentilicia iura im Allgemeinen die Rede ist, so war sie doch schon zu den Zeiten der classischen Pandektenjuristen in Vergessenheit gekommen⁵⁸⁾. Die agnatische Curatel hingegen bestand bis zu den Zeiten Justinian's nach den oben angeführten Regeln fort⁵⁹⁾. Indessen wurden schon zeitig einzelne Cognaten, weil sie ein gesetzliches Erbrecht erhielten, auch in die Reihe der Agnatencuratoren aufgenommen. Namentlich soll sich der Sohn nicht der Curation über seine wahnsinnige Mutter entziehen⁶⁰⁾, da er derselben gleiche Liebe, wie seinem Vater schuldig ist, und seit dem SC. Orfitianum auch ein gesetzliches Erbrecht an ihren Gütern erlangt hat; auch sollen sich nach einer Verordnung von Anastasius emancipirte Kinder nicht mehr unter dem Vorwande der capitis deminutio der cura ihrer wahnsinnigen Geschwister entziehen⁶¹⁾. Jedoch standen die gedachten Modificationen nur einzeln da bis zu Justinian's Novelle 118, durch welche das alte Recht der Agnaten auch dem Princip nach völlig gestürzt und die Vormundschaft der Cognaten an ihre Stelle gesetzt wurde⁶²⁾. Denn wenn gleich der Kaiser in diesem Gesetze die Curation über Wahnsinnige und Verschwen-der nicht ausdrücklich nennt, so steht es doch nicht zu bezweifeln, daß der daselbst gebrauchte allgemeine Ausdruck ἐπιτροπή nicht allein die Tutel, sondern auch die cura umfasse. Der Begriff der Cognaten in Betreff unserer Lehre ist ganz derselbe, wie im Justinianischen Erbrechte. Auch

56) C. l. c. de invent. rhet. II. 50. Auctor ad Herennium 1. 13. Varro de re rust. 1. 2. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 211.

57) Caius inst. I. §. 64. §. 7. J. de cap. domin. (1. 16.) L. 9. D. de legitimis tutoribus. (26. 4.)

58) Vergl. Caius inst. III. 17. Ulp. in Collat. L. Mos. XVI. 4. mit Ulp. fr. XI. 4., XII. 2.

59) L. 5. C. de curatore furiosi. (5. 70.) L. 7. §. 6. C. ibid. L. 27. C. de episcopali audientia. (1. 4.) Theoph. paraphr. inst. 1. 28. §. 3. ed. Reitz tom. I. p. 179.

60) L. 4. D. 27. 10.

61) L. 4. C. de legitima tut. (5. 30.) L. 5. C. 5. 70.

62) Nov. 118. cap. 5.

die Rangordnung unter den Cognaten ist ganz die der Justinianischen Erbfolgeclassen. Wer in einer früheren Classe erbt, schließt die folgenden Classen aus. Erben Mehrere in derselben Classe, so werden sie Alle zusammen zur Curation berufen, jedoch mit Ausschluß der Frauen und der Minderjährigen. Nach den halbbürtigen Geschwistern folgen die übrigen Verwandten nach der Nähe des Grades. Der Nähere schließt den Entfernteren aus; sind Mehrere in demselben Grade verwandt, so kommen sie zugleich zur Vormundschaft. — Was den anderen Entstehungsgrund der Curation, das Decret des Magistrates angeht, so kann dasselbe nur insofern wirksam sein, als gewisse Erfordernisse zusammentreffen. Diese sind folgende: 1) es darf kein gesetzlicher Vormund vorhanden sein. Diefß Erforderniß beruht auf der Regel, daß dem, welcher bereits *curator* hat, kein anderer *curator* gegeben werden könne⁶³), und wird in Betreff der cura über Wahnsinnige und Verschwender, welches auch schon nach dem ältern Rechte die einzigen Fälle der gesetzlichen Curation waren, durch ausdrückliche Quellenzeugnisse außer Zweifel gesetzt⁶⁴). 2) Es darf auch kein confirmirter Vormund da sein, da das Dasein eines solchen die Bestellung eines neuen *curators* schon nach dem oben Gesagten ausschließt⁶⁵). 3) Der Vormund muß von der Behörde ernannt werden, welche das Recht hat *curatores* zu bestellen. Im alten Rechte schätzten dieselben einseitig vom *Prætor* bestellt worden zu sein. Darauf deutet nicht allein der Ausdruck *honorarii curatores, quos ipse prætor voluerit*⁶⁶), sondern auch der Umstand, daß viele Fälle der *curatoris datio* genau mit der *prætorischen Jurisdiction* und dem *Imperium* zusammenhängen, wie die cura über Verschwender, Ungeborene, *ex edicto Carboniano* und *bonis distrahendis*. Für das Justinianische Recht scheint der Ausspruch der Justinianischen Institutionen entscheidend, daß *Curatoren* von denselben Magistraten, welche zur Bestellung eines *Tutor* befugt sind, gegeben werden müssen⁶⁷). Nun erscheint aber in den Justinianischen Rechtsquellen das Recht, *Tutores* zu bestellen, als ein von der *Jurisdiction* und dem *Imperium* getrenntes Recht, welches durch *specielle* Vorschrift des Gesetzes dem Magistrate übertragen wird⁶⁸), und als solche werden in denselben für Rom der *Prætor*, insbesondere der von *Marcus Aurelius* eingeführte *prætor tutelaris*⁶⁹), und der *præ-*

63) L. 10. C. qui dare tutores. (5. 34.) Ueber die entgegenstehende L. 20. §. 1. D. de tut. et curat. (26. 5.) vergl. Rudorff a. a. D. Th. 1, S. 200.

64) L. 13. D. de curat. fur. (27. 10.) L. 7. §. 6. C. de curat. fur. (5. 70.) Theoph. par. inst. I. 23. §. 3. ed. Reitz tom. I. p. 179.

65) L. 6. D. de confirm. tutores. (26. 3.) L. 16. D. 27. 10.

66) Ulp. fragm. XII. 1. 3. 4.

67) §. 1. J. 1. 23. Damit stimmen im Ganzen auch die Nachrichten in L. 5. J. *ibid.* überein.

68) L. 6. §. 2. D. de tutel. (26. 1.) Doch wird die Bestellung eines *Tutor* zum officium des *iur. dicens* gerechnet in L. 2. D. de iurisdictione. (2. 1.)

69) §. 3. J. de Atiliano tut. (1. 20.) Vergl. Rudorff a. a. D. Th. 1. S. 317. Letzter bestellten auch die *Consuln extra ordinem* *Tutores* für

fectus urbi genannt, und der Letztere bestellte zur Zeit der classischen Juristen dieselben allein ⁷⁰⁾, in den späteren Kaiserzeiten aber ward ihm zu diesem Acte durch kaiserliche Constitutionen noch ein Consilium von zehn Senatoren sammt dem Tutelarprator beigegeben ⁷¹⁾, und im Justinianischen Eoder ist diese seine Competenz zur Bevormundung unter der gleichen Beschränkung nur auf die Bestellung eines Vormundes für Pupillen und Minderjährige, welche den Rang der illustres und clarissimi haben, bezogen worden ⁷²⁾. Auch zur Bevormundung eines Wahnsinnigen ist dieselbe Behörde von Justinian für competent erklärt worden, da er verordnet, daß, wenn der Wahnsinnige zu den nobiles gehört, der Präfect in Constantinopel den Senat zuziehen, sonst aber allein den Curator ex inquisitione ernennen solle ⁷³⁾. — Für das übrige Italien war der Prator oder der Juridicus zur Zeit der classischen Juristen dann competent, wenn der zu Bevormundende sich sofort an ihn wandte, oder im Gerichtsbezirk des competenten Stadtgerichtes keine tauglichen Subjecte zu finden waren ⁷⁴⁾. In allen übrigen Fällen waren zur Zeit der classischen Juristen die Municipalmagistrate zur Bestellung eines Vormundes berechtigt; nur sind sie für Wahl und Cautionleistung desselben seit Trajan verantwortlich, was beim Prator und den Juridici nicht der Fall ist. In Abwesenheit der Magistrate tritt die Curie an ihre Stelle ⁷⁵⁾, doch steht derselben die Dation nur dann zu, wenn die Mehrzahl der Decurionen versammelt ist ⁷⁶⁾. In der späteren Kaiserzeit sanken aber die Municipalmagistrate noch tiefer, da sie nur auf Befehl des Präses und selbst dann nur ärmeren Pupillen Vormünder bestellen konnten ⁷⁷⁾. — Für die Provinzen waren schon seit der Zeit der lex Julia et Titia die Statthalter derselben zur Bestellung von ordentlichen Tutoren berechtigt ⁷⁸⁾, und selbst wo außerordentliche zu bestellen waren, war ihnen nach den Senatsconsulten die Ernennung derselben überlassen ⁷⁹⁾, und selbst die ganze curatoris datio ist im classischen Pandektenrechte den Proconsuln und Präsiden der verschiedenen Provinzen beigelegt ⁸⁰⁾. Neben diesen werden bei

Pupillen nach einem Gesetze des Claudius. Vergl. Suet. Claud. 23. Plin. epist. 9. 13. Caius inst. 1. §. 200. L. 1. §. 1. D. de conf. tut. (26. 3.) Fr. Vat. §. 155. 203. Capitol. Marc. c. 10. §. 3. J. de Atil. tut. (1. 20.)

70) L. 45. §. 3. D. de excus. (27. 1.) §. 4. J. 1. 20.

71) L. 3. Theod. C. de tut. et curat. creandis. (L. 1. C. Inst. 5. 23.)

72) L. 1. u. 2. C. 5. 23.

73) L. 7. §. 6. C. 5. 70. §. 3. J. 1. 23. Vergl. Rudorff a. a. D.

Th. 1, S. 353.

74) L. 24. D. 26. 5., vergl. mit L. 1. §. 10. D. de magistratibus conveniendis. (27. 8.)

75) Vat. fr. §. 191. L. 1. C. ubi petantur. (5. 32.) L. 1. pr. u. §. 9. D. de mag. conven. (27. 8.) L. 19. §. 1. D. 26. 5. L. 29. D. ibid. L. 3. D. ibid.

76) L. 19. pr. D. 26. 5.

77) §. 4. J. 1. 20.

77a) Caius inst. 1. 185. Ulp. fr. XI. 18. Pr. J. 1. 20. Theoph. ad h. l.

78) Ulp. fr. XI. §. 20.

79) L. 11. D. de officio praesidis (1. 18.), vergl. mit Caius inst. 1. §. 200. L. 1. pr. D. 27. 10. L. 2. L. 7. §. 2. D. ibid. L. 8. §. 3. u. L. 12. pr. D. 26. 5. §. 5 u. 6. J. 1. 23.

praefectus Augustalis Aegypti genannt⁸⁰⁾, und die interimistischen Vorsetzer der Provinzen, welche von dem Augenblicke an, wo sie die Provinz betreten, bis zu der Zeit, wo sie die Ankunft ihres Nachfolgers erfassen, zur Bestellung eines Tutor berechtigt sind⁸¹⁾. Von den Stellvertretern der Statthalter war nur der legatus proconsulis in den Senatprovinzen zur Bestellung eines Tutor berechtigt⁸²⁾, und für die kaiserlichen Provinzen findet sich nichts Aehnliches verordnet⁸³⁾. Neben diesen Behörden wird auch der Stadtrichter von Alexandrien als zur Bevormundung befugt genannt⁸⁴⁾. In den Provinzialstädten mit ius Italicum hatten die Behörden und Curien in Betreff der Bestellung von Tutoren und Curatoren ganz dieselben Berechtigungen, wie in Italien⁸⁵⁾. In den übrigen Provinzialstädten, welche nicht einmal eigene Magistrate hatten, konnten die Curien dem Statthalter die zu bestellenden Vormünder nur auf eigene Verantwortlichkeit vorschlagen, und mit der eigentlichen Bestellung derselben hatten sie nichts zu schaffen⁸⁶⁾. Eine neue Unterscheidung begründete in den Provinzialstädten eine griechische Constitution Kaiser Justinian's, welche in den lateinischen Handschriften des Codex ausgefallen und erst von den neueren Rechtsgelehrten als const. 30. C. de episcopali audientia (1. 4.) aus der collectio XXV. capitulorum⁸⁷⁾ restituirt worden ist. Nach diesem Gesetze soll bei der Bevormundung unterschieden werden, ob das Vermögen des zu bevormundenden Pupillen oder Minderjährigen über 500 solidi beträgt oder darunter. In jenem Fall gehört die Dation noch immer vor den Statthalter der Provinz, und die Localbehörden können nur in Folge einer Commission den Vormund ernennen. In diesem Falle hingegen soll der ohnehin ärmere Pflegling mit den Kosten der Reise oder Correspondenz an den entfernten Statthalter verschont bleiben und deshalb die Ortsobrigkeit befugt sein, auch ohne Vollmacht des Präses die Bestellung der Tutoren und Curatoren vorzunehmen. Als Ortsbehörden werden in diesem Gesetze die Defensores und die Strategen, für Alexandrien der Juridicus genannt; doch sollen dieselben nicht allein handeln, sondern den Bischof der Stadt zuziehen, welcher nicht bloß seinen Rath erteilen, sondern auch der Wahl persönlich beizuwohnen muß. Auch sollen in den Städten, in welchen dergleichen vorkommen, auch noch öffentliche Personen (*δημόσια πρόσωπα*) zugelassen werden, worunter wahrscheinlich die Tabularien und sribae zu verstehen sind. In den Justinianischen Institutionen⁸⁸⁾ findet sich ein wenig genauer Auszug dieser Constitution, in welchem un-

80) L. 1. pr. D. 26. 5.

81) L. 1. pr. D. 26. 5. L. 17. D. de off. praesidis. (1. 18.)

82) L. 15. pr. D. de officio proconsulis. (1. 16.) L. 1. §. 1. D. 26. 5.

83) Arg. L. 8. D. 26. 5. L. 1. pr. u. §. 1. D. de officio eius, cui est mandata iurisd. (1. 21.)

84) L. 2. D. de officio iuridici. (1. 20.)

85) L. 1. §. 2. 3. D. 27. 8. L. 46. §. 6. D. de administrat. (26. 7.)

86) L. 1. in fin. C. 5. 33.

87) Vergl. Heimbach, *Avándora* tom. II. p. 174.

88) §. 5. J. 1. 20. Daß die Lesart richtig ist, ergibt sich aus Theoph. ad h. l. Vergl. Rudorff a. a. D. Th. 1, S. 366.

ter den *publicae personae* die Magistrate und der *Juridicus* von Alexan-
drien verstanden werden. Diese Constitution bezieht sich indeß nur auf
die Altersvormundschaft. Die Bestellung eines Curator für einen Wahnsinnigen bleibt in den Provinzen nach einer besondern Verordnung Justinian's⁸⁹⁾ dem Statthalter derselben unter Zuziehung des Stadtbischofs und dreier Primaten aus der Curie der Stadt überlassen. Dagegen wird im Justinianischen Rechte nicht mehr zwischen außerordentlichen und ordentlichen Vermündern unterschieden, sondern beide von derselben Behörde bestellt⁹⁰⁾. Im teutschen Rechte stand zunächst die Bevormundung dem König als obersten Vormund der Wittwen und Waisen zu, und er mußte im Krönungsseide diese Pflicht feierlich angeloben. Mit Auflösung des teutschen Reiches ist dieß zwar weggefallen, aber die Vorschrift der krüheren Reichsgesetze ist geblieben, daß alle Reichstände, namentlich alle Kurfürsten, Fürsten, Prälaten, Grafen, Herren von Adel und Communen in ihren Fürstenthümern, Herrschaften, Obrigkeiten und Gebieten dermaßen Vorsehung zu thun und zu ordnen haben, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit ein Vormund gegeben werde⁹¹⁾. Heutzutage sind die zur Bevormundung verpflichteten Territorialbehörden gewöhnlich die ordentlichen Ober- und Unterggerichte, und nur bei Personen, welche einen befreiten Gerichtsstand haben, treten besondere Gerichte ein. Endlich können auch landfässige Städte, welche die Patrimonialgerichtsbarkeit haben, durch ihre Niedergerichte die Bevormundung vornehmen lassen. 4) Derjenige, welchem ein Curator bestellt wird, muß dem Gerichtszwange der Obrigkeit, welche ihn bevormundet, unterworfen sein, d. h. in deren Gerichtsbarkeit entweder *civis* sein oder dafelbst sein bleibendes Domicil haben⁹²⁾. Von dieser Regel erkennt indeß das römische Recht schon einige Ausnahmen an. Denn auf der einen Seite können die römischen Magistrate, wenn schon Rom für das gemeinschaftliche Vaterland aller römischen Bürger gilt, nicht jedem sich dort zufällig aufhaltenden, aber in Italien oder in den Provinzen ansässigen Pupillen einen Vormund bestellen, sondern nur dann, wenn dieselben dafelbst wirklich geboren oder wenigstens domicilirt sind⁹³⁾, und auf der anderen Seite hat Kaiser Justinian dem Richter, bei welchem ein Prozeß anhängig ist, das Recht erteilt, dem Beklagten nöthigen Falls einen Curator *ad litem* zu bestellen⁹⁴⁾. Das teutsche Recht hat das *forum originis* nie als competent anerkannt, und deßhalb bleibt für das heutige Recht in Betreff der Bevormundung nur das *forum domicilii* übrig⁹⁵⁾. 5) Die, welche vorn

89) L. 7. §. 6. in fin. C. 5. 70.

90) L. 1. C. de tut. vel. cur. illustr. (5. 33.)

91) Reichspolizeiordnung von 1548 und 1577, Tit. 32, §. 1.

92) L. 1. §. 2. D. de tut. datis ab his. (26. 5.) L. 10. D. de tutel. (26. 1.) L. 24. D. 26. 5. L. un. C. ubi petantur tut. (5. 32.)

93) Vat. fr. §. 282. L. 30. §. 1. D. de excus. (27. 1.) L. 1. §. 2. D. 26. 3.

94) L. 28. §. 1. C. de administr. tut. (5. 37.)

95) Vergl. Leyser, spec. ad Pand. 333. med. 6. Stryk, usus mod. Pand. 26. 5. §. 8. Rudorff a. a. D. Th. 1, S. 372.

Magistrat zu Vormündern bestellt werden, müssen dem Gerichtszwange desselben unterworfen sein⁹⁶). Daher kann der Magistrat weder den, welcher aus einer andern Provinz ist, noch sich selbst⁹⁷) zum Vormund bestellen. Auch kann kein römischer Magistrat weder seinen Collegen noch einen höhern Magistrat ohne dessen Willen gültiger Weise zum Vormund bestellen, da er über denselben weder *imporium* noch *iurisdictionis* hat⁹⁸), wenn schon jeder Municipalmagistrat seinen Collegen⁹⁹), oder die Curie in dessen Abwesenheit ihren Magistrat¹⁰⁰) oder einen Concurialen¹⁰¹) zum Vormund zu ernennen berechtigt ist. Die Unterwerfung unter den Gerichtszwang des Magistrats, welcher den Vormund bestellt, beurtheilt man nach der Thatsache, ob der letztere im Gerichtssprengel des ersteren *incola*¹⁰²) oder *civis*¹⁰³) ist. Fehlt es an tauglichen Subjecten in dem Gerichtssprengel, so sollen die Magistrate nach einem Rescripte der Kaiser Marcus und Verus sich in den benachbarten Jurisdictionssprengeln nachrichtigen Personen umsehen und die Namen derselben an die höhere Behörde einbringen, da sie ihrer Incompetenz halber sich selbst der Dation enthalten müssen¹⁰⁴). Ist dieß Erforderniß bei der Bestellung des Vormundes vernachlässigt worden, so tritt unausbleiblich Nullität des Decretes an, und der bestellte Vormund hat es nicht einmal nöthig sich zu *excusare*¹⁰⁵). 6) Die formelle Bestellung des Curator durch Dation darf nicht an einem inneren Mangel leiden. Dazu gehört eine gültige Willensbestimmung des Magistrats, welcher ihn bestellt. Ist der Magistrat also bei der Bestellung wahnfinnig oder in einem factischen Irrthum befangen, so ist die Dation ungültig¹⁰⁶). Die äußere Form der Bestellung ist die *Forma* des Decretes. Suspensivbedingungen und Zeitbestimmungen können bei Strafe der Nullität nicht eingefügt werden, da die Bestellung eines Vormundes ein *actus legitimus* ist und Bedingungen und Zeitbestimmungen ausschließt¹⁰⁷). Gegenwart und Einwilligung des Curators und des Mündels¹⁰⁸) ist dabei eben so wenig notwendig, als die Abfassung desselben zu einer bestimmten Zeit¹⁰⁹) oder an

96) L. 5. C. qui dare. (5. 34.)

97) L. 4. D. de officio praetorum. (1. 14.) L. 5. D. de officio praetorum. (1. 18.) L. 4. D. de tut. datis. (26. 5.)

98) L. 18. §. 4. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.) L. 14. D. de manumissis. (40. 1.) L. 3. §. 3 u. 4. D. de receptis. (4. 8.) L. 14. D. de iurisdictione. (2. 1.)

99) L. 19. §. 1. D. 26. 5.

100) L. 3. D. qui potant. (26. 6.)

101) L. 19. pr. D. 26. 5.

102) L. 5. C. 5. 34.

103) L. 3. D. 26. 5. L. 5. C. 5. 34.

104) L. 24. D. 26. 5. L. 1. §. 10. D. de mag. conven. (27. 8.)

105) L. 13. §. 12. D. de exco. (27. 1.) L. 5. C. 5. 34.

106) L. 8. §. 1. D. 26. 8. L. 10. u. 26. D. ibid.

107) L. 6. §. 1. D. 26. 1. L. 77. D. de R. I. (50. 17.), sagen dieß nur von der *tutoris datio*; allein der Gerichtsbrauch hat diese Bestimmungen auch auf die Bestellung von Curatoren übertragen.

108) L. 5. u. 6. D. 26. 5. L. 19. C. de administr. (5. 37.)

109) L. 3. §. 2. D. 26. 5. L. 1. §. 2. D. de feriis. (2. 12.)

einem bestimmten Orte. Nur wenn der Vormund *cum inquisitione* bestellt wird, ist es unumgänglich notwendig, daß das *Decret pro tribunali* abgefaßt sei¹¹⁰⁾. Die Bestellung von mehreren Vormündern durch Ein *Decret* ist ebenfalls zulässig¹¹¹⁾. Gewöhnlich wird mit der Abfassung des *Decretes* auch zugleich die Beerdigung der Vormünder und die *Caution* derselben, wo sie ihnen nicht speciell erlassen wird, verbunden, auch erfolgt sofort die Aufnahme des Inventars¹¹²⁾, und über dieß Alles wird während des Actes selbst ein Protokoll errichtet, welches in der Kunstsprache *gesta* oder *praesidialia acta* heißt¹¹³⁾. Der oberkeitlichen *Dation* des *Curator* geht in der Regel die *inquisitio* vorher¹¹⁴⁾, d. h. eine Untersuchung der Obrigkeit, welche ihn bestellt, ob die zu ernennende Person wohlhabend ist, ein ehrbares Leben führt, ob sie Kinder hat und ihren Eltern Liebe bezeugt, und überhaupt fähig ist ein fremdes Vermögen zu verwalten¹¹⁵⁾. Der Zweck dieser Untersuchung ist der, die Tüchtigkeit des Vormundes zu erweisen¹¹⁶⁾, und wenn sie zum Vortheil des vorgeschlagenen *Subjectes* ausfällt, gilt es sofort für tauglich zur Uebernahme und Verwaltung der Vormundschaft. Die Untersuchung wird durch ein *Decret* der Obrigkeit, welche sie vorgenommen hat, beendet und in demselben die Verwaltungsfähigkeit des Vormundes ausdrücklich anerkannt¹¹⁷⁾. Daß aber, wie Rudorff¹¹⁸⁾ annimmt, diese Untersuchung auch die Person des Mündels und das Vorhandensein der gehörigen Bedingungen zur Bestellung eines Vormundes betroffen habe, läßt sich aus dem Zeugnisse des Theophilus nicht ersehen, und wird auch durch Pandektenstellen nicht erwiesen¹¹⁹⁾. Wahrscheinlich war das Recht, diese Inquisition vorzunehmen, ein Vorrecht der *magistratus populi Romani*, da ein solches *Decret pro tribunali* abgefaßt werden mußte¹²⁰⁾, und unter den Magistraten, welche dazu befugt waren, nur die Consuln, Prätores, *praefecti urbi* und Statthalter der Provinzen genannt werden¹²¹⁾, endlich auch die Verbindung der Confirmation mit der Inquisition nicht undeutlich für diese Ansicht zu sprechen scheint. Woher diese Inquisition stammt, läßt sich nicht mit Gewißheit sagen. Die ersten Spuren derselben finden sich in der Verordnung des Kaisers Claudius, durch welche die Consuln angewiesen wurden, *Pupillen extra ordinem* nach vorgängiger Inquisi-

110) L. 7. §. 1. D. de confirm. tut. (26. 3.)

111) L. 25. D. 26. 3.

112) L. 7. §. 5 u. 6. C. 5. 70. L. 24. C. de administratione. (5. 37.) Nov. 72. cap. ult.

113) L. 6. C. de petitione hered. (3. 31.) L. 28. §. 4. C. 5. 37.

114) L. 26. §. 5. D. 26. 5. L. 18. D. ibid. §. 3. J. 1. 25.

115) Theoph. I. 24. pr. ed. Reitz. tom. I. p. 182. L. 21. §. 5. D. 26. 5. L. 5. D. 26. 3.

116) Pr. J. de satisfat. tut. vel. cur. (1. 24.) L. 4. §. 4. D. 26. 6. L. 6. §. 2. D. 26. 3.

117) L. 5. D. 26. 3.

118) X. a. D. Th. 1, S. 438.

119) L. 6. D. 27. 10. L. 26. D. 26. 3.

120) L. 7. §. 1. D. 26. 3.

121) Cui inst. I. §. 200, vergl. mit §. 3 u. 4. J. de Atil. tut. (1. 20.)

dem Tutorern zu bestellen¹²²⁾, und erst seit dieser Zeit ist die Inquisition auch auf die Bestellung von Curatoren übertragen und mit der Confirmation der unvollkommenen testamentarischen Vormünder in Verbindung gebracht worden.

Die Bestellung eines Curator durch das Decret des Magistrats geschieht bei den Minderjährigen in der Regel nur mit ihrer Einwilligung, da diese Curation eine freiwillige ist. Demnach muß ein solcher Vormund immer vom Magistrat erst erbeten werden, ein Act, welchen man gewöhnlich mit den Ausdrücken *poscere, petere, postulare curatorem* bezeichnet. Diese Erbittung kann in der Regel nur vom Minderjährigen oder dessen Bevollmächtigten¹²³⁾ ausgehen, da fremde Personen, welche kein *mandatum prassumptum* haben, wenn der *Abulcus* am Orte ist, ganz und gar nicht und, wenn er abwesend ist, nur gegen die Bestellung der *cautio rem ratam dominum habiturum* zugelassen werden¹²⁴⁾. Ist der Minderjährige aber bereits als *Pupill sui iuris* geworden, so soll sein Tutor ihn daran erinnern, daß er sich einen Curator erbitte, und wenn der Mündel dessen ungeachtet aus Leichtsinne oder anderen Gründen dieser Administration kein Gehör gibt, so dauert zwar nicht die Tutel, wohl aber das Amt des Tutors, die Verwaltung des Vermögens und die Abschließung der Geschäfte von Seiten desselben so lange fort, bis dem Mündel Curatoren bestellt sind, und nur wenn der Minderjährige in seiner Weigerung beharrt, kann der Tutor subsidiarisch für ihn einen Curator erbitten, an welchen er dann Rechnung abzulegen und das Vermögen auszuhändigen hat¹²⁵⁾. Auch Andere, welche an der Bestellung des Curators für den Minderjährigen ein besonderes Interesse haben, können ihn zur *Petition* eines Curators ermahnen, und, wenn diese Ermahnung fruchtlos geblieben ist, in dessen Namen für ihn einen Curator von der Obrigkeit erbitten. Dies tritt namentlich dann ein, wenn der Minderjährige, welcher keinen Curator hat, von Jemand verklagt wird¹²⁶⁾, da er nicht ohne Curator prozessiren kann^{126a)}, oder wenn der Schuldner eines Minderjährigen an dessen Zahlung leisten will, sich aber nicht sicher glaubt, weil der Minderjährige das Geld verschleudern und sich gegen die Zahlung restituiren lassen könnte¹²⁷⁾. In anderen Curationen, wo der Pflegsling selbst nicht im Stande ist¹²⁸⁾, sich einen Vor-

122) *Suet. Claud.* 23., vgl. mit §. 3. *J. 1. 20. u. Caius Inst. I. §. 200.*

123) *L. 13. §. 2. D. 26. 5. L. 2. §. 4 u. 5. D. 26. 6. L. 86. §. 1. D. de exca. (27. 1.) L. 6. C. qui petant. (5. 31.) L. 2. §. 29. D. ad SC. Tertull. (38. 17.)*

124) *L. 43. §. 3. D. de procur. (3. 3.)*

125) *L. 33. §. 1. D. 26. 7. L. 2. C. de susp. (5. 43.) L. 7. C. 5. 31.*

126) *L. 1. C. 5. 31.*

126a) *L. 2. C. qui legitimam. (3. 6.) L. 11. C. qui dara. (5. 84.) L. 1. §. 3 u. 4. C. 26. 7.*

127) *L. 7. §. 2. D. de minoribus. (4. 4.)*

128) Dies ist der Fall bei der Curation über einen Ungeborenen (*L. 2. §. 20. D. 38. 17.*), über einen Pupillen und Wahnsinnigen (*L. 2. §. 31. D. 38. 17. L. 28. §. 1 u. 2. C. 5. 37. L. 8. C. 5. 70.*), über einen Verschwendter (*L. 12. §. 2. D. 26. 6.*).

mund zu erbitten, wird die Erbitung des Curator eine *causa popularis* und Jeder aus dem Volke ist dann zur Petition berechtigt¹²⁹). Unter den einzelnen zur Erbitung berechtigten Personen haben die Cognaten und Affinen vor den Fremden den Vorzug¹³⁰), und erst, wenn der Nähere zögert, kommt das Recht an den Entfernteren¹³¹). Nur bei Bestellung eines Prozeßcurators für einen während des Prozeßes wahnsinnig gewordenen Beklagten concurrirt der Kläger, wenn er will, mit den Cognaten und Affinen des Wahnsinnigen¹³²), und bei der *cura honorum* im Concurse werden nach dem Pandektenrechte die Gläubiger als vorzugsweise zur Petition berechtigt genannt¹³³). Es wird aber in den römischen Rechtsquellen auch eine Reihe von Personen aufgestellt, welche zur Erbitung eines Vormundes für den Mündel geradezu verpflichtet sind. Dieß ist der Fall bei der sogenannten *petitio necessaria*. Dieß tritt nicht allein bei den Tutoren¹³⁴) und, falls diese verstorben sind, bei deren Erben ein, sondern auch bei den nächsten Cognaten des Mündels, von denen man annimmt, daß sie *inofficios* handeln, wenn sie ihm keinen Vormund erbitten. Zunächst ist nach einer Epistel des Septimius Severus an den Tutelarprator Cuspius Rufinus die Mutter verpflichtet, tüchtige Tutoren ihren Kindern zu erbitten, bei Verlust des ganzen ihr zustehenden Intestaterbrechtes in deren Güter, und diese Strafe trifft sie auch dann, wenn sie, falls die ersten ordentlichen Vormünder excusirt oder removirt sind, nicht gleich andere in Vorschlag bringt¹³⁵). Durch die Interpretation der römischen Juristen ist diese Constitution, welche nur von *filii* und deren Pupillar-tutel spricht, auch auf die Enkel¹³⁶) und auf die *cura* über Pupillen, Ungeborene, Wahnsinnige, Verschwendter und in feindlicher Gefangenschaft befindliche Pupillen, nie aber auf die *cura* über Adulten bezogen worden¹³⁷). Das Mittel, diese Strafe gegen die Mutter geltend zu machen, ist eine Einrede, welche dem Beklagten gestattet wird, falls sie ihr Erbrecht mit der *hereditatis petitio* geltend macht¹³⁸), und wenn diese Einrede liquid ist, werden ihr die Klagen benegirt¹³⁹). Die Strafen der Mutter wurden in einer Constitution von Valentinian, Valens und Gratian noch mit der Infamie vermehrt, so daß sie weder über ihr Vermögen testiren, noch durch Schenkungen dar-

129) L. 3. C. 5. 70. Von der Tutel sprechen L. 2. pr. D. 26. 6. L. 10. C. 5. 31. L. 28. §. 2. C. 5. 37.

130) L. 2. §. 24. D. ad SC. Tertull. (38. 10.)

131) L. 4. u. 10. C. 5. 31. L. 2. §. 3. D. 26. 6.

132) L. 28. §. 1. C. 5. 37.

133) L. 2. pr. D. de curat. bonis dando. (42. 7.)

134) L. 7. §. 13. D. 26. 7. Excusirte Tutoren sind nicht dazu verpflichtet L. 2. §. 6. D. 26. 6.

135) L. 2. §. 2. D. 26. 6. L. 2. §. 23. D. ad SC. Tertull. et Orfit. (38. 17.)

136) L. 2. §. 28. D. 38. 17.

137) L. 2. §. 29—31. D. 26. 6. L. 12. §. 2. D. 26. 5.

138) L. 3. C. ad SC. Tertullianum. (6. 56.)

139) L. 2. §. 47. D. 38. 17.

über disponiren konnte¹⁴⁰). Doch haben die Kaiser Theodosius und Valentinian diese Verordnung aufgehoben, und allgemein verfügt, daß alle zur Succession des Pupillen entweder ab intestato oder iure substitutionis berufene Personen, wenn sie ihm keinen Tutor erbeten haben und er in der Unmündigkeit verbleibt, ihre Erbansprüche an dessen Vermögen verlieren sollen¹⁴¹), und Justinian wiederholt demgemäß in seinen Institutionen die Bestimmung, daß die Mutter, welche es verabsäumt hat, für ihre Kinder, Vormünder zu erbitten, von aller und jeder Succession in das Vermögen des unmündig verstorbenen Pupillen ausgeschlossen sein solle¹⁴²). Zur Ausübung dieser Pflicht ist der Mutter ein Jahr Zeit gegeben, nach dessen Ablaufe die Strafe sofort eintritt¹⁴³). Nur in wenigen Fällen kommt die Strafe in Wegfall: a) wenn der Pupill gar kein Vermögen hat¹⁴⁴); b) wenn die Mutter durch die Unterlassung der Petition dem Pupillen einen größeren Vortheil verschafft, welcher die Nachteile derselben bei weitem überwiegt¹⁴⁵); c) wenn der Vater die Erbittung verweigert, weil er will, daß die Mutter die Vormundschaft selbst verwalten soll, und sie in gesetzlicher Form um dieselbe beim Kaiser ansucht und jene dann gehörig verwaltet¹⁴⁶); d) wenn der Pupill nach erreichter Pubertät verstorben ist, so kann ihr die praescriptio non petiti tutoris nicht entgegen gesetzt werden¹⁴⁷). Diese Milde rung rühret aus einem Gesetze von Constantius her, worin sie nur auf die Mutter, welche ihrem Sohne einen Tutor erbeten hat¹⁴⁸), bezogen wird, während man aus einer heillosigen Aeußerung der Theodosischen Novelle ersieht, daß sie auf alle Cognaten bezogen worden ist¹⁴⁹). Der Grund dieser Ausnahme ist sehr beschränkt. Einige von den neueren Rechtsgelehrten nehmen mit Donellus¹⁵⁰) an, daß durch diese Unterlassung der Petition von Seiten der Mutter nur das unmündige, nicht das mündige Kind beleidigt worden sei. Andere hingegen erblicken mit Vinnius¹⁵¹) den Grund dieser Ausnahme in dem Umstande, daß der Pupill nach erreichter Mündigkeit über sein Vermögen nach Gefallen testiren, also es auch nach Gefallen der Mutter lassen oder entziehen könnte, und daß, wenn er nicht testirt, oder sonst die Mutter wegen unterlassener Petition nicht ausgeschlossen hat, angenommen werden müsse, er habe dadurch sich nicht veranlaßt gefunden, seiner Mutter die Erbschaftsansprüche zu entziehen. — Die Form der Po-

140) Interpret. ad Nov. Theod. II. de tutoribus. Vergl. Wenck, Codex Theod. p. 186.

141) Nov. Theod. II. lib. 1. tit. 11, im Justinianischen Codex als L. 10. C. de legit. hered. (6. 58.)

142) §. 6. J. de SC. Tertull. (3. 3.)

143) L. 2. §. 43. D. 38. 17. §. 6. J. 3. 3.

144) L. 2. §. 26. D. 38. 17.

145) L. 2. §. 44. D. 38. 17.

146) L. 2. §. 25. D. 38. 17.

147) L. 8. C. 6. 56.

148) §. 6. J. 3. 3. ibique Theoph.

149) L. 10. C. 6. 56.

150) Comm. iur. civ. III. 8. §. 28.

151) Ad §. 6. J. de SC. Tertull.

stulation ist nicht an bestimmte Feierlichkeiten gebunden. Es kann daher jeder von den Berechtigten in Person und durch Voten und Stellvertreter die Postulation vornehmen¹⁵²); nur muß bei den letzteren das Mandat gewiß sein, sonst tritt die *cautio de rato* ein¹⁵³). Auch kann das Gesuch sowohl als Postulation einer bestimmten Person, wie als Nomination, d. h. als Vorschlag mehrerer Namen zur beliebigen Auswahl vorgetragen werden¹⁵⁴). — Was den heutigen Gebrauch der Petition anbelangt, so ist derselbe jeglichen Falls nicht in Abrede zu stellen. Auch ist die Zahl der Personen, welche zur Erbitung von Vormündern verpflichtet sind, durch die teutschen Landesgesetze vermehrt worden, indem diese außer der Mutter, den Verwandten und Ehegatten auch noch den Richter des Ortes, die Prediger, Junftältesten, Handlungsgesellschafter und Nachbarn verpflichten, das vormundschaftliche Gericht auf die Nothwendigkeit einer Vormundschaftsbestellung aufmerksam zu machen. Auch die Strafen, welche bei der versäumten Erbitung eintreten, sind durch den Einfluß der Doctrin nicht abgekommen, und nicht allein die ältere Praxis¹⁵⁵), sondern auch teutsche Statutarrechte haben dieselben ausdrücklich bestätigt. Nur bei der Curation über Minderjährige ist der alte Grundsatz weggefallen, daß sie eine *cura voluntaria* sei, und daß der Minderjährige sich den Curator selbst erbitten müsse. Dies geht theils aus der teutschrechtlichen Ansicht hervor, daß die Pupillentutel und *cura minorum* nur Eine zusammenhängende Vormundschaft sind, theils aus der neueren Doctrin¹⁵⁶) und Praxis¹⁵⁷), wornach der Minderjährige zwar einen Vormund in Vorschlag bringen darf, aber ihm auch ohne sein Ansuchen, ja sogar wider seinen Willen, ein solcher bis zu seinen vollbaren Jahren gesetzt wird.

In den Kaiserzeiten kam neben den angeführten Entstehungsgründen der Curation durch kaiserliche Constitutionen¹⁵⁸) auch noch das Princip der Confirmationen auf. Man verstand aber unter *confirmatio* im römischen Sinne die Aufrechthaltung einer ungiltigen, unformlichen letztwilligen Bevormundung durch obrigkeitliche Dation des ernannten Vormundes, und bezog sie nicht allein auf Curatoren, sondern auch auf Tutoren. In Bezug auf die Curation sind nach dem Zeugnisse der römischen Rechtsquellen folgende Fälle zur Confirmation geeignet: wenn der Vater im Testamente seinem unmündigen Hauskinde einen Curator¹⁵⁹),

152) L. 2. §. 4 u. 5. D. 26. 6. L. 2. §. 43. D. 38. 17. L. 8. C. 5. 81.

153) L. 43. §. 3. D. 3. 3.

154) L. 2. §. 23. D. 38. 17.

155) Carpzov, iurispr. for. P. II. const. XI. def. 15, decis. P. III. decis. 286. n. 9. 10. Boehmer, consult. et decis. tom. II. p. II. resp. 860. qu. III. n. 14 u. 15.

156) v. Sponker, von der Vormundschaftsbestellung, Th. 1, §. 9, ©. 23.

157) Carpzov, resp. iur. lib. V. resp. 86. Leysner, med. ad Pand. Vol. V. spec. CCCXLVI.

158) L. 1. §. 1. D. 26. 3.

159) L. 40. D. de adm. (26. 7.) L. 6. D. de confirm. tut. (26. 3.)

oder seinen mündigen Kindern einen Tutor oder einen Curator¹⁶⁰⁾ oder für seinen wahnsinnigen oder verschwenderischen Sohn einen Curator¹⁶¹⁾ ernannt hat, oder wenn die Mutter oder Großmutter in ihrem Testamente ihren Kindern oder Enkeln einen Curator zugeordnet hat¹⁶²⁾, vorausgesetzt indess, daß die Tüchtigkeit des ernannten Vormundes durch obrigkeitliche Untersuchung constatirt werde¹⁶³⁾, und daß sie zugleich in ihrem Testamente das Kind zum Erben einsetze¹⁶⁴⁾. Daß aber diese in den Quellen angeführten Beispiele nicht die einzigen Fälle sind, in welchen die im Testamente bestellten Curatoren bestätigt wurden, ergibt sich schon aus dem beigebrachten Zeugnissen und aus dem Zusammenhange der Lehre mit der Tutel. Jedenfalls läßt die Analogie derselben auch dann eine Confirmation des Curators zu, wenn dieser einem Minderjährigen oder Verschwender von einer Person, welche den Mündel zum Erben einsetzt, im Testament erteilt wird, und der Mündel kein weiteres Vermögen hat¹⁶⁵⁾, oder wenn zu dem Mangel des Bestellungsrechtes auch noch ein formeller Mangel des Testaments hinzutritt, z. B. wenn das Testament ein *iniustum* oder *imperfectum* ist¹⁶⁶⁾, oder wenn der Vormund seine Ernennung zum Vormunde im Testamente zwar nicht gegen des Vaters Willen, wohl aber gegen das *SC. Libonianum* selbst geschrieben hat, und es sich aus der Inquisition herausstellt, daß gegen seine Person sonst nichts einzuwenden ist¹⁶⁷⁾. — Die Bestätigung des einmal ernannten Vormundes bedarf folgender Erfordernisse: 1) sie muß von der kompetenten Behörde ausgehen¹⁶⁸⁾. Nach *Modestini's* Bericht waren in Rom ursprünglich die Consuln zur Confirmation befugt¹⁶⁹⁾, und neben diesen werden auch die Prätores¹⁷⁰⁾ genannt, und in Constantinopel gehörte die Confirmation wenigstens in Einem Falle vor den Stadtpräfect¹⁷¹⁾; im übrigen Italien konnten die *Municipalmagistrate* schon zur Zeit der classischen Juristen nur im Auftrag der Oberbehörde confirmiren¹⁷²⁾. In

160) L. 6. D. 26. 3. L. 16. pr. D. 27. 10. Ist er als Tutor für den Mündigen bestellt worden, so kann er natürlich nur als Curator confirmirt werden.

161) L. 16. §. 1. D. 27. 10. L. 7. §. 5. C. 5. 70.

162) L. 2. §. 1. D. 26. 3. L. 69. §. 2. D. de leg. II. (31.)

163) L. 2. §. 1. D. 26. 3. L. 1. C. de conf. tut. (5. 29.) L. 4. §. 4. D. 26. 6. L. 4. D. 26. 2.

164) L. 4. D. 26. 2. L. 4. C. de testam. tutela. (5. 28.)

165) L. 4. u. 5. D. 26. 3. L. 1. C. 5. 28. Vergl. *Ruborff a. a. D. Th. 1, S. 319.*

166) L. 1. §. 1. u. 3. D. 26. 3. L. 2. C. 5. 29.

167) L. 29. D. 26. 2. L. 18. §. 1. D. de lege *Cornelia de falsis*. (48. 10.) Sind außer ihm noch andere testamentarische Vormünder vorhanden, so wird er nur als Curator bestätigt. L. 29. D. 26. 2.

168) L. 2—4. C. de confirmando tut. (5. 29.)

169) L. 1. §. 1. D. 26. 3.

170) L. 2. 6. 8. 10. D. 26. 3. L. 16. D. 27. 1. L. 32. D. *ibid.* *Fr. Vat. §. 159. 246.*

171) L. 7. §. 5. C. 5. 70. L. 27. C. 1. 3.

172) L. 5. D. 26. 3. L. 46. §. 6. D. 26. 7. L. 1. §. 6. D. de mag. *conv.* (27. 8.)

den Senatsprovinzen stand die Confirmation dem Proconsul¹⁷³⁾, in dem kaiserlichen dem Statthalter zu¹⁷⁴⁾. Nach dem Verschwinden des Unterschiedes zwischen kaiserlichen und Senatsprovinzen ist für jede Provinz ihr Statthalter die allgemeine Confirmationsbehörde geworden, und bei der Bevormundung eines Wahnsinnigen bedarf es zu diesem Zwecke noch der Zuziehung des Bischofs und der Primaten¹⁷⁵⁾. 2) Sie wird nach vorhergehender Inquisition angeordnet, welche die Tüchtigkeit des ernannten Curator zum Gegenstande hat¹⁷⁶⁾. Nur wenn der Curator vom rechtmäßigen Vater oder väterlichen Ascendenten bestellt worden, erfolgt die Bestätigung ohne Weiteres (simpliciter)¹⁷⁷⁾. Als Grund, warum man diese Ausnahme bei den von der Mutter oder Großmutter ernannten Vormündern nicht eintreten ließ, wird von den Pandektenjuristen die größere Verstandeskraft des männlichen Geistes bezeichnet, welcher eher im Stande sei, über die Tüchtigkeit des Vormundes ein richtiges Urtheil zu fällen¹⁷⁸⁾. Der Gegenstand der Inquisition ist die Tüchtigkeit des Vormundes in Hinsicht seines Vermögens, seines Standes, seiner persönlichen Lage und namentlich seines Charakters¹⁷⁹⁾, und wenn diese Untersuchung zu Gunsten desselben ausfällt, so gilt er für tüchtig zur Uebernahme der Vormundtschaft. — Die Bestätigung selbst geschieht durch ein Decret des Magistrats, gleichviel ob eine Inquisition vorhergeht oder nicht¹⁸⁰⁾. Im Fall der Inquisition geht der Confirmation indeß ein Vorbescheid über die Tauglichkeit des Vormundes voraus¹⁸¹⁾. Was das Verhältniß des confirmirten Curators zu den übrigen Entstehungsgründen der Curation anbetrifft, so halten ihn Einige für einen testamentarischen Vormund¹⁸²⁾, Andere hingegen für einen obrigkeitlichen¹⁸³⁾, und noch Andere stimmen der ersteren Ansicht im Fall der einfachen Confirmation bei, und der letzteren, wenn die Confirmation ex inquisitione erfolgt¹⁸⁴⁾. Aus den Zeugnissen der römischen Rechtsquellen ist freilich nur so viel zu ersehen, daß confirmirte Tutoren die gesetzlichen Tutoren ausschließen¹⁸⁵⁾, und insofern erscheint die confirmirte Tutel nur als eine Erweiterung des älteren Systems von den letzten Willen. Ein Gleiches auch von der

173) L. 2. pr. D. 26. 3.

174) L. 4. C. 5. 29. L. 16. D. 27. 1. §. 5. J. de tutel. (1. 13.)

175) L. 7. §. 5. C. 5. 70.

176) L. 4. §. 4. D. 26. 6. L. 1. §. 2. D. 26. 3. L. 28. §. 2. D. 26. 2. L. 30. §. 3. D. 27. 1. L. 1. u. 4. C. 5. 29.

177) L. 6. D. 26. 3. L. 1. §. 2. D. 27. 1. L. 16. D. 27. 10. §. 5. J. de tutel. (1. 13.) L. 2. C. 5. 29.

178) L. 4. §. 4. D. 26. 6.

179) L. 5. D. 26. 3. L. 21. §. 5. D. 26. 5. Theoph. paraphr. inst. I. 24. pr. ed. Reitz. tom. I. p. 182.

180) L. 5. u. 7. §. 2. D. 26. 3., vergl. mit Fr. Vat. §. 159 u. 246.

181) L. 5. D. 26. 3.

182) So Donellus, comm. de iure civili III. 5. §. 17 sq.

183) So Cuiacius obs. VII. 7.

184) So Finestres ad Hermogeniani epitom. p. 540.

185) L. 27. pr. D. 26. 2. L. 3. C. quando mulier. (5. 35.) Nov. 89. c. 14. Nov. 118. c. 5. Vergl. Ruberff a. a. D. Th. 1, S. 330

Curation anzunehmen, kann in der That keinem gegründeten Zweifel unterliegen. Auf der andern Seite ist freilich der Magistrat nicht geradezu von Amteswegen verpflichtet, die durch das Testament bestellten Curatoren zu bestätigen, und wenn er daher neben dem unbestätigten testamentarischen einen Dativvormund ernennt, so ist diese Ernennung völlig gültig¹⁸⁶⁾; auch kann der confirmirte Curator vor der Confirmation jedenfalls nicht als Curator gelten, da ihm die zur Anbringung der Entschuldigungsgründe bestimmte Zeitfrist erst vom Augenblicke der Confirmation an läuft¹⁸⁷⁾, ihn auch kein Vorwurf trifft, wenn er sich in die Administration der Vormundschaft vor seiner Bestätigung nicht einmischt¹⁸⁸⁾, und er auch sonst nicht mit den gewöhnlichen Vormundschaftsdingen belangt werden kann¹⁸⁹⁾. — Von den hier erörterten Grundsätzen des römischen Rechtes weicht das teutsche Recht insofern ab, als es die Regel aufstellt, daß alle Vormünder, ohne Ausnahme, der obrigkeitlichen Bestätigung bedürfen¹⁹⁰⁾. Man nennt diese Vormundschaftsbestätigung nach teutschem Rechte (*confirmatio germanica* oder *ex iure germanico*) und versteht darunter die Verfügung der competenten Obrigkeit, wodurch ein Vormund zur Führung der Vormundschaft nach vorhergehender Untersuchung mittelst eines Decretes autorisirt wird. Diese Confirmation gründet sich auf das dem Staate nach teutschem Rechte zustehende Recht der Obervormundschaft, und kann nicht so verstanden werden, als sei durch sie die römisch-rechtliche Confirmation aufgehoben worden, da diese nur die Delation der Vormundschaft, jene hingegen die Verwaltung derselben betrifft. Der unbestätigte Vormund ist nach teutschem Rechte in Rücksicht seiner Amtsrechte wie ein *falsus tutor* zu behandeln, in Betreff seiner Pflichten ist er aber nicht bloß als *protutor* anzusehen, sondern er trägt vielmehr schon vom Anfall der Vormundschaft an das *periculum cessationis*, während der unvollkommene testamentarische Vormund, welcher nach römischen Rechte der Bestätigung bedarf, für diese Gefahr keineswegs einzustehen hat.

Was das Verhältniß des Curator zur Vermögensverwaltung anbelangt, welche den hauptsächlichsten Gegenstand der Curation ausmacht¹⁹¹⁾, so erscheint derselbe, wie der Tutor, welcher die Geschäfte seines Pupillen geleitet, nur als Verwalter eines fremden Vermögens. Daher ist er zwar zur Vornahme solcher Handlungen befugt, welche mit der Administration im Verbindeung stehen, nicht aber zur Verschwendung oder Verschleuderung von Sachen, welche seinem Mündel angehören¹⁹²⁾. Manche neueren

186) L. 8. C. 5. 29. L. 58. §. 2. D. 26. 7.

187) L. 1. u. 2. C. 5. 29. L. 13. §. 12. D. 27. 1.

188) L. 40. u. 58. §. 2. D. 26. 7.

189) L. 1. C. 5. 28.

190) Reichspolizeiordnung von 1548, Tit. 31, §. 2, und von 1577, Tit. 22, §. 2.

191) L. 20. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) L. 8. C. de nuptiis. (5.

4.) Vergl. v. E b h r a. a. D. Th. III, S. 41 flg.

192) L. 28. §. 1. D. de pactis. (2. 14.) L. 11. u. 17. D. 27. 10., vergl. mit L. 16. C. de adm. (5. 37.) L. 7. §. 3. D. pro emptore. (41. 4.) L. 46. §. 7. D. 26. 7. L. 22. D. ibid.

Rechtsgelehrten brüchen diese Befugniß der Vormünder in Betreff der Administration durch den Satz aus, daß Tutoren und Curatoren in dieser Beziehung als Stellvertreter der Eigenthümer zu betrachten sind¹⁹³). Eine Regel, die man indessen nicht so verstehen darf, als seien sie berechtigt, alle Handlungen vorzunehmen, welche vom Eigenthümer selbst hätten vorgenommen werden können. Daraus geht zugleich so viel als gewiß hervor, daß der Curator in Betreff seines Mündels als eine andere, demselben zugeordnete Person erscheint, welche ihn in bestimmten Fällen zu vertreten hat, aber nicht mit ihm in der Personeneinheit steht. Am deutlichsten ergibt sich die Wahrheit dieser Ansicht aus der Zusammenstellung der Tutoren, Curatoren, Syndiken einer Universitas und solchen Procuratoren, welchen die Verwaltung eines ganzen Vermögens anvertraut ist, in dem classischen Pandektenrechte. So kann die *manumissio per vindictam* weder durch Tutoren, Curatoren und Procuratoren vorgenommen werden¹⁹⁴); Besitz und Eigenthum kann durch dieselben sogar gegen unseren Willen uns erworben werden¹⁹⁵); ein Pfandrecht konnte nach älterem Rechte durch keinen dieser Stellvertreter erworben werden¹⁹⁶), was freilich durch Justinian abgeändert worden ist¹⁹⁷); Obligationen können weder *activ* noch *passiv* durch die genannten Personen erworben werden, doch half man auch hier mit *utiles actiones* in der Kaiserzeit nach¹⁹⁸); auch können dieselben als solche keinen Anderen zur Führung des Processes bevollmächtigen oder ihm einen Theil der Geschäftsführung übertragen, und erst durch die *litiscontestation* werden sie fähig, andere Bevollmächtigte zu substituieren¹⁹⁹); endlich können sie gleichmäßig durch *Novation* Obligationen beten, welche sie vertreten, aufheben²⁰⁰), allein es ist ihnen insgesammt, nicht gestattet, solche Obligationen durch *Acceptilation* zu quittiren, und sie müssen daher, wenn diese nothwendig ist, vorerst durch *Novation* die Obligation auf sich selbst übertragen, und dann können sie zweifelsohne, wie jeder Andere, die *Acceptilation* in ihrer Person vornehmen²⁰¹). Aus dieser Zusammenstellung der Vormünder mit den Procuratoren ergibt sich zugleich auch so viel als gewiß, daß die Tutoren und Curatoren

193) L. 157. pr. D. de R. I. (50. 17.), vergl. mit L. 27. D. 26. 7.

194) L. 13. D. de manumiss. (40. 1.) L. 17. D. 27. 10. L. 22. D. qui et a quibus (40. 9.) (Curatoren eines Wahnsinnigen), vergl. mit L. 6. C. 7. 11. (Tutoren) und L. 3. C. de vindicta libertate (7. 1.) (Procuratoren).

195) L. 1. §. 20. D. de acqu. vel amittenda possess. (41. 2.) L. 13. §. 1. D. de acqu. rer. dom. (41. 1.), vergl. mit L. 20. §. 2. D. 41. 1. Siehe v. Eßhr a. a. D. Th. III, S. 45—49.

196) L. 11. §. 6. D. de pignoratitia actione. (13. 7.)

197) L. 2. C. per quas personas. (4. 27.)

198) L. 9. pr. D. 26. 7. Dig. 26. 9. Cod. 5. 39.

199) L. 24. pr. D. 26. 7. L. 11. C. de procuratoribus (2. 13.), vergl. mit L. un. C. de actore a tutore — const. (5. 61.) L. 74. D. de procurat. (3. 3.) L. 8. 22. u. 23. C. 2. 13.

200) L. 22. D. 26. 7. L. 20. §. 1. D. de novat. (46. 2.) L. 34. §. 1. D. ibid.

201) L. 13. §. 10. D. de acceptilatione. (46. 4.) Daraus ist L. 3. D. ibid. zu erklären.

in der Regel das Recht haben, zum Zwecke der Administration alle die Handlungen vorzunehmen, welche durch Bevollmächtigte vorgenommen werden können, und daß sie sich von dieser Gattung von Stellvertretern nur dadurch unterscheiden, daß sie nicht durch den Auftrag des Principals, sondern durch den Willen des Gesetzes als Stellvertreter für diesen bestellt werden. Endlich erhebt aus dem Gesagten auch noch, daß Tutoren und Curatoren bei der Administration des Vermögens im Ganzen gleiche Befugnisse haben. Die wenigen Verschiedenheiten, welche sich dennoch im römischen Rechte vorfinden, liegen nicht im Begriffe ihres Amtes, und wurden erst von späteren Gesetzgebern, allein mit Rücksicht auf den Vortheil des Pflugebefohlenen und nur in Beziehung auf den Tutor eines Kindes und den Curator eines Wahnsinnigen, hinzugefügt; sie beruhen also auf Bestimmungen, welche ohne Rücksicht auf den Geist der Institute aufgestellt worden sind, und bei deren Abfassung immer nur ein einzelner Fall ins Auge gefaßt ist. Zur Bestärkung dieser Ansicht kann man auch noch eine Reihe von Fällen benutzen, in welchen das classische Pandektenrecht die Handlungsbefugniß der Tutoren und Curatoren in Bezug auf ganz specielle Facten auf gleiche Linie stellt. Beide haben nämlich nach dem Pandektenrechte die Befugniß ein *opus novum* zu nunciiren ²⁰²), durch ihren Vertrag dem Pupillen und Curanden Exceptionen zu erwerben ²⁰³), in ihrem Namen zu transigiren ²⁰⁴), Eide zuzuschreiben ²⁰⁵), Prozesse anzufangen, ohne zur Cautionsleistung verbunden zu sein ²⁰⁶), ein *iuramentum in litem* auszusprechen und andere dergleichen Fälle mehr.

Die allgemeinen Verpflichtungen der Curatoren bei der Verwaltung der Curation lassen sich auf folgende Punkte zurückführen: 1) auf die Verpflichtung zur Cautionsleistung. Diese Cautio wird der Verwaltung halber geleistet und ihrem Inhalte nach in der Kunstsprache der römischen Juristen mit den Worten bezeichnet: *rem pupilli salvam fore*. Sie beruht auf einem Edicte des Prätor ²⁰⁷), welches jünger ist als die *lex Atilia* und *Iulia et Titia* ²⁰⁸), aber jedenfalls älter als Trajan, ist eine pädagogische Stipulation und zwar eine *cautionalis*, d. h. eine solche, die gegeben wird, um eine neue Klage (nämlich die *actio ex stipulatu*) zu begründen; doch wird sie in manchen Stellen ²⁰⁹) als *stipulatio com-*

202) L. 7. §. 1. D. de operis novi nuntiatione. (39. 1.)

203) L. 12. 15. u. 28. §. 1. D. de pactis. (2. 14.)

204) L. 54. §. 5. D. de furtis. (47. 2.) L. 46. §. 7. D. 26. 7. L. 96. §. 1. D. de solut. (46. 3.)

205) L. 17. §. 2 u. 3. D. de iureiurando. (12. 2.)

206) L. 22. u. 23. D. 26. 7. L. 46. §. 7. D. ibid. L. 11. §. 7. D. de exceptione rei iud. (44. 2.) L. 1. 11. 13. 28. C. de administr. tut. (5. 37.)

207) *Caius inst.* I. §. 199. L. 4. C. de tut. vel. cur. qui satis non dedit. (5. 42.)

208) §. 3. J. 1. 20.

209) L. 5. pr. D. 45. 1. §. 4. J. de divisione stipulationum (3. 18.) *ibique Theoph. ed. Reitz. tom. II. p. 641.*

munis betrachtet; da sie auch vom Richter im Nothfalle nachgefordert werden kann. Anspruch auf diese Caution haben alle unter der Vormundschaft befindlichen Personen, wenn diese mit Verwaltung des Vermögens verbunden ist²¹⁰). Anbefohlen wird dieselbe nach den Zeugnissen der classischen Juristen allen Tutoren und Curatoren, ohne Unterschied, ob sie generelle oder specielle Vormünder sind, wenn sie nur überhaupt ein Verwaltungsrecht haben, also Curatoren für Ungeborene, Pupillen, Minderjährige, Wahnsinnige, Verschwoender, für solche, welche körperlicher Gebrechen halber ihre Geschäfte nicht gehörig verwalten können, für Abwesende, und denen, welche zur Verwaltung einer Erbschaft oder zum Verkauf der Concursgütermasse bestellt werden²¹¹). Ausgenommen sind alle unvollkommenen testamentarischen Vormünder, welche vom Vater des Mündels bestellt worden sind²¹²); die von der Mutter oder Großmutter im Testamente bestellten, wenn sie von einem magistratus populi Romani nach vorgängiger Untersuchung ihrer Tüchtigkeit confirmirt worden sind²¹³); auch alle von den höheren Magistraten vermöge ihrer Amtsgewalt ex inquisitione bestellten Curatoren²¹⁴), und diese zwar deshalb, weil das vom Magistrat über ihre Tüchtigkeit gefällte Urtheil die Satisfaktion überflüssig macht. Nur wenn unter mehreren einer allein die Administration haben will, muß dieser die Stipulation leisten²¹⁵). In der Curation für einen Wahnsinnigen ist der Vormund, wenn er vermögend ist, stets von der Satisfaktion frei²¹⁶). Hiernach sind es namentlich die von dem Municipalmagistraten gegebenen oder confirmirten, oder von höheren Magistraten ohne Inquisition bestellten, oder endlich die gesetzlichen Curatoren, welchen die Verpflichtung zunächst obliegt, die Caution zu leisten. Die Form, in welcher diese Caution geleistet wird, ist die einer Stipulation zwischen dem Vormund und seinem Pflegling²¹⁷), und es müssen zur größeren Sicherheit des letzteren jedenfalls Bürgen, deren Tüchtigkeit der Magistrat zu untersuchen hat, gestellt werden²¹⁸). Ist der Mündel abwesend oder noch nicht aus dem Kindesalter heraus, so wird die Stipulation an einen Sklaven oder Haussohn des Mündels abgegeben²¹⁹). Ist auch dieß nicht thunlich, so wird die Stipulation von einem öffentlichen

210) L. 4. §. 8. D. rem pupilli vel adolescentis salvam fore. (45. 6.) L. 8. D. 27. 10. L. 3. C. de postliminio. (8. 51.)

211) L. 8. D. 46. 6., vergl. mit L. 4. §. 8. D. ibid. L. 8. D. 27. 10. L. 3. C. 8. 51.

212) L. 3. D. 26. 3. L. 27. C. de episc. aud. (1. 4.) L. 7. §. 5. C. 5. 70.

213) L. 2. pr. u. §. 1. D. 26. 3. L. 11. §. 1. D. ibid.

214) Caius inst. I. §. 200. L. 4. C. 5. 42. Pr. J. 1. 24. Theoph. ad h. l. tom. I. p. 182. L. 5. D. 26. 3., vergl. mit L. 7. §. 6. C. 5. 70. L. 27. C. 1. 4. L. 8. D. 27. 10.

215) L. 4. C. 5. 42.

216) L. 27. C. 1. 4. L. 7. §. 6. C. 5. 70.

217) L. 6. D. 46. 6. L. 1. §. 15. D. de mag. conveniendis. (27. 8.)

218) Theoph. I. 24. pr. u. §. 2. tom. I. p. 182 u. 186.

219) L. 1. §. 15. D. 27. 8. L. 2. 5. 6. D. 46. 6. L. 7. §. 4. C. 5. 70.

Sclaven, gewöhnlich einem tabularius, vorgenommen²²⁰), oder von einem vom Prator zu diesem Zwecke bestellten freien Menschen oder vom Erben oder vom Duumvir selbst²²¹). Falls mehrere Vormünder vorhanden sind, kann der eine dem anderen die Administration cediren und dann sich im Namen des Mündels die Caution von seinem Collegen bestellen lassen²²²). In den zuerst genannten Fällen erwirbt der Mündel stets die aus der Caution entstehende actio ex stipulatu bald als directa, bald als utilis, wie er sie nur nach den allgemeinen Grundsätzen von der Erwerbung der Rechte durch Andere erwerben kann²²³); im zuletzt genannten Falle steht hingegen die Klage nur dem Vormunde zu, welcher die Caution angenommen, weil er ein hinreichendes juristisches Interesse hat, da er dem Mündel obliegt ist, sobald diesem ein Nachtheil erwächst. Außer dieser actio ex stipulatu, welche der Mündel aus der ihm geleisteten Caution gegen den Vormund und dessen Bürgen erwirbt, hat derselbe, falls er von jenen keinen Schadenersatz erlangen kann, auch eine in factum actio subsidiaria gegen die Municipalmagistrate, welche entweder gar keine, oder solche Bürgen, welche zur Bürgschaft untüchtig waren²²⁴), gegen ihre Amtspflichten angenommen haben, oder unter gleichen Voraussetzungen auch gegen diejenigen, welche zur Prüfung der Tüchtigkeit der angenommenen Bürgen erwählt worden waren²²⁵). Diese Klage kommt aus einem unter Trajan abgefaßten SC. ²²⁶), und ist ihrer Natur nach eine der tutelar actio nachgebildete utilis actio²²⁷), welche auch gegen die Erben²²⁸) und Collegen des Magistrates²²⁹), welcher den Vormund bestellt hat, angestellt werden kann. — Weigert sich der bestellte Curator Caution zu leisten, so hat er die Gefahr bei der Verwaltung der Vormundschaft zu tragen, aber Administrationsrechte werden ihm nicht zugestanden²³⁰). Außerdem kann der Prator gegen denselben extra ordinem, d. h. mit der pignoris capio verfahren, um ihn zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit zu zwingen²³¹). 2) Auf die Verpflichtung, nämlich zu versprechen das Vermögen gehörig zu administriren, des Pflegebefohlenen Bestes wahrzunehmen und allen Schaden zu verhüten. Zunächst ist die Ableistung eines solchen Eides nur dem Curator eines Wahr-

220) Theoph. l. c. tom. I. p. 187. L. 2. D. 46. 6.

221) L. 3. D. 46. 6. L. 1. pr. u. §. 15. D. 27. 8., vergl. mit Theoph. l. 24. §. 3. ed. Reitz. tom. I. p. 186.

222) L. 38. §. 20. D. 45. 1. L. 55. §. 2. D. 26. 7.

223) L. 4. pr. D. 46. 6.

224) Theoph. l. 24. §. 2. tom. I. p. 185. L. 6. D. 27. 8.

225) L. 1. §. 8. D. 27. 8. L. 6. C. 5. 75.

226) L. 5. C. de magistrat. conveniendis. (5. 75.)

227) L. 1. u. 5. C. 5. 75., vergl. mit L. 9. D. 27. 8.

228) L. 4. D. 27. 8. L. 6. D. ibid. L. 2. C. 5. 75. Theoph. l.

c. l. 24. §. 2. tom. I. p. 186.

229) L. 1. §. 9. D. 27. 8. L. 7. D. ibid. L. 3. C. 5. 75.

230) L. 5. C. 5. 42. L. 8. C. ibid. L. 13. §. 1. D. 26. 5. L. 6. §. 1. D. 26. 1. L. 4. C. in quibus causis in integrum rest. (2. 41.) Egl. Rudorff a. a. D. Th. 2, S. 222—226.

231) §. 3. J. 1. 24. ibique Theoph. tom. I. p. 186.

stnigen zur Pflicht gemacht worden ²³²). Er wird körperlich und zwar auf die Evangelien geleistet und über die ganze Verhandlung ein Protokoll aufgenommen. In einem späteren Gesetze Justinian's kommt dieser Eid aber auch bei den Vormündern unmündiger und minderjähriger Personen vor ²³³). 3) Auf die Verpflichtung zur Anfertigung einer genauen förmlichen Designation sämmtlicher, beim Antritt der Vormundschaft vorhandenen Vermögensstücke ²³⁴). Der Name, mit welchem die Designation in den römischen Rechtsquellen bezeichnet wird, ist bald *inventarium*, bald *repertorium*. Für die Anfertigung eines solchen Verzeichnisses ist zuerst durch eine Constitution von Arcadius und Honorius eine bestimmte Form festgesetzt worden ²³⁵), welche indeß Kaiser Justinian nicht anerkannt hat, da gerade die betreffenden Stücke der früheren Constitution im Justinianischen Codex weggelassen worden sind ²³⁶), und nur die Zuziehung der *publicae personae* bei der Anfertigung des Inventars daselbst geboten worden ist. Vor Errichtung des Inventars bekommt der Vormund die Verwaltung gar nicht in die Hände ²³⁷), und in der künftigen Klage gegen den Vormund, welcher kein Inventar errichtet, wird der Mündel zum Schadensvide zugelassen. Auch trifft den säumigen Vormund noch die Strafe der Infamie ²³⁸). Ausnahmeweise wird dem Vormund das förmliche Inventar erlassen, wenn der, von welchem das Vermögen des Mündels herrührt, die Anfertigung desselben ausdrücklich verboten hat ²³⁹); wohl aber schließt ein derartiges Verbot nicht die Anfertigung eines Privatverzeichnisses von Seiten des Vormundes aus. 4) Auf die Verpflichtung, für die Person seines Mündels Sorge zu tragen. Zunächst gehört hierher die Verabreichung von Alimenten an denselben, deren Größe die Obrigkeit auf vorhergehenden Antrag des Vormundes durch Decret festzustellen hat ²⁴⁰). Bei Feststellung derselben ist zunächst auf das Vermögen des Pupillen zu sehen, dessen Bestand daher der Vormund bei Strafe der höchsten Zinszahlung vom Mehrbetrage zu Protokoll zu geben aufgefordert

232) L. 7. §. 4—7. C. 5. 70.

233) Nov. 72. pr. u. c. 8.

234) L. 24. C. de administr. (5. 37.) L. 13. §. 1. C. de in litem iureiur. (5. 53.) L. 1. §. 26. D. de ventre (37. 9.), vergl. mit L. 7. pr. D. 26. 7. L. 57. pr. D. ibid. L. 4. u. 5. C. de in litem iureiurando. (5. 53.) Dies bestätigt auch die Reichspolizeiordnung von 1577, Tit. XXXII, §. 3.

235) L. 6. pr. Theod. C. de administr. et periculo tut.

236) L. 24. C. 5. 37.

237) L. 7. pr. D. 26. 7. L. 13. §. 1. C. 5. 51.

238) L. 13. §. 1. C. 5. 51. Vgl. Rudorff a. a. D. Th. 2. S. 247.

239) L. 13. §. 1. C. 5. 51. Vgl. Marezoll, Bemerkungen, Zweifel und Vermuthungen in v. Böhr's Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Bd. 4, S. 393—398.

240) L. 3. pr. u. §. 4. D. ubi pupillus educari. (27. 2.) L. 1. u. 2. C. de alimentis pupillo. (5. 50.) L. 38. D. familiae heriscundae. (10. 2.) Dies gilt auch bei der *cura ventris* (L. 1. §. 19 u. 20. D. de ventre in poss. [37. 9.], L. 5. pr. D. ibid., L. 1. §. 4. D. de mun. et honor. [50. 4.]), bei der *cura ex edicto Carboniano* (L. 5. §. 3. D. de Carboniano edicto [37. 10.], L. 6. §. 4 u. 5. D. ibid.), bei der *cura furiosi* (L. 7. pr. D. 27. 10.)

wird²⁴¹⁾, doch tritt noch die Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse und Bedürfnisse des Pupillen, z. B. auf dessen Alter, Geschlecht, Stand und Bestimmung hinzu²⁴²⁾, so daß, wenn in einem dieser Gesichtspunkte Änderungen eintreten, auf eine Vermehrung oder Verminderung des Kostenansatzes angetragen werden muß²⁴³⁾. Ueberhaupt ist es dem Richter zur Pflicht gemacht, bei der Bestimmung der Größe der Alimente auf der einen Seite allen Luxus zu vermeiden²⁴⁴⁾, und auf der anderen die höchstmögliche Sparsamkeit nicht allein im Auge zu haben²⁴⁵⁾. Verweigert der Vormund die Alimentation unter dem Vorwande mangelnder Geldmittel oder anderer nichtigen Thatsachen, so muß er von den Mündelgeldern, welche er in den Händen hat, die höchstmöglichen Zinsen zahlen, und er kann entweder bestraft und abgesetzt werden²⁴⁶⁾, oder im Fall seiner Abwesenheit wird ihm ein Specialcurator zur Herbeischaffung der Alimente beigeordnet²⁴⁷⁾. Hat der Vormund die Alimente nach eigenem Gutdünken bestimmt, so hat er auch die Gefahr derselben zu tragen, und muß abwarten, ob sie im künftigen *iudicium tutelae* passivra werden²⁴⁸⁾. Woher der Vormund die Mittel zur Bestreitung der persönlichen Bedürfnisse des Pfleglings zu nehmen habe, war ursprünglich seinem eigenen Ermessen überlassen. Darüber verfügten schon die Kaiser Arcadius und Honorius in einer Constitution, welche indess in der Form, in welcher sie im Justinianischen Codex eingetragen ist, nichts hierher Gehöriges enthält²⁴⁹⁾, und in den Justinianischen Rechtsquellen finden sich darüber folgende Vorschriften: zunächst sollen die Revenüen des Mündelvermögens zu diesem Zwecke verwendet werden, und wenn diese nicht zureichen, kann auch das Capital angegriffen und aufgegeben werden²⁵⁰⁾, ja der Vormund kann sogar mehr aufwenden, als der Pflegling im Vermögen hat, sobald das Beste desselben eine Anleihe zu diesem Zwecke rechtfertigt, und was der Vormund auf diese Weise aufwendete, kann er im *contrarium iudicium tutelae* zurückfordern, da er nie verpflichtet ist, aus eigenen Mitteln seinen Pflegling zu erhalten. Hat aber der Mündel gar keine Hilfsquellen, so wird er in einer öffentlichen Armenanstalt erzogen, oder es wird ihm wenigstens Unterstützung aus der Armenkasse des Ortes gereicht, was natürlich der Vormund bei

241) L. 3. §. 1 u. 4. D. 27. 2. L. 2. C. 5. 50.

242) L. 3. §. 2 u. 5. D. 27. 2.

243) L. 3. §. 10. D. 27. 2.

244) L. 3. §. 3. D. 27. 2.

245) L. 3. §. 1. D. 27. 2. L. 12. §. 3. D. de adm. (26. 7.) L. 8. pr. D. de contraria tutelae act. (27. 4.)

246) L. 7. §. 8. D. 26. 7. L. 3. §. 4. D. 27. 2.

247) L. 3. §. 14 u. 15. D. de suspectis tut. et curat. (27. 10.), vergl. mit L. 6. D. 27. 2. L. 7. §. 3. D. 27. 10.

248) L. 3. C. de administratione tutorum (5. 37.), vergl. mit L. 2. pr. D. 27. 2. L. 2. C. 5. 50. Vergl. Rudorff a. a. D. Th. 2, S. 257—260.

249) L. 6. §. 1. Th. C. de admin., vergl. mit L. 24. C. de administr. (5. 37.)

250) Nov. 72. cap. 6—8.

der Obrigkeit stets zu beantragen hat. Außer der Alimentation des Mündels hat der Vormund auch noch für dessen körperliche Gesundheit zu sorgen, namentlich für die Heilung des unter seiner cura stehenden Wahnsinnigen und Blödsinnigen Sorge zu tragen ²⁵¹); ferner hat er in der cura über Abwesende die Löskaufung des Gefangenen aus der Gefangenschaft zu betreiben ²⁵²), und bei der Verheurathung seiner Mündel für die Ausstattung derselben ²⁵³) und die Bestreitung der Hochzeit ²⁵⁴), ingleichen für die Bestellung der propter nuptias donatio ²⁵⁵) Sorge zu tragen. 5) Auf die Verpflichtung, gewisse Handlungen und Geschäfte in Bezug auf seinen Mündel zu unterlassen. Diese Handlungen sind theils solche, welche zum Nachtheil der Ansprüche des Pfleglings auf Ablegung der Schlussrechnung und Ausantwortung des Vermögens vorgenommen werden, theils solche, welche einer redlichen und gewissenhaften Administration zuwiderlaufen. Zur erstgenannten Classe von Handlungen gehört a) das Verbot, Grundstücke, welche dem Kaiser angehören, in Pacht zu nehmen, welches sich aus einer Constitution von Severus und Caracalla herschreibt und durch Interpretation auch auf Grundstücke, welche dem Fiscus gehören, und auf öffentliche Abgaben ausgedehnt worden ist ²⁵⁶). Im Uebertretungsfalle soll die Strafe des falsum auf die Vormünder anwendbar sein, wenn sie nicht dem Fiscus und ihrem Mündel zugleich Genüge leisten und alsdann kaiserliche Dispensation nachsuchen. Doch tritt die Strafe nicht ein, wenn die Vormünder nur durch eine Erbschaftserwerbung in den Contract mit dem Fiscus treten ²⁵⁷), oder der Pflegling bereits todt, und der Vormund nur noch den Erben desselben Rechnung abzulegen schuldig ist ²⁵⁸), oder endlich die Vormundschaft erst angetragen wurde, nachdem der Pachtcontract bereits geschlossen worden. b) Das Verbot, den Mündel vor der Beendigung der Vormundschaft zu arrogiren ²⁵⁹). Nach Ablauf der Minorennität und der Restitutionszeit ist dieß Geschäft indess unbedenklich zuzulassen, auch hat Titus Antoninus rescribirt, daß dem Tutor gestattet werden könne, seinen Stiefsohn zu arrogiren, weil hier die Nähe der Affinität jeden Verdacht entfernt ²⁶⁰); und dieß ist wohl unbedenklich auch auf den Curator auszudehnen, da bei ihm noch weniger Gründe vorliegen die Arrogation zu untersagen, als bei dem Pupillentutor. c) Das Verbot der Ehe zwischen der Mündel (pupilla und adulta) und dem Vormund, ohne Unterschied, ob er Tutor oder Curator ist ²⁶¹).

251) L. 7. pr. D. 27. 10.

252) Nov. 115. c. 3. §. 13. c. 4. §. 7.

253) L. 52. D. 26. 7. L. 60. u. 61. pr. D. de iure dotium. (23. 3.)
L. 9. C. 5. 37. L. 28. C. de iure dotium. (5. 12.) Bgl. Fr. Vat. §. 111.

254) L. 52. D. 26. 7.

255) L. 28. C. 5. 12.

256) L. 49. pr. u. §. 1. D. locati. (19. 2.) L. un. C. ne tutor vel curator vectigalia conducatur. (5. 41.)

257) L. 1. §. 12. D. de lege Cornelia de falsis. (48. 10.)

258) L. 1. §. 11. D. 48. 10.

259) L. 17. pr. D. de adopt. (1. 17.)

260) L. 32. §. 1. D. 1. 17.

261) L. 59. u. 60. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) Vom Curator spre-

Dies Eheverbot schreibt sich aus einer oratio des Kaiser Marcus Aurelius und Commodus her, welche durch ein nachfolgendes SC. bestätigt worden ist²⁶²); hat seinen Grund in der Absicht, zu verhüten, daß der Vormund seine eheherrliche Gewalt mißbrauche, um sich der Schlußrechnung und der Herausgabe des Mündelvermögens zu entziehen²⁶³); erstreckt sich nicht allein auf den Vormund, sondern auch auf die männlichen Descendenten des Vormundes²⁶⁴), wenn schon nicht auf die Tochter desselben²⁶⁵), ohne Unterschied, ob dieselben noch in der väterlichen Gewalt stehen oder nicht, und ist wegen der Gleichheit des Grundes auch auf den Vater des Vormundes, welcher denselben noch in der Gewalt hat, ferner auf die Brüder des Vormundes, wenn diese mit demselben noch in der Gewalt des väterlichen Vaters stehen, und sogar auf die Freigelassenen des Vormundes durch Interpretation ausgedehnt worden²⁶⁶). Auch das Verlöbniß ist unter den genannten Personen untersagt²⁶⁷), und dieses ist, gleichwie die Ehe, welche gegen dies Verbot eingegangen wird, als nichtig zu betrachten²⁶⁸). Als Folge des Verbotes ist es zu betrachten, wenn die Kinder aus einer solchen Verbindung für uneheliche gelten²⁶⁹), wenn durch eine solche Heurath keine Affinität begründet wird²⁷⁰), wenn Schenkungen des Vormundes an die Pupille nicht einmal als sponsalitia largitas betrachtet, sondern caduc werden²⁷¹), und wenn endlich das für die Mündel bestellte Heurathsgut nicht als solches betrachtet wird, sondern mit der conditione ob causam datorum zurückgefordert werden kann²⁷²). Außerdem wird der Vormund, welcher das Verbot verletzt, so behandelt, als wenn er eingestanden hätte, in seiner Administration betrogen zu haben, und als ob er diesen Betrag nur durch die Eingehung der Ehe habe verdecken wollen²⁷³); deshalb wird er infam, und diese Infamie erstreckt sich auch auf seinen Sohn, wenn er mit diesem die Mündel verheurathet hat²⁷⁴), und es trifft ihn, den Vormund, extra ordinem eine Strafe, welche bis zur Relegation gesteigert werden kann²⁷⁵). Die Dauer dieses

den nem. sicut L. 17. C. si tutor vel curator falsis allegat. (5. 62.) L. 67. §. 4 u. 5. D. 23. 2. L. 7. C. de interdicto matr. (5. 6.)

262) L. 59. D. 23. 2. L. 67. §. 3 u. 4. D. ibid. L. 17. C. 5. 62.

263) L. 63. u. 64. §. 1. L. 67. §. 1 u. 3. D. 23. 2. L. 7. C. de interdicto matr. inter pupill. (5. 6.)

264) L. 59. D. 23. 2. L. 60. §. 7. L. 66. pr. L. 67. pr. D. ibid.

265) L. 64. §. 2. D. 23. 2. L. 5. C. 5. 6.

266) L. 67. §. 2. D. 23. 2. L. 37. u. 66. §. 1. D. ibid.

267) L. 60. §. 5. D. 23. 2. L. 32. §. 28. D. de donat. inter virum et ux. (24. 1.)

268) L. 66. pr. D. 23. 2. L. 7. C. 5. 6. L. 32. §. 28. D. 24. 1.

L. 17. pr. D. rerum amotarum. (25. 2.) L. 7. pr. D. ad legem Iuliam de adulteris coercendis. (48. 10.) Bgl. L. 8. C. 5. 6.

269) L. 6. C. 5. 6.

270) Fragm. Vat. §. 109.

271) L. 32. §. 28. D. 24. 1.

272) L. 7. u. 8. C. 5. 6. L. 63. D. 23. 2.

273) L. 7. C. 5. 6. L. 67. §. 1. D. 23. 2.

274) L. 7. C. 5. 6. L. 66. pr. D. 23. 2.

275) L. 66. pr. D. 23. 2. L. 64. pr. D. ibid.

Verbotes erstreckt sich nicht allein auf die der Vormundschaft, sondern auch bis zum Ablauf der dem Mündel zustehenden Restitutionsfrist²⁷⁶⁾, außer wenn der Vormund vorher seinem Nachfolger im Amte Rechnung abgelegt und auf diesen das *periculum curae* übertragen hat²⁷⁷⁾, oder wenn die Mündel bereits von ihrem Vater mit dem Vormund verlobt oder demselben bestimmt oder die Ehe mit ihr im väterlichen Testamente zur Verbindung gemacht worden ist²⁷⁸⁾, oder wenn der Großvater, welcher die Vormundschaft über die Enkelin seines emancipirten Sohnes führt, dieselbe an einen Enkel vom anderen Sohne verheuratet²⁷⁹⁾, oder wenn der Landesherr von diesem Ehehindernisse dispensirt²⁸⁰⁾. Auch läßt man nach heutigem Rechte eine Ausnahme von der Regel zu, wenn die Ehe zwischen dem Vormund und der Mündel unter Einwilligung der Obrigkeit und der Mitvormünder vollzogen wird. — Was aber die zweite oben genannte Classe von Handlungen anbetrifft, deren Vornahme dem Curator untersagt ist, so gehören hieher folgende in den Justinianischen Rechtsquellen speciell enthaltene Verbote: aa) der Vormund darf weder in eigener Person noch durch dazwischengeschobene Unterhändler von seinem Mündel irgend etwas kaufen²⁸¹⁾, sonst ist der Kauf nichtig, wenn er auch unter Auctorität eines Mitvormundes und unter Interposition eines obrigkeitlichen Decretes abgeschlossen worden ist. Vorausgesetzt indeß, daß der Vormund ein wirklich administrirender Vormund war²⁸²⁾, und daß der Kauf *in mala fide* und heimlich abgeschlossen worden ist²⁸³⁾. Dieß Verbot ist indeß nicht speciell für den Fall der Vormundschaft eingeführt, sondern nur eine Folge des allgemeinen Principes, daß kein Verwalter fremder Sachen etwas von diesen kaufen dürfe, ohne Unterschied, ob dieß in eigener Person, oder durch Unterhändler geschieht²⁸⁴⁾. bb) Der Vormund darf sich keine Forderungen gegen seinen Mündel von Anderen cediren lassen, weil sie sonst leicht zu Unredlichkeiten gegen die Pflegebefohlenen verläßt werden könnten²⁸⁵⁾. Thut er es dennoch, so verliert zwar der Cedent seine Forderung, aber der Vormund erwirbt sie nicht, vielmehr wird der Pflegebefohlene ganz von der Schuld frei. Daß dieß Verbot auch vom

276) L. 66. pr. D. 23. 2. L. 7. pr. D. ad legem Iuliam de adultariis coëroendiæ. (48. 5.) L. 6. C. 5. 6. L. 28. §. 3. D. de liberis ac posthumis. (28. 2.)

277) L. 62. §. 2. D. 23. 2.

278) L. 7. pr. D. 48. 5. L. 36. u. 66. pr. D. 23. 2. L. 69. §. 5. D. 23. 8.

279) L. 67. §. 1. D. 23. 2.

280) L. 7. C. 5. 6.

281) L. 5. §. 2. 3. 6. D. de auctoritate et consensu tutorum et curatorum (28. 8.), vergl. mit L. 9. D. de rebus eorum, qui sub. (27. 9.) L. 5. C. de contrah. empt. vend. (4. 38.)

282) L. 6. D. 26. 8.

283) L. 5. C. de contrahenda emptione. (4. 38.) L. 2. §. 8. D. pro emptore. (41. 4.) Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 473.

284) L. 46. D. de contrah. empt. (18. 1.), vergl. mit L. 2. §. 1. D. de administr. rer. (50. 8.)

285) Nov. 72. c. 5. Vergl. Mühlenthal, Cession der Forderungsrechte, §. 82, S. 389—394. (ed. 3.)

gewesenen Curator in Beziehung auf den ehemaligen Pfegling gelte, scheint deshalb angensammern werden zu müssen, weil ja sonst der Vormund schon während der Dauer der Vormundschaft leicht die Cession vorbereiten und erst nach ihrer Beendigung mit der ebitzten Forderung hervortreten könnte. cc) Der Vormund darf, wie jeder andere Verwalter fremder Gelder²⁸⁶), die Mündelgelder nicht zu seinen Privatziwecken benuzen, sonst begeht er ein Cassenvergehen, welches durch Constitutionen verschiedener Kaiser verpönt ist²⁸⁷), und im Zweifel vom Mündel erweisen werden muß²⁸⁸). Zum Thatbestande dieses Vergehens gehören folgende dingliche Merkmale: daß der Vormund zur Zeit des Cassenangriffs noch im Amte gewesen²⁸⁹), daß die angegriffenen Gelder Mündelgelder, entweder als Capitalien oder Zinsen, gewesen seien, daß der Cassenangriff vom Vormunde eigenmächtig und ohne Vorwissen des Vaters des Mündels oder des Mitvormundes vollbracht²⁹⁰), daß dieß heimlich und unredlich geschehen, und dem Pfegling dadurch der Nutzungswerth der fraglichen Summe entzogen worden²⁹¹), und daß endlich der Vormund das Geld in der That zu seinen Privatziwecken, gleichviel auf welche Weise, verwendet habe. Eine solche Verwendung wird aber noch nicht durch den Umstand bewiesen, daß der Vormund Mündelgelder auf den eigenen Namen an Andere anleiht, jedoch in der That, daß die Zinsen des Capitals dem Mündel zu Gute kommen²⁹²). Die Strafe dieses Vergehens besteht noch dem Pandektenrechte darin, daß der Vormund die höchsten Zinsen von dem verwendeten Mündelgelde zahlt²⁹³), was den Umständen nach doch wohl nur von den *centesimas usurae*, und nach den Grundsätzen des späteren Justinianischen Rechtes von *semisses usurae* verstanden werden kann²⁹⁴). 6) Auf die Verpflichtung zur Verwaltung und Ausföhrung der Vormundschaftsangelegenheiten verbunden mit der Verpflichtung, Rechnung darüber abzulegen und allen Schaden zu ersetzen, welcher durch die eigene Nachlässigkeit dem Pfegbefohlenen zugefügt worden. Weigert sich der Vormund der Verwaltung und Ausföhrung der Vormundschaftsangelegenheiten sich zu unterziehen, so kann er direct dazu vom Prator *extra ordinem* gezwungen werden²⁹⁵); als Zwangsmittel dienen zuerst obrigkeitliche Ermahnungen und Verweise²⁹⁶), und wenn auch diese fruchtlos sind, Ordnungsstrafen, wie *multas diotio* und *pignoris capio*. ←

286) L. 38. D. de negotiis gestis. (3. 5.) L. 19. §. 4. D. ibid. L. 38. §. 3. D. mandati. (17. 1.)

287) L. 7. §. 4. D. 26. 7. L. 38. D. 3. 5.

288) L. 7. §. 4. D. 26. 7.

289) L. 46. §. 3. D. 26. 7.

290) L. 7. §. 5. D. 26. 7. L. 54. D. ibid. L. 38. D. 3. 5.

291) L. 3. §. 3. D. de contr. tut. (27. 4.), vergl. mit L. 9. §. 7. D. 28. 7.

292) L. 46. §. 2. D. 26. 7.

293) L. 7. §. 4. D. 26. 7. L. 38. D. 3. 5.

294) Vergl. die Stellen in voriger Note, und L. 1. C. de usuris pupillaribus (5. 56.) mit Basilio. ed. Fabr. tom. V. p. 188.

295) L. 1. pr. D. 26. 7.

296) L. 2. D. de ferilis. (2. 12.)

Was die Rechnungsablegung anbetrifft, so fand diese nach römischem Rechte nur einmal und zwar nach beendigter Vormundschaft statt, wenn schon während der Dauer derselben die Mitvormünder die Inspection der Rechnungen verlangen konnten. Auch wurde diese Vormundschaftsrechnung nicht sowohl an die Obrigkeit, als vielmehr an den Mündel selbst oder an dessen Vertreter abgelegt, und, wenn sie nicht oder nicht in der gehörigen Weise geschah, mit den gewöhnlichen Vormundschaftsklagen erzwungen²⁹⁷). Allein im kanonischen²⁹⁸), im älteren teutschen Rechte²⁹⁹) und in den teutschen Reichsgesetzen³⁰⁰) hat sich das Institut der wiederholten Vormundschaftsrechnung ausgebildet, welches auch in die neuen Particulargesetzgebungen übertragen worden ist. Nach den darin enthaltenen Bestimmungen liegt diese Verpflichtung einem jeden Vormunde ob, wenn er nicht durch Vertrag oder Testament davon befreit ist, und die Ablegung erfolgt am Schlusse jedes Jahres, dergestalt, daß bei der ersten Rechnung das Inventar, bei den folgenden die vorhergehende Rechnung die Grundlage bildet. Die Rechnung selbst wird an die Obrigkeit abgelegt, welche sie nach den Grundsätzen des Rechnungsprozesses zu prüfen und zu justificiren hat. Mehrere Vormünder, welche die Vormundschaft ungetheilt verwalten, legen gemeinschaftlich Rechnung ab, und wenn das Vermögen in verschiedenen Regionen oder Geschäftszweigen vertheilt ist, hat der eine Vormund eben so viel verschiedene Rechnungen abzulegen, jedoch den Ueberschuß der besonderen Rechnungen in der Hauptrechnung aufzuführen.

Um das Detail der Regeln kennen zu lernen, nach welchen diese Verwaltung geführt werden muß, wird es nothwendig sein, nach Anleitung der römischen Rechtsquellen³⁰¹) zu unterscheiden: zwischen der Curation mit vollem Administrationsrechte, wie dieß bei der Curation über einen Wahnsinnigen, Verschwender oder einen Pupillen oder Minderjährigen der Fall ist, und der Curation mit beschränktem Administrationsrechte. Im ersten Falle vertritt der gerierende Vormund die Stelle des Herrn³⁰²), und schaltet und waltet wie dieser im Hause. Daher sind die Sclaven seinen Befehlen Gehorsam schuldig, Institoren und Magistri kann er einsetzen und absetzen, selbst den Sclaven und Söhnen des Wahnsinnigen die freie Administration über ihr Peculium gestatten und wieder entziehen u. s. w.; doch ist diese ausgebehnte Macht demselben nur zum Zweck einer redlichen und verständigen Haushaltung gestattet³⁰³); daher sind nur solche Handlungen der Vormünder gültig, welche sie bona fide vorgenom-

297) L. 9. §. 4. D. de tut. et rat. distrah. (27. 3.) L. 14. C. de administratione tutorum. (5. 37.)

298) Clem. 2. de religiosis domibus. (8. 11.)

299) Sächsisches Landrecht I. 23. §. 3.

300) R.-P.-D. v. 1548, Tit. 34. §. 3; von 1577, Tit. 32, §. 3.

301) L. 48. D. 26. 7.

302) L. 56. §. 4. D. 47. 2. L. 157. pr. D. 50. 17., vergl. mit L. 27. D. 26. 7. Vergl. Rudorff a. a. D. Th. 2, S. 852.

303) L. 7. §. 3. D. pro emptore. (41. 4.) L. 27. D. 26. 7. L. 11. D. 27. 10.

men haben, alle anderen sind unglültig ³⁰⁴). Auch ist der Vormund zur Leistung des Schadenersatzes verpflichtet, wenn er die Geschäfte des Mündels nicht mit derselben Treue, Gewissenhaftigkeit und Sorgfalt geriet, welche er in seinen eigenen Angelegenheiten anwendet. Im Falle der beschränkten Administrationsrechte hat der Curator nur für die Aufrechterhaltung und Erhaltung der Güter Sorge zu tragen, z. B. bei der Curation über einen Abwesenden oder einen Gefangenen ³⁰⁵), über eine liegende Erbschaft ³⁰⁶) und über Ungeborene ³⁰⁷). Nur im Falle des *Edictum Carbonianum* hat der Curator, weil sein Amt auf längere Zeit bestimmt ist, alle Angelegenheiten des Vermögens zu besorgen, die Klagen anzustellen, die Defension zu übernehmen, und endlich Alles dem Sieger zu restituieren ³⁰⁸). Als Regeln, nach welchen der Curator die volle Administration des Vermögens zu führen hat, werden in den römischen Rechtsquellen folgende angegeben: 1) Er muß sich bei der Veräußerung von Vermögensstücken des Mündels nur auf solche Veräußerungsgründe beschränken, welche der Mündel in der freien Verwaltung seines Vermögens selbst hätte anerkennen müssen ³⁰⁹). Daher ist er nicht allein zu den Ausgaben für die Erziehung und den Unterhalt seines Mündels ³¹⁰), für den Haushalt und die Vermögensverwaltung desselben ³¹¹) berechtigt, sondern er muß auch die Abgaben und Schulden abbezahlen ³¹²), freilich aber auch dabei Acht geben, daß die Schuld begründet sei ³¹³). Schenkungen und andere Liberalitäten muß er gänzlich vermeiden ³¹⁴); auch wenn er kein, seinem Pflegbefohlenen angehöriges Vermögensstück zur *res divini iuris* machen ³¹⁵), keinen Sklaven des Mündels freilassen, außer wenn ein gesetzlicher Grund zur Freilassung vorliegt ³¹⁶); endlich weder durch den Erlassvertrag, noch durch Transaction Klagen erlassen, welche seinem Mündel zustehen ³¹⁷). Doch darf der Vormund der Mutter und den übrigen

304) L. 12. §. 1. D. 26. 7.

305) L. 6. §. 4. D. 26. 1. L. 1. §. 4. D. de mun. (50. 4.)

306) L. 1. §. 2. D. de curat. bon. (42. 7.) L. 23. §. 3. D. de hereditibus instit. (28. 5.) L. 1. §. 4. D. 50. 4.

307) L. 48. D. 26. 7. L. 1. §. 4. D. 50. 4. L. 1. §. 21. D. 37. 9. L. 5. §. 1. D. ibid.

308) L. 1. §. 4. D. 50. 4. L. 5. §. 1 u. 5. D. de edicto Carboniano. (37. 10.)

309) L. 32. §. 6. D. 26. 7.

310) L. 1. §. 8. D. 27. 3. L. 38. D. familiae herciscundae. (10. 2.) L. 2. §. 4. D. 26. 7.

311) L. 1. §. 7-9. D. 27. 3. L. 9. §. 6. D. 26. 7. L. 12. §. 2. D. ibid. L. 32. §. 6. D. 26. 7.

312) L. 23. C. 5. 37. L. 82. §. 6. D. 26. 7.

313) L. 13. §. 2. D. 26. 7. Vergl. Ruborff a. a. D. Th. 2, S. 377.

314) L. 12. §. 3. D. 26. 7. L. 1. §. 2. D. 27. 3. L. 22. D. 26. 7. L. 17. D. 27. 10.

315) L. 12. D. 27. 10.

316) L. 17. D. 27. 10. L. 22. D. qui et a quibus manumissi. (40. 9.) Vergl. Ruborff a. a. D. Th. 2, S. 379.

317) L. 87. D. de pactis. (2. 14.) L. 46. §. 7. D. 26. 7. L. 22. C. de pactis. (2. 3.)

Cognaten seines Pflegebefohlenen die ordentlichen, jährlichen Geburtstags- und Festgeschenke übersenden³¹⁸); den Kindern und der vollbärtigen Schwester des Mündels, nicht aber entfernteren Verwandten ein Hausgut constituiren³¹⁹), und den Kindern, der Mutter oder Schwester, dem Patron des Mündels und den in seinem Dienste beschäftigten Freigelassenen, die sich nicht anders ernähren können, Alimete verabreichen³²⁰). 2) Ungeachtet der Vormund, welcher administriert, das volle Veräußerungsrecht an den Sachen seines Mündels³²¹) und in der Regel auch die Wahl hat, ob er dieß Recht in der Form des Consensus oder der Gestion geltend machen will³²²), so ist ihm doch die Veräußerung gewisser Sachen durch die oratio der Kaiser Severus und Antoninus und das auf ihre Veranlassung gemachte SC. ausdrücklich untersagt worden. Zwar sprechen die Kaiser in subjectiver Hinsicht zunächst nur von den Vormündern der Pupillen³²³), und in objectiver von praedia rustica und suburbana³²⁴). Indessen ist der Inhalt dieses SC. schon durch die Interpretation der römischen Juristen in subjectiver Rücksicht auch auf die Curatoren großjähriger Personen³²⁵), und durch kaiserliche Constitutionen in objectiver auf die Veräußerung der praedia urbana und das werthvollere bewegliche Besitztum des Pfleglings, z. B. auf goldene und silberne Gefäße, Gemmen, Garderobe u. s. w. ausgedehnt worden³²⁶). Auch erstreckt sich das Veräußerungsverbot des SC. nicht allein auf die Uebertragung der vollen Proprietät an Andere, sondern auch auf die Bestellung des Ususfructus, der Emphyteuse, der Superficies und des Pfandrechtes an den angegebenen Sachen³²⁷). Solche verbotene Veräußerungen können indeß unter folgenden Voraussetzungen gültig vorgenommen werden, aa) wenn ein gerechter Grund zur Veräußerung vorliegt³²⁸). Als solchen nennt das SC. nur, wenn so viel Schulden vorhanden sind, daß sie nicht aus anderen Sachen des Mündels übertragen werden können³²⁹), und spätere kaiserliche Constitutionen gestatten den Verkauf des Mobilienvermögens auch dann, wenn der Minderjährige zu seinem Unterhalte keine hinlänglichen Revenuen hat, um das Kaufgeld entweder auf einträgliche Grundstücke zu verwenden oder zinsentragend zu machen³³⁰).

318) L. 12. §. 3. D. 26. 7. L. 18. §. 2. D. ibid. L. 1. §. 5. D. 27. 3.

319) L. 12. §. 3. D. 26. 7. Vgl. Fr. Vat. §. 305.

320) L. 12. §. 3. D. 26. 7. L. 13. §. 2. D. ibid. L. 1. §. 2. 4. 6. 7. 8. D. 27. 3.

321) In Betreff des curator furiosi ist dieß schon durch das Zwölftafelgesetz anerkannt. Caius inst. II. §. 64. Vergl. L. 16. C. 5. 31. und Rudorff a. a. D. Th. 2, S. 385.

322) L. 47. pr. u. §. 1. D. 4. 4., vergl. mit Caius inst. II. 47.

323) L. 1. §. 2. D. 27. 9., vergl. mit L. 1. pr. D. ibid.

324) L. 1. §. 2. D. 27. 9.

325) L. 8. §. 1. D. 27. 9.

326) L. 22. C. 5. 37.

327) Vergl. Rudorff a. a. D. Th. 2, S. 401—411.

328) L. 6. u. 12. C. 5. 71.

329) L. 1. §. 2. D. 27. 9. L. 5. §. 9. D. ibid. L. 12. C. 5. 71.

330) L. 24. C. 5. 37. Nov. 72. cap. 7 u. 8.

bb) Wenn die competente Obrigkeit einwilligt. Das Dasein eines solchen Veräußerungsgrundes hat die competente Obrigkeit in der Form der *Inquisitio* und *causae probatio* zu untersuchen³³¹⁾. Das Recht zur *Cognitio* legte die *Oratio* selbst nur dem *praetor urbanus* bei³³²⁾, die *Interpretation*, dehnte es indes sehr bald auf alle Provinzialstatthalter aus³³³⁾, und in einer *Constitution* *Constantini* wird auch der in *Constantinopel* residirende *Praetor Constantinianus* genannt³³⁴⁾. Neben diesen Behörden wird auch der *Princeps* erwähnt³³⁵⁾. Die *Competenz* der Behörden richtet sich nach dem Orte, wo der *Vormund* bestellt worden³³⁶⁾ und der *Richter* der belegenen Sache erscheint mithin nur dann *competent*, wenn er selbst den *Vormund* bestellt hat³³⁷⁾, obgleich nach der teutschen *Praxis* auch dieser bei der *Veräußerung* von *Grundstücken* befragt werden muß. Der *Gegenstand*, auf welchen die *Obrigkeit* bei dieser *Cognitio* ihr Augenmerk zu richten hat, ist nicht allein der gesetzliche Grund der *Veräußerung* selbst³³⁸⁾, sondern auch der *Gegenstand* und die *Art* und *Weise* der *Veräußerung*. Der *Gegenstand*: inwiefern etwa andere *Grundstücke* schlechter und entbehrlicher sind, als das vorgeschlagene³³⁹⁾; die *Art* und *Weise* der *Veräußerung*: inwiefern vielleicht die bloße *Aufnahme* eines *Darlehens* gegen *Verpfändung* der Sache ausreicht, und die *Nothwendigkeit* des *Verkaufes* ausschließt. cc) Die competente *Obrigkeit* muß nach dem *Schlusse* der *Untersuchung* die *Veräußerung* durch ein *seriöses* *Urtheil*, welches in die *Form* des *Decretes* gekleidet wird, für *zulässig* erklären³⁴⁰⁾. Der *Zeit* nach muß dieß *Decret* der *Veräußerung* *vorangehen*³⁴¹⁾ und zugleich die *Art* der *Veräußerung* und, inwiefern dieselbe erlaubt sei, genau bestimmen³⁴²⁾. dd) Die *Veräußerung* selbst muß durch die *Vormünder* vollstreckt werden. Ist diese *Form* bei der *Veräußerung* der oben genannten *Stücke* nicht beobachtet worden, so ist der *Act* der *Veräußerung* *nichtig*, und dem *Mündel* steht es frei, die *veräußerte* Sache von jedem dritten *Besitzer* zu *vindiciren*³⁴³⁾, und es bedarf zu diesem *Zwecke* nicht einmal der *Wiedereinsetzung* in den vorigen *Stand*³⁴⁴⁾. Auch ist der *Vindicant* im *Beweise* der *Klage* insofern *bevorzugt*, als der *Beklagte* *condemnirt* wird, wenn er nicht darzuthun vermag, daß er oder sein *Vorgänger* die fragliche Sache nach *vorgängigem* *Decrete* der *Obrigkeit* von dem *Mündel* unter *Beitritt* seines *Vormundes*

331) L. 18. C. 5. 71. L. 22. C. 5. 37.

332) L. 1. §. 2. D. 27. 9.

333) L. 1. 6. 9. 10. 12. 16. 17. C. 5. 71.

334) L. 18. C. 5. 71.

335) L. 2. C. quando decreto opus. (5. 72.)

336) L. 5. §. 12. D. 27. 9. L. 61. §. 1. D. de iure dotium. (23. 3.)

337) L. 16. C. 5. 71.

338) L. 5. §. 9. D. 27. 9. L. 6. C. 5. 71.

339) L. 5. §. 10. D. 27. 9.

340) L. 6. u. 18. C. 5. 71. L. 22. C. 5. 37. L. 7. §. 4. D. 27. 9.

341) L. 7. §. 4. D. 27. 9. L. 1. §. 2. L. 2. u. 5. §. 10. D. ibid.

342) L. 7. §. 4. D. 27. 9.

343) L. 3. 4. 8. 10. 11. 16. C. 5. 71.

344) L. 2. C. 5. 71.

gekauft habe³⁴⁵). Gibt aber der Kläger die Existenz des Decretes zu, so muß er die Gültigkeit desselben aus triftigen Gründen anfechten, um eine Condemnation zu erwirken. Dieß Anführen hat dann die Natur einer Replik, und muß deshalb vom Kläger erwiesen werden³⁴⁶). Der Klage stehen indessen mehrere Einreden entgegen. Dahin gehört *α*) die Einrede des widerrechtlichen Gewinnes (*exceptio doli mali*). Sie steht dem Kläger stets dann entgegen, wenn er sich auf Kosten und zum Schaden des Beklagten bereichern will³⁴⁷). Dieß ist namentlich dann der Fall, wenn von dem Kaufgelde Schulden des Pflegebefohlenen abbezahlt worden sind³⁴⁸) (und dann werden auch die Zinsen dieser Schulden, von welchen der Mündel durch die Abtragung der Hauptschuld sich frei gemacht hat, mit eingerechnet³⁴⁹)); wenn der Vormund das unter Verpfändung des Grundstückes aufgenommene Darlehn dazu verwendet hat, um einen anderen Pfandgläubiger damit abzufinden³⁵⁰), oder wenn er aus einem Vergleiche mit dem Beklagten etwas für Ueberlassung des Grundstückes empfangen und dieß in das Vermögen des Mündels verwendet³⁵¹), oder wenn der Beklagte Meliorationen gemacht hat, und der Kläger, ohne diese zu ersetzen, die Sache vindiciren will³⁵²). Den Grund dieser Einrede muß natürlich der Beklagte beweisen, und nur insoweit dieser Beweis wirklich erbracht wird, kann Erstattung verlangt werden³⁵³). *β*) Die Einrede der Genehmigung (*exceptio ratihabitionis*). Sie ist in der Regel nur dann gültig, wenn sie nach erreichter Großjährigkeit erfolgte³⁵⁴), und nur, wenn der Minderjährige unter Voraussetzung des eidesfähigen Alters einen körperlichen Eid leistet, die Veräußerung nicht anfechten zu wollen, wird auch diese Entfagung für gültig erachtet³⁵⁵). *γ*) Die Einrede der Verjährung (*exceptio praescriptionis*). Im vorjustinianischen Rechte wandte man auf diesen Fall die gewöhnliche Usucapion und *longi temporis praescriptio* an³⁵⁶), und namentlich Constantin traf in Betreff der gegen die Minderjährigen laufenden Verjährung besondere Maßregeln³⁵⁷). Das heutzutage gültige Recht ist aus einer

345) L. 13. §. 2. D. 6. 2. Vergl. Ebbert, im Magazin für Rechtswissenschaft, Bb. 3, S. 514—517.

346) L. 1. §. 2. D. 27. 9. L. 5. §. 15. D. ibid. L. 5. C. 5. 71. L. 2. C. si quis ignorans. (5. 71.) Vergl. Ruborff a. a. O. Th. 2, S. 429.

347) L. 13. §. 1. D. 27. 9. L. 9. C. de usucap. pro emptore. (7. 26.)

348) L. 13. §. 1. D. 27. 9. L. 14. C. 5. 71.

349) L. 16. C. 5. 71.

350) L. 7. §. 5. D. 27. 9.

351) L. 4. C. 5. 71.

352) L. 16. C. 5. 71.

353) L. 10. C. 5. 71.

354) L. 1. u. 2. C. 5. 71. L. 6. C. arbitrium tutelae. (5. 51.) L. 1. u. 2. C. si maior factus ratum habuerit. (5. 74.)

355) Auth. Sacramenta puberum ad L. 1. C. si adversus venditionem. (2. 28.) Vergl. Savigny, Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter, Bb. 4, S. 162—171.

356) L. 2. C. 5. 74.

357) L. 1. Th. C. de praediis min. sine decreto non alien. (3. 21.)

Constitution Justinian's ³⁵⁸⁾ zu entnehmen, welche sich in mancher Beziehung dem älteren Rechte anschließt. Zunächst unterscheidet der Kaiser zwei verschiedene Fälle, den des Verkaufes, der donatio propter nuptias, der Verpfändung, kurz des onerosen Besitztums, und auf der anderen Seite, den der Schenkung. Im ersten Falle soll ein Minderjähriger die Veräußerung unter dem Vorwande des fehlenden Decretes nur bis zum dreißigsten Jahre anfechten können. Diese Verjährung besteht aus einer fünfjährigen Frist, welche von dem Augenblicke der Vollendung des fünf- undzwanzigsten Jahres an zu laufen fängt, nach den Grundsätzen der *tempora continua* berechnet wird, vom guten oder schlechten Glauben des Besizers gänzlich unabhängig ist und nicht allein durch die Anstellung der Klage, sondern auch durch die von Justinian eingeführte Protestation unterbrochen werden kann. In Betreff derselben ist es gleichgiltig, ob der Minderjährige bereits *venia aetatis* erlangt hat, und ob er den Verkauf oder die Verpfändung allein oder unter Beitritt des Curators vornahm. Im anderen Falle, d. h. in dem der Schenkung, tritt die *Reuencung* Justinian's nicht ein, sondern es soll vielmehr für diesen Fall ganz und gar bei der alten *longi temporis praescriptio* sein Betreffenden haben, ohne Unterschied, ob der Minderjährige *venia aetatis* erlangt hat oder nicht. Die Erfordernisse der zuletzt genannten Verjährung sind die gewöhnlichen. Der Besizer der Sache muß also im guten Glauben sein, und, was die Zeit betrifft, unter Anwesenden 10 Jahr, unter Abwesenden 20 Jahr besessen haben. Diese Frist beginnt aber hier natürlich erst nach erreichter Großjährigkeit. Stirbt der Minderjährige während der Verjährung, so dauert die *Vindication* des Erben nur noch so lange Zeit, als dem Minderjährigen Jahre selbst von den zehn oder zwanzig Jahren bei seinem Tode noch übrig waren. War also der Erbe noch *minor*, so kann er nicht verlangen, daß die Verjährung sistirt werde, bis er selbst zur Großjährigkeit gelangt. Dasselbe tritt ein, wenn er abwesend war u. dergl. Fehlt es an den Erfordernissen dieser Verjährung, so erlischt die *Vindication* der geschenkten Sachen erst durch die dreißigjährige Verjährung. — Von diesem allgemeinen Veräußerungsverbote sind indeß solche Veräußerungen, welche nicht von dem freien Willen des Vormundes oder des Pfleglings ausgehen, also entweder auf gesetzlicher Nothwendigkeit oder obrigkeitlicher Auctorität beruhen, ausgenommen, und also auch dann gültig, wenn sie ohne Decret verwirklicht worden ³⁵⁹⁾. Dies ist der Fall, wenn der Mündel mit einem Anderen zugleich Eigenthümer eines Grundstückes ist, der letztere auf Theilung anträgt ³⁶⁰⁾, wenn der Gläubiger, dem bereits der Vater des Mündels das Grundstück verpfändet hat, sein Verkaufsrecht daran geltend macht ³⁶¹⁾, wenn gesetzliche oder richterliche

358) L. 3. C. 5. 74. Vergl. *Marezoll im Archiv für civil. Praxis*, Bd. VIII, S. 279 flg.; v. Buchholz, *juristische Abhandlungen*, Nr. 19, S. 249—264, und *Rudorff a. a. D.* Th. 2, S. 435—444.

359) L. 3. §. 1 u. 2. D. 27. 9.

360) L. 1. §. 2. D. 27. 9., vergl. mit L. 5. §. 16. L. 8. §. 2. L. 16. D. *ibid.*

361) L. 1. §. 2. D. 27. 9. L. 7. §. 1. D. *ibid.* L. 1. C. 5. 71.

Pfandrechte entstehen³⁶³) oder geltend gemacht werden³⁶³), und wenn der Vormund ein Grundstück seines Mündels vindicirt und statt dessen die *litis aestimatio* anzunehmen gezwungen ist³⁶⁴). Auch freiwillige Veräußerungen sind in folgenden Fällen ohne Decret erlaubt: wenn der Vater des Pflegbefohlenen im letzten Willen es so angeordnet hat, daß ein Grundstück verkauft, verpfändet oder verschenkt werden soll³⁶⁵), wenn dies ein Anderer gethan hat, aus dessen Gütern der Mündel das Grundstück erhalten³⁶⁶), und endlich wenn die Vormünder in Processen für ihre Mündel eine Prozeßcaution durch Pfänder stellen müssen und zu diesem Zwecke Sachen verpfänden, die unter ihrer Administration stehen. 3) Für die Erhaltung und Bewirthschaftung der Mündelgüter soll der Vormund im Allgemeinen denselben Fleiß aufwenden, welchen er auf seine eigenen Sachen gewendet haben würde. Daher muß er nicht allein die Sklaven des Mündels gehörig beaufsichtigen, sondern auch auf hinreichende Weise beschäftigen und durch ihre *operas* erwerben lassen; die Gebäude in baulichem Stande erhalten und die nöthigen Reparaturen an ihnen vornehmen lassen³⁶⁷); Sachen, welche leicht verderben, sobald wie möglich verkaufen³⁶⁸); Grundstücke, welche dem Mündel gehören, verpachten oder selbst bewirthschaften, und Handlungen entweder durch Vorgesetzte oder auf des Mündels Rechnung betreiben. Alles was sich an Gold, Silber und anderen Sachen, welche nicht durch die Zeit verderben oder ihren Werth verlieren, in der Vormundschaft vorfindet, muß der Vormund beim Antritt seines Amtes an die Obrigkeit abliefern, damit dies Alles dem Mündel nach erreichter Großjährigkeit zurückerstattet werde³⁷⁰). Am ausführlichsten sind die Vorschriften des römischen Rechtes über die Behandlung der Forderungen des Mündels durch den Vormund. Für die außenstehenden Capitalien desselben muß er besondere Sorge tragen, zur gehörigen Zeit nicht allein die Zinsen erheben, sondern auch das Capital kündigen und einheben. Sonst trägt er die Gefahr des Capitals und der Zinsen³⁷¹). Schulden, welche der Vormund selbst an den Mündel hat, muß er freiwillig abtragen, und nicht erst abwarten, bis er deshalb verklagt wird³⁷²). Ueber die Verwendung

362) L. 1. §. 4 u. 5. D. 27. 9.

363) L. 3. C. *si propter publicas pens.* (4. 46.), vergl. mit L. 7. §. 1. D. 27. 9. L. 3. §. 1. D. *ibid.* L. 1. C. 5. 71.

364) L. 3. §. 2. D. 27. 9.

365) L. 3. §. 3. D. 27. 9.

366) L. 8. C. 5. 72.

368) L. 22. C. 5. 37.

369) L. 7. §. 1. D. 26. 7. L. 3. C. 5. 38. L. 22. C. 5. 37.

370) L. 24. C. 5. 37. Nov. 72. c. 6.

371) L. 15. D. 26. 7. L. 57. D. *ibid.* L. 24. C. 5. 37. Dasselbe gilt auch in Betracht der Forderungen, welche der Mündel an den früheren Vormund aus der Vormundschaft hatte. Denn auch diese muß der neue Vormund von seinem Vorgänger oder dessen Erben sobald, wie möglich eintreiben, sonst haftet er für den Ausfall. L. 2. C. *de tutore, qui satis non dedit.* (5. 42.) L. 89. §. 15 u. 16. C. D. 26. 7.

372) L. 9. §. 3. D. 26. 7.

der sich vorfindenden Baarschaft, stellte zuerst das prätorische Edict die allgemeine Regel auf, daß, wenn nach Abzug der Schulden und Bedürfnisse des Pflüglings eine hinlängliche Summe übrig bliebe, diese in einem Tempel niedergelegt werden sollte, um bei günstiger Gelegenheit ein Grundstück dafür zu kaufen³⁷³), und wenn der Vormund solche Grundstücke aus dem deponirten Gelde nicht erkaufte, wick er nicht allein vom Prätor dazu gezwungen, sondern er muß für seine Zögerung auch noch Zinsen entrichten³⁷⁴). Nur wenn es an hinreichendem Gelde fehlt, oder keine Gelegenheit vorhanden ist, passende Güter zu erwerben, ist der Vormund verpflichtet, die Bündelgelder verzinslich auszuthun. Zwar gebot eine verlorene gegangene Constitution das ganze Vermögen des Bündels zu versilbern und zinsbar zu machen, allein Constantin³⁷⁵) hat diese Versilberung wieder verboten, mit Ausnahme ganz entbehrlicher und schlechter Sachen, und im Justinianischen Eoder ist durch eine interpolirte Constitution der Kaiser Arcadius und Honorius die Regel ausgesprochen worden, daß nur bewegliche Sachen des Bündels versilbert und Grundstücken aus ihrem Erlöse erkaufte, und erst in Ermangelung günstiger Gelegenheit das Geld auf Zinsen ausgethan werden soll³⁷⁶). Endlich stellte Justinian³⁷⁷), um die Gefahr, welche gewissenhafte Vormünder von der Uebernahme der Vormundtschaft abhalte, aufzuheben, die allgemeine Regel auf, daß es ganz dem freien Willen des Vormundes überlassen sein sollte, ob er die Gelder des Bündels verzinslich ausleihen oder sicher deponiren will; freilich zunächst nur für den Fall, wenn der Bündel Immobilien hat, von deren Ertrag er leben kann. Und wenn das Vermögen desselben in Mobilien bestand, so wurde der Vormund angewiesen, so viel davon entweder auf Zinsen zu legen, oder auf den Ankauf einträglicher, möglichst abgabenfreier Grundstücke zu verwenden, als für den Haushalt des Minderjährigen nachwendig ist, das Uebrige aber gleichwohl in diesem Falle zu deponiren. Doch hat die deutsche Praxis die Verfügungen der angeführten Justinianischen Novelle nicht weiter berücksichtigt, und ist bei den im Justinianischen Eoder ausgesprochenen Grundsätzen stehen geblieben³⁷⁸). — Bei der Ausleihung der Bündelgelder hat der Vormund nach dem Pandektenrechte die Gefahr der Capitalien sammt der der Zinsen zu tragen, und diese Gefahr geht auf seinen Nachfolger im Amte erst dann über, wenn dieser ihre Sicherheit geprüft und agnoscirt hat, wodurch dann sein Vorgänger von der Gefahr befreit wird³⁷⁹); doch erstreckt sich diese Gefahr nach dem Pan-

373) L. 5. pr. D. 26. 7. L. 3. §. 2. L. 7. §. 3. D. *ibid.*

374) L. 7. §. 3 u. 7. D. 26. 7. Zwar derogirt dem Gesagten Nov. 72. c. 6, doch hat die deutsche Praxis die Vorschrift dieser Novelle nicht beachtet.

375) L. 22. C. 5. 37.

376) L. 24. C. 5. 37. Siehe Rudorff a. a. D. Th. 2, S. 365.

377) Nov. 72. c. 6—8. Auth. Novissime C. de adm. (5. 37.)

378) Bergl. Leysser, *medit. ad Pand.* Vol. V. spec. CCCXXXIX. 1. 2. Mevius, tom. II. P. VII. decis. 200. Hartm. Pistoris *quaest. iur.* I. 49. Glück, *Erläuterung der Pandekten*, Th. 30, S. 326—330. Rudorff a. a. D. Th. 2, S. 367.

379) L. 44. D. 26. 7. L. 19. D. 27. 8., vergl. mit L. 35. D. 26. 7. L. 39. §. 14. L. 57. D. *ibid.* L. 2. C. *arbitr. tut.* (5. 51.)

bestenrechte nur auf solche Fälle, wo dem Vormund eine culpa zur Last fällt, nicht auf den rein zufälligen Schaden³⁸⁰), wenn schon eine Justinianische Novelle auch diesen dem Vormunde imputirt³⁸¹). Bei dem Ausleihen solcher Capitalien muß der Vormund die Rückzahlung des Capitals seinem Mündel oder dessen Slaven versprechen lassen, und erst, wenn dieß nicht thunslich ist, selbst stipuliren, in welchem Falle dem Mündel eine utilis actio gegeben wird³⁸²). Versäumt er es aber, die Mündelgelder verzinslich auszuthun, so muß er dem Pflinglinge nicht allein aus eigenen Mitteln den entgangenen Gewinn ersetzen, sondern kann auch noch extra ordinem bestraft werden, wenn er dieß zu thun außer Stand ist³⁸³). Beides tritt indeß nur dann ein, wenn dem Vormund culpa und mora zur Last fällt, z. B. wenn er sein eigenes Geld unterbrachte, während er gleichzeitig das Mündelgeld ungenutzt liegen ließ³⁸⁴). Auch braucht der Vormund Zeit, um günstige Gelegenheit auszukundschaften, und kann daher erst nach Ablauf der hierzu billig zu verstattenden Frist als säumig betrachtet werden³⁸⁵). Diese Frist heißt in der Kunstsprache *laxamentum temporis* oder *laxamentum* schlechthin, und beträgt in Rücksicht der Gelder, welche der Vormund bei der Uebernahme der Vormundenschaft vorfindet, sechs³⁸⁶), in Rücksicht der später eingehenden zwei Monate³⁸⁷). Die Zinsen dieses Zeitraumes kommen daher in der Klage gegen den Vormund bei der *litis aestimatio* nicht in Anschlag³⁸⁸). 4) Die Erweiterung des Vermögens des Mündels ist dem Vormund zur Pflicht gemacht. Schon nach dem vorjustinianischen Rechte³⁸⁹) soll er Schenkungen, welche an seinen Mündel gemacht werden, sofort annehmen, und nach dem Justinianischen Rechte auch Erbschaften, Legate und Fideicommissa, welche dem Mündel zugewendet werden; sonst steht er für den Ausfall³⁹⁰). Dagegen wird er aber auch verbindlich, den Schaden aus eigenem Vermögen zu ersetzen, welcher dem Mündel daraus entsteht,

380) L. 50. D. 26. 7., vergl. mit L. 37. §. 1. D. de negotiis gestis. (3. 5.) L. 35. D. de rebus cred. (12. 1.)

381) Nov. 72. cap. 6. Vergl. *Marezoll*, im Archiv für civ. Praxis, Bb. 9, S. 37, und *Rudorff* a. a. D. Th. 2, S. 366.

382) L. 9. pr. D. 26. 7.

383) L. 49. D. 26. 7. L. 58. §. 1 u. 3. D. ibid.

384) L. 3. C. de usuris pupillaribus (5. 56.), vergl. mit L. 12. §. 4. D. 26. 7. L. 13. §. 1. D. ibid.

386) L. 15. D. 26. 7.

387) L. 7. §. 11. D. 26. 7. Nov. 72. c. 6. Bei der Erklärung dieser Novelle nimmt *Marezoll*, im Archiv a. a. D. Th. 9, S. 44–49, an, daß der Vormund zur Compensation der Gefahr, die er an den ausgeliehenen Capitalien trägt, zwei Monat an den Zinsen alljährlich gewinnen solle. Allein diese Erklärung verstößt gegen die allgemeine Regel, daß der Vormund die Mündelgelder nicht zu seinem eigenen Vortheile benutzen dürfe (vergl. L. 7. §. 4. 10. 12. L. 58. pr. D. 26. 7.), und wird auch durch die Worte der Novelle nicht gerechtfertigt. Vergl. *Rudorff* a. a. D. Th. 2, S. 366, Note 27.

388) L. 7. §. 11. D. 26. 7.

389) Fr. Vat. §. 249.

390) L. 18. D. 27. 3. L. 4. C. arbitrium tut. (5. 51.) L. 26. C. de administrat. (5. 37.) L. 11. D. de auctoritate et consensu. (26. 8.) L. 11. D. de bonorum possess. (37. 1.) L. 7. §. 3. C. 5. 70.

wenn der Vormund für ihn eine verschuldete Erbschaft annimmt oder dazu die *bonorum possessio agnoscit* ³⁹¹). Ueber die Form der Erwerbung solcher letztwilliger Zuwendungen gelten folgende Grundsätze. Ist der Pflingling *necessarius heres*, so erwirbt er die Erbschaft *ipso iure*, doch kann ihn der Vormund einseitig davon abstiniren ³⁹²). Gehört der Pflingling aber zu den *voluntarii heredes*, so kann zwar der Curator nicht selbst die Erbschaft antreten, aber der Pflingling kann es unter Beitritt des Vormundes, oder, was gleiche Wirkung hat, es kann dies durch einen *Claven* des ersteren geschehen ³⁹³). Zum Erwerbe der *bonorum possessio* ist schon die *Bitte* des Vormundes im Justinianischen Rechte hinreichend ³⁹⁴), ohne daß es einer weiteren Zuziehung des Mündels bedürfte.

Zum Zwecke der Verwaltung vormundtschaftlicher Angelegenheiten steht dem Curator, gleich dem Tutor, ein gewisses Repräsentationsrecht gegen Dritte zu. Er hat das Recht, ohne Concurrenz seines Pflingbefohlenen Forderungen desselben einzusetzen und zu quittiren ³⁹⁵); *Novationen* und *Delegationen* im Namen seines Pflinglings, wenn sie diesem nützen, einzusetzen ³⁹⁶); *Klagen*, *Stipulationen* und *Runtiationen*, welche diesem zusetzen, in dessen Namen geltend zu machen ³⁹⁷), oder über Vormundtschaftsachen *Eide* anzutragen ³⁹⁸), *Vergleiche* zu schließen ³⁹⁹) und zu *compromittiren* ⁴⁰⁰). *Acceptilationen* und *Cessionen* von *Obligationen* kann der Vormund indess nicht vornehmen, sondern nur die Pflingbefohlenen selbst unter Beitritt ihres Vormundes ⁴⁰¹). Doch kann das Hinderniß bei der *Acceptilation* leicht dadurch gehoben werden, daß der Vormund vorher die *Obligation* durch *Novation* zu der seinigen macht und dann die *Ac-*

391) L. 11. D. 37. 1. L. 67. §. 6. D. de R. N. (23. 2.)

392) L. 67. §. 6. D. 23. 2.

393) L. 50. D. de acquir. vel. om. (29. 2.)

394) L. 11. D. 26. 8. L. 7. §. 1. D. 37. 1. L. 8. D. ibid. L. 7. C. qui admitti ad bonorum possessionem. (6. 9.) L. 65. §. 3. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) L. 7. §. 3. C. 5. 70.

395) L. 22. C. de pactis. (2. 3.) L. 14. §. 7. D. de solut. (46. 3.) L. 100. D. ibid. Zur *Liberation* gehört nach Justinianischem Rechte ein *spontanei* zu ertheilendes obrigkeitliches *Decret*. Bgl. L. 25. C. 5. 37. §. 2. J. quibus alienare licet. (2. 8.) Auf *Zinsen* und *Pachtgelder* ist diese Verfügung nur insoweit zu erstrecken, als sie seit zwei oder drei Jahren rückständig sind, und zugleich über 100 aurei betragen. L. 27. C. 5. 37. Bzgl. Rudorff a. a. D. Th. 2, S. 447.

396) L. 22. D. 26. 7. L. 20. §. 1. D. de novat. et deleg. (46. 2.) L. 34. §. 1. D. ibid. L. 96. pr. D. de solutionibus. (46. 3.)

397) Von *Klagen* sprechen L. 22. D. 26. 7. L. 56. §. 4. D. de furtis. (47. 2.) L. 11. §. 2. D. de iniuriis. (47. 10.) L. 55. pr. D. de eviction. (21. 2.) L. 1. §. 4. D. 26. 7.; von *Stipulationen* L. 3. §. 1. 4. 6. 7. D. indicatam solvi (46. 7.); von *Runtiationen* L. 7. §. 1. D. de operis novi amutatione. (39. 1.) Bzgl. Rudorff a. a. D. Th. 2, S. 451.

398) L. 17. §. 2. D. de iureiur. (12. 2.)

399) L. 56. §. 4 u. 5. D. 47. 2.

400) L. 47—49. D. de receptis. (4. 9.)

401) L. 1. C. de acceptilat. (8. 44.) L. 13. §. 10. D. de acceptilat. (46. 4.) Bgl. L. 37. §. 2. D. ad SC. Trebell. (36. 1.)

ceptilation vornimmt⁴⁰²). In Betreff der Rechtsgeschäfte, welche der Vormund im Namen des Pupillen mit Anderen abzuschließen hat, steht es ihm gewöhnlich frei, ob er sie in eigener Person abzuschließen will oder durch Andere, welche der Gewalt seines Pflegbefohlenen unterworfen sind, und also diesem alle Rechte erwerben⁴⁰³). Schließt sie der Vormund in Person ab, so ist zunächst zwischen activer und passiver Repräsentation zu unterscheiden. Bei der activen Repräsentation galt in Betreff der Actionen der Grundsatz, daß Mündel in der Regel durch den Vormund nicht Klagen erwerben können, außer in bestimmten Fällen, wo ihnen die utilis actio gesetzlich zukommt⁴⁰⁴), wie bei der Stipulation⁴⁰⁵), bei den Consensualcontracten⁴⁰⁶), bei dem Constitutum⁴⁰⁷), oder wo die directa actio auch durch Dritte begründet wird, wie bei der Darlehnsobligation⁴⁰⁸). In Betreff der Exceptionen scheint ebenfalls die Regel, daß eine Einrede des Pfleglings aus den Geschäften des Vormundes unstatthaft sei, aus einem ähnlichen praktischen Bedürfnisse, wie bei den Actionen verlassen worden zu sein⁴⁰⁹). In Betreff der civilrechtlichen Vindicatzen, wo von Alters her der Grundsatz galt, daß sie aus dem vom Vormunde abgeschlossenen Geschäfte nur diesem, nicht seinem Mündel erworben wurden, nahm man, gestützt auf den Satz, daß durch freie Mittelspersonen Besitz, und durch diesen auch Eigenthum erworben werden könne⁴¹⁰), schon zeitig als unbezweifelt an, daß der Mündel auf diesem Wege eine directa vindicatio erwerben könne⁴¹¹), und gestattete demselben selbst dann, wenn der Vormund auf seinen eigenen Namen contrahirt hatte, die Wahl, ob er mit der actio negotiorum gestorum sich an den Vormund halten oder das Grundstück und die Vindicatio als in seinen eigenen Angelegenheiten erworben ansehen wolle⁴¹²); endlich in Bezug auf die Publicianische Klage war es schon zur Zeit der classischen Juristen entschiedener Grundsatz, daß, wenn Jemand nicht für sich, sondern als Vertreter eines Anderen eine Sache kauft und in Besitz bekommt, diesem Anderen die genannte Klage gegeben werde, wie wenn er die Sache selbst gekauft hätte, und dieser Grundsatz findet auf den Curator die vollste Anwendung⁴¹³). Zur Beurtheilung der passiven Vertretung des Pfleglings durch den Vormund,

402) L. 13. §. 10. D. 46. 4.

403) L. 9. §. 6. D. de Public. in rem. (6. 2.) L. 2. D. rem pupilli. (46. 6.) L. 4. §. 8. D. ibid. L. 6. D. ibid. L. 9. pr. D. 26. 7.

404) L. 5. C. quando ex facto tutoris. (5. 39.)

405) L. 9. pr. D. 26. 7. L. 2. D. quando ex facto tut. (26. 9.) L. 2. C. quando ex facto. (5. 39.) L. 26. D. 12. 1.

406) L. 4. C. 5. 39.

407) L. 5. §. 7. D. de pecunia constituta. (13. 5.)

408) L. 8. u. 16. D. 26. 7. L. 9. §. 7. D. ibid., vergl. mit L. 126. §. 2. D. de V. O. (45. 1.) L. 9. §. 8. D. de rebus cred. (12. 1.)

409) L. 59. D. de pactis (2. 14.), vergl. mit L. 9. §. 6. D. de iureiur. (12. 2.) L. 15. D. 2. 14. L. 10. §. 2. L. 26. §. 1. D. ibid.

410) L. 3. C. de adquir. et retin. possess. (7. 32.)

411) §. 5. J. per quas personas. (2. 9.) L. 20. §. 2. D. de acquir. rerum dom. (41. 2.) L. 53. D. ibid.

412) L. 2. D. 26. 9. L. 2. C. arbitrium tutelae. (5. 51.)

413) L. 7. §. 10. D. de Publiciana in rem actione. (6. 2.)

soweit sie bei erlaubten Geschäften vorkommt, muß man wohl die allgemeine Regel des römischen Obligationenrechtes in Obacht nehmen, daß man durch seine Contracte nur sich selbst, nicht aber Dritte obligiren könne. Daher konnte nach älterem Rechte der Vormund, wenn er allein handelte, nur sich, nicht aber den Pflegling obligiren, und mußte sich aus des Pfleglings Obligationen, wie aus seinen eigenen verklagen und condemniren lassen. Erst nach beendigter Vormundschaft konnte er vom Rändel Erfaß seiner Auslagen, oder falls er diese noch nicht gemacht hatte, Defension gegen die Klage aus der Obligation verlangen⁴¹⁴). Ausnahmen von dieser Regel traten nach altem Rechte nur dann ein, wo die Verrieherung die eigentliche causa obligandi bildete, wie bei dem Darlehen⁴¹⁵), oder wo die obligirende Handlung auch durch Voten und Briefe verrichtet werden konnte, mithin der Vormund nicht als selbstständig contrahirende Person, sondern als bloßes Organ des Pfleglings in Betracht kam, wie beim Constitutum⁴¹⁶) und bei der Interpellation⁴¹⁷). Indeß gewöhnte man sich allmählig daran, aus den Schulden, welche der Vormund in des Pfleglings Angelegenheiten machte, die Klage wenigstens als utilis actio gegen den Pflegling selbst zu geben, und zwar nicht sowohl nach Analogie der exercitoria und institoria actio, sondern es beruht diese Annahme vielmehr auf der Fiction der Defension oder passiven Cession, welche der Vormund von seinem Pflegbefohlenen erzwingen kann. Zunächst wurde schon zur Zeit der classischen Juristen aus allen Geschäften, welche der Vormund während der Dauer der Vormundschaft auf den Namen seines Rändels eingeht, gegen den ersteren die actio directa benegirt, und gegen den letzteren die actio utilis auf das Ganze gegeben, ohne Unterschied, mag der Vormund solvend sein oder nicht, und diese Ansicht hatte die wichtige Folge, daß, obgleich der Vormund während der Vormundschaft zur Defension des Pflegbefohlenen verpflichtet ist, doch die Zahlung aus des Pfleglings Vermögen geschehen kann⁴¹⁸). Noch weiter ging man bei Klagen, welche nach Beendigung der Vormundschaft angestellt werden. Hier braucht der gewesene Vormund den Pflegling gegen die Klage nicht einmal mehr zu vertreten, vielmehr fällt die Defension seinem Nachfolger im Amte oder dem Pflegling selbst oder dessen Erben zur Last⁴¹⁹), und von dieser Regel finden sich nur da Ausnahmen, wo der Vormund als Intercedent die Obligation im eigenen Namen übernommen hat⁴²⁰). Fragt man

414) L. 5. §. 1. D. de obligat. et action. (44. 7.) L. 6. D. de contr. lit. (27. 4.)

415) L. 20. §. 1. D. de in rem verso. (15. 8.) L. 8. C. 5. 39. L. 27. D. 12. 1.

416) L. 14. §. 3. u. L. 15. D. 14. 5.

417) L. 24. D. de V. O. (45. 1.)

418) L. 1. u. 2. D. 26. 7.

419) L. 26. C. 5. 38.

420) L. 15. C. 5. 37. spricht von der Intercession als Fideiussor; L. 4. C. si tut. vel cur. interv. (2. 25.) von der Expresssion für den Pflegling; L. 6. D. 26. 9. von der Uebertragung der Obligation des Pfleglings auf den Vormund durch die Revation; L. 5. §. 1. D. ibid. von der Aufnahme des Darlehens auf den eigenen Namen des Vormundes, wenn schon zum Nutzen des Rändels.

endlich, inwiefern aus widerrechtlichen Handlungen des Vormundes eine Klage oder Einrede gegen den Pfingling gegeben werden könne, so ist es auch hier allgemeine Regel, daß jedes Delict nur gegen den Thäter wirkt, nicht gegen den, dessen Stelle er vertritt. Daher schon zur Zeit der classischen Juristen die Regel aufgestellt wurde, daß dem Mündel der dolus seines Vormundes nicht schade⁴²¹); daher die Pönalklage auch gegen den Vormund geht, wenn er in einem Prozesse gegen seinen Mündel einem höheren Magistrate ungehorsam ist⁴²²); daher endlich der Vormund auch haftet, wenn er mit Absicht oder durch eigenes Verschulden eine Obligation unerfüllbar macht⁴²³). Eine Ausnahme von dieser allgemeinen Regel ist es, wenn die classischen Juristen, insofern der Mündel aus dem dolus seines Vormundes bereichert ist, auch gegen ihn selbst die Klage gestatten⁴²⁴), wobei natürlich der Kläger den Beweis der Bereicherung zu führen hat, und wenn die bonae fidei actiones und die actio de dolo malo gegen den Pfingling aus dem dolus des Vormundes auf Herausgabe des gemachten Gewinnes gestattet werden⁴²⁵). Eine zweite Modification der erörterten Regel ist es, wenn schon zur Zeit der classischen Juristen der Satz geltend gemacht wurde, daß der Mündel, auch ohne bereichert zu sein, aus dem dolus und der culpa seines Vormundes condemnirt werden könne, sofern er nur die sichere Aussicht habe, das, was er auf diese Weise um seines Vormundes Willen bezahlen muß, von diesem wieder zu bekommen. Am deutlichsten hat Pomponius diese Ansicht für den Fall geltend gemacht, wenn der Pfingling eine Erbschaft besitzt, der Vormund aber, welcher sie in dessen Namen verwaltet, verschuldeter Maßen Sachen daraus verloren hat und später Jemand gegen den Pfingling mit der hereditatis petitio klagt⁴²⁶). Ulpian hat indes dieses Pflichten des Mündels für den Vormund dahin beschränkt, daß er seine Klage gegen den Vormund an den Kläger abzutreten habe⁴²⁷).

Von der Verwaltung des Vermögens durch den Vormund ist die vormundschaftliche Prozeßführung zu trennen, welche nicht allein auf das Vermögen, sondern auch auf die persönlichen und öffentlichen Rechte des Pflegebefohlenen sich bezieht. Die allgemeinen Grundsätze, welche die römischen Rechtsquellen in dieser Beziehung aufstellen, lassen sich auf folgende Punkte zurückführen: daß das Recht, Mündelklagen anzustellen, nur

421) L. 3. D. 26. 9. L. 11. §. 6. D. quod vi aut. clam. (43. 24.) L. 198. D. de R. I. (50. 17.) Vergl. Rudorff a. a. D. Th. 2, S. 341 — 344.

422) L. 1. §. 2. D. si quis ius dicenti non obtemp. (2. 3.)

423) L. 4. D. de tab. exhib. (43. 5.)

424) L. 51. pr. D. de heredit. pet. (5. 3.) L. 3. D. 26. 9. L. 3. §. 1. D. de tribut. act. (14. 4.), vergl. mit L. 4. §. 23. D. de doli mali et metus except. (44. 4.) Vergl. Rudorff a. a. D. Th. 2, S. 343.

425) L. 15. pr. D. de dolo malo. (4. 2.) L. 13. §. 7. D. de actionibus empti venditi (19. 1.) L. 3. D. 26. 9.

426) L. 61. D. 26. 7. L. 1. D. 26. 9., vergl. mit L. 4. D. ibid. Siehe Rudorff a. a. D. Th. 2, S. 344—347.

427) L. 1. §. 6. D. ne vis fiat. (43. 4.) L. 21. §. 1. D. de pecalio. (15. 1.) L. 3. §. 1. D. de tribut. act. (14. 4.)

dem wirklichen Vormunde zusteht⁴²⁸), daß ferner von den wirklichen Vormündern nur diejenigen, welche volles Administrationsrecht haben⁴²⁹) und außerdem der Concurscurator⁴³⁰), und zwar die generellen Vormünder in Rücksicht aller Prozesse, die speciellen Litiscuratoren in Betreff des einzelnen Rechtsstreites, für welchen sie constituirt sind, dieß Recht auszuüben befugt sind, und daß endlich, wenn mehrere generelle Vormünder bestellt sind, nur dem, welchem die Administration decernirt ist, das Recht zu klagen gestattet werden solle⁴³¹), und wenn mehrere gerentes bestimmt sind, einem Jeden von ihnen in solidum, gleichwie die Defension ihnen in solidum zusteht⁴³²). Doch wird es dem Vormunde zur Pflicht gemacht, sich in keinen chicanösen Prozeß einzulassen, aber umgekehrt, wo das Interesse des Bündels gefährdet ist, dessen Rechte auf dem Wege der Klage geltend zu machen, und wenn er von Anderen in Anspruch genommen wird, denselben in gebührender Weise zu defendiren⁴³³), was er auch gleich bei seiner Bestellung nach Justinian's Vorschrift besonders versprechen muß⁴³⁴). Diese Defension umfaßt die Verpflichtung, in Betreff des Prozeßes alle Handlungen vorzunehmen, welche der dominus selbst als zahlungsfähiger, verständiger Hausvater vorgenommen haben würde⁴³⁵); nichtin muß er Zahlung leisten, wenn der Pflegling keine gerechte Sache hat, umgekehrt aber sich aufs Judicium einlassen, wenn die Klage unbedenklich, oder wenigstens so zweifelhaft ist, daß der Bündel einen gerechten Grund zum Prozeßführen hat, oder dieß durch den Bündel selbst unter seiner Auctorität bewirken lassen⁴³⁶), das übernommene Judicium bis zu Ende durchführen⁴³⁷), und wo der Prator dem Kläger zwischen dem Eide und Judicium die Wahl läßt, sobald der Letztere die Eidesoblation vorzieht, den Eid für den Bündel auszusprechen⁴³⁸). Aber außer dieser Defension, welche auch der Dominus selbst würde leisten müssen, mußte früher der Vormund als Defensor in einem fremden Prozesse auch noch in eigener Person und durch Satisfactio cautio iudicatum solvi,

428) L. 81. §. 6. D. 8. 5. L. 2. C. de eo, qui pro tut. (5. 45.) L. 28. C. de negot. gestis. (2. 19.)

429) L. 3. §. 6. D. iudicatum solvi. (46. 7.)

430) L. 9. D. ratam rem haberi. (46. 8.) L. 2. §. 1. D. de curatore bonis dando. (42. 7.)

431) L. 3. §. 5. D. 46. 7.

432) L. 3. D. 42. 7. L. 24. §. 1. D. 26. 7., vergl. mit L. 1. C. si ex pluribus tutoribus. (5. 40.)

433) L. 30. D. 26. 7.

434) L. 28. §. 4. C. de administrat. (5. 37.)

435) L. 10. D. 26. 7., vergl. mit L. 63. D. de iudiciis. (5. 1.) In den Hauptstädten ähnelt der hier vorkommende Begriff der Defension demjenigen, welcher in Anwendung auf den Stellvertreter des verklagten Dominus aufgestellt wird. L. 35. §. 3. L. 39. pr. D. de procur. (3. 3.) L. 46. §. 2. L. 51. §. 1. D. ibid. L. 5. §. 3. D. 46. 7. L. 21. §. 3. u. L. 22. D. ex quibus causis maiores (4. 6.) L. 2. u. 5. D. ibid.

436) L. 1. §. 2 u. 3. D. 26. 7.

437) L. 56. pr. D. de evictionibus. (21. 2.) L. 12. C. qui dare tutorum vel curatorum. (5. 34.) L. 28. §. 3. C. 5. 37.

438) L. 21. §. 2 u. 5. D. de noxalibus actionibus. (9. 4.)

rem recte defendi, dolum malum abesse abfuturumque esse caviren⁴³⁹), was jedoch Justinian in die Verpflichtung umgewandelt hat, bloß den Prozeß zu instruiren, ohne daß er fernerhin nöthig hat, für den Ausgang desselben mit seinem eigenen Vermögen Caution zu stellen⁴⁴⁰). Wird aber der Pflegling nicht in der angegebenen Weise defendirt, so läßt der Prätor seinem Edicte nach zunächst die Vormünder vorladen und zur Defension auffordern, und dann die nächsten Cognaten, Affinen und Freigelassenen des Mündels fragen, ob sie zur Defension bereit sind, und erst, wenn diese die Defension ablehnen, gilt der Pflegling für indefensus⁴⁴¹); ja im neueren Rechte soll nach einer speciellen Vorschrift Justinian's der ordentliche Vormund, wenn er die Defension verweigert, von den Cognaten, Affinen und Creditoren des Pfleglings removirt und durch einen anderen ersetzt werden⁴⁴²). Auch soll dem Beklagten, welcher etwa während des Prozeßes wahnsinnig wird, auf Anbringen derselben Personen sogleich ein Curator bestellt werden, welcher die Defension übernimmt, und dem Prozeß zu Ende führt. — Aber auch während der Dauer des Prozeßes muß der Vormund den Prozeßgesetzen gemäß und mit der Vorsicht, die er in eigenen Prozeßes anwenden würde, die einzelnen Prozeßacte betreiben und beendigen, namentlich die Zuvielforderung vermeiden, auf die Vorladungen vor Gericht erscheinen, die Fristen des Prozeßes gehörig in Obacht nehmen, dem Gegner im Prozeße die gehörigen Cautionen leisten, Eide nur in Ermangelung anderer Beweismittel deserviren⁴⁴³), Appellationen gegen ungerechte Urtheile binnen der gehörigen Zeitfrist einlegen, und wenn der Prozeß zu Gunsten des Pupillen entschieden ist, die Execution betreiben. Wird der Pflegling während der Dauer des Prozeßes mündig, so ist zwar die Fortsetzung des Prozeßes eigentlich seine Sache⁴⁴⁴), doch sind die Vormünder verpflichtet denselben fortzusetzen oder wenigstens durch ihren Rath dabei zu assistiren. Zur Fortsetzung desselben können sie sogar extra ordinem gezwungen werden, so lange die Schlußrechnung noch nicht abgelegt, und die vormundschaftlichen Papiere noch nicht ausgehändigt sind⁴⁴⁵). — Die Wirkung der vormundschaftlichen Prozeßführung war zur Zeit der classischen Juristen, wo durch die Einsetzung des Vormundes in die formula das Judicium auf ihn übertragen wurde⁴⁴⁷), die, daß die Folgen des vom Vormund geführten Mündelprozeßes

439) *Caius inst. IV. §. 101. L. 28. pr. D. 26. 7.*, vergl. mit *L. 8. §. 3. D. 3. 3.*

440) *L. 28. §. 3. C. 5. 37.*

441) *L. 5. pr. u. §. 1. D. quibus ex causis. (42. 4.)*

442) *L. 28. §. 1 u. 2. C. 5. 37.*

444) *L. 35. pr. D. de iuroiur. (12. 2.)*

445) *L. 24. §. 1. D. de appell. (49. 1.) L. 28. §. 2. D. ibid. L. 2. D. an per alium. (49. 9.) L. 1. §. 1. D. si pendente appellatione. (49. 13.) L. 10. C. de appellationibus. (7. 62.)*

446) *L. 1. §. 1. D. 49. 13. L. 5. §. 6. D. 26. 7. L. un. C. ut cauae post pubertatem adsit tutor. (5. 48.)*

447) *Caius inst. IV. §. 86 u. 87.*

auch diesen allein trafen⁴⁴⁸), doch half der Prætor in Betreff der *exceptio rei iudicatae* hier dadurch nach, daß er dem Mündel eine *Exception* aus dem Siege des Vormundes gestattete⁴⁴⁹), und dem Vormunde die Leistung der *cautio de rato* auferlegte. Und auch diese war später nicht mehr nöthig, als man bei fortschreitenden Grundsätzen über Repräsentation im Prozesse ganz unbedenklich annahm, der Vormund *deducere in iudicium*, d. h. et *consumire* seines Mündels Klage durch *Litiscontestatio* und Urtheil dergestalt, daß, wenn dieser noch einmal klagen wolle, die Klage ihm *denegirt* werde⁴⁵⁰). In Betreff der *actio iudicati*, welche aus der Prozessführung des Vormundes eigentlich nur diesem und gegen diesen gegeben wurde, half man dadurch, daß man aus dem Prozesse, welchen der Vormund gewonnen hat, dem Pflegling die *actio utilis* aus dem günstigen Urtheile gab, und dem Vormund die *directa* *denegirt*⁴⁵¹), und umgekehrt aus dem Prozesse, in welchem der Vormund *verurtheilt* worden war, die *actio iudicati directa* gegen diesen *denegirt* und die *utilis* gegen den Pflegling gestattete, was natürlich die Folge hatte, daß die *Execution* in das Vermögen des Pfleglings, nicht in das des Vormundes vollstreckt wurde⁴⁵²). Hatte freilich der Vormund ohne Noth den Prozeß selbst übernommen, während er seinen Mündel *prozeßfrei* lassen konnte, so wurde er ursprünglich als Einer behandelt, *qui litem obtulit*⁴⁵³), und erst nach geendigter Vormundschaft wurde die *actio iudicati* und die *Execution* gegen den Vormund *denegirt* und auf den Pflegling und dessen Vermögen übertragen⁴⁵⁴), allein späterhin nahm man allgemein an, der Vormund *offerire* sich nie mehr, wenn er es vorzieht, den Prozeß selbst zu führen, und deshalb haben viele *Rescripte* den Satz ausgesprochen, daß auch schon während der Vormundschaft die *iudicati actio* und *pignoris capio* aus der vormundtschaftlichen Prozessführung nur gegen den Pflegling zu gestatten sei⁴⁵⁵). Auch die *ex stipulata actio* aus einem besetzten *Madimonium* gestattete man nach der Beendigung der Amtsführung nicht mehr gegen den Vormund⁴⁵⁶); eben so wenig konnte der Vormund, welcher *iudicatum solvi* *cavirt* hat, nach dem angegebenen Zeitpunkte zur Uebernahme des *iudicium* gezwungen werden⁴⁵⁷); endlich

448) *Caius inst.* IV. §. 98 u. 99.

449) L. 11. §. 7. D. de except. rei iud. (42. 1.)

450) L. 22. D. 26. 7. L. 23. D. ibid. L. 11. §. 7. D. 42. 1. L. 17. §. 2. D. 12. 2. L. 13. C. 5. 37.

451) L. 2. pr. D. 26. 7. L. 6. D. 26. 9.

452) L. 2. pr. D. 26. 7. L. 7. D. 26. 9.

453) Vergl. L. 4. pr. D. de re iudicata. (42. 1.) L. 61. pr. D. de procuratoribus (3. 3.) mit L. 27. pr. 28. 29. 31. pr. D. 3. 3. u. Fr. Vat. §. 317. 333.

454) L. 2. pr. D. 26. 7., vergl. mit L. 1. C. 5. 39. L. 15. D. si quis cautionibus. (2. 11.) L. 5. D. 26. 9.

455) L. 2. pr. D. 26. 7. L. 4. §. 1. D. 42. 1.

456) L. 15. D. 2. 11.

457) L. 28. pr. D. 26. 7.

wurden auch alle Klagen aus den prätorischen Stipulationen, welche die Stelle der *Judicia* vertreten, von der Mündigkeit des Mündels an als *utiles actiones* auf diesen transferirt ⁴⁵⁸).

Was die Klagen anbetriefft, welche aus der Curation entstehen, so sind sie theils zum Vortheil des Mündels, theils zu dem des Curator eingeführt. Zum Vortheil des Pflegebefohlenen sind folgende Klagen eingeführt: 1) Die *actio negotiorum gestorum directa*. Diese Klage ist die eigentliche, aus dem Quasicontracte der Geschäftsführung (*negotiorum gestio*) stammende Generalklage ⁴⁵⁹), und wenn sie in mehreren Stellen des Justinianischen Codex als *utilis actio* ⁴⁶⁰) bezeichnet wird, so ist damit gewiß nicht gemeint, daß sie durch eine Fiction in der Klageformel sich der *actio tutelae* oder *negotiorum gestorum* anschliesse, sondern es soll damit nur so viel gesagt werden, daß die *directa actio negotiorum gestorum* ihrer materiellen Natur nach im concreten Falle nach der Analogie der *actio tutelae directa* beurtheilt werden müsse ⁴⁶¹). Zwar wird die Klage gegen den Curator einmal geradezu *tutelae iudicium* genannt ⁴⁶²), allein in einem Zusammenhange, wo von einem *curator impuberis* die Rede ist, und daß es da mißbräuchlich geschehen sei, ergeben die *Basilienschen* ⁴⁶³), welche bezeugen, daß im vorliegenden Falle nur aus dieser Rücksicht vom gewöhnlichen Sprachgebrauche abgewichen worden sei. Diese Klage steht dem Mündel und dessen Erben gegen den Curator und dessen Erben zu ⁴⁶⁴), um sie zu zwingen, Rechnung über die geführte Vormundschaft abzulegen, das noch übrige Vermögen des Mündels herauszugeben und den Schaden zu ersetzen, welchen der Curator durch die schlechtgeführte Verwaltung dem Mündel zugefügt hat. In dieser Rücksicht prästirt der Curator nach der richtigeren Meinung im Allgemeinen nur *diligentia*, *quam quis suis rebus adhibere solet*, d. h. er kann sich vom Schadenersatze befreien, wenn er beweist, daß ungeachtet im Allgemeinen eine *culpa levis* vorliegt, er doch sein Möglichstes gethan habe, da er sein Vermögen in diesem Falle nicht besser behandelt habe ⁴⁶⁵), und außerdem haftet er unbedingt für jeden durch *dolus* oder *culpa lata* dem Mündel zugefügten Schaden ⁴⁶⁶). Bei ausgeliehenen Capitalien, welche durch die Schuld des Vormundes schlechter werden, ge-

458) L. 8. D. 26. 9. L. 18. §. 2. D. ut legatorum seu fid. — caveatur. (36. 2.)

459) L. 4. §. 3. D. 27. 3. L. 13. D. *ibid.* L. 1. C. quod cum eo, qui in aliena. (4. 26.) L. 7. C. arbitrium tutelae. (5. 51.)

460) L. 17. C. de neg. gest. (2. 19.) L. 7. C. 5. 51.

461) So Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechts, Th. 1, S. 938. Rudorff a. a. D. Th. 2, S. 7.

462) L. 3. C. 5. 51.

463) Basil. ed. Fabr. tom. V. p. 38.

464) L. 17. C. de negot. gestis. (2. 19.)

465) L. 33. pr. D. 26. 7. L. 1. pr. D. 27. 3. Nov. 72. c. 8. Dar- nach ist L. 7. C. 5. 51. zu beschränken. Vergl. Rudorff a. a. D. Th. 3, S. 71—74.

466) L. 20. §. 1. D. de liberat. legata. (34. 3.) L. 23. C. 5. 37. L. 7. C. 5. 51.

nicht derselbe die Begünstigung, daß, falls er den Mündel entschädigen muß, ihm das Capital anheim fällt⁴⁶⁷), und daß er den Pfügling zwingen kann, entweder alle von ihm, dem Vormund, ausgegebenen Capitalien als sicher anzuerkennen oder alle sie ihm zu überlassen⁴⁶⁸), wodurch natürlich der Mündel das Recht verliert, aus der Zahl der Capitalien die sichern sich auszulösen und die unsichern zurückzuweisen. Auf den Fall, wo der Curator das *periculum cessationis* beim Antritt der Vormundschaft trägt, bezog sich die Klage anfänglich gar nicht, da sie immer eine wirkliche Verwaltung voraussetzte⁴⁶⁹), doch half man hier mit der *utilis negotiorum gestorum actio* nach⁴⁷⁰), seitdem der an der Gestion sich verschümmende Vormund von den nächsten Verwandten des Mündels bei dem Consul in Anklagestand versetzt, und gegen ihn ein *Präjudicialdecree* ausgewirkt werden konnte, des Inhaltes, daß er auf eigene Gefahr jögere⁴⁷¹). Neben der Hauptsache hat der Richter bei der Condemnation des Curators auch die Früchte, welche der Curator aus den Mündelsachen gezogen hat oder wenigstens *bona fide* daraus hätte ziehen können⁴⁷²), ingleichen alle versprochenen und gezahlten Zinsen von Mündelcapitalien und die von den bei dem Curator über die Gebühr müßig liegenden Mündelgeldern, endlich auch die Zinsen von allen Mündelgeldern von dem Eintritt der Mora an⁴⁷³) bis zur wirklichen Ausantwortung des Vermögens an den Pflegebefohlenen in Anschlag zu bringen und in die Condemnationssumme einzurechnen. Diese Leistungen des Beklagten können aber auch dadurch erswert werden, daß ihre Bestimmung in gewissen Fällen nicht von dem Ermessen des Juder, sondern vom *iuramentum* in *litibus* des Klägers abhängig gemacht wird, was indeß nur unter der Voraussetzung stattfinden kann, daß der Vormund entweder die vormundtschaftlichen Urkunden, deren Exhibition ihm vom Juder anbefohlen ist, nicht exhibiren oder die Sachen des Pfüglings, welche er wirklich besitzt, nicht restituiren will⁴⁷⁴), und daß derselbe im *dolus*, oder was dem gleich steht, in *culpa lata* sich befinde und *contumax* geworden sei⁴⁷⁵). Diesen Eid leistet nur der *dominus litis*, d. h. der Pfügling, wenn er

467) L. 47. §. 5. D. 26. 7. L. 16. D. *ibid.* L. 11. §. 1. D. de *usu-
ria.* (22. 1.)

468) L. 16. D. 26. 7. L. 11. §. 1. D. 22. 1. L. 7. §. 6. D. 26. 7.

469) *Verq.* Caius *inst.* I. 190. 191. mit L. 4. §. 7. D. *rem pupilli
salvum.* (46. 6.)

470) L. 4. §. 8. D. 46. 6. L. 89. §. 11. D. 26. 7. L. 37. §. 1. D.
27. 1.

471) *Fr. Vat.* §. 156. L. 1. §. 1. D. 26. 7.

472) L. 32. §. 2 u. 3. D. 26. 7. L. 10. D. 46. 6.

473) Eigentlich laufen die Zinsen des Verzuges, welcher hier auch ohne
Wadnung eintritt, nur bis zum Anfang des Processes (L. 3. C. in *quibus
causis in integrum rest.* [2. 41.]); von da bis zum Urtheil zahlt der Vormund
Zinsen aus der *litiscontestation* und vom Endurtheile an *usuræ rei indicatæ*
(L. 7. §. 15. D. 26. 7. L. 46. §. 3. D. *ibid.* L. 1. §. 3. D. de *usuris
et fructibus.* [22. 1.] L. 10. D. 46. 6.)

474) L. 5. u. 10. D. de *in litem iurando.* (12. 3.) L. 28. §. 1. D.
de *appellationibus* (49. 1.), *verq.* mit L. 3. D. 12. 3.

475) L. 1. D. 12. 3. L. 5. §. 3. D. *ibid.* L. 28. §. 1. D. 49. 1.

mit Zustimmung seines Vormundes das *Judicium* übernommen hat und nicht mehr Pupill ist, der Tutor und Curator, wenn er im eigenen Namen die *lis* contestirt hat, jedoch nur dann, wenn er will, da er dazu nach einem Rescripte von Sever und Caracalla nicht gezwungen werden kann⁴⁷⁶). Manche neuere Juristen nehmen an, daß die vorliegende Klage ein infamirendes *Judicium* gewesen sei; doch wohl ohne hinlänglichen Grund, da sich diese Meinung auf kein Quellenzeugniß stützt, und die Analogie der *tutela actio directa* hier nicht entscheidend erscheint. Eine Eigenthümlichkeit dieser Klage ist es, daß sie auch während der Dauer der Vormundschaft gegen den verwaltenden Vormund angestellt werden kann⁴⁷⁷), während die aus der Tutel stammende Hauptklage, die *actio tutelae directa* nur nach der Beendigung der Vormundschaft eintritt⁴⁷⁸). Nur bei der *cura minorum* ist durch spätere kaiserliche Constitutionen festgesetzt worden, daß auch hier die aus der Verwaltung der Vormundschaft stammende Klage nach der Beendigung der Vormundschaft angestellt werden könne⁴⁷⁹). 2) Die *actio distrahendis rationibus*⁴⁸⁰). So heißt eine Klage auf den doppelten Werth der Sachen oder Gelder, welche der administrirende Vormund unterschlagen hat⁴⁸¹), und die Worte: *rationibus distrahendis*, welche den Zweck der Klage anzeigen, können nur auf die Auseinandersetzung des Pfliegings und Tutors wegen ihres Eigenthums und ihrer Forderungen bezogen werden, wenn schon Andere aus ihnen eine Klage wegen verfälschter Rechnungen oder auf Rescission absichtlich falsch abgelegter Rechnungen gemacht haben. Sie entsteht zunächst aus dem Quasicontracte der Geschäftsführung, und findet demnach gegen Vormünder, welche mit der Gestion der Vormundschaft nichts zu thun hatten, gar nicht statt⁴⁸²), setzt ein specielles Delict, nämlich das der Veruntreuung, voraus⁴⁸³), vertritt die Stelle der *actio furti*⁴⁸⁴), ist eine *actio perpetua*⁴⁸⁵), und kann als Pönalklage nicht passiv auf die Erben übergehen⁴⁸⁶). Von mehreren Theilnehmern am Verbrechen haftet Jeder in *solidum*⁴⁸⁷), und keiner kann vom be-

476) L. 4. pr. D. 12. 3. L. 1. C. de in litem iurando. (5. 53.)

477) L. 4. §. 3. D. 27. 3. L. 1. §. 3. D. de contraria tutelae et utili actione. (27. 4.)

478) L. 4. pr. u. §. 3. D. 27. 3. L. 9. pr. u. §. 4. D. ibid.

479) L. 2. u. 14. C. 5. 37.

480) Manche neuere Juristen nennen diese Klage *actio de distrahendis rationibus*, ein Ausdruck, welcher in den römischen Rechtsquellen gar nicht vorkommt. Auch in L. 1. §. 21. D. 27. 3. und L. 2. D. ibid. lesen die besten Handschriften und die Basil. tom. V. p. 64 u. 90, nur *distrahendis rationibus*, nicht *de distrah.*

481) L. 1. §. 19–24. D. de tutelae et rationibus distrahendis. (27. 3.)

L. 2. pr. u. §. 2. D. ibid.

482) L. 1. §. 19. D. 27. 3. L. 2. pr. D. ibid. Vergl. L. 55. §. 1. D. 26. 7.

483) L. 1. §. 23. D. 27. 3.

484) L. 1. §. 22. D. 27. 3.

485) L. 1. §. 23. D. 27. 3.

486) L. 1. §. 23. D. 27. 3.

487) L. 55. §. 1. D. 26. 7. L. 1. §. 21. D. 27. 3.

meliorum divisionis Gebrauch machen; doch haftet ein Jeder nur so, daß wenn einer die Litisdästimation bezahlt hat, alle anderen Theilnehmer überdrit werden, mithin nicht noch von den übrigen Schadenersatz gefordert werden kann, wie dieß neben der actio furti mit der condictio furtiva möglich ist. Das duplum, welches den Gegenstand der Klage ausmacht, richtet sich nach der Aestimation des unterschlagenen Gegenstandes, wo die eine Hälfte Schadenersatz, die andere hingegen Strafe ist⁴⁸⁸). Zunächst ging die Klage nur gegen die Tutores, welche bei der Verwaltung der Vormundschaft eine Treulosigkeit sich Schulden kommen ließen⁴⁸⁹), doch ist sie schon zeitig auch auf den Curator eines Minderjährigen⁴⁹⁰), und durch ein Rescript der Divi fratres auch auf den curator reipublicae ausgedehnt worden⁴⁹¹). Mit der ursprünglichen Beziehung auf den Tutor hängt es zusammen, wenn noch im Justinianischen Rechte der Satz stehen geblieben ist, daß die vorliegende Klage gegen den Vormund nicht vor Beerdigung der Vormundschaft angestellt werden könne⁴⁹²). Die Klage stammt aus den 12 Tafeln, welche eine so auffallende Treulosigkeit des Vormundes härter als gewöhnlich strafen zu müssen glaubten, wenn auch der Pflögling den schweren, oft unmöglichen Beweis des Thatbestandes der Diebstahlsklagen zu erbringen nicht im Stande ist⁴⁹³). Daß sie indes in der ältesten Zeit nur auf den Fall des Diebstahls beschränkt gewesen sei, wird von manchen neueren Rechtsgelehrten, aber ohne Beweis behauptet⁴⁹⁴). — Eine besondere Vorschrift findet sich im römischen Rechte über die Beweismittel, welche sowohl der Kläger zur Begründung seiner Forderungen, als auch der Beklagte zu seiner Rechtfertigung benutzen darf. Im älteren Rechte war es nämlich bestritten, welche Beweiskraft die Geständnisse des Vormundes über die Größe des Vermögens haben. Justinian hat diese Controverse dahin entschieden, daß die mündlichen Ausfagen des Vormundes gar nichts beweisen, die Angaben im Inventar aber den vollständigsten Beweis gegen ihn begründen sollen⁴⁹⁵).

Außer diesen Klagen, welche zu Gunsten des Mündels aus der Geschäftsführung des Curators gegen diesen entstehen, hat der Mündel noch andere Sicherungsmittel, welche auch dem Pupill wegen seiner Forderungen aus der Tutelarverwaltung zustehen. Zunächst ist hier das privilegium exigendi zu erwähnen, welches dem Pflögling das Recht gibt, vor allen übrigen persönlichen Gläubigern Befriedigung zu verlangen, im Fall das Vermögen oder Peculium des Vormundes in Concurs geräth. Es

488) L. 1. §. 20. D. 27. 3. L. 2. §. 2. D. ibid.

489) L. 1. §. 19 u. 21. D. 27. 3. L. 55. §. 1. D. 26. 7.

490) Pauli sent. rec. II. 30. §. 1.

491) L. 9. §. 4. D. de adm. rer. ad civ. (50. 8.)

492) L. 1. §. 24. D. 27. 3.

493) L. 65. §. 1. D. 26. 7.

494) So Bynkershoek, obs. 17. 8. Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechtes, Bd. 1, S. 936. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 32, S. 207—211.

495) L. 13. C. 5. 51. Vergl. Merillii, exposit. in L. decis. Iust. ad. h. t.

ist dieß ein *privilegium personae* und kommt deshalb nur den Pupillen, Minderjährigen, Wahnsinnigen, Verschwendern, Blödsinnigen und Presshaften, nicht aber deren Erben, ferner nicht Abwesenden oder bloß juristischen Personen oder Vermögensmassen zu statten⁴⁹⁶). Auf das Vermögen des Magistrates, welcher den Vormund bestellt hat, bezieht es sich nicht⁴⁹⁷), und selbst am Vermögen des Curators steht es nur subsidia- risch zu, nämlich dann, wenn dieser keine Bürgschaft geleistet hat⁴⁹⁸). — Außerdem kommt den meisten Pflegbefohlenen noch ein stillschweigendes Pfandrecht am ganzen Vermögen ihres Curators wegen aller Ansprüche aus der Curation zu. Zuerst ist davon in einer Constitution von Con- stantin die Rede, nach welcher es den Pupillen und Minderjährigen am Vermögen ihrer Tutoren und Curatoren zusehen soll, gleichviel ob sie die Vormundschaft verwaltet haben oder nicht⁴⁹⁹), und Justinian hat es auch dem Wahnsinnigen am Vermögen seines Curators gegeben⁵⁰⁰). Ueber die Frage, wann dieses Pfandrecht anfangs, herrscht unter den neueren Rechtsgelehrten viel Streit, da einige dasselbe gleich von der Ueber- nahme der Vormundschaft an datiren, Andere es erst mit dem ein- zelnen Administrationsacte beginnen lassen, aus welchem die Obligation entsteht. Jedensfalls ist die zuletzt genannte Meinung der anderen vorzu- ziehen, da das römische Recht von der Ansicht ausgeht, daß der Quasi- contract des Vormundes nicht in der Uebernahme des Amtes im Ganzen, sondern in jedem Administrationsacte insbesondere enthalten ist, wenn schon alle diese einzelnen Obligationen am Ende der Amtsführung in einer ein- zigen gemeinschaftlichen Klage zusammengefaßt werden. Wenigstens war dieß die Ansicht des Sabinus und Cassius, und im Justinianischen Rechte ist sie die herrschende geworden⁵⁰¹). — Auch sind hier noch die Klagen zu erwähnen, welche aus der vom Vormund geleisteten *cautio rem pupilli vel adolescentis salvam fore* gegen diesen, dessen Erben und die zur Sicherung des Versprechens gestellten Bürgen entstehen, und im Justi- nianischen Rechte sämmtlich *actiones ex stipulatu* sind. Der Inhalt dieser Klagen geht genau so weit, als die *actio negotiorum gestorum directa*⁵⁰²), nur mit dem Unterschiede, daß sie dann wegfallen, wenn der Anspruch des Mündels an den Vormund nicht aus der Administration des Vormundes, sondern aus dessen Cessation herrührt⁵⁰³). Bürgen haften nach den allgemeinen Grundsätzen über Bürgschaft in *solidam*, genießen indeß dabei die gewöhnlichen der Bürgschaft eigenthümlichen

496) L. 15. §. 1. D. 27. 10. L. 25. D. 27. 3. L. 19. §. 1—21. pr. u. §. 1. D. de rebus auctoritate iudicis possid. (42. 5.) Vgl. Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts, S. 336.

497) L. 1. §. 14. D. de magistrat. conv. (27. 8.)

498) L. 25. D. 27. 3.

499) L. 1. Th. C. de adm. (L. 20. Iust. C. 5. 37.), vergl. mit L. 10. C. 5. 51. Nov. 118. c. 5.

500) L. 7. §. 5. C. de curatore furiosi vel prodigi. (5. 70.)

501) L. 37. pr. D. 26. 7. Vgl. Rudorff a. a. D. Th. 3, S. 5.

502) L. 9. D. 46. 6.

503) L. 4. §. 3 u. 7. D. 46. 6.

Rechtswohltaten, mit Ausnahme der der Theilung (*beneficium dividenda actionis*), welche den Bürgen, wenn sie allein vom Bündel belangt werden, in eigener Person nicht zu statten kommt ⁵⁰⁴). Die Erben des Vormundes und der Bürgen haften nicht in *solidum*, sondern nur nach dem Verhältnisse ihres Erbtheiles ⁵⁰⁵). Was die Zeit der Anstellung der Klage anbetrifft, so wird die Stipulation in Betreff der Curatoren durch jedes Versehen derselben committirt, und es kann daher die Klage auch schon während der Dauer der Vormundschaft angestellt werden ⁵⁰⁶). Nach Analogie der Bürgen haften auch andere bei der Vormundschaftsbestellung vorkommende Personen, von welchen man annimmt, daß sie stillschweigend für den Vormund gut sagen. Es sind folgende: die, welche ohne die Stipulationsformel selbst auszusprechen, in ihrer Gegenwart und ohne zu widersprechen, ihre Namen in das über die ganze Vormundschaftsbestellung aufgenommene gerichtliche Protokoll haben einzeichnen lassen ⁵⁰⁷), ferner die Affirmatoren, d. h. die, welche die Tüchtigkeit und Identität des Vormundes bezeugen und versichern ⁵⁰⁸), auch die Erbitter von Vormündern, mögen sie in eigener Person oder durch Bevollmächtigte gehandelt haben ⁵⁰⁹), endlich die Nominatoren, d. h. alle, welche zur Uebernahme der Curation Candidaten präsentiren ⁵¹⁰), von denen es allgemeine Regel ist, daß sie das *periculum nominatorum* tragen, oder mit andern Worten, als Bürgen nach vorgängiger Excussion des Angestellten selbst, für dessen Amtsführung haften. Vom Standpunkte des älteren Rechtes aus muß man unter diesen Nominatoren jedenfalls die *nominatores potioris* verstehen, die dem Princip des Institutes gemäß unbedenklich für den Nominirten einstehen müssen, aber vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes aus, in welchem die *potiorum nominatio* außer Gebrauch gekommen ist, können darunter nur noch die Erbitter von Curatoren verstanden werden, welche dem Magistrat eine Anzahl von Namen zur Auswahl des Vormundes vorlegen.

Neben diesen Rechtsmitteln, welche zunächst nur die Schadloshaltung des Bündels und eine Privatstrafe des treulosen Vormundes bezwecken, findet sich im römischen Rechte auch eine eigene Klage auf Absetzung des Vormundes, ohne Unterschied, ob derselbe ein Tutor oder Curator ist. Es ist dies die *accusatio suspecti*, welche durch das Zwölftafelgesetz eingeführt ⁵¹¹) und, nachdem sie aufgehört hatte *legis actio* zu sein, auch in das prätorische Edict aufgenommen worden ist ⁵¹²). Dieser Klage sind

504) L. 12. D. 46. 6. Vgl. Kuborff a. a. D. Eb. 3, S. 141—145.

505) L. 24. C. de fideiussoribus et mandatoribus. (8. 41.)

506) L. 4. §. 7. D. 46. 6., vergl. mit L. 1. D. ibid. L. 26. D. 26. 7.

507) L. 4. §. 3. D. de fideiussoribus et nominatoribus. (27. 7.)

508) L. 4. §. 3. D. 27. 7.

509) L. 2. D. 27. 7. L. 2. §. 5. D. qui petero. (26. 7.)

510) Tit. D. 27. 7. L. 2. D. ibid., vergl. mit L. 4. C. quo quisque ordinæ. (11. 35.)

511) L. 1. §. 2. D. de suspectis tutoribus et curatoribus. (26. 10.)

Vgl. Cic. de off. III. 15.

512) L. 1. §. 2. D. 26. 10.

Curatoren jeder Art unterworfen⁵¹³), sofern nur ihre Administration zur Zeit der Anstellung der Klage noch fortbauert⁵¹⁴), wenn schon die bloße factische Administration nicht weiter berücksichtigt wird, da auch cessantes und contumaces mit der Klage belangt werden können. Manche neuere Juristen machen indeß einen Unterschied zwischen suspecti accusatio und quasi suspecti; jene lassen sie bei den gerirenden Vormündern eintreten, diese bei den nicht gerirenden. Doch erscheinen die für diese Unterscheidung angeführten Stellen der römisch-Justinianischen Rechtsquellen nicht beweisend⁵¹⁵). Fragt man, wem das Recht zustehe, die Klage zu erheben, so läßt sich nicht bezweifeln, daß hier der Mündel selbst zuerst genannt werden müsse, sofern er nur überhaupt handlungsfähig ist, die Mündigkeit erreicht hat, und dieß unter Beiziehung der nächsten Cognaten vornimmt⁵¹⁶). Ist der Mündel selbst unfähig, so tritt der Grundsatz ein, quasi publicam hanc esse actionem⁵¹⁷), d. h. alle haben das Recht, die Klage anzustellen, und der Kläger erscheint dann als Vertreter des Interesses des Pfleglings. Pupillen und Frauen sind in der Regel ausgeschlossen, doch werden die letzteren dann zugelassen, wenn sie ihrer Verwandtschaft, Schwägerschaft oder ihrer Liebe zum Mündel halber dabei interessirt sind, ein Interesse, dessen Beurtheilung zunächst dem richterlichen Ermessen anheim fällt⁵¹⁸). Ferner wurden Freigelassene nicht leicht gegen ihren Patron zugelassen⁵¹⁹). Auch kann die Obrigkeit ohne förmliche Anklage, schon auf die Denunciation eines Slaven hin den Vormund wegen offensibarem dolus removiren⁵²⁰). Einige unter den Berechtigten sind sogar verpflichtet, von dem Anklagerechte Gebrauch zu machen, namentlich die, welche in einem bestimmten officium zum Mündel stehen, z. B. Tutoren und Curatoren, bei Strafe des Schadenersages, welcher durch die Unterlassung der Klage dem Mündel erwächst⁵²¹), die Freigelassenen bei Strafe des verletzten obsequium⁵²²); endlich die nächsten Verwandten und Verschwägerten machen sich durch die Unterlassung

513) L. 1. §. 1. D. 26. 10. L. 3. pr. §. 2 u. 3. D. ibid.

514) L. 1. C. de susp. tut. et cur. (5. 43.) Daher findet die Klage gegen die Erben des Curator nicht statt, und erlischt, sobald der Beklagte während des Prozesses stirbt. Vgl. §. 3. J. de suspectis tutoribus. (1. 26.) L. 11. D. 26. 10.

515) §. 5. J. 1. 26. L. 4. §. 4. D. 26. 10. In der erstgenannten Stelle ist quasi so viel als ob, tanquam. Vgl. Rudorff a. a. D. Th. 3, S. 186.

516) L. 6. C. 5. 43. L. 7. pr. D. 26. 10. §. 4. J. 1. 26.

517) L. 1. §. 6. D. 26. 10. §. 3. J. 1. 26. Quasi publicam ist hier kein Kunstwort, da Theophilus a. a. D. es durch δημόσια κατηγορία überfest

518) L. 1. §. 7. D. 26. 10.

519) L. 1. C. si tutor vel curator non gesserit. (5. 55.) L. 3. §. 1. D. 26. 10. §. 2. J. 1. 26.

520) L. 3. §. 4 u. 12. D. 26. 10. L. 12. D. ibid.

521) L. 3. §. 2. L. 7. §. 14. L. 9. §. 8. L. 14. L. 19. L. 39. §. 16. L. 41. D. 26. 7. L. 1. C. 5. 55. L. 2. C. de divid. tut. (5. 52.) L. 1. C. de periculo tutorum. (5. 38.) L. 8. C. 5. 44.

522) L. 3. §. 1. D. 26. 10.

der Anklage einer Impletät schuldig⁵²³). Stellvertreter sind von Seiten des Klägers gar nicht, von Seiten des Beklagten nicht leicht zulässig⁵²⁴), außer wo ein Auftrag des Vormundes speciell vorliegt, oder derselbe auch ohne allen Vertreter in contumaciam hätte verurtheilt werden können. Soll die Anklage von Wirksamkeit sein, so muß die Verdächtigkeit des Vormundes im Laufe des Prozesses vom Kläger bewiesen werden. Als verdächtig gilt aber hier der Vormund, welcher sein officium, seine fides und die dem Pflegling schulbige Sorgfalt hintersetzt, oder dieß thun zu wollen den Anschein gibt⁵²⁵). Auf seine Vermögensumstände kommt dabei nichts an⁵²⁶). Was den Grad der Verschuldung anbelangt, welcher zur Remotion berechtigt, so sprachen die 12 Tafeln wohl nur von der mit Absicht begangenen widerrechtlichen Beschädigung (dolus malus)⁵²⁷), in den Justinianischen Rechtsbüchern wird indeß in dieser Beziehung auch die lata negligentia, culpa, iguavia u. s. w. berücksichtigt⁵²⁸) dergestalt, daß der Vormund nicht bloß als quasi suspectus, wie manche neue Rechtsgelehrte wollen, sondern als wirklich suspectus gilt⁵²⁹). Gewöhnlich werden nun diese Ausdrücke nur auf lata culpa bezogen, weil nur diese dem dolus nahe kommt⁵³⁰), allein, daß sie sich auch auf die gewöhnliche culpa beziehen, ergibt der Sprachgebrauch der römischen Juristen, welche unter culpa allein gewöhnlich die verstehen, welche nicht mit im dolus enthalten ist. Handlungen, welche der Vormund entweder vor seiner Berufung zur Vormundschaft⁵³¹), oder während der Dauer einer früheren⁵³²) gegen seinen Mündel verübt hat, taugen nicht als Grund zur Anklage, außer wenn kein Mitvormund vorhanden ist, welcher ihn deshalb mit den gewöhnlichen Vormundschaftsklagen belangen kann; denn dann ist allerdings ein dringender Grund zur suspecti postulatio vorhanden, weil sie dann das einzige Mittel ist dem Mündel zu helfen⁵³³). Die Beurtheilung der einzelnen Remotionsgründe bleibt dem Richter überlassen⁵³⁴). Als Beispiele werden in den röm. Rechtsquellen folgende Handlungen des Vormundes genannt: Redemtion der Tutel durch Befreiung der Unterbeamten des Prätors⁵³⁵), oder sonstiges Zu-

523) L. 6. C. 5. 48.

524) Vat. Fr. §. 340. L. 39. §. 7. D. de procuratoribus. (3. 3.)

525) §. 5. J. 1. 26. L. 19. D. 26. 7. L. 3. §. 17. D. 26. 10. L. 81. §. 2. D. 42. 5.

526) L. 8. D. 26. 10. L. 5. C. 5. 43. §. 13. J. 1. 26.

527) Bgl. Cic. de officiis III. 15.

528) L. 7. §. 1. D. 26. 10. L. 2. §. 41. D. ad SC. Tertull. (38. 10.) L. 9. C. 5. 43. §. 6. J. 1. 21.

529) §. 6. J. 1. 21. L. 3. §. 17. D. 26. 10.

530) Bgl. Struben, rechtliche Bedenken, I. 85. Dverbed, Rebitationen, 3. 165, 166.

531) L. 3. §. 5. D. 26. 10.

532) L. 3. §. 6—8. D. 26. 10. Bgl. L. 3. §. 11. D. ibid.

533) L. 3. §. 8. D. 26. 10.

534) L. 19. D. 26. 7. L. 3. §. 5 u. 12. D. 26. 10.

535) L. 3. §. 15. D. 26. 10. §. 10. J. 1. 26. §. 7. D. de officio P.

U. (1. 12.)

drängen zu derselben⁵³⁶), Cessation und Contumacia in der Verwaltung⁵³⁷), verweigerte Cautionsleistung⁵³⁸), unterlassene Inventur⁵³⁹), verweigerte Alimentation des Pfleglings⁵⁴⁰), Veräußerung der Pupillengüter ohne Decret⁵⁴¹), versäumte Deposition des baaren Geldes, oder unterlassener Ankauf von Grundstücken⁵⁴²), unvorsichtige Ausschlagung einer vortheilhaften Erbschaft⁵⁴³), verweigerte oder verzögerte Defension des Pfleglings⁵⁴⁴). Das Recht, über solche Remotionsgründe zu erkennen, steht den Obrigkeiten schon iure magistratus, oder Kraft der ihnen übertragenen Jurisdiction zu⁵⁴⁵). In den Hauptstädten gehörte die Cognition ursprünglich vor die Präctoren⁵⁴⁶), und nach einer Constitution von Constantian hat im Fall der Appellation der praefectus urbi zu erkennen⁵⁴⁷); in den Provinzen waren die Proconsuln, Präsidcs und die Präfecten zur Cognition ermächtigt⁵⁴⁸). Dem legatus proconsulis und anderen Stellvertretern der Magistrate steht sie nur dann zu, wenn sie entweder speciell oder durch ein generelles Mandat der Jurisdiction ihnen von den Magistraten übertragen worden⁵⁴⁹). In Deutschland gehört die Untersuchung an die ordentlichen Gerichte, welche sogar unter Benachrichtigung der Vormundschaftsbehörde von Amtswegen einschreiten können. Das Verfahren im Prozesse war in der älteren Zeit die Form der legis actio, im späteren Rechte die der extraordinaria cognitio⁵⁵⁰), in welcher von einer wahren formula und litiscontestatio gar nicht die Rede war. Das Urtheil lautet nicht auf Geld, sondern auf suspectum videri, removendum esse u. s. w., und hat das Aufhören der Vormundschaft zur Folge, sobald ein neuer Vormund an des abgesetzten Stelle tritt⁵⁵¹); ferner den Verlust des ganzen Verwaltungsrechtes in Betreff der Vormundschaftsangelegenheiten⁵⁵²), eine Folge, welche indeß schon seit

536) L. 13. §. 1. D. de lege Cornelia de falsis. (48. 10.)

537) L. 7. §. 3. D. 26. 10. L. 5. C. 5. 43.

538) L. 1. u. 2. C. 5. 43.

539) L. 13. §. 1. C. arbitrium tut. (5. 51.) Vgl. Rudorff a. a. D. 2. S. 247.

540) L. 7. §. 3. D. 26. 10. L. 3. §. 15. D. ibid.

541) L. 3. §. 13. D. 26. 10.

542) L. 3. §. 16. D. 26. 10.

543) L. 3. §. 17. D. 26. 10.

544) L. 7. §. 10. D. 26. 10. L. 28. pr. C. 5. 37.

545) L. 1. §. 3 u. 4. D. 26. 10. L. 1. pr. u. L. 4. D. de officio eius, cui mand. est iurisd. (1. 21.)

546) L. 1. §. 3. D. 26. 10.

547) L. 17. C. de appell. et relat. (7. 62.)

548) L. 1. §. 3. D. 26. 10. L. 4. pr. D. 1. 21.

549) L. 1. §. 4. D. 26. 10. L. 4. D. 1. 21.

550) Vergl. Stephanus in den Scholien zum 8. Buche der Bas. in Meerm. thes. tom. V. p. 23, mit L. 6. D. 26. 10. (Callistratus lib. 4. de cognitionibus).

551) Caius inst. I. §. 182, vergl. mit L. 3. §. 8. D. de legitimis tutoribus. (26. 4.) L. 11. §. 1 u. 2. D. de test. tut. (26. 2.) Die Ernennung eines neuen Vormundes ist demnach in L. 14. §. 4. D. de tutelis (26. 1.) hinzuzubedenken.

552) L. 14. §. 2. D. de solut. (46. 3.)

beim Anfangspunkte der Untersuchung provisorisch eintritt⁵⁴⁵), damit der Ränkel nicht noch mehr in Schaden komme; die Infamie, wenn der widerrechtlichen Handlung des Vormundes erweislich ein dolus zu Grunde liegt⁵⁴⁴) (denn bloße culpa des Vormundes infamirt nicht⁵⁴⁵)), wenn schon manche Rechtsgelehrte auch die culpa lata des Vormundes mit der Infamie bestrafen wissen wollen⁵⁴⁶), und endlich in einigen Fällen auch noch besondere peinliche Strafen, welche in den Provinzen zwar der Präses selbst, der die Untersuchung geführt hat, in Rom aber nur der praefectus urbi vollziehen darf⁵⁴⁷), dem deshalb der Verbrecher nach geschlossener Untersuchung abgeliefert wird⁵⁴⁸). Die gewöhnlichsten Fälle dieser Art sind, wenn der Vormund durch Geld oder Bestechung die Vormundschaft an sich brachte⁵⁴⁹), oder während der Administration sich arge Versehen zu Schulden kommen ließ, z. B. kein Inventar errichtete, bei der Inventur das Vermögen absichtlich geringer angab, oder das Geld nicht deponirte, austhat oder in Grundstücken anlegte, oder zu Alimenten des Mündels nichts hergeben wollte, oder auch die Grundstücke des Pflinglings unwerthhaft veräußerte⁵⁵⁰). Die Strafe selbst, welche in diesen Fällen verfügt wird, richtet sich gewöhnlich nach dem Stande des Vormundes, und besteht, falls er Plebeier ist, gewöhnlich in öffentlichem Gefängnisse⁵⁵¹), tritt indeß nur subsidiarisch ein, d. h. dann, wenn er nicht im Stande ist den Schaden, welchen er angerichtet hat, zu ersetzen.

Zum Vortheil des Curators ist die actio negotiorum gestorum contraria eingeführt, welche dem Curator alles wieder verschafft, was er aus eigenem Vermögen auf die Verwaltung der Vormundschaft ex fide bona aufgewendet hat. In der gemeinrechtlichen Praxis wendet man auf diese Klage alle Grundsätze an, welche von dem contrarium tutelae iudicium gelten⁵⁵²). Der Zweck der Klage ist die Wiedererstattung alles dessen, was dem Vormunde wegen der Verwaltung der Vormundschaft

553) L. 14. §. 1. D. 46. 3. §. 7. J. 1. 26. L. 7. C. 5. 43.

554) L. 9. C. 5. 43. §. 6. J. 1. 26. L. 13. §. 1. C. 5. 51. Bei Patronen und anderen Personen, welchen man Ehrfurcht schuldig ist, ließ man auch beim dolus derselben nicht die Infamie eintreten, oder man schlug einen andern Weg ein, indem man denselben einen andern Vormund betordnete und diesem allein die Vormundschaftsverwaltung übertrug. L. 1. §. 5. u. L. 9. D. 26. 10. §. 2. J. 1. 26. Theoph. ibid.

555) L. 1. §. 18. D. 26. 10. L. 9. C. 5. 43. §. 6. J. 1. 26. Bgl. Marcjoli, über bürgerliche Ehre, S. 153 fg.

556) So Cuiacius, comm. ad L. 213. de V. S., obs. VII. 8. Duarenus, comm. ad tit. de susp. tut. §. 8. Opp. p. 305. Kuborff a. a. O. Th. 3, S. 199.

557) L. 10. C. 5. 37.

558) §. 11. J. 1. 26. L. 2. D. 26. 10. L. 4. C. 5. 37.

559) L. 3. §. 15 u. 16. D. 26. 10. L. 9. D. 26. 1.

560) L. 3. §. 15 u. 16. D. 26. 10. L. 9. D. 26. 1. L. 49. D. 26. 7. L. 9. D. 27. 9. L. 4. C. 5. 37. L. 13. §. 1. C. 5. 51. §. 10 u. 11. J. 1. 26.

561) L. 3. §. 15 u. 16. D. 26. 10. L. 9. D. 26. 1. L. 49. D. 26. 7. L. 9. D. 27. 9. §. 10. J. 1. 10.

562) Bgl. L. 1. §. 2. D. de contraria tutelae actione. (27. 4.)

fehlt, ohne Unterschied, ob der Verlust in einer Verringerung des bereits erworbenen Vermögens besteht, oder in der Aufgabe eines Gewinnes, den man hätte machen können⁵⁶³). Soll demnach die Forderung des Curators in der Klage berücksichtigt werden, so müssen folgende einzelne Erfordernisse zusammentreffen: 1) es muß eine eigentliche Verwendung vorliegen, d. h. ein auf die Vormundschaft aus dem eigenen Vermögen des Vormundes gemachter Aufwand. Als der gewöhnlichste Fall einer solchen wird in den römischen Rechtsquellen die Ausgabe einer Geldsumme zu Gunsten des Mündels oder der ihm gehörigen Sachen bezeichnet⁵⁶⁴). Auch gehört in diese Kategorie das Aufgeben eines Klagerrechtes zu Gunsten des Mündels⁵⁶⁵), die Uebernahme einer Obligation, wozu der Vormund ohne Führung der Vormundschaft nicht verpflichtet gewesen wäre⁵⁶⁶), und endlich die Leistung persönlicher Dienste in Angelegenheiten des Mündels⁵⁶⁷). 2) Die Verwendung muß der Vormundschaftsführung halber geschehen sein⁵⁶⁸), womit indeß noch keineswegs gesagt ist, daß sie gerade während der Vormundschaft gemacht sein müßte. 3) Die Verwendung muß bona fide ausgeführt worden sein, d. h. der Vormund muß bei derselben einer verständigen Administration und dem wahren Interesse des Pfleglings gemäß verfahren sein⁵⁶⁹). Gleichgiltig ist es dabei, ob die Verwendung den Betrag des Mündelvermögens übersteigt⁵⁷⁰), und ob sie in der That Erfolg gehabt hat⁵⁷¹). Dieß *contrarium iudicium* ist eine besondere, von der directen unabhängige Klage, welche auch dann angestellt werden kann, wenn die directe in Wegfall kommt⁵⁷²). Die Zeit der Anstellung dieser Klage richtet sich nach den Grundsätzen, welche von der directen Klage gelten. Wenn also der Tutor und Curator eines Minderjährigen sie erst nach der Vollendung der Tutel anstellen kann⁵⁷³), so steht es den übrigen Curatoren frei, sie auch während der Dauer der Vormundschaft anzustellen. Den Gegenstand der Klage bildet die Schadloshaltung des Vormundes, welche nach der Verschiedenheit derwendungen verschieden ist. Bei baaren Auslagen erfolgt die Rückzahlung des Capitals sammt Zinsen⁵⁷⁴) bis zu dem Zeitpunkte der Rückerstattung. Wird aber die Klage deshalb angestellt,

563) Arg. L. 4. D. 27. 3. L. 28. D. de negotiis gestis (3. 5.), vergl. mit L. 3. §. 8. D. 27. 4. L. 1. §. 6. D. ibid. L. 33. §. 3. D. de administr. (26. 7.)

564) L. 1. §. 5. D. 27. 4.

565) L. 2. C. de in litem dando tutore vel curatore. (5. 44.)

566) §. 2. J. de obligat. quae quasi ex contr. (3. 28.) L. 5. §. 1. D. 44. 7.

567) L. 1. §. 9. D. 27. 3.

568) L. 1. §. 8. D. 27. 4. L. 3. §. 8. D. ibid. L. 33. §. 3. D. 26. 7.

569) L. 3. C. 5. 37. L. 3. pr. §. 5. 6. 8. D. 27. 4. L. 33. §. 3. D. 26. 7. L. 4. C. 5. 44.

570) L. 3. C. 5. 37. L. 3. pr. D. 27. 4. L. 2. §. 1. D. ubi pupillus. (27. 2.)

571) L. 3. §. 7. D. 27. 4.

572) L. 1. §. 8. D. 27. 4.

573) L. 1. §. 3. D. 27. 4. L. 4. D. ibid.

574) L. 3. §. 1—5. D. 27. 4.

wenn der Vormund für den Mündel eine Verbindlichkeit übernommen oder seine Sachen für ihn verpfändet hat, so erfolgt die Condemnation auf das Interesse erst, wenn der Mündel nicht die Defension des Vormundes übernimmt, oder ihn sonst liberirt. — Außerdem hat der Vormund auch die Befugniß, seine Gegenforderungen an den Mündel zur Compensationsrede zu benutzen, wenn dieser ihn mit der directen Klage belangt⁵⁷⁵). Wird die Forderung für tauglich zur Compensation befunden, so bewirkt sie keine totale Absolution des Vormundes, wie die *doli exoptio*, sondern mindert nur den Betrag der Condemnation, so daß der Kläger den Rest seiner Vormundschafsforderung dennoch bekommt⁵⁷⁶). Beträgt die Gegenforderung mehr, als die Hauptklage, so bleibt der Mehrbetrag für das *iudicium contrarium* vorbehalten. Diese Compensationsbefugniß ergibt sich von selbst aus dem Wesen der *bonae fidei actiones*, und scheint in der That älter zu sein, als das *contrarium iudicium*, von dem wir indess bestimmt wissen, daß es schon dem *Labeo* bekannt war⁵⁷⁷).

Was die Beendigung der Curation anbetrifft, so kann sie theils durch Gründe, welche im Wesen der Curation liegen, herbeigeführt werden, theils durch äußere Begebenheiten, welche gleichwohl auf die Gestaltung der Curation einwirken, veranlaßt werden. Jene, die regelmäßigen Erlöschungsgründe, sind nach dem Wesen jeder einzelnen Curation verschieden, und können daher erst bei der Darstellung der Curationen im Einzelnen vorgetragen werden. Somit bleiben uns für die vorliegende Untersuchung nur die letzteren, die außerordentlichen Erlöschungsgründe der Curationen übrig. Begebenheiten, durch welche dieselben bedingt werden, betreffen entweder die Person des Pfleglings oder die des Vormundes. Zu den Gründen der ersten Art gehört der Tod des Pfleglings⁵⁷⁸), oder, was demselben gleichkommt, die Todeserklärung, jede *capitis deminutio* des Mündels⁵⁷⁹), wovon als Beispiele die feindliche Gefangenschaft, die Verurtheilung im Folge der angefallten *ingrati actio*, die Deportation und Arragation des Mündels, in den römischen Rechtsquellen angeführt werden. Ähnlich ist der Fall, wenn der Vater, welcher durch die Deportation die väterliche Gewalt verloren hatte, vom Kaiser begnadigt wird; denn hier lebt die väterliche Gewalt wieder auf, und die einstweilen für dessen Kinder angeordnete Curation fällt weg, ausgenommen wenn der Vater seine Gewalt mißbraucht, um das Vermögen seiner Kinder zu vergeuben, in welchem Falle dann der Vormund im Amte bleiben soll⁵⁸⁰). Zu den

575) L. 2. C. de in litem dando tut. (5. 44.) L. 3. C. de contrario iudicio tutelae. (5. 58.) L. 1. §. 4. D. 27. 4.

576) L. 3. C. 5. 58.

577) L. 3. pr. D. 27. 4.

578) §. 3. J. quibus modis tutela finitur. (1. 22.) L. 4. pr. D. de tut. et rat. distr. (27. 3.)

579) L. 14. pr. §. 1. D. de tutel. (26. 1.) §. 1. J. 1. 22. Theoph. *ibid.* liegt ein Prozeß über die Freiheit des Mündels vor, so bleibt derselbe während der Dauer des Prozeßes im Besitze der Freiheit, und kann also bis zu entgegensetzter Sache jedenfalls einen Curator haben. L. 1. C. qui dare tutorem. (5. 34.)

580) L. 13. §. 2 u. 3. C. de sent. pass. (9. 51.)

Ereignissen, welche in der Person des Vormundes das Aufhören der Vormundschaft zur Folge haben, gehört der Tod desselben⁵⁸¹⁾, seine *capitis deminutio*, welche die Freiheit und Civität aufhebt⁵⁸²⁾, die Remotion und die Excusation. Aus dem vorjustinianischen Rechte gehört hierher auch die *minima capitis deminutio* des *legitimus curator*, welche, so lange die gesetzliche Curation nur den Agnaten deferirt wurde, die Agnationrechte aufhob und mithin auch das Ende einer solchen Vormundschaft herbeiführte; seitdem aber diese Vormundschaft nicht mehr den Agnaten, sondern den Cognaten deferirt wird, ist dieser Erlösungsgrund der Curation weggefallen⁵⁸³⁾. Die Folgen der Beendigung der Vormundschaft bestehen für den Vormund darin, daß er Rechnung ablegen muß, und daß seine Administration aufhört, jedoch mit Ausnahme der angefangenen Prozesse, welche er bis zu abgelegter Rechnung fortsetzt; für den Pflögel aber darin, daß ihm, falls er noch eines neuen Vormundes bedarf, ein neuer Vormund zugeordnet wird.

Eine specielle Erörterung verbietet die Lehre von den Excusationen. Unter *excusatio* verstehen die classischen Juristen, von denen man bei der Darstellung dieser Lehre auszugehen hat, einen gesetzlich anerkannten Grund, aus welchem Jemand von der Uebernahme einer ihm deferirten Vormundschaft frei ist⁵⁸⁴⁾. Die allgemeinen Voraussetzungen, unter welchen eine derartige Excusation statthaft erscheint, sind folgende: a) die Delation der Vormundschaft muß rechtsgiltig sein. Denn wenn die Bestellung des Vormundes rechtlich ungiltig ist, bedarf es nicht einmal der Excusation⁵⁸⁵⁾. Dagegen ist es gleichgiltig, welcher Grund zur Delation der Curation überhaupt vorliegt, da nicht allein die von der Obrigkeit bestellten Curatoren, sondern auch die, welche durch das Gesetz berufen werden, sich excusiren können⁵⁸⁶⁾. b) Jede Excusation fällt weg,

581) L. 16. §. 1. D. 26. 1. *Causa inst. I. §. 195*, besonders L. 17. *C. de negotiis gestis. (2. 19.)*

582) §. 4. J. 1. 22. L. 14. §. 3. D. 26. 1. L. 7. §. 1. u. L. 8. D. 27. 3. L. 4. §. 5. D. 46. 6. Ueber L. 15. D. 46. 6. vergl. Ruborff a. a. D. Th. 3, S. 235. Im vorjustinianischen Rechte konnten indeß Junianische Latinen Vormünder sein. Vergl. Fr. Vat. §. 193.

583) L. 2. C. 5. 30. §. 4. J. 1. 22. §. 6. J. de *capitis deminutione. (1. 16.)* Ueber L. 7. pr. D. de *capite minutis (4. 5.)* vergl. Ruborff a. a. D. Th. 3, S. 237.

584) So in den Rechtsarten *excusationem habere, excusationis causas contestari, excusatio competit, excusationem praebere, proferre etc.* Mehrmal wird *excusatio* auch von der Befreiung selbst gebraucht, wie in den Rechtsarten *excusatio datur (L. 17. pr. D. 27. 1. L. 3. D. ibid.)*, öfters sogar von der Anführung eines Entschuldigungsgrundes. So *excusare magnitudinem negotiorum* bei Tac. *Annal. 5. 2.*, *excusare laborem* bei Horat. *I. epist. 7. vs. 66–68.* Ähnlich ist *alia iusta causa, quam praeses litteris excusaverit* in L. 6. §. 9. D. de *iniusto, rapto (28. 3.)* und *innocentiam excusare* in L. 33. §. 2. D. de *procurat. (3. 3.)*

585) L. 13. §. 12. D. 27. 1. L. 1. C. de *conf. tut. (5. 29.)*

586) L. 30. §. 2. D. 27. 1. Ueber die Controverse, ob die Excusation bei der *tutela legitima* stattfindet, siehe die Literatur bei Glück, *Erläuterung der Pandekten, Th. 31, S. 182–185*, und Ruborff a. a. D. Th. 2, S. 11–14.

wenn man sich zur Uebernahme der Vormundschaft verpflichtet, oder in die Annahme derselben stillschweigend einwilligt, oder sich der Administration freiwillig unterzieht⁵⁸⁷), es müßte denn die vorliegende Excusation auf der gesetzlich anerkannten Untauglichkeit des Vormundes zur Führung der Vormundschaft beruhen. — Man theilt die Excusationen 1) in freiwillige (*voluntariae excusationes*) und nothwendige (*necessariae*). Jene beruhen auf wahren Immunitätsprivilegien, aus denen ein Vormund zwar befugt, aber nicht verpflichtet ist, sich der Vormundschaft zu entziehen, so daß er, wenn er sie nicht vorbringt, die Administration fortführen muß. Diese hingegen beruhen auf besonderer, durch das Gesetz anerkannter Untauglichkeit des Vormundes zur Führung der Vormundschaft, welche zwar die Eiltigkeit der Bestellung keineswegs hindert, aber doch insofern ihn nöthigt sich zu excusiren, als im entgegengekehrten Falle eine Absetzung, ja sogar besondere Strafen eintreten können. Die oben bezeichneten Kunstausdrücke sind zwar der Sache, nicht aber dem Namen nach den römischen Rechtsquellen bekannt. Denn wenn schon an einigen Stellen die freiwilligen Excusationsgründe allein und ausschließlich mit dem Namen *excusatio* bezeichnet werden⁵⁸⁸), so läßt sich auf der anderen Seite auch eine Reihe Zeugnisse anführen, in welchen die nothwendigen Excusationsgründe geradezu mit *excusari debere*⁵⁸⁹) oder durch *excusatio*⁵⁹⁰) bezeichnet werden, und es läßt sich mithin die oben angegebene Einteilung allerdings rechtfertigen, wenn man überhaupt trüpfen und fernerhin das Wort *excusatio* beibehalten will. 2) In Excusationen, welche a *curacione suscipienda* und: im solche, welche a *curacione suscepta* bestehen, je nachdem sie den Vormund berechtigen, den Excusationsgrund nur bei der Delation der Vormundschaft vor der Uebernahme derselben geltend zu machen, oder ihm die Befugniß ertheilen, auch nach der Uebernahme der Vormundschaft sich zu excusiren⁵⁹¹). Jene bilden allerdings die Regel, weil mit der Uebernahme der Vormundschaft ohne gleichzeitige Vorschüzung der Excusation das Recht auf diese verloren geht, und von der anderen Gattung der Excusationen ausdrücklich berichtet wird, daß diese ihre Eigenschaft sich auf besondere Privilegien stützt und in der Regel nicht vermuthet wird⁵⁹²). — Was das Anbringen einzelner Excusationen anbetrifft, so ist es verschieden, je nachdem eine freiwillige oder nothwendige Excusation vorliegt. Im letzten Falle ist das Vorbringen der Excusation an keine

587) Fr. Vat. §. 156. L. 15. §. 1. D. 27. 1. §. 9. J. de *excusationibus tutorum vel curatorum*. (1. 25.) L. 29. D. 26. 2., vergl. mit Fr. Vat. §. 154. L. 2. C. si tutor vel curator. (5. 63.)

588) §. 13 J. 1. 25. Nov. 118. c. 5.

589) L. 17. C. de *excusationibus*. (5. 62.) Fr. Vat. §. 202.

590) L. un. C. qui morbo se exc. (5. 60.), vergl. mit L. 1. §. 2 u. 3. D. de tut. (26. 1.) L. 3. C. qui dare tutores vel cur. poss. (5. 34.) Siehe auch §. 11 u. 14. J. 1. 25.

591) L. 45. pr. D. 27. 1. L. 11. §. 2. D. de *minoribus XXV annis*. (4. 4.)

592) L. 11. §. 2. D. 4. 4.

Zeitfrist gebunden, und wenn die Excusation vom Richter nicht berücksichtigt wurde, kann zu jeder Zeit die Nichtigkeitsbeschwerde eintreten⁵⁹³). Als Folge davon ist es zu betrachten, daß die Berufenen das Periculum der Vormundschaft einstweilen nicht zu tragen haben, ausgenommen, wenn sie sich in die Verwaltung eingemischt haben. Bei den freiwilligen Excusationen ist das Vorbringen derselben an eine bestimmte Zeitfrist gebunden, und wer dieselbe nicht beobachtet, wird mit seiner Excusation nicht weiter gehört, bleibt also Vormund⁵⁹⁴), und zwar in der Maße, daß die Vormundschaftsklage gegen ihn angestellt werden kann und daß er das ganze Periculum der Vormundschaft zu tragen hat⁵⁹⁵). Diese Frist bestand nach der Verordnung von Marcus Aurelius für die, welche in Rom sich befinden, oder innerhalb hundert römischen Meilen, d. h. 100,000 Schritten von Rom entfernt sind, in einem Zeitraume von funfzig Tagen⁵⁹⁶) und in den Justinianischen Rechtsquellen ist diese Bestimmung auf jeden Vormund bezogen, welcher an dem Orte, wo er bestellt wird, entweder anwesend oder nicht über hundert Meilen davon entfernt ist⁵⁹⁷). Wer über hundert Meilen vom Orte seiner Bestellung entfernt ist, hat außer den funfzig Tagen noch so viele Tage Zeit, wie viele Male er zwanzig Meilen von jenem Orte entfernt ist und außerdem noch eine Frist von dreißig Tagen, doch tritt diese Bestimmung nach der Interpretation von Scävola, Ulpian, Paullus und Modestin nur dann ein, wenn der Vormund auf diese Weise nicht wenigstens funfzig Tage Frist begehrt⁵⁹⁸). Die Frist ist in Rücksicht des Anfangs ein tempus utile, d. h. sie fängt nicht von dem Bestellsacte selbst, sondern erst von dem Tage an zu laufen, wo der bestellte Vormund von seiner Bestellung Kunde erhalten⁵⁹⁹), ohne Unterschied, ob dieß auf gerichtlichem oder auf privatem Wege geschehen ist⁶⁰⁰); in Rücksicht ihres Laufes aber kommen nur die einzelnen Tage, wie sie im Kalender zusammenhängen, in Berechnung, doch mit der Beschränkung, daß, wenn Jemand durch Krankheit, Räuber, Wetter u. s. w. abgehalten ist, ihm die Frist nicht verläuft⁶⁰¹). Ist diese Frist vergeblich abgelaufen, so treten die oben angegebenen Wirkungen von selbst, ohne Ungehorsamsbeschuldigung ein, und das prozeßualische Mittel, um diese geltend zu machen, ist die praescriptio quinquaginta dierum⁶⁰²).

593) L. 13. §. 12. D. 27. 1. L. 16. D. ibid. L. 40. D. 26. 7. L. 58. §. 2. D. ibid.

594) L. 13. §. 1, 6 u. 8. D. 27. 1. Auf den Beweis der Excusation bezieht sich diese Frist nicht. Fr. Vat. §. 184. L. 38. D. 27. 1.

595) L. 1. §. 1. L. 5. §. 10. L. 17. D. 26. 7. L. 8. u. 19. C. 5. 37.

596) Fr. Vat. §. 156.

597) L. 13. §. 1. D. 27. 1. §. 16. J. de excus. (1. 25.)

598) L. 13. §. 2. D. 27. 1. §. 16. J. 1. 25. Theoph. ibid.

599) §. 16. J. 1. 25. L. 6. C. de excusation. (5. 62.)

600) L. 29. D. 26. 5; L. 13. §. 1. D. 27. 1. L. 6. C. 5. 62. L. 5. §. 10. D. 26. 7. Fr. Vat. §. 156. Abwesenden Vormündern wird die Kunde von ihrer obrigkeitlichen Bestellung zum Vormunde innerhalb dreißig Tagen von Obrigkeitwegen bekannt gemacht. L. 13. §. 1. D. 27. 1. L. 29. D. 26. 5.

601) Fr. Vat. §. 155. L. 13. §. 7. D. 27. 1. §. 16. J. 1. 25.

602) Fr. Vat. §. 156. L. 3. C. 5. 62.

Die Form, in welcher diese Excusationen geltend gemacht werden, war in der älteren Zeit, wie bei den übrigen *numera*, die der Appellation⁶⁰³); seit der Zeit von Marcus Aurelius hingegen ist unter Verwerfung der Appellation ein besonderes, nicht devolutives Verfahren vorgeschrieben worden, welches in den Justinianischen Pandekten als geltendes Recht barge stellt wird⁶⁰⁴). Zum Beweise der einmal gehörig angebrachten Excusation werden dem ernannten Vormunde vier zusammenhängende Monate gestattet, deren Lauf vom Augenblicke der Nomination beginnt⁶⁰⁵), was doch wahrscheinlich nur von dem Zeitpunkte, wo der Ernannte seine Ernennung erfährt, zu verstehen ist⁶⁰⁶), da man zu einem ungerathenen Resultate kommen würde, wenn man die zur Anbringung der Excusation festgestellte Frist erst vom Augenblicke der Wissenschaft und Befähigung den Beweis der Excusation von dem Tage der Ernennung ab berechnen wollte. Auch hier kommen indes blüßige Hindernisse in Betracht, und selbst die ungewöhnliche Langwierigkeit des Verfahrens gilt für den Vormund als hinreichender Entschuldigungsgrund für die Versäumung⁶⁰⁷). Für die Formalien dieses Verfahrens finden sich wenig Bestimmungen in den römischen Rechtsquellen vor. Das Ganze wird in der Form einer *lis* abgesetzt⁶⁰⁸), die Partein sind dieselben, wie bei der Erbitung des Vormundes, nur daß der Excusant als Kläger erscheint⁶⁰⁹), und das Ganze wird durch ein Decret der Obrigkeit beendet⁶¹⁰). Eingeleitet wird das Verfahren dadurch, daß der ernannte Vormund seinem Gegner, wenn Sessionen sind, demuncirt, vor dem Prätor zu erscheinen, und dann sich zu diesem verfährt und seine Gründe entweder mündlich oder schriftlich bei ihm anbringt. Dieser Vortrag kann *de plano* oder *pro tribunali* geschehen, da er nur den Zweck hat, die Präscription zu unterbrechen, und nur, wenn Gerichtsferien sind, erfolgt die Contestation *alternatim* durch *libell*⁶¹¹). Die Instruction der Rechtfertigung erfolgt überall durch den Magistrat, und zwar *pro tribunali*. Ueber den Beweis, welchen nach den allgemeinen Prozeßregeln der Vormund zu führen hat, finden sich keine näheren Bestimmungen in den römischen Rechtsquellen vor. Doch versteht es sich von selbst, daß innerhalb der Beweisfrist zwar der Beweis einer bereits angebrachten Excusation zu Ende gebracht, aber nicht der einer neuen übernommen werden kann⁶¹²). Das Decret des Magistrates, welches das Ganze beschließt, hat über die Zulässigkeit oder Un-

603) Fr. Vat. §. 155. L. 1. §. 1 u. 2. D. quando appell. (49. 4.)
L. 13. pr. u. L. 16. §. 1 u. 2. D. 27. 1. L. 1. §. 1. D. 26. 2.

604) Fr. Vat. §. 156.

605) L. 38. D. 27. 1., vergl. mit L. 39. D. ibid.

606) So Accursius, Anton Faber, Haubold, Rudorff. Vergl. Hauboldi opusc. acad., ed. Wenck, vol. I. p. 424.

607) L. 39. D. 27. 1.

608) L. 39. D. 27. 1. L. 14. C. 5. 62.

609) Fr. Vat. §. 156.

610) L. 1. C. si tutor vel cur. falsis. (5. 68.)

611) Fr. Vat. §. 156. L. 13. §. 8 u. 10. D. 27. 1. L. 1. C. 5. 63.

612) L. 39. D. 27. 1.

zulässigkeit der Excusation zu urtheilen ⁶¹³). Im ersten Falle trägt er für die Zukunft nicht mehr die Gefahr der Verwaltung ⁶¹⁴), doch hört der Excusirte erst dann in der That auf Vormund zu sein, wenn an seine Stelle ein anderer gültiger Weise ernannt ist ⁶¹⁵); im letzten hingegen trägt er das Periculum nicht allein für die Vergangenheit, sondern auch für die ganze Zukunft, da er von erreichter Wissenschaft an als Vormund gilt ⁶¹⁶). — Fragt man nach der Competenz der Behörden, bei welchen die Untersuchung über die Zulässigkeit der Excusationen angebracht wird, so war es vor den Zeiten des Kaisers Marcus Aurelius wohl die gewöhnliche Appellationsinstanz des Magistrates, welcher den Vormund bestellte, und nachher wurde die ordentliche Vormundschaftsbehörde für solche Untersuchungen competent. In Rom und in dem Stadtgebiete gehörten dergleichen Untersuchungen vor den praetor tutelaris ⁶¹⁷), im übrigen Italien vor den Juridicus ⁶¹⁸), in den Provinzen vor den Statthalter derselben ⁶¹⁹).

Nothwendige Excusationsgründe sind folgende: 1) Der Mangel der Rechtsfähigkeit von Seiten des Vormundes. Dies gilt von Sklaven und von Peregrinen ⁶²⁰). Nach den Grundsätzen des vorjustinianischen Rechts galt dasselbe auch von den Junianischen Latinen, wenn schon ihre Bestellung von Seiten der Obrigkeit wenigstens späterhin als gültig betrachtet wurde ⁶²¹). Auf Haus söhne, welche in politischen Dingen völlig rechtsfähig sind, ist dieser Entschuldigungsgrund nie erstreckt worden ⁶²²). 2) Die eigene Schugbedürftigkeit des Vormundes. In dieser Beziehung stellt das Constitutionenrecht die allgemeine Regel auf, daß Jeder, welcher unter Vormundschaft steht, die Vormundschaft über Andere nicht übernehmen dürfe ⁶²³). Dies gilt namentlich von Frauen überhaupt ⁶²⁴), und wenn gleich Marcjoll ^{624a}) annimmt, daß auch die Mutter und Großmutter für ihre minderjährigen Kinder oder Enkel zu partiellen Curatoren ernannt werden können, falls derjenige, welcher den letzteren Güter im Testament oder durch Schenkung überläßt, in Betreff dieser Güter dieselbe also verordnet hat, so scheint doch die Novellenstelle, auf welche diese Meinung ge-

613) L. 22. C. 5. 61. L. 1. C. 5. 62. L. 20. D. 26. 7.

614) L. 22. C. 5. 61., vergl. mit L. 5. §. 10. D. 26. 7.

615) Caius inst. I. §. 182. Ulp. fr. 11. §. 23. Vat. fr. §. 228.
L. 4. C. 5. 62. L. 11. §. 1—3. D. 26. 2. Wgl. §. 6. J. 1. 22.

616) L. 20. D. 26. 7. L. 5. §. 10. D. ibid.

617) L. 37. pr. D. 27. 1. L. 6. u. 23. C. 5. 62.

618) L. 2. C. 5. 62.

619) L. 3. 11. 15. 16. 18. C. 5. 62.

620) L. 17. §. 1. D. de poenis. (48. 19.)

621) Fr. Vat. §. 193, 221, vergl. mit Cai. inst. I. 23. Ulp. XI. 16.

622) Fr. J. qui testam. dari tut. (1. 16.) L. 7. D. de tutelias. (26. 1.)

L. 13. §. 5. D. ad SC. Trebell. (36. 1.)

623) L. 5. C. 5. 30.

624) L. 21. pr. D. 26. 5. Vergl. Emmerich, Beiträge zur Lehre von der Vormundschaft der Mutter und Großmutter in Lindes Zeitschrift für Prozess und Civilrecht, Bd. 3, S. 209.

624a) Marcjoll, kleine civilistische Bemerkungen, in Lindes Zeitschrift, Bd. 5, S. 441.

folgt wird⁶²⁵), dieser Annahme nicht eben günstig, da sie wohl gut nur von der Uebertragung der Verwaltung verstanden werden kann. Aus demselben Grunde sind auch Pupillen und Minderjährige von Justinian von der Uebernahme der Curation ausgeschlossen worden^{626a}), und die römisch-rechtliche Praxis hat dies Verbot auch auf gerichtlich erklärte Verschwenden und auf solche Kranke und Gebrechliche ausgebehnt, welche selbst unter Vormundschaft stehen. 3) Der Mangel an gutem Rufe. Deshalb schließt die römisch-rechtliche Praxis von der Vormundschaft alle aus, welche ein unehrbares Leben führen⁶²⁶), oder wegen schlechter Verwaltung schon einmal der Vormundschaft entsetzt sind⁶²⁷), oder sich zu einer Vormundschaft zu bedürfen oder, um sie zu erlangen, Geld bieten oder geboten haben⁶²⁸). 4) Die Feindschaft zwischen dem Vormund und dem Vater des Pupillen, außer wenn eine Versöhnung zwischen beiden stattgefunden oder der Vormund erst in einem später gemachten Testamente dazu ernannt worden ist⁶²⁹). Die römisch-Justinianischen Rechtsquellen sprechen in dieser Beziehung von einer inimicitia capitalis, worunter man indes mit R d v a r d⁶³⁰) nicht gerade in feierlicher Form abgesagte Feindschaften zu verstehen hat, auch nicht gerade nur solche, welche in einer peinlichen Anklage ihren Grund haben, sondern überhaupt alle eigentlichen, öffentlichen oder heimlichen Todfeindschaften im Gegensatze der levis offenssa⁶³¹). Feindschaften anderer Art⁶³²) und bloße Unbekanntschaft des Vormundes⁶³³) mit dem Vater des Pupillen entschuldigen nicht. 5) Ein Prozeß über den status zwischen dem Vater des Mündels als Kläger und dem Vormunde als Beklagten^{633a}). Prozesse dieser Art, worunter man jeden über Freiheit und Civität zu verstehen hat⁶³⁴), begründen nach römischen Ansichten eine Erbfeindschaft. 6) Prozesse über das Vermögen des Mündels, oder über Gegenstände, welche den wichtigsten Bestandtheil dieses Vermögens bilden, und über Erbschaften geben zunächst nur eine freiwillige Excusation für den Vormund⁶³⁵), und wenn er davon keinen Gebrauch macht, so kann der Prätor ihn removere und den Prozeß instruiren⁶³⁶). Andere Prozesse zwischen Vormund und Mündel begründen keine Excusation⁶³⁷), außer wenn der Vormund im guten Glauben, und nicht blos um von der Vormundschaft loszukommen, einen Prozeß über den Status gegen seinen Mündel erhebt, in welchem Fall die Excusation eben-

625) Nov. 117. cap. 1. §. 1.

626a) L. 5. C. 6. 30.

626) Arg. L. 21. §. 5. D. 26. 5.

627) Arg. L. 1. §. 8. D. de suspectis tut. (26. 10.)

628) L. 21. §. 6. D. 26. 5.

629) L. 6. §. 17. D. 27. 1. §. 11. J. 1. 25.

630) Variar. V. 15.

631) Interpret. Goth. ad Paulli sent. rec. II. 27. §. 1.

632) Theoph. inst. I. 26. §. 11. ed. Roitz. tom. I. p. 195.

633) L. 15. §. 14. D. 27. 1. §. 10. J. 1. 25.

633a) §. 12. J. 1. 26.

634) Vegl. Feuerbach, civilistische Versuche, Th. 1, S. 187 fig.

635) L. 21. pr. D. 27. 1. §. 4. J. 1. 25. L. 16. C. 5. 62.

636) L. 20. D. 27. 1.

637) Fr. Vah. §. 139. L. 21. C. 5. 62.

falls eine nothwendige ist.⁶³⁸) 7) Obligatorische Verhältnisse zwischen dem Vormund und dem Pflegling, d. h. wenn der Vormund entweder Gläubiger oder Schuldner des Pfleglings ist. Im älteren Rechte wurden dergleichen Verhältnisse bei der Uebernahme von Vormundschaften gar nicht berücksichtigt⁶³⁹), im neueren Rechte hingegen, welches sich aus einer Novelle Justinian's herschreibt, bilden sie eine *excusatio necessaria*, weil sonst nach der Ansicht des Kaisers den Mündeln in der Person des Vormundes ein Feind aufgedrungen werden würde⁶⁴⁰). Vorausgesetzt indeß, daß der Vormund das Schuldverhältniß nicht nur angebebt, sondern auch erwiesen habe, was in Ermangelung anderer Beweismittel durch einen körperlichen Eid des Vormundes geschieht. Tritt das obligatorische Verhältniß erst nach der Uebernahme der Vormundschaft ein, so wird dem bisherigen Vormunde zur Sicherheit des Pfleglings ein anderer Vormund zugeordnet⁶⁴¹). Zwar spricht die Novelle zunächst nur von den Vormündern Unmündiger und Minderjähriger, allein da späterhin auch von anderen Curatoren, z. B. für Wahnsinnige, Blödsinnige die Rede ist⁶⁴²), auch die Absicht des Gesetzgebers offenbar auf alle Arten von Vormündern sich erstreckt, so steht wohl nicht zu bezweifeln, daß die angegebene Excusation auf alle Arten von Vormündern zu erstrecken sei. 8) Die Verschiedenheit des Glaubensbekenntnisses. Aus diesem Grunde könnten nach der teutschrechtlichen Praxis Juden keine Vormundschaften über Christen annehmen⁶⁴³), wenn schon dieselben nach römischem Rechte nicht allein zu allen Lasten, welche ihrer Religion nicht zuwider, und namentlich zur Vormundschaft über Pupillen, die nicht ihre Glaubensgenossen sind, verpflichtet sind⁶⁴⁴). 9) Das Verbot der Eltern des Pfleglings. Wer nämlich vom Vater oder der Mutter des Mündels im Testamente oder auf andere Weise als unzulässig bezeichnet worden ist, kann nicht zur Vormundschaft berufen werden⁶⁴⁵). 10) Das Verlöbniß und die Ehe mit der Pflagebefohlenen. Nach einem im römischen Rechte ganz allgemein ausgesprochenen Grundsätze kann der Ehemann nicht zum Curator seiner Frau⁶⁴⁶) und der Bräutigam nicht zum Curator seiner Verlobten⁶⁴⁷) gemacht werden, und selbst der Vater des Mannes muß sich excusiren, wenn er seiner Schwiegertochter zum Curator bestellt wird⁶⁴⁸). Diese Excusation beruht

638) L. 6. §. 18. D. 27. 1.

639) L. 7. C. 5. 62. L. 8. C. qui dare. (5. 34.) Vgl. L. 9. §. 5. D. 26. 7.

640) Nov. 72. c. 1 u. 3. Vgl. Rudorff a. a. D. Th. 2, S. 28—33.

641) Nov. 72. c. 2.

642) Nov. 72. c. 5.

643) Vgl. Montanus de iure tut. IV. no. 32—40. Lauterbach, Coll. Arg. XXVI. 1. §. 28.

644) L. 15. §. 6. D. 27. 1., vergl. mit L. 3. §. 3. D. de decurionibus. (50. 2.)

645) L. un. C. si contra matris. (5. 47.) L. 21. §. 2. D. 26. 5.

646) Fr. Vat. §. 201. L. 14. D. 27. 10. L. 2. C. 5. 34. §. 19. J. 1. 25.

647) L. 1. §. 5. D. 27. 1.

648) L. 3. C. de interdicto matr. (5. 6.) L. 17. C. 5. 62.

auf dem Verbote der Ehe und des Verhältnisses vor abgelegter Vormundschaftsrechnung zwischen dem Vormund, dessen Sohne und der Pflegerin, welches Verbot aus einer oratio des Marcus und Commodus sich beschreibt, und durch Rescripte der Kaiser Severus und Caracalla genauer festgestellt worden ist ⁶⁴⁹). Im heutigen Rechte fällt dieser Excusationsgrund weg, da nach teutscherrechtlicher Gewohnheit der Ehemann sogar als *curator legitimus* seiner Frau betrachtet wird ⁶⁵⁰). 11) Das Verhältniß des Stiefvaters zu seinen Stiefkindern. Wenn schon das röm. Rech. dem Stiefvater erlaubt, die Vormundschaft über seine Stiefkinder zu übernehmen ⁶⁵¹), so hat sich doch in Teutschland eine entgegengesetzte Doctrin ⁶⁵²) gebildet, welche auch in der Praxis Eingang gefunden hat ⁶⁵³). 12) Obligatorische Verhältnisse mit dem Fiscus. Pächter öffentlicher Zölle (*conductores vootigalium*) müssen sich stets entschuldigen, wenn sie das Geschäft selbst betreiben ⁶⁵⁴). Auf Ackerpächter bezieht sich diese Excusation nicht ⁶⁵⁵). 13) Der Soldatenstand. Soldaten sind zur Uebernahme von Vormundschaften so ganz untauglich, daß, wenn sie dieselben übernehmen, nicht einmal die gewöhnlichen Vormundschaftsklagen gegen sie angestellt werden können ⁶⁵⁶). 14) Die priesterlichen Würden. Nur Bischöfe sind zur Uebernahme der Vormundschaft nach einer Justinianischen Novelle völlig untauglich ⁶⁵⁷); andere Geistliche nur dann, wenn sie zu einer Vormundschaft berufen werden, zu deren Uebernahme sie nicht durch Cognation verpflichtet sind. 15) Der Mönchsstand. Auch Mönche können nach demselben Gesetze Justinian's niemals zu Vormündern bestellt werden. 16) Der Curialenstand. Decurionen können nach einem Gesetze der Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius ⁶⁵⁸) nicht Vormundschaften über Reichsfürstentoren übernehmen.

Freiwillige Excusationsgründe sind folgende: 1) Die Verwaltung eines öffentlichen obrigkeitlichen Amtes ⁶⁵⁹). Dieser Entschuldigungsgrund bezieht sich nicht allein auf Magistrate, welche in Rom ihr Amt verwalten, während der Dauer ihres Magistratsjahres ⁶⁶⁰), sondern auch auf

649) Fr. Vat. §. 201. §. 19. J. 1. 25.

650) Sächsisches Landrecht III. 45. 1. Vgl. Rudorff a. a. D. Th. 1, S. 185.

651) L. 32. §. 1. D. de adopt. (1. 7.) L. 2. C. de interd. matr. (5. 6.) L. 3. C. de contr. ind. int. (5. 58.)

652) Bachov. ad Treutl. Vol. II. p. 1. disp. VIII. th. 3. p. 419. Berger, oecon. iur. lib. I. t. IV. th. 10. not. 1.

653) Carpozov, iurispr. for. P. II. const. 10. def. 25. n. 4. Boehmer, consult. tom. III. p. II. 792. Mevius, tom. II. P. VIII. decis. 330.

654) L. 8. §. 1. D. de vacat. (50. 5.) L. 5. C. ne tutor vel cur. (5. 41.)

655) L. 2. C. quibus man. (10. 56.)

656) L. 4. C. qui dare tut. (5. 34.) §. 14. J. 1. 25.

657) Nov. 123. cap. 5.

658) L. 2. C. de tut. ill. (5. 33.)

659) L. 17. §. 5. D. 27. 1. L. 6. §. 14 u. 16. L. 17. §. 5. D. ibid.

660) Fr. Vat. §. 146. 174. Ueber L. 17. §. 4. D. 27. 1. vergl. Rudorff a. a. D. Th. 2, S. 81, 82.

Municipalmagistrate, wie die *Duoviri*⁶⁶¹) und *Defensores*⁶⁶²), und auf die Provinzialmagistrate⁶⁶³) und ihr Gefolge⁶⁶⁴). Vorausgesetzt wird indeß dabei, daß solche Ämter im Augenblicke, wo die Vormundschaft befristet wird, wirklich verwaltet werden. Eine bloße Candidatur zum Amte entschuldigt noch nicht⁶⁶⁵), eben so wenig als eine Dignität ohne Amtsfunktionen⁶⁶⁶), und selbst eine Magistratur, welche erst nach der Uebnahme der Vormundschaft angetreten wird, gibt keine Excusation nicht einmal für die Dauer der Amtszeit⁶⁶⁷). 2) Die Verwaltung der Angelegenheiten des Fürsten oder des Fiscus⁶⁶⁸). Dieß entschuldigt auf die Dauer dieser Verwaltung. Auf Pächter fiscalischer Grundstücke ist diese Excusation bei den Römern niemals bezogen worden⁶⁶⁹), und die für diese Ausdehnung angeführte L. 13. C. qui tut. dare (S. 34.) spricht nicht sowohl von solchen Pächtern fiscalischer Grundstücke, als vielmehr von leibeigenen Colonen. Auf diesen Entschuldigungsgrund läßt sich die Excusation der *silentiarii*⁶⁷⁰), deren Amt dem der jetzigen Kammerherren zu vergleichen ist, ferner die der Einnahmer fiscalischer Abgaben (*exactores tributorum*)⁶⁷¹) zurückzuführen, und aus dem vorjustinianischen Rechte gehört hierher die Immunität der *arcarii Caesariani*, welche ihre Banken auf dem Forum Trajan's haben⁶⁷²). 3) Die Aufnahme in den geheimen Rath des Fürsten⁶⁷³). Ueberhaupt gibt jede Beschäftigung um die Person des Kaisers auch das Recht, bereits übernommene Vormundschaften zu deponiren. 4) Die Senatorenwürde. Jeder Reichssenator brauchte im vorjustinianischen Rechte nicht diejenigen Güter zu administriren, welche über zweihundert Meilen von Rom entfernt lagen⁶⁷⁴), und es wurden daher zur Verwaltung solcher Vermögensstücke Specialvormünder aus dem Ritterstande bestellt. Im Justinianischen Rechte sind diese Bestimmungen durch Interpolation auf Byzanz und die Provinzen übertragen worden, so daß sich jeder Reichssenator in Betreff aller Güter entschuldigen kann, welche über hundert Meilen von der Hauptstadt entfernt sind⁶⁷⁵). Außerdem kann jeder Reichssenator die Vormundschaft über Ungenossen,

661) L. 6. §. 16. D. 27. 1. L. 17. §. 5. D. ibid.

662) L. 10. §. 4. D. de vacat. (50. 8.)

663) §. 3. J. 1. 25. Ueber das da vorkommende *potestatem aliquam habere* vergl. Suet. Claud. cap. 23. L. 13. §. 1. D. de iurisd. (2. 1.) L. 52. §. 13. D. de furtis. (47. 2.)

664) L. 12. §. 1. D. 50. 6.

665) L. 23. pr. D. 27. 1.

666) L. 15. §. 2. D. 27. 1.

667) L. 17. §. 5. D. 27. 1.

668) L. 22. §. 1. D. 27. 1. L. 41. pr. D. ibid. §. 1. J. 1. 25. Die

zuerst angeführte Stelle spricht ursprünglich von Ämtern, welche der Kaiser besetzt, wie die *cura viarum*. Vergl. Fr. Vat. §. 136.

669) L. 8. C. 5. 62.

670) L. 25. C. 5. 62. L. 5. C. de silentiariis. (12. 16.)

671) L. 10. C. 5. 62.

672) Fr. Vat. §. 134.

673) L. 30. pr. D. 27. 1., vergl. mit L. 11. §. 2. D. 4. 4.

674) Fr. Vat. §. 147.

675) L. 21. §. 3. D. 27. 1.

nicht aber die über Genossen und deren Kinder abkehren und niedersetzen⁶⁷⁶). Auch Freigekassene von Senatoren, wenn sie Geschäftsführung ihrer Patrone sind, hatten das Privilegium, sich von der Vormundschaft zu entschuldigen⁶⁷⁷). Den Curialen in den Municipalsstädten kommen die Privilegien der Reichsenatoren nicht zu statten⁶⁷⁸). Im vorjuristischen Rechte hatten von ihnen nur die *sex primi* eine freiwillige Excusation, wenn sie bereits eine Vormundschaft verwalteten⁶⁷⁹). 5) Die frühere Vormundschaft über dieselbe Person. Wer die Vormundschaft über einen Pupillen geführt hat, kann sich von der Curation über ihn entschuldigen⁶⁸⁰). Soweit diese Excusation dem gewesenen Vormund über einen Unmündigen gegen die Vormundschaft über den Minderjährigen gegeben ist, ist sie heutzutage unanwendbar, da die Vormundschaft über den Unmündigen und Minderjährigen nach heutigem Rechte ein und dieselbe ist. 6) Die Abwesenheit im Dienste des römischen Staates⁶⁸¹), was bei allen Provinzialstatthaltern, kaiserlichen Civil- und Militärbeamten in den Provinzen, Gesandten des römischen Staates und den gesetzlich zum Befolge dieser Personen gehörigen und gehörig beurlaubten Leuten der Fall ist. Die Excusationsprivilegien solcher Abwesenden lassen sich auf folgende einzelne Punkte zurückführen: a) auf die Befugniß, jede vor der Abwesenheit übernommene Vormundschaft vollständig zu deponiren, wenn der Abwesende über See verreist oder für immer verbannt wird⁶⁸²). Wer bloß für einige Zeit verbannt wird, oder sonst h. Staatsangelegenheiten verreist, genießt dieß Privilegium nicht, nur wird für die Zeitdauer der Abwesenheit ein interimistischer Vormund bestellt⁶⁸³), und der ganze Vortheil der Excusation besteht nur darin, daß der Abwesende für die Dauer seiner Abwesenheit vom *periculum curationis* frei wird⁶⁸⁴). b) Auf die Befugniß, jede während der Abwesenheit⁶⁸⁵), und noch außerdem innerhalb eines Jahres⁶⁸⁶) neu bestellte Vormundschaft auszuschlagen. Dieses Jahr besteht aus zusammenhängenden Tagen und fängt von dem Augenblicke an, dessen an, da der Abwesende zurückgekehrt ist, oder zurückgekehrt sein könnte, wenn er sich nicht unnützerweise oder zu seinen

676) L. 15. §. 2—4. D. 27. 1.

677) Fr. Vat. §. 131. L. 17. §. 1. D. ad mun. (50. 1.) Vgl. Rufford a. a. D. Th. 2, S. 87.

678) L. 22. D. de tut. dat. (26. 5.)

679) Fr. Vat. §. 124.

680) Fr. Vat. §. 188. 200. Pauli sent. rec. II. 27. §. 2. L. 25. D. 26. 5. L. 16. D. 27. 1. L. 20. C. 5. 62. §. 18. J. 1. 25. Theoph. ad h. l. ed. Reitz. tom. I. p. 200.

681) L. 10. pr. D. 27. 1. Vgl. Cuiacius, comm. ad h. l.

682) L. 4. §. 2. D. de minoribus XXV annis. (4. 4.) L. 28. §. 2. u. L. 29. pr. D. 27. 1.

683) Fr. Vat. §. 185. §. 2. J. 1. 25. L. 28. §. 2. D. 27. 1. L. 32. §. 7. D. 26. 7.

684) §. 2. J. 1. 25. L. 10. §. 2. D. 27. 1. L. 1. C. in quibus casibus tut. hab. (6. 86.) Vgl. L. 21. §. 3. D. 26. 5.

685) §. 2. J. 1. 25. Fr. Vat. §. 222. L. XI. §. 8. D. 26. 5.

686) L. 10. pr. §. 1—2. D. 27. 1. §. 2. J. 1. 25. L. 2. C. 5. 62.

Privatzwecken unterwegens aufgehalten hätte⁶⁸⁷). 7) Die Entfernung des Geschäftskreises des Vormundes. Gegen die Administration solcher Güter, die in einer anderen Provinz oder hundert Meilen vom Wohnorte des Vormundes entfernt liegen, kann sich der Vormund excusiren⁶⁸⁸). Auch kann Jedermann, der an einem anderen Orte zum Vormund bestellt wird, als da, wo er wohnt, sich gültig von der Vormundschaft excusiren⁶⁸⁹). Endlich darf Jeder, welcher an seinem Wohnorte zum Vormund bestellt ist, wenn er denselben später mit kaiserlicher Erlaubniß verläßt, und von dem Kaiser zugleich die Erlaubniß zur Deposition erhält, nachdem er in der deshalb an denselben gerichteten Supplik seiner Vormundschaften Erwähnung gethan, diese niederlegen⁶⁹⁰), obgleich *Marzoli*⁽⁶⁹¹⁾ behauptet, daß schon Eines von Beiden hinreiche, Erlaubniß der Migration oder Erwähnung der Vormundschaft im Rescripte, welche Meinung nur aus einem Mißverständnisse der alten lateinischen Uebersetzung des von *Modestini* herrührenden griechischen Grundtextes entstanden ist. 8) Die priesterlichen Würden. Schon im Heidenthume gewährten gewisse Priesterstellen, welche nicht ohne religiöse Bedenken verlassen werden konnten, eine Excusation von der Vormundschaft, z. B. wer, nach dem Ausspruche des *Archigallus*, im Hafen für das Wohl des Kaisers opfert⁶⁹²), und dasselbe galt von den höchsten priesterlichen Würden in den Provinzen, wie von der *Asiarchia*, *Bithyniarchia*, *Cappadocaria*, *Phoeniciarchia*, *Lyciarchia*, *Arabarchia*⁶⁹³), während der Amtsdauer derer, welche sie bekleideten. Diese Priesterwürden waren zur Zeit der classischen Juristen mit der Verpflichtung verbunden, auf eigene Kosten Spiele und Wettkämpfe zu veranstalten, und selbst, nachdem die heidnische Religion in Verfall gekommen, ist diese Excusation in den Justinianischen Rechtsbüchern noch stehen geblieben, nur mit dem Unterschiede, daß diese Würdenträger bloße Aufseher und Vorsteher der öffentlichen Belustigungen geworden sind, welche sie aus eigenen Mitteln bestreiten mußten. — Von den christlichen Geistlichen haben alle, welche nicht bereits eine nothwendige Excusation haben, nach römisch-Justinianischem Rechte eine freiwillige Entschuldigung⁶⁹⁴), und dieß galt seit einer Constitution *Justinian's* auch von Bischöfen und Mönchen⁶⁹⁵), welche indeß durch ein spä-

687) L. 10. §. 3. D. 27. 1.

688) Fr. Vat. §. 205. L. 10. §. 4. D. 27. 1. L. 21. §. 2. D. *ibid.*
Vgl. L. 19. D. 27. 1. L. 2. C. 5. 62.

689) Fr. Vat. §. 203. 241. L. 46. §. 2. D. 27. 1.

690) L. 10. §. 4. D. 27. 1.

691) Im Archiv für civil. Praxis, Th. 8, S. 266. Dagegen *Rudorff*
a. a. D. Th. 2, S. 76.

692) Fr. Vat. §. 148.

693) L. 6. §. 14. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 179. Vgl. L. 1. C. de liberis nat. (5. 27.) Schriftsteller: *Vertranius Maurus*, de iure liberorum cap. 37, u. *Jac. Gothofredus* ad L. 1. Th. C. de praed. senat. u. ad L. 2. Th. C. de expens. tud. u. parat. ad Th. C. XVI. 10.

694) L. 52. C. de episcopis et clericis. (1. 3.) Nov. 123. c. 5. Vgl. *Rudorff* a. a. D. Th. 2, S. 105—110.

695) L. 52. C. 1. 3.

terres Gesetz desselben Kaisers geworben: sie unfähig zur Uebernahme der Vormundschaft erklärt wurden⁶⁹⁶). Die Zulässigkeit der anderen Geistlichen ward zugleich überhaupt nur auf die Vormundschaften beschränkt, zu deren Uebernahme sie durch die Cognation verpflichtet sind. Im heutigem Rechte ist die Excusation aller Mönche und Geistlichen, mit Einschluß der Bischöfe eine freiwillige geworden, da Gratian nur die frühere Constitution Justinian's⁶⁹⁷) in sein Decret aufgenommen und das spätere Gesetz desselben Kaisers ganz übergangen hat. 9) Eine gewisse Anzahl von Vormundschaften in einem und demselben Hause. Nach dem Justinianischen Rechte befehlen nämlich drei Vormundschaften, welche in Einem Hause zusammentreffen, von der Uebernahme der vierten⁶⁹⁸), und nur wenn das zu bewirtschaftende Vermögen sehr groß, und die Verwaltung desselben sehr verzeigelt ist, reicht schon eine einzige Vormundschaft zur Excusation von der zweiten hin⁶⁹⁹). Gleichgiltig ist es dabei, ob die Vormundschaften Tutelen oder Curationen sind⁷⁰⁰). Auch wird nicht erfordert, daß eine und dieselbe Person jene drei Vormundschaften führe; vielmehr genügt die Anhäufung derselben in Einem römischen Hause (domus, caput, familia). Wenn also der Hausvater oder der Haussohn oder sonst Jemand aus dem Hause drei Vormundschaften führt, oder wenn auch verschiedene Glieder desselben Hauses zusammengenommen nur drei Tutelen verwalten, so kann keinem Mitgliede desselben eine vierte aufgebürdet werden⁷⁰¹), und in die Zahl der drei Vormundschaften wird sogar die eingerechnet, welche der Vater über seine emancipirten Kinder führt⁷⁰²). Besondere Voraussetzungen dieses Excusationsgrundes sind folgende: a) jede der Vormundschaften muß ein besonderes, getrenntes Vermögen haben. Daher gilt das ungetheilte Vermögen beider und mehrerer fratres conjuncti allemal nur für Eine Vormundschaft⁷⁰³). b) Das Vermögen einer jeden Vormundschaft muß wenigstens nicht unansehnlich sein⁷⁰⁴). c) Jede der einzelnen Vormundschaften muß mit der Verwaltung verknüpft sein. Daher tutelae honorariae nicht in die Zahl der drei Vormundschaften eingerechnet werden können⁷⁰⁵). d) Die Vormundschaften müssen bereits begonnen haben, auch noch nicht beendigt sein⁷⁰⁶). Aus diesem Grunde kann auch eine solche

696) Nov. 123. c. 5.

697) C. 40. C. 16. qu. 1. Egl. a. 26. D. 86. c. 1. C. 21. qu. 3. u. c. 14. D. 88. Dieser Meinung sind auch van Espen, J. oed. univ. P. 1. tit. 2. a. 6. §. 6, und Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 31, S. 319—325.

698) Fr. Vat. §. 125. 190. L. 3. u. 4. pr. D. 27. 1. §. 5. J. 1. 25. Theoph. ad. h. l. ed. Reitz. tom. I. p. 192.

699) L. 31. §. 4. D. 27. 1.

700) L. 2. §. 9. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 125.

701) Fr. Vat. §. 190. L. §. D. 27. 1. L. 4. §. 1. D. ibid.

702) Fr. Vat. §. 189. 210. L. 15. §. 10. D. 27. 1.

703) Fr. Vat. §. 186. L. 3. D. 27. 1. L. 31. §. 4. D. ibid. §. 5. J. 1. 25. Theoph. l. c. tom. I. p. 192.

704) L. 17. pr. D. 27. 1. L. 31. §. 3. D. ibid.

705) L. 15. §. 9. D. 27. 1.

706) Fr. Vat. §. 126. L. 17. pr. D. 27. 1. L. 8. §. 10. D. ibid. L.

Vormundschaft: nicht eingerechnet werden, welche zwar noch nicht beendet ist, oder in höchstens einem halben Jahre beendet sein wird⁷⁰⁷). 9) Die Vormundschaften müssen nicht affectatae sein; d. h. solche, welche Jemand öffentlich gesucht, oder von welchen er sich, da er es doch konnte, nicht entschuldigt hat⁷⁰⁸), was der Vermuthung nach wohl namentlich bei kleinen Vormundschaften der Fall ist, welche man gew. annimmt, um die Excusation zu erwerben⁷⁰⁹). 10) Die Krankheiten des Körpers und des Geistes. Sie gewähren in allen Fällen eine hinreichende Entschuldigung, wenn sie bedeutend genug sind, um den Ernannten an der Führung seiner eigenen Geschäfte zu hindern⁷¹⁰). Als Beispiele solcher Krankheiten werden in den römischen Rechtsquellen aufgeführt: Wahnsinn⁷¹¹), dauernde körperliche Mängel, wie Blindheit, Taubheit, Stummheit⁷¹²), Sicht, Epilepsie, Krätze u. s. w. Andere Krankheiten und körperliche Mängel, wie Podagra und Eindrigkeit gewähren nur eine bedingte Excusation⁷¹³), und es bleibt mithin im concreten Falle dem Urtheile des Richters überlassen, zu beurtheilen, ob ein derartiger Mangel zur Excusation hinreicht oder nicht⁷¹⁴). Harthörige und Spadonen können die Excusation gar nicht beanspruchen⁷¹⁵). Zum Beweise der Krankheit bedarf es in der Regel des Augenscheins von Seiten des Magistrates, doch werden auch ärztliche Zeugnisse genügen. Die Wirkung der genannten Gebrechen besteht darin, daß sie nicht bloß von defuncten, sondern auch von bereits geführten Vormundschaften frei machen⁷¹⁶). Die Dauer der Excusation hängt von der Dauer der Krankheit ab⁷¹⁷). An die Stelle des Excusirten wird interimistisch ein anderer Vormund ernannt, dessen Amt ebenfalls von der Dauer der Vacatton abhängt⁷¹⁸). 11) Das hohe Alter. Unter diesem Ausdrucke hat man in dieser Lehre das zurückgelegte siebzigste Jahr zu verstehen⁷¹⁹). Den Beweis des Alters hat auch hier wie immer der Excusant zu führen, und dieser kann sich zu diesem Zwecke nicht allein der Zeugen, sondern auch der Pädographien als Beweismittel bedienen⁷²⁰).

un. C. 5. 69. Ueber L. 31. pr. u. §. 3. D. 27. 1. vgl. Kubozoff 4. a. D. Th. 2, S. 65—68.

707) L. 17. pr. D. 27. 1.

708) Fr. Vat. 188. §. 5. J. 1. 25.

709) L. 15. §. 15. D. 27. 1. L. un. C. 5. 69. §. 3. J. 1. 25.

710) Fr. Vat. §. 129. §. 7. J. 1. 25. L. 10. §. 8. D. 27. 1. L. 11. u. L. 40. pr. D. ibid.

711) L. un. C. qui morbo. (5. 67.) L. 10. §. 8. L. 12. pr. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 238.

712) Fr. Vat. §. 130. 238. L. 40. pr. D. 27. 1. L. un. C. 5. 67. Vgl. L. 1. §. 2 u. 3. D. 26. 1. L. 17. D. ibid. L. 10. §. 1. D. 26. 3.

713) Fr. Vat. §. 239. L. 9. C. 5. 62.

714) Fr. Vat. §. 239.

715) L. 11. D. de legat. tut. (26. 4.) L. 15. pr. D. 27. 1. L. 1. C. 5. 62.

716) Fr. Vat. 238. 239. L. 11. u. L. 40. pr. L. 45. §. 4. D. 27. 1.

717) L. 12. pr. D. 27. 1.

718) L. 10. §. 8. D. 27. 1.

719) §. 13. J. 1. 25. L. 2. pr. D. 27. 1.

720) L. 2. §. 1. D. 27. 1.

Vom bereits abgenommenen Vormundschaften befreit dieses Alter nicht⁷²¹⁾. 12) Die Armuth, wodurch die Thätigkeit des Ernannten völlig für die eigene Subsistenz in Anspruch genommen wird⁷²²⁾. 13) Der Mangel an Bildung, welche den Vormund unfähig macht, die vormundtschaftlichen Geschäfte zu führen⁷²³⁾. Die römischen Rechtsgelehrten bezeichnen diesen Mangel in der Regel mit dem Namen *rusticitas*⁷²⁴⁾, und heben in dieser Kategorie namentlich das *litteras nescire* hervor, d. h. die Unkunde des Lesens und des Schreibens. 14) *Domesticas lites*, worunter man jedesfalls Prozesse zu verstehen hat, in welche der ernannte Vormund durch die Verwaltung der Vormundschaft mit seiner Familie, seinen nächsten Cognaten und Affinen verwickelt werden würde⁷²⁵⁾. 15) Eine Anzahl von Kindern, drei, vier und fünf, je nachdem von einem Römer oder einem Italiener oder einem Provinzialen die Rede ist⁷²⁶⁾. Diese Bestimmung ist nicht aus der Betrachtung hervorgegangen, daß für einen Vater von einer solchen Anzahl Kinder die Vormundschaft eine zu beschwerliche unbillige Last sein würde, sondern sie stützt sich auf ein *Privilegium*, welches mit dem *ius liberorum* zusammenhängt⁷²⁷⁾ und in den römischen Rechtsquellen nicht der *lex Iulia* und *Papia Poppaea*⁷²⁸⁾, sondern kaiserlichen Constitutionen zugeschrieben wird⁷²⁹⁾. Die speciellen Erfordernisse, von welchen diese Excusation abhängt, sind folgende: a) Es müssen leibliche Kinder sein⁷³⁰⁾. Daher befreiten weder Adoptivkinder von der Uebernahme der Vormundschaft, noch das vom Kaiser durch specielles *Privilegium* erworbene *ius liberorum*⁷³¹⁾. b) Es müssen *imati liberi* sein⁷³²⁾. Zunächst ward dies Erforderniß in einem Rescripte der *Divi Fratres* hervorgehoben, und es entstand ein Streit darüber, ob man den Begriff auf die *lex Iulia* und *Papia Poppaea* beziehen oder nach dem alten *Civilrechte*⁷³³⁾ erklären sollte, bis man sich endlich allgemein für die letzte Ansicht entschied. Bei Justinianischen *Legis*, welchen man ebenfalls diese Entschubigung gestattete, kam dieses

721) Fr. Vat. §. 238.

722) Fr. Vat. §. 185. 240. L. 7. D. 27. 1. L. 40. §. 1. D. *ibid.* §. 6. J. 1. 25. In einigen Stellen wird die Armuth mit dem Namen *mediocritas* bezeichnet. Fr. Vat. §. 244. L. 6. §. 9. D. 27. 1.

723) Fr. Vat. §. 244. L. 6. §. 9. D. 27. 1. §. 8. J. 1. 25. Theoph. ad h. l. tom. I. p. 194.

724) Vergl. Röhlenbruch, im Rechts für civil. Praxis, Bd. 2, S. 446 ff.

725) Fr. Vat. §. 244. L. 23. C. 5. 62.

726) Fr. Vat. §. 191. 192. 247. pr. J. 1. 25. L. 2. §. 2—8. D. 27. 1. L. 1. C. *qui numero lib.* (5. 66.) Vgl. Heineccius, *comm. ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam* II. 8.727) L. 5. §. 2. D. *de iure immunitatis.* (50. 6.) Fr. Vat. §. 247.728) Diefem Befehle schreibt Heineccius a. a. D. diese Excusation zu, indem er sich stützt auf *inscr.* L. 18. D. 27. 1. L. 16. D. 22. 1. L. 147. D. 50. 16. Vgl. Fr. Vat. §. 197.

729) Fr. Vat. §. 247.

730) Fr. Vat. §. 196.

731) Fr. Vat. §. 170.

732) Fr. Vat. §. 163. L. 2. §. 8. D. 27. 1.

733) Fr. Vat. §. 163, vergl. mit *Collatio leg. Mos.* 16. 8.

Erforderlich begreiflicher Weise in Wegfall⁷³⁴). Daß die Kinder in der väterlichen Gewalt stehen, ist nicht erforderlich, da auch emancipirte mitgezählt werden⁷³⁵); e) Es müssen Kinder des ersten Grades sein. Sines gewöhnlich dem Großvater nur insofern die Excusation, als sie Söhne sind⁷³⁶), als sie an die Stelle ihres verstorbenen Vaters rücken⁷³⁷), und mithin sämtliche Enkel von einem verstorbenen Kinde zusammengenommen nur für einen einzigen Kopf zählen. d) Die Kinder müssen zur Zeit der Detraction der Vormundschaft am Leben sein⁷³⁸). Daher zählen auf der einen Seite Ungeborene nicht mit, auf der anderen werden die bereits gestorbenen Kinder nicht mitgezählt; mit Ausnahme der im Kriege Gefallenen, worunter man nach den Justinianischen Rechtsbüchern angenommenen Erklärung nur gerade die zu verstehen hat, welche in der Schlacht gefallen sind⁷³⁹). 16) Die ehrenvolle Entlassung aus dem Militärdienste nach vollständig abgehaltener Dienstzeit⁷⁴⁰): Dieß gewährt eine vollständige Excusation für immer, ausgenommen bei der Vormundschaft über Kammerkinder, von denen jeder Veteran wenigstens Eine zu übernehmen hat⁷⁴¹), und die er nur innerhalb des ersten Jahres vom ehrenvollen Abschied an gerechnet zurückzuzahlen berechtigt ist⁷⁴²). In der älteren Zeit war der Kriegsdienst auf dreißig Jahre festgestellt; und späterhin an deren Statt eine Frist von zwanzig Jahren gesetzt⁷⁴³); bei Reitern wird eine kürzere, bei Fußsoldaten eine längere Dienstzeit erwähnt. Wird Jemand vor der gesetzlichen Dienstzeit des Soldateneides entbunden, so hat er nur eine temporalis excusatio, welche sich nach der Dauer des Dienstes richtet, besteht, daß er, wenn er noch nicht fünf Jahr gedient hat, gar keine Vacatio beanspruchen kann; wenn er fünf bis acht Jahr diente, eine einjährige, wenn acht bis zwölf Jahr, eine zweijährige, wenn zwölf bis sechzehn Jahr, eine dreijährige, wenn sechzehn bis zwanzig Jahr, eine vierjährige⁷⁴⁴). Daß sich das Privilegium auch auf ausgediente Officiere bezog, kann heutzutage nach dem Zeugnisse der Vaticanischen Fragmente⁷⁴⁵) nicht mehr bezweifelt werden, wenn schon es gewiß ist, daß die Mission, die admische

734) Fr. Vat. §. 193. 194.

735) Pr. J. 1. 25.

736) Fr. Vat. §. 198. L. 2. §. 7. D. 27. 1. Pr. J. 1. 25. Vergl. Rudorff a. a. D. Th. 2, S. 140.

737) L. 2. §. 7. D. 27. 1. L. 2. C. 5. 66.

738) L. 2. §. 4. D. 27. 1. Pr. J. 1. 25. Vgl. L. 2. §. 3; L. 14. pr. D. de vacat. (50. 6.)

739) §. 1. J. 1. 25. L. 18. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 199.

740) L. 8. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 140.

741) L. 8. pr. u. §. 10. D. 27. 1. L. 2. C. de excusationibus veteranorum (5. 65.), vergl. mit L. 8. §. 1. D. 27. 1.

742) L. 8. pr. D. 27. 1.

743) L. 1. C. 5. 65. L. 3. C. de his, qui non impletis. (10. 54.) L. 1. Theod. C. de tiron.

744) Fr. Vat. §. 177. L. 8. §. 3. D. 27. 1. L. 1. C. 5. 65.

745) Fr. Vat. §. 145. 222. Vergl. Cuiacius, ad Afric. tract. IV. ad L. 21. D. de test. mil. u. Schulting, notas ad L. 21. cit. tom. V. ed. Small. p. 116.

Beurlaubungsformen sich nur auf Gemeine beschränkte und nicht auf Officiere bezog⁷⁴⁶⁾. Im vorjustinianischen Rechte hatten wohl auch active Officiere nur eine freiwillige Excusation⁷⁴⁷⁾, im Justinianischen Rechte, welches alle Soldaten für unfähig zur Uebernahme von Vormundschaften erklärt, ist sie zur nothwendigen geworden. Auch die *inquinii castrorum*, und solche, welche ohne Soldaten zu sein, doch im Lager um Sold dienen⁷⁴⁸⁾, genießen nach Justinianischem Rechte eine Excusation. 17) Das Amt der *Prinzipalaren* in der römischen Legion, worunter man sich das Amt der *Proviandverwalter* in der Armee zu denken hat⁷⁴⁹⁾. Während der Dauer des Amtes ist der *Prinzipilar* von allen Vormundschaften frei, und nach Beendigung desselben hat er ebenfalls das *Privilegium*, er besitze nämlich keine Vormundschaft über Kinder von Ungenossen zu verwalten⁷⁵⁰⁾. Leitet er später in sein Amtsverhältniß wieder ein, so deponirt er auch die Vormundschaft über *Collegentkinder*⁷⁵¹⁾. 18) Die *Athleten* oder *Kämpfer*, welche in den feierlichen Wettspielen den Preis errungen haben, haben eine Excusation von allen Vormundschaften⁷⁵²⁾. 19) Die Eigenschaft als Mitglied einer Corporation, welcher das Recht der Excusation von Vormundschaften als *Privilegium* ertheilt worden ist⁷⁵³⁾. Dies kann nicht allein bei gewissen Zünften, sondern auch bei gewissen städtischen Gemeinden der Fall sein, wie z. B. *Antoninus Pius* der Stadt *Antonia*, theils wegen ihrer Berühmtheit, theils wegen ihrer Verwandtschaft mit dem römischen Staate dies *Privilegium* verleiht hat⁷⁵⁴⁾. Bei *Collegien* wird das *Privilegium* nicht vermuthet, und ist auch nicht in der Ertheilung der allgemeinen Immunität enthalten⁷⁵⁵⁾. Von den Zünften, welche in den römischen Rechtsquellen, als in dieser Beziehung privilegiert genannt werden, gehören hieher folgende: die *fabri*, wenn sie arm sind⁷⁵⁶⁾; die *navicularii*, mit Einschluß der *anaboliarii*, welche zunächst wohl nur für die Befrachtung der Schiffe zu sorgen hatten, doch mit der ausbreitlichen Einschrankung, daß die Excusation nicht gegen Kinder von Zunftgenossen geltend gemacht werden kann⁷⁵⁷⁾; die *mensores frumentarii*⁷⁵⁸⁾; die *urbici pistoros*, wenigstens eine bestimmte Zahl von ihnen⁷⁵⁹⁾, und nach vorjustinianischem Rechte alle Innungen Roms, welche auf dem *forum suarium* Geschäfte treiben, vorausgesetzt, daß sie

746) L. 21. D. de testam. mil. (29. 1.)

747) Fr. Vat. §. 145. 222.

748) L. 17. §. 7. L. 23. §. 1. D. 27. 1.

749) Theod. Hermopol. IX. 9. Gloss. Basil. a. v. *πριπινίλων*. Cod. de principilo. (12. 63.)

750) Fr. Vat. §. 141. 143. 178. 180. L. 8. §. 12. D. 27. 1.

751) L. 10. §. 5. D. 27. 1.

752) L. 6. §. 13. D. 27. 1. Sgl. L. un. C. de athletis. (10. 53.)

753) L. 17. §. 1—3. D. 27. 1. L. 26. D. ibid.

754) L. 17. §. 1. D. 27. 1.

755) L. 17. §. 3. D. 27. 1.

756) L. 17. §. 2. D. 27. 1.

757) L. 24. C. 5. 62., vergl. mit L. 17. §. 6. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 187.

758) L. 26. D. 27. 1.

759) L. 46. §. 1. D. 27. 1., vergl. mit Fr. Vat. §. 283. 286. 287.

zwei Dritttheile ihres Vermögens, in ihrem Gewerby angelegt haben, und dies durch ein Zeugniß des *praefestus annonae* bescheiniget ⁷⁶⁰), und die *decuriales* der Stadt Rom; worunter man Immungen von Gangsteypersonen zu verstehen hat, die letzteren mit der Einschränkung; daß sie von der Excusation bei der Vormundschaft über die Kinder von *Condecurtialen* keinen Gebrauch machen können ⁷⁶¹). Die zuletzt genannten zwei Corporationen genießen indes: dies Privilegium nach den Justinianischen Rechtsquellen nicht mehr. Im Zweifel erstreckt sich die an die Bünfte verleiheue Excusation auf die Vormundschaft über die an demselben Orte domicilirten Kinder der Corporationsgenossen ⁷⁶²); da eine derartige Auslegung eines neuen Privilegiums bedarf ⁷⁶³), wie ein solches der *Restitutio* in Rom ausdrücklich verleiheue worden ist. Die Frage, welche Corporationen hutzutage das Privilegium der Excusation haben, ist nicht aus dem römischen, sondern aus dem teutschen Rechte zu beantworten. 20). Ein öffentliches wissenschaftliches Lehramt und Bestallung als Arzt ⁷⁶⁴); Vorausgesetzt indes, daß die betreffenden Personen in ihrer Vaterstadt als Lehrer angestellt sind oder *medizinische Praxis* treiben ⁷⁶⁵), und daß sie in die bestimmte Zahl öffentlicher Lehrer und Aerzte, welche in Hinsicht der Hauptstädte durch eine *Constitution* von Theodos II., und Valentinian III., hinsichtlich der übrigen Städte aber durch eine *apostola* von Antoninus Pius näher, bestimmt, und nach der Größe der Stadt und den Gegenständen des Unterrichtes verschieden war, ausdrücklich aufgenommen werden ⁷⁶⁶). Die Aufnahme in diese Zahl geschah durch ein Decret des *Municipalsenates*, welcher die Zahl zwar vermindern, aber nicht vermehren konnte. Nur bei ausgezeichneten und berühmten Lehrern mochte man eine Ausnahme, da diese; auch wenn sie nicht zur Zahl der Privilegirten gehörten und an einem fremden Orte fungirten, dennoch in ihrem Vaterlande von der Uebernahme der Vormundschaften frei waren ⁷⁶⁷). Unter den angestellten Lehrern werden namentlich folgende genannt: *grammatici*, d. h. Professoren der lateinischen und griechischen Sprache und Literatur; *oratores*, *rhetores*, *sophistae*, d. h. Lehrer der Eloquenz, namentlich der gerichtlichen Beredsamkeit ⁷⁶⁸); *iuris civilis professores*, d. h. Rechtslehrer in Rom ⁷⁶⁹), während die in den Provinzen nicht privilegirt sind ⁷⁷⁰), und die *philosophi*, auch wenn sie nicht in die geschlossene Zahl der Privilegirten aufgenommen worden sind ⁷⁷¹), wosfern sie nur freisig

760) Fr. Vat. §. 236. 237. Dazin gehören die *anarti*, *parcinarii*, *boarii*, *poruarii*.

761) Fr. Vat. §. 142.

762) L. 41. §. 3. L. 42. D. 27. 1.

763) L. 46. §. 1. D. 27. 1. Fr. Vat. 235; 237.

764) L. 6. §. 1—12. D. 27. 1. §. 15. J. 1. 25. Fr. Vat. §. 149.

765) L. 6. §. 9 u. 11. D. 27. 1.

766) L. 6. §. 2—4. D. 27. 1. L. u. C. de stud. lib. urb. Rom.

(11. 18.)

767) L. 6. §. 10. D. 27. 1.

768) L. 6. §. 1. 2. 5. 8. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 149. §. 15. J. 1. 25.

769) L. 6. §. 12. D. 27. 1.

770) Fr. Vat. §. 150.

771) L. 6. §. 5. 7. 8. 11. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 149.

Unterricht ertheilen und durch ihre Betragen zeigen, daß sie auf äußere Ehre keinen Werth legen 773). Hiermit schließt sich der Kreis der privilegiirten studia liberalia, und von Lehrern anderer Zweige des Wissens kann die Excusation nicht beansprucht werden. Poesie und Mathematik sind schon zeitig ausgeschlossen worden 773). Nach der heutigen Praxis haben alle ordentlichen Lehrer bei Schulen, Gymnasien und Universitäten wenigstens gegen Vormundschaften über Kinder von Ungenossen eine Excusation. 21) Excusiren kann sich der, welchen der Vater des Pupillen aus Feindschaft, um ihm eine Last aufzubürden, zum Vormund bestellt hat 774). 22) Prozesse zwischen dem ernannten Vormund und dem Mündel über Gegenstände, welche den wichtigsten Bestandtheil des Mündelvermögens bilden, und über Erbschaften 775). 23) Das Zusammentreffen mehrerer unvollständigen Excusationsgründe in einer Person bildet im vorjustinianischen Rechte nach der Meinung Einiger einen wahren Excusationsgrund 776), welcher indeß im Justinianischen Rechte ausdrücklich verworfen worden ist 777).

Am Schlusse dieser Abhandlung sind noch einzelne besondere Curationen genauer zu erörtern.

1) *Cura furiosi* 778). Diese Curation hat ihre Quelle im Zwölftafelgesez, welches sie als eine potestas der Agnaten und Gentilen über die Person und pecunia des Pflegebefohlenen darstellt 778a). Die Erfordernisse, unter welchen sie eintritt, ist erstens eine bestimmte Art Gemüthskrankheit (*furor*), zweitens ein bestimmtes Alter. In Betreff des ersten Erfordernisses nimmt man gewöhnlich einen Unterschied zwischen *furor* und *dementia an* 779), und erklärt das letzte Wort vom stillen Wahnsinn, das erstere von einer Geistesverwirrung, welche mit Ausbrüchen von Wuth und Raserei verbunden ist. Doch scheint der Begriff des *furor* richtiger in Betreff der Curation so bestimmt werden zu müssen, daß man darunter die völlige Zerrüttung des Geistes versteht, gleichviel, ob sie

772) L. 6. §. 7. D. 27. 1. Vergl. L. 8. §. 4. D. de vacat. (50. 5.) L. 6. C. de man. patrim. (10. 41.) L. 1. §. 4. D. de extraord. cognit. (50. 13.)

773) Vat. fr. §. 150. L. 3. C. de profess. (10. 52.)

774) L. 6. §. 17. D. 27. 1. §. 9. J. 1. 25.

775) L. 21. pr. D. 27. 1. §. 4. J. 1. 25., vergl. mit L. 16. u. 21. C. 5. 62. Vat. fr. §. 139. L. 20. D. 27. 1.

776) L. 15. §. 11. D. 27. 1.

777) L. 15. §. 11. D. 27. 1. L. un. C. qui numero tut. (5. 69.)

778) Literatur: Leysor, de curatore furiosi med. ad Pand. spec. 347. von Bergl, über die mit der Vormundschaft über Gemüthsranke verbundenen Rechte und Obliegenheiten in den jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle, Nr. XIX, S. 219. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 33, S. 200—310. Kuborff, das Recht der Vormundschaft, Th. 1, S. 118—128.

778a) Cic. de invent. II. 50., Tusc. quaest. III. 5., de rep. III. 33. Auctor ad Herennium I. 18. Ulp. fr. 12. 2. §. 3. J. de curat. (3. 23.) L. 3. pr. D. 26. 1. L. 18. D. de curat. furiosi. (27. 10.) Vergl. Dirksen, Zwölftafelfragmente, S. 369—380.

779) L. 6. D. 27. 10. L. 8. §. 1. D. 26. 5. L. 28. §. 1. C. 5. 37. L. 25. C. de supliis. (5. 4.) L. 28. C. de episcopali aud. (1. 4.)

dauernd oder vorübergehend und mit lichten Zwischenschritten verbunden (§2⁷⁸⁰). Weiter ging die spätere Praxis, welche auch alle Geisteschwachen (*mentis capti, fatui, dementes*) unter eine *Datiocuratel* stellte⁷⁸¹). Die Untersuchung über das Vorhandensein des *furor* liegt dem Prätor ob⁷⁸²), und es wird ihm dabei namentlich zur Pflicht gemacht, darauf zu sehen, daß vom Curanden der *furor* nicht bloß fingirt werde in der Absicht, sich den öffentlichen Lasten zu entziehen. Das andere Erforderniß der Curation, ein gewisses Alter, beruht auf der Rechtsdoctrin, welche zunächst auf die Auctorität des *Quintus Mucius* und *Julianus* hin eine besondere Curation nicht zuließ, falls der Wahnsinnige schon seines Alters halber in der Pupillentutel stand⁷⁸³), und als späterhin auch noch die *cura minorum* hinzutrat, wurde das Nämliche auch für diese Gattung von Vormundschaften angenommen⁷⁸⁴), und so ist es für das Pandektenrecht allgemeine Regel geworden, auf den beziehe sich die *cura furiosi* und *mentis capti* nicht, welcher schon seines Alters halber unter Tutel oder Curatel stehe. Das Geschlecht macht in Betreff der Curation keinen Unterschied, da zweifelsohne auch Frauen darunter stehen⁷⁸⁵). — Die Dauer der Curation bestimmt sich nach der Dauer der Krankheit. Daher erlischt sie von selbst (*ipso iure*), wenn der Wahnsinn oder der Mößsinn aufhört, ohne daß es dazu eines *Decretes* der Obrigkeit bedarf⁷⁸⁶). Falls die Geisteskrankheit intermittirend ist, bleibt wegen der Ungewißheit der wirklichen Herstellung und wegen der nie ganz aufgehobenen Möglichkeit eines Rückfalles nach einer besonderen Verfügung Justinian's der Curator bis zum Tode des Pflegebefohlenen im Amte⁷⁸⁷), doch muß sich derselbe während der lichten Zwischenschritte aller Amtshandlungen enthalten, und hat mithin nur den Namen eines Curators, während der Pflegebefohlene für diese Zeit nicht allein Erbschaften antreten, sondern auch alle Rechtsgeschäfte so gültig wie jeder Andere, welcher seines Verstandes mächtig ist, abschließen kann.

2) *Cura prodigi*⁷⁸⁸). An die *cura* über Wahnsinnige schließt sich die über gerichtlich erklärte Verschwender. Sie beruht zunächst auf

780) Cic. *Tusc. quaest.* III. 5. L. 14. pr. D. de off. praes. (1. 18.) L. 20. §. 4. D. qui testam. facere. (28. 1.) L. 6. C. 5. 70. L. 9. C. qui testam. facere poss. (5. 22.)

781) §. 4. J. 1. 23. L. 1. §. 11. u. L. 2. D. de postuland. (3. 1.) L. 19. §. 1. D. de rebus auctor. iud. possid. (42. 5.)

782) L. 6. D. 27. 10.

783) L. 3. pr. D. 26. 1.

784) L. 3. §. 1. D. 26. 1. L. 1. C. 5. 70. §. 3. J. 1. 23.

785) L. 1. §. 10. L. 2. D. 8. 1. L. 8. §. 3. D. 26. 5. L. 4. D. 27. 10. L. 15. §. 1. D. ibid. L. 4. C. 5. 70.

786) L. 1. pr. D. 27. 10.

787) L. 6. C. 5. 70.

788) Literatur: Coppe, Versuch, die Lehre von juridischen Verschwendern systematisch zu bearbeiten. Darmstadt 1803. Waack, *diss. de prodigiis*, Groening. 1806. Wicksrling, *de cura prodigiorum secundum principia iuris Romani et hodierni*, L. B. 1821. Gestrading, über die *cura prodigi*, in dessen Ausbeute von Nachforschungen, Th. 1, Nr. 2, S. 47–70, Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 33, S. 181 fg. Kadarsch, die Lehre von der Vormundschaft, Th. 1, S. 129–141.

dem Grundsatz, daß einem Verschwenker das Commercium und die Administration des eigenen Vermögens durch den Magistrat gänzlich verboten werden könne, und dieser Grundsatz schreibe sich aus dem Gewohnheitsrechte her und der Gerichtspraxis, welches sogar über die Zeit der zwölf Tafeln hinauf reicht⁷⁸⁹). Diese Interdiction bestätigte das Zwölftafelgesetz und verfügte zugleich, daß solche Personen unter der Curation ihrer Agnaten, und wahrscheinlich auch ihrer Gentilen, stehen sollten⁷⁹⁰), und in späteren Zeiten hat sich für solche Fälle, in welchen dieß Gesetz und seine Interpretation die gesetzliche Curation ausgeschlossen, wie bei Libertinen und solchen Freigeborenen, welche ihren Vater nicht ab intestato beerbt haben, oder in welchen dieselbe wegen Unfähigkeit des gesetzlichen Verwandes nicht wirksam werden konnte, zur Ausschiffung eine Dativcuratel gebildet⁷⁹¹). Die Erfordernisse der Curatel sind folgende: a) es muß ein Verschwenker (*prodigus, eversor*) da sein. Die römischen Rechtsquellen bestimmen diesen Begriff so, daß dazu nicht allein eine Verwendung des Vermögens auf unnütze Dinge, oder eine Contrahirung von Schulden zu diesem Zwecke, sondern auch ein Mißverhältniß zwischen diesen Ausgaben und dem Capital des Vermögens gehört, dergestalt, daß dieß letztere über kurz oder lang consumirt werden würde, wenn man jener unverständigen Administration nicht Einhalt thäte⁷⁹²). Das Geschlecht des Curanden ist gleichgiltig, da auch Frauen unter dieser Curatel stehen⁷⁹³). b) Der Verschwenker muß als solcher gerichtlich anerkannt und ihm die Verwaltung seines Vermögens durch die Obrigkeit entzogen sein⁷⁹⁴). Das Recht zu einer solchen Prodigalitätserklärung steht nach Justinianischem Rechte in Rom dem Prætor und præfectus urbi, in den Provinzen den Statthaltern derselben zu⁷⁹⁵), und in Teuschland ist dazu jedes Civilgericht befugt. Die Erklärung selbst erfolgt nur auf den Antrag der nächsten Cognaten und Affinen⁷⁹⁶) oder sonstigen Interessenten, und zwar mit den Worten: *quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua dispendio liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi tua re commercioque interdico*⁷⁹⁷). Dieses Urtheil heißt

789) L. 1. pr. D. 27. 10. Pauli S. R. III. 4. A. §. 7. Bgl. Cic. de sen. c. 7.

790) L. 1. pr. D. 27. 10., vergl. mit Ulp. fr. 12. 2. L. 13. D. 27. 10. §. 3. J. 1. 23.

791) Ulp. fr. 12. 3. §. 3. J. 1. 23. L. 1. pr. u. L. 13. D. 27. 10.

792) L. 1. pr. D. 27. 10. Qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit. Pauli S. R. III. 4. A. §. 7. In der Interdictionformel heißt es: *quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua dispendio liberosque tuos ad egestatem perducis*. Bgl. L. 12. §. 2. D. 26. 5.

793) Pauli S. R. III. 4. A. §. 6. L. 15. D. 27. 10.

794) L. 10. pr. D. 27. 10. L. 18. pr. D. 28. 1. §. 2. J. quibus non est permisso. (2. 12.)

795) §. 2. J. 1. 23. L. 1. pr. D. 27. 10.

796) Auch im römischen Rechte finden sich Spuren dieser Postulation. L. 12. §. 2. D. 26. 5. Val. Max. VIII. 6. In L. 1. pr. D. 27. 10. ist diese Postulation hinzugefügt.

797) Pauli S. R. III. 4. A. §. 7.

in der Kunsfsprache *interdictum* 798), und hat die Wirkung, daß der Verschwender die *deminutio* oder das *ius in bonis*, d. h. das Recht Veräußerungen vorzunehmen, verliert 799), mithin nicht gültig zahlen, transigiren, Eide antragen kann 800), daß er ferner nicht gültig Promissionen leisten, also sich nicht verbürgen, auch nicht *iudicia* übernehmen darf 801), und daß er endlich das *Commercium* und, was als Theil desselben angesehen wird, die *testamenti factio* verliert 802). Weiter aber erstrecken sich die Wirkungen der *Interdiction* nicht; daher kann der erklärte Verschwender für sich erwerben, sich bereichern, sich etwas versprechen lassen, Schenkungen annehmen, zum eigenen Vortheile *Novationen* eingehen, Erbschaften antreten u. s. w. 803). Und wenn *Pomponius* dem Verschwender den Willen abspricht 804), und die Kaiser *Diocletian* und *Maximian* den Zustand desselben mit dem des Minderjährigen, welcher einen *Curator* hat, vergleichen 805), so versteht es sich von selbst, daß solche Äußerungen unter den angegebenen Beschränkungen nur von der *Deminutio*, der *Promission* und dem *Commercium* verstanden werden können. c) Der Verschwender muß großjährig sein. Schon die nahe Verbindung der vorliegenden *Curation* mit der über den Wahnsinnigen 806) deutet darauf, daß man zeitig das *Zwölftafelgesetz* hier auf ähnliche Weise, wie dort, gedeutet haben werde, und für das classische Recht steht die Regel fest, daß wer schon seines Alters wegen unter *Tutel* oder *Curatel* steht, nicht besonders wegen *Prodigalität* bevormundet werden könne 807). — Ist die *Curation* einmal angeordnet, so dauert sie so lange fort, bis ein Grund eintritt, welcher ihr Erlöschen herbeiführt. Ob dieß schon durch die Veränderung der Lebensweise und der Annahme einer häuslicheren *Wirtschaft* hervorgebracht werde, ist nach den Ansichten der neueren Rechtsgelehrten ungewiß, von denen *Donellus* 808) für diese Meinung sich ausspricht, indem er sich auf mehrere allgemein sprechende Stellen der classischen Rechtsgelehrten bezieht 809), während Andere zum Erlöschen der *Curation* noch ein *Decret* des *Prätors*, welches die *Interdiction* aufhebt, verlangen 810), und gerade dieß in den betreffenden Stellen der alten *Classiker* hinzubedenken.

798) *Horat. Sat. II. 3. vs. 217.*

799) *L. 10. pr. D. 27. 10.,* vergl. mit *L. 3. C. de in integrum rest. (2. 22.) L. 26. D. de C. E. (18. 1.) L. 6. D. 45. 1.*

800) *L. 29. D. de cond. ind. (12. 6.) L. 35. §. 1. D. de iureiur. (12. 2.)*

801) *L. 6. D. 45. 1. L. 9. §. 7. D. de R. C. (12. 1.) L. 18. §. 2. D. de castr. pecul. (49. 17.)*

802) *Paul. S. R. III. 4. A. §. 7 u. 12. Ulp. fr. 20. 13. L. 18. pr. D. 28. 1. §. 2. J. 2. 12.*

803) *L. 9. §. 7. D. 12. 1. L. 6. D. 45. 1. L. 3. D. de novat. (46. 2.)*

804) *L. 40. D. de R. I. (50. 17.)*

805) *L. 3. C. 2. 22.*

806) Sgl. *Jacobus Gothofredus, quatuor fontes iur. civ. p. 170.* Darauf deutet auch die Zusammenstellung beider *Curationen* in *Ulp. fr. 12. 2. L. 13. D. 27. 10. §. 3. J. 1. 23.*

807) *L. 1. C. 5. 70. §. 3. J. 1. 23.*

808) *Comm. de iure civili III. c. 22. §. 8.*

809) *Paul. S. R. III. 1. A. §. 12. L. 1. pr. D. 27. 10.*

810) *So Duarenus ad L. 6. D. de V. O. Schulting, not. ad*

3) *Cura debilium personarum*, d. h. über preßhafte Personen. Nach Analogie der Curacion über Wahnsinnige und Verschwörer hat sich durch die Praxis der vormundtschaftlichen Behörden der Grundsatz ausgebildet, daß man Allen, welche wegen körperlicher Gebrechen ihre eigenen Angelegenheiten nicht selbst verwalten können (qui propter infirmitatem rebus suis superesse non possunt), wenn sie nicht mehr unter der Pupillentutel und der *cura minorum* ⁸¹¹⁾ stehen, Vormünder bestellen könne ⁸¹²⁾ und müsse. So entstand die Curacion über preßhafte Personen, welche nach römischen Ansichten nur eine *cura dativa* ist ⁸¹³⁾, und nur auf den speciellen Antrag zur Bestelung eines Curators stattfinden kann ⁸¹⁴⁾. Dieser Antrag geht in der Regel von der preßhaften Person selbst aus; an ihre Stelle können aber auch andere Personen treten, in welchem Falle dann die Regeln, die in der *cura minorum* gelten, entscheiden. Die Zahl der preßhaften Personen ist in den römischen Rechtsquellen nicht geschlossen; als Beispiele kommen in denselben vor Taube und Stumme ⁸¹⁵⁾, ferner hi, qui perpetuo morbo laborant ⁸¹⁶⁾. Ausgeschlossen sind Blinde und alte Leute, selbst wenn sie durch das Alter zur Führung ihrer Geschäfte unfähig geworden, da sie sich einen Stellvertreter ernennen können ⁸¹⁷⁾; Nach teutschem Rechte können indeß nicht allein Blinde und Greise, d. h. Leute über sechzig Jahre, sondern auch Lahme sich von der Obrigkeit Curatoren erbitten, welche natürlich mit der von ihren Pflegesöhnen wieder erlangten Gesundheit und Geschäftsthätigkeit wieder abtreten, ohne daß es eines Decretes der Obrigkeit dazu bedürfte, so daß bei wiederholter Bedürftigkeit eine neue Bevormundung eintritt.

4) *Cura minorum* ⁸¹⁸⁾. Je weniger aus Mangel an juristischen Quellen für die ältere Zeit, und wegen der Undeutigkeit der uns erhaltenen alten Zeugnisse mit Bestimmtheit angegeben werden kann, ob und inwiefern die ersten Anfänge der *cura minorum* XXV annis in der

Dig. tom. IV. p. 505. Reinold Varior. a. 41. Gesterding, Ausbeute von Rechtsforschungen, Th. 1, S. 55. Puchta, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens, §. 322. Rudorff a. a. D. Th. 3, S. 230, 231.

811) Arg. L. 3. pr. u. §. 1. D. 26. 1.

812) L. 2. D. 27. 10. L. 12. pr. u. §. 1. D. 26. 5. §. 4. J. 1. 23.

813) L. 2. D. 27. 10. L. 12. pr. u. §. 1. D. 26. 5. L. 8. §. 3. D. ibid. §. 4. J. 1. 23.

814) Vergl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 33, S. 255.

815) L. 3. §. 3. D. de postulando. (3. 1.) L. 65. §. 3. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) L. 8. §. 3. u. L. 12. pr. D. 26. 5. §. 4. J. 1. 23.

816) L. 2. D. 27. 10. L. 12. D. 26. 5. §. 4. J. 1. 23. L. 3. §. 4. D. 3. 1.

817) Pauli. S. R. IV. 12. §. 9.

818) Unter den neueren Rechtsgelahrten, welche diese Lehre bearbeitet haben, verdienen besondere Aufmerksamkeit Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 29, S. 473 fig., Th. 30, S. 1—34. Rudorff, Lehre von der Vormundtschaft, Th. 1, S. 91—108. Savigny, von dem Schutze der Minderjährigen im römischen Rechte, und insbesondere von der lex Plaetoria in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 10, S. 232—297. Der zuletzt genannte Schriftsteller gibt auch S. 235, Note 1, eine Uebersicht der hieher gehörigen älteren Literatur.

lex Plaetoria zu suchen sind, und so zweckmäßiger scheint es für die gegenwärtige Untersuchung, welche zunächst nur das praktisch = Justinianische Recht sich zur Aufgabe der Darstellung macht, von der Constitution des Marcus Antoninus Philosophus auszugehen; durch welche diese cura erst bauernd begründet, und welche auch die Grundlage für das classische Pandektenrecht geworden ist⁸¹⁹). Der Begriff „Minderjährige“, welcher zunächst in Betracht kommt, ist hier nicht buchstäblich zu nehmen, sondern nur auf die *puberes minores XXV annis* zu beziehen. Es stehen also unter dieser Curatel nur *adulti*⁸²⁰ oder *adolescentes*⁸²¹), d. h. Personen, welche über 14 und resp. 12 Jahr alt sind, aber das 25. Jahr noch nicht vollendet haben. Körperliche und geistige Reife und Geschlecht machen in Betreff dieser Curation so wenig Unterschied, daß minderjährige Frauen, neben ihrem Geschlechtstutor zum Auctoritatem, auch noch den Minoritätscurator zur Verwaltung ihres Vermögens haben⁸²²). Die Bestellung des Curators ist der Obrigkeit zur Pflicht gemacht worden, und ihre Competenz wird nach den allgemeinen Regeln beurtheilt. Ihrer Natur nach ist diese Curatel eine freiwillige, da es noch im Justinianischen Rechte allgemeine Regel ist, daß Minderjährigen nur unter ihrer Einwilligung und auf ihr ausdrückliches Verlangen Curatoren zugeordnet werden⁸²³), doch wird es wohl nur ausnahmsweise vorgekommen sein, daß Minderjährige, welche Vermögen hatten, ohne Alterscuratoren waren⁸²⁴), da in der Lehre von der Petition und Postulation des Curators Gründe genug vorliegen, welche den Minderjährigen bestimmen mußten, sich zur Erbittung eines Curators auch gegen die eigene Neigung zu entschließen, so daß, wenn er selbst mit der Erbittung hörte, das Erbittungsrecht auf die Cognaten, Tutoren und sonstigen Interessenten überging. In dieser Petition lag zugleich das Recht, eine bestimmte Person dem Prator zur Uebernahme der Curation zu präsentiren, doch konnte die Bestätigung nicht ohne vorherige Inquisition erfolgen⁸²⁵). — War der Curator einmal ernannt, so hatte er für sich allein und ohne Zuziehung des Minderjährigen an dem Vermögen desselben ein eben so freies Verwaltungsrecht, als während der Unmündigkeit der Tutor⁸²⁶). Gegenstand der Verwaltung war das Vermögen, welches ihm der Prator zur Verwaltung zugewiesen, und das also zur Zeit seiner Ernennung bereits vorhanden sein mußte, wenn schon im Zweifel die Verwaltung auf

819) L. 1. §. 3. D. de minor. (4. 4.) Capitolin. Marc. cap. 10. Vgl. Savigny a. a. O. Th. 10. S. 262.

820) So schon in L. 1. §. 3 u. 4. D. 26. 7.

821) L. 1. §. 3. D. 4. 4. §. 2. J. 1. 23. etc.

822) Vat. fr. §. 110. L. 13. §. 2. D. 26. 5.

823) §. 2. J. 1. 23. L. 13. §. 2. D. 26. 5. etc. Vgl. Savigny a. a. O. Th. 10. S. 274.

824) L. 3. C. de in integr. rest. minorum. (2. 22.) L. 7. §. 2. D. de minoribus. (4. 4.) L. 6. C. qui petant. (5. 31.)

825) L. 13. §. 2. D. 26. 5.

826) L. 1. §. 3. 4. D. 26. 7. L. 14. §. 7. D. 46. 3. L. 7. §. 2. D. 4. 4. L. 1. §. 2. D. 27. 9.

das ganze Vermögen des Mündels ausgebeht ward ⁸²⁷). Erhielt das Vermögen des Mündels in der Folge einen Zuwachs, so mußte ein neuer Curator dafür erbeten, oder der Zuwachs dem alten Curator ausdrücklich zur Verwaltung überwiesen werden. Das Verhältniß des Adulten zum Curator ist ein anderes, als das des Pupillen zu seinem Tutor. Denn da beide Geschlechter nach erreichter Pubertät die unumschränkte Administration ihres Vermögens nach älterem Rechte erhielten, so erscheint der den Adulten beigeordnete Curator nicht als eine Person, welche, wie der Pupillentutor, die dem Pupillen mangelnde Persönlichkeit ergängt, solche vielmehr als eine solche, welche die volle Handlungsfähigkeit der Adulten in Betreff der Verwaltung ihres Vermögens durch sein Dazwischentreten beschränkt. Diese Ansicht wird auch durch die Art und Weise bestätigt, wie das classische Pandektenrecht das Verhältniß der Adulten gegen Dritte darstellt ⁸²⁸). Es können Adulten nämlich ohne Beitritt ihres Curators sich selbst durch Stipulationen verbindlich machen ⁸²⁹), ferner Erbschaften antreten oder die ihnen angebotene bonorum possessio annehmen ⁸³⁰), Restitutionen von Erbschaften vornehmen ⁸³¹), Zahlungen machen ⁸³²) und über eigene Forderungsrechte und Klagerrechte so unumschränkt disponiren, daß sie dieselben cediren ⁸³³), noviren, remittiren ⁸³⁴), sich deshalb vergleichen ⁸³⁵), Eide darüber zuschleßen ⁸³⁶), und selbst Zahlungen mit voller Liberationswirkung annehmen können ⁸³⁷), die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand natürlich vorbehalten, wenn nachgewiesen wird, daß der Adulte durch eine dieser Handlungen in Schaden gekommen. Damit hängt es ferner zusammen, wenn berührt wird, daß Verkäufe, welche der Minderjährige ohne den Consens seines Curators abgeschlossen hat, nur auf dem Wege der Restitution angefochten werden können ⁸³⁸). Eine solche Restitution wäre aber undenkbar, wenn das Geschäft, gegen welches dieselbe gewährt wird, in diesem Falle von Anfang an nichtig wäre. Auch ist den Adulten aus dem alten Rechte die Fähigkeit zu feierlichen civilen Rechtsgeschäften, wie Testamente, im Ganzen

827) L. 6. C. 5. 75. L. 3. C. 2. 22.

828) Bergl. Rareyoll, in wie weit kann nach römischem Rechte ein Minderjähriger, welcher einen bleibenden Curator hat, sich ohne den Consens dieses seines Curators durch Verträge verpflichten; in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Th. 2, S. 374—447. Rudorff, das Recht der Vormundschaft, Th. 2, S. 283—292.

829) L. 101. D. 45. 1. L. 43. D. 44. 7.

830) L. 12. C. de iure deliberandi. (6. 80.) L. 8. pr. C. de bonis, quae liberis. (6. 61.)

831) L. 1. §. 13 u. 14. D. 36. 1.

832) L. 3. §. 2. D. de SC. Macedoniano. (14. 6.) Tit. Cod. 2. 33. Si adversus solutionem a tutore, vel a se factam.

833) Vat. fr. §. 326.

834) L. 1. C. si adversus venditionem. (2. 28.)

835) L. 96. §. 1. D. 46. 3. L. 2. C. si adversus transact. (3. 32.)

836) L. 9. §. 4. D. de iurjur. (12. 2.) L. 4. pr. D. de iurjur. in lit. (12. 3.)

837) L. 7. §. 2. D. de minor. (4. 4.)

838) L. 3. C. de in integr. rest. minor. (2. 22.)

verblieben. Nur die Arrogation ist seit Claudius ohne Einwilligung aller Alterscuratoren nicht mehr möglich⁸³⁹), und das Nämliche gilt von allen Rechtsgeschäften, durch welche das Ende der Curatel sofort herbeigeführt wird⁸⁴⁰). Im späteren römischen Rechte ist den Minderjährigen auch die legitima persona standi in iudiciis abgesprochen worden, und zwar zuerst in Civilsachen⁸⁴¹), später auch in Criminalsachen⁸⁴²), selbst bei Appellationen⁸⁴³). Hat aber der Adulte ohne Beistand des Curators prozessirt, so wird die aus dem Urtheil entstehende actio iudicati und ex-ceptio nur ihm selbst, nicht aber gegen ihn gestattet. Und um dergleichen Inconvenienzen zu vermeiden, ist dem Gegner, welcher dabei interessiert ist, das Recht ertheilt worden, einen Prozeßcurator für den Unmündigen zu erbitten, wenn dieser keinen Curator hat und mit der Erbittung widerrechtlich zögert⁸⁴⁴). Die Dauer der cura minorum währt gewöhnlich bis zur Volljährigkeit, welche nach römischen Ansichten mit der Vollendung des fünfundsanzigsten Jahres eintritt und in den römischen Gesetzen bald legitima aetas, bald perfecta, statuta, iusta, matura aetas genannt wird. Die Zeit wird dabei nicht civiliter, sondern naturaliter, d. h. nach Kalendertagen berechnet, so daß selbst, wer am Schalttage geboren ist, erst mit Erreichung der Stunde und Minute der Geburt majorem wird⁸⁴⁵). Auch durch die Jahrgebung (venia aetatis) erlischt die Curation⁸⁴⁶). Diese Jahrgebung wurde im älteren Rechte als ein Act der gesetzgebenden Gewalt betrachtet⁸⁴⁷), und hing ganz von der Willkür des Kaisers ab. Die Bedingungen, an welche dieß Privilegium im Justinianischen Rechte geknüpft ist, schreiben sich aus einer Constitution von Constantin dem Großen⁸⁴⁸) her, welche mit einigen Weglassungen und Interpolationen in den Justinianischen Coder eingetragen worden. Diese Bedingungen sind im Einzelnen folgende: 1) Der Minderjährige muß ein gewisses Alter erreicht haben, welches in den Rechtsquellen firmata aetas heißt, und nach der Verschiedenheit des Geschlechtes verschieden ist; nämlich bei Männern wird das vollendete zwanzigste, bei Frauen das vollendete achtzehnte Jahr verlangt⁸⁴⁹). 2) Der Minderjährige muß sich dann mit der Supplik um Erlaß der übrigen Mündigkeitsjahre an den Kaiser wenden, wofür er indeß nicht noch specielle Gründe

839) L. 8. D. de adoptionibus. (1. 7.) L. 3. §. 6. D. 4. 4.

840) L. 5. C. de auctoritate praestanda. (5. 59.)

841) L. 1. u. 2. C. qui legitimam personam. (3. 6.) L. 1. C. in quibus causis in integrum. (2. 41.) L. 7. C. ad legem Iul. de adult. (9. 9.)

842) L. 4. C. 5. 59.

843) L. 10. C. de appell. (7. 62.)

844) §. 2. J. 1. 23. L. 2. C. 3. 6. L. 1. C. qui potant. (5. 31.)

845) L. 3. §. 3. D. 4. 4.

846) L. 1. C. de his, qui veniam aetatis. (2. 45.)

847) L. 1. u. 2. pr. u. 3. C. 2. 45.

848) L. un. Cod. Theod. de his, qui veniam aetatis impetraverunt. (2. 17.) L. 2. C. de his, qui veniam aetatis impetraverunt. (2. 45.) Vgl. *Marezoll*, Bemerkungen, Zweifel und Vermuthungen über einzelne Fragen aus dem röm. Civilrechte; in *Erslman's Magazin*, Bd. IV, S. 397—401.

849) L. un. §. 3. Th. C. 2. 17. L. 2. pr. u. §. 1. C. 2. 45.

anzuführen brauchte. Auf diese Supplik ertheilt dann der Kaiser das Privilegium in der Form des Rescriptes, welches nach dem Empfange 3) der Impetrant den competenten Behörden insinuirten muß. Ueber die Competenz dieser Behörden in Rom verfügte zuerst Constantin, daß für Senatoren der praefectus urbi, für perfectissimi der vicarius urbis, für equites Romani und alle übrigen Bürger der praefectus vigilum, für navicularii der praefectus annonae das rechte Forum sein sollte⁸⁵⁰), und Justinian hat durch Interpolation für Constantinopel bei Senatoren den praefectus urbi, bei allen Uebrigen den praetor plebis, in den Provinzen aber ohne allen und jeden Unterschied der Person den Statthalter der Provinz für competent erklärt⁸⁵¹). Männer müssen vor diesen Behörden in Person erscheinen, Jungfrauen und Frauen können sich auch durch ein Procurator vertreten lassen⁸⁵²). 4) Der Impetrant muß vor dieser Obrigkeit den Beweis führen, daß er das erforderliche Alter habe und daß er bisher einen ehrbaren Lebenswandel geführt. Männer sollen ihr Alter durch schriftliche Documente und ihre gute Aufführung durch Zeugen beweisen; Frauen haben nur ihr Alter durch wenigstens fünf Zeugen zu beweisen, ihr Ruf muß durch Notorietät gewiß sein⁸⁵³). Ueber die Beweisführung erfolgt ein richterlicher Bescheid, welcher nichtig ist, sobald er ohne geführten Beweis die Erfordernisse als vorhanden angenommen hat⁸⁵⁴). Die Wirkung der Jahrgabung ist die, daß von derselben an die Alterscuration aufhört, der Minderjährige die Verwaltung seines Vermögens bekommt (doch ist er noch bei dem Verlaufe von Grundstücken bis zur Volljährigkeit an den obrigkeitlichen Consens gebunden)⁸⁵⁵), und daß er für alle nach der Jahrgabung abgeschlossenen Geschäfte das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verliert⁸⁵⁶). — Was die heutige Anwendbarkeit der cura minorum anbetrifft, so ist sie durch den Einfluß des deutschen Rechtes ihres selbstständigen Charakters beraubt und mit der Pupillentutel insofern verschmolzen worden, als ein und derselbe Vormund das Vermögen des Mündels bis zur deutschrechtlichen Volljährigkeit ohne Unterbrechung fortverwaltet. Am interessantesten werden in dieser Beziehung die teutschen Reichsgesetze⁸⁵⁷), welche zwischen Pupillentutel und cura minorum nur einen Namensunterschied annehmen, während sie der Sache nach beide Vormundschaften für ein und dieselbe Vormundschaft ansehen, welche noch dazu von einer und derselben Person ohne Unterbrechung verwaltet wird, und damit stimmt auch die gemeine teutsche Praxis vollkommen überein. In der That ist

850) L. un. §. 2. Th. C. 2. 17.

851) L. 2. §. 2. C. 2. 45.

852) L. un. pr. §. 1. Th. C. 2. 17. L. 2. pr. §. 1. C. 2. 45.

853) L. 2. §. 1. C. 2. 45.

854) L. 2. §. 3. C. 2. 45.

855) L. 2. §. 2. C. 2. 45. L. 3. C. ibid., vergl. mit L. 10. C. de appellat. (7. 62.)

856) L. 1. C. 2. 45.

857) Reichspolizeiordnung von 1548, Tit. 81, §. 1, und von 1577. Bgl. Ruderff a. a. D. Th. 1, S. 114 ff.

also hierin das Justinianische Recht bei seinem Uebergange nach Deutschland völlig umgebildet worden, nicht als ob man geglaubt hätte, es sei unzwecmäßig und man müsse es absichtlich ändern, sondern man verstand es vielmehr gar nicht, und sah daher historisch irrig, aber dem praktischen Bedürfnisse ganz entsprechend, als bloßen Namenunterschied an, was doch in der Sache selbst sehr verschieden war⁸⁵⁸).

5) *Cura pupillorum*⁸⁵⁹). In den Justinianischen Rechtsbüchern wird neben der Tutel über Pupillen auch noch eine Curatel über dieselben erwähnt, über deren Bedeutung unter den neueren Juristen viel Streit herrscht. Nach der gewöhnlichen Meinung bezieht sich diese Curatation auf die seltenen Fälle, in welchen der Pupill schon einen Tutor hat, diese Tutel aber ausnahmsweise aus irgend einem Grunde umstößsam ist⁸⁶⁰). Allein wenn diese Ansicht auch scheinbar eine Stelle der Justinianischen Institutionen für sich hat⁸⁶¹), so ergibt sich doch aus der Vergleichung der übrigen Rechtsquellen, daß der Vormund eines Pupillen, wenn er durch das Gesetz bestimmt wird, allemal ein Tutor ist; bei legewilliger und obrigkeitlicher Vormundschaft aber kann er eben so gut Curator als Tutor sein, da eines Theils nach späteren Grundsätzen auch der Curator, welchen der Erblasser dem Pupillen im letzten Willen bestellt hat, von der Obrigkeit confirmirt werden muß⁸⁶²), anderen Theils weil der Vormund der Vormundschaftsbehörde das Recht zusteht, wenn sie es für gut findet, dem Pupillen statt eines Tutors einen Curator zu bestellen⁸⁶³), auch endlich gar nicht bezweifelt werden kann, daß der ordentliche Vormund eines Pupillen auch ein Curator sein könne⁸⁶⁴). Als die gewöhnlichsten Fälle, wo Pupillen Curatoren erhalten, kommen folgende in den römischen Rechtsquellen vor: wenn ein Prozeß zwischen dem Tutor und dem Pupillen vorliegt⁸⁶⁵); wenn bei Schulverhältnissen zwischen Mündel und Tutor ein Vormund zu abjungiren ist⁸⁶⁶); wenn der gesetzliche Tutor zur Verwaltung der Vormundschaft unfähig ist⁸⁶⁷); wenn bei der *suspecti tutoris postulatio* dem Tutor ein Curator beigegeben wird, wozu dessen Ruf geschont werden soll⁸⁶⁸); ferner bei der Verbannung des Tutor⁸⁶⁹), bei jeder temporären Excusation⁸⁷⁰), unter andern bei dem Wahn

858) Vergl. Savigny a. a. D. Th. 10, S. 296.

859) Vergl. v. Pöhl in Grolman's Magazine, Bd. 3, S. 433—454, u. Rudorff a. a. D. Th. 1, S. 80—90.

860) Vgl. Donellus, comm. de iure civ. lib. III. c. 10. u. Schweppe, im juristischen Magazine, Bd. 1, S. 110—115.

861) §. 5. J. 1. 23.

862) L. 1. §. 3. L. 2. §. 1. D. de confirm. tut. (26. 3.)

863) L. 9. §. 9. D. de administr. (26. 7.) L. 82. pr. D. Adl. L. 2. §. 44. D. ad SC. Tertull. (38. 17.) L. 19. D. de auct. tut. (26. 8.)

864) L. un. C. ubi petantur. (5. 32.) L. 10. C. quid dare. (5. 83.)

865) §. 3. J. de auctor. tut. (1. 21.) Theoph. ad h. l.

866) Nov. 72. c. 2.

867) §. 5. J. 1. 23.

868) L. 9. D. 26. 10. L. 6. C. 5. 43. §. 5. J. 1. 23.

869) L. 28. §. 2. D. de excus. (27. 1.) L. 14. §. 3. D. 46. 8.

870) L. 10. §. 6. D. 27. 1. §. 6. J. 1. 23.

firm des Tutor⁸⁷¹), dessen kurzer Abwesenheit⁸⁷²), Krankheit⁸⁷³) und hohem Alter⁸⁷⁴), endlich während des Prozesses über Remotion⁸⁷⁵) und Exemption. Aus dieser Uebersicht der hierher gehörigen Fälle ergibt sich vom selbst, daß in Fällen, wo Auctoritas nöthig wird, die Obgleichkeit sich eher zur Bestellung eines Tutors, als zu der eines Curators entscheiden wird, und in den meisten Fällen wird es völlig gleichgültig sein, welcher Art von Vormündern bestellt werden, weil im wichtigsten Punkte, in der Administration, beide Arten von Vormündern gleiche Dienste leisten, besonders seitdem die Representation immer allgemeiner zulässig geworden.

6) Cura (honorum) absentis⁸⁷⁶). Man versteht darunter die Realcuratel, welche der Prätor über die Gütermasse Gefangener oder Abwesender anordnet⁸⁷⁷). Der Curator ist kein legitimus curator, nur ein honorarius, und wird von der competenten Obgleichkeit nur auf den Antrag der nächsten Verwandten des Abwesenden bestellt⁸⁷⁸). Die Curatel ist eine wahre Realcuratel, da sie nur die Verwaltung der Güter, nicht aber die persönlichen Bedürfnisse des Abwesenden oder Gefangenen angeht⁸⁷⁹), und die Pflichten des Curators bestehen in der Custodia des Nachlasses, verbunden mit dem Rechte der nothwendigsten Verfügungen, der Anstellung der Klagen und der Defension gegen die von den Gläubigern des Abwesenden erhobenen Prozesse. Denn sie hatte nur den Zweck, das gewöhnliche Concursverfahren, die honorum venditio vom Abwesenden abzuwenden⁸⁸⁰). Diese Curatel erlischt mit der Rückkehr des Gefangenen oder des Abwesenden, oder mit dessen Tode; vorher ist auch eine Erbsfolge oder honorum possessio in solche Güter undenkbar, da dem römischen Rechte jede Todeserklärung fremd ist. Diese Form der Curatel hat die neuere Praxis auch auf andere Fälle ausgedehnt, in welchen sie nach römischem Rechte nicht stattfand, nämlich wenn unbekante, entfremdete und verbindeerte Interessenten da sind, oder die verhafteten Er-

871) L. 10. §. 8. D. 27. 1. L. 12. pr. D. ibid.

872) L. 15. u. 16. D. 26. 5. §. 2. J. 1. 25.

873) L. 10. §. 8. L. 11. u. 12. pr. D. 27. 1. L. 13. pr. D. de tut. (26. 1.)

874) L. 13. pr. D. 26. 1.

875) L. 7. C. 5. 48.

876) Pufendorf, observationes juris universi tom. IV. obs. 84. Quikorp, rechtliche Bemertungen, Th. 1, Nr. 16. Bülow, Abhandlungen über einzelne Materien des römischen bürgerlichen Rechtes, Th. 1, Nr. 12. Meßerding, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien, Th. 1, Nr. 13, 3, S. 338 fig. Heise und Cropp, juristische Abhandlungen, Th. 2, Nr. 4 u. 5. Rudowff, das Recht der Vormundschaft, Th. 1, S. 145 — 152.

877) L. 22. §. 1. D. de rebus auct. iud. possid. (42. 5.) L. 15. pr. D. ex quibus causis maioros. (4. 6.) L. 6. §. 2. D. quibus ex causis in pona. (42. 4.) L. 1. §. 4. D. de mun. et hon. (60. 4.) L. 6. §. 4. D. 26. 1. L. 2. §. 30. D. 88. 17.

878) L. 3. C. de postlim. revers. (8. 51.)

879) L. 22. §. 1. D. 42. 5. L. 15. pr. D. 4. 6. L. 6. §. 2. D. 42. 4. L. 1. §. 4. D. 50. 4.

880) L. 6. §. 2. D. 42. 4.

riminalverbrecher vermögend stnd. — Auf ganz anderen Grundsätzen beruht die dem römischen Rechte ganz unbekannte Dativcuratel über Verschollene. Durch die Praxis der teutschen Gerichte ist nämlich der Grundsatz aufgekommen, daß, wenn der Aufenthaltsort eines Abwesenden unbekannt ist, die nächsten Erben desselben auf Edictalcitation des Abwesenden unter Androhung der Todeserklärung antragen und, wenn derselbe ausbleibt, keinen Procurator bestellt, auch sonst keine Nachricht von seinem Aufenthaltsorte gibt, die Anordnung einer Curatel über sein Vermögen verlangen können⁸⁸¹). Diese Curatel wird dann dem nächsten präsumtiven Erben des Verschollenen eingeräumt, ohne Unterschied, ob dieser sein Erbrecht aus einem Testamente, einem Erbvertrage oder aus der Verwandtschaft herleitet, und wenn mehrere gleich nahe Erben vorhanden sind, so werden sie Concuratoren. Man muß diese Curatel nicht gerade als eine bedingte oder anticipirte Succession ins Vermögen des Verschollenen ansehen, als vielmehr als eine Einräumung des Güterbesitzes zur Sicherung künftiger Erbanprüche. Darnach ist nicht allein die Fähigkeit zur Uebernahme der Curatel, sondern auch die Verpflichtung zur Cautionleistung zu beurtheilen. Auch sind die Berechtigungen des Curators zur Vornahme von Handlungen, welche die seiner Obhut anvertraute Gütermasse betreffen, mehr nach Analogie des creditor in possessionem missus, als nach der des gewöhnlichen Curator zu beurtheilen, so daß sogar die Verpflichtung zur jährlichen Rechnungsablegung nicht mit Unrecht in Abrede gestellt wird⁸⁸²). Die besonderen Gründe, aus welchen diese Curatel erlischt, lassen sich alle auf den Wegfall der Bedingungen, unter welchen der Curator angeordnet wurde, zurückführen. Es erlischt also diese Curatel, wenn der Abwesende zurückkommt, von seinem Leben beglaubte Nachricht gibt, einen Procurator bestellt, stirbt, oder auch durch Urtheil und Recht für todt erklärt wird. Durch den Tod des Curators erlischt sie wohl auch, da man eine Vererbung der Curatel auf den Grund einer anticipirten Succession hin heutzutage schwerlich mehr wird vertheidigen können.

7) Cura haereditatis. Bei der Erbschaft kommen mehrere Curationen vor, von denen die gewöhnlichste die erst von den neueren Rechtsgelehrten sogenannte cura haereditatis iacentis dann stattfindet, wenn es bei einer Erbschaft noch ungewiß ist, ob ein Erbe zu erwarten sei oder nicht⁸⁸³), wohin auch der Fall der Deliberation von Seiten der im Testamente eingesetzten Erben gerechnet wird⁸⁸⁴). Ihrer Natur nach

881) Carpzov, iurisprud. for. P. III. const. XV. defin. 48. n. 2. Schorch, meditationes, in quibus praecipua capita de cura bonorum absentium examinantur (Lipsiae et Francof. 1761, 4.) §. 3. Rudorff a. a. D. Th. 1, S. 148.

882) Carpzov l. c. defin. 55. Böhmer, Rechtsfälle, Bd. 3, Abth. 1. Resp. 176. qu. 5. n. 26. Pfeiffer, praktische Ausführungen, Th. 2, S. 261.

883) L. 2. D. de feriis et dilat. (2. 12.) L. 8. u. 9. pr. D. 42. 4. L. 1. §. 4. D. 50. 4.

884) L. 3. D. de curat. furiosi. (27. 10.)

ist diese Curatel eine Dativ-⁸⁸⁵⁾ und Realcuratel⁸⁸⁶⁾, welche mit der im bona missio, in die haereditas iacens auf das Genaueste zusammenhängt⁸⁸⁷⁾, dem Curator die Verpflichtung, die Gütermasse zu beaufsichtigen und zusammenzubehalten, auferlegt⁸⁸⁸⁾ und gerade so lange dauert, bis die Ungewißheit in Betreff des Erben gehoben ist. Denn von diesem Augenblicke an ist für die Curation überhaupt kein Raum mehr, da eines Theils, wenn gar kein Erbe vorhanden ist und der Populus auch die bona vacantia nicht agnosciert, sofort Concurs eröffnet wird⁸⁸⁹⁾, anderen Theils, wenn ein Erbe die Erbschaft erwirbt, von einer Curatel aus anderen Gründen nicht mehr die Rede sein kann. — Ein anderer Fall, wo eine Curatel bei Erbschaften eintritt, ist folgender. Wenn der unter einer Suspensionsbedingung eingesetzte Erbe diese Bedingung nicht erfüllen, oder sonst die Erbschaft nicht antreten will, wird ganz analog mit den oben angeführten Grundsätzen ebenfalls Concurs in das Vermögen des Verstorbenen eröffnet⁸⁹⁰⁾, und nur wenn drückende Erbschaftsschulden abgezahlt werden sollen, oder ein Pupill ohne Tutor ist, wird einstweilen ein Curator ernannt, welcher die Schulden abzahlt, oder die Erbschaft verwaltet⁸⁹¹⁾, bis sich ihr Schicksal entscheidet, d. h. bis zum Ausbruche des Concurses oder bis zum Antritte der Erbschaft.

8) Cura ventris und 9) Cura ex edicto Carboniano. Hierüber siehe den Artikel Bonorum possessio (in bona missio) Nr. 5 u. 6.

Getrieb.

Darbanariat ist ein Begriff, für dessen Bezeichnung sich in der deutschen Sprache kein vollständig erschöpfender Ausdruck findet. Darbanarii werden im römischen Rechte diejenigen genannt, welche durch künstliche Mittel den Preis von Waaren und Lebensmitteln über seine natürliche Höhe treiben, um alsdann durch den Verkauf derselben um so größeren Gewinn zu machen¹⁾. Ein solches Verfahren ist sowohl im römischen Rechte²⁾ als auch in deutschen Reichsgesetzen³⁾ mit Strafe be-

885) L. 2. D. 2. 12.

886) Vergl. die Stellen in Rott 883.

887) L. 8. u. 9. pr. D. 42. 4.

888) L. 1. §. 4. D. 50. 4.

889) L. 1. §. 1. D. de iure fisci. (49. 14.) L. 5. C. de bonis auct. sed. poss. (7. 72.) Ueber das ältere Recht vergl. Cic. pro Quinctio cap. 19. §. 60. Calus inst. III. §. 78.

890) L. 1. pr. D. de curat. bonis dando. (42. 7.) L. 23. §. 2. D. de heredibus instit. (28. 5.)

891) L. 1. §. 2. D. 42. 7.

1) L. 6. pr. D. de extraord. crim. (47. 11.) Die Benennung leitet man her von einem gewissen Darbanus, der durch schwarze Künste das Getreide verborgen und theurer gemacht haben soll. Vgl. Tib. Decianus, tract. criminal. lib. VII. cap. 22. §. 7. Sam. Stryk, opp. tom. I. p. 28.

2) L. 6. D. cit. L. 2. D. de leg. Jul. de annon. (48. 12.) L. un. C. de monopol. (4. 59.)

3) R.-X. von 1512, §. 16, von 1524, §. 27, von 1529, §. 34, von 1530, §. 135, von 1532, Tit. wucherl. Contract. R.-P.-D. von 1548, Tit. 18, und von 1577, Tit. 18.

bedeutet, so daß der Begriff eines Verbrechens entsteht, welches man Dardaniat zu nennen pflegt. Was den Charakter dieses Verbrechens betrifft, so ist es nicht unbestritten, ob dasselbe begangen werden kann in Beziehung auf alle Gegenstände des Handelsverkehrs, oder nur in Beziehung auf die zum Lebensunterhalte unmittelbar notwendigen Erfordernisse. Das Letztere wird von vielen Schriftstellern behauptet⁴⁾, während Andere mit strengerer Anschließung an die Gesetze eine solche Beschränkung nicht machen, sondern alle Gattungen von Waaren, welche im Handel und Wandel vorkommen, als Gegenstand dieses Verbrechens betrachten⁵⁾. Denn im römischen Rechte heißt es ganz allgemein: *ne dardaniarii ullius mercis sint*⁶⁾, sowie auch die Reichsgesetze das Verbot des Kaufes und Vorlaufes, der eine Unterart des Dardaniates ist, auf „allerlei Waaren und Kaufmannsgüter, Spezerei, Erz, wollen Tuch, Wein, Korn und anderes dergleichen“ erstrecken⁷⁾. Gewissermaßen in der Mitte steht die Meinung, nach welcher das Verbrechen des Dardaniates in Beziehung auf alle gemein verkäuflichen Waaren: soll bezogen werden können⁸⁾. Und diese Meinung scheint sowohl mit dem Gesetze, als mit der Natur der Sache am besten in Uebereinstimmung zu stehen. Denn wie die Gesetze gar keinen Anhaltspunkt für jene Beschränkung gewähren, so kann auch kein innerer Grund für dieselbe angeführt werden. Wenn es einmal in Beziehung auf die zum Lebensunterhalt unmittelbar notwendigen Bedürfnisse verwerflich und strafbar erscheint, die Preise derselben höher zu treiben, als sie außerdem nach dem natürlichen Gange des Handels gewesen sein würden, so kann der Grund davon nur darin liegen, daß damit eine ungebührliche Uebervorteilung gegen das consumirende Publicum begangen wird, welche zwar nicht als eine unmittelbare Rechtsverletzung der Einzelnen, aber doch als ein Nachtheil für die allgemeine Wohlfahrt angesehen werden kann. Denn es scheint nicht angenommen werden zu dürfen, daß der Grund der Strafbarkeit darin liege, daß durch das Verbrechen ein, wenigstens mittelbarer Angriff auf die Subsistenz der Einzelnen gemacht würde, indem ihnen etwa die dazu nöthigen Mittel entzogen oder unzugänglich gemacht würden, da daß weder in der Absicht des Handelnden gelegen zu haben, noch in Folge der Handlung eingetreten zu sein braucht, um das Dasein des Verbrechens zu begründen. Der angegebene Grund aber, daß nämlich das Publicum ungebührlich übertreibt, trifft auch bei anderen Handelsgegenständen zu, wenn deren

4) J. B. Littmann, Handbuch, III. §. 559. Kleinschrob, im alten Archiv des Crim.-R. III. S. 94, §. 5.

5) Martin, Lehrbuch, §. 263.

6) L. 6. pr. D. cit.

7) Spezerei, Erz, und wollen Tuch sind zwar nicht mehr in der R.-P.-D. von 1577, aber in dem R.-A. von 1512 und 1530 erwähnt. Indessen kann nach der ganzen Fassung der R.-P.-D. von 1577 nicht angenommen werden, daß diese Artikel aus dem Begriffe des Verbrechens hätten ausgeschlossen werden sollen.

8) J. B. Feuerbach, Lehrbuch, §. 441. Senke, Handbuch, III. §. 213. Pfeiffer, Lehrbuch, §. 476.

Preis höher getrieben wird, als er außerdem nach dem natürlichen Gange des Handels gewesen sein würde. Auf der andern Seite aber ist nicht zu verkennen, daß von einer solchen Ueberschneidung des Publicums nur die Rede sein kann in Ansehung solcher Sachen, welche Gegenstände des allgemeinen und regelmäßigen Bedürfnisses und Verbrauches sind, und deshalb gemeinverklärliche genannt werden können. In Beziehung auf Sachen anderer Art kann zwar von dem Verkäufer ebenfalls Veranlassung getroffen werden, daß der Einzelne, der sie sich anschaffen will, dieselben zu theuer bezahlen muß, aber es wird damit keine Ueberschneidung des gesammten Publicums, keine Verletzung der allgemeinen Wohlfahrt begangen. Somit scheint die Frage, in Beziehung auf welche Sachen Dardanariat begangen werden könne, darnach beantwortet werden zu müssen, ob dieselben von der Gesammtheit, oder wenigstens einem großen Theile des Publicums regelmäßig verbraucht werden, oder ob nur von Einzelnen in einzelnen Fällen Nachfrage darnach geschieht. Am häufigsten und leichtesten wird das Verbrechen vorkommen in Ansehung der zum gemeinen Leben notwendigen Bedürfnisse, als Getreide, Wehl, Brod, Butter, Fleisch, Gemüse, Holz, Del u. dgl., wie denn auch Viele aus dem in Ansehung der gewöhnlichsten Lebensmittel begangenen Dardanariat ein besonders orizum fraudatae (oder anonestae oder vexatae) annomae bilden⁹⁾. Nach dem Bisherigen müssen aber auch Zucker, Kaffee, Zobel und ähnliche Gegenstände, welche durch Angewöhnung Gegenstände des allgemeinen und regelmäßigen Bedürfnisses geworden sind, als Objecte des Verbrechens angesehen werden. Daß auch Tuch und die zur gewöhnlichen Bekleidung gehörigen Sachen dazu gerechnet werden müssen, scheint um so weniger bezweifelt werden zu dürfen, als die Reichsgesetze ausdrückliche Anweisung dazu geben. Auch auf solche Sachen, welche nicht unmittelbar und in ihrem ursprünglichen Zustande von dem Publicum verbraucht werden, sondern erst, nachdem sie durch den Fabrikanten oder Handwerker eine weitere Bearbeitung erfahren haben, zu Gegenständen des allgemeinen und regelmäßigen Verbrauches werden, ist der Begriff des Verbrechens unbedenklich zu beziehen. Denn durch den übertriebenen Preis dieser Sachen muß natürlich der Preis der Fabrikate, die aus ihnen gefertigt werden, ebenfalls übertrieben und mithin eine gleiche Ueberschneidung des Publicums begangen werden. Dagegen kann das Verbrechen nicht verübt werden in Ansehung solcher Sachen, welche sich Einzelne bloß aus Neigung und Laune anschaffen, wie Pretiosen und Schmuckfachen, ausgefuchte Speisen und Getränke, und endlich aller Sachen, deren Preis nicht durch das Bedürfniß Anderer, sondern bloß durch den Werth bestimmt wird, welchen Einzelne auf den Besitz derselben setzen¹⁰⁾. Darn theils würden hier eben nur Einzelne überverschneidung werden, theils würde überhaupt kaum von einer Ueberschneidung die Rede sein können, indem der Einzelne, der den bestimmten Preis für eine solche Sache zahlt,

9) Feuerbach, §. 441. Annona bedeutet den Inbegriff der gewöhnlichen Lebensbedürfnisse. Matthaeus, de criminib. lib. 48. tit. 9.

10) Kunstfachen, seltene Naturalien, Curiositäten.

damit zu erkennen gibt, daß sie ihm in der That so viel werth gewesen. — In Ansehung des Thatbestandes dieses Verbrechens ist ferner nicht unbestritten, ob dasselbe nur dolos, oder ob es auch culpos begangen werden könne, so daß auch derjenige, der durch bloße Fahrlässigkeit Mangel oder Vertheuerung gemeinverkäuflicher Waaren veranlaßte, sich des Dardanariates schuldig mache¹¹⁾. In den Gesetzen ist aber nirgends von culposem Dardanariate die Rede, wie denn auch die Neueren wohl einstimmig nur dolose Begehung dieses Verbrechens annehmen. Ueber die besondere Richtung aber, welche der Dolus dabei haben müsse, herrscht keineswegs Uebereinstimmung. Viele sind der Meinung, daß die Absicht nur darauf gerichtet zu sein brauche, entweder Vertheuerung oder Mangel der Gegenstände zu bewirken, mit welchen das Verbrechen überhaupt begangen werden kann¹²⁾. Andere sind dagegen der Ansicht, daß die Absicht des Handelnden eine eigennützige und gewinnlüchtige gewesen sein müsse, so daß die Absicht, die Waaren seltener oder theurer zu machen, wenn nicht zugleich die, Gewinn davon zu ziehen, hinzukomme, zum Thatbestande des Verbrechens nicht ausreiche¹³⁾. Diese letztere Ansicht scheint in der That die richtige zu sein. Denn in dem römischen Rechte ist ausdrücklich von der avaritia der Dardanarier die Rede¹⁴⁾, und in den Reichsgesetzen kommt nichts vor, woraus auf eine Abänderung des römischen Rechtes geschlossen werden könnte¹⁵⁾. Auch leuchtet es von selbst ein, daß ein anderes Verbrechen, als Dardanariat begangen wird, wenn Jemand Mangel und Vertheuerung von Waaren blos als Mittel, andere verbrecherische Zwecke damit zu verfolgen, z. B. Unzufriedenheit und Unruhe im Volke zu bewirken, hervorzubringen sucht. Das Verbrechen wird begangen durch alle Handlungen, welche den Zweck haben, den Preis der Waaren über seine natürliche Höhe zu treiben. Die citirten Reichsgesetze erwähnen namentlich das schon im römischen Rechte ausgezeichnete ungebührliche Monopolisiren¹⁶⁾, welches darin besteht, daß Jemand die Waaren allein in seine Hand und Gewalt bringt, um alsdann den Preis derselben nach eigenem Willen und Gefallen zu bestimmen. Vorzüglich geschieht das durch den Auf- und Vorlauf, der von den Reichsgesetzen ausdrücklich hervorgehoben, und deßhalb auch als eine besondere Unterart des Dardanariates bezeichnet werden kann¹⁷⁾. Eine andere Begehungsort, deren römisches Recht und Reichsgesetze Erwähnung thun, besteht darin, daß sich die Verkäufer der Waaren gegen einander verbinden, dieselben nicht anders, als um den willkürlich von ihnen gesetz-

11) Wie Kleinschrod behauptet, im alten Archiv des Gr.-R. III. C. 94 u. 97.

12) J. B. Heffter, §. 476.

13) J. B. Martin, §. 263.

14) L. 6. pr. D. cit.

15) Dasselbe ist von betrüglischen, gefährlichen, ungebührlichen und schädlichen Auf- und Vorläufen die Rede.

16) L. un. C. de monopol. (4. 59.)

17) Mehrere, z. B. Tittmann, §. 558, machen aus dem Vor- und Aufkauf die Haupttribit, unter welcher sie die übrigen Fälle des Dardanariates abhandeln.

ten Preis dem Publicum abzulassen¹⁸⁾. Außerdem erwähnt das römische Recht noch andere Weisen, in welchen das Verbrechen begangen werden kann, namentlich Auffpeicherung und Zurückhaltung der eigenen Vorräthe in Erwartung theurer Zeiten, Verhinderung der Zufuhr und Vernichtung von Waarenvorräthen¹⁹⁾. Auch den Gebrauch falschen Maßes und Gewichtes rechnet das römische Recht unter die Weisen, auf welche Dardanariat begangen werden könne, obgleich natürlicher Weise diese Handlung auch als Verbrechen der Fälschung aufgefaßt werden kann²⁰⁾. Daß der Handelnde seinen Zweck wirklich erreicht habe, ist nach römischem Rechte zum Eintreten der vollen Strafe nicht erforderlich, indem dazu vielmehr genügt, daß die Handlung vollendet war, durch welche er erreicht werden sollte²¹⁾. Allein deswegen darf noch nicht angenommen werden, wiewohl einstimmig von den Neueren zu geschehen scheint, daß nach den Principien unseres heutigen gemeinen Rechtes die volle Strafe in denselben Fällen eintreten könne, in welchen nach römischem Rechte darauf erkannt werden konnte. Denn jene Bestimmung des römischen Rechtes ist nur eine Consequenz des in denselben vorherrschenden subjectiven Gesichtspunktes, während dagegen der in dem Art. 178 der Carolina anerkannte objective Gesichtspunkt des germanischen Rechtes auch bei diesem Verbrechen Berücksichtigung finden muß. Darnach muß aber nach heutigem Rechte zum Eintreten der vollen Strafe allerdings erfordert werden, daß in der That in Folge der Handlung ein erhöhter Preis der Waaren eingetreten sei²²⁾. Dazu gehört zwar nicht, daß der Verkäufer denselben erhalten und mithin den beabsichtigten ungebührlichen Gewinn wirklich bezogen habe, wohl aber das, daß er denselben verlangt und bewirkt habe, daß die Waaren um keinen anderen, als den von ihm willkürlich gesetzten Preis von dem Publicum erlangt werden konnten²³⁾. Und insofern von vollendetem Verbrechen nur die Rede sein kann, wo auf die volle Strafe erkannt werden kann, muß bis zu dem angegebenen Momente bloßer Versuch des Dardanariates angenommen werden. Nach diesen Bemerkungen über den Thatbestand des Dardanariates kann der Begriff dieses Verbrechens dahin angegeben werden, daß dasselbe in der in gewinnsüchtiger Absicht hervorgebrachten Vertheuerung gemeinverkäuflicher Waaren bestehe. Die Strafe dieses Verbrechens ist nach römischem Rechte eine willkürliche, welche nach Verschiedenheit der Fälle bald in Entziehung der Handelsfreiheit, bald in damit verbundener Relegation, bei Personen niedrigen Stan-

18) L. un. C. cit. R. P. D. von 1577, Tit. 18, §. 1.

19) L. 6. pr. D. cit. L. 2. pr. §. 1. D. de leg. Jul. de annon. (48. 12.)

20) L. 6. §. 1 u. 2. D. de extraord. crim. (47. 11.)

21) Vergl. meine Abhandlungen aus dem gemeinen Strafrechte, Bb. I, S. 256.

22) Ueber das Princip, nach welchem hier verfahren werden muß, vergl. meine Abhandlungen S. 508 fig., und damit übereinstimmend Zacharia, die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 2. Theil, S. 185 fig.

23) Es verhält sich hier ebenso, wie mit dem Verbrechen der Fälschung, welches nach heutigem Rechte auch erst vollendet ist, nachdem Gebrauch von den verfälschten Gegenständen gemacht worden war. Vergl. meine Abhandlungen, S. 492 fig.

des in öffentlicher Arbeit bestehen soll²⁴). Bei den *crimen fraudatae annonae* tritt eine Geldstrafe von zwanzig aurei ein²⁵). Vorzüglich strafbar ist nach römischem Rechte das eigenmächtige Monopolisiren, welches mit Einziehung des Vermögens und lebenslänglichem Exile bedroht ist²⁶). Diejenigen Kaufleute, welche sich verabreden, die Waaren nicht anders, als zu einem bestimmten Preise abzulassen, soll eine Geldstrafe von vierzig Pfund Goldes treffen²⁷). Für den Auf- und Verkauf ist von den Reichsgesetzen ebenfalls Landesverweisung nebst Confiscation des Vermögens, wovon dem Denuntianten der vierte Theil zufallen soll, als Strafe vorgeschrieben²⁸). Nach Gerichtsgebrauch ist aber die Strafe der Landesverweisung abgekommen, und eine kurze Gefängnißstrafe oder entsprechende Geldbuße an deren Stelle getreten, sowie auch nach denselben die Confiscation nicht mehr auf das gesammte Vermögen erstreckt, sondern auf die aufgekauften Waaren beschränkt wird²⁹). Für die übrigen Begehungsweisen des Dardanariates findet sich in den einheimischen Quellen keine Strafbestimmung, so daß hier nach der Anleitung des römischen Rechtes eine angemessene Geldstrafe oder Gefängnißstrafe eintreten muß. — Nicht unter den eigentlichen Begriff des Dardanariates, der in der Uebertheuerung von Waaren besteht, aber unter den gleichen Gesichtspunkt fällt es, wenn Handwerker, mögen sie zünftig oder nicht zünftig sein, durch gemeinsame Uebereinkunft einen übertriebenen Preis ihrer Arbeit festsetzen, und sich gegenseitig verbindlich machen, nicht anders als um diesen dem Publicum zu arbeiten. Im römischen Rechte ist dagegen eine Geldstrafe von vierzig Pfund Goldes, in den Reichsgesetzen eine willkürliche Bestrafung angedroht³⁰). — In den neueren Particulargesetzbüchern ist theils der Begriff des Dardanariates auf engere Grenzen zurückgezogen, theils das ganze Princip aufgegeben worden, nach welchem er in der gemeinrechtlichen Gesetzgebung mit Strafe bedroht ist. Denn es ist nicht zu verkennen, daß unter das Strafverbot des gemeinen Rechtes auch noch solche Handlungen fallen können, welche nach dem Princip der Handels- und Gewerbefreiheit gestattet sein müssen, sowie auf der anderen Seite gerade in der Freiheit des Handels und der Gewerbe das sicherste Mittel liegt, das Publicum gegen die Umtriebe der Producenten, Kaufleute, Fabrikanten und Handwerker sicher zu stellen. Daher hat man bei Abfassung des sächsischen und württembergischen Strafgesetzbuches geglaubt, das ganze Verbrechen mit Stillschweigen übergehen zu können. Nach dem österreichischen Gesetzbuche über schwere Polizeiübertretungen sollen Gewerbsleute, welche sich verabreden, um den Preis einer Waare oder einer Arbeit

24) L. 6. pr. cit.

25) L. 2. §. 2. D. de leg. Jul. de annon. (48. 12.)

26) L. un. C. de monopol. (4. 59.)

27) L. un. C. cit., wornach auch die Obrigkeit, welche sich Commenz dabei zu Schulden kommen läßt, mit einer Geldbuße von 50 Pfund Goldes belegt werden soll.

28) R.-P.-D. von 1577, Tit. 18, §. 2 u. 9.

29) Littmann, §. 560. Henke, Handbuch, III. §. 213.

30) L. un. C. cit. R.-P.-D. von 1577, Tit. 37.

zu erhöhen oder um Mangel daran zu verursachen, mit strengem Arrest bis zu drei Monaten bestraft werden. Wenn Gewerbsleute, welche nothwendige Bedürfnisse des täglichen Unterhaltes zum allgemeinen Ankaufe feilbieten, ihren Vorrath verheimlichen, oder irgend einem Käufer etwas davon zu verabfolgen sich weigern, so sollen dieselben mit einer Geldstrafe von zehn bis fünfzig Gulden, bei der zweiten Uebertretung mit Verdopplung dieser Strafe und bei der dritten Uebertretung mit dem Verluste ihres Gewerbes bestraft werden. Wenn die Verheimlichung oder Verweigerung zur Zeit einer öffentlichen Unruhe stattfand, so soll der Schuldige mit dem Verluste des Gewerbes und mit sechsmonatlichem Arreste, und wenn er die Absicht hatte, die öffentliche Unruhe zu vergrößern, mit der Strafe des Aufruhrs belegt werden⁸¹⁾. Im preussischen Landrechte wird *Dardanaiat* der Fall genannt, da Jemand wider ein ausdrückliches Verbot des Staates sein Getreide verheimlicht oder zurückhält. Die Strafe ist Confiscation des übermäßigen Vorrathes, worunter derjenige verstanden wird, der den doppelten Betrag der eigenen Nothdurft bis zur Ernte übersteigt⁸²⁾. Nach Bestimmung der Polizeigesetze eines jeden Landes soll aber bestraft werden, wer durch Auf- oder Vorkauferei Lebensmittel und andere gemeine Bedürfnisse vertheuert, oder die Zufuhr derselben zu den öffentlichen Märkten zu hindern oder zu schwächen unternimmt⁸³⁾. Von einem ganz anderen Gesichtspunkte geht das bayerische Gesetzbuch aus, indem es Denjenigen mit vier bis acht Jahr Arbeitshaus bedroht, der durch Vernichtung von Lebensmitteln und anderen nothwendigen Bedürfnissen Mangel dieser Sachen im Publicum veranlaßt hat⁸⁴⁾. Denn hier ist es theils die Beschädigung des Eigenthums, theils die verursachte öffentliche Calamität, wodurch die harte Strafe begründet ist. In ähnlicher Weise läßt auch das preussische Landrecht, wenn Jemand, um einen Mangel an Lebensmitteln oder anderen Bedürfnissen im Publicum zu veranlassen, dergleichen Sachen verdirbt, sechs- bis zehnjährige Zuchthausstrafe, und bei wirklich entstandenem Mangel Ausstülpung und lebenslängliche Festungsarbeitsstrafe, und wenn ein Mensch dabei ums Leben gekommen ist, Todesstrafe eintreten⁸⁵⁾.

Luden.

Darlehn, mutuam, ist eine Summe Geldes oder eine Quantität anderer vertretbarer Sachen, welche der Eine, der *creditor* oder *mutuo dante*, dem Anderen, dem *debitor* oder *mutuus* oder *mutuo accipiens*, zum Eigenthum übergeben hat, unter der Verbindlichkeit, ihm eine

81) Oesterreich. G.-B. Th. II, §. 226 fig.

82) Preuss. L.-R. Th. II, Tit. 20, §. 1290 fig.

83) §. 1292. Durch eine Verordnung vom 20. November 1810 sind aber die Bestimmungen des Landrechtes gegen Vor- und Aukauf aufgehoben. Nach denselben ist das Vor- und Aukauf nur verboten, wenn es an Markttagen an einem andern Orte, als auf dem Marktplatz geschieht. Wenn das Object unter 5 Thlr. werth war, ist die Strafe Confiscation; außerdem eine Geldbuße von 5 bis 100 Thlrn. nach dem Ermessen der Polizeibehörde.

84) Bayer. G.-B. Art. 245.

85) Preuss. L.-R. Th. II, Tit. 20, §. 1500—1503.

gleiche Quantität von gleicher Qualität zurückzugeben¹⁾. Das mutuum kann zwar insofern eine Species des creditum genannt werden²⁾, als unter diesem Alles verstanden wird, was Jemand einem Anderen aus irgend einem Grunde zu geben schuldig ist³⁾; dennoch aber sind beide wesentlich von einander verschieden. Denn das mutuum wird dem Empfänger zum Eigenthum übergeben und kann daher, da er zugleich die Verbindlichkeit erhält, dasselbe in gleicher Qualität und Quantität wieder zurückzugeben, nur in solchen Sachen bestehen, deren Werth lediglich durch Zahl, Maß und Gewicht bestimmt wird⁴⁾. Bei dem creditum dagegen braucht der debitor nicht nothwendig Eigenthümer desselben zu werden, indem dasselbe auch in der Weise abgeschlossen werden kann, daß die hingeebene Sache von dem Schuldner in specie zurückgegeben werden muß. Deshalb können alle Arten von Sachen, auch nicht vertretbare, den Gegenstand des creditum bilden⁵⁾. Der Darlehnsvertrag, mutui datio, durch welchen dem Empfänger des Darlehns unter der angegebenen Verbindlichkeit Eigenthum an den dargeliehenen Sachen übertragen wird, ist ein Realvertrag, welcher erst durch die Tradition des Dargeliehenen vollzogen wird, während dagegen ein creditum auch durch bloßes Versprechen entstehen kann⁶⁾. Der Vertrag, durch welchen man sich verpflichtet, einem Anderen ein Darlehn geben zu wollen, pactum de mutuo dando, ist noch nicht der Darlehnsvertrag selbst, und konnte als bloßes pactum bei den Römern nicht klagbar geltend gemacht werden⁷⁾. Nach heutigem Rechte ist zwar ein solches pactum allerdings klagbar, da schon nach römischem Rechte die stipulatio de mutuo dando eine klagbare Verbindlichkeit begründete⁸⁾, und da heutiges Tages bloße Verträge im Allgemeinen dieselbe Wirkung haben, welche bei den Römern die Stipulation hatte⁹⁾; allein die Natur des Darlehnsvertrages selbst hat dadurch keine

1) L. 2. pr. §. 1. D. de rebus creditis. (12. 1.) Ueber die Ableitung des Wortes L. 2. §. 2. eod.: Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit. Ueber andere Ableitungen vergl. Glück, Pandekt. XI. S. 466, Note 14.

2) Wie es von Paulus in L. 2. §. 3. D. de reb. cred. (12. 1.) genannt wird.

3) L. 11. D. de V. S. (50. 16.)

4) L. 2. pr. D. de reb. cred. (12. 1.) Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus; nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum. §. 1. eod. Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura constant. —

5) L. 2. cit. §. 3. Nam creditum consistit etiam extra eas res, quae pondere, numero, mensura continentur; sicut, si eandem rem recepturi sumus, creditum est.

6) L. 2. §. 3. cit. Item mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia; creditum autem interdum, etiamsi nihil proficiscatur, veluti si post nuptias dos promittatur.

7) L. 7. §. 4. D. de pactis. (2. 14.) L. 34. pr. D. mandati. (17. 1.)

8) L. 68. D. de V. O. (45. 1.)

9) Uebrigens entsteht heutiges Tages aus dem pactum de mutuo dando eine gegenseitige Verbindlichkeit, sowohl für den Geber, dasselbe wirklich auszugeben, als auch für den Nehmer, dasselbe in der That in Empfang zu nehmen.

Veränderung erlitten, so daß auch gegenwärtig die eigentliche obligatio *ex mutuo* erst durch die Tradition der dargeliehenen Sachen, welche, weil durch das Darlehn Eigenthum übertragen wird, dem Darleiher eigen gewesen sein müssen, begründet wird¹⁰). Indessen wird aus Rücksicht auf Billigkeit und leichteren Verkehr in einigen Fällen ein Darlehn angenommen, auch wo die Tradition von Seiten des *mutuo* dans nicht eigentlich erfolgt war, oder wo die dargeliehenen Sachen demselben nicht eigenthümlich zugehörten. Diese Fälle sind folgende: 1) Wenn ausgemacht ist, daß Jemand die fungible Sache, welche er aus einem anderen rechtlichen Grunde, z. B. als *Depositum*, von dem Darlehnsgeber in Händen hat, als Darlehn behalten solle¹¹). Denn hier geschieht es nicht durch Tradition, sondern lediglich durch das Uebereinkommen, daß die Sache zum Darlehn wird und in das Eigenthum des Depositors übergeht. 2) Wenn Jemand einem Anderen statt baaren Geldes andere Sachen hingibt, damit er sie verkaufe und den Erlös als Darlehn behalte¹²). Der Darlehnsvertrag wird zwar hier nur unter der Voraussetzung als *perfect* angenommen, daß der Schuldner die Sache nicht allein wirklich verkauft, sondern auch das Geld dafür in Empfang genommen habe¹³), allein das Geld, welches hier den eigentlichen Gegenstand des Darlehns bildet, ist ihm von dem Darlehnsgeber weder tradirt worden, noch auch in dem Eigenthume desselben gewesen¹⁴). 3) Wenn Jemand seinen Schuldner beauftragt, das Geld, welches er ihm schuldet, einem Anderen als Darlehn zu geben, oder wenn er seinem Mandatar gestattet, das Geld, welches er für ihn eingenommen, als Darlehn zu behalten¹⁵). Denn auch hier findet von Seiten des Darlehnsgebers keine Tradition statt, sowie auch das dargeliehene Geld sich noch nicht in seinem Eigenthume befunden¹⁶). 4) Wenn Jemand einen Anderen beauftragt, einem Dritten auf seine Rechnung ein Darlehn auszugeben, oder wenn Jemand zwar ohne Auftrag, aber im Namen eines Anderen ein Darlehn auszahlt, wenn es

Nach römischem Rechte war das bei der *stipulatio de mutuo dando* nicht der Fall. L. 30. D. de reb. cred. (12. 1.) Mühlenthal a. a. D. Besing-Jungenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes, Bb. 2, §. 169.

10) Mühlenthal, Lehrbuch des Pandektenrechtes, §. 373, Note 1.

11) L. 9. §. ult. D. de reb. cred. (12. 1.) L. 34. pr. D. mandati (17. 1.)

12) L. 11. pr. D. de reb. cred.

13) So lange dieses nicht geschehen, ist noch kein Darlehn, sondern ein unbenannter Contract vorhanden, aus welchem die *actio praescriptis verbis* anzukreuzen ist. L. 19. pr. D. de praescript. verb. (19. 5.)

14) Aus diesem Grunde will auch Africanus in L. 34. pr. D. cit. in diesem Falle kein Darlehn annehmen. Vgl. über diese Meinungsverschiedenheit, welche unter den römischen Juristen statt hatte, Glück, Pandekt. XII. §. 7 flg.

15) L. 15. D. de reb. cred. (12. 1.)

16) Africanus in L. 34. pr. D. cit. ist hier wieder abweichender Meinung, indem er dem Mandanten gegen den Mandatar, der das an denselben abzuliefernde Geld darlehnsweise behält, nur die *actio mandati* zuspricht, jedoch in der Weise, daß das Geld auf der Gefahr des Mandatars stehe, und daß dieser die etwa bedungenen Zinsen bezahlen müsse. Vergl. hierüber Glück a. a. D. §. 12 flg.

von diesem verhaftet wird¹⁷⁾. Auch in diesem Falle hat der Darlehensgeber weder tradirt noch Eigenthum an dem dargeliehenen Gelde gehabt. Derjenige in dessen Auftrage oder Namen das Darlehn gegeben worden, wird selbst noch alsdann als Darlehensgeber angesehen, und ihm die, von den Neueren in diesem Falle häufig sogenannte *condictio Iuventiana*, Darlehnsklage auf Zurückzahlung zugestanden¹⁸⁾, wenn der Darlehnsnehmer sich in Irrthum über die Person des Gläubigers befand, und das Darlehn von einem Anderen zu erhalten glaubte¹⁹⁾.

Der Darlehnsnehmer wird Eigenthümer der dargeliehenen Sachen. Daraus folgt, daß dieselben ganz auf seiner Gefahr stehen und er von der Restitutionsverbindlichkeit nicht dadurch befreit wird, daß die Sachen aus irgend einem Zufalle zu Grunde gehen²⁰⁾. Es folgt daraus ferner, daß in dem Geben eines Darlehns eine wirkliche Veräußerung enthalten ist²¹⁾, und daß nur Derjenige gültiger Weise ein Darlehn geben kann, welchem die Veräußerungsbefugniß zusteht²²⁾. Daher können Personen, welche unter Vormundschaft stehen und ohne Zuziehung ihres Vormundes nicht veräußern dürfen, wie Pupillen²³⁾, Minderjährige²⁴⁾, gerichtlich erklärte Verschwender²⁵⁾ und Wahnsinnige²⁶⁾, kein gültiges Darlehn geben. In gleicher Weise können fremde Gelder nicht ohne Einwilligung des Eigenthümers zu Darlehn gegeben werden²⁷⁾. Ebenso kann ein Gesellschafter, welcher Gelder gemeinschaftlich mit Anderen hat, ohne die Einwilligung der Uebrigen nur seinen Antheil zu Darlehn geben²⁸⁾. Wenn in der angegebenen Weise die Alienationsbefugniß nicht zusteht, der kann,

17) L. 9. §. 8. D. de reb. cred. (12. 1.)

18) So genannt von *Conradi*, de *Iuventiana condictione*, quae est in L. 32. D. de reb. credit. Marburgi 1779, weil die L. 32. cit., in welcher von dieser Klage die Rede ist, aus des *Iuventius Celsus* lib. V. Dig. hergenommen ist.

19) Vgl. über diese Klage *Glück a. a. D. S. 23* flg.

20) Dadurch unterscheidet sich vorzüglich auch das Darlehn von dem Leihcontracte, *commodatum*, bei welchem der *Commodatar* weder Eigenthümer der geliehenen Sachen wird, noch auch die Gefahr des Zufalls trägt. §. 2. J. quib. mod. re contrah. obligatio. (3. 15.)

21) *Salmasius*, de *usuris*, *Langduni Batav.* 1638, stellte zwar die Meinung auf, daß in dem Darlehn keine Veräußerung liege, vorzüglich wegen L. 56. D. de solutionibus (46. 8.), wo es heißt: *Qui sic solvit, ut reciperet, non liberatur, quemadmodum non alienantur nummi, qui sic dantur, ut recipiantur.* Es ist aber klar, daß in diesen Worten gar nicht von *mutuum*, sondern von *commodatum* die Rede ist. Vgl. darüber *Glück a. a. D. S. 30.*

22) L. 2. §. 4. D. de reb. credit. (12. 1.)

23) L. 9. pr. D. de consens. et auctor. tutor. (26. 8.)

24) Nach römischem Rechte nur unter der Voraussetzung, daß sie einen *Curator* hatten. L. 3. C. de integ. restit. minor. (2. 22.) Seit aber durch die *R.-P.-D.* von 1548 und von 1577, Tit. 32, für Pupillen und Minderjährige gleichmäßig verordnet ist, daß ihnen ein *Vormund* gegeben werden soll, findet in dieser Beziehung kein Unterschied mehr zwischen Beiden statt.

25) L. 6. D. de V. O. (45. 1.)

26) L. 24. D. de obligat. et action. (44. 7.) L. 12. D. de reb. cred. (12. 1.)

27) L. 13. pr. §. 1. D. eod.

28) L. 13. §. 2. L. 16. D. eod.

wie er kein Eigenthum übertragen kann, auch an und für sich kein gültiges Darlehn hingeben. Die dennoch zum Darlehn hingeebenen Sachen können daher dem Empfänger, wenn sie nur anders bei ihm noch in Natur vorhanden sind, mit der, entweder von dem Eigenthümer oder von dem Vormunde anzustellenden, rei vindicatio wieder abgefordert werden²⁹). Nur wenn der Empfänger durch Verjährung Eigenthum daran erworben, würde für den Eigenthümer die rei vindicatio ausgeschlossen sein und nur dem Darlehengeber gegen den Empfänger die Darlehnsklage auf Zurückgabe zustehen³⁰). Sind dagegen die Sachen, welche ungiltiger Weise zu Darlehn gegeben wurden, von dem Empfänger bereits consumirt³¹), so kommt es darauf an, ob er sich in bona fide oder in mala fide befunden. Im ersteren Falle hat der Darlehnehmer durch die Consumtion Eigenthum an den erhaltenen Sachen erworben, und das ursprünglich ungiltige Darlehn in ein gültiges verwandelt³²). Der Darlehengeber hat daher nur die Darlehnsklage³³) auf Zurückzahlung, und der ursprüngliche Eigenthümer der dargeliehenen Sachen kann gegen den Darlehnehmer nur insofern auftreten, als ihm diese Klage von dem Darlehengeber cedirt worden ist³⁴). Im anderen Falle dagegen, wenn die Consumtion mala fide geschah, kann gegen den Empfänger auf Zurückgabe des Erhaltenen, sowie auf Leistung des gesammten Interesses mit der actio ad exhibendum geklagt werden³⁵).

Da der Darlehnehmer die Verbindlichkeit erhält, eine gleiche Quantität und Qualität zurückzugeben, so können nur Diejenigen ein gültiges Darlehn aufnehmen, welche sich vertragsweise rechtlich verbindlich zu machen im Stande sind³⁶). Daher sind Pupillen³⁷), Wahnsinnige und gerichtlich erklärte Verschwender ohne Einwilligung ihrer Vormünder unfähig, ein gültiges Darlehn zu contrahiren, so daß die ihnen darlehnsweise hingeegebenen Sachen nicht mit der Darlehnsklage zurückgefordert werden

29) §. 2. J. quib. alienare licet. (2. 8.) L. 11. §. 2. D. de reb. credit. (12. 1.)

30) Vgl. Glük a. a. D. §. 37.

31) In der allgemeineren Bedeutung, nach welcher fungible Sachen so genannt werden, nicht allein, wenn sie verzehrt, sondern auch wenn sie ausgegeben, oder mit anderen Sachen so innig vermischt sind, daß sie von denselben nicht mehr getrennt oder unterschieden werden können, oder wenn sie so verändert sind, daß sie in ihren vorigen Zustand nicht wieder hergestellt werden können. Vergl. Glük a. a. D. §. 38, Note 100.

32) §. 2. J. cit. L. 11. §. 2. D. cit.

33) Die condictio, welche ihm in den angeführten Stellen, sowie auch in L. 12. L. 13. pr. §. 1. L. 19. §. 1. D. de reb. cred. zugeschrieben wird, ist keine andere Klage, als die actio mutui. Vgl. Glük a. a. D. §. 38 fig.

34) Glük a. a. D. §. 41. Uebrigens hat der ursprüngliche Eigenthümer gegen den Darlehnsgeber die actio furti. L. 78. D. de solutionib. (46. 3.)

35) Vgl. die in Note 33 citirten Stellen, und Glük a. a. D. §. 42.

36) L. 59. D. de O. et A. (44. 7.) L. 6. D. de V. 9. (45. 1.) L. 13. §. 1. L. 14. D. de condict. indebiti. (12. 6.)

37) In Ansehung der Minderjährigen kommt es nach römischem Rechte darauf an, ob sie einen Curator haben oder nicht. Nach den Note 24 angeführten Reichsgesetzen müssen aber alle Minderjährigen einen Vormund haben, so daß für sie dasselbe gilt, was für die Unmündigen.

können. Es entsteht aus dem einer dieser Personen hingegebenen Darlehn nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit, indem sie das von ihnen zurückgezahlte Darlehn von dem Darlehnsgeber zurückfordern können, wenn dieser nicht etwa den Beweis führt, daß sie dadurch reicher geworden seien³⁸⁾.

Durch die Bestimmung des SC. Macedonianum sind auch alle noch in väterlicher Gewalt stehenden Kinder in der Weise für unfähig erklärt, ein Darlehn aufzunehmen, daß sie die gegen sie angestellte Darlehnsklage auf Restitution durch die *exceptio SC. Macedoniani* entkräften können³⁹⁾. Der Zweck dieser Bestimmung ist kein anderer, als das leichtsinnige Schuldenmachen der in väterlicher Gewalt stehenden Kinder zu verhüten. Dieselbe erstreckt sich auf alle Kinder, die sich wirklich noch in väterlicher Gewalt befinden⁴⁰⁾, ohne Rücksicht auf ihr Alter und die Würde, welche sie etwa erlangt haben⁴¹⁾. Ob das Darlehn verzinslich oder unverzinslich hingegeben war, hat auf die Anwendbarkeit dieser Bestimmung keinen Einfluß⁴²⁾; im Allgemeinen ist aber dieselbe auf Gelddarlehne zu beschränken, und weder auf andere Arten von Verträgen, wie Kauf, Tausch, Bürgschaft, noch auf andere Darlehne, als Gelddarlehne, z. B. auf Getreidedarlehne, zu erstrecken⁴³⁾. Die Wirksamkeit dieser Bestimmung besteht darin, daß sie einredeweise geltend gemacht werden kann gegen die Klage, mit welcher der Darlehnsgeber das Dargeliehene zurückfordert. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Klage vor oder nach Auflösung der väterlichen Gewalt angestellt wird, wenn nur das Darlehn selbst zu der Zeit, da dieselbe noch bestand, hingegeben worden war⁴⁴⁾. Auch hängt die Anwendbarkeit dieser Einrede nicht davon ab, ob das dargeliehene Geld bereits consumirt war oder nicht, indem dieselbe vielmehr, auch wenn es noch vorhanden ist, vorgeschützt werden kann⁴⁵⁾. Die Einrede kommt nicht allein dem Kinde selbst zu statten, sondern auch dem Vater, der daher auch wegen des dem Hauskinde Dargeliehenen nicht mit der *actio de peculio* belangt werden kann⁴⁶⁾, - sowie auch allen dritten Personen, welche außerdem wegen des Darlehns hätten belangt werden können⁴⁷⁾. In folgenden Fällen kann aber die Einrede weder von Sei-

38) L. 59. D. cit. L. 13. §. 1. cit.

39) L. 1. pr. D. de SC. Macedoniano. (14. 6.)

40) L. 1. §. 2. L. 9. §. 2. L. 14. D. de SC. Maced.

41) L. 1. §. 3. D. h. t. wenn nicht die Würde eine solche ist, welche von der väterlichen Gewalt befreit. Nov. 81. cap. 1 u. 2.

42) L. 7. §. 9. D. de SC. Maced.

43) L. 3. §. 3. L. 7. §. 3. h. t. L. 3. C. de Maced.-(4. 28.) Es mußte denn in fraudem legis gehandelt sein, und dem Geschäfte verstreht ein Gelddarlehn zu Grunde liegen. L. 3. §. 3. L. 7. §. 3. cit. Man nennt ein solches verschleiertes Gelddarlehn *contractus mohatrae*, nach dem spanischen Worte *mohatra*, welches ursprünglich einen simulirten Kauf bezeichnet. Vgl. Glü c, Pandekt. XIV. C. 310.

44) Rühlensbruch, §. 575.

45) L. 9. §. 2. D. h. t.

46) L. 6. C. de SC. Maced. (4. 28.)

47) L. 7. pr. §. 1. 6. 7. 10. L. 9. §. 3. D. h. t. Nur wenn die In-
tercession in der Absicht zu schenken geschehen war, oder wenn das Hauskind im

ten des Kindes noch von Seiten des Vaters angewendet werden. 1) Wenn der Darlehnggeber, weil er selbst der väterlichen Gewalt unterworfen oder noch minderjährig war, kein giltiges Darlehn geben konnte⁴⁸); ist jedoch in diesem Falle der Haussohn, welcher das Darlehn erhalten, ebenfalls minderjährig, so findet gegen ihn nur insofern eine Klage statt, als er durch dasselbe reicher geworden⁴⁹). 2) Wenn das Darlehn unter, entweder vorhergehender oder nachfolgender, Genehmigung des Vaters⁵⁰) oder unter solchen Verhältnissen aufgenommen wurde, unter welchen der Vater durch die obligatorischen Handlungen seiner Hauskinder vollständig verpflichtet wird⁵¹). 3) Wenn der Darlehnggeber genügende Ursache hatte, das Kind für einen homo sui iuris zu halten⁵²). 4) Wenn das Darlehn gemacht und verwendet wurde, um einen Gläubiger zu befriedigen, dessen Forderung keine Einrede entgegengesetzt werden konnte⁵³). 5) Wenn der Sohn zur Zeit der Darlehnsaufnahme Soldat war, theils weil der filiusfamilias, der Soldat ist, als homo sui iuris angesehen wird, theils weil angenommen wird, daß er das Geld in causas castrenses, zum Behufe der Kriegsbedürfnisse aufgenommen habe⁵⁴). — Außerdem geht die Einrede zwar nicht für den Vater, aber für den Sohn verloren, wenn derselbe entweder ein seiner freien Disposition überlassenes Peculium

Auftrage eines Anderen das Darlehn contrahirt hatte, kann sich der Bürge oder Mandant dieser Einrede nicht bedienen. L. 9. §. 3. cit. L. 7. §. 11. eod.

48) L. 3. §. 2. i. f. D. h. t. In diesem Falle kann vielmehr das noch vorhandene Geld vindicirt, das consumirte aber entweder condicirt oder mit der actio ad exhibendum zurückgefordert werden, je nachdem die Consumtion bona fide oder mala fide geschehen war. S. oben bei Note 29, 33 und 35.

49) L. 34. pr. D. de minoribus. (4. 4.)

50) L. 2. L. 7. C. de SC. Maced. (4. 28.) Die Genehmigung kann auch stillschweigend geschehen, z. B. wenn der Vater weiß, daß der Sohn Geld aufnimmt, und nicht sofort Widerspruch bei dem Darlehnggeber einlegt, L. 12. L. 16. D. h. t., oder wenn der Vater bereits den Anfang mit der Bezahlung gemacht hat. L. 7. §. 15. D. h. t.

51) Wenn nämlich die actio de in rem verso, quod iussu, exercitoria, und inestitoria begründet ist. L. 12. D. L. 4. C. h. t. L. 7. §. 11. 12. 13. D. eod. L. 2. L. 5. C. eod. L. 17. D. h. t. L. 47. §. 1. D. de solution. (46. 1.)

52) L. 3. L. 19. D. h. t. L. 1. L. 2. C. eod. Dazu genügt nicht das bloße Borgeben des Kindes, daß es von väterlicher Gewalt frei sei, sondern ist noch erforderlich, daß der Darlehnggeber keinen genügenden Grund hatte, dieses Borgeben in Zweifel zu ziehen. Trifft aber denselben in dieser Beziehung kein Vorwurf, so muß man annehmen, daß die exceptio SC. Macedoniani nicht allein für das Kind, sondern auch für den Vater verloren geht, da dieselbe hauptsächlich zur Strafe des Darlehnggebers eingeführt ist. Vergl. Mühlensbruch, §. 575, Note 19.

53) L. 7. §. 14. D. h. t.

54) L. 7. §. 1. C. h. t. Diese Verordnung bezieht sich ganz allgemein auf die von Soldaten aufgenommenen Darlehne, so daß kein Grund vorhanden ist, dieselbe mit Struben, rechtliche Bedenken, Theil II, Bedenk. 125, auf die in Kriegzeiten aufgenommenen Darlehne zu beschränken. Vgl. Stück, Pandekt. XII. S. 59, Note 59. Nach Particularrechten können aber zuweilen Soldaten ohne Einwilligung ihres Chefs keine giltigen Darlehne aufnehmen. Preussisches Landrecht, Theil 2, Tit. 11, §. 678. Kurfürstliches Mandat, die Abstellung des Schuldenmachens bei der Armee betreffend, vom 5. April 1783.

hatte⁵⁵), jedoch nur bis zum Belaufe desselben, oder wenn er, nachdem er von der väterlichen Gewalt frei geworden, das während derselben aufgenommene Darlehn entweder ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hatte⁵⁶). Dagegen kann der Sohn, so lange die väterliche Gewalt dauert, nicht gültig auf diese Einrede Verzicht leisten, da dieselbe weniger zu Gunsten der Söhne, als vielmehr aus Rücksicht auf die Väter und zur Bestrafung der Gläubiger eingeführt ist⁵⁷). Daher kann nicht einmal eine eibliche Bestärkung dieser Verzichtleistung von Wirksamkeit sein, da im Allgemeinen ein an sich ungültiges Rechtsgeschäft auch durch den Eid keine Gültigkeit und rechtliche Bedeutung erhalten kann, und da, wenn man der eiblich bestärkten Verzichtleistung verbindliche Kraft beilegen wollte, es immer in der Willkür des Hauskinds liegen würde, das *SC. Macedonianum* zu umgehen⁵⁸).

Das *SC. Macedonianum* gewährt aber nur eine Einrede gegen die Klage des Darlehngewählers, indem es daneben anerkennt, daß durch das einem Hauskinde gegebene Darlehn eine *obligatio naturalis* begründet werde⁵⁹). Daher kann der Darlehngewährer seine Forderung einredeweise als Compensation oder Retention geltend machen, sowie auch das Hauskind das zurückgezahlte Darlehn von demselben nicht zurückfordern kann⁶⁰). Wohl aber steht dem Vater dieses Rückforderungsrecht zu, wenn das Hauskind entweder mit des Vaters Gelde, oder aus einem *Peculium*, über welches ihm keine freie Disposition zustand, Zahlung geleistet hatte. Denn in diesem Falle kann der Vater, wenn das Geld bei dem Darlehngewährer noch vorhanden ist, dasselbe vindiciren⁶¹), oder, wenn es von diesem *mala fide consumirt* war, mit einer *condictio* zurückfordern⁶²). Auf das Haus-

55) Dahin gehört zunächst das *peculium castrense* und *quasi castrense*. L. 1. §. 3. L. 2. D. h. t. Es hat aber wohl kein Bedenken in Ansehung des *peculium adventitium irregulare* dasselbe anzunehmen, da der Haussohn, wenn er majorann ist, unter Lebenden frei darüber zu verfügen befugt ist. Vergl. Glück, XIV. §. 349. Mühlenthal, §. 575, Note 21.

56) L. 2. C. h. t. Eine stillschweigende Genehmigung ist vorhanden, wenn der Sohn nach aufgehobener väterlicher Gewalt mit der Bezahlung den Anfang macht, ohne sich in Ansehung der ganzen Schuld durch Protestation zu verhalten. L. 7. §. 16. D. h. t., oder wenn er nach aufgehobener väterlicher Gewalt von dem während derselben contrahirten Darlehn Zinsen zahlt, L. 4. C. de non numerata pecunia (4. 30.), oder dem Gläubiger wegen desselben einen Bürgen stellt. Glück, XIV. §. 327. Dagegen wird durch eine nach aufgehobener väterlicher Gewalt vorgenommene Pfandbestellung die Einrede, nur soweit das Pfand reicht, beseitigt. L. 9. pr. D. h. t. Vgl. über den Grund dieser Bestimmung Glück, XIV. §. 327 flg.

57) Bening-Engelheim, Ab. 2, §. 171. Mühlenthal, §. 575.

58) Glück, XIV. §. 312 flg.

59) L. 10. D. h. t.

60) L. 9. §. 4. D. h. t. wo auch bestimmt ist, daß dem Bürgen, der sich ohne Einwilligung des Vaters verbürgt hat, das Rückforderungsrecht nicht zusteht.

61) L. 14. D. de reb. credit. (12. 1.)

62) In der L. 14. D. cit. referirt Ulpian, ohne ein Bedenken dagegen auszusprechen, die Meinung des Marcellus, nach welcher der Vater gegen den Darlehngewährer, der das Darlehn von dem Sohne zurückhalten, zwar die *vindicatio*, aber falls das Geld bereits consumirt sei, keine *condictio* habe. In

Kind geht aber dieses Rückforderungsrecht des Vaters auf keinen Fall über, wenn es gleich Erbe desselben geworden sein sollte⁶³). Denn es würde sich nicht mit der zwischen dem Darlehengeber und ihm bestehenden naturalis obligatio vereinigen lassen, daß es eine Klage anstellte, um eine Summe zurückzufordern, welche es hinzugeben an und für sich verbunden gewesen war, so daß ihm, wenn es als Erbe die Rechte seines verstorbenen paterfamilias geltend machen wollte, immer die exceptio dolii würde entgegengesetzt werden können. Die exceptio SC. Macedoniani wird übrigens zu den sogenannten privilegierten Einreden gerechnet, welche, insofern sie sogleich liquid sind, auch nach dem Urtheile noch im Executionsstermine vorgeschützt werden können⁶⁴). Daß der Richter dieselbe, wenn sie von dem Beklagten nicht ausdrücklich vorgeschützt ist, von amts wegen suppliren müsse, kann nicht behauptet werden⁶⁵). Eben so wenig kann angenommen werden, daß das SC. Macedonianum heutiges Tages wegen der veränderten Verhältnisse der väterlichen Gewalt keine Anwendung mehr erlaide⁶⁶).

Particularrechtlich, wo nämlich das Institut der Geschlechtsvormundschaft besteht, können sich auch Frauenzimmer ohne Zuziehung und Einwilligung ihrer Vormünder nicht durch Darlehn verbindlich machen⁶⁷).

L. 9. §. 1. D. de SC. Macod. dagegen referirt Ulpian ebenfalls billigend eine Meinung des Julian, welcher dem Vater allerdings auch eine *condictio* gegen den Darlehengeber zuspricht, wenn der Sohn mit solchem Gelde, über welches ihm keine Disposition zustand, Zahlung geleistet hatte. Diese beiden Stellen, von welchen die eine dem Vater die *condictio* zuspricht, die andere dagegen ihm dieselbe abspricht, sucht man gewöhnlich dadurch zu vereinigen, daß man die in L. 14. cit. referirte Meinung des Marcellus auf den Fall bezieht, da der Darlehengeber das zurückerhaltene Geld *bona fide* consumirt habe, während dagegen in L. 9. §. 1. cit. eine *malae fidei consumtio* gemeint sei. Wenigstens Ingebeim, §. 171, Note 1. Mühlenthal, §. 575. Dieser Vereinigungsversuch hat aber immer das gegen sich, daß die Stellen selbst zu der Unterscheidung zwischen *bonae fidei* und *malae fidei consumtio* gar keine Veranlassung geben. Nach einer anderen Ansicht (s. Glück, XIV. S. 319), sind beide Stellen so zu vereinigen, daß in L. 9. §. 1. cit. von der *condictio sine causa*, in der L. 14. cit. dagegen von der *condictio certi ex mutuo* die Rede sei, so daß die erstere stets, der Darlehengeber möge *bona* oder *mala fide* consumirt haben, die letztere dagegen niemals dem Vater zustände. Allein von einer *condictio certi ex mutuo* kann hier gar nicht die Rede sein, da das Geld, um dessen Rückforderung es sich handelt, weder als Darlehn gegeben, noch als solches angenommen worden ist. Andere, wie Cuiacius, observat. lib. XIV. cap. 35, und Noodt, comment. ad Dig. h. t. meinen, die beiden Stellen seien gar nicht zu vereinigen. Der Widerspruch wäre sogleich gehoben, wenn man in der L. 9. §. 1. cit. statt *conditionem* lesen wollte *vindicationem*. Für diese Lesart spricht theils der Umstand, daß am Eingange der Stelle zunächst die Frage aufgeworfen ist, ob der Vater das Geld vindiciren könne, eine Frage, die ohne die vorgeschlagene Lesart ganz unbeantwortet bleiben würde, theils die äußere Aehnlichkeit der beiden Wörter, welche die Abschreiber leicht verlesen konnte, beide miteinander zu verwechseln.

63) L. 26. §. 9. D. de condict. indeb. (12. 6.)

64) Wegen L. 11. D. h. t. vergl. Glück, XIV. S. 343.

65) Vgl. darüber Glück a. a. D. S. 346 flg.

66) Vgl. Glück a. a. S. 354.

67) S. d. Art. Geschlechtsvormundschaft.

In ähnlicher Weise bedürfen Ehefrauen, welche in Gütergemeinschaft leben, des Consenses ihrer Ehemänner, damit die von ihnen aufgenommenen Darlehne für die Gütergemeinschaft verbindlich werden⁶⁸). Dagegen unterliegt gemeinrechtlich die Fähigkeit der Frauenzimmer, sich durch Darlehn verbindlich zu machen, keinem Zweifel. Nur wenn ein Frauenzimmer bei Aufnahme des Darlehns ausdrücklich erklärte, daß es für einen Anderen sei, würde von ihr, um der Verbindlichkeit der Zurückzahlung zu entgehen, die *exceptio SC. Velleiani* gebraucht werden können, weil darin eine Intercession enthalten sein würde⁶⁹). Im Zweifel aber ist es nicht als Bürgschaft anzusehen, wenn eine Ehefrau gemeinschaftlich mit ihrem Manne eine Schuldverschreibung ausstellt, in welcher sich beide als Schuldner bekennen. Daher kann die Frau in diesem Falle auf ihren Antheil belangt werden, ohne daß es dazu von Seiten des Darlehngewehrs des Beweises bedürfte, daß das Geld wirklich in den Nutzen der Ehefrau verwendet worden sei⁷⁰).

In Folge besonderer gesetzlicher Bestimmung war es bei den Römern dem *praeses provinciae* verboten, von seinen Provinzialen Darlehne aufzunehmen⁷¹). Daraus leiten viele Rechtslehrer den Grundsatz ab, daß ein Richter, so lange der Prozeß dauert, von den streitenden Parteien kein Darlehn in Empfang nehmen dürfe⁷²).

Was nun das aus dem Darlehnsvertrage entspringende obligatorische Recht betrifft, so wird durch denselben nur eine einseitige Klage, die *actio mutui* oder *condictio certi ex mutuo* für den Darlehngewer begründet, durch welche er die gleiche Quantität und Qualität der dargeliehenen Sachen zurückfordern kann⁷³). Für den Darlehnmehmer entspringt aus dem Darlehnsvertrage keine Klage. Derselbe kann vielmehr, wenn ihm durch die Schuld des Darlehngewehrs Schaden zugefügt sein sollte, weil sich z. B. unter dem dargeliehenen Gelde falsche Münzsorten befanden, seine Entschädigungsansprüche gegen denselben nicht mit einer etwaigen *actio mutui contraria*, sondern nur mit einer *actio ex delicto* verfolgen⁷⁴). Wenn Mehrere das Darlehn gemeinschaftlich hingegeben haben, muß Jeder von ihnen auf seinen Antheil die *actio mutui* anstellen⁷⁵), sowie umgekehrt, wenn Mehrere gemeinschaftlich ein Darlehn aufgenommen haben, Jeder auf seinen Antheil belangt werden muß, wenn nicht ausdrücklich eine *Correalobligation* ausgemacht worden war⁷⁶). Ebenso kann,

68) S. b. Art. Gütergemeinschaft.

69) L. 11. L. 12. D. ad SC. Velleian. (16. 1.) L. 2. L. 13. C. eod. (4. 29.) Vgl. Glük, XII. S. 61.

70) Glük a. a. D. S. 62.

71) L. 16. C. si certum petat. (4. 2.) vergl. mit L. 34. §. 1. D. de reb. credit. (12. 1.), wo es dem *praeses* erlaubt wird, von denen, die nicht zu seiner Provinz gehörig, Darlehne anzunehmen.

72) Vgl. Glük, XII. S. 56. Mühlenbruch, §. 373, Note 4.

73) Pr. J. quib. mod. re contrah. oblig. (3. 15.) L. 9. pr. D. de reb. credit. (12. 1.) Mühlenbruch, §. 374.

74) Vergl. Höpfner, Commentar über die Heineccischen Institutionen, §. 769, Note 1.

75) L. 9. C. si certum petat. (4. 2.)

76) L. 5. C. eod.

wenn der Darlehnehmer mehrere Erben hinterläßt, von diesen ein jeder nur zu seinem Erbschaftsantheile belangt werden ⁷⁷⁾. Selbst wenn der Darlehnsvertrag unter der ausdrücklichen Bedingung abgeschlossen worden sein sollte, daß der Gläubiger jeden Erben des Schuldners auf das Ganze sollte belangen dürfen, würde jeder einzelne Erbe nur nach Verhältniß seines Erbschaftsantheiles belangt werden können ⁷⁸⁾. Wenn der Darlehnehmer in seinem Testamente verordnet hat, daß einer seiner Erben die ganze Schuld bezahlen solle, so wird zwar dieser allerdings dazu verbunden, dennoch aber erhält der Darlehnggeber dadurch nicht das Recht, diesen allein zu belangen, vielmehr muß er sich zunächst an jeden einzelnen Miterben nach Verhältniß seines Erbschaftsantheiles halten, welche alsdann von Demjenigen, der nach der testamentarischen Verordnung die Schuld allein bezahlen sollte, ihre Entschädigung verlangen können ⁷⁹⁾. Da der Darlehnsvertrag ein Realvertrag ist, so kann durch ihn der Schuldner keine weitere Verbindlichkeit erhalten, als so viel zurückzuzahlen, als er empfangen. Zwar kann durch Vertrag rechtsgiltig ausgemacht werden, daß der Schuldner weniger zurückzahle, weil darin ein Erlaß von Seiten des Gläubigers enthalten ist ⁸⁰⁾, allein der Vertrag, daß er mehr zurückzahle, mußte nach römischem Rechte ganz ungiltig sein, weil eine obligatio ex re nur so weit entstehen konnte, als von Seiten des Gläubigers etwas hingegeben worden war ⁸¹⁾. Nach heutigem Rechte ist dagegen ein solcher Vertrag allerdings gültig, insofern kein verbotener Zinswucher darunter versteckt ist ⁸²⁾. Aus dem angegebenen Grunde konnte nach römischem Rechte aus dem Darlehnsvertrage für sich allein niemals die Verbindlichkeit der Zinszahlung entstehen; es genügte dazu die Regel noch nicht einmal, daß dem Darlehn in einem pactum adjectum die Verbindlichkeit der Zinszahlung hinzugefügt wurde, sondern es bedurfte dazu der Stipulation ⁸³⁾, in welchem Falle aber das Geschäft nicht mehr mutuum, sondern foenus genannt wurde ⁸⁴⁾. Nur in wenigen Fällen konnte nach römischem Rechte bei Darlehen die Verbindlichkeit der Zinszahlung durch einfaches pactum begründet werden, nämlich bei dem Getreidedarlehn ⁸⁵⁾ und bei dem von Städten ⁸⁶⁾ und Argentarien ⁸⁷⁾ ausgeliehenen Geldern. Auch das nauticum foenus, d. h. der Zins, welcher für ein auf des Gläubigers Gefahr über Meer gehendes Capital entrichtet werden muß, konnte durch bloßes pactum ausbedungen wer-

77) L. 1. C. eod. L. 1. 2. 6. C. de hereditaria action. (4. 16.) Daß bei verstorbenen sich von selbst, daß der Gläubiger, dem ein Pfandrecht bestellt ist, gegen den Besizer der verpfändeten Sache auftreten kann.

78) L. 56. §. 1. D. de V. O. (45. 1.)

79) L. 69. §. 2. D. de legatis I.

80) L. 11. §. 1. D. de reb. cred. (12. 1.)

81) L. 11. cit. L. 17. pr. D. de pactis. (2. 14.)

82) Vgl. Höpfner, Commentar, §. 768, Nr. 5.

83) L. 1. L. 3. L. 7. C. de usuris. (4. 32.)

84) L. 3. C. cit. L. 33. D. de reb. cred. (12. 1.)

85) L. 12. C. de usuris. (4. 32.)

86) L. 30. D. de usuris. (22. 1.)

87) Nov. 136. cap. 4.

den⁸⁸⁾. Nach heutigem Rechte können bei dem Darlehn nicht allein Verzugszinsen verlangt, sondern auch vertragsmäßige Zinsen durch einfachen Vertrag ausbedungen und zugleich mit dem Capital durch die *actio mutui* eingeklagt werden⁸⁹⁾. Von selbst verstehen sich übrigens die Zinsen auch heutiges Tages bei dem Darlehn keineswegs, sondern treten immer nur ein, entweder in Folge einer *mora* von Seiten des Schuldners, oder in Folge vertragsmäßiger Uebereinkunft⁹⁰⁾.

Der Gläubiger kann das Darlehn nicht eher zurückfordern, als nach Ablauf der Zeit, auf welche er dasselbe dem Schuldner zu lassen versprochen hatte. Umgekehrt braucht aber auch der Gläubiger das Darlehn nicht eher zurückzunehmen, als bis die Zahlungsfrist abgelaufen ist, falls dieselbe nicht lediglich zum Vortheil des Schuldners ausgemacht worden war⁹¹⁾. Wenn gar keine Zahlungsfrist bestimmt worden ist, kann zwar im Allgemeinen von beiden Seiten zu jeder Zeit Zahlung gefordert und geleistet werden; von Seiten des Gläubigers muß aber dabei billige Rücksicht genommen werden, daß der Schuldner Zeit genug habe, theils das Darlehn in seinen Nutzen zu verwenden, theils die zur Rückzahlung erforderliche Quantität wieder aufzubringen⁹²⁾. Erforderlichen Falls kommt es dem richterlichen Ermessen zu, die dazu gehörige Frist zu bestimmen. In der Regel wird bei Darlehen, welche ohne Bestimmung einer Rückzahlungsfrist abgeschlossen werden, ausgemacht, daß der wirklich zu leistenden Rückzahlung eine gewisse, z. B. vierteljährige oder halbjährige, Kündigung vorhergehe, in der Weise, daß die Zahlung nicht ohne Weiteres, sondern erst nach Ablauf der Kündigungsfrist geleistet und angenommen zu werden braucht. Gewöhnlich wird eine solche Kündigungsfrist für beide Theile angenommen. Es kann aber auch kommen, daß sich bloß ein Theil die Aufkündigung vorbehält. Daß der andere Theil in einem solchen Falle sich des Rechtes zu kündigen gänzlich begeben habe, kann daraus nicht geschlossen werden. Vielmehr kann alsdann zu jeder Zeit von ihm gekündigt werden, insofern es nur nicht zum erweislichen Schaden des anderen Theiles geschieht. In dieser Beziehung muß bei verzinslichen Darlehen auch von dem Schuldner die Rücksicht beobachtet werden, die Kündigung so lange Zeit vor der wirklichen Zahlung vorzunehmen, daß der Gläubiger Zeit und Gelegenheit habe, sein Geld ander-

88) L. 7. D. de nautico foen. (22. 2.) S. übrigens den Artikel *foenus nauticum*.

89) Glück, XII. S. 4.

90) Glück a. a. D. S. 5.

91) Im Zweifel wird zwar vermuthet, daß eine gesetzte Zahlungsfrist nur den Vortheil des Schuldners bezwecke, L. 41. §. 1. D. de V. O. (45. 1.) L. 17. D. de R. J. (50. 17.), und unter dieser Voraussetzung kann derselbe auch früher Zahlung leisten. L. 137. §. 2. D. de V. O. L. 70. L. 98. §. 4. D. de solution. (46. 3.) Bei zinsbaren Darlehen muß jedoch die Frist als zum Vortheile beider Theile gereichend angesehen werden, so daß sich der Gläubiger keine frühere Zahlung gefallen zu lassen braucht. Arg. L. 55. §. 2. D. locati. (19. 2.) Vgl. Glück, XII. S. 93 u. 94.

92) L. 105. D. de solution. (46. 3.) Glück a. a. D. S. 94.

wertig fassbar unterzubringen⁹³⁾. Ueber die hier anzunehmende Frist muß erforderlichen Falls auch das richterliche Ermessen entscheiden.

Der Schuldner muß an Quantität und Qualität so viel zurückgeben, als er empfangen. Daher muß nicht allein der Gattung⁹⁴⁾, sondern auch der Güte nach so viel zurückgegeben werden, als hingegeben war⁹⁵⁾. Bei Gelddarlehen ist es nicht unbestritten, wie die Quantität des Zurückzahlenden zu bestimmen sei, zumal wenn in der Zeit, die zwischen dem Hingeben und dem Zurückzahlen des Darlehns liegt, eine Münzveränderung eingetreten war⁹⁶⁾. Im Allgemeinen müssen für die Rückzahlung von Gelddarlehen folgende Grundsätze entscheiden.

Dem eigenthümlichen Charakter des Geldes zufolge kann es nicht darauf ankommen, daß die Rückzahlung desselben in denselben Münzsorten erfolge, in welchen das Darlehn hingegeben worden war⁹⁷⁾. Denn Geld ist an und für sich etwas rein Intellectuelles, das den allgemeinen Maßstab des Preises der dem Verkehr unterworfenen Sachen bedeutet, und deswegen im Verkehr als allgemeines Ausgleichungsmittel gebraucht wird. Als Gegenstand und Mittel dieses allgemeinen Maßstabes ist das Metall angenommen, welches sich wegen seiner allgemeinen Nutzbarkeit, leichten Theilbarkeit und der Bequemlichkeit, mit welcher es circuliren kann, vorzüglich dazu empfehlen mußte. Daß aber eine bestimmte Quantität Metalles eine bestimmte Summe Geldes repräsentire und einen bestimmten Werth habe, zu welchem sie als allgemeines Ausgleichungsmittel angenommen werden muß, kann nur durch eine Erklärung der höchsten Staatsgewalt geschehen, nach welcher jene zu diesem Werthe angenommen werden muß⁹⁸⁾. Diese Erklärung geschieht dadurch, daß das Metall zur Münze gemacht wird, indem ihm durch aufgedruckten Stempel der Werth beigelegt wird, zu welchem es Gültigkeit haben soll. Wenn das Geld seinen Zweck, als allgemeines Ausgleichungsmittel zu dienen, wirklich erreichen soll, müssen nothwendig verschiedene Münzsorten geprägt worden, von größerem und von geringeren Werthe, um eben die verschiedenen Preise der Dinge ohne Schwierigkeit damit bezahlen zu können; es ist aber klar, daß eine und dieselbe Summe Geldes durch Münzen von verschiedener Sorte repräsentirt werden kann, wenn nämlich die Münzen der einen Sorte zusammen genommen denselben Werth haben, als die Münzen einer anderen Sorte zusammen genommen. Daher kann der Gläubiger, wenn er auch in anderen Münzsorten bezahlt wird, dieselbe Summe Geldes zurückerhalten, als er hingegeben hatte.

Ob aber der Schuldner in der That genau die empfangene Summe zurückgibt, kann nicht bloß davon abhängen, daß die zurückgezahlte Summe

93) Gl. d. a. a. D. S. 95 u. 96.

94) Wenn eine andere Gattung, z. B. für Getreide Wein, zurückgegeben werden soll, ist es kein Darlehn. L. 2. pr. D. de reb. cred. (12. 1.)

95) L. 3. D. eod.

96) Die verschiedenen Ansichten darüber s. bei Gl. d., XII. S. 64 flg.

97) L. 1. D. de contrah. emt. (18. 1.) L. 3. D. de reb. cred. (12. 1.) S. vorzüglich Pfeiffer, praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit, 1. Band, Nr. VII. §. 7. Mühlendruck, §. 375.

98) Pfeiffer a. a. D. §. 1.

mit der empfangenen dem Namen nach übereinkommt, sondern ist zugleich dadurch bedingt, daß beide Summen dem Münzfuße nach übereinstimmen. Unter Münzfuß versteht man das Normalverhältniß, welches bei Ausprägung des Geldes in Hinsicht des Schrotens und Kornes beobachtet wird, so daß nach demselben die Anzahl der gleichnamigen Geldstücke, welche aus einer gewissen Quantität reinen Metalles ausgeprägt werden soll, bestimmt wird. Daher sind 100 Gulden nach dem Achtzehnguldenfuße eine andere Summe Geldes, als 100 Gulden nach dem Vierundzwanzigguldenfuße, weil nach jenem Münzfuße aus der Mark Silber nur 18, nach diesem dagegen 24 Gulden geprägt werden sollen⁹⁹⁾. Von dem Münzfuße ist der innere und äußere Werth der Münzsorten unterschieden, indem jener den reinen Metallgehalt bedeutet, welchen die Münzsorten wirklich haben, dieser dagegen den Preis angibt, welchen dieselben der Erklärung der Staatsgewalt zufolge gelten sollen¹⁰⁰⁾. Da aber die Quantität einer bestimmten Geldsumme nicht abhängig ist von den Münzsorten, in welchen sie bezahlt wird, sondern vielmehr eine und dieselbe Geldquantität durch verschiedene Münzsorten hergestellt werden kann, so kann die Quantität einer in Frage stehenden Summe Geldes nur durch den Münzfuß, welcher ihr zu Grunde gelegt ist, bestimmt werden¹⁰¹⁾. Daraus ergeben sich folgende Regeln.

1) Was zurückgezahlt werden muß, ist immer die dargeliehene Summe nach demselben Münzfuße, nach welchem sie dargeliehen worden war. Wenn es zweifelhaft ist, nach welchem Münzfuße ein Darlehn contrahirt worden, so streitet die Vermuthung für denjenigen, welcher an dem Orte, an welchem dasselbe ausgezahlt wurde, gewöhnlich zu Grunde gelegt wurde, oder nach welchem bisher die Zinsen bezahlt worden waren¹⁰²⁾. Dabei kann sich der Schuldner aller Münzsorten bedienen, welche im Lande zur Zeit der Rückzahlung gesetzliche Gültigkeit haben¹⁰³⁾, soweit nicht durch Gesetz¹⁰⁴⁾ oder Vertrag eine Beschränkung eintritt. Ausländische Münzen, welchen ein gesetzlicher Werth im Lande nicht beigelegt ist, kommen in diesem überhaupt nicht als Geld in Betracht und brauchen daher von dem Gläubiger gar nicht angenommen zu werden. Denn der gesetzliche

99) Pfeiffer a. a. D. §. 2.

100) Pfeiffer a. a. D. §. 3 u. 4.

101) Pfeiffer a. a. D. §. 2.

102) S. Glük, XII. S. 89.

103) L. 24. §. 1. D. de pignorat. action. (13. 7.) Auch wenn das Darlehn in der inzwischen außer Gültigkeit gesetzten Münzsorte hingegeben war, darf es nicht in derselben zurückgegeben werden. Bestritten ist, ob das Darlehn auch in solchen Münzsorten zurückgegeben werden könne, welche zwar noch nicht abgesetzt sind, deren Absetzung aber nächstens bevorsteht. Vgl. darüber Glük, XII. S. 89 u. 90. Hier muß wohl entschieden, ob die Zahlung in diesen Münzsorten zu einer Zeit angeboten wird, da es dem Gläubiger noch möglich ist, dieselben wieder anzubringen. S. oben bei Note 93.

104) R.-A. von 1576, §. 76, wornach derjenige, der ein Capital zu zahlen hat, nicht mehr als 25 Gulden kleine Münze, welche Summe nach dem 24 Guldenfuße 44½ Gulden beträgt, zur Zahlung bringen darf. Glük a. a. D. S. 67, Note 76. S. auch allgemeines Landrecht für die preuß. Staaten, Theil I, Tit. XI, §. 780.

Werth, den sie in ihrem Staate haben, kann für die Angehörigen anderer Staaten nicht verbindend sein¹⁰⁵).

2) Wenn eine Münzveränderung eintritt in der zwischen dem Empfange und der Rückzahlung liegenden Zeit, ist zu unterscheiden, ob die Veränderung den Münzfuß, oder ob sie nur den Werth der Münzen betrifft¹⁰⁶). Da es der Münzfuß ist, welcher über die Quantität einer bestimmte Geldsumme entscheidet, so ist klar, daß der Gläubiger nur alsdann dieselbe Summe zurückerhält, wenn bei der Rückzahlung derselbe Münzfuß zu Grunde gelegt wird, in welchem er das Darlehn hingegeben. Daher muß, wenn die schuldige Summe in Münzen nach dem neuen Münzfuße zurückgezahlt wird, eine Abschätzung derselben nach ihrem Verhältnisse zu dem älteren Münzfuße nothwendig vorhergehen¹⁰⁷). Wenn dagegen die Veränderung nicht den Münzfuß, sondern den Werth der Münzsorten betrifft, so ist sie im Allgemeinen ohne allen Einfluß auf den Inhalt der Verbindlichkeit. Denn diese geht nur auf eine bestimmte Quantität Geldes, welche nicht nach den Münzsorten, sondern nach dem Münzfuße bestimmt wird, und deswegen bei unverändertem Münzfuße auch in veränderten Münzsorten genau wieder gegeben werden kann. Nur das könnte dabei in Frage kommen, wie die veränderten Münzsorten bei der Rückzahlung zu berechnen seien. Hier kann es keinem Zweifel unterliegen, daß nur die Zeit der Rückzahlung, nicht die Zeit des hingegebenen Darlehens entscheiden könne, da die Münzsorten nicht den Gegenstand der eigentlichen Verbindlichkeit, sondern nur den Gegenstand der Zahlung ausmachen, und deswegen nur nach dem Werthe berechnet werden können, den sie zur Zeit der Zahlung haben. Dabei kann aber nicht der innere, sondern nur der äußere Werth der Münzen entscheiden. Denn daß die Münzen überhaupt Geld sind und einen gewissen Preis repräsentiren, hat seine nächste Ursache nur darin, daß ihnen von der Staatsgewalt dieser Preis beigelegt worden ist. Daher können sie nur zu dem Preise in Betracht kommen, der ihnen von der Staatsgewalt beigelegt ist, und dieser Preis bildet den äußeren Werth derselben¹⁰⁸). Nur wenn in Folge besonderer vorübergehender Zustände, z. B. in Kriegszeiten, den Münzen ein äußerer Werth beigelegt wäre, der in gar keinem Verhältnisse zu ihrem Metallgehalte stünde, würden dieselben nicht zu diesem Werthe angerechnet werden dürfen, weil derselbe, als bloß vorübergehend, nicht zum festen Maßstabe genommen werden könnte¹⁰⁹).

3) Wenn der Vertrag in der Art abgeschlossen ist, daß der Schuldner die bestimmte Anzahl bestimmter Münzsorten, welche er empfangen, zurückgeben soll, so ist die Schuld gar nicht eigentlich als Geldschuld anzusehen, deren Gegenstand eine bestimmte Summe Geldes bildete, sondern bloß als Schuld der bestimmten Stückzahl bestimmter Münzen, welche

105) Pfeiffer a. a. D. §. 4.

106) Ueber die verschiedenen Weisen, in welchen eine Münzveränderung vorkommen kann, s. Pfeiffer a. a. D. §. 5.

107) Pfeiffer a. a. D. §. 8, Nr. 1.

108) Pfeiffer a. a. D. §. 8, Nr. 2.

109) Wühlentruch, §. 375, Nr. 2, b.

ohne alle Rücksicht auf ihren Selbstwerth zurückgegeben werden müssen. Daher kann bei einem bergestalt abgeschlossenen Darlehne auch eine etwaige Veränderung des Münzfußes nicht in Betracht kommen, da es dabei immer nur darauf ankommt, daß die bestimmte Stückzahl der bestimmten Münzen zurückgegeben werde. Wenn die Zahlung nicht in den bestimmten Münzsorten in Natur geleistet werden kann, so ist das dafür in anderen Münzsorten zu gebende Aequivalent leibiglich nach dem reinen Metallwerthe zu berechnen, welchen die eigentlich zurückzugebenden Münzsorten hatten ¹¹⁰).

4) Wenn das Darlehn zwar als Gelddarlehn, auf eine bestimmte Summe Geldes abgeschlossen wurde, jedoch mit Angabe der Münzsorten, in welchen es der Gläubiger hingegeben ¹¹¹), so wird durch diese Modification die Natur des Geschäftes, als eines reinen Gelddarlehns an und für sich nicht verändert. Denn die Summe Geldes bleibt dieselbe ob sie in diesen oder in jenen Münzsorten bezahlt wird. Der Schuldner ist daher, wenn es nicht besonders ausgemacht ist, bei der Rückzahlung an die bestimmten Münzsorten nicht gebunden ¹¹²). Ist aber eine bestimmte Verabredung in dieser Beziehung getroffen, so muß er allerdings in den vertragmäßigen Münzsorten zurückzahlen. Dabei müssen jedoch die Münzsorten, wenn der äußere Werth derselben inzwischen eine Veränderung erlitten hatte, zu demjenigen Werthe berechnet werden, den sie zur Zeit der Rückzahlung hatten. War dagegen der Werth, zu welchem sie bei der Rückzahlung berechnet werden sollten, zum Voraus bestimmt, so hört das Darlehn auf reines Gelddarlehn zu sein. Denn mit dieser Bestimmung ist nothwendig die Stückzahl der Münzsorten bestimmt, welche zurückgegeben werden sollen, so daß die unter Nr. 3 angegebenen Gesichtspunkte eintreten.

5) Wenn das Darlehn als Gelddarlehn abgeschlossen worden ist, jedoch mit der Angabe, daß dabei bestimmte Münzsorten, und zwar zu einem von dem gesetzlichen äußeren Werthe abweichenden Geldcurs ¹¹³) gebraucht worden seien, so wird auch durch diese Modification die Natur des Geschäftes als eines Gelddarlehns nicht verändert ¹¹⁴). Es kann daher, wenn nicht etwas Anderes ausgemacht ist, der Schuldner auch in anderen Münzsorten zurückzahlen, wobei aber natürlich der vertragmäßige abweichende Geldcurs mit in Rechnung zu bringen ist. Zahlt der Schuldner in denselben Münzsorten zurück, so kann er sie zu demselben Werthe anrechnen, zu welchem er sie empfangen, wenn nicht inzwischen eine Veränderung des äußeren Werthes dieser Münzsorten eingetreten war. Denn in diesem Falle kann zwar der Schuldner diese Münzsorten nicht zu ihrem dormaligen Werthe berechnen, weil eben zwischen den Contrahenten ein abweichender Geldcurs angenommen worden war; aber jedes Falles

110) Pfeiffer a. a. D. §. 7 a. E.

111) Z. B. 100 Thlr. in Laubthalern, in Ducaten, in Einbriittelstücken.

112) Pfeiffer a. a. D. §. 10.

113) Ueber den Begriff des Geldcurses s. Pfeiffer a. a. D. §. 6.

114) Z. B. 100 Thlr. in Ducaten zu 84 Thlr.

muß die Münzveränderung den Einfluß haben, daß die Münzsorten bei der Rückzahlung zu einem Course berechnet werden, der zu ihrem demmaligen äußeren gesetzlichen Werthe in demselben Verhältnisse steht, in welchem der Course, zu welchem sie als Darlehn hingegeben wurden, zu demjenigen äußeren Werthe stand, den sie zur Zeit der Hingabe hatten ¹¹⁵). Denn nur alsdann läßt sich sagen, daß der Darlehengeber dieselbe Summe zurückhalte, welche er hingegeben. Dagegen ist es ebenfalls kein eigentliches Gelddarlehn, sondern ein Darlehn einer bestimmten Rückzahl bestimmter Münzsorten, wenn ausgemacht wird, daß der Schuldner die Münzsorten nach demselben Course zurückzahlen solle, nach welchem er sie empfangen.

6) Oftmals wird der Geldsumme des Darlehns die Angabe bestimmter Münzsorten hinzugefügt, nicht um über diese selbst eine Bestimmung zu treffen, so daß in keinen anderen als den angegebenen zurückgezahlt werden dürfte, sondern um die Quantität der Geldsumme dadurch näher zu bezeichnen ¹¹⁶). Alsdann braucht sich der Schuldner auch nicht der angegebenen Münzsorten zu bedienen, wenn er nur die Quantität des Geldes bezahlt, die wirklich gemeint war. Dabei wird in der Art verfahren, daß die angegebene Summe auf die Stückzahl der angegebenen Münzsorten reducirt wird, und diese alsdann nach dem äußeren Werthe, den sie zur Zeit der Zahlung haben, berechnet werden ¹¹⁷).

7) Wenn das Darlehn in Papiergeld hingegeben war oder zurückgezahlt werden soll, muß ebenfalls der Grundsatz entscheiden, daß der Gläubiger so viel zurückhalten muß, als er hingegeben hatte. Daher muß der Schuldner, wenn das Darlehn in Papiergeld gegeben war, und in baarem Gelde zurückbezahlt werden soll, von letzterem so viel entrichten, als zur Zeit des gemachten Darlehns für das empfangene Papiergeld davon erhalten werden konnte. Ebenso muß im umgekehrten Falle, wenn das in baarem Gelde gegebene Darlehn in Papiergelde zurückbezahlt werden soll, von diesem so viel gegeben werden, daß dafür die dargeliehene Summe baarem Geldes eingewechselt werden kann. Wenn das Darlehn in Papiergelde gemacht war und in Papiergelde zurückbezahlt werden soll, muß der Schuldner von diesem so viel zurückgeben, daß dafür zur Zeit der Rückzahlung diejenige Summe baarem Geldes eingelöst werden kann, welche zur Zeit der Hingabe für das dargeliehene Papiergeld eingewechselt werden konnte ¹¹⁸). Denn das Papiergeld ist immer nur ein Surrogat oder ein Vertreter des wirklichen Geldes, so daß die zu bezahlende Quantität immer nur nach diesem bestimmt werden kann. Weil sich aber Niemand statt der eigentlichen Leistung, die ihm geschuldet wird, das bloße Surrogat derselben aufdringen zu lassen braucht, so kann auch im Allgemeinen Niemand zugemuthet werden, statt baarem Geldes Papiergeld in Empfang zu nehmen.

115) Pfeiffer a. a. D. §. 10, S. 68 u. 69.

116) J. B. 100 Thlr. in Golde oder in Zwanzigkreuzern.

117) Pfeiffer a. a. D. §. 11.

118) Mühlentuch, §. 375, Nr. 3.

Wenn übrigens der Beklagte leugnet, das Darlehn empfangen zu haben, so liegt dem Kläger der Beweis ob, daß er dasselbe ausgezahlt habe. Denn dieser Punkt gehört zu dem Grunde der Klage, weil das Darlehn ein Realcontract ist, der erst durch die Tradition vollzogen wird. Wenn der Kläger diesen Beweis durch Zeugen oder durch Eidesdelation führen will, so kommen dafür die gewöhnlichen Grundsätze über die Beweisführung in Anwendung. Eigenthümliche Grundsätze treten aber ein, wenn der Kläger diesen Beweis führen will durch einen von dem Beklagten ausgestellten Schuldschein, chirographum, in welchem dieser bekennt, das Darlehn in Empfang genommen zu haben. Nach ausdrücklicher Bestimmung der Gesetze soll ein solcher Schuldschein, wenn seit seiner Ausstellung noch nicht zwei Jahre verlaufen sind, Nichts gegen den Beklagten beweisen¹¹⁹⁾. Dieser kann vielmehr, wenn er vor Ablauf dieser Frist auf den Grund eines solchen Schuldscheines mit der actio mutui belangt wird, die exceptio non numeratae pecuniae dagegen vorschützen, und dadurch bewirken, daß der Kläger den Beweis der wirklich erfolgten Auszahlung des Darlehns auf andere Weise führen muß. Der Grund dieser singulären Bestimmung liegt in der Rücksicht, daß häufig Schuldscheine ausgestellt und übergeben werden in der bloßen Hoffnung, Geld geliehen zu erhalten, ohne daß die Auszahlung wirklich erfolgt¹²⁰⁾. Dagegen wird der Aussteller eines solchen Schuldscheines, nachdem zwei Jahre seit der Ausstellung verfloßen, durch denselben schlechterdings verpflichtet Zahlung zu leisten, ohne daß ihm noch der Beweis verstattet wäre, daß er das Geld gar nicht empfangen¹²¹⁾. Denn der Grund seiner nunmehrigen Verpflichtung liegt nicht darin, daß angenommen würde, er habe das Darlehn wirklich empfangen, sondern nur darin, daß er sich schriftlich zu einer Schuld bekennt, ohne das Bekenntniß zur gehörigen Zeit zurückzunehmen oder gegen dasselbe zu protestiren. Es ist daher alsdann gar nicht mehr von einem Darlehn als einem Realcontracte, sondern von einem ganz neuen litteralcontracte die Rede. Deshalb wird auch von der exceptio non numeratae pecuniae im Einzelnen zweckmäßiger in einem eigenen Artikel gehandelt werden.

Euden.

Datio in solutum (besser in solutum datio¹⁾ oder pro soluto datio²⁾), Hingabe an Zahlungsstatt, heißt im römischen Rechte die Bezahlung einer Schuld durch die Aushändigung einer Sache, welche nicht

119) Tot. Tit. J. de litterar. obligat. (3. 21. [22.]) Tot. Tit. C. de non numerata pecun. (4. 30.)

120) S. Glück, XII. S. 100.

121) L. 8. i. J. L. 14. pr. C. h. t.

1) So z. B. L. 45. pr. D. de solut. et lib. (46. 3.) L. 10. C. de solut. et lib. (8. 43.) — Literatur: Brissonius, de solutionibus et liberationibus, lib. I. p. 144—148. Pothier, Pandectae Justinianae, lib. 46. tit. 3. pars II. art. V. §. 1. tom. III. p. 275—277. Marezoll, über die datio in solutum, in v. Edhr's Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Bd. 4, S. 2, S. 230—246. Vergl. auch den Art. beneficium dationis in solutum.

2) So in L. 4. C. de evictionibus. (8. 45.)

der Gegenstand der Obligation ist, an den Gläubiger. Wenn es nämlich auf der einen Seite den contrahirenden Parteien überlassen bleiben mußte, an die Stelle eines geschuldeten Gegenstandes durch Convention einen anderen zu setzen³⁾, so war auf der anderen Seite der Gläubiger vor willkürlichen Eingriffen des Schuldners in seine Rechte schon durch die Regel des alten Rechtes geschützt: *invito creditori aliud pro alio solvi non posse*⁴⁾, — eine Regel, welche zu der Annahme berechtigen mußte, daß, wofern der Gläubiger nicht einwilligt, eine *datio in solutum* in der Regel nicht möglich⁵⁾, wenn schon Justinian in einem Falle dem Schuldner erlaubt hat, den Gläubiger auch gegen seinen Willen mit etwas Anderem, als was den Gegenstand der Obligation ausmacht, abzufinden⁶⁾. Fragt man, in welche Form ein solcher Vertrag gekleidet wurde, so finden sich in den römischen Rechtsquellen zur Bezeichnung desselben nur Ausdrücke gebraucht, wie *placitum*⁷⁾, *transigere*⁸⁾, *consentiente creditore aliud pro alio solvitur*⁹⁾, *res pro numerata pecunia consentiente creditore datae*¹⁰⁾ etc., und es scheint mithin, daß hier die freieste Vertragsform zulässig gewesen sei. Was ferner die Erfordernisse anbetrifft, welche die Hingabe an Zahlungsstatt voraussetzt, so lassen sie sich auf folgende Punkte zurückführen. 1) Es muß ein Schuldverhältniß zwischen den Paciscenten existiren, gleichviel, ob sich dasselbe auf eine civile, prätorische oder natürliche Verbindlichkeit stützt, oder ob es aus einem Contracte oder Delicte hervorgeht. 2) Die Contrahenten müssen überhaupt die Fähigkeit haben zu pacificiren und über ihr Vermögen selbstständig zu verfügen. 3) Es muß statt der geschuldeten Sache irgend eine andere hingegeben werden, gleichviel ob dies eine bewegliche, eine unbewegliche Sache oder gar eine ausstehende Schuldforderung ist¹¹⁾, wofern es nur überhaupt etwas ist, was zu Gelde angeschlagen werden kann. 4) Die hingeebene Sache muß dem Empfänger derselben, d. h. dem Gläubiger definitiv verbleiben¹²⁾. Daher können nur solche Sachen an Zahlungsstatt hingegeben werden, welche im Eigenthum oder unter der Disposition von Privatleuten sein können; also ist die Hingabe an Zahlungsstatt nur dann von Wirkung, wenn dem, welcher die Sache hingab, ein definitives Recht an der hingeebenen Sache zusteht¹³⁾. Man nimmt, um den Empfänger wegen des definitiven Behaltens der Sache sicher zu stellen, die Analogie des Kaufes zu Hilfe, und gewährt ihm, falls die Sache

3) L. 17. C. 8. 43. L. 45. pr. D. 46. 3.

4) L. 2. §. 1. D. de rebus creditis. (12. 1.)

5) *Cauius inst.* III. §. 168. L. 16. C. 8. 43.

6) *Nov.* 4. cap. 3. §. 1. *Vgl. den Art. beneficium dationis in solutum.*

7) L. 24. C. 8. 43.

8) L. 96. §. 2. D. 46. 3.

9) *Cauius inst.* III. §. 168.

10) L. 17. C. 8. 43.

11) L. 96. §. 2. D. 46. 3. L. 16. C. 8. 43.

12) L. 4. C. 8. 45. L. 46. pr. D. 46. 3.

13) L. 46. pr. D. 46. 3.

ganz oder theilweise evincirt wird, eine *utilis actio* gegen den Geber¹⁴⁾, dessen nicht zu gedenken, daß im Fall der Eviction die alte Verbindlichkeit immer noch fortbesteht¹⁵⁾. Und wahrscheinlich sind auf diesen Fall auch die Vorschriften des Atilizischen Edicts über Käufe anzuwenden, wenn schon in den römischen Rechtsquellen eine solche Ausdehnung weiter nicht erwähnt wird. 5) Die hingegebene Sache muß nach einer billigen Taxe geschätzt sein. Ist sie durch den Dolus des Gebers zu einem höheren Preise angeschlagen worden, als den sie wirklich hat, so treten die gewöhnlichen Wirkungen der in solutum datio nur dann ein, wenn das Fehlende nachgezahlt wird¹⁶⁾. 6) Der Taxwerth der hingegebenen Sache muß den Betrag der alten Schuld decken, wosern die gewöhnliche Wirkung der in solutum datio eintreten soll. Diese Wirkung besteht aber darin, daß die alte Schuld völlig aufgehoben wird. Im älteren Rechte war es zwar nach dem Zeugnisse des Cajus¹⁷⁾ unter den Juristenschulen streitig, ob dieß *ipso iure* oder *per exceptionem*, b. h. auf prozessualischem Wege effectuirt werde. Die Sabinianer, zu denen sich dieser Jurist selbst rechnet, behaupteten, die alte Obligation bestehe *ipso iure* auch nach der in solutum datio fort, aber dem Schuldner stehe die *doli exceptio* zu, falls der alte Gläubiger, welcher durch das Hingeben an Zahlungsstatt befriedigt worden, das ihm aus der alten Obligation zustehende Klagerrecht geltend machen wollte. Die Proculianer hingegen nehmen an, daß die alte Schuld durch die Hingabe an Zahlungsstatt *ipso iure* erlösche, und ihre Meinung ist in die Justinianischen Rechtsbücher übertragen worden¹⁸⁾.

Im Allgemeinen erscheint die in solutum datio als eine Begünstigung des Schuldners. Denn nicht allein, daß kein Schuldner dazu gezwungen werden kann¹⁹⁾, so beruht es in einem bestimmten Falle sogar auf gesetzlicher Verfügung, daß sie als Rechtswohlthat dem Schuldner gegen den Gläubiger dann zu Gute komme, wenn bei chirographarischen Schulden, deren Gegenstand eine Summe baares Geld ist, der Schuldner in der Lage ist, daß er nur durch den Gebrauch dieser Rechtswohlthat der Nothwendigkeit der Güterabtretung entgehen kann²⁰⁾. Nur als Folge dieser Grundansicht kann es gelten, wenn Ulpian den Mann, welcher seiner Frau durch Stipulation verspricht, nach aufgelöster Ehe anstatt des Heurathsgutes Grundstücke, welche dafür verpfändet waren, an Zahlungsstatt ihr hinzugeben, von der Erfüllung dieses Versprechens frei

14) L. 4. C. de evictionibus. (8. 45.)

15) L. 46. pr. D. 46. 3.

16) L. 46. §. 2. D. 46. 3.

17) Inst. III. §. 168.

18) L. 46. §. 2. D. 46. 3. L. 17. C. 8. 43. Pr. J. quibus modis tollitur obligatio. (3. 30.) Vgl. L. 26. §. 4. D. de condict. indeb. (12. 6.)

19) L. 4. C. qui bonis cedere possunt. (7. 71.)

20) Inst. Nov. 4. cap. 3. §. 1. Vergl. Marekoll a. a. O. Bd. 4, Heft 2, S. 231—234.

spricht, falls er es vorzieht, seiner Frau das Heirathsgut in natura zurückzugeben²¹⁾.

Durch die Hingabe an Zahlungsstatt wird in der Regel ein dauerndes, bleibendes Verhältniß begründet. Daher können die Erben oder sonstigen Universalsuccessoren des Schuldners, die einmal geschehene Uebergabe der an Zahlungsstatt hingeebenen Grundstücke später nicht mehr anfechten²²⁾, auch keine Ansprüche auf den Gewinn machen, welchen der befriedigte Gläubiger durch Anwendung eines höheren Fleißes und zeitgemäße Verbesserungen aus dem Grundstücke zieht²³⁾. Mit dieser Ansicht hängt es jedenfalls zusammen, wenn dem, welcher sich über ein ihm geschuldetes Legat mit dem Erben verglichen, und statt dessen ein außenstehendes Capital angenommen hat, auch ohne Delegation dieses Schuldners das *periculum nominis* zugesprochen wird²⁴⁾, und wenn dem Pupillen, welchem sein Vormund, falls er die Ansprüche aus der Vormundschaft fallen lasse, einen Theil seines Vermögens vermacht, nur ausnahmsweise unter besonderer Berücksichtigung seines Alters das Recht zugestanden wird, das bereits in Empfang genommene Legat zurückzugeben und dafür seine Ansprüche aus der Vormundschaft wieder aufzunehmen²⁵⁾. Auch kann es nur als Folge der oben aufgestellten Ansicht gelten, wenn der Gläubiger nach der Hingabe an Zahlungsstatt als Eigenthümer der empfangenen Sache sich darstellt, und sein Eigenthum gegen Dritte geltend machen kann²⁶⁾. Zur Erklärung der Wirkungen der Hingabe an Zahlungsstatt nimmt man die Analogie des Kaufes zu Hilfe²⁷⁾, und in Folge dieser Ansicht müßte man die an den Gläubiger taxirt übergebene Sache als das Object des Kaufcontractes, die alte Schuld, welche durch die Hingabe an Zahlungsstatt gedeckt wird, als Kaufpreis, den Schuldner als Verkäufer und den Gläubiger als Käufer ansehen. Dann würde der Schuldner, wie jeder andere Verkäufer, auch wegen der totalen und partiellen Eviction der an Zahlungsstatt hingeebenen Sachen gehalten sein²⁸⁾, und wenn in dieser Beziehung dem Gläubiger gegen den Schuldner auch eine *utilis actio* gestattet wird, so kann unter diesem Ausdrucke doch wohl nur die *utilis emti actio* gemeint sein²⁹⁾.

Endlich kann es nur als eine Einwirkung der allgemeinen Grund-

21) L. 45. pr. D. 46. 3.

22) L. 10. C. de solut. et liberat. (8. 43.)

23) L. 24. C. de solut. et lib. (8. 43.)

24) L. 96. §. 2. D. 46. 3.

25) L. 26. D. de lib. legata. (34. 3.)

26) L. 4. in fin. C. 7. 71.

27) L. 4. C. de evictionibus. (8. 45.) Nam huiusmodi contractus vicem venditionis obtinet. L. 24. C. de pignoratitia actione. (13. 7.) Immo utilis ex empto accomodata est, quemadmodum, si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfaciat vel in quantum eius intersit.

28) L. 4. C. 8. 45. L. 46. pr. u. §. 1. D. 46. 3.

29) L. 4. C. 8. 45.

sätze von den Condictionsgründen gelten, wenn die *indebiti condictio* dem gestattet wird, welcher eine Geldschuld in Waaren, welche einen höheren Werth haben, irrtümlich bezahlt hat, zur Beitreibung des Zuvielgezahlten³⁰⁾. Umgekehrt steht diese Klage auf die ganze hingeebene Sache dem Schuldner zu, welcher anstatt einer Geldschuld ein Grundstück von höherem Werthe irrtümlich an Zahlungsstatt hingeeben hat³¹⁾, damit der Kläger nicht durch die theilweise Restitution des Grundstückes in die unangenehme Nothwendigkeit einer Gemeinschaft mit dem Beklagten versetzt werde, wozu doch Niemand genöthigt werden soll. Freilich wird dem Beklagten an dem Grundstück so lange ein Retentionsrecht zugestanden werden müssen, bis die Geldschuld wirklich bezahlt worden, was die römischen Rechtsquellen auch für den Fall annehmen, wenn Jemand anstatt versprochenen Goldes dem Anderen gegen dessen Wissen fälschlich Erz überantwortet³²⁾, und nachher vor der Retradition des letzteren auf Aushändigung des versprochenen Goldes belangt wird.

Ganz verschieden von der Berechtigung zur Hingabe an Zahlungsstatt ist der Fall, wenn Jemand verspricht eine bestimmte Summe baar Geld in einer bestimmten Art Waaren zu bezahlen³³⁾. Hier steht es nämlich dem Schuldner frei, ob er das Geld in natura oder eine Quantität Waaren von dem nämlichen Preise an den Gläubiger ausantworten will, und jede Solution dieser Art hat die Liberation des Schuldners zur Folge. Nur wenn der Gläubiger bereits die Sache durch Klage anhängig und in der Klagschrift die Summe Geldes als einzutreibendes Klagsobject namhaft gemacht hat, hört das Wahlrecht des Schuldners auf, und er kann dann nur durch die Bezahlung der geforderten Geldsumme liberirt werden.

Heimbach.

Decan ist im Allgemeinen der Vorsteher einer in bestimmter Weise gegliederten Gesellschaft, insbesondere aber einer kirchlichen oder wissenschaftlichen Corporation. Daher haben wir den Decan als einen Würdenträger in einem Stifte, als den Vorsteher eines Ruralcapitels und als das Haupt einer Gelehrtenfacultät zu betrachten.

Der Ausdruck *decanus* bezieht sich zunächst und ursprünglich auf eine in bürgerlichen und militärischen Verhältnissen¹⁾ anerkannte Prærogative und hängt offenbar mit *decem* zusammen²⁾. Darum gibt *Isti*:

30) L. 26. §. 5. D. 12. 6.

31) L. 26. §. 4. D. 12. 6.

32) L. 50. D. 46. 3.

33) L. 57. pr. D. 46. 3.

1) Ueber diese vergl. man Du Fresne und Suicer unter dem Worte *decanus*. — Ueber den *decanus* bei den Germanen s. m. v. Savigny, Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter, Bd. I; Eichhorn, deutsche Staats- u. Rechtsgesch. Bd. I, und die abweichende Ansicht in Jul. Weiske, die Grundlagen der früheren Verfassung Deutschlands. Leipzig 1836, 8.

2) Jacobus Gothofredus im Commentar zum Codex Theodos. lib. VI. tit. XXXIII. de *decanis* (T. II. 629 sq.) entscheidet sich für die Ablei-

vor in den Originen (lib. III. cap. III.) die Erklärung: *decani dicuntur, quod decem militibus praeficiuntur*³⁾. Ein ähnliches Subordinationsverhältniß ward bei der Organisation des Klosterlebens üblich, indem je zehn Mönchen ein *déκαρχος*, *decanus* zur Aufsicht bestellt wurde. So berichten uns Hieronymus, Augustinus, Cassian und Andere. Zwar band man sich später nicht mehr streng an die Zahl, die Einrichtung selbst aber behielt man bei, wie die Ordenregeln ergeben. So verordnet Benedict von Nursia, daß neben dem vom Abte zu wählenden *praepositus* (Regula, cap. 65) für größere Vereine Decane angenommen werden sollen. *Si maior fuerit congregatio, eligantur de ipsis fratres boni testimonii et sanctae conversationis, et constituantur decani, qui solitudinem gerant super decanias suas* (cap. 21)⁴⁾. An die Regel Benedicts schloß sich Chrodogang bei der Begründung des gemeinschaftlichen Lebens der Cisterker an⁵⁾, und indem die bereits bestehenden kirchlichen Einrichtungen mit der neuen Anordnung verschmolzen wurden, trat zunächst in den bischöflichen Kirchen der Bischof gewissermaßen an die Stelle des Abtes, die Würde des Präpositus ging auf den Archidiaconus, die des Decanus auf den Archipresbyter über. In ähnlicher Weise erfolgte auch in den neuen Collegiatstiftern, sowie überhaupt in den Archidiaconaten und Archipresbyteraten die Verbindung der Propstei und Dechantei⁶⁾. Die Verfassung selbst gestaltete sich indessen verschieden: denn bald standen unter dem Propste mehr Decane, von denen einer sich als der *decanus senior* an der Spitze befand, bald gab es nur einen Decan, und neben diesem wohl auch einen Subdecan, bald nur einen Decan, unmittelbar nach dem Abte oder an der Spitze des Capitels, da der Propst ganz fehlte⁷⁾.

Nach diesen Vorbemerkungen betrachten wir

1) die Domdecane⁸⁾.

Domdecan, Domdechant ist eine Dignität in einem Hochstifte (Domcapitel).

Als eine bleibende Einrichtung wurde in der erweiterten Regel Chrodogang's auf dem Concil zu Aachen im Jahre 817 die Bestellung

zung von *déκαρχοι* in der Bedeutung von *ἀρχαίεσθαι, δεξιόεσθαι*, *excipere, apprehendere*.

3) Vergl. auch Vegetius, *de re militari* lib. II. cap. 8. — *decem militibus — unus praeesset decanus u. Anb.*

4) Mehrere andere Regeln weist Du Fresne nach *s. v. decanus in monasteriis*.

5) S. oben den Art. *Canonicus*, Bb. II, S. 545, Anm. 7.

6) S. die Art. *Archidiaconus* und *Archipresbyter*, Bb. I, S. 428 fig.

7) Beispiele davon finden sich theils schon früher, theils erst später. Man vergl. indef. Concil. Mogunt. a. 813, cap. XI. (Hartzheim, *Concilia Germaniae* T. I, p. 408).

8) Van Espen, *ius eccles. universum* lib. I. tit. XI. cap. II. Henr. Schubert, *dis. de origine et conditione ecclesiarum collegiatarum* §. XVI. (in Andr. Mayer, *thesaur. novus iuris eccl.* T. I. p. 178 sq.

eines Praepositus und Decanus im Capitel angeordnet⁹⁾. Wir finden dieselben daher auch später allgemein, jedoch nicht immer in einem gleichen Verhältnisse zu einander. Anfangs erscheint mitunter der Propst im Besitze aller äußeren und inneren Gerechtsame, so daß den Decanen nur untergeordnete Functionen gebührten¹⁰⁾. Im Laufe der Zeit nöthigte aber der Umfang der Geschäfte und die Unmöglichkeit einer dauernden Residenz den Propst, sich auf die Verwaltung der Temporalien zu beschränken, worauf der Decan die Leitung der Spiritualien erhielt. Jener wurde sogar oft vom Capitel völlig ausgeschlossen und der Decan nahm nun die erste Stelle im Capitel ein¹¹⁾, bisweilen selbst in der Weise, daß ihm die sonst dem Propste überwiesenen Gerechtsame mit zufielen¹²⁾. Während des ganzen Mittelalters blieb so der Decan ein bedeutender Dignitarius¹³⁾, und erscheint als ein solcher auch jetzt, nachdem das Institut der Domecapitel umfassend restituiert worden ist. Insofern aber nicht durch Statuten und Observanzen, sowie durch die neueren meistens auf denselben beruhenden Vereinbarungen seine Stellung genauer bestimmt worden ist, können auch jetzt noch die Grundsätze des gemeinen canonischen Rechtes für anwendbar erklärt werden.

In den neuen Concordaten und Circumscriptionsbullen bekleidet der Decan da, wo die Probstei hergestellt ist, die zweite Dignität. In Hannover und in der oberrheinischen Kirchenprovinz gibt es keinen Propst und der Decan ist allein beibehalten.

Die Requisite zur Uebernahme des Decanats sind die allgemeinen, die von jedem Domcapitular gefordert worden¹⁴⁾; insbesondere aber ist der ordo presbyteri ein Erforderniß, und eben darum das 25. Jahr¹⁵⁾, es müßte denn ausnahmsweise dem Decan die Seelsorge fehlen, in welchem Falle nach der Bestimmung des Concils von Trient¹⁶⁾ das 22. Jahr genügen würde.

Die Befetzung des Decanats stand früher den Capiteln zu. Da dasselbe als dignitas maior zu den beneficiis electivis gehörte, fiel nach den teutschen Concordaten die päpstliche Reservation hier fort¹⁷⁾. Nähere

9) Cap. LXI: Ut Praepositus, Decanus, Cellarius de eorum ministerio, nisi causa utilitatis aut necessitatis, non removeantur.

10) So war es z. B. im Capitel zu Rheims. R. f. Thomassin, ecclesiae vetus ac nova disciplina P. I. lib. III. cap. LXVI. nr. XV.

11) Beispiele gibt Schmidt, thesaurus iuris eccl. T. II. p. 730, 731.

12) So erklärt sich, wie die Ausdrücke decanus, praepositus, prior u. s. w. gleichbedeutend gebraucht werden konnten (Du Fresne s. v. decani ecclesiarum cathedralium).

13) Wir finden daher, wie selbst Bischöfe als Decane eines erzbischöflichen Capitels erscheinen. So war der Bischof von London Decan des Erzbischofs von Canterbury.

14) S. den Art. Canonicus, Bd. II, S. 551, 552.

15) Ut nullus fiat decanus in ecclesia, nisi presbyter, C. 1. dist. LX. (Urban II. a. 1095); s. Corr. Rom. ad h. l. — verb. c. 7. §. 2. X. de electione (1. 6.) (Alexander III. a. 1179). Clem. 3. de aetate (1. 6.) (Clemens V. a. 1311).

16) Sess. XXIV. cap. XII. de reform.

17) Koch, sanctio pragmatica Germ. p. 62. not. e. p. 68. not. gg.

Bestimmungen sind durch die neuen Vereinbarungen mit der Curie erfolgt. Darnach steht in Bayern dem König die Besetzung dieser Stelle zu, in Preußen den Erzbischöfen und Bischöfen¹⁸⁾. In Hannover und der oberrheinischen Kirchenprovinz schlagen abwechselnd der Erzbischof (Bischof) oder das Capitel dem Landesherrn vier Candidaten vor, von denen einer, der etwa dem Regenten nicht genehm ist, aus der Liste gestrichen werden kann. Dann wählt der Bischof oder das Capitel. In Oesterreich besteht noch die ältere Einrichtung, nach welcher eine Concursprüfung veranstaltet wird, worauf der Landesherr ernannt.

Die Rechte des Decans sind umfassender, wenn dem Capitel der Propst fehlt. Da der Decan der eigentliche Vorstand des Capitels ist, so gebührt ihm die Berufung zu den Versammlungen, insoweit dieselbe nicht in Angelegenheiten, welche der Bischof vorzulegen hat, von diesem selbst zu bewirken ist¹⁹⁾. Er präsidiert dem Collegium und macht die Vorschläge zu den Beratungen.

Insbondere ist der Decan das Haupt im Chor. Alles was diesen und den Gottesdienst betrifft, steht unter seiner Leitung. Excesse, welche dabei vorkommen, werden von ihm gerügt. Ueberhaupt besitzt er eine Disciplinargewalt, deren Grenzen jedoch durch Gewohnheit und Statuten verschieden bestimmt sind²⁰⁾. Bald steht ihm diese Gewalt allein zu, bald dem Capitel, bald beiden gemeinschaftlich. Der erste Fall findet sich in dem Erzbisthume Gölz anerkannt, in welchem dem Decane der Cathedralen über den Clerus der Collegiatkirche beigelegt wird: *Potestas poena canonica, nimirum suspensionis temporariae, aut maiori etiam, pro ratione culpae, coeroendi*²¹⁾. Des andern wird im gemeinen Rechte öfter gedacht²²⁾, und ausdrücklich wird die gemeinsame Wirksamkeit beider mehrfach vorausgesetzt²³⁾. — Eine ordentliche Jurisdiction in Rechtsstreitigkeiten würde aber dem Decan, als nicht unmittelbar mit seinem eigentlichen Wirkungskreise zusammenhängend, immer nur vermöge eines

Vergl. das wien. Concordat von 1447 ebenbas.; p. 220, 225, 226, und not. 54 das.

18) Nach der Praxis wird aber die königliche Confirmation erfordert.

19) *Quod si aliquid canonicis ad deliberandum proponant, nec de re ad suum, vel suorum commodum spectante agatur, episcopi ipsi capitulum convocent, vota exquirant et iuxta ea concludant.* Conc. Trid. sess. XXV. cap. VI. de ref. Vergl. J. H. Böhm er, ius. eccl. Prot. lib. III. tit. XI. §. II sq.

20) Van Espen l. c. §. VI sq.

21) *Concl. Colon. a. 1536, P. III. cap. VII. (Hartzheim, T. VI. p. 250).* W. s. auch c. 6. de sent. excomm. in VI. (5. 11.) und dazu die Glosse.

22) W. s. besonders c. 13. X. de officio iud. ord. (1. 31.) (Innocent. III. in Conc. Lateran. a. 1215).

23) W. vergl. §. B. c. 34. X. de praebendis (3. 5.) (Honorius III. a. 1222). Die gemeinsame Stiftung des Gottesdienstes in der Capitelskirche (c. 55. X. de appellat. [2. 28.], verb. c. 8. de off. ord. in VI. [1. 16.], Clem. 1. de sent. excomm. [5. 10.]) ist zwar lange nicht mehr üblich, obwohl das Recht dazu noch bestehen würde (s. v. Droste-Hülshoff, Grundsätze des gem. Kirchenrechtes, Bd. II, Abth. 2, §. 203, Anm. 210, S. 63).

speciellen Rechtsstitels beigelegt werden können²⁴⁾, denn vorzugsweise soll er den Bischof in der Seelsorge mit unterstützen.

Als Dignitarius hat er Anspruch auf höheren Rang und größere Beförderung, als die übrigen Capitularen. Wo eine besondere Classification der Beamten festgesetzt ist, nimmt er daher auch eine höhere Stufe ein, wie z. B. in den zur oberheinischen Kirchenprovinz gehörigen Staaten²⁵⁾. — Was seine Præbende betrifft, so betrug diese früher statutenmäßig oft so viel, als die zweier Canonici, und auch jetzt ist meistens ein ähnliches Verhältniß angenommen, und seine äußere Stellung in dieser Beziehung der des Propstes gleich. So genießt derselbe z. B. in Cöln und Breslau 2000, Gnesen und Münster 1800, Trier und Paderborn 1400, Culm 1200 Thaler.

Die Decane in den Collegiatstiften sind im Allgemeinen nach gleichen Grundsätzen zu beurtheilen; insbesondere pflegt ihnen eine gewisse Disciplinargewalt zuzustehen²⁶⁾.

2) Decani rurales (Landbechante)²⁷⁾.

Die ordnungsmäßige Verwaltung der Diocese nöthigt zur Anstellung von Beamten, welche als Organe des Bischofs in bestimmten Kreisen gewisse Functionen übernehmen. Daher finden sich allgemein schon im neunten Jahrhundert die Archipresbyteriate und Decanien oder Christianitäten, deren Ursprung und Begründung bei der Betrachtung der Archipresbyteri nachgewiesen worden ist. In die Stelle der alten Archipresbyter, welche sich hier und da als Erzpriester bis jetzt erhalten haben, sind allgemein die Decane, Landbechante getreten, und seit der Restitution der katholischen Kirche überall, wo sie eingegangen waren, wieder eingeführt worden. Insofern es etwa, was nicht leicht vorkommen dürfte, an näheren Bestimmungen fehlen sollte, würden die Grundsätze über die Archipresbyteri anwendbar sein. Auf diese stützen sich auch im Wesentlichen die besonderen Instructionen und Facultäten, welche in neuerer Zeit fast in allen Diocesen ergangen sind. Als besonders umfassend und instructiv sind auszuzeichnen die für das Erzbisthum Cöln vom 24. Februar 1827²⁸⁾, für die zur oberheinischen Kirchenprovinz gehörigen Bisthümer, namentlich für

24) S. die Glosse zum c. 6. de sent. excomm. in VI: Quod decanus iste de consuetudine vel privilegio habeat jurisdictionem ordinariam —.

25) Pongner, Darstellung der Rechtsverhältnisse der Bischöfe in der oberhein. Kirchenprovinz (Tübingen 1840), S. 67 flg.

26) M. vergl. z. B. Conc. Colon. a. 1536, P. III. cap. II. (Hartzeim, T. VI. p. 259): Ut clerici suos ad observationem piorum rituum provocent ac reducant, ut ad agendam vitam clericis dignam perpetuo cohortentur, — denique ut singulos suo officio satisfacere compellant.

27) Außer der beim Art. Archipresbyter, Bd. I, S. 431, Anm. 1, angeführten Literatur vergl. man besonders van Espen, ius eccl. univ. P. I. tit. VI. Andr. Müller, Exikon des Kirchenrechtes, Bd. II, S. 13—99. Pongner a. a. O. S. 421—440.

28) Vergl. Sammlung der wichtigsten allgem. Verordnungen und Bekanntmachungen der geistlichen Oberbehörde in Cöln (Cöln 1837, 8.), S. 30 flg., 45 flg.

Maing von 1830 fig.²⁹⁾, für das Bisthum Lüttich vom 6. Mai und 8. Juni 1833, Culm vom 20. Juni 1836³⁰⁾ u. a. Die Einrichtung der Decanate und deren Abgrenzung erfolgt übrigens als eine gemischte Sache durch den Bischof in Gemeinschaft mit dem Staate³¹⁾.

Der Landdechant ist ein Organ des Bischofs, zum Behuf der Administration und Aufsicht über die ihm zugewiesenen Sprengel. Im Verhältnis zu den Pfarrern des Kreises wird er verschieden, wenn gleich im Allgemeinen als paritätisch betrachtet. Er ist der eigentliche pastor paritorum und daraus erklären sich die meisten Vorschriften, welche seine Stellung näher bezeichnen.

Die Anstellung des Ruraldecans sollte früher gemeinschaftlich durch den Bischof und Archidiaconus erfolgen³²⁾. Mit dem Schwinden der Macht der Archidiaconen verblieb dieß Recht dem Bischofe allein³³⁾, wo nicht nach dem Princip: cum commune officium decanus exerceat, communiter est eligendus (s. die Anm. 32 cit. Stelle), den Pfarrern der Christianität selbst die Wahl überlassen wurde³⁴⁾. Dieß letztere ist denn auch jetzt noch häufig der Fall. So bestimmt die kölnner Instruction (Abschn. III, S. 44), daß, bei Erledigung des Amtes, in der Wohnung des im Pfarramte ältesten Pfarrers an einem vom Generalvicarius bestimmten Tage durch geheime Stimmensammlung in der Capitelversammlung zur neuen Wahl geschritten werde. Das Wahlcapitel, aus dem Pfarrern des Decanats zusammengesetzt, bringt drei Pfarrer nach Stimmenmehrheit in Vorschlag, aus welchen das Haupt der Diocese einen wähle, zum Dechanten ernennt und von Seiten des Staates bestätigen läßt³⁵⁾. In Oesterreich ernennt dagegen der Bischof den Dechanten und läßt ihn, da er die Aufsicht über den Schuldistrict mit führt, von der Landesstelle confirmiren. Da überhaupt die Decane in vielen Ländern zugleich für manche bürgerliche Verhältnisse mitzuwirken haben, so wird die Ernennung stets im Einverständnisse mit den Staatsbehörden besorgt³⁶⁾.

Der gewählte und bestätigte Dechant wird in Eid und Pflicht genommen. Schon früh finden sich dafür besondere Eidesformulare³⁷⁾. Einfach schwört jetzt der Decan in Köln³⁸⁾: Ego iuro et promitto officium decanatus et commissa mihi ac mandata fideliter, absque

29) Diocesanstaturen für das Bisthum Maing (Maing 1837, 8.), S. 11 fig.

30) Diese sind besonders gedruckt.

31) S. 2. Beilage zur bayerischen Verf.-Urk. §. 76. lit. a.

32) Cap. 7. §. 6. X. de off. archidiaconi (1. 23.) (Innoc. III. a. 1199).

33) Archipresbyteri rurales in singulis dioecibus pro discretionem episcoporum assumantur — ac sint arbitrio episcoporum amovibiles. Synod. Mechlinens. a. 1570, Tit. de decanis cap. III. (Hartzheim, VII. 621. 622.)

34) R. f. 3. B. Synod. Eichstad. a. 1447 (Hartzheim, V. 374.). Conc. Constantiense a. 1463 u. 1483 (eod. V. 452. 453. 548.).

35) Ähnlich ist es auch in Bayern (Müller, Kriton, S. 75, 76).

36) Longner a. a. D.

37) S. die Anm. 34 cit. Synoden.

38) Sammlung a. a. D. S. 44. Rgl. Conc. Colon. a. 1612. (Hartzheim, IX. 158.)

omni dolo et fraude, cum sinceritate ac religione me exsequuntur, atque in omnibus non nisi ecclesiae reiue publicae commoda quaesiturum esse. Sic me deus etc. Außerdem werden in einzelnen Territorien auch von Seiten des Staates besondere Dienstverfe zur Unterzeichnung vorgelegt³⁹⁾.

Das Decanat ist bisweilen mit einer gewissen Stelle verbunden, öfter aber auch davon unabhängig; daher erfolgt meistens die Befegung nicht einmal lebenslänglich, sondern wie in Cöln, Mainz u. s. w. nur auf fünf Jahre, jedoch so, daß die Wiedererwählung zulässig ist. Wer gewählt wird, ist auch zur Annahme des Amtes verpflichtet und nur „erwiesene körperliche Schwäche kann die Weigerung der Uebernahme oder die Entfagung rechtfertigen“ (cölnner Instr.).

Die Stelle erscheint bald nur als ein Ehrenamt, so daß die Pfarrer des Decanats bei Einleitung eines Geschäftes gleich unmittelbar bei der bischöflichen Behörde einkommen können, obwohl alle administrativen Angelegenheiten in der Regel durch den Decan an das Vicariat gelangen sollen⁴⁰⁾; bald werden die Decane als die unmittelbaren kirchlichen Vorgesetzten der in ihrem Bezirke angestellten Geistlichen betrachtet, so daß sie zwischen diesen und dem Ordinariate die Mittelbehörde bilden⁴¹⁾.

Der Geschäftskreis der Landdechanten umfaßt verschiedene die kirchliche Aufsicht und Verwaltung betreffende Gegenstände. Ihnen steht demnach zu:

1) die kirchliche Aufsicht überhaupt. Diese bezieht sich auf alle kirchlichen Gegenstände: die Amtsführung, das sittliche und wissenschaftliche Leben aller Geistlichen und Kirchendiener, die religiös-sittliche Beschaffenheit der Gemeinden, insbesondere die religiöse Bildung der Jugend, alle äußeren kirchlichen Institute, insbesondere auch die Schulen.

Um sich vom Zustande des Decanats nach allen diesen Rücksichten zu überzeugen, sind sie gehalten, von Zeit zu Zeit (in der Regel jährlich, nach manchen Gesezen alle 2 oder 3 Jahre einmal)⁴²⁾ den ganzen Sprengel zu visitiren, und den Umständen nach auch außerordentliche Visitationen anzustellen⁴³⁾. Insbesondere haben sie auch die Kirchenbücher sich vorlegen zu lassen und den Befund zu bescheinigen, sowie bei der Rechnungsablegung mitzuwirken.

Die Decane erhalten für die Visitation gewisse Procurationen, welche sich häufig jetzt nur auf Befestigung und Gestellung der Fuhrer beschränken⁴⁴⁾.

39) So in Württemberg (Kongner, S. 423).

40) Cöln. Instr. §. 9, 11, S. 50, 51.

41) Mainzer Statuten, Abschn. II, §. 1, verb. §. 28.

42) Im Erzbisthume Cöln soll jährlich, in Mainz alle 3 Jahre der Decan vollständig visitiren.

43) Das Specielle ergeben die besonderen Visitationsinstructionen. W. s. z. B. die vom Jahre 1790 und 1799 für die Diocese Ermeland ergangenen in Jacobson, Geschichte der Quellen des preuß. Kirchenrechtes, I. 1. Anh., Nr. LXXXIV und LXXXV, S. 277 fig., und den vierten Abschnitt der mainzer Statuten, S. 22—35.

44) Mit Bezugnahme auf ältere gemeinrechtliche und particulare Bestim-

Ueber die Visitation sind genaue Protokolle zu führen, welche zugleich mit Gutachten, wie gewissen Mißverhältnissen abgeholfen werden kann, dem Ordinariate eingesendet werden müssen. Auch haben die Decane über alle wichtigen und interessanten Vorfälle sogleich Bericht abzustatten.

2) Vollziehung der Aufträge der vorgesetzten Behörden, insbesondere Bekanntmachung der Anordnungen derselben und Sorge dafür, daß denselben entsprochen werde⁴⁵⁾; Einziehung bischöflicher Gefälle und geistlicher Abgaben.

3) Provisorische Einrichtungen verschiedener Art. Wird eine Pfarrei vacant, so müssen sie die Verwaltung des Gottesdienstes bis zur näheren Bestimmung des Ordinariats anordnen, und bei niederen Kirchenstellen ebenfalls vorläufige Anordnung treffen, auch Vorschläge wegen der Wiederbesetzung machen⁴⁶⁾. Sobald dem Decane die Nachricht vom dem Todesfalle eines Geistlichen zugeht, hat er die Aufbewahrung und Versiegelung der Amtspapiere zu bewirken, das Begräbniß zu besorgen u. dgl.⁴⁷⁾

4) Introduction der Pfarrer in's Amt⁴⁸⁾, Abnahme des Glaubensbekenntnisses, auch wohl Prüfung der Capellane.

5) Als pastor parorum des Decanats übernimmt er die Seelsorge in Beziehung auf die Geistlichen des Sprengels, theilt ihnen die Sacramente aus, und steht ihnen mit Rath und That bei. Insbesondere wohnt er am grünen Donnerstage der Consecration des Christma bei, empfängt dasselbe für die Geistlichen, und theilt es ihnen gegen die bestimmten Gebühren mit⁴⁹⁾.

6) Gemäß besonderer Facultät kann er in seinem Capitel die Kirchengeräthe, Paramente, Ornate, Messkleidungen, Geräth und was zu gottesdienstlichem Gebrauche gehört, insoweit sie nicht der bischöflichen Function vorbehalten sind, mit gewöhnlicher Benediction nach dem Ritus setzen⁵⁰⁾.

mungen ist eine eigene Vorschrift hierüber für Eöln unterm 22. Dec. 1827 ergangen (Sammlung a. a. D. S. 77, 78).

45) Eöln. Instr. §. 1, 9. Mainzer Statuten Abschn. II, §. 4, 5, u. a.

46) Mainzer Statuten a. a. D. §. 12, 13. Eöln. Instr. §. 8.

47) Diese Bestimmung beruht schon auf alten Satzungen (m. s. z. B. Synod. Tomacens. a. 1481, cap. V [Hartzheim, V. 529], besgl. von 1520, cap. VIII [eod. VI. 157]), und ist auch später stets festgehalten (m. s. z. B. Synod. Culmens. a. 1745, cap. XIII [Hartzheim, X. 524]). Eine eölnische Verordnung vom 7. August 1828 (Sammlung a. a. D. S. 81) bestimmt dem Decan eine Gebühr von 6 Thlrn. außer dem Opfer, welches beim Seelenamt auf den Altar gelegt wird, für das Begräbniß des Pfarrers.

48) Die in der vor. Anm. cit. eöln. Verordnung bewilligt dafür 4 Thlr., vergl. Instr. §. 8, mainzer Statuten II. §. 26' a.

49) S. Synod. Wormiens. a. 1449, §. 9 (Jacobson, Gesch. a. a. D. I. 1. Anhang, S. 219). Synod. Bascodac. a. 1571, tit. XVI. cap. VII, (Hartzheim, Tom. VII. p. 727) u. v. a. Besondere Reisekosten u. s. m. bewilligt dafür die Synode von Ramur von 1612 (eod. IX. 165). Mainzer Statuten II. §. 26 e.

50) Mainzer Statuten II. §. 26 c. Instruct. von Eüttich vom 8. Juni 1833, §. 6 c. u. a. m.

7) Gemäß solcher Facultät stehen ihm auch verschiedene Dispensationen zu. So die Zulassung zur ersten Communion der Kinder, welche noch nicht das vorgeschriebene Alter erreicht haben⁵¹⁾; in einzelnen Ebehindernissen, so von dem dritten Aufgebote; vom tempus clausum u. s. w.⁵²⁾; desgleichen kann er von Reservatfällen absolviren, und diese Facultas für einzelne Fälle auf Andere übertragen⁵³⁾. Auch darf er gewöhnlich den Geistlichen einen Reiseurlaub auf kürzere Zeit ertheilen⁵⁴⁾.

8) Abhaltung der Ruralcapitel. Mit Recht ist in neuerer Zeit gerade darauf ein größeres Gewicht gelegt worden, da so einigermassen Ersatz für die Diöcesansynoden geboten werden kann⁵⁵⁾.

Versammlungen der zu einem Decanate gehörigen Geistlichen sind schon frühzeitig regelmäßig gehalten worden, anfangs alle Monate, später seltener⁵⁶⁾. Sie dienten zum gegenseitigen Austausch von Amtserfahrungen, zur Eröffnung von Mittheilungen der vorgefetzten Behörden, besonders zur Publication der Synodalschlüsse⁵⁷⁾ durch die Decane, welche den Synoden beizuwohnen verpflichtet waren⁵⁸⁾. Nachdem die ganze Einrichtung mit der Zeit in vielen Diöcesen verfallen war, ist sie neuerdings wieder belebt und mit den Pastoralconferenzen, Lesesirkeln u. s. w.⁵⁹⁾ in Verbindung gesetzt worden, und hat auch in wissenschaftlicher Hinsicht erfreuliche Resultate hervorgerufen. Wir erinnern nur statt vieler an „die wichtigsten Ergebnisse der Pastoralconferenzen im Bisthume Constanz von 1802 bis 1827“ (Ehingen, 6 Bände), an das „Archiv für die Geistlichkeit der oberrheinischen Kirchenprovinz“ (Freiburg 1838 flg.) u. a.

51) Mainzer Statuten §. 14.

52) Instr. für Lüttich §. 6 b. — Die Synod. Tomacens. a. 1574, tit. XIX. cap. XV. (Hartzheim, VII. 792.) bestimmt: decani dispensare non poterunt, nisi cum contrahentibus sponsalia de futuro, extra locum sacrum et super diversitate decanatum; si modo contrahentium alter sui sit decanatus, nec non in casu fornicationis et simplicis adulterii.

53) Mainzer Statuten §. 26 d. Dasselbe ist für die Diöcese Lüttich (Instruct. §. 6 d) gestattet, doch die Uebertragung nur für drei Acte und überdies unter der Voraussetzung, daß dem Geistlichen schon früher vom Bischofe diese Reservatfälle übertragen worden, und daß sie zufällig gerade jetzt, da sie derselben bedürfen, erloschen sind.

54) Nach den mainzer Statuten §. 29 bis auf 8 Tage.

55) M. f. die Band I, S. 432, 433, Anm. 11, cit. Abhandlung von Schmidt, und verbinde damit van Espen l. c. cap. IV.

56) Zweimal jährlich nach der kölnner Synode von 1612 (Hartzheim, IX. 173), culmer Synode von 1745 (eod. X. 522), nach anderen nur einmal (z. B. Synod. Metens. a. 1633, 1699 [eod. X. 246]) u. a.

57) So bestimmt schon die Synode zu Lüttich von 1287, Tit. XIV, Cap. XV (Hartzheim, III. 703), die von Köln von 1551 (eod. VI. 786), u. v. a.

58) Zu dem Behufe mußten die Decanatspfarrer besondere Subsidien zahlen (m. f. z. B. die kölnner Synode von 1549 de medio quinto [Hartzheim, VI. 548]).

59) Nach der Verfassungsurk. für das Fürstenthum Hohenzollern-Sigmaringen vom 11. Juli 1833, §. 80, 82, wird von dem Ruralcapitel durch relative Stimmenmehrheit ein Geistlicher als Abgeordneter zum Landtage gewählt.

Das Nähere beruht auf speciellen Instructionen⁶⁰⁾; des Beispiels wegen wollen wir aber die Einrichtung, wie sie gegenwärtig in Eöln besteht und mit geringen Abweichungen sich auch anderwärts findet, beschreiben⁶¹⁾.

In den Decanaten werden jährlich drei ordentliche und sonst nach Bedürfniß außerordentliche Versammlungen gehalten. Jeder Pfarrer ist verpflichtet denselben beizuwohnen und hat sein Ausbleiben vorher schriftlich, durch Beibringung von Zeugnissen der Verhinderung den Umständen nach, zu entschuldigen. Ueber den Versammlungsort, die Stunde der Eröffnung, Ordnung der Verhandlung u. s. w. kann das Capitel Beschlüsse fassen, welche vom Generalvicar bestätigt werden. Im Allgemeinen beginnt das Capitel mit Abbetung des Hymnus: Veni creator spiritus, dann legt der Dechant die Rechtfertigung der Abwesenden vor, macht bekannt, was amtlich zu eröffnen ist und bestimmt einen der Anwesenden zur Vorlesung einer Abhandlung aus dem Gebiete der Theologie oder des Kirchenrechtes. Der Gegenstand wird immer in der vorhergehenden Versammlung festgesetzt oder vom Generalvicar angegeben. Jeder ist gehalten, die Abhandlung zu liefern. Die vorgeliesene wird vom Dechanten bei Abstattung seines Berichtes an den Generalvicar eingeschickt, die übrigen theilt jener unter die Pfarrer zur Beurtheilung, und von den ihm nach 14 Tagen mit der Kritik wieder eingehändigten sendet er die gelungenste ebenfalls an den Generalvicar.

Nach der Vorlesung wird über die Amtsführung gemeinschaftlich vortragen und berathen. Zu dem Ende muß Jeder einen schriftlichen Bericht über folgende Punkte mitbringen:

1) Kurze Inhaltsangabe aller seit der letzten Versammlung gehaltenen Kanzelvorträge und Katechesen; 2) merkwürdige oder verwickelte Fälle in der Seelsorge; 3) kurze Charakteristik des sittlichen Zustandes der Pfarre; 4) diejenigen Punkte, welche der Landdechant zum Vortrage bestimmt hat oder worüber einer der Pfarrer Rath erfragen will.

Von jeder Capitelversammlung wird ein Protokoll geführt und in Abschrift dem Berichte beigelegt. Die Abwesenden aber müssen, sobald das Hinderniß beseitigt ist, nach der Bestimmung des Dechanten die Abhandlung und den Vortrag nachschicken. Zum Schlusse der Versammlung betet der Dechant ein passendes Gebet, und darf Keiner früher sich entfernen.

Wird eine gemeinsame Mahlzeit gehalten, so darf sie nur einfach und nüchtern sein, und werden die Kosten von den Theilnehmern bestritten. —

Da, wo die Geschäfte des Decans umfassender sind, werden ihm noch eigene Gehilfen beigegeben. So ist in Württemberg widerruflich dem

60) R. f. z. B. die der Christenheit Wassenberg und Eöftern bei Binzerim, Denkwürdigkeiten, Bb. I, S. 603 flg.

61) R. f. mainzer Statuten Abschn. III. Eöln. Instruct. §. 7. Verordnung für das Erzbischofthum Freiburg vom 14. März 1828 (Reiß, Archiv der Kirchenrechtswiss., Bb. II, S. 239 flg.).

Decanatamte ein Pfarrer zugeordnet⁶²⁾. In der Diöcese Mainz sind zwei Definitoren, ein Kammerer und ein Secretär neben dem Decan bestellt⁶³⁾:

Die Ehrenrechte der Decane beruhen auf particularen Bestimmungen. In Oesterreich haben sie als Auszeichnung einen Salarkragen (sogen. Decantragen)⁶⁴⁾. Sonst sind für den Todesfall auch besondere Parentationen, Lesung von Messen durch alle Pfarrer des Sprengels und die Decane der ganzen Diöcese üblich⁶⁵⁾ u. dgl. m.

In der evangelischen Kirche finden sich in einzelnen Ländern ebenfalls Decane, die dann aber ganz die Bedeutung der sonst üblichen Superintendenten haben. So in Bayern, Baden u. s. w., worüber das Speciellere im Artikel Superintendent auszuführen sein wird⁶⁶⁾. Bemerkenswerth ist übrigens, daß im Großherzogthum Hessen der Ausdruck Superintendent den Vorsteher einer Provinz bezeichnet, also den in anderen Ländern sogenannten General-Superintendenten, Decan aber den Vorsteher einer Inspection (eines Decanats), worüber neuere Gesetze das Nähere angeordnet haben⁶⁷⁾.

Sowie die Ruralcapitel bestehen in der evangelischen Kirche auch besondere Diöcesanvereine, gebildet von den Geistlichen des Sprengels unter dem Decan, mit einer der katholischen ähnlichen Verfassung und kirchlich-wissenschaftlichem Zwecke⁶⁸⁾.

3) Decane der Universitätsfacultäten⁶⁹⁾.

Die Universitäten sind zum Theil und Anfangs wohl fast allgemein aus Kloster- und Stifteschulen hervorgegangen, zum Theil aber selbständigere Stiftungen. Die Absonderung eigener Facultäten ergab sich dann als eine Nothwendigkeit und in diesen selbst ein bestimmtes Verhältnis der Lehrer (Doctoren, Professoren) und Lernenden. Da die Einrichtung der Universitäten zu Paris und Bologna, als der ältesten und bedeutend-

62) Erlaß des kath. Kirchenraths vom 5. Januar 1831 (Longner, S. 437, Anm.).

63) Statuten, Abschn. III, §. 1 flg.

64) Wiener Consist. Cur. vom 20. Aug. 1814, Nr. 11 (Müller, Verikon, S. 67).

65) Solner Synode von 1662, P. III. tit. VI. cap. IV. §. 2 (Hartshorn, IX. 1032), erneuert durch Verordnung vom 15. Nov. 1828 (Sammlung a. a. D. S. 92).

66) Inzwischen s. m. Müller, Verikon a. a. D. S. 77, 86.

67) W. s. das Gebiet vom 6. Juni 1832, Art. 13 flg. (Regier.-Blatt Nr. 57, auch bei Weiß, Archiv des Kirchenrechtes, Bd. III, S. 228 flg.), und die Amtsinstruction für die Decane (a. a. D. S. 244 flg.).

68) Für solche Vereine sind in den einzelnen Ländern besondere Instructionen erlassen. So für Württemberg vom 19. Mai 1819 (man vergl. über die Bestrebungen der württemb. Diöcesanvereine Rheinwald, Repertorium der gesammten Theologie 1840, Bd. XXVIII, §. 1, S. 78 flg.).

69) Im Allgemeinen wird hier auf die bekannten Schriften von Buland, Meiners, v. Savigny (Gesch. des röm. Rechtes im Mittelalter, Bd. III), v. Raumer (Gesch. der Hohenstaufen, Bd. VI) hingewiesen. Auch vergl. man Walter, Lehrbuch des Kirchenrechtes, §. 332.

den, Muster für alle übrigen wurde⁷⁰⁾, so ist in Beziehung auf unseren Zweck kurz daran zu erinnern.

Die Universität Paris, in Beziehung auf die Lehrfächer ungetheilt, zerfiel seit alter Zeit in vier Nationen⁷¹⁾, die französische, englische oder deutsche (Ungarn, Polen und die nordischen Reiche enthaltend), die picardische und normannische. Jede Nation zerfiel in Provinzen, jede Provinz in Sprengel. An der Spitze der Provinz stand ein Decan, gewählt von den Gliedern der Provinz. Ueber diese führte er ein Inscriptiionsbuch. Er war ein geborner Rathgeber (consiliarius natus) des Procurators der Nation, und dieser durfte ohne seine Einwilligung keine Angelegenheit von Belang ausführen. Die Stelle des Decans galt übrigens für so bedeutungsvoll, daß in Paris selbst Glieder des Parlaments dieselbe gern verwalteten⁷²⁾. Seit der Mitte des dreizehnten Jahrhunderts sonderten sich bei Gelegenheit des Streites mit den Bettelmönchen, welche Stellen bei der Universität verlangten, die Theologen, dann auch die Juristen (die Canonisten) und Aerzte als drei Facultäten, unter der Leitung der Decane, neben welchen die vier Nationen unter den Procuratoren die alte Universität bildeten und erst später als die vierte Facultät (der Artisten) angesehen wurden⁷³⁾. Die Facultäten selbst als eigene Collegien bestanden aus den zu ihnen gehörigen Doctoren.

In Bologna treten zuerst die Juristen, dann auch andere Facultäten selbstständig auf. An der Spitze standen zwei Rectoren, später einer, und Consularii (in der deutschen Nation Procuratores)⁷⁴⁾.

In Deutschland⁷⁵⁾ folgte man in der Hauptsache der pariser Verfassung, und so wurden die Facultäten, aus den Doctoren des besonderen Fachs bestehend, mit den Decanen selbst beibehalten. Die Statuten der Universitäten geben darüber nähere Auskunft⁷⁶⁾. Ohne hier aber in ein näheres geschichtliches Detail einzugehen, welches im Artikel Universitäten zu erörtern sein wird, genüge ein Nachweis der gegenwärtigen Stellung des Decans, welche im Wesentlichen auf allen deutschen Universitäten bei den verschiedenen Facultäten dieselbe ist. Des Beispiels

70) Die Verfassung von Paris wurde Muster für England und Deutschland, die von Bologna für Italien, Spanien und selbst für das übrige Frankreich.

71) Nationis nomine intelligimus corpus seu sodalitium aliquod magistrorum omnes artes indiscriminatum profitentium in eadem matricula conscriptorum et sub fidei legibus, institutis praefectisque viventium (Bulaeus, hist. universit. Parisiensis T. I. p. 250).

72) Bulaeus, de decanatu nationis Gallicae. Meiners, Gesch. der hohen Schulen, Bd. I, S. 35, 36.

73) v. Savigny, III, 326 ff.

74) v. Savigny, III, 181, vergl. S. 172, Anm. 74. Die Vorsteher der Facultäten hießen übrigens bald Decan, Prior, Rector u. s. w. (v. Savigny a. a. O. S. 295, S. 366 u. a.)

75) Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. III, S. 441. Hugo, Lehrbuch eines civillist. Cursus, Bd. VI, S. 187 ff. (3. Ausg.)

76) W. s. z. B. die für Gröfswalde von 1545, Königsberg 1546, 1616, Halle 1694 u. a. bei Koch, die preussischen Universitäten, Bd. I. Berlin, Posen und Bamberg 1839, S.

wegen wird hier auf die Statuten der berliner Univerſität vom 31. October 1816, und inſondere auf die der juridiſchen Facultät vom 29. Januar 1838 Bezug genommen⁷⁷⁾.

Jede Facultät übt unter dem Vorſiße ihres Decans die ihr zuſtehenden Rechte und Verpflchtungen. Zur Leitung der Geſchäfte wird der Decan aus der Mitte der Facultät (auf $\frac{1}{2}$ oder 1 Jahr) gewählt. Der Ektorene kann einmal auch ohne Anführung von Gründen das Decanat ablehnen. Will daſſelbe Mitglied aber öfter die Wahl zurüdwelſen, ſo hat es ſeine Gründe zu erklären, und die Facultät entſcheidet durch abſolute Stimmenmehrheit, ob ſie göltig ſein ſollen⁷⁸⁾.

Der niederlegende Decan überliefert dem Antretenden das von ſeinem Vorgänger Empfangene und Hinzugekommene, mit Bemerkung des Abgangs, und nimmt darüber eine Verhandlung zu den Acten. Inſondere erhält er die Alba und übrigen Namenliſten neſt den Siegeln (das der Facultät und ein Amtesiegel)⁷⁹⁾.

Der Decan eröffnet alle an die Facultät, als ſolche, gelangenden Verfüigungen, Zuſchriften und Geſuche, hält darüber ein Journal, und bringt das Eingegangene bei der Facultät zur Berathung. Mit Ausnahme deſſen, was in den gewöhnlichen Gang der ihm beſonders übertragenen Geſchäfte gehört, kann er aber für ſich nichts verfügen und beantworten.

So oft er es nöthig hält, beruft er die Facultät, führt in der Verſammlung mit allen Rechten und Pflichten des Präſes eines nach Stimmenmehrheit entſcheidenden Collegiums den Vorſiß, und bringt die Facultätsbeſchlüſſe zur Ausführung. Er verrichtet die Promotionen, oder läßt ſie durch ein anderes Mitglied der Facultät, welches er ad hunc actum als Prodecan conſtituirt, verrichten. Er ſchreibt ferner die zu der Facultät ſich bekennenden Studirenden in das Album deſſelben und in das dazu gehörige alphabetiſche Regiſter, führt das Album der Lehrer der Facultät, vollzieht die Zeugniſſe der Studirenden mit den übrigen dazu verordneten Behörden, redigirt den die Facultät betreffenden Antheil des Verzeichniſſes der Vorleſungen, verwaltet die Caſſe der Facultät, hat Sitz und Stimme in der Unterſtützungskommiſſion der Univerſität u. ſ. w.⁸⁰⁾ Er iſt Mitglied des Senates⁸¹⁾.

Seine Einkünfte beſtehen in den Inſcriptionsgebühren, in den Gebühren für die Zeugniſſe und in einer beſonderen Quote von den Promotionsgebühren⁸²⁾.

D. S. Jacobſon.

77) Koch a. a. D. S. 41 ſg., 87 ſg.

78) Univ.-Statut. Abſchn. II, §. 10—13. Facult.-Statut. §. 11—16.

79) Univ.-Stat. §. 14, 23. Fac.-Stat. §. 17, 18, 20.

80) Univ.-Stat. 14—21. Fac.-Stat. §. 18, 19. Ueber den Geſchäftsgang ſelbſt und dergl. Fac.-Stat. §. 23 ſg.

81) Univ.-Stat. Abſchn. III, §. 14. Auf den Univerſitäten, auf welchen alle ordentlichen Profeſſoren zum Senate gehören, bilden die Decans mit dem Rector einen engeren Auschuß.

82) Univ.-Stat. Abſchn. II, §. 22. Fac.-Stat. §. 21, u. ſ. w.

Decret, Decretiren¹⁾. Im Gegensatz zu den Erlassen des das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten leitenden Richters, welche einen Streitpunkt (interlocutorisch oder definitiv) entscheiden (Beschheid, Erkenntnis, Spruch, Sentenz, Urtheil), erscheinen die Decrete (Beschlässe, Verfügungen, Resolutionen), wodurch der Richter, zugleich etwaige Anträge und Gesuche der einen oder der andern Partei, z. B. Arrestgesuche, Fristverlängerungsbiten u. s. w. bewilligend (genehmigend) oder verwerfend²⁾, das Verfahren lenkt, es dem Spruch entgegenführt, dazu reif macht, oder denselben nach eingetretener Rechtskraft zur Vollstreckung bringt³⁾. Die Decrete, welche darauf berechnet sind, zu bewirken, daß das Verfahren organisch fortschreitet, sind entweder monitorische oder accetatorische⁴⁾. Unter einem monitorischen Decret versteht man

1) v. Wangerow, Theorie der gerichtlichen Decretirkunst. Halle 1783. Püttmann, Reflexe und Decretirkunst. Leipzig 1783. Zerlinden, Versuch einer praktischen Anleitung zum Decretiren. Halle 1804. Gensler, Anleitung zur gerichtlichen Praxis in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Erster Theil. (Heidelb. 1821) §. 55: Decrete im Gebiete des bürgerlichen Processes, nach derselben äußeren Formen und ihren Bestandtheilen. S. 304—320. Derselbe, Bemerkliche aus der Lehre von der Eintheilung, Benennung und Wirkung der Decrete, der Fristen und des Ungehorsams in dem bürgerlichen Prozesse. S. 190—206 des 4. Bandes des Archivs für civilistische Praxis. Heidelberg, 1821. Kallner, allgemeine Elementarlehre der richterlichen Urtheilungskunde. Für Richter, Sachwalter und Studirende in allen Staaten deutscher Sprache. Zweite unveränderte Ausgabe. Leipzig 1819. Puchta, der Dienst der deutschen Justizämter oder Einzelrichter, Theil 1 (Erlangen 1829), S. 278—310. Von dem Decrete. §. 94—104. Die älteren Lehrbücher des gemeinen deutschen bürgerlichen Processes von Sieber, Schaumburg, Knorre, Klaproth, Darg u. s. w. haben sich, zum Theil nur bei der Lehre von der Ladung verweilt, die nur eine bestimmte Art von Decret ist (s. Ladung), auf die Lehre von den Decreten gar nicht eingelassen. Bloß Sudovici (Einleitung zum Civilproceß, 6. Aufl. Halle 1719) handelt in einem besondern Capitel (S. 332—336) „von denen Abscheiden und Decreten.“ Ihm haben sich erst die neueren Lehrbücher angeschlossen. Grolman, Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (3. Aufl. Gieß. 1810), §. 98: Richterliche Verfügungen; Sentenzen; bloße Decrete. §. 100: Nähere Betrachtung der bloßen Decrete; bloße Beschwerden gegen den Richter. §. 139: Regeln für die Entwerfung aller Verfügungen. Martin, Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes (11. Ausg. Heidelb. 1834), §. 106—113: Vom Decretiren. S. 174—187. Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses (6. Aufl. Bonn 1838), §. 167—171, S. 216—223. Von den Schriften über das Verfahren in den einzelnen Staaten des deutschen Bundes behandeln nur die wenigsten die Lehre von den Decreten, so v. Wendt, vollständiges Handbuch des bayerischen Civilprocesses (Nürnberg 1827), §. 69: Leitung des Verfahrens und Entscheidung. S. 106—110. Wender, Lehrbuch des Civilprocesses der freien Stadt Frankfurt (Frankf. 1837), §. 43: Decrete. S. 115—119. Gleiches gilt von den Entwürfen von Civilproceßordnungen.

2) Particularrechtlich pflegt die Frist vorgeschrieben zu sein, innerhalb deren der Richter auf eine Eingabe verfügen soll. S. z. B. Wender a. a. O. S. 116; meine Ausgabe der hessens-darmstädtischen Civilproceßordnung v. J. 1724 (Darmst. 1830), S. 30, 40.

3) Ebner, Handbuch des deutschen gemeinen Processes, 2. Aufl., Band 1, Abt. VII, S. 162, 163.

4) Gensler a. a. O. (Archiv) S. 191, 192. Puchta a. a. O. S. 287—289.

den Erlaß des Richters, wodurch er den einen ~~oder~~ den andern der streitenden Theile davon in Kenntniß setzt, daß ihm eine bestimmte Theilmahme an irgend einem gerichtlichen Acte gestattet sei, und er ihm überläßt, von dieser Befugniß Gebrauch zu machen, so daß, mag dieses geschehen oder nicht, dieß auf den Act selbst und den Fortgang des Rechtsstreites keinen Einfluß äußert. Ein solches monitorisches Decret ist z. B. der Erlaß an die streitenden Theile, wodurch ihnen von der Vorladung der Zeugen oder Kunstverständigen zum Zweck ihrer Vernehmung Nachricht gegeben und ihnen überlassen wird, in dem dazu anberaumten Termine zu erscheinen und der Verbidigung derselben beizuwohnen, oder das Decret an den Definiten, wodurch er von der Anberaumung des Termins zur Ableistung des Restitutionsedes von Seiten des Restituenten in Kenntniß gesetzt und worin ihm freigestellt wird bei diesem Acte zu erscheinen und Zeuge der Ableistung dieses Eides zu sein. Das Decret, welches dem Producten die Einreichung von Fragstücken freistellt u. s. w. Unter arctatorischen Decreten versteht man die, welche eine Handlung gebieten, deren Unterlassung als Ungehorsam (*contumacia*) angesehen wird, so daß den die Handlung unterlassenden streitenden Theil ein bestimmter Rechtsnachtheil trifft. Das arctatorische Decret ist *peremptorisch*, wenn die Nichtbefolgung dessen, was dadurch geboten wird, von der Befugniß ausschließt, die gebotene Handlung vorzunehmen, z. B. mit der aufgehenden Erklärung gehört zu werden, zur Antretung des auferlegten Beweises, zur Ableistung des zugeschobenen oder nothwendigen Eides zugelassen zu werden u. s. w., dagegen nur *bilatorisch*, wenn als Folge nicht dieser, sondern ein sonstiger Nachtheil des Ungehorsams erscheint, z. B. die Verbindlichkeit zum Ersatz der Kosten, welche durch die Nichtbefolgung erwachsen (*Contumacialkosten*)⁵⁾. Was die äußere Form des Decretes⁶⁾ betrifft, so muß es schriftlich abgefaßt sein⁷⁾. Der Eingang bezeichnet den Namen der streitenden Theile, die Partierolle und den Streitgegenstand⁸⁾. Dann folgt (in positivem Stil) die deutliche Angabe des Angeordneten, des Gebotenen, Verbotenen und Erlaubten. Den Schluß bildet die Angabe des Ortes, der Zeit (des Tages, Monats und Jahres) und die Bezeichnung des decretirenden Gerichtes. Das Concept des Decretes, gezeichnet von dem Richter, welcher es entwarf, also bei Collegialgerichten von den Mitgliedern des Gerichtshofes, bleibt bei den Gerichts-

5) Die Terminologie kennt auch noch, außer anderen mäßigen Distinctionen, eine Eintheilung der Decrete in directe und subsidiarische, je nachdem das Decret unmittelbar von dem zuständigen Richter, oder, in Folge der von demselben ausgehenden Requisition, von dem requirirten Richter erlassen wird. Puchta a. a. D. S. 295.

6) Gensler a. a. D. (Anleitung 1c.) S. 307 flg.

7) L. 2. §. 3. C. de sent. et per. rocit. (7. 44.) Cap. 11. X. de probat. (2. 19.)

8) Dieser Gegenstand muß möglichst genau angegeben werden. So genügt es z. B. nicht, daß es heißt „Forderung betr.“, sondern es muß heißen „Darlehens-, Waarenforderung“ u. s. w. Particularrechtlich bestehen darüber Vorschriften.

acta *) und wird so vielfach angefertigt, als die Zahl der Theilnehmer an dem Rechtsstreite beträgt ¹⁰⁾, es sei denn, daß ein gemeinsamer Bevollmächtigter, insbesondere Anwalt, bestellt ist, in welchem Falle dann eine Ausfertigung genügt ¹¹⁾. Die regelmäßige Form der Bekanntmachung eines Decretes ist die Behändigung, Insinuation ¹²⁾. Der Inhalt des Decretes muß dem Zwecke der Erlassung entsprechen, daher den, an welchen es gerichtet ist, vollständig belehren über das, was der Richter als geboten, verboten, angeordnet und gestattet angesehen wissen will ¹³⁾. Sind die Motive nicht von selbst erkennbar, so ist der Richter gehalten, sie gedrängt beizufügen ¹⁴⁾. Hat der Richter bei Erlassung des Decretes etwas versehen, so ist es ihm — und darin unterscheidet sich dasselbe genetisch von dem Urtheil — gestattet, die Verbesserung selbst nachzuholen. Ueberhaupt kann er an die Stelle eines Decretes, das er erlassen, selbst ein anderes setzen ¹⁵⁾. Glaubt sich eine Partei durch den Inhalt eines Decretes verletzt, so steht ihr eine sogenannte außergerichtliche Beschwerde frei ¹⁶⁾ (s. im 2. Bande den Artikel Beschwerde, S. 39, 40). Außerdem ist der decretirende Richter nach allgemeinen Grundsätzen verantwortlich.

Was das Decretiren im Strafprozeße betrifft, so läßt sich nur im Allgemeinen hervorheben, daß diese richterliche Thätigkeit in dem Zwecke des Strafverfahrens seine Bedingung und Richtschnur findet. Mit Recht sagt, in besonderer Beziehung auf den Untersuchungsrichter, Sagemann, S. 621, Note 3, zum §. 554 seines Handbuches der gerichtlichen Untersuchungskunde (Frankf. 1838): Ueber die Decretirkunst des Inquirenten muß entweder sehr kurz oder sehr ausführlich gesprochen

9) Cap. 11. X. de probat.: Omnia sic conscripta partibus tribuantur, ita quod originalia penes scriptores remaneant.

10) Jüngster Reichsabschied §. 34 a. E.: So viel der Citirten sein werden — damit der Citirte in diesem allen sich wohl ersehen und reifflich denken könne.

11) Particularrechtlich ist hierüber Detailirtes bestimmt. S. z. B. über Oesterreich v. Zimmerl, Handbuch für Richter, Advocaten und Justizbeamte (4. Aufl. Wien 1816), Th. 1, S. 418—433: Von Zustellung der gerichtlichen Verordnungen. Th. 2, S. 166—188: Von Eröffnung des Conclusums, und: von Ausfertigung und Zustellung der Expeditionen.

12) Siehe Insinuation.

13) Genster, Grundsätze der juristischen Vortrags- und formellen Entscheidungskunde, St. 1, 1815, S. 105 ff.

14) Genster, Anleitung u. S. 126 ff., 312. Puchta a. a. D. S. 285, 286.

15) L. 14. D. de re indic. (24. 1.): Quod iussit vetative praetor, contrario imperio tollere et repetere licet; de sententiis contra. L. 16. D. de operis novi nunt. (39. 1.): Si opus novum praetor iusserit nuntiari, deinceps prohibuit, ex priore renuntiatione agi non potest, quasi adversus dictam eius factum sit. Grolman a. a. D. §. 100, S. 189. Particularrechtlich: Flach, Erläuterungen zum Prozeßgesetze des Herzogthums Nassau vom 23. April 1822 u. (Wiesbaden 1837), S. 149.

16) Schönker a. a. D. S. 167. Particularrechtlich findet sich die Vorschrift, daß die Erhebung der außergerichtlichen Beschwerde (appellatio extrajudicialis) bedingt sei durch die vergebliche Anbringung des Gesuches um Remedium bei dem beschwerenden Richter. Siehe dagegen Grolman a. a. D. S. 190, 191.

werden, weil man hierin weniger theoretischer Grundsätze, als praktischer Fertigkeit bedarf. In dem §. 554 selbst: Decrete und Notizen, trägt der Verf. Folgendes vor: Der Inquirent soll zwar über seine Thätigkeit allerwärts schriftliche Auskunft geben, aber nicht weiter, als es gerade zur Beurtheilung der Formalien nöthig ist. Diese Bemerkungen werden daher meistens kurz in die Acten geschrieben, sei es in Decretform oder als Notiz. Die Decrete sind immer in einer präcisen Sprache abzufassen, jedoch so, daß man nöthigenfalls auch die Gründe daraus entnehmen kann. Namentlich dem Erkenntnisse des Untersuchungsverhaftes, der Hausfuchung, der Brieferebrechung u. dgl. schickt man gern die Entscheidungsgründe voraus, weil häufig Beschwerde darüber geführt wird u. s. w. Vergl. noch Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 3. Aufl., 1818, §. 511, S. 607. Boyp.

Defraudation¹⁾. Wer dem Staate die schuldige indirecte Steuer auf schuldvolle Art entzieht, macht sich der Defraudation schuldig. Das römische Recht kennt dieses Vergehen insofern, als der Staat die indirecten Steuern, besonders die der Ein- und Ausgangszölle (*vectigal, telonium*), erhob, oder vielmehr durch seine Zollpächter (*publicani*) erheben ließ²⁾. Da Alles das, was verzollt werden mußte, selbst im Falle besonderr Befreiung anzumelden war, so wurde die schuldvolle

1) Boeckelmann, de *vectigali a vectore defraudato*. Heidelb. 1660. Horn, de *mercibus illicitis, v. Contrebande*. Vit. 1684. Krünig, ökonomische Encyclopädie, Th. 8 (Berlin 1776), S. 343—349, u. d. W. Contrebande. Klügel, de *commissis fraudatorum vectigalium causa*. Vitob. 1789. Damhouder, *praxis rerum criminalium* (Colon. 1591). Cap. 99: De *teloniis ac aliis exactionibus*, p. 423—428. (Der Verf. Ritter des goldenen Vlieses und „*Hispaniarum regis Philippi Consiliarius atque per totam Belgiam financiarum Commissarius*“, eifert mit vieler Heftigkeit gegen die, welche auch nur daran dächten, sich der Entrichtung der *vectigalia* zu entziehen.) Quistorp, Grundsätze des teutschen peinlichen Rechtes (5. Aufl. Leipzig 1794), Th. 1, §. 412: Strafe derjenigen, welche den Zoll nicht berichtigen. S. 624, 625. Wächter, Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechtes (Stuttg. 1826), Th. 2, §. 249: Zollvergehen. S. 600. Pfeffter, Lehrbuch des gemeinen teutschen Criminalrechtes (2. Aufl. 1840), §. 538: Verbrechen gegen die Finanzhoheitsrechte. A begg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft (Neustadt 1836), §. 441: Beeinträchtigung der Finanzrechte. Müller, *Promtuarium iuris novum*, tom. II. (Lips. 1785) s. v. *Commissa*. p. 1397—1401. Sichel, Repertorium, Band 1 (Leipzig 1835), u. d. W. Defraudation, S. 147—149, *Accise*, S. 7, *Zoll*, S. 348. S. auch noch Pfeffinger, *corpus iuris publici*, tom. III. (1754) p. 483 sq.

2) L. 17. §. 1. D. de verb. sign. (50. 16.) L. 6. 8. 9. C. de vect. (4. 61.) Pegewisch, historischer Versuch über die römischen Finanzen. Altona 1804. Woffe, Grundzüge des Finanzwesens im römischen Staate. Braunschw. 1804. Burmann, *dissertatio de vectigalibus populi rom.* Trai. ad Rh. 1694; ed. II. auct. Lips. 1734. Savigny, über die römische Steuerverfassung unter den Kaisern (in der Zeitschrift für historische Rechtswissenschaft, Bd. 6, Nr. V). Wühlensbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes (2. Aufl. Halle 1837), Th. 1, §. 203.

Unterlassung³⁾ bestraft⁴⁾, und zwar im Falle der Arglist mit Confiscation der Waare und des Transportmittels⁵⁾, ja selbst mit Capitalstrafe⁶⁾, im Fall der Culpa mit der Strafe des Doppelten des Zolles⁷⁾. Ward die verfallene Waare (commissum) dolose vernichtet, so trat an deren Stelle der Werth⁸⁾. Nach fünf Jahren war das Recht auf Strafe verjährt⁹⁾. Schon wegen des Zusammenhanges dieser Gesetzgebung mit der Verfassung und Verwaltung des römischen Reiches, mit dessen Untergang sie erlosch, fand sie, als das römische Recht, insbesondere das Strafrecht, in Deutschland zur Herrschaft gelangte, keinen Eingang, außer etwa insofern, als man lehrte, daß die Strafe der Confiscation der Waare, die als Gegenstand der Defraudation erscheine, zur Anwendung komme, eine Lehre, deren Spuren sich in der Praxis verfolgen lassen¹⁰⁾. Die deutschen Rechtsbücher der Sachsen- und Schwabenspiegel beschäftigen sich mit bestimmten Zöllen, bedrohen aber die Defraudanten bloß mit Geldstrafe. So heißt es im ersten, Theil 2, Art. 27: *Swer so brucken zol oder wazzer zol entwuret, der sal in vircalt geben. Swer so markt zol entwuret, der schal dreißig schillinge geben¹¹⁾*; im letzteren, Cap. 216: *Der pung zölle oder wasser zölle hinfürt mit wissen, der sol in vierfalt gelten, ob jeman da ist, der ihn vordere. Und ist da nyeman, der kauffman sol dreyermal ruffen nach dem Zölle so er aller leutest mag, und ist da nyeman, er sol es got ergeben und sein straf fahren. Und kommet er aber hintwider und vordert der zöllner seinen zölle, er sol im in geben. Und schuldiget er in, er hab im seinen zöll versaren, des sol er zu den heystigen schwören, das er im geruffet hab dreyermal. Er sol nit zedgen darumb layten, wann man nymt an maniger stat zol, do nicht lewt seynd geseffen. Cap. 217: Der marchzöl verfürert mit wissen, der sol geben dreißig schilling. Thut aber er als hievor gesprochen ist, er wirt auch ledig¹²⁾*. Einzelne

3) Schuldlosigkeit schloß von aller Strafe aus. L. 16. §. 8. D. de publ. et voc. (39. 4.): *Si propter necessitatem adversae tempestatis expositum omnis fuerit, non debere hoc commissae vindicari, Divi Fratres rescriperant.*

4) Poena commissi. Brissonius, de verb. signif. s. v. Committtere. Leyser, medit. ad Pand. spec. 430: De commissis.

5) L. 8. 11. §. 2. L. 16. §. 11. eod.

6) L. 11. §. 2. eod: *Domina navis, si illicite aliquid in nave vel ipse, vel vectores imposuerint, navis quoque fisco vindicatur. Quod si absente domino id a magistro vel gubernatore, aut prora nautave aliquo id factum sit, ipsi quidem capite puniuntur, navis autem domino restituitur.*

7) L. 16. §. 10. eod.

8) L. 2. Cod. cit. Leyser l. c. mod. 1—3. Der Verfasser theilt ein Urtheil der Juristenfacultät zu Wittenberg mit, welches die Frage, ob auch das Recht auf Entrichtung des defraudirten Zolles selbst und dieser überhaupt der Verjährung unterworfen sei, verneint.

9) L. 2. Cod. cit.

10) Schilter, praxis iuris romani, Exercit. XLII. §. 63.

11) Der Sachsenpiegel, herausgegeben von Jul. Weiske (Leipzig 1840), S. 79. Schilter l. c. §. 61.

12) Senkenberg, corpus iuris germanici, tom. II. (Frankf. 1766.) p. 265.

Statutarchte, die vom Zoll handeln, sprechen sich auch über die Strafe der Defraudation aus. So heißt es z. B. in den augsburgischen Statuten vom Jahre 1276 §. 19: Was Rechts der Zollner heb in der Stat¹³⁾, unter Anderem: Führt ein Gast dem Zollner seinen Zoll hin, begriffet er den, so soll im der Zollner geben seinen Zoll, den er von im genommen soll het und soll sich der Zollner Jemes guts unterwinden und soll es im uff Gnad haben; und in den freibergischen Statuten, revidirt im Jahre 1577, Art. 226 fig.¹⁴⁾: Ist, daß ein Mann, der Zoll frei ist, den Zöllner teuschet mit dem Zoll und will ein andern Mann lebig machen, der zu recht zollen soll, und spricht, daß das Guth sein sei, oder wie das ist, daß er den Zöllner äffte, und mag ihn der Zöllner überweisen mit zweenen besessenen Männern, der Mann muß 5 Thaler Geld geben dem Rath und der Stadt, und die Habe, die in den Zeugen benannt wird, da er mit geteuschet und unrecht gefahren ist, hat an den Zoll, wie viel der ist, die ist des Raths zu recht. — Ist, daß ein Mann seinen rechten Zoll entföhret, dem soll der Zöllner nachfolgen mit dem Landgericht, und ist daß er ihn begreift an wahrhaftiger That, was er da gutes findet, das ist verlohren, das mag sich der Rath unterwinden mit Recht, der Landrichter hat seine Buße darzu, das ist 30 Schilling. — Die sich mit dem wuchernden Zollwesen, das schon im dreizehnten Jahrhundert so verschrien war, daß es der Engländer Wickes miram insatiam Germanorum nannte (s. Prætorius, Versuch über das Besteuerungswesen, Königsberg 1802, S. 36), beschäftigende, besonders auf die Verhinderung willkürlicher Zollerhebungen gerichtete Reichsgesetzgebung¹⁵⁾ bedrohte die Zolldefraudation mit der Strafe der Confiscation. So werden z. B. von der „Kaiserlich Majestät Commerzienordnung, was vor Handelswaaren ins Römische Reich passabel und wie es mit Visitation der Contrabanden zu halten,“ vom 8. Juni 1705¹⁶⁾, alle Handels- und Fuhrleute ermahnt, sich aller verbotenen Um- und Abwege zu Abbruch der berechtigten Zollstätte bei Strafe der Confiscation, im Fall die Umschreung erweislich auf des Kaufmanns Ordre geschehen (denn sonst nur der Kaufmann pro modo delicti zu bestrafen) gänzlich zu enthalten¹⁷⁾. Unter den jetzt in Teutschland herrschenden Gesetzgebungen,

13) *Balch*, vermischte Beiträge zum teutschen Rechte, Th. 4 (Jena 1774), S. 49.

14) *Balch* a. a. D. Th. 3 (1773), S. 260, 261.

15) Vergl. überhaupt: *Strubsen*, rechtliche Bedenken, Th. 2, Bed. 71, *Pföffinger* l. c. p. 1441 sq. *Lang*, historische Entwicklung der teutschen Steuerverfassungen. Berlin 1793. *Stündeck*, historisch-juristische Abhandlung über die Steuerverfassung in teutschen Reichsländern. Dürsburg 1794. v. *Ulmstein*, pragmatische Geschichte der Zölle in Teutschland u. Halle 1798. *Häberlin*, Handbuch des teutschen Staatsrechtes, Bd. 3 (Berlin 1797), S. 1—33. *Gönnner*, teutsches Staatsrecht (Landsh. 1804), S. 641 fig. *Gesch. Erläuterung des teutschen Staatsrechtes*, I Zollwesen. Frankf. 1832.

16) *Sendenbergs*, Sammlung der Reichsabschiede, Th. 4, S. 207 fig.

17) *S.* ebendaf. S. 215. Vergl. auch noch Reichstagsabschied zu Augsburg vom J. 1530, §. 92: Vergleichen trägt sich zum oftmal zu, daß leichtfertige muthwillige Personen die Zöll, damit die überleit sonder beynadet, und privilegiert, fürselig und muthwilliglich verfahren. *Sendenbergs* a. a. D. Th. 2, S. 321.

welche die Defraudation verpöbnet¹⁸⁾; hebt sich; schon in Bezug auf den geographischen Umfang, die neue Legislation des preussisch-preussischen Zollvereins hervor. Denn in dieser ist das wahr geworden, was Rittermaier im Jahre 1836 vorher sagte: Die Ausbreitung des preussischen Zollvereins wird bald ein auf den ganzen Zollverein ausgedehntes Zollstrafgesetzbuch herbeiführen (Archiv des Criminalrechtes. Neue Folge. Jahrg. 1836, Nr. XII. Das neue österreichische Strafgesetzbuch über Gefährdungen, angezeigt von x. S. 324). Der erste Theil dieses Codes, das Zollgesetz, der allgemeine Grundsätze des Zollsystems aufstellt, umfaßt (zur Grundlage des Folgenden dient die Fassung des für das Großherzogthum Hessen publicirten Gesetzes vom 9. März 1839, in dessen Eingang es heißt: In Folge der mit den Regierungen der übrigen Zollvereinsstaaten getroffenen Vereinbarung über die allseitige Aufhebung der verschiedenen seither noch bestandenen Zollordnungen und über die Einführung einer für die sämmtlichen Vereinsstaaten übereinstimmenden Zollgesetzgebung haben wir — verordnet x.) 46 Paragraphen. Nach §. 24 sollen da, wo das Vereinsgebiet an das Ausland, d. h. an fremde, nicht zu dem Vereine gehörende Länder grenzt, Grenzbezirke, deren Rechte sich nach der Verlässlichkeit bestimmen, sich hinzugeben, während der §. 86 verfügt: Innerhalb des Grenzbezirkes können früher bestandene Gewerbe mit zollpflichtigen fremden, einem höheren, als dem allgemeinen Eingangszolle unterliegenden, oder mit gleichnamigen inländischen, sowie mit allen einem Ausgangszolle unterworfenen Gegenständen nur fortgesetzt und neue nur angefangen und betrieben werden unter Beobachtung derjenigen Vorschriften, welche von den obersten Verwaltungsbehörden mit Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse anzuordnen, sowie durch die gewerbs-

18) Das Strafgesetzbuch des Königreichs Bayern beschränkt sich darauf, im Artikel 433 auszusprechen: Wer den Staat um die demselben schuldigen Abgaben oder Gefälle betrüglisch verkürzt, ist um den vierfachen Betrag des beabsichtigten Gewinnes zu bestrafen, wenn nicht die That durch die damit verbundenen Umstände in eine schwerere Uebertretung übergeht. Vergehen wider die Siegeltaxe, Defraudation der Aufschläge, Mauten und Zölle sind nach den darüber vorhandenen besonderen Verordnungen zu ahnden. (Der Klein-schrod'sche Entwurf hatte §. 597 vorgeschlagen: Zoll-, Mauth- und Accise-Verbrechen sind nach den besonders hierüber ergangenen Gesetzen zu bestrafen.) Ebenso beschränkt sich das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg darauf, in dem Art. 368 zu sagen: Betrüglische Beeinträchtigungen des Staatsvermögens durch Verletzung der bestehenden Abgabegesetze werden nach Maßgabe der letzteren geahndet, indem es in §. 445 hervorhebt, daß die bei der Verwaltung der indirecten Steuern angestellten Beamten und Diener, wenn sie die ihnen bekannt gewordenen Uebertretungen der Abgabegesetze, für deren Handhabung sie aufgestellt seien, aus Rücksicht verschwiegen, mit Dienstentlassung, und wenn sie einen Pflichten durch Hintergehung desselben zur Contravention verleiteten oder zur Defraudation mitwirkten, mit dem Verluste der bürgerlichen Ehren- und der Dienstrechte zu bestrafen seien. Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg (Stuttg. 1839), S. 117, 143. Ausführlich ist das preussische Landrecht Th. 2, Tit. 20, §. 270—311, Tit. 15, §. 120—187. Vergl. noch: Schindler, Sammlungen der Verordnungen über die Gewerbs-, Handels- und Abgabeverhältnisse in den Vereinsstaaten Deutschlands, ein Handbuch. Potsdam 1834, 1835, 3 Theile.

polizeilichen Befehle gegeben sind, um das Gewerbs- und Zollinteresse zu sichern. Die weiteren Bestimmungen hietwegen, und zwar insbesondere wegen Führung von Handelsbüchern von Seiten der Kaufleute im Grenzbezirke, dann wegen Beschränkung der Krämer und anderer Gewerbetreibenden in kleineren Orten des Grenzbezirks bei dem unmittelbaren Waarenbezuge aus dem Auslande, sowie wegen der Beschränkung der Hausgewerbe im Grenzbezirke werden durch den zweiten Theil dieser Verordnung (Zollordnung) ertheilt werden. Der §. 36 handelt von dem Waarenverkehr außerhalb des Grenzbezirks (s. unten). Nach §. 37 können, wenn aus Gründen zu vermuthen ist, daß irgend Jemand im Grenzbezirke sich einer Uebertretung der Zollgesetze schuldig gemacht habe, oder dazu durch Bewegung verbotener oder zollpflichtiger Waare mitwirkte, zur Ermittelung der Contravention Nachsuchen nach solchen Vorräthen, unter Erforderung des Nachweises über bewirkte Verzollung oder inländischen Ursprung, selbst Hausfuchungen von Zollbeamten unter Leitung eines Vorgesetzten vorgenommen werden, jedoch mit der Beschränkung, daß „Hausvisitationen“ nur unter Zuziehung des Ortspolizeibeamten und nur nach Sonnenaufgang und vor Sonnenuntergang zulässig sind. Ausnahmeweise bedarf es dieser Formlichkeiten nicht, wenn auf der That betroffene, von den Zollbeamten verfolgte Schleichhändler in Gebäuden Zuflucht suchen, indem dann die verdächtigen Räume den Zollbeamten auf Verlangen sogleich geöffnet und diese auf keine Weise gehindert werden sollen. Auch sind unter diesen Nachsuchungen die gewöhnlichen Revisionen bei den nach §. 35 unter Controle stehenden Gewerbetreibenden nicht begriffen. Im §. 38 wird hervorgehoben, daß Hausfuchungen außerhalb des Grenzbezirks zum Zweck der Verfolgung einer Uebertretung der Zollgesetze nur von den zur Untersuchung derselben competenten Gerichtsbehörden angeordnet und unter ihrer Leitung vorgenommen werden könnten, während der §. 39 verordnet, daß Personen, die der Augenschein dem Verdachte aussehe, daß sie Waaren unter ihren Kleidern versteckten, und welche der Aufforderung der Zollbeamten, sich derselben zu entledigen, nicht sofort vollständig genügten, der körperlichen Visitation ausgesetzt werden könnten; indessen müßten sie, wenn sie diese nicht bei der nächsten Zollstelle oder Ortsbehörde wollten geschehen lassen, vor das zur Untersuchung der Zollstraffälle competente Gericht geführt werden. Der zweite (Zollordnung genannte) Theil des Zollgesetzes enthält (in 113 §§.) „Vorschriften für den Vollzug der allgemeinen Grundsätze des Zollsystems“, und handelt im ersten Abschnitte „von der Erhebung der Zölle und der Waarenabfertigung, so weit solche an der Grenze stattfinden“, im zweiten Abschnitte „von verschiedenen Einrichtungen und Anstalten zur Erhebung und Sicherung der Zölle“, im dritten Abschnitt „von Verkehrsleichterungen, Befreiungen und Ausnahmen“, im vierten Abschnitt „von den zum Schutze der Zollabgaben dienenden Einrichtungen und Vorschriften“, im fünften und letzten Abschnitt „von den Dienststellen und Beamten, ihren amtlichen Befugnissen und Pflichten gegen das Publicum“. Der dritte und letzte, 45 §§. umfassende Theil des Zollgesetzes (Zollstrafgesetz) handelt „von den Uebertretungen der Vorschriften des Gesetzes und deren Bestrafung“, und zerfällt

In zwei Abschnitte, das Materielle und Formelle umfassend. Denn während der erste, die §§. 1—27 enthaltende, Abschnitt sich mit den „Strafbestimmungen“ beschäftigt, zeichnet der zweite Abschnitt (§. 28—43) das „Strafverfahren“ vor. Der erste Abschnitt handelt von der Strafe der Contrebande, der Defraudation, der Contravention, der Befreiung der Widerseßlichkeit, sowie von der Entschuldigung mit der Unbekanntheit der Zollgesetze¹⁹⁾ und von der Verjährung²⁰⁾. Hierher gehören die §§. 1—23. §. 1. Wer es unternimmt, Gegenstände, deren Ein-, Durch- oder Ausfuhr verboten ist, diesem Verbote zuwider, ein-, durch- oder auszuführen, hat die Confiscation der Gegenstände, in Bezug auf welche das Vergehen (die Contrebande) verübt worden ist, und zugleich eine Geldbuße verurteilt, welche dem doppelten Werthe jener Gegenstände gleichkommen soll. Falls der Werth weniger als die Hälfte von 15 Gulden beträgt, oder gar nicht ermittelt werden kann, soll die Geldstrafe in fünfzehn Gulden bestehen. §. 2. Wer es unternimmt, dem Staate die Ein-, Aus- oder Durchgangsabgaben zu entziehen, hat die Confiscation der Gegenstände, in Bezug auf welche das Vergehen (die Zolldefraudation) verübt worden ist, und zugleich eine, dem vierfachen Be-

19) Damit soll sich Niemand, auch nicht der Ausländer, entschuldigen können. Simon und v. Strampff, Rechtsprüche der preussischen Gerichtshöfe, Band 1 (Berlin 1828), S. 219 flg. (Es wurde dahin erkannt, daß der Nachweis der fehlenden Absicht nicht von der Strafe befreit.) Vergl. dagegen mehrere Rechtsprüche des babilischen Oberhofgerichts in Mannheim, bei Johnhorst, Jahrbücher des Oberhofgerichts in Mannh. Band 4, S. 261 flg., Band 9, S. 206 flg. Nach einer babilischen Verordnung vom 1. März 1838, die aus einer Uebereinkunft mit den Vereinststaaten hervorgegangen ist, kann im Fall eines „entschuldigten Vergehens“ eine Milderung der Strafe durch Abminderung der Geldstrafe von 1 bis 15 Gulden eintreten.

20) §. 27: In denjenigen Fällen, wo nur eine Ordnungsstrafe zu erkennen ist, tritt nach einem Jahr, und in denjenigen Fällen, wo die auf die Contrebande oder Defraudation gesetzten Strafen zur Anwendung kommen würden, nach drei Jahren die Verjährung bergestalt ein, daß eine jede Uebertretung, wenn solche vor Ablauf dieser Zeit nicht zur Anzeige gekommen ist, nicht mehr untersucht und bestraft werden soll. — Das babilische Zollstrafgesetz vom 3. August 1837 (s. großherz. babilisches Staats- und Regierungsblatt Nr. 30 vom 25. August) umfaßt das materielle Strafrecht in 43 §§. In den §§. 1—6 heißt es: §. 1. Die Zollvergehen sind a) Contrebande, b) Defraudation und c) Controlvergehen. §. 2. Wer ein Ein-, Aus- und Durchgangsverbot übertreiß, macht sich der Contrebande schuldig. Wer dem Staate einen ihm schuldigen Ein-, Aus- oder Durchgangszoll oder eine der bestehenden Ausgleichungsabgaben vorenthält, macht sich der Defraudation schuldig. §. 4. Wer Zollgesetze oder Verordnungen übertreiß, deren Uebertretung nicht eines der in den §§. 2 und 3 benannten Vergehen bezeichnet, macht sich eines Controlvergehens schuldig. §. 5. Wer eine Contrebande begeht, nachdem er wegen einer früheren Verübung einer solchen von einem vereinständischen Gerichte oder von einer vereinständischen Finanzbehörde rechtskräftig verurtheilt war, macht sich des Rückfalls der Contrebande schuldig. Unter denselben Bedingungen begründet der Wiederholung der Defraudation einen Rückfall dieses Vergehens. §. 6. Die auf die Zollgesetze gesetzten Strafarten sind folgende: a) Geldstrafen, b) Confiscation, c) Freiheitsstrafe, d) zeitliche Niederlegung des Gewerbes, e) Entziehung einer Zollbegünstigung. Im §. 19 wird ausschließlich vom Thatbestand der Contrebande und Zolldefraudation gehandelt. Der §. 20 betrifft den Thatbestand der Defraudation der Ausgleichungsabgaben.

trage der vorenthaltener Abgaben gleichkommende Selbstbuße verurtheilt. Diese Abgaben sind außerdem nach dem Zolltarife zu entrichten. §. 3. Im Wiederholungsfalle, nach vorhergegangener rechtskräftiger Verurtheilung, wird außer der Confiscation der Gegenstände des Vergehens, die nach §. 1 und 2 eintretende Selbstbuße verdoppelt. §. 4. Ein fernerer Rückfall, nach früherer rechtskräftiger Verurtheilung, zieht, außer der Confiscation der Gegenstände des Vergehens, die Verdoppelung der §. 3 bezeichneten Selbstbuße, — anstatt derselben aber eine verhältnißmäßige Gefängnißstrafe, die jedoch die Dauer von vier Jahren nicht übersteigen darf, und dem Verlust des Gewerbes, bei welchem die Contrebande oder Zolldefraudation begangen wird, bis zu fünf Jahren nach sich. Doch kann ausnahmsweise nach richterlichem Ermessen, mit Berücksichtigung aller Umstände des vorliegenden Falles und der vorausgegangenen Fälle, anstatt der Gefängnißstrafe, auf die oben bezeichnete Geldstrafe dann erkannt, auch von der Entziehung des Gewerbetriebes Umgang genommen werden, wenn der Uebertreter die Contrebande oder Defraudation nicht gewerbmäßig betreibt, oder wenn derselbe nicht eine der früheren, oder die letzte Uebertretung unter erschwerenden (§. 11 bis 15), oder überhaupt unter solchen Umständen begangen hat, unter welchen die betrügliche Absicht bestimmt vorgelegen hat oder vorliegt. Im Fall die Geldstrafe nicht beigetrieben werden kann, findet statt derselben verhältnißmäßige Freiheitsstrafe innerhalb des oben bezeichneten Maximums statt. §. 5. Kann der Betrag des vorenthaltener Abgaben Zolles, welcher nach den §. 2, 3 und 4 der Bestimmung der Strafe zu Grunde zu legen ist, nicht mehr ausgemittelt werden, so ist der Geldbetrag der Strafe nach richterlichem Ermessen auf funfzehn bis hundertfunfzig Gulden festzusetzen. §. 6. Die Contrebande oder Defraudation wird als vollbracht angenommen: 1) wenn bei der Anmeldung an der Zollstätte a) Gewerbetreibende oder Frachtführer verbotene oder abgabepflichtige Gegenstände gar nicht, oder in zu geringer Menge, oder in einer Beschaffenheit, die eine geringere Abgabe würde begründet haben, declariren, oder b) andere Personen dergleichen Gegenstände wider besseres Wissen unrichtig declariren oder bei der Revision verheimlichen; 2) wenn bei dem Transport verbotene oder abgabepflichtige Gegenstände im Grenzbezirke a) die Zollstätte, bei welcher dieselben bei dem Ein- oder Ausgange hätten angemeldet und gestellt werden sollen, ohne solche Anmeldung überschritten oder ganz umgangen, b) die vorgeschriebene Zollstraße oder der im Zollaussweise bezeichnete Weg nicht eingehalten, c) der Transport ohne Erlaubniß der Behörde außer der gesetzlichen Tageszeit bewirkt wird, oder d) Gegenstände ohne den vorgeschriebenen Zollaussweis betroffen werden, oder mit diesem nicht übereinstimmen; 3) wenn über verbotene oder abgabepflichtige Gegenstände, welche aus dem Auslande eingehen, vor der Anmeldung und Revision bei der Zollstätte, oder wenn über dergleichen, zur Durchfuhr oder zur Versendung nach einer öffentlichen Niederlagsanstalt declarirte, oder sonst unter Begleitscheinen gehende Gegenstände, auf dem Transport gegen die Vorschriften der Zollverordnungen verfügt wird; 4) wenn Gewerbetreibende im Grenzbezirke sich nicht, in Gemäßheit der nach §. 35 des ersten Theiles dieser Verordnung getroffenen Anordnungen, über

die erfolgte Verzollung oder die zollfreie Abkammerung der vorgefundenen Gegenstände ausweisen können; 5) wenn unverzollte Waaren, aus einer Aushalt zur Niederlage derselben ohne vorgeschriebene Declaration (Abweisung) entfernt werden. Das Dasein der in Rede stehenden Abtretungen und die Anwendung der Strafe derselben, wird in den vorstehend unter 1 bis 5 angeführten Fällen lediglich durch die daselbst bezeichneten Thatsachen begründet. Kann jedoch in den unter 2 und 4 angeführten Fällen der Angeschuldigte vollständig nachweisen, daß er eine Contrebande oder Zolldefraudation nicht habe verüben können oder wollen, so findet nur eine Ordnungstrafe nach Vorschrift §. 17, lit. b, statt. §. 7. Wenn in den im §. 36 des ersten Theiles dieser Verordnung bezeichneten Fällen²¹⁾ der zollordnungsmäßige Ausweis über die im Binnenlande transportirten Waaren nicht zur Stelle erteilt werden kann, oder die erforderliche Bemerkung in den Handlungsbüchern fehlt, oder die verordnete Annahmung unterblieben ist, so wird zwar hierdurch der Verdacht einer begangenen Zolldefraudation und dem Befinden nach die vorläufige Beschlagnahme der ohne die vorgeschriebene Bezeichnung oder Bemerkung in den Handlungsbüchern vorgefundenen Waaren begründet. Wiederlegt sich aber dieser Verdacht bei näherer Untersuchung, so findet nur eine Ordnungstrafe nach §. 17, lit. b, statt. Auf die Behauptung, daß die Gegenstände, woran die Defraudation verübt worden, zum Durchgange bestimmt gewesen, soll nur in dem Falle Rücksicht genommen werden, wenn die Defraudation erst beim Ausgangsamte und unter solchen Umständen entdeckt wird, daß dabei nur eine Verkürzung der Durchgangszölle beabsichtigt sein kann. In allen anderen Fällen sind, ohne Rücksicht auf die gedachte Behauptung, die Eingangs-, beziehungsweise Ausgangszölle zu entrichten, und ist nach ihnen die verwirkte Strafe abzumessen. §. 9. Wenn ein Frachtführer, nach Vorschrift des §. 6, Nr. 1, lit. a, wegen unrichtiger Declaration verurtheilt, derselbe jedoch durch die ihm von dem Besatzter mitgegebenen Declarationen, Frachtbriefe oder andere schriftliche Notizen über den Inhalt der Colli, zu der unrichtigen Declaration veranlaßt worden, oder wenn in den §. 6, Nr. 4, angeführten Fällen die Beurtheilung lediglich auf den Grund der daselbst bezeichneten Thatsachen

21) Es heißt in diesem §. 36 (s. oben), über den Grenzbezirk hinaus finde im Inlande, nach näherer Vorschrift des zweiten Theiles (der Zollordnung) eine weitere Beaufsichtigung des Waarenverkehrs nur insofern statt, daß 1) die aus dem Auslande oder aus dem Grenzbezirke in das Innere übergehenden Waaren mit den im Grenzbezirke empfangenen Abfertigungsscheinen bis zum Bestimmungs-ort begleitet sein müssen, daß 2) bei gewissen hochbesteuerten Waaren die Beförderungen im Inlande zu größeren Quantitäten nur auf Frachtbriefe oder Transportzettel geschehen dürfen, daß 3) von den Handelstreibenden, welche dergleichen hochbesteuerte Waaren unmittelbar aus dem Auslande bezogen, über den Handel mit denselben Buch zu führen und darin der Tag und der Ort, an welchem die Verzollung geleistet worden, jedesmal beim Empfang der Waare anzubemerkten sei, endlich 4) Waarenführer und Handelstreibende bei dem Transport zollpflichtiger fremder oder gleichnamiger inländischer Waaren, und, insofern es Artikel der unter 2 bezeichneten Waaren seien, auch darüber aufrichtige Auskunft zu geben hätten, von wem und woher die Waaren bezogen worden seien, und wohin, auch an wem sie abgeliefert werden sollten.

erfolgt ist, ohne daß die Defraudation selbst weiter nachgewiesen worden, so findet im Falle der Wiederholung einer solchen Uebertretung die Strafe des Rückfalles nicht statt. Auch soll eine solche Verurtheilung die Strafe des Rückfalles bei einer nachfolgenden Zollübertretung nicht begründen.

§. 10. Werden Gegenstände, deren Ein-, Durch- oder Ausfuhr verboten ist, 1) bei den Grenzzollamte von Gewerbetreibenden ausdrücklich angezeigt, oder von anderen Personen vorschriftsmäßig zur Revision gestellt, oder 2) kommen solche Gegenstände mit der Post an, und kann derjenige, an welchen sie gesendet sind, einer beabsichtigten Contrebande nicht überführt werden, so findet keine Strafe, wohl aber Zurückschaffung der Gegenstände statt. Im ersten Falle geschieht die Zurückschaffung auf Kosten desjenigen, welcher die verbotenen Gegenstände bei sich geführt hat; im zweiten Falle haften für die etwa dem Staate verursachten Kosten die Gegenstände selbst.

§. 11. Die Strafe der Contrebande oder Defraudation wird um die Hälfte geschärft: 1) wenn die Gegenstände beim Transporte in geheimen Behältnissen oder sonst auf eine künstliche und schwer zu entdeckende Art verborgen, oder 2) wenn zum Durchgange oder Wiederausgange angemeldete oder sonst unter Begleitscheincontrole gehende Gegenstände auf dem Transporte vertauscht, oder in ihren Bestandtheilen verändert worden sind, wobei jedoch das im §. 4 festgesetzte Maximum der Gefängnißstrafe nicht überschritten werden darf.

§. 12. Diese Strafe (§. 11) tritt gleichfalls ein, wenn Gewerbetreibende, denen zur Beförderung ihres Gewerbes und unter der Bedingung der Verwendung zu diesem Zwecke, abgabepflichtige Gegenstände ganz frei, oder gegen eine geringere Abgabe verabsolgt worden sind, dieselben ohne vorherige Nachzahlung der Gefälle anderweit verwenden oder veräußern; oder wenn Personen, denen Waaren unverzollt anvertraut worden, mit denselben Unterschleif treiben, oder zu treiben verflchten. Außerdem gehen sie, in dem einen wie in dem anderen Falle, der ihnen gewährten Begünstigung für immer verlustig.

§. 13. Die Vereinigung von drei oder mehreren Personen zu gemeinschaftlicher Verübung von Zollvergehen wird, außer den für letztere in dieser Verordnung bestimmten Strafen: a) wenn die Vereinigung nur für einen einzigen Fall stattfand, gegen den Anführer, sowie gegen den Anstifter, mit drei- bis sechsmonatlicher, — und gegen die übrigen Theilnehmer mit ein- bis dreimonatlicher Gefängnißstrafe, b) wenn die Uebertretung ohne vorgängige besondere Verabredung wiederholt, oder die Vereinigung für mehrere Fälle eingegangen war, gegen den Anführer, sowie gegen den Anstifter mit ein- bis zweijähriger, und gegen die übrigen Theilnehmer mit sechsmonatlicher bis einjähriger Gefängnißstrafe gehandelt. Wenn drei oder mehrere Personen im Grenzbezirke auf Nebenwegen oder zur Nachtzeit zusammen in Verübung von Zollvergehen betroffen worden sind, so wird angenommen, daß sie sich zur gemeinschaftlichen Verübung derselben verbunden haben, es sei denn, daß sie nachweisen, daß ihr Zusammensein nur ein zufälliges gewesen.

§. 14. a) Derjenige, welcher Contrebande oder Zolldefraudation unter dem Schutze einer Versicherung (Assuranz) verübt, verfällt neben der auf das Vergehen selbst gesetzten Strafe in eine Gefängnißstrafe von zwei bis drei Monaten. b) Wird die Contrebande oder

Zolldefraudation von drei oder mehreren zu diesem Zwecke verbundenen Personen unter dem Schutze einer Versicherung verübt, so ist die nach Verschiedenheit der im §. 13 bezeichneten Fälle verwirkte Strafe, gegen den Anführer, sowie gegen den Anstifter, mit achtmonatlicher bis einjähriger, und gegen die übrigen Mitglieder mit vier- bis sechsmonatlicher Gefängnißstrafe zu schärfen. c) Der Versicherende (Asscurateur), sowie der Vorsteher einer Versicherungsgesellschaft, verfällt in den Fällen a und b in eine Gefängnißstrafe von ein und einem halben bis zwei Jahren, der Rechnungsführer der Versicherungsgesellschaft in eine solche von sechs Monaten bis zwei Jahren, jedes der übrigen Mitglieder der Gesellschaft in eine solche von sechs Monaten bis zu einem Jahre. Außerdem unterliegen die zum Zwecke der Versicherung angelegten Fonds der Confiscation, und ist, falls hierzu nicht zu gelangen, statt der Confiscation eine von sämmtlichen Theilnehmern unter solidarischer Haftung zu erhebende Geldstrafe von achthundert bis achttausend Gulden verwirkt. §. 15. Wer bei Verübung einer Zolldefraudation oder Contrebande, Waffen oder andere gleich gefährliche Werkzeuge zum Widerstande gegen die Aufsichtsbeamten mit sich führt, soll, neben der verwirkten Strafe der Defraudation oder Contrebande, mit sechsmonatlicher bis einjähriger Gefängnißstrafe belegt werden. Sind von den Schuldigen bei vorgedachter Gelegenheit die Waffen gegen die zum Zollschutze verpflichteten Beamten wirklich gebraucht worden, so ist dieses Vergehen nach den allgemeinen strafgesetzlichen Bestimmungen zu beurtheilen und zu ahnden. Die Vermuthung, die Waffen zum Zwecke des Widerstandes gegen die Aufsichtsbeamten mit sich geführt zu haben, trifft denjenigen, welcher im Grenzbezirke auf Nebenwegen oder zur Nachtzeit bei einer Contrebande oder Defraudation mit Waffen betroffen wird, sofern nicht aus den Umständen unabweislich hervorgeht oder der Beweis geführt wird, daß der Zweck der Föhrung der Waffen in keinem Zusammenhange mit dem Zollvergehen stehe. §. 16. Wenn nur zwei Personen sich zu einer Contrebande oder Defraudation verbinden, so trifft einen Jeden die volle Strafe des gemeinschaftlich ausgeführten Vergehens. Gleiche Strafe trifft einen Jeden, welcher in sonstiger Weise als Urheber an dem Vergehen Theil nimmt. Das Maß der durch die Gehilfen und Begünstiger, im Verhältnisse zur Strafe des Urhebers, verwirkten Strafen richtet sich nach allgemeinen strafgesetzlichen Bestimmungen. Die Strafe des Rückfalles tritt übrigens nur gegen diejenigen ein, welche sich selbst eines Rückfalles schuldig gemacht haben. §. 17. a) Die Verletzung des amtlichen Waarenverschlusses ohne Brabsichtigung einer Gefällenziehung wird, wenn nicht nachgewiesen werden kann, daß dieselbe durch einen unverschuldeten Zufall entstanden ist, mit einer Geldbuße geahndet, welche bei verbotenen Gegenständen dem sechsten Theile des Werthes derselben, und bei anderen Gegenständen dem sechsten Theile der Eingangsabgabe gleichkommt. b) Die Uebertretungen der Vorschriften dieser Verordnungen, sowie der in Folge derselben öffentlich bekannt gemachten Verwaltungsvorschriften, für welche keine besondere Strafe angedroht ist, wird mit einer Ordnungstrafe von einem bis funfzehn Gulden bestraft. §. 18. Soweit eine Geldstrafe von

den Verurtheilten wegen Zahlungsunfähigkeit nicht bezutreiben ist, tritt an deren Stelle eine verhältnißmäßige Gefängnißstrafe²²⁾ in der Art, daß für 1 Fl. 30 Kr. ein Tag Gefängniß angesetzt wird. Die so verwandelte Strafe darf jedoch nie mehr als ein Jahr im ersten Uebertretungsfalle, nicht mehr als zwei Jahre im ersten Rückfalle und in jedem weiteren Rückfalle nicht mehr als das im §. 4 bestimmte Maximum von vier Jahren betragen. Die Gefängnißstrafe ist jedesmal eventuel (für den Fall der Unvermögenheit) zu gleicher Zeit mit der Geldstrafe auszusprechen. §. 19. a) Handel- und Gewerbetreibende haben für ihre Diener, Lehrlinge, Markthelfer, Gewerbsgehilfen, Ehegatten, Kinder, Gefinde und die sonst in ihrem Dienste oder Tagelohn stehenden, oder sich gewöhnlich bei der Familie aufhaltenden Personen; b) andere, nicht zur handels- und gewerbetreibenden Classe gehörende Personen aber nur für ihre Ehegatten und Kinder, rücksichtlich der Geldbußen, Zollgefälle und Prozeßkosten zu haften, in welche die solchergestalt zu vertretenden Personen wegen Verletzung der, bei Ausführung der ihnen von den subsidiarisch Verhafteten übertragenen, oder ein für allemal überlassenen Handels-, Gewerbs- und anderen Verrichtungen zu beobachtenden zollgesetzlichen oder sonstigen Zollverwaltungsverordnungen verurtheilt worden sind. Der Zollverwaltung bleibt in allen Fällen vorbehalten, die Geldbuße entweder von dem subsidiarisch Verhafteten einbringen, oder solche, sei es in Natur oder im Verwandelungswege (§. 18), an dem Angeschuldigten vollstrecken zu lassen, ohne daß letzteren Falls die Verbindlichkeit des subsidiarisch Verhafteten rücksichtlich der zu ersetzenden Gefälle und zu berechtigenden Prozeßkosten dadurch aufgehoben wird. §. 20. Der in Folge eines Zollvergehens eintretende Verlust der Gegenstände des Vergehens trifft jederzeit den Eigenthümer. Eine Ausnahme findet nur statt, wenn die Contrebande oder Defraudation von dem bekannten Frachtfuhrmann oder Schiffer, welchem der Transport allein anvertraut war, ohne Theilnahme und Mitwissen des Eigenthümers verübt worden ist, und der Fuhrmann oder Schiffer nicht zu denjenigen Personen gehört, für welche der Eigenthümer nach Vorschrift des §. 19 subsidiarisch verhaftet ist. In diesem Falle tritt statt der Confiscation die Verpflichtung des Waarenführers ein, den Werth jener Gegenstände zu entrichten. Kann die Confiscation nicht mehr in der Wirklichkeit erfolgen, so muß der in Ermangelung anderer Beweismittel durch eidliche Schätzung ausgemittelte Werth der Gegenstände bezahlt und, wenn die Schätzung unmöglich ist, anstatt der Confiscation auf funfzig bis zweitausend Gulden erkannt werden. §. 21. Das Eigenthum der Gegenstände, auf deren Confiscation erkannt wird, ist von dem Augenblick an, wo dieselben in Beschlag genommen wurden, als auf den Staat übergegangen zu betrachten, und kann nach den Grundsätzen

22) Hinsichtlich der Militärpersonen pflegt diese Bestimmung Modifikation zu erleiden. Siehe z. B. Militärstrafgesetzbuch für das Großherzogthum Hessen vom J. 1822, Art. 73, 85, wornach im Fall der Vermögenslosigkeit die Geldstrafe in Arrest- oder Festungsstrafe vom geringsten Grade des Wachtarrestes anfangend und bis zur strengen Festungsstrafe aufsteigend, zu verwandeln ist.

der Civilgesetz über die Indication gegen dritte Besitzer verfolgt werden. §. 22. Treffen mit einer Zollübertretung andere Vergehen oder Verbrechen zusammen; so kommt die für die erstere bestimmte Strafe zugleich mit der für letztere vorgeschriebenen zur Anwendung. §. 23. Wer zum Zweck einer Contrebande oder Defraudation den amtlichen Waarenverschluß verfälscht, ebenso wie derjenige, welcher in gleicher Absicht falscher Urkunden sich bedient, wird neben der Strafe, welche im Uebrigen für die Uebertretung der Vorschriften gegenwärtiger Verordnung verwirkt ist, mit der für solche Fälschungen durch die bestehenden Gesetze angedrohten Strafe belegt. — Der zweite, das Strafverfahren normirende Abschnitt des dritten Theiles des Gesetzes²³⁾, bestimmt im §. 28, was bei Entdeckung einer Uebertretung geschehen solle; die vorläufige Festsetzung des Thatsstandes sei in der Regel zu bewirken durch die zur Wahrnehmung des Interesses der Zollverwaltung verpflichteten Beamten, denen es obliegt, sich der Objecte der Zuwerhandlung durch Beschlagnahme zu versichern; auch seien sie gehalten und befugt, diese Maßregeln auf die Transportmittel auszu dehnen, wenn dieses zur Sicherung der Gefälle, wahrscheinlich verurtheilten Strafe und Untersuchungskosten erforderlich sei. Fremde und unbekante Personen könnten in erheblichen Fällen, bis sie sich legitimirt und vollständige Sicherheit geleistet hätten, dem nächsten Gericht zur einstweiligen Verwahrung übergeben werden. Der §. 29 überläßt die Untersuchung und Bestrafung den competenten Gerichten²⁴⁾ und den Verurtheilten die Ergreifung der in Civilsachen zulässigen Rechtsmittel; sämtliche Erkenntnisse seien den für die Zollverwaltung angestellten Fiscalen mitzutheilen. Die §§. 30—34 handeln von der Erledigung der Contradictionsfachen in administrativem Wege, die nach Umständen dem Uebertreter freisteht, während der §. 35 vorschreibt, daß bei der Publication eines Strafeskenntnisses und jeder Erledigung im Verwaltungswege der Schuldige auf die Erhöhung der Strafe aufmerksam zu machen sei, die er beim Rückfall zu erwarten habe; diese Verwarnung müsse beur-

23) Sowie überhaupt die Vereinszollgesetzgebung mehr oder weniger nach den einzelnen Staaten des Vereins mobilisirt erscheint, so ist dieses besonders hinsichtlich des Strafverfahrens der Fall. So wurde z. B., von dem Uebrigen getrennt, für das Großherzogthum Baden unterm 4. April 1838, eine besondere sich auf ein Gesetz vom 22. Juni 1837: Ueber die Untersuchung und Bestrafung von Uebertretung in Steuersachen, von Ein-, Aus- und Durchfuhrverboten und über den Instanzenzug, beziehende Verordnung, das Verfahren in Zollstrafsachen betreffend, in 56 Artikeln erlassen (s. großherz. badisches Staats- und Regierungsblatt Nr. 16, vom 11. April 1838), wornach in bestimmten Fällen die Untersuchung und Aburtheilung den Finanzbehörden überlassen ist.

24) Vergl. Struben, rechtliche Bedenken, Th. 1, Beh. 103: Wiefern Zollsachen vor die Gerichte gehören. Das württembergische Zollstrafgesetz vom 15. Mai 1838 (Regierungsbl. Nr. 23 vom 22. Mai) spricht sich im §. 28 dahin aus: In allen Untersuchungsfachen wegen Uebertretung des Zollgesetzes, der Zollordnung und der hierauf sich gründenden weiteren Verordnungen und Vorschriften kommen die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Strafcompetenz und das Verfahren in Strafsachen zur Anwendung, sofern nicht das gegenwärtige Gesetz eigene Bestimmungen enthält. (Auch dieses Gesetz hat in Bezug auf das Strafverfahren individuelle Bestimmungen.)

kundet werden; sei dieses nicht geschehen, so trete in einem solchen Falle nur erhöhte Geldstrafe ein. Die §§. 36—43 betreffen das Verfahren bei Vollziehung der Strafen gegen Ausländer und Unbekannte, die Zurückgabe der in Beschlag genommenen Gegenstände gegen Cautionleistung, die Aufbewahrung der gepfändeten Gegenstände und Cautionen, die Betreibung der Geldstrafen, die Strafanhelle der Denuncianten und die Verwendung der Geldstrafen und Confiscationen. — Der dritte und letzte, die §§. 44 und 45 umfassende Abschnitt des dritten Theiles des Zollgesetzes enthält noch Einiges über dessen Anwendung. — Unterm 1. November 1837 wurde zwischen den Staaten des preussisch = deutschen Zollvereines einerseits und zwischen Hannover, Oldenburg und Braunschweig²⁵⁾ andererseits ein Staatsvertrag wegen Unterdrückung des Schleichhandels abgeschlossen, der in 8 Artikel zerfällt. Nach den Art. 1 und 2 sollten die contrahirenden Regierungen gegenseitig gehalten sein, auf die Verhinderung und Unterdrückung des Schleichhandels durch alle angemessenen, ihrer Verfassung entsprechenden Maßregeln gemeinschaftlich hinzuwirken und auf ihren Gebieten Vereinigungen von Schleichhändlern, Waarenniederlagen oder sonstige Anstalten nicht zu dulden, welche den Zweck vermuthen ließen, Waaren, die in den anderen Staaten verboten oder mit einem Eingangszoll belegt seien, dorthin einzuschwärzen. Die Art. 3—8 sind des Inhaltes: Art. 3. Die betreffenden Behörden, Beamten oder Angestellten (Bediensteten) der contrahirenden Staaten sollen sich gegenseitig den verlangten Beistand in allen gesetzlichen Maßregeln bereitwillig leisten, welche zur Verhütung, Entdeckung oder Bestrafung der Zoll- (Steuer-) Contraventionen dienlich sind, die gegen irgend einen der contrahirenden Staaten unternommen oder begangen worden. Unter Zoll- (Steuer-) Contraventionen werden hier und in allen folgenden Artikeln dieser Uebereinkunft nicht nur die Umgehungen der in den theilhaftigen Staaten bestehenden Ein-, Aus- und Durchgangsabgaben, sondern auch die Uebertretungen der, von den einzelnen Regierungen erlassenen Ein- und Ausfuhrverbote, nicht minder der Verbote solcher Gegenstände, deren ausschließlichen Debit diese Regierungen sich vorbehalten haben, und endlich diejenigen Contraventionen begriffen, durch welche die Abgaben beeinträchtigt werden, die nach der besonderen Verfassung einzelner der contrahirenden Staaten für den Uebergang von Waaren aus einem der zu demselben Zoll- (Steuer-) Vereine gehörenden Staaten in einen anderen angeordnet sind. Artikel 4. Die Behörden, Beamten oder Angestellten (Bediensteten) der indirecten Steuer- oder Zollverwaltung der contrahirenden Staaten, sowie die sonstigen Angestellten, welche zur Aufrechthaltung der Zoll- (Steuer-) Gesetze verpflichtet sind, haben auch ohne besondere Aufforderung die Verbindlichkeit, alle gesetzlichen Mittel anzuwenden, welche

25) Die Gesetzgebung dieses Staates über Zolldefraudation, dessen Bestrafung und über das Verfahren beurkundet das Gesetz vom 28. April 1835 über die Eingangs-, Ausgangs- und Durchgangsabgaben, 147 §§. umfassend (Verordnungsammlung von 1835, Nr. 14). Vergl. noch Rechtslexikon, Band 2, Art. Braunschweig.

zur Verhütung, Entdeckung oder Bestrafung der gegen irgend einen der gedachten Staaten beabsichtigten oder ausgeführten Zoll- (Steuer-) Contraventionen dienen können, und die betreffenden Behörden dieses Staates von demjenigen in Kenntniß zu setzen, was sie in dieser Beziehung in Erfahrung bringen. Artikel 5. Den zur Wahrnehmung des Zoll- (Steuer-) Interesses angelegten oder verpflichteten Beamten und Angestellten (Bediensteten) der Staaten des einen der contrahirenden Theile soll es gestattet sein, bei Verfolgung der Spuren begangener Contraventionen sich auf das angrenzende Gebiet der, zu dem anderen contrahirenden Theile gehörigen Staaten zu dem Zwecke zu begeben, um den dortigen betreffenden Behörden Mittheilung von solchen Contraventionen zu machen, worauf diese Behörden, in Gemäßheit der in den Artikeln 3 und 4 gegenseitig übernommenen Verpflichtung, alle gesetzlichen Mittel anzuwenden haben, welche zur Feststellung der Contravention Behufs deren Bestrafung führen könnten, gleich als wenn es sich um eine gegen die eigene Zoll- (Steuer-) Gesetzgebung verübte Contravention handelte. Artikel 6. Eine Auslieferung der Contravenienten tritt in dem Falle nicht ein, wenn sie Untertanen desjenigen Staates, in dessen Gebiete sie angehalten worden, oder eines mit diesem im Zoll- (Steuer-) Verbande stehenden Staates sind. Im anderen Falle sind die Contravenienten demjenigen Staate, auf dessen Gebiete die Contravention verübt worden ist, auf dessen Requisition, oder, nach Ermessen, auch ohne eine solche zur Untersuchung und Bestrafung auszuliefern. Art. 7. Die contrahirenden Staaten verpflichten sich, ihre Untertanen und die in ihrem Gebiete sich aufhaltenden Fremden, letztere, wenn deren Auslieferung nicht nach Art. 6 erfolgt ist, wegen der auf dem Gebiete eines anderen der contrahirenden Staaten begangenen Contraventionen oder ihrer Theilnahme an selbigen, auf die von diesem Staate ergehende Requisition eben so zur Untersuchung zu ziehen, als ob die Contravention auf eigenem Gebiete und gegen die eigene Gesetzgebung begangen wäre. Die Uebertretungen von Zoll- (Steuer-) Gesetzen ein:s jeden der pacificirenden Staaten werden nach eben den Strafgesetzen geahndet, welche in dem Staate, in welchem die Untersuchung und Bestrafung eintritt, hinsichtlich gleicher Vergehen gegen die eigenen Zoll- (Steuer-) Gesetze vorgeschrieben sind. Auch kommen in Hinsicht der, mit den Contraventionen concurrirenden gemeinen Verbrechen oder Vergehen, alle diejenigen criminalrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung, welche in Beziehung auf die von Inländern im Auslande begangenen Verbrechen oder Vergehen in jedem Staate gelten. Artikel 8. In den nach Artikel 7 einzuleitenden Untersuchungen soll in Bezug auf die Feststellung des Thatbestandes den amtlichen Angaben der Behörden, Beamten oder Angestellten (Bediensteten) desjenigen Staates, auf dessen Gebiete die Contravention begangen worden ist, dieselbe Beweiskraft beigegeben werden, welche den amtlichen Angaben der inländischen Behörden, Beamten oder Angestellten für Fälle gleicher Art in den Landesgesetzen beigelegt ist. Im folgenden Jahre 1838 trat diesem Staatsvertrage die fürstlich schaumburg-lippesche Regierung bei. — Neben der Strafgesetzgebung der Staaten des preussisch = teutschen Zollvereines hebt sich die neue Legislation Oesterreichs, bezeugt in dem Straf-

gesetzbuche dieses Staates vom 11. Juli 1835 „über Gefälligübertretungen“ hervor, wie sich Mittermaier a. a. D. ausdrückt: Das vollständigste Strafgesetzbuch, das irgend ein Land in Bezug auf die Bestrafung der Uebertretungen der Zoll und anderer Gesetze über indirecte Abgaben (Befälle) besitzt. Denn es umfaßt 934 §§., von denen die §§. 499—934 das Strafverfahren normiren. So sehr diese Legislation eine nähere Betrachtung verdient, so würde diese doch, wollte man bis zum Hintergrund ihrer Vorschriften über Defraudation und das dafür berechnete Strafverfahren folgen, zu weit führen²⁶⁾. Von besonderem Interesse ist das fünfte und sechste Capitel, welches sich mit der Defraudation durch Schleichhandel beschäftigt, eine Erscheinung, welche der Betrachtung einen so fruchtbaren Stoff darbietet, und dem Gesetzgeber und der Gesetzgebungspolitik ein schwieriges Problem ist²⁷⁾. Dieses Gesetzbuch ist auch insofern beachtenswerth, als es eine Einheit der Legislation über Bestrafung der Vergehen, welche als Uebertretung der Gesetze über die indirecten Steuern gelten, überhaupt darstellt. In den anderen deutschen Staaten ist es anders; dort findet sich diese Strafgesetzgebung in Einzelgesetzen zerstreut. Was insbesondere die Staaten des preussisch = deutschen Zollvereins betrifft, so zeigt sich, nach Obigem, eine gewisse Einheit nur in Bezug auf die Zölle (des Ein-, Aus- und Durchgangs). Hinsichtlich der anderen indirecten Steuern, als Transteuer und Zapfgebühr, Salzregie²⁸⁾, Wassergoll (z. B. Rheinschiffahrtsdoctroi), Chaussée = und Brückengeld, Stempeltaxe, Collateralgelber, Hundesteuer u. s. w., hat nicht

26) Eine Uebersicht gewährt jener Beitrag von Mittermaier, über den prozessualischen Theil, s. dessen weiteren Beitrag zum Jahrgang 1837 des Archivs für Criminalrecht Nr. 1: Ueber die Fortschritte der Gesetzgebung in Bezug auf den Strafprozeß zc. S. 22.

27) Schon Beccaria hat in seinem Werke: Ueber Verbrechen und Strafen, solche Betrachtungen angestellt, indem er zugleich die Frage erörtert, warum der Schmuggel die öffentliche Meinung so wenig gegen sich habe. Siehe die Uebersetzung dieses Werkes von Bergl, Th. 1 (Leipzig 1798), S. 262—264, §. 31: Von dem Schleichhandel und dem Unterschleife. Vergl. noch Servin, über die peinliche Gesetzgebung. Aus dem Französischen von Bruner. (Nürnberg 1786) S. 323 fig. Walther, Lehrbuch der Staatswissenschaft (Gießen 1798), S. 382. Breitenstein, nur Eine Steuer (Gotha 1826), Cap. 2: Indirecte Steuern, S. 91—150, bes. 116 fig. Mittermaier a. a. D. S. 324—326. Annalen der deutschen und ausländischen Criminalrechtspflege, begr. von Hitzig, fortgef. von Demme und Klunge, Band 3 (Altenburg 1837), S. 113—179: Königreich Preußen. Der zur Befreiung zweier überm nächtlichen Paschen ergriffenen Schmuggler aus Lannenhain im Königreich Sachsen, von einem daselbst noch in der nämlichen Nacht zusammengerotteten Schmugglerhäufen mit gewaffneter Hand und offener Gewalt unter Abtödtung und Verwundung der preussischen Grenzbeamten ausgeführte Ueberfall des Richterhauses zu Wildschütz im Königreich Preußen. Vom Oberlandesgerichtsrath Jungmeister in Raumburg. Vorwort S. 115, 116.

28) S. bes. über diese den Jahrg. 1836 der Zeitschrift: Der Nationalökonom, Band 2, S. 197: Die Verhandlungen der beiden badiſchen Kammern über den Beitritt des Großherzogth. Baden zu dem deutschen Handels- und Zollverein, S. 210—212.

nur jeder Staat ²⁹⁾ seine besondere Gesetzgebung, sondern diese ist auch, namentlich in Bezug auf Strafe und Strafverfahren, in keinem besonderen Coder vereinigt. Daher finden wir auch die Gesetzgebung wegen Defraudation dieser übrigen indirecten Steuern sehr zerstreut. Indessen hat sie gewisse durchgreifende Grundzüge, sowohl hinsichtlich der Pönalsanctionen an und für sich, als hinsichtlich des Strafverfahrens. Als Strafe pflegt Geldbuße, Confiscation und Verlust des Gewerbes zu erscheinen ³⁰⁾. Die Untersuchung und Aburtheilung pflegt dem Polizeistrafrichter zuzustehen, der sich in den Formen des Polizeistrafprozesses zu bewegen hat ³¹⁾. Die Rechtsmittel pflegen die des bürgerlichen Prozessrechtes zu sein. Zuweilen ist auch die Proccedur ein summarisches Civilverfahren ohne genaue Form ³²⁾. Vergl. noch Rechtslexikon Band 2, S. 929—938, d. Art. Confiscation, S. 933, 935, 936. Abegg, Lehrbuch des gemeinen Criminalprozesses mit besonderer Berücksichtigung des preussischen Rechtes (Königsberg 1833), §. 5, 58.

Bopp.

Deich- und Uelrecht ¹⁾. Ein Deich ist der allgemeinen Wort-

29) S. z. B. über das Großherzogthum Hessen v. Hoffmann, Beiträge zur näheren Kenntniß der Gesetzgebung und Verwaltung des Großherzogthums Hessen (Gießen 1832), S. 84—107.

30) So wird z. B. in Preußen auf die Geldstrafe des Vierfachen (Klein, Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechtes, Halle 1796, §. 521, S. 385. Fürstenthal, Institutionen des allgem. preuß. Civil- und Criminalrechtes, Berlin 1827, §. 1056, S. 597) erkannt; im Großherzogthum Hessen das Einbringen von Salz aus dem Auslande mit Confiscation desselben und der Transportmittel, und außerdem mit einer Geldbuße von 20 Kr. für jedes Pfund, die Defraudation der Hundsteuer mit dem Dreifachen, die Defraudation durch Nichtbeziehung des Jagdwasserpasses mit 15 Gulden bestraft. Siehe Bopp, der hessische Rechtsfreund (Darmstadt 1837), S. 336, 343, 609. Kann die Geldstrafe nicht in Vollzug kommen, so wird sie in Freiheitsstrafe verwandelt. Rohl, System der Präventivjustiz oder Rechtspolizei (Tübingen 1834), schlägt S. 480, Note, vor, den Schleichhändler für unwürdig zu erklären, in die Bürgergarde einzutreten, und ihn mit einer entsprechenden Geldabgabe zum Besten der Bürgergarde zu belegen.

31) In Bezug auf Gesetzgebungspolitik vergleiche Rede des Abgeordneten Rudhart über den Gesetzesentwurf zu einer Zollordnung, gehalten in der Kammer der Abgeordneten der bayerischen Ständeversammlung in München am 5. Juni 1828. (Münchb.) S. 39—43.

32) Dieses Verfahren herrschte z. B. früher in Bayern, s. Rudhart a. a. D. S. 39, 40; über Württemberg s. Knapp, das württembergische Criminalrecht, Abb. 2 (Stuttgart 1829), S. 417 sq.; über Kurhessen: Schwenken, Darstellung der Gerichtsbarkeit und des Verfahrens der kurhessischen Polizeikommissionen als Polizeistrafgerichte (Schmalkalden 1828), S. 29, 43; über Preußen: Kühn, das Verfahren bei polizeilich-gerichtlichen Untersuchungen in den preussischen Staaten (Leipzig 1839), bcf. S. 9, 40; über Baden s. Rechtslexikon Band 1, den Art. Bayern, S. 572; über Bayern ebendaf. Bd. 1, den Art. Bayern.

1) Literatur. Unter den Lehrbüchern des deutschen Privatrechtes ist hier besonders hervorzuheben: Kunde, §. 111—123; demnachst Rittermayer (5. Aufl.), §. 224—229; kürzer bei Eichhorn, §. 271; Laurenbrecher, §. 195, 260, 261, und Phillippe, Bd. 1, S. 560 sq., 623. Besondere

bedeutung nach ein aufgegrabener Wall oder Damm²⁾; man versteht jetzt aber darunter Erdwälle, welche das dahinterliegende Land gegen das Anbringen des Wassers schützen sollen³⁾; die ältere allgemeinere Wortbedeutung ist verloren gegangen. Deiche und Dämme kommen darin mit einander überein, daß sie beide in ähnlicher Beschaffenheit dazu bestimmt sind, das Wasser zu beschränken; Dämme werden aber theils ins Wasser selbst hineingebaut, theils wie die eigentlichen Deiche auf das Land gelegt; die Dämme, wenn Letzteres der Fall, dienen mehr dazu, um trocken darauf fahren oder gehen zu können⁴⁾, die Deiche aber, um das Land gegen Ueberschwemmung und Zerstörung durch Wasserfluthen zu schützen. — Die Deiche werden gegen das Meer, Ströme und Flüsse angelegt, zuweilen aber sind sie auch bestimmt die niedrig gelegenen Länder, wie die Marschen, gegen das Eindringen des Wassers von den höheren Gegenden zu schützen; die ersteren werden äußere, die letzteren Hinter- oder Achterdeiche genannt. Unter inneren oder Binnendeichen versteht man die, welche hinter einem Hauptdeiche an besonders gefährlichen Stellen errichtet sind, um an die Stelle der äußeren Deiche zu treten, wenn diese von dem Wasser überwältigt sind. Kay-, Thur- und Nothdeiche nennt man die, welche nur einstweilen bis zur Vollendung eines dahinter aus-

Schriften über das Deichrecht: Jodoc. Hackmann, de iure aggerum. Stadae 1690, 4.; ein Hauptwerk. S. D. Petiscus (Petit), elementa iuris aggeralis theoretico-practica. Halle 1767, 8.; darüber Drever's Misc. S. 18 u. 31. J. W. A. Punrich, Entwurf des jetzigen Deichrechtes in den Herzogth. Oldenburg und Delmenhorst. Bremen 1768, 8. Heinesken, tentamina iuris aggeralis Bremensis. Götting. 1774. Wolter, allgem. Grundsätze zum ordnungsmäßigen Verfahren in Deich- und Abwässerungssachen der teutschen Marschprovinzen, mit Zusätzen von K. Woltmann, und Erläuterungen von G. F. Koch. Stückf. 1795, 4. Wellmann, Einleitung in das gemeine schleswig-holst. Damms, Deich- und Sührecht. Altona 1795, 8. E. A. Dammert, das Deich- und Strombaurecht nach allgem. und hannoverschem Landesrechte u. s. w. 2 Theile. Hannover 1816, 8. — Eine Zahl kleinerer Schriften über einzelne Gegenstände des D. R. sind bei Drever, Misc. S. 31, angegeben; derartige Erörterungen finden sich besonders auch in Puffendorf, obs. vol. I. obs. 193. vol. II. 103. 104. 193. vol. III. obs. 134. vol. IV. 101. 216. v. Bülow und Hagemann, Erdr. Bb. I, Nr. 3, II. Nr. 1, III. Nr. 1, V. Nr. 51. v. Ende, jurist. Abhandlungen (Zelle 1802, 4.), Nr. 4.

2) Dikan ist im Anaelsächsischen: graben; im Englischen to dig. S. darüber Sitterman, in Ersch und Gruber Encyclopädie Bb. 23, S. 337. Drever, Miscellen S. 5.

3) Es wird ihnen jetzt allgemein eine prismatische Form gegeben, weil sie in dieser dem Andrang des Wassers am besten widerstehen. Das Kunstmäßige des Deichbaues, dessen Kenntniß auch zur Beurtheilung der Rechtsstreitigkeiten wichtig werden kann, lehren: A. Brahm, Anfangsgründe der Deich- u. Wasserbaukunst (Aurich 1754 u. 47, 2 Bde. 4.), J. W. A. Heurich, prakt. Anweisung zum Deich-, Seil- und Schlangenbau (Bremen 1771, 1772, 2 Theile, 8.), Derselbe, Zusätze zu obigem Werke, nebst Wörterbuch (Bremen 1782, 8.), K. Woltmann, Beiträge zur hydraul. Architektur (Göttingen 1791—1799, 4 Bde. 8.), J. F. Büsch, Uebersicht des gesammten Wasserbaues (2 Bde. 2. Ausg., umgearb. von Wiebeking, Hamb. 1804, 8.), F. R. Börm, Abriss der Deichkunde. Altona 1812, 8.

4) E. Dammert, Deich- und Strombaurecht, S. 14.

zuführenden Hauptdeiches oder Schlußbauens, das Eindringen des Wassers verhindern sollen. Sommerdeiche sind nur bestimmt, das Land gegen den gewöhnlichen Ueberlauf der Ströme und Flüsse im Sommer zu schützen; Winterdeiche oder Hauptdeiche sollen auch gegen die höchsten Fluthen in den übrigen Jahreszeiten Widerstand leisten. Die Ländereien und Grundstücke, welche durch die Deiche geschützt sind, nennt man *Binnendeichsland* oder *Winnenland*, diejenigen aber, welche zwischen dem Deiche und dem Wasser liegen, *Außendeichsland*, *Butenland*, *Vorland*. Solches Vorland entsteht besonders dadurch, daß bei der Anlage der Deiche, die in möglichst gerader Linie geschehen muß, nicht alle Ländereien mit eingeschlossen werden konnten, auch wohl die Eigenthümer selbst zuweilen es vorzögen, einen Theil ihres Landes unbedeicht zu lassen, um es als Marschweiden und Weiden zu benutzen. Auch fordert es zuweilen die Sicherheit, wenn der Deich in seiner Lage nicht mehr im Stande ist dem Wasser zu widerstehen, ihn weiter landeinwärts anzulegen (einzulegen), wodurch die sogen. *ausgedeichten Ländereien* entstehen. Das Vorland ist für den Deich von großer Wichtigkeit, da es besonders das Material zum Deichbau liefern muß und deshalb auch wohl mit Weidenbusch oder anderen zum Deich- und Strombau tauglichen Holzarten bepflanzt wird (*Buschwerder*), dann aber auch, weil es selbst zum Schutze des Deiches dient, da es bewirkt, daß das Wasser zur Zeit der hohen Fluth nicht so hoch und tief vor dem Deiche steht, als es sonst der Fall sein würde, und alle nachtheiligen Wirkungen des Stromes auf den Deich vermindert⁵⁾. Deiche, die kein Vorland mehr haben, und an deren Fuß der Strom dicht herfließt, oder die auf bösen Wind liegen⁶⁾, nennt man *Schaars* oder *Gefährdeiche*⁷⁾.

In genauer Verbindung mit dem eigentlichen Deichbau oder der Herstellung und Erhaltung des eigentlichen Deichkörpers oder Erdwalles steht der *Strom- und Uferbau*⁸⁾. Wenn auch die Stromwerke, worunter man mannigfache Vorrichtungen von Erde, Busch, Pfählen, Steinen, Sodden und überhaupt Faschinenwerk versteht, nicht unmittelbar zum Schutze des Deiches selbst, also der dahinter gelegenen Grundstücke angelegt sind, sondern ihr nächster Zweck ist, das Vorland oder die Insel und besonders die eigentlichen Buschwerder zu schützen, oder wenn sie vorzüglich dazu bestimmt sind, um die Strombahn zu erhalten und zu verbessern, so dies-

5) Dammert a. a. D. S. 12.

6) Dammert a. a. D. S. 16.

7) Die hier angeführten Benennungen und die sonst bei dem Deichrecht vorkommenden Ausdrücke sind erklärt in: *Benutzer*, die beim Deich- und Wasserbau, auch Deich- und Dammrecht vorkommenden fremden und einheim. Wörter. 2 Bde. Leipzig 1792, 8.

8) Hackmann, c. 14. §. 13—18. p. 429. Puffendorf, obs. T. III. ob. 134. Funtich, Art. 38—40. Bolter, §. 17, 19, 20, 36, 49. Dammert a. a. D. S. 17, 19, und and. Stellen, f. Register: *Strombahn*, *Stromband*, *Stromwerke*. Kunde, §. 119 a. Werke über den Uferbau: *Bieling*, *Wasserbaukunst*, Bd. 3; *Taten*, *Reise in die Marschländer an der Nordsee*, Leipzig 1788, 8.; *Eitelwein*, *prakt. Anweisung zum Bau der Faschinenwerke*. Berlin 1818, 8.

nen sie doch auch zugleich mit zur Sicherung des Deiches, nicht nur durch die diesem zu Gute kommende Erhaltung des Vorlandes, insofern sie verhindern, daß der Strom, dessen Lauf sie reguliren, nicht eine dem Vorlande und den Deichen selbst schädliche Richtung nimmt⁹⁾. Von den Seelen, die ebenfalls mit dem Deichbau in Verbindung stehen, soll am Schlusse des Artikels die Rede sein.

Den Römern war der Deichbau nicht unbekannt¹⁰⁾. Drusus ließ längs des großen Rheinarms einen Deich anlegen¹¹⁾. Ob die Norddeutschen vielleicht von den Römern den Deichbau gelernt haben, oder ob der Deichbau erst später begonnen, und das Bedürfniß und Streben sich einen größeren und gesicherten Landbesitz zu verschaffen, die mecranwohnenden Deutschen von selbst darauf geführt hat, wird wohl unentschieden bleiben müssen. Man legte, wo das Land nicht gehörig bedeiht war, die Wohnung auf von Erde aufgeworfenen Hügeln und Wallen (Wurthen) an, wie es noch da der Fall ist, wo bloße Sommerdeiche vorkommen. Durch Deiche der letzteren Art suchte man zuerst die Ernten zu sichern¹²⁾, und dieses mochte wohl von Einzelnen und willkürlich geschehen sein; aber erst als alle Bewohner einer Gegend, die von einer Gefahr bedroht waren, auch hierbei erkannten, daß derselben nur durch vereinigte Kräfte erfolgreich begegnet werden könnte, wurden die einzelnen Deiche zu einer zusammenhängenden Deichlinie verbunden, und es war nun möglich, den Deichen eine größere Höhe und Stärke zu geben und dieselbe durch Stromwerke, soweit es der Zustand der Wasserbaukunst zuließ, zu sichern. Die Entstehung solcher zusammenhängenden Deichlinien wird von den Schriftstellern ins 12. Jahrhundert gesetzt¹³⁾, doch läßt sich, wiewohl schon der Sachsenspiegel das Vorhandensein solcher Werke außer Zweifel zu setzen scheint, sich darüber wenig in geschichtlich zuverlässiger Weise angeben. — Die Anlage der Deiche hat daher in den den Ueberschwemmungen ausgesetzten Gegenden Einigungen veranlaßt, wie dergleichen das Mittelalter so viele und so mannigfache zu gegenseitigem Beistand, zum Widerstand gegen eine gemeinsame Gefahr ins Leben gerufen hat. Es wurde eine solche Einigung Deichband, Deichacht genannt. Der Zweck derselben war die Er-

9) Dammert a. a. D. S. 18.

10) Cic. offic. II.: Moles oppositus fluminibus. Virgil Aen. II. 496. 497. S. über fernere Nachrichten und Spuren des Deichbaues im Alterthume, namentlich in Aegypten: Hackmann, de iure aggerum c. 3. p. 37. Rittermann, in Ersch und Gruber Encyclop. a. a. D.

11) Tacit. Ann. XIII. 53. Hist. v. 19.

12) Daß die Anlage von bloßen Sommerdeichen noch unter Umständen den Vorzug verdienen kann, hat darzuthun gesucht Dammert a. a. D. Th. 1, S. 25–32.

13) S. Halem, Gesch. von Oldenburg, Bb. 1, S. 41 u. 188. Freese, Ostfries- und Hartinjerland (Aurich 1790), S. 248. Hackmann, de iure aggerum cap. II. §. 73 sq. p. 55, und andere mehr oder minder hierher gehörige Citate bei Rittermaier, Pr.-Recht, §. 224, Note 2. Dammert bemerkt a. a. D. Th. 1, S. 20, daß die Nachrichten über die Deiche im Hannoverschen an der Elbe und Weser nicht über das 15. Jahrh. hinausgehen, daß aber damals immer mehr von Wiederherstellung u. s. w. als von Anlegung neuer Deiche die Rede ist.

haltung eines, die Besitzungen der zu diesem Zwecke vereinigten Grundeigentümer schützenden, Deiches durch vereinte Kräfte oder, später besonders, wohl auch auf gemeinschaftliche Kosten. Sie hatten ihre Vorstände, welche den Deichbau leiteten oder darüber die Aufsicht führten, und denen eine darauf sich beziehende Gerichtsbarkeit zustand, welche nach altgermanischer Weise, indem Genossen das Urtheil fanden, geübt wurde. Man kann dieses einen genossenschaftlichen oder autonomischen Deichband nennen. Indes scheint schon früh durch die Dringlichkeit der Gefahr die Rechtsansicht sich gebildet zu haben, daß, wo eine solche genossenschaftliche Verbindung, durch deren Verfassung die Art und der Umfang der Deichpflicht bestimmt war, auch nicht bestand, dennoch alle Bewohner eines durch einen Deich geschützten Districtes zur Erhaltung des Deiches mitzuwirken oder beizutragen gehalten seien¹⁴⁾. Schon der Sachsenspiegel erwähnt dieser Verpflichtung: *Welke dorp bi watern lieget unde einen dam hebbet, die sie vor der vloet bewart, jewell dorp sol sinen deil des dames versteren vor der vlut. Kunt aver die vlut unde brict sie den dam unde labet man mit dem geruchte dar to, die binnen deme dame geseten sijn, soek ic nicht ne hilpt bliuen den dam, die hevet verwoecht so gedan erve als he binnen deme dame hevet¹⁵⁾*. Es liegt hierbei in der Natur der Sache, da die gemeinschaftliche Gefahr der Grund der Verpflichtung war, daß nur die zur Mitwirkung verpflichtet waren, welche den Vortheil des Deiches genossen, deren Grundstück dadurch geschützt war, und daß die Größe des Grundstückes (und was wenigstens ebenso hätte in Betracht kommen sollen, die Beschaffenheit desselben) den verhältnismäßigen Umfang der Deichpflicht bestimmten. Bei einem genossenschaftlichen Deichband konnte in dieser Beziehung über Manches durch vertragmäßige Bestimmung, durch Herkommen auch anders bestimmt sein. Insofern nun die Grundeigentümer eines durch einen Deich geschützten Landstriches vermöge jenes allgemeinen Rechtsgrundsatzes zur Erhaltung des Deiches verpflichtet waren, bildeten sie, ohne in einer genossenschaftlichen Einigung zu stehen, ein Ganzes, und man hat auch darauf den Namen Deichband übertragen, und einen solchen Deichband wohl einen natürlichen genannt, während man ihn richtiger einen gemeinbürgerlichen, im Gegensatz zu den genossenschaftlichen oder autonomischen Deichbänden, hätte nennen können. Jetzt ist aber die Unterscheidung von geringerer Bedeutung, da bei der Erweiterung der Obergewalt des Staates, der Beschränkung der Wirksamkeit und Selbstständigkeit aller Einigungen, die einen die öffentliche Sicherheit und Wohlfahrt unmittelbarer berührenden Zweck verfolgen, die ehemals genossenschaftlichen Deichbände, wenn sich auch mehr oder minder noch Reste ihrer früheren Bedeutung und Verfassung erhalten haben¹⁶⁾, doch gleichsam zu Staatsanstalten geworden sind, indem alle

14) Phillip's teut. Pr.-Recht, Bd. 1, S. 328, 561.

15) Sächs. Landrecht II. 56. Schwäb. Landrecht Art. 215 (Ausg. von v. Laßberg, von der Fahr Art. 408).

16) Auf ein solches Verhältnis deutet die Beschreibung, welche die bremische Deichordnung vom J. 1743, Cap. 13, §. 4, von einem Deichband gibt: *Ein*

Deich- und Strombauten einer besonderen Aufsicht des Staates unterworfen worden sind. Ein Deichband ist, da man dieses Wort beibehalten hat, in Bezug auf die gegenwärtigen Verhältnisse nicht sowohl eine Einigung zur Erhaltung eines gemeinschaftlichen Deiches, sondern ein Inbegriff oder eine Gesamtheit der zur Erhaltung einer bestimmten Deichstrecke, nebst den davor angelegten Stromwerken, deren Schutz sie für ihre Grundstücke genießen, verpflichteten Grundeigenthümer. Es ist unpassend eine solche Gesamtheit ein natürliches Deichband nennen zu wollen, wenn der natürliche Grundsatz, daß, wer den Schutz des Deiches genießt, verhältnißmäßig zu dessen Erhaltung beitragen muß, die Deichpflichtigkeit und deren Umfang bestimmt, wo dieselbe aber auf besonderen Quellen (Gesetz, Vertrag, Herkommen u. s. w.), deren Inhalt allerdings dem natürlichen Grundsatz mehr oder minder entsprechen kann, beruht, einen bürgerlichen Deichband annehmen zu wollen¹⁷); — denn überall hat wohl bei der Verteilung der Deichlast jener natürliche Grundsatz geleitet, und man hat ihn so viel als möglich zur Anwendung zu bringen gesucht, während eine vollkommene Lösung dieser Aufgabe auch jetzt noch wohl in den wenigsten Deichgesetzen — die nicht leicht fehlen werden, wo Deiche vorhanden sind — gelungen sein möchte, und da ferner die Natur der Sache entscheiden muß, wo die anderen Rechtsquellen nicht ausreichen, so ließe sich gewissermaßen behaupten, daß ein jeder Deichband, ein bürgerlicher und natürlicher, in obigem Sinne, zugleich sei.

Die nächsten Quellen für die Beurtheilung der bei dem Deichwesen vorkommenden Rechtsverhältnisse bilden die Deich- und Stromordnungen, in früherer Zeit auch zuweilen Spatellandsrechte genannt, welcher Name sich aus der Sitte erklärt, einen Spaten in den Deich zu stecken, um dadurch das Verfallen sein des zu dem Deiche gehörigen Landes, wegen versäumter Deichpflicht, anzuzeigen, wovon noch unten die Rede sein wird. Sie hatten ursprünglich mehr den Charakter autonomischer Anordnungen, und haben im Laufe der Zeit mehr den von Verordnungen, welche von dem Landesherrn vermöge der ihm zustehenden gesetzgebenden Gewalt und der besonderen Oberaufsicht über das Deichwesen erlassen sind, angenommen. Die älteren enthalten meist nur Bestimmungen über die Deichgerichtsbarkeit und Satzungen über die Bestrafung von Freveln, welche an den Deichrichtern, Arbeitern oder sonst auf und an dem Deiche begangen werden u. s. w. Erst nach und nach kommen mehrere auf den Deichbau und die sich darauf beziehenden Verpflichtungen hinein. Doch auch die noch geltenden Deichordnungen sind meist kurz und unvollständig. Die vollständigste Nachweisung über ältere und neuere

Deichacht oder Deichband besteht hauptsächlich darin, daß er seine absonderlichen und eigenen Deichrichter und Geschworenen item Deichschauungen und Schauungsgerechtigkeiten in Haltung des Deichgerichtes und Bestrafung der Bruchfälligen, ohne dependance oder concurrence des nächsten dabei belegenen Deichbandes, von alten Zeiten her beständig gehabt und dadurch von den benachbarten, darangrenzenden Deichbänden ganz abge sondert bleibt, ob schon ein Deichgräfe über mehr denn ein Deichband die Schauungen verrichtet.

17) Sowie D a m m e r t a. a. D. Th. 1, S. 51 flg.

Deichrechte findet man in Dreyer's Versuch einer Anleitung zur Kenntniss der Deichgesetze, in seinen Miscellaneen, S. 1—37. Die ältesten bisher bekannt gewordenen sind einige friesische Deich- und Siedordnungen aus dem 14. Jahrhundert. Als das wichtigste Deichrecht wird die veränderte und verbesserte, im J. 1743, am 29. Juli publicirte und zu Stade gedruckte Deichordnung für das Herzogthum Bremen allgemein bezeichnet¹⁸⁾. Sie findet sich auch in dem Anhange der bremischen Verordnung von 1749, S. 199—247, und Dreyer sagt von ihr, daß sie eine wahre Encyclopädie des Deichrechtes sei und auf den Ruhm der vollständigsten Deichordnung den gegründetsten Anspruch mache¹⁹⁾. Demnach wird besonders ausgezeichnet das ostfriesische Deich- und Siedrecht von 1670²⁰⁾, gedruckt Emden 1663, 4.; dann auch in (Bremisen) ostfriesische Historie und Landesverfassung, Bd. 2, S. 235; besser aber in Wicht, ostfriesisches Landrecht, S. 872. Das neueste, welches mir bekannt geworden, ist die allgemeine Strom-Deich-Arordnung für Ostpreußen und Lithauen vom 14. April 1806²¹⁾. — Eine Auswahl von Deichordnungen (sie gehören dem 16. und besonders dem 17. Jahrh. an) hat Packmann als Anhang seinem ins aggerum beigegeben²²⁾. Einige finden sich auch in dem Appendix zum Bd. 4 von Puffendorfs Observationes. Eine Sammlung von Deichrechten, wie man z. B. ähnliche für das Wechselrecht, Bergrecht u. s. w. hat, fehlt noch, wiewohl schon Dreyer²³⁾ bemerkt hat, daß dergleichen gerade hier einem praktischen Bedürfniss entgegenkommen würden, weil die einzelnen Deichrechte unvollständig sind, und auch die, welche dieses am wenigsten trifft, als subsidiäre Entscheidungsquellen (sofern sich nämlich nicht neben dem besondern geschriebenen Rechte eine feststehende Gewohnheit gebildet hat) auf die Deichrechte der benachbarten Territorien verweisen²⁴⁾.

Die Eigenthümlichkeiten des Deichrechtes gehen besonders aus dem hier bestimmenden Gesichtspunkte hervor, daß auf Deichen und Dämmen die Sicherheit, das Leben und das Eigenthum in den den Ueberschwemmungen ausgesetzten Marschländern beruht, und die traurigen Fol-

18) Vergl. auch Dammert a. a. D. S. 42 fig., wo namentlich die im Hannöverschen geltenden Deichordnungen nachgewiesen sind. Mannigfache Notizen bei Rittermaier, Pr.-Recht, §. 224, Note 8.

19) Dreyer, Miscell., S. 18, woselbst auch eine genauere Inhaltsübersicht derselben.

20) Dreyer a. a. D. S. 4 u. 25.

21) Andere Deichordnungen s. auch noch bei Rittermaier, §. 224, Note 8.

22) Mantissa ad tractatum iurid. de iure aggerum continens selectas quasdam constitutiones aggerales, p. 1—36.

23) Dreyer a. a. D. S. 5.

24) So in der Lübeck- und hamburgischen 1772 revidirten Deichordnung für die Vierlande, Art. 22: In den in dieser Ordnung nicht beschriebenen Fällen soll nach den benachbarten Deichrechten geurtheilt werden. — Auch die bremische Deichordnung von 1743, Cap. 18, verweist auf die in den benachbarten Marschländern vorhandenen und üblichen Spatelandsrechte und Gewohnheiten und besetzt, daß solchen, so weit sie pro varietate locorum applicabel, mit Zurücksetzung des röm. Rechtes nachgegangen werden soll.

gen eines unglücklichen Hauptbruchs sich über das ganze Land erstrecken, so daß es keines großen Nachsinns bedarf, um einzusehen, daß, wenn der durchbrochene Deich nicht so schleunig, als es die Noth erfordert, wieder hergestellt wird, das mit jeder Fluth in das Land dringende Salzwasser und die mitgeführten Sand- und Moorstücke Acker und Wiesen verderben, den Landmann an der Bearbeitung und Benutzung seiner Felder behindern, dem Vieh die nöthige Grasung entziehen, und daß solcher gestalt die ganze Landwirthschaft darniederlegt und die unentbehrlichsten Lebensmittel zur großen Beschwerde des gemeinen Wesens im Preise steigen²⁵). Die Deiche, deren Errichtung und Beschützung, waren immer ein besonderer Gegenstand der Aufmerksamkeit der theilhaftigen Gemeinde oder der Landesobrigkeit, da aber das ganze durch den Deich geschützte Land in Gefahr kommt, wenn ein Theil desselben nicht im gehörigen Stande erhalten wird, so hat sich daraus eine besondere unnachsichtige Forderung in Erfüllung der Deichpflicht entwickelt, und da hier leicht Gefahr und Vergrößerung des Nachtheiles aus dem Verzug entsteht, so wird ein strenges und schleuniges Verfahren zur Nothwendigkeit.

Zum Bau und zur Erhaltung der Deiche müssen daher alle Deichlandsgenossen beitragen, doch können auch Andere, vermöge besonderer rechtlicher Bestimmungen, in gewissen Fällen mit herbeigezogen werden. — Man unterscheidet die ordentliche und die außerordentliche Deichlast, deren Verschiedenheit etwas genauer, als es in den Lehrbüchern wohl geschieht, dahin zu bestimmen sein möchte, daß 1) die erstere nur von den Deichgenossen geleistet zu werden braucht, während zu der anderen in besonderen Fällen auch wohl andere Person, wie die Genossen angrenzenden Deichländer, oder auch andere Bewohner der benachbarten Gegenden, herbeigezogen werden können; ferner umfaßt die ordentliche Deichlast 2) nur diejenigen Leistungen der Deichgenossen, welche vermöge der Deichordnung regelmäßig wiederkehren, und nicht etwa erst besondere Ereignisse und Beschlüsse voraussetzen. Es bezieht sich die ordentliche Deichlast daher auf die Erhaltung des Deiches in schaufreiem oder bestmöglichem (d. i. untadeligem, der Deichordnung und den Regeln der Deichwissenschaft entsprechendem) Zustande, wohin besonders die Befandung, Reinigung von Unkraut, Planirung der Maulwurfschaufen, Zuwerfen der Wegengleise, Ablassung des Wassers, Anschaffung und Vorbringung der Schölmaterialien bei hohem Wasser und Eisgang, sowie ferner die ordinären Deichwachen und andere dergleichen geringere Leistungen gehören²⁶), während alle die, welche nicht regelmäßig wiederkehren oder die Kräfte des Einzelnen übersteigen, zu den außerordentlichen Leistungen gerechnet werden. Es ist die Grenze zwischen der ordentlichen oder außerordentlichen Deichlast daher in manchen Deichordnungen nach einem Geldmaximum, der auf jeden bestimmten Landestheil, z. B. jeden Morgen, zu überneh-

25) So Dreyer a. a. D. S. 2.

26) Dammert a. a. D. S. 33. Bolter, §. 38, Zufüge, S. 3 flg. Punrich, Art. 18. Runde, §. 117. Sagemann, Landwirtschaftsrecht, §. 310. Rittermaier, §. 226.

wenden Kosten bestimmt²⁷⁾. Es gehören dahin also alle größeren durch vereinte Kräfte des ganzen Deichbandes zu fördernden Unternehmungen, wie namentlich die Herstellung der Grundbrüche, Anstärkung an der Binnen- und Außenseite, beträchtliche Erhöhung der Deiche, Anlegung von Thur- und Nothdeichen, und alle zur Sicherung der Deiche mehr oder minder gereichenden Stomwerke²⁸⁾.

Der Hauptgrundsatz des Deichrechtes wird in der Paroimie ausgedrückt: Kein Land ohne Deich, und kein Deich ohne Land²⁹⁾. Das Erste heißt, daß alle von einem Hauptdeiche besetzten Grundstücke, welche ohne denselben der Ueberschwemmung ausgesetzt sein würden, deichpflichtig sind³⁰⁾, das Andere, daß die Deichpflicht von dem Grundstücke worauf sie haftet unzertrennlich ist, und als eine Reallast auf jeden Besitzer übergeht. — Die Deichpflicht ruht aber nicht auf solchem Lande, welchem der Schutz des Deiches nicht zu Gute kommt, d. i. auf Ländereien, die nicht zur Cultur gebracht oder so hoch gelegen sind, daß sie schon dadurch vor Ueberschwemmungen geschützt sind, also namentlich nicht auf Moor- und Geestland³¹⁾. Daher können auch, wenn der Lauf des Stromes eine andere Richtung nimmt, oder mit den Meeresufern eine Veränderung vorgeht, Marschländer von der Deichlast, die bisher darauf haftete, befreit werden³²⁾. Auch ausgedeichte Länder sind ihr natürlich nicht mehr unterworfen. Exemptionen von der Deichlast gibt es nicht, so daß sowohl die Ländereien der Kirche, Besigungen von Adelligen, sowie auch die landesherrlichen Domänen ihr unterworfen bleiben³³⁾, und selbst auf unvorzählliche Verjährung kann keine Befreiung von der Deichlast begründet werden³⁴⁾. Auch durch Verträge kann keine Veränderung in der Deichlast hervorgebracht werden, und wenn dadurch auch Rechtsver-

27) Nach der bremischen D.D. Cap. 13, §. 4, ist jede Deichreparatur, welche die gemeine Hand- und Karrenarbeit ungerchnet, so viel kostet, daß auf einen Morgen Binnenland über 4 Rthlr. ausgegeben werden müssen, zu den außerordentlichen Deichlasten zu rechnen, dermaßen, daß die Inhaber der Deiche die ersten 4 Rthl. auf jeden Morgen allein übernehmen müssen, die sich höher betaufenden Kosten aber von den sämmtlichen Kirchspiels- oder Deichbandangesessenen pro rata gestanden werden müssen. Im schleswig-holsteinischen Deichreglement, §. 17—23, ist die Prägravationssumme auf 1 Mark für jede 100 Cuabratruthen deichpflichtigen Landes festgesetzt.

28) Puffendorf, obs. I. 198. II. 104. III. 134. Puntich, S. 28, 190. Wolters, §. 33, 44. Pagemann, Landwirtschaftsrecht, §. 310. Runde, §. 118. Rittermaier, §. 227.

29) Kommt wenigstens schon in einem Urtheil von 1568 vor, bei Puffendorf, obs. IV. app. p. 63.

30) Hackmann l. c. cap. 10. §. 19, das. Stellen aus Deichordnungen, die diesen Grundsatz aussprechen. Brem. Deichordn. Cap. 4, §. 1 u. 2.

31) Hackmann l. c. cap. 10. §. 24—30. Brem. Deichordn. Cap. 4. §. 12.

32) Runde, Privatrecht, §. 115, Note 1.

33) Hackmann, cap. 10. §. 33—97. §. 213—223. Mevius, dec. P. VI. D. 260. n. 7. P. VIII. dec. 454. Brem. Deichordn. Cap. 4, §. 2. Runde a. a. D. Note g.

34) Hackmann, a. 10. §. 189—210. Heineken, tentamina §. 27. Brem. D.D. Cap. 4, §. 3.

hältnisse unter den Contrahenten begründet werden, so bleibt die Verpflichtung gegen das Deichland doch unberührt³⁵⁾. Es kann daher auch nicht die auf einem Grundstück haftende Deichlast auf ein anderes, um jenes davon zu befreien, übernommen werden. Es haftet daher auf jedem Grundstück und bleibt mit demselben ein verhältnißmäßiger Theil der Deichpflicht verbunden, dessen Erfüllung von Jedem, der das Grundstück in einem nießbräuchlichen Besiß hat, und selbst von dem Zeitpächter gefordert werden kann³⁶⁾. Wie weit dieser dann aber wieder seinen Regreß an den Eigenthümer oder Verpächter nehmen kann, muß nach den abgeschlossenen Verträgen, den Deichordnungen oder dem gemeinen Rechte bestimmt werden. Mehrere Deichordnungen schreiben vor, daß der Pächter den Deich *ex propriis* in schaufreiem Zustande erhalten muß, daß er aber nicht selbst die außerordentliche Unterhaltung von Deich- und Stromwerken, wenn das Deichband sie auch zunächst von ihm fordert, zu tragen hat³⁷⁾. — Die Natur der Deichpflicht, als eine unzertrennliche Reallast, zeigt sich auch besonders darin, daß wer nicht die auf seinem Grundstück haftende Deichlast prästiren will oder kann, desselben verlustig wird: Wer nicht will deichen, muß weichen. Es hatte sich dabei in früherer Zeit die Sitte gebildet, daß ein Spaten in den Deich gesteckt wurde, um dessen Deceliction anzuzeigen. Es konnte dieses von dem Eigenthümer selbst geschehen, um dadurch zu erkennen zu geben, daß er außer Stande sei, den Deich zu unterhalten, oder es erfolgte besonders als eine Form der Execution gegen den in Erfüllung seiner Deichpflicht Säumigen³⁸⁾. Der Spaten galt dann als Zeichen, daß man sich des Deiches annehmen wollte; und es konnte dadurch, besonders nach älteren Deichrechten, wer es that, sich zum Herrn des Grundstückes, zu welchem der Deichantheil gehörte, machen. Dieses ist das sogen. Spatenrecht, wovon auch das Deichrecht überhaupt den Namen Spaten- oder Spatenlandrecht erhalten hat. Es fanden bei Ausübung dieses Spatenrechtes gewisse solenne Gebräuche statt, wie dergleichen auch sonst bei dem teutschen gerichtlichen Verfahren üblich waren³⁹⁾. In einigen Gegenden ist dieses Spatenrecht ganz abgeschafft, z. B. in Oldenburg⁴⁰⁾. Manche Deichordnungen enthalten aber auch die ausdrücklichen Bestimmungen, daß es dem Deichpflichtigen nicht freistehe, seine deichpflichtigen Ländereien zu derelinqüiren, so lange er noch Vermögen besißt, um den Deich zu unterhalten, und daß er dieselben nicht einmal ohne Einwilligung des Deichbandes verkaufen dürfe; damit sie nicht auf einen Besißer übergehen, der au-

35) Cancrin, Wasserrecht, Bb. 1, S. 129. Rittermaier, §. 226.

36) Hackmann, c. 10. §. 98—177. Heinken, §. 26. Pagemann, Landwirtschaftsrecht, S. 308 flg.

37) Stellen bei Hackmann, c. 10. §. 136—145. Brem. D.-D. Cap. 4, §. 4, 6—8, 10. Dammert a. a. D. Th. 2, S. 47.

38) Hackmann, c. 15. §. 18—45. Dreyer, Miscell., S. 11 flg. Puffendorf, obs. T. IV. obs. 161. §. 1—5. Pagemann und Bülow, Erörter. Bb. 2, S. 3, 19, 21. Rittermaier, t. Pr.-Recht, §. 228. Dunder, Reallasten, S. 183.

39) Hackmann, c. 15. §. 43. p. 458.

40) Hunrich, oldenb. D.-R. S. 7. Runde, §. 117, Rott c.

ser Stand ist die Deichpflicht zu erfüllen⁴¹⁾. Es wird dieses von vielen sogar als ein allgemeiner Grundsatz des Deichrechtes aufgestellt⁴²⁾, wogegen aber Dunker wohl nicht mit Unrecht einwendet, daß wo solche Bestimmungen sich nicht finden, es wie bei jeder Reallast dem Besitzer gestattet sein muß, durch Dereliction des belasteten Grundstückes sich zu befreien, da er ja nur als Besitzer des deichpflichtigen Grundstückes und durch dieses dem Deichbände angehört⁴³⁾. — Wenn zwischen zwei Grundbesitzern Streitig ist, wem von beiden die Erhaltung eines Deichstückes obliegt — wenn so ein Kies- oder Weaddeich, wie es heißt, entsteht — so müssen beide, oder der, gegen welchen die größte Vermuthung streitet, provisorisch die Unterhaltung übernehmen; wenn aber bei der Untersuchung keiner der Nachbarn zu Uebernahme der Deichpflicht schuldig befunden wird, so fällt die Unterhaltung des herrenlosen Deiches dem ganzen Deichbände zu⁴⁴⁾; ein Gleiches gilt auch von den dereliquirten Deichen, wenn sich Niemand finden sollte, der den Spaten ziehen wollte⁴⁵⁾.

Die außerordentliche Deichlast ist entweder Beihilfe oder Nothhilfe⁴⁶⁾; beide treten in den oben bezeichneten Fällen ein, wo die Erhaltung des Deiches oder die Sicherung des Binnenlandes Leistungen fordert, die die Kräfte oder Verpflichtung des einzelnen Deichselbstherrn übersteigen, indem dann, so weit dieses der Fall ist, der ganze Deichband die Arbeit und Kosten übernehmen muß. Namentlich müssen zu dem Gegenständen der außerordentlichen Deichlast in der Regel auch die Stromwerke gerechnet werden, die nicht als ein Accessorium der Deichkabel, vor welcher sie liegen, sondern der ganzen Deichlinie zu rechnen sind, und deren Unterhaltung daher, wenn sie, sei es direct oder indirect (z. B. durch Erhaltung des dem Deiche zum Nutzen gereichenden Vorlandes), mit zur Sicherung des Deiches dienen, auf gemeinschaftliche Kosten des Deichbannes geschahen muß⁴⁷⁾. Wo genau bestimmt ist, was von dem einzelnen

41) Deichrecht von Salland, Art. 21. Puffendorf, obs. T. IV. app. p. 415. Bremische D. D. Cap. 9, §. 10. Diese verordnet, daß der Deichpflichtige, der den Deich dereliquiren will, auf dem Deich stehend, dem Spaten in der Hand, in Gegenwart der Deichbeamten einen Eid schwören muß, daß er keine Mittel habe denselben zu unterhalten. Wenn er aber dieses nicht thun kann, soll ihm das Land durch das Spatenstechen nicht abgenommen, er durch Zwang zur Erfüllung der Deichpflicht angehalten und endlich als ein Zerkünder des gemeinen Bestens im Lande nicht länger geduldet werden.

42) Puffendorf, T. IV. obs. 161. §. 6 sq. Bes. auch Dammert a. a. D. Th. 1, S. 127 flg. S. Ebenenselben Bd. 2, S. 46.

43) Dunker, Realasten a. a. D.

44) Hackmann, c. 10. §. 373—382. Balow und Hagemann, Erdrt. Bd. III, S. 19. Heineken, §. 34. Kunde, §. 116, Note a. Dammert a. a. D. Th. 1, S. 105 flg. Rittermaier, §. 229.

45) S. Dammert, Th. 2, S. 43—45, woselbst er auch bemerkt, wie nur die mangelhafte Einrichtung der Deichbände, die nicht gehörige Vertheilung der Deich- und Strombaulast solche Dereliction der Grundstücke hervorgerufen konnte.

46) Ueber deren Unterscheidung bes. Hunrich, Art. 5, S. 28 n. 34.

47) Hackmann, c. 14. §. 14. Bolters, §. 36. Puffendorf, T. III. obs. 130. §. 4. 5. obs. 135. §. 4. 5. v. Ende, jurist. Abhandl.

Deichhalter, was von dem Deichbände getragen werden muß, kann der Beitrag zu letzterem eigentlich nicht einmal als eine außerordentliche Weis-
hilfe bezeichnet werden. Mehr würde dieser Name auf die Fälle anwend-
bar sein, wo auch, weil eine ganze Deichcommune außer Stande ist, die
Deicharbeit zu beschaffen, oder wo das Werk zugleich benachbarten Deich-
bänden mit zu Gute kommt, diese mit zu den Kosten oder der Arbeit
concurriren müssen. In dem ersteren Falle kann Weis-
hilfe aber nur verlangt werden, wo die Verpflichtung zu derselben durch Landesgesetz, Ge-
wohnheit oder Vertrag begründet ist⁴⁸⁾. Wo solche besondere Verpflichtung
nicht rechtlich begründet ist, und keine benachbarten Deichbände oder
Landesdistricte bei Erhaltung des Deiches besonders theilhaftig sind, müßte
im Falle des Unvermögens des Deichbandes die Weis-
hilfe wohl vom Staate geleistet werden⁴⁹⁾. — Die Nothhilfe tritt ein, wenn bei hoher
Sturmfluth oder Eisgang die Deiche in Gefahr sind, oder wenn Rapp-
stürzungen wirklich geschehen, oder ein Theil des Deiches bereits wegge-
rissen und ein Durchbruch wirklich erfolgt ist⁵⁰⁾. Sie unter-
scheidet sich dadurch von der Weis-
hilfe, welche verschiedene Deichbände ein-
ander leisten müssen, daß sie nicht bloß da eintritt, wo das Interesse bei
Erhaltung des Deiches ein gemeinschaftliches ist, oder eine besonders durch
Vertrag u. s. w. begründete Verpflichtung vorhanden ist. Alle Umwoh-
ner, so weit sie zu Hilfe kommen können und dazu entboten werden,
sind dazu verpflichtet, selbst auch die der Geestländer, welche den Ueber-
schweemmungen nicht ausgesetzt sind. Nach älterer germanischer Ansicht
beruhte die Leistung der Nothhilfe auf einer Pflicht der Nachbarlichkeit,
nach neuerer wird sie als zur Landesfolge gehörige Untertanenpflicht betrach-
tet⁵¹⁾, wozu der Landesherr entbietet, und der sich Niemand entziehen
kann⁵²⁾. Die Nothhilfe besteht theils in zu haltenden außerordentlichen
Deichwachen⁵³⁾, besonders wenn mehrere Deiche zugleich bedroht sind, so
daß die Deichbände einander nicht zu Hilfe kommen können; ferner in
Hilfsdiensten bei Herstellung des gebrochenen Deiches, die entweder mit
der Hand, oder von denen, welche Pferde und Wagen halten, mit Ge-
spann, nach Verhältnis ihrer Grundbesitzungen, bis die Gefahr und Noth

Nr. IV, §. 15. Bülow und Hagemann, Erörterungen, Bd. 2, S. 8, 14.
Dammert a. a. O. Th. 1, S. 19, 48, Th. 2, S. 33—37. Rartens,
wie und welcher Gestalt der ganze Deichband verpflichtet gewesen sei, dem ein-
zelnen Deichhalter bei Strom- und Uferwerken zu Hilfe zu kommen? In den
braunschweig: lüneb. Landesannalen, Jahrg. VI, S. 470—483. Runde, §.
114a a. G. Rittermaier, §. 227.

48) Hunrich, S. 28, 190. Paffendorf, obs. T. II. 104. III.
134. 135. Heineken, §. 38 sq.

49) Dammert, Th. 2, S. 65—68.

50) Hunrich, S. 34. Wolters, §. 46. Boltmann, Th. 1, §. 59, 60.
Dammert, Th. 1, S. 56 fig., Th. 2, S. 62. Rambohr, jurist. Erfah-
rungen, Bd. 2, S. 423.

51) Leiß, Staatsrecht, §. 197.

52) Eibdrichordnung von 1664, §. 8, 9. Brem. Deichordnung Cap. 13.
Schleswig-holst. Deichregl. §. 31, 32.

53) Hambroersches Magazin 1806, Stück 49. Eibdrichordnung von 1664,
§. 8—10. Bremische D.-D. §. 1, 13. Dammert, Th. 1, S. 57.

vorüber sind, geleistet werden müssen; endlich auch wohl in Lieferung der nothwendigen Materialien, welche letzteren aber wieder ersetzt werden müssen, während die Nothhilfe sonst als solche unentgeltlich zu leisten ist⁵⁴⁾.

Die Anlegung und Erhaltung der Deiche kann auch Veranlassung geben, Abtretung des Eigenthums — wie sie im Falle der Noth von jedem Staatsbürger gefordert werden kann — zu verlangen⁵⁵⁾. Es ist dieses sowohl der Fall bei Anlegung neuer Deiche, als wenn es nach Ermessen der Deichaufsicht für zweckmäßig gefunden wird, einen durchbrochenen Deich nicht wieder auf die alte Stelle zu legen, sondern denselben weiter hinaus oder landeinwärts zu ziehen⁵⁶⁾. Es muß dabei der Eigenthümer unter Anrechnung seines eigenen Betrages entschädigt werden⁵⁷⁾. Es kann auch vorkommen, daß das Eigenthum nur auf eine Zeitlang zur Anlegung von Noth-, Thur- oder Kaldeichen, die nur eine temporäre Bestimmung haben, überlassen werden muß; die vom Deichbände zu leistende Entschädigung ist dann durch gegenseitig vorzuschlagende Laparocren auszumitteln⁵⁸⁾. Auch ist jeder zum Deichbände gehörige Landeigenthümer, da wo bei dem Deiche keine öffentlichen, zum Graben der Deicherde und zum Sodensich besonders bestimmten Plätze vorhanden sind⁵⁹⁾, verpflichtet, bei Anlage eines neuen Deiches, oder einer vom ganzen Deichbände zu beschaffenden Herstellung oder Stärkung des Deiches die dazu erforderliche Erde und Boden, welche aber immer dabei genommen werden müssen, wo es der vorzunehmenden Deicharbeit unbeschadet, dem Landeigenthümer am unschädlichsten ist, also zunächst vom Außen- deichs- oder Vorlande, gegen Entschädigung verabfolgen zu lassen⁶⁰⁾. — Verwandt mit den hier angeführten Rechtsgrundsätzen ist die Frage, ob der Grundbesitzer, dessen bisheriges Binnenland durch Zurückziehen des Deiches in Außenland verwandelt worden ist, dafür von dem Deichbände oder vom Staate Entschädigung verlangen kann? Es ist dieses der Fall, wenn die Einlage die Vermeidung größerer Kosten oder die größere Sicherheit der Unterhaltung einer gefährlichen Deichstrecke bezweckt; wo sie

54) Wie weit diese Unentgeltlichkeit etwa näher zu bestimmen und zu beschränken sein möchte, s. Dammert, Th. 2, S. 64.

55) Puffendorf, obs. T. IV. obs. 216. §. 6. Bülow und Hagemann, Erbrt. Bd. 2, S. 25. Berg, Polizeirecht, Th. 1, S. 90. Leiß, Staatsrecht, §. 197.

56) Dammert, Th. 1, S. 28.

57) L. R. Kunde, §. 121. 9. Das Land, worauf der Deich steht, ist aber wohl nicht dem angezeichneten Bande gleichzusetzen, sondern wohl mit zu dem bezeichneten zu rechnen.

58) Bülow und Hagemann a. a. D. S. 28, 29. Ganerin, vom Wasserrechte, I. 116. Dammert a. a. D.

59) Bremische D.-D. Cap. 3, §. 1-3. Ganerin, Abhandl. aus dem Wasserrechte, I. S. 147. Dammert, Th. 1, S. 9; Th. 2, S. 30.

60) Siehe darüber überhaupt Hackmann, c. 6. §. 33-157. Schleswig-holsteinisches Deichreglement §. 27. Ganerin, vom Wasserrechte, I. S. 146. Bülow und Hagemann a. a. D. Bd. 2, S. 26; Bd. 3, Nr. 1. Fischer, Commercial- und Polizeirecht, Bd. 3, S. 26. Hunrich, Art. 24. Wolters, §. 32.

aber aus Noth geschieht, da muß der Eigenthümer des Landes, dessen Versicherung nicht mehr möglich ist, den unglücklichen Zufall tragen und das Deichband als Societät haftet dafür nach gemeinem Rechtsgrundsatz nicht ⁶¹⁾. Aus Gründen der Billigkeit haben Manche indeß auch hier dem Grundeigenthümer eine Entschädigungsforderung zugesprochen ⁶²⁾.

Es gibt eine zweifache Art der Betreibung des Deichbaues. Nach der älteren, bei welcher besonders das Spatenrecht und manche der angegebenen Eigenthümlichkeiten vorkommen, ist der Deich vermessen und jedem Besitzer eines deichpflichtigen Grundstücks nach Verhältnis des auf den Deich in die Länge oder die Querschießenden Landes ein bestimmter und bezeichneter Deichantheil (Deichlabel, Deichpfand, Deichflagge) zur Unterhaltung in schaufreiem Zustande auf eigene Kosten angewiesen ⁶³⁾. Wo das Deichwesen zu einer größeren Vollkommenheit entwickelt ist, ist diese Vermessung auch auf die Stromwerke, die zur Sicherung des Deiches dienen, ausgedehnt. Man nennt diese Art der Betreibung des Deichbaues die Pfanddeichung ⁶⁴⁾. Die andere oder die Betreibung des Deichbaues in Communion, nach dem Communionsfuße, findet statt, wenn der Deichbau auf Kosten des Deichbandes betrieben, zu dem Zwecke für einen jeden oder für mehrere Deichbände eine Deichcasse errichtet wird, zu welcher jeder Deichpflichtige verhältnißmäßig beitragen muß ⁶⁵⁾. Die Natur der Deichlast wird dadurch, ob die eine oder andere Art der Betreibung stattfindet, nicht verändert, nur das Object der Leistung, welches in dem einen Falle in Diensten, in dem anderen in Geld besteht ⁶⁶⁾. Die Communionsdeichung verdient deshalb den Vorzug, weil eine gleiche Vertheilung der Deichlast, welche überall stattfinden sollte und verlangt werden kann ⁶⁷⁾, bei derselben leichter zu erreichen ist. Es ist dieses besonders von Nic. Beckmann ausgeführt worden ⁶⁸⁾. Die Vertheilung der Deichlast ist einer der schwierigsten Gegenstände der Deichgesetzgebung und Verwaltung. Man hat oft, besonders in älteren Deichordnungen, nur die Größe des durch den Deich ge-

61) L. 24. §. 3. D. de damno infecto. L. 23. D. de R. J. L. 6. C. de pignor. act. Brem. D.-D. Cap. 13, §. 6. Hackmann, VI, §. 176—179. Puffendorf, obs. IV. obs. 216. §. 5. Hunrich, Deichrecht, S. 138, 147 fig. Klein, Annalen, Bb. 4, S. 252. Bülow u. Pagemann, Erdr. III. S. 26; V. S. 267. Berg, Polizeirecht, Bb. 3, S. 107—109. Dammert, Th. 2, S. 29 fig. Runde, §. 121, Note g. Rittermaier, §. 229.

62) So bestimmen es auch einige Deichordnungen. S. bei Hackmann, VI. §. 173. Schleswig-holst. Deichregl. §. 28, 29. Bes. Hallem, de iure eliminatum eorumque indemnisatione antiquo et hodierno iuri consentanea. Hafn. 1770. Dreyer, Miscellan., S. 21.

63) Hackmann, c. 7. §. 76—86. Wolters, §. 27. Zufüge, S. 27. Dammert, Th. 1, S. 34.

64) Benzler, s. v. Deichband.

65) Hunrich, Art. 5, 8. Wolters, §. 29, 30. Runde, §. 117. Rittermaier, §. 226.

66) Dunder, Reallasten, S. 184.

67) Mevius, decia. P. VIII. dec. 230 Wolters, S. 42.

68) In seinem Entwurf einer Deichordnung in Joh. Beckmann, Beitr. zur Oekonomie und Technologie, Th. 3, S. 819.

schützen Landes zum Maßstabe genommen, während neben dieser nicht nur, wie es in anderen Deichordnungen der Fall ist, auch die Qualität des Grundbesizes in Betracht kommen müßte⁶⁹⁾, sondern auch der Grad der Gefahr, welcher bei den verschiedenen Arten von Deichbrüchen die Grundstücke ihrer Lage nach ausgesetzt sein würden⁷⁰⁾. — Wo eine solche Verteilung der Deichlast nach richtigen Principien durchgeführt werden soll, müssen dann, statt der gewöhnlichen Deichrollen oder Deichregister, in welchen die Deichkabeln, deren Unterhaltung jedem Grundstücke zukommt, so wie die Beiträge, welche bei der Communionsbeziehung geleistet werden müssen, verzeichnet sind, nach vorhergehender Nivelirung, Vermessung und Bonitirung des ganzen Deichbandsdistrictes ordentliche Deichbandcataster angelegt werden, deren Revision dann etwa von 10 zu 10 Jahren erfolgen müßte⁷¹⁾.

Der in der Rolle genannte Eigenthümer des Grundstückes, auf welchem die Deichlast haftet — der Deichhalter — wird in derselben oft der Deichherr oder Deicheigenthümer genannt, aus welcher Benennung aber kein ihm an dem Deiche besonders zustehendes Recht zu folgern ist⁷²⁾. Der Deich wird vielmehr als ein Ganzes betrachtet, so daß Niemand an Theilen desselben ein Privateigenthum hat; es gehört der Deich zu den rebus publicis⁷³⁾. Es kann ein gemeinschaftlicher Gebrauch, z. B. durch Reiten oder Fahren auf der Kappe stattfinden⁷⁴⁾, oder es können Nutzungen auch Einzelnen überlassen werden, wie z. B. die Benutzung des Graswuchses, oder indem die Erlaubniß erteilt wird, den Deich mit Bäumen zu bepflanzen, Häuser auf demselben zu erbauen⁷⁵⁾. Dabei muß aber immer die Rücksicht walten, daß dem Deiche dadurch kein Schaden zugefügt, die Erhaltung nicht erschwert, noch die Deichspflichtigkeit vermehrt wird, weshalb denn auch jede erteilte Bewilligung jeder Zeit modificirt und widerrufen werden kann. Da das Deichrecht gewissermaßen ein Nothrecht war, von der Erhaltung der Deiche das Gedeihen und selbst die Existenz des dadurch geschützten Landes abhing, so mußte auch die Anwendung und Befolgung der strengen Grundsätze über die Deichspflichtigkeit gesichert, für eine zweckmäßige Anlegung der Deiche, sobald man diese als gemeine Sache zu betrachten angefangen hatte, für eine erforderliche Aufsicht, für eine rasche Entscheidung entstandener Rechtsstreitigkeiten und für die

69) Hackmann, c. 10. §. 224—250. Hunrich, Art. 2, §. 9, 17. Heineken, §. 32.

70) Darüber Dammert, Th. 2, §. 10—19, und auch Th. 1, §. 47.

71) Ueber die Deichrollen und Cataster, sowie deren Einrichtung s. Hackmann, c. 7. §. 86—115. Hunrich, Art. 2. Wolters, §. 28. Bülow und Hagemann, Th. 6, Erört. 82. Dammert a. a. O. u. Th. 2, §. 58, 60, 81.

72) Hackmann, c. 11. §. 33—38.

73) Hackmann, c. 11. §. 1—50. Puffendorf, obs. I. n. 216. Hunrich, Art. 22—25. Wolters, §. 52—56. Woltmann, Th. 1, §. 34 fig. Kunde, §. 120.

74) Hackmann, c. 11. §. 51—77. Brem. D.-D. Cap. 11. Obenb. D.-D. von 1681, §. 4, 7, 8.

75) Hackmann, c. 11. §. 78—136.

Bestrafung der Frevel Sorge getragen werden. Die Deichbände erhielten daher eine eigenthümliche Verfassung, wie sie in anderen genossenschaftlichen, zu ähnlichen Zwecken begründeten Einigungen im Mittelalter stattzufinden pflegte. Ein gewählter Vorstand — Deichgraf — mit einem Ausschuss der Deichgenossenschaft — Deichgeschworenen — hatte die Leitung der Deichangelegenheiten. Zum Deichgrafen wurde oftmals wohl, um den Anordnungen der Genossenschaft ein größeres Ansehen zu sichern, ein durch Geburt und Grundbesitz ausgezeichnete Mann vom Ritterstande oder vom hohen Adel gewählt. Zuweilen war das Deichgrafenamnt auch in einer Familie erblich geworden⁷⁶). Jetzt wird das Deichwesen überhaupt als ein Gegenstand, dessen sich die Landesobrigkeit besonders anzunehmen hat, angesehen. Als ein Ausfluss der Landespolizeigewalt wird das Recht und die Pflicht betrachtet, dafür zu sorgen, daß die höchst nachtheiligen Folgen, welche durch Ueberschwemmungen der Meere, Seen, Flüsse und Bäche, mögen sie im Staats- oder Privateigenthum sich befinden, für das Land entstehen können, möglichst verhütet und abgewendet werden⁷⁷). Zu den Anstalten, wodurch dieses erreicht wird, gehören insbesondere die Deiche. In Beziehung auf dieselben hat die Landesobrigkeit nicht nur eine Oberaufsicht über alle Deichgenossenschaften zu üben, sondern sie kann auch die Anlegung neuer Deich- und Stromwerke und die Art der Ausführung und ferneren Erhaltung vorschreiben, ohne daß die Deichinteressenten verlangen können, darüber befragt zu werden. — Sie kann Deichbeamte anstellen, welche unter ihrer höchsten Aufsicht die Pläne zu neuen Deich- und Stromwerken entwerfen und deren Ausführung besorgen; die Unterthanen nöthigen, zum Besten der Deichgenossenschaften einen Theil ihrer Grundstücke gegen Entschädigungen abzutreten und Nothhilfe zu leisten; Deichgesetze erlassen, und die Aufsicht über deren Ausübung verbunden mit der nöthigen Gerichtsbarkeit führen.

Die Oberdeichbeamten heißen jetzt gewöhnlich Oberdeichgrafen, Oberdeichinspectoren, Deichgrafen, Deichinspectoren, Deichhauptleute u. s. w. Die Unterbeamten: Deichvoigte, Deichgeschworene, Deichälteste u. s. w.⁷⁸)

Außer der fortwährend zu übenden Aufsicht, damit die etwa entstehenden, Gefahr drohenden Schadhastigkeiten der Deiche sogleich hergestellt

76) Hackmann, c. 12. §. 86 sq.

77) Moser, von der Landeshoheit in Ansehung Erde und Wasser, Cap. XIX, S. 207. Derselbe, von der Landeshoheit in Polzeisachen, S. 365. Eist, §. 2. Berg, Polizeirecht, Bb. 3, S. 76. v. Bälou und Pagemann, prakt. Erdt. Bb. 2, S. 12 flg. Hackmann, c. 5. §. 100—103; c. 10. §. 13 sq.

78) Ueber diese Deichbeamte s. Hackmann, c. 12. §. 40 sq. Hunzrich, Art. 13, 17, 45—47. Fischer, Cameral- und Polizeirecht, Bb. 3, S. 23 flg. v. Berg, Polizeirecht, Th. 3, S. 126 flg. Dammert, Th. 1, S. 33. — Zuweilen wurde früher das Deichgrafenamnt auch zu Lehn übertragen. — Hackmann, c. 12. §. 63 sq. Auch steht wohl noch den Genossenschaften die Wahl, oder doch der Vorschlag, dem Landesherrn aber die Bestätigung zu. Hackmann, c. 12. §. 73 sq.

werden⁷⁹⁾, haben die Deichbeamten regelmäßige Revisionen der Deiche — Deichschauungen — zu halten, und zwar die Deichvorschau im Frühjahr, um den Deichhaltern die Schadhaftheiten zu bemerken und die Wiederherstellung bis zum nächsten Winter aufzugeben, die Deichnachschau im Herbst, um zu untersuchen, ob den bei der Vorschau erteilten Vorschriften und Anweisungen gehörig nachgekommen ist⁸⁰⁾. Bei der Deichschau werden auch wohl die Stromwerke und auch die herrschaftlichen und Privatbuschwerder, deren Erhaltung, durch Cultur und wirtschaftliche Benutzung, für den Deich sehr wichtig ist, revidirt⁸¹⁾. Gegen die Säumigen werden bei der Nachschau polizeimäßige Strafen, nach den darüber in den Deichordnungen enthaltenen Vorschriften⁸²⁾, oder auch nach besonderen Strafreglements, welche für einzelne Districte oder Deichbände bestehen⁸³⁾, verhängt. — Die erkannten Geldstrafen fließen da, wo regulirte Deichbände bestehen, in die Deichbandcasse, sonst in die landesherrliche Cassa, und die etwa erkannten Strafarbeitstage, welche in Spann- und Handdiensten bestehen, werden gewöhnlich bei den vorkommenden Deich- und Strombauten mit verwoandt. Die älteren Deichordnungen⁸⁴⁾ enthalten auch noch manche Vorschriften über die Beitreibung jener verhängten Geldstrafen durch Pfändung⁸⁵⁾.

Nach der Deichschau pflegten auch wohl besondere Deichgerichte unter der Leitung des Deichrathen mit dem Geschworenen und Deichrichter gehalten zu werden; außerdem pflegte dieses aber auch, so oft es die Nothwendigkeit erforderte, zu geschehen⁸⁶⁾, so daß man auch hier die gebotenen und ungebotenen Dinge, wie sonst nach alteutscher Gerichtsverfassung, unterscheiden konnte. Wo die Deichbehörden nur aus Administrativbeamten bestehen, die nicht zugleich mit der eigentlichen Gerichtsbarkeit bekleidet sind, die Rechtsstreitigkeiten also von dem ordentlichen Gerichte überhaupt, oder wenn dieses übertragen ist, entschieden werden müssen, kann besonders auch die Unterscheidung dessen wichtig werden, was zur Competenz der Administrativdeichbehörde und was zu der der Gerichte gehört. Im Allgemeinen ist anzunehmen, daß, da bei Deich- und Strombauwerken die geringste Verzögerung den größten Nachtheil für den ganzen Deichband veranlassen kann, und in den meisten Fällen nur schleunige

79) Hackmann, c. 12. §. 149 sq. Dammert, Th. 1, S. 61; Th. 2, S. 49.

80) Hackmann, c. 12. §. 152 sq. Hunrich, Art. 18, 19. Botterd, §. 61. v. Berg a. a. D. S. 128. Dammert, Th. 1, S. 60.

81) Dammert a. a. D.

82) Bestimmungen älterer Deichordnungen s. Hackmann, c. 12. §. 176—188. Bremische D.-D. von 1743, Cap. 9, 11, 16. Lüneb. Ebbeichordnung von 1664, §. 15—17, 29. D.-D. von 1748, §. 22. Lauemb. D.-D. von 1599, §. 2, 7—9, 12—15, 20—22; von 1752, §. 15—17, 23, 29, 32, 34, 36, 38—42. Dammert, Th. 1, S. 62.

83) E. v. Bülow und Hagmann, Erdt. Ab. 2, S. 36—40.

84) Hackmann, c. 12. §. 188—222.

85) Ueber dieselbe, als das gewöhnliche Executionsmittel, auch Brem. D.-D. Cap. 9. Hunrich, 52, 93, 98. Kunde, §. 122, Note d.

86) Hackmann, c. 17. §. 2—4.

und ungesäumte Hilfe rettet („bleweil das Gewässer, Wetter und Wind auf Niemand wartet“), die Befolgung der von der Deichbehörde erlassenen Verfügungen nicht durch Beschreitung des Weges Rechtens aufgehalten werden kann. Es kann nur ein Recurs an die Landesregierung, welcher die Oberaufsicht zusteht, stattfinden, und ein solcher Recurs auch dann nur Suspensiveffect haben, wenn nicht Gefahr beim Verzuge vorhanden ist⁸⁷⁾. Die Deichbehörde kann im Fall der Renitenz eines aufgefordernten Deichinteressenten, die von demselben zu leistende Arbeit für baares Geld verrichten und die Kosten von demselben allenfalls executive betreiben lassen⁸⁸⁾. Als Administrativ-, nicht als Justizsache ist auch jede Streitigkeit anzusehen, wobei es sich um die Frage handelt, ob eine vorgeschriebene Deicharbeit oder andere zur Sicherung des Deiches und eingedeichten Landes getroffene Verfügung nothwendig und zweckmäßig sei⁸⁹⁾. Den Weg Rechtens kann aber nach vollbrachter Deich- oder Stromarbeit, nachdem der Anordnung der Deichbehörde Folge geleistet worden, der einzelne Interessent betreten, wenn er glaubt, Ansprüche auf Entschädigung machen zu können, namentlich wenn ihm Leistungen zugemuthet worden, die ein Anderer hätte übernehmen sollen. Doch ist in solchem Falle der, welcher die Entschädigung zu leisten hat, nicht die Deichbehörde in Anspruch zu nehmen. Es müssen solche Streitigkeiten, als *causae celerrimae expeditionis*, nach den meisten Prozessordnungen summarisch behandelt und möglichst bald beendigt werden⁹⁰⁾.

Die Rücksicht auf die Beförderung des Deichbaues und der Erhaltung der Deiche hat auch gewisse Vorrechte, welche das Deichwesen genießt, hervorgerufen. Dahin gehört: 1) daß bei einem Concourse über das Vermögen des Deichpflichtigen, nicht nur die Kosten des Deichbaues selbst, sondern oft auch Alles, was dazu an baarem Gelde, Materialien und Arbeitslohn creditirt worden, mehr oder weniger privilegiert ist⁹¹⁾; es kann dabei auch das jüngere Darlehn ausnahmsweise vor dem älteren alsdann den Vorzug haben, wenn ohne jenes dieses würde eingebüßt worden sein⁹²⁾. 2) Es dürfen die zur Deicharbeit erforderlichen Pferde, Geräthschaften und Materialien während der Deicharbeit wegen Privatschulden gar nicht, sonst aber nur dann zum Gegenstande der Execution genommen werden, wenn der Deichpflichtige überall kein weiteres bewegliches und unbewegliches

87) Wie es auch bei Appellationen von Unter- an Oberdeichgerichte der Fall ist. S. Hackmann, c. 17. §. 39—48. Runde, §. 123 a. G.

88) Brem. D.-D. Cap. 9, §. 2, 5—10. Elbdeichordn. von 1664, §. 23. Schleswig-holst. Deichreglement §. 24. Struben, rechtl. Feb. V. S. 26. Berg, Polizeirecht, Th. 1, S. 150, Th. 3, S. 91. Dammert, Th. 1, S. 39, Th. 2, S. 53.

89) Dammert a. a. D.

90) Hackmann, c. 18. §. 30—38. v. Bülow und Hagemann, Erdr. Bb. 2, N. 1, §. 1, 4. v. Berg a. a. D. Dammert, Th. 1, S. 40.

91) Bremische D.-D. Cap. 14. Lüneb. Elbdeichordn. von 1664, §. 25. Hackmann, c. 16. §. 21—51. Wolters, §. 62. Funrich, Art. 9. Dammert, Th. 1, S. 41. S. aber auch Rittermaier, §. 228 a. G.

92) Den Inhalt einer ungedruckten Abhandlung über diesen Gegenstand theilt Dreyer, Misc. S. 33 u. 36 mit. Runde, §. 122, Note e.

ches Vermögen besitzt⁹³). Hierher gehört endlich auch 3) der besondere Deichfriede⁹⁴). Derselbe wird schon in alten Kuren der Friesen neben den Kirchen-, Ding-, Heerfrieden u. s. w. erwähnt⁹⁵). Eine Folge dieses höheren Friedens war . . . , daß alle Mißthaten, die auf dem Deiche an Jemand begangen wurden, härter als sonst bestraft wurden, womit man wohl bezwecken wollte, daß die auf und an dem Deiche mit Arbeit für denselben beschäftigt waren, dabei einer vollkommenen Sicherheit genießen und die Furcht vor Gewaltthätigkeit Niemand von der Deicharbeit zurückhalten sollte⁹⁶). Bestimmungen, die diesen besonderen Schutz der Deicharbeit betreffen, finden sich dann auch in manchen Deichordnungen⁹⁷). Es werden daher auch wohl noch Vergehen gegen Deichbeamte härter bestraft⁹⁸). Der höhere Frieden kam dann aber auch dem Deiche selbst zu, so daß die Zerstörung von Deichen und selbst die Beschädigung an denselben mit sehr harten Strafen belegt war⁹⁹). Nach der Bestimmung einiger älteren Deichordnungen sollte, wer Deiche durchsicht, an den Deich gepfählt werden¹⁰⁰); jezt muß, wo nicht noch anwendbare particulare Normen sich finden, auf die Grundsätze, welche über das Verursachen einer Ueberschwemmung aufgestellt zu werden pflegen, zurückgegangen werden¹⁰¹). Auch der Diebstahl und die Beschädigung von Materialien zum Deichbau pflegten vermöge des Deichfriedens wohl schwerer, und selbst mit Leibes- und Lebensstrafen geahndet zu werden¹⁰²).

Sielen und Schleusen¹⁰³) sollen dazu dienen, das Wasser, welches sich innerhalb des Deiches sammelt, durch Schnee und Regen oder auch wohl durch Zuflüsse aus höheren Gegenden, abzuführen. Mit den Sielen stehen Canäle, Gräben und manche andere, zur Abwässerung einer Gegend erforderliche Anstalten in Verbindung¹⁰⁴). Die Anlage

93) Bremische D. D. Cap. 15, §. 2. Elbdeichordnung von 1664, §. 30. Hackmann, c. 16. §. 52—54. Hunrich, Art. 37. Wolters, §. 31. Dammert, Th. 1, S. 41. Kunde, §. 122.

94) Bremische D. D. Cap. 15, §. 1. Elbdeichordnung von 1664, §. 29. Hackmann, c. 16. §. 3—20. Puffendorf, obs. Vol. II. obs. 190. Kunde, §. 123.

95) S. die 12. der 17 Volkstüren im Asegabuch von Biarda, S. 18.

96) Im Asegabuch, 7. Abschnitt, §. 10, heißt es daher auch: Wenn ein Aufringer zu dem Deiche kommt, hat er eben so großen Frieden auf dem Deich, als auf dem seßellosen Werfe und dem geweihten Kirchhof.

97) Bremische D. D. Cap. 15, §. 1. Hackmann, c. 16. §. 14—20. Hunrich, Art. 36.

98) Brem. D. D. Cap. 9, §. 6, Cap. 17, §. 4. Oldenb. D. D. v. 1681, Art. 57. Wolters, §. 37. Kunde, §. 120, Note c.

99) S. Hackmann, c. 18: De poena rumpentis vel violantis aggerum.

100) Ragdeburg. D. D. von 1665, Cap. 5. Hackmann l. c. §. 17. Drever a. a. D. S. 37.

101) Zittmann, Handbuch der Strafrechtsw., §. 530, 531. Henke, Handb. III. S. 629.

102) Hackmann, c. 6. §. 184—192.

103) S. überhaupt Hackmann, c. 14: De adjunctis et pertinentiis aggerum in specie claustris et omissariis. Brem. D. D. Cap. 17.

104) Kunde, §. 119 b.

und Unterhaltung der Siele kann Sache des ganzen Deichbandes sein, wenn sie entweder direct oder indirect denselben Zweck erreichen sollen, um dessentwillen die Deich- und Stromwerke angelegt werden, oder wenn sie die Abwässerung des ganzen Deichdistrictes gleichmäßig bezwecken¹⁰⁵). Da gewöhnlich die Siele aber nur zur Entwässerung eines Theiles des Deichdistrictes, in welchem sich besonders der niedrigen Lage wegen das Wasser zu sammeln pflegt, dienen und mit dem Deichbau nicht selbst in einer Beziehung stehen, so müssen sie auch von denen, zu deren Nutzen sie dienen, erhalten werden. Diese bilden dann unter sich ein Sielband oder Sielacht¹⁰⁶), so daß ein Deichband wohl mehrere Sielbände umfassen kann. Jeder Landbesitzer, dessen Land in einer solchen Sielacht liegt und an der Entwässerung Theil nimmt, muß derselben beitreten und zu den Kosten, welche die Unterhaltung der Siele verursacht, beitragen¹⁰⁷). Wo nicht durch Vertrag oder Herkommen die Quote bestimmt ist, sind die Beiträge nach Verhältnis der Größe der Ländereien, welche durch die Siele abgewässert werden, zu leisten¹⁰⁸). Es kommen hier überhaupt im Wesentlichen die Grundsätze des Deichrechtes zur Anwendung¹⁰⁹), sowie auch die Siele jetzt unter der besonderen Aufsicht des Staates stehen, und diese von den Deichbeamten ausgeübt zu werden pflegt¹¹⁰), theils weil die Siele oft mit den Deichen in näherer Verbindung stehen, theils weil die erforderlichen technischen Kenntnisse bei Jenen vorausgesetzt werden dürfen¹¹¹). *Wwa.*

Delegatio. Die Worte *delegare, delegatio* ¹⁾ werden in der Kunstsprache der römischen Juristen in einem weiteren und in einem engeren Sinne gebraucht. Im weiteren versteht man darunter jeden Auftrag des Schuldners an eine dritte Person, welcher dahin lautet, seinem Gläubiger oder demjenigen, welchen dieser substituiren will, eine bestimmte Geldsumme zu zahlen oder mit demselben ein

105) Dammert, Th. 1, S. 64; Th. 2, S. 90.

106) Brem. D.-D. Cap. 17, §. 6. Benzler, Wörterb. u. d. W. Sielacht. Hunrich, Art. 41.

107) Hackmann, c. 14. §. 51—70. Hunrich, Art. 48, 50. Martens, über die Schuldbigkeit der Geesten und Moore, welche entwässert und zur Cultur gebracht werden, zu den Schleusen- und Sielkosten beizutragen. Im hannov. Magazin, 1791, St. 58. Staatsbürgerl. Magazin Bd. 3, S. 284.

108) Dammert, Th. 1, S. 65.

109) Brem. D.-D. Cap. 17, §. 1. Hunrich, Art. 41, 50. Bolter, §. 68. Kunde, §. 114b, 119b.

110) Früher kamen auch besondere Sielrichter, Sielgeschworene u. s. w. vor. S. Hackmann, §. 72—99.

111) Dammert, Th. 1, S. 65; Th. 2, S. 92.

1) Literatur: Brissonius, de solutionibus et liberationibus lib. II. p. 173—177. Pothier, Pandectae Iustinianae lib. XLVI. tit. 2. sectio 2. tom. III. p. 261—263. Gesterding, Beitrag zur Lehre von der Delegation; im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 2, S. 227—234. Heise und Grop, juristische Abhandlungen, Bd. 2, Nr. XIII, S. 351 fg. Kellner, über Litiscontestation und Urtheil, S. 90—92. Wählenbruch, die Lehre von der Gession der Forderungsrechte (3. Ausg.), S. 35, Note 64, u. S. 225 fg. Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen, §. 15, S. 243—274.

solches Obligationsverhältniß einzugehen, aus welchem die Verbindlichkeit entspringt das, was der Auftraggeber schuldet, an dessen Statt, aber im eigenen Namen zu bezahlen. In dieser Bedeutung umfaßt der Begriff auch das sogenannte *mandatum de solvendo et accipiendo*, d. h. den Auftrag des Schuldners an einen Dritten, dem Gläubiger des Mandanten Zahlung derselben zu leisten, was der Mandant an demselben schuldet und an seinen Gläubiger, Zahlung an seiner Statt vom assignirten Dritten anzunehmen²⁾. In der engeren Bedeutung, welche in den von der Delegation insbesondere handelnden Titeln der Justinianischen Pandekten und des Justinianischen Codex vorausgesetzt wird, versteht man unter dem genannten Begriffe die Ueberweisung einer Person an einen Dritten oder dessen Substitution, damit der Ueberwiesene dem Dritten anstatt des Ueberweisenden sich verpflichte³⁾. Wer die Ueberweisung vornimmt, heißt in der Kunstsprache der neueren Juristen *delegans* (Delegant); wer in Folge derselben sich dem Dritten obligiren soll, heißt *delegatus* (Delegat), manchmal auch *debitor delegatus*; endlich der Dritte, dem sich der Delegat statt des Deleganten obligirt, *delegatarius* (Delegatar). Erfordert wird zur Delegation nicht sowohl, daß der Delegant Schuldner des Delegatars sei (denn, wenn schon gewöhnlich die Delegation zur Befreiung von einer Schuld vorgenommen, und der Delegatar deshalb in den Gesetzen fast immer *creditor* genannt wird, so kann dieß doch nicht als zum Wesen der Delegation gehörig angesehen werden, da man ja delegiren kann, um dem Delegatar eine Liberalität zu erweisen⁴⁾; eben so wenig gehört es zum Wesen der Delegation, daß der Delegat Schuldner des Deleganten sei, da man ja auch Nichtschuldner mit voller Wirkung delegiren⁵⁾ und eine Delegation vom Deleganten auch in der Absicht angenommen werden kann, um dem Deleganten eine Liberalität zu erweisen⁶⁾; es liegt außer dem Wesen der Delegation, daß dadurch stets eine Novation⁷⁾ entstehe oder mit an-

2) L. 21. D. de novat. et deleg. (46. 2.) L. 7. C. de novat. et deleg. (8. 42.) L. 2. C. de communium rerum alion. (4. 52.) Vergl. Cuiacii, paratitula in tit. Cod. de novationibus et delegationibus, und Reyerfeld, von der Schenkung, Th. 2, S. 242, Note a.

3) So ist die Legaldefinition zu verstehen von Ulpianus lib. 27. ad edictum. *Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit*, in L. 11. pr. D. de novationibus et delegationibus. (46. 2.) L. 10. §. 6. D. mandati. (17. 1.) Vergl. Cropp, juristische Abhandlungen, Bd. 2, S. 351, und Mühlensbruch, die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, S. 225, Note 427 (ed. 3). — In den gewöhnlichen Handbüchern bestimmt man den Begriff der Delegation viel zu eng als die Handlung, wodurch der Schuldner einen anderen Schuldner mit dessen und des Gläubigers Einwilligung an seine Stelle setzt.

4) L. 2. §. 1. D. de donat. (39. 5.) L. 33. §. 3. D. ibid. L. 7. pr. D. de doli mali exc. (44. 4.) Vergl. Reyerfeld, die Lehre von den Schenkungen, Th. 1, S. 243—247.

5) L. 13. D. 46. 2. L. 8. §. 4 u. 6. D. ad SC. Velleianum. (16. 1.) Vgl. Cropp a. a. D. Th. 2, S. 225.

6) L. 33. D. 46. 2. L. 21. pr. D. 39. 5. L. 6. §. 5. D. 44. 4. L. 41. pr. D. de re iud. (42. 1.) L. 83. §. 3. D. 39. 5. Vgl. Reyerfeld a. a. D. Th. 1, S. 278.

7) Anderer Meinung ist Brissonius, de solutionibus et liberationibus lib. 2. p. 176, welcher in jeder Delegation eine Novation erblickt.

deren Worten, daß durch die neue aus der Delegation entstehende Verbindlichkeit eine alte Obligation ganz und gar aufgehoben werde; denn, wenn es schon in den meisten Fällen vorgekommen sein mag, daß eine Novation die Begleiterin von der Delegation war, so beschränkte sich dieß doch offenbar nur auf die Fälle, in welchen zwischen dem Deleganten und dem Delegatar oder dem Deleganten und dem Delegaten ein Obligationsverhältniß bestand; für die übrigen, wo gar keine Obligation vorlag, z. B. wenn schenkungshaber delegirt ward, verstand es sich von selbst, daß auch von einer Novation nicht die Rede sein konnte⁸⁾. Die wahren Erfordernisse der Delegation sind folgende: 1) Es müssen wenigstens mehr denn zwei Personen bei diesem Geschäfte theilhaftig sein. Die einfachste Form der Delegation verlangt nur drei Personen, was man aus folgendem Falle am deutlichsten ersehen kann. Titius schuldet dem Seius 100 Thlr. und delegirt ihm seinen Schuldner, Satus, damit dieser durch Stipulation dem Seius sich verbindlich mache, diese Summe an denselben zu bezahlen. Allein in zusammengesetzten Delegationen werden manchmal vier, manchmal noch mehr Personen nöthig. Denn nicht allein von Seiten des Gläubigers, der durch die Delegation gedeckt werden soll, kann ein Substitut angenommen werden, welcher anstatt seiner sich vom Delegaten die fragliche Summe versprechen läßt⁹⁾, sondern auch von Seiten des Deleganten kann der Auftrag zur Delegation anstatt an seinen Schuldner, vielmehr an den Schuldner des Letzteren, natürlich unter dessen Einwilligung gerichtet werden¹⁰⁾. 2) Es müssen die theilhaftigen Personen alle zum vorzunehmenden Geschäfte einwilligen. Für den Delegans ergibt sich dieses schon daraus, daß die ganze, zwischen dem Delegatus und Delegatar vorzunehmende Handlung an die Autorisation des Deleganten gebunden ist, und gerade diese Autorisation ist es, welche in den römischen Rechtsquellen bald mit dem Kunstausdruck *iussus*, bald mit *mandatum* bezeichnet wird¹¹⁾, wobei es indefs nicht sowohl auf die Wortformel, als vielmehr auf das Personenverhältniß ankommt. Ja auch von einem *ratum habere* ist in Bezug auf den Delegans die Rede und dieß hat dann gleiche Wirkung mit dem *Mandatum*¹²⁾. Daß es ferner auch der Einwilligung des Delegatars bedürfe, ergibt sich schon aus dem Umstande, daß derselbe mit dem Delegaten ein neues Geschäft abschließt, und wird auch durch ausdrückliche Zeugnisse erhärtet¹³⁾. Was endlich den Delegatus angeht, so kommen wir auch in Rücksicht seiner fast aus den nämlichen Gründen zu dem gleichen Resultate; denn auch er schließt mit dem Delegatar ein Rechtsgeschäft ab, wozu

8) Vgl. Meyerfeld a. a. D. Th. 1, S. 245.

9) L. 11. pr. D. 46. 2. L. 10. §. 6. D. 17. 1. L. 5. D. 16. 1. L. 24. pr. D. ibid. L. 18. §. 1. D. de mortua causa donat. (39. 6.) Vergl. Meyerfeld a. a. D. Th. 1, S. 276.

10) L. 2. C. ad SC. Velleianum. (4. 29.)

11) Vgl. die Stellen bei Meyerfeld a. a. D. Th. 1, S. 243.

12) L. 22. D. 46. 2. Vgl. Meyerfeld a. a. D. Th. 1, S. 243.

13) L. 4. §. 3. D. de re iudicata. (42. 1.) L. 6. §. 1. D. quibus modis pignus. (20. 6.) Vgl. Meyerfeld a. a. D. Th. 1, S. 250, Note g.

er doch nicht gezwungen werden kann, und außerdem bezugen eine Reihe von Stellen, daß Niemand gegen seinen ausdrücklich erklärten Willen an einen Anderen delegirt werden könne¹⁴⁾. Auch in den Fällen, wo vier oder mehrere Personen bei der Delegation theilhaftig sind, müssen sämtliche Interessenten ausdrücklich einwilligen. Gangen wir zunächst bei dem Falle an, wenn von der Seite des alten Gläubigers, d. h. des eigentlichen Delegatars, eine Substitut vorkommt, so ist es aus Stellen der classischen Juristen gewiß, daß ein solcher Substitut nur auf ausdrückliche Erklärung des eigentlichen Delegatars in den Delegationsverus eintreten könne¹⁵⁾. Und in Betreff des andern Falles, wenn der Schuldner des Schuldners des Delegans delegirt wird, ergibt sich dasselbe Resultat aus einer Constitution Caracalla's¹⁶⁾. 3) Der Delegatar und Delegatus müssen unter einander ein Geschäft eingehen, wodurch der Letztere dem Erstern anstatt des Deleganten sich verpflichtet, und dieß Geschäft gerade ist so wesentlich bei der Delegation, daß davon die ganze Bedeutung und rechtliche Wirksamkeit der Delegation abhängt¹⁷⁾.

Ihrem Wesen nach besteht die Delegation, wie sich bereits aus dem Obesagten hinreichend ergibt, aus einer förmlichen Handlung zwischen dem Delegatar und Delegaten, d. h. dem zwischen diesen Personen abzuschließenden Rechtsgeschäfte, und aus der an keine Form gebundenen Autorisation dazu von Seiten des Deleganten. Da nun diese die einzige dabei vorkommende persönliche Handlung des Letztern ist, so hat es gar nichts Auffallendes, wenn in dem vulgären Sprachgebrauch der classischen Juristen der Ausdruck delegare nur auf diese allein bezogen wird¹⁸⁾. Daß diese Autorisation in der That an keine Form gebunden sei, ergibt sich theils daraus, daß sie mündlich und schriftlich, ja sogar durch Winke erteilt werden kann, theils daraus, daß sie auch dem zwischen dem Delegatar und Delegirten abgeschlossenen förmlichen Geschäfte in der Form der Ratihabition nachgebracht werden kann¹⁹⁾. — Der andere Bestandtheil der Delegation, d. h. die zwischen dem Delegatar und Delegaten vorzunehmende förmliche Handlung stellte sich zur Zeit der classischen Juristen in dreifacher Gestaltung dar, entweder als Stipulation oder als Expensilation oder als Litiscontestatio. Die Stipulationsform scheint am häufigsten vorgekommen zu sein, daher sie vorzugsweise in den betreffenden Titeln der Justinianischen Pandekten und des Codex

14) L. 1. C. 8. 42. L. 6. C. ibid. Eine Anwendung dieses Principis enthält L. 82. D. de iure dotium. (23. 3.)

15) L. 11. D. 46. 2: Vel cui iusserit. L. 10. §. 6. D. 17. 1: Delegat mihi vel si cui alii voluero.

16) L. 2. C. 4. 29: Vel ab eo (creditore suo) se vel debitorem suum delegari passa est.

17) L. 1. C. 8. 42. erwähnt nur gerade die Stipulation, als die gewöhnlichste Form für das genannte Geschäft. Vergl. Gesterding, Beitrag zu der Lehre von der Delegation, §. 3; im Archiv für civil. Praxis, Bd. 2, S. 229.

18) L. 17. D. 46. 2. Vergl. Keller, über Litiscontestatio und Urtheil nach classischem römischen Rechte, S. 91, Note 6.

19) L. 22. D. 46. 2.

genannt wird²⁰⁾; auch kommt sie bei der Delegation im Gegensatze der *nomini venditio* in einer Constitution Alexander's so vor, als ob sie die einzige damals vorkommende Delegationsform gewesen wäre²¹⁾, und von dem Standpunkte des Justinianischen Rechtes aus, wo die *litterarum obligatio* längst abgekommen war, läßt sich nicht mit Unrecht behaupten, daß die an nur Einer Stelle der Justinianischen Rechtsbücher²²⁾ vorkommende Delegation durch *litiscontestatio* in diesen Zeiten nur selten neben der Stipulationsform stattgefunden haben möge. Sonst hat die hier vorkommende Stipulation nichts vor den anderen Stipulationen voraus. Als Stipulator erscheint der Delegatar; als Promissor der Delegat. — Daß auch die *Expensilatio* zur Perfection der Delegation angewendet worden ist, haben wir zuerst aus den Institutionen des Cajus erfahren²³⁾. Dieser Schriftsteller setzt die Eigenthümlichkeit der alten *litterarum obligatio* in die *nomina transcripticia*, welche mit den von jedem Hausvater zu führenden Hausbüchern über Ausgabe und Einnahme zusammenhängen. Von diesen bemerkt nun derselbe Schriftsteller weiter, daß die *transcriptio* bald *a re* in *personam*, bald *a persona* in *personam* geschehen könne. Jenes sei der Fall, wenn ich das, was mir Jemand aus einem Kaufe oder aus einer Miete oder aus einem Gesellschaftsvertrage schuldet, als an ihn veräußerte in den Hausbüchern bemerke²⁴⁾. Dieses hingegen treffe dann zu, wenn mein Schuldner Titius der Bezahlung halber eine dritte Person mir delegirt, und ich den Betrag meiner Forderung an Titius als an den Delegirten veräußerte in meine Hausbücher eintrage. Im Justinianischen Rechte, wo die alten *nomina transcripticia* nicht mehr vorkommen²⁵⁾, ist natürlich auch die hier erörterte Form der Delegation abgekommen. — Daß auch durch *litiscontestatio* eine Delegation perfectet werden könne, sagt uns nur Ulpian²⁶⁾, und weiter ist davon weder in den Justinianischen Rechtsbüchern noch in den Fragmenten des vorjustinianischen Rechtes die Rede. Nach der Erklärung Keller's²⁷⁾ bestand diese Delegationsform darin, daß in Folge eines vorausgehenden Auftrages des Gläubigers zwischen dem Schuldner als Delegaten und einem Dritten als Delegatar eine *litiscontestatio* erfolgte, welche alsdann vermöge ihrer Natur die alte Obligation zwischen Gläubiger und Schuldner aufgehoben und die neue *obligatio litis contestatae* zwischen dem Delegatar und Delegaten an deren Stelle gesetzt habe, mit Ausnahme der *iudicia, quae imperio*

20) L. 11. §. 1. 19. 22. 27. 33. D. *ibid.* L. 1. 3. 5. 7. C. 8. 42. — *vgl.* L. 32. D. *de R. C.* (12. 1.) L. 19. §. 3. D. *de instit. act.* (14. 3.) L. 59. pr. D. 28. 3. etc.

21) L. 1. C. 8. 42.

22) L. 11. §. 1. D. 46. 2.

23) *Cajus inst.* III. §. 130: *A persona in personam transcriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulerō, id est, si Titius te delegaverit mihi.*

24) *Cajus inst.* III. §. 128. 129.

25) *Tit. inst. de litterarum obligationibus.* (3. 22.)

26) L. 11. §. 1. D. 46. 2.

27) Ueber *litiscontestatio* und Urtheil, S. 90, Note 5 u. 6.

continentur, da bei diesen die Novation gefehlt habe. Dann sei der Delegatar der cognitor in rem suam des Deleganten geworden, und die Formula habe nach Anleitung von C a j u s²⁸⁾ so lauten müssen: si paret Maevium Seio centum dare oportere, Maevium Titio centum condemnno. Derselbe Zweck habe indeß auch dadurch erreicht werden können, daß der Delegatar den Deleganten von Anfang an belangt, dieser aber den Delegaten zum cognitor bestellt habe. Auch M ü h l e n b r u c h²⁹⁾ ist der Meinung, daß durch jede Litiscontestatio mit einem Anderen als dem ursprünglichen Gläubiger oder Schuldner das Obligationsverhältniß zwischen diesem und dem Gegner im Prozesse aufgehört habe, wenigstens in allen Fällen, wobei jener nicht bloß als bevollmächtigter Geschäftsführer handelte³⁰⁾, doch behauptet er zugleich, daß hierauf der Unterschied zwischen legitima iudicia und quae imperio continentur praktisch ohne allen Einfluß gewesen sei. Im Justinianischen Rechte, wo aller und jeder Unterschied zwischen den angeführten iudicia verschwunden ist, scheint es, daß diese Delegationsform durch die Bestellung des Delegatars zum procurator in rem suam des Deleganten oder durch die Bestellung des Delegaten zum Defensor des Deleganten verwirklicht worden sei³¹⁾.

Frägt man nach dem geschichtlichen Ursprunge der Delegation, so scheint es, als ob sie zunächst als Tilgungsmittel von Obligationen, welche zwischen dem Delegatar und Deleganten bestehen, in Anwendung gekommen. Daraus deutet nicht allein die Verbindung der Lehre mit den Novationen in den Justinianischen Pandekten³²⁾ und im Justinianischen Coder³³⁾, sondern auch die fast überall im Sprachgebrauch der classischen Juristen wiederkehrende Bezeichnung des Delegatars durch creditor³⁴⁾. Nachdem scheint es aufgekommen zu sein, außenstehende Forderungen, die man doch nicht durch Tradition an Andere übertragen konnte³⁵⁾, auf dem Wege der Delegation Anderen zu überlassen³⁶⁾. Beispiele dieser Art kommen nicht allein bei Schenkungen³⁷⁾, sondern auch bei der Bestellung eines Heurathsgutes³⁸⁾ u. s. w. vor. Eine spätere Anwendung der De-

28) Inst. comm. IV. §. 86.

29) X. o. D. §. 36, Note 54.

30) L. 3. C. 8. 42. L. 10. §. 1. D. de in rem verso. (15. 3.) L. 74. §. 2. D. de iudiciis et ubi. (5. 1.) L. 2. §. 5. D. ad SC. Vellei. (16. 1.) L. 23. D. de solutionibus. (46. 3.)

31) Vergl. L. 29. D. 46. 2. mit den in der vorigen Note angezogenen

Strichen.

32) Tit. D. de novationibus et delegationibus. (46. 2.)

33) Tit. C. de novationibus et delegationibus. (8. 42.)

34) L. 11. pr. D. 46. 2. L. 12. L. 13. L. 19. L. 33. D. ibid. L. 3. u. 6. C. 8. 42. L. 5. §. 5. D. de doli mali et metus exc. (44. 4.) L. 21. D. de donationibus. (39. 5.)

35) Caus inst. II. §. 28.

36) Caus inst. II. 38. 39. Fr. Vat. 260.

37) Fr. Vat. §. 263. L. 89. D. de donat. inter V. et U. (24. 1.) L. 11. C. de donationibus. (8. 54.)

38) L. 2. C. de obligat. et actionibus. (4. 10.) Vgl. Saffé, das Gatterrecht der Ehegatten nach römischem Rechte, §. 255.

legation scheint es gewesen zu sein, wenn man sie benutzte, um Darlehensobligationen einzugehen. Es geschah dies in folgender Weise. Der künftige Gläubiger ließ, anstatt selbst den Betrag des Darlehns an den künftigen Schuldner zu zahlen, den Letzteren mit einem seiner (des Gläubigers) Schuldner eine Stipulation über den Betrag des Darlehns eingehen, und dies war zu den Zeiten der classischen Juristen eine sehr gewöhnliche Art ein Darlehn abzuschließen³⁹⁾. Daß man endlich dem Delegaten⁴⁰⁾ erlaubte, durch die Delegation eine Schenkung an den Deleganten zu machen, und dem Deleganten zugestand, unter gleicher Form dem Delegatar zu schenken⁴¹⁾, das sind wohl erst spätere Anwendungen der Delegation.

Was die Wirkungen der Delegation anbelangt, so werden sich dieselben am besten theils in Beziehung auf den Deleganten und sein Verhältniß zum Delegaten oder Delegatar, theils in Bezug auf das zwischen dem Delegaten und Delegatar neu entstehende Obligationsverhältniß detailliren lassen. Was nun zunächst den Deleganten anbetriefft, so äußert die Delegation in der Regel nur dann Wirkung auf ihn, wenn sie beschaffen ist, um ein zwischen ihm und dem Delegatar oder Delegaten bestehendes Obligationsverhältniß aufzulösen. In diesem Falle wird die alte Obligation zweifelsohne durch die neue, welche zwischen dem Delegaten und dem Delegatar entsteht, ganz aufgelöst, sofern nur die übrigen Erfordernisse der Novation zutreffen⁴²⁾. Denn die Delegation vertritt nach einer in den römischen Rechtsquellen allgemein verbreiteten Ansicht die Stelle der Zahlung⁴³⁾ nicht allein in Bezug auf die zwischen dem Delegatar und Deleganten bestehende Obligation, sondern auch in Bezug auf diejenige, welche zwischen dem Delegaten und Deleganten besteht, und wirkt in Betreff derselben die Liberation selbst dann, wenn der delegirte Schuldner nicht zahlungsfähig ist⁴⁴⁾. Ob aber zu dieser Aufhebung der alten Verbindlichkeit nach Justinianischem Rechte erforderlich sei, daß der animus novandi ausdrücklich erklärt werde, ist streitig. Denn wenn schon die älteren Rechtslehrer⁴⁵⁾ die Nothwendigkeit dieser Erklärung deshalb in Abrede stellen, weil, wenn der Schuldner eines Anderen dem Gläubiger substituirt, der animus novandi nicht zweifelhaft sein könne, so spricht doch gegen diese Ansicht Justinian's eigene Constitu-

39) L. 9. §. 8. D. de R. C. (12. 1.) L. 32. D. ibid.

40) L. 33. D. 46. 2. L. 21. pr. D. 39. 5. etc.

41) L. 2. §. 1. D. 39. 5. L. 33. §. 3. D. ibid. etc.

42) L. 8. §. 3. D. ad SC. Velleianum. (16. 1.) L. 187. D. de V. S. (50. 16.) L. 18. D. de fideiuss. et mandat. (46. 1.) L. 26. §. 2. D. mandati. (17. 1.) L. 31. §. 1. D. 46. 2.

43) L. 8. §. 3. D. 16. 1. L. 8. §. 5. D. ibid. L. 18. D. 46. 1. L. 37. §. 4. D. de operis libertorum. (38. 1.) L. 31. §. 1. D. 46. 2.

44) L. 31. §. 1. D. 46. 2. L. 26. §. 2. D. 17. 1. L. 3. C. 8. 42. Vgl. Reyerfeld, die Lehre von den Schenkungen, Th. 1, S. 248.

45) Fachineus, controvers. lib. 2. cap. 54. Perez, ad tit. Cod. de novationibus nr. 12. Vinnius, ad §. 3. J. quibus modis oblig. toll. nr. 7. Huberus proel. in J. p. 352.

sich⁴⁶⁾, in welcher verordnet wird, daß der Wille, eine Novation vorzunehmen, immer ausdrücklich erklärt sein müsse, wenn nicht die vorige Verbindlichkeit fortbauern und die neuere als Anhang hinzutreten solle. Dessen nicht zu gedenken, daß man an einer Institutionenstelle, welche diesen Satz in Bezug auf die Constitution wiederholt, und gleich vorher die Novation und Delegation kurz erläutert, doch füglich eine Bemerkung darüber erwarten müßte, daß dieser Satz auf die Delegationen nicht anwendbar sei, wenn es wirklich die Absicht des Kaisers gewesen wäre, ihn auf die einfachen Novationen zu beschränken. Liegt keine Obligation zwischen dem Deleganten und dem Delegaten vor, so kann natürlich von einer Novation nicht weiter die Rede sein, aber weil in Folge der Delegation der Delegatar etwas ausgibt, was er sonst nicht auszugeben brauchte, so kann der Letztere gegen den Deleganten mit der *condiction* seinen Regress nehmen, sofern er nur nicht Schenkung halber *expromittit* hat⁴⁷⁾. Als Schenker wird aber nicht allein derjenige angesehen, welcher seine Absicht mit klaren, un zweideutigen Worten erklärt, sondern auch der, welcher dem Deleganten in der That schuldete und gegen dessen Klage die *doli mali exceptio* hätte brauchen können, falls er wesentlich *expromittit*⁴⁸⁾. — Was aber femer die Verhältnisse angeht, welche zwischen dem Delegatar und dem Delegaten aus der Delegation entstehen, so steht nicht zu bezweifeln, daß zwischen den genannten Personen eine ganz neue Obligation begründet wird⁴⁹⁾, gleichviel auf welche Weise die Delegation herbeigeführt wird, ob auf dem Wege der *Stipulation*, der *Expensilation* oder der *Litiscontestatio*; denn selbst im letzten Falle, wo der alte Rechtsstoff materiell un geändert blieb, — es war ja immer die Forderung des Mandanten, welche hier geltend gemacht wurde, nur von einem anderen Subjecte und mit neu hinzutretenden Wirkungen und Eigenschaften⁵⁰⁾, — entstand doch wenigstens formell eine neue Obligation, die *obligatio litis contestatae*, an der Stelle des in *ius* deducirten Klageredes. Diese neue Obligation, welche durch die Delegation begründet wird, ist völlig selbstständig, und von der alten novirten Verbindlichkeit ganz und gar unabhängig. Dieß ergibt sich nicht allein daraus, daß sie gerade durch ihr Entstehen die ältere Obligation aufhebt, und wenn sie von einer *Suspensivbedingung* abhängig gemacht worden ist, die erste wenigstens für so lange unwirksam macht, als noch Hoffnung da ist, daß die *Suspensivbedingung* in Erfüllung gehen könne⁵¹⁾. Eine Folge dieser bei den römischen Juristen vorherrschenden Ansicht ist es, daß, wenn wir Jemand, der uns nichts schuldet, gleich als wäre er unser Schuldner, einem Anderen delegiren, und dieser hierauf dem Delegatar sich verbindlich macht, der Delegatar an seinen

46) L. 8. C. 8. 42. Vgl. Oesterding, Beitrag zur Lehre von der Delegation, §. 6, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 2, S. 232.

47) L. 12. u. 13. D. 46. 2. L. 9. §. 1. D. de cond. causa data, c. m. s. (12. 4) L. 78. §. 5. D. de iure dotium. (23. 8.)

48) L. 4. §. 20. D. de doli mali et metus except. (44. 4.)

49) L. 3. C. 8. 42.

50) L. 29. D. 46. 2.

51) L. 36. D. de R. C. (12. 1.)

Gläubiger eben so Zahlung leisten muß, als ob er dem Deleganten die gleiche Summe geschuldet hätte⁵²), und dieß findet selbst dann statt, wenn der Delegant den Delegaten durch Betrug und falsche Vorspiegelungen zur Uebernahme dieser Verpflichtung gegen den Delegatar vermocht hat⁵³). Nur dann, wenn der Delegant die Delegationsform benutzt hat, um dem Delegatar ein Geschenk zu machen, und der Nichtschuldner des Deleganten sich dem Delegatar verbindlich gemacht hat, wird dem Delegaten ausnahmsweise gestattet, sich entweder gegen die Klage des Delegatars mit der *exceptio doli mali* zu schützen, oder aber selbstständig gegen den Delegatar die *inerti conditio* anzustellen, damit er das ihm zuständige Forderungsrecht quittire⁵⁴), und das Gleiche ist auch für den Fall anzunehmen, wenn der Delegant glaubte, er sei dem Delegatar etwas schuldig, und zur Tilgung der vermeintlichen Schuld die Delegation vorgenommen hat⁵⁵). Auch läßt es sich nur aus dem oben angegebenen Gesichtspunkte erklären, wenn in den römischen Rechtsquellen ganz allgemein die Regel ausgesprochen wird, daß alle Einreden, welche der Delegat dem Deleganten, wenn dieser ihn verklagt, hätte entgegenstellen können, vom Ersteren gegen den Delegatar nicht gebraucht werden können⁵⁶). Und als Grund dieses Rechtsatzes wird in den römischen Rechtsquellen der Umstand bezeichnet, daß der Delegatar, als Kläger ja nicht leicht wissen könne, was zwischen dem Deleganten und Delegaten vorgegangen sei, und selbst wenn er dieß wüßte, doch sich so stellen müsse, als wüßte er nichts, um nicht indiscret zu erscheinen⁵⁷). Endlich ergibt auch die Selbstständigkeit der neuen, aus der Delegation entspringenden Obligation, daß diese ganz und gar auf die Gefahr des Delegatars steht, und daß derselbe, falls der Schuldner zahlungsunfähig wird, nicht befugt ist, vom Deleganten den Ersatz des Fehlenden zu verlangen, selbst dann nicht, wenn durch die Delegation ein zwischen dem Delegatar und Delegaten bestehendes Schuldverhältniß aufgehoben worden ist⁵⁸). Denn der Delegatar, welcher den Delegaten annimmt, wird so behandelt, als habe er sich mit der Persönlichkeit des Delegaten in Betreff der Obligation begnügen wollen (is, cui debitor delegatur, nomen eius sequi videtur⁵⁹), und mithin den Delegaten als alleinigen Schuldner anerkannt⁶⁰). Eine Ausnahme

52) L. 12. u. 13. D. 46. 2. L. 9. §. 1. D. 12. 4. L. 46. §. 2. D. de iure dotium. (23. 3.) L. 19. D. 46. 2. L. 33. D. ibid. L. 21. D. de donationibus. (39. 5.) L. 5. §. 5. D. 44. 4. L. 4. §. 20. D. ibid.

53) L. 4. §. 20 u. 21. D. 44. 4.

54) L. 7. pr. D. 44. 4. L. 2. §. 4. D. de donationibus. (39. 5.)

55) L. 7. §. 1. D. 44. 4.

56) Vgl. die in Note 52 angezogenen Stellen.

57) L. 19. D. 46. 2.

58) L. 3. C. 8. 42. L. 26. §. 2. D. mandati. (17. 1.) L. 63. §. 1. D. de evictionibus. (21. 2.) L. 96. §. 2. D. 46. 3. L. 77. §. 18. D. de legatis II. (31.) Vgl. Meyerfeld a. a. D. Th. 1, S. 249, Note f.

59) L. 26. §. 2. D. 17. 1. L. 45. §. 7. D. ibid. L. 68. D. 21. 2.

60) L. 26. §. 2. D. 17. 1. L. 68. §. 1. D. 21. 2., vergl. mit L. 45. §. 7. D. 17. 1. L. 41. §. 3. D. 23. 3. L. 1. §. 10. D. de separationib. (42. 6.) L. 10. §. 10. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.) Vergl. Meyerfeld a. a. D. Th. 1, S. 250, Note g.

von dieser Regel kann durch besondere Verabredung der Parteien festgesetzt werden, was die römischen Rechtsquellen mit den Kunstausdrücken *periculo debitoris ab aliquo stipulari*, oder *periculo suo debitorem suum delegare* ⁶¹⁾ bezeichnen, und dann hat der Delegatar das Recht, seinen Regreß an den Deleganten mit der *actio mandati contraria* zu nehmen, wenn er den Deleganten vergeblich ausgestellt hat ⁶²⁾. Aus dem Gefagten ergibt sich zugleich soviel als gewiß, daß diejenigen nicht Recht haben können, welche die zuletzt genannte Wirkung der Delegation nur auf die Fälle beschränken, wo sie von Seiten des Deleganten geschieht, um eine Schuld gegen den Delegatar abzuführen. Denn wenn schon einige Stellen diese Wirkung gerade nur in Bezug auf den zuletzt genannten Fall erwähnen, so sprechen doch andere, welche über das *periculum nominis* entscheiden, die fragliche Regel ohne alle Beschränkung aus; dessen nicht zu gedenken, daß dieselbe nach dem Gefagten auch schon in der Natur der durch die Delegation neu begründeten Obligationsverhältnisse enthalten scheint.

—*—

Depositenwesen oder Depositatwesen nennt man die Art und Weise, in welcher die der gerichtlichen Aufbewahrung übergebenen Gegenstände von dem Gerichte aufbewahrt und verwaltet werden ¹⁾. Den Inbegriff der darauf sich beziehenden Rechte und Verbindlichkeiten des Gerichtes kann man durch den Ausdruck **Depositentamt** bezeichnen ²⁾. Dem römischen Rechte ist zwar die Einrichtung bekannt, daß ein Schuldner, um sich von der Verbindlichkeit zu befreien, die schuldige Geldsumme, welche der Gläubiger nicht annehmen will, entweder im Tempel oder an einem anderen sicheren Orte, welchen der Richter anweist, deponiren kann ³⁾, aber die Deposition im Gerichte selbst, durch welche die moralische Person des Gerichtes zum Depositatar wird, ist ein eigentümliches Institut des germanischen Rechtes, welches durch die verschiedenen Depositenordnungen der einzelnen Staaten regulirt zu sein pflegt ⁴⁾. Das Depositentamt an und für sich gehört seinem Begriffe nach zu der freiwilligen Gerichtsbarkeit, obgleich es vorkommen kann, daß die Anordnung einer gerichtlichen Deposition von dem Richter bei Ausübung der streitigen Gerichtsbarkeit verfügt worden ist. Die gerichtliche Deposition kann von dem Richter

61) L. 45. §. 7. D. 17. 1. L. 22. §. 2. D. *ibid.* L. 6. D. 23. 5. §. 2. J. *de mandato.* (3. 27.)

62) L. 22. §. 2. D. 17. 1.

1) Puchta, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (2. Ausg., 1832), Bd. 2, S. 344 flg.

2) Puchta, der Dienst der deutschen Justizämter (1830), Th. 2, S. 592 flg.

3) L. 7. §. 2. D. *de minoribus.* (4. 4.) L. 39. D. *de solutionib.* (46. 3.) L. 19. C. *de usuris.* (4. 32.) L. 9. C. *de solutionib.* (8. 43.)

4) J. B. allgemeine Depositatordnung für die Ober- und Untergerichte der sämtlichen königlich preussischen Lande, vom 15. September 1783. Großherzoglich sachsen-weimarisches Gesetz über die sichere Verwahrung und Auslieferung der gerichtlichen Depositen, vom 14. Mai 1821. Ueber die königlich sächsischen Gesetze vergl. H a u b o l d, Lehrbuch des königl. sächs. Privatrechtes, §. 293.

sowohl von Amtswegen, als auch auf Antrag der Interessenten angeordnet werden; in jedem Falle aber muß ein genügender rechtlicher Grund dazu vorhanden sein. Denn theils kann ohne besonderen Rechtsgrund Niemand zugemuthet werden, die Aufbewahrung und Verwaltung ihm gehöriger Gegenstände dem Gerichte zu überlassen, theils kann das Gericht nicht willkürlich mit einer Obliegenheit beschwert werden, welche eigentlich den Einzelnen, zu deren Vermögen diese Sachen gehören, selbst zukommt. Die Fälle, in welchen Sachen zum gerichtlichen Depositum genommen werden können oder sollen, sind sehr mannigfaltig und in den verschiedenen Particularrechten verschieden bestimmt. Abgesehen von der gerichtlichen Deposition, durch welche der Schuldner Zahlung leistet, wenn der Gläubiger die schuldige Summe nicht annehmen will⁵⁾, geschieht es vorzüglich zur Sicherstellung der dabei interessirten Personen, daß gewisse Sachen entweder auf ihren Antrag oder von Amtswegen zum gerichtlichen Depositum genommen werden. Namentlich ist häufig vorgeschrieben, daß Mündelgelber oder zu einer Concursumasse gehörige Gelder gerichtlich deponirt werden sollen. Auch kann wegen streitigen Besizes oder wegen Sicherstellung für zukünftig entstehende Ansprüche die gerichtliche Deposition einer Sache verfügt werden⁶⁾. Oftmals bringt es auch die Verwaltung des Hypothekenbuches mit sich, daß Gelder in das gerichtliche Depositum bezahlt werden, z. B. wenn der Käufer die Kaufgelber für das erkaufte Gut erlegt, damit die darauf haftenden Realschulden vor Gericht getilgt werden und aus irgend einem Grunde, z. B. wegen mangelfahrter Legitimation, noch ein Hinderniß entgegensteht, das Geld dem Gläubiger sofort auszuantworten, oder wenn ein hypothekarisches Darlehn vor Gericht ausgezahlt wird, um damit eine ältere Hypothekenschuld abzutragen und deren Stelle einzunehmen, und der frühere Gläubiger das Geld nicht sogleich in Empfang nehmen kann⁷⁾. Gegenstand des gerichtlichen Depositums können nur solche Sachen sein, welche sich ihrer Natur nach zum sicheren gerichtlichen Verschlusse eignen. Hauptsächlich ist das mit Geldern, Pretiosen und Documenten der Fall. In Ansehung anderer Effecten hängt es davon ab, ob sie unbeschadet ihrer Güte unter Verschluß genommen werden können, wie sich z. B. von selbst versteht, daß lebendige Thiere oder solche Gegenstände, die mit der Zeit in Gährung und Fäulniß übergehen, nicht deponirt werden können, und ob sie nicht größeren Raum einnehmen, als das dazu bestimmte Local (Depositorium), bietet, wie z. B. Vorräthe von Holz oder Getreide ebenfalls kein Gegenstand des Depositums sein können. Wenn in Ansehung solcher Gegenstände, die nicht deponirt werden können, ein Grund der Deposition eintritt, so muß das Gericht in anderer Weise für die Sicherheit der Beteiligten sorgen, indem es jene Gegenstände entweder an den Meistbietenden verkauft, oder unter Sequester stellt, oder sonst nach Maßgabe der Um-

5) Vergl. über diese Deposition den folg. Art.

6) Z. B. oft muß sich der Kläger im Prozesse die Deposition des iudicatum gefallen lassen, um den verurtheilten Beklagten wegen seiner ad separatum verwiesenen Einreden sicher zu stellen.

7) Puchta, der Dienst der teutschen Justizämter, S. 594.

stände sicher zu verwahren sucht⁸⁾. Im Allgemeinen steht das gerichtliche Depositum unter den Grundsätzen des römisch-rechtlichen Depositums, so weit nicht durch den Umstand, daß der Depositar eine öffentliche Behörde ist, zu deren Amtspflicht die ordnungsmäßige Aufbewahrung der deponirten Sachen gehört, nothwendige Modificationen eintreten. Das Gericht hat daher vor Allem die Pflicht, die Sachen ordentlich aufzubewahren und dem Deponenten seiner Zeit zurückzugeben. In Ansehung der Art der Aufbewahrung darf sich aber das Gericht nicht auf die Sorgfalt beschränken, welche dem Depositar bei dem gewöhnlichen, rein privatrechtlichen Depositum obliegt⁹⁾. Zur möglichst sicheren Aufbewahrung sind vielmehr besondere Locale, Depositorien, eingerichtet, welche gegen äußere Gewalt und Gefahr gehörig besetzt sind, und in welchen allein die deponirten Sachen verwahrt werden dürfen. Um auf der anderen Seite die Deponenten gegen die Gefahr sicher zu stellen, die aus der etwaigen Untruhe Derer entstehen könnte, welchen die Depositen übergeben werden, stehen die Depositorien unter mehrfachem Verschlusse, in der Weise, daß dieselben nicht anders als nach Eröffnung mehrerer von einander verschiedener Schlösser, deren Schlüssel verschiedenen Personen anvertraut werden, eröffnet werden können. Durch diese Einrichtung wird die Wahrscheinlichkeit von Veruntreuungen bedeutend vermindert, indem darnach nicht anders, als in Gegenwart sämtlicher Schlüsselhaber, welche Depositarien genannt werden und deren Anzahl gewöhnlich auf drei festgesetzt ist, etwas in das Depositorium hineingethan oder aus demselben herausgenommen werden kann. Eine Veruntreuung wird zwar dadurch nicht geradezu unmöglich gemacht, kann aber doch nur unter der Voraussetzung vorkommen, daß entweder sämtliche Depositarien im Complotte sind, oder daß wenigstens die übrigen Depositarien insofern pflichtvergessen handeln, als sie ihre Schlüssel in die Hände des Veruntreuenden gelangen lassen. Denn es ist bei dieser Einrichtung die unbedingte Pflicht jedes einzelnen Depositars, seinen Schlüssel Niemand, und vorzüglich keinem der übrigen Depositare anzuvertrauen, auch wenn er noch so viel Grund haben sollte, denselben persönliches Vertrauen zu schenken¹⁰⁾. Auch ist es, damit die Einrichtung des mehrfachen Verschlusses ihren Zweck nicht verfehle, erforderlich, daß kein Depositar für sich allein, ohne Zuziehung der beiden anderen Depositarien, Geld als gerichtliches Depositum anzunehmen im Stande ist. Darum besteht häufig die Vorschrift, daß Einlagen in das gerichtliche Depositum nicht anders, als gegen eine von sämtlichen Depositarien ausgestellte Quittung geschehen dürfen, und daß nur diejenigen Depositen, welche durch eine solche Quittung, die Depositenschein genannt zu werden pflegt, belegt werden können, von dem Gerichte anerkannt und gewahrt werden. Eine fernere Controle müssen die gehörig geführten De-

8) Puchta a. a. D. S. 599.

9) Puchta a. a. D. S. 600 - 604.

10) Wenn einer der Depositarien verhindert sein sollte, der Eröffnung des Depositoriums beizuwohnen, so muß, wenn die Sache keinen Aufschub leidet, eine ordentliche Substitution durch ein anderes Gerichtsmitglied oder durch eine Subalterperson eintreten. Puchta a. a. D. S. 602.

postenbücher, in welche alle eingegangenen sowohl als wieder zurückgegebenen Depositum eingetragen werden müssen, sowie die theils zu bestimmten Zeiten, theils aber auch unerwartet von den vorgesetzten Behörden vorzunehmenden Cassenvisitationen gewähren. Daß der Deponent das gerichtliche Depositum nicht, wie das rein privatrechtliche, zu jeder Zeit von dem Depositär zurückfordern könne, liegt in der Natur des ganzen Institutes, da die gerichtliche Deposition oftmals von Amtswegen vorgenommen werden muß, und also nicht eher wieder aufgehoben werden kann, als bis der Grund hinweggefallen ist, aus welchem sie angeordnet wurde. Dagegen versteht sich von selbst, daß das Gericht alsdann ebenfalls von Amtswegen zur Zurückgabe der deponirten Sachen verpflichtet ist, und nicht erst einen etwaigen Antrag der Beteiligten abwarten darf. Oftmals kommt es vor, daß die zum Rückempfang berechtigten Personen unbekannt sind, in welchem Falle Edictalladungen von dem Gerichte erlassen werden müssen.

Die Obliegenheit des Gerichtes in Beziehung auf die bei ihm deponirten Sachen pflegt aber in vielen Fällen nicht auf die ordnungsmäßige Aufbewahrung und gehörige Wiederablieferung beschränkt zu sein, sondern sich auch auf eine vortheilhafte Verwaltung derselben zu erstrecken. In Ansehung von Pretiosen und Effecten kann zwar von nuzenbringender Verwaltung keine Rede seyn, indem dieselben in natura, und ebenso wie sie in das Depositum gebracht worden, zurückgegeben werden müssen; allein das deponirte baare cutsirende Geld läßt sich, wenn sichere Gelegenheit dazu vorhanden ist, verzinslich ausleihen, ohne daß der Zweck der gerichtlichen Deposition dadurch vereitelt wird. Hinsichtlich derjenigen Gelder, welche nach gesetzlicher Vorschrift deponirt werden müssen, erfordert es die Gerechtigkeit, daß von Amtswegen für die verzinsliche Ausleihung gesorgt werde, damit die Eigenthümer nicht durch das Geses selbst in Schaden gerathen, und auch bei den anderen Geldern, welche nur auf Antrag der Interessenten deponirt worden sind, ist es ein Vortheil für den Einzeln sowohl, als für das allgemeine Beste, daß sie dem Verkehr nicht gänzlich entzogen werden. Daher ist es wohl überall, wo Münzelgelde gerichtlich deponirt werden müssen, als Grundsatz angenommen, daß dieselben wieder verzinslich ausgeliehen werden müssen, und ebenso ist auch für andere deponirte Gelder häufig die Einrichtung getroffen, daß dieselben verzinslich untergebracht werden können¹¹⁾. Es kommt nur darauf an, daß die Gel-

11) In dem preussischen Depositumwesen, welches überhaupt musterhaft ist, sind die Pupillendepositen, *deposita pupillaria*, von den übrigen Depositum, *deposita iudicialia*, durchaus getrennt, und werden für beide besondere Cassen gehalten und besondere Bücher und Rechnungen geführt. Beide Arten von Depositum werden in der Weise verwaltet, daß für jeden Interessenten zuvörderst ein Specialdepositum, eine besondere Masse gebildet wird, welche aus dem besteht, was sich von ihm in dem Depositum befindet. Insofern eine Masse aus Documenten, Pretiosen oder anderen Effecten besteht, wird sie besonders aufbewahrt, damit keine Irrung entstehe, in welche Masse dieses oder jenes Stück gehöre. Das baare Geld dagegen, welches zu einer Masse gehört, wird zwar in den Büchern ebenfalls als zu derselben gehörig berechnet, in natura aber mit dem baaren Gelde aus anderen Massen zusammengeworfen, und ein Generaldepositum daraus gebildet, aus welchem die Darlehne gegeben werden. Die Documente über

der mit der gehörigen Sicherheit untergebracht werden, in welcher Beziehung meistens verordnet ist, daß sie nur in inländischen, unter öffentlicher Auctorität stehenden Banken oder in inländischen Staatspapieren angelegt, oder an Privatpersonen nicht anders, als gegen vollkommen sichere Pfänder oder Hypotheken ausgeliehen werden sollen. Die verwaltende Thätigkeit des Depositanten besteht dabei vorzüglich theils in der Ausmittelung guter Gelegenheiten, das Geld sicher unterzubringen, theils in der regelmäßigen Einziehung der Zinsen, theils endlich in einer gewissen Beobachtung der Umstände des Schuldners, insofern aus einer Verschlimmerung derselben Gefahr für die ausgeliehenen Gelder entstehen könnte. Es kommt auch vor, daß Staatspapiere oder andere Documente über ausstehende Activa gerichtlich deponirt werden. Und auch in diesem Falle muß das Depositament für zeitige Einziehung der Zinsen Sorge tragen und auch in der angegebenen Beziehung die Umstände des Schuldners unter einer gewissen Controle halten.

Inwiefern von Seiten des Gerichtes für die deponirten Sachen gehaftet werden müsse, und wer den Ersatz zu leisten habe, wenn von denselben etwas abhanden gekommen, hängt davon ab, ob dabei Jemandem und wem eine Uebertretung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten zur Last gelegt werden könne. Denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß alle Diejenigen solidarisch verpflichtet sein müssen, den Schaden zu ersetzen, welche durch die Vernachlässigung ihrer Amtspflicht daran Schuld gewesen, daß derselbe eingetreten war¹²⁾. Ist der Schaden entstanden wegen mangelhafter Beschaffenheit der Depositatbehältnisse, weil dieselben gegen Feuergefahr und äußere Gewalt nicht hinlänglich verwahrt waren, so muß der Gerichtsherr dafür haften, da diesem im Allgemeinen die Verbindlichkeit obliegt, für die gehörigen Localitäten zu sorgen. Daneben aber haben die Depositarien die Verpflichtung, auch von ihrer Seite für die gehörige Beschaffenheit der Depositatbehältnisse insofern Sorge zu tragen, als sie den Gerichtsherrn auf die nöthig werdenden Reparaturen aufmerksam machen müssen. Daher muß die Verantwortlichkeit sie, und nicht den Gerichtsherrn treffen, wenn der eingetretene Schaden der Vernachlässigung dieser Verpflichtung zugeschrieben werden kann. Wenn ausgeliehene Gelder verloren gehen, so müssen Diejenigen den Schaden ersetzen, welche nicht in der schuldigen Weise für die Sicherheit gesorgt hatten. Das kann theils die Depositarien treffen, wenn sie ausgeliehen hatten, ohne sich Hypothek bestellen zu lassen, welche sie nach Lage der Sache für genügend halten konnten, theils die Taxatoren, wenn sie durch unrichtige Taxen die Depositarien zum Ausleihen veranlaßt hatten. Wenn der Schaden durch Berührung eines der Depositarien verursacht war, so können auch die übrigen Depositarien dafür verantwortlich gemacht werden, wenn sie dem-

die Darlehne, welche aus den auf diese Weise zusammengeworfenen Geldern gegeben werden, werden nicht auf den Namen der einzelnen Klassen, welche dazu beitragen, gestellt, sondern auf den Namen der Verwaltung des Depositums, indem einer jeden Klasse ihr Antheil davon bloß in den Rechnungen zugeschrieben wird.

12) Mühlensbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes, Th. 2, §. 491.

selben durch Vernachlässigung ihrer Pflichten die Veruntreuung möglich gemacht hatten. Auch können die den Depositarern vorgesetzten Behörden der Verantwortung unterliegen, wenn ihnen eine Vernachlässigung ihrer Pflicht in Ansehung ihrer Aufsicht über die Depositen zur Last gelegt werden kann. Nur wenn Niemandem von Denjenigen, welchen in Beziehung auf das Depositenwesen bestimmte Pflichten obliegen, eine Verletzung derselben nachgewiesen werden kann, welche mit dem eingetretenen Schaden in Zusammenhange steht, muß denselben nach bekannten Grundsätzen der Eigenthümer der deponirten Gegenstände als ein Unglück tragen.

Da die gerichtliche Deposition zum Vortheile Derer geschieht, für welche sie vorgenommen wird, so müssen diese auch eine gewisse Depositalgebühr dafür entrichten. Die Größe derselben richtet sich nach dem Werthe der deponirten Gegenstände, und beträgt bei baarem Gelde ein halbes oder auch ein ganzes Procent, welches bei der Zurückzahlung so gleich in Abzug gebracht zu werden pflegt. Eine Ausnahme sollte, wie auch nach manchen Depositenordnungen geschieht, in Ansehung der Münzelgelber gemacht werden, indem, wo dieselben deponirt werden müssen, die Depositalgebühren allerdings den Anschein einer unumgänglich zu entrichtenden Abgabe annehmen. Indessen mag es sich rechtfertigen lassen, daß von dem Vermögen wohlhabender Pupillen ein geringer Betrag zur Bestreitung der bedeutenden Depositalunkosten erhoben wird. Ende.

Deposition ist die von einem Schuldner in das gerichtliche Depositum geleistete Zahlung einer Geldschuld, für den Fall, daß der Schuldner, ungeachtet seiner Bereitwilligkeit dazu, nicht unmittelbar an den Gläubiger bezahlen kann. Eine solche Deposition hat die Wirkung der Zahlung, so daß durch sie die Verbindlichkeit vollständig aufgehoben wird¹⁾. Diese Deposition findet hauptsächlich in dem Falle statt, da der Gläubiger die Annahme der Zahlung ohne Grund verweigert oder derselben sonstige Schwierigkeiten entgegensetzt. Eine Klage darauf, daß der Gläubiger die Erfüllung einer Leistung annehme, kann es der Natur der Sache nach nicht geben; aber auf der anderen Seite kann der Schuldner durch die von Seiten des Gläubigers verweigerte Annahme natürlich auch nicht genöthigt werden, die Verbindlichkeit länger auf sich zu behalten. Sind andere Sachen, als Geld, Gegenstand der Leistung, so ist, wie die Gesetze ausdrücklich anerkennen, der Schuldner nach vorhergegangener vergeblicher Aufforderung des Gläubigers ermächtigt, dieselben preiszugeben, und sich damit von der Verbindlichkeit zu befreien²⁾; in Ansehung einer Geldschuld ist aber eine solche Preisgebung nicht gestattet, indem sich der Schuldner hier der Deposition bedienen muß, welche bei den Römern in den Tempel oder an einen anderen von dem Richter anzuweisenden sicheren Ort gemacht werden konnte³⁾, heutiges Tages aber in das gerichtliche Depositum

1) Glück, Erläuterung der Pandekten, Bb. 4, S. 420. Mühlensbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes, §. 465.

2) L. 1. §. 3. D. de periculo et commodo rei venditae. (18. 6.) L. 105. D. de V. O. (45. 1.)

3) Vergl. die in der Note 3 zum vorigen Artikel citirten Stellen, und au-

gemacht werden muß. Soll die gerichtliche Deposition, welche in Folge der von Seiten des Gläubigers verweigerten Annahme vorgenommen wird, die Wirkung haben, den Schuldner von der Verbindlichkeit zu befreien, so müssen folgende Erfordernisse dabei beobachtet worden sein. Zuvörderst muß die Zahlung dem Gläubiger in einer Weise angeboten worden sein, daß er in der That dieselbe anzunehmen verbunden war. Dazu gehört, daß ihm die Sache zur rechten Zeit, am rechten Orte und vollständig angeboten worden war⁴⁾. Ferner muß die Annahme der Zahlung von dem Gläubiger verweigert worden sein, was der Schuldner nöthigen Falles beweisen muß⁵⁾. Endlich muß die Deposition vor dem competenten Gerichte erfolgen⁶⁾. War ein bestimmter Zahlungsort verabredet, so ist das Gericht dieses Ortes als das competente anzusehen, weil die Deposition die Stelle der Zahlung vertritt und daher an dem Orte geschehen muß, wo diese vor sich gehen sollte⁷⁾. In den übrigen Fällen ist dagegen das Gericht des Beklagten das competente Gericht, weil der Gläubiger immer dem Gerichte des Beklagten folgen muß. Weitere Förmlichkeiten sind übrigens, wenigstens gemeinrechtlich, bei dieser Deposition nicht zu beobachten. Mehrere Rechtslehrer stellen zwar das Erforderniß auf, daß der Gläubiger vorgeladen werden müsse, der Deposition beizuwohnen (*ad videndum deponi*)⁸⁾; allein es kann dieses gesetzlich nicht nachgewiesen werden. Indessen ist es zweckmäßig, diese Vorladung nicht zu unterlassen, zumal wo dieselbe einmal hergebracht ist, da doch dabei immer noch ein Versuch gemacht werden kann, den Gläubiger zur Annahme des angebotenen Geldes zu bestimmen⁹⁾. Daß das deponirte Geld versiegelt werde, wird dagegen im römischen Rechte allerdings erfordert¹⁰⁾. In der Praxis wird indessen die Versiegelung zur gültigen Deposition nicht für nothwendig gehalten¹¹⁾. Das findet auch seine Rechtfertigung in dem Umstande, daß bei der Einrichtung unserer heutigen Depositorien, welche den Römern unbekannt waren, die Versiegelung zwecklos zu sein scheint. Eine unter Beobachtung der bisher angegebenen Erfordernisse bewirkte Deposition pflegt man wohl auch *depositio solennis* zu nennen, und von derselben eine *depositio minus solennis* zu unterscheiden, bei welcher diese Erfordernisse, namentlich die vorhergegangene Anbietetung des Geldes von Seiten des Schuldners, und die Verweigerung der Annahme von Seiten des Gläubigers nicht beobachtet werden konnten¹²⁾. Es kann nämlich vorkommen, daß der Gläubiger unbekannt ist, indem z. B. nach

ferdem L. 7. D. de usuris (22. 1.), u. L. 10. L. 12. C. de pignorat. act. (4. 26.)

4) Vgl. Mühlentbruch a. a. D. §. 464, 466 u. 467.

5) Vgl. Puchta, der Dienst der deutschen Justizämter, Th. 2, S. 596.

6) L. 19. C. de usuris. (4. 32.)

7) Glück a. a. D. Note 74.

8) Lauterbach, colleg. Pandect. lib. 46. tit. 3. §. 43. Höpfner, Commentar, §. 982.

9) Glück a. a. D. Note 75. Puchta a. a. D. S. 596.

10) Vgl. die Note 3 angeführten Stellen.

11) Puchta a. a. D. S. 597.

12) Puchta a. a. D.

eingetretenem Tode des Darleihers seine Erben noch nicht entlastet werden konnten. In solchen Fällen hat natürlich die Deposition auch ohne vorhergegangene Anerbietung zur Zahlung die Wirkung, den Schuldner vollständig von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Auch kann der Schuldner durch ein richterliches Verbot verhindert sein, dem Gläubiger die Zahlung anzubieten oder wirklich zu leisten. Auch hier steht es dem Schuldner frei, sich durch einfache Deposition der schuldigen Summe seiner Verbindlichkeit zu entledigen.

Eben.

Depositum, Hinterlegungs- oder Verwahrungsvertrag ist ein Realvertrag, der darin besteht, daß Jemand einem Anderen eine bewegliche Sache zum Zwecke unentgeltlicher Aufbewahrung und unter der Verpflichtung zu jeberzeitiger Restitution überliefert¹⁾. Der Empfänger wird dabei depositarius, der Geber deponens oder depositor genannt. Aus der Natur des Depositums als eines Realvertrages folgt von selbst, daß der Vertrag erst perfect wird durch die wirkliche Uebergabe der zu deponirenden Sache²⁾. Ein von Jemand ausgestellter Depositionsschein, in welchem er den Empfang, deponirter Sachen bescheinigt, kann zwar dem Deponenten als Beweismittel für die wirklich bewirkte Uebergabe dienen, aber an und für sich für den Aussteller nicht die Verbindlichkeit begründen, jene Sachen dem Empfänger des Scheines zu überliefern³⁾. Daß die Uebergabe von dem Deponenten persönlich an den Depositär erfolge, ist gerade nicht erforderlich; vielmehr kann die aus dem Depositum entspringende Obligation zwischen Deponenten und Depositär begründet werden, wenn auch die Uebergabe und Empfangnahme der Sachen in ihrem Namen zwischen anderen Personen vor sich gegangen war⁴⁾. Der Natur der Sache nach können nur bewegliche Sachen den Gegenstand des Depositums bilden, wie sich denn auch in den Gesetzen kein Beispiel von Depositum unbeweglicher Sachen findet⁵⁾. Zwar kann Jemand einem Anderen die Wache und Aufsicht auch über seine unbeweglichen Sachen übertragen; allein diesem Verhältnisse liegt kein Depositum, sondern Mandat zu Grunde. Es ist nicht ohne Wichtigkeit, diesen Unterschied zu machen, weil der Mandatar nach anderen Grundsätzen, als der Depositär, für culpa einstehen muß⁶⁾. Es ist nicht nothwendig, daß die deponirte Sache dem Deponenten eigenthümlich zugehöre⁷⁾, indem sogar der Dieb oder Räuber

1) Mühlenthal, Lehrbuch des Pandektenrechtes, §. 585.

2) §. 3. J. quib. mod. re contrah. oblig. (3. 14.)

3) L. 26. §. 2. D. depositi. (16. 3.) Dabei versteht sich von selbst, daß der Aussteller des Depositionsscheines die exceptio non numeratae pecuniae nicht mit der Wirkung gebrauchen kann, daß der Andere noch den Beweis führen müßte, er habe die Sachen in der That überliefert. Vielmehr liegt dieser Beweis in dem Depositionsscheine, so daß der Aussteller, wenn er dennoch leugnet, die Sachen empfangen zu haben, den Beweis des Nichtempfanges liefern muß. Vgl. Glück, XII. S. 176.

4) Vgl. Glück, XV. S. 140.

5) Vgl. Glück, XV. S. 146 flg.

6) Glück a. a. O., wo auch die älteren Rechtslehrer genannt sind, welche ein Depositum an beweglichen Sachen annehmen.

7) L. 9. C. de pignorat. action. (4. 26.)

giltiger Weise deponiren kann⁸⁾. Nur darf die Sache nicht Eigenthum des Depositors selbst sein, weil dieser durch die bloße Uebergabe nicht die Verpflichtung erhalten könnte, seine eigene Sache zu restituiren⁹⁾. Das Wesen des Depositums bringt es mit sich, daß dem Depositar für seine Mühe kein Lohn ausbedungen wird. Vielmehr würde dadurch das Verhältnis in einen anderen Contract übergehen, entweder in einen Miethcontract, wenn Geld, oder in einen Innominatcontract, wenn etwas Anders für die Dienste geleistet werden sollte¹⁰⁾. Indessen wird Begriff und Dasein des Depositums dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Deponent dem Depositar eine freiwillige Vergeltung für seine Mühewaltung gewährt¹¹⁾. Der Zweck, wegen dessen die deponirten Sachen übergeben und übernommen werden, muß darauf gerichtet sein, daß der Depositar dieselben aufbewahren solle. Durch diesen Zweck, welcher dem Depositum wesentlich und ausschließlich zu Grunde liegen muß, unterscheidet sich dasselbe von anderen Rechtsgeschäften, bei welchen die von einem Andern erhaltene Sache zwar auch aufbewahrt werden muß, ohne daß jedoch die Aufbewahrung den ausschließlichen und ursprünglichen Zweck des Rechtsgeschäftes bildet¹²⁾. Daher ist es kein Depositum, sondern Mandat, wenn Jemandem eine Sache in der Absicht übergeben wird, daß er dieselbe einem Dritten in Verwahrung geben und, wenn dieser sich weigere, selbst aufbewahren solle¹³⁾. Ebenso ist es Mandat und nicht Depositum, wenn Jemandem aufgetragen wird, sich von einem Dritten, der eine Sache bereits in Verwahrung hatte, dieselbe geben zu lassen, und selbst aufzubewahren¹⁴⁾. Denn der ursprüngliche Contract in beiden Fällen ist das Mandat, aus welchem der Zweck und die Pflicht der Aufbewahrung nur als weitere Folge herabgegangenen ist. Bei vielen anderen Geschäften wird zwar vorausgesetzt, daß der Andere die erhaltene Sache gehörig aufbewahre, ohne daß jedoch hierin der eigentliche Zweck bestände, weshalb denn dabei von einem Depositum keine Rede sein kann. So ist es Mandat, wenn dem Advocaten zur Führung des Processes Documente übergeben werden¹⁵⁾, Pfandcontract, wenn dem Gläubiger zu seiner Sicherheit eine Sache ausgehändigt wird, Commodat, wenn Jemandem eine nicht fungible Sache unentgeltlich, Miethcontract, wenn sie ihm gegen eine Geldleistung zum Gebrauche überlassen wird, obgleich bei allen diesen Geschäften auch an gehörige Aufbewahrung gedacht wird. Wenn Jemandem fungible Sachen zum Aufbewahren übergeben worden sind, aber mit der Erlaubniß, dieselben zu gebrauchen, so wird auch hierdurch die Natur des Geschäftes als eines Depositums aufgehoben. Dasselbe wird vielmehr zum Darlehn, und zwar, wenn der Depositar um diese Erlaubniß nachgesucht hatte, sofort mit der

8) L. 1. §. 39. L. 31. §. 1. D. h. t. (16. 3.)

9) L. 31. §. 1. cit. L. 15. D. h. t. L. 45. D. de R. J. (50. 17.)

10) L. 1. §. 8. 9. 10. D. h. t.

11) L. 2. §. 24. D. de vi bonor. rapt. (47. 8.)

12) Glück a. a. O. S. 141 u. 142.

13) L. 1. §. 12. D. h. t.

14) L. 1. §. 13. eod.

15) L. 8. pr. D. mandati. (17. 1.)

Verwilligung derselben¹⁶⁾, oder, wenn der Deponent dem Depositar diese Erlaubniß aus freien Stücken angeboten hatte, mit dem wirklichen Gebrauche¹⁷⁾. Denn in diesem letzteren Falle gibt sich der Wille des Depositars, die Sache nicht bloß zum Zwecke der Aufbewahrung inne zu haben, erst mit dem wirklichen Gebrauche derselben zu erkennen, so daß bis dahin das Geschäft als Depositum gelten muß¹⁸⁾.

Was nun die Wirkungen des Depositums betrifft, so bestehen die Verbindlichkeiten, welche der Depositar mit demselben auf sich nimmt, und auf deren Erfüllung er von dem Deponenten mit der *actio depositi directa* belangt werden kann, in Folgendem. Zuvörderst muß er die Sache in der gehörigen Weise aufbewahren. Was in dieser Beziehung dem Depositar obliegt, wird in den Gesetzen *custodia rei* genannt¹⁹⁾. *Custodia* ist aber hier nicht in der engeren technischen Bedeutung gemeint, in welcher das Wort die Verpflichtung zu möglichster Sorgfalt bedeutet, sondern in dem Sinne des gewöhnlichen Lebens, nach welchem man eine solche Wachsamkeit darunter versteht, welche sich bei Aufbewahrung einer Sache keine groben Nachlässigkeiten zu Schulden kommen läßt²⁰⁾. Denn im Allgemeinen braucht der Depositar nur für *dolus* und *culpa lata* zu haften²¹⁾, so daß er, wenn die Sache untergeht, verdirbt oder abhanden kommt, nur alsdann Ersatz oder Entschädigung zu leisten braucht, wenn ihm dabei wirkliche Arglist oder eine so grobe Nachlässigkeit, welche der Arglist gleich geachtet werden muß, zur Last gelegt werden kann²²⁾. Denn der Deponent hat allein den Vortheil vom Geschäfte und muß es, wenn eben der Schaden nicht von *dolus* oder *culpa lata* des Depositars herührt, sich selbst zuschreiben, daß er seine Sachen Jemandem anvertraute, der auf ihre Aufbewahrung nicht die gehörige Sorgfalt verwendete²³⁾.

16) L. 9. §. 9. D. de reb. credit. (12. 1.) L. 34. pr. D. mandati. (17. 1.)

17) L. 10. D. de reb. credit. (12. 1.) L. 1. §. 34. D. depositi. (16. 3.)

18) Ueber den Fall des *depositum irregulare*, da dem Depositar das Geld übergeben wird unter der Bedingung, ut tantumdem reddat, worin für ihn eine stillschweigende Erlaubniß liegt, das Geld zu gebrauchen, vergl. unten den Art. *depositum irregulare*.

19) L. 1. pr. h. t.: *Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo, quod ponitur; praepositio enim de auget positum, ut ostendat, totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet.*

20) Mühltenbruch a. a. O. §. 385, Note 4.

21) §. 3. J. quib. mod. re contrah. oblig. (3. 14.) L. 1. §. 1. 8. 47. D. h. t. L. 5. §. 2. D. commodati. (13. 6.)

22) Darum stand auch dem Depositar, wenn ihm die Sache gestohlen worden, nicht die *actio furti* zu, weil er in diesem Falle nicht zu haften braucht, und also durch den Diebstahl in seinem Interesse gar nicht verletzt wird. Nur wenn ihm *dolus* oder *culpa lata* dabei zur Last fällt, muß er auch für den Diebstahl haften, obgleich ihm auch in diesem Falle die *actio furti* versagt war, weil es unbillig erschien, daß er dieselbe durch seinen *dolus* erwerben könnte. L. 14. §. 3. D. de furtis. (47. 2.)

23) L. 1. §. 5. D. de obligat. et action. (44. 7.): *Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur qui et ipse de ea re, quam acceperit, restituenda tenetur. Sed is etiam si negligenter rem custoditam*

Darum kann selbst im Falle einer wirklichen Nachlässigkeit von Seiten des Depositar der Deponent keinen Anspruch gegen denselben erheben, wenn er nur diejenige Aufmerksamkeit auf die deponirten Sachen verwendet, mit welcher er seine eigenen Sachen zu verwahren pflegte. Denn der Deponent hätte sich, um sich vor Schaden zu wahren, einen besseren Depositar auswählen sollen. Nur wenn der Depositar die seiner Obhut anvertrauten Gegenstände nicht einmal mit derjenigen Sorgfalt verwahrte, welche er seinen eigenen Sachen widmet, kann er von einer gewissen Arglist nicht freigesprochen werden, so daß er in diesem Falle allerdings für den entstandenen Schaden einstehen muß²⁴⁾. Schwieriger ist die Frage zu entscheiden, ob der Depositar in dem Falle für den Schaden hafte, da derselbe zwar nicht in Folge einer solchen Nachlässigkeit eingetreten, welche in abstracto eine culpa lata genannt werden könnte, aber doch hätte vermieden werden können, wenn der Depositar die besondere und außergewöhnliche Sorgfalt, mit welcher er, als ein ganz besonders vorsichtiger Mensch, seine eigenen Sachen zu verwahren pflegte, auf die deponirten Sachen verwendet hätte. Mehrere Rechtslehrer sind in der That der Ansicht, daß der Depositar in diesem Falle für den Schaden einstehen müsse, weil derselbe auch im umgekehrten Falle, wenn er nämlich ein nachlässiger und sorgloser Mensch sei, auf die deponirten Sachen keine größere Sorgfalt, als auf seine eigenen zu verwenden brauche²⁵⁾. Allein diese Ansicht scheint nicht die richtige zu sein, da die Gesetze ausdrücklich anerkennen, daß der Depositar im Allgemeinen nur für culpa lata hafte, und da es unbillig sein dürfte, Jemanden bloß aus dem Grunde, weil er vorsichtiger und sorgfamer ist, als andere Menschen, nach strengeren Grundsätzen zu beurtheilen²⁶⁾. Auch über die Frage sind die Rechtslehrer nicht vollkommen einverstanden, ob bei einer eingetretenen Gefahr der Depositar verpflichtet sei, eher zur Rettung der deponirten Sachen, als der seinigen zu scheitern. Einige Rechtslehrer sind hier der Ansicht, daß der Depositar den fremden Sachen den Vorzug geben müsse, während Andere einen Unterschied machen wollen, ob die deponirten Sachen werthvoller seien, als die eigenen oder nicht, und nur im ersteren Falle dem Depositar die Verbindlichkeit auferlegen, eher für die Rettung derselben zu sorgen²⁷⁾. Allein in der That legt kein Gesetz dem Depositar die Verbindlichkeit auf, die fremden Sachen vor den eigenen zu retten, sowie auch die Gesetze für den ange deuteten Unterschied keinen Anhaltspunkt gewähren. Man muß vielmehr bei Entscheidung dieser Frage an dem Grundsätze festhalten, daß der Depositar nur für culpa lata hafte, und daß es also nur darauf

amiserit, securus est, quia enim non sua gratia accipit, sed eius, a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit. Negligentiae vero nomine ides non tenetur, quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri oportet. Magnam tamen negligentiam placuit in doli crimen cadere.

24) L. 32. D. h. t.

25) S. dieselben bei Glüß, XV. S. 174.

26) Sgl. Glüß a. a. D. S. 174 flg.

27) Sgl. Glüß a. a. D. S. 182.

ankommt, ob ihm bei Rettung der deponirten Sachen eine grobe Nachlässigkeit zur Last gelegt werden kann. Eine solche Nachlässigkeit kann aber nur in dem Falle angenommen werden, da es dem Depositär möglich gewesen wäre, die fremden Sachen zu retten, ohne sich dadurch einem Schaden auszusetzen, wozu er nach der Natur des Contractes nicht verbunden gewesen wäre. Das Depositum bringt es aber seinem Wesen nach nicht mit sich, daß der Depositär die eigenen Sachen preisgebe, um die fremden zu retten, so daß er nur in dem Falle, da er neben den eigenen die fremden Sachen zu erhalten im Stande gewesen wäre, für den Schaden einzustehen braucht. Aus der Rettung der eigenen Sachen ergibt sich zwar die Vermuthung, daß der Depositär auch die fremden zu retten im Stande gewesen wäre²⁸⁾: allein diese Vermuthung schließt den Gegenbeweis nicht aus, so daß der Depositär, wenn er darthut, außer Stande gewesen zu sein, neben den seinigen die fremden Sachen zu retten, von dem Ansprüche auf Entschädigung freigesprochen werden muß. Ausnahmeweise kann jedoch der Depositär auch für geringere Versehen, und selbst für den Zufall haften müssen. Das ist namentlich der Fall, wenn er vertragsmäßig eine größere Verantwortlichkeit auf sich genommen, als die Natur des Geschäftes eigentlich mit sich brachte²⁹⁾. Auch wenn er sich dem Deponenten zur Aufbewahrung aufgedrungen hatte, muß er zwar nicht für den Zufall, aber doch für geringe Versehen einstehen³⁰⁾. In einigen Fällen muß der Depositär sogar die Gefahr des Zufalles übernehmen, nämlich a) wenn er sich bei der Restitution der Sache eines Verzuges schuldig machte, jedoch unter der Voraussetzung, daß die Sache, wenn sie dem Deponenten zu rechter Zeit restituirt worden wäre, nicht auf die nämliche Weise zu Grunde gegangen sein würde³¹⁾; b) wenn er die Sache contractswidrig benutzte und dieselbe dabei beschädigt worden war³²⁾; c) wenn die Sache zu Grunde geht, nachdem er sie veräußert und alsdann wieder an sich gebracht hatte, um sie ferner als Depositum zu behalten, zur Strafe für die mit der Veräußerung begangene Treulofigkeit³³⁾; d) wenn das Depositum lediglich zum Vortheil des Depositärs gemacht worden war, indem es ihm zwar nicht sofort mit der Hinterlegung, aber mit dem Eintritte einer gewissen Bedingung als Darlehn dienen sollte³⁴⁾. Außerdem versteht sich von selbst, daß der Depositär, so gut wie jeder Andere, für den durch seine culpose positive Thätigkeit verursachten Schaden einstehen muß, und auf Ersatz desselben nach der *lex Aquilia* belangt werden kann, ohne daß dabei auf den Grad der

28) Cap. 2. X. de deposito (3. 16.): *Bona fides abesse praesumitur, si rebus tuis salvis existentibus, depositas amisi.*

29) L. 7. §. 15. D. de pactis. (2. 14.)

30) L. 1. §. 35. D. h. t.

31) L. 12. §. 3. L. 14. §. 1. D. h. t.

32) Denn der Depositär begeht durch den Gebrauch der Sache ein *furtum usus*, §. 6. J. de oblig. quae ex delicto (4. 1.), und der Dieb muß bekanntlich immer für den Zufall einstehen. L. 2. C. de condict. furtiv. (4. 8.)

33) L. 1. §. 25. D. h. t.

34) L. 4. pr. D. de reb. credit. (12. 1.)

culpa etwas ankäme³⁵). Die weitere Verbindlichkeit des Depositaris besteht darin, daß er die Sache zu jeder Zeit, da der Deponent es verlangt, restituiren muß³⁶). Der Deponent kann in seiner Freiheit, die Sache zu jeder Zeit zurückzufordern, nicht einmal durch Vertrag beschränkt werden, indem eine Zeitbestimmung, die in Ansehung der Rückforderung getroffen wird, nur die Wirkung hat, daß der Depositar die Sache dem Deponenten nicht vorher aufdringen darf³⁷). Der Depositar darf auch dem Deponenten in keiner Weise Einwendungen entgegensetzen, um die Restitutionspflicht entweder gänzlich von sich abzuwenden oder dieselbe wenigstens zu verzögern³⁸). Namentlich kann der Depositar wegen seiner etwaigen Gegenforderungen kein Retentions-³⁹) oder Compensationsrecht geltend machen, selbst nicht einmal in dem Falle, da nicht auf Restitution der deponirten Sachen in natura, sondern nur auf Vergütung des Werthes geklagt wird, oder da die Deposition fungibler Sachen gleich anfangs unter der Bedingung geschah, daß nur tantumdem zurückgegeben werden sollte⁴⁰). Dem Depositar bleibt vielmehr nichts übrig, als seine Gegenforderungen mit der actio depositi contraria geltend zu machen. Ebenso wenig kann der Depositar die Einrede entgegensetzen, daß der Deponent kein Recht an der deponirten Sache habe, da er sogar dem Diebe oder Räuber dieselbe zu restituiren verbunden ist⁴¹). Auch kann sich der Depositar der Restitutionspflicht nicht unbedingt dadurch entziehen, daß er behauptet, selbst Eigenthümer der deponirten Sachen zu sein. In diesem letzteren Falle ist zu unterscheiden, ob mit der Einrede des Eigenthums behauptet wird, der Depositar sei gleich anfangs Eigenthümer der Sache gewesen, oder ob er sich nur darauf beruft, später nach geschehenem Depositum Eigenthum daran erworben zu haben. Ist davon die Rede, daß der Depositar schon vor dem angeblichen Depositum Eigenthum an der Sache gehabt habe, so konnte dieselbe gar nicht bei ihm deponirt werden, da es, wie schon bemerkt worden

35) Mühlenthal, Lehrbuch, §. 353.

36) Nur muß die unverzügliche Restitution dem Depositar nicht unumgänglich sein, indem sich etwa die deponirte Sache an einem entfernten Orte befindet, oder unter einem Verschlusse, der von ihm nicht sogleich geöffnet werden kann. L. 1. §. 22. D. h. t.

37) L. 1. §. 45 u. 46. D. h. t. Vgl. Glück, XV. S. 100.

38) L. 11. C. depositi. (4. 34.)

39) Ältere Rechtslehrer behaupteten häufig, daß dem Depositar wegen der auf die Sache verwendeten Kosten allerdings ein Retentionsrecht zustehe. Vgl. dieselben bei Glück, XV. S. 199, Note 37, und bei Schenk, die Lehre von dem Retentionsrechte, S. 210, Note 6. Allein die L. 11. C. cit. verbietet dem Depositar ganz allgemein jede Ausflucht, die Restitution der Sache zu verweigern, wie denn auch die meisten Meisten denselben das Retentionsrecht abgesprochen. Schenk a. a. D. und K. Euden, das Retentionsrecht, S. 162. Ueber den von Glück, a. a. D. S. 204, bezugten Gerichtsgebrauch, nach welchem dem Depositar das Retentionsrecht zustehe, wenn er durch das Depositum Schaden erlitten, oder wenn er solche Kosten auf die hinterlegte Sache verwendet, wegen deren ihm die actio depositi contraria zustehe vergl. Schenk a. a. D. S. 215.

40) Vgl. Glück a. a. D. S. 191.

41) L. 31. §. 1. D. h. t.

ist, kein Depositum solcher Sachen gibt, welche dem Depositär eigenthümlich zugehören⁴²⁾. Er braucht also in diesem Falle nicht zu restituiren, da kein Grund vorhanden ist, aus welchem er dazu verbunden sein sollte. Behauptet dagegen der Depositär, erst nach dem Depositum Eigenthum an den Sachen erworben zu haben, so kommt es darauf an, ob seine Einrede sofort liquid ist oder nicht. Ist dieselbe nicht sogleich liquid, so ist es unbestritten, daß sich der Depositär mit derselben der Pflicht, die Sache sofort zu restituiren, nicht entziehen kann, wie es denn auch in der That unbillig sein würde, wenn die Restitution so lange ausgesetzt bleiben sollte, bis die vorgeschützte Einrede ausgemacht wäre. Nach den Worten des Gesetzes⁴³⁾ würde sogar im Falle sofortiger Liquidität der Einrede des Eigenthumes der Depositär mit derselben in diesem Prozesse nicht gehört werden dürfen, sondern beßenugeachtet zur Restitution der Sache verurtheilt werden müssen. Da aber der Deponent alsdann auf eine von dem Depositär anzustellende Klage sogleich verurtheilt werden müßte, die Sache demselben wieder zurückzuliefern, so würde es theils anderen anerkannten Rechtsgrundsätzen widerstreiten⁴⁴⁾, theils im praktischen Resultate nur auf eine Weitläufigkeit hinauslaufen, wenn in diesem Falle der Depositär in dem einen Prozesse verurtheilt werden sollte, die Sache dem Deponenten zu restituiren, um sie nachher in einem anderen Prozesse von demselben wieder zurückzuerhalten. Daher nimmt man mit Recht an, daß sich der Depositär durch die sofort liquide Einrede, selbst Eigenthümer der deponirten Sachen zu sein, gegen den Restitutionsanspruch wirksam vertheidigen könne⁴⁵⁾. Endlich ist es dritten Personen ausdrücklich untersagt, bei dem Depositär Einspruch dagegen einzulegen, daß er das Depositum an den Deponenten zurückliefere, indem sie vielmehr mit ihren etwaigen Ansprüchen an den Deponenten nur gegen diesen selbst auftreten sollen⁴⁶⁾. Nur wenn der Dritte als Vindicant aufträte, würde er dem Depositär die Zurückgabe der Sache allerdings verbieten können⁴⁷⁾, sowie sich auch von selbst versteht, daß derselbe in Folge eines gerichtlich ausgewirkten Arrestes die Restitution an den Deponenten verweigern muß⁴⁸⁾. Die Restitution geschieht übrigens an dem Orte, wo sich die Sache zu der Zeit befindet, da der Deponent dieselbe zurückverlangt⁴⁹⁾. Wenn die Verabredung getroffen war, daß die Restitution an einem anderen Orte erfolgen solle, als an welchem die Sache deponirt worden war, so muß der Deponent die Kosten des Transportes tragen. Diese Kosten fallen ihm auch alsdann zur Last, wenn kein bestimmter Ort der Restitution

42) Vgl. die oben Note 9 citirten Stellen.

43) Nämlich der citirten L. 11. C. depositi.

44) L. 8. pr. D. de doli mali et met. except. (44. 4.): Dolo facit, qui petit, quod redditurus est.

45) Glük a. a. D. S. 196 flg. Mühlbruch a. a. D. §. 335, Note 8.

46) Nov. 88. cap. 1.

47) L. 9. i. f. D. de rei vindic. (6. 1.)

48) L. 15. §. un. D. de re iudicata. (42. 1.)

49) L. 12. pr. §. 1. D. h. t. Nur darf es nicht dem dolus des Depositars zugeschrieben sein, daß sich die Sache an einem entfernten Orte befindet.

verabredet ist und der Deponent verlangt, daß sie an einem solchen erfolgen solle⁵⁰⁾.

Der Deponent hat gegen den Depositär die *actio depositi directa* auf Restitution der Sache und Ersatz des durch *dolus* oder *culpa lata* gestifteten Schadens⁵¹⁾, dessen Schätzung er durch *iuramentum in litem* angeben kann. Diese Klage kann auch *utiliter* von einem Dritten angestellt werden, wenn derselbe dem Deponenten den Auftrag gegeben hatte, seine Sache dem Depositär in Verwahrung zu geben⁵²⁾, oder wenn der Deponent bei der Hinterlegung ausgemacht hatte, daß die Sache dem Dritten restituirt werden sollte⁵³⁾. Während dieses in den Gesetzen ausdrücklich anerkannt ist, sprechen sich dieselben nicht so ganz unzweideutig über die Frage aus, ob die *actio depositi directa* nicht auch *utiliter* gegen den dritten Besizer angestellt werden könne, welchem der Depositär von seiner Seite die deponirte Sache wieder in Verwahrung gegeben habe. An und für sich nämlich darf sich der Depositär einen Anderen substituiren, ohne für seinen Substituten haften zu müssen, und der erste Deponent kann dabei von seinem Depositär, falls sich derselbe bei Wahl des Substituten keiner prästablen *culpa* schuldig machte, nichts weiter verlangen, als daß er ihm seine Klage gegen den substituirtten Depositär *cebitur*⁵⁴⁾. Die Frage aber ist, ob der erste Deponent nicht auch mit Umgehung seines Depositärs den substituirtten Depositär unmittelbar mit der *actio depositi directa* belangen könne⁵⁵⁾. In den Gesetzen findet sich keine deutliche Antwort auf diese Frage, da eine Stelle des *Paulus*⁵⁶⁾, in welcher dieselbe bejahend entschieden ist, keine Aufnahme in die *Pandekten* gefunden hat. Es ist indessen nach dem Geiste des späteren römischen Rechtes unbedenklich, dem ersten Deponenten eine *actio depositi utilis* gegen den substituirtten Depositär zuzugestehen, da ja in der *L. 8. C. cit. der Kürze und Billigkeit* wegen eine solche Klage auch demjenigen gewährt wird, welchem, ohne daß er selbst den Vertrag abgeschlossen oder Erbe des Deponenten geworden, nach der zwischen Deponenten und Depositär getroffenen Verabredung die Sache von diesem restituirt werden sollte⁵⁷⁾.

Wenn ein verschlossenes oder versiegeltes Behältniß deponirt worden ist, so muß der Depositär auch für die in demselben enthaltenen Sachen einstehen, obgleich ihm dieselben bei der Hinterlegung nicht namhaft gemacht oder gezeigt worden sind⁵⁸⁾. Es folgt dieses einfach daraus, daß

50) *L. 12. D. cit.*

51) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

52) *L. 11. §. 1. D. h. t.*

53) *L. 26. pr. D. eod. L. 8. C. ad exhibendam. (3. 42.)*

54) *L. 16. D. h. t.*

55) Denn daß er, wenn er Eigenthümer ist und die Sachen noch vorhanden sind, die *rei vindicatio* anstellen könnte, versteht sich von selbst.

56) *Collat. LL. M. et Rom. tit. 10. §. 7.*

57) Vgl. überhaupt hierüber *Glück a. a. D. S. 221 flg.* Anderer Meinung ist *Bening-Jungenheim*, Lehrbuch des gem. Civilrechtes, Bd. II, §. 230 a. G.

58) *L. 1. §. 41. D. h. t.*

wer die Kiste deponirt, damit auch die in derselben enthaltenen Sachen deponirt. Natürlicher Weise muß aber der Deponent, wenn er bei der Restitution behauptet, daß Sachen fehlen, den Beweis führen, daß dieselben sich bei der Deposition in dem Behältnisse befunden haben. Die Praxis geht dabei oftmals von der Ansicht aus, daß aus dem Umstande, daß der Depositär das Behältniß erbrochen zurückgebe, ein so starker Verdacht gegen ihn entspringe, daß der Deponent zur eidlichen Ergänzung seines Beweises zugelassen werden müsse. Es ist aber klar, daß dieser Umstand nicht unbedingt einen so starken Verdacht gegen den Depositär begründen kann, um den Kläger immer zum Erfüllungsseide zuzulassen. Denn theils kann das Behältniß auch von anderen Personen, als dem Depositär erbrochen sein, theils folgt daraus, daß dasselbe erbrochen, immer noch nicht, daß sich auch die von dem Deponenten angegebenen Sachen darin befunden haben. Unter Umständen könnte daher auch in diesem Falle zu einem Reinigungsseide für den Depositär genügende Betanlassung sein⁵⁹⁾.

Es kann auch vorkommen, daß in Beziehung auf ein und dasselbe Depositum mehrere Deponenten oder mehrere Depositäre concurriren. Wenn Mehrere eine Sache deponirt haben, oder wenn ein Deponent stirbt und mehrere Erben hinterläßt, so ist zu unterscheiden, ob der deponirte Gegenstand seiner Natur nach theilbar ist oder nicht. Im ersteren Falle, d. h. wenn entweder eine Quantität deponirt worden ist, welche immer ipso iure theilbar ist⁶⁰⁾, oder wenn mehrere einzelne Sachen deponirt worden sind, welche sich an Gattung und Art vollkommen gleichen, so daß die eine die andere vertreten kann, darf von den mehreren Deponenten oder Erben nur pro rata geklagt werden⁶¹⁾, es müßte denn bei der Deposition ausdrücklich ausgemacht sein, daß Einer allein das Ganze solle zurückverlangen dürfen. Außerdem thut es der Depositär auf seine Gefahr, wenn er Einem, der nicht gehörig dazu legitimirt ist, das ganze Depositum ausantwortet. Denn durch die Auszahlung wird er gegen die Ansprüche der Uebrigen keineswegs gesichert⁶²⁾. Im anderen Falle, d. h. wenn der deponirte Gegenstand seiner Natur nach untheilbar ist, wohin auch der Fall gehört, da mehrere einzelne Sachen zwar von gleicher Gattung, aber nicht von gleichem Werthe deponirt worden sind, darf der Depositär nur an denjenigen restituiren, der von den Uebrigen gehörige Vollmacht beibringt,

59) Vgl. Glük, XV. S. 186 fig.

60) L. 2. §. 1. D. de V. O. (45. 1.) Wenn eine Quantität Geldes in einem versiegelten Beutel deponirt worden ist, können die Erben des Deponenten auch nur auf ihre Antheile klagen. Der Beutel muß aber entweder vor Gericht oder in Gegenwart einiger unbescholtener Personen ensiegelt werden. L. 1. §. 36. D. h. t.

61) Die einzelnen Miterben erhalten ihren Antheil durchaus selbstständig, so daß der eine von ihnen, der seinen Antheil von dem Depositär nicht bekommen kann, sich darum nicht an die Uebrigen, welche den ihrigen erhalten haben, halten kann. L. 12. C. depositi. (4. 34.)

62) Vgl. Glük a. a. D. S. 230.

oder der wenigstens hinlängliche Caution leistet, um ihn gegen die Ansprüche der Uebrigen sicher zu stellen⁶³).

Wenn dieselbe Sache Mehreren deponirt worden ist, so kann in der Regel jeder der Depositare auf das Ganze in Anspruch genommen werden, da die custodia selbst untheilbar ist, und jeder die ganze Sache zu bewahren hatte⁶⁴). Darum kann sich auch jeder Depositar von dem Anspruche befreien, wenn er nachweist, daß er von seiner Seite die custodia geleistet habe, welche nach der Natur des Geschäftes von ihm geleistet werden mußte⁶⁵). Mehrere Erben eines Depositors haften aber für die Handlungen ihres Erblassers nur nach Verhältnis ihres Erbenthums, während sie dagegen, wenn sie sich selbst gemeinschaftlich eines dolus schuldig machten, solidarisch einstehen müssen⁶⁶). Wenn die Erben die deponirte Sache in gutem Glauben veräußerten, indem sie dieselbe etwa für Eigenthum ihres Erblassers hielten, so haften sie dem Deponenten bloß für den Werth, den sie empfangen, oder falls das noch nicht der Fall gewesen, bloß insoweit, als sie demselben ihre Klage gegen den Erwerber abtreten müssen⁶⁷). Nur wenn sie im Stande sind, die Sache für den nämlichen Werth wieder einzulösen, oder wenn sie dieselbe auf anderem Wege bereits wieder erhalten haben, sind sie zur Restitution in natura verpflichtet⁶⁸).

Nach römischem Rechte traf den in Folge einer *actio depositi directa* Verurtheilten die Strafe der Infamie⁶⁹). Dabei ist es streitig, ob diese Strafe eintrete nur im Falle eines von dem Depositar begangenen dolus, oder auch, wenn sich derselbe nur einer *culpa lata* schuldig gemacht hatte⁷⁰). Während es nämlich in einigen Stellen ganz allgemein heißt, daß den *depositi damnatus* die Infamie treffen solle, wird in anderen Stellen die Unredlichkeit und Treulosigkeit des Depositors als Grund, und also auch als Bedingung der Infamie angegeben⁷¹). Darum ist es aber wohl das Richtigere, den Eintritt der Infamie auf den Fall des wirklichen dolus zu beschränken, da doch auf jeden Fall, wo es sich um Bestrafung handelt, zwischen dolus und culpa lata ein unverkennbarer Unterschied obwaltet. Indessen kann diese Controverse auf sich beruhen, da sie heutiges Tages ohne praktische Bedeutung ist. Denn entweder hat sich der Depositar eines wirklichen Verbrechen, des Betruges oder der Unterschlagung schuldig gemacht, und alsdann erfolgt seine Bestrafung im Wege des Criminalprozeßes und nach anderen recht-

63) L. 1. §. 36. cit. Außerdem kann der Depositar die Sachen gerichtlich deponiren und sich damit von aller Verantwortlichkeit befreien.

64) L. 1. §. 34. D. h. t.

65) Glück a. a. D. §. 282. L. 1. §. 43. cit.

66) L. 7. §. 1. L. 9. 10. 22. D. h. t.

67) L. 1. §. un. L. 2. D. h. t.

68) L. 3. D. h. t.

69) §. 2. J. de poena temere litigantium. (4. 16.) L. 1. L. 6. §. 6. D. de his qui notant. infam.

70) Vgl. Glück a. a. D. §. 206.

71) §. 2. J. cit. u. L. 1. D. cit., vergl. mit L. 6. §. 5. 6. 7. D. de his qui not. inf. (3. 2.) und mit L. 22. C. ex quib. causis. (2. 12.)

lichen Grundsätzen, oder es kann ihm kein Criminalverbrechen zur Last gelegt werden, und alsdann würde die Infamie, wenn sie ihn auch nach römischem Rechte betroffen hätte, heutiges Tages ohne alle Bedeutung sein, da die römische Infamie gegenwärtig keine rechtlichen Consequenzen mehr nach sich zieht, und daher kaum noch von gemeinrechtlicher Anwendbarkeit derselben die Rede sein kann⁷²⁾.

Ein besonderer Fall des Depositum ist das von den Neueren sogenannte depositum miserabile, in dessen Gegensatz man alsdann die übrigen Fälle des Depositums unter dem Ausdrucke depositum simplex zu begreifen pflegt⁷³⁾. Unter depositum miserabile versteht man die im Falle einer bringenden Noth oder Gefahr von Feuer, Wasser, Erdbeben, Krieg oder Aufruhr hinterlegten Sachen⁷⁴⁾. Der Unterschied, durch welchen sich dieses Depositum vor den übrigen Fällen desselben auszeichnet, besteht darin, daß bei ihm der Depositar, wenn er es ableugnet, auf den Ersatz des doppelten Werthes verklagt und verurtheilt werden kann, während er sonst blos einfachen Ersatz zu leisten braucht⁷⁵⁾. Der Grund dieser Bestimmung liegt darin, daß es besonders strafbar zu sein scheint, das in solchen Fällen der Noth erhaltene Vertrauen zu mißbrauchen⁷⁶⁾. Es ist nicht ganz unbestritten, ob die Strafe des zweifachen Ersatzes auf den Fall des Ableugnens zu beschränken, oder auch auf die Fälle anderer Veruntreuungen auszudehnen sei. Die Gesetze sprechen die Strafe nur aus für den Fall, da das Depositum abgeleugnet werde⁷⁷⁾, und es darf wohl auch keine analoge Ausdehnung gemacht werden. Denn die Fälle anderer Veruntreuungen, welche entweder durch Verbrauch oder durch Veräußerung der deponirten Sachen begangen werden, fallen unter den Begriff des römischen furtum, bei welchem der Deponent ohnedies mit der actio furti auf das duplum klagen konnte, auch wenn es sich nicht gerade um ein depositum miserabile handelte⁷⁸⁾. Das einfache Ableugnen dagegen, die Sache erhalten zu haben, konnte noch nicht für furtum gelten, weil noch keine Contrectation darin lag, so daß es, wenn es dennoch mit der poena dupli belegt werden sollte, allerdings einer speciellen Bestimmung darüber bedurfte. Gegen die Erben des Depositors konnte die Klage auf das duplum nur angestellt werden, wenn sie selbst das Depositum ableugneten, wogegen es sich von selbst versteht, daß sie jedes Falles auf das Simplum belangt werden können⁷⁹⁾. Die Klage auf das Duplum im Falle des depositum miserabile noch heutiges Tages für zulässig zu erklären, scheint sehr bedenklich zu sein, wenn man auch nicht der Ansicht Derjenigen unbedingt beitreten kann, welche den römischen Pri-

72) Vgl. darüber Savigny, System des heutigen römischen Rechtes, 2b. 2, §. 78 flg. und vorzüglich §. 83.

73) Vgl. Glück, XV. C. 208 flg.

74) L. 1. §. 1. D. h. t.

75) L. 1. §. 1. cit. §. 26. J. de actionibus. (4. 6.)

76) L. 1. §. 2—4. D. h. t.

77) S. Glück a. a. D. C. 214, der übrigens anderer Meinung ist.

78) L. 1. §. 2. L. 33. L. 67. pr. D. de furtis. (47. 2.)

79) §. 17. J. de actionibus. (4. 6.) L. 1. §. 1. D. h. t.

vastrafen gar keine gegenwärtige Anwendbarkeit mehr gestatten wollen⁸⁰). Denn darüber, daß die römischen Privatstrafen des *furtum* heutiges Tages nicht mehr anwendbar sind, ist kein Streit mehr und hat Theorie und Praxis längst entschieden. Das Ableugnen einer deponirten Sache aber ist heutiges Tages als Versuch einer Unterschlagung anzusehen⁸¹), welche nach römischem Rechte eine Unterart des *furtum* war. Es wäre daher wohl inconsequent, für diesen einzelnen Fall versuchter Unterschlagung die römische Privatstrafe fortbauern lassen zu wollen, während dieselbe für alle übrigen Fälle vollendeter Unterschlagung entschieden aufgehoben wäre.

Was endlich die rechtlichen Verbindlichkeiten des Deponenten betrifft, so haftet derselbe, weil er allein den Vortheil von dem Geschäfte hat, auch für das geringste Verscheln⁸²). Auch muß er dem Depositär alle Kosten ersetzen, welche entweder zur Erhaltung der Sache aufgewendet werden mußten, oder welche derselbe mit seiner Verwilligung gemacht hatte⁸³). Dem Depositär oder dessen Erben steht zur Verfolgung dieser Ansprüche gegen den Deponenten oder dessen Erben die *actio depositi contraria* zu, bei welcher jedoch, weil es sich hier nicht, wie bei der *actio depositi directa*, um Untreue und Veruntreuung, sondern nur um Entschädigung handelt, von dem *iuramentum in litem* kein Gebrauch gemacht werden kann⁸⁴).

Depositum irregulare nennt man die Hinterlegung fungibler Sachen unter der Verabredung, daß der Depositär dieselben nur in *genere*, also tantumdem zu restituiren brauche, ohne daß das Geschäft darum aufhören solle, ein *Depositum* zu sein⁸⁵). Ein solches *Depositum* ist in der That ein unregelmäßiges, weil durch dasselbe nicht allein das Recht, die deponirten Sachen zu benutzen, sondern auch das Eigenthum an denselben auf den Depositär übertragen wird⁸⁶). Dieses Geschäft würde vielmehr für ein Darlehn gelten müssen, wenn nicht die Willenserklärung der Contrahenten, daß es als *Depositum* behandelt werden solle, entgegenstände. Der Grund, aus welchem nicht für Darlehn angesehen werden sollte, was in Wirklichkeit Darlehn war, lag für die Römer wahrscheinlich darin, daß mit dieser Contractsform die für die Contrahirung verzinslicher Darlehensgeschäfte sonst nöthige *Stipulationsform*, welche sich für den Verkehr als hemmend erweisen mochte, umgangen werden konnte⁸⁷). Denn die Eigenthümlichkeiten dieses *depositum irregulare* bestehen darin, daß bei demselben nicht allein Eigenthum und Gefahr der deponirten Sachen auf den Depositär übergeht, sondern daß auch derselbe mit der *actio de-*

80) Bgl. darüber Glück a. a. D. S. 217, der sich für die heutige Anwendbarkeit erklärt.

81) Bgl. meine Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, Bd. I, S. 497.

82) L. 63. §. 5. D. de furtis. (47. 2.)

83) L. 12. pr. L. 23. D. h. t.

84) L. 5. pr. D. eod.

85) Rühlensbruch, §. 386.

86) L. 24. D. depositi.

87) Rühlensbruch a. a. D.

positi auf die bedungenen Zinsen und auf Verzugszinsen belangt werden kann⁸⁸⁾.

Euden.

Deputation, ein neuer, mit der in den römischen Gesetzen zuweilen¹⁾ vorkommenden und nur den damaligen Verhältnissen angehörenden Benennung *deputatus*²⁾ in gar keiner Verbindung stehender Geschäftsausdruck, durch welchen das Personal bezeichnet zu werden pflegt, das aus einem Collegium von diesem und für dieses zur Ausführung eines einzelnen Geschäftes, ohne Uebertragung einer außerordentlichen eigenen Gerichtsbarkeit³⁾, oder an gleiche oder höhere Behörden behufs einer Communication, abgeordnet wird. Der einzelne Beamte deputirt, nach dem Sprachgebrauch, nicht, sondern er subdelegirt bloß; der Höhere, der einen Niederen abordnet, deputirt diesen nicht, sondern committirt ihn; dieß und der Mangel einer außerordentlichen eigenen Gerichtsbarkeit unterscheiden bei Justizbehörden den Deputirten vom *Commisarius*⁴⁾. Die Abordnung eines höheren Beamten an eine untere Behörde, behufs einer Communication, heißt in der Regel Commission. Denn ein so Abgeordneter hat gewöhnlich auch, nach Gelegenheit der Sache, Beschlüsse zu fassen und Verfügungen zu treffen. Dieß kann der Deputirte nie; er hat bloß auszurichten, was das Collegium befiehlt, für das Collegium, nicht nach eigenem Gutdünken zu handeln; letzteres thut der Commissar. Der Deputirte tritt ganz in die Stelle des ihn beauftragenden Gerichtes, ist mit demselben für eine Person zu achten, kann also z. B. einen Verhörstermin, den er für das Collegium hält, nur mit der Erklärung, daß er von den Resultaten desselben dem Collegium Vortrag machen wolle, schließen, es sei denn, daß er vom Collegium zur Ertheilung einer gewissen Resolution Namens des ersteren für einen bestimmt vorausgesehenen Fall beauftragt ist. Er kann z. B. am Schluß des Verhörstermins, wenn die Parteien sich nicht vereinigen, sie Namens des Collegiums zum Verfahren verweisen, wenn solches ihm im Voraus für diesen Fall aufgetragen ist. Hier eröffnet er aber bloß den Beschluß des Collegiums. Der Commissar hingegen beschließt im eigenen Namen die Parteien zum Verfahren zu verweisen, und bewirkt dieß auch commissionswegen. In dieß werden die Ausdrücke häufig verwechselt, namentlich wird bei Einzelrichtern häufiger von Gerichtsdeputationen gesprochen, wenn Unterbeamte subdelegirt werden u. s. w. Es läßt sich auch der Fall denken, daß ein höheres Gericht an eine Unterbehörde eine Deputation schickt. Dieß geschieht jedoch nicht im juristischen Geschäftsgange, sondern z. B. zu De-

88) L. 24. L. 25. §. 1. L. 26. §. 1. D. eod.

1) J. B. c. 8. C. de serv. fugitivis etc. (6. 1.)

2) Calvini, lexicon iuridic. s. v. Deputati.

3) Vergl. den Art. Commission, Bd. 2, 4. Stf., S. 702.

4) Ebendaf. und S. 701. Vergl. Ebner, Handbuch des teutschen Prozesses, Bd. 4, Nr. LXXIV, §. 1 u. 2, S. 86. Glück, Pandectencommentar, Th. 3, §. 208, S. 295. Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses, §. 66. Pfotenhauer, doctrina processus, curante Diedemanno, §. 72. inpr. not. 4.

glückwünsungen ic. Uebrigens können höhere und niedere Behörden deputiren, Unterbehörden nicht committiren⁵⁾.

Deputationen werden ernannt nicht bloß von Justiz- und Administrativbehörden, sondern auch von Corporationen und Collegien aller Art. Die merkwürdigsten der neueren Zeit sind die der Volkscorporationen im Geiste des Repräsentativsystems, also die der Stadtvorordneten⁶⁾ und der Ständekammern. Denn die Letzteren anlangend werden nicht nur die von den Wahlcollegien des Volkes selbst gewählten Mitglieder der Ständeversammlungen Deputirte und wird daher die zweite Kammer, weil diese in der Regel ganz aus so gewählten Mitgliedern besteht, häufig die Deputirtenkammer genannt; sondern die Landstände selbst bestellen auch wieder Deputationen. Die von den Wahlcollegien neuerlich zu ernennenden Deputirten sind zum Theil dadurch nöthig geworden, daß nicht mehr, wie sonst, gewisse ganze Classen der Staatsbürger an den Landtagsverhandlungen Theil nehmen, sondern die ganze Classe eine gewisse Anzahl von Deputirten⁷⁾ zur Besuchung des Landtages aus ihrer Mitte ernennen muß. Das Merkwürdigste dabei ist, daß, in gänzlicher Anomalie von dem eigentlichen und oben angegebenen Begriff eines Deputirten, die sämmtlichen zu den landständischen Versammlungen ernannten Deputirten nicht an den Willen ihrer Wähler und sogenannten Committenten gebunden, zur Vertretung der Sonderinteressen derselben keineswegs, sondern vielmehr zur Vertretung sämmtlicher Nationalinteressen im Allgemeinen, ohne Parteilichkeit für gedachte Sonderinteressen, verpflichtet sind⁸⁾. Anders ist es bei den Deputationen der landständischen Versammlungen selbst. Diese sind bloß im Namen des Collegiums, von welchem sie ernannt wurden, zu handeln befugt, und werden als Eine Person mit dem Collegium angesehen. Sie sind bestimmt entweder zur Vorbereitung und Vorbearbeitung der bei dem Collegium zur Discussion kommenden Gegenstände, — dafür werden oft sogleich beim Beginn des Landtages gewisse ständige Deputationen ernannt, — oder zur Ausführung dessen, was das Collegium beschloffen hat, Uebergabe einer Schrift bei dem Landesherren u. s. w. Zu dieser Art von Deputationen gehören auch die sogen. Landesdeputationen, landschaftlichen Ausschüsse, welche bei dem Landtage erwählt werden, um auch nach beendigtem Landtage, in der Zwischenzeit bis zum Beginn eines neuen, die Rechte der Landschaft zu wahren und namentlich auf „die Vollziehung der zwischen dem Landesfürsten

5) Martin a. a. D. §. 289, Note d. Glück a. a. D. §. 198.

6) J. B. im Königreich Sachsen; vgl. allgemeine Städteordnung für das Königreich Sachsen, §. 213 flg., und alphabetisches Repertorium dazu (von Buddeus, Leipzig 1834) u. d. B. Deputationen.

7) Das Nähere hierüber s. in v. Rottek und Weider, Staatlexikon, Bd. 1, 1. Lieferung (Altona und Leipzig 1834) u. d. B. Abgeordnete, S. 102 flg.

8) Maurenbrecher, Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechtes (Frankfurt a. M. 1837), §. 153. Debes, Aufsätze aus dem Gebiete des bayerischen bürgerlichen, peinlichen und öffentlichen Rechtes (Würzburg 1837), Nr. X u. XI.

und den Ständen getroffenen Vereinbarungen zu sehen⁹⁾). Diese Art von Deputationen bestand schon und besteht in mehreren Ländern noch während der Existenz der älteren oder Feudal-Landschaftsverfassungen, und zwar so, daß durch sie häufig die Zusammenberufung der ganzen Landschaft ersetzt, und daß nur Deputationstage (*conventus deputationum*) gehalten werden¹⁰⁾.

Offenbar ist dieß eine Nachahmung der teutschen Reichsverfassung, nach welcher, vorzüglich zu Erhaltung des öffentlichen Friedens und dann zu Aufarbeitung der nach dem Schlusse des Reichstages noch übrigen Geschäfte, in der Zeit des Religionsfriedens und bei Aufriehung der Reichsexecutionsordnung die sogenannten¹¹⁾ ordentlichen Reichsdeputationen (*deputationes imperii ordinariae*) eingeführt wurden¹²⁾. Der Kurfürst von Mainz, als Reichserzkantler, hatte das Recht, diese Deputationen Namens des Kaisers einzuberufen, welche im Reichsabschiede von 1555 auf die Personen der damaligen sechs Kurfürsten, des Erzherzogs von Oesterreich, Bischofs von Würzburg und des von Münster, des Herzogs von Bayern, Abts von Weingarten und Dachsenhausen, Grafen von Fürstenberg und der Abgeordneten der Reichsstädte Eßln und Nürnberg — den Abgeordneten der Reichsstädte wollte man häufig auch bios das Prädicat „Deputirte“ zugestehen — beschränkt wurden. Später wurde dieß auf deren Nachfolger ausgedehnt und, nach hergestellter Religionsparität, bestanden diese Deputationen, außer dem Kurcollegium, aus zwölf katholischen und elf evangelischen für immer bestimmten Ständen; der zwölfte evangelische war die abgetretene Stadt Straßburg. Der Versammlungsort dieser Deputationen war Frankfurt a. M., doch konnten auch andere Orte gewählt werden¹³⁾. Sie hielten in zwei Curien (dem Kur- und dem Fürstencathe) ihre Versammlungen, deren ersterer der Kurfürst von Mainz, der letzteren der Erzherzog von Oesterreich präsidirte. Die Propositionen dabei geschahen von einem kaiserlichen Commissarius. Das Resultat der Beschlüsse wurde von Mainz

9) So lauten z. B. die Worte des §. 118 der Landschaftsordnung des Herzogthums Braunschweig vom 12. October 1832, welche im ganzen 3. Abschnitte von den Rechten und Pflichten dieses Ausschusses handelt, der dort sich ganz besonderer Rechte erfreut. Vergl. Ministerverantwortlichkeit in constitutionellen Monarchien (Leipzig 1833), Abschn. 113, S. 224.

10) Maurenbrecher a. a. D. §. 154, bef. Note 1.

11) Im Reichsabschiede von 1555, §. 68 (in Schmauß, *Corpus iuris publici*, Leipzig 1774, S. 180), wurden sie „die erscheinenden Kurfürsten, deputirte Fürsten, oder deren abgefertigte Befehlshaber“, im wormser Deputationsabschiede von 1564 „der Kurfürsten, geordneter Fürsten und Stände Räte und Botschafter“ genannt, und nur erst im westphälischen Frieden heißen sie: *Conventus Deputatorum Imperii Ordinarii* (Instr. Pac. Osnab. art. 5. §. 51; bei Schmauß a. a. D. S. 771).

12) Vergl. die Reichsabschiede von 1555, §. 65 fig., von 1559, §. 49 fig., und von 1564.

13) Der spenersche Reichsabschied von 1570 (in der Sammlung der Reichsabschiede Tit. III, S. 286 fig.) sagt: wollen einen Reichs-Deputations-Tag gen Frankfurt, oder aber wo es sonst den Sachen am gelegensten sein soll, ausschreiben.

in die Form eines Recesses gebracht — Reichsdeputationsabschied, Reichsdeputationsrecess (recessus deputationis imperii) — publicet, und hatte, wenn auf dem Reichstage vorher der Deputation das Recht Beschlüsse zu fassen (facultas decidendi) speciell ertheilt worden war, dieselbe Gültigkeit wie ein Reichsabschied, — offenbar gegen den Begriff einer bloßen Deputation¹⁴). Allein die wichtigsten Gegenstände wurden häufig zu Abkürzung des Geschäftsganges den Deputationen zur Befreiung übertragen. So die gegenseitigen Beschwerden der Protestanten und Katholiken nach den Reichstagsbeschlüssen von 1613 und 1641, wegen deren die dießfallige Deputation von 1642 bis 1645 versammelt blieb¹⁵). Die letzte ordentliche Reichsdeputation dauerte von 1652 bis 1662. — Den ordentlichen stehen die außerordentlichen Reichsdeputationen (deputationes imperii extraordinariae) gegenüber. Sie wurden zu Beforgung einzelner Geschäfte, entweder zur Vorbereitung eines Vortrags beim Reichstage oder zu Geschäften, zwar Namens des Reichstages, aber abgefordert von demselben, aus den drei Reichstagscollegien, jedoch unter Beobachtung der Religionsparität, in jedem einzelnen Falle gewählt. Indes glaubten einige derjenigen Reichsstände, welche zu den ordentlichen Reichsdeputationen gehörten, auch auf die stete Theilnahme an jenen ein Recht zu haben¹⁶). Die letzte außerordentliche Reichsdeputation wurde am 24. August 1802 zur Vollziehung des lüneviller Friedens niedergesetzt. Nicht ein kaiserlicher Commissarius, sondern der französische Minister Laforest und der russische Minister von Klüpfel legten dieser Deputation einen gemeinschaftlich genehmigten Entschädigungsplan für die einzelnen teutschen Fürsten, in Folge der französischen Occupationen, am 18. August 1802 vor, welcher mit einigen, am 9. Oct. desselb. J. genehmigten Modificationen die Grundlage des am 25. Februar 1803 gefassten Reichsdeputationschlusses wurde, der am 28. April 1803 die kaiserliche Ratification erhielt. Dadurch wurde der Zustand des teutschen Reichs und des teutschen Reichsstaatsrechtes wesentlich verändert und der nächste Grund zur Auflösung des teutschen Reichsverbandes (1806) gelegt¹⁷).

Bubbeus.

Derelictio heißt das Aufgeben des Besitzes einer Sache von Seiten des Eigenthümers in der Absicht, daß die Sache nicht mehr in sei-

14) Ueber alles dieß vergl. Struve, corpus iuris publici (Jenae 1738), cap. 23, §. 59 sq.; Pütter, elementa iuris publici germanici (Göttingae 1766), lib. III. cap. V. §. 239 sq.; Schmalz, das teutsche Staatsrecht (Berlin 1825), §. 166.

15) Eichhorn, teutsche Staats- u. Rechtsgeschichte, Th. 4, (Berlin 1836), §. 520, bes. Note f. Pütter, Grundriß der Staatsveränderungen des teutschen Reichs, §. 85, Note 9, S. 249.

16) Vergl. Struve l. c. §. 64; Pütter, elem. iur. publ. l. c. §. 244 sq.; Schmalz a. a. D.

17) Caspari, der Deputationsrecess, mit histor., geogr. und statist. Erläuterungen 2 Theile, Hamburg 1803. Erläuterung des 45. Art. des Reichsdeputationschlusses vom 25. Horn. 1803 u. Köln 1805. Pragmatische Geschichte der teutschen Reichsverhandlungen von dem neuesten Deputationshauptschlusse bis gegen Ende des Jahres 1804. Regensburg 1805.

nem Eigenthume stehen solle¹⁾, ohne Unterschied, ob diese Sache eine körperliche oder unkörperliche ist²⁾: Sachen, deren Besitz auf diese Weise aufgegeben worden ist, heißen in der Kunstsprache der neueren Juristen *res derelictae*, in der der römischen hingegen *res pro derelicto habitae*³⁾. Die Erfordernisse, welche vorliegen müssen, um diesen Begriff zu verwirklichen, sind 1) die Aufgabe des Besitzes von Seiten des Eigenthümers⁴⁾. Dieß ist nach den allgemeinen Regeln, welche vom Besitze gelten, zu beurtheilen; und wenn schon die römischen Rechtsquellen in dieser Beziehung bald von *omittere*⁵⁾, *relinquere*⁶⁾, *oicere*, *proicere*⁷⁾ und *abdicere* sprechen, so kann dieß nur beispielsweise gesagt erscheinen, nicht aber, um eine bestimmte Gattung der Besizaufgabe als Erforderniß der Dereliction hervorzuheben. — Als Eigenthümer kann aber hier nicht bloß derjenige betrachtet werden, dessen Willkür die fragliche Sache vollständig unterworfen ist, sondern man muß auch den Berechtigten dahin rechnen, wenn von der Aufgabe von Rechten die Rede ist. 2) Die Erklärung des Eigenthümers bei der Besizaufgabe, daß er die Sache nicht mehr als eigene Sache ansehen wolle. Am deutlichsten wird dieß Erforderniß in den Justinianischen Institutionen hervorgehoben⁸⁾; allein auch die classischen Juristen bestätigen diese Bemerkung, wenn sie die Dereliction an solchen Sachen in Abrede stellen, welche im Sturme über Bord geworfen werden, um der Gefahr zu entgehen⁹⁾. Diefemehr verbleiben dieselben im Eigenthume des bisherigen Eigners, da zu vermuthen steht, daß er dieselben zurücknehmen werde, falls er sie wieder auffinde, ja dieselben wieder auffuchen würde, wenn er wüßte, wohin sie gekommen wären¹⁰⁾. Endlich spricht es für die oben aufgestellte Ansicht, wenn die classischen Juristen die Dereliction leugnen, falls ein zu schwer Beladener auf dem Wege etwas von sich wirft, um es späterhin wieder abzuholen¹¹⁾. Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich so viel als gewiß, daß

1) §. 47. J. de rerum divisione. (2. 1.): Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abiecerit, ut id in numero rerum suarum esse nolit.

2) Von *usumfructum derelinquere* ist in L. 64. u. 65. pr. D. 7. 1. die Rede, und dieß erklärt L. 48. D. ibidem für identisch mit *recedere ab usufructu*.

3) Vergl. Buchholz, Versuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen römischen Rechtes, S. 73, Note 13.

4) Theoph. Inst. par. II. l. 47. tom. I. p. 258.

5) L. 2. §. 1. D. pro derelicto. (41. 7.)

6) L. 3. D. ibid.

7) L. 9. §. 8. D. de acquir. rerum dom. (41. 1.) L. 8. D. de lege Rhodia. (14. 2.)

8) §. 47. J. 2. 1.

9) L. 9. §. 8. D. 41. 1. L. 58. D. ibid. L. 2. §. 8. D. 14. 2. L. 8. D. ibid. L. 7. D. 41. 7. L. 21. §. 2. D. de acquir. vel amitt. possess. (41. 2.) §. 48. J. 2. 1. Theoph. ad h. l. ed. Reitz, tom. I. p. 258.

10) L. 8. D. 14. 2. Wer sich an solchen Sachen vergreift, begeht nach römischen Ansichten einen Diebstahl. L. 9. §. 8. D. 41. 1. L. 43. §. 10 u. 11. D. de furtis. (47. 2.)

11) L. 8. D. 14. 2.

die Absicht, die eigene Sache zu derelinquieren, nicht präsumirt werden könne, sondern der Gegenstand eines speciellen Beweises sein müsse; und eine Stelle Ulpian's, welche nach der gewöhnlichen Ansicht für die gegenwärtige Meinung angeführt wird¹²⁾, besagt nur so viel, daß bei den im Sturme über Bord geworfenen Waaren auf die Absicht, sie zu derelinquieren von Seiten des Eigenthümers, mit großer Sicherheit geschlossen werden könne, wenn derselbe wußte oder wissen mußte, daß dieselben durch das Auswerfen vernichtet werden würden. 3) Die Willenserklärung des Eigenthümers muß sich auf die ganze Sache erstrecken, so weit sie seinem Rechte unterworfen ist, nicht bloß auf einen Theil derselben. Daher kommt es, daß, wer alleiniger Eigenthümer der Sache ist, dieselbe nicht zum Theil derelinquieren, zum Theil im Eigenthume forterhalten kann, während es umgekehrt dem Miteigenthümer erlaubt ist, seinen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache vollständig zu derelinquieren¹³⁾. Bei der Dereliction von Servitutem, welche einem gemeinschaftlichen Grundstücke zustehen, ist indess der Verzicht von nur einem Theilhaber wirkungslos, da in der Untheilbarkeit des Rechtes Gründe genug vorliegen, um die Servitut dem ganzen Grundstücke zu erhalten¹⁴⁾.

Die juristischen Wirkungen der Dereliction lassen sich alle auf den Rechtsatz zurückführen, daß es einem Jeden, welchem ein Recht zusteht, frei stehen müsse, dieß Recht, wenn er will, aufzugeben. Um das Detail dieser Wirkungen kennen zu lernen, wird es zweckmäßig sein, zwischen den Sachen, welche Gegenstand des Eigenthums sind, und den Rechten an fremden Sachen zu unterscheiden. Im letzteren Falle nämlich erlischt das Recht sofort, wenn der Berechtigte erklärt, es nicht länger haben zu wollen, und kehrt zu dem zurück, dessen Eigenthum durch die Bestimmung der Berechtigung beschränkt worden war¹⁵⁾. Im zuerst genannten Falle hingegen ist es die allgemeine Wirkung jeder Dereliction, daß die derelinquirte Sache dem ersten Occupanten als Eigenthum zufällt¹⁶⁾. Nach der in den Justinianischen Pandekten angenommenen Ansicht des Proculus tritt indess der Eigenthumsverlust von Seiten des Derelinquenten nicht eher ein, als bis der Occupant juristischen Besitz an der Sache erworben hat¹⁷⁾, und um diese Eigenthümerschaft zu erklären, nehmen die römischen Juristen die *traditio in inoertam personam*¹⁸⁾ zu Hilfe, d. h. sie nehmen an, daß die derelinquirte Sache an eine Person übergeben worden

12) L. 43. §. 11. D. de furtis. (47. 2.)

13) L. 3. D. 41. 7.

14) L. 34. pr. D. 8. 3.

15) So bei dem *ususfructus* (L. 48. pr. D. 7. 1. L. 64. u. 65. pr. D. *ibid.*), bei den dinglichen Servitutem (L. 34. pr. D. *communis praed.* [8. 3.]), bei dem Pfandrecht (L. 5. pr. D. *quibus modis pignus.* [20. 6.] L. 8. §. 1. D. *ibid.*)

16) L. 2. §. 1. D. 41. 7. L. 1. u. L. 5. §. 1. D. *ibid.* §. 47. J. 2. 1.

17) L. 2. §. 1. D. 41. 7. Vergl. auch die Fassung von L. 5. pr. D. *ibidem.*

18) §. 47. J. 2. 1. Theoph. l. c. L. 5. §. 1. D. 41. 7.

sei, welche sich der Tradens nicht bestimmt gedacht habe¹⁹⁾. Und gerade aus dieser Annahme geht deutlich hervor, wie falsch es sei, die derelinquirten Sachen nach der gewöhnlichen Meinung für Sachen anzusehen, welche in keines Eigenthume stehen (*res nullius*), wie noch neuerlich von Buchholz²⁰⁾ behauptet worden, da es doch augenscheinlich ist, daß nach römischen Ansichten das Eigenthum des Derelinquenten erst von dem Augenblicke an verloren geht, wo der Occupant dasselbe erwirbt. Dabei versteht es sich freilich von selbst, daß die übrigen Erfordernisse der Occupation gutreffen, d. h. daß von Seiten des Occupanten Besitzergreifung an der derelinquirten Sache stattfindet²¹⁾, verbunden mit der Absicht, dieselbe für sich zu behalten²²⁾, und daß der Occupant wisse, daß die von ihm in Besitz genommene Sache in der That vom Eigenthümer derelinquirt worden sei²³⁾. — Daß auch fremde Sachen derelinquirt werden können, zeigt der Titel der Pandekten *pro derelicto* (41. 7.). An solchen Sachen kann freilich der Occupant das Eigenthum durch die bloße Occupation nicht erwerben, wohl aber erlangt er durch dieselbe den juristischen Besitz der Sache, verbunden mit der Befugniß, sie zu verjähren, da der *titulus pro derelicto* zu den im römischen Rechte anerkannten *Usucapionsgründen* gehört. Doch wird zu dieser Verjährung erfordert, daß der Verjährende wisse, daß die Dereliction in der That erfolgt sei²⁴⁾, wenn schon er nicht gewußt hat, von wem die Sache preisgegeben worden ist²⁵⁾. Als *titulus pro derelicto* kann es aber nicht gelten, wenn Jemand dem Occupanten die Sache abkauft²⁶⁾; denn wenn gleich auch hier dem Käufer das Recht der Verjährung nicht abgesprochen werden kann, so scheint es den Umständen doch angemessen, in diesem Falle eher an den *titulus pro emptore* zu denken.

Als Unterart der Dereliction gilt nach den Ansichten der römischen Juristen das Ausstreuen von Münzen und anderen Missilien, welches bei öffentlichen Spielen und den Proceßionen des Kaisers und der Magistrate oftmals vorkam²⁷⁾. Auch hier nahm man die *traditio in incertam personam* zu Hilfe, da der Ausstreuende allerdings die Absicht hatte, das Eigenthum der ausgestreueten Devisen an Andere zu übertragen, aber nicht bestimmt wissen konnte, wer dieselben an sich nehmen würde. Heimbach.

Deservitenjahr¹⁾. Die unmittelbare Folge der Zulassung einer Succession in das Vermögen verstorbener Pfründner, ohne Unterschied, ob

19) Schrader, ad §. 47. J. 2. 1.

20) X. a. D. §. 73.

21) L. 1. §. 1. D. 41. 1. L. 30. §. 4. D. *ibid.*

22) L. 2. §. 1. D. 41. 7., vergl. mit L. 7. §. 3. D. 41. 1. L. 30. §. 4. D. *ibid.* L. 1. u. 2. pr. D. 41. 7. L. 5. pr. u. §. 1. D. *ibid.* §. 12 u. 13. J. 2. 1.

23) L. 2. pr. u. L. 5. pr. D. 41. 7.

24) L. 4. u. 6. D. 41. 7. Vergl. Unterholzner, ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre, §. 114, Th. 1, S. 395.

25) L. 4. D. 41. 7.

26) L. 5. pr. D. 41. 7.

27) L. 5. §. 1. D. 41. 7. §. 46. J. 2. 1. Theoph. ad h. l. tom. I. p. 257.

1) Böhmer, J. E. P. lib. III. tit. 5. §. 211 sq.

dasselbe durch die Kirche erworben worden oder nicht, ist, daß den Erben eines Geistlichen auch die von dem letzteren verdienten, aber noch nicht percipierten Früchte der Pfründe nach Verhältniß des abgelaufenen Theils des letzten Dienstjahres (annus deservitus) zufallen müssen. In der Regel waren namentlich in den Capitulstatuten²⁾ die Anfangstage (sogen. dies critici) für das Verdienstjahr bestimmt, und auch jetzt ist es zunächst das particulare Recht, welches hier die Norm geben muß. Wo jedoch dieses sich nicht ausgesprochen hat, muß der Anfang des Deservitenjahres nach dem Dienstantritte des verstorbenen Beneficiaten bemessen werden. Die dem letzteren zuständig gewesenem regelmäßigen Einkünfte eines Jahres werden zu einer Masse angeschlagen, und darnach die Zeit zwischen jenem Anfangspunkte und dem Todestage vertheilt, mit welchem sie aufhören, sobald nicht particularrechtl. den Erben der Fortgenuß für eine weitere Zeit, also z. B. den Monat oder das Quartal, in welchem der Beneficiat starb (Sterbemonat, Sterbequartal), und zuweilen selbst noch für die folgende Zeit (Gnadenquartal, Gnadenhalbjahr, Gnadenjahr) verstatet ist. Insbesondere ist nach diesem Grundsätze in Ermangelung particularer Rechtsvorschriften auch der Ertrag der Beneficialgrundstücke zu Geld anzuschlagen und zu vertheilen, unter Anrechnung der auf die Bestellung beiderseits verwandten Kosten. Endlich muß dieselbe Vorschrift rücksichtlich des Pachtgeldes in Anwendung gebracht werden. Richter.

Dessau (Anhalt-), eines der drei anhaltischen Herzogthümer, welches aus sechs von einander getrennten Landestheilen besteht, enthält 17 □ Meilen, und in 8 Städten, 2 Marktstellen, 101 Dörfern und 13 Bornaeren, nach der Zählung vom J. 1837 60,945 Einwohner, worunter 1602 Juden, von welchen 743 auf die Stadt Dessau kommen. Die Residenzstadt ist Dessau. — Durch den Theilungsvertrag von 1603 hatte Johann Georg I. dieß Herzogthum erhalten, dessen Sohn Johann Kasimir 1660 starb. Dem Letzteren folgte Johann Georg II., welcher sich mit Henriette Katharina, Prinzessin von Dranien, vermählte und 1669 Groß-Ältesten erwarb. Er gründete die Stadt Dranienbaum, bemühte sich aber vergebens Äscherleben wieder zu erhalten, und die alten Ansprüche des fürstlichen Hauses auf Sachsen-Lauenburg durchzusetzen, und nahm, nebst den übrigen Fürsten Anhalts, Titel und Wappen der Herzoge zu Sachsen an, worauf er 1693 verstarb. Seine Gemahlin führte bis 1698 für ihren einzigen Sohn Leopold I. die Vormundschaft, welcher sich durch seine kriegerische Laufbahn und glänzenden Feldzüge berühmt gemacht hat, und durch seine Verdienste um das königlich preussische Haus, dessen Militärwesen er sehr verbesserte, so wie durch seine Verdienste um Kaiser und Reich bekannt ist. Er that außerordentlich viel für sein Land, erwarb 1717 das Amt Erbzig von Bernburg, kaufte viele Güter im Auslande und starb 1747, worauf ihm sein Sohn Leopold Maximilian folgte, der aber schon vier Jahre nachher wieder mit Tode abging. Da dessen Sohn

2) Dürr, de annis gratiae canonicorum ecclesiarum cathedralium et collegatarum in Germania; in Schmidt, thes. iur. eocl. T. VI. p. 178.

Leopold Friedrich Franz noch unmündig war, so verpaltete der Dyrin, Fürst Dietrich, das Land bis 1758, Franz aber sorgte nach angetretener Regierung wahrhaft väterlich für seine Unterthanen, und erstreckte diese Sorgfalt auch auf den 1797 erhaltenen zerbster Antheil. Was er während seiner langen Regierung für sein ganzes Land gethan, wie er die durch den Krieg demselben geschlagenen Wunden zu heilen suchte, wie er durch treffliche Einrichtungen und Stiftungen des Landes Wohlfahrt beförderte und dasselbe zu einem Garten umschuf, wird sein Andenken für alle Zeiten segensreich erhalten. Er nahm 1807 den herzoglichen Titel an, und starb den 9. August 1817; ihm folgte sein Enkel, der jetzt regierende Herzog Leopold Friedrich, geboren den 1. Oct. 1794. Dieser traf manche heilsame Veränderung in der Verwaltung, ließ sich die Verbesserung der Rechtspflege angelegen sein, hob im Jahre 1819 die den Doronänenpächtern überlassenen Untergerichte auf, welche in zwei neuerrichtete Justizämter vereinigt wurden, und bewirkte die Vereinigung der lutherischen und reformirten Kirche 1827 zu einer evangelisch-christlichen. — Unter ihm schloß sich Anhalt-Dessau 1828 dem preussischen Zollverbande an; übrigens stellt das Herzogthum zum Bundescontingent 529 Mann.

Der jetzmalige regierende Herzog zu Anhalt-Dessau führt den Titel: regierender Herzog zu Anhalt, Herzog zu Sachsen, Engern und Westphalen, Graf zu Ascanien, Herr zu Zerbst, Bernburg und Gröbzig, und dieser Titel unterscheidet sich von dem der beiden anderen Herzöge nur dadurch, daß Zerbst vor Bernburg gesetzt und zuletzt noch Gröbzig hinzugefügt ist. Das anhalt-dessauische Wappen, über welchem eine Herzogskrone befindlich ist, besteht nebst dem Herzschilde aus zwölf Feldern, auf welchen sechs Helme mit Berrathen ruhen, und wird von zwei schwarzen gekrönten Bären mit goldenem Halsbande gehalten, ist daher von dem früheren fürstlichen nur durch die nunmehrige herzogliche Krone unterschieden. — Der Herzog ist unumschränkt (souverain), besißt die höchste vollziehende Gewalt, und alle Staatsämter sind von ihm abhängig; seine persönlichen Angelegenheiten besorgt das geheime Cabinet. Das Hofmarschallamt führt die Aufsicht über die herzoglichen Schlösser und Gärten im Alt-Dessauischen, über die herzogliche Küche und Keller und die dabei angestellten Personen, während im zerbster Antheile die herzoglichen Schlösser und Gärten unter einem Forstmeister stehen. Dem Oberstallmeister ist der herzogliche Marstall und dem Oberjägermeister das Jagdwesen nebst den dabei angestellten Personen untergeordnet. Das Oberjägermeisteramt kann übrigens, bei Untersuchung und Bestrafung von Wilddiebstählen durch die gehörigen Criminalgerichte, einen fiscalischen Anwalt bestellen, bloße Jagdstreuel aber, bei welchen kein Verdacht eines beabsichtigten Wilddiebstahls vorliegt, selbst bestrafen; gegen seine Strafbefehle findet bloß die Beschwerdeführung beim regierenden Herzog statt. — Die Verwaltungsbehörden des Landes betreffend, so sind die Landesregierung und die Kammer in Dessau die obersten Justizbehörden. Jene, unter welcher alle Justizämter stehen, ist die erste Instanz der schriftsässigen Personen (jedoch nicht in peinlichen Untersuchungsfachen) und der schriftsässigen Sa-

chen, führt die Aufsicht über die sächsische Communalverwaltung, das Erbschafts- und Pöbelwesen, alle Erbjudensachen und jüdische Gemeindefachen, und verwaltet die Brandcasse; die Innungsfachen aber sind, nach einer Verrechnung vom 31. December 1833, zwischen ihr und der herzoglichen Kammer vertheilt; sie gibt in allen peinlichen Sachen, wo über zwei Wochen Gefängnißstrafe oder 5 Thlr. Geldstrafe zu erkennen ist, das erste Erkenntniß, und von ihr geht die Appellation an das Oberappellationsgericht in Zerbst; zugleich ist sie der Lehnshof, prüft die im Justizfache Anzustellenden, hat die Disciplinaraufsicht über die darin Angestellten, und redigirt die Gesesammlung. Sie bildet auch das Consistorium, wozu noch ein geistlicher Consistorialrath, der zu Zerbst jedesmalige angestellte Supertatendant, gehört. Diesem Collegium sind die Geistlichen und Schullehrer und ihre Angelegenheiten unterworfen, und alle die Kirchen und die Ehe betreffenden Sachen werden von demselben verhandelt; doch gehören Beschwerden der Eheleute wegen übler Behandlung, sofern daraus nicht wenigstens auf Trennung von Tisch und Bett angetragen wird, vor die ordentlichen Civilgerichte der Person. Die Landesregierung besteht aus einem Präsidenten, vier Räten, zwei Kanzleisecretären, einem Registrator und zweien Regierungsboten, bisweilen sind auch noch Referendare dabei angestellt. — Die Kammer, welche früher den zu wenig bezeichnenden Namen Rentkammer führte, bildet, nach der landesherrlichen Bekanntmachung vom 8. December 1832, die neuen Einrichtungen in der Verwaltung der Finanz- und Polizeiangelenheiten u. s. w. betreffend, die oberste Verwaltungsbehörde in Betreff der inneren Angelegenheiten und in Polizei- und Verwaltungsfachen, und mit ihr sind die Grenzcommission, die Steuerdirection und die Direction des zerbster Zucht- und Zwangsarbeitshauses vereinigt; die Armen- und Arbeitscommission zu Dessau aber, unter welcher wiederum die Armeuvorstände in den Städten und Dörfern stehen, nachdem das Landarmenwesen im altdeffausischen Lande durch ein Geses vom 12. Juni 1830 und hierauf das Armenwesen der Residenzstadt Dessau durch ein Geses vom 18. Dec. 1831 eine neue Einrichtung erhalten hatte, ferner die seit 1793 niedergelegte Medicinalcommission, welche künftig nur eine technisch rathgebende Behörde in medicinal- polizeilichen und gerichtlichen Angelegenheiten bildet, und das Bauamt für alle zum Kammerreiffort gehörigen Bauangelegenheiten sind ihr als Oberbehörde untergeordnet. Die Kammer bildet ein Collegium unter dem Vorsitz eines Kammerpräsidenten, und besteht aus drei Abtheilungen. Die erste Abtheilung des Inneren und der Polizei übernimmt 1) alle inneren Angelegenheiten der Landeshoheit und die der Grenzcommission bisher übertragenen Geschäfte, das Postwesen, das Communalwesen, so weit dasselbe nicht zum Reffort der Regierung gehört, die Aufsicht über alle öffentlichen Anstalten, das Armenwesen u. s. w.; 2) die gesammte Handels- und Gewerbepolizei, mit Ausschluß dessen, was zur Zwangsverfassung gehört und von der herzogl. Regierung bearbeitet wird; 3) die Medicinal- und Gesundheitspolizei, die Anstellung der Aerzte, Wundärzte und Hebammen, die Oberaufsicht über Kranken- und Irrenhäuser u. s. w.; 4) die gesammte Sicherheits- und Ordnungspolizei, die

Aufsicht über alle Gefängnisse, Zucht-, Straf- und Correctionsanstalten u. s. w.; 5) das Militärwesen, so weit hierbei Einwirkung der Civilbehörde, und 6) das Bauwesen, so weit es bei den zum Ressort dieser Abtheilung gehörenden Gegenständen stattfindet. — Die zweite Abtheilung, die Domänendirection, bearbeitet alle Angelegenheiten, welche sich auf die Verwaltung der Domänen und herzogl. Privatgüter, die landwirthschaftliche Polizei, und zugleich auf die Anlegung und Erhaltung der Kunststraßen, Wege und Dämme und das Bauwesen, so weit es hierbei vorkommt, beziehen. — Die dritte Abtheilung, die Steuerdirection, hat das gesammte Steuerwesen unter sich. Jeder dieser drei Abtheilungen steht ein Rath als Dirigent vor, welcher in der Regel ohne Concurrenz der übrigen Mitglieder der Kammer in seinem Geschäftskreise verfügt und die Sache zum Schluß bringt; nur für Rechts-, Medicinal- und Bauwesen sind ein Justitiarius, ein Medicinalrath und ein Bauath beständige Correferenten. — Die Rechnungskammer ist nach einer landesherrlichen Bekanntmachung vom 16. November 1832 (Gesetzsammlung Nr. 77, S. 517), die herzogl. Rechnungskammer, ihre Einrichtung und ihre Stellung zu anderen herzogl. Behörden betreffend, dazu bestimmt, nicht nur die Oberrevisions sämmtlicher Rechnungen aller zum Staatshaushalte gehörigen Verwaltungen und Cassen zu bewirken, sondern auch darüber zu wachen, daß die für die gesammte Finanzverwaltung und ihre einzelnen Zweige festgestellten allgemeinen Grundsätze, Etats und Instructionen gehörig gehalten, beobachtet und darin keine, von dem regierenden Herzoge nicht ausdrücklich genehmigte, Abänderungen gemacht werden. Sie ist aus einem Director und einem Rechnungsrathe zusammengesetzt, denen ein Hauptbuchhalter und zwei Calculatoren beigegeben sind, und steht unter dem unmittelbaren Befehle des Herzogs. Von denjenigen Cassen, deren Rechnungen sie zu revidiren hat, sind die beiden Hauptcassen: die Hauptkammereasse und die Casse der Schuldenverwaltung. — Das Oberforstamt, welches eine selbstständige Behörde ist, besorgt alle Forstangelegenheiten; alle Forstbediente stehen unter ihm, und das Ganze leitet ein Oberforstmeister. — Das seit 1791 eingefetzte Wittwencassen-Curatorium verwaltet die allgemeine Wittwencasse, und steht unter specieller Aufsicht der Landesregierung. Eine besondere Predigerwittwen- und Sterbecasse gibt es außerdem noch im ehemaligen Fürstenthume Anhalt-Zerbst. — Die Leopold-Stipendiencommission führt die Verwaltung einer von Leopold Friedrich seit 1819 gegründeten gewissen Anzahl Stipendien für Söhne auf dem Lande wohnender herzogl. Diener, welche diese Söhne in die Hauptschulen zu Dessau oder Zerbst schicken wollen, und für Studirende. — Die seit 1808 errichtete Kriegskommission besorgt die Militärangelegenheiten, so weit nicht die Einwirkung der Civilbehörden bei Einquartierungen, Lieferungen u. dergl. stattfinden muß. Uebrigens bildet sie die zweite Instanz für dienstthuende Militärpersonen, hinsichtlich der Beurtheilungen aber nur wegen militärischer Dienstverbrechen; die erste Instanz für dergleichen Personen bilden die Militärgerichte, s. Verordnung wegen des Gerichtsstandes der Militärpersonen vom 30. Sept. 1816 (Sammlung landesherrlicher Verordnungen, 2. Bd. Nr. 387).

Das Herzogthum ist in 7 Kreise eingetheilt; an der Spitze jedes Amtes steht ein Justizamtmann, welchem ein Actuarius beigegeben ist; in der Hauptstadt Dessau aber ist das Justizamt und der Magistrat zu einem Stadt- und Landgerichte seit 1834 vereinigt worden, bildet das 8. Amt, umfaßt den Amts- und Rathbezirk der Stadt Dessau und die zu dem Amte Dessau gehörigen Ortschaften mit deren Feldfluren, und besteht aus einem Director mit dem Justizrathstitel, zweien Råthen, einem Secretär und einem Registrator. Die Justizämter verwalten die Civilgerichtsbarkeit in erster Instanz über alle Personen und Grundstücke, welche nicht schriftsfällig sind, auch über die Diensthöten der Schriftfassen und commissionsweise über solche Diensthöten, die in schriftsfälligen Häusern wohnen, sodann die Criminalgerichtsbarkeit in allen in ihren Bezirken sich ereignenden Criminalfällen, die freiwillige Gerichtsbarkeit und das Hypothekewesen, die Vormundschafsfachen, während die Landesregierung Obervormundschaftsbehörde ist, und das Conscriptionswesen. Denselben Wirkungskreis hat auch der Stadtrath zu Zerbst in seinem Bezirke; diesem sowohl als den Justizämtern, sowie den Untergerichten überhaupt, ist die Befugniß ertheilt, über folgende peinliche Verbrechen selbst zu erkennen: 1) über wörtliche und über solche leichte Realinjurien, welche keine Spur äußerlicher Verletzung hinterlassen oder keinen directen nachtheiligen Einfluß auf die Gesundheit gehabt haben; 2) über den ersten kleinen, simplen, nicht qualificirten Diebstahl, wenn der Werth des Gestohlenen nicht über fünf Thaler austrägt; 3) über alle Arten des gemeinen, nicht qualificirten Betruges (falsa), wenn das Object des Betruges nicht über fünf Thaler ausmacht. Gegen solche Straferkenntnisse findet bloß die Appellation an die Landesregierung statt, welche das zweite Erkenntniß abfaßt, wobei es sein Bewenden behält. — Neben den Justizämtern bestehen die Stadtråthe oder Magistrate in den Städten, theils als Verwaltungsbehörden in Gemeindeangelegenheiten, theils als Staatsbehörden, und bilden als erstere ein Collegium, das mindestens drei Mitglieder enthalten soll. Der im J. 1834 neu organisirte Stadtrath zu Dessau, welcher der vereinigten Amts- und Rathsgemeinde dieser Stadt in deren Gemeindeangelegenheiten vorgeht, ist, mit der Gerichtsverwaltung aber sich nicht weiter befaßt, besteht aus dem Stadt- und Landgerichtspersonale, zwei Kammerrern und sieben Rathsherrn. Der Stadtrath zu Zerbst, der bedeutendsten von allen anhaltischen Städten, ist jetzt aus einem Oberbürgermeister, zwei Bürgermeistern, einem Kämmerer, zwei Rathsmännern, einem Stadtsecretär, einem Registrator und einem Kammerschreiber zusammengesetzt. Die städtische Obrigkeit führt in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsbehörde der städtischen Angelegenheiten die gesammte Verwaltung derselben, und es sind ihr in dieser Hinsicht sowohl alle einzelne Mitglieder der Gemeinde, als auch alle zu öffentlichen Zwecken bestehende, städtische Behörden, in gleichen städtische Corporationen und Stiftungen, in so weit deren Statuten nicht etwas Anderes befehlen, untergeben und zum Gehorsam verpflichtet. Als Staatsbehörde ist die Stadtoberigkeit berechtigt und verpflichtet, nicht nur darauf zu sehen, daß die bestehenden Landesgesetze und Vorderschriften beobachtet werden, sondern auch die Aufträge, welche ihr in Lan-

besangelegenheiten von den Staatsbehörden im Umkreise der Stadt gemacht werden, zu übernehmen und auszuführen, und sie ist in dieser Hinsicht bloß der betreffenden Staatsbehörde untergeordnet. Ferner ist sie die einzige ausführende Behörde, jedoch können zur Verwaltung einzelner Geschäftszweige in jeder Stadt auch Deputationen und Commissionen gebildet werden. Insofern nicht besondere Polizeibehörden bestellt sind, ist sie auch verbunden, die Polizeiverwaltung in der Stadt zu übernehmen, wobei sie aber bloß im Auftrage des Staates handelt. Da, wo besondere Polizeibehörden angeordnet sind, hat sie die Polizeibehörde zu unterstützen. Um das gesammte Städtewesen des Herzogthums zu einer solchen Selbstständigkeit und Gleichförmigkeit hinzuzuführen, daß die Stadtgemeinden und die ihnen vorgesetzten städtischen Obrigkeiten in den Stand gesetzt werden, ohne ein häufiges und zu sehr in das Einzelne gehendes Einschreiten der höheren Behörden die besonderen sie betreffenden Gemeinbeangelegenheiten in einem durch das Gesetz selbst geregelten Geschäftsgange zu besorgen und ihr eigenes Gemeinwohl zugleich im Sinne des gesammten Staatszweckes und im Einklange mit dem letzteren zu befördern, ist am 29. December 1832 (Gesetzsammlung Nr. 79, S. 537) eine Städteordnung für das Herzogthum Anhalt-Dessau bekannt gemacht worden, wonach unter Anderem nicht nur der städtischen Obrigkeit ihr Geschäftskreis angewiesen ist, sondern auch Stadtverordneten eingesetzt worden sind, deren Anzahl für jede Stadtgemeinde nach Verhältniß ihrer Größe und des Umfangs der städtischen Angelegenheiten durch ein besonderes Statut bestimmt ist, jedoch nicht unter 9 und nicht über 24 betragen soll, und in gleicher Zahl sollen auch Stellvertreter gewählt werden, und diese sowohl als jene sind verbunden, ihre Stelle sechs Jahre lang zu verwalten. Hierbei ist zu erwähnen, daß durch eine herzogliche Verfügung vom 22. October 1827 die alten Statuten der Stadt Zerbst wegen der Dunkelheit, Zweideutigkeit und Unvollständigkeit ihrer privatrechtlichen Bestimmungen aufgehoben worden sind. — Sowohl der Stadtrath zu Dessau, als der zu Zerbst übte früher die Polizei unter seiner Gerichtsbarkeit aus; allein im J. 1786 wurde in Dessau eine eigene Polizeibehörde eingesetzt, welche jedoch erst 1809 ihre jetzige Einrichtung erhielt und an deren Spitze ein Polizeidirector steht. Seit 1825 ist in Zerbst ebenfalls ein eigenes Polizeiamt errichtet, welches ein Director leitet. In den Vorstädten ist den Richtern in ihrem Bezirke die Polizeiinspection übertragen. Sämmtliche Polizeibehörden sind der Kammer, als Oberlandespolizeibehörde, untergeordnet, und die städtischen haben nebst den Feuercommissären auf dem Lande die Feuerlöschanstalten unter sich. Eine erneuerte Feuerordnung v. 1. Februar 1826 ist am 25. Februar desselben Jahres für die anhalt-dessauischen Lande, jedoch mit Ausnahme der Stadt Zerbst, wo die dortige besondere Feuerordnung in Kraft bleibt, und eine erneuerte Brandcassenordnung vom 1. November 1826, am 25. November desselben Jahres bekannt gemacht worden. In den Dörfern handhaben die Dorfgerichte die niedere Polizei, und besorgen die Gemeinbeangelegenheiten. — Die adeligen Gerichte verwalten Gerichtshalter (Justitiarier), welche durch die Landesregierung verpflichtet werden. — Die Zahl der Sachwalter des Her-

zogthums, Regierungsadvocaten genannt, ist auf eine von dem regierenden Herzog genehmigte Normalzahl festgesetzt, laut Verordnung vom 7. Jan. 1823. — Zur Sicherheit des Landes wurde 1810 eine Gensdarmrie aus reitenden und Fußgensdarmen errichtet, deren Obliegenheiten in dem Reglement vom 12. August 1810 enthalten sind, und welche als zur Polizei gehörig unter der Kammer steht. — Ein Zucht- und Zwangsarbeitshaus, welches bis 1801 zum Waisen- und Armenhause diente, ist in Zerbst, wocin nicht nur Verbrecher und Vagabunden aufgenommen werden, sondern welches auch als Besserungsanstalt für faule und liebedliche Insländer benutzt wird. Demselben steht ein Inspector vor, und die Aufsicht darüber hat der jedesmalige Justizbeamte in Zerbst, die Oberaufsicht aber die schon oben erwähnte Direction.

In Betreff der Rechtsverfassung des Herzogthums gilt auch hier, was bereits unter dem Artikel Anhalt als Gesammthaus von den früheren Landesordnungen und dem Gesamt-Oberappellationsgerichte erwähnt ist. Auch die kursächsischen Constitutionen gelten jetzt in den gesammten anhalt-dessauischen Landen. In den vormals anhalt-zerbstischen Landen war die Beziehung darauf durch die Kanzlei- und Consistorialordnung vom 20. April 1687 verboten. Aber dieses Gesetz ist zwar nicht ausdrücklich aufgehoben, in Betreff dieses Punktes jedoch außer Anwendung gekommen. — In der neueren Zeit erschienen viele Verordnungen, welche jedoch größtentheils nur polizeiliche Verfügungen sind und zunächst in dem dessauischen Wochenblatte bekannt gemacht worden waren, im Jahre 1784 aber gesammelt unter dem Titel herauskamen: „Sammlung landesherrlicher Verordnungen, welche im Fürstenthum Anhalt-Dessau ergangen sind,“ welche Sammlung die Verordnungen vom J. 1691 bis 1784 umfaßt. Im J. 1819 erschien ein zweiter Band der Sammlung dieser Verordnungen von 1784—1818. Als Fortsetzung derselben, welche jedoch mehr, als jene, eine genaue Bestimmung und Feststellung aller Rechtsverhältnisse beabsichtigt, ist die im J. 1834 herausgekommene „Gesetzesammlung für das Herzogthum Anhalt-Dessau“ zu betrachten, deren erster Band die Verordnungen von den Jahren 1818 bis 1828, der zweite die Verordnungen von den Jahren 1829 bis 1833 enthält, welche einzeln als Beilagen zu dem dessauischen Wochenblatte ausgegeben worden sind. Die später bekannt gemachten sind bisher nur einzeln und noch nicht gesammelt erschienen. Bemerkenswerth von den Gesetzen und Verordnungen größeren Umfanges sind: die Verordnung wegen der Bankrottirer und Wucherer, vom 12. Juli 1818, die Bauordnung vom 13. März 1819, die allgemeine Innungsordnung für die sämmtlichen Innungen in den herzoglich anhalt-dessauischen Landen vom 23. August 1821, das Jagdgesetz vom 10. März 1830, und das Gesetz: die Bestrafung der an Gegenständen des öffentlichen und Privatguthums, welche im Freien ausstehen und Entwendungen und anderen Beschädigungen vorzüglich ausgesetzt sind, begangenen Frevel betreffend, vom 14. Juli 1830. Zur Abhilfe des längst gefühlten Bedürfnisses, durch Verbesserung der gesetzlichen Formen bei Rechtsstreitigkeiten in den Gerichten den Gang der Rechtspflege abzukürzen und zu sichern, wurden im Jahre

1822 Erläuterungen und Verbesserungen der anhaltischen Prozeßordnung, deren Grundlage die alte kursächsische Prozeßordnung ist, sowie Erläuterungen und Verbesserungen einiger mit dem Verfahren in gerichtlichen Streitfachen mehr oder weniger zusammenhängenden Titel der anhaltischen Landesordnung herausgegeben unter dem Titel: Erläuterungen, Veränderungen und Zusätze zu einigen Titeln der anhaltischen Landesordnung, desgleichen zu der Prozeßordnung, nebst einem Anhange zu der letzteren, die summarischen Prozeßarten betreffend, Dessau 1822. Darin sind unter Anderem enthalten: die Wechselordnung, welcher, mit einigen Abweichungen, der Inhalt der in den königlich preussischen Staaten eingeführten Wechselordnung im Wesentlichen zu Grunde gelegt worden ist, sowie auch die Sporteltaxe für die Gerichte, gerichtlichen Aerzte und Wundärzte und die Advocaten. Aus dem Anhange, der die summarischen Prozeßarten in sich faßt, ist besonders zu erwähnen, daß dessen 2. Capitel vom Executivprozeße, das 8. vom Consistorial- und insbesondere vom Eheprozeße, das 9. von dem Verfahren in geringfügigen streitigen Rechtsfachen, das 10. vom Rechnungsprozeße, das 11. von provisorischen Verfügungen und das 12. endlich von dem Hilfsverfahren handelt, welches letztere sehr ausführlich dargestellt ist, indem zugleich alle früheren, auf die Hilfsvollstreckung und öffentliche Versteigerung sich beziehenden Landesgesetze aufgehoben worden sind. Zu diesen Erläuterungen, Veränderungen u. s. w. sind wiederum hier und da Entscheidungen gegeben worden, und werden auch noch ferner gegeben; die ersten sind vom 10. Juni 1824, und finden sich in der Gesesammlung Nr. 26, S. 157—168; sodann sind am 14. März 1827 fernere Entscheidungen dazu ertheilt worden, Gesesammlung Nr. 35, S. 249—256, dann unterm 1. October 1831, Gesesamml. Nr. 60, S. 403—422, und zuletzt den 18. August 1835, Gesesamml. Nr. 110, S. 693—695. — Was nun die von dem gemeinen teutschem Privatrechte und sächsischem Rechte abweichenden oder besonders eigenthümlichen Bestimmungen der einzelnen Gesetze des Herzogthums Anhalt-Dessau betrifft, so sollen dieselben im Folgenden kürzlich angeführt werden.

S t a a t s r e c h t. Hierbei ist weiter nichts zu erwähnen, als daß Fürst Leopold in der dessauischen Linie im J. 1727 das Erstgeburtsrecht einführte, um sein Land zusammenzuhalten und eine Theilung unter seinen Prinzen zu verhüten; nach einigen Schwierigkeiten erhielt er im J. 1729 die kaiserliche Bestätigung darüber.

Kirchenrecht. Ueber das bei Aufgeboten und Trauungen zu beobachtende Verfahren und über die Eheverbote spricht eine Verordnung vom 27. Juni 1823 (Gesesamml. Nr. 25, S. 149), worin unter Anderem festgesetzt ist, daß Personen, welche keine gerichtlich confirmirte Ehestiftung vorzeigen können, weder aufgeboten noch getraut werden dürfen; jedoch sind Fremde, die auswärts ansässig sind, sowie diejenigen, welche gleich nach der Verheurathung ins Ausland ziehen, von dieser Verfügung ausgenommen.

Criminalrecht. Wegen der Diebereien des Gesindes hat eine Verordnung vom 10. Juni 1803 (Sammlung landesherrlicher Verordnungen, Bd. 2, S. 256) verschiedene Bestimmungen gegeben und beson-

ders Herrliche Züchtigung für kleinere Diebstähle dieser Art als Strafe festgesetzt. — Das anhalt-dessauische Jagdgesetz vom 10. März 1830 (Gesetzsamml. Nr. 48, S. 331) stellt mildere Grundsätze, als das sächsische auf, indem es z. B. in §. 14 bestimmt, daß, wer in einem fremden Jagdreviere einen Hirsch erlegt oder entwendet, 80 Thlr. Geld-, oder im Unermögensfalle nur viermonatliche Gefängnißstrafe erleiden soll; und so sind auch für anderes Wild die Strafen verhältnißmäßig bestimmt. Wegen Bestrafung der an Gegenständen des öffentlichen und Privat Eigenthums, welche im Freien der Beschädigung oder Entwendung vorzüglich ausgesetzt sind, begangenen Frevel ist, mit Aufhebung aller bis dahin dieserhalb erschienenen einzelnen Verordnungen ein neues strenges Gesetz unter dem 14. Juli 1830 erlassen worden, welches unter I. allgemeine Bestimmungen enthält, und unter II. von Bestrafung der an einigen besonders benannten Gegenständen des öffentlichen oder Privat Eigenthums begangenen Frevel handelt, und zuletzt festsetzt, daß die Detrimentalgerichte in solchen Straffällen das erste Erkenntniß fällen dürfen, wenn der angerichtete Schaden nicht mehr als 5 Thaler beträgt und der Angeschuldigte wegen eines ähnlichen Vergehens noch nicht bestraft worden ist; außerdem wird das erste Erkenntniß von der Landesregierung gesprochen. In geringfügigen Straffällen dieser Art, wo höchstens auf 5 Thaler Geld- oder achtstägige Gefängnißstrafe erkannt werden kann, sind auch die Polizeidirectoren zu Dessau und Zerbst in ihren Bezirken in einigen bestimmten Fällen berechtigt, gesetzliche Strafen auszusprechen, und gegen deren Strafbefehle gehen die Berufungen an die Kammer zu Dessau. Ein sehr zeitgemäßes Gesetz ist die Verordnung wegen der Bankrottirer und Wucherer vom 12. Juli 1818 (Gesetzsamml. Nr. 1, S. 1), welches zwischen betrügerischen, muthwilligen und unbesonnenen Bankrottirern unterscheidet und in §. 3 bestimmt, daß, wenn ein gefährlicher und betrügerischer Bankrottierer sich gefährlicher Mittel zur Verheimlichung des Betruges, z. B. durch Entfernung oder Verfälschung der Handelsbücher u. s. w. bedient hat; ingleichen wenn der beabsichtigte Betrug von ganz besonderer und großer Bedeutung ist, die Strafe bis auf lebenslängliche Zuchthausstrafe erhöht werden kann. Unbesonnene Bankrottirer, wenn sie den chirographarischen Gläubigern wenigstens 50 Procent zu zahlen im Stande sind, sollen nur die Hälfte der den anderen Bankrottirern bestimmten Strafen erleiden (§. 12). Ehefrauen der Bankrottirer, welche wesentlich am Verbrechen ihres Ehemannes Theil genommen haben, sollen die Hälfte der dem Letzteren bestimmten Strafe erleiden und ihr Eingebrautes verlieren (§. 14). In Betreff des Wuchers soll, wenn der festgesetzte höchste Zinsfuß um mehr als ein Procent überstiegen ist, das dargeliehene ganze Capital verfallen sein, auch überdies der Gläubiger entweder mit Zuchthaus- und Arreststrafe oder mit dem vierten Theile des Capitals bestraft werden (§. 32). Rückfichtlich der Alimentation umhülllicher Kinder hängt es nach dem Gesetze vom 30. Mai 1818 (Sammlung landesherrl. Verordnungen Bd. 2, Nr. 368), wenn die Mutter mit mehreren Mannspersonen zu thun gehabt hat, von dem Ermessen des Vormundes ab, welche derselben er zuerst auf Erfüllung der

dem Kinde schuldigen Pflichten in Anspruch nehmen will (§. 8). Stirbt der Vater vor vollendeter Erziehung, so können die unehelichen Kinder die Aussetzung des noch Fehlenden aus dessen Nachlaß fordern (§. 24). Sind eheliche Kinder vorhanden, so darf dieser Auslaß nur auf die Nuzungen angewiesen werden (§. 25). Kein Vertrag irgend einer Art, wodurch die einem unehelichen Kinde schuldigen Verbindlichkeiten aufgehoben werden sollen, ist rücksichtlich des Kindes für rechtsbeständig zu achten, wenn er nicht vom Vormunde und der Obrigkeit genehmigt und mit einer hinlänglichen Caution verbunden gewesen ist (§. 28). Ueber die Ansprüche unehelicher, von einem verheuratheten Manne während bestehender Ehe erzeugten Kinder an die Erben des ehelicherischen Vaters s. Gesesamml. Nr. 60, S. 406. Von Ehe- und Schwängerungsklagen gegen Militärpersonen handeln die Edicte vom 24. December 1794 und 2. März 1804, und die Erweiterung und nähere Bestimmung dieser Edicte vom 14. September 1811 (Samml. landesherrl. Verordn. Bd. 2, 338), woraus nur das hervorzuheben ist, daß Ansprüche wegen Alimentation der außer der Ehe von Militärpersonen erzeugten Kinder gegen Officiere ohne Einschränkung, gegen Unterofficiere und Gemeine aber nur dann stattfinden sollen, wenn diese außer der Löhnung noch eigenes disponibles Vermögen besitzen. — Wegen Annahme und Auslieferung der Verbrecher hat Anhalt-Dessau am 17. Oct. 1829 einen Vertrag mit den beiden anderen herzogl. Regierungen bekannt gemacht (Gesessamml. Nr. 45, S. 323), wonach, wenn die Gerichtsstände des Wohnortes, des begangenen Verbrechens und der Ergreifung des Verbrechers nicht unter einem Landesherrn stehen, der Gerichtsstand des begangenen Verbrechens der zuständige sein soll. Auch über gegenseitige Zuweisung und Annahme abwesend gewesener und in ihr Vaterland zurückkehrender Personen und Bagabunden ist zwischen der Kammer zu Dessau und den Landesregierungen zu Bernburg und Cöthen unterm 15. Jan. 1831 ein Vertrag abgeschlossen worden. In Betreff der Kostenvergütung in Criminalsachen, besonders gegen unvermögende Personen, hat Anhalt = Dessau mit der preussischen Regierung eine Vereinigung getroffen, laut Verordnung vom 22. Juni 1822. Dessenliche Zwangsarbeiten hat ein Edict vom 17. Nov. 1818 (Gesessamml. Nr. 7, S. 29) als Criminalstrafe eingeführt, wonach lebenslängliche Strafarbeit an der Kette die der Todesstrafe am nächsten kommende Strafe ist. Für die bisher übliche dreitägige Nothfrist zur Einlegung eines Rechtsmittels in Criminalsachen tritt künftig in allen Instanzen eine zehntägige Nothfrist ein (s. Verordn. vom 20. Jan. 1837). Uebrigens ist das Verfahren im Criminalprozeße näher bestimmt in den „Erläuterungen u. s. w. zur Prozessordnung“ S. 141 fg.

Privatrecht. Zunächst ist hier zu bemerken, daß die Geschlechtsvormundschaft für die Weiber, rücksichtlich aller unverheuratheten, nicht unter väterlicher Gewalt stehenden, volljährigen Frauenspersonen seit dem J. 1822 aufgehoben ist (Erläuterungen u. s. w. S. 65). — In Betreff der Mäkler hat eine Verordnung vom 19. April 1803. (Samml. landesherrl. Verordn. Bd. 2, Nr. 254) jedes Versprechen einer Ver-

lohnung für die Unterhandlung zur Schließung von Ehen dergestalt für nichtig erklärt, daß der Versprechende nicht allein niemals, selbst wenn er die bündigsten schriftlichen oder mündlichen Versicherungen gegeben hätte, gerichtlich belangt werden, sondern auch das etwa schon Gezahlte als ein indebitum zurückfordern kann. Erwähnenswerth ist auch, daß jeder von einem Makler abgeschlossene Contract ungiltig ist, wenn derselbe nicht schriftlich verfaßt und von den dabei interessirten Hauptpersonen durch ihre Unterschriften vollzogen worden ist. Ältere gerichtlich consentirte und von dem Erwerber eines Grundstücks mit übernommene Hypotheken, sowie rückständige Kaufgelber, wegen welcher Hypothek vorbehalten ist, sollen stets dem früheren oder späteren Eingekommen der Ehefrau des Käufers vorgehen, laut Verordnung vom 30. Sept. 1815. — Was die schon oben erwähnte Wechselordnung anlangt, welche der preussischen Wechselordnung nachgebildet ist, so ist aus §. 58 derselben nur anzuführen, daß die bloß mündlich geschehene Acceptation eines Wechsels kein Wechselverfahren begründet; behält aber der Bezogene den ihm selbst vorgezeigten und eingehändigten Wechsel ohne Erinnerung über Nacht bei sich, so wird dieses für eine stillschweigende Acceptation geachtet. Uebrigens soll bei allen Privatverträgen in Fällen, wo die Münzsorten nicht ausdrücklich bestimmt sind, preussisch Courant als bedungene Münzsorte angenommen werden (Verordn. vom 27. Nov. 1818). — Grundstücke sollen ohne ausdrücklichen Consens des regierenden Landesherrn nicht separatirt werden, laut Verordnung vom 1. Mai 1784, und hinsichtlich der unbestimmten Fristgerechtigkeiten müssen sich nach einem Gesetze vom 28. Nov. 1819 (Gesetzsamml. Nr. 14, S. 63) Besitzer der Dienstbarkeit der Uebertrift (servitus actus) gefallen lassen, daß ihnen, wenn solche nicht auf einen bestimmten Triftweg eingeschränkt ist, bestimmte Triftwege angewiesen werden; auch die unbestimmten Fuß- und Fahrweggerechtigkeiten sollen nach den Grundsätzen dieses Gesetzes vorkommenden Falls näher bestimmt werden. — Schon seit dem 25. Mai 1804 ist der Judenleibzoll durch eine Verordnung, und der sogenannte Abzug bereits seit dem 23. März 1719 im Innern des Landes durch eine Verordnung aufgehoben worden. Eine Abzugsübereinkunft hat Anhalt-Dessau mit Cöthen am 28. März 1812, mit Sachsen-Weimar am 25. Mai 1816, mit Preußen am 25. Jan. 1817, mit Württemberg am 20. Mai 1817, und neuerdings mit dem Königreiche Dänemark und Herzogthume Schleswig am 12. Nov. 1832 abgeschlossen, laut der Verordnungen von diesen Datts. — Was das Erbrecht anlangt, welches übrigens theils nach den Grundsätzen des sächsischen, theils des römischen Rechtes beurtheilt wird, so ist seit dem J. 1822 die Gerabe, das Ruckheil und Heergewette gänzlich aufgehoben worden, und das Heimfallrecht (ius albinagii), welches in den dessauischen Landen überdieß schon nicht in Anwendung war, soll gegen die Unterthanen des Königreichs beider Sicilien in den dessauischen Landen nach einer Verordnung vom 10. Mai 1819 (Gesetzsamml. Nr. 10, S. 53) nicht ausgeübt werden. Hinsichtlich des Vermögens und der Citation Verschollener setzt ein Edict vom 5. Mai 1788 (Samml. landesherrl. Verordn. Bd. 2, Nr. 155) fest, daß, wenn Jemand über 20. Jahre abwesend ist, und seine nächsten Er-

ben die Ausantwortung seines Vermögens nachsuchen und etwåk erklären, daß sie während dieser Zeit von seinem Aufenthalte, Leben oder Tod keine Nachricht erhalten haben, derselbe, sobald sich Niemand in dem gesetzten Termine einfindet, für todt erklärt, dessen sonstige Erben prcludirt und den sich gemeldeten legitimirten Erben sein Vermöge. ohne Caution überlassen werden soll. Sollte aber der Abwesende oder seine näheren Erben sich späterhin melden, so können dieselben das Vermögen zurückfordern. Rücksichtlich im Kriege vermisteter oder nicht heimgekehrter Soldaten soll jedoch schon nach Ablauf dreier Jahre, von Abschluß des Friedens an gerechnet, die Edictalladung auf Antrag der Verwandten erfolgen. Ist der Verschollene in Kriegebdiensten einer fremden Macht nach außereuropäischen Colonien geschickt worden, so darf die Edictalladung erst nach zwanzigjähriger Abwesenheit erfolgen; übrigens braucht der Besizer des Vermögens vom Verschollenen alle wirklich genossenen Nutzungen nicht zu restituiren, wie in dem zuletzt erwähnten Edicte verordnet worden ist, s. Edict vom 8. März 1818 (Samml. landesherrl. Verordn. Bd. 2, Nr. 408). Personen, welche zur Zeit ihres Todes eine bestimmte Armmengabe von der Armen- und Arbeitscommission genossen haben, können von Ascendenten oder Seitenverwandten nicht beerbt werden (§. 1 der Verordnung vom 21. Jan. 1815; Samml. landesherrl. Verordn. Bd. 2, Nr. 364); dergleichen Personen können über ihren Nachlaß auf den Todesfall nicht disponiren (§. 3), und dieser Nachlaß kann nur auf die Descendenten oder Ehegatten derselben verfällt werden (§. 4). Fehlen diese, so succedirt die Almosenkasse des Ortes (§. 5). Nicht unerwähnt kann endlich noch die Verordnung vom 8. Sept. 1831 (Gesetzesammlung Nr. 57, S. 391) bleiben, welche die Förmlichkeiten der Testamentserrichtungen der Personen, die sich in den wegen ansteckender Krankheiten gesperrten Häusern, Straßen oder Gegenden befinden, ingleichen die Verschonung derselben mit Ungehorsamsstrafen des bürgerlichen Rechtes und Rechtsausschlieungen betrifft, und welche die wegen der Testamente der Soldaten bestehenden gesetzlichen Vorschriften auf alle solche Personen unter näheren Bestimmungen angewendet wissen will. Die letztwilligen Verordnungen solcher Personen sind von den bei Errichtung feierlicher Testamente vorgeschriebenen Förmlichkeiten völlig frei (§. 4 der genannten Verordnung). Ein von dem Testamentserrichter eigenhändig geschriebenes und unterschriebenes Testament ist völlig giltig (§. 5). Auf die äußere Form kommt dabei nichts an (§. 6). Hat der Testator den Aufsatz bloß unterschrieben, so ist die Mitunterschrift auch nur eines glaubwürdigen Zeugen hinreichend (§. 7). Ein in einem abgesperrten Hause von einem Anderen aufgenommenen, von dem Testator nicht unterzeichneter letzter Wille abgesperrter Personen ist völlig rechtsgiltig, sobald nur die Aufnahme in Gegenwart zweier, gleichviel, ob weiblicher oder männlicher, Zeugen geschehen ist (§. 11). Dergleichen Testamente gelten, wenn der Testamentserrichter nicht während der Sperre gestorben ist, noch auf ein halbes Jahr nach aufgehobener Sperre (§. 12). Mündliche letztwillige Verordnungen abgesperrter Personen sind rechtsgiltig, wenn sie vor zwei glaubwürdigen Zeugen erklärt worden sind (§. 16). Diese bloß

mündlichen Testamente gelten jedoch nur insofern, als der Testator noch während der Sperre in dem abgesperrten Hause verstorben ist (§. 17).

Prozeß. Was die Handlungen der willkürlichen Gerichtsbarkeit betrifft, so ist nach einer Verordnung vom 7. Oct. 1815 (Samml. landesherrl. Verordn. Bd. 2, Nr. 375) jeder Richter nur innerhalb des Bezirkes der ihm anvertrauten Gerichte Testamente und andere Handlungen der Art aufzunehmen berechtigt. Hinsichtlich der streitigen Gerichtsbarkeit kann hier nur Einiges hervorgehoben werden. Statt der sächsischen Frist, welche die Ladung zu den Haupthandlungen des ordentlichen Prozeßes früher enthalten mußte, ist künftig nur eine dreißigtägige Frist vorgeschrieben (Erläuterungen u. s. w. zur Prozeßordnung S. 87). Das in den Gerichten übliche mündliche Verfahren ist Regel, und bleibt für alles gerichtliche Disputiren auf zwei Sätze für jeden Theil beschränkt, muß aber ohne Vorbehalt des sonst üblich gewesenen Tribuums an dem Terminstage selbst zu Ende gebracht werden; nur wenn ein Theil, an dem der Satz steht, zu dieser Beendigung der Sache in einem Gerichtstage nicht gefast ist, tritt ein schriftliches Verfahren von 8 zu 8 Tagen ein (Erläuterungen u. s. w. S. 102). Der Eidesantrag ist auch über fremde Handlungen in Civilsachen statthaft, weshalb auch einem Gütervertreter im Concurse der Eid zugeschoben werden kann (Erläut. S. 110). Von der Veränderung des Beweises ist S. 114—117 der Erläuterungen u. s. w. gehandelt. In Hinsicht der summarischen Prozeßarten ist der sogenannte unbestimmte summarische Prozeß (*processus summarius indeterminatus*) gänzlich abgeschafft, und es brauchen die Termine in allen summarischen Prozeßen nur einen Zeitraum von 14 Tagen, vom Instanztag an, zu enthalten (Erläut. S. 193 u. 194). Eigenthümlich ist die Vorschrift im Executivprozeße (Erläuter. S. 196). Die geschehene Aufkündigung einer verdrinsten Schuld wird als stillschweigend zurückgenommen angesehen, wenn der Gläubiger vom Schuldner noch Zinszahlungen angenommen hat, welche erst nach dem Termine der Zahlbarkeit des Capitals fällig geworden sind, und wird der Gläubiger mit der angestellten Executivklage noch zur Zeit abgewiesen. Die Bestimmung, daß, wenn aus gerichtlichen Documenten geklagt wird, sofort Zahlungsbefehle (*inadata de solvendo*) erlassen werden sollen, ist aufgehoben (Erläuter. S. 196). In Ehesachen sind die Eideszuschiebungen, der Eid möge für oder wider die Ehe gehen, zulässig. Die streitige Rechtsfrage, ob, um auf die gesetzmäßige Vermögensstrafe des Ehebruchs erkennen zu können, ein bloß präsumtiver Ehebruch hinreichend sei, ist verneinend entschieden (Erläuter. S. 209 u. 212). — Was schließlich das Verfahren in geringfügigen streitigen Rechtsachen betrifft, so sind für geringfügig zu halten: 1) alle die, deren Gegenstand nicht über 30 Thaler austrägt; 2) alle Injuriensachen zwischen Leuten des gemeinen Bürger- und Bauernstandes, mit Ausschluß der Pasquille und Schmähschriften und derjenigen Realinjurien, welche äußerliche Spuren einer körperlichen Verletzung hinterlassen; wogegen es, falls Injurienprozeße zwischen Honoratioren entstehen, von der Wahl des Klägers abhängt, ob er summarie oder in *processu ordinario* mit Zuziehung eines Rechtsbeistandes klagen will; 3)

alle Gesandtschaften und 4) alle Innungsfachen, beide, wenn sie ihrem Gegenstande nach nicht über 30 Thaler betragen, und die letzteren auch nur dann, wenn sie nicht als Regierungs-, sondern als reine Parteisachen anzusehen sind (Erläuter. S. 215—217).

§.....t.

Devolutionsrecht. Mit diesem im *Corpus iuris canonici* noch nicht technischen Namen wird das in der hierarchischen Ordnung unmittelbar begründete allgemeine Recht bezeichnet, vermöge dessen der höhere Kirchenobere dann thätig werden darf, sobald der ihm unmittelbar Untergeordnete seiner Pflicht entweder nicht, oder doch nicht in der gesetzlichen Weise genügt. In diesem Sinne ist das Devolutionsrecht ein wesentlicher Theil der im Primat enthaltenen Befugnisse, den als solchen auch die Anhänger des Episcopalsystems zugestehen gezwungen sind.

Unter den Verhältnissen, in denen es wirklich werden kann, ist schon durch das dritte Concil vom Lateran (1179) die Verleihung der Kirchenämter besonders hervorgehoben ¹⁾. Hier gilt die allgemeine Regel, daß, sobald der zur Provision Berechtigte innerhalb der gesetzlichen a *die notitias* laufenden Frist die Provision nicht ausübte, sein Recht sofort, und ohne daß es noch einer besonderen Erinnerung bedarf, für diesmal verloren gehe, immer jedoch unter der Voraussetzung eines wirklichen Verschuldens, weshalb z. B. dieser Verlust dann nicht eintritt, sobald dem Berechtigten irgend ein factisches oder rechtliches Hinderniß entgegenstand ²⁾. Dieselbe Wirkung tritt dann ein, sobald die Provision auf eine ungeeignete Person gerichtet, und die letztere von dem Oberen verworfen wurde ³⁾; endlich greift sie Platz bei einer Simonischen Verleihung mit dem Ausgange der über diese angestellten Untersuchung. Rücksichtlich aller Kirchenämter in der Diocese geht das Recht des in Hinsicht ihrer der bischöflichen Jurisdiction unterworfenen Collators oder Patrons auf den Bischof ⁴⁾ über, oder es wird, wie die Quellen sich ausdrücken, auf ihn devolvirt, und zwar geschieht dieß auch in den Fällen, wo das Capitel entweder allein ⁵⁾, oder zugleich mit dem Bischofe zu verleihen hatte, sobald dieser zufällig im Stifte selbst präbendirt ist ⁶⁾. Von dem Bischofe sollte nach der Bestimmung des dritten Concils vom Lateran das Verleihungsrecht auf das Capitel übergehen ⁷⁾; indessen ist diese Verfügung mit der veränderten Auffassung des Verhältnisses zwischen den Bischöfen und ihren Capiteln

1) C. 2. de concess. praeb. (3. 8.)

2) C. 3. de suppl. negl. prael. (1. 10.) C. 5. de concess. praeb. (3. 8.)

3) Ueber die bei dem geistlichen und Laienpatronat hier obwaltende Verschiedenheit s. im Art. Patronatrecht.

4) C. 2. de suppl. negl. prael. (1. 10.) C. 12. X. de iure patr. (3. 88.) Clem. un. de suppl. negl. prael. (3. 5.)

5) C. 2. de conc. praeb. (3. 8.)

6) C. 15. h. t.

7) Vergl. Anmerk. 1. Ueber diese Stelle Berardi, *comm. in ius. eccl. tom. II. p. 149*, dessen Versuch, sie auf einen zwischen Bischof und Capitel bestehenden Turnus der Verleihung zu beschränken, jedoch ganz unzulässig erscheint.

unpraktisch geworden, und es tritt mithin hier jetzt das Devolutionsrecht des Erzbischofs in die Mitte, welches auch dann sich geltend macht, wenn die Collation dem Bischof als solchen und dem Capitel zusteht, und beide sich säumig erweisen⁸⁾. Auf die Wahlen der Erzbischöfe und Bischöfe hatte Innocenz III. noch im J. 1208 die Vorschrift des dritten Concils vom Lateran für unanwendbar erklärt⁹⁾, doch finden wir dieselbe durch das vierte Concil vom Lateran (1215) ausdrücklich auch für sie bestätigt¹⁰⁾, wiewohl nach einer Erläuterung Bonifaz VIII.¹¹⁾ nur für den Fall, sobald die dreimonatliche Wahlfrist versäumt worden ist, während bei einer wirklich vollzogenen, aber cassirten Wahl das Recht wie früher auf den Papst devolviren soll. Nach einzelnen neueren Verträgen ist jedoch den Capiteln verstattet worden, zu einer neuen Wahl zu schreiten, sobald entweder die erste Wahl nicht in der canonischen Weise vollzogen oder auf ein nicht-qualificirtes Subject getichtet worden war¹²⁾. Daß endlich das päpstliche Devolutionsrecht auch dann wirksam werden dürfe, wenn der Regent das ihm zugestandene Nominationsrecht nicht ausübt, scheint eben so wenig bezweifelt werden zu können, als daß das Recht des Bischofs auch dem landesherrlichen Patronatrechte gegenüber nicht alterirt werde. Dieser im bayerischen Concordate anerkannte Satz ist jedoch z. B. in der bekannten sachsen-weimarischen Verordnung vom 7. Oct. 1823 ausdrücklich verworfen worden¹³⁾.

Mit der eingetretenen Devolution wird die dennoch von dem ursprünglich Berechtigten vollzogene Provision ungiltig, wenn der Obere sie nicht ausnahmsweise gelten läßt¹⁴⁾. Ist dieß nicht der Fall, so ist der Letztere bei der Ausübung seines Rechtes an die Bedingungen schlechthin gebunden, von welchen das Recht des ursprünglichen Verleiherers abhing, eine Regel, welche auch bei einer von dem Papst auf der Grundlage des Devolutionsrechtes zu vollziehenden Ernennung für sich Geltung fordern müßte.

In der evangelischen Kirche kann das Devolutionsrecht im wahren Sinne nur dann vorkommen, wenn der Patron entweder die Präsentationsfrist versäumt, oder Simonisch oder einen Unfähigen präsentirte. Wo jedoch noch protestantische Stifter mit alter Verfassung bestehen, wird auch die Verteilung an den Landesherrn devolvirt, sobald das Capitel sie nicht innerhalb der geordneten Frist vollzogen hat¹⁵⁾.

Richter.

8) C. 15. de conc. praeb. (3. 8.)

9) 12. h. h.

10) C. 41. de elect. (1. 6.)

11) C. 18. de elect. in VI. (1. 6.)

12) Z. B. in der Bulle Impensa Rom. Pont. für Hannover (Weiss, corp. iur. eccl. p. 169) und Ad dominici gregis custodiam für die oberrhein. Kirchenprovinz (ebendaf. S. 204).

13) Bei Weiss a. a. O. S. 335.

14) C. 1. in fin. de post. prael. (1. 5.)

15) Eichhorn, R.-R. Bd. 2, S. 783.

Diacon ist der zum ministerium ordinirt Geselzliche des dritten Ordo¹⁾.

Seit sich in Jerusalem eine eigene christliche Gemeinde gebildet, bedurfte man außer den Vorständen, als welche die Apostel selbst erscheinen, noch besonderer Diener, welche nach dem Muster der in der Synagoge üblichen Chasanim (*ἰσρηταί*) bestellt werden konnten²⁾. Anfangs mögen aber außer den etwa sich der neuen Gemeinde anschließenden älteren Synagogendienern freiwillig andere Genossen die erforderlichen Geschäfte übernommen haben³⁾. Die Wohlthätigkeitspflege, insbesondere die freiwillige Ausgleichung des Vermögens in Jerusalem⁴⁾ nöthigte indessen zur Anstellung eigener Almosenpfleger (*δίακονοι, ὁι ἐκτρα*)⁵⁾, welche weiter verpflanzt zugleich verschiedene andere Functionen erhielten⁶⁾. Daher konnte bereits Ignatius erklären: Diaconi non ciborum et potuum ministri sunt, sed ecclesiae Dei ministri⁷⁾. Die Stellung der Diaconen im Allgemeinen ergibt sich aber daraus, daß sie überhaupt als ministri, als Gehilfen der Bischöfe und Presbyter erscheinen, und nur in gewissen Geschäften schlechthin oder ausnahmsweise eine selbstständigere Bedeutung haben. Zwar sind bereits während des Mittelalters Diaconen als besondere Beamte mit dem vollen Geschäftskreise seltener bestellt worden, so daß das tridentinische Concil⁸⁾ sich veranlaßt fand, die Herstellung dringend zu empfehlen; dieß ist indessen doch nicht in der gewünschten Weise geschehen, und das Diaconat dient mehr nur zur Erlangung von Beneficien, welche diesen Ordo erfordern, oder als Mittel, zu höheren Würden befördert zu werden; dennoch sind die gemeinrechtlichen Bestimmungen

1) Von Quellen sehe man besonders c. 10 sq. dist. XXIII; c. 6 sq. dist. XCIII. — Literatur: Caspar Ziegler, de diaconis et diaconis veteris ecclesiae. Viteberg. 1678, 4. Thomassin, vetus ac nova ecclesiae disciplina P. I. lib. I. c. 51. 52. 53. nr. 1. lib. II. c. 29—33. Bingham, origines eocl. lib. II. cap. 20. Winterim, die vorzüglichsten Denkwürdigkeiten der christl. Kirche, Bd. 1, S. 335—386. Augusti, Denkwürdigkeiten, Bd. 11, S. 194 fig.

2) Vitringa, de synagoga veteri, lib. III. P. II. cap. 4 (ed. II. p. 914 sq.).

3) So die *πρωτοί, δευτεροί* (Apostelgesch. V. 6. 10.). Vgl. Rothe, die Anfänge der christlichen Kirche (Wittenberg 1837), Bd. 1, S. 163, Anm. 27.

4) Apostelgesch. V. 4.

5) Apostelgesch. VI. 1 fig. Ob es schon vorher besondere Armenpfleger in Jerusalem gegeben, scheint zweifelhaft (m. s. Rothe a. a. D. S. 164, Anm. 28). Auf die Zahl sieben legte man auch später besonders Gewicht, Man s. z. B. c. 14. Conc. Neocaesar. a. 314 (c. 12. d. XCIII). c. 11. d. XCIII. (Ps. Isidor.) Die Synode zu Eöln von 1400, Cap. 2 (Hartzheim, Conc. Germaniae T. IV. p. 549) bestimmte, es sollten 5—6 Diaconen an der Kathedrale befindlich sein. Doch finden sich häufig auch bei weitem mehr (man s. z. B. Novelle III, Cap. 1).

6) Dieß mußte um so mehr geschehen, als das Wegfallen der Gütergemeinschaft, welche sich außerhalb Palästina gar nicht findet, die Verwaltung vereinfachte.

7) Ad Trallian. cap. II; vergl. ad Polycarpum c. VI, ad Magnesios c. VI.

8) Sess. XXIII. cap. XVII. de reform.

noch immer von Einfluß, indem doch überhaupt noch dieser Ordo seine kirchliche Bedeutung besitzt und diejenigen, welche denselben inne haben, noch den darüber bestehenden Grundsätzen beurtheilt werden müssen. Wir betrachten daher die Voraussetzungen, dann die Rechte und Pflichten der Diaconen.

Die Requisite zum Empfange der Diaconenweihe sind zunächst die allgemeinen des Ordo überhaupt (s. d. Art.), insbesondere der Besitz des Subdiaconats und ein bestimmtes Alter. Da die Diaconen den Leuten des Tempels verglichen wurden (ad Levitarum ministerium sacrorum) ⁹⁾, forderte man das diesen vorgeschriebene Alter von 25 Jahren ¹⁰⁾, welches Clemens V. auf dem Concil zu Wien im J. 1311 auf das zwanzigste herabsetzte ¹¹⁾, das tridentinische Concil jedoch auf das dreißig- und zwanzigste bestimmte ¹²⁾, was aber vom zurückgelegten zweihundzwanzigsten verstanden wird ¹³⁾.

Die Ordination selbst hat in ihren Riten gewechselt. Von Beginn her erfolgt sie aber durch den Bischof allein, welcher den zu Weihenden durch Handauflegung segnet ¹⁴⁾, ihn aber nicht salbt ¹⁵⁾. Er bekleidet ihn mit der Stola (orarium), welche er über der linken Schulter nach der rechten Hüfte zu trägt ¹⁶⁾, mit der Dalmatica ¹⁷⁾ (d. i. einem leichten

9) C. 1. §. 13. d. XXI. (Lidor. Etymolog. VII. 12.) S. auch die Erläuterung der folg. Anm.

10) IV. Moiss VIII. 24. — R. s. Conc. Carth. III. a. 397, c. 4 (c. 5. d. LXXVII. c. 14. CXX. q. 1). Conc. Agathense a. 506, c. 16. Tolet. IV. a. 633, c. 20 (c. 6. 7. d. LXXVII) u. a. Nov. CXXIII. c. 13. vergl. c. 2. d. LXXVIII. Der in einem geringeren Alter Ordinierte sollte suspendirt bleiben, bis er das legale erreicht hatte. C. 14. X. de temporib. ordinat. (1. 11.) (Honor. III. a. 1220).

11) Clem. 3. de acetate (1. 6.); recipit Synod. Narbonnens. a. 1551 (Coll. Conc. ed. Hardouin, T. X. p. 442), Synod. Colon. a. 1536 (Hartzheim, T. VI. p. 247) u. a. Auch hierbei war die spätere Einrichtung der Synagoge leitend gewesen. I. Chron. XXIII. 24. 27. II. Chron. XXXI. 17.

12) Sess. XXIII. cap. XII. de ref.

13) S. Gonzalez Tellez ad cap. 7. §. 2. X. de electione (1. 6.) nr. 10. Daher erklärt ausdrücklich die ermländische Synode von 1610: actas in assumendis ad Diaconatus ordinem est viginti trium annorum — istos sufficit tamen inchoatos esse (Hartzheim, T. IX. p. 128, 129).

14) Apostelgesch. VI. 6. Can. Apostol. 2. — Conc. Carthag. IV. c. 4 (Stat. eccl. antiqua c. 92. in c. 11. d. XXIII). Vergl. Constit. Apostol. lib. VIII. c. 18.

15) C. 12. d. XXIII (Nicolaus I. a. 964). Vergl. Gratian. post c. 23. C. I. q. VII. §. 4 (sine sacramentali unctione, sola episcopi benedictione). Darum, sowie aus anderen Gründen, ist es sehr bestritten, ob die Weihe des Diaconus noch Sacrament sei. R. s. die genaue Exposition von Benedict XIV.: de synodo dioecessana lib. VIII. cap. IX.

16) Unum orarium oportet Levitam gerere in sinistro humero, propter quod orat, id est praedicat: dexteram autem partem oportet habere liberam, ut expeditius ad ministerium sacerdotale discurrat. Conc. Tolet. IV. a. 633, c. 40 (c. 3. d. XXV). Vergl. Conc. Laodic. c. 22 (mod. IV. sec.) (in c. 27. d. XXIII). Bischöfe und Presbyteren tragen die Stola auf beiden Schultern. R. s. Conc. Bracar. III. a. 675, c. 3 (c. 9. d. XXIII).

17) R. s. c. 10. d. XXIII. (Gregorius I. a. 599), und vergl. Binterim, Denkwürdigkeiten, Bd. 4, Th. 1, S. 214 flg.

Obergewands mit weiten oder flügelartig offenen Aermeln); und übergibt ihm das Evangelienbuch mit den Worten: *Accipe potestatem legendi Evangelium in ecclesia Dei* —.

Die näheren Bestimmungen hierüber enthält das Pontificale Romanum, in welchem sich auch die Gerechtfame des Diaconus in folgender Formel bezeichnet finden: *Diaconum oportet ministrare ad altare, baptizare et praedicare.*

Zu den ursprünglichen Verrichtungen der Diaconen gehörte die Armenpflege¹⁸⁾. Damit hängt die Empfangnahme der Oblatione¹⁹⁾ zusammen, sowie die Publikation der Namen derer, welche Opfer gebracht hatten¹⁹⁾. Dazu kam schon früh die Sorge für Aufrechterhaltung der Ruhe und Ordnung beim Gottesdienste. Er forderte daher zum Gebete auf, gab den nicht Communicirenden die Weisung, das Gotteshaus zu verlassen u. dgl. m.²⁰⁾ Auch hatte er die Aufsicht über die heiligsten Gefäße²¹⁾.

In Beziehung auf die einzelnen heiligen Handlungen wirkte er in mannigfaltigster Weise, und gerade in der Hinsicht erscheint er recht eigentlich als minister, „*Episcopi auris et oculus, item et os, cor et anima*“²²⁾.

Die Verrichtung der Laufe ward ihm mit dem Consense des Bischofs, sonst aber nur im Nothfalle gestattet²³⁾. Als minister wirkte er dabei durch Gebet, Exorcismen, Salben. Umfassender fungirte er bei der Verwaltung des heiligen Abendmahls (*ministrare ad altare*). Schon während des Bestehens der Agapen traf der Diaconus die erforderlichen Einrichtungen. Nachdem die Consecration bewirkt war, theilte er den Anwesenden Brot und Wein mit, und brachte es den Kranken und Abwesenden. Darüber berichtet schon Justinus der Märtyrer²⁴⁾: *Qui apud nos vocantur Diaconi atque ministri, distribuunt unicuique praesentium, ut participent eum, in quo gratiae actas sunt, panem, vinum et aquam et ad absentes perferunt. Atque hic cibus a nobis Eucharistia vocatur.* — Frühzeitig entstand aber auch der Gebrauch, daß er nur den Kelch und nicht das Brot reichte²⁵⁾, ohne daß es jedoch

18) *Constit. Apost. lib. III. cap. 19.* Vgl. *Cyprian. epist. 49. 52.*

19) *Publice Diaconus recitet in ecclesia offerentium nomina* (*Hieronymus, commentar. in Ezechiel cap. 18.*)

20) *Iustin. Martyr, Apologia I. c. 67. Const. Apostol. II. 57. VIII. 5.*

21) *Augustin. quaest. vet. ac novi testamenti c. 101.*

22) *Constit. Apost. II. 44.* Ueber die jetzigen liturgischen Verrichtungen der Diaconen s. m. Gräfer, die römisch-katholische Liturgie, S. 111, 200, 228 flg.

23) So äußert schon Tertullian. *de baptismo cap. 17: Dandi quidem (baptismum) habet ius Episcopus, dehinc Presbyteri et Diaconi, non tamen sine Episcopi auctoritate.* Vergl. *Const. Apost. III. 15. c. 13. pr. d. XCIII (Gelasius a. 494).*

24) *Apologia II. p. 97.* Vergl. *Cyprian. de lapsis. Constit. Apost. II. 28. VIII. 13. 28. — C. 38. Conc. Cath. IV. (c. 18. d. XCIII.) u. v. a.*

25) *S. Cyprian. loc. cit. Conc. Laodic. c. 25 (c. 16. d. XCIII).*

zu Aeneas allgemeinen Uebereinstimmung dabei gekommen ist ²⁶). — In Betreff der Mitwirkung des Diaconus bei der Beichte und Buße muß man auf die fortschreitende Entwicklung dieses Sacramentes selbst achten (m. s. Befähig. oben Band I u. II). Dann ergibt sich, daß Befugnisse, welche früher dem Diaconus zustehen konnten, später unstatthaft werden mußten. Insbesondere verblieb ihm auch später die Reconciliation ²⁷). Verschiedene Verrichtungen hatte er auch bei Ordinationen, worüber die Ritualbücher nähere Festsetzungen enthalten.

Erscheint aber der Diaconus regelmäßig nur als Gehilfe beim Gottesdienste, so finden wir ihn mitunter doch auch selbständiger, insofern er als das Haupt einer eigenen Gemeinde wirksam ist. Eines diaconus regens plebem gedenkt das Concil von Eliberis um 305, und so konnte auch den Umständen nach die Predigt ein Gegenstand seines Amtes sein ²⁸), während regelmäßig nur das Vorlesen des Evangeliums, auch wohl von Homilien der Väter ihm zustand ²⁹).

Sonst bedienten sich die Bischöfe der Diaconen oft als Abgeordneten zu Synoden ³⁰) und überwiesen ihnen auch mannigfache Jurisdictionenrechte, wovon sich zum Theil Spuren bis ins sechzehnte Jahrhundert finden ³¹).

In der griechischen Kirche ist die Stellung des Diaconus im Wesentlichen dieselbe, indem er ebenfalls als minister des Bischofs und der Presbyteren erscheint, und vorzüglich in liturgischer Beziehung mit zu fungiren berufen ist.

In der evangelischen Kirche ist der Titel Diaconus aus der katholischen beibehalten, ohne daß aber eine Differenz des Ordo von anderen ordinierten Geistlichen damit bezeichnet werden sollte, da bekanntlich die evangelische Kirche überhaupt nur einen Ordo kennt. Gewöhnlich hießen die zweiten Prediger an den einzelnen Kirchen Diaconen, die mitunter nur des Nachmittags zu predigen befugt waren, oder denen einzelne Zweige der Seelsorge fehlten ³²). In der neueren Zeit ist dieser Titel

26) M. s. Morinus, de sacram. ordinat. P. VIII. exerc. IX. cap. 8. Binterim a. a. D. I. 356 fg. Vergl. c. 13. §. 1. d. XCIII. (Gelasius a. 494).

27) Regius hb. I. cap. 300 (ed. Wasserschleben). Vergl. Burchard Wormald. decr. hb. XIX. cap. 154 u. a., und über die Streitfrage überhaupt Binterim a. a. D. I. 365. V. 2. 197 fg.

28) Beispiele bei Philostorgius, h. eccl. III. 17. Hieronymus, de viris illustrib. cap. 115 u. X.

29) Const. Apost. II. 57. Concil. Vasense II. a. 529. cap. 2: Si digni sunt diaconi, quae Christus in Evangelio loquutus est, legere, quare indigni indicentur, sanctorum patrum expositiones publice recitare? u. a. m.

30) Binterim a. a. D. S. 376 fg.

31) M. s. J. B. Synod. Colon. a. 1536. P. III. cap. XV. (Hartzheim, Concilia Germaniae VI. 262): Mori ac consuetudini, quae in aliquibus ecclesiis est (nempe ut causae disciplinae per Diaconos diiudicentur) nihil praeiudicamus, modo tamen Diaconi, ad requisitionem Decani, suo officio graviter ac strenue incumbant.

32) Alles beruht auf particularer und localer Festsetzung. Von Preußen s. m. Jacobson, Geschichte der Quellen des Kirchenrechtes des preuß. Staates, I. 2. S. 117, 194, und die cit. Literatur.

häufig abgeschafft worden, und dafür dem *Schicklichen* das Prädicat: zweiter, dritter Prediger beigelegt³³).

Wir verbinden hiermit zugleich die Grundsätze über die Diaconissen³⁴). — Die Sitte des Orients und das besondere Bedürfnis veranlaßte die Anordnung von Diaconissen, welche für Frauen die Stelle der Diaconen vertraten. Schon nach apostolischer Anordnung sollten dazu Wittwen (*χρησται, viduae*), und zwar hochbejahrte (von 60 Jahren) genommen werden³⁵). Sie werden in der älteren Kirche oft erwähnt³⁶), die ursprünglichen Anordnungen über ihre Eigenschaften aber nicht gerade streng befolgt, denn auch solche, die noch nicht vermählt gewesen und jüngere Mädchen wurden zum Amte zugelassen³⁷), wogegen Valentinian, Theodosius und Arcadius im Jahre 390 die alte Satzung einschränkten³⁸): *Nulla nisi emensis sexaginta annis, cui votiva domi proles sit, secundum praeceptum Apostoli ad Diaconissarum consortium transferatur.* Das Concil von Chalcedon im Jahre 451 bestimmte aber das vierzigste Jahr³⁹), worauf Justinian zuerst das fünfzigste, dann aber auch das vierzigste festsetzte⁴⁰).

Die Diaconissen wurden förmlich ordinirt⁴¹), und zwar wie die Diaconen durch Handauslegung unter Gebet und mit anderen bei der Diaconenweihe üblichen Riten. Wie der Diaconus erhielt sie eine Stola, welche aber später zurückgegeben werden mußte, einen Ring, Halschmuck und dergl.⁴²) Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß diese Ordination eine andere Bedeutung hat, als die der Männer; denn „*quanquam Diaconissarum in ecclesia ordo sit, non tamen ad sacerdotii functionem aut ullam eiusmodi administrationem institutus est, sed ut muliebris sexus honestate consulatur, sive ut baptismi tempore*

33) Sowie in Preußen der Titel Caplan im J. 1817 abgeschafft worden (s. die cit. Gesch. der Quellen. Anhang Nr. LXXVII, S. 166, 167), ist es auch meistens mit dem Prädicat Diaconus geschehen. Ausdrücklich auch in Bayern durch ein Rescript des Oberconsistoriums vom 27. Nov. 1824 (s. allg. Kirchenzeit. 1824, Sp. 1272).

34) V. vergl. Ziegler (oben Anm. 1 cit.). Thomassin l. c. lib. III. cap. 50. 51. Bingham l. c. lib. II. cap. 22. Winterim a. a. D. I. S. 434—455. W. s. auch Jac. Gothofredus ad c. 27. 28. C. Th. 16. 2. T. VI. p. 66 sq.

35) Mt. an die Römer XVI. 1; I. Timothy. V. 9. — Ob auch die Titus II. 3. erwähnten *προσβύριδες* dahin gehören?

36) W. s. z. B. Plinius, epist. X. 97. (ministrae). Tertullian, de velandis virginibus cap. 9. Vergl. Constit. Apost. VI. 18.

37) Tertullian. l. c. Vgl. Ignatius ad Smyrnaeos cap. 13 (wohl interpretirt).

38) C. 27. C. Th. de episcopis (16. 2). Vergl. Sozomen. hist. eccl. VII. 16.

39) C. 15 (c. 23. Can. XXVII. 9. 1).

40) Nov. 6. cap. 6. Nov. 73. cap. 13. Vergl. c. 2. dist. LXXVIII.

41) S. Tertullian, ad Uxorem lib. I. cap. 7. und Exhortatio ad castitatem. Vergl. Const. Apostol. lib. VIII. c. 19.

42) Man vergl. den Ordo Romanus bei Mabillon, Museum Ital. T. II. p. 91, und den von Hittorp edirten ordo in der Biblioth. Patrum T. VIII. p. 472 (ed. Colon.).

adait, sive ut nudandum est mulieris corpus interveniat etc. erklärt bereits Epiphanius⁴³). Das nicänische Concil erkennt den Gebrauch noch an⁴⁴), doch wird derselbe seit der Mitte des vierten Jahrhunderts bereits gemißbilligt, seit dem fünften Jahrhundert auch schon hie und da, allgemeiner aber erst später verboten⁴⁵).

Bis dahin war den Diaconissen der Unterricht der weiblichen Katechumenen⁴⁶), das Aus- und Ankleiden der Täuflinge⁴⁷), der Besuch der Kranken⁴⁸), die Aufsicht über die Frauen in der Kirche überhaupt und ähnliche Geschäfte übertragen⁴⁹).

Allmählig verschwinden sie nun und werden im Occidente seit dem neunten, im Oriente seit dem zwölften Jahrhundert nur selten erwähnt⁵⁰). Der Name Diaconisse, auch wohl Archidiaconisse, hat sich übrigens als ehrendes Prädicat für Vorsteherinnen weiblicher Stifter und Klöster bisweilen erhalten. Die Anstellung von Frauen für den Kirchendienst am Altar hat die katholische Kirche später verboten und Benedict XIV. hat durch die Constitution: *Etsi pastoralis*, vom 26. Mai 1742, dieß den unirten Griechen in Italien ausdrücklich untersagt⁵¹). Doch finden sich auch jetzt noch öfter, mehr jedoch in der evangelischen Kirche, Frauen, welche Dienste der Klöster übernehmen. So besteht noch der Gebrauch

43) *Advers. haeres.* n. 79.

44) *Der can. 19 dieses Concils* wird freilich verschied. gedeutet. *M. f. Reander*, *Kirchengesch.* Bd. 2, S. 334. *Binterim* a. a. D. S. 442.

45) So das Concil. *Arausican.* I. v. J. 441, can. 26: *Diaconae omnimodo non ordinandae.* *Conc. Epaon.* a. 517, c. 21. *Conc. Aurelian.* II. a. 533, can. 58.

46) *M. f. z. B.* noch *Conc. Carthag.* IV. a. 399, c. 12.

47) *Z.* oben im *Texte* und *Epiphanius*, *expositio fidei* n. 21. *Const. Apostol.* lib. III. cap. 16.

48) *Const. Apostol.* lib. III. cap. 15. 19.

49) *Binterim* a. a. D. S. 447 ff.

50) *M. f. z. B.* noch das *Diplom Johann's XX.* vom Jahre 1026 (*Mabilion*, *Museum Ital.* II. 156), worin dem Bischof von *Silva Candida* die Befugniß, Diaconissen zu ordiniren, verliehen wird. Wegen des Orients s. m. *Balsamon* und *Blastares* zum c. 15. *Conc. Chalcedon.* bei *Beveregius*. Als Grund des Wegfallens erwähnt *Balsamon* (*respons. ad interrogat. Marci* cap. 35 bei *Leunclavius ius Graeco-Roman.* T. I. p. 381) „*menstruorum inquinatio*“, wobei *Binterim* (a. a. D. S. 453) die Bemerkung nicht unterdrücken kann: „ein Beweis, daß die alten Griechen einen feineren Geruch hatten, als die heutigen griechischen Priester und Diaconen, die ihre Frauen wieder in die Stellen der alten Diaconissen einzusetzen suchten.“ Daß übrigen diese physische Ursache ein Grund der Ausschließung der Frauen vom Kirchendienste sei, deuten schon die alten apokryphischen Evangelien an, indem dieselben berichten, *Maria* sei vom dritten bis zwölften Jahre im Tempel gewesen, dann aber in Folge pyretischer Berathschlagung, damit ihr nicht im Tempel begegne, was Frauen zu begegnen pflegt, und deshalb Gott zürne, einem gerechten und frommen Manne übergeben worden (*historia Josephi* cap. 3. ed. *Thilo*, *Lipsiae* 1832, p. 11). Nach der *historia nativitatis Mariae* cap. 8 (l. c. p. 357) geschah dieß im 14. Jahre.

51) *Const. cit.* §. VI. nr. XXI (*Bullar. Magn.* ed. *Luxemburg* T. XVI. p. 98): *Mulieres autem servire ad altare non audeant, sed ab illius ministerio repellantur omnino.*

in Holland, daß dergleichen Dienerinnen den Priester zu Kranken begleiteten, bei der Taufe assistiren und ähnliche Dienste der Art verrichten⁵²⁾.

Nur entfernt erinnern die neueren wohlthätigen Frauenvereine an die alten Diaconissen⁵³⁾, obgleich selbst der Name wieder hergestellt worden ist, wie namentlich in der von der rheinisch = westphälischen Gefängnißgesellschaft am 17. September 1838 für die aus den Gefängnissen entlassenen Frauen evangelischer Confession zu Kaiserswerth errichteten Diaconissenanstalt, welche zugleich die Sorge für Kranke, die Erziehung hilfloser Kinder u. s. w. mit übernommen hat⁵⁴⁾.

D. F. Jacobson.

Diebstahl — Furtum — Entwendung¹⁾. I. Furtum²⁾.

Es ist in der Theorie und Praxis anerkannt, daß die Grundsätze des römischen Rechtes über Begriff und Umfang des Furtum in allen privatrechtlichen Beziehungen (abgesehen von der Privatstrafe) bei uns gemeinrechtlich dieselbe praktische Bedeutung und Giltigkeit haben, die sie im römischen Rechte hatten, z. B. in Beziehung auf Unverjährbarkeit der res furtiva, Zulässigkeit der *condictio furtiva* etc. Anders ist es allerdings auf dem strafrechtlichen Gebiete. Wir haben im teutschen Rechte nicht ein einzelnes Verbrechen, das im Begriff und Umfang dem römischen Furtum gleichkommt (namentlich ist unser Diebstahl weit enger, als das römische Furtum, weshalb es auch sehr unrichtig ist, Furtum durch Diebstahl zu übersetzen); vielmehr bilden die Fälle, welche zum römischen Furtum gehörten, bei uns verschiedene Verbrechen, die zum großen Theile unter eigenthümlichen Strafbestimmungen stehen. Allein auch hier haben die römischen Bestimmungen über Furtum immer noch

52) S. Winterim a. a. D. S. 453, vergl. S. 441.

53) Klönne, über das Wiederaufleben der Diaconissinnen der alten christlichen Kirche in den Frauenvereinen (Schuberoff, neue Jahrbücher für Religion-, Kirchen- und Schulwesen, Bd. 37, S. 234 fig.).

54) Vergl. Kirchenfreund für das nördliche Deutschland, 1838, Nr. 94, 1839, Nr. 59. Allgem. Kirchenzeitung 1839, Nr. 135.

1) Literatur: J. G. D. Salchow, System. Entwicklung des Verb. der Entwendung, nach den gemeingültigen Staatsgesetzen Deutschlands. Erfurt 1806, 8. (Nicht bedeutend.) Ch. D. Erhard, de furti notionem per leges constitutas accuratius definienda. Lips. 1806, 8. Rosshirt, über den Begriff des röm. Furtums und des teutschen Diebstahls etc., im neuen Archiv des Grim.-R., Bd. 3, S. 73—101. G. Fr. Dollmann, die Entwendung nach den Quellen des gem. Rechtes. Kempten 1834, 8. Vorzüglich aber S. Klien, Revision der Grundsätze über d. Verb. des Diebstahls etc., nach gem. in Deutschland geltenden, insonderheit kurfürstlichem Rechte, Th. 1 (der 2. Theil, der vom Verfahren handeln sollte, erschien nicht). Nordhausen 1806, 8. Ueber die ältere Literatur ist Klien, S. 103 fig., zu vergleichen. Viel angeführt wird jetzt auch Gust. Guil. Henr. van Imhoff, de furtis ad XII. tabulas et institutiones, cum Cuius Iustina. Gron. 1824, 8., eine fleißige Inauguralarbeit, die aber, ungeachtet ihres großen Umfanges (168 S.) doch sehr wenig Ausbeute gibt.

2) Quellen: J. de obl. quae ex del. (4. 1.) D. de furtis (47. 2.) und die von besondern Fällen handelnden Titel 3—8, 14, 17—19, des 47. Buches. C. de furtis. (6. 2.) Nov. 134. c. 13. Paulus, rec. sentent. II. 31. Caius, comment. III. 183—209.

die Bedeutung eines Hilfsrechtes, auf das vielfach zurückgegriffen werden muß. So rechtfertigt sich daher auch vom praktischen Gesichtspunkte aus eine genaue Darstellung des römischen Furtum zur Genüge, und zwar eine von der Darstellung der Lehre vom Diebstahle ganz gesonderte, um das Praktische vom Unpraktischen um so schärfer unterscheiden zu können³⁾.

Furtum ist diejenige, mit rechtswidrigem Vorsatz angeführte Handlung, durch welche Jemand einer beweglichen Sache, in der Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, wider den Willen des Berechtigten sich bemächtigt und dadurch die Sache selbst, oder ihren Gebrauch, oder ihren Besitz sich widerrechtlicher Weise anmaßt⁴⁾.

Dieser weite Begriff des Furtums scheint sich nur nach und nach unter dem Einflusse der Doctrin gebildet zu haben⁵⁾. Einer früheren engeren Begrenzung desselben entspricht auch die Grundeinteilung des Furtum, von welcher die 12 Tafeln ausgingen, die in manifestum und nec manifestum; auch dürfen die meisten Ausdrücke, mit denen das Furtum bezeichnet wird, darauf hindeuten. Allmählig aber scheint man namentlich unter die Bestimmungen der 12 Tafeln über das furtum nec manifestum⁶⁾ noch viele mehr oder minder verwandte Fälle, durch das praktische Bedürfnis bei dem engen Strafsystem genöthigt, gezogen zu haben und so zu einer Erweiterung des Begriffes gekommen zu sein, bei der übrigens die Grenze zwischen dem Furtum und anderen unerlaubten Hand-

3) Wenn K o s s i e r t, Geschichte u. System des deutschen Strafrechtes, Bd. 2, S. 306, 307, sagt: „Niemals hätte das Wesen des Diebstahls aus der römischen Lehre vom Furtum erläutert, oder gar der römische Begriff an die Spitze der Lehrbücher gestellt werden sollen,“ so ist das Letztere (über das Erstere s. unten) dann wohl eine unrichtige Ausstellung, wenn der römische Begriff isolirt und zu dem Zweck an die Spitze gestellt wird, um die Grenzen zwischen dem römischen und deutschen Rechte hier um so schärfer zu ziehen.

4) L. 1. §. 3. D. de furt.: Furtum est contractatio fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve. §. 1: J. ood. — Auch das Object des Furtums, die entwendete Sache, wird durch furtum bezeichnet. L. 8. pr. L. 7. §. 2. D. ood. Caius III, 186. 188. 193.

5) K l i e n a. a. D. S. 7 fig., 115 fig. K o s s i e r t a. a. D. S. 80 fig. v a n I m h o f f l. c. p. 96 sq. 141. Auch unten Note 35 n. 50. K o s s i e r t scheint aber jetzt (Geschichte und System des Strafr., Th. 2, S. 274 fig., 281 fig.) anzunehmen, der Begriff des Furtum sei ursprünglich viel weiter gewesen (namentlich habe der Stellionat unter dem Furtum gestanden) und später verengt worden.

6) Die Erweiterung des Begriffes betrafen namentlich Fälle des furtum nec manifestum. Die Strafe des Letzteren war nach den 12 Tafeln bloß die Zahlung des Duplums an den Beschädigten, während beim furtum manifestum der nächtliche Fur unbedingt, der bei Tage ertappte, falls er sich zur Wehre setzte, getödtet werden konnte, und im Uebrigen der manif. fur mit Gefängnis bestraft und dem Bekohlenen abdicirt wurde. Ueber diese Strafen s. A. Gellius, noct. att. XI. 18. Caius, comment. III. 189 sq. Diefen, Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölftafel-fragmente (Leipzig 1824), S. 564—588. Ob das Abdicirungsrecht nur stattfand, wenn der Dieb im Hause des Bekohlenen ergriffen wurde? Vgl. v. S c h r ö t e r, in Schunf's Jahrb., Bd. 4, S. 33.

lungen, welche später auch besondere Verbrechen bildeten, namentlich dem Stellationate nicht durchaus scharf gezogen wurde⁷⁾.

Was die nähere Bestimmung des Umfangs des Furtum betrifft, so geht das römische Recht von der Regel aus, daß durch die Handlung, wenn sie Furtum sein soll, dominium (im weiteren Sinne) oder possessio verletzt sein müsse. Wo es weder das Eine noch das Andere ist, wird in der Regel das Dasein eines Furtum und die Zulässigkeit der furti actio verneint⁸⁾. Deshalb hat der Käufer nicht die furti actio und wird gegen ihn kein Furtum begangen, wenn die ihm noch nicht übergebene Sache entwendet wird⁹⁾. Das Gleiche ist bei Anderen der Fall, welche bloß persönliche Ansprüche auf Herausgabe der entwendeten Sache hatten¹⁰⁾. Dagegen kann am bonae fid. possessor der entwendeten Sache¹¹⁾, am Pfandgläubiger¹²⁾, am Usufructuar und Usuar¹³⁾, überhaupt am dinglich Berechtigten, selbst wenn er nicht besitzt¹⁴⁾, ein Furtum so begangen werden, daß ihnen die furti actio selbstständig und unabhängig vom Rechte des Eigenthümers zusteht¹⁵⁾.

Ob aber auch an bloß persönlich Berechtigten, wenn sie eine Sache detiniren, durch Entwendung derselben ein Furtum begangen werden kann, darüber sind die Ansichten sehr verschieden, und scheint hier auch die römische Doctrin etwas geschwankt zu haben. Man wird hier unterscheiden müssen:

1) Wird durch das Furtum das Eigenthum verletzt, d. h. hat der Fur die Absicht, eine fremde Sache sich anzueignen, so können a) diejenigen Detentoren, welche dem Eigenthümer in Folge einer auf sie von ihm geschehenen Uebertragung der Detention¹⁶⁾ für die Sache verantwortlich sind, wie der Commodatar, der Conductor u. die furti actio

7) Bgl. L. 20. pr. L. 27. §. 3. L. 43. §. 3. L. 52. §. 15. 21—24. L. 66. §. 4. L. 75. D. eod. L. 29. §. 5. D. mand. (17. 1.) L. 3. D. de pign. act. (13. 7.) Klien, S. 133—144.

8) L. 80. §. 7. D. h. t. L. 17. §. 5. de praesc. verb. a. (19. 5.) Aber nur in der Regel. Zu weit gehen Schödmann, Fragmente (Jena 1814), S. 13; Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 1, S. 202 fig.; Dollmann, S. 4 fig.

9) Der Verkäufer hat hier die furti actio und muß die Klagen (furti actio, condictio furtiva und rei vind.) dem Käufer abtreten. L. 80. pr. L. 14. pr. D. h. t. Bgl. aber auch Paulus, rec. sent. II. 31. §. 17. Entwendet der Käufer dem Verkäufer die Sache, bevor er den Preis zahlte, so begehrt er ein Furtum am Verkäufer. L. 14. §. 1. h. t.

10) L. 13. L. 66. §. 5. L. 85. D. h. t.

11) §. 15. J. h. t. L. 12. §. 1. L. 52. §. 10. L. 74. D. h. t. L. 20. D. rer. amotar. (25. 2.) Er hat die furti actio aus ähnlichen Gründen, wie die Publiciana actio. Schrader, in seiner Instit.-Ausg. S. 593. Ueber den malae fidei poss. f. L. 12. §. 1. D. h. t.

12) §. 14. J. h. t. L. 12. §. 2. L. 14. §. 5. 7. L. 46. §. 4. D. h. t.

13) L. 46. §. 1. 3. D. h. t.

14) L. 19. §. 6. L. 61. §. 8. L. 66. pr. D. h. t.

15) So daß wegen derselben That der Eigenthümer, der Usuar und der Pfandgläubiger zugleich auf Strafe klagen können. L. 46. §. 5. eod.

16) L. 53. §. 3. L. 85. eod.

anstellen¹⁷⁾, in welchem Falle dann aber der Eigenthümer selbst nicht *furti* klagen kann, weil Jene ihm haften¹⁸⁾; b) solchen Detentoren, welche aus anderen Gründen ein rechtliches Interesse in Beziehung auf die Sache haben, wird wenigstens in zwei Fällen eine selbstständige *actio furti* bestimmt zugesprochen; den einen Fall führt die L. 14. §. 17. h. t. an, eine Stelle, aus der man das Schwanken der römischen Juristen über diesen Punkt sieht; der andere ist, wenn dem Pächter die Früchte vom gepachteten Grundstück entwendet werden¹⁹⁾. Uebrigens ist die hier (Nr. 1) berührte Frage für Begriff und Umfang des *Furtum* eigentlich ohne Interesse, denn es ist jedenfalls in diesen Fällen stets ein *furtum ipsius rei* vorhanden.

2) Wird durch das *Furtum* zunächst nicht fremdes Eigenthum verletzt, sondern die diebische Handlung vom Eigenthümer selbst verübt, so ist ein selbstständiges *Furtum* an solchen Detentoren möglich, welchen entweder ein Retentionsrecht an der Sache zusteht²⁰⁾, oder welche ein eventuelles Recht auf die Sache selbst haben, wie wenn der Eigenthümer dem Pächter die Früchte von der gepachteten Sache entwendet²¹⁾.

Was das Genauere über den Thatbestand des *Furtum* betrifft, so geht derselbe dahin; zum *Furtum* wird erfordert:

1) als Gegenstand eine in Jemandes Eigenthum befindliche²²⁾ bewegliche Sache²³⁾, jedoch gleichviel, ob die Sache an sich zuvor beweg-

17) §. 15—17. J. h. t. L. 14. §. 3. 10—17. D. h. t.; außer sofern sie durch eine *mala fides* für die Sache verantwortlich wurden. §. 17. J. l. c. L. 14. §. 3. D. l. e.

18) Außer wenn sie insolvent sind. J. l. c. L. 12. pr. D. h. t. Ueber die besonderen Bestimmungen in Beziehung auf das *Commodat* s. L. 22. C. h. t. §. 16. J. h. t. Daß in diesen Fällen die *furti actio* eine abgeleitete Klage ist, wie sie Unterholzner (Verjährungslehre, Bb. 1, S. 203), und nun auch Dollmann (S. 43 flg.) nennt, ist nicht zu bezweifeln.

19) L. 82. §. 1. L. 14. §. 2. D. eod.: *quamvis domini non sint*. L. 26. §. 1. Diese letztere Stelle widerspricht in den Worten: *quia ut primum decerpit esset, eius esse coepisset*, nicht der L. 14. §. 2, denn diese Worte drücken bloß das eventuelle dingliche Recht des Pächters auf die Früchte (weil er durch *Perception* das Eigenthum der Früchte erwerben kann), nicht aber den Satz aus, daß er durch die That des Diebes das Eigenthum an der Frucht erworben habe. S. auch Guhl. Eduard Backe, *bonae fidei poss. quemadm. fructus suos fac.* (Berol. 1825, 8.) p. 114. Vgl. auch L. 60. §. 5. D. locat. (19. 2.) Paulus, *sent. II. 31. §. 30.*

20) S. unten Note 51 flg.

21) L. 26. §. 1. L. 15. §. 1. D. de furt.

22) S. Note 73 u. 74. Vergl. auch Note 134. Daß die Sache in Jemandes Besitze ist, ist nicht unbedingt erforderlich. Note 35.

23) L. 25. pr. eod. Früher war es bestritten, ob nicht auch an einer unbeweglichen Sache ein *Furtum* verübt werden könne. §. 7. J. de usuc. (11. 6.) L. 38. D. de usurp. (41. 3.) Caius, *comm. II. 51. Gellius, noct. att. XI. 18. med.* Ein *furtum usus* wenigstens könne auch nach dem neuesten röm. Rechte an unbeweglichen Sachen begangen werden, meint Schott in der Note 56 angef. Diss., aber freilich nur aus dem ganz ungenügenden Grunde, *cum furtum usus in conversione rei alienae in suos usus conatur!*

lich war, oder es erst durch die Entwendung mittelst Trennung von einer unbeweglichen Sache wurde²⁴⁾;

2) *contrectatio* dieser Sache, d. h. sich der Sache bemächtigen und einen solchen Act mit ihr vornehmen, welcher in den mit dem vollen Eigenthume der Sache verbundenen Befugnissen liegt, und durch welchen die Sache selbst, oder bloß ihr Besitz dem Berechtigten entzogen, und vom Contrectirenden sich angemast wird²⁵⁾.

Hieraus ergeben sich drei Hauptrichtungen des *Furtum*, je nachdem die Absicht des Contrectirenden auf unbefugte Zueignung der Sache selbst, oder auf bloße Anmaßung eines Gebrauches derselben, oder auf bloße unbefugte Besitzergreifung ohne widerrechtliche Zueignung gerichtet ist, *furtum ipsius rei*, *furtum possessionis* und *furtum usus*. Daß diese letzteren Ausdrücke bei den Römern als technische Bezeichnungen der verschiedenen Fälle des *Furtum* gebraucht wurden, ist zu bezweifeln²⁶⁾. Aber Hauptrichtungen der diebischen Contrectation sollen sie jedenfalls bezeichnen. Mehr technisch scheint der Ausdruck: *suas rei furtum* gebraucht worden zu sein, und schärfer und vollständiger würden allerdings die verschiedenen Fälle des *Furtum* gesondert, wenn man von dieser Beziehung ausginge, und in *furtum rei alienae*, *furtum rei propriae* oder *suas* und *furtum usus* eintheilte.

A) *Furtum ipsius rei*. Dieses besteht in einer solchen Contrectation, durch welche der Fur die Sache sich völlig zueignen, das Eigenthum einer Sache sich anmaßen oder wenigstens dem Berechtigten die Sache selbst bleibend entziehen will, sei es mit oder ohne eigenmächtigen Eingriff in fremden Besitz. Es gehört hierher namentlich

a) Entwenden einer fremden Sache aus fremder Detention in der Absicht, sie sich zuzueignen²⁷⁾.

24) L. 25. §. 2. L. 26. §. 1. L. 52. §. 8. L. 57. D. h. t.

25) Theophilus, paraphr. II. 6. §. 3. Das die Handlung wider Willen des Berechtigten geschah, liegt im *contrectare* an sich noch nicht (S. 6. J. h. t. Caius, III. 195), eben so wenig, daß der Zweck des Thäters nicht bloß auf Beschädigen, Verderben u. gehen dürfe. Dieses wird durch das weitere Requirat des *animus lucri faciendi*, *affectus furandi* bestimmt. Vgl. L. 22. pr. L. 66. D. h. t. L. 3. §. 18. D. de poss. (41. 2.) L. 8. §. 2. D. arb. furt. caes. (47. 7.) Noch weniger gehört zur *contrectatio*, oder ist in ihr begriffen, der *animus domini* oder *sibi habendi*, wie Hepp (Versuche u., S. 214 fig.) glaubt. Ueber das Requirat der *fraudulosa contrectatio* s. Note 29.

26) Dollmann, S. 8 fig. In den auf uns gekommenen Quellen werden sie wenigstens nicht als solche gebraucht. Aber die Hauptrichtungen des *Furtum* sollen diese Bezeichnungen offenbar andeuten, selbst wenn man mit Birnbaum (neues Archiv des Criminalrechts, Bb. 13, S. 420) und Dollmann, in den Note 4 angeführten Stellen das *ipsius rei*, *usus* und *poss.* nicht auf *contrectatio*, sondern auf *lucri faciendi causa* beziehen wollte, was man aber nicht kann.

27) §. 6. J. h. t. §. 34. J. de R. D. (2. 1.) L. 21. L. 22. §. 1. L. 25. §. 2. L. 26. §. 1. D. h. t. Hierher gehört auch der Fall, wenn ein Dritter dem b. f. *possessor* eine Sache entwendet. §. 15. J. h. t. L. 52. §. 11. L. 74. D. h. t. Es ist ein *furtum ipsius rei*, weil der Thäter die Sache selbst,

Ob diese Entwendung heimlich oder offen geschieht, ist gleichgiltig (Note 88 fig.); selbst wenn sie mittelst Gewalt gegen die Person des Besitzers ausgeführt wird, ist die Handlung doch Furtum²⁸⁾; nur bildet sie der Gewalt wegen eine besondere Unterart des Furtum (*rapina*, *vi rapere*). Es ist nämlich nicht zu bezweifeln, daß die Römer schon in früherer Zeit unter dem Furtum auch den Raub begriffen und (vor dem Edict de vi bonis raptis) diesen Fall des Furtum nicht besonders auszeichneten. Auch die vom Furtum und aufbehaltenen Definitionen sind so gefaßt, daß der Raub unter das Furtum fallen mußte. Denn das Requisite der *contrect. fraudulosa* schließt das Gewaltsame nicht aus²⁹⁾. Allmählig aber wurde der Raub besonders ausgezeichnet, zuerst durch das Lucullische Edict de vi bonis raptis, und so mußte er in Hinsicht auf die strafrechtlichen Folgen vom Furtum als ein qualifizierter Fall desselben unterschieden werden³⁰⁾. Im Gegensatz zu ihm war dann das Furtum die nicht gewaltsame Entwendung³¹⁾, überhaupt der häufigere Fall, auf den sich deshalb auch viele Bezeichnungen beim Furtum beziehen³²⁾. Allein es war darum nicht nöthig, im Begriffe und Thatbestande des Furtum die Fälle des Raubes auszuschneiden, da sie doch zum Furtum gehörten, und alle Folgen des Furtum auch bei ihnen eintreten konnten, und so wird auch in Justinian's Rechtsbüchern der Raub Furtum genannt³³⁾, und nur da vom Furtum unterschieden, wo von den besonderen Folgen des Raubes die Rede ist, wie dies überhaupt bei einer Verbrechenart im Verhältnisse zu ihrer Gattung geschieht.

b) Die Unterschlagung, d. h. das widerrechtliche Zueignen einer Sache, welche der Thäter schon in Händen hatte, oder die er wenigstens nicht erst zum Zwecke der Zueignung aus fremder Detention entwendet. Ramentlich gehört hierher die Veruntreuung von Sachen, welche

nicht bloß ihren Besitz, sich widerrechtlich anmaßt, die Sache sich zueignet. Anders ist es, wenn der Eigenthümer der Thäter ist. L. 20. §. 1. eod.

28) Ich war früher in meinem Lehrbuche anderer Meinung. Eben so sind u. A. anderer Ansicht: Erhard, de furti not. p. 12, 13; Köpffert, Gr. Archiv, Bd. 3, S. 79, 80, und wenigstens in Beziehung auf das Justinianische Recht, Dollmann, S. 28; und Lud. Fred. Osc. Schwarze, comm. de crim. rapinae ex princ. iur. comm. (Dresd. et Lips. 1839, 8.) p. 6, 7, 10.

29) Es bezeichnet eben überhaupt das *Dolose, quod fraudis sit*. S. bes. Schrader, in f. Instit.-Ausg. S. 581.

30) Der Räuber hieß deshalb für *improbius*. L. 14. §. 12. D. quod met. caus. (4. 2.) L. 2. §. 10. D. de vi bon. rapt. (47. 8.) Vergl. auch L. 28. §. 5. D. de iur. iur. (12. 2.)

31) Nicht die heimliche, wie meist die Aelteren annahmen. Selbst noch Erhard und sogar Puffter (Lehrbuch, 2. Ausg. §. 515) scheinen jede offen ausgeführte Anmaßung einer beweglichen Sache u. zur *rapina* zu zählen. Vgl. dagegen Schwarze l. c. p. 23 sq.

32) *Subducere, subtrahere etc.* Vgl. auch L. 9. C. h. t. L. 1. C. de his quae vi. (2. 20.) L. 2. §. 23. 24. D. de vi bon. rapt. (47. 8.) Nov. 134. c. 14. Auch Dollmann, S. 27, 28.

33) Pr. J. de vi bon. rapt. (4. 2.) L. 48. §. 7. L. 80. §. 3. D. de furt. (47. 2.) Schrader l. c. Auch Puffter, Lehrbuch, 2. Ausg., §. 489, Note 5.

der Eigentümer dem Thäter anvertraut hatte³⁴), und die widerrechtliche Zueignung gefundener Sachen³⁵).

c) Wenn der Besitzer einer fremden Sache dieselbe im bösen Glauben veräußert³⁶), oder dem Eigentümer durch Adjunction, Confusion u. dergleichen das Eigenthum entzieht³⁷). Furtum sind diese Fälle, weil hier der Thäter sich die Sache selbst widerrechtlich anmaßt und den Eigentümer um dieselbe bringt³⁸).

d) Wissenlich unbefugte Annahme einer Nichtschuld und betrügerisches Eingehen fremder Forderungen und Aneignen ihres Gegenstandes³⁹). Ein

34) Beispiele in L. 1. §. 2. L. 33. L. 43. §. 1. L. 46. §. 6. L. 52. §. 7. §. 16. L. 67. pr. D. h. t. L. 29. pr. D. de poss. (16. 3.) L. 22. §. 7. D. mand. (17. 1.) L. 1. §. 22. L. 2. §. 1. D. de tut. et rat. distr. (27. 3.) L. 25. D. de donat. (39. 5.) Durch intervertore wird zwar diese Handlung häufig in den Quellen bezeichnet; der Ausdruck ist aber nicht eine technische Bezeichnung dieses Falles. Gewöhnlich geschieht die Unterschlagung durch eigenmächtiges Verwandeln der detentio in possessio. Es ist dies aber nicht der einzige Fall. Sie kann auch geschehen durch widerrechtliches Zutunigen einer Sache, die man schon rechtlich in der possessio (im e. S.) hatte, nämlich wenn der Kaufpfandgläubiger unterschlägt (L. 52. §. 7. h. t.), ferner dadurch, daß der Thäter eine Sache, deren Detention er ergreifen durfte, oder die in Niemandes Besitz ist, sofort in der widerrechtlichen Absicht, sie sich zuzueignen (in sine possessio) ergreift. Hat der Thäter eine fremde Sache widerrechtlich und eigenmächtig ergriffen, aber nicht animo furandi (nicht, um sie sich zuzueignen, sondern z. B. bloß, um den Eigentümer zu ärgern, sie ihm zu zerstoren u.) und er contrahirt sie später animo furandi, so gehört der Fall ebenfalls hierher (vgl. Pfeffter, Lehrbuch, 2. Ausg., §. 496, Note 5).

35) L. 43. §. 4. 11. D. h. t. L. 9. §. 8. L. 31. §. 1. L. 44. D. de dominio. (41. 1.) §. 48. J. de R. D. (2. 1.) Es ergibt sich hieraus, daß an einer Sache, die in Niemandes Besitze ist, wohl ein Furtum begangen werden kann. Vgl. auch Unterholzner, Verjährungslehre, Bb. 1, S. 214 fg. Im älteren röm. Rechte scheint dies anders gewesen zu sein. L. 1. §. 15. D. si is, qui test. liber. (47. 4.), eine Stelle, welcher v. Buchholz (jur. Abhandlungen, S. 335, 336) eine entschieden unrichtige Beziehung gibt. Vergl. auch die Note 7 angef. Stellen. Martin (Lehrbuch, 2. Aufl., §. 141, Note 5, §. 161) scheint sogar überhaupt anzunehmen, daß nach röm. Rechte an einer besitzlosen Sache ein Furtum nicht habe verübt werden können.

36) L. 6. 16. C. h. t. L. 73. D. h. t. L. 78. L. 94. §. 2. D. de solut. (46. 3.) §. 3. J. de usuc. (2. 6.) Zur Erklärung der L. 73. cit. vergl. Schilling, Lehrbuch für Insit. und Gesch. des röm. Privatr., Bb. 2, S. 696, Note m.

37) S. Rechtslexikon, Bb. 1, S. 24, Note 50.

38) Größtentheils werden sie schon unter die Unterschlagung (lit. b) fallen. — Begeht derjenige ein Furtum, welcher eine fremde Sache im guten Glauben in den Besitz bekommt, später aber, ehe er sie erfaßt, erfährt, daß sie ihm nicht gehört, und sie nun vor dem Eigentümer verheimlicht, um sie ihm zu entziehen? Vgl. L. 6. pr. L. 40. §. 2. D. de poss. (41. 2.) mit L. 4. pr. D. pro suo. (41. 10.) Unterholzner, Verjährungslehre, Bb. 1, S. 437. v. Savigny, Besß, 6. Ausg., §. 41, S. 548 fg.

39) L. 43. pr. L. 66. §. 3. L. 80. §. 5—7. D. de furt. L. 14. D. de condict. causa dat. (12. 4.) L. 18. D. de condict. furt. (13. 1.) L. 38. §. 1. D. de solut. (46. 3.) Es ist übrigens unter den Civilisten bestritten, ob die dolose Annahme einer Nichtschuld Furtum sei. Glück, Erläut. der Pand., Bb. 13, S. 168 fg. Geleugnet wird es z. B. von Mühlentruch, Pan-

Furtum ist hier vorhanden, weil der Thäter Sachen eines Dritten ergreift, um sie sich auf widerrechtliche Weise zuzueignen⁴⁰⁾.

e) Betrügliches Durchstreichen einer Schuldburkunde, um den Gläubiger um seine Forderung zu bringen, und sich von der Schuld zu befreien⁴¹⁾. — Dieser Fall bildet als Fall des Furtum eine große Anomalie. Dabei ist es aber zu weit gegangen, wenn behauptet wird, die Entwendung der Schuldburkunde von Seiten des Schuldners oder der Quittung von Seiten des Gläubigers gehöre auch hierher, indem sie nach römischem Rechte für ein Furtum des Betrages der Schuld gelte⁴²⁾. Dieses ist unrichtig. Dieser Fall gehört unter die oben lit. a angeführte Kategorie; lediglich die Urkunde ist es, welche hier als gestohlene gilt (vergl. die Stellen der folgenden Note). Nur mußte hier die Frage entstehen, wie in einem solchen Falle bei der *furti actio* die Privatstrafe zu berechnen sei. Manche römische Juristen meinten, es sei blos der Werth der Urkunde an sich (der *tabulae*) zum Grunde zu legen⁴³⁾. Allein die Meisten — und diese Ansicht ging auch in unsere Rechtsbücher über — glaubten, es sei auch hier das ganze Interesse des Bestohlenen zu verdoppeln oder zu vervierfachen, und dieses Interesse bestehe, wenn der Gläubiger die Schuld oder der Schuldner die Befreiung nicht durch andere Urkunden erweisen könne⁴⁴⁾, im Zweifel im Betrage dessen, worauf die Schuldburkunde oder die Quittung laute⁴⁵⁾.

B) Furtum possessionis. Daß dieser Ausdruck bei den Römern Kunstausdruck für gewisse Fälle des Furtum war, ist zu bezweifeln (Note 26). Aber welche Richtung des Furtum soll die in den Defe-

dictum., §. 880. Blth. Francke, Beiträge u., Abthl. 1, 1838, S. 95 flg. S. aber Glück a. a. D. Sell, de conditionibus; quaest. II. (Darmst. 1834), p. 98 sq.; auch Heimbach, Rechtsterikon, Bd. 2, S. 894. Auch Dollmann, S. 16 flg., leugnet es, und behauptet, wie schon vor ihm Francke a. a. D., ein Furtum sei hier nur dann vorhanden gewesen, wenn die Uebergabe der Sache durch einen wesentlichen Irrthum in Person oder Sache wichtig war, und deshalb die Eigenthumsübertragung nicht eintrat. Allein Dollmann übergeht es, gerade auf die Hauptstellen (L. 18. u. L. 38. §. 1. cit.) sich näher einzulassen, bei welchen, wenn auch die Römer bei einzelnen Fällen zwischen Stellionat und Furtum geschwankt haben mochten (L. 29. §. 5. D. mand. (17. 1.)), sich doch nur das im Texte angegebene Resultat annehmen läßt; denn was Francke, a. a. D., über jene Stellen ausführt, dürfte nicht geeignet sein, sie zu beseitigen.

40) Vgl. auch Klien, S. 136 flg.

41) L. 27. §. 3. L. 31. §. 1.; vergl. auch L. 52. §. 23. D. h. t. L. 41. D. ad leg. Aquil. (9. 2.)

42) Ich war auch in meinem Lehrbuche, Bd. 2, S. 275, dieser Ansicht. — Hepp, in seinen Versuchen S. 218, scheint es nicht blos auch anzunehmen, sondern zu glauben, daß es nicht einmal eine Anomalie wäre. Er sagt: durch die Wegnahme der Schuldburkunde wird ja auch wirklich so viel genommen (?), als der Dieb schuldig war. Denn in Beziehung auf ihn ist die Forderung dadurch getilgt (?), und der Gläubiger verliert die Summe, auf welche die Urkunde lautet. Vgl. L. 27. §. 1. 2. L. 32. h. t.

43) L. 82. pr. h. t.

44) L. 27. §. 1. 2. L. 32. pr. §. 1. h. t.

45) L. 27. §. 2. L. 28. pr. L. 82. §. 3. h. t.

nitionen des *Furtum* aufgenommene *contractatio possessionis rei* bezeichnen? Theophilus meint (paraphras. IV. 1. §. 1), gewisse Fälle der Unterschlagung, indem er als Beispiel anführt: wenn der Depositar oder der Pfandgläubiger die Sache sich aneignet, weil dadurch dem Eigenthümer die *possessio* entzogen werde.

Auf die Auctorität von Theophilus behaupten auch wirklich einige unserer Schriftsteller⁴⁶⁾, daß die Unterschlagung der (einzige) Fall des *f. possessionis sei*⁴⁷⁾, und daß die Fälle, welche die gewöhnliche Meinung zum *f. possessionis* zähle, nicht zu diesem, sondern zum *f. ipsius rei* gehören. Allein abgesehen davon, daß schon die Fassung des hierher gehörigen Institutionentitels gegen die Ansicht von Theophilus sprechen dürfte⁴⁸⁾, so müßte sie auf innere Widersprüche und grobe Inconsequenzen führen. Denn bei ihr müßte man consequenterweise gerade den Hauptfall des *f. ipsius rei*, den oben unter lit. a bei Note 27 angeführten Fall, nicht zum *f. ipsius rei*, sondern zum *f. possessionis* zählen, da ja auch in diesem Falle die *possessio* dem Eigenthümer entzogen wird! Freilich entzieht ihm hier der Fur auch die Sache selbst, und will sie sich zueignen. Allein dieses thut er ja auch bei der Unterschlagung. Und dann, wie sollte es sich denn irgend erklären lassen, daß in den Fällen, in welchen gerade nichts weiter als die *possessio* entwendet wird (z. B. wenn der Eigenthümer dem Faustpfandgläubiger das Pfand entwendet), kein *possessionis furtum* vorhanden sein soll? Zu erklären suchen dies auch die Anhänger dieser Ansicht nicht; sondern sie sagen eben, in diesen Fällen werde in den Quellen die That ein *furtum suae rei* genannt und von *rem subripere* gesprochen, also — sei es ein *furtum ipsius rei*. Allein dieß kann schon deswegen nichts beweisen, weil, wenn auch bloß vom *Furtum* des Besizers die Rede ist, doch eine Sache zunächst es sein muß, die der Fur wegnimmt. Auch ist dabei übersehen, daß auf die gleiche Weise die Quellen ja auch von den Fällen sprechen, welche die angeführten Schriftsteller zum *furtum possessionis* zählen⁴⁹⁾. Will man sich nicht in unaufs löbliche Widersprüche ver-

46) Marezzoli, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 8, S. 284. v. Buchholz, jurist. Abhandlungen, 1833, S. 323—339. Auch Abegg, Lehrbuch des Criminalr. §. 342, scheint Buchholz beizutreten.

47) v. Buchholz geht eigentlich noch weiter, als die Beispiele von Theophilus. Er behauptet, *f. poss. sei*, „wenn Jemand, der eine Sache in einem, nicht mit allen juristischen Wirkungen versehenen, Besitze hat, sich wider besseres Wissen in habüchtiger Absicht einen Besitz mit vollen juristischen Wirkungen durch eine äußere Handlung zueignen, also seine Detention oder seinen Interdictsbesitz in Usucapionsbesitz (?) verwandeln will.“ Von einem solchen Falle spricht Theophilus offenbar nicht (denn zu seiner Zeit galt ja die *usuc. pro herede* luorat. nicht mehr). Zwar sagt v. Buchholz: „Verwandlung der Detention in bloßen Interdictsbesitz genügt noch nicht, weil ja Theophilus verlangt, daß der *possessionis fur* als *dominus* besitze.“ Allein besitz denn der Interdictsbesitzer nicht auch als *degnorans*?

48) Schrader, in f. Instit.-Ausg. S. 581.

49) J. B. L. 71. pr. h. t.: Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit. Daß die L. 1. §. 15. D. si is, qui test. lib. (47. 4.),

wickeln, so kann man, wenn man, wie es unsere Quellen thun, verschiedene Richtungen des Furtum durch *res ipsa*, *possessio* und *usus* unterscheidet, diese Unterscheidung nur danach bestimmen, ob die Sache selbst vom Fur sich angeeignet und dem Berechtigten völlig entzogen wird (*furtum ipsius rei*), oder ob bloß ein unrechtlicher Gebrauch derselben Zweck des Fur ist, oder endlich, ob es sich weder von einem widerrechtlichen Zueignen der Sache, noch von einem widerrechtlichen Gebrauche, sondern lediglich von einem widerrechtlichen Ergreifen des Besitzes und Entziehen der Besitzvorteile handelt (*furtum possessionis*). Letzteres ist aber nur vorhanden, wenn derjenige, der die Sache als die seinige behandelt, somit sich zueignen darf, den ihm nicht gebührenden Besitz der Sache entwendet, also lediglich der Besitz es ist, auf den die widerrechtliche That geht. Es gehören somit zum *furtum possessionis* diejenigen Fälle des *furtum suae rei*⁵⁰⁾, in welchen bloß der Besitz der Sache es ist, den der Eigenthümer der Sache einem dritten Berechtigten widerrechtlich entzieht. Nicht aber gehören zu demselben alle Fälle des *furtum suae rei*; denn bei dem letzteren kommen auch Fälle vor, in welchen es sich nicht um Besitzentziehung (Note 54), und Fälle, in welchen es sich um mehr, als bloße Entziehung des Besitzes und der mit demselben verbundenen Vorteile (Note 55) handelt. *Furtum suae rei* ist nämlich vorhanden, wenn der Eigenthümer seine Sache demjenigen, der sie im guten Glauben besitzt⁵¹⁾, oder demjenigen, der sie, sei es wegen dinglichen oder wegen persönlichen Rechtes, detinirt und ein Retentionsrecht hat⁵²⁾, oder wenn er dem Kaufs-

welche v. Buchholz hierher zieht, hierher nicht gehört, bemerkt schon Schrader a. a. D. Auch läßt sich in der That gar nicht denken, was die Stelle für die Buchholz'sche Ansicht beweisen soll. Sie sagt nur: *si nullus sit possessor, furtum negat fieri*, was wenigstens nach dem späteren röm. Rechte entschieden nicht so ist. Sollte aber v. Buchholz glauben, nach *furtum* sei etwa *possessio* hinlein zu denken, so sollte man freilich meinen, daß sie bloß einen sich von selbst verstehenden Satz ausspreche, d. h. den, wo kein Besitzer ist, sei auch kein f. poss. möglich. Allein nach v. Buchholz's Ansicht kann ja gerade auch am Nichtbesitzer ein Besitzdiebstahl verübt werden (beim *furtum* an verlorenen Sachen).

50) §. 10. J. h. t. Uebrigens dürften schon die gewöhnlichen römischen Beschreibungen des *Furtum* (z. B. §. 6. J. eod. Caius, III. 195. Paulus, roc. sent. II. 31. §. 1. 21.), beweisen, daß das f. *possessio* erst später zum *Furtum* gezählt wurde. Denn daß unter *res aliena* hier auch die dem Eigenthümer nicht gebührende *possessio* verstanden worden sei (wie Schwarze in der Note 28 angef. commentat. de rap. p. 8 u. 9, glaubt), läßt sich nicht annehmen. Vgl. auch Alien, §. 233. — Unrichtig ist es wohl, wenn Dollmann, §. 5, zum *Furtum* auch den Fall zählt, wenn ein Unberechtigter ein Retentionsrecht gegen den Eigenthümer ausüben will. Er sagt selbst, daß er aus den Quellen nichts dafür anführen könne. Abgesehen davon, daß die Handlung in das Gebiet der vom *Furtum* getrennten Selbsthilfe fällt, so ist die Behauptung im Widerspruche mit Dollmann's eigenen Ansichten über die Art von *possessio*, deren Anmaßung er zum *Furtum* für erforderlich hält.

51) L. 20. §. 1. L. 53. §. 4. D. h. t.

52) L. 15. §. 1. 2. L. 20. §. 1. L. 59. D. h. t.

pfandgäubiger das Faustpfand⁵³⁾ entwendet; außerdem aber auch, wenn der Eigenthümer die durch besonderen Vertrag verpfändete, in seinen Händen befindliche bewegliche Sache veräußert⁵⁴⁾, und wenn er die Früchte seiner Sache dem zum Fruchtgenuß Berechtigten entwendet⁵⁵⁾.

C) Furtum usus, d. h. widerrechtliche Anmaßung des bloßen Gebrauches einer Sache oder Ueberschreitung des gestatteten Gebrauches derselben⁵⁶⁾. Keineswegs ist zu diesem Furtum erforderlich, daß die Sache dem Fur vorher durch einen Contract (Depositum, Commodat u. dergl.) anvertraut war⁵⁷⁾. Auch das eigenmächtige Hinwegnehmen einer fremden Sache, bloß um sie zu gebrauchen (nicht um sie zu verbrauchen), z. B. das Benutzen eines fremden Gefährtes zum Fahren, eines fremden Hengstes zum Beschelen, ist furtum usus⁵⁸⁾.

3) Die rechtsverletzende That muß wirklich ausgeführt, das Furtum vollendet sein. Es gehört dieses zum wesentlichen Thatbestande des Furtum, weil das Furtum Privatdelict, somit ein Versuch desselben als Furtum⁵⁹⁾ nicht strafbar war. Es ist daher namentlich kein Furtum vorhanden:

a) wenn die Contractation objectiv nicht zur Ausführung gebracht wurde⁶⁰⁾. Was zur Ausführung der Contractation, somit zur Vollendung des Furtum in dieser Beziehung gehört, ergibt sich aus den einzelnen Richtungen der diebischen Contractation; es muß die Handlung, welche in einer der oben bezeichneten Richtungen der Contractation liegt, vollendet sein, sollte auch im Uebrigen der Thäter seine Zwecke nicht voll-

53) L. 19. §. 5. 6. L. 20. pr. D. eod. L. 36. pr. D. de pign. act. (13. 7.) §. 10. 14. J. h. t.

54) L. 66. pr. L. 19. §. 6. D. h. t.

55) Vgl. Note 21. Der Entwendende ist zwar hier Eigenthümer der Sache, und bleibt es, wenn ein Pächter oder Usufructuar der Verlegte ist, auch nach der Trennung der Früchte von der fruchttragenden Sache (Note 19). Allein hier ist es doch nicht bloß der Besitz der Sache, den er sich widerrechtlich verschaffen will, sondern er will die Sache selbst, auf deren Aneignung und Erwerbung ein Dritter das Recht hat, diesem völlig entziehen und sich widerrechtlicher Weise bleibend aneignen.

56) L. 40. 48. §. 4. L. 54. pr. §. 1. L. 76. pr. L. 82. pr. D. h. t. L. 5. §. 8. D. commod. (13. 6.) L. 16. D. de conduct. furt. (13. 1.) Verbraucht derjenige, welchem Sachen zur Verwaltung oder Aufbewahrung anvertraut sind, dieselben, so begeht er, selbst wenn er die Absicht des Erfasses haben sollte, kein f. usus, sondern ipsius rei (UnterSchlagung). Denn im Verbrauch liegt eine Aneignung der Sache. Dieß ist ganz übersehen in der auch sonst unbedeutenden und mißrathenen Dissert. von Aug. Frid. Schott, de furto usus. (Lips. 1775, 4.) p. 5.

57) Wie Manche glauben, z. B. Klien, S. 177, 179 fig. Henr. Linden, D. de furti notione sec. ius Rom. (Jen. 1831, 8.) p. 27.

58) L. 52. §. 20. D. eod. Vgl. auch L. 15. D. de conduct. causa dat. (12. 4.) a. G. L. 14. D. commodati. (13. 6.) Der richtigen Ansicht sind u. A. Rosshirt, im Archiv, Bb. 3, S. 75; Pfeffter, Lehrbuch, 2. A., §. 496, Note 5.

59) Wohl aber kann er ein anderes consummirtes Verbrechen, z. B. eine Injurie, bilden (Note 60).

60) L. 21. §. 7. L. 52. §. 19. D. h. t. Paulus, rec. sent. II. 31. §. 35.

ständig erreicht haben. Es muß also beim *furtum usus* ein Gebrauch mit der Sache wirklich schon gemacht⁶¹⁾, beim *f. possessionis* der Besitz dem Berechtigten wirklich schon entzogen⁶²⁾, beim *f. ipsius rei* durch Veräußerung der Sache (oben Note 36) die Veräußerung selbst durch Uebergabe der Sache vollzogen⁶³⁾ worden sein. So ist ferner zur Consummation desjenigen *furtum ipsius rei*, welches in der Zueignung der Sache durch Entwenden aus fremdem Gewahrsam besteht (oben Note 27), erforderlich, aber auch hinreichend, daß der Fur dem Berechtigten den Besitz der Sache entzieht und sich denselben erwirbt, also die Sache ergreifen und in seine Gewalt gebracht hat mit der Absicht, sie sich zuzueignen⁶⁴⁾. Es wird dieß auch durch *tollere, loco movere, amovere* etc. bezeichnet, weil mit einer solchen Contractation stets ein Wegnehmen der Sache von ihrer Stelle verbunden ist. Oft wird auch der Ausdruck *auferrere* gebraucht. Daß aber damit nicht ein wirkliches Wegtragen, auch nicht einmal ein Beginnen des Wegtragens als Requisite der Consummation bezeichnet werden soll, sondern bloß das, was der Fur gewöhnlich thut und thun will, beweisen schon die Grundsätze über das *furtum manifestum* und die L. 21. §. 10. h. t.⁶⁵⁾ Bei der Unterschlagung (oben Note 34, 35) reicht zur Consummation die Absicht, die Sache, die man detinirt, zu behalten, nicht hin, eben so wenig das Ableugnen der Sache gegen den zurückfordernden Eigenthümer, sondern der Thäter muß auch hier die Sache besonders ergreifen in der Absicht, sie sich zuzueignen⁶⁶⁾.

b) Wenn die Contractation mit Zustimmung des Berechtigten geschah. Wußte dieß der Wegnehmende, so kann natürlich schon an sich von einem *furtum* nicht die Rede sein⁶⁷⁾. Wußte er es aber nicht und glaubte er daher ein *furtum* zu begehen, so ist die Handlung doch kein *furtum* und straflos, weil, sobald der Berechtigte nichts gegen die Wegnahme hatte, in einem solchen Falle bloß von einem Versuche die

61) S. die Stellen der Note 56. Keineswegs ist aber nöthig, daß der Fur den ganzen Gebrauch, den er zu machen beabsichtigte, wirklich gemacht hat. Es genügt, wenn er den Gebrauch zu machen begonnen, und dadurch schon irgend einen unerlaubten Gebrauch gemacht hat.

62) Die Stellen der Notizen 51—53.

63) *Caius, comm. II. 50.*: *Qui alienam rem vendidit et tradidit, furtum committit; idemque accidit, etiam si ex alia causa tradatur.* Vgl. §. 3. J. de usucap. (2. 6.)

64) L. 21. pr. §. 8. 10. L. 22. D. h. t. L. 10. pr. D. de condict. furt. (13. 1.) *Klien, S. 180, 246—265.*

65) *Quamvis autem earum quoque rerum, quas quis non abstulit, furti teneatur etc.* Vgl. auch L. 21. pr. §. 8. h. t., über diese Stellen *Klien, S. 254* fig., und meine Abhandl. über Consummation des Diebstahls, im neuen Archiv des Crim.-R. 1840, Heft 2.

66) L. 1. §. 2. L. 52. §. 19. L. 67. pr. D. h. t. L. 3. §. 18. D. de poss. (41. 2.) v. *Savigny, Recht des Besizes (6. Aufl.), §. 33, S. 431* fig. — Unrichtig ist es, wenn *Dollmann S. 74* sagt, das *furtum* könne „ohne irgend eine Aenderung der factischen Lage der Sache vollbracht werden.“

67) War die fremde Sache in der Detention eines Dritten (z. B. bei einem Dritten deponirt), und gestattete der Detentor wider des Eigenthümers Willen die Wegnahme, so ist die Handlung doch ein *furtum*. Sie fällt dann unter den zweiten Fall des *f. ipsius rei* (oben A b).

Rebe sein könnte⁶⁸). Ueber einen Fall war bei den Römern Streit: wenn nämlich der Berechtigte die Wegnahme, ohne in sie wirklich einzutreten, doch nicht verhindert, während er sie hätte verhindern können, oder er, von der Absicht des Fur unterrichtet, die Wegnahme bloß in der Absicht geschehen läßt, um den Thäter zu ertappen. Manche, z. B. Laabeo und Caius, verneinten hier das Dasein eines Furtum⁶⁹), Andere, wie Paulus, bejahten es⁷⁰), und Justinian entschied für die letztere Ansicht⁷¹). Dieß auch ganz mit Recht. Denn eigentlich liegt hier gar nicht ein bloßer Versuch des Furtum⁷²), sondern an sich schon ein vollendetes Furtum vor, da hier der Berechtigte keineswegs dazwischen willigen wollte, daß ihm die Sache wirklich entzogen werde.

c) Wenn Niemand an der Sache Rechte hatte oder die Handlung gegen einen Solchen begangen wurde, dem keine Privatrechte in Beziehung auf die Sache zugestanden, sollte auch der Thäter geglaubt haben, gegen einen Berechtigten zu handeln⁷³)⁷⁴).

d) Wenn die Sache eine solche war, an der ein Furtum nicht verübt werden kann (z. B. Note 171), sollte auch der Thäter diese Eigen-

68) L. 46. §. 8. D. h. t. Dieser Grundsatz wurde durch Justinian's Entscheidung in den Stellen der Note 71 nicht aufgehoben. Diese handeln gar nicht von wahrer Einwilligung. Ab. Wein. scheint Eudon, über den Versuch des Verbr., S. 190, zu sein.

69) L. 91. D. h. t. Caius, comm. III. 198.

70) L. 91. cit. Laabeo L. 2. Pithan. a Paulo epit. Si quis, cum sciret, quid sibi subripi, non prohibuit, non potest furti agere. Paulus: Imo contra; nam si quis scit sibi rapi, et quia non potest prohibere, quievit: furti agere potest. At si potuit prohibere, nec prohibuit: nihilominus furti aget. Et hoc modo patronus quoque liberto, et is, cuius magna verecundia, ei quem in praesentia pudor ad resistendum impedit furtum facere solet.

71) L. 20. C. h. t. §. 8. J. eod.

72) Wie z. B. Schrader, in f. Instit.-Ausg. S. 588, und Eudon, über den Versuch des Verbr., S. 190, annehmen. Allerdings sagt auch Justinian a. a. D.: Secundum iuris regulas furtum quidem non est commissum, quia is videtur furtum committere, qui contra domini voluntatem res eius contrectat. Allein am Ende entscheidet er dann doch für die furti actio, und sein Zweifelsgrund ist nur ein unrichtiger. Die Frage ist jetzt noch praktisch wichtig. Daß nach deutschem Rechte, das den Versuch des Diebstahls bestraft, hier jedenfalls Strafe eintreten müßte, leidet keinen Zweifel; aber ob bloße Versuchstrafe, oder die Strafe des vollendeten Diebstahls, dieß hängt von der im Texte berührten Frage ab. — Von der anderen Seite geht Eudon, a. a. D. S. 191, nach röm. Rechte viel zu weit, wenn er Justinian's Entscheidung „aus Gleichheit des Grundes“ auch auf Denjenigen anwenden will, der eine fremde Sache diebisch zu erfassen meinte, während es seine eigene war, die er wirklich ergriff. Wer soll dann in einem solchen Falle die furti actio haben? Ueberhaupt geht der allgemeine Satz, den Eudon, a. a. D. S. 197, über Bestrafung des Versuchs des Furtum nach römischem Rechte aufstellt, viel zu weit.

73) 74) L. 43. §. 5. L. 14. §. 4. L. 76. §. 1. D. h. t. Mein Lehrbuch Bb. 1, S. 255; Bb. 2, S. 277. Deshalb konnte an einer herrenlosen Sache ein Furtum nicht begangen werden, sollte auch der Thäter geglaubt haben, sie sei nicht herrenlos. L. 43. §. 5. cit.

schaft der Sache nicht gekannt haben⁷⁵⁾. Hierher gehört auch, wenn der Eigenthümer seine eigene Sache entwendet⁷⁶⁾, in der Meinung, sie gehöre einem Dritten.

4) Dolus des Thäters⁷⁷⁾, d. h. das Bewußtsein, fremde Rechte eigenmächtig zu verletzen. Es ist daher ein Furtum, überhaupt eine strafbare Handlung, namentlich nicht vorhanden, wenn der Thäter aus Rechtsirrtum nicht wußte, daß er fremde Rechte durch seine That verletzte, z. B. wenn er aus Rechtsirrtum die fremde Sache für die seinige hielt⁷⁸⁾, oder dieses aus factischem Irrthum nicht wußte, z. B. eine gefundene Sache irrigerweise derelinqürt oder aus factischem Irrthum eine fremde Sache für die seinige hielt⁷⁹⁾, ferner wenn er glaubte, mit Zustimmung des Berechtigten zu handeln, oder sie voraussetzen zu können⁸⁰⁾.

5) Absicht, durch die Contraction der Sache sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, oder wie die römischen Quellen sagen, animus luori faciendi⁸¹⁾. Drückt dieses Requisite zwar zunächst nur die Absicht aus, den Vermögensvorteil zu erhalten, der durch die Erwerbung von Sachen selbst oder ihres Besizes oder durch ihren Gebrauch, also durch die Disposition über ein Vermögensstück, oder durch Freiwerden von Verbindlichkeiten (Note 41) erlangt wird⁸²⁾, so ist von der anderen Seite es doch nicht streng wörtlich zu nehmen, und seine Bedeutung mehr eine negative. Denn es sollen dadurch hauptsächlich die Fälle vom Furtum ausgeschlossen werden, in welchen die Contraction der Sache bloß den

75) L. 6. D. expil. herod. (47. 19.)

76) Falls die That nicht unter die Kategorie des furtum sine rei fällt.

77) L. 1. §. 3. (vgl. Note 29.) L. 46. §. 7. L. 50. §. 2. D. h. t.

78) L. 21. §. 3. D. eod. L. 36. §. 1. L. 37. pr. D. de usurp. (41. 3.) Vgl. auch §. 1. J. vi bon. rapt. (4. 2.) Keineswegs ist die letztere Stelle mit L. 8. D. de ignor. (22. 6.) in Beziehung zu bringen, wie Martin, Lehrb., 2. X., §. 144, Note 2, glaubt. Denn die Regel, daß iuris error in damnis amittendas rei non nocet, wird vom röm. Rechte nirgends auf Delicte und deren Strafen bezogen. Deshalb könnte auch, wenn der Thäter das Stehlen selbst für erlaubt gehalten zu haben behaupten würde, diese Berufung ihn nicht entschuldigen. Wein Lehrb. Bd. 1, S. 120, 121.

79) L. 36. pr.; ferner L. 43. §. 6. 10. 11. D. h. t. L. 57. D. mand. (17. 1.) §. 4. J. de usucap. (2. 6.) Weiß der Thäter, daß die Sache eine fremde ist, und verwechselt er sie nur mit einer anderen fremden, oder kennt gewisse Eigenschaften derselben nicht, z. B. er schießt fremde Störche, weiß aber nicht, daß es Grengsteine sind, so fehlt hier natürlich der zu einem Furtum überhaupt nötige Dolus nicht. Hieraus erklärt sich L. 2. D. de term. mot. (47. 21.) a. C.

80) L. 46. §. 7. D. h. t. Deshalb ist auch kein furtum usus vorhanden, wenn Derjenige, welcher den Gebrauch sich anmaßt oder überschreitet, glaubt — sei es auch ganz irrig und unter Umständen, unter welchen er es nicht hätte voraussetzen sollen — der Eigenthümer werde nichts dagegen haben. §. 7. J. h. t. L. 76. pr. D. h. t. Nur kann er in einem solchen Falle wegen Culpa auf Ersatz belangt werden. D. l. c.

81) L. 1. §. 3. L. 43. §. 4. L. 65. D. eod. Nach der gewöhnlichen Lesart gehört auch §. 1. J. eod. hierher. Allein die Worte lucrifac. grat. sind hier recht unecht.

82) Riten, S. 305 fig. Grolman, Grundf. §. 181.

Zweck hat, den Eigenthümer zu kränken, ihm seine Sache zu verderben, sie ihm lediglich zu entziehen oder sie zu vernichten, ohne sie sich selbst oder einen Nutzen daraus anzueignen⁸³⁾. Deshalb ist weder Habsucht, noch Gewinnsucht, noch Absicht, sein Vermögen bleibend zu vermehren oder sich etwas zu ersparen zum Furtum in subjectiver Hinsicht erforderlich (wie Viele jenes Requisit auffaßten), was sich schon dadurch erweist, daß wer Ess- oder Trinkwaaren, bloß um sie zu naschen und gleich zu genießen, oder wer Sachen, um sie sofort zu verschenken, entwendet, ein Furtum begeht⁸⁴⁾.

Die unter Nr. 4 und 5 angeführten Theile des Thatbestandes des Furtum bezeichnen die römischen Quellen zusammen auch durch *animus oder affectus furandi*⁸⁵⁾.

In Beziehung auf die Strafe⁸⁶⁾ unterscheidet das römische Recht (schon die 12 Tafeln) zwischen *furtum manifestum* und *non manifestum*. *Furtum manifestum* ist⁸⁷⁾, wenn der Fur nach geschenees Entwendung mit dem Entwendeten auf der That oder am Orte des Diebstahles oder wenigstens, noch ehe er es an den Ort, wo er es am Tage des Diebstahles bergen oder mit dem Entwendeten bleiben wollte, brachte,

83) Den Gegensatz zum *animus damnum dandi, iniuriandi etc.* L. 22. pr. L. 53. pr. D. h. t. L. 41. §. 1. D. ad leg. Aqu. (9. 2.) L. 14. §. 2. D. de praesc. verb. act. (19. 5.) Vorzüglich Rlien, S. 305 flg. Ueber L. 39. u. L. 82. §. 2. h. t. vergl. Denf. S. 147 flg.; Heffter, Lehrb. 2. Ausg., §. 489, Note 9; auch Paulus, roc. sent. II. 31. §. 12. 31.

84) L. 54. §. 1. D. eod. Vgl. auch L. 15. D. de condict. causa dat. (12. 4.)

85) Durch diesen Ausdruck wird nicht bloß der Dolus, wie Rlien, S. 131, 330, glaubt, sondern *dolus und animus lucri faciendi*, also der ganze subjective Thatbestand beim Furtum (diebliche Absicht) bezeichnet. S. L. 33. L. 43. §. 5. 11. L. 52. §. 20. L. 56. §. 3. L. 75. D. h. t. (Vgl. auch L. 22. pr. §. 1. L. 25. §. 2. eod.) L. 2. §. 1. D. de tut. act. (27. 3.) §. 7. J. h. t. §. 5. J. de usucap. (2. 6.)

86) Ueber das sachverfolgende, auf Zurückgabe und Ersatz gehende, Rechtsmittel beim Furtum, die *condictio furtiva*, gehört das Nähere nicht hierher. S. hierüber Rechtslexikon Bd. 2, S. 902 flg. Doch kann ich es nicht unterlassen, hier auf einen Punkt aufmerksam zu machen. Unsere Civilisten scheinen hier eine wesentliche Lücke nicht zu beachten, die sie durch eine consequente Weiterbildung unseres Rechtes in seinem Geiste ergänzen sollten. Die *condictio furtiva* steht bloß dem Eigenthümer der Sache zu; alle übrigen Personen, welche zur Pönalklage berechtigt sind, haben nicht das Recht zur *condictio*. Im röm. Rechte war dieß keine Lücke; denn den Letzteren half eben die Pönalklage, die *actio furti*, mittelbar auch zum Ersatz. Allein nach teutschen Gesetzen ist beinahe in allen, nach dem entschiedensten Gewohnheitsrechte in allen Fällen die *furti actio* ausgeschlossen. Wie sollen nun jene übrigen Personen (Usuat, Pächter, und die übrigen Detentoren, selbst der Bestohlene beim *furtum possessionis*) zum Ersatz kommen? Nach der Darstellung unserer Civilisten hätten sie, da die *f. actio* wegfällt und die *condictio* ihnen nicht zukommt, gar keine Klage! Offenbar wird man nun hier ergänzen, und ihnen eine *in factum actio* auf Ersatz ihres Interesses geben müssen. Vgl. auch L. 50. §. 4. L. 66. §. 4. D. h. t.

87) Ueber den Umfang des *furt. man.* war unter den römischen Juristen Streit. *Caius*, comm. III. 184. In Justinian's Rechtsbücher ist die im Texte angegebene Bestimmung aufgenommen.

ergriffen⁸⁸⁾, oder wenn er, ehe er so weit kam, entdeckt, und, wenn auch vergeblich verfolgt wurde⁸⁹⁾; in allen anderen Fällen ist das Furtum ein *ec manifestum*. Das *furtum manifestum* war durch härtere Strafe ausgezeichnet. Den Grund dieser Auszeichnung deuten die römischen Quellen nicht näher an, und deshalb ist hierüber viel Streit. Das römische Recht strafe überhaupt in den älteren Zeiten häufig *delicta manifesta* härter⁹⁰⁾, und so auch das *furtum manifestum*, wohl aus keinem anderen Grunde, als theils um der Privatrache mehr entgegen zu wirken⁹¹⁾, theils weil das größere Aergerniß, das eine solche That erzeugt, eine größere Vergeltung nöthig erachten ließ⁹²⁾.

Bei der Strafe des Furtum (die besonderen Grundsätze, welche bei der *rapina* galten, sind hier übergangen, da sie besser unter dem Artikel *Raub* dargestellt werden) muß man unterscheiden:

1) Den wegen Furtums Verurtheilten trifft jedenfalls *Infamie*⁹³⁾. Außerdem kann

88) L. 3. pr. §. 2. L. 4—6. L. 7. §. 1. L. 34. 35. D. h. t.

89) L. 7. §. 2. D. h. t., vergl. mit §. 3. J. h. t. *Cuiacius*, obs. XI. 38. *Konopat*, (alters) *Archiv des Gr.-R.* Bd. 7, S. 290 fig. *Schrauber*, in *f. Institut.-Ausg.* S. 583. Von wem die Verfolgung oder das Ertrappwerden geschieht, ist gleichgültig (L. 3. §. 1. L. 7. §. 3. D. h. t. J. l. c.), nur müssen es natürlich solche Personen sein, welche gegen den Furt auftreten, ihn zur Rechenschaft zu ziehen suchen. Deshalb ist es kein *f. man.*, wenn der Furt von Angehörigen oder einem Bekannten bei der That überrascht wird, und diese ihn vergeblich abzumahnern suchen, aber sonst nichts gegen ihn vornehmen. Vgl. auch *Abegg*, im neuen *Archiv des Gr.-R.* Bd. 14, S. 440 fig. Nur möchte sich seine allgemeine Behauptung S. 442 schwer begründen lassen (und mit dem, was er selbst S. 444 sagt, nicht ganz im Einklange stehen), daß Kinder in väterlicher Gewalt, und überhaupt solche Angehörige des Diebes, die von der Anstellung einer infamirenden Klage gegen denselben ausgeschlossen sind, sofern sie ihn bei der That betroffen, nicht geeignet seien, den Thatbestand eines *furt. man.* herbeizuführen.

90) Dies übersah *Hepp*, *Versuche* S. 136. Vgl. meine *Abhandl. aus d. Strafr.* S. 67, und die dort Angef.

91) *Hepp* a. a. D. S. 132 fig.

92) Es sind hauptsächlich zwei Ansichten, in welche Andere über diese Frage sich theilen. Manche (z. B. *Cuiacius*, obs. XIX. 12.) wollen in der höheren Privatstrafe des *f. man.* eine Belohnung für die hausväterliche Wachsamkeit des Bestohlenen finden. Allein *f. l. 3. §. 1. L. 7. §. 3. D. h. t. §. 3. J. h. t.* Andere glauben, das *f. man.* habe für einen Beweis von größerer Frechheit und Verwegenheit des Thäters gegolten (so nun auch theilweise *Abegg*, im neuen *Archiv*, Bd. 14, S. 435, unter Berufung auf *A. Gellius*, XX. L. §. 8). Allein dann müßte auch in noch anderen Fällen (z. B. in dem der *L. 7. §. 1. h. t.*) ein *f. man.* angenommen worden sein; auch kann das Ertrappwerden gerade ein Beweis der Unerfahrenheit, Unbeholfenheit, und somit geringerer Gefährlichkeit des Thäters sein. Vgl. auch *Hepp*, *Versuche*, S. 117 fig.

93) L. 7. D. de publ. ind. (48. 1.) L. 1. L. 4. §. 5. L. 6. pr. §. 1. D. de his, qui not. (3. 2.) L. 8. C. e. t. (2. 12.) *Paulus*, rec. sent. II. 31. S. 15. Daß bei jedem Furtum *Infamie* eintrat, darüber lassen diese Stellen keinen Zweifel. *Dollmann*, S. 55, behauptet wegen *L. 10. §. 2. D. de poen.*, wenn ein Dieb oder *Decurio* auf eine *accusatio* wegen Furtums zur Peitschen- oder Arbeitsstrafe dem Rechte gemäß verurtheilt worden, und die Strafe erlitten haben, sie nicht infam werden, „wohl aber Angesehener“

II) der Verletzte auf eine Privatstrafe mit der *furti actio* klagen, und zwar beim *furtum manifestum* auf das Vierfache (durch den Prätor, als die Strafen der 12 Tafeln allmählig unangemessen gefunden wurden⁹⁴), eingeführt, beim *neo manifestum* (schon nach den 12 Tafeln) auf das Zweifache⁹⁵ des Betrages seines Interesses⁹⁶. Anstellen kann die Klage in der Regel⁹⁷ Jeder, der ein rechtliches Interesse hat, *rem salvam esse* oder *non subripi*; die näheren Bestimmungen ergeben sich aus dem oben bei Note 8—21 Gesagten⁹⁸. Angestellt werden kann sie gegen den Fur selbst, gegen seine Gehilfen⁹⁹ und gegen den Hehler¹⁰⁰, und zwar gegen Jeden auf den ganzen Betrag so, daß der Eine durch Zahlung der Anderen nicht frei wurde¹⁰¹. Außer diesen

(wenn diese zur Relegation verurtheilt wurden). Allein abgesehen von anderen Gründen, die in der Stelle selbst liegen, hat Dollmann übersehen, daß die *Decuriones* zu den Angesehenen gehören, und gegen sie die *fustium castigatio* eine ganz unzulässige Strafart war. L. 2. §. 2. D. de decur. (50. 2.) L. 5. C. ex quib. caus. inf. (2. 12.) Uebrigens trifft auch den Infamie, der durch einen Vergleich die *furti actio* um Geldeswerth von sich abwendete. L. 1. L. 4. §. 5. L. 6. §. 3. 4. D. de his, qui not. (3. 2.)

94) Vgl. auch A. Gellius, noct. Att. XX. 7. §. 10. Caius, comm. III. 189.

95) §. 5. 19. J. h. t. L. 1. §. 3. D. de publican. (39. 4.) Vgl. auch oben Note 6.

96) Wird nicht bloß wegen entzogenen Besizes oder Genusses, oder nicht von einem solchen Eigenthümer, dem der Genuß zur Zeit des Furtum nicht zukam, geklagt, so wird in der Regel, wenn der Kläger kein höheres Interesse liquiriren kann, der Werth der Sache, und zwar der höchste Werth, den sie in der Zeit von der *Contractatio* an einmal hatten, zu Grunde gelegt. Vgl. überhaupt über diese Frage L. 50. pr. L. 67. §. 1. L. 80. §. 1. D. h. t. mit L. 27. 32. 67. §. 1. 2. und mit L. 46. §. 1. 4. L. 74. 65. eod. Auch Dollmann, S. 44, 45.

97) Ein Interesse *ex honesta causa* ist nöthig. Nur reicht nicht immer ein solches Interesse schon hin. L. 14. §. 10. L. 49. 85. D. h. t. Auch gibt es einen Fall, in welchem *fur furti agere potest*. L. 48. §. 4. h. t.

98) Vgl. über diese Frage §. 13—17. J. h. t. L. 10—15. L. 20. §. 1. L. 46. §. 1. 4. 6. L. 47. L. 48. §. 4. L. 49. L. 52. §. 8—11. §. 18. 29. L. 53. §. 3. 4. L. 58. 59. 64. 66. §. 1. L. 71. 74. 76. §. 1. L. 78. 80. 82. §. 1. L. 85. D. h. t. L. 22. C. h. t. Auch Schrader, in f. Instit. Ausg. S. 592 fg.

99) *Cuius ope, consilio furtum factum est*. §. 11. J. h. t. L. 50. §. 3. D. h. t. L. 53. §. 2. D. de V. S. (50. 16.) Da der Gehilfe so gut haftet, wie der Mithelber, so unterschieden hier die Römer nicht genau, und rechneten auch wahre Mithelber zu denen, *quorum ope, consilio furt. fact. est*, z. B. L. 52. §. 21. h. t. Vgl. überhaupt auch noch über die Gehilfen L. 36. L. 50. §. 1—4. L. 52. pr. §. 1. §. 13. 19. L. 66. §. 4. D. h. t. Lebensfalls war aber auch zur strafbaren Hülfeleistung *dolus*, d. h. hier wissenschaftliches Unterstützen eines Furtum nöthig. L. 50. §. 4. L. 53. pr. L. 54. §. 4. L. 90. §. 1. D. h. t. Uebrigens ging gegen den Gehilfen nur die Klage wegen *furt. nec manifestum*, sollte er auch bei einem *f. man.* geholfen haben. L. 34. D. eod.

100) §. 4. J. h. t. L. 48. §. 1. D. h. t. L. 1. pr. D. de serv. fugit. (11. 4.) L. 14. C. de furt. (6. 2.)

101) Vgl. L. 21. §. 9. D. h. t. L. 1. §. 19. D. si is, qui test. lib. (47. 4.)

Klagen konnte nach älterem Rechte auch noch angestellt werden: eine *actio furti concepti* auf das Dreifache gegen den, bei welchem die entwendete Sache mit Zeugen in gehöriger Form gesucht und gefunden wurde¹⁰²); eine *actio furti oblata* auf das Dreifache von dem, bei welchem die Sache so gefunden wurde gegen Denjenigen, welcher ihm die Sache in der Absicht gegeben hatte, damit sie, wenn sie gesucht würde, nicht bei ihm, sondern bei Jenem gefunden würde¹⁰³); eine *actio furti prohibiti* auf das Vierfache gegen den, der sich der förmlichen Auffuchung der entwendeten Sache widersetzte¹⁰⁴), und eine *actio furti non exhibiti* gegen den, der die bei ihm aufgefundene, entwendete Sache herauszugeben sich weigerte¹⁰⁵). Diese letzteren vier Klagen kamen aber nach *Cajus* und *Paulus* Zeiten außer Gebrauch¹⁰⁶).

Mit einer besonderen höheren Privatstrafe ausgezeichnet war, außer der *rapina*, von welcher unter dem Artikel Raub näher die Rede sein wird, das *furtum ex incendio, ruina, naufragio, rate nave expugnata*. Es trat hier nach dem *prät. Edicte* eine Klage auf das Vierfache ein¹⁰⁷).

III) Wegen *Furtums* konnte auch eine *accusatio* auf öffentliche Strafe erhoben werden. Es scheint sich dieß nur allmählig und von einzelnen Fällen ausgehend gebildet zu haben, indem anfangs einzelne Fälle des *Furtum* (besonders durch kaiserliche Rescripte) dadurch ausgezeichnet wurden, daß bei ihnen auch eine Anklage auf öffentliche Strafe gegeben wurde, so daß dann diese Fälle unter die Kategorie der *extraordinaria crimina* fielen. Hierher gehören eine Reihe von Fällen, welche theils wegen des Gegenstandes der Entwendung, theils wegen Zeit und Art der Entwendung höhere Strafe zu verdienen schienen, nämlich:

a) das *abigeatus crimen*. Es war dieß eine Entwendung von Herdenvieh, wenn sie absichtlich von der Heerde weg¹⁰⁸), und

102) Nach den 12 Tafeln. §. 4. J. h. t. *Cajus*, *comm.* III. §. 186. 191—194. *Paulus*, *rec. sent.* II. 31. §. 3. 5. 22. Vgl. auch die alten Rechte Norddeutschlands bei *Cropp*, in *Hudtwalker's* und *Trummer's* *crimin. Beiträgen*, Bd. 2, S. 360 ff.

103) Auch schon nach den 12 Tafeln. J. l. c. *Cajus* l. c. III. 187. 191. *Paulus* l. c. II. 31. §. 3. 5. 14.

104) Nach dem *prät. Edicte*. J. l. c. *Cajus* l. c. III. 188. 192. Nächstes in den germanischen Rechten, z. B. *Lex Ripuar.* XLVII. 2. *Lex Burgund.* XVI. 1. *Rechtsbuch nach Distinctionen* (herausgeg. von *Ortloff*), Bd. 4 Cap. 9, Dist. 16.

105) Auch nach dem *prät. Edicte*. J. l. c.

106) J. l. c. Bei den Ausdrücken *furtum conceptum, oblatum etc.* bezeichnet *furtum* das Object der Entwendung. Manche römische Juristen, wie *Serv. Sulpitius*, *Cabinus*, *Paulus*, nahmen *furtum conceptum, oblatum etc.* als eine Eintheilung des *furtum* überhaupt; mit Recht erklärten sich Andere, wie *Labeo*, *Cajus* und *Justinian*, dagegen (*species potius actionis esse furto cohaerentes*). *Cajus* l. c. III. 188. §. 4. J. h. t.

107) L. 1. *pr. D. de incendio*. (47. 9.), vergl. mit L. 8. §. 4. 5. 8. Ueber die nähere Bestimmung des Falles s. L. 1. §. 2. 3. *ex incendio, ruina*, L. 1. §. 5. l. 2. L. 3. *pr. ex naufrag.*, L. 3. §. 1. l. 5. *cod.*

108) *Abigei proprie hi habentur, qui pecora ex pascuis vel ex armen-*

zwar bei kleineren Stücken entweder öfters (s. Note 108) oder in einer, eine Herde bildenden Zahl, bei größeren Stücken (Pferde, Ochsen u.) auch nur einmal in der Einzahl¹⁰⁹) geschieht. Die Strafe war bei honestiores Relegation oder ab ordine motio, bei Anderen in der Regel lebenslängliche¹¹⁰), bisweilen auch zeitliche öffentliche Arbeit, und konnte nach Umständen, namentlich bei Häufigkeit des Verbrechens bis zu Bergwerksarbeit steigen¹¹¹); bewaffnete abigei sollten den wilden Thieren vorgeworfen werden¹¹²).

b) *Furtum balnearium*, Diebstahl an den Sabeligkeiten der

tis subtrahunt et quodammodo depraedantur et abigendi studium quasi artem exercent, equos de gregibus vel boves de armentis abducentes. Ceterum si quis bovem aberrantem vel equos in solitudine relictos abduxerit, non est abigeus, sed fur potius. L. 1. §. 1. D. de abig. (47. 14.) Wegen dieser Stelle verlangen Manche (z. B. Duarenus, *comm. ad tit. d. furt. c. 1*; Erhard, *de furti not. p. 45*; Dollmann, S. 56) zum Abigeat Gewerbsmäßigkeit. Allein dieß liegt in der Stelle nicht, und dagegen ist auch L. 1. §. 4. L. 3. pr. eod. u. L. 16. §. 7. D. de poen. (48. 19.) Collat. leg. Mos. et R. XI. 3.; deshalb verwerfen mit Recht Andere ein solches Requirat, z. B. Chr. Thomasius, *tract. de abigeatu. Lips. 1687. (ed. 3. Hal. 1739. 4.) §. 54.* G. L. Boehmer, *D. de abigeatu et furto equor. (Goett. 1732. 4.) §. 32.* Nur das ist in Justinian's Rechtsbüchern bestimmt ausgesprochen, daß die Entwendung absichtlich von der Herde weg, und wenn sie an kleineren Stücken verübt wird, entweder öfters, oder in einer eine Herde bildenden Zahl (L. 3. pr., vergl. mit L. 3. §. 2. de abig.) geschehen muß, wenn sie Abigeat sein sollte. — Uebrigens wurden bald auch andere Entwendungen von Vieh, die nicht unter den eigentlichen Abigeat fielen (*furtum pecorum*), als *crimen extraordin.* behandelt, und mit ausgezeichneter Strafe bestraft. L. 1. §. 2. L. 3. §. 1. D. eod. Paulus, *rec. sent. V. 18. §. 1.* Das *plenius coercendum* in L. cit. ist blos im Gegensatz zu anderen Dieben zu nehmen, und die Emendation in *lenius*, welche Gajacius (*obs. VI. 8.*) will, offenbar ungegründet. Ebenso ist die Emendation, welche Gajacius an der Stelle von Paulus in Hinsicht der öffentlichen Strafe des *furt. pecorum* vorschlägt (s. Schulting, *ad h. l.*), ganz unnöthig und nicht zu vertheidigen. Vgl. auch Püttmann, *Adversar. lib. II. cap. 27. p. 193 sq.* Erhard, *de furti not. p. 46.* Ueber und gegen verschiedene andere Auslegungen der L. 3. §. 1. z. B. v. Matthäus, Wiffenbach u. s. Thomasius l. c. §. 62 sq.

109) L. 3. pr. D. de abig. L. 16. §. 7. D. de poen. (48. 19.) Ueber die Zahl scheinen die römischen Juristen nicht durchaus einig gewesen zu sein. Vgl. auch Paulus, *rec. sent. V. 18. §. 1.*, und auch unsere älteren Juristen stritten viel darüber, z. B. ob eine Stute hinreiche oder zwei nöthig seien, s. z. B. Thomasius l. c. §. 45—53; Boehmer l. c. §. 36.

110) Nicht, wie Dollmann S. 56 sagt, zeitigt. S. L. 1. pr. D. de abig. (in opus, et nonnunquam temporarium.)

111) L. 1. pr. §. 3. D. eod. Nach einem Rescripte von Hadrian sollte im letzteren Falle *damnatio ad gladium* eintreten, d. h. nicht (wie z. B. Dollmann S. 56 es übersetzt) Schwertstrafe, sondern Verurtheilung zum Gladiatorenkampfe. Vgl. Collat. leg. Mos. et R. XI. 7. und Schulting's Noten zu dieser Stelle. Diese Strafe wurde aber später allgemein aufgehoben. L. un. C. de gladiator. (11. 43.) Vgl. auch Pet. Faber, *semestr. lib. II. cap. 11*; Boehmer l. c. §. 48; Püttmann l. c. p. 196 sq. Die Hefler traf temporäre Relegation. L. 3. §. 3. D. l. c.

112) L. 1. §. 3. D. l. c.

Badenden. Als Strafe war nur ein Maximum bestimmt: zeitliche öffentliche Arbeiten ¹¹³⁾.

c) *Furtum nocturnum*. Hier galt dasselbe, wie beim Taschendiebstahl ¹¹⁴⁾.

d) *Saccularii*, wohl Taschendiebe ¹¹⁵⁾. Die Strafe war lebenslängliche oder zeitliche öffentliche Arbeiten oder *fastium castigatio*, bei honestiores Relegation oder *ab ordine motio* ¹¹⁶⁾.

e) *Effractoress*, diejenigen, welche eine Entwendung durch Einbruch (in ein Gebäude oder sonstigen ummauerten x. Ort) oder durch Aufbruch eines Behälters und dergl. begehen. Ihre Strafe war dieselbe, wie die der *saccularii*; Entwendung durch Einbruch bei Nacht wurde gewöhnlich mit körperlicher Züchtigung und Bergwerksarbeit bestraft ¹¹⁷⁾.

f) Auch die bewaffnete Entwendung scheint allgemein härter bestraft worden zu sein, besonders wenn der Furcher sich zur Wehre setzte ¹¹⁸⁾.

Die Auszeichnung dieser einzelnen Fälle durch die Möglichkeit einer Anklage auf öffentliche Strafe wurde bald verallgemeinert. Denn es wurde zunächst bei allen bössartigeren und gefährlicheren Entwendern (*faures atrociores*) überhaupt, die man durch *expilatores* bezeichnete ¹¹⁹⁾, Anklage auf öffentliche Strafe (die Strafe war

113) L. 1. D. de furib. baln. (47. 17.) Vgl. auch L. 3. §. 5. D. de off. praef. vig. (1. 15.)

114) L. 1. D. de fur. baln.

115) *Qui vetitas in sacculo artes exercentes partem subducunt, partem subtrahunt*. L. 7. D. de extraord. crim. (47. 11.) Manche beziehen das *subducere* auf *artes magicas*; so *Cuiacius*, obs. X. 27. In einem sehr weiten, auch manche Arten von Betrug begreifenden Sinne scheint das Wort zu nehmen *Sam. Stryck*, *exercit. iur. de saccular. et directar. ad L. 7. de extraord. crim.* (1667, 4.) p. 14 sq. 20 sq.

116) L. 7. cit. u. L. 1. §. 2. D. de effractor. (47. 18.)

117) L. 3. §. 1. 2. D. de off. praef. vig. (1. 15.) L. 1. §. 2. L. 2. D. de effractor. (47. 18.) L. 1. D. de fur. baln. (47. 17.) Die *effractoress* sollen auch durch *vecicularii* (ein Ausdruck, der im *Corp. iur.* nicht vorkommt) bezeichnet worden sein. (*Vecicularia vita dicitur eorum, qui vecibus parietes alienos perfodiunt furandi causa. Festus*.) Manche wollen das Verbrechen der *effractoress* unter die *rapina* stellen. Allein sogenannte Gewalt an Sachen begründet nicht die zur *rapina* nöthige *vis*. Ebenso ist auch die Ansicht von *Euben*, über den Versuch d. Verbr., S. 194, unrichtig, daß die *effractoress*, wenn sie wirklich einbrechen, ein *crimen vis* begehen (vergl. meine Abhandlungen im neuen Archiv des *Crim.-R.* Bd. 11, S. 635 fig.). Würde übrigens eine solche sogen. Gewalt an Sachen *crimen vis* begründen, so müßte auch in dem Falle, wenn Jemand „an einem Hause brach, aber nicht einbrach,“ *vis* vorhanden sein, in welchem *Euben* das *cr. vis* doch ausschließen will. — Ueber den *Conat* s. Note 187.

118) L. 1. D. de fur. baln., vergl. mit *Nov. 134. c. 13*. Auch fiel das *Furtum* mit Waffen unter die *l. Cornel. de sicar.* s. unten Note 164.

119) L. 1. §. 1. D. de effractorib.: *Expilatoress, qui sunt atrociores faures, hoc enim est expilatoress etc.* (So nach der gewöhnlichen Lesart. Nach Manchen fiel hier ein griechisches Wort aus, und wurde von den Abschreibern durch [das zweite] *expilatoress* ersetzt. Deshalb lesen sie hier: *hoc est λωποδύτρα*; Andere setzen ein anderes griechisches Wort. Vgl. *Augustinus*, *emendat.* IV. 16. in *Otto*, *thes.* T. IV. p. 1553.) Ungeachtet dieser bestimmten Erklärung

in der Regel zeitige, höchstens lebenslängliche öffentliche Arbeit, bei honestiores Relegation oder ab ordine motio) für zulässig erklärt¹²⁰⁾ und am Ende scheint es zur Regel geworden zu sein, daß überhaupt wegen Furtums Criminalanklage erhoben werden konnte¹²¹⁾. So unterschieden sich dann die Fälle, welche als cr. extraordinaria besonders herausgehoben wurden (lit. a—f), von den übrigen Fällen des Furtum in der Regel bloß noch darin, daß bei ihnen, als den schwereren

der Quellen wollen doch Manche den Begriff der *expilatores* auf gewisse Arten der *fures atrociores* beschränken; so z. B. Cuiacius, obs. XV. 31. (auch Peffter, Lehrbuch, 2. Ausg., §. 501, Note 1), und wieder anders Erhard, de furti not. p. 42 (vergl. Dens. p. 40); Luden, D. de furti not. p. 35, glaubt gar, wie auch schon einige Aeltere, die Verüber des *crimen expilatae hereditatis* seien damit gemeint, und auch Martin, Lehrbuch, 2. Ausg., §. 161, Note 3, 5, scheint dieser Ansicht zu sein. — Wenn Erhard l. c. p. 47, behauptet, die *abigai, expilatores etc.* gehören eigentlich mehr zu den *raptores*, als zu den *fures*, so ist nur so viel richtig, daß unter diesen Benennungen auch Fälle der *rapina* begriffen waren (namentlich unter dem *Abigat*), gerade wie unter dem *Furtum* überhaupt.

120) L. 1. §. 1. 2. D. de effractor.

121) L. 92. L. 15. D. h. t. L. 3. §. 1. D. de off. praef. vig. Nov. 134. 13. Ob es zur unbedingten Regel wurde, und ob und wie weit Ausnahmen (außer den bei Note 158 — 169 angef. Fällen) galten, dieß wird sich bei der Dürftigkeit unserer Quellen nicht bestimmen lassen. Dagegen, daß wegen jedes Furtums Criminalanklage erhoben werden konnte, scheinen zu sprechen: L. 56. §. 1. D. h. t. u. L. 2. de fur. baln. (Si interdiu furtum fecerant, ad ius ordinarium remittendi sunt, und nicht extra ordinem audiendi, vergl. L. 1. eod.) Die Erklärung, welche Dollmann S. 53 gibt, hebt die Schwierigkeit nicht (extra ord. audire heiße hier: außer der Reihe vornehmen, und ius ordinarium: den gewöhnlichen Gang der crimina extraord. einhalten). Denn gegen diese Erklärung ist der Sprachgebrauch unserer Quellen, sowohl in Beziehung auf das extra ord. aud. als auf das ius ordinarium. Letzteres heißt hier entschieden das Civilverfahren L. 3. D. de priv. del. (47. 1.) L. 3. D. expil. her. (47. 19.) Auch enthält die L. 3. §. 2. D. de bon. eor. (48. 21.) nicht, wie Dollmann meint (den gleichen Grund führt übrigens auch schon Matthäus als schlagenden Beweis an), einen „schlagenden Beweis dafür, daß das Furtum schlechtthin crimen extraord. sei.“ Denn das furtum modicum jener Stelle könnte auch ein f. nocturnum sein, und überhaupt kann ja furti modici reus auch ein mit Unrecht Angeklagter sein. Von der anderen Seite kann die L. 2. D. de fur. baln. doch unmdglich sagen sollen, daß man mit den Tagdieben stets auf den Civilweg zu verweisen sei; vergl. L. 92. de furt. Ebenso ist es gewiß richtig, wenn Dollmann sich entschieden gegen die Ansicht derjenigen erklärt, welche glauben, nur in den oben angeführten, im röm. Rechte als crimina extraord. besonders ausgehobenen Fällen sei Criminalanklage zulässig gewesen. Es scheint vielmehr in den übrigen Fällen im Ermessen des Richters gelegen gewesen zu sein, ob er Criminalanklage zugeben wollte (vergl. L. 56. §. 1. de furt.). Dieß scheint nun auch die Ansicht Rossirt's (Gesch. und System d. Strafr., Bb. 2, S. 289) zu sein. Ähnliches, oder daß wenigstens beim furtum rei minimae Criminalanklage ausgeschlossen gewesen sei, nahmen manche Aeltere an (vergl. z. B. Huber, prael. ad inst. h. t. §. 5). Dagegen sind viele Andere der Ansicht, daß wegen jedes Furtums unbedingt Criminalanklage zulässig gewesen sei; z. B. Matthaeus, de crim. ad L. XLVII. tit. I. cap. 2. §. 4; Bynkershoek, obs. III. 16; Dollmann, S. 54 (dessen Behauptung S. 55 bei Note 131 aber hier-

Fällen, wenn accusirt wurde¹²²), eine höhere öffentliche Strafe eintretet. Nur sollte nach einer Verordnung Justinian's wegen unbewaffneten Furtums niemals Todes- oder verstümmelnde Strafe eintreten¹²³). Auch trat sogar beim Furtum ein Einschreiten von Amtswegen ein¹²⁴), wie weit aber, und unter welchen Beschränkungen, ist wohl nicht zu ermitteln¹²⁵).

Ob auf die öffentliche Strafe bloß diejenigen, welchen das Recht zur *furti actio* zustand, klagen konnten oder jeder Bürger Anklage erheben durfte, darüber äußern sich die Quellen nicht. Ersteres wird gewöhnlich behauptet¹²⁶). Allein dagegen und für das Letztere spricht schon der Umstand, daß das Recht zur *furti actio* sich zum Theil nach solchen privatrechtlichen Gesichtspunkten bestimmte, die für das Recht zur Criminalanklage kein Moment sein könnten (vergl. Note 9, 10, 16—18), theils die Zulässigkeit sogar eines Verfahrens von Amtswegen¹²⁷). Dem Verletzten blieb aber jedenfalls die Wahl, ob er das Furtum als *crimen extraordinarium* oder als *delictum privatum* behandeln, d. h. auf öffentliche oder Privatstrafe klagen wollte; nur schloß er die eine Klage durch die andere aus¹²⁸), während ihm, wenn von Amtswegen eingeschrit-

mit nicht zu vereinigen ist); Schwarz, de crim. rap. p. 27; Zacharia, Lehre vom Verbrechen u. S. 150.

122) Manche glauben, daß in den Fällen, welche ausdrücklich als *crimen extraord. fur.* vorgehoben werden, bloß die Criminalanklage und gar nicht die Civilklage zulässig gewesen sei; z. B. Dollmann, S. 54. Allein dafür finden sich in den Quellen keine Andeutungen, und man kann unmöglich annehmen, daß gegen alle *crimes atrociores* (L. 1. §. 1. D. de effractor.) die Klage auf das Duplum oder Quadruplum ausgeschlossen gewesen sei, selbst wenn man nicht einmal bedenkt, daß sie unzweifelhaft gegen Rauber zulässig war.

123) Nov. 134. c. 13. Dieß war übrigens auch schon das Recht, das zur Zeit der Pandektenschriftsteller galt. Nirgends führen sie beim unbewaffneten Furtum als Strafe die Todesstrafe an. Aber unter den späteren Imperatoren mochte sich wohl die Praxis verschärft haben.

124) L. 13. pr. D. de offic. praes. (1. 18.), vergl. mit L. 7. C. de accusat. (9. 2.) L. 3. §. 1. D. de off. praef. vig. (1. 15.) Wiener, Beiträge zur Gesch. des Inquis.-Proz., S. 10 flg.

125) Rosshirt (Geschichte u., Bd. 2, S. 189) glaubt bloß bei den oben von Note 108—119 angegebenen gefährlichen Subjecten.

126) Unter den Neueren, z. B. von Birnbaum, neues Archiv des Criminalrechtes, Bd. 8, S. 648 flg.; Dollmann, S. 54.; Hefster, Lehrb. §. 578; Zacharia, Lehre vom Verbrechen u., S. 150; Rosshirt, Gesch. und System d. Strafr., Bd. 2, S. 293. Der Letztere nimmt (wie auch Hefster) nur Fälle, wie das *crim. expil. hered., sepulcri viol. aus. Gerade* aber beim *crim. expil. hered.*, meint Birnbaum, sei es außer Zweifel, daß nicht Jeder habe anklagen können, wegen L. 3. D. exp. hered. (47. 19.) Allein diese Stelle beweist in der That nichts für Birnbaum's Behauptung. Früher scheint Rosshirt weiter gegangen zu sein. Vgl. Dessen Entwicklung u. S. 115.

127) Vgl. Note 124. Auch L. 9. §. 5. D. de publican. (34. 4.), und de Savigny, D. de concursu delictor. p. 114 sq. Zwar spricht die L. 7. D. de incend. (47. 9.) zunächst nur von *his, qui res suas subreptas quaeruntur*. Allein gerade der dort behandelte Fall ist ein solcher, in welchem unzweifelhaft Einschreiten von Amtswegen zulässig war.

128) L. 56. §. 1. L. 92. D. h. t. Ältere, von der Glosse an, meinten, der Verletzte habe auf öffentliche und Privatstrafe klagen können. Dagegen s.

ten wurde, oder ein Dritter auf öffentliche Strafe geklagt hatte, dadurch das Recht auf die Privatstrafe nicht entzogen wurde (vergl. Note 122).

Endlich gab es einige Fälle, in welchen ein Furtum ein *crimen ordinarium* bildete. Außer gewissen *furta* von Beamten, die unter das *crimen repetundarum* und *de residuis* fallen¹²⁹⁾, und dem bei Note 184 angeführten Furtum mit Waffen, gehört hierher der *Peculatus*¹³⁰⁾. Die *lex Iulia peculatus* umfaßte theils ursprünglich, theils in Folge späterer Erweiterungen eigentliche *furta* (Furtum an *pecunia publica* und *pecunia civitatum*)¹³¹⁾; ferner Fälle, welche nur vergleichungsweise, in einem uneigentlichen Sinne *furta* genannt werden konnten und wurden (Furtum an einer *res sacra* und *religiosa*), endlich noch eine Reihe von Vergehen (zum Theil polizeilichen), die auch nicht einmal vergleichungsweise *furta* genannt werden konnten¹³²⁾. Die letzteren aber wurden zum *crimen peculatus* nicht gezählt¹³³⁾, und sind hier zu übergehen. *Peculatus* war vielmehr bloß Furtum an Staats- und Communeigentum oder einer der Gottheit geweihten oder zu Grabstätten gehörigen¹³⁴⁾ Sache, verübt von einem Solchen, der nicht in einem Ver-

schon Matthaeus l. c. cap. 4. §. 3. Bachov., Disp. ad Treutler. vol. II. disp. XXX. p. 1081 sq.

129) Ich übergehe hier diese Fälle, da die Amtsverbrechen schon in einem andern Artikel dargestellt wurden.

130) D. tit. ad l. Iul. peculat. (48. 13.) §. 9. J. de publ. iud. (4. 18.) F. S. Hahn, D. de crim. peculatus ad concilianda. resp. Marciani et Papin. in L. 4. §. ult. ad l. Iul. pec. et L. 81. de furt. Heid. 1812, 4., und bes. auch Schrader, in f. Instit.-Ausg. S. 774—777.

131) Ob von Cäsar oder von August, läßt sich nicht ermitteln, obwohl Manche das Letztere, Andere das Erstere entschieden behaupten. Rosshirt (im neuen Archiv des Cr.-R., Bd. 10, S. 454) sagt, sie „trage in der neuesten Gestalt (?) den Namen von Julius Cäsar“ (??).

132) Diese Vergehen sind angeführt in L. 1. D. h. t. L. 8. L. 9. §. 5: *neve quis in aulam*. etc. (vergl. L. 52. §. 24. D. de furt.)

133) L. 9. §. 2. D. ad l. Iul. peculatus etc. (48. 13.) Deshalb ist es nicht zu billigen, wenn Peffter (Lehrbuch, 2. Ausg., §. 524) einen so weiten Begriff des *Peculatus* aufstellt, daß auch diese Fälle mit begriffen werden, und dann einen „*Peculatus* im eigentlichen Sinne“ (die angef. *furta*) unterscheidet. Jener Begriff müßte auch noch dazu wegen der so heterogenen Natur jener Fälle entweder so allgemein werden, daß er unrichtig wird, oder man müßte in ihn (wohin auch Peffter a. a. D. kommt) jene heterogenen Fälle einzeln aufnehmen, wogegen aber spricht, daß eben jene Fälle nicht *peculatus* von den Quellen genannt werden. — Mittermaier (zu Feuerbach, §. 342, Note 1) sagt, im weiteren Sinne sei *Peculatus* „Verletzung des öffentlichen Eigenthums“. Aber in einem so weiten Sinne nehmen die Quellen ganz entschieden das Wort nicht. Eben so wenig umfaßte *Peculatus* „jedes rechtswidrige Anstößigen öffentlichen Vermögens“, wie Rosshirt (Archiv, Bd. 10, S. 456) und nach ihm Mittermaier (a. a. D. zu §. 481) behaupten. Dieser Begriff ist zu eng (s. z. B. Note 140) und zu weit, denn das *crimen residui*, das auch Feuerbach (§. 342) zum *Peculatus* zählt, gehörte wenigstens von der *lex Iulia* an nicht zu demselben.

134) Natürlich kann man bei einer *res sacra* und *religiosa* nicht eigentlich von Furtum sprechen, da diese Sachen in Niemandes Eigenthum sind. Allein die Quellen sprechen hier, wie auch sonst bisweilen (z. B. L. 67. §. 2. D. de furt.; mein Lehrbuch, Bd. 2, S. 277; ferner L. 1. §. 14—17. D. si is, qui

hältnisse steht, vermöge dessen er für diese Sachen zu haften hätte ¹³⁵). Es gehört somit zum Thatbestande des Verbrechen:

- 1) als möglicher Gegenstand,
 - a) pecunia publica, d. h. bewegliche, zum Staatsvermögen gehörige Sachen ¹³⁶), oder
 - b) pecunia civitatum, d. h. Sachen, welche im Eigenthume einer Commun sind ¹³⁷);

test. liber. [47. 4.], u. L. 12. C. ex quib. caus. inf. [2. 12.]), uneigentlich von furtum und furari (Note 135), bloß um die Sache und den nöthigen Thatbestand kurz zu bezeichnen, d. h. es gehört hieher diejenige Handlung an einer res sacra und religiosa, welche, an anderen Sachen begangen, furtum sein würde. Vgl. Note 138, 139, 140. Manche lassen die res sacra und religiosa aus dem Begriffe des Peculats weg. Allerdings muß man in einem engeren Sinne Peculat im Gegensatz zum sacrilegium unterscheiden (Note 139). Allein das sacrilegium umfaßt nicht jedes rei sacrae furtum und nicht das furt. rei relig. Will man daher auch im engeren Sinne von dem Peculat das sacrilegium trennen, so wird der Begriff doch zu eng, wenn man ihn bloß auf pecunia publica und civitatis beschränkt. Ueber Pfeiffer's Ansicht s. Note 138, 140.

135) L. 9. §. 2. D. h. t.: Labeo.. peculatum definit, pecuniae publicae aut sacrae furtum, non ab eo factum, cuius periculo fuit. §. 9. J. de publ. ind. (4. 18.): Lex Iulia peculatus eos punit, qui pecuniam vel rem publicam vel sacram vel religiosam furati fuerint. — Rosshirt (Gesch. und System d. Strafr., Bd. 2, S. 193) sagt: Man thut sehr Unrecht, wenn man das crimen pecul. als ein furtum pecuniae publicae, sacrae, relig. betrachtet, so fern man den neueren (?) engeren Begriff vom Furtum in der Definition von Paulus darauf anwenden will. Anders ist es, wenn man von der alten Bedeutung des Wortes furtum ausgeht, wie es in den 12 Tafeln vorkam (?), und wo dann jedes fraudulose Umgehen mit fremdem Vermögen darunter verstanden wird. In dieser allgemeinen Richtung... ist der Begriff von pec. zu stellen, der ein diebisches und betrügerisches (?) Umgehen mit pecunia sacra, rel. et publ. bedeutet. — Justinian sogt wie Labeo stellen den Peculat als furtum dar (vergl. auch L. 4. §. 7. D. h. t. u. Schrader l. c. p. 775), und Paulus, der uns Labeo's Definition gibt, mißbilligt sie nicht. Auch wird sich nicht nachweisen, noch irgend wahrscheinlich machen lassen, daß Labeo und Sabinus (Gellius, XI. 18.) von einem weiteren Begriffe des Furtum ausgingen, als Cajus und Paulus, außer Sabinus in Beziehung auf das Furtum an Immobilien. Ueber Labeo vergl. in dieser Hinsicht L. 25. §. 1. D. de furt. Uebrigens wird der Thatbestand des Peculats in den Quellen, außer durch den allgemeinen Ausdruck furtum, furari und subripere, noch speciell bezeichnet durch auferre, intercipere und in rem suam vertere (L. 1. L. 4. pr. D. ad l. iul. pec.), Ausdrücken, welche Erineswegs, wie Rosshirt zu glauben scheint, über den Paulinischen Begriff von Furtum hinausgehen. Vgl. auch Note 141. Rosshirt, im neuen Archiv, Bd. 10, S. 456 fig.

136) L. 1. L. 6. §. 1. L. 9. §. 2. D. ad l. iul. pec. §. 9. J. de publ. ind. Ueber pecunia s. L. 178. pr. L. 222. D. de V. S., und über die publica pecunia L. 15—17. eod. Uebrigens gehörte hieher auch der Fall: Si quis, quod fisco debetur, simulans se fisci creditorem, accepit quamvis privatam pecuniam abstulerit. L. 9. §. 3. D. h. t., vergl. auch L. 12. eod.

137) Nach der lex Iulia war dieser Fall unter dem Peculat nicht begriffen, da diese bloß von pec. publica (Staats eigenthum, L. 15. 16. de V. S.), sacra und relig. sprach. Vgl. auch L. 31. §. 1. D. de furt. (eine Aeußerung Labeo's). Erst durch Verordnungen von Trajan und Hadrian wurde auch

c) *res sacrae*, d. h. *res, quae rite Deo consecratae sunt*, also was zum Tempel und zum Gottesdienste gehört, und auch *dona, quae rite ad ministerium Dei dedicata sunt*¹³⁸⁾. Gehörten solche *res sacrae* zu den *sacra publica*, so bildete die Entwendung derselben, wenn sie aus geweihten Orten geschah, das besondere *crimen sacrilegii*, eine Unterart des *Peculats*¹³⁹⁾.

das *Furtum an res civitatis* für *Peculat* erklärt. L. 4. §. 7. D. h. t. (in welcher Stelle Marcian befügt: *et hoc iure utimur.*). Das Gegentheil scheint aber eine Stelle aus Papinian (etwas, aber nicht viel, älter als Marcian) zu sagen, die L. 81. D. de furt.: *Ob pecuniam civitati subtractam, actione furti, non crimine peculatus tenetur.* Es wurden hier schon eine Menge Vereinigungs- und Emendationsversuche gemacht, welche Schulting, *notae ad Dig. ed. Smalenburg*, T. VII. P. 1. ad L. 81. u. L. 4. §. 7. cit. anführt, und Hahn, l. not. 123. cit. p. 19—44, widerlegt. Dollmann, S. 58, und einige andere Neuere wollen, wie schon einige Aeltere, dadurch vereinigen, daß Papinian nur vom älteren Rechte spreche. Allein weit mehr für sich hat die Ansicht Hahn's, welcher l. c. p. 44 sq. auf die L. 81, in der, was Dollmann übersehen zu haben scheint, gar kein Subject genannt ist, das in der vorhergehenden Stelle genannte Subject (*procurator*) bezieht, und annimmt, die L. 81 spreche von einem *proc. civitatis*, so daß sie dann nur den bei Note 141 angef. Grundsatz aussprechen würde.

138) L. 1. L. 4. pr. §. 1. L. 10. §. 1. D. ad l. Iul. pec. §. 9. J. de publ. iud., vergl. mit §. 8. J. de R. D. (2. 1.) Peffter (Lehrbuch, 2. Ausg., §. 524) versteht unter *pecunia sacra* „Eigenthum der Staatskirche (*res ecclesiasticas*), nicht *res sacrae* im eigentlichen Sinne, woran ein *sacrilegium* begangen werde, ein vom *Peculat* verschiedenes Verbrechen; unter diesen fallen aber (fügt H. bei) z. B. Weihgeschenke L. 4. §. 1. h. t.“ Allein 1) nicht jedes *furtum rei sacrae* ist *sacrilegium*, namentlich nicht, wie Peffter selbst §. 504 annimmt, das *furtum rei sacrae ex loco profano*; 2) wenn gleich das *compilare publica sacra* das *crimen sacrilegii* bildet, so kann dieses crimen doch ein Fall des *Peculats* sein; 3) die *lex Iulia pec.* führt unter den Gegenständen des *Peculats* überhaupt und ohne Beschränkung die *pecunia sacra* an (L. 1. h. t., welche ohne Zweifel Worte der *lex* selbst gibt), und zu ihrer Zeit hat man gewiß unter diesem Ausdrucke nur die eigentlichen *res sacrae* begriffen; 4) Justinian bezeichnet als Object des *Peculats* *pecuniam vel rem ... sacram vel religiosam* (§. 9. J. de publ. iud.), und hier kann man unter *res sacra* doch nur das verstehen, was er selbst in den *Institut.* als *res sacra* bezeichnet; 5) das *donatum Deo immortalis* (L. 4. §. 1. h. t.) gehörte zu den *res sacrae*, §. 8. J. de R. D. L. 21. init. C. de sacros. eccles. (1. 2), und die Entwendung desselben wird nicht bloß zum *Peculat*, sondern ausdrücklich auch zum *sacrilegium* gezählt. L. 6. pr. h. t. (*verb. et dona Dei tulerunt etc.*)

139) Ausgeschlossen vom eigentlichen *sacrilegium* ist a) Entwendung an *sacra privata* L. 9. §. 1. D. ad l. Iul. pec.; b) Entwendung einer *res profana ex loco sacro*; L. 5. eod. Dieser Fall gehört auch gar nicht zum *Peculat*. c) Entwendung einer *res sacra ex loco profano*. L. 9. §. 1. L. 11. §. 1. eod., vergl. mit L. 16. §. 4. D. de poen. (48. 19.) Bynkershoek, obs. I. 8. Peffter, Lehrbuch, 2. Ausg., §. 504. Das Letztere (c) ist aber bestritten, indem Manche diesen Fall zum römischen *sacrilegium* zählen; z. B. Cuiccius, obs. XIII. 19. In einem weiteren, nicht hierher gehörigen Sinne nahm das spätere röm. Recht *sacrilegium* für Verletzungen der in Beziehung auf Staatsreligion obliegenden Verbindlichkeiten, und brachte selbst Handlungen in Beziehung auf den *Imperator* unter das *sacrilegium*.

d) *Res religiosae* im eigentlichen röm. Sinne, d. h. Sachen, welche zu Grabstätten gehören¹⁴⁰⁾.

2) In Hinsicht auf den Thäter ist erforderlich, daß er nicht in einem solchen Verhältnisse steht, vermöge dessen er für die Sache zu haften hat¹⁴¹⁾.

3) Im Uebrigen gehören zum *Peculate* alle Requisite des *Furtum*¹⁴²⁾; nur daß hier, als bei einem *crimen ordinarium*, auch der Conat bestraft wurde¹⁴³⁾.

Welche Strafe die *lex Julia* für den *Peculat* festsetzte, ist ungewiß. Gewöhnlich nimmt man an *aquae et ignis interdictio*. Allein es dürfte

140) L. 1. L. 4. pr. D. h. t. S. 9. J. de publ. ind. Bgl. Note 134. Auch hier (vergl. Note 138) sagt Peffter (Lehrbuch, 2. Ausg., §. 524, Note 3), daß „unter *pecunia religiosa* schwerlich an den alten Begriff der *res religiosa* zu denken sei (s. auch L. 4. §. 1. h. t.), sondern im Sinne des neueren röm. Rechtes an Ales, was den zur *publica religio* gehörigen Anstalten gehöre,“ und versteht deshalb unter *pecun. relig. Eigenthum* einer zu der Staatskirche gehörigen kirchlichen Anstalt. Allein es wird sehr zu bezweifeln sein, daß selbst im späteren röm. Rechte *res* und *pecun. religiosa* in diesem Sinne gebraucht wurde; außerdem sprechen gegen jene Ansicht die in Note 138 unter 3 (die *lex Julia* spricht von *pec. sacra* und *religiosa*) und 4 angeführten Gründe. Auch beweist gerade die L. 4. §. 6. h. t. augenscheinlich, daß die Römer hier wirklich die *res religiosae* im Sinne hatten. — Schrader (in f. Instit. Ausg., S. 775) meint, *religiosa res* bedeute hier dasselbe, was *sacra res*, sei also ein Moser *Plecnasmus*, „ad sepulera enim, quae est strictior religiosi significatio, sacrilegium pertinuisse non videtur.“ Das Letztere ist richtig; Anwendung an der *res religiosa* war kein *sacrilegium* (das Gegentheil nahm unrichtig Matthaeus, de crim. XI. VII. 10. cap. 3. §. 1, und Boehmer, ius. eccl. prot. lib. V. tit. 17. §. 22, an; die L. 3. de sep. viol. sagt gerade, daß hier kein *sacrilegium* vorliege); daraus folgt aber nicht, daß sie kein *Peculat* war. Von der *sepulcri violatio* unterscheidet sich der *Peculat* an der *res relig.*, abgesehen von der theilweisen Verschiedenheit des Objectes und der Handlung (in Beziehung auf welche die *sep. viol.* viel weiter ist), durch das Requisite des *animus furandi*. Jeder *Peculat* an einer *res. relig.* enthielt zugleich eine *sep. violatio*, aber nicht umgekehrt.

141) L. 9. §. 2. 4. D. ad l. Inl. pec. Dieses Requisite erkennen beinahe alle Criminalisten an. Unter den Neueren vergl. Feuerbach, Lehrb. §. 342; Martin, Lehrb. §. 160; Peffter, Lehrb. §. 525; Rittermayer zu Feuerbach §. 342, Note 1; Zacharia, Lehre vom Versuche, Bd. 1, S. 155. Deshalb begehrt der Beamte, welcher die ihm anvertrauten Staatsgelber unterschlägt, keinen *Peculat*. Ahd. Mein. ist Rosshirt, neues Archiv, Bd. 10, S. 458 flg., und Gesch. und Syst. d. Strafr., Bd. 2, S. 191, 196, 199, gegen dessen Ausführung aber die L. 9. §. 2. cit. spricht, welche auf die von Rosshirt (Archiv, Bd. 10, S. 457) versuchte Weise unmöglich ausgelegt werden kann. Auch ist das in *rem suam vertere* (L. 1. h. t.) nicht, wie Rosshirt (Gesch., Bd. 2, S. 194) annimmt, nur auf den Verwalter anwendbar. Bgl. Rosshirt, Archiv, Bd. 10, S. 466 unten. Der Ausdruck: *cuius periculo res est*, ist aber entschieden nicht allein auf das Tragen des Zufalles zu beziehen, sondern in dem Sinne zu nehmen, in welchem es in L. 14. §. 16. D. de furtis genommen ist. Dieses scheint auch Braconhöft in Rosshirt's Zeitschrift, Bd. 3, S. 107, 121 flg., bei seiner eigenthümlichen, aber wohl unrichtigen, Ansicht über *Peculat* unter Anderem nicht gehörig beachtet zu haben.

142) S. Note 134, 135.

143) L. 10. §. 1. L. 11. pr. h. t.

sich sehr fragen, ob nicht die poena quadrupli die regelmäßige Strafe der lex war, und die aquae et ignis interdictio nur für einzelne schwerere Fälle, z. B. das sacrilegium, in der lex festgesetzt war¹⁴⁴). Später wurde Deportation die regelmäßige Strafe, und bei humiliores, wie es scheint, statt derselben Bergwerksarbeit¹⁴⁵), so jedoch, daß immer noch in einigen Fällen die poena quadrupli eintrat¹⁴⁶). Härtere Strafe konnte beim sacrilegium erkannt werden und wurde auch gewöhnlich erkannt¹⁴⁷), und ebenso sollten rectores provinciarum¹⁴⁸), welche öffentliches Gut sich aneigneten, mit dem Tode bestraft werden¹⁴⁹).

Endlich ist hier noch eine Reihe von Fällen zu erwähnen, welche mit dem Furtum in genauer Verbindung stehen. Es gab nämlich nach römischem Rechte wahre Furta, bei welchen aber eine Strafe des Thäters aus besonderen Gründen ausgeschlossen war; von der anderen Seite Entwendungen, welche als Furtum theils nicht bestraft werden konnten, theils nicht bestraft wurden, und daher auch nicht die furti actio erzeugten, aber doch öffentliche Strafe nach sich zogen.

I. Furta, bei welchen aus besonderen Gründen die Bestrafung der Thäter ausgeschlossen war. Hierher gehört:

1) Furtum zwischen Ehegatten. Die Entwendung ist hier zwar wahres Furtum¹⁵⁰); allein in honorem matrimonii ist bei Entwendun-

144) Vgl. außer L. 6. §. 2. L. 11. pr. L. 13. h. t. besonders Paulus, rec. sent. V. 27. u. C. Theod. IX. 28. L. 1. init. Auch sagt keine Stelle, daß die Strafe der lex die aq. et ign. interd. gewesen sei. Nur bei der im Texte von mir gesetzten Annahme dürften sich die oben angef. Stellen gehörig erklären lassen. Auch die L. 13. h. t. wird nicht bloß, wie Viele annehmen, auf die ablata pecunia, sondern (wofür auch Matthäus ist) namentlich auf diese p. quadrupli gehen. Guciacius (ad Paul. l. c.) glaubt sogar, die poena quadrupli sei die ausschließliche Strafe der lex gewesen.

145) L. 3. L. 6. §. 2. ad l. Iul. pec.

146) Z. B. bei dem, welcher praedam ab hostibus captam subripit. L. 13. eod. Matthäus (de crim. XLVII. 10. cap. 2. §. 3) meint sogar, die Strafe des Bierfachen habe allgemein mit der anderen Strafe concurrirt, freilich ohne dieß näher zu begründen.

147) Die Strafe des sacril. setzten kaiserliche Verfügungen in das Ermessen des Richters; es wurde aber in geringern Fällen gewöhnlich auf poen. metalli oder Deportation, in schwereren auf Todesstrafe, und zwar meist auf qualifizierte, erkannt. L. 4. §. 2. L. 6. pr. L. 9. pr. L. 10. §. 1. D. h. t.

148) Dieß verstehen die in der Note 149 angef. Stellen unter iudices. Schrader, Inst. p. 776.

149) L. un. C. de crim. pec. (9. 28.) Nach der früher gewöhnlichen Ansicht soll diese Stelle gar nicht vom Peculat, sondern vom crim. de residuis sprechen (s. die in meinem Lehrb., Bb. 2, S. 448, oben angef. Stellen). Allein dieß ist unrichtig; s. die Stelle selbst; ferner §. 9. J. de publ. iud. (6. 18.), und bes. L. 1. Theod., Cod. IX. 28: Qui peculatu provincias quassavissent; auch können die rectores wohl pecunias publ. subtrahere, für die sie nicht an sich verantwortlich sind. Unter den Neueren beziehen diese Stelle jetzt die Meisten auf den Peculat, namentlich Roshirt, Martin, Peffter, und auch Feuerbach in den späteren Ausgaben seines Lehrbuchs §. 479 a, Note b. Ueber die Strafe vergl. J. l. c. u. L. 5. Theod. C. IX. 27.

150) Ein Theil der römischen Juristen wollte dieß mit Unrecht leugnen. L. 1. D. rer. amotar. (25. 2.) (von Paulus).. quibusdam existimantibus, ne

gen, welche zwischen ihnen während oder vor der Ehe (Note 164) vorfielen, oder die ein Gatte am Erblasser des anderen Gatten begangen hatte, sowohl die *actio furti* ¹⁵¹), als eine *accusatio* ¹⁵²) unzulässig ¹⁵³); nur sachverfolgende Rechtsmittel, aber unter diesen in der Regel selbst nicht einmal die *condictio furtiva* ¹⁵⁴), sind gestattet ¹⁵⁵). Jenes gilt auch von solchen Fällen furtiver Contractationen, welche besondere *crimina extraordinaria* bilden (Note 152), ferner wenn bei einer von einem Dritten am Gatten verübten Entwendung der andere Gatte Hilfe leistet oder Miturheber ist ¹⁵⁶). Gegen den Dritten dagegen, welcher, wenn ein Gatte entwendet, Miturheber ist oder Hilfe leistet, finden alle Strafrechtsmittel aus dem *Furtum* statt ¹⁵⁷).

2) *Furtum* der Eltern an den Kindern. Die Kinder konnten hier weder *furti* klagen noch *accusiren*, da ihnen die den Eltern schuldige Ehrfurcht das Recht zur Anstellung einer infamirenden Klage und einer Criminalklage gegen die Eltern entzieht ¹⁵⁸). Bei der väterlichen Gewalt trat in Beziehung auf Privatstrafen und sachverfolgende Klagen noch das besondere Hinderniß ein, daß wegen der Vermögensverhältnisse zwischen Hausvater und Hauskind solche Klagen unzulässig waren. Entwendet aber der Hausvater dem Hauskinde aus dem *castrense* oder einem diesem gleichstehenden *Peculium*: *non tantum furtum faciet filio, sed etiam furti tenobitur* ¹⁵⁹). Unter der *furti actio* kann

quidem furtum eam (uxorem) facere, ut Nerva, Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret; alii, ut Sabino et Proculo, furto quidem eam facere, sicuti filia patri faciat; sed furti non esse actionem constituto iure; in qua sententia et Iulianus rectissime est. L. 29. eod.: Veritate furtum est; . . . quare nec a b. f. possessore ita res amotas usucapiuntur. L. 15. §. 1. eod.

151) L. 1. 2. L. 3. §. 2. D. l. c. Entwendet aber der Gatte dem anderen Gatten die Sache eines Dritten (z. B. eine dem Gatten geliehene Sache), oder entwendet er einem Dritten, der nach den obigen Grundsätzen (Note 16 fig.) die Rechtsmittel aus dem *Furtum* hat, eine dem anderen Gatten gehörige Sache, so kann der Dritte gegen den entwendenden Gatten allerdings *furti agere*. L. 28. eod. u. L. 22. §. 4. C. de furt. (6. 2.)

152) Arg. L. 5. D. exp. hered. (47. 19.) L. 5. C. exp. hered. (3. 32.) L. 17. C. de furt. (6. 20.) Ueberhaupt spricht hierfür derselbe Grund, aus welchem die *furti actio* ausgeschlossen ist. Anderer Meinung ist Rlien, S. 377.

153) Natürlich mußte die Ehe eine gültige sein. L. 17. D. rer. amotar. Aber auch die Erben des bestohlenen Gatten konnten nicht *furti* klagen. L. 6. §. 3. L. 21. §. 5. eod. und Note 152.

154) Diese war zulässig, wenn die Entwendung vor Eingehung der Ehe oder am Erblasser des Gatten begangen war. L. 3. §. 2. D. eod.

155) L. 6. §. 5. L. 17. §. 2. L. 22. §. 1. L. 24. 25. D. eod. L. 2. C. e. t. (5. 21.) Ueber die *rerum amotar. actio* s. L. 1. 25. 30. D. eod., und über die *actio rer. am. utilis* L. 21. pr. eod.

156) L. 52. §. 1. 2. D. de furt.

157) L. 36. §. 1. L. 52. pr. §. 1. D. de furt.

158) L. 5. D. de obseq. parentib. praest. (37. 5.) L. 11. §. 1. D. de accusat. (48. 2.) Das Erstere in Hinsicht auf *accusatio* scheint Rlien S. 378 übersehen zu haben.

159) L. 52. §. 6. D. de furt.

aber hier wegen des bei Note 158 angeführten Grundsatzes nicht die Straflage, sondern bloß die *condictio furtiva* gemeint sein¹⁶⁰).

3) *Furtum* der Hauskinder am Hausvater. Auch bei diesem gilt der Grundsatz: *furtum quidem faciunt, furti autem non tenentur*¹⁶¹). Es war hier wieder die *furti actio* und die *accusatio* ausgeschlossen. Justinian führt als Grund an, *quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci*, und ähnlich äußert sich auch Paulus¹⁶²). Allein dadurch wäre weder die *accusatio*, noch die *furti actio* gegen den *filius familias* miles ausgeschlossen gewesen. Der Hauptgrund lag wohl vielmehr im Haus- und Züchtigungsrechte des Hausvaters, und deshalb sagt Ulpian: *neque enim, qui potest in furem statuere, necesse habet, adversus furem litigare; idcirco nec actio ei a veteribus prodita est*¹⁶³). Deshalb fand hier auch keine *accusatio* statt¹⁶⁴), und gegen den Haussohn, der ein *castrense peculium* hat, nur eine sachverfolgende Klage¹⁶⁵). Sogar gegen die Frau des Sohnes oder Enkels, den der Vater oder Großvater in der Gewalt hat, kann dieser wegen Entwendungen nicht auf Strafe klagen¹⁶⁶). — In Beziehung auf Dritte aber, welche Miturheber oder Gehilfen bei einem vom Hauskinde am Vater begangenen *Furtum* sind, galt wieder der bei Note 157 angeführte Grundsatz¹⁶⁷).

4) *Furtum domesticum*. Unter diesem versteht das römische Recht Entwendungen, welche der Sklave am Herrn, der Freigelassene am Patron, wenn er in dessen Hause lebt, oder der Lohnarbeiter am Diensts-

160) Einige wollen die Stelle von der Straflage nehmen, die Meisten aber beziehen sich auf die sachverfolgende Klage (Konopatz, im neuen Archiv des Gr.-R., Bd. 6, S. 270, auf eine sachverfolgende *actio furti utilis* wegen L. 52. §. 5. eod.). Dollmann (S. 47) führt für die Beziehung auf die *condictio furti* an L. 14. §. 16. de furt. Noch mehr könnte man dafür anführen bei L. 3. §. 2. D. rer. amotar.

161) L. 17. pr. D. de furt. §. 12. J. de obl. quae ex del. Deshalb war auch die Sache der *usucapion* entzogen. §. 12. eod.

162) J. l. c. L. 16. D. l. c.

163) L. 17. pr. D. l. c. Konopatz (a. a. D. S. 267) meint, dieser Grund entspreche mehr dem älteren röm. Rechte, als dem neueren, und sucht (S. 171) den Hauptgrund in der Schonung des Bandes zwischen Eltern und Kindern, bei dem unter der Unchre des Kindes auch die Ehre des Vaters leide. Allein was das Erstere betrifft, so wird der Einwand Konopatz's schon durch L. 3. C. de patr. pot. (8. 47.) u. L. un. C. de emend. propinq. (9. 15.) widerlegt, und was den Konopatz'schen Grund anbelangt, so deuten ihn die Quellen nirgends hier an, und müßten auch weiter gehen, wenn sie ihn zu Grunde legten.

164) Mit Unrecht ist anderer Meinung Rlien, S. 377. Die L. 3. de patr. pot. spricht gar nicht von einer eigentlichen *accusatio*, sondern von Ausübung eines hausväterlichen Rechtes.

165) L. 52. §. 5. D. de furt.

166) L. 15. §. 1. L. 16. pr. D. rer. amotar. Hier allein ließe sich an einen ähnlichen Grund, wie ihn Konopatz behauptet, vom Standpunkte des späteren röm. Rechtes aus denken. S. Konopatz a. a. D. S. 273.

167) L. 36. §. 1. D. de furt. §. 12. J. de obl. quae ex del. (4. 1.)

herrs, in dessen Brot er steht, begeht¹⁶⁸). Aus gleichen Gründen, wie in dem unter Nr. 3 angeführten Falle, weil der Verletzte durch andere Mittel sich Genugthuung verschaffen kann, ist hier die Klage auf Privatstrafe unbedingt und die Criminalanklage wenigstens dann ausgeschlossen, wenn das Vergehen minder bedeutend war¹⁶⁹).

II. Entwendungen, welche völlig den Thatbestand des Furtum haben, aber nicht als Furtum, sondern bloß mit öffentlicher Strafe als besonderes crimenextraord. bestraft wurden, weil bei ihnen nach dem früheren Rechte ein wesentliches Requisite des Furtum fehlte.

Dies sind die Fälle des *crimen expilatae hereditatis*¹⁷⁰), d. h. Entwendungen aus einer vom Erben noch nicht in Besitz genommenen Erbschaft¹⁷¹), sofern sie nicht von Solchen, welche schon früher eine Erbschaftsache in Händen hatten (z. B. als Commodatäre, Pfandgläubiger u.) an dieser verübt werden¹⁷²). Nach römischem Recht waren solche Entwendungen, obwohl bei ihnen im späteren römischen Recht der volle Thatbestand des Furtum vorhanden ist, doch kein Furtum, und die *actio furti* fand daher bei ihnen nicht statt¹⁷³). Sie wurden aber *extra ordinem* von M. Aurelius' Zeiten an mit öffentlicher Strafe, deren Größe dem Ermessen des Richters anheimgestellt war, bestraft, und bildeten das besondere crimen extraordinar. *expilatae hereditatis*¹⁷⁴). Alles dieses erklärt sich vollkommen aus Folgendem: Nach dem Tode eines Erblassers konnte bis zu Hadrian's Zeiten jeder Dritte, so lange der Erbe von der Erbschaft noch nicht Besitz ergriffen hatte, nach Belieben zugreifen, Erbschaftsachen an sich nehmen und sie in kurzer Zeit, trotz seiner *mala fides*, dem Erben abverjähren. Seine Handlung konnte daher kein Furtum sein und nicht bestraft werden, eben weil sie eine

168) L. 11. §. 1. D. de poen. (48. 19.) Vgl. auch Chr. Aug. Günther, D. de furto domest. (Lips. 1785, 4.) p. 10 sq.

169) L. 11. §. 1. cit., ferner L. 17. pr. L. 89. D. de fart. Unrichtig sagt Rlien (S. 372), daß die Criminalanklage überhaupt bei allen *furta dom.* ausgeschlossen gewesen sei.

170) D. tit. *Expilatae hereditatis* (47. 19.) u. C. tit. *De crim. exp. hered.* (9. 32.) — Ungenügend ist Chr. Frid. Schmid, D. (Praes. A. Kaestner) *de crim. expil. hered.* Lips. 1746 (16 pp.), 4., und noch mehr Car. Fred. Le Begue, D. de expil. hered. sec. ius Rom. et hod. Gand. 1826 (16 pp.), 4., welche, ohne Versuche einer Erklärung der Natur des Vergehens, bloß den Inhalt der Quellen dürftig und nicht ohne grobe Verstöße anführen.

171) L. 2. §. 1. D. h. t.: *Ante aditam hereditatem, vel post aditam, antequam res ab herede possessae sint.* Die letzteren Worte setzen Manche außer Acht, und nahmen deshalb ein crim. exp. hered. nur bei noch nicht angetretener Erbschaft an; z. B. Schmid l. c. p. 7; Rlien, S. 389, und Wittermayer zu Feuerbach, §. 349, Note 1. Es ist dies aber ein offenkundiges Uebersehen. S. auch L. 5. §. 6. D. rer. amotar.

172) Diese Beschränkung lassen die Meisten bei dem Begriffe des cr. exp. her. weg. S. aber L. 68—70. D. de fart.

173) *Rei hereditariae furtum non fit.* L. 6. L. 2. §. 1. D. h. t. L. 68. L. 14. §. 14. D. de fart. L. 40. D. de nozal. act. (9. 4.)

174) L. 1. 2. D. h. t. Ueber das Maß der Strafe sagen die Quellen nichts.

erlaubte war ¹⁷⁵). Nur wer die Sache schon vorher aus anderen Gründen in seinen Händen (z. B. als Commodatar) hatte, durfte sie sich nicht auf diese Weise zum Zwecke der Usucapion anmaßen. Unterschlug dieser also eine solche Erbschafts Sache, so war die Handlung schon nach älterem Rechte ein Furtum, und hatte alle Folgen des Furtum ¹⁷⁶). Hadrian aber beschränkte jene usucapio pro herede lucrativa, und gab dem Erben, wenn er kein necessarius heres war, das Recht, sie zu rescindiren ¹⁷⁷), und so kam man bald darauf, auch das Wegnehmen der Sachen für widerrechtlich und strafbar zu erklären. Dieß geschah, wie es scheint, durch M. Aurelius ¹⁷⁸). Freilich wäre nun

175) Caius, comment. II. 52—58, vergl. mit Caius, III. 199. u. L. 83. pr. D. de furt.: Pro herede res appreh.

176) S. Note 172, und v. Savigny, Recht des Besizes, §. 7, S. 78 der 6. Ausg. Der einzige Grund, aus welchem die expilatio hereditatis kein Furtum war, fiel hier weg: die Erlaubtheit der That. Ebenso konnte, wenn der Possessor z. B. Faustpfandgläubiger oder Detentor einer einem Dritten gehörigen Sache starb, und sie entwendet wurde, der Eigentümer der Sache wohl furtig klagen (nicht aber der Erbe des Gestorbenen). Denn hier gehörte die Sache dem Eigenthume nach nicht zur Erbschaft. L. 14. §. 14. D. de furt. 177) Caius, comm. II. 57. 58.

178) L. 1. D. h. t. Kein Schriftsteller, der vor M. Aurel lebte, erwähnt eines crimen expil. hered. — Auf diese (erst durch Auffindung des verones. Cajus möglich gewordene) Weise erklärte ich den Grundsatz des älteren Rechtes, daß hereditariae rei furtum non fit, und das crim. expil. hered. in meinem Lehrb. Bb. 2, S. 331 flg. Dieselbe Erklärung gab auch später Unterholzner, Verjährungslehre, Bb. 1, S. 216, und Arndts, im rhein. Museum, Bb. 2, S. 132, und ihr traten wohl die meisten Neueren bei, z. B. Peffter, Lehrbuch, 2. Ausg., §. 514; Abegg, Lehrbuch, §. 370; Wittermaier zu Feuerbach, §. 349, Note 1. Uebrigens gibt schon Cajus selbst beim Furtum (comm. III. 201.) diese Erklärung. Vgl. auch L. 83. pr. de furt. Dagegen glaubt Martin (Lehrb., 2. Ausg., §. 161, Note 1), daß ich (und somit Cajus) bei jener Erklärung „den historisch richtigen Gesichtspunkt völlig verkenne.“ Er erklärt die Sache, wie auch schon viele Aeltere, namentlich mit Jo. Altamiranus und mit Franc. Ramos (in Meermann. thesaur. tom. II. p. 428, 429. u. tom. VII. p. 102 sq. aus L. 1. §. 15. D. si is qui test. lib. (47. 4.) Allein s. dagegen mein Lehrb. a. a. D. und nun auch besonders Unterholzner a. a. D. S. 214 flg., und Arndts, über d. usuc. pro her., im rhein. Museum, Bb. 2, S. 132, welcher noch richtig bemerkt, „daß der Grund, den Scävola (in der L. 1. §. 15. cit.), wohl von dem Bestreben verleitet, aus dem Begriffe zu entwickeln, was aus äußeren Gründen Rechtsfals geworden war, anführt, unrichtig sei, das zeige fast am Besten die Bemühung von Altamiranus a. a. D., dieser Erklärung alle Stellen anzupassen.“ Wirklich sind auch die Ausführungen von Altamiranus und Ramos, welche die Sache nicht historisch zu erklären suchen, und das „si nullus sit possessor, furtum fieri negat“, auch im neueren Rechte noch als durchaus geltend annehmen, sehr ungenügend und voll der erzwungensten Interpretationen. Das römische Recht gibt ein Furtum an besitzlosen Sachen aufs Entschiedenste zu (oben Note 35; vgl. auch Note 14, 54). Sollte dieß auch erst im späteren röm. Rechte geschehen sein, so wäre es doch, wenn in der Besitzlosigkeit der hereditas der Grund davon, daß an ihr ein furtum nicht habe verübt werden können, liegen würde, rein unerklärlich, warum bei der hereditas die Entwendung auch später kein Furtum, bei anderen besitzlosen Sachen aber ein Furtum bildete.

kein Hinderniß vorhanden gewesen, die Handlung ganz als *Furtum* zu behandeln, wie die Fälle der Note 176. Allein nach dem älteren Rechte war einmal die Handlung kein *Furtum*, und wie so oft im römischen Rechte, so ließ man es auch hier, ungeachtet der gedönderten Voraussetzungen beim alten Grundsätze und ergänzte die entstandene Lücke durch ein neues Institut die *accusatio expilatae hereditatis*¹⁷⁹⁾, welche übrigen nicht bloß öffentliche Bestrafung des Thäters, sondern zugleich Zurückgabe des Entwendeten zum Zwecke hatte¹⁸⁰⁾.

Nur gegen den Miterben fand nicht einmal eine *accusatio expilatae hereditatis* statt; denn das römische Recht scheint hier von der Ansicht einer bloß subsidiären Natur dieser *accusatio* sogar soweit geleitet worden zu sein, daß es im angeführten Falle das *judicium familiae heriscundae* für genügend hielt¹⁸¹⁾. Ebenso war sie ausgeschlossen, wenn ein Ehegatte aus dem Nachlasse des verstorbenen Gatten etwas einwendete, ehe die Erben von der Erbschaft Besitz ergriffen hatten (s. die Stellen der Note 152); dieses aus denselben Gründen, aus welchen bei Entwendungen zwischen Ehegatten die *furti actio* ausgeschlossen war (L. 5 D. de crim. exp. her.) Im Uebrigen galten in Hinsicht auf Thatbestand und Verfolgbarkeit¹⁸²⁾ beim *cr. exp. hered.* ganz die Grundsätze des *Furtum*; auch insamirte die Verurtheilung bei demselben, wie beim *Furtum*¹⁸³⁾.

III. Entwendungen, welche als *Furtum* nicht bestraft werden konnten, weil ein wesentliches Requisite des *Furtum* bei ihnen fehlte, die aber doch öffentliche Strafe nach sich zogen. Hierher gehören zwei Classen von Fällen.

1) An einer *res sacra* und *religiosa* konnte, streng genommen, ein *Furtum* nicht begangen werden; die Entwendung derselben wurde aber als *Peculat* bestraft. Note 184 fig.

2) Ein Versuch des *Furtum* konnte als solcher nicht bestraft werden. Note 59 fig. Das Bedürfniß führte aber natürlich darauf, wenigstens in den gefährlicheren Fällen die Conate zu strafen. Dieß geschah

a) beim *Furtum* mit Waffen. Hier kann gegen den Thäter

179) Dadurch beantworte ich die Frage, welche Luden (D. de furti not. p. 37) aufwirft. S. auch Heffter a. a. D. Die Behauptung, welche Luden a. a. D. aufstellte, daß zum *cr. exp. hered.* eine *oblato violenta* nöthig gewesen sei, wird derselbe wohl jetzt selbst nicht mehr vertheidigen.

180) Dieß ergibt sich entschieden aus L. 4. D. h. t. und L. 4. u. 6. C. h. t. Daraus erklärt sich auch die L. 3. D. h. t. S. auch Krudts a. a. D. C. 133.

181) L. 3. C. fam. her. (3. 36.); *Expilatae enim hered. crimen frustra coheredi intenditur, quum iudicio fam. herc. indemnitati eius prospiciatur.* Vgl. L. 6. C. exp. her.: *Expilatae her. crimen locae deficientis actionis intendi posse, non est iuris ambigui*, und die vorhergehende Note.

182) Hieraus erklärten sich L. 4. u. 5. D. h. t. in Beziehung auf die Ehefrau.

183) L. 12. C. ex quib. caus. inf. (2. 12.) Diese Stelle nennt das Verbrechen ein *furtum improbius*, eben weil zu ihm der ganze Thatbestand des *Furtum* gehört.

eine *accusatio ex lege Cornelia de sicariis* erhoben werden, und zwar nicht blos beim ausgeführten Furtum, sondern auch schon, *si quis furti faciendi causa cum telo ambulaverit*¹⁸⁴).

b) Beim Furtum durch Einsteigen in Gebäude (*directariorum crimen*)¹⁸⁵). Hier wird schon derjenige, welcher *furandi animo* einsteigt, wenn er auch das Furtum nicht consummirt, *extra ordinem* mit öffentlicher Strafe belegt¹⁸⁶).

c) Ob auch sonst noch Conate des Furtum bestraft wurden, darüber äußern sich die Quellen nicht. Bei den *effractors* (Note 117) dürfte übrigens jedenfalls das *argumentum a minori ad majus* (vom Directoriat) auf die Bejahung der Frage führen¹⁸⁷). In allen anderen Fällen, namentlich auch in denjenigen, welche besonders benannte *crimina extraordinaria* bildeten, können wir beim Schweigen der Quellen wohl nicht annehmen, daß hier die Römer von dem, durch die ursprüngliche Natur des Privatdelicts begründeten Grundsatz, nach welchem zum Furtum ausgeführte *Contractation* gehörte, abgewichen sein¹⁸⁸).

II. Diebstahl im weiteren Sinne; uneigentlicher Diebstahl; Entwendung. Weit enger, als der des römischen Furtum, ist der Begriff und Thatbestand des rufischen Diebstahls. Die Deutschen behandelten schon von früheren Zeiten her, den Diebstahl als ein besonders verächtliches und mit harter öffentlicher Strafe zu bestrafendes Verbrechen. Während die schwersten Verletzungen, selbst Tödtungen, mit Geldbußen gesühnt werden konnten, traf den Dieb meist schimpfliche Todesstrafe, und wenn er sich ja mit Gunst des Richters

184) L. 1. pr. D. ad l. Corn. de sic. (48. 8.)

185) L. 7. D. de extraord. crim. (47. 11.): *Directarii . . hoc est hi, qui in aliena coenacula se dirigunt furandi animo, plus, quam fures, puniendi sunt.* Bekanntlich ist es sehr bestritten, was die Römer unter Directoriat verstanden. Das Nähere über die verschiedenen Ansichten und die Begründung des im Texte aufgestellten Begriffes, dem nun auch Spätere, z. B. Eubden, über den Versuch des Verb. S. 196, beitreten, s. in meinem Schr., Bd. 2, S. 332—337. Wieder eine andere Ansicht vertheidigt nun Fr. Viet. Siegeler (*Observat. iur. crim. Lips. 1838, 8. p. 39—50*); nämlich Directorii seien Solche gewesen, welche in der Absicht zu stehlen durch Gewaltanwendung gegen Personen in fremde Häuser einbringen. Allein diese Beziehung des Directoriats auf einen solchen Raubversuch, obwohl mit Scharfsinn und guter Combination vertheidigt, hat doch sehr Vieles entschieden gegen sich.

186) D. l. c., ferner L. 1. §. 2. D. de effractor. (47. 18.) Paulus, *rec. sent. V. 4. §. 8.* Allerdings lag im Directoriat eine consummirte Injurie (oben Note 59, 60), und aus diesem Grunde meint Zacharia, *Lehr. v. Verf., Bd. 1, S. 155*, daß hier von einer Bestrafung eines Versuchs nicht die Rede sei. Allein aus der L. 7. cit., der Vergleichung des *directarius* mit eigentlichen *fures*, und der Zusammenstellung desselben mit *fures* (L. 1. §. 2. cit.) dürfte hervorgehen, daß der *furandi animus* in Verbindung mit der Weise, wie der Thäter diese Absicht auszuführen suchte, es war, der die Auszeichnung des Directoriats motivirte. Vgl. auch mein Schr., Bd. 2, S. 336.

187) Das Gleiche, nur aus anderen Gründen, nehmen sehr Viele an, unter den Neueren z. B. Rosshirt, *Gesch. u. Syst., Bd. 2, S. 287*; Eubden a. a. D. S. 195 fig.

188) And. Mein. sind Viele, u. X. auch Eubden a. a. D. S. 197.

loßkaufen konnte, doch unbedingte Ehrlosigkeit, mit der die Deutschen nicht so freigebig waren, als die Römer mit ihrer *infamia*. So war es auch natürlich, daß dieses Verbrechen weit enger begrenzt wurde, als bei den Römern das *Furtum*. Der eigentliche deutsche Diebstahl umfaßt bloß einen der vielen Fälle des *Furtum*, den bei Note 27 oben angeführten Fall des *furtum ipsius rei*, und zwar mit Ausschluß des Raubes. Weder Raub, noch Unterschlagung, noch die übrigen von Note 35 — 40 angeführten Fälle des *furtum ipsius rei*, noch des *furtum usus* und *usus rei* gehören zum deutschen Diebstahl. Diese Ansicht, welcher die deutsche gemeinrechtliche Praxis entschieden zugethan ist, und der auch die neuesten Gesetzgebungen durchaus folgen, theilen auch die meisten älteren und neueren Criminalisten; nur muß man dabei beachten, daß Manche das Wort Diebstahl in einem weiteren und engeren, in einem eigentlichen und uneigentlichen Sinne nehmen, und bloß unter dem Diebstahl im engeren und eigentlichen Sinne, den wahren deutschen Diebstahl verstehen, somit durch Diebstahl (im weiteren Sinne) Manches bezeichnen, was kein deutscher Diebstahl ist und was auch sie für einen wahren Diebstahl nicht erklären wollen, und daher in der berührten Beziehung zu den Dissidenten nicht zu zählen sind. Um aber sich nicht zu verwirren, ist es nöthig, über den Sinn, in welchem Diebstahl und auch das Wort Entwendung und Dieberei von Manchen genommen wird, sich kurz zu orientiren.

1) Manche nehmen Diebstahl in einem weiteren Sinne für das Genus, welches den Raub und den (wahren) Diebstahl unter sich begreifen soll, und bezeichnen dann den deutschen Diebstahl, im Gegensatz zum Raube, durch eigentlichen oder wahren, oder Diebstahl im engeren Sinne. Dies that z. B. Feuerbach¹⁸⁹⁾, Martin¹⁹⁰⁾ und Salchow¹⁹¹⁾. Einige, z. B. Klien, S. 164 ff., unterscheiden einen uneigentlichen Diebstahl als gleichbedeutend mit dem römischen *Furtum*, einen eigentlichen Diebstahl im weiteren Sinne, welcher den deutschen Diebstahl und Raub umfassen, und einen eigentlichen Diebstahl im engeren Sinne, welcher den deutschen Diebstahl, im Gegensatz zum Raube und zu den Fällen des eigentlichen Diebstahls im weiteren Sinne, die wie der Kirchendiebstahl (*sacrilegium*) einen eignen Namen haben, begreifen soll. Wieder Andere unterscheiden vom Diebstahl „im eigentlichen Sinne“ einige Fälle, z. B. die Unterschlagung und den Funddiebstahl, die sie auch zum Diebstahl zwar zählen, aber nur in einem weiteren Sinne und daher auch nach anderen Grundsätzen bestrafen wollen, als den eigentlichen Diebstahl¹⁹²⁾. — Was die-

189) Von der 9. Ausgabe seines Lehrbuches an nicht mehr; s. das. §. 323.

190) Rein Lehrbuch, Bd. 2, S. 267.

191) Salchow, Lehrb. §. 344.

192) Z. B. W. Pfeiffer, prakt. Ausführungen, Bd. 2, Nr. XVI. Nächstlich macht es Hepp, im neuen Archiv des Crim.-R., Bd. 14, S. 266 ff. Er sagt, unter Berufung auf Pfeiffer, der Funddiebstahl sei unteugbar eine Art des Diebstahls, aber — nichts von dem, was die Carolina über Bestrafung des Diebstahls setzte, sei auf ihn anwendbar.

sen Sprachgebrauch betrifft, so kann er nur zu Mißverständnissen und Verwirrungen führen, und ist auch an sich unrichtig. Unsere gemeinen teutschen Gesetze verstehen unter Diebstahl niemals den Raub; unter Diebstahl im weiteren Sinne, oder gar, wie Klien, unter Diebstahl im eigentlichen Sinne auch den Raub zu begreifen, ist daher gegen die Gesetze und auch gegen den Sinn des Wortes Diebstahl¹⁹³⁾. Eben so begreifen, wie sich unten ergeben wird, weder unsere Quellen, noch der gemeine Sprachgebrauch unter Diebstahl alle Fälle des römischen Furtum, noch die oben vom teutschen Diebstahle ausgeschiedenen Fälle desselben, und es ist daher zu mißbilligen, wenn sie, sei es auch nur in einem weiteren Sinne, durch Diebstahl bezeichnet werden. Nur muß man sich hüten, woran etwa die Quellen eine Handlung als eine diebische oder diebliche bezeichnen, z. B. von dieblichem Behalten sprechen, hier gleich an einen Diebstahl zu denken. Denn diese Ausdrücke werden auch gebraucht, um im Allgemeinen die Richtung der Handlung zu bezeichnen, ohne sie dadurch zum Diebstahle stempeln zu wollen¹⁹⁴⁾. Eben so wenig kann man aus einem einzelnen hergebrachten mißbräuchlichen Ausdrucke, z. B. dem Ausdrucke Funddiebstahl, Folgerungen ziehen, wie schon von der anderen Seite der häufig gebrauchte Ausdruck Kirchenraub und Mundraub beweist. So wird auch das Wort Dieb bisweilen im gemeinen Leben (z. B. von Nachdruckern) und in Rechtsquellen (z. B. Sachsenspiegel B. 3. Art. 4) entschieden in einem bloß bildlichen, uneigentlichen Sinn gebraucht. Will man das Furtum in seinem ganzen Umfange durch einen teutschen Ausdruck vom teutschen Diebstahle unterscheiden, so könnte man am ehesten noch mit Heffter die Fälle des römischen Furtum im Allgemeinen durch Dieberei oder Diebheit bezeichnen und von ihnen den Diebstahl unterscheiden, wobei jedoch zu bemerken ist, daß auch diese Worte dem ganzen Umfange des Furtum doch nicht durchaus entsprechen möchten.

2) Der Ausdruck Entwendung wird ebenfalls in sehr verschiedenem Sinne gebraucht. Viele nehmen ihn in einem ganz weiten Sinne als Ueberfegung des römischen Furtum und sprechen daher von Sach-, Besiz- und Gebrauchs-Entwendung; so Feuerbach, Henke, Martin. Dabei unterscheiden theils dieselben, theils Andere ein besonderes Verbrechen der Entwendung im engeren Sinne, unter welchen sie den gemeinschaftlichen Thatbestand des teutschen Diebstahls und des Raubes begreifen; endlich nehmen Manche, z. B. wieder Martin und Henke, Entwendung in einem noch engeren Sinne als

193) Abtelung, Wörterbuch der hochteutschen Mundart, u. d. W. Diebstahl. Vgl. auch Erhard, de furti not. p. 133, 147, welcher mit Recht sagt: Ante omnia proscribatur infeliciissima illa furtorum in propria et impropria distinctio, quia quae improprie facta sunt, proprie furta plane non sunt, neque ita debent appellari.

194) Wie auch die Römer bisweilen furtive in Fällen gebrauchen, in welchen nach ihrer Ansicht bestimmt kein Furtum vorhanden ist; z. B. L. 6. D. de poss. (41. 2.) Vgl. auch Klien, S. 80, Rotz, und Erhard l. c. p. 81, not.

gleichbedeutend bloß mit dem deutschen Diebstahl, im Gegensatz zum Raube. — Ein solcher Gebrauch kann natürlich nur wieder zu Verwirrungen führen. Auch möchte die Aufstellung eines besonderen Verbrechens der Entwendung, das lediglich in dem gemeinschaftlichen Thatbestande zweier verschiedener und von den Gesetzen ganz verschieden gehaltenen und bezeichneter Verbrechen, des Diebstahls und Raubes, bestehen soll, um so weniger zu billigen sein, als der Ausdruck Entwendung schon an sich eine viel weitere Bedeutung hat¹⁹⁵). Ueberhaupt stellen unsere Gesetze nirgends ein Verbrechen der Entwendung auf und gebrauchen den Ausdruck niemals um ein bestimmtes Verbrechen zu bezeichnen; eben so wenig hat sich hierüber in der Doctrin und in der Praxis ein technischer Sprachgebrauch gebildet. Allerdings bezeichnet Entwenden die äußere That des Diebes, wie die des Räubers, und deshalb spricht auch die Carolina vom Entwenden durch Diebstahl und durch Raub, allein nicht in einem besonderen technischen Sinne. Auch geht das Wort viel weiter und bezeichnet eben jeden Act, durch den man dem Berechtigten eine Sache eigenmächtig entzieht. So kann man daher Entwendung wohl gebrauchen, um die verschiedenen Richtungen des Furtum zu bezeichnen; aber auch hier geht die Bedeutung des Wortes noch weiter, indem man z. B. auch eine Selbsthilfe durch Entwendung begehen kann. Es empfiehlt sich dabei auch in praktischer Beziehung sehr, dem Wort keine speciellere technische Bedeutung zu geben, indem man dadurch sich einen Ausdruck erhält, durch den man eine That oder eine Anschuldgung ganz im Allgemeinen bezeichnen und dabei die specielle Richtung des Verbrechens vorerst unentschieden lassen kann.

III. Diebstahl¹⁹⁶). Vor Allem kommt es bei der Frage über Natur und Umfang des Diebstahls auf die Bestimmungen und den Geist der Carolina an. Daß diese bei ihrer ausführlichen Behandlung des Diebstahls hauptsächlich deutsches Recht im Auge hatte und durch deutsche Rechtsbegriffe und Gewohnheiten geleitet wurde, dürfte keinem Zweifel unterworfen sein. Der enge Begriff des Verbrechens, von dem sie entschieden ausgeht, die Art der Bestrafung, die stete Rücksicht auf die Größe des Diebstahls, die von ihr herausgehobenen Auszeichnungen des Verbrechens, ihre Bestimmungen über Entwendung von Holz, bewei-

195) Auch Birnbaum (neues Archiv, Bd. 13, S. 98 ff.) tritt im Ganzen Feuerbach bei und hält es für zweckmäßiger und richtiger, jene beiden Verbrechen „unter der Rubrik von Entwendung zusammenzufassen, statt (wie ich in meinem Lehrbuche) unter der von rechtsw. Zueignung beweglicher Sachen.“ Allein nach Feuerbach's und Martin's Ansicht handelt es sich hier nicht von einer bloßen Rubrik; und würde es sich auch davon bloß handeln, so wäre die Rubrik Entwendung hier (bloß für Diebstahl und Raub) zu weit.

196) In der oben angegebenen Literatur ist hier noch beizufügen: Groppe, der Diebstahl nach dem älteren Rechte der freien Städte Hamburg, Lübeck und Bremen; in Pudtwalder und Trummer, criminalist. Beiträge, Bd. 2, S. 1—79, u. S. 238—406 (eine treffliche Arbeit über Diebstahl nach dem vorcarolinischen deutschen Rechte überhaupt). — Quellen: P. S. D. Art. 157—175. Vgl. bambergens. A. 183—201.

welken dies schon zur Genüge¹⁹⁷⁾. Eben so wenig aber dürfte zu leugnen sein, daß auch hier die Carolina, wenn gleich im Ganzen von germanischer Grundlage ausgehend, doch im Einzelnen theils unmittelbar, theils durch Vermittelung der Wissenschaft, das römische Recht vor Augen hatte¹⁹⁸⁾. Schon deshalb und nach der allgemeinen Erklärung der P. S. D. Artikel 105 ist auch hier das römische Recht als Hilfsrecht nicht auszuschließen, und man mag selbst zugeben, daß jede einzelne Verschiedenheit des Thatbestandes des Diebstahls von dem des Furtum durch bestimmte Aussprüche oder den Geist der teutschen Gesetze oder des teutschen Gewohnheitsrechts nachgewiesen werden müsse¹⁹⁹⁾. Diese Verschiedenheiten sind aber sehr bedeutend, und zwar folgende.

1. Es ist vom Diebstahle ausgeschlossen, die oben bei Note 34 bezeichnete Unterschlagung. Das teutsche Recht aus der Zeit vor der Carolina trennt sie entschieden vom Diebstahle. Es verlangt zu demselben eine Verletzung der Were des Bestohlenen, eine Entwendung der Sache aus der Were desselben²⁰⁰⁾, d. h. aus seinem eingefriedigten Besizthum oder wenigstens aus einem Orte, in welchem die Sache als in dem besondern, unmittelbaren Schutze des Verletzten stehend, zu betrachten war²⁰¹⁾. Es unterscheidet deshalb wesentlich vom Diebstahle das bloße diebliche Behalten einer Sache, bei welchem der Thäter die Sache nicht aus fremder Were entwendet; hierher rechnen namentlich die Quellen des Mittelalters: wenn Jemand Gefundenes, das im Wasser ihm zugeflossene fremde Gut, ferner die zu treuer Hand ihm anvertrauten fremden

197) Schon Keltner, z. B. Böhmer, gehen hiervon aus. S. auch Dollmann, S. 93 flg., 96 flg., 87 flg.

198) Zu weit geht wohl Rosshirt (Gesch. u. Syst. d. teutschen Strafr., Bb. 2, S. 307), wenn er sagt: Auch nicht ein einziger Gedanke in der Carolina (beim Diebstahl) gehört unmittelbar und wahrhaft dem römischen Rechte an; vergl. Rosshirt selbst a. a. D. S. 309 oben, S. 314, 315, 316 u. 325. Kehnlich äußerte sich auch schon Erhard (de furti not. p. 56 sq.). Dagegen geht wohl von der entgegenesetzten Seite zu weit Peffter, Lehrb., 2. Ausg., §. 490, Note 1, §. 492, Note 7.

199) Wie von Klien, S. 155, Note, Martin, Lehrb. §. 139, und überhaupt beinahe durchaus behauptet wird. Freilich könnte man wohl entgegenen, daß in dieser Behauptung eine petitio principii liege. Denn ihr liegt eine Voraussetzung zum Grunde, welche eigentlich erst zu beweisen wäre. Indessen kommt man hier im Resultate auf dasselbe, mag man von der Nothwendigkeit der Nachweisung der einzelnen Verschiedenheiten zwischen Furtum und Diebstahl ausgehen, oder zuerst die Natur des Diebstahls aus den teutschen Quellen entwickeln, und dann das Gefundene mit dem Furtum vergleichen. — Hilfsrecht ist das römische Recht hier namentlich insofern, als in den Fällen, welche gleichmäßig zum Diebstahle und zum Furtum gehören, die Lücken des teutschen Rechts aus dem zu ergänzen sind, was das röm. Recht über diese Fälle enthält.

200) Nicht ein Wegtragen oder Entfernen aus der Were, wie Manche wollen, und auch theilweise wenigstens Cropp a. a. D. S. 34 flg. Die Were ist verletzt, selbst wenn der Dieb noch innerhalb der Pfähle des Bestohlenen ist, aber die Sache bereits an sich genommen und in seine Gewalt gebracht hat. Nicht dagegen ist Sachsensp., B. 2, Art. 29, wie besonders Klien S. 265 zeigte.

201) Sachsenspiegel B. 2, Art. 29; B. 3, Art. 22. Cropp a. a. D. S. 13 flg.

Sachen unterschlägt, überhaupt wenn Jemand eine fremde Sache, welche mit dem Willen des Eigenthümers oder, wenn ohne denselben, doch nicht durch Entfremdung aus fremder Bere in seine Hände kam, sich widerrechtlicher Weise aneignet²⁰²). Daß die Carolina sich an dieses deutsche Recht angeschlossen, ist ganz unverkennbar. Sie gebraucht das Wort Diebstahl und Stehlen immer in solchen Verbindungen, daß sich daraus augenscheinlich ergibt, sie verbinde stets mit jenen Begriffen die Nothwendigkeit einer Entziehung der Sache aus fremdem Besitze (im weiteren Sinne, Detention)²⁰³). Namentlich ergibt sich dies dem unbefangenen Blicke aus der Art und Weise, wie sie gleich in den ersten Artikeln (Artikel 157 ff.) die verschiedenen Diebstähle zu beschreiben beginnt und bei jedem derselben unterscheidet, ob beim Stehlen der Dieb betreten worden, oder ob er zum Diebstahle eingestiegen oder eingedrungen sei, oder ob dies nicht der Fall gewesen; eine Unterscheidung, von der sie in dieser durchgreifenden allgemeinen Weise nicht hätte ausgehen können, wenn sie die Unterschlagung noch zum Diebstahle gezählt haben würde. Ueberdies führt sie noch bei der Lehre vom Diebstahle (Artikel 170) die Unterschlagung des zu treuen Händen Anvertrauten an, bestimmt aber bloß, daß dieser Fall der Unterschlagung gleich einem Diebstahle bestraft werden solle, bezeichnet ihn nicht durch Diebstahl, und gebraucht nicht das Wort Stehlen, wie in allen anderen unmittelbar vorangehenden und nachfolgenden Artikeln²⁰⁴). Sollte aber ja noch ein

202) Sachsensp. an den angef. Orten; auch B. 2, Art. 37; B. 3, Art. 5, §. 1, und des. Groppe a. a. D. S. 43—70, und die das. angef. Quellen. Ob Unterschlagung des zum Gebrauch Geliehenen auch zum diebstahligen Behalten, oder, wie Groppe S. 62—68 meint, nicht einmal zu diesem gehörte, darüber läßt sich wohl streiten. — Das diebl. Behalten zog nicht Ehr- und Rechtslosigkeit, überhaupt nicht peinliche Strafe, wie der Diebstahl, nach sich, sondern bloß Buße an den Verletzten und Bette an den Richter. Groppe a. a. D. S. 252 flg., 258.

203) Jedenfalls müssen wir im späteren deutschen Rechte die römischen Begriffe von Besitz auch hier an die Stelle der Bere setzen. Vgl. auch Rittermaier, deutsches Privatrecht, 5. Ausg., §. 151; Rosshirt, Gesch. u. Syst., Bb. 2, S. 316. — Anderer Meinung scheint Hefster, Lehrbuch, 2. Ausg., §. 493, zu sein, wenn er verlangt, daß die Sache in einer Lage sich befand, wo der Inhaber unmittelbar über sie verfügen kann, „sei sie nun in seinem wirklichen Verschluß oder auf seinem Eigenthum oder an einem von ihm allein gewählten und gekannten Orte.“ Hiernach wäre es kein Diebstahl, wenn mein Nachbar meinen Hund oder Trutbahn, der zufällig auf sein Gehöfte kam, festhält und sich aneignet? S. aber Klun, S. 288.

204) Vergl. die Rubrik des Art. 170 und die Worte im Texte: solch' Missetat, mit der Rubrik der Art. 167—169 und 171 flg. und die Worte im Art. 167: Das ist ein Diebstahl. Deshalb beweist der Art. 170 nichts für die Gegner, wie sie glauben, sondern gegen sie; dies um so mehr, als dieser Artikel auch von dem bloßen unbefugten Gebrauchen der anvertrauten Sache handelt (mein Lehrbuch, Bb. 2, S. 397). Wer daher aus dem Artikel beweisen wollte, daß die Unterschlagung Diebstahl sei, müßte dann auch annehmen, daß das furtum aus dem deutschen Diebstahle gehöre. Dieses thut aber meines Wissens keiner der Dissidenten. — Nicht mit Unrecht beruft sich Klun S. 161 flg. auch noch auf die Bedeutung des deutschen Wortes Stehlen und auf den allgem. Sprachgebrauch.

Zweifel übrig sein, so ist doch eher anzunehmen, daß die vom Diebstahle handelnde und denselben im Wesentlichen nach teutschem strafrechtlichen Grundsätzen behandelnde Carolina bei ihrem Diebstahle das im Auge hatte, was man nach teutschem Rechte und teutschem Sprachgebrauche unter Diebstahl verstand, nicht aber das, was die Römer unter Furtum verstanden! Es ist auch die überwiegende Mehrzahl der teutschen Criminalisten dafür, daß die Unterschlagung und somit auch der sogenannte Funddiebstahl zum Diebstahle nicht gehöre²⁰⁵), und nur Wenige (unter diesen Feuerbach) sind anderer Meinung²⁰⁶). Auch die teutsche gemeinrechtliche Praxis nahm in der früheren Zeit, und nimmt wohl auch in der jetzigen Zeit Jenes entschieden an²⁰⁷). Ueber Thatbestand und Strafe der Unterschlagung siehe das Nähere beim Artikel Unterschlagung.

2. Eben daraus, daß zum teutschen Diebstahl, wie gezeigt wurde, eine eigenmächtige Entwendung der Sache aus fremdem Besitze gehört, folgt auch, daß die oben bei Note 36 — 41 angeführten Fälle des römischen furtum ipsius rei nicht zum teutschen Diebstahle gehören²⁰⁸). Streng genommen müßte man, in Ermangelung anderer Bestimmungen

205) S. mein Lehrbuch, Bb. 2, S. 282. Unter den Neueren sind namentlich für diese Ansicht Littmann, Erhard, Grolman, Klien, Rosshirt, Martini, Bauer, Rittermaier (zu Feuerbach §. 315a), Pfeffter, Dollmann und Abegg (der aber Lehrbuch, S. 458, 460, sich ungenau ausdrückt, und nicht nur von einem eine Unterschlagung begehenden Diebe spricht, sondern auch anzunehmen scheint, daß der Funddiebstahl „unter den Begriff des Diebstahls unter Umständen (?) unmittelbar falle“). Für diese Ansicht sind besonders zu vergleichen die Ausführungen von Erhard, de furti not. p. 60—81; Grolman, Grundr., §. 207, 179, und in s. Bibliothek für d. p. R.-W., Bb. 1, St. 2, S. 203 flg.; Klien, S. 159—167; Martini, Lehrbuch, §. 140; Rosshirt, Gesch. u. System, Bb. 2, S. 316 flg.; Dollmann, S. 94 flg., und Pfeffter, Lehrbuch, §. 492, Note 4.

206) Unter den Älteren des Böhmer, Quistorp und der ältere Meissner; unter den Neueren Kleinschrod, Feuerbach, Sachow und Hepp (Versuche S. 11 flg., und im Archiv, Bb. 14, S. 353 flg., welcher wenigstens die Fälle des Art. 170 der P. G.-D. zum Diebstahle, die übrigen Fälle der Unterschlagung aber zum Betruge, Letzteres freilich jedenfalls mit Unrecht, zählt). Diejenigen, welche wie Klien und Pfeffter die Unterschlagung einen eigentlichen Diebstahl nennen, gehören nicht hierher, da sie eben dadurch erklären, daß die Handlung kein (eigentlicher) teutschrechtlicher Diebstahl sei.

207) So war es z. B. von jeher Praxis in Sachsen (für die ältere Zeit sind hier namentlich die Consultationes Saxon., auch Carpxov zu vergleichen) und in Württemberg. Auch Böhmer und Quistorp geben zu, daß sie die Praxis gegen sich haben.

208) Darüber ist wohl kein Streit, denn Abegg (Lehrb. S. 458) wird nicht haben dissentiren wollen, wenn er, freilich höchst ungenau, sagt: der teutschrechtliche Begriff beziehe sich nur auf die Sachentwendung, wodurch der Dieb die Substanz selbst, nicht bloß Gebrauch oder Besiz der eigenen Sache sich zueignen will. Vgl. auch Klien, S. 313; Rosshirt, im neuen Archiv des Cr.-R., Bb. 3, S. 83—93; Feuerbach, Lehrbuch, §. 318 a. E. Unrichtig ist aber, was Feuerbach §. 319, Note e, über Entwendung von Urkunden sagt. S. unten bei Note 227 flg.

über sie, behaupten, daß auch jetzt noch auf sie die römischen Strafbestimmungen über *Furtum* anzuwenden sind. Allein diesem wird das entschiedenste Gewohnheitsrecht entgegenstehen, und die Gerichte werden diese Fälle nur dann strafen, wenn in ihnen eine Unterschlagung (Note 38) oder ein wahrer Betrug (Note 39, 41) vorliegt.

3. Auch das *furtum usus* gehört nicht zum Diebstahle. Schon der Umstand, daß die Carolina bei der Bestrafung des einfachen Diebstahls durchaus den Werth der gestohlenen Sache an sich, ihrer ganzen Substanz nach, zu Grunde legt, beweist, daß sie von einer widerrechtlichen Aneignung der Sache selbst, als zum Diebstahle wesentlich ausgeht. Jener Ansicht ist auch die entschiedenste teutsche Praxis und sind eben so, meines Wissens, alle unsere Criminalisten²⁰⁹⁾ mit Ausnahme von Dollmann, welcher dann einen Diebstahl annehmen will, wenn die Sache zum Zwecke des unerlaubten Gebrauchs aus fremder Detention entwendet wurde²¹⁰⁾.

In Ermangelung anderer Bestimmungen, als deren des römischen Rechts, müßte daher über Bestrafung des *furtum usus* dasselbe gelten, was über die unter 2. angeführten Fälle eben gesagt wurde. Allein auch hier wird die teutsche Praxis sich nicht streng an das römische Recht halten. Die Privatstrafen sind hier bestimmt durch Gewohnheitsrecht verworfen, und eine öffentliche Strafe, und zwar nur eine geringe polizeiliche Rüge, wird die Praxis hier in der Regel nur dann erkennen, wenn der Verletzte klagt²¹¹⁾. Manche wollen die hierher gehörigen Fälle als Betrug strafen; allein zum Betrug gehören sie ganz entschieden nicht, da ihnen wesentliche Erfordernisse desselben abgehen; dies selbst dann, wenn eine durch Vertrag anvertraute Sache mißbraucht worden wäre²¹²⁾.

4. Vom teutschen Diebstahl ist ferner ausgeschlossen das *furtum suae rei*, und namentlich das darunter begriffene *furtum possessionis*. Denn daß die Carolina bloß widerrechtliche Zueignung fremder Sachen beim Diebstahl im Auge hatte, dieses beweist auch hier wieder schon der Umstand, daß sie der Strafe des einfachen Diebstahls lediglich den Werth der gestohlenen Sache ihrer Substanz nach zu Grunde legt²¹³⁾. Hierfür ist auch die entschiedenste Praxis beinahe mit allen älteren und

209) Vgl. Klien, S. 179 fg.; Rosshirt a. a. D. S. 83. Nur sind zum Theile die dafür angeführten Gründe unrichtig; z. B. der von Klien, daß das *furtum usus* eine erlaubterweise ergriffene Detention voraussetze (s. oben Note 58).

210) Die Entwendung ic. S. 74 fg., 97. Er sagt: es gehöre zum Diebstahl bloß die Entziehung einer fremden Sache aus fremder Detention in gewinnfälliger Absicht; aber welches Recht der Dieb an der Sache auszuüben beabsichtige, berücksichtige die Carolina nicht. — Zum Beweise ist nichts dafür beigebracht; das im Texte Gesagte aber dürfte das Gegentheil beweisen.

211) Vgl. auch Klien, S. 180, 181. Für einen Fall setzt die Carolina hier die Diebstahlsstrafen fest (s. Note 204). Allein die Praxis wird, der Mehrzahl unserer Criminalisten folgend (mein Lehrbuch, Bd. 2, S. 397), dem Art. 170 diese Beziehung, freilich mit Unrecht, nicht mehr geben.

212) Rein Lehrbuch, Bd. 2, S. 178, Note 91.

213) Dollmann, S. 96 fg., führt dafür auch noch die Art. 207—214 der P. O. D. an.

neueren Criminalisten²¹⁴), und nur sehr Wenige sind anderer Meinung²¹⁵). Hiernach müßte bei den Fällen des *furtum suae rei* wieder lediglich das römische Recht zur Anwendung kommen²¹⁶). Aber auch hier wird wohl entschieden insofern wieder vom römischen Rechte abgewichen, daß man das Vergehen nicht mehr als Privatdelict behandelt, sondern eine arbiträre öffentliche Strafe erkennt, die jedoch weit gelinder ausgemessen wird, als die Diebstahlsstrafe.

Sind die unter 2. — 4. bemerkten Fälle des *Furtum* vom Diebstahle ausgeschlossen: so folgt schon daraus, daß zum Diebstahle die Zugehörigkeit einer fremden Sache, und zwar (s. Nr. 1.) durch Entziehung aus fremder Detention gehört, daß also durch den Diebstahl der Besitz, gleichviel ob der Eigenthümer oder ein Anderer die Sache inne hat, und zugleich Eigenthum (durch so zu sagen factische Entziehung desselben), verletzt werden muß²¹⁷).

5. Vom Diebstahle ist ferner ausgeschlossen der Raub. Dieses ergibt sich schon aus einer Vergleichung des Artikels 126 der P. O.-D. mit den vom Diebstahle handelnden Artikeln, und es ist dies wohl auch allgemein angenommen. Nur entsteht die Frage, durch welches Merkmal der Diebstahl sich vom Raub unterscheidet. Cropp²¹⁸) glaubt, durch das Merkmal der Heimlichkeit, wenigstens nach dem Rechte vor der Sa-

214) Unter den Neueren namentlich Grolman (Grundsätze, §. 178, 181, 182), Erhard (l. c. p. 81), Klien (a. a. D. S. 231—241), Feuerbach (Lehrb. §. 314), Rittermayer (zu Feuerbach §. 315, Note 2), Hefster (Lehrb. §. 492, Note 3), Rosshirt, Bauer. Schwankend äußert sich Abegg, Lehrb. S. 459, 460; s. aber Dens. S. 458, wo er sich nur nicht so allgemein auf Martin hätte berufen sollen. S. Note 215.

215) Unter den Neueren, meines Wissens, bloß Drei (benn Salchow gehört nicht mehr hierher, s. dessen Lehrb. 3. Ausg., §. 335, 350), von denen aber zwei sich dabei selbst widersprechen (nämlich Klien, Grundf. §. 427, u. Littmann, Handb. 2. Ausg., §. 404, vergl. mit §. 402 a. G.); der Dritte ist (unter Berufung auf Salchow und Littmann) Martin, Lehrb. §. 140, 141, Note 9. Der Grund aber, den Martin §. 140, Note 14, dafür anführt (weil beim f. poss. das Wegtragen aus fremdem Gewahrsam ebenfalls vorkommen kann), beweist, von Anderem abgesehen, bloß, daß diese 3 Requisite des Diebstahls hier vorhanden wäre; allein aus dem im Texte Gesagten dürfte sich ergeben, daß es hieran nicht genügt, sondern noch ein weiteres, beim f. poss. nicht vorhandenes, angenommen werden muß.

216) Klien, S. 235; Hefster, Lehrb. 2. Ausg., §. 490, 509, und die von ihm angeführten älteren Criminalisten. Entschieden unrichtig ist es, wenn Einige, wie Grolman (§. 178, Note a) und Böhmer (modit. in C. C. ad art. 157, §. 4 a. G.), diese Fälle nur dann bestrafen wollen, wenn sie unter ein bestimmtes anderes Verbrechen fallen. Manche werden allerdings nach den Grundsätzen vom Betrüge zu behandeln sein, um so mehr, als die Römer selbst zwischen der Grenze von Betrug und *Furtum* schwanken; so z. B. der Fall der L. 20. pr. de furt. und der bei Klien S. 237 flg. angeführte. Allein viele Fälle des *furt. rei suae* würden unter die Kategorie anderer Verbrechen gar nicht zu bringen sein. So ist es namentlich auch unrichtig, wenn die Motive zum württemb. St.-G.-Buch sagen, daß alle diese Fälle entweder unter Betrug oder Selbsthilfe fallen.

217) S. auch Klien, S. 278 flg.

218) X. a. D. S. 10 flg.

rollna, so daß derjenige, der ganz offen auftritt und eine Sache, wenn auch ohne alle Gewalt, entwendet, Räuber, nicht ein Dieb, gewesen sei; denn im Dieb hätten sich unsere Vorfahren nur den feigen und schleichen den, im Räuber den Kühnen und verwegenen Mann gedacht. Keineswegs will aber Cropp dieses auch für das spätere Recht annehmen, während Dollmann, S. 98, selbst noch nach der Carolina jenes behauptet. Allein die Artikel 165 — 168, auf die er sich beruft und die offenbar nur von dem sprechen, wie ein Dieb gewöhnlich verfährt, beweisen in der That nichts dafür, und dagegen ist wohl entschieden die Art und Weise, wie die Carolina den offenen Diebstahl bezeichnet²¹⁹); deshalb vermehren auch meines Wissens alle übrigen neueren Criminalisten, und schon die meisten älteren²²⁰), diese Art der Unterscheidung zwischen Raub und Diebstahl, und setzen mit Recht den Unterschied darin, daß beim Raub das Mittel der Ausführung der Entwendung persönliche Gewalt ist.

6. Endlich ist der Diebstahl nach teutschem Rechte nicht ein Privatdelict, sondern ein öffentliches Verbrechen²²¹). Es ist daher bei demselben nach Artikel 178 der P. O. auch der Versuch in so weit zu strafen, als er überhaupt bei öffentlichen Verbrechen durch jene Stelle für strafbar erklärt wird, und in so weit fällt daher beim teutschen Diebstahle dasjenige weg, was nach dem oben bei Note 68, 73 — 76 Ausgeführten nach römischem Rechte beim Furtum wegen der Nichtzulässigkeit der Annahme eines Versuches galt.

Hiernach ist Diebstahl die wissentlich widerrechtliche Zueignung einer fremden beweglichen Sache mittelst eigenmächtiger Wegnahme derselben aus fremdem Besitze (im weiteren Sinne), ohne jedoch als Mittel der Entziehung Gewalt gegen Personen zu gebrauchen²²²).

Zum Thatbestand des Verbrechens gehört:

1) als Gegenstand eine fremde, bewegliche Sache. Daß die Carolina nur an beweglichen Sachen einen Diebstahl annimmt (vergl. auch Art. 157, 158) ist allgemein zugestanden²²³). Daß die Sache eine fremde, d. h. im Eigenthum eines Dritten befindliche, sein müsse,

219) S. auch Dollmann selbst S. 83. Selbst das möchte noch sehr die Frage sein, ob Cropp's Ansicht auch nur für das vorcarolinische Recht entschieden richtig ist.

220) Zwar nimmt Erhard (de furti not. p. 81), wie auch manche Aeltere, die clandestinitas in den Begriff des Diebstahls auf. Allein er gebraucht den Ausdruck nur als Gegensatz zur vis ad eripiendam rem adhibita. Jedensfalls aber führt er bei wörtlicher Auslegung zu Unrichtigem und ist daher zu vermeiden.

221) Mühte man auch nach der Carolina für den Fall des ersten, Keinen, nicht offenen Diebstahls das Gegentheil behaupten, so ist doch auch hier jedenfalls durch das entschiedenste Gewohnheitsrecht die Privatstrafe aufgehoben.

222) Daß sich dieser enge Begriff vom Diebstahle auch legislativ vollkommen rechtfertigt, darüber s. u. A. Erhard, de furti not. p. 144 sq. Die neueren teutschen Gesetzgebungen, namentlich die württemb. und sächs., haben ihn auch ganz in dieser Beschränkung aufgestellt.

223) Ueber rechtswidrige Zueignung unbeweglicher Sachen s. Grolman, Grundr. §. 206.

ergibt sich daraus, weil das teutsche Recht die Fälle des römischen *furtum suae rei* nicht zum Diebstahl zählt (oben Nr. 4.). An seiner eigenen Sache könnte daher Jemand nur einen Diebstahlversuch begehen, wenn er sie, in der Meinung, sie sei eine fremde, aus fremdem Besitze entwendet, um sie sich zuzueignen ²²⁴). Natürlich kann aber der Miteigenthümer an einer gemeinschaftlichen Sache, wenn sie im Besitze eines Anderen ist, in Beziehung auf den ihm nicht gehörigen Theil der Sache wohl einen Diebstahl consummiren ²²⁵), ebenso auch ein anderer dinglich Berechtigter, ein Nießbraucher, Pfandgläubiger u. So wenig an der eigenen Sache, eben so wenig kann an einer herrenlosen Sache ein Diebstahl begangen werden ²²⁶). Wäre eine solche in fremder Detention, so würde ein Diebstahlversuch an ihr möglich sein, wenn der Thäter sie nicht für herrenlos hielte. Nur ist eine herrenlose Sache nicht zu verwechseln mit einer solchen, deren Eigenthümer bloß unbekannt ist. Im Uebrigen ist an einem beweglichen Gegenstande jeder Art Diebstahl möglich; auch an Urkunden aller Art, seien es Urkunden über Forderungsrechte oder andere; nur wird hier häufig ein Betrug concurriren ²²⁷) und ist der Werth der Urkunde bei der Bestimmung des Betrags des Diebstahls keineswegs so zu berechnen, wie ihn das römische Recht bei der Privatstrafe des *Furtum* berechnet ²²⁸). Eben so kann bei uns an Sachen, die zu einer Erbschaft gehören, auch ehe dieselbe der Erbe in Besitz genommen hat, Diebstahl begangen werden ²²⁹), ingleichen an *rebus sacris* und an Theilen eines *locus religiosus*, z. B. wenn von einem, im Privateigenthum befindlichen, Grabgewölbe Blei, Eisen u. weggenommen und entwendet wird ²³⁰). Dagegen ist kein Gegenstand des Diebstahls ein menschlicher Leichnam, sowie eine Sache, mit der er bekleidet, oder die ihm ins Grab mitgegeben ist. Auffallender Weise behaupten Manche das Gegentheil ²³¹); allein solche Sachen sind ja entschieden in

224) Vgl. auch Anmerkungen zum bayer. Strafgesetzbuche, Bb. 2, S. 98.

225) Klien, S. 274—277; auch L. 45. D. de furt. u. L. 45. D. pro socio. (47. 1.)

226) Klien, S. 272 flg.; Feuerbach, Lehrb. §. 315; Grolman, Grundf. §. 182. Ab. Mein. ist Martin, Lehrb. §. 141, Note 9, dem auch Peffter, Lehrb. §. 493, beistimmt. Peffter bezieht sich auch auf Klien, S. 219. Allein Klien sagt dort, und ebenso auch S. 224 flg. und 272 flg., das Gegentheil.

227) Wenn Feuerbach, Lehrb. §. 319, Note e, die Entwendung von Urkunden, um sich dadurch von einer Schuld zu befreien, eine Erbschaft zu gewinnen u., ganz vom Diebstahle ausschließt, so ist dies unrichtig. Vgl. auch Peffter, Lehrb. §. 489, Note 3, 9; Rosshirt, Gesch. u. System, Bb. 2, S. 320; Hofacker, Jahrb. für württemb. Gesetzgebung, Bb. 2, S. 430 flg., und das dort angef. Präjudiz.

228) S. unten Note 256.

229) S. unten Note 339.

230) Die *res sacra* ist nach unsern Begriffen ein Eigenthum der Kirche, und ebenso fallen auch bei uns die röm. Grundsätze über Ausschließung des Eigenthums an einem *locus religiosus* weg.

231) J. B. Luistorp, Grundf. §. 373; Salchow, Verb. d. Entwendung, S. 152; Litzmann, Handb. §. 448; Rosshirt, Gesch. und System, Bb. 2, S. 319.

Niemandes Eigenthum, und es kann in Beziehung auf sie nur ein Polizeiverbrechen, die sepulcri violatio, begangen werden²³²).

2) Widerrechtliche Zueignung der genannten Sache. Dieses Requirat ergibt sich aus dem oben Ausgeführten über den Ausschluß des furtum usus und possessionis vom Bereich des deutschen Diebstahls²³³). Wenn daher der Eigenthümer in die Zueignung der Sache wahrhaft einwilligt²³⁴), so ist die Handlung kein Diebstahl; dieß selbst dann nicht, wenn ein Dritter die Sache besißt, und wider dessen Willen widerrechtlicher Weise (aber mit Zustimmung des Eigenthümers) die Sache aus seinem Besiß genommen wird; denn hier ist dann nicht die Zueignung, sondern bloß die Besißergreifung eine widerrechtliche; das furtum possessionis aber gehört nicht zum Diebstahle²³⁵).

3) Die Zueignung muß geschehen mittelst eigenmächtiger Entziehung der Sache aus fremder Detention (oben Nr. 1.). Gleichviel ist es aber, ob der Eigenthümer die Sache besißt oder ein Dritter, und ob sie einem bloßen Detentor oder einem Possessor im engeren Sinne genommen wird. Aus dem angegebenen Erforderniß ergibt sich auch, daß kein Diebstahl vorhanden ist, wenn ein Dritter die Sache detinirt und wider Wissen und Willen des Eigenthümers in ihre Wegnahme einwilligt; in diesem Falle ist nur Unterschlagung vorhanden, weil hier die Sache nicht eigenmächtig aus fremder Innhabung entzogen wurde²³⁶).

4) Das Mittel der Entziehung aus dem Besiß darf nicht Gewalt gegen Personen sein. Denn sonst ist die Handlung Raub (s. oben Nr. 6.).

5) In subjectiver Hinsicht gehört zum Diebstahl Dolus in Beziehung auf die angegebenen Erfordernisse, d. h. also Ab-

232) Klien, S. 225—228.

233) Deswegen können aber auch die Wenigen, welche das furtum possessionis noch zum deutschen Diebstahle zählen, nicht die Absicht fordern, durch die Handlung erst die Sache sich zuzueignen, z. B. Martin, Lehrb. §. 142, Note 10—11 (nicht ganz damit übereinstimmend ist aber die Rubrik des angef. §. 142).

234) Wann eine solche Einwilligung nicht vorhanden sei, hierüber s. oben bei Note 69 fig.

235) S. Klien, S. 279—286; Feuerbach, Lehrbuch §. 318; Anmerkungen zum bayer. Strafgesetzbuche, Bd. 2, S. 101 fig. Nur ist es unrichtig, wenn Feuerbach glaubt, daß in einem solchen Falle stets Betrug vorhanden sei. Oben Nr. 4.

236) Klien, S. 279 fig. Damit stimmen auch die neueren deutschen Gesetzgebungen, z. B. die württembergische und sächsische, überein; nicht gehörig genau äußert sich hierüber Hefster, Lehrbuch §. 492, und Rittermaier zu Feuerbach §. 314, Note 5, u. §. 318 in der Note. Was Martin, Lehrbuch §. 144, bei Note 11 u. 12 sagt, dürfte nicht ganz mit seinen Grundsätzen über Ausschluß der Unterschlagung vom Diebstahle übereinstimmen, wenn man unter der dort erwähnten Strafbarkeit die als Dieb zu verstehen hat. Das römische Recht kann natürlich hier nicht entscheiden. — Im Begriffe des Diebstahls diese Consequenz auszudrücken (wider Willen des Eigenthümers und Inhabers), wie es häufig geschieht, ist nicht nöthig; denn sie ergibt sich von selbst, sobald im Begriffe gesagt ist, daß die Zueignung und Entziehung aus fremder Detention widerrechtlich und eigenmächtig sein müsse.

sicht, die Sache durch Entziehen aus fremder Detention sich zuzueignen, und wissen (oder zum Zweck des Versuches wenigstens glauben), daß die Sache eine fremde, und die Ergreifung und Zueignung derselben wider Willen des Berechtigten sei. In Beziehung auf den subjectiven Thatbestand nämlich gilt durchaus, was das römische Recht über den subjectiven Thatbestand des Furtum festsetzt²³⁷), nur angewendet auf den beschränkteren Umfang des deutschen Diebstahls²³⁸). Aber eben darum ist es nicht nöthig, den *animus lucri faciendi* noch besonders auszudrücken, wie es die meisten unserer Criminalisten auf eine Weise thun, die zu Mißverständnissen führen muß. Da nämlich zum Diebstahle wesentlich die widerrechtliche Zueignung gehört, und das *furtum usus* und *possessionis* von ihm ausgeschlossen sind, so drückt das Requisite, „wessentlich widerrechtliche Zueignung“ oder „*dolus* in dieser Hinsicht,“ für den Fall des deutschen Diebstahls das vollkommen aus, was die Römer durch ihren *animus lucri faciendi* bezeichnen wollten. Denn sie wollten dadurch beim *furtum ipsius rei* doch nichts Anderes ausdrücken, als die widerrechtliche Absicht der Zueignung, im Gegensatz zu der Absicht der bloßen Kränkung, des Verderbens, Zerstörens u., und sie hätten die Bezeichnung *animus lucri faciendi* gar nicht nöthig gehabt und sich ihrer wohl auch nicht bedient, wenn derjenige Fall des Furtum, der allein zum deutschen Diebstahle gehört, auch allein zu ihrem Furtum gehört haben würde²³⁹). Durch jene Bezeichnung wird auch ganz zweifellos, unzweideutig und einfach angedeutet, daß durch die Absicht, die Sache gleich hinterher zu verschenken, oder sie gleich zu verzehren und zu naschen, ohne sich am Vermögen etwas zu ersparen, oder eine bloße Liebhaberei zu befrüchtigen, keineswegs der Begriff des Diebstahls ausgeschlossen werde²⁴⁰), sowie durch sie auch der von Klien, S. 299 und 333, angeführte Fall und der der Selbsthilfe hinlänglich ausgeschlossen wird, da bei der Selbsthilfe der Handelnde sich nicht durch die Handlung die Sache erst widerrechtlich zueignen will²⁴¹).

Dagegen gehen die Ausdrücke, mit welchen Viele den subjectiven Thatbestand theilweise bezeichnen, wie Habsucht oder Gewinnsucht oder gewinnstüchtige Absicht (z. B. Klien, Martin und Feuerbach), oder

237) Darüber ist meines Wissens kein Streit. Es gilt daher auch in Beziehung auf Rechtsirrtum das oben bei Note 78 Gesagte. S. auch Pfeffter a. a. D. §. 496.

238) Deswegen muß *dolus* nicht bloß in Beziehung auf die widerrechtliche Zueignung der Sache, sondern auch in Beziehung auf die widerrechtliche Ergreifung der Detention vorhanden sein. Hält daher z. B. Jemand eine Sache für verloren, die es nicht ist, z. B. eine Uhr, welche der Besitzer eines Gartens in demselben liegen läßt, und nimmt sie an sich und eignet sie sich später zu, so ist hier kein deutscher Diebstahl, sondern Unterschlagung vorhanden.

239) Derst ed, Grundregeln der Strafgesetzgebung, S. 367—369. Klien, S. 305.

240) S. oben Note 87, 88. Hiermit sind auch, außer einigen Aelteren, die den *animus lucri faciendi* zu buchstäblich nahmen, und deshalb die Quellen mißverstanden, unsere Criminalisten einverstanden. S. bef. Klien, S. 304, 303, 309, 324, 339 fig.; Feuerbach, §. 319; Grolman, §. 181.

241) S. auch Anmerkungen zum bayer. Strafgesetzbuche, Bd. 2, S. 103, 104; Pfeffter, Lehrbuch §. 496, Note 2.

die Absicht unmittelbar durch den Gebrauch oder Tauschwerth der Sache sein Vermögen zu vergrößern (ebenfalls Feuerbach), oder Absicht eines Gewinnes (z. B. Kleinschrot), den Worten nach zu weit, und lassen auf alle Fälle leicht irrige Deutungen zu²⁴²). Der Vorsatz übrigens, seiner Zeit das Entwendete zu ersetzen, hebt das Dasein des vollendeten Diebstahls eben so wenig auf, als ein auf irgend eine Weise später wirklich geschehener Ersatz²⁴³).

Ueber die Frage, was zur Vollendung des Diebstahls in objectiver Hinsicht gehöre, war früher viel Streit.

In der neueren Zeit aber ist man über das Princip beinahe durchaus einig geworden. Es gab über dasselbe vier verschiedene Ansichten: einige Ältere meinten, der Diebstahl sei vollendet, sobald der Thäter die Sache berührt habe (sogenannte *Contractationstheorie*). Diese Ansicht stützt sich aber auf eine offenbar falsche Auslegung des Wortes *contractatio* und ist schon längst einstimmig verworfen²⁴⁴). Andere gingen von der entgegengeetzten Seite zu weit und behaupteten, der Diebstahl sei erst dann consummirt, wenn der Dieb die Sache vom Ort des Diebstahls weggebracht und in seinen Gewahrsam, d. h. nicht Besitz, sondern Aufbewahrungsort gebracht habe (sogenannte *Ablationstheorie*). Diese Ansicht wurde besonders von den älteren sächsischen Criminalisten vertheidigt, namentlich von Карпов, Karl Ferd. Hommel, Püttmann u. A. Sie stützten sich dabei auf römisches Recht und auf die Artikel 157 und 167 der P. S. D. Allein auch sie ist offenbar unbegründet sowohl nach römischem Rechte (s. oben Note 64, 65), als nach der Carolina, die ja gerade im Art. 157 bei Ergreifung des Diebes, ehe er in seinen Gewahrsam kommt, einen vollendeten Diebstahl annimmt. Es wurde auch diese Ansicht namentlich von neueren sächsischen Criminalisten so gut widerlegt²⁴⁵), daß sie meines Wissens in den letzten fünfzig Jahren in der Theorie keinen weiteren Anhänger gewann. Dagegen ging sie in die Praxis vieler sächsischen Gerichte über, so daß daher diese den offenen Diebstahl, bei welchem der Dieb ergriffen wurde, ehe er die gestohlene Sache an den Ort, wo er sie zunächst bergen wollte, gebracht hatte, als einen bloß versuchten Diebstahl be-

242) Auch die Art, wie Rittermaier zu Feuerbach in §. 314, Note 5, und §. 319, Note 3, den subjectiven Thatbestand festsetzt, ist viel zu weit; er bezeichnet ihn durch: „Absicht um auf eine nur dem Eigenthümer zustehende Weise über die Substanz der Sache zu verfügen.“ Dadurch ist namentlich der Fall nicht ausgeschlossen, wenn Jemand eine Sache wegnimmt, um sie dem Eigenthümer zu vernichten (vergl. Krug, Studien, 2. Abth., S. 85), während, wenn man den Thatbestand durch die Absicht, die Sache sich zuzueignen, bezeichnet, der Fall der Vernichtung, wie sich gebührt, selbst dann ausgeschlossen ist, wenn der Thäter dem Eigenthümer die Sache wegnimmt, sie wegträgt und sie nun erst vernichtet, falls er nur keine andere Absicht hatte, als gerade eben sie zu vernichten. Unrichtig ist deshalb, was über diesen Punkt in der sächsischen Kammer gesagt wurde, s. Krug a. a. D.

243) Klien, S. 313 fig., 335 fig.

244) Klien, S. 260. Klein Lehrbuch Bd. 2, S. 286.

245) Klien, S. 261—267. Jo. Ludv. Gail, Beck, D. de vera furti consummatione not. (Lips. 1809, 4.) p. 31 sq.

strafen! Dieser Praxis ist nun aber durch die sächsische Strafgesetzgebung ein Ende gemacht worden, indem diese mit Recht die unten angeführte Besizergreifungstheorie festsetzt. Eine Mitteltheorie zwischen den beiden eben angeführten verteidigen einige wenige andere Criminalisten. Sie behaupten, ein Bringen der Sache an den Aufbewahrungsort des Diebes sei zur Vollendung des Diebstahls nicht nöthig, wohl aber ein Wegtragen derselben vom Orte des Diebstahls und aus dem Gewahrsam (Haus, Garten u. nicht bloß aus der Detention) des Bestohlenen. Dieser Ansicht sind namentlich Erhard (*de furti notione*, p. 84 sq.), und Littmann (*Handbuch*, §. 406). Littmann stützt sich auf das römische Recht und dessen Grundsätze über Besizerwerb und Besizerverlust. Allein das römische Recht ist entschieden gegen ihn (oben Note 64, 65), und die civilistischen Besizergrundsätze mißverstehet er auf eine ganz unbegreifliche Weise²⁴⁶⁾. Erhard stützt sich auf *Sachsenspiegel* Buch 2, Art. 29, wonach das Gestohlene aus der Gewere gebracht worden sein müsse, und auf *P. G.-D.* Art. 168. Allein daß zur Vollendung des Diebstahls die Sache aus dem Gewahrsam in jenem engeren Sinne herausgebracht worden sein müsse, sagt jene Stelle des *Sachsenspiegels* nicht (oben Note 200); eben so wenig fordert die *Carolina* etwas der Art, und dem Wörtchen „hinwegführt“ im Art. 168 kann man um so weniger eine solche Bedeutung geben, als man sich dagegen schon auf den Art. 165 und auf die vom offenen Diebstahle sprechenden Stellen berufen kann²⁴⁷⁾. Von den Neueren ist auch diese Theorie, so viel ich weiß, einstimmig verworfen²⁴⁸⁾. Im Gegensatz zu dieser Ansicht sind die Meisten, besonders die Neueren²⁴⁹⁾, dafür, daß zur Vollendung des Diebstahls nichts weiter erforderlich sei, als wirkliche Besizergreifung der Sache von Seiten des Diebes, ganz nach den civilistischen Grundsätzen über Besizerwerb (sogen. Apprehensions- oder Ergreifungstheorie). Diese Ansicht ist auch entschieden die richtige (für sie sprechen sich auch die neueren Gesetz-

246) Mein Lehrbuch *Wb.* 2, S. 287.

247) *Klien*, S. 252, 266 flg.

248) Auf den ersten Anblick scheint Dollmann, S. 98, 99, sie zu theilen. Allein er sagt am Ende bloß: „Der Act des Hinwegtragens muß begonnen haben, und wer im Momente des Contrectirens selbst ergriffen wird, hat den Diebstahl erst versucht.“ Seine Ansicht ist also eine besondere, zwischen der Besizergreifungstheorie und der von Erhard und Littmann in der Mitte stehende. Er sucht sie durch die Worte: hinwegträgt und hinwegführt in Art. 167, 168, der *P. G.-D.* zu begründen. Allein dagegen kann man wieder schon das bloße Nehmen in Art. 165 anführen; wollte man aber jene Worte ganz wörtlich und als Requisite des consummirten Diebstahls nehmen, so würden sie ja weiter führen, als Dollmann selbst will. Einer ähnlichen Ansicht, wie Dollmann, ist v. Zirkler, in *Sarwey's Monatschrift für württemberg. Justizpflege*, *Wb.* 3, S. 1 flg., auf den Grund des röm. Rechtes und der gemeinrechtlichen Begriffe über Besizerwerb und Verlust. Daß aber vollends auf dieser Grundlage eine solche Ansicht ganz unrichtig ist, suchte ich zu zeigen im neuen Archiv des *Crim.-R.* 1840, Heft 2.

249) Wenn man Dollmann ausnimmt (Zirkler verteidigt ebenfalls die Besizergreifungstheorie, nur wendet er sie nicht richtig an), wohl alle jetzt lebenden Schriftsteller, welche diese Frage berührten.

gebungen, namentlich die württembergische und sächsische aus). Denn durch eine solche Ergreifung ist die völlige Entziehung der Sache vollbracht und das römische Recht fordert zur Vollendung des Falles des *furtum ipsius rei*, welcher den teutschen Diebstahl bildet, nichts weiter, als eine solche Besitzergreifung (oben bei Note 64 und 65), und daß hier nach römischem Rechte zu entscheiden ist, ergibt sich schon aus dem in Note 203 Gesagten. Hat man diese Theorie zu Grunde zu legen, so ist daher der Diebstahl vollendet, sobald der Dieb die willkürliche Einwirkung des bisherigen Besitzers auf die Sache durch eine positive Handlung ausgeschlossen und die Sache in der Absicht, sie sich zuzueignen, ergriffen und in seine Gewalt gebracht hat²⁵⁰). Hieraus folgt:

a) Bloße Vorbereitungen zum Ergreifen der Sache, z. B. Aufbrechen eines Kastens, um aus demselben etwas zu stehlen, genügen zur Vollendung des Diebstahls so wenig, als bloße Vorbereitungen zum Wegbringen, wenn der Dieb die Sache selbst noch nicht ergriffen²⁵¹).

b) Hat der Dieb die Sache wirklich ergriffen in der Absicht, sie sich zuzueignen, so ist der Diebstahl vollendet, sollte er auch später seinen Entschluß ändern und die Sache wieder wegwerfen, oder sollte er auch an der Stelle des verübten Diebstahls, z. B. im Zimmer, im Hause des Bestohlenen, sich mit der Sache noch befinden und daselbst ertappt werden.

c) Eben so wenig ist nöthig, daß der Dieb bereits im Begriff war, die Sache hinweg zu tragen (s. Note 248), oder daß er bereits den ganzen Act, den er beabsichtigte, vollendet habe. Erbricht daher Jemand einen Kleiderschrank, dessen ganzen Inhalt er stehlen will, und hat bereits einige Stücke herausgenommen und zum Hinwegtragen hingelegt oder zusammengebunden, und wird nun, während er die übrigen Kleider noch ergreifen und dazu legen will, überrascht: so ist in Beziehung auf die hinweggelegten Kleider der Diebstahl vollendet, sollte er auch an ihrem Hinwegtragen verhindert werden; das Gleiche ist der Fall, wenn Jemand die Frucht eines Feldes stehlen will, und er bereits einen Theil desselben geschnitten und zum Hinwegtragen auf dem Felde hinge-

250) Da mit dem Ergreifen einer beweglichen Sache, um sie in unsere Gewalt zu bringen, stets bis auf einen gewissen Grad ein Wegnehmen derselben, ein Bringen von ihrer Stelle verbunden ist, so kann man auch sagen: zur Vollendung des Diebstahls gehöre, daß der Thäter die Sache von ihrer Stelle hinweg und an sich genommen habe. In diesem Sinne sprechen z. B. die röm. Quellen von *loco movers*.

251) Das bloße Ergreifen reicht aber auch nicht hin; der Ergreifende muß die Absicht haben, die ergriffenen Sachen sich zuzueignen. L. 22. §. 1. D. de furt. Erbricht daher Jemand einen Kleiderschrank, um einige von den Kleidern zu stehlen, und nimmt er zu diesem Zwecke alle Kleider aus dem Schranke, wirft sie auf den Boden, um erst die Auswahl der Sachen, die er behalten will, zu treffen, so ist, wenn er in diesem Augenblicke ertappt wird, der Diebstahl noch nicht consummirt. Denn hier hatte er noch bei keinem der ergriffenen Kleidungsstücke wirklich die Absicht gehabt, es zu behalten.

legt hat, und er nun ergiffen oder sonst durch irgend etwas bestimmt wird, das Hingelegte im Stiche zu lassen²⁵²⁾.

Für die Strafe des Diebstahls sind nach gemeinem Rechte folgende Eintheilungen desselben von Wichtigkeit:

1) Einfacher, oder gemeiner und gesetzlich ausgezeichnete Diebstahl. Gesetzlich ausgezeichnet sind diejenigen Diebstähle, welche die Gesetze ausdrücklich mit einer Strafe zu bestrafen vorschreiben, die höher (qualificirte Diebstähle), oder die gelinder ist (privilegirte Diebstähle), als die regelmäßige Strafe der Diebstähle. Diejenigen Diebstähle dagegen, bei welchen es in Beziehung auf die Bestrafung bei der Regel bleibt, sind einfache oder gemeine²⁵³⁾.

2) Großer und kleiner Diebstahl. Schon das ältere deutsche Recht stift die Strafe des Diebstahls hauptsächlich nach der Größe des Betrages der gestohlenen Sache ab, und zwar besonders je nachdem der Werth des Gestohlenen fünf Solidi und mehr, oder je nachdem er weniger beträgt²⁵⁴⁾. Diese Unterscheidung behält auch die P. S.-D., Art. 160 u. 157, bei. Nach ihr ist großer Diebstahl derjenige, dessen Werth fünf Gulden oder mehr beträgt, kleiner derjenige, dessen Werth diese Summe nicht erreicht. Hierbei ist noch zu bemerken:

a) Was die Carolina unter Gulden versteht, ist zweifelhaft. Die Praxis hat sich aber seit längerer Zeit aufs Entschiedenste dafür ausgesprochen, daß unter fünf Gulden der Werth von fünf ungarischen Ducaten zu verstehen sei. Hierbei rechnen manche Gerichte noch das schwankende Agio hinzu, andere nicht²⁵⁵⁾. Die offenbar irrige Ansicht einiger

252) Näheres hierüber in meiner Abhandlung über Consummation des Diebstahls im neuen Archiv des Cr.-R. 1840, S. 2.

253) Diese Eintheilung wird in sehr verschiedenem Sinne genommen; vergl. z. B. Klien, S. 363; Littmann, Handb. S. 417. Keinen Zweifel möchte es aber doch leiden, daß, wenn man die Verbrechen überhaupt in gesetzlich ausgezeichnete (und diese in qualificirte und, freilich nicht passend, sogen. privilegirte) und einfache eintheilt, und man diese Eintheilung auf ein einzelnes Verbrechen (wie Diebstahl, Mord etc.) anwendet, man sie dann doch consequenter Weise in demselben Sinne auf das einzelne Verbrechen anwenden muß, in welchem Sinne man sie bei dem Verbrechen überhaupt aufstellte. Hiergegen fehlen aber Manche auf eine unbegreifliche Weise, so namentlich Feuerbach, Lehrbuch S. 323, vergl. mit S. 26 eod. Auch manche Gerichte haben oder hatten hier einen eigenen Sprachgebrauch. So nannte die württemb. Praxis qualificirt bloß die sogen. gefährlichen Diebstähle, also bloß einige Fälle der gesetzlich ausgezeichneten und zwar qualificirten Diebstähle (ebenso die meisten älteren Criminalisten und die sächsischen Gerichte), und bezeichnete durch „Diebstähle unter erschwerenden Umständen“ oder „ausgezeichnete Diebstähle“ solche (gesetzlich nicht qualificirte) Diebstähle, bei welchen besondere Strafserhöhungsgründe (z. B. unten Note 299, 300) vorliegen, weshalb die gewöhnliche Strafe des einfachen Diebstahls bei ihnen etwas zu steigern ist.

254) Vergl. den sogen. ersten Landfrieden Friedrich's I. S. 21 (neue Samml. der Reichsabschiede Th. 1, S. 9); Sachsensp. B. II. Art. 13. 28. 29; Schwabenp. CXVI. 2. 3., und Cropp a. a. D. S. 313 flg., 326 flg.

255) So nahm z. B. die württemb. Praxis bis zur Erlassung des neuen Strafgesetzbuches stets 27½ Gulden für den geringsten Betrag des großen Diebstahls.

Älteren, daß zum großen Diebstahle stets ein Werth von mehr als fünf Gulden erfordert werde, verwirft schon längst Doctrin und Praxis.

b) Bei der Frage, ob der Diebstahl ein großer sei, darf man nicht den gesammten Schaden, den der Bestohlene durch die Handlung des Diebes erlitt, zu Grunde legen, sondern bloß den gemeinen wahren Werth der gestohlenen Sache, den sie zur Zeit des Diebstahls hatte, und zwar, wenn sie durch Trennung von einer anderen Sache gestohlen wurde, den, den sie nach ihrer Trennung hatte. Wenn daher z. B. Jemand einen tragbaren Baum, der als solcher zehn Ducaten werth ist, abhaut, um das Holz zu stehlen, und das abgehauene Holz ist bloß zwei Ducaten werth, so hat er nur einen kleinen Diebstahl begangen. Dieß ergibt sich schon daraus, daß die Carolina den besonderen Schaden, welchen der Bestohlene durch den Diebstahl erlitt, sein Interesse überhaupt bloß bei der näheren Festsetzung der Strafe des großen Diebstahls, d. h. also des — abgesehen von jenem besonderen Schaden — schon an sich als groß erwiesenen Diebstahls, zu berücksichtigen vorschreibt²⁵⁶).

c) Wenn der Dieb den Werth der Sache nicht kannte, und derselbe weit höher ist, als er sich ihn dachte, so ist doch der höhere Werth als gestohlen anzunehmen, sobald er, was gewöhnlich der Fall sein wird, die Absicht hatte, die Sache jedenfalls zu stehlen, sollte sie auch mehr werth sein (dolus indeterminatus). Nur wenn er ganz gewiß die Sache nicht gestohlen hätte, falls ihm der höhere Werth bekannt gewesen wäre, kann man bei der Entscheidung, ob ein großer Diebstahl vorhanden sei, bloß den geringeren Werth, den er stehlen wollte, zu Grunde legen²⁵⁷).

d) Stehlen Mehrere mit einander, so ist Jedem der volle Betrag des gemeinschaftlichen Diebstahls anzurechnen. Die teutsche Praxis hat hier aber meist den Grundsatz, die Summe des Gestohlenen unter die einzelnen Mit Urheber in der Regel nach Köpfen²⁵⁸ zu theilen und die Einzelnen nur dann eines großen Diebstahls für schuldig zu erklären, wenn der ihn treffende Antheil für sich fünf Ducaten betrüge. Dieser auffallende Grundsatz widerspricht aber aufs Entschiedenste den bei der Natur-

256) Art. 157, 160, und besonders Konopatz, im älteren Archiv des Gr. R., Bd. 5, St. 2, S. 138 fg., 145 fg. Hieraus ergibt sich auch, daß beim Diebstahle von Urkunden, wenn es sich um die Frage handelt, ob der Diebstahl ein großer sei, der Lauswerth der Urkunde an sich zu Grunde zu legen ist, also bei Schuldburkunden, wenn sie nicht an porteur gestellt sind (denn in diesem Falle beträgt ihr Werth, wie beim Papiergelde, den Betrag der ausgedrückten Summe), und bei Quittungen nicht der Betrag der Schuld. S. die in Note 227 angef. Stellen. Allerdings kommt aber dieser Betrag, und überhaupt das individuelle Interesse des Bestohlenen in Betracht, bei der Ausmessung der Strafe des, abgesehen von diesem Betrage, als groß oder klein ermittelten Diebstahls.

257) Klien, S. 319, 333 fg.

258) Diese Praxis ging auch in einzelne ältere Particulargesetze über, z. B. in Sachsen, constitut. electoral. IV. 32. und Rescript v. 14. Dec. 1730 (in Zul. Weiske's sächs. Strafges., S. 70). Manche Gerichte sahen zunächst auf die Theilung, welche die Diebe unter sich machten, und erst, wenn keine solche vorlag, auf die Kopfzahl. Hofacker, Jahrb. der württemb. Gesetzgebung, Bd. 1, S. 109 fg.

heberschaft geltenden allgemeinen Grundsätzen, wie sie die Praxis selbst bei anderen Verbrechen anerkennt, und einzelnen Ausprüchen der Quellen²⁵⁹⁾, und er ist deshalb auch von der neueren Doctrin allgemein verworfen, und ebenso von den neuesten Legislationen, z. B. der württembergischen und sächsischen²⁶⁰⁾.

3) Offentlicher oder offener und heimlicher Diebstahl. Die Carolina hatte bei dieser Eintheilung entschieden blos das römische Recht im Auge, nicht auch, wie Manche, z. B. Hepp, Versuche, S. 124, 131 fig., oder gar nicht allein, wie Andere glauben, das teutsche Recht über handhafte That. Der Begriff der handhaften That ging namentlich beim Diebstahle viel weiter, und die Unterscheidung hatte blos prozessualische Beziehung. Die Carolina, Art. 158 — 161, beschreibt den offenen Diebstahl durch: wenn der Dieb, ehe er mit der gestohlenen Sache in seinen Gewahrsam kommt, betreten wird, oder ein Geschrei oder Nachhelle macht. Sie unterscheidet hier also zwei Fälle, wenn der Dieb a) wirklich ergriffen wird, ehe er die Sache in seinen Bergungsort brachte, oder wenigstens b) mit Geschrei und auf eine Zusammenlauf erregende Weise verfolgt wird. Somit folgt sie hietin ganz dem römischen Rechte²⁶¹⁾, und es galt daher nach der Carolina über offenen Diebstahl ganz, was oben über furtum manifestum gesagt wurde. Ueber die Frage, warum die Carolina diese Unterscheidung mache und den offenen Diebstahl auszeichne, sind die Ansichten eben so verschieden, wie über die gleiche Frage in Beziehung auf das römische Recht. Es ist dieses zu bewundern, denn die Carolina beantwortet diese Frage ausdrücklich. Sie sagt: daß wegen des großen Aufsehens und Aergernisses, welches der offene Diebstahl mache, derselbe härter zu bestrafen sei²⁶²⁾. Uebrigens verwirft man beinahe durchaus in Teutschland schon seit längerer Zeit die härtere Bestrafung des offenen Diebstahls und beachtet somit diesen Unterschied nicht mehr²⁶³⁾, und wenn Martin, Lehrbuch S. 150, sagt, daß die gesetzwidrige Praxis, die diesen Unterschied gar nicht beachte, unerheblich sei, so hat sie sich bis jetzt wenigstens auf das Entschiedenste im Rechtsprechen geltend gemacht.

259) L. 21. §. 9. D. de furt.

260) Ueber die Frage, ob bei concurrirenden mehreren Diebstählen ihr Betrag zusammenzurechnen ist, s. unten noch Note 282.

261) Denn auch der Fall unter b gehörte zum furtum manifestum (vergl. die oben Note 89 angef. Stellen), und es ist daher unrichtig, wenn Manche, wie Klien (S. 349), Martin (S. 150), Hepp (Versuche, S. 126), Abergg (im neuen Archiv, Bd. 14, S. 432) glauben, daß die P. G.-D. hier weiter gehe, als das röm. Recht. S. auch v. Schirach, über das furt. man. etc., im neuen Archiv, Bd. 10, S. 36—46.

262) „Und beschwerd ja die gemelt auffrur vnd berüchtigung die That.“ Art. 158. Klien a. a. D.

263) Schon vom 17. Jahrhundert an. Daß er in der neueren Zeit in einem Gerichte angewendet worden sei, bezeugt Abergg, a. a. D. S. 431, aus Acten, ohne jedoch das Gericht näher zu bezeichnen. Die württemb. Praxis hat diese Rücksicht längst verworfen, und in den Ländern des gemeinen Rechtes wird es wohl beinahe durchgängig so sein. Nach der sächsischen Praxis wurde der offene Diebstahl sogar gelinder gestraft, weil sie hier nur einen Versuch des Diebstahls annahm.

Auch die neuesten deutschen Legislationen folgten hierin dieser Praxis und nicht der Carolina.

Was die Bestrafung des einfachen Diebstahls betrifft, so bestimmt in dieser Hinsicht die P. G. D., Art. 157, 158, 160, Folgendes.

Beim Kleinen heimlichen Diebstahle soll der Thäter dem Beschädigten das „Zwiespil“ bezahlen, und wenn er dazu unvermögend sei, einige Zeit lang in den Kerker gesetzt werden.

Ueber die Auslegung dieser Bestimmung des Art. 157 ist viel Streit. Manche verstehen unter dem Zwiespil nur ein simplum als Strafe, also das duplum mit Einschluß der Sache selbst²⁶⁴). Allein dieses läßt sich aus der Stelle nicht entnehmen, und dagegen spricht schon der Umstand, daß beim offenen Diebstahle die Carolina offenbar das römische quadruplum im Auge hat, und somit aller Wahrscheinlichkeit nach auch hier das römische duplum, also die reine Privatstrafe. Wiederum soll nach der Ansicht vieler neben der Privatstrafe noch eine Buße an den Richter bezahlt werden. Die Bambergensis bestimmt dieß, allein in der Carolina ist es weggelassen; nur steht am Schlusse des Artikels eine damit nicht harmonirende Stelle aus der Bambergensis, nach welcher der Beschädigte mit der Privatstrafe der Geldbuße der Obrigkeit vorgehen soll, und hier könnte man allerdings streiten, ob jene Hinweglassung, oder ob vielmehr die Aufnahme der letzteren Stelle unabsichtlich war und aus bloßem Versehen geschah; und wirklich nehmen Viele das Erstere an²⁶⁵). Allein daß das Letztere richtig ist und die Hinweglassung absichtlich war, die Carolina also eine öffentliche Strafe nicht wollte, ergibt sich besonders aus den Aenderungen, die sie im folgenden Artikel in gleicher Weise in der Bestimmung der Bambergensis traf²⁶⁶).

War der kleine Diebstahl ein offener, so soll er mit Pranger, Staupenschlag und Landesverweisung bestraft werden; nur wenn der Dieb eine solche ansehnliche Person sei, bei welcher Besserung zu hoffen, könne dieser Strafe mit Verwilligung der höheren Staatsgewalt²⁶⁷) eine bürgerliche Strafe, Zahlung des Vierfachen an den Beschädigten, substituirt werden (Art. 158).

Beim großen Diebstahl soll eine Strafe an Leib oder Leben eintreten, und der Richter hierbei Rücksicht nehmen a) auf den Werth des Diebstahls, b. h. auf den Betrag des großen Diebstahls an sich, ob er den geringsten Betrag eines großen Diebstahls oder mehr und wie viel

264) J. B. Hefter, Lehrb. §. 498, Note 1.

265) Unter den Neueren J. B. Feuerbach, Lehrb. §. 329, und Rittermaier, zu Feuerbach, §. 329, Note. Hefter a. a. D.

266) Und auch aus den Aenderungen, die sie noch sonst im Art. 157 an den Bestimmungen der Bambergensis traf, welche neben der öffentlichen Geldstrafe sogar noch Gefängnißstrafe und Landesverweisung festsetzt (woraus sich auch der Schluß des überhaupt nachlässig redigirten Artikels und die Ueppigkeit in demselben erklärt). S. auch Herm. Jul. Kittler, corp. iur. crim. p. 211; Kößhirt, Lehrb. §. 172.

267) Walch, Glossarium, voc. Oberkempt.

mehr beträgt²⁶⁸); b) wie schädlich dem Beschädigten der Diebstahl sein möge, d. h. welchen Schaden außer der Entziehung des objectiven Werthes der Sache der Beschädigte durch den Diebstahl sonst noch erlitt, also sein ganzes übriges Interesse, *lucrum cessans* etc.; bestritten ist, ob darunter auch die Rücksicht auf die größere oder geringere Empfindlichkeit enthalten sein soll, die der Diebstahl für den Bestohlenen, z. B. wegen *Kernuth* hat²⁶⁹); c) der Stand und das Wesen der Person²⁷⁰), und endlich d) ob der Diebstahl ein offener oder ein heimlicher war²⁷¹). Aus der Fassung der Carolina ergibt sich, daß sie auf das erste und das zuletzt angeführte Moment das meiste Gewicht legt; ferner folgt aus der Rücksicht, die auf den besonderen Schaden des Bestohlenen genommen werden soll, daß ein Ersatz dieses Schadens, sei er vom Diebe selbst freiwillig oder nicht, oder von einem Dritten für den Dieb geschehen²⁷²), eine mildere Ausmessung der Strafe bestimmen muß; auch dürfte sich aus der Rücksicht, die der Richter auf die Verbesslichkeit des Diebes nehmen soll, ergeben, daß wenn der Dieb die That auf eine Weise ausführte, welche besondere Geflissenheit und Gefährlichkeit beweist, erhöhte Strafe eintreten muß²⁷³), während dagegen die Berücksichtigung anderer, rein objectiver Momente, z. B. Diebstahl des Pfluges vom Felde, beim Schweigen der Carolina unzulässig ist.

Die Bestimmungen der Carolina sind, wie ihre meisten Strafbestimmungen, durch das entschiedenste Gewohnheitsrecht in Teutschland we-

268) Hier sind die oben bei Note 256 fig. angeführten Grundsätze über die Werthbestimmung zu Grunde zu legen.

269) *Wein Lehrb.* Bd. 2, S. 295. *Feuerbach* hat in den späteren Ausgaben seines Lehrbuches, §. 381, die dort angeführte Ansicht zurückgenommen. — Uebrigens kommt hier nur der Schaden in Betracht, den der Dieb durch das Stehlen und um des Stehlens willen anrichtete. *Martin*, Lehrb. §. 152, Note 12.

270) Gewöhnlich bezieht man dieses auf die Verbesslichkeit des Diebes, und wohl mit Recht. *Vgl. P. G.-D. Art. 158.*

271) *P. G.-D. Art. 160*, und besonders *Konopatz*, über d. Momente der Strafbarkeit des großen Diebstahls im älteren Archiv des Cr.-R., Bd. 5, St. 2, S. 137—164. Auch *Grolman*, Grunds. §. 193, 203, 204; *Martin*, Lehrb. §. 152.

272) Manche verlangen freiwilligen Ersatz, aber mit Unrecht. Nur muß der freiwillige Ersatz, wenn er geschieht, ohne durch Einschreiten der Behörde oder des Verletzten veranlaßt zu sein, die Strafe noch in weit größerem Grade mindern, weil er dann einen Beweis für die geringere Verborttheit des Diebes bildet, also hier dann noch in einer andern Beziehung die Strafbarkeit sinkt. *Abegg*, Lehrbuch S. 471. Dagegen ist es zu weit gegangen, wenn Andere den Erlaß der Entschädigung von Seiten des Bestohlenen dem Ersatze gleichstellen. Denn Erlaß ist nichts Anderes, als eine Art Verzeihung, die bei öffentlichen Strafen nichts wirken kann. — Uebrigens kann der nachfolgende Ersatz nicht machen, daß der große Diebstahl in einen kleinen sich verwandelt. Ob nicht aber bei einem, zugleich mit der Ausführung des Diebstahls selbst geleisteten Ersatze? z. B. wenn ein reicher Gemäldeliebhaber ein Gemälde, das der Eigenthümer nicht verkaufen will, stiehlt, aber den ungefähren Werth desselben in Geld an seine Stelle legt.

273) Z. B. in den unten bei Note 299—302 u. 306 angef. Fällen.

sentlich modificirt worden. In dieser Hinsicht wird sich wenigstens Folgendes mit Bestimmtheit behaupten lassen.

1) Auf die Privatstrafe wird nicht mehr geklagt, und würde auch auf dieselbe je eine Klage angestellt werden wollen, so würde doch von keinem Gerichte darauf erkannt werden; vielmehr wird stets auf öffentliche Strafe erkannt.

2) Auf Todesstrafe wird beim einfachen Diebstahle nie mehr erkannt.

3) Bei der Ausmessung der Strafe des einfachen Diebstahls wird beinahe von keinem Gerichte mehr auf den Umstand als Erschwerungsgrund Rücksicht genommen, ob der Diebstahl ein offener war²⁷⁴).

4) Auf öffentliche Geldstrafe erkennen die Gerichte beim Diebstahle nicht, sondern nur auf Freiheitsstrafe, und in manchen Orten wohl auch auf körperliche Züchtigung. Welches Strafmaß aber die Gerichte anwenden, darüber läßt sich etwas allgemein Sittiges nicht sagen. Denn von einer harmonisirenden gemeinen Praxis läßt sich hier nicht sprechen. Zwar wird sich bei der Häufigkeit des Verbrechen bei den einzelnen Gerichten hierüber eine ziemlich feste Praxis gebildet haben; allein sie ist in den verschiedenen Theilen Deutschlands höchst verschieden, so daß die näheren Angaben über das Maß, welches die Praxis befolge, die in einzelnen Schriftten, z. B. bei Littmann, sich finden, so fern es sich von einer gemeinen Praxis handelt, gewiß ganz unzutreffend und unzulässig gewanne werden können. Auch bestimmten in manchen Staaten des gemeinen Reiches Landesgesetze hier wenigstens Einzelnes über die Strafe, so daß man die Urtheile der unter diesen stehenden Gerichte nicht als Betrag zur gemeinen Praxis betrachten kann²⁷⁵).

5) Der oben angeführte Milderungsgrund des Erfasses wird wohl allgemein anerkannt.

6) Daß der Versuch eines kleinen heimlichen Diebstahls strafbar sei, ließe sich wohl mit Grund aus dem Art. 178 der Carolina bestreiten, selbst wenn man der Privatstrafe des Art. 157 eine öffentliche Strafe substituirt. Allein die Praxis unserer Gerichte bestraft durchaus jeden Diebstahlversuch. Den Versuch eines großen Diebstahls wird man aber nur dann annehmen können, wenn erwiesen ist, daß der Dieb auf die Entwendung von Sachen ausging, deren Betrag den eines großen Diebstahls erreicht²⁷⁶).

274) S. oben Note 263.

275) So war es im Königreich Sachsen, wo ein Diebstahl von mehr als 6½ Thlr. mit 4 Jahren, von mehr als 12½ Thlr. mit 8 Jahren, und von mehr als 50 Thlr. mit 10 Jahren Zuchthaus bestraft wurde. Aber auch in Urtheilen für das Ausland (nach gem. Rechte) erkannten die sächsischen Difasterien beim großen Diebstahle, auch wenn sein Betrag nicht sehr bedeutend war (z. B. 25—30 Thlr.), auf 2—4 Jahre Zuchthaus, während die württemb. Gerichte (hier ganz auf gemeines Recht gewiesen) drei Monate Festung, später etwa 3½ Monate Arbeitshaus als Minimum der Strafe des großen Diebstahls annahmen, und noch nicht einmal bei einem Diebstahle von hundert Gulden auf ein Jahr Freiheitsstrafe erkannten.

276) Freilich wollen die Diebe meist nehmen, so viel sie finden, und info-

7) Ueber die Folgen des Diebstahls in Beziehung auf die Ehre des Thäters sagt die Carolina nichts. Allein man wird ohne Zweifel annehmen müssen, daß hier das römische Recht eingreift und jeder wegen Diebstahls Verurtheilte infam wird²⁷⁷).

Qualificirte Diebstähle. Qualificirt sind nach gemeinem teutschen Rechte:

1) der zweite und dritte Diebstahl. Die Carolina bestimmt (Art. 161): wenn Jemand zum zweiten Mal stehle und der zweite Diebstahl selbst mit Hinzurechnung des früheren Diebstahls einen großen Diebstahl nicht erreicht, so soll der Thäter doch mit Pranger und Landesverweisung oder mit Confination bestraft werden. Wenn aber (Art. 162) Jemand zum dritten Mal gestohlen hat, so soll er „als ein merer verläumdeter Dieb“ mit dem Tode bestraft werden.

Bei Auslegung dieser beiden Artikel²⁷⁸) entsteht zunächst die Frage, ob sie von der **Concurrenz** mehrerer (noch unbestrafter) Diebstähle, oder ob sie vom **Rückfall**, d. h. der Begehung eines Diebstahls nach früher schon erlittener Bestrafung wegen Diebstahls, oder ob sie von **Wiedersprechen** sprechen. In keinem Falle kann man sie, wie Manche wollten, trennen, d. h. den Art. 161 auf die bloße Concurrenz, den Art. 162 dagegen auf den Rückfall beziehen; denn beide Artikel bezeichnen den Fall, von dem sie sprechen, auf völlig gleiche Weise, nur daß der eine vom zweiten, der andere vom dritten Acte spricht; und so läßt sich in keiner Weise annehmen, daß, nachdem der Art. 161 von der Concurrenz zweier Diebstähle gesprochen hat, nun der Art. 162 ganz mit denselben Worten, deren der Art. 161 sich bedient, auf einen völlig verschiedenen Fall, auf den des Rückfalles überspringe²⁷⁹). Die Hauptfrage selbst aber, welchen Fall diese Artikel im Auge haben, ist eine zweifelhafte, und zu völliger Gewißheit wird man wohl über diesen Punkt nicht kommen. Es würde hier zu weit führen, die Gründe für und gegen genauer zu ent-

fern hat ihre Stimmung rücksichtlich der Summe in der Regel keine Grenze. Allein offenbar wäre es doch zu weit gegangen, wegen einer solchen allgemeinen Stimmung bei einem nicht ausgeführten Diebstahle im Zweifel den Versuch eines großen (und eines wie großen?) anzunehmen. Wenn aber z. B. Jemand hört, daß in einem Zimmer 100 Thlr. liegen oder ein werthvoller Ding zu finden sei, und er schleicht sich hinein, um jene Sachen zu stehlen, so liegt im ersten Falle der Versuch eines Diebstahls von 100 Thlrn., im letzteren der Versuch eines Diebstahls der dem wahren Werthe des Dinges gleichkommenden Summe vor. Ebenso wäre es, wenn der Dieb nur im Allgemeinen erfahren hatte, daß x bedeutende Summen besitze, und er einen Versuch machte, diese bei x zu stehlen, oder er in das Waarenlager eines Juweliers einbricht.

277) Meine Schrift über die Strafarten u. S. 239 fg. Diefür war auch bis zum Strafgesetzbuche die entschledenste württemb. Praxis; vergl. auch *Sarwey*, Monatschrift für württemb. Justizpflege, Bd. 1, S. 195 fg.

278) Ueber den Art. 162 sind besonders zu vergleichen: *Konopał*, über den dritten Diebstahl im älteren Archiv, Bd. 5, St. 2, S. 119—136; *Bd. 7*, S. 145 fg., 268 fg. *Gust. Hohbach*, Beiträge zum Strafgesetzbuche (Leipzig 1836), S. 263—289. Auch *Abegg*, praktische Bemerkungen zur Lehre vom wiederholten Diebstahle, im neuen Archiv des Cr.-R. 1834, S. 415 fg.

279) Mein Lehrbuch des Strafrechtes, Bd. 2, S. 311. Dieß scheint auch *Koßirt* (Geschichte u. System u., Bd. 2, S. 312) nicht beachtet zu haben.

wickeln, und ich erlaube mir daher, in Beziehung auf die Gründe für die Ansicht, daß jene Artikel bloß vom Rückfall sprechen, auf Konopat, mein Lehrbuch und besonders auf Hohbach²⁸⁰⁾, und in Beziehung auf die Gründe für die Ansicht, daß jene Artikel nicht bloß vom Rückfall, sondern auch von der Concurrrenz sprechen, d. h. die Straffsteigerung nicht bloß bei bereits vorangegangener Bestrafung, sondern auch bei der bloßen Concurrrenz zweier oder dreier noch unbestrafter Diebstähle aussprechen, wieder auf die gründliche Ausführung von Hohbach²⁸¹⁾ zu verweisen. Indessen wird man wohl annehmen können, daß der Gebrauch unserer meisten Gerichte die mildere Deutung vorzog und die Artikel bloß auf den Rückfall anwendete, was auch, wenn man die Frage für eine zweifelhafte hält, jedenfalls zu vertheidigen war. Namentlich ging die württembergische Praxis und wohl durchaus die Praxis Süddeutschlands von diesem Grundsätze aus, ebenso auch entschieden die sächsische Praxis (bei Verspruchssachen für das Ausland) und die hannoversche²⁸²⁾. Dieses nun als geltendes gemeines Recht vorausgesetzt, würde sich Folgendes ergeben.

1) Bei der Concurrrenz mehrerer noch unbestrafter Diebstähle bleibt es ganz bei den allgemeinen Grundsätzen, die von der Bestrafung concurrirender Verbrechen überhaupt gelten. Es dürfen daher die Summen der verschiedenen Diebstähle nicht zusammengerechnet werden, um daraus einen großen Diebstahl zu bilden, sondern für jeden einzelnen Diebstahl ist nach seinen eigenthümlichen Momenten die Strafe besonders zu berechnen, und die so gefundenen Strafen sind dann zusammen zu rechnen; ob mit einem Abzug, dabei kommt es auf die allgemeinen Grundsätze an, die man bei der Concurrrenz der Verbrechen überhaupt vertheidigen zu müssen glaubt²⁸³⁾.

2) Der Ausdruck zweiter und dritter Diebstahl wird hiernach nur auf den Fall des Rückfalles zu beziehen sein, und bei der bloßen Concurrrenz mehrerer Diebstähle von einem zweiten Diebstahle im technischen Sinne nicht gesprochen werden können. Hiernach wäre erster Diebstahl im technischen Sinne ein oder mehrere Diebstähle, welche ein wegen Diebstahls noch nicht Bestrafter beging, — zweiter Diebstahl im technischen Sinne derjenige Diebstahl, oder diejenigen mehreren Diebstähle (denn Concurrrenz kann sich ja wohl mit dem Rückfalle verbinden), welche Jemand beging nach einmal erlittener Bestrafung wegen Diebstahls, — dritter Diebstahl derjenige oder

280) Konopat a. a. D. Mein Lehrbuch Bb. 2, S. 302—317. Hohbach a. a. D. S. 265—274.

281) Hohbach a. a. D. S. 274—288. Durch diese Ausführung ist mir die Frage wenigstens zweifelhaft geworden. Was Rittermaier (zu Feuerbach §. 332, Note 1) über die italienischen Juristen sagt, ist wohl nicht ganz richtig; s. Hohbach a. a. D. S. 283.

282) Ueber das Letztere s. die Nachweisungen von v. Böhmer, in Hisig's Annalen, Bd. 9, S. 248 (s. a.) vergl. auch mein Lehrbuch Bb. 2, S. 312 u. 313.

283) Mein Lehrbuch Bb. 2, §. 190, Note 65; §. 191, Note 70; §. 193, Note 82.

diejenigen mehreren Diebstähle, welche Jemand nach schon zweimal erlittener Bestrafung wegen Diebstahls verübte.

3) Dieser Rückfall bildet einen bedeutenden Strafschärfungsgrund, so daß beim dritten Diebstahle unbedingt Todesstrafe eintreten soll. Allein diese Strafbestimmung der Carolina wird von der Praxis nicht festgehalten. Schon früh suchte man sie durch allerhand Deutungen wenigstens zu modificiren, forderte z. B., daß die drei Diebstähle zusammen dem Betrage eines großen gleichkommen müssen; später aber setzte man sich entschieden geradezu über die Strafe der Carolina hinweg und ersetzte sie durch eine arbiträre. So kam es, daß man nun nicht blos einen zweiten und dritten, sondern auch einen vierten, fünften u. s. w. Diebstahl (beim dritten, vierten u. Rückfall) unterscheiden konnte. Allein über das Strafmaß, welches die Praxis in Deutschland befolgte, läßt sich auch hier wieder etwas Uebereinstimmendes nicht angeben. Selbst in den hier zu befolgenden Grundsätzen sind die Gerichte nicht einig, indem manche beim Rückfall die früher erlittene Strafe unbedingt zu Grunde legen und dann dieselbe noch mit einem Zusatze verschärfen, der mit der Art und Größe des neuen Diebstahls im Verhältniß steht, so daß also der neue Diebstahl jedenfalls härter bestraft wurde, als der früher bestrafte, — andere Gerichte dagegen zuerst für den neuen Diebstahl nach seinen eigenthümlichen Momenten die Strafe berechnen und dann in Rücksicht auf die vorangegangene Bestrafung einen mit der Größe derselben im Verhältniß stehenden Zusatz jener Strafe beifügen, so daß die Strafe des neuen Diebstahls auch geringer sein kann, als die früher erlittene Strafe, — andere Gerichte endlich den letzteren Grundsatz beim zweiten und dritten, den ersteren Grundsatz dagegen beim vierten und den weiteren Diebstählen befolgen²⁸⁴). Nur darin stimmen sie mit einander und mit dem Sinne der Carolina überein, den Rückfall beim Diebstahle als einen bedeutenden Schärfungsgrund zu behandeln, und zwar bei dem zweiten Rückfalle, dem dritten Diebstahle, verhältnißmäßig weit mehr zu verschärfen, als beim ersten Rückfall. Vom Maße der Carolina wird aber so sehr abgewichen, daß z. B. die württemb. Praxis eine Freiheitsstrafe von sieben bis acht Monaten Arbeitshaus als das Minimum für den dritten Diebstahl annahm! Ob die vorangegangenen Verbrechen und Bestrafungen im Auslande stattfanden oder im Inlande, das kann natürlich keinen Unterschied bewirken²⁸⁵). Jedemfalls aber muß, wenn die volle Rückfallsstrafe eintreten soll, die früher erkannte Strafe auch vollständig erstanden worden sein²⁸⁶). Dabei nahmen auch in der neueren Zeit manche Gerichte an, daß zum Eintritt der in der Praxis der Gerichte üblichen Strafe des dritten Dieb-

284) Selbst die Gerichte eines und desselben Landes schwanken auf diese Weise; s. z. B. über die württemb. Praxis Hohbach a. a. D. S. 302.

285) Dieses gibt auch die Praxis zu; Xbegg a. a. D. S. 422 fig.; v. Bothmer a. a. D.

286) Xbegg a. a. D. S. 432 fig. Uebrigens wird dieser Grundsatz von den Gerichten nicht durchaus festgehalten. Ueber die Frage, ob, wenn eine außerordentliche Strafe wegen nicht vollständigen Beweises vorangegangen, dadurch auch die Rückfallsstrafe begründet werde, s. Xbegg a. a. D. S. 416 fig.

stahls erforderlich sei, daß die drei Diebstähle zusammen wenigstens den Betrag eines großen ausmachen, oder daß unter den zwei vorhergegangenen Strafen wenigstens eine Zuchthausstrafe gewesen sei²⁸⁷).

II) Sogeannter gefährlicher Diebstahl. Die Carolina zeichnet den Diebstahl durch Einsteigen, Einbrechen oder mit Waffen durch härtere Bestrafung aus, und nennt ihn einen „geflissenen geuerlichen Diebstahl“ (Art. 159). Unsere Criminalisten leiten die Qualification dieser Diebstähle nach dem Sinne der Carolina zunächst ab von einer besonderen Gefahr (periculum) bald für Eigenthum, bald für die Person, bald für Beides, und folgern aus diesem Erklärungsgrunde manches nicht Unwichtige für den Thatbestand der hierher gehörigen Diebstähle. So meinen viele Aeltere, und führte später besonders Grolman²⁸⁸) aus, der gemeinsame Grund der Auszeichnung dieser drei Diebstähle sei Gefahr für Personen, selbst auch bei den Diebstählen durch Einsteigen und Einbrechen, weil bei diesen der Dieb sich den Weg zur ungesicherten Flucht versperrt und daher, wenn er entpapt wird, Gefahr für Personen besorgen lasse. Andere behaupten, der Diebstahl durch Einsteigen und Einbrechen sei qualificirt wegen der Gefährlichkeit des Diebes für das Eigenthum, der mit Waffen wegen seiner objectiven Gefährlichkeit für Personen. Diese Ansicht vertheidigte besonders Feuerbach, nur daß er die Gefährlichkeit beim Einsteigen und Einbrechen nicht auf das Eigenthum beschränkt, sondern auf die ganze Rechtsordnung bezieht²⁸⁹). Endlich behaupten Einige, der gemeinsame Grund der Auszeichnung dieses Diebstahls sei die subjective Gefährlichkeit des Diebes für die allgemeine Sicherheit. Für diese Ansicht ist besonders Konopak²⁹⁰). Der Hauptbeweis bei allen diesen Ansichten, deren letztere im Resultate dem Wichtigsten sich am meisten nähert, ist das Wörtchen geuerlich der Carolina, das durch periculosum oder gefahrbringend übersetzt wird, und der Streit betrifft dann nur den Grund und das Object dieser Gefahr. Allein jene Uebersetzung des Wörtchens geuerlich ist eine entschieden unrichtige, indem geuerlich nach dem Sprachgebrauche der Carolina, und überhaupt des 12. Jahrhunderts nicht periculosum, sondern dolus malus bezeichnet²⁹¹). Durch geflissenen gefährlichen Diebstahl will also die Carolina einen solchen bezeichnen, in welchem der Beweis eines besonders großen Grades von dolus des Diebes liegt. Nimmt man diese Auslegung an, so ergibt sich, daß der Art. 159 die angeführten Diebstähle eben darum qualificirt, weil ein Dieb durch freches Ueberwinden großer Hindernisse, sowie durch die Absicht, Waffen beim Diebstahle im Nothfall zu gebrau-

287) Weder das Eine noch das Andere nahm die württembergische Praxis an. Nur genügte nach ihr, wenn Rückfall vorhanden sein sollte, eine vorangegangene bloß polizeiliche Bestrafung des Diebstahls nicht (bei Diebstahl von 10 Gulden und weniger), sondern es wurde eine von den Gerichten erkannnte gefordert.

288) Bibliothek für die penal. R.-W., Bd. 1, St. 2, S. 45—68.

289) In der angeführten Bibliothek, Bd. 2, St. 1, S. 116 fig., 137 fig., und Lehrbuch S. 334.

290) Im älteren Archiv des Cr.-R. Bd. 5, St. 1, S. 144—151.

291) Näher bewiesen in meinem Lehrbuch Bd. 2, S. 300—302.

chen, einen besonders großen und starken widerrechtlichen Willen an den Tag legt, die Carol. also ganz übereinstimmend mit den allgemeinen Grundfäden nach der Festigkeit und Größe des widerrechtlichen Willens die Strafe zu erhöhen vorschreibt. Der Thatbestand dieser drei²⁹²⁾ sogenannten gefährlichen (von Manchen auch mit Unrecht ausschließlich qualificirt genannten, oben Note 253) Diebstähle geht dahin :

1) Diebstahl durch Einsteigen. Hierzu gehört, daß der Dieb zum Zweck des Stehlens²⁹³⁾ auf ungewöhnlichem Wege durch Steigen in ein Gebäude sich begibt und in dem Gebäude stiehlt. Ob hinauf oder hinab, z. B. in den Keller eines Gebäudes, gestiegen wird, ferner durch welche Mittel, z. B. ob mit Leitern oder nicht, es geschieht, ferner ob hoch oder niedrig, hinauf oder hinab gestiegen wird²⁹⁴⁾, ob das Gebäude bewohnt oder unbewohnt ist, darauf kommt es nicht an; in allen diesen Fällen ist der qualificirte Diebstahl durch Einsteigen vorhanden²⁹⁵⁾. Dagegen ist ein solcher durch Einsteigen nicht vorhanden, wenn bloß in einen Garten oder in einen Hof gestiegen wird²⁹⁶⁾, ferner nicht, wenn der Dieb auf gewöhnlichem Wege in das Gebäude gekommen ist und er in demselben steigt, oder nach vollbrachtem Diebstahle aus demselben heraussteigt²⁹⁷⁾, ferner nicht, wenn er bloß an einem Gebäude hinaufsteigt und etwas Heraushängendes oder auch durch Hineinreichen in ein offenes Fenster etwas in dem Gebäude Befindliches stiehlt²⁹⁸⁾. Uebrigens wird in allen diesen Fällen, in denen die vollen Requisite des gefährlichen Diebstahls zwar nicht vorhanden sind, der Dieb

292) Manche Neuere unterscheiden diese drei Diebstähle durch den Ausdruck verwegener (Diebstahl durch Einsteigen), gewaltsamer (Diebstahl durch Einbrechen) und bewaffneter oder eigentlich gefährlicher. Gegen die Behauptung von Kleinschrodts (Abhandl. Bd. 2, S. 119 flg.), nach welcher es eigentlich nur Einen gefährlichen Diebstahl, den durch Waffen, geben soll, und bei demselben nur zu unterscheiden sei, ob der bewaffnete Dieb einsteige, einbreche oder keines von Beiden thue, s. Feuerbach, an dem Note 289 angeführten Orte, S. 125 flg.

293) Steigt er zu einem anderen Zwecke ein, z. B. um zu einem Mädchen zu kommen, und stiehlt dann nachher bei dieser Gelegenheit im Hause, so ist es kein qualificirter Diebstahl durch Einsteigen.

294) Die württembergische Praxis wich hier insofern ab, als sie zum qualificirten Diebstahle durch Einsteigen verlangt, der Dieb müsse wenigstens sechs Schritte hoch oder tief gestiegen sein. Richtig ist übrigens die Bemerkung von Heffter (§. 502 u. 506), daß der Ausdruck der Carolina ein bloßes Kriechen auf der Erde, ingliedhen ein bloßes Herübererschreiten nothwendig ausschliesse.

295) Keltere und auch manche Neuere, namentlich Grolman, a. a. D., machten hier viele Beschränkungen, aber bloß weil sie von der irrigen Voraussetzung ausgingen, daß der Diebstahl für Personen gefährlich sein müsse. Das richtige Resultat erkennen wohl die meisten jetzigen Criminalisten an, s. z. B. Klies, S. 416, 420 flg.; Feuerbach, §. 336; Heffter, §. 502.

296) Die Carolina verlangt Einsteigen in eine Behausung oder Behaltung, Ausdrücke, von denen auch der letztere bloß Gebäude bezeichnet. Vergl. Note 301.

297) Heffter, §. 502, Note 5, und Martin, §. 154, Note 7.

298) Beim Hinansteigen sind Einige, z. B. auch Martin, §. 154, Note 10, mit Unrecht anderer Meinung.

aber doch auch eine besondere Gefliffenheit an den Tag legte, wie beim Diebstahle durch Streifen über eine Gartenmauer, durch Streifen in einem Gebäude, durch Hinansteigen u. dergl. oben bei Note 270 angeführte Grundsatz zur Anwendung kommen und daher die Strafe des gemeinen Diebstahls in erhöhtem Maße anzuwenden sein²⁹⁹).

2) Diebstahl durch Einbrechen. Hierzu gehört, daß der Dieb zum Zweck des Stehlens mit Gewalt eine Oeffnung in ein Gebäude macht, durch dieselbe in das Gebäude eindringt und im Gebäude stiehlt. Auch hier ist es gleichgiltig, ob das Gebäude ein bewohntes oder unbewohntes ist, an welchem Orte desselben man eingebrochen ist, ferner ob der gewöhnliche Zugang zu dem Gebäude, die Thüre desselben, aufgebrochen oder aufgesprengt, oder an einem anderen Orte eine Oeffnung gemacht wurde, und welcher Mittel sich der Dieb zum Durchbrechen bedient³⁰⁰). Dagegen ist es kein qualificirter Diebstahl durch Einbruch, wenn eine Kiste, ein Kasten und dergl. aufgebrochen³⁰¹), oder in einen Garten oder Hof eingebrochen, oder mittelst eines Durchbruches, ohne in das Gebäude selbst einzudringen, von Außen her gestohlen wird (z. B. durch ein durchbrochenes Fenster etwas auf der Fensterbank Liegendes), oder eine Thüre durch Nachschlüssel geöffnet wird³⁰²).

3) Diebstahl mit Waffen. Zu diesem gehört, daß der Dieb beim Ausgehen auf den Diebstahl Waffen, d. h. Werkzeuge, mit welchen er gewaltthätigen Widerstand leisten und Jemand körperlich verletzen kann³⁰³), in der Absicht³⁰⁴) zu sich nimmt, von den Waffen im Nothfall zur

299) Dies erkennt auch die entschiedenste württembergische Praxis an; sie rechnet diese Fälle zu den Diebstählen unter erschwerenden Umständen. Vgl. oben Note 253.

300) Auch hier wollten Manche, besonders Keltene, und auch noch Grolman, zum Theil ganz unbegründete Beschränkungen machen; s. z. B. die Ausführungen in meinem Lehrbuche Bd. 2, S. 303, 305, und bei Feuerbach, §. 335.

301) Viele Keltene und auch manche Neuere, unter diesen z. B. Martin, §. 154, Note 12, sind hier anderer Meinung, indem sie den Ausdruck der Carolina: Behaltung, auf Kisten, Kästen und dergl. beziehen. Allein daß die Carolina unter Behaltung, und Behaltung, was schon Goblter durch domicilium, habitatio aut aedes übersetzt, bloß Gebäude verstehe, hierüber s. vorzüglich Grolman, in der angeführten Bibliothek, Bd. 1, St. 2, S. 57 flg., auch Klien, S. 413 flg., denen beinahe alle Neuere, und wohl auch die Praxis der meisten Gerichte beistimmen. Allerdings tritt aber auch hier wieder, wie in den bei Note 302 angeführten Fällen, das ein, was bei Note 299 bemerkt wurde.

302) Bei Nachschlüsseln wollte Klien, S. 416, einen Diebstahl durch Einbruch annehmen; die Reisen sind aber mit Recht dagegen. Auch bloßes Ausheben einer Thüre und eines Fensters mit der Hand gehört nicht hierher; Pfeffer, §. 502, Note 4.

303) Klien, S. 427 flg., Feuerbach, §. 392, und L. 9. L. 11. §. 1. D. ad l. Inl. de vi priv. (48. 6.) L. 8. §. 2. D. de vi. (43. 16.)

304) Feuerbach und auch Rosshirt (Lehrbuch §. 174) behaupteten, der qualificirte bewaffnete Diebstahl sei auch dann vorhanden, wenn der Thäter diese Absicht nicht gehabt habe, wenn er also auch nur zufällig oder aus anderen Gründen bewaffnet gewesen sei. Allein dieses wird bloß aus der entschieden unrichtigen Voraussetzung hergeleitet, daß die Carolina bei diesem Diebstahle ledig-

Sicherung seiner Person oder der gestohlenen Sache Gebrauch zu machen. Bestritten ist, ob der qualificirte bewaffnete Diebstahl auch dann vorhanden sei, wenn der Dieb erst am Orte der Entwendung Waffen findet, und sie in der Absicht, davon zum Schutze der Entwendung Gebrauch zu machen, ergreift. Die Meisten bejahen diese Frage³⁰⁵). Allein die Carolina verlangt ein Eingehen zum Stehlen mit Waffen, und so muß man, wenn man sich an die Worte des Art. 159 halten will, die Frage verneinen³⁰⁶). Daß es zum Gebrauch der Waffen kommt, ist keineswegs nöthig. Selbst wenn der Dieb nach vollendetem Diebstahle über rascht wird, die Waffen wegwirft und mit der gestohlenen Sache entflieht, bleibt der Diebstahl doch ein qualificirter bewaffneter³⁰⁷), wenn nur der Dieb in der angegebenen Absicht die Waffen zu sich genommen hatte. Nahm aber der Thäter die Waffen zu sich in der Absicht, Personen, die sich dem Stehlen etwa widersetzen würden, zu vergewaltigen, um so die Entwendung auszuführen, oder nahm er sie zwar in anderer Absicht zu sich, führt aber doch am Orte der That die Entwendung mittelst Gewaltanwendung gegen Personen aus, so ist sein Verbrechen nicht bewaffneter Diebstahl, sondern Raub³⁰⁸).

Was die Consummation dieser drei Diebstähle betrifft, so gehört im Uebrigen zu derselben Alles, was zur Vollendung eines Diebstahls überhaupt nöthig ist, namentlich die vollendete Besitzergreifung der Sache³⁰⁹). Die Strafe dieser Diebstähle setzt die Carolina theilweise in das Ermessen des Richters, indem sie ein Maximum und Minimum festsetzt, und zwar mit Recht wegen der großen Verschiedenheit der Abstufungen der Strafbarkeit, die hier vorkommen können. Sie bestimmt, daß Todesstrafe (beim Mann der Strang, beim Weib Ertränken) oder wenigstens eine schwere Leibesstrafe, wie Augenausstechen oder Handabhauen, erkannt werden soll³¹⁰). Allein die Praxis hält sich längst nicht mehr an diese Straf-

lich die objective Gefahr für Personen im Auge habe. Wohl alle übrigen Criminalisten sind hier anderer oder der richtigen Ansicht.

305) Unter den Neueren z. B. Klien, S. 430 flg., Feuerbach, Lehrbuch §. 337, Martin, Lehrbuch §. 154.

306) Dieser Ansicht sind unter den Neueren Rosshirt, §. 174, Pfeffter, §. 502, Rittermaier, zu Feuerbach §. 337. Dafür sind aber jedenfalls die Meisten, daß ein bewaffneter Diebstahl nicht vorhanden sei, wenn die Ergreifung der Waffen nach vollendetem Act des Diebstahls geschah. Uebrigens tritt auch in diesen Fällen wieder der bei Note 273 angeführte Grundsatz ein.

307) Besonders Klien, S. 433 flg.

308) Klien, S. 441 flg.; auch Martin, §. 154 a. E., §. 155, Note 8 (vergl. aber Dens. §. 154, Note 5?).

309) Besonders Klien, S. 434 flg.

310) Art. 159. Vergl. auch Art. 160 a. E., 172, 174. Manche, wie Feuerbach, §. 338, Pfeffter, §. 502, glauben, die Carolina setze die Todesstrafe als ordentliche Strafe, die anderen Strafen dagegen als bloß außerordentliche fest. Allein dieses ist unrichtig. Martin, §. 155. Nach Art. 160 a. E. scheint es, daß wenigstens für die großen gefährlichen Diebstähle die Todesstrafe die regelmäßige sei, und wirklich nahmen dieses auch Manche an. Allein jene Stelle ist anders zu erklären. Wie nämlich in der Bambergensis, so war im Entwurf der Carolina für den gefährlichen Diebstahl unbedingt Todesstrafe im Art. 159 gesetzt, und darauf bezog sich auch der Schluß des Art. 160,

bestimmungen der Carolina; namentlich wird in der neueren Zeit wohl nie mehr auf Todesstrafe erkannt. Ueber das Maß der Freiheitsstrafe aber, die bei diesen Diebstählen die gemeine Praxis anwendet, gilt ganz das, was oben über die gleiche Frage beim einfachen und beim zweiten und dritten Diebstahl bemerkt wurde. Hat sich auch in einzelnen Gerichten eine ziemlich feste Praxis hier gebildet, so findet sich doch bei den verschiedenen Gerichten der verschiedenen Länder des gemeinen Rechts und oft bei den verschiedenen Gerichten desselben Landes eine so große Verschiedenheit in dem Maß, daß man von etwas Gemeinsamem hierüber selbst nicht einmal annähernd sprechen kann. So dürfte selbst die Behauptung von P e f f t e r (Lehrbuch §. 502), daß die Praxis sich meist mit vier- bis zehnjähriger Zuchthaus- oder Festungsstrafe begnüge, nicht zutreffend sein. Denn schon die hannoverschen Urtheile, die v. B o t h m e r (Hitzig's Annalen Bd. 8, S. 250 flg.) anführt, beweisen, wie P e f f t e r selbst bemerkt, daß die Praxis oft noch unter diesem Sage bleibe, und noch weit gelinder war die württembergische Praxis, die bei diesen qualifizirten Diebstählen der Strafe, die der Diebstahl an sich, ohne Rücksicht auf jene Qualification verdient hätte, wegen des Eindrehens, Einsteigens oder der Bewaffnung noch einen Zusatz von einigen Monaten bis zu zwei Jahren (wenn nicht Mißhandlung von Personen dabei vorkam) beifügte. Die Frage, wann ein Erkenntniß auf den Tod dem Sinne der Carolina am angemessensten wäre, ist jetzt müßig, weil nicht mehr auf Todesstrafe erkannt wird. Bei übrigens gleichen Verhältnissen ist der Diebstahl mit Waffen der strafbarste, dann der durch Eindrehen, und auf der niedrigsten Stufe steht der durch Einsteigen; überhaupt ist bei der Abstufung der Strafe auf den Grad der Hindernisse, welche der Dieb zu überwinden hatte und auf die er sich gefaßt machte, ferner auf etwaige Mißhandlung von Personen, die er nach der Entwendung verübte, und dann auch, jedoch hier in untergeordneter Weise, auf die Größe des Diebstahls und den besondern Schaden des Bestohlenen³¹¹⁾ Rücksicht zu nehmen³¹²⁾.

III) Kirchen diebstahl oder sogen. Kirchenraub³¹³⁾. Die

allein später bei der Embredaction wurde die Strafe im Art. 159 abgeändert, und man ließ nur aus Ueberschen den Art. 160 unverändert.

311) So weit dieser Umstand bei der Strafe zu berücksichtigen ist, in so weit muß auch hier der Ersatz eine Verminderung der Strafe bewirken.

312) Vgl. auch hierüber und über die Riturcheberschaft Martin, §. 155.

313) Der Kirchen diebstahl wurde besonders in älterer Zeit meist durch Kirchenraub bezeichnet, vergl. auch P. G. D. Art. 174 a. E. Streng genommen ist freilich diese Bezeichnung unrichtig; denn Kirchenraub ist eigentlich nur dann vorhanden, wenn mittelst Gewalt an Personen eine Entwendung aus Kirchen oder die Entwendung einer res sacra bewerkstelligt wird. Richtig macht aber K o s h i r t, Zeitschrift ze. Bd. 1, S. 394, darauf aufmerksam, daß hier der Ausdruck Raub nur emphatisch gebraucht werde, um die objective Qualification des Kirchen diebstahls recht herauszuheben. Allein nichtsdestoweniger muß man den eigentlichen Kirchenraub stets vom Kirchen diebstahl unterscheiden, und besser ist es, jetzt den unächtlichen Gebrauch des Wortes Kirchenraub für Kirchen diebstahl um so mehr ganz zu vermeiden, als in unseren Zeiten die harten Strafen, welche die Carolina für den Kirchen diebstahl festsetzt, nicht mehr

Carolina³¹⁴) folgt hier nicht dem römischen Begriff von *saecrilegium*, sondern dem des canonischen Rechtes³¹⁵), und versteht unter Kirchen-diebstahl einen Diebstahl, durch welchen die christlich kirchliche Weihe einer Sache verletzt wird, somit den Diebstahl an einer geweihten (consecrirten oder benedicirten) Sache, sei es aus einem geweihten oder nicht geweihten Orte, und den Diebstahl irgend einer Sache aus einem zum Gottesdienste geweihten Orte (Art. 171).

In Beziehung auf die Strafe unterscheidet sie folgende Fälle: 1) Diebstahl einer Monstranz mit der geweihten Hostie soll mit dem Feuertode; 2) Diebstahl goldener oder silberner geweihter Kirchengefäße oder auch von Kelchen oder Patenen, ferner jeder Diebstahl durch Einbrechen oder Einsteigen in ein zum Gottesdienst geweihtes Gebäude³¹⁶), soll mit dem Tode so bestraft werden, daß die Todesart im Ermessen des Richters steht³¹⁷); 3) sonstiger Diebstahl einer ungeweihten Sache aus geweihtem Gebäude und anderer als der vorhin genannten geweihten Sachen soll nach den beim weltlichen Diebstahle festgesetzten Grundsätzen, doch unter übrigens gleichen Verhältnissen immer etwas härter als der weltliche Diebstahl bestraft werden³¹⁸) (Art. 172—174).

angewendet werden, und der eigentliche Kirchenraub weit härter bestraft wird, als der Kirchen-diebstahl.

314) Literatur: J. H. Boehmer, *ius ecclesiast. protestant. lib. V. tit. 17. §. 2—127.* Ph. F. Heißler, *Erläuterung des 171. und 174. Art. der P. G.-D. aus den Glaubenssätzen und der Ekturgie der römischen Kirche, in seinen juristischen Abhandlungen und Erörterungen, 1. Sammlung. Halle 1783. Quellen: P. G.-D. Art. 171—175.*

315) *Causa XVII. qu. 4. can. 21. §. 2.* Das canonische Recht nimmt *saecrilegium* auch noch in einem viel weiteren, nicht auf Diebstahl sich beziehenden Sinne (Boehmer l. c. §. 43 sq.), der aber zum Stück nicht in unser teutsches Strafrecht überging.

316) Manche behaupten, im Art. 172 werde das Einbrechen in Kirchen zum Zweck des Stehlens, ohne Vollendung des Diebstahls, dem ausgeführten Diebstahle ganz gleichgestellt; allein hiergegen s. Koch, *Institutiones iur. crim. §. 228. schol.: Klien, S. 438.* Außerdem behaupten auch sehr Viele, unter den Neueren namentlich Feuerbach, §. 345, Heffter, §. 504, Martin, §. 159, die Todesstrafe stehe auch auf dem Diebstahle durch Einsteigen, und dieses wohl auch mit Recht. Zwar sagt der Art. 172 nichts vom Einsteigen, allein es geht aus dem Art. 174 hervor.

317) Die Ansicht Mancher, daß die Todesstrafe nicht unbedingt angeordnet, sondern ihre Verhängung dem Ermessen des Richters anheimgestellt sei, ist wohl unrichtig. Manche verlangen zur Anwendung der Todesstrafe beim Stehlen der angeführten Gefäße und anderer Geräthschaften, daß ihr Werth die Summe eines großen Diebstahls betrage, indem sie den Ausdruck *dapffere Stück*, im Art. 174, auf diese Weise auslegen. Andere verneinen dieses und behaupten, die *dapfferen Stück* bedeuten *consecrirte Sachen*, und die geringen, geweihten Dinge des Art. 174 bedeuten alle bloß *benedicirte Sachen*. Allein sowohl jenes als dieses ist wohl unrichtig. Die Carolina bezeichnet ja ganz genau, was sie unter den *dapfferen Stück* verstehe, nämlich die einzelnen oben unter Art. 1 und 2 angeführten Sachen; alle übrigen sind bloß geringe geweihte Stück.

318) Auch hier ist viel Streit. Viele, besonders Ältere, glauben, diese Fälle seien ganz wie ein gemeiner Diebstahl zu bestrafen, nur seien gewisse Milberungsgründe, z. B. Erfaß, hier ausgeschlossen, während Andere gewiß mit Recht behaupten, die Carolina wolle hier eine arbiträre Schärfung der bei einem

Frägt man nach dem Grunde, aus welchem die Carolina den Kirchendiebstahl auszeichnet, so ergibt sich aus den angeführten Bestimmungen und daraus, daß sie in Beziehung auf die Person ganz absolut spricht (so epner . . . stiehlt x.), daß sie lediglich hier den Gegenstand der Verletzung, eine von der christlichen Kirche geweihte Sache, im Auge hatte; namentlich nimmt sie entschieden die Person des Diebes und seinen religiösen Glauben dabei nicht in Betracht³¹⁹), wenn gleich nicht geleugnet werden kann, daß persönlich dieser Dieb straffälliger erscheint, wenn er selbst an die Kraft und Bedeutung dieser Weihe seinem religiösen Bekenntnisse nach glaubt. In den protestantischen Ländern mußte aber doch bald die Strenge, mit welcher die Carolina den Kirchendiebstahl bestraft, einiges Bedenken erregen, indem sie bei demselben von dem Gesichtspunkte der katholischen Kirche über innere Heiligkeit der geweihten Gegenstände ausging³²⁰), während die Protestanten denselben bloß eine sogen. sanctitas externa zuschrieben, deren Verletzung so hohe Strafen vom objectiven Gesichtspunkte aus nicht zu motiviren schien. So entstanden schon aus dieser Rücksicht manche Zweifel über die Anwendbarkeit der Bestimmungen der Carolina³²¹); dabei machten Viele den oben angeführten subjectiven Gesichtspunkt geltend und wollten, wenn ein Protestant Kirchendiebstahl begehe, ihn gelinder als den Katholiken, ja Viele ihn sogar überall nicht härter als beim weltlichen Diebstahle strafen³²²). Allmählig fand man aber auch die Bestimmungen der Carolina überhaupt zu hart; Anfangs wurde die Feuertodstrafe, später in den meisten Fällen die Todesstrafe durch die Praxis ausgeschlossen, und jetzt wird man wohl behaupten können, daß der Gerichtsgebrauch die Strafe des Kirchendiebstahls als eine arbiträre behandelte, und bei ihrer Festsetzung der Strafe des Diebstahls, die er als ein weltlicher verdient haben würde, einen mehr oder weniger großen Zusatz wegen des Umstandes, daß er ein Kirchendiebstahl ist, beifügt³²³). Auf Todesstrafe wird wohl kaum mehr von einem

gemeinen Diebstahl geltenden Strafe feststellen, vergl. auch Sambetgensis Art. 200.

319) Anderer Ansicht sind sehr Viele. S. dagegen besonders Martin, §. 158, Note 2. Sollte man wohl behaupten können, daß die Carolina einen Juden, der einen Kirchendiebstahl beging, gelinder behandeln wollte! Deshalb wird sich aber auch nach dem Sinne der Carolina das nicht rechtfertigen lassen, was Martin, §. 158, in der Note 3 behauptet.

320) Richtig bemerkt Martin (§. 157, Note 12) unter Berufung auf Böhmer, daß, wenn gleich bereits Protestanten an der Abfassung der P. S. D. Theil genommen haben, doch das Dogma von der Natur und den Wirkungen der kirchlichen Weihe von Gefäßen und Gebäuden erst später recht zur Sprache gebracht worden sei.

321) Vergl. auch Heffter, §. 504. Viele Criminalisten wollten deshalb geradezu auf die Religion des erkennenden Richters Rücksicht nehmen.

322) S. die in meinem Lehrbuch, Bd. 2, S. 321, lit. e, Angeführten.

323) Dabei nahmen auch viele Gerichte die persönliche Rücksicht, indem sie den katholischen Dieb, der an katholischen Kirchensachen sich verging, härter bestrafen, als den Protestanten, der an katholischen oder protestantischen Kirchensachen das Verbrechen verübte; so war es in den meisten würtemb. Gerichten Praxis. Dem Sinne der Carolina ist es aber gewiß gemäßer, diesen persönlichen Gesichtspunkt ganz auszuschließen. Die sächsische Praxis strafe den

Gerichte nach gemeinem Rechte erkannt; allein in welchem Maß die gemeinrechtliche Praxis den Kirchendiebstahl härter bestraft, als den weltlichen, darüber wird wieder etwas Gemeinsames mit Sicherheit nicht behauptet werden können.

Durch gelindere Strafe ausgezeichnete (sogen. privilegierte) Diebstähle.

1) der sogen. Familiendiebstahl. Die P. O. D., Art. 165, sagt: wenn Jemand aus Leichtfertigkeit oder Unverstand von Gütern, deren er sonst ein nächster Erbe ist, stehle, oder sich dergleichen zwischen Mann und Frau begeben, und der Beschädigte deshalb Klage erhebe, so soll der Richter bei Rechtsverständigen Rath holen, auch nachsehen, was in solchen Fällen das gemeine Recht sei, und sich darnach halten; doch soll von Amtswegen nicht eingeschritten, noch gestraft werden. — Ueber diesen allerdings etwas ungenau gefassten Artikel ist beinahe in allen Punkten von den älteren Zeiten bis auf die neueste sehr viel Streit. Besonders bestritten ist die Frage, welche Fälle denn die Carolina eigentlich vor Augen gehabt habe, außer dem Fall des Diebstahls zwischen Ehegatten³²⁴). Die Fälle des römischen *crimen expilatae hereditatis* können es nicht sein, wie Manche wollten, da ja dieses Verbrechen gerade von Solchen begangen wird, welche nicht Erben des Gutes sind, an dem sie sich vergreifen. Auch wird es nicht der oben bei der Lehre vom *Furtum* Note 181 angeführte Fall sein, wie Andere glauben; denn augenscheinlich spricht die Carolina vom Diebstahl am noch lebenden Erblasser. Eben so wenig aber kann man den Artikel beschränken auf den Diebstahl der nächsten Intestaterben am lebenden Erblasser oder gar bloß naher Blutsverwandter (so daß entferntere Verwandte, wenn sie die nächsten Intestaterben wären, ausgeschlossen sein würden), wie viele Andere annehmen. Vielmehr besagen die Worte der Carolina nach grammatischer Auslegung, daß unter den Artikel jeder *präsuntive nächste Erbe*, sei er vertragsmäßiger, testamentarischer oder Intestaterbe, der am lebenden Erblasser Diebstahl begeht, fällt. Auch paßt auf dessen That das Prädicat der Leichtfertigkeit und des Unverstandes, das die Carolina seiner That gibt, wohl, weil ein solcher in dem Glauben handelt, er nehme eine Sache, die ihm später ganz oder theilweise doch zugefallen wäre³²⁵). Ob es aber dem Sinn der Carolina gemäß ist, über ihre Worte hinaus noch anzunehmen, daß ihre Bestimmungen auch auf den Diebstahl eines nahen Familiengliedes, das nicht gerade der nächste Erbe des Bestohlenen ist, z. B. den vom Enkel aus dem noch lebenden Sohne am Großvater begangenen, anzuwenden sind, dieses ist zweifelhaft, aber nicht unwahrscheinlich³²⁶).

Kirchendiebstahl nicht mit ausgezeichneter Strafe, sondern lediglich wie einen gemeinen, während das sächsische Particularrecht vom eigentlichen Kirchendiebstahle schweigt (es handelt bloß vom eigentlichen Kirchenraub. Klien, S. 493 flg.).

324) Die verschiedenen Ansichten hierüber sind in meinem Lehrbuch, Bd. 2, S. 323—327, angegeben.

325) Vergl. auch bes. Heffter, §. 511, Note 1.

326) Vergl. Konopatz, neues Archiv, Bd. 6, S. 278 flg.

Daß der Richter in den genannten Fällen nicht von Amtswegen einschreiten darf, sagt die Carolina bestimmt, und dieses befolgen auch mit Recht unsere Gerichte. Darf er aber strafen, wenn der Beschädigte klagt? Gegen eine allgemeine Bejahung dieser Frage lassen sich manche Bedenken erheben. Der Artikel sagt in Beziehung auf das richterliche Einschreiten: der Richter soll das gemeine Recht erforschen und sich hiernach halten. Nach gemeinem Rechte ist aber hier in vielen Fällen jede Strafe entschieden ausgeschlossen, namentlich beim Diebstahle zwischen Ehegatten, und dem der Eltern an Kindern und der Hauskinder am Hausvater (oben beim Furtum Note 151 fig.). Zwar sagt die Carolina am Schlusse, der Richter soll von Amtswegen nicht strafen, gibt also hier die Möglichkeit einer Strafe, wenn geklagt wird, zu allein dieß beweist nicht, daß hier in allen Fällen Strafe soll eintreten können, sondern nur, daß sie in den Fällen eintreten könne, in welchen sie nach gemeinem Rechte nicht ausgeschlossen ist, und dieß ist ja der Fall, wenn der präsumptive Erbe nicht zur Kategorie der eben genannten Personen gehört³²⁷). Allein die herrschende Ansicht bei unseren Schriftstellern, und wohl auch durchaus in unseren Gerichten, geht dahin, daß, wenn der Bestohlene klagt, der Richter eine Strafe zu erkennen habe, sie aber weit milder ausmessen müsse, als die Strafe eines gemeinen Diebstahls ist. Noch ist zu bemerken, a) daß es unrichtig ist, wenn die Meisten beim Diebstahle im Complotte und bei den sogenannten gefährlichen Diebstählen die mildern Grundsätze vom Familiendiebstahle ausschließen wollen. Die Carolina macht hier keine Ausschließung³²⁸), und Leichtfertigkeit und Unverständnis kann auch zu solchen Diebstählen die nächsten Erben verleiten. Nur beim bewaffneten Diebstahle wird man die Ausschließung zugeben. b) Auf solche Gehilfen und Miturheber, die nicht in dem von der Carolina geforderten Verhältnisse zum Bestohlenen stehen, ist der Art. 165 nicht anzuwenden; bei ihnen tritt daher Verfahren von Amtswegen und die ordentliche Strafe des Diebstahls ein; dagegen ist auf den Gehilfen der Artikel anzuwenden, wenn er oder der Urheber, den er unterstützt, in jenem Verhältnisse steht (vergl. oben Note 157, 167).

II) Diebstahl von Feld- und Gartenfrüchten. Diebstahl an essbaren Früchten vom Feld, wenn er bei Tage geschieht und durch die Entwendung dem Eigenthümer kein großer Schaden zugefügt wird, soll nach Art. 167 der P. G. D. bloß bürgerlich nach der Gewohnheit der Gegend bestraft werden. Der Artikel setzt wohl hierbei voraus, daß der Diebstahl zum Zweck des bloßen Genusses der Sache verübt wurde,

327) So glaube ich nun das modificiren zu müssen, was ich in meinem Lehrbuch, Bd. 2, S. 327 fig., aussprach. Unrecht haben jedenfalls diejenigen, welche, wie Feuerbach, unter Berufung auf das gemeine Recht behaupten, daß bei allen Fällen des Familiendiebstahls alle Strafe ausgeschlossen sei. Denn der Begriff der Carolina vom Familiendiebstahle geht jedenfalls viel weiter, als die Straflosigkeit des römischen Rechtes beim Diebstahle an gewissen Familiengliedern.

328) Vergl. auch L. 19. D. rerum amotarum, und L. 52. §. 2. de furtis.

sogen. Mundraub³²⁹). Allein es ist nicht nur hierüber, sondern auch über andere Punkte Streit; manche Aeltere wollen den Mundraub gar nicht zum Diebstahle zählen, und deshalb namentlich die Infamie ausschließen³³⁰), und die ganze Fassung des Artikels dürfte allerdings auch für diese Ansicht sprechen; die Meisten dagegen wollen ihn als Diebstahl strafen, nur mit gelinderer Strafe³³¹), und Andere gehen sogar so weit, ihn ganz wie einen gemeinen Diebstahl zu bestrafen³³²), oder wollen wenigstens einen in eingezäunten Gärten begangenen Mundraub wie gemeinen Diebstahl behandeln³³³).

III) Holzdiebstahl. Die Carolina, Art. 168, bestimmt hierüber: wenn Jemand fremdes Holz diebischer Weise haut und sich zueignet, so soll die Handlung nicht als Diebstahl, sondern nach Ortsgebrauch bestraft werden; nur soll, wenn bei Nacht oder zu besonders verbotener Zeit oder an Feiertagen die That geschah, die Strafe geschärft werden; dagegen sollen die gewöhnlichen Diebstahlsgrundsätze eintreten, wenn dem Eigenthümer kein gehauenes Holz (z. B. das er im Walde aufklastert hat) gestohlen werde. — Diese Bestimmung ist wohl noch ein Ueberbleibsel von den alten teutschen Grundsätzen über die zum Diebstahle nöthige Verletzung der Wehre³³⁴), und wie man im älteren Rechte das Entwenden von Holz, das der Eigenthümer selbst noch nicht gefällt hatte, gar nicht als Diebstahl behandelte, so behandelt auch die Carolina diesen Fall entschieden nicht als Diebstahl, und setzt das Holzstehlen (Entwenden von bereits gehauenen Holze), und das verbotener Weise Abhauen und Sichaneignen von Holz als zwei völlig verschiedene Verbrechen einander entgegen³³⁵). Deshalb darf man auch im letzteren Falle nicht die allgemeinen Folgen des Diebstahls (Infamie) eintreten lassen. Auch die meisten teutschen Particularrechte werden mit dieser Bestimmung der Carolina übereinstimmen. So wird nach württembergischem Rechte, wer Holz

329) Feuerbach, §. 352.

330) J. B. Leyser, spec. 537. mod. 6—7. Derselben Ansicht war Carpzov (qu. 83. nr. 35 sq.), wenigstens dann, wenn der Thäter die Sache sofort verzehre. Daß die eben Genannten den Mundraub gar nicht strafen wollten, wie Heffter, §. 513, Note 1, sagt, ist unrichtig; sie wollen allerdings eine geringe Strafe, nur behaupten sie, die That sei nicht als Diebstahl zu behandeln.

331) Diese gelindere Strafe wollen dann mit Unrecht Manche, z. B. Wdhmer (ad art. 167. §. 3.), selbst dann anwenden, wenn der Diebstahl bei Nacht verübt wurde.

332) So glaubt Klten, S. 363, die Handlung sei ein gewöhnlicher, nicht privilegirter Diebstahl; denn der Art. 167 wende nur das auf Früchte an, was der Art. 157 schon vom ersten kleinen Diebstahle bestimme. Dagegen s. aber Rosshirt, Lehrbuch §. 180 a. G.

333) J. B. Salthow, Lehrbuch, §. 362.

334) Das noch nicht gehauene Holz wurde noch nicht als im besonderen Schutz des Berechtigten stehend betrachtet, vergl. oben Note 11—13; Sachsen-Spiegel, II. 28, und besonders Cropp, in Pudtwalcker's criminalistischen Beiträgen, Bb. 2, S. 31.

335) In unseren Systemen ist mit Unrecht der letztere Fall meist als eigentlicher (jedoch privilegirter) Diebstahl ausgeführt. Er sollte bloß als Holzfrevel bezeichnet werden.

im Walde erst fällt und stiehlt, nicht als Dieb, sondern bloß als Wald-frevler polizeilich, und zwar meist um Geld bestraft.

Noch entsteht die Frage, ob die oben bei der Lehre vom Furtum bei Note 108—118 u. 130—188 angeführten, vom römischen Rechte nach besonderen Grundsätzen behandelten Fälle auch bei uns nach besonde-rem Grundsätzen zu behandeln sind. Hierüber ist zu bemerken:

I) An die Stelle dessen, was das römische Recht über *directarii, effractoires* und bewaffneten Diebstahl bestimmt, tritt bei uns die Bestim-mung der Carolina über die sogen. gefährlichen Diebstähle ein. Die Frage über die Strafbarkeit des Versuches ist hier nach deutschem Rechte keinem Zweifel unterworfen.

II) Die Auszeichnung des *abigoatus, des furtum balnearium* und *nocturnum* und des *saocularii* hatte im römischen Rechte wohl zunächst ihrem Grund darin, daß man in diesen Fällen eine öffentliche Strafe, wenigstens *electiv* mit der Privatstrafe, bald angemessen fand. Da aber eine solche nach deutschem Rechte in allen Fällen des Diebstahls ohnehin stattfindet und aus der ganzen Art und Weise, wie die Carolina den Diebstahl behandelt, sich ergeben dürfte, daß sie alle Qualifikationen des Diebstahls erschöpfend behandeln wollte, so nahmen mit Recht beinahe alle Criminalisten, Theoretiker und Praktiker, wie Praxis, an, daß bei uns jene Fälle ganz nach den allgemein geltenden Diebstahlgrundsätzen und nicht mehr als besondere Verbrechen zu behandeln seien. Unter den Neueren sind namentlich dieser Ansicht Klies, S. 394 fig.; Grols-man, §. 183; Feuerbach, §. 348, 352; Rosshirt, Lehrb. §. 170, und Geschichte und System, Bd. 2, S. 325; Heffter, §. 501, 503; Dollmann, S. 93; Rittermaier zu Feuerbach a. a. D. Das Gleiche muß auch vom *Peculat* gelten, so weit seine Fälle den Thatbestand des Diebstahls an sich tragen. Hier bestreiten es aber Manche³³⁶⁾ und behaupten, der *Peculat* sei auch nach gemeinem deutschem Rechte noch als besonders ausgezeichnetes Verbrechen zu behandeln und im Allgemeinen mit Deportation oder einer ihr gleichkommenden Strafe und an Staatsdienern³³⁷⁾ mit dem Tode zu bestrafen. Gegen diese Ansicht sind aber die vorhin angeführten Criminalisten zu vergleichen³³⁸⁾. Jedenfalls be-merkt Heffter richtig, daß im Zweifel hierüber der Gebrauch ent-schieden habe, und ein innerer Grund zur Auszeichnung des *Peculats* nicht vorhanden sei. Denn wenn Abegg (Lehrbuch, S. 485) behauptet, daß die gemeinrechtliche Praxis nicht die römischen Strafen, sondern andere hier anwende, und diese Handlung auch, insofern sie nur als gewöhnlicher

336) Salchow, Verbrechen der Entwendung, S. 131, und bef. Mar-tin, Lehrbuch, §. 160, und nach ihm Abegg, Lehrbuch, S. 483 fig.

337) So übersetzen sie die *iudicium in const. an. de crim. pec.*; vergl. oben beim Furtum Note 148.

338) Besonders auch Rosshirt, System, Bd. 2, S. 313. Nur Doll-mann, a. a. D., hat Zweifel. Die Gründe, auf welche die entgegengesetzte An-sicht gestützt wird, möchten auch bei consequenter Entwendung dazu führen, noch andere Fälle der römischen *crimina extraordinaria* bei uns als ausgezeichnete Diebstähle zu bestrafen.

Diebstahl betrachtet werde, härter als diesen ahnde, so beruht das Letztere wohl entschieden auf einem Irrthum über die Praxis, wie ich dies wenigstens von Württemberg und Sachsen behaupten kann.

III) Beim *crimen expilatae hereditatis* waren es lediglich historische Gründe, aus welchen dieses Verbrechen im früheren römischen Rechte nicht als Furtum behandelt werden konnte, und im späteren nicht als solches behandelt wurde. Dies kann aber unmöglich bewirken, daß wir die dahin gehörigen Fälle vom Bereich und den Grundsätzen des teutschen Diebstahls ausschließen, sofern sie den Thatbestand des Diebstahls an sich tragen, und so kann es, womit auch die Praxis entschieden übereinstimmt, keinen Zweifel leiden, daß wenn Jemand aus einer vom Erben noch nicht in Besitz genommenen Erbschaft etwas entwendet, die Handlung durchaus als Diebstahl zu bestrafen ist, falls die Erbschaftsachen nur von irgend Jemand detinirt wurden³³⁹). Eben so würde man auch die Handlung des Miterben, der eine Sache aus der gemeinschaftlichen Erbschaft sich aneignet, wenn dieselbe in der Detention eines Dritten war, als Diebstahl (anderen Falls als Unterschlagung) zu den an der Sache seinen Miterben zukommenden Theilen behandeln müssen. Denn der Art. 165 der P. O. D. spricht nicht von diesem Fall (oben nach Note 324), und den bei der Lehre vom Furtum Note 181 angeführten Grundsatz können wir wohl nicht mehr anwenden³⁴⁰), weil von dem Grunde einer subsidiären Natur der *accusatio expilatae hereditatis* bei uns keine Rede mehr sein kann. Anders dagegen ist es, wenn die Wittve aus dem Nachlasse des Mannes eine Entwendung begeht. Nach römischem Rechte trat hier keine Strafe ein, und zwar aus denselben Gründen, aus welchen überhaupt bei Furtum zwischen Ehegatten jede Strafverfolgung ausgeschlossen war (s. oben beim Furtum Note 152 und nach Note 181). Da nun diese Gründe der Art. 165 der P. O. D. anerkennt, so wird man jedenfalls sagen müssen, daß dieser Fall nach den Grundsätzen des Familien Diebstahls zu behandeln, also je nachdem man den Art. 165 auslegt, für straflos zu erklären³⁴¹), oder gelinder zu bestrafen³⁴²) ist.

IV) Ueberhaupt entscheidet über die Anwendbarkeit der römischen Bestimmungen in Beziehung auf Furtum zwischen Ehegatten und Eltern und Kindern der oben entwickelte Sinn des Art. 165 der Carolina.

339) Dieses wird meist der Fall sein; vergl. Klies, S. 392 fig.; Grolman, Bibliothek, Bd. 1, St. 2, S. 206. Dagegen will Martin, §. 161, die genannten Fälle nicht zum wahren Diebstahl zählen. S. gegen denselben noch Dollmann, S. 91. Wenn übrigens dort Dollmann sagt, daß ich annehme, das *crim. expil. hered.* falle immer unter die wahren Diebstähle, so hat er dabei die betreffende Stelle meines Lehrbuchs nicht genau nachgesehen; auch führt er später die selbe Stelle S. 124 richtig an.

340) Anderer Meinung sind Salchow, Verbrechen der Entwendung, S. 85, u. Feuerbach, Lehrb., §. 349, welche hier durchaus Straflosigkeit wollen. S. dagegen unter Anderen Klies, S. 391.

341) So z. B. Martin, §. 161, Note 10.

342) S. z. B. Peffter, §. 514.

V) Ueber den *furtum rei sacrae* und *religiosae* s. oben bei Note 230.

VI) In Beziehung auf das *furtum domesticum* der Römer (oben beim *furtum* Note 168) fallen bei uns die Sklaven und Freigelassenen weg, und wir verstehen daher unter Hausdiebstahl gewöhnlich den vom Hausgenossen an Personen der Familie begangenen Diebstahl mit Ausschluß der zum eigentlichen Familiendiebstahl gehörigen Fälle, namentlich Diebstahl von Seiten der im Lohn und Brot der Bestohlenen Stehenden³⁴³). Uebrigens ist hier bei Manchen die Terminologie verschieden³⁴⁴). Dieser Hausdiebstahl ist in den gemeinen deutschen Gesetzen nirgends ausgezeichnet, weder, wie manche Ältere wollten, mit einer gelinderen, noch, wie Andere wollten, mit einer härteren Strafe³⁴⁵). Das römische Recht aber hier anzuwenden, ist unzulässig, da die Voraussetzungen desselben, auf welche sich hier die regelmäßige Ausschließung einer Strafe stützt, bei uns nicht eintreffen³⁴⁶). Dies nimmt auch das entschiedenste Gewohnheitsrecht an. Ist aber dieses anzunehmen, so muß man behaupten, daß der Hausdiebstahl eben nach den beim Diebstahle geltenden Grundsätzen zu strafen ist. Manche wollen nach diesen Grundsätzen die arbiträre Strafe des Diebstahls etwas höher ausmessen, wegen der besonderen Verletzung der Treue³⁴⁷). Allein wohl mit Unrecht. Indes thut jenes die Praxis sehr häufig, und auch viele Particularrechte; die neueren deutschen Gesetzgebungen strafen aus dem gleichen Grunde den Hausdiebstahl meist etwas härter.

Besonderz zu beachten ist aber hier die Grenze zwischen Diebstahl und bloßer Unterschlagung, indem die Entwendungen von Seiten des Gefindes dann bloß Unterschlagung sind, wenn sie eine ihrer Verwahrung, Beforgung, Aufsicht oder Bearbeitung anvertraute Sache sich aneignen³⁴⁸).

Karl Georg Wächter.

Dies. Dieser Kunstausdruck kommt in den römischen Rechtsquellen in einer doppelten Bedeutung vor. In der einen bezeichnet er ein bestimmtes Zeitmaß, in der anderen irgend eine aoristische Zeitbestimmung. Die erste Bedeutung liegt dem Begriffe des *naturalis dies* zu Grunde¹). *Naturalis dies* heißt der Tag im Gegensatz der Nacht, also der Zeitraum vom Aufgang der Sonne bis zu deren Niedergang, und diese Bedeutung wird vorausgesetzt, wenn von der

343) Klen, S. 373, 375.

344) Viele bezeichnen den Hausdiebstahl durch *furt. domesticum*. Feuerbach nennt ihn Hausdiebstahl oder *furt. domest. improprium* (dagegen den Familiendiebstahl *furt. domest. proprium*), und Grolman umfaßt unter dem deutschen Worte Hausdiebstahl den Familiendiebstahl, den er eigentlichen, und den oben bezeichneten Hausdiebstahl, den er uneigentlichen Hausdiebstahl nennt.

345) Klen, S. 373; Heffter, §. 512.

346) S. bes. Heffter a. a. D.

347) J. B. Günther, de *furt. dom.* (Lips. 1785) p. 21 sq.; Abergg, Lehrbuch, S. 488.

348) Hierüber vorzüglich Klen, S. 171 flg.

1) Consorinus, de die natali, ed. Lindenbr., cap. 23.

Eintheilung desselben in horae die Rede ist. So spricht Pomponius²⁾ von der sexta diei hora im Gegensatze des mane, und Ulpian³⁾ setzt die hora sexta diei der hora sexta noctis entgegen. Daß sie indes schon älter ist, als die Eintheilung in horae, ergibt sich daraus, daß schon das Zwölftafelgesetz den genannten Zeitraum als ein bestimmtes Zeitmaß bezeichnet hat⁴⁾, und daß Varro⁵⁾ und Macrobius⁶⁾ gerade in Bezug auf die Worte dieses Gesetzes den Sonnenuntergang als die letzte Zeit des dies bezeichnen. Unter civilis dies verstanden die Alten einen zusammenhängenden Zeitraum von vierundzwanzig Stunden mit Einschluß der Nacht, ohne Rücksicht auf den Anfangspunkt, von welchem man ausging. Die Babylonier berechneten ihn von Sonnenaufgang bis zu Sonnenaufgang, die Athenienser von Sonnenuntergang bis zu Sonnenuntergang, die Römer von Mitternacht bis zu Mitternacht⁷⁾. Daher Paulus⁸⁾ für das Pandektenrecht bezeugt, daß der dies nach römischer Sitte (more Romano) mit Mitternacht anfangt und in der Mitte der folgenden Nacht endigt. — Der Begriff des civilis dies liegt der Eintheilung der Tage in continui und utiles zu Grunde⁹⁾. Mit jenem Kunstausdrucke bezeichnete man solche Einzeltage in einem bestimmten Zeitraume, welche nach der im Calendar festgestellten Ordnung ohne Unterbrechung fortgezählt werden. Am deutlichsten ergibt sich dieß aus dem Zeugnisse des Modestinus¹⁰⁾, welcher ein aus solchen Tagen bestehendes Jahr *ἐνιαυτός συνεχόμενων ἡμερῶν* nennt, und aus der Erklärung der alten Glossen¹¹⁾. Auch bestätigt sich diese Ansicht durch den Gegensatz der continui anni und alterni anni¹²⁾, und durch eine Reihe von

2) L. 2. D. de annis legatis. (33. 1.)

3) L. 7. D. de usurpationibus et usucapionibus. (41. 3.)

4) Varro, de lingua Lat., VII. 51. VI. 5; Plinii hist. nat. VII. 60; Gell. noct. Att. XVII. 12. Censorinus, de die natali, cap. 23. Macrobius, sat. I. 3. Festus, de V. S., s. v. supremum.

5) L. c. VII. 51.

6) L. c. I. 3.

7) Plinii hist. nat. II. 79; Gell. noct. Att. III. 2; Censorinus, de die natali, 23. Macrobius, sat. I. 3.

8) L. 8. D. de feriis. (2. 12.)

9) Continui dies steht in L. 4. §. 5. D. de statu liberis. (40. 7.) *Μο*destin nennt sie *συνημόμενα ἡμέραι* in L. 10. §. 3. D. de excusationibus. (27. 1.) Der Ausdruck utiles dies findet sich in L. 2. pr. u. §. 1. D. quis ordo in possessionibus servetur. (38. 15.) Von der hierher gehörigen Literatur verdienen besonders folgende Schriften Erwähnung: Bardi, de tempore utili et continuo in tractatu tractatum, tom. V. p. 210 sq.; Bilger, diss. de diebus continuis (Altorf. 1709); Haubold, exereitatio iuris civilis de temporibus continui et utilis computatione, in Eiusdem opuscula academica, ed. Wenck. tom. I. p. 397—438. Sehr gute Bemerkungen finden sich über den annus utilis bei Buchardt, die Lehre von der Wiedererbsetzung in den vorigen Stand (Göttingen 1831), S. 516—520.

10) L. 10. §. 8. D. 27. 1.

11) Glossae iuris in Ottonis thes. iuris, tom. III. p. 1756: *κοντηνίως συνεχόμενῶς μὴ δεχομένη περικοπήν τινα*. Vergl. Haubold l. c. tom. I. p. 398.

12) L. 2. pr. D. quibus modis usufructus. (7. 4.)

Stellen der römischen Juristen, wo die Ausdrücke *continui dies*, *continui anni*, *continuum tempus* keine andere Deutung zulassen¹³⁾. Diese Zeitberechnung bildet in den römischen Rechtsquellen die Regel, und ist jedenfalls an den Stellen gemeint, in welchen von *continuatio temporis*¹⁴⁾, von einem *integer anniversarius annus*¹⁵⁾, oder von *tempus iuge* oder *iugiter computandum* die Rede ist¹⁶⁾. Ueber die Bedeutung des Ausdrucks *utiles dies, anni etc.* herrscht unter den neueren Rechtsgelehrten Streit. Darin ist man allerdings einig, daß in das *utile tempus* nur solche Tage eingerechnet werden, wo Jemand sein innerhalb einer gewissen Zeit ausübendes Recht geltend machen konnte, wozu vorausgesetzt wird, daß kein Hinderniß der Ausübung desselben und der Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung (*experiundi potestas*) entgegenstand, sei es in der Person des Berechtigten selbst, oder in Bezug auf den, gegen welchen das Recht zusteht, oder in Ansehung der Obrigkeit, unter deren Mitwirkung das Recht geltend zu machen ist¹⁷⁾. Allein die Art und Weise, wie diese Grundsätze im concreten Falle zur Anwendung gebracht werden sollen, w. d. sehr bezweifelt. Nach der gewöhnlichen Meinung unterscheidet man ein doppeltes *spatium utile*, eins in Beziehung auf den Anfangspunkt und den Verlauf der Frist, was die neueren Rechtsgelehrten gewöhnlich *spatium plene utile* nennen; das andere in Bezug auf den Anfangspunkt allein ohne alle Rücksicht auf den Verlauf, was die neueren Rechtsgelehrten *spatium utile ratione initii, ratione cursus continuum* nennen. Das erstere ist der Fall, wenn bei der Berechnung der Einzeltage, sowohl in Rücksicht des Anfangs als des Fortganges alle die Tage ausgeschlossen werden, wo der Berechtigte von seinem Rechte keinen Gebrauch machen konnte, sei es deshalb, weil er von demselben keine Kenntniß erhalten, oder, weil factische Hindernisse von der Geltendmachung desselben ihn abhielten, z. B. die für die Erbitung der *bonorum possessio* eingeräumte Frist¹⁸⁾. Ein *spatium utile ratione*

13) L. 7. D. *quemadmodum servitutes amitt.* (8. 6.) L. 6. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) L. 4. §. 5. D. *de statu liberis.* (40. 7.) L. 20. §. 6. L. 40. §. 2. D. *ibid.* L. 38. §. 3. D. *de liberali causa.* (40. 12.) L. 16. §. 3. D. *de publicanis et vectigalibus.* (39. 4.)

14) L. 7. pr. C. *de temporibus in integrum.* (2. 53.)

15) L. 4. C. *de susceptoribus.* (10. 70.)

16) L. 1. C. *de feriis.* (3. 12.) L. 22. C. *ad SC. Velleianum.* (4. 29.) L. 3. C. *de praescriptione XXX. vel XL. annorum.* (4. 39.) L. 14. C. *de fundis patrimonialibus.* (11. 61.)

17) L. 1. D. *de diversis temp. praesc.* (44. 3.) L. 6. D. *de calumniatoribus.* (3. 6.) L. 55. D. *de aedilicio edicto.* (21. 1.) L. 6. §. 14. D. *quae in fraudem creditorum.* (42. 8.) Der Name *utilis dies, mensis, annus etc.* hängt jedenfalls mit *uti* zusammen. Darauf deutet *utilitas temporis* in L. 1. §. 3. D. 38. 15., und die Analogie der *utiles actiones*, welche deshalb so genannt worden sind, weil sie eine Fiction in der Formula enthalten. An das Bindewort *ut, uti* darf man schon aus sprachlichen Gründen nicht denken.

18) L. 2. pr. D. 38. 15.: *Ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere.* L. 2. C. *qui admitt. ad bon. poss.* (6. 9.)

initii, ratione cursus continuum nimmt man in solchen Fällen an, in welchen die Zeitfrist erst von dem Momente an zu laufen fängt, wo der Berechtigte das ihm zuständige Recht erfahren hat, oder sonst ein Hinderniß für die Ausübung desselben weggefallen ist, aber von da an ununterbrochen fortgerechnet wird¹⁹). Allein, wenn schon Beispiele solcher Berechnung in den römischen Rechtsquellen vorkommen, so werden doch die Fristen, welche auf diese Weise berechnet werden, niemals in den römischen Rechtsquellen mit dem Beinamen *utilia tempora, utiles anni* etc. bezeichnet. Auch ist es ein Mißgriff, wenn man zur Unterstützung dieser Annahme sich auf die im älteren Rechte vorkommende Berechnung der Appellationsfrist berufen hat. Ferner kann man sich zu gleichem Zwecke nicht der Stellen bedienen, welche besagen, daß in manchen Fällen die Tage, an welchen der Kläger keine Bekanntschaft mit seinem Rechte hatte, nicht in den *utilis annus* eingerechnet werden, da hier nur so viel gesagt werden soll, daß an solchen Tagen keine *experundi potestas* anzunehmen sei²⁰). Endlich muß man sich vor dem argen Mißverständnisse mancher Rechtslehrer hüten, die Worte der römischen Rechtsquellen: *intra annum, quo experundi potestas fuit*, so zu erklären: der *annus utilis* laufe, nachdem man zu klagen im Stande sei. Vielmehr geht jener Ausdruck nicht auf den Anfang des *annus utilis* insbesondere, sondern auf dessen Berechnung überhaupt, und drückt weiter nichts aus, als daß ein *annus utilis* aus 365 solchen Tagen bestehe, an denen man wirklich klagen könne, mit Uebergang aller der Tage, an welchen man durch besondere Hindernisse vor Gericht aufzutreten verhindert sei. Beachtet man dies, so liegt es zu Tage, daß, wenn auch demjenigen *experundi potestas* abgesprochen wird, der sein Recht nicht kennt, dies nur den Sinn haben kann, daß Unkenntniß des Rechtes mit zu den Umständen gehörte, welche bei Berechnung des *annus utilis* den Ausfall gewisser Zeiten bewirken²¹). Manche neuere Juristen gehen noch weiter, und nehmen sogar noch ein *tempus ratione initii continuum, ratione cursus utile* für das Pandektenrecht an, indem sie behaupten, daß in manchen Fällen die gestattete Frist sich unmittelbar an das in Frage stehende Factum anschliesse und gleichwohl die Einzeltage der Frist nach den Grundsätzen der *dies utiles* berechnet würden. Allein diese Annahme fällt mit der oben erörterten wahren Bedeutung der *spatia utilia* zusammen, und es ist kein

19) Ulpianus, lib. 1. de appellationibus. L. 1. §. 7. D. quando appellandum (49. 4.): Dies autem istos, quibus appellandum est, ad aliquid utiles esse oratio Divi Marci voluit, si forte eius, a quo provocatur, copia non fuerit, ut ei libelli dentur. Der Ausdruck *ad aliquid utiles* (gewissermaßen *utiles*) bezieht sich auch hier nicht im Entferntesten auf den Anfangspunkt der Zeitfrist. Anderer Meinung ist Schilling, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des röm. Rechtes, Bd. 1, S. 322.

20) L. 2. pr. D. quis ordo in bon. poss. (38. 15.) L. 6. D. de calumniatoribus. (3. 6.) L. 55. D. 21. 1. Die Wahrheit der im Texte angenommenen Ansicht ergibt sich namentlich aus solchen Stellen, wo der *annus utilis, quo experundi potestas fuit*, sogleich an das nachtheilige Factum geknüpft wird. L. 42. §. 14. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.)

21) Vergl. Burchardi a. a. D. S. 518 fig.

Grund vorhanden, neben dieser noch andere Bedeutungen jenes Kunstausdrucks ohne hinreichende Beweise anzunehmen. Bei der Berechnung solcher Fristen fallen nach dem Pandektenrechte folgende Tage aus: 1) Alle, an welchen der Kläger wegen Unkenntniß seines Rechtes oder des factischen Umstandes, welcher ihm das Recht gewährt, sein Recht nicht verfolgen konnte²²). 2) Diejenigen, an welchen der Kläger durch äußere Begebenheiten gehindert wurde, sein Klagerrecht in Person geltend zu machen oder einem Andern zu dessen Geltendmachung gehörigen Auftrag zu ertheilen, z. B. wenn er in feindlicher Gefangenschaft sich befindet, oder im Gesängnisse gehalten, oder durch Sturm an einem bestimmten Orte gegen seinen Willen festgehalten, oder durch ein öffentliches Amt, was er bekleidet, gehindert wird²³). 3) Alle Tage, an welchen der Kläger durch die Abwesenheit des Beklagten oder dadurch, daß der letztere nicht durch hinreichende legitimirte Bevollmächtigte vertreten wird, außer Stand gesetzt ist, seine Ansprüche an ihn geltend machen²⁴). Dahin wird auch der Fall gerechnet, wenn der Beklagte appellirt, und während der Dauer des Appellationsprocesses die zur Anbringung des Rechtsmittels festgesetzte Zeit verstreicht²⁵). 4) Diejenigen, an welchen der Kläger sein Recht nicht geltend machen konnte, weil er keine Gelegenheit hatte, die betreffende Obrigkeit anzugehen (*oportiam praetoris non habuit*)²⁶), z. B. wenn Ferien *extra ordinem* angesagt wurden, oder der Prätor mit anderen Geschäften überhäuft war, so daß er dem Antrage des Klägers kein Gehör schenken konnte²⁷). Bei Berechnung der Appellationsfrist bezog man diese Mängelheit, die Obrigkeit anzugehen, nur auf die Fälle, wo der Magistrat in *publico* erschien, und es kam mithin die Zeit des Gerichteschlusses in Wegfall²⁸), und wo der Magistrat in seiner Privatwohnung sich befand, ohne Unterschied, ob diese in der Stadt oder auf dem Lande lag²⁹). Bei solchen Cognitionen, welche ein Decret verlangten oder eine *sessio pro tribunali* kamen natürlich auch diejenigen Tage in Wegfall, an welchen der Prätor nur *de plano* angegangen werden konnte³⁰), und selbst von den Sessionstagen wurden die ausgelassen, an welchen der Prätor sich nicht mit

22) L. 2. pr. D. 38. 15. L. 6. D. 3. 6. L. 55. D. 21. 1. Vergl. Burcharbi a. a. D. S. 518, Note 46. Daher das *didicisse* in L. 8. C. de dolo malo. (2. 21.) Rechtsirrtum entschuldigt freilich auch hier nicht. L. 1. §. 1. D. de iuris et facti ignorantia. (22. 6.) L. 10. D. de bon. poss. (37. 1.) L. 6. C. qui admitti ad bon. poss. (6. 9.)

23) L. 1. D. 44. 3. L. 20. pr. D. de minoribus XXV annis. (4. 4.) L. 2. pr. D. 38. 15. *verbis: aut non potuerit.* L. 11. §. 5. D. ad legem Iuliam de adulterio. (48. 5.) L. 15. pr. D. *ibid.* L. 15. u. 21. C. ad legem Iuliam de adulterio et stupro. (9. 9.) Vergl. Haubold l. c. p. 402.

24) L. 1. D. 44. 3.

25) L. 39. pr. D. de minoribus viginti quinque annis. (4. 4.)

26) L. 1. D. 44. 3. L. 26. §. 7. D. ex quibus causis maiores. (4. 6.) L. 1. §. 7—10. D. quando appellandum sit. (49. 4.) L. 6. C. 9. 9.

27) L. 2. §. 2. D. 38. 15. L. 26. §. 7. D. 4. 6.

28) L. 1. §. 8. D. 49. 4.

29) L. 1. §. 9. D. 49. 4.

30) L. 2. §. 1. D. 38. 15.

der Anhörung des Gesuches anderer Umstände halber besaffen konnte³¹⁾. Gewöhnliche Festtage, welche der Kläger hätte voraussehen können und müssen, werden in der Regel in die Frist mit eingerechnet³²⁾. — Was den geschichtlichen Ursprung dieser Berechnungsart anbelangt, so führen uns schon die Worte: *experiendi potestas*, welche damit in Verbindung gebracht werden³³⁾, auf das Edict hin. Auch bestätigt sich diese Vermuthung durch die uns erhaltenen Fragmente des prätorischen Edictes, in welchen die gedachten Worte häufig vorkommen³⁴⁾. Wahrscheinlich gab die kurze Verjährungsfrist der prätorischen Rechtsmittel dazu Veranlassung, das Jahr, für welches dieselben von Anfang an bestimmt waren, durch Interpretation auszudehnen, und nur die Tage, an welchen der Kläger sein Recht verfolgen konnte, in den Zeitraum einzurechnen. Ob die von den Pontifices besorgte Intercalation die erste Ursache davon gewesen sei, wie *Hauhold*³⁵⁾ annimmt, bleibt immerhin ungewiß. Aus dem prätorischen Edicte ging diese Berechnungsweise in das Edict der *aediles curules* über³⁶⁾; auch wurde sie durch die *lex Julia de adulteris sanctionis*³⁷⁾; endlich hat ein Senatsbeschluss, welcher auf Veranlassung einer *oratio* des *Marcus Aurelius* gemacht worden ist, einen Theil dieser Grundsätze auf die Berechnung der Appellationsfrist ausgedehnt³⁸⁾. — Daß für das Justinianische Recht die Berechnung der *utilia tempora* noch gelte, ergibt sich theils aus dem Verhältnisse der *Pandekten* und des *Coder* zur übrigen Gesetzgebung dieses Kaisers, theils daraus, daß der *annus utilis* für die Erbitung der *honorum possessio* noch in den *Institutionen* ausdrücklich bestätigt wird³⁹⁾, endlich auch daraus, daß sonst der Ausdruck *differentiam* in *L. 7. C. de tempor. in integr. rest.* (2. 53.) ganz müßig da stünde, wenn man mit *Manchen* annehmen wollte, daß der Kaiser in dieser Constitution jede Spur der *utilia tempora* auch außerhalb des Kreises der Wiedereröffnung in den vorigen Stand habe aufheben wollen. Gewöhnlich führt man zwar für diese Ansicht noch *L. 1. pr. C. de ann. exo. Ital. contr.* (7. 40.) an, allein es müßte erst bewiesen werden, daß die hier aufgehobene *annalis exceptio*, von der bemerkt wird, daß Einige sie bis zu zehn Jahren ausgedehnt hätten, wirklich mit den *temporibus utilibus* in Verbindung gestanden habe. Was die praktische Bedeutung des *utilis annus* für das heutzutage anwendbare röm. Recht betrifft, so versteht es sich von selbst, daß die oben erörter-

31) *L. 2. §. 2. D. 33. 15.*

32) *L. 26. §. 7. D. 4. 6. L. 2. D. 2. 12. L. 11. §. 6. D. 48. 5.*

33) *L. 1. D. 44. 8. L. 55. D. 21. 1. L. 6. §. 14. D. 42. 8.*

34) *L. 1. pr. D. 42. 8. L. 1. pr. D. quod vi aut clam. (43. 24.) L. 1. §. 1. D. ex quibus causis maiores. (4. 6.) L. 1. pr. D. uti possidetis. (43. 17.)*

35) *L. o. cap. II. p. 405.*

36) *L. 19. §. 6. D. 21. 1. L. 31. §. 22. L. 55. D. ibid. Sgl. Hauhold I. o. cap. VI. p. 429.*

37) *L. 11. §. 5 u. 6. D. 48. 5. L. 21. D. 9. 9.*

38) *L. 1. §. 7. D. 49. 4.*

39) *§. 4 u. 6. J. de bon. poss. (3. 10.) Sgl. Burchardi a. a. D. S. 511.*

ten Vorschriften noch heutzutage in Anwendung kommen, insofern sie mit unserem veränderten Gerichtswesen und dem gewöhnlichen Kalender nicht in Widerspruch treten. Bei dem Ausfall der Lage, an welcher keine Gerichtssitzung gehalten wird, oder der Magistrat nicht Zeit hat, sich mit dem Anliegen des Klägers zu beschäftigen, bedarf es des Beweises halber wohl nur des gerichtlichen Attestes; bei den Hindernissen aber, welche dem Kläger entweder aus seiner eigenen Person oder aus der des Beklagten bei der Geltendmachung seines Rechtes entgegenreten, darf die *expediendi potestas* nicht in Abrede gestellt werden, so lange diese Hindernisse nicht gehörig beseitigt sind.

In der römischen Bedeutung heißt dies in der Kunstsprache jede einem Rechtsgeschäfte hinzugefügte Zeitbestimmung⁴⁰⁾. Man unterscheidet in dieser Beziehung zwischen einem Anfangstermin (*dies* oder *terminus a quo* genannt), d. h. einem solchen Zeitpunkte, von dessen Eintritt der Anfang eines Rechtsgeschäftes abhängig gemacht wird, und darauf bezieht sich in den römischen Rechtsquellen der Ausdruck *ex die*⁴¹⁾, und einem Endtermin (*dies* oder *terminus ad quem* genannt), d. h. einem solchen, von dessen Eintritt das Wiederaufhören der Wirksamkeit eines Geschäftes abhängig gemacht ist, und diesen bezeichnen die römischen Juristen bald mit dem Kunstausdrucke *in diem*⁴²⁾, bald mit *ad diem*⁴³⁾.

Denkt man sich eine Zeitbestimmung als Anfang eines Rechtsgeschäftes, so tritt gewöhnlich der Fall ein, daß einzelne Rechte, welche sich aus dem Rechtsgeschäfte ergeben, sofort in Wirksamkeit treten, andere hingegen bis zum Eintritt des Zeittermins suspendirt bleiben. Die römischen Rechtsgelehrten unterscheiden in dieser Beziehung nicht allein bei letztwilligen Vermächtnissen, sondern auch bei Obligationen einen doppelten Anfangspunkt, den des Rechtsgeschäftes und den der Klage aus dem Rechtsgeschäfte⁴⁴⁾. Jenen bezeichnen sie mit dem Ausdruck *dies credit*, diesen durch *dies venit*. Von jenem machen sie die materielle Gültigkeit der Obligation abhängig (*incipere debere pecuniam*), von diesem die Befolgung derselben vor Gericht (*peti posse*)⁴⁵⁾. Von jenem datiren sie den Erwerb der Obligation als eines Vermögensstückes und den activen

40) Auch den römischen Rechtsquellen ist dieser Sprachgebrauch nicht unbekannt, da die Ausdrücke *in diem*, *in diem stipulatio fit* und *cum adiecto die stipulatio fit* in §. 2. *J. de verborum oblig.* (3. 16.) für identisch erklärt werden.

41) *Ex die incipit obligatio* in L. 44. §. 1. *D. de obligationibus et act.* (44. 7.)

42) *Ex in diem confertur obligatio* in L. 44. §. 1. *D. 44. 7.*, in *diem usufructus legatur* in L. un. §. 3. *D. quando dies usufructus legati.* (7. 8.)

43) *Ex hereditas ad diem non recte datur* in L. 34. *D. de hereditibus instituendis.* (28. 5.) *Eqi.* L. 44. §. 1. *D. 44. 7.*

44) L. 213. *D. de V. S.* (50. 16.) L. 21. *pr. D. quando dies leg.* (36. 2.)

45) L. 213. *D. 50. 16.* L. 21. *pr. D. 36. 2.* L. 44. §. 1. u. L. 46. *pr. D. 44. 7.* §. 2. *J. 3. 16.*

Uebergang auf die Erben ⁴⁶⁾; von diesem das Recht zur Mahnung ⁴⁷⁾ und jeder andern, wenn auch nur außergerichtlichen, Geltendmachung des Anspruchs ⁴⁸⁾. Jenen denken sie sich als Anfangspunkt der Obligation, diesen als Zahlungstermin ⁴⁹⁾. Mit diesen Ansichten hängen auch die weiteren Folgen zusammen, welche den noch nicht betagten Forderungen in den römischen Rechtsquellen zugeschrieben werden. Denn wenn schon der Zahlungstag derselben noch nicht gekommen, so steht es doch in der Willkür des Schuldners, auch vorher zu zahlen, sofern die Existenz des Terms nur sonst gewiß ist, und der Gläubiger ist nicht befugt, diese Zeitbestimmung zur Zurückweisung der früheren Zahlung für sich zu benutzen ⁵⁰⁾; ferner kann, was vor dem Eintritt des Terms gezahlt ist, nicht als ein Indebitum mit der *Conditionsklage* in Anspruch genommen werden, selbst dann nicht, wenn die Klage auch vor dem Eintritte des Terms angestellt wird ⁵¹⁾; auch ist zur Sicherung des Anspruchs, welcher aus einer noch nicht betagten Obligation entsteht, nicht allein eine Pfandbestellung ⁵²⁾, sondern auch eine Bürgschaft ⁵³⁾ möglich, und wenigstens von dem Pfande wird uns ausdrücklich berichtet, daß die aus demselben entstehende Klage schon vor dem Eintritte des Zahlungstages angestellt werden könne ⁵⁴⁾; eine *Novation* ist auch bei noch nicht betagten Verbindlichkeiten zulässig ⁵⁵⁾; ja sogar ein *Constitutum* kann über dieselben eingegangen werden, selbst in der Art, daß die Zahlung aus dem *Constitut* auf einen früheren Termin verlegt wird ⁵⁶⁾; endlich konnten dergleichen Forderungen auch bei der *deductio*, welche gegen den *honorum emptor* gebraucht wird, in Abrechnung gebracht werden, obschon sie weder im vorjustinianischen Rechte bei dem *cum compensatione agere* ⁵⁷⁾, noch im Justinianischen Rechte zur Begründung der *Compensationseinrede* benutzt werden können ⁵⁸⁾. Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich so viel als gewiß, daß, wenn schon die noch nicht betagten Forderungen mit den natür-

46) L. 3. u. L. 5. pr. D. 36. 2. L. 21. pr. D. *ibid.* Theoph. paraphr. inst. II. 20. §. 20. ed. Reitz tom. I. p. 454.

47) L. 49. §. 3. D. de verborum obligationibus. (45. 1.)

48) §. 2. J. 3. 16. L. 44. §. 1. D. 44. 7. L. 21. pr. D. 36. 2. L. 213. pr. D. 50. 16.

49) L. 38. §. 16. D. 45. 1. L. 70. D. 46. 3. L. 15. D. de annuis legatis. (33. 1.) L. 137. §. 2. D. 45. 1.

50) L. 17. D. 50. 17. L. 41. §. 1. D. 45. 1.

51) L. 10. L. 16. §. 1. u. L. 17. D. de conditione indebiti. (12. 6.)

52) L. 5. pr. D. de pignoribus et hypoth. (20. 1.) L. 14. pr. D. *ibidem*.

53) *Caius* inst. III. §. 124. L. 6. §. 2. D. de fideiuss. (46. 1.) L. 85. D. *indiciis*. (5. 1.) L. 50. pr. D. de *pecullo* (15. 1.), vrgl. mit L. 89. D. 45. 1.

54) L. 14. pr. D. 20. 1.

55) L. 5. D. de *novationibus*. (46. 2.)

56) L. 3. §. 2. D. de *constituta pecunia*. (13. 5.) L. 4. D. *ibid.* L. 2. pr. C. de *constituta pecunia*. (6. 18.)

57) *Caius*, inst. IV. §. 67.

58) L. 7. pr. D. de *compensat.* (16. 2.) L. 16. §. 1. D. *ibid.* Bei gestundeten Forderungen hat indeß die *Compensationsbefugniß* kein Bedenken. Vgl. L. 16. §. 1. D. *ibid.*

lichen Verbindlichkeiten viele Aehnlichkeit haben, welche sich namentlich darin zeigt, daß auch diese nicht auf dem Wege der Klage geltend gemacht werden können⁵⁹⁾, daß sie ferner zu größerer Sicherheit des Gläubigers eine Pfand-⁶⁰⁾ und Bürgenbestellung⁶¹⁾ zulassen, daß, wenn sie erfüllt werden, eine Rückforderung mit der Condictionsklage auch hier überall nicht möglich ist^{61a)}, und daß endlich auch sie zur Novation⁶²⁾ und zum Constitut⁶³⁾ benutzt werden können, — sie doch nicht mit denselben verwechselt werden dürfen, da die natürlichen Verbindlichkeiten das vor den nicht betagten Forderungen voraus haben, daß sie auch auf dem Wege der Einrede geltend gemacht werden können⁶⁴⁾, und mithin auch zur Begründung der Compensation tauglich erscheinen⁶⁵⁾. Auch wird es jetzt möglich sein, aus dem Gesagten die Unterschiede der noch nicht betagten Verbindlichkeiten, und derer, welche von einer Suspensivbedingung abhängen, zu entwickeln. Denn wenn schon diese letzteren das mit den ersteren gemeinsam haben, daß sie vor dem Eintritt der Bedingung weder auf dem Wege der Klage, noch auf dem der Einrede geltend gemacht werden können⁶⁶⁾, so geben sie doch dem Gläubiger bei weitem weniger Berechtigung, als die zuerst genannten, da die bedingten Verbindlichkeiten nach den Ansichten der römischen Rechtsgelehrten nur die Hoffnung enthalten, daß die Obligation einmal zu Stande kommen, und etwas aus derselben geschuldet werden werde⁶⁷⁾, und gerade nur diese Hoffnung, und nichts mehr und nichts minder, auf die Erben activ und passiv übertragen wird, wenn die contrahirenden Personen vor dem Eintritt der Suspensivbedingung sterben⁶⁸⁾. Mit dieser Ansicht hängt es zusammen, wenn die römischen Rechtsquellen dem, welcher den Betrag der Obligation vor dem Eintritt der Bedingung gezahlt hat, die Condictionsklage auf Rückgabe des Gezahlten gestatten⁶⁹⁾; die Pfandbestellung für die bedingte Verbindlichkeit nicht eher für wirksam erklären, als bis die Bedingung, von der sie abhängt, eingetreten ist⁷⁰⁾; eine Novation über eine bedingte Verbind-

59) Theoph. paraphr. inst. III. 20. §. 1. L. 94. §. 3. D. de solut. et lib. (46. 3.)

60) L. 5. pr. D. 20. 1. L. 14. §. 1. D. ibid.

61) Theoph. l. c. III. 20. §. 1. L. 6. §. 2. u. L. 7. D. 46. 1. L. 16. §. 3. D. ibid.

61a) L. 19. pr. D. 12. 6. L. 64. D. ibid. ; L. 6. §. 2. u. L. 7. D. 46. 1. Theoph. l. c. III. 20. §. 1.

62) L. 1. §. 1. D. de novationibus. (46. 2.)

63) L. 1. §. 7. D. de pecunia constituta. (18. 5.)

64) L. 94. §. 3. D. 46. 3. L. 8. §. 1. D. ratam rom. (46. 8.) L. 26. §. 9. D. 12. 6.

65) L. 6. D. de compensat. (16. 2.)

66) L. 213. pr. D. de V. S. (50. 16.)

67) §. 4. J. de verb. oblig. (3. 16.) Daher vor dem Eintritt der Bedingung von einem dies cedens der Obligation nicht die Rede sein kann. L. 213. pr. D. de V. S. (50. 16.)

68) §. 4. J. 3. 16. §. 25. J. de inutilibus stipulationibus. (3. 20.) L. 57. D. 45. 1.

69) L. 16. pr. D. de cond. indeb. (12. 6.)

70) L. 5. pr. D. de pignoribus et hypoth. (20. 1.)

lichkeit im Allgemeinen zwar für zulässig erklären, doch mit dem Zufage, daß die Novation erst von dem Augenblicke an, wo die Bedingung in Erfüllung geht, wirksam sei⁷¹⁾, und endlich ein über eine bedingte Verbindlichkeit eingegangenes Constitut nur unter der Voraussetzung, daß dieselbe in Erfüllung geht, und von dem Augenblicke an, wo dies geschieht, als gültig anerkennen⁷²⁾. Auch darf man das Nämliche unbedenklich für die Bürgschaft annehmen, welche über bedingte Obligationen eingegangen wird, da die römischen Rechtsquellen die Stellung von Bürgen für künftige Obligationen für zulässig erklären⁷³⁾.

Fragt man nach den Wirkungen, welche der Eintritt des Anfangstermins auf die von demselben abhängig gemachten Obligationen hat, so ist zunächst wieder zu unterscheiden zwischen einem gewissen Anfangstermin (*certus* oder *certa dies*), d. h. einem solchen, von welchem es schon im Voraus entschieden ist, daß und wenn er eintreten werde⁷⁴⁾, und zwischen einem ungewissen (*incertus* oder *incerta dies*), d. h. einem solchen, von dem man im Voraus nicht weiß, ob er jemals oder wenn er eintreten werde⁷⁵⁾. Die Wirkungen des bestimmten Anfangstermins auf die Obligationen, welchen er hinzugefügt ist, werden sich am besten detailliren lassen, wenn man zwischen seiner wesentlichen und zufälligen Bedeutung unterscheidet. Der wesentlichen Wirkungen gibt es nur zwei im römischen Rechte, nämlich 1) der Aufschub der Fälligkeit der Forderung bis zum Ablaufe der dadurch gesetzten Frist. Die ohne Hinzufügung eines solchen dies, pure eingegangene Obligation ist im Augenblicke ihrer Eingehung nach den Ansichten der römischen Rechtsgelehrten zugleich begründet und fällig (*dies cedit et venit*), und der Schuldner kann sogleich auf Erfüllung belangt werden (*peti potest, actio nata est*); der hinzugefügte Erfüllungstermin verschiebt aber, ohne die Eingehung der Obligation, den Erwerb der Forderung aufzuschieben (*dies cedit*), die Fälligkeit (*dies venit*), die Verbindlichkeit zur Zahlung, die Klagbarkeit bis zum Ablaufe der gesetzten Frist⁷⁶⁾. Damit hängt es zusammen, wenn in mehreren Pandektenstellen die Ansicht ausgesprochen wird, daß die Hinzufügung des Zeittermins lediglich den Nutzen des Schuldners be-

71) L. 8. §. 1. D. 46. 2. L. 14. §. 1. D. *ibid.*

72) L. 19. pr. D. de constituta pecunia. (13. 5.)

73) L. 6. §. 2. D. de fideiuss. (46. 1.) L. 4. pr. D. *ibid.* §. 1 u. 3. J. de fideiussoribus. (3. 21.) L. 35. D. de iudiciis et ubi quisque. (5. 21.) L. 50. pr. D. de peculio. (15. 1.)

74) Caius, inst. I. 186., II. 250., III. 124. Ulp. fr. 24. 31. L. 21. pr. D. quando dies legatorum. (36. 2.) L. 70. D. solutionibus. (46. 3.)

75) L. 16. §. 1. D. de cond. indeb. (12. 6.) L. 30. §. 4. D. de leg. I. (30.) L. 77. §. 10. D. de leg. II. (31.) L. 1. pr. D. de conditionibus et demonst. (35. 1.)

76) §. 2. J. 3. 16. L. 21. pr. D. quando dies leg. (36. 2.) L. 44. §. 1. D. 44. 7. L. 46. pr. D. de V. O. (45. 1.) L. 41. §. 1 u. 2. D. *ibid.* L. 213. D. de verborum signif. (50. 16.) Vergl. v. Schröder, über die Regel *dies interpellat pro homine*, in Ender's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 4, S. 137—140.

zweck⁷⁷⁾. Diese Klagbarkeit tritt aber nach unzweifelhaften Zeugnissen erst dann ein, wenn der letzte Termin des festgesetzten Zeittermines abgelaufen ist⁷⁸⁾. 2) Die Aestimation der geschuldeten Leistung richtet sich nach dem der Obligation hinzugefügten gewissen Zeitterminen⁷⁹⁾. — Die nur zufälligen Wirkungen des certus dies beruhen entweder auf besonderer Verabredung, oder auf specieller Verfügung der Gesetze zu Gunsten bestimmter Personen. Auf den zuerst angegebenen Grund lassen sich folgende Wirkungen zurückführen: daß, falls nach der Verabredung der Parteien von den später eingehenden Geldern Zinsen entrichtet werden sollen, diese Zinsen mit dem Ablauf des Zahlungstages zu laufen anfangen⁸⁰⁾; daß ferner, wenn der Vertrag nur mit Rücksicht auf die Erfüllung zu einer bestimmten Zeit geschlossen wird, z. B. falls ein Lieferungsvertrag vorliegt, dessen Erfüllung für den Gläubiger nur insofern Interesse hat, als sie genau zur festgesetzten Zeit erfolgt, der letztere theils an demselben nur dann gebunden ist, wenn die Leistung pünktlich erfolgt, theils im entgegengesetzten Falle die Klage auf das Interesse erhält⁸¹⁾; daß außerdem die Nachteile, welche aus der dem Kaufvertrage hinzugefügten *lex commissoria* für den Käufer zu fürchten sind, den letzteren schon dann treffen, wenn er die geschuldete Summe dem Verkäufer nicht am festgesetzten Termine angeboten hat⁸²⁾, und daß endlich die einem Geschäfte hinzugefügte Conventionalstrafe auch ohne vorhergehende Mahnung des Gläubigers schon dann fällig wird, wenn die versprochene Leistung an dem bestimmten Zahlungstage nicht erfolgt⁸³⁾. Auf specielle Verfügung der Gesetze zu Gunsten bestimmter Personen lassen sich folgende Wirkungen des gewissen Zahlungstermines zurückführen: daß bei Minderjährigen, welche eine von einem bestimmten Zahlungstermine abhängige Forderung haben, schon der Ablauf des Termines hinreicht, um die *mora ex re* zu ihren Gunsten zu begründen⁸⁴⁾; daß ferner, wenn die mit der Freiheit beschenkte *Scavin* vor der Freilassung geboren, und zwar nach dem Tage, wo die Freiheit fällig war, insofern eine *mora ex re* angenommen wird, als der Herr zur Freilassung des Partus gezwungen werden kann, während der Partus schon

77) L. 17. D. de R. I. (50. 17.) L. 41. §. 1. D. 45. 1. Auch das *tempus indicati* wird nur zu Gunsten des zur Zahlung verurtheilten Schuldners erklärt. L. 7. D. de re indicata. (42. 1.)

78) L. 42. D. 45. 1. L. 50. D. 44. 7. §. 2. J. 3. 16. §. 26. J. de *instilibus stipulat.* (3. 20.)

79) L. 11. D. 42. 1. L. 4. D. de cond. trit. (13. 3.) L. 59. D. 45. 1. L. 22. D. de rebus cred. (12. 1.) L. 12. §. 1. D. si quis cant. (2. 11.)

80) L. 17. §. 4. D. de usuris. (22. 1.) L. 12. D. ibid.

81) L. 10. C. de actionibus emti venditi. (4. 49.)

82) L. 4. §. 4. D. de lege commissoria. (18. 3.)

83) L. 23. D. 44. 7. L. 47. D. de act. empti. (19. 1.) L. 77. D. de verb. obligat. (45. 1.) L. 9. D. de naut. foen. (22. 2.) L. 21. §. 9. D. 4. 8. L. 9. pr. D. 22. 1. L. 23. pr. §. 1. 3. D. 4. 8. L. 12. C. de contrah. et committ. stipulatione. (8. 38.) — L. 9. §. 1. D. 22. 1. spricht von einer in die Form eines Zinsversprechens gekleideten Conventionalstrafe.

84) L. 5. C. de actionibus empti. (4. 49.) L. 3. C. ex quibus causis in integrum restitutio (2. 41.), vergl. mit L. 87. §. 1. D. de leg. II. (31.)

an und für sich als ingenuus betrachtet wird, wenn er nach dem Tage geboren ward, wo die Mutter bereits auf Freilassung interpellirt hatte⁸⁵), und daß endlich die Nachtheile, welche den Emphyteuticar treffen, falls er es unterläßt, den jährlichen Canen an den Grundherrn zu zahlen, oder aber die Quittungen über die Grundsteuern demselben auszuantworten, nach Justinian's specieller Verfügung auch ohne vorhergehende Mahnung des Grundherrn eintreten. — Der ungewisse Anfangstermin wird in der Regel nicht allein bei Obligationen⁸⁶), sondern auch bei letztwilligen Vermächtnissen⁸⁷) überall der Suspensivbedingung in seinen Wirkungen gleichgestellt, und dieß zeigt sich namentlich bei der vor dem Eintritt desselben geleisteten Zahlung. Denn diese gilt nach den Ansichten der römischen Rechtsgelehrten beim unbestimmten Anfangstermine für unwirksam⁸⁸), bei dem bestimmten hingegen hat sie die volle Wirkung der Liberation⁸⁹). Eine Ausnahme tritt dann ein, wenn der einer Obligation hinzugefügte Anfangstermin nur in Ansehung der Frage, wann er eintreten werde, ungewiß ist, z. B. der Todesstag eines Menschen, da auch hier die vor dem Eintritt des Zeittermines geleistete Zahlung zu keiner Zeit mit der Condition revocirt werden kann⁹⁰), und bei Legaten, welche auf die Todeszeit des Legatars gestellt werden, wird der hinzugefügte Zeittermin nur als Zahlungstag betrachtet, so daß das Legat schon vorher vom Legatar erworben und auf dessen Erben transmittirt wird⁹¹).

Von den Fällen, in welchen durch specielle Verabredung der Parteien zu dem Geschäfte ein Anfangstermin hinzugefügt wird, sind die zu trennen, in welchen ein Erfüllungstermin entweder stillschweigend zum Geschäfte hinzutritt, oder aber durch besondere Rücksicht des Gläubigers dem Schuldner gewährt wird. Das Erste findet statt, sobald ein entfernter Zahlungsort von den Parteien festgesetzt wird; denn dann muß dem Schuldner vor Anstellung der Klage wenigstens so viel Zeit gelassen werden, als er braucht, um von seinem jetzigen Aufenthaltsorte mit Bequemlichkeit an den Zahlungsort zu gelangen⁹²), um so mehr, da der Schuldner bei der Zahlung auch sonst nicht an die Minute gebunden ist⁹³). Das Letzte kommt bei den gestundeten Forderungen vor. Gerade hier würde es unbillig sein, wenn man die durch die Rücksicht des Gläubigers bewilligte Zeitfrist zu dessen Nachtheil benutzen wollte. Auch scheinen die römischen Rechtsquellen diese Ansicht zu bestätigen, da sie gestundete Forderungen als zur Compensationseinde tauglich anerkennen⁹⁴).

85) L. 26. §. 1. D. de fid. lib. (40. 5.) L. 53. pr. D. ibid.

86) L. 45. §. 3. D. 45. 1. L. 38. §. 16. D. ibid., vergl. mit L. 70. D. de solut. et lib. (46. 3.)

87) L. 75. D. 35. 1. L. 21. pr. D. 36. 2. L. 22. pr. D. ibid.

88) L. 38. §. 16. D. 45. 1.

89) L. 38. §. 16. D. 45. 1. L. 70. D. 46. 3.

90) L. 10. L. 16. pr. §. 1. u. L. 17. D. 12. 6.

91) L. 79. pr. D. 35. 1. L. 4. §. 1. D. 36. 2., vergl. mit L. 79. §. 1. D. 35. 1.

92) L. 2. §. 6. D. de eo, quod certo loco. (13. 4.) L. 137. §. 2. D.

45. 1. L. 73. pr. D. 45. 1.

93) L. 105. D. 45. 3. L. 21. §. 1. D. 13. 5.

94) L. 16. §. 1. D. de compensationibus. (16. 2.)

Den Endtermin anlangend, so ist es allgemein anerkannt, daß nicht allein bei Obligationen, sondern auch bei letztwilligen Verordnungen ohne Weiteres auf Erfüllung geklagt werden könne, wenn nur sonst das Geschäft von keiner Suspensionsbedingung oder einem Anfangstermine abhängig gemacht worden ist; ja die Verpflichtung, den Gegenstand der Obligation zu leisten, und die derselben entsprechende Berechtigung des Gläubigers dauert nach einer Subtilität des römischen Rechtes juristisch (*ipso iure*) auch noch nach dem Eintritt des Endtermines fort, sie wird aber factisch dadurch unwirksam gemacht, daß dem Schuldner nachher eine Einrede gegen die Klage des Gläubigers gestattet wird⁹⁵). Diese Einrede heißt in den römischen Rechtsquellen bald *exceptio pacti conventi*, bald *exceptio pacti*, bald *exceptio doli mali*, und gerade dieß deutet darauf, daß die Hinzufügung des Endtermines als eine besondere Verabredung der Parteien über die Wiederauflösung des von Anfang an gültigen Geschäftes betrachtet wurde, gerade wie dieß bei den Resolutivbedingungen der Fall war⁹⁶). Allein man blieb nicht allein bei den Obligationen stehen, sondern dehnte diese Grundsätze auch auf solche Rechte aus, welche das Merkmal der Dauer an sich tragen und ihrer Natur nach nicht vorübergehend sind. So bei der Eigenthumsübertragung⁹⁷), bei der Bestellung einer Dienstbarkeit⁹⁸) und bei der Ertheilung eines Legates⁹⁹). Vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes aus darf man wohl behaupten, daß diese Subtilität abgekommen sei, und mithin der Eintritt des Endtermines das ganze Recht schon *ipso iure* zerstöre. Zunächst wurde dieß in Betreff der Schenkungen und Contracte durch kaiserliche Constitutionen sanctionirt¹⁰⁰) und späterhin auch auf Legate und Fideicommissa übertragen¹⁰¹). So erklärt sich ganz einfach, wie in die Justinianischen Pandekten die allgemein sprechende L. 52. §. 3. D. de pactis (2. 14.) neben anderen Stellen, welche das ältere Recht enthalten, eingetragen werden konnte.

Manche Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen lassen weder einen Anfangstermin, noch einen Endtermin zu. Dahin gehören die sogenannten *actus legitimi* (s. diesen Art.), ferner die *legis actiones*¹⁰²), welche durch einen Befehl dieser Art vernichtet wurden¹⁰³). Auch die testament-

95) L. 56. §. 4. D. 45. 1. L. 44. §. 1. D. 44. 7. §. 3. J. de verbor. obligat. (3. 16.) Zu allgemein spricht L. 52. §. 3. D. de pactis. (2. 14.)

96) L. 2. D. de in diem addicione. (18. 2.) L. 3. D. de contr. empt. (18. 1.) L. 1. D. de lege commissoria. (18. 3.)

97) Fr. Vat. §. 283. L. 2. C. de donationibus, quae sub modo. (8. 55.) Vergl. Rudorff, das Recht der Vormundschaft, Th. 1, S. 294.

98) L. 4. pr. D. de servitutibus. (8. 1.)

99) L. 44. §. 1. D. 44. 7.

100) L. 2. C. 8. 55. L. 26. C. de legatis. (6. 37.) Vergl. L. 1. C. 8. 55.

101) L. 26. C. 6. 37. G. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 4, S. 455.

102) Fr. Vat. §. 318. Caius, inst. IV. 11.

103) Von den *actus legitimi* sprechen L. 77. D. de R. I. (50. 17.), Fr. Vat. §. 329, L. 4. D. de accipitatione (46. 4.), L. 6. §. 1. D. de tutelis

tatische Erbeinsetzung konnte weder bis zu einem Termine, noch von einem Termine an geschehen¹⁰⁴⁾, freilich mit dem Unterschiede, daß fehlerhafte Erbeinsetzungen der Art ohne Rücksicht auf den hinzugefügten Zeittermin aufrecht erhalten wurden.

Seimbach.

Dignität ist im Allgemeinen die durch persönliche, im Besonderen die durch amtliche Verhältnisse begründete Ehrerbietung¹⁾. Indem hier die Rücksicht auf das Amt als entscheidend betrachtet wird, verstehen wir unter Dignität eine vermöge desselben erlangte bevorzugte Anerkennung (Präminenz), sei es, daß dieselbe auf Rechten der Regierung beruht, oder mit einer bloßen Ehrenstelle verbunden ist. Beides erleidet eine Anwendung auf die Stellung von Personen im weltlichen (bürgerlichen) und religiösen (kirchlichen) Gebiete und erfordert demnach eine gesonderte Betrachtung.

Im Staate, als einer in bestimmter, wenn gleich verschiedener Verfassung geordneten Gesellschaft, haben außer dem Haupte, das sich im Besitze der höchsten Dignität (*maiestas*) befindet, auch alle verwaltenden Personen (Beamte) eine gewisse Dignität. Technisch wird diese aber nur Einzelnen als eigentlichen Würdenträgern beigelegt, worüber stets die besondere Verfassung entscheidet. So sind schon im römischen Reiche, besonders seit dem vierten Jahrhunderte, viele Hof- und Staatsbedienten *dignitates*²⁾, nicht minder später in Deutschland. Hier findet sich der Ausdruck *dignitas*, so wie das teutsche Wort *Würde* für den Kaiser und die Landesherren, als dem Curialstil entsprechend, lange im Gebrauche³⁾. Außerdem erscheinen als Dignitäten die aus den alten Antrustionen und Leudes hervorgegangenen ersten Hof- und Staatsbeamten⁴⁾, sowohl Geist-

(26. 1.), L. 51. §. 2. D. de acquirenda vel omittenda hereditate (29. 2.); von den *legis actiones* Fr. Vat. §. 318.

104) L. 34. D. de heredibus instit. (28. 5.) §. 9. J. de hered. instit. (2. 14.) Vgl. L. 88. D. 28. 5. L. 13. §. 1. D. de liberis et postumis. (28. 2.) L. 17. §. 10. D. de minoribus XXV annis. (4. 4.)

1) Man vergl. überhaupt die *Lexica* und *Glossare* s. v. *dignitas*. Die Rechtsquellen, mit denen wir es hier zu thun haben, brauchen den Ausdruck in mannigfachen Bedeutungen, die sich aber auf die persönliche oder amtliche Stellung zurückführen lassen. In jener Rücksicht ist er oft gleichbedeutend mit *honestas* überhaupt und bildet als *integra dignitas* den Gegensatz von *infamia*. M. f. z. B. L. 2. 3. §. 1. D. de testibus (22. 5.), u. a. c. 1. C. de infamibus (10. 57.); dann wird er auf das elterliche Verhältniß angewendet, indem es z. B. heißt: *patria dignitas, quaesita per adoptionem* (L. 13. D. de adoption. [1. 7.]). Amtlich vom Consul, Prätor u. s. w., Senator (vergl. Jac. Gothofredus, Paratitlon zum Cod. Theod. lib. VI. tit. II; Dirksen, *manuale latininitatis* s. h. v.).

2) Man vergl. besonders die bekannte *Notitia dignitatum utriusque imperii*, ed. nov. Böcking. (Bonn 1839, 1840), und den Anm. 1 cit. *Sac. Gothofredus*.

3) Viele Belege gibt Pfeffinger im *Vitruvianus illustratus* lib. I. tit. IV. pag. 385 sq.

4) Ueber diese f. m. Burt, Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnsrechtes, S. 239 fig.; v. Fürth, die Ministerialen (Göln 1836, 8.), 135 fig. Vergl. Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte, I. §. 25, b u. a.

liche als Weltliche (*sacerdotes atque proceres*), als Reichsstände⁵⁾. Sie bilden in ihrer weiteren Entwicklung zwei Classen, nämlich 1) die der Reichsfürsten und 2) die der Grafen und Herren (Herrenstand), aus Geistlichen und Laien bestehend. Sie sind als Landesherren, freie Prälaten und Herren der hohe Adel. Seit dem dreizehnten Jahrhunderte werden auch die Reichsstädte durch Rathsglieder auf dem Reichstage repräsentirt und seit dem funfzehnten Jahrhunderte bildeten dieselben drei Collegien, deren Mitglieder als Dignitäten zu betrachten sind. Analoge Verhältnisse wurden in den einzelnen Territorien durch die aus dem Einigungswesen hervorgehenden Landstände (Prälaten, Herren und Ritter) begründet, und wenn auch sowohl in Beziehung auf das Reich, als die teutschen Lande die späteren Ereignisse die wesentlichste Umgestaltung veranlaßt haben, so sind doch durch das Particularrecht, die besonderen Grundgesetze und Verfassungsurkunden in Betreff der Dignitarien Bestimmungen ergangen, wie sie den veränderten Staatseinrichtungen entsprechen. Vorzugsweise bezieht sich der Begriff der Dignität jetzt auf gewisse Hof-, Staats- und Kirchenchargen, welche in den Handbüchern über Hof und Staat der einzelnen Länder genau aufgeführt sind⁶⁾.

In selbstständiger Weise, wenn gleich in bestimmtem Zusammenhange mit den Staatseinrichtungen, haben sich die Grundsätze über die kirchlichen Dignitäten festgestellt⁷⁾.

Der Ausdruck *dignitas*, mit *praelatura*, *personatus*, *officium* oft gleichbedeutend gebraucht⁸⁾, kommt wie alle diese Prädicate in sehr verschiedenem Sinne vor. Im Allgemeinen liegt aber immer darin eine Prädeminenz, welche Folge eines kirchlichen Amtes ist. Jeder Geistliche, der sich in einem Kirchenamte (*officium ecclesiasticum*) befindet, hat eine kirchliche Gewalt (*maioritas*)⁹⁾ und insofern er dauernd ein Amt bekleidet, wird er *persona*, *praelatus*¹⁰⁾. Da aber das Kirchenamt ein höher-

5) Kunde, Abhandlung vom Ursprung der Reichsstandtschaft der Bischöfe und Aebte. Göttingen 1775, 4. Dazu vergl. man Eichhorn a. a. D. I. §. 121, 122.

6) W. f. im Allgemeinen die Artikel Dignitar und Dignität von v. Boffe, in Ersch und Gruber allgem. Encyclopädie, Sectio I, Th. 25, S. 191 fig. — Ein tieferes Eingehen in die bürgerlichen Rang- und Standesverhältnisse, insoweit sich gewisse rechtliche Folgen daraus herleiten lassen, konnte hier natürlich nicht beabsicht sein und muß in anderen Artikeln des Rechtslexikons erfolgen. W. f. darüber auch den Art. Beamte.

7) Vergl. Tit. X. III. 5. in VI. III. 4. Clem. III. 2. de praebendis et dignitatibus. — Van Espen, ius eccles. universum P. II. tit. XVIII. cap. II.

8) W. f. die speciellen Nachweisungen bei Gonzalez Tellez ad cap. 8. X. de rescriptis nr. 6 (T. I. p. 105), zum c. 6. X. de consuetudine nr. 8 (eod. p. 191), zum cap. ult. X. ut lito pendente nr. 3 (T. II. p. 308), zum cap. X. de praeb. et dignit. nr. 13 (T. III. p. 127) u. a. m. Höffensius erklärt daher unter Anderem in der Summe zum Tit. X. de praeb. et dignit.: *Dignitas est quaedam praeminentia in gradu, quae aliquando vocatur personatus.*

9) Tit. X. de maioritate et obedientia. (1. 33.)

10) Der *vicarius perpetuus*, nicht aber der *commendatarius* (*complementarius*), welcher *natus episcopi amovibilis* ist, gehört daher schon hierher und

res oder geringeres sein kann, so wird streng genommen nur derjenige *persona* oder *praelatus* genannt, welcher ein *officium maius* inne hat und dem deshalb eine *dignitas* zugesprochen wird.

Der Grund der *dignitas* in höherer Abstufung liegt in der katholischen Kirche zunächst in einem höheren *Ordo*, also überhaupt in der *hierarchia ordinis*¹¹⁾. Unter solchen, die einen gleichen *Ordo* haben, entscheidet der längere Besitz desselben¹²⁾ oder auch wohl die Rücksicht darauf, daß die *Ordination* von der apostolischen Kirche ertheilt ist¹³⁾. Außerdem und vorzugsweise hängt aber der kirchliche Rang von der Stellung ab, welche der Geistliche in der *hierarchia iurisdictionis* einnimmt. Wer eine *iurisdictione nomine proprio* ausübt, möge er dieselbe als ein ursprünglich selbstständiges Recht (*iurisdictione ordinaria*) oder auch erst durch Uebertragung (*iurisdictione extraordinaria* und *delegata*)¹⁴⁾ erlangt haben, hat im eigentlichen Sinne eine *Dignität* oder *Prälatur*.

Quellenmäßig und richtig unterscheidet *Benedict XIV.* in seiner Schrift *de synodo dioecessana* (lib. III. cap. 3. init.): *Dignitas, personatus et officium saepe promiscue accipiuntur, stricte tamen et iuxta iuris apices, distincta sunt beneficia. Dignitatem quippe obtinere dicitur, qui ratione beneficii, quod possidet, praeeminentiam habet, cum iurisdictione in foro externo, sicuti olim erat et alicubi etiam nunc est Archidiaconus: Personatum, qui solam praeeminentiam sine iurisdictione, uti Prior et Decanus: Officium, qui nec praeeminentiam, nec iurisdictionem, sed administrationem dumtaxat habet aliquarum rerum ad ecclesiam pertinentium, uti Sacrista et Thesaurarius. Hi omnes, lato quodam loquendi modo, dicuntur Praelati et ea propter, si sint de clero seculari, nec privilegio post Tridentinum impetrato ex-cusentur, tenentur Synodo Dioecessanae interesse.*

So richtig diese *Distinction* aber auch ist, so fehlt doch eine nähere Berücksichtigung des Hie und da abweichenden Sprachgebrauches und eine, freilich nicht beabsichtigte, hier aber nothwendig hinzuzufügende, Nachweisung der einzelnen in diese Kategorie gehörenden Kirchenämter.

Da zum Begriffe der *Dignität* wesentlich ein mit eigener *Jurisdiction* (*iurisdictione propria*) verbundenes Kirchenamt gehört, so besaßen ursprünglich diese Würde nur wirkliche *Diöcesanbischöfe*. Im Verlaufe der Zeit

wird auch von *Alexander III.* ausdrücklich *persona* genannt; cap. 8. X. de filiis presbyterorum (1. 17.), vergl. cap. 10. 11. 13. X. eod. — Wegen des Ausdrucks *praelatus* für jeden Pfarrer s. m. noch die bei *Gonzalez Tellez* ad cap. 3. X. de officio iudicis ord. (1. 31.) not. b (tom. I. p. 756) citirten Stellen.

11) Man vergl. statt vieler Stellen, in denen zugleich auf materielle Vortheile u. s. w., die mit dem höheren *Ordo* verbunden sind, hingewiesen wird, cap. 15. X. de mai. et obed. (1. 33.)

12) Cap. 1. X. de M. et O. (1. 23.)

13) Cap. 7. X. de M. et O. Dazu vergl. man *Gonzalez Tellez*, nr. 3 (T. I. p. 829).

14) Eine genauere Entwicklung der hier gebrauchten Begriffe wird in dem Art. von der geistlichen Gerichtsbarkeit erfolgen.

gelangten aber auch andere kirchliche Beamte zu einer nomine proprio geübten Jurisdiction oder wenigstens zu einem dignitatlichen Range, so daß man drei Classen von Dignitäten oder Prälaturen unterscheiden kann.

1) Dignitates pontificales oder praelaturae sensu proprio, die eigentlichen und ursprünglichen Prälaten¹⁵⁾, die Bischöfe, unter deren Begriff auch der Papst, Primaten und Erzbischöfe schon darum fallen, weil dieselben zugleich als Bischöfe eigener Diocesen erscheinen¹⁶⁾. Als Dignitäten gelten daher auch nicht bloße Wehnbischöfe und nur insofern Titularbischöfe, als diesen ausnahmsweise noch wirklich bischöfliche Jurisdictionen zustehen und sie auch nicht immer ohne alle Diocese sind¹⁷⁾.

II) Dignitates maiores oder praelaturae secundariae. Dazu gehören solche, denen wegen Verleihung von Jurisdictionen, wegen besonderer Privilegien, unvordenklichen Besitzes oder vermöge besonderer Observanz eine Dignität zu Theil geworden ist. Zu dieser Classe sind zu rechnen:

- 1) die Cardinale, welche ihrem Range nach aber unmittelbar auf den Papst folgen, und daher selbst den Primaten vorgehen¹⁸⁾;
- 2) Legaten und Nuntien des Papstes¹⁹⁾;
- 3) die früheren Archidiaconen und Archipresbyteren²⁰⁾, und insofern ihnen die erforderliche Gerichtsbarkeit zustand, auch die Präpöste Decane, Custoden, Scholaster der Domstifte²¹⁾;

15) Der Ausdruck praelatus findet sich im Texte des Decretes noch nicht, wohl aber kennt ihn Gratian, der ihn vorzugswelse vom Bischofe braucht: Non omnes praelati pro praelatis habentur; nomen enim non facit episcopum, sed vita (S. 7. post. c. 27. C. II. q. VII.). In einem weiteren Sinne hat Gratian (l. c. S. 5. 6) das Wort, wenn es heißt: Probatum, quod subditi praelatos suos accusare non possunt, etiam si religiosi fuerint.

16) Ordo episcoporum quadripartitus est, id est, in Patriarchis (— sicut est Romanus), Archiepiscopis, Metropolitanis atque Episcopis. C. 1. §. 1—3. dist. (Isidor. Etymol. c. a. 630).

17) E. Benedict. XIV. de synodo dioec. lib. II. cap. VII; vergl. Gonzalez Tellez ad cap. 7. §. 1. X. de electione nr. 10 in fin. (T. I. p. 252) u. X.

18) Cardinales, etiam episcopali careant caractere, ob eorum tamen officii ac dignitatis praestantiam episcopis praeferruntur, supra quos sedisse legitur in Concilio Lugdunensi I. etc. Benedict. XIV. de synodo lib. III. cap. X. E. Thomassin, vetus ac nova eccl. discipl. P. I. lib. II. cap. 113, 114; vergl. auch oben den Artikel Cardinal, Bb. II, S. 568, Anm. 6.

19) Ueber das Rangverhältniß derselben ist öfter gestritten worden. R. f. J. B. den interessanten Bericht in der Legatio apostolica Petri Aloysii Carraeae episcopi Tricariensis etc. (edd. Ginzel, Wirceburg. 1840, 8.) p. 88, 89, 100, 101.

20) Cap. 3. X. de officio iud. ord. (1. 31.) (Alexander III. a. 1170). Vergl. J. S. Böhmert zu diesen Stellen, cap. 1. X. de eo, qui furtive ordinem suscepit (S. 30.) (Alex. III. a. 1180). R. f. die Art. Archidiaconus und Archipresbyter oben Bb. I. — Entscheidend für das Bestehen der Dignität wurde, außer verschiedenen particularen Normen, besonders Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 3. 20. de reform.

21) In vielen teutschen Diocesen waren mit diesen Stiftsstellen zugleich Ar-

4) **Haupter von Stiftern, Klöstern, Ritterorden.** Diese waren zum Theil von der bischöflichen Gewalt erimirt (*praelati nullius dioeceseos*), hatten selbst bischöfliche Jurisdiction und Pontificalrechte (*ius episcopale seu dioecesanum vel quasi*), und sind, wenn gleich später im Verhältnisse zum Bischofe vielfach beschränkt, doch Dignitarien geblieben²²⁾.

III) **Dignitates** oder *praelaturae honorariae, personatus*, denen eine Præminenz allein, ohne Jurisdictionrechte zusieht. In diese Kategorie fallen jetzt besonders die unter Nr. II, 3, aufgeführten Beamten; doch lassen sich weniger allgemein die Dignitarien hier nachweisen, da vielmehr die besonders hergebrachten Rechte und Observanzen entscheidend sind. Hier kommt es daher auch besonders auf den Sprachgebrauch an, da, wie oben erinnert, die Ausdrücke *dignitas, persona, praelatus* eine engere und weitere Bedeutung haben, und aus den mit einem Amte verbundenen Vorrechten sich häufig erst entnehmen läßt, welche Bedeutung vorausgesetzt werden müsse. In Deutschland werden die erste oder die beiden ersten Stiftsstellen, die des Propstes und Decans, allgemein als Dignitäten²³⁾, die folgenden besonderen Ämter der Capitel als Personate betrachtet. Die Gewohnheit entscheidet, ob sie zugleich Dignitäten oder Präläten genannt werden²⁴⁾.

Die Rechte der Dignitarien gestalten sich mit Rücksicht auf die ange deuteten Stufen in kirchlicher und bürgerlicher Hinsicht verschieden. In jener sind besonders mannigfache Ehrenrechte auszuzeichnen, wie der Vorrang bei Feierlichkeiten, in Zusammenkünften u. s. w., eine ausgezeichnete Kleidung (die Infuln u. s. w.), die Incensation (Empfang mit Räucherwerk beim Eintritt in die Kirche) und dergl., worüber die Gewohnheit entscheidet²⁵⁾.

Die bürgerlichen Vorrechte haben für die zu den einzelnen Classen der Dignitäten gehörenden Präläten bedeutend gewechselt. So lange das teutsche Reich bestand, waren die *dignitates pontificales* meistens Landesherren, oder hatten wenigstens die Fürstenwürde. Dasselbe galt von den in der zweiten Classe erwähnten Hauptern der Klöster u. s. w., als gefürsteten Äbten und Präläten. Die übrigen Dignitarien, welche an der Reichsstandschaft Theil hatten, gehörten zu der Classe der Präläten und Herren (s. oben), so wie in den einzelnen Territorien zum landsässigen Präläten- und Herrenstande.

chibiaconate u. s. w. verbunden. Der Generalvicar hat keine *iurisdictio propria*, und ist daher nicht Dignität; m. s. Van Espen l. c. §. XII.

22) M. s. die genauere Ausführung oben im Art. *Bisthum*, Bd. II, S. 235 flg.

23) Bereits das wiener Concordat nennt dieselben in den Domstiftern: *dignitates maiores post pontificales*, und in den Collegiatstiftern: *dignitates principales*.

24) C. 6. X. de consuetud. (1. 4.); vergl. c. 8. X. de constitutionib. (1. 2.), c. 8. X. de rescriptis (1. 3.), c. 13. 28. X. de praebendis et dignit. (3. 5.) Ueber die Observanz in Belgien s. m. van Espen l. c. §. X. XI.

25) M. s. übrigens das Einzelne im Art. *Bischof, Decan* u. a.

In Beziehung auf das teutsche Reich standen obenan die drei geistlichen Kurfürsten, die Erzbischöfe von Mainz, Köln und Trier. Im Reichsfürstenrathe bildeten die Prälaten die geistliche Bank ²⁶⁾. In den einzelnen Reichslanden war die Verfassung abweichend, zumal in geistlichen und weltlichen Staaten. In jenen hatte häufig jedes Mitglied des Domstifts als dignitarius oder persona Sitz und Stimme auf dem Landtage ²⁷⁾.

Allgemeine Aenderungen erfolgten nach der großen Säkularisation im Anfange des jetzigen Jahrhunderts und den nach Auflösung des Reiches in den verschiedenen Territorien getroffenen neuen Einrichtungen. Die allgemeinen auf dem wiener Congresse gemachten Anträge in Betreff der Anerkennung der katholischen Bischöfe und Capitel als erste Landstände ²⁸⁾ fanden zwar keinen Eingang, doch wurde im Wesentlichen den gedaußerten Wünschen durch specielle Verordnungen und die Verfassungsurkunden späterhin entsprochen. In Oesterreich ist das ältere Verhältniß, nach welchem die Dignitaren der Capitel zu den Landständen der Provinz gehören, unverändert geblieben ²⁹⁾.

Der Fürstenstand ist nicht mehr schlechthin ein Annerum bischöflicher Stellen. Die fürstliche Würde kann indessen theils durch die Person des Bischofes selbst vermöge seines Geburtsranges mit einer Diocese verbunden sein, oder besonders höchstpersönlich oder auch allgemeiner an die Inhaber eines Bisthums geknüpft werden. So erhielt durch die Cabinetsordre des Königs von Preußen vom 4. October 1821 der Bischof von Münster, Freiherr v. Lüning, die fürstliche Würde. So der Bischof von Breslau u. A. Auch sind die Titulaturen genau in Preußen bestimmt. Das Prädicat Hochwürdigster, Gnaden ist allgemein zugestanden ³⁰⁾. Auch ist im Jahre 1839 der Fürstbischof von Breslau zum Mitgliede des Staatsrathes ernannt worden. Aehnliche Bestimmungen sind in Bayern durch das Edict vom 10. Jan. 1822, in Sachsen durch die Verordnung vom 5. April 1821 u. s. w. ergangen. Für die Prälaten der oberrheinischen Kirchenprovinz ist der Rang durch besondere Verordnungen bezeichnet ³¹⁾. Der Erzbischof von Freiburg steht in der ersten Rangklasse, unmittelbar nach den Ministern, und hat den Titel Excellenz.

26) Ueber die einzelnen Glieder und deren Verhältniß vergl. man J. J. Moser, von den teutschen Reichsständen u. s. w. 1767; Majer, teutsche Staatsconstitution (Hamburg 1800), Bb. I, §. 52 flg.; Bb. II, §. 284 flg.

27) R. s. z. B. von Hildesheim Majer a. a. D. Bb. II, S. 563.

28) Kläber, Uebersicht der diplomatischen Verhandlungen des wiener Congresses, S. 216.

29) Hofverordnung vom 7. Febr. 1787; vergl. Helfert, von den Rechten und Pflichten der Bischöfe u. s. w., Bb. I, S. 281.

30) Circ.-Rescr. vom 12. April 1832 (v. Kampff, Jahrbücher für die preuß. Gesetzgeb., Heft 78, S. 415, 416). Das Gesetz über die Rangordnung vom 7. Februar 1817 (Gesetzsamml. Jahrg. 1817, S. 61 flg.) schweigt über diese Verhältnisse. Indessen kann man annehmen, daß die Bischöfe den Rang der Oberpräsidenten haben, da für die evangelischen dies ausgesprochen worden ist (s. Rescript vom 9. Febr. 1816).

31) Logner, Darstellung der Rechtsverhältnisse der Bischöfe in der oberrhein. Kirchenprovinz (Tübingen 1840, 8.), S. 67—69, vergl. S. 489.

Außerdem sind die Bischöfe Mitglieder der Ständeversammlungen, bald der ersten ³²⁾, bald der zweiten Kammer ³³⁾. Auch für den Decan, Weihbischof, die Capitularen u. s. w. sind die dritte und folgenden Rangstufen bestimmt worden. Der der Amtszeit nach älteste Decan ist in Württemberg Mitglied der Kammer der Abgeordneten ³⁴⁾.

In der evangelischen Kirche hat sich in England und Schweden ein dem früheren analoges Verhältniß für die hohen Würden (Bischöfe, Dechanten, Archidiacone u. s. w.) erhalten. Abweichend wurde dasselbe dagegen in Deutschland, wenn gleich die höhere Geistlichkeit als Prälatenstand anerkannt blieb und einen entsprechenden Rang nach wie vor behauptet ³⁵⁾. Auch die Mitgliedschaft an den Ständeversammlungen ist den evangelischen Prälaten zugestanden (s. die obigen Cit.).

Zur Classe der Dignitäten (Prälaten) gehören theilweise auch die Universitäten, bald insofern dieselben zum Theil aus Instituten hervorgegangen sind, denen früher ein solcher Rang gebührte, bald insofern ihnen ausdrücklich in der Person ihrer Vorsteher eine derartige Würde beigelegt worden ist ³⁶⁾.

S. S. Jacobson.

Dimissorialbriefe sind nach dem Sprachgebrauche des canonischen Rechtes die Urkunden, in welchen ein Geistlicher zum Zwecke seines Ueberganges in einen anderen Sprengel, für immer und gänzlich (sogen. *dimiss. perpetuae*), oder in denen ein bestimmtes Individuum Behufs der in einer auswärtigen Diocese zu empfangenden Weihe nur auf Zeit und in dieser Beziehung aus dem Diocesanverbande entlassen wird (sogen. *dimiss. temporales*). Im weiteren Sinne werden jetzt darunter überhaupt die Urkunden verstanden, in denen ein Geistlicher auf die ihm rücksichtlich einer gewissen Person zustehenden Amtsverrichtungen zu Gunsten eines dritten Geistlichen Verzicht leistet.

A. Nach einer durchgreifenden Regel des älteren Kirchenrechtes wurden die Cleriker durch die Ordination dergestalt an den Dienst einer bestimmten Kirche gebunden, daß sie ohne Genehmigung des Bischofes weder selbst dieses Band lösen, noch von einem anderen Bischofe zum Dienst in seiner Diocese aufgenommen werden durften, eine Bestimmung, welche die älteren Rechtsquellen aus der zwischen dem Cleriker und der Kirche bestehenden geistigen Ehe zu erklären lieben ¹⁾. In vorkommenden Fällen

32) Im Großherzogthum Hessen (Verf.-Urk. Art. 52), Baden (Verf.-Urk. Art. 27).

33) Im Königreich Württemberg (Verf.-Urk. Art. 133), Großherz. Nassau (Verf.-Urk. Art. 22).

34) Verf.-Urk. Art. 136.

35) Ueber das Einzelne kann hier auf die Artikel Bischof und Capitel hingewiesen werden.

36) S. Klüber, öffentliches Recht a. a. O. §. 223, Nr. III; vergl. Weisse, de iure praelaturae Academiae Lipsiensis (Lips. 1819, 4.), auch in Einad. opuscula academica (Lips. 1829, 8.), P. I. nr. V.

1) Vergl. z. B. conc. Nic. c. 16. (c. 3. D. LXXI.); conc. Sard. c. 15. (c. 1. D. LXXI.); conc. Carth. III. c. 21. (c. 21. D. LXXII.) Innoc. I. ep. 2. (c. 2. D. LXXI.); Leo I. ep. 14. ed. Ball. (c. 1. C. XIX. qu. 2); conc. Chalc. c. 20. (c. 4. D. LXXI.).

sprach der Bischof die Entlassung eines Clerikers und die Ermächtigung desselben zum Uebertritt in eine andere Diöcese durch eine Urkunde aus²⁾, welche, eine Art der Formaten, schon im achten Jahrhundert mit dem technischen Namen der *litterae dimissoriae* belegt zu werden pflegte³⁾. Solche Zeugnisse sind noch jetzt in Uebung, wiewohl sie nicht mehr ausschließlich die Aufnahme der einer fremden Diöcese angehörenden Cleriker zu einer erlaubten machen, da diese nach den jetzt entwickelten Verhältnissen zugleich auch die Genehmigung der Staatsregierungen voraussetzt⁴⁾.

Von der zweiten Art der Dimissorien, welche sich nur auf die von einem anderen Bischof zu empfangende Ordination bezieht, besitzen wir einzelne, vielleicht schon in die Zeit der Ottonen fallende, Beispiele⁵⁾; durchgreifender Gebrauch sind sie jedoch erst geworden, seit der Grundsatz sich verloren hatte, daß mit der Ordination nothwendig zugleich die Widmung für den Dienst einer bestimmten Kirche verbunden werden müsse, also mit der Einführung der absoluten Ordinationen in die Disciplin der Kirche (s. d. Art. Ordination). Von dieser Zeit an bestimmte sich die Competenz des Bischofs nicht mehr wie früher darnach, daß ein Cleriker zuerst von ihm durch die Ordination an eine bestimmte Kirche geknüpft worden war, sondern nur nach der allgemeinen Rücksicht, daß ausschließlich der Bischof zu ordiniren berechtigt sei, der vermöge seiner bisherigen Verhältnisse zu dem Weichandidaten dessen persönliche Fähigkeit am besten zu beurtheilen vermöge. In dieser Weise hat sich denn auch die Gesetzgebung

2) Conc. Carth. I. c. 5. (c. 6. D. LXXI). — Vergl. Leon. I. ep. 13 (446): *Illud quoque... volumus custodiri, ut nullus episcopus alterius episcopi clericum sibi audeat vindicare sine illius ad quem pertinet cessatione, quam tamen evidentia scripta contineant.*

3) Conc. Rom. sub Zachar. (734) c. 11, bei Manai Coll. conc. XII. 382: *Interdicimus, ut nullus episcoporum audeat... alterius civitatis clericum sine dimissoriis sui episcopi suscipere vel ordinare.* Conc. Rom. sub Eugen. (826) c. 18 (c. 1. D. LXXII), vergl. auch conc. Trull. c. 17 (c. 2. C. XXI. qu. 2). — Beispiele bei Regino, ed. Wasserschleben I. 459. 451., von denen die letztere aus Burchard. II. 227. in das Decret übergegangen ist (c. 1. D. LXXIII), und bei Ballerini, de antiqu. can. coll. (Opp. Leonis M. T. III.) p. 142. — Ueber die Formaten selbst und die angeblich dem Concil von Nicäa eignende *Regula formatarum* vergl. die Baller. I. c. p. 451. Für Laien finden wir im alten Rechte die Nothwendigkeit einer Zustimmung des Diöcesanbischofs zu der von einem anderen Bischof zu ertheilenden Ordination nur einmal ausdrücklich ausgesprochen, in conc. Carth. I. c. 5: *Nec laicum usurpare sibi de plebe aliena ut eum ordinet sine conscientia eius episcopi cuius plebs est.* Im Decret c. 6. D. LXX. ist das Wort *ordinet* in *obtineat* verwandelt, was Eichhorn, K.-R. S. 475, zu der Behauptung Veranlassung gegeben hat, daß hier von der Ordination überhaupt nicht die Rede sei. Vergl. überhaupt *Lespèstres*, in der allgem. Encycl. von Ersch und Gruber s. v. Ordination, Bd. 5, S. 12, der 3. Abth.

4) Vergl. Helfert, von den Rechten und Pflichten der Bischöfe (Prag 1832), S. 89.

5) Vergl. die beiden von den Ballerini, I. c. p. 121, mitgetheilten Formaten. In der ersten heißt es ausdrücklich: *Hanc dimissoriam sive... formatam... emitimus, ut eum ad sacerdotii onus consecrare non dubitetis et nobis remittatis.*

ausgesprochen, welche unter bestimmten, im Art. Ordination anzuführenden, Voraussetzungen bekanntlich auch die Geburt und das Domicil in der Diocese, so wie die sogen. Familiarität neben dem Besiz eines Beneficiums als Momente ansieht, aus denen die Competenz zur Weihe sich ergibt⁶⁾. Allerdings kann nach der ganzen Auffassung der katholischen Kirche die Giltigkeit einer Ordination sich nicht nach diesen Momenten bedingen, vielmehr muß auch die von einem incompetenten Bischof erteilte Weihe gültig bleiben, da in ihr der in dem Episkopat fortströmende heilige Geist auf den Geweihten übergegangen ist; wohl aber betrachtet die Kirche eine solche Weihe als unerlaubt, und verknüpft mit ihr für den Ordinirenden wie für den Ordinirten bestimmte nachtheilige Folgen: für jenen eine einjährige Suspension des Weihrechtes, für diesen die Suspension des *illicite* empfangenen *Ordo* so lange, als der *episcopus proprius* ihm undiesfalls Dispens erteilt⁷⁾, bei höheren Ordines aber die Irregularität, sobald der Ordinirte bereits die durch den empfangenen *Ordo* verbundenen Functionen vollzogen hatte⁸⁾. Diesen nachtheiligen Wirkungen wird jedoch vorgebeugt, wenn der competente Bischof seine Zustimmung zu der von einem anderen Bischof zu vollziehenden Ordination in den Dimissorialien erteilt. Eine solche Erlaubniß wird bald für einen einzelnen *Ordo*, bald für alle Ordines, bald auf einen bestimmten Bischof, bald unbeschränkt als *facultas de promovendo a quocunque*, gewöhnlich auf eine bestimmte Zeit erteilt, und soll regelmäßig den Grund, weshalb der Aussteller nicht ordinire, enthalten⁹⁾, und mit einem Zeugnisse der Tüchtigkeit verbunden sein¹⁰⁾, wiewohl dem ordinirenden Bischof dadurch das Recht, sich durch erneuerte Prüfung von der Fähigkeit des Ordinandus zu überzeugen, nicht verkümmert werden soll. — Das Recht zur Ertheilung der Dimissorialien wurzelt in der Jurisdiction, weshalb es der Bischof ausübt, sobald er confirmirt, wenn schon noch nicht consecrirt ist. Die Capitel sind während des ersten Jahres der Vacanz nur dann durch den Capitelverweser Dimissorien zu ertheilen berechtigt, wenn es sich um Ertheilung des *Ordo* an einen Geistlichen handelt, der um eines bereits empfangenen, oder um eines ihm zu conferirenden Beneficiums willen seiner bedarf¹¹⁾; nach Verlauf des Jahres fällt jedoch mit der nunmehr (sede vacante impedita) eintretenden Erweiterung der Capitelrechte auch diese Beschränkung hinweg. Der bischöfliche Generalvicar ist nur dann zur Ertheilung ermächtigt, wenn entweder der Bischof ihn ausdrücklich dazu ermächtigte, oder sich in *remotis*, d. i. nach der Classe in einer Entfernung von mehr als zwei Tagereisen von der Diocese sich befindet¹²⁾. — Die sogen. *praelati cum iurisdictione quasi*

6) *Laspèyres a. a. D. §. 13* flg.

7) *C. 2. de temp. ord. in VI., conc. Trid. sess. XIV. c. 2. sess. XXIII. c. 8. de reform.*

8) *Laspèyres a. a. D. §. 16.*

9) *C. 1. de temp. ord. in VI., conc. Trid. sess. VII. c. 11. de ref.*

10) *Conc. Trid. sess. XXIII. c. 3. de ref.*

11) *Conc. Trid. sess. VII. c. 10.*

12) *C. 3. de temp. ord. in VI. mit der Gl.*

episcopali endlich, deren es in Deutschland nach den neueren Säkularisationen freilich nicht mehr gibt, sind seit dem Concil von Trient¹³⁾ zur Ertheilung der Dimissionen an Weltgeistliche jetzt eben so wenig mehr berechtigt, als die exemten Prälaten; vielmehr tritt im ersten Falle der nächste, im zweiten der Diöcesanbischof ein, sobald nicht ein nach dem trienter Concil ertheiltes Privilegium vorliegt¹⁴⁾. Die Regularen empfangen die Ordination auf die von ihrem Oberen ausgestellten Dimissionen von dem Bischof ihrer Diöcese; von einem anderen nur dann, wenn der Ordinarius entweder abwesend ist, oder die Ordination verweigert. Doch sind diejenigen Regularen hiervon ausgenommen, denen nach dem Concil von Trient namentlich das Privilegium ertheilt worden ist, von jedem katholischen Bischof sich weihen zu lassen¹⁵⁾.

B. In dem oben bezeichneten weiteren Sinne kommen die Dimissionen bei der Taufe, Confirmation, und namentlich bei der Copulation vor, womit das evangelische Kirchenrecht übereinstimmt. Ueber die in den neueren Streitigkeiten über die gemischten Ehen entstandene Frage nach der Verbindlichkeit der katholischen Geistlichen zur Ausstellung der Entlassscheine an solche Verlobte verschiedener Confession, welche die Erziehung aller Kinder im katholischen Glauben anzugeloben sich weigern, und denen deshalb die Copulation nach katholischem Ritus versagt wird, s. unten im Art. Ehen.

Wörter.

Disciplina (*disciplina*) begreift in rechtlicher Beziehung alle Einrichtungen zu Erhaltung guter Zucht. Disciplinarsachen sind daher alle, die Zucht über Untergebene, insonderheit die Schul-, Kirchen-, Militär- und Staatsdienertzucht angehenden Angelegenheiten, wodurch sich die Ausdrücke Disciplinaruntersuchung, -Verfahren, -Gesetze oder -Vorschriften, -Strafen u. s. w. von selbst erklären. Alles dieß kann aber nur ausgehen von der Disciplinargewalt, der Befugniß, Untergebene durch Strafen zu Beobachtung ihrer Schuldigkeit anzuhalten. Da die Erhaltung guter Zucht Sache der Administration, nicht der Justiz ist, so gilt es für den vorliegenden Zweck besonders der Aufgabe, die Grenzen genau zu bezeichnen, wo Disciplinarsachen in Justizsachen übergehen. Im Allgemeinen ist dieß der Fall, wenn durch die Disciplinarmassregel die begründeten Rechte des concurrirenden Subjectes angegriffen werden. Aber freilich ist dieser allgemeine Satz bei der Anwendung auf den einzelnen Fall vielerlei Deutungen ausgesetzt, — Deutungen, die um so gefährlicher sind, als die Mittel zur Erreichung des Zweckes der Disciplinargewalt für die seltensten Fälle im Voraus vorgeschrieben werden können, sondern dem vernünftigen und pflichtmäßigen Ermessen des Disciplinarberechtigten anheim gegeben werden müssen. Daher

13) Conc. Trid. sess. XXIII. c. 10.

14) Das Gegentheil behauptet Caspary a. a. D.; vergl. oben Benedict XIV. de synod. dioec. lib. II. c. 11.

15) De voti Instit. T. I. p. 255, Bened. XIV. const. Impositi, in Einsd. Ballar. (Venet. 1754), T. II. p. 109.

ist die Verstattung rechtlichen Gehöres gegen die Disciplinarverfügungen, so weit dieß nicht die Zwecke der Disciplinargewalt hindert, unerlässlich. Da die Administration bei Ausübung der Disciplinargewalt mit Bestrafung, wenn gleich nur in dem Charakter der Züchtigung, der Disciplinar-, nicht Criminalstrafen, es zu thun hat, z. B. bei Amtsvergehen, geringeren Ausschreitungen, Einsperrung solcher Menschen Behufs der Besserung, deren Lebenswandel im Falle der Fortsetzung größere Nachtheile hervorbringen könnte, der Trunkenbolde, Arbeitsscheuen, lüderlichen Dirnen, sogenannten Sträuner oder Stromer u. s. w., so muß das dießfallige Verfahren ein dem Criminalverfahren analoges und in der Weise geregelt sein, daß nicht unter dem Vorwande der Disciplinarverfügungen große Ungerechtigkeiten zu Schulden gebracht werden. Gewöhnlich werden diese Sachen summarisch behandelt, außer da, wo es schwerere Strafen, besonders der reinigenden Disciplin gilt (s. die Note 6), in welchem Falle das Verfahren sich dem solennen Criminalprozeße mehr nähert. Die Disciplinarstrafen aber dürfen, wie gedacht, keinen Falles in begründete Rechte eingreifen, müssen vielmehr so eingerichtet sein, daß sie ihren Zweck, Gewöhnung an Zucht und Ordnung, erreichen, daher bei ihnen besonders ein gewisses Fortschreiten von der niederen zur höheren Strafe zu beobachten ist. Häufig sind auch diese Gegenstände vor die neuerlich entstandene Administrativjustiz¹⁾ gezogen worden, um den Conflict der Justiz und Administration hierbei zu vermeiden. Im Allgemeinen haben für die Staaten, wo eine solche Einrichtung nicht besteht, die meisten und bedeutendsten Rechtslehrer²⁾ die Behauptung aufgestellt, daß wer bei Disciplinarsachen nicht nach dem Gesetze behandelt und dadurch in seinen Rechten getränkt zu sein glaube, bei der Justizbehörde deshalb klagen könne, und daß jede Disciplinarsache, ob sie gleich keine Appellation zulasse, doch, wenn Rechte dadurch verletzt würden, in eine Justizsache übergehe.

Conflicte zwischen den Justiz- und Disciplinarbehörden können schon bei der Schuzucht (*disciplina scholastica*), d. i. der Aufsicht über Lehrer und Schüler einer Schulanstalt, in Bezug auf Zucht und Ordnung, eintreten. Diese hört in der Regel da auf, wo eine Handlung zur Sprache kommt, die, auch außer den Schulverhältnissen, nach den Gesetzen des Landes, worin sich die Schule befindet, strafbar ist. Der Conflict wird am wenigsten bei großen Verbrechen stattfinden, da diese sich beim ersten Anblick als solche charakterisiren. Schwieriger ist es bei kleineren Vergehen. Weil indeß hier bei der durch die Jugend der strafbaren Subjecte veranlaßten geringeren Zurechnungsfähigkeit die Justiz mit schwierigeren Mitteln gewöhnlich auch zu keinem anderen Zwecke kommt, als die Schulbehörde, so werden häufig dergleichen kleinere Vergehungen dieser letzteren zur disciplinarischen Bestrafung überlassen. Häufiger stehen auch die Schulen unter solchen Behörden, die wenigstens bis zu einem gewissen Punkte die Strafsurisdiction haben, wie z. B. manche Consisto-

1) Vergl. den Art. Administrativjustiz, Bb. 1, S. 134 fig.

2) Pfeiffer, praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, Th. 3 (Hannover 1831), S. 404.

rien, Universitätsgerichte u. s. w. In diesen Fällen heben sich die Conflictte von selbst. Doch bietet die Sache immer mehr Schwierigkeiten, je ältere Schüler die Anstalt, ihrem Zwecke und ihrer Einrichtung nach, besuchen, daher die Universitätsdisciplin die bei weitem schwierigste ist. Die Militärdisciplin (*disciplina militaris*), d. i. die Handhabung der Zucht und Ordnung bei dem Militär, führt darum weniger zu Conflictten, weil der Soldat während des Dienstes in allen Strafsfällen der Militärgerichtsbarkeit unterworfen ist, sonach in der Hauptsache Disciplinar- und Justizsachen vor eine und dieselbe Behörde gehören³⁾. Inwiefern aber bei kleineren Disciplinarvergehen ein solcher Conflict möglich wäre, tritt er praktisch darum nicht ein, weil der Commandeur, dem die Administration zusteht, auch zugleich in der Regel Vorsitzender des Militärgerichtes ist. Verwickeltere Verhältnisse kommen vor, wo die beurlaubten Soldaten, nach den Gesetzen, rücksichtlich der allgemeinen Vergehen und Verbrechen (*delictorum communium*) unter der Civilobrigkeit stehen, doch pflegen auch durch dieselben Gesetze gewöhnlich die Grenzen angegeben zu sein, durch welche die Civiljustiz und die Militärdisciplin in diesen Fällen geschieden sind. Zu der Kirchenzucht (*disciplina clericalis*), d. i. der Aufsicht über die Kirchenglieder, besonders die Kirchendiener, rücksichtlich gottesdienstlicher und religionswibriger Handlungen und der Handhabung des Zwanges in dieser Beziehung, rechnet die katholische Kirche alle Angelegenheiten, welche die äußerlichen gottesdienstlichen Handlungen, Ceremonien, Feste, Feiertage u. s. w. angehen. Da die unbedingte Exemption der Geistlichen von der weltlichen Gerichtsbarkeit überall aufgehört hat, so sind den katholischen geistlichen Gerichten nur die Bestrafung der Amtsvergehen der Geistlichen und der Verletzung der geistlichen Standespflichten, ingleichen die bloß pro foro interno gehörigen Pönitenzen, als Disciplinarsachen, überlassen worden. Alle *delicta communia* aber gehören vor die weltliche Justiz, die nur, sobald sie einschreitet, der geistlichen Behörde davon Nachricht geben muß⁴⁾. Bei den protestantischen Kalen beschränkt sich die Disciplin auf Verhütung der Störungen des öffentlichen Cultus und Verfügung von Vermahnungen und Verweisen. So auch beim Mißgebrauch des Sacramentes des Abendmahles. Größere Strenge, selbst unter Zuhilfenahme des weltlichen Armes, findet beim Sacramente der Taufe statt. Die Verbrechen und Vergehen der Geistlichen gehören vor die weltliche Justiz, außer wo Consistorien sind, denen früher die Gerichtsbarkeit eben so wie den bischöflichen Officialen zustand, und die noch jetzt gewöhnlich die Untersuchung der Amtsvergehen und der Verletzung der Standespflichten haben, so weit diese in den Kreis der Disciplinarsachen gehören. Wie weit dieß sich aber erstreckt, dieß ist häufig sehr streitig und wird in der Regel nach denselben Grundsätzen beurtheilt, wie die Frage über die Grenzen

3) Berther, Anleitung zum allgemeinen Kriegsrichter, §. 342. Eudoviel, Anleitung zum Kriegsprozesse, Cap. 3, §. 11.

4) Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechtes, Bd. 2, Buch 4, Abschn. 2, Cap. 1, S. 106 fig.

der Disciplinargewalt der Regierung über die Staatsbeamten⁵⁾. Danach ist auch die Frage zu entscheiden, ob ein Geistlicher wegen Amtsvergehen ohne rechtliches Gehör seines Amtes entlassen oder entsetzt werden könne?

Am vielfachsten kommt die Justiz in den, den Staatsdienst betreffenden Disciplinarfachen in Conflict. In der Staatshoheit ist das Recht der Anordnung der Aemter, der Besetzung derselben und der Oberaufsicht über die Staatsdiener unbezweifelt begriffen. Daher ist auch das Recht der Ausübung der niederen, der correctiven Disciplin von Seiten der Regierung ohne Concurrrenz der Justiz ganz unzweifelhaft. Ob dies rücksichtlich der höheren, der reinigenden Disciplin geschehen könne, darüber sowie über die zur Vereinigung der rechtlichen und Disciplinarinteressen geschehenen Vorschläge ist sich bereits umständlich in dem Art. Amtsverbrechen ausgesprochen worden⁶⁾. Nur das bemerken wir noch, daß jeden Falles den Justizbehörden die Ausübung der Disciplinargewalt über die ihnen untergebenen Justizbeamten und über die vor ihnen verhandelnden Parteien, so weit solches zur Förderung der vor ihnen anhängigen Rechtsfachen und zur Erhaltung guter Zucht und Ordnung dabei nöthig ist, zusteht. Sie haben sich hierzu der sämmtlichen Disciplinarmittel, deren sich die Administrationsbehörde bedienen kann, zu bedienen⁷⁾.

In den Verhältnissen des bürgerlichen Privatlebens handelt es sich vorzüglich um die Disciplinargewalt der Eltern über ihre Kinder, der Lehrmeister über ihre Lehrlinge, der Herrschaft über das Gesinde. Die erstere gründet sich auf die Grundsätze über die väterliche Gewalt, und wir haben hier, nach der oben vorgezeichneten Grenze für den gegenwärtigen Artikel, nur so viel zu bemerken, daß sie keineswegs den Vater berechtigt, sich ohne Weiteres der öffentlichen Strafanstalten zu Vollziehung der von ihm beschlossenen disciplinarischen Züchtigungen zu bedienen, namentlich die Kinder in die öffentlichen Corrections- und Zuchthäuser bringen, durch die Gerichtsdiener nach seinem Ermessen körperlich züchtigen zu lassen u. s. w. Diese öffentlichen Strafvollziehungsmittel sind nur für Strafen bestimmt, die nach gesetzlichen Principien und nach vorausgegangenem gesetzlicher Untersuchung von der competenten Behörde erkannt sind. Gleiches tritt ein in dem Verhältnisse der Lehrherren zu den Lehrlingen. Den Ersteren gestattet schon das römische Recht ein Züchtigungsrecht⁸⁾; der Herrschaft gegen das Gesinde räumen nur die Observanz und hier und da das Particularrecht das Recht einer mäßigen Züchtigung ein⁹⁾. Wo aber diese in einem der drei Fälle überschritten wird, da wirkt die Justiz theils entschuldigend, theils bestrafend. Freilich ist die Frage, was eine mäßige Züchtigung sei? sehr schwer zu beantworten, da die Antwort:

5) Siehe dieß in dem Art. Amtsverbrechen und Amtsvergehen, *Wb.* 1, S. 223 flg.

6) *X. a. D.*, wo auch der Unterschied der beiden Arten der Disciplin näher auseinander gesetzt ist.

7) Siehe diese ebendas. S. 224 u. 225.

8) *L. 5. §. 3. D. ad leg. Aquil. (9. 2.) L. 13. §. 4. D. locati. (19. 2.)*

9) *Gluck*, *Pandectencommentar*, *Wb.* 2, §. 121, S. 156, §. 137 u. 138, S. 264; *Wb.* 10, §. 700, S. 320.

ſie wäre eine ſolche, deren Uebel nicht größer, als es die Erreichung des diſciplinariſchen Zweckes fordere, ſei, und den Grundſätzen der Humanität nicht widerſpreche — eben ſo wenig klare Maße für den einzelnen Fall gibt, als der Ausdruck „mäßige Züchtigung“ ſelbſt. Zu ängſtlich werden auch unſtreitig nach dem jetzigen Standpunkte unſerer Cultur die Rechte der väterlichen Gewalt berücksichtigt, wenn man noch jetzt das Einſchreiten gegen den Mißbrauch der letzteren von der Klage der Kinder oder ihrer Verwandten, alſo von Umſtänden abhängig machen will, die oft gerade in den Fällen der empörendſten Mißhandlungen nicht eintreten¹⁰⁾. Buddrus.

Dispensation¹⁾ iſt die für einen beſtimmten Fall gewährte Ausnahme von einer geſetzlichen Regel.

Es entspricht dem Weſen geſetzlicher Vorſchriften, daß ſie allgemein von Jedem, der in der Staatsverbindung lebt, befolgt werden. Damit dieß aber überhaupt möglich ſei, muß das Recht ſelbſt mit Rückſicht auf die Eigenthümlichkeit dieſes Staates, ſo wie auf die mannichfaltigen Verhältniſſe der Perſonen, Sachen, Zeiten u. ſ. w. verfaßt ſein, und ſo wird vorn herein ſich neben dem allgemeinen ein particulares Recht geltend machen, das für beſtimmte Kreiſe Norm der Entſcheidung bildet. Das gemeine ſowohl, als das particulare Recht ſetzt die gewöhnlichen und regelmäßigen Fälle des Lebens voraus, und will und kann nur für dieſe zur Anwendung gebracht werden. Ja das Geſetz vermag nicht einmal alle gewöhnlichen Fälle zu erſchöpfen, ſondern muß ſich damit begnügen, für dieſe das Princip aufzuſtellen und die Anwendung im Einzelnen dem Richter zu überlaſſen; um ſo weniger kann ein Geſetz im Voraus Beſtimmungen über ſolche Fälle treffen, welche als wahre Abnormitäten, als ſeltene und zufällige Ausnahmen ſich ereignen. Zu dieſen außerordentlichen und abnormen Fällen gehören beſonders diejenigen, welche zwar einem geſetzlich fixirten Princip ſich ſubſumiren laſſen, durch die Unterverordnung unter das Geſetz jedoch nur höchſt formal, nicht aber wahrhaft rechtlich entſchieden würden, oder bei welchen die Verwirklichung der geſetz-

10) Der Verf. iſt in dieſem Art., der Hauptſache nach, dem von ihm auch bearbeiteten Art. Diſciplinariſachen in der Erſch' und Gruber'schen Encyclopädie, Sect. 1, Bd. 26, S. 12 ſq., nachgegangen.

1) Mehrere kleinere Abhandlungen nennt Lipenius s. v. dispensatio, ſo wie J. H. Böhmer, diss. de sublimi principum ac statuum evangelicorum dispensandi iure in causis et negotiis tam sacris quam profanis, Halae 1722, 4. (wiederholt in J. H. Böhmer, exercitationes ad Pandectas, tom. I. exercit. XIII. p. 431—605), §. 1; vergl. mit Deſſelben diss. de Romana ecclesia matre indulgentissima, vor dem vierten Bande des ius ecclesiasticum Protestantium. — Petr. de Marca, de concordia sacerdotii et imperii, lib. III. cap. XIII—XV. Thomassin, vetus ac nova ecclesiae disciplina, P. II. lib. III. cap. XXIV—XXIX. — Die zahlreiche Literatur, welche bei Gelegenheit der Runtiatursfreitigkeiten im Jahre 1786 ſq. erſchien, iſt nachgewieſen von Klüber in der Fortſetzung von Pütter's Literat. des Staatsrechts, Bd. 4, S. 557 ſq. — Die neuſte hierher gehörige Abhandlung iſt von Mello Backer, diss. inaug. de dispensationibus, quae dicuntur, sive venia legis, in causis maxime iuris privati. Groningae 1830 (106 pag.) 8.

lichen Regel ein Resultat herbeiführen müßte, das der eigentlichen Absicht des Gesetzes widerspräche und Recht zum Unrecht machte. Eine höhere Nothwendigkeit gebietet daher in concreto eine Modification des Gesetzes, eine Abweichung von der Regel, ja eine Aufhebung des Gesetzes selbst, und diese nennen wir im Allgemeinen Dispensation. Der Ausdruck in diesem Sinne ist nicht echt römisch, obwohl in einem gewissen Zusammenhange mit der ursprünglichen Bedeutung, in welcher dispensare so viel heißt als distribuere, ministrare, verwalten. Die Dispensation bezieht sich daher auf eine gute, geregelte Verwaltung in verschiedenen Geschäftskreisen, insbesondere also auch auf die Handhabung der gesetzlichen Ordnung²⁾. So wie aber überhaupt derjenige ein guter Verwalter ist, welcher auf die Umstände, das Bedürfniß, den Nutzen u. s. w. achtend, von seiner gewöhnlichen Weise abweicht, so ist der ein rechter Verwalter des Gesetzes, welcher dasselbe mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles handhabt und den Umständen gemäß gar nicht anwendet.

Die Entbindung vom Gesetze für einen einzelnen Fall kann in verschiedener Art bewirkt werden. Sie kann sich nämlich auf die Befreiung von der gesetzlichen Vorschrift mit Rücksicht auf die Vergangenheit beziehen und die Aufhebung einer schon vorhandenen, juristisch begründeten Obligation in sich schließen, als Absolution (*indulgentia, remissio, relaxatio* etc.). Sie kann sich aber auch auf die Zukunft beziehen, indem die Vollziehung oder Unterlassung einer Handlung gestattet wird, welche sonst das Gesetz verboten oder respective vorgeschrieben hat, und wird dann Dispensation im eigentlichen Sinne.

Die Dispensation läßt sich aber auch von einem verschiedenen Standpunkte aus in ihrer ganzen Bedeutung würdigen: denn man kann sie als Gegenstand der eigentlichen Verwaltung (Administration) oder der Gerechtigkeitspflege (Justiz) betrachten. Jenes würde der Fall sein, wenn in der Dispensation eine bloße Modification des bestehenden Rechtes läge, obgleich selbst dann doch immer die Handhabung der Justiz als das wesentliche Moment erscheinen dürfte. Sicher wird es aber eine reine Rechtsache, wenn die wirkliche Aufhebung eines Gesetzes erfolgt, und dieß ist bei der Dispensation im eigentlichen Sinne der Fall, gleichviel ob sie Ausfluß der Gnade oder des Rechtes ist (*dispensatio gratiae, iustitiae*). Hiernach muß aber auch darüber entschieden werden, wem die Befugniß zu dispensiren schlechthin zustehet. Dem Richter würde man dieselbe nicht beilegen können, da dieser nur nach dem Gesetze zu urtheilen hat (*secundum leges, non de legibus iudicandum est*), wohl aber dem Gesetzgeber selbst, da nach der Bedeutung des Gesetzes nur derjenige, von welchem dasselbe ausgegangen ist, es auch auf legitimem Wege aufzuheben im Stande ist. Wenn dieß nun von dem Rechte zu dispensiren in abstracto, in thesi gilt, so kann freilich in concreto, in hypothesi

2) M. f. J. H. Böhm er ad c. 6. Can. I. qu. VII. Die Lesart *dispositio* in dieser Stelle, welche Böhm er verwirft, findet sich freilich in der *Collectio Hispana* und sonst; doch scheint *dispensatio* wohl gerechtfertigt werden zu können (s. Anm. 27).

auch ein Anderer, als der Gesetzgeber, die Befugniß zu dispensiren besitzen, nämlich der damit Beauftragte, oder dem sonst nach Herkommen dieses Recht zusteht.)

Diese kürzlich aus der Natur der Sache hergeleiteten Sätze haben wir nun in ihrer positiven Gestaltung näher zu erläutern. Wir werden uns im Wesentlichen dabei auf die Dispensation im eigentlichen Sinne beschränken, da die Absolution in ihrem ganzen Umfange als Entbindung von Strafe, und zwar von einer poena fori interni (Absolution im eigentlichen Sinne, Ablass) und poena fori externi (Begnadigung) bereits in anderen Artikeln (m. s. z. B. Begnadigung, Beichte, Buße u. a.) erläutert worden ist. Die Vorschriften über die Dispensation selbst gestalten sich aber mit Rücksicht auf die verschiedenen Quellen des gemeinen Rechtes, und besonders nach der Natur des Objectes eigenthümlich und abweichend.

Das römische Recht erkennt die allgemeine Verbindlichkeit der Gesetze an. So wie Papinian unter *lex* ein *communis praeceptum, communis reipublicae sponsio* versteht³⁾, erklärt Marcian nach Demosthenes *lex, cui omnes (πάντες ἀνθρώποι) obtemperare convenit*⁴⁾. Das allgemein zur Anwendung kommende Recht ist *ius commune, publicum* (i. e. quasi *populicum*)⁵⁾, das *particulare* Recht ist *ius singulare, necessitatis, utilitatis causa receptum*⁶⁾. An sich ist das *ius singulare* zwar eine Abweichung vom gemeinen Rechte, aber doch noch eine Regel für gewisse Personen, Sachen, Rechtsverhältnisse, daher *privilegium*⁷⁾. Wird aber das *ius singulare* eine concrete und individuelle Ausnahme, dann ist es ein *privilegium* im eigentlichen Sinne, eine *lex priva, hominibus privis irrogata*⁸⁾, *constitutio personalis*⁹⁾. In diese Kategorie fallen auch die Dispensationen¹⁰⁾.

Die Ertheilung solcher Privilegien und Dispensationen ist stets üblich gewesen¹¹⁾, und keineswegs kann aus der Vorschrift der zwölf Tafeln: *privilegia ne irrogantur*, auf das Gegentheil geschlossen werden, da die hier in Betracht kommenden Stellen¹²⁾, richtig gedeutet, sich auf Ent-

3) L. 1. D. de legibus. (1. 3.)

4) L. 2. D. de legibus.

5) Beide Ausdrücke finden sich daher auch neben einander. So in der *Novella Valentin. III. de episc. iudic. II. 35: Agant publicis legibus et iure communi.*

6) L. 16. D. de legibus. (1. 3.) L. 162. de. R. I. (50. 16.); vergl. L. 34. pr. D. mandati. (17. 1.)

7) S. *Brissonius* und *Dirksen* s. v. *privilegium*.

8) Vergl. *Mühlenbruch, doctrina Pandectarum, T. I. §. 49, 79 sq.; v. Savigny, System des heut. röm. Rechtes, Bd. 1, §. 16.*

9) L. 1. §. 2. D. de constit. principum (1. 4.); vergl. c. 4. C. Th. de itin. mund. (15. 3.)

10) S. *Glück's ausführliche Erläuterung der Pandekten, Bd. 1, §. 98, und die cit. Stellen.*

11) Vergl. *Dirksen, über die Behörden, welche im römischen Reiche Privilegien ertheilten; in den civilistischen Abhandlungen (Berlin 1820, 8.), Bd. 1, Nr. IV, S. 242 flg.; Baeker, diss. cit. cap. II.*

12) *Cicero, de legibus lib. III. cap. 19: Maiores — in privos homines*

scheidungen beziehen, die zwar in gesetzlicher Form, aber ohne vorgängige rechtliche Untersuchung erlassen werden. Die Gewährung von Privilegien und Dispensationen, als Sache der Gesetzgebung, erfolgte durch diejenigen Organe, denen die Gesetzgebung selbst gebührte, also durch den Senat, die Cornicien der Curien, Centurien und Tribus, so wie durch die städtischen Corporationen, namentlich durch die mit Autonomie versehenen Communen. Alle diese Behörden bewegten sich aber in bestimmten Grenzen und durften nicht in das Cognitionrecht einer anderen eingreifen, so daß sogar der Senat nicht von den Gesetzen des Volkes entbinden konnte. Da die Magistratus verfassungsmäßig keine gesetzgebende Gewalt besaßen, stand ihnen auch nicht das Dispensationsrecht zu¹³⁾. Mit dem Untergange der freien Verfassung maßen sich die Usurpatoren dieses Recht an. Berücksichtigt man nun, in welcher Weise nach und nach der Kaiser das Hauptorgan der Legislation wurde, so kann es nicht auffallen, daß er es später vorzugsweise war, welcher dispensirte, ja daß endlich er allein die Competenz für sich in Anspruch nahm. Hinsichtlich der Gegenstände, bei welchen der Kaiser, als der eigentliche Gesetzgeber, von seinem Rechte Gebrauch machte, gab es keine Beschränkung: denn während in früherer Zeit das Priestercollegium in Angelegenheiten des Cultus dispensirte¹⁴⁾, und zwar selbstständig, insoweit nicht ein civiles Object die Einwirkung der weltlichen Behörde erforderte¹⁵⁾, konnte später der Kaiser als Pontifex Maximus auch in religiösen Verhältnissen privilegiren und dispensiren. Insbesondere legte er sich selbst auch das Recht bei, in Ehesachen Dispensen zu ertheilen¹⁶⁾.

Seit der Scheidung des Staates und der Kirche, und der Reception dieser im römischen Reiche mußten freilich zum Theil andere Grundsätze eintreten; doch blieb in bürgerlichen Angelegenheiten das Recht des Staatsoberhauptes schlechthin anerkannt. Dieses Recht fiel daher auch in Deutschland dem Könige und Kaiser, den regierenden Fürsten (Landesherrn), Grafen, Herren und freien Corporationen zu, überall natürlich in den Grenzen der zustehenden Cognition, über welche hinaus überhaupt keine Anordnung gesetzlicher Art wirksam getroffen werden kann, so daß sehr richtig J. H. W ö h m e r bemerkt¹⁷⁾: *Potestas ferendi leges est etiam mensura potestatis dispensandi*. Daher wird auch jetzt mit Rücksicht auf die Verfassung und die besonderen Constitutionen die Mitwirkung der Minister oder der Landstände in einzelnen Fällen erforderlich¹⁸⁾. Da wo

leges ferri noluerunt, id est enim privilegium; vergl. *pro domo* cap. 17. Gellius, noct. Att. lib. X. cap. 20. — Cicero, *de legibus* lib. III. cap. 4. — Dirksen a. a. D. S. 246 ff.

13) Dirksen a. a. D. S. 271 ff.

14) M. f. g. B. Gellius, noct. Att. lib. I. cap. 12. lib. X. cap. 15. u. a. m.

15) Dirksen a. a. D. S. 270, Anm. 73a, S. 288, Anm. 138, S. 304, Anm. 230.

16) C. 7. C. de interdicto matrim. (5. 6.) (Dioclet. et Maxim.): *Divino impetrato beneficio. in matrimonio collocare* (vergl. Anm. 22).

17) *Diss. de sublimi principi cit.*, sectio II. cap. I. §. V.

18) M. f. Klüber, *öffentl. Recht des deutschen Bundes*, §. 399, Nr. III, und vergl. g. B. sächs. Verf.-Urt. Art. 43.

ein Regent durchaus unbeschränkter Monarch ist, wird die Ertheilung von Dispensationen den Umständen nach eine reine, bloß von ihm abhängige Gewissenssache. Insofern er selbst sich vom Gesetze entbinden wollte, und zwar in einem Falle, in welchem sonst Erlass nicht stattzufinden pflegt (in einem solchen würde er sich unbedenklich vom Gesetze gelöst betrachten können), würde es darauf ankommen, ob sich für die zu statuirende Ausnahme genügende Gründe zur Rechtfertigung ermitteln lassen. Der Regent würde daher verpflichtet sein, sich von denen, welche für die vorliegende Angelegenheit präsumtive die höchste Intelligenz besitzen, ein Gutachten ertheilen zu lassen, und von demselben nicht abzuweichen, damit nicht die allgemeine Stimme des Volkes sich über ihn mißbilligend äußere¹⁹⁾: denn Voraussetzung für jede Dispensation ist eine *iusta causa*, ein besonderer Nutzen oder eine Nothwendigkeit, und zwar mit der Beschränkung, daß dadurch weder die Religion und die guten Sitten, noch der Staat, die Kirche, dritte Personen, oder überhaupt wohlbegründete Rechtsverhältnisse verletzt werden. Auch hierüber enthält bereits das römische Recht mannigfache Bestimmungen²⁰⁾, welche durch die spätere Gesetzgebung, besonders das canonische Recht im Einzelnen weiter ausgeführt worden sind (vergl. unten).

Da eine Dispensation stets eine Ausnahme von der Regel bildet, so ist sie überhaupt nicht auszudehnen und stricte zu interpretiren²¹⁾. Wenn nun Javolenus den Ausspruch thut: *beneficium imperatoris, quod a divina scilicet eius indulgentia proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus*²²⁾, so sind diese Worte richtig verstanden nicht dagegen: denn es liegt darin nichts weiter als: Dispensationen sind so zu deuten, daß auch wirklich die bei Ertheilung derselben vom Regenten beabsichtigte Gunst vollständig in Vollzug gebracht werde. Von dieser Ansicht, welche mit Anderen bereits J. H. Böhm er²³⁾ vertheidigt hat, gehen auch neuere Gesetzgebungen aus, wie denn z. B. das preussische Landrecht²⁴⁾ vorschreibt, daß Privilegien und Freiheiten so zu deuten sind, daß die wohlthätige Absicht des Gebers dabei nicht verfehlt oder veretlet werde u. s. w.

19) Vergl. Heffter, die Erbfolgerechte der Mantelkinder u. s. w. (Berlin 1836, 8.), S. 123 fig., und die daselbst cit. Lit.

20) Des Beispiels wegen mag auf folgende Titel des Godes hingewiesen werden: I. 19. de precibus imperatori offerendis, I. 22. si contra ius vel utilitatem publicam, vel per mendacium aliquid fuerit postulatum vel impetratum u. a. m.

21) R. vergl. §. 6. J. de iure nat. (1. 2.): *Constitutiones personales. non ad exemplum trahuntur.* L. 1. §. 2. D. de constit. principum (1. 4.), vergl. L. 13 sq. D. de legibus. (1. 3.)

22) L. 8. D. de constit. princ. (1. 4.)

23) Diss. de finibus privilegiorum cap. II. §. IX. (in den Exorcitationes ad Pandectas tom. I. p. 629) wo es heißt: *Ita merito privilegium accipiendum, ne inutile evadat, sed ut effectum plenum, quem legislator intendit, habeat, et ut aliquid singulare a iure communi concedat; hoc enim ipso plenum accipit effectum, quem legislator intendit.*

24) Einleit. §. 55, vergl. §. 46 fig.

Die Wirkung im Einzelnen selbst ergibt sich natürlich stets aus dem concreten Falle und den im gemeinen und particularen Rechte für die besonderen Institute aufgestellten Grundsätzen²⁵).

Von der höchsten Bedeutung in der ganzen Lehre von Dispensationen wird der Unterschied des Objectes. Während der Landesherr überhaupt über bürgerliche Verhältnisse Gesetze gibt, und daher auch von denselben dispensirt, kann er auf kirchliche Gegenstände nur so weit einwirken, als diese civilrechtliche Momente enthalten, also den Staat selbst mit berühren, während rein kirchliche Angelegenheiten der Cognition der Kirche überlassen sein müssen. Die Grenzen zwischen *causae saeculares*, *ecclesiasticae* und *mixtae* haben gewechselt, und sind hier nur für einige wichtigere Anwendungen zu berücksichtigen²⁶), da es in der Hauptsache nur auf die Handhabung der Disciplin selbst bei dieser Betrachtung ankommen kann. Um die jetzige Praxis zu erläutern, sind wir genöthigt, den geschichtlichen Entwicklungsgang der kirchlichen Dispensen zu verfolgen.

Das kirchliche Leben beruhte anfangs auf der Freiheit des Evangeliums, welche durch die Tradition und Sitte, später auch durch besondere Gesetze näher bestimmt und dann mannigfach beschränkt wurde. Wer gegen eine bestehende Vorschrift gefehlt, konnte erst nach genügender Reue und Besserung mit der Kirche versöhnt werden, indem er von den weiteren Nachtheilen des Gesetzes befreit oder absolvirt wurde. Dieß entsprach der christlichen Milde, *συγγνώμη*, *συμπάθεια*, *φιλανθρωπία* oder *οίκονομία*, was die lateinischen Väter durch *remissio*, *venia*, *clementia*, *miseratio*, *dispensatio* übertrugen. Der Ausdruck *dispensatio* entspricht ganz dem griechischen *οίκονομία* in dem Sinne, wie derselbe schon oben (s. Anm. 2) zu deuten versucht worden²⁷). Es bestand also die Dispensation in der Absolution von den weiteren Folgen einer bereits geschehenen Gesetzesübertretung, und war somit eine *dispensatio post factum*, in *praeteritum*. Die Ertheilung erfolgte durch den Bischof, worüber schon früh der Gebrauch entschied²⁸), der auch später anerkannt wurde²⁹), oder den Umständen nach durch die Provinzialsynode³⁰). Insbesondere lernen wir die Praxis der älteren Kirche aus den uns erhaltenen Beispielen der Hauptbibel des Decrets kennen, da die Bischöfe

25) Ueber Anwendungen bei Ertheilung der *venia aetatis*, bei Legitimationen, Adoptionen u. v. a. vergl. man J. H. Böhmer, *diss. de sublimi princip. etc.*, sect. II. cap. I. (p. 542 sq.)

26) Das Speciellere wird in dem Art. geistliche Gerichtsbarkeit erörtert werden.

27) Vergl. Suicer, *thesauris eccl. s. v. οίκονομία*. de Marca l. c. lib. III. cap. XIII. §. 1.

28) Jo. Jung, *facta dispensationum episcopaliū historica ex tribus primis saeculis collecta*. Mogunt. 1787, 4.

29) C. 2 sq. Conc. Ancyrae a. 314 (c. 82. dist. L). c. 12. Conc. Nicænae a. 325 (c. 9. C. XXVI. qu. VI.).

30) Conc. Ancyrae cit. (c. 82. §. 6. dist. L). — Athanasius, *epist. ad Rufin.* (de Marca cit. §. IV). S. Thomassin l. c. cap. XXIV. nr. 14. cap. XXV. in fin.

von Rom sich genau an die vorhandenen Satzungen banden, und ein Muster für die übrigen Kirchen des Occidents und zum Theil auch des Orients bildeten. Daraus ergibt sich, daß eine Uebertretung der Gesetze im Voraus zu bewilligen unstatthaft war, denn: *priora dimittenda dico Dei iudicio et de reliquo maxima sollicitudine praecavendum... Remittenda haec putamus, sed ne deinceps similia committantur, ut tantae usurpationi saltem nunc finis necessarius imponatur.* So Innocenz I.³¹⁾, dessen Nachfolger Zosimus sich gleichmäßig und bestimmt darüber äußerte: *Contra statuta patrum concedere vel mutare ne huius quidem sedis possit auctoritas*³²⁾, und wiederholt Leo I.³³⁾. Die Absolution selbst wurde erteilt, wenn sich Gründe dazu ergaben, eine Nothwendigkeit, bedingt durch Zeitumstände, Verhältnisse der Person, besonders die Rücksicht auf jugendliches Alter, wenn zugleich wegen der Menge derer, die gegen ein Gesetz gehandelt, eine zu weit greifende Bestrafung bewirkt würde u. s. w.³⁴⁾ *Nullatenus mutilanda sunt, sagt Gelasius, quae nec ulla necessitas, nec ecclesiastica prorsus extorquet utilitas*³⁵⁾. Man nahm den Conflict zweier Uebel an und erklärte: *id debemus resolvere, quod minori nexu noscitur obligare*³⁶⁾.

Die Anfangs am häufigsten vorkommenden Fälle bezogen sich auf Ordinationen und Beneficialverhältnisse, bei denen aber eigentlich schon im Voraus mitunter eine Abweichung von der Strenge des Gesetzes statuiert wurde. Dies geschah besonders bei Translationen der Bischöfe, welche im Allgemeinen verboten waren, deren Zulässigkeit aber unter bestimmten Voraussetzungen anerkannt wurde, worüber die Synode zu entscheiden hatte³⁷⁾. Hierüber bemerkt nun Petrus de Marca³⁸⁾, daß Translationen eigentlich nicht Dispensationen, sondern Interpretationen der Kirchengesetze seien, da die Gesetze nur freiwilligen Wechsel geistlicher Stellen verbieten, nicht aber eine Veränderung, welche nach vorhergegangener Untersuchung bestimmt wurde. Nur die *μετάθεσις*, nicht die *μετάθεσις* ist verboten. Dieser Deutung kann man unbedenklich beitreten³⁹⁾, und daher die Regel anerkennen, daß die ältere Kirche nur *post factum* dispensirte.

31) Vergl. c. 41. C. I. qu. I.; verb. c. 7. Can. I. qu. VII. (a. 414); c. 14. eod.

32) Zosimus epist. V. a. 417 (c. 7. Can. XXXV. qu. I.).

33) S. c. 18. C. I. qu. VII. c. 2. dist. XIV. (Leo I. a. 442, 443). c. 14. Can. XXXIII. qu. II. (idem a. 443). Vgl. de Marca cit. cap. XIV. §. II.

34) Beispiele in dist. XIII. XIV, c. 11 sq. Can. I. qu. VII., namentlich auch c. 56. dist. L. (Siricius a. 385), und andere weiterhin zu cit. Stellen; s. auch Anm. 32, 33.

35) Vergl. auch c. 6. Can. I. qu. VII. (Gelasius a. 494).

36) Conc. Tolet. VIII. a. 653 (c. 1. d. XIII).

37) Hierüber s. m. die gründliche Auseinandersetzung von Blascus in der *dis. de collectione canonum* Isidori Mercatoris, cap. X. (bei Gallande, *de vetustis canonum collectionibus dissertationum sylloge.* ed. Moguntin. tom. II. p. 83 sq.).

38) L. c. cap. XIV. §. VI.

39) Planck, Geschichte der christlich-kirchlichen Gesellschaftsverfassung, Bd. 4, Th. 2, S. 660, Anm., bemerkt daher auch, daß bei Translationen die Co-

Die Stellung, welche die römische Kirche seit dem vierten Jahrhunderte bereits einnahm, und die Ansicht, daß die wahre Lehre und Tradition vom apostolischen Stuhle festgehalten werde, bewirkte, daß man im Zweifel sich von demselben Rath holte, diesen auch befolgte und später zur allgemeineren Richtschnur nahm. Hierbei bot sich für Rom die beste Gelegenheit dar, schwierige und bedeutsame Fälle (*causae arduae ac maiores*) überhaupt von der Entscheidung des apostolischen Stuhles abhängig zu machen und dahin namentlich alle *causae episcopales* zu rechnen. In umfassenderer Weise geschah dies seit Gregor VII., welcher schlechthin concurrirende Gewalt mit den Bischöfen in deren Sprengeln für sich in Anspruch nahm, daher auch ein Absolutionsrecht in jeder Weise. Immer häufiger wendeten sich daher auch die Parochianen nach Rom, um Absolutionen zu erhalten, so daß die Diöcesangeseßte deshalb Beschränkungen geben mußten; wie unter Anderen schon Ahyto von Basel⁴⁰⁾ im Jahre 820, und eine Synode von Seligenstadt im Jahre 1022 verordnete, daß Niemand ohne bischöfliche Lizenz sich nach Rom begeben solle, und Keinem eine in Rom erlangte Indulgenz förderlich sein werde, ehe er die von seinem eigenen Priester ihm auferlegte Buße übernommen habe⁴¹⁾. Andererseits aber holten sich die Bischöfe oft selbst vom apostolischen Stuhle besondere Concessionen, Dispensationen ertheilen zu dürfen⁴²⁾.

Während bisher regelmäßig nur in *praeteritum* dispensirt (absolvirt) wurde, begann man seit dem elften Jahrhundert öfter auch in *futurum*, also *supra ius* zu dispensiren. Besondere Veranlassung gaben dazu wohl die Anträge wegen Entbindung von Ehehindernissen, welche durch die Verwechselung der Begriffe *gradus* und *generatio* bis zum vierzehnten Grade römischer Computation ausgedehnt worden waren. Man hatte hierbei um so mehr Anlaß, sich aus Rom Rath zu holen, als meistens *causae arduae ac maiores* allein in Betracht kamen, da man in *causis minoribus* Anfangs überhaupt nicht dispensirte. So reservirten sich die römischen Bischöfe immer mehr Fälle⁴³⁾, und Innocenz III.⁴⁴⁾ stellte gera-

myden nur erklärten, daß der jedesmal vorliegende Fall nicht unter dem Verbote begriffen sei.

40) In dem *Capitulare Ahytonis episcopi Basileensis cap. XVIII.* (Hartzheim, *concordia Germaniae*, T. II. p. 19) heißt es unter Anderem: „*Ut, qui causa orationis ad limina beatorum Apostolorum pergere cupiunt, domi confiteantur peccata sua et sic proficiantur: quia a proprio Episcopo suo aut sacerdote ligandi aut exsolvendi sunt, non ab extraneo.*“

41) Concil. Salegunstat. can. XV. XVII. (Hartzheim, *conc. Germ.* T. III. p. 60). — Aehnliche Bestimmungen enthält auch das Concil zu Limoges (Lemovicense II.) v. J. 1031, sess. II. (bei Mansi, *coll. conc. T. XIX.* col. 546–548) „*Inconsulto Episcopo suo ab Apostolico poenitentiam et absolutionem nemini accipere licet.*“

42) Aus dem achten Jahrh. Beispiele bei de Marca, *cap. XV. §. V.*, aus dem neunten vergl. man c. 17. Can. XII. qu. II. c. 15. Can. XXXIII. qu. II. (Nicolaus I.) u. a., aus dem elften Thomassin I. c. cap. XXVII. §. 9 sq.

43) So Innocenz II. auf dem Lateranconcil von 1139 die Absolution dessen, der einen Cleriker getödtet (c. 29. Can. XXVII. qu. IV.), Clemens III. andere dertartige Fälle; c. 18. 19. 22. X. de *sententia excommunicat.* (5. 39.) u. a. m.

44) Vergl. besonders Thomassin I. c. cap. XXVIII.

bezu das Princip auf, daß eigentlich nur die Päpste in futurum dispensiren könnten: Nos secundum plenitudinem potestatis de iure possumus supra ius dispensare⁴⁵⁾. Seine Dispensationsbefugniß, von der er vielfach Gebrauch machte⁴⁶⁾, rechtfertigte er überhaupt durch die Bezugnahme auf seine Allgewalt und das besondere Bedürfnis. Daher äußert er: Ascitis aliis in partem sollicitudinis summus Pontifex assumptus est in plenitudinem potestatis: qui cum moderator sit canonum, iuri non facit iniuriam, si dispensat⁴⁷⁾. Darauf hin konnte das Dispensationsrecht in immer weiterem Umfange geübt und von den Päpsten geltend gemacht werden. Welche Ansicht sich hierüber mit der Zeit festgestellt hatte, beweist die Praxis, wie diese insbesondere von der Glosse anerkannt wird. Hiernach dispensirt der Papst gegen den Apostel und die apostolischen Canones, gegen das alte Testament u. s. w., nur nicht gegen die Evangelien und Glaubensartikel⁴⁸⁾. Indem der Papst sich selbst als veri Dei vicem gerens betrachtete, konnte ihm auch ein coeleste arbitrium beigelegt werden, nach welchem er naturam rerum immutat, substantialia unius rei applicando alii et de nullo potest aliquid facere, et sententiam, quae nulla est, facit aliquam, quia in his, quae vult, ei est pro ratione voluntas etc.⁴⁹⁾

Man würde indessen irren, wenn man annähme, daß diese Grundsätze allgemein anerkannt gewesen wären, vielmehr fehlte es nicht an Geistlichen, welche diese ganze Theorie bestritten, und an Bischöfen, welche ihr ius ordinarium in Beziehung auf Dispensationen gegen Rom geltend zu machen gewußt haben⁵⁰⁾. In England und Deutschland traten schon seit dem dreizehnten Jahrhundert mehrere Synoden dagegen auf⁵¹⁾, und auf den Reformationssynoden des funfzehnten Jahrhunderts wurde diese Angelegenheit in nähere Erwägung gezogen. Man begnügte sich hier

45) C. 4. X. de concess. praebendae (3. 8.); vergl. c. 15. X. de temporib. ordinat. (1. 11.)

46) Man vergl. statt vieler c. 2—4. X. de translat. episcop. (1. 7.) v. J. 1198, 1199, c. 8. X. de voto (3. 34.) v. J. 1200, c. 11. X. de renunciatione (1. 9.) v. J. 1208, c. 19. X. de sentent. et re iudicata (2. 27.) v. J. 1212, u. a. m.

47) Epist. lib. XVI. ep. 154 (Thomassin l. c. cap. XXVIII. §. V.; vergl. v. Raumer, Geschichte der Hohenstaufen, Bd. 6, S. 243).

48) Glosse zu c. 4. X. de concess. praeb. (3. 8.), zu c. 3. X. de translat. (1. 7.) u. a. In der Glosse zum c. 2. Can. XV. qu. VI. heißt es: Dico enim, quod contra ius naturale Papa potest dispensare, dum tamen non contra Evangelium, vel contra articulos fidei, tamen contra Apostolum dispensat. — Dist. XXXIV. c. 18. dist. LXXXII. c. 5.

49) Ueber diese und andere ähnliche Ansichten vergl. man Gieseler, Kirchengesch., Bd. 2, Abth. 3, §. 101.

50) M. f. z. B. Thomassin l. c. cap. XXIX. §. 3 sq., bereits von Bernhard von Clairveaux, Geoffredus u. X.; später von Gerson, de reformatione ecclesiae in Conc. universali, cap. XVII. (bei Herm. v. d. Hardt, Conc. Constant. T. I. u. a.)

51) Thomassin l. c. cap. XXVIII. §. 8. 9. Die katholische Kirche, besonders in Schlesien (2. Ausg., Altenburg 1827, 8.), S. 816. Kopp, die katholische Kirche im neunzehnten Jahrhundert (Watz 1830, 8.), S. 252.

aber damit, das Versprechen des Papstes zu erhalten, daß nicht ohne dringende Veranlassung und nicht ohne Einholung des Rathes der Cardinale von demselben Dispensationen ertheilt werden sollten (*Dominus [Martinus P.P.V.] noster in arduis et gravibus causis sine consilio cardinalium non intendit dispensare*). Das Recht des Papstes, *supra ius* überhaupt zu dispensiren, bestritt man gar nicht, sondern gestand es zu in Beziehung auf *dispensationes super incompatibilibus*, *de non promovendo ad ordines*, *super defectum aetatis*, *super defectum natalium*, *de non referendo super contrahendo matrimonium in gradibus prohibitis et non suscipiendo munus consecrationis aut benedictionis* ⁵²). Auch sprach der Papst selbst in seinen am 28. Februar 1418 publicirten Kanzleiregeln sich demgemäß aus ⁵³). Auf dem Concil von Basel kam diese Angelegenheit wiederum zur Sprache und hier nahmen die Bischöfe Dispensen in Ehesachen, welche zu Rom stets gegen die Gebühren ertheilt wurden, für sich selbst in Anspruch: denn bei der Acceptation der basler Decrete im Jahre 1439 erklärte man: *Gravantur nostre nacionis fideles, in quarto consanguinitatis vel affinitatis gradu coniuncti matrimonium contrahere volentes, dum ad hoc dispensandum ubi leviter dispensatur sedem apostolicam consulere sunt astricti* ⁵⁴). Schon damals betrachtete man dergleichen Bestimmungen als Nachtheile, *non ex caritate, sed ambicione avaricia et cupiditate omnium malorum radicibus introducta*, forderte aber doch erst, nachdem Luther's Reformation bereits begonnen, die förmliche Aufhebung der bisherigen Praxis ⁵⁵). Auf dem Reichstage zu Worms im J. 1521 verlangte man, daß die Ehe dispensation den Bischöfen überlassen würde, und wiederholte dieß in den 1522 zu Nürnberg und 1526 zu Speier übergebenen Gravamina der teutschen Nation, zugleich mit der Erklärung, daß die bestehenden Einrichtungen verwerflich wären, da sie nur auf Selberpressung gerichtet seien ⁵⁶). Indessen kam es doch zu keiner

52) *Germanicae nationis articuli de reformatione ann. 1418, art. XV.* (Gaertner, *corp. iuris eccl. T. II. p. 137*); vergl. aber auch Herm. v. d. Hardt, *concil. Constantiense T. I. p. 615 sq. p. 1068.* Hartzheim, *conc. Germ. tom. V. p. 133. 139. 147. 731.*

53) Die Regeln bei v. d. Hardt l. c. T. I. p. 977 sq. tit. de dispensationibus.

54) Koch, *sanctio pragm. Germ. illustrata, p. 99.*

55) Bemerkenswerth sind auch die Bedingungen, welche dem päpstlichen Legaten im J. 1501 vor seinem Eintritt ins Reich, vorgelegt wurden, indem es über unseren Gegenstand darin heißt: Wo die päpstlich Botschaft in *causis matrimonialibus* oder andern ziemlich fürfallenden Sachen, wie die geseyn mögten, dispensiren, absolutiones oder dergleichen geben wolt, daß solichs allenthalben dermaßen fürgenommen werde, daß es *consuetudini patriae* nicht derogire, sondern daß seine Würde darinn verständige und ehrbare Commissarien... sehe u. s. w. Abschied des Reichsregimentes zu Nürnberg von 1501, §. 12, 18, 19 (in den Sammlungen der Reichsabschiede).

56) 1521: Dispensation im 2. und 3. Grad, Eyp und Magtschaft — — wert nott, daß die Ordinari solch Dispensation nach der Gepür ziemlich zu thun, und mit Bäßliche Botschaffter oder ander zu Rom, solichs zu erlauben, Macht haben solten. — 1522 de dispensationibus nr. 1. 2 sq. 20: — Imperantur

Abänderung, und man begnügte sich in Teutschland, indem man das bisherige päpstliche Recht anerkannte, überhaupt nur vor Mißbrauch zu warnen und zur Vermeidung von Fälschungen die Forderung aufzustellen, daß von keiner römischen Dispensation Gebrauch gemacht werden dürfe, bis der Bischof sich von der Richtigkeit des päpstlichen Erlasses und der Wahrheit der demselben zu Grunde liegenden Thatfachen überzeugt habe⁵⁷⁾.

Auf dem Concil zu Trent wurde mehrfach über das Dispenswesen, besonders in der Anwendung auf Ehefachen verhandelt und im entgegen-gesetzten Sinne darüber disputirt: denn während der Dominicaner Adrian dem Papste eine unbedingte Macht hierbei zugestand, widersprach mit Andern Johannes, Bischof von Verbün, indem er erklärte, daß eine Dispensation im Allgemeinen nichts Anderes sei, als eine Interpretation oder Declaration eines Gesetzes, da der Papst einen wirklich Verpflichteten von seiner Obligation gar nicht zu entbinden vermöge. Andererseits ward zwar das Dispensationsrecht überhaupt anerkannt, von den spanischen und französischen Abgeordneten jedoch, als den Bischöfen zustehend, in Anspruch genommen⁵⁸⁾.

Zu einer unbedingten und allgemeinen Entscheidung ließ der Papst es aber gar nicht kommen, sondern gab bloß einige dem Mißbrauche steu-ernde Regeln, und gestattete den Bischöfen mehrfache Befugnisse. So ward bestimmt: *Quodsi urgens iustaque ratio et maior quandoque utilitas postulaverint, cum aliquibus dispensandum esse; id causa cognita, ac summa maturitate atque gratis a quibuscunque, ad quos dispensatio pertinebit, erit praestandum; aliterque facta dispensatio subreptitia censeatur*⁵⁹⁾. Während hier-nach implicite das Recht der Bischöfe mit anerkannt ist, wird dieses für einzelne Fälle noch ausdrücklich hervorgehoben: *Liceat episcopis in irregularitatibus omnibus et suspensionibus, ex delicto occulto pro-venientibus, excepta ea, quae oritur ex homicidio voluntario, et exceptis aliis deductis ad forum contentiosum, dispensare et in quibuscunque casibus occultis, etiam sedi Apostolicae reservatis,*

multa, quae nullo divino praecepto vel interdicta sunt vel imperata. Quod genus sunt: matrimoniorum tam innumera excogitata obstacula.... Haec nimirum atque iis similes complures humanae constitutiones eo usque ligant homines, donec pecunia sibi harum legum gratiam a statuentibus impetrent: ut ita pecunia faciat divitiis licitam, quod tenuibus gratis sit prohibitum. Illicitisque his legum ac constitutionum humanarum retiisculis non modo magnorum nummorum copia a Germanis est expiscata, e Germania et trans Alpes lata, sed et maxima inter aequae Christianos orta iniquitas“ (vergl. G. D. Weber, die hundert Beschwerden der gesammten teutschen Nation u. s. w. Erlangen 1829).

57) So verordnete z. B. die böhmer Synode vom J. 1536, P. I. cap. 82. 83. (Hartzheim, conc. Germ. T. VI. p. 250. 251.), verb. P. VII. cap. 46 (eod. p. 289); desgleichen die Synode von Lüttich von 1548, cap. 15 (eod. p. 396), was das Tridentinum auch nachher anerkannte (s. Num. 61).

58) Sarpi, historia concilii Tridentini (ed. Amstelod. 1622, 4.) lib. VIII. p. 788, 789, 872, u. a. m.

59) Conc. Trid. sess. XXV. cap. 18 de reform.

delinquentes... in foro conscientiae gratis absolvere.⁶⁰⁾ und die bischöfliche Mitwirkung in manchen Fällen, wenn diese auch dem Papste zustehen sollten, vorgeschrieben: *Dispensationes, quae cum auctoritate concedendae, si extra Romanam curiam committendae erunt, committentur ordinariis illorum, qui eas impetraverint. Eae vero, quae gratiose concedentur, suum non sortiantur effectum, nisi prius ab eisdem, tanquam delegatis Apostolicis, summarie tantum et extrajudicialiter cognoscatur, expressas preces subreptionis vel obreptionis vitio non subiacere*⁶¹⁾.

Außerdem ergingen Beschränkungen hinsichtlich der Dispensationen von Eheverboten⁶²⁾, der Promotionen⁶³⁾, und die Festsetzung, daß dauernde Dispensationen von der Residenz, zum Genusse der Früchte während der Abwesenheit⁶⁴⁾, so wie davon, daß Söhne ihren Vätern in einem Beneficium succediren dürfen⁶⁵⁾, unzulässig seien. Endlich wurde den Bischöfen das Recht beigelegt, sich selbst gewisse Casus zu reserviren⁶⁶⁾. Durch diese Bestimmungen war aber keineswegs das Verhältniß des Papstes und der Bischöfe vollständig geregelt, und Rom konnte daher systematisch sein Recht ausdehnen und, indem es am Princip festhielt, die Ausübung den Bischöfen leihweise übertragen. Seit dem Anfange des siebenzehnten Jahrhunderts⁶⁷⁾ wurden den Bischöfen besondere Indulte oder Facultäten ertheilt, vermöge deren sie das dem Papste zustehende Dispensationsrecht als dessen Delegirte in gewissem Umfang und für gewisse Zeit (regelmäßig 5 Jahre, daher facultates quinquennales) auszuüben die Erlaubniß erhielten. Auf diesem Wege wurden nun wieder Fälle als päpstliche Reservate aufgeführt, welche das tridentinische Concil bereits den Bischöfen als eigene überlassen hatte. Diese Facultäten sind schon seit langer Zeit unverändert⁶⁸⁾. Gleich der erste Casus, der die Absolution

60) Eod. sess. XXIV. cap. 6 de reform., verb. sess. XIV. cap. 7 de reform.

61) Eod. sess. XXII. cap. 5 de reform., vergl. sess. VI. cap. 2 de reform. sess. VII. cap. 5 de ref. sess. XIII. cap. de ref. (s. die Anm. 57 cit. Stellen).

62) Eod. sess. XXIV. cap. 4. 5. de ref. matrim.: *In contrahendis matrimonii vel nulla omnino detur dispensatio, vel raro, idque ex causa et gratis concedatur...*

63) Eod. sess. VII. cap. 11. 12. de ref.

64) Eod. sess. VI. cap. 2. de ref. Ueber die sonstigen Gründe zur Ertheilung einer Dispensation von der Residenz s. m. eod. sess. XXIII. cap. 1. de ref.

65) Eod. sess. XXV. cap. 15. de ref.

66) Eod. sess. XIV. cap. 11. de poenit.

67) Nach Kopp, die katholische Kirche a. a. O. S. 254, soll der Kurfürst von Mainz, Erzbischof Philipp von Schönborn, im Jahre 1618 der Erste gewesen sein, der die römischen Facultäten erhielt.

68) So die vom Jahre 1737 bei Kock, *series episcoporum Monasteriensium*, tom. IV. p. 214–220; vom J. 1772 bei Gaertner, *corpus iuris eccl. T. II. p. 433 sq.*; vom J. 1803 bei v. Droste-Hülshoff, *Grundzüge des Kirchenrechts* (2. Ausg.), Bd. 4, S. 592 flg. Damit vergl. man die bei Jacobson, *Geschichte der Quellen des Kirchenrechts des preuß. Staates*, Bd. 1, Th. 1, Anhang Nr. 2, 3.

von der Häresie und Apostasie concedirt, gebührt den Bischöfen nach dem Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 6 de ref. (s. oben Anm. 56). Dasselbe gilt vom achten Casus wegen der Dispensation von Irregularitäten u. s. w. (Anm. 56), so wie vom zwölften Casus wegen der Ordinationen außer der gesetzlichen Zeit und ohne Berücksichtigung der Interstitien (Conc. Trid. sess. XXIII. cap. 11. 13. 14.) u. s. w. Da in solchen und anderen Fällen überdieß den päpstlichen Nuntien die umfassendsten Rechte zugestanden wurden, welche geeignet waren, das Recht der Bischöfe in ihren Diocesen völlig zu vernichten⁶⁹⁾, so suchten die Erzbischöfe von Mainz, Cöln und Trier zuerst auf dem Convente zu Coblenz im Jahre 1769⁷⁰⁾, und dann in Gemeinschaft mit dem Erzbischofe von Salzburg auf dem Congresse im Bade Ems im Jahre 1786⁷¹⁾ ein selbstständigeres Dispensationsrecht zu begründen. In ihrer Punctuation⁷²⁾ vom 25. August beanspruchten sie das Recht, a) in dem allgemeinen Abstinenzgebote zu dispensiren, wenn diese Dispens sich auf öffentliche Nothwendigkeit oder Nuzbarkeit der untergebenen Diocesanen gründet; b) in allen Ehehindernissen, so weit der heilige Stuhl zeither den Bischöfen allgemeine Dispensvollmacht, oder auch zuweilen in einzelnen Fällen noch näherer Grade, nämlich in secundo gradu consanguinitatis und in primo et secundo gradu affinitatis Dispensen zu ertheilen pflegte. Wobei es jedem Erz- und Bischofe frei bleibt, in vorkommenden bedeutlichen Fällen sich bei Sr. päpstlichen Heiligkeit Rath zu erholen. Weil aber c) in dem dritten und vierten Grade der Consanguinität und Affinität, auch der geistlichen Verwandtschaft in den meisten Fällen, und dem sogenannten impedimento publicae honestatis immer dispensirt wird, so könnte mit den noch übrigen Bischöfen näher überlegt werden, ob es nicht räthlicher sei, diese impedimenta ganz aufzuheben. d) Aufhebung der Verbindlichkeiten, die aus den heiligen Weihen entspringen, und zwar bei eintretenden erheblichen und dringenden Ursachen in Ansehung der Sub- und Diaconen. e) Losprechung der Ordensgeistlichen von ihren feierlichen Gelübden⁷³⁾. f) Dispensation in der Mehrheit der Präbenden⁷⁴⁾. — Außerdem erklärten die Erzbischöfe, daß die sogenannten facultates quinquennales vom römischen Hofe nicht mehr begehrt, sondern in den darin enthaltenen Fällen die erforderlichen Dispensen, wenn canonische Beweggründe im Mittel lägen, vom Bischofe ertheilt, auch über die Statuten der deutschen Kirchen römische Dispensen nicht weiter zugelassen werden sollten⁷⁵⁾.

69) M. s. z. B. wegen der Facultäten des kölnner Nuntius: Geschichte der Nuntiatoren Deutschlands von A. J. G. 1790. (5. L.) S. 137 flg.

70) Die Schlüsse vom 13. Dec. d. J. bei Le Bret, Magazin der Staats- und Kirchengeschichte, Bd. 8, S. 21 flg.

71) Vorarbeiten dazu bei Kopp a. a. D. S. 16 flg.

72) Oft gedruckt, unter andern bei Martens, recueil des principaux traités, T. IV. p. 748 sq.; Gaertner, corp. iur. P. II. p. 347 sq.

73) Punctuation cit. Art. 2.

74) X. a. D. Art. 5.

75) X. a. D. Art. 4, 14.

Mit ähnlichen Forderungen war auch gleichzeitig die von Scipio Ricci gehaltene Synode zu Pistoja aufgetreten. Allein weder in Deutschland, noch in Toscana trat die übrige Geistlichkeit bei, und so konnte der Papst alle der bisherigen Praxis widersprechenden Vorschläge aufs Entschiedenste zurückweisen. Dieß that er theils in der Responsio ad Metropolitanos Moguntinum etc. super nunciaturis apostolicis, vom 14. November 1789, theils in der Bulle Auctorem fidei vom 28. August 1794⁷⁶⁾. Die letztere, zunächst gegen die Synode von Pistoja gerichtet, ist späterhin auch allgemeiner dem Clerus als maßgebend eingeschärft worden, so daß auch ihre Erklärung über die Dispensen als die von Rom noch vertheidigte zu betrachten ist⁷⁷⁾. Hier heißt es denn unter Anderem: *Doctrina, quae statuit conveniens videri in impedimentis canonicis, quae proveniunt ex delictis in iure expressis, ullam unquam nec concedendam nec admittendam esse dispensationem aequitatis et moderationis canonicae a sacro Concilio Tridentino probatae laesiva, auctoritati et iuribus ecclesiae derogans, u. dgl. m.*⁷⁸⁾

Daher ist denn auch jetzt noch die Verleihung der Facultäten in der bisher üblichen Weise beibehalten und die Handhabung der curialistischen Disciplin durch mehrere besondere Verordnungen eingeschärft worden. Nach der noch geltenden römischen Theorie erfordert eine Dispensation:

1) das Recht des Ertheilenden. Im Allgemeinen ist der Papst im Besitze, der sich auch selbst oder, nach der Ansicht Mancher, durch seinen Beichtvater Dispensen ertheilt⁷⁹⁾, während die Bischöfe nur ausnahmsweise dispensiren sollen, nämlich

1) in den Fällen, welche ausdrücklich das canonische Recht als ihnen zustehend bezeichnet. Den Grundsatz selbst stellte schon Innocenz III. auf, und die Quellen enthalten mehrfache Anwendungen⁸⁰⁾. Insbesondere gehört hierher auch die Dispensation von eigenen Verordnungen der Bischöfe⁸¹⁾.

2) In den Fällen, welche die Quinquennalfacultäten den Bischöfen überweisen.

Diese Theorie wird von den Episkopalisten bestritten, und dagegen behauptet, daß in dubio stets der Bischof zu dispensiren habe, der Papst

76) M. f. Eisen Schmidt, römisches Bullarium, Bd. 2, S. 557 flg., S. 638 flg.

77) Sie ist daher auch in die neue Ausgabe des Concils von Trident, welche mit Approbation des kathol. sächsischen Consistoriums, im J. 1839 zu Leipzig erschienen ist, unter den Anhängen *Quae theologiae candidatis utilia esse videntur*, col. 145 sq., mit übergegangen.

78) M. f. g. B. Art. 56, 57 u. a.

79) Bergl. J. H. Böhm er, *diss. praelimin. T. IV. iuris eocl. Prot. §. LI*; Walter, *Lehrbuch des Kirchenrechtes*, §. 175.

80) C. 15. X. de temporib. ordinat. (1. 11.) — C. 59. X. de electione. (1. 6.) C. 4. §. 2. X. de iudiciis. (2. 1.) Cap. 34. de electione in VI. (1. 6.) C. 1. de filiis presbyterorum in VI. (1. 11.) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 6. de ref.

81) Benedict. XIV. de synodo dioecessana lib. XIII. cap. V. §. 7 sq.

aber nur in den ihm wirklich reservirten Fällen⁸²). Außerdem aber nehmen Viele, die sonst die päpstlichen Vorrechte nicht bestritten, an, daß *caus papales superveniente impedimento adeundi Papam sunt episcopales*⁸³). So schrieb auch am 20. October 1810 der Fürstbischof von Breslau, als seine Communication mit dem Papste gehemmt war, an seinen Generalvicar: „Bei diesen außerordentlichen Umständen tritt der Fall ein, daß ich als *ordinarius* und *delegatus sedis Apostolicae* nach den kirchlichen Gesetzen, der Meinung der bewährtesten Canonisten und der *praxis* *Episcoporum* befugt bin, *potestate episcopali ordinaria* die Dispensen zu ertheilen, welche sonst beim apostolischen Stuhle zu Rom nachgesucht werden.“ Andere dehnen diese Befugniß noch weiter aus und legen dem Bischöfe das Dispensationsrecht bei a) in dringenden Fällen, wo Gefahr im Verzuge ist, b) wo das Gewohnheitsrecht für den Bischof spricht, c) in *causis quotidianis et levibus*, d) in Fällen, wo es überhaupt zweifelhaft ist, ob es einer Dispensation bedarf.

So lange übrigens die Curie diese Ausnahmen noch nicht anerkannt hat, wird von Seiten der weltlichen Behörden eine Erleichterung nicht wohl erwirkt werden können, wenn die Bischöfe nicht selbst ihr Recht geltend machen⁸⁴). — Außer den Bischöfen dispensiren auch die Generalvicare vermöge ihnen ertheilter Vollmacht⁸⁵), welche aber in Betreff der Häreis unstatthaft ist, und *sedes vacante* das Capitel oder dessen Generalvicar, mit Ausnahme der dem Bischöfe höchst persönlich übertragenen Dispensen⁸⁶).

II) Das Recht des Empfängers. Dies beruht stets auf einer *iusta causa*, als welche eine *necessitas* und *utilitas*, vereinbar mit sonst bestehenden Rechten Dritter, überhaupt erscheint⁸⁷). Daher wird eine Dispensation unkräftig, wenn eine *sub-* oder *obreptio* bei der Ertheilung der Motive zur Ertheilung stattfand⁸⁸), in welcher Beziehung den Bischöfen die Pflicht der Prüfung jeder päpstlichen Dispensation auferlegt ist (s. oben Anm. 57, 61).

III) Die Wirkung besteht überhaupt in der Befreiung von der Befolgung der gesetzlichen Vorschrift, resp. in der Erlaubniß zu einer sonst unstatthaften Handlung oder der Lösung der Vollziehung sonstiger Erfor-

82) R. f. J. B. Sauter, *fundamenta iuris eccl.* P. III. §. 322 sq.; v. Droste-Hülshoff, *Grundsätze des Kirchenrechts*, Bd. 2, Abth. 2, §. 210, Nr. V. A. B. u. a. — Dagegen Walter, *Lehrbuch*, §. 175.

83) E. Ropp a. a. D. S. 256.

84) R. f. Eichhorn, *Kirchenrecht*, Bd. 2, S. 24, 25.

85) Bergl. c. 4. de *procuratoribus* in VI. (1. 19.) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 6. de *ref.*: *Per se ipsos aut Vicarium, ad id specialiter deputandum.*

86) C. 11. X. de *M. et O.* (1. 83.)

87) R. f. die oben Anm. 84 cit. Stellen, insbesondere noch c. 8. X. de *voto* (3. 34.) (Innoc. III. a. 1200); c. 19. X. de *sentent. et re iudicata* (2. 27.) (idem a. 1212). — Ueber die Streitfrage, ob der Papst auch eine *iusta causa* wirksam dispensiren könne, s. m. de Marca l. c. cap. XV. §. 1 sq.

88) Beispiele in c. 6. X. de *consanguin.* (4. 14.) (Innoc. III. a. 1213); c. 21. de *praebendis* in VI. (3. 4.) (Bonif. VIII. a. 1298).

denisse, jenes z. B. bei der Verstattung einer verbotenen Ehe, dieses bei der Befreiung von Fasten u. s. w. Hierbei äußert aber das Verhältniß der kirchlichen und bürgerlichen Gesetzgebung einen bestimmten Einfluß, indem eine Dispensation zugleich religiös und politisch, oder nur religiös anerkannt sein darf (*dispensatio publica — privata*). Bloss kirchlich in Betracht kommt die Dispensation, zu deren Erlangung nur das Gewissen verpflichtet ist (*dispensatio pro foro interno*, im Gegensatz der *disp. pro foro externo*). Ist eine Dispensation kirchlich und bürgerlich erforderlich und verpflichtend, so muß sie von der competenten Behörde der Kirche und des Staates zugleich ertheilt werden. Nicht selten gibt es aber Dispensationen, welche nur von der Kirche oder nur vom Staate gefordert werden. In jenem Falle, welcher besonders in Ländern vorkommt, deren Regierung eine nicht katholische ist, fordert es die Reception der katholischen Kirche, daß die Erwirkung solcher Dispensen nicht verhindert oder ohne Grund erschwert werde. Da die Regierung von ihrem Standpunkte aus die Verleihung solcher Dispensationen nur als Angelegenheit des Gewissens betrachtet, so hat sie diejenigen Katholiken, welche sich nach dem Civilrechte, das auch ohne Dispens eine Handlung für rechtmäßig erklärt, richten wollen, bürgerlich zu schützen, ohne freilich die Kirche daran zu hindern, daß sie gegen Verächter ihrer Sanctionen auch mit kirchlichen Strafen verfähre⁸⁹⁾. Unzulässig würde es dagegen sein, daß eine kirchliche Dispensation in einem Falle gewährt würde, den der Staat als indispensabel bezeichnet hat. Wo eine Dispensation aber bürgerlich gefordert wird, wenn die Kirche dieselbe auch nicht vorgeschrieben, ist dieselbe vom Staate einzuholen.

So entscheiden die neueren Particularrechte, wie das preussische⁹⁰⁾, das von Sachsen-Weimar⁹¹⁾ und andere, ja zum Theil selbst die katholischer Länder⁹²⁾.

IV) Die Ertheilung der Dispensationen selbst ist an bestimmte Formen gebunden⁹³⁾. Was besonders die von Rom zu erlangenden betrifft, so kommt es hier auf den Unterschied derer *pro foro interno* und *externo* vorzüglich mit an. Jene, welche sich auf die Sündlichkeit einer Handlung allein beziehen, falls der *Casus* geheim blieb, ertheilt die *Poenitentiarum Romana*, diese, deren Object die äußere kirchliche Disciplin bildet, gehen von der *Dataria* aus. Jene werden unmittelbar durch die Bischöfe an den römischen Stuhl befördert, diese gehen

89) S. Dürr, *diss. de domino territoriali Protestantico suis subditis catholicis in impedimentis matrimonium iure eccl. dirimentibus nulliter dispensante* (Mogunt. 1769), besonders §. XXV. XXVI. (auch bei Schmidt, *thesaur. iuris eccl.* T. VI. p. 662).

90) Allg. Landrecht, Th. 2, Tit. 1, §. 3 flg.; Th. 2, Tit. 9, §. 443, 444.

91) Gesetze vom 7. Oct. 1823.

92) So in Oesterreich zum Theil wegen des Ehehindernisses *propter co-
nationem spirituales etc.* (v. Zeiller, *Commentar über das allg. bürgerl.
Gesetzbuch*, Bd. 1, S. 176 flg., 236 flg.).

93) W. vergl. bes. Plettenberg, *notitia congregationum et tribunalium curiae Rom.* (Hildesii 1693, 8.) p. 230 sq. u. A.

durch die Staatsbehörden und erfordern das landesherrliche Placet ⁹⁴). Die dafür zu entrichtenden Gebühren sind durch eigene Taxordnungen bestimmt. Da Dispensen eigentlich gratis zu erteilen sind, so sind die Taxen zunächst zur Unterhaltung der Behörden angeordnet.

In der evangelischen Kirche ⁹⁵) ist principmäßig die Anwendung von Dispensationen beschränkt und für die Fälle, in denen sonst gewöhnlich eine Dispensation erforderlich schien, die Gesetzgebung selbst geändert. Dennoch ist doch noch mehrfach das Dispenswesen beibehalten, und das Recht zur Ertheilung als ein dem Landesherrn zustehendes anerkannt, welches unbedingt ihm als Inhaber der Kirchengewalt zukommt, und da, wo ihm diese Gewalt fehlt, unter seiner Aufsicht gehandelt wird. Gewisse Dispensationen pflegt der Landesherr sich zu reserviren, andere werden in bestimmtem Umfange von dem Ministerium des Cultus, den Consistorien und Superintendenten ertheilt. Particularrechte enthalten mehrere Festsetzungen. In Preußen dispensirt der König von allem Aufgebote und von einzelnen Ehehindernissen ⁹⁶), das Ministerium vom dritten und zweiten Aufgebote ⁹⁷), insoweit nicht in einzelnen Provinzen den Oberpräsidenten dies überlassen ist ⁹⁸), bezugleich vom defectus aetatis der Ordinanden ⁹⁹), die Regierung von Taufen und Trauungen in der Kirche, von dem dritten Aufgebote und den verfassungsmäßigen Erfordernissen der Confirmation ¹⁰⁰). Die sonst noch vorkommenden Dispensen stehen dem Consistorium zu. Im Wesentlichen sind die dispensablen Fälle in anderen Ländern bezüglich der evangelischen Kirche dieselben, die Verwaltung aber nach dem Ressortverhältnisse verschieden, wie in Sachsen ¹⁰¹), Bayern u. s. w. ¹⁰²). Die Gebühren werden, auch hier nach bestimmten Sporettaxen entrichtet ¹⁰³).

94) Dies geschieht in allen sowohl katholischen, als protestantischen Ländern, mit Ausnahme Belgiens. In der neuesten Zeit ist Rom wieder gegen diese wohl begründete Praxis aufgetreten.

95) J. H. Böhm er, *disq. de sublimi principum disp.*, sect. I. cap. II, §. 30. 31. sect. II. cap. II. Eichhorn, *Kirchenrecht*, Bd. 2, S. 63–65. Stahl, *die Kirchenverfassung nach Lehre und Recht der Protestanten* (Erlangen 1840), S. 187, 188.

96) *Allg. Landrecht*, Th. 2, Tit. 1, §. 153; Anhang zum Landrecht §. 62; vergl. *Sab.-Ordre* vom 17. Jan. 1838 (v. Kampff, *Annalen*, Bd. 22, Heft 2, S. 351).

97) *Instructio* vom 23. Oct. 1817, §. 2, Nr. 10.

98) *Minist.-Rescr.* vom 4. Februar 1819 (v. Kampff, *Annalen*, Bd. 3, S. 1, S. 98).

99) *Minist.-Rescr.* v. 13. Juli 1834 (vergl. das *Public. des Consistoriums der Provinz Sachsen* vom 30. Juli 1834, in v. Kampff, *Annalen*, Bd. 18, S. 3, S. 712).

100) *Regier.-Instruct.* vom 23. Oct. 1817, §. 18 h, verb. mit der *Consistorial-Instruct.* v. dems. J. §. 2, Nr. 10.

101) W. f. Weber, *systemat. Darstellung des im Königreich Sachsen geltenden Kirchenrechtes*, Th. 1, Abth. 1, S. 304 fig.; Th. 2, Abth. 1, S. 183; Abth. 3, S. 1184 fig., 1296 fig.

102) *Bayerisches Religi.-Edict* von 1818, §. 11, Nr. 11. *Verordnung* vom 31. Mai 1820.

103) W. f. B. *das großherz. sachsen-weimarische Gesetz* vom 27. April 1836 (*Regier.-Blatt* Nr. 16).

Wegen der eigenthümlichen Stellung der evangellischen Kirche zum Staate sind die Dispensationen regelmäßig zugleich kirchlich und bürgerlich wirksam.

Ob der Landesherr in kirchlichen Angelegenheiten einer Dispensation bedürfe, wird verschieden beantwortet. Es gilt hier aber nach der richtigen Ansicht wohl dasselbe, was oben in Beziehung auf politische Verhältnisse erinnert worden ist¹⁰⁴).

Die Rechtsgrundsätze für die einzelnen Verhältnisse selbst, bei welchen sowohl in der katholischen als evangellischen Kirche Dispensationen vorkommen, können hier nicht erörtert werden, sondern müssen ihre Stelle bei der Ausführung der einzelnen Materien finden, vorzugswelse also in den Artikeln Ehe, Eid, Gelübde, Kirchnpfründen, Ordination.

S. S. Jacobson.

Dolus. Die Etymologie des Wortes überlassen wir den Philologen, welche darüber einig werden mögen, ob die Verwandtschaft des Wortes mit *dolor*, *doleo*, *dolon* etc. keine bloß zufällige sei, oder ob es sich vom griechischen *δολος*, *δύλω* herleite, ob daher der Stamm desselben auf ein Verlesen, oder mehr auf ein Ueberllsten¹⁾ hinweist²⁾. Wie es sich auch gebildet haben mag, der über Worte zulezt entscheidende Gebrauch hat ihm eine solche doppelstimmige Bedeutung einverleibt, welche jede dieser Ableitungen rechtfertigt und, als Haupt- und Nebenbegriff abwechselnd, diesem Ausdrucke drei Hauptbeziehungen gibt, je nachdem durch denselben bloß die Zurechnung einer Rechtswidrigkeit, oder eine Beguehung sarr derselben, oder eine objective Eigenthümlichkeit von Rechtswidrigkeiten unterschieden werden soll. In der ersten, im Deutschen nicht anders, als durch schlimmen oder rechtswidrigen Vorsatz zu übersetzenden und auch im Lateinischen mit *propositum*, *consilium*, *consalto* oder *data opera factum* synonymen Bedeutung, welche die weiteste ist, wird es der *culpa* entgegengesetzt und coordinirt, und umfaßt zugleich den Zwang³⁾, ja in der *exceptio doli generalis* jede widerrechtliche Intention, da diese Einrede sich bekanntlich nicht darauf beschränkt, wo der Anspruch des Klägers aus Zwang oder Betrug hervorgegangen ist, sondern auch da anwendbar bleibt, wo Umstände, Ereignisse, Thatfachen vorliegen, welche die Klage, mag sie auch dem Buchstaben nach Grund haben, als innerlich widerrechtlich und unbillig erscheinen lassen, vorausgesetzt, daß der Kläger mit diesen Umständen und Verhältnissen bekannt sein konnte und mußte, also seinen bösen Willen, seinen *dolus* dadurch offenbart, daß er sich nicht daran kehrt³⁾. In dieser umfassendsten Bedeutung wird

104) Vergl. J. H. Bömer, *diss. praelim. T. IV. iuris eccl. Prof. S. 52*; G. L. Bömer, *principia iuris can. S. 224*.

1) Vergl. Döbberlein, *lat. Synonymen und Etymologien, und Carmignani, teoria delle leggi della sicurezza sociale. Vol. II. p. 61* (Pisa 1831). Das griechische Wort *δύλω* heißt nämlich Locken, Fangen, Verführen.

2) L. 14. §. 13. D. *quod metus causa.* (4. 2.) L. 2. §. 8. D. *vi bonorum raptorum.* (47. 8.) L. 4. §. 33. D. *de doli et metus exceptione.*

3) Vergl. Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen

also die gewusste und gewollte Verletzung irgend eines durch die Rechtsordnung geschützten Gutes oder Interesses als Hauptmerkmal hervorgehoben, und auf sie stützt sich die Polemik des Lab eo, welcher nach der L. 1. §. 1. D. de dolo malo die das aliud simulatar, aliud agitur herauskehrende Definition des Gallus Aquilius und seines Schülers Servius als zu enge ansieht, aber freilich in seiner Umschreibung doch nahebei wieder darauf zurückkam, weil immer zugleich eine subjective Seite des für Andere empfindlichen Unrechtes durch das Wort unvermeidlich war, und dieses Unrecht selbst dann, wenn es mit offener Gewalt endigt, doch gewöhnlich und mit der seltenen Ausnahme des gerechten Affects, auf eine versteckte Weise vorbereitet werden muß, um zum Ziele zu gelangen. Der Nebenbegriff irgend eines Umtriebes, einer lichtscheuen Wäcke, oder eines hinter das Licht führen Anderer, um sie abzufangen oder ihnen beizukommen, wird also in der Erscheinung gewöhnlich damit vergesellschaftet sein und dient gerade zum Beweise des dolus, welcher bei demjenigen, der den offenen und geraden Weg einschlägt, dadurch ungewiß wird, weil wir entweder an seiner Berechnungsfähigkeit, oder daran zweifeln müssen, ob er nicht in seinem Rechte zu handeln geglaubt hat.

Diesen Nebenbegriff erhebt die zweite, engere und eigenthümlichere Bedeutung des, wie in der ersten Bedeutung mit culpa, so hier mit fraudumverwandten, Wortes dolus zum Hauptmerkmal und setzt diesen als List, oder, weil diese zum Schutze des Seinigen, beim Feldherrn, Diplomaten u. s. w., nichts Unerlaubtes, oder gar eine preiswürdige Tugend ist, als Arglist der Gewaltthätigkeit und Eigenmächtigkeit, der vis motusque, dem physischen oder psychologischen Zwange entgegen. Sie bezieht sich also auf die Mittel oder auf die Begehungsart von Verbrechen, oder von Rechtswidrigkeiten überhaupt, wobei es auf die objectiv Verschiedenheit der letzteren nicht ankommt. Auch Heipeltiche Beschädigungen von Personen und Sachen, sogar Eigenthumsbeeinträchtigungen durch Entwendung können ebenso gut durch unmittelbare Anwendung unserer Körperkräfte, als auf eine minder in die Sinne fallende, gleichsam hinter der Coullisse wirkende mittelbare listige Weise begangen werden, die den Erfolg ohne weiteres Zuthun von unserer Seite herbeiführt, wie es Nauplus machte, welcher an der Küste Leuchtfeuer anzänderte, damit die in der Nacht mit dem Sturme kämpfenden Schiffe der Griechen auf das falsche Signal lossteuern und statt zum Hafen, auf Klippen gerathen sollten, oder durch das Legen von Fußangeln, Fallen oder Selbstschüssen, oder durch das Ködern fremder Thiere, Lauben oder Bienen. Diese Begehungsart der Verbrechen bildet nicht nur in der Lehre vom Versuche einen sehr erheblichen Unterschied, weil man bei den bloß gewaltthätigen Verbrechen den Anfangspunkt der Strafbarkeit des letzteren erst mit dem Momente annehmen darf, wo zu dem keine Anticipation der Wahrneh-

Stand, S. 292; Hänel, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 12, Nr. 20: über das Wesen und den heutigen Gebrauch der act. et exc. doli, S. 419, 422, und die daselbst angeführten Befeststellen. Die Hauptstelle ist L. 2. §. 5. D. de doli mali et metus exc.

mung zulassenden, örtlich und zeitlich beschränkten Werke des Vollbringens geschritten wird, während die heimtückischen, wie der Gift und Mordhelmord, sich schon durch oft vom Ziele noch weit entfernte Voranstalten, wie den Bau einer Höllenmaschine, den vollständigen Plan und die Festigkeit des Vorsatzes zur Genüge ankündigen⁴⁾, sondern sie ist auch für den Sprachgebrauch unserer Rechtsquellen merkwürdig, weil die Ausdrücke: *oivus dolo malo factum est*, häufig gerade eine solche *operatio indistans*, von *Labeo* treffend *machinatio* genannt, und unsere intellectuelle Urheberchaft durch blindwirkende oder freie Ursachen bezeichnen sollen, wobei man selbst Hand anzulegen nicht immer nöthig hat⁵⁾. Sie stehen mit dem bekannten *nihil interest, occidat quis, vel damnudet, an causam vel occasionem mortis vel damni praebat*, in genauer Verbindung. Sehr fruchtbar ist diese Beziehung für die, auch bei Strafgesetzen nicht ausgeschlossene, extensive Auslegung oder Rechtsanwendung, wenn es darauf ankommt, ob wirklich in *fraudem legis* gehandelt worden ist. Das Gesetz zeichnet gewöhnlich das Verbrechen durch die den *effectum integrum* hervorbringende Handlung des physischen Urhebers und muß diese hervorheben, damit nicht mit diesem ursprünglichen Schema, als allein zu einer zu allgemeiner Mittheilung fähigen Verfasslichkeit tüchtig, jeder feste Thatbestand verloren gehe. Folgerweise ist damit jede mittelbare Urheberchaft verboten und verpönt, welche die specifisch gleiche Wirkung hervorbringt. Das Muster einer solchen Synthetik finden wir in den Institutionen- und Pandektentitel *ad L. Aquilianam*. Kurz bei einander finden wir aber jene verschiedenen Beziehungen des *dolus* in der *L. 1. pr. 1. u. 2. D. de eo, per quem factum*, in den Worten: *Fecisse dolo malo non tantum is putatur, qui suis manibus, vel per suos retinuerit: verum qui alios quoque rogavit, ut eum detinerent vel abducerent, ne iudicio sistat: sive scientes, sive ignorantes* (ein Beweis, daß die Strafbarkeit des intellectuellen Urhebers nicht nothwendig von der Strafbarkeit des physischen abhängt, wie unsere neuen Gesetzbücher durch den gewählten Ausdruck: Anstiftung, leicht mißverstanden werden könnten) *quid esset, quod comminisoeretur. Dolum quoque malum sic accipimus, si quid venienti ad iudicium aliquid pronuntiaverit triste, propter quod is necesse habuit, ad iudicium non venire.*

Die dritte, allereingste und eigenthümlichste, der *fallacia* synonyme Bedeutung bezieht sich, als insbesondere für das Obligationenrecht praktisch, auf den Consens, oder auf eine den Erfolg des bösen Willens bedingende Willensbestimmung des Damnificaten, und entspricht dem, was wir im Deutschen Betrug im weitesten Sinne nennen, worunter man also nicht bloß den criminellen, sondern auch den civilrechtlich wirksamen verstehen muß. Sie setzt, während die früheren Bedeutungen gegen das Object sich indifferent verhalten, ein eigenthümliches Object voraus. Sie besteht

4) Die Folge dieses Unterschiedes wird zu erörtern versucht im Archiv des Criminalrechtes, Jahrgang 1839, Stück II, S. 276, u. Stück III, S. 434 fig.

5) *J. B. L. 1. de lege Pomp. de parricidiis*, vergl. mit *L. 15. D. ad leg. Corn. de sicariis*.

strenge genommen in einer Vermögensbeeinträchtigung, wohl zu unterscheiden von einem auch durch andere Mittel hervorzubringenden unmittelbaren listigen oder klüppischen Vergreifen an dem Eigenthume körperlicher Sachen, welche entweder Beschädigung, Diebstahl oder Besitzstörung sein wird, und dadurch bewirkt, daß der Damnificat durch Täuschung zu einer eigenen freien Verfügung über das Seine verleitet wird. Wo es sich von keiner allezeit schätzbaren Vermögensbeeinträchtigung handelt, oder die nicht durch den Beschädigten selbst wirkende Täuschung nur das Mittel zu einem andern Verbrechen ist, da kann von einem Betrüge nur uneigentlich und abusiv gesprochen werden. Lügen, Erdichtungen, namentlich Schmähschriften, welche die Ehre und den guten Namen unseres Nebenmenschen angreifen, nennt bei der verschiedensten Absicht, daß sie Glauben finden sollen, Niemand Betrug; sie sind Verläumdungen, deren Stellung unter das letztere Verbrechen ein Mißgriff des berühmten Feuerbach war, der daraus ein Einschieben von Amtswegen rechtsfertigen wollte. Der vorhin erwähnte Nauplius wird den Namen eines Mörders verdienen⁶⁾, aber ein Betrüger könnte er juristisch so wenig genannt werden, als derjenige, der durch irgend ein Blendwerk (*panno rubro*) mein auf den Alpen weidendes Vieh scheucht, damit es in den Abgrund stürzt oder Dieben zur Beute werde, oder unter einer aufgeregten Volksmenge, z. B. bei einer Feuersbrunst, Jemanden boshafter Weise als Urheber des Verbrechens bezeichnet und der allgemeinen Rache Preis gibt. Eben so wenig ist diese Bezeichnung auf den Dieb anwendbar, der unter dem falschen Vorgeben, mit einem Tuchhändler große Geschäfte zu machen, sein Lager durchmustert, sich für seine angeblichen Committenten Tuchproben abschneiden läßt, um Zeit und Gelegenheit zu haben, die zum Einbrechen geschickteste Localität und die ihm tauglichsten Waaren zu erspähen, obgleich hier schon *indicia* oder *insidias* vorliegen, womit unsere Rechtsquellen den *dolus* im weitesten Sinne bewiesen haben wollen. Es gibt allerdings Betrugshandlungen, welche durch unmittelbare Einwirkung auf eine Sache begonnen werden, ohne daß man vorher den Damnificaten durch falsche Vorspiegelungen zu einer ihm nachtheiligen Verfügung über sein gegenwärtiges oder künftiges Vermögen verleitet, wie es der Fall ist, wenn er dadurch zum Creditgeben, zu einer ihm nachtheiligen Antretung oder Ausschlagung einer Erbschaft, Ausbezahlung von Legatarien, ohne die Falcidische Quart zu bedenken, bestimmt wird. Als nach heutigem Rechte unzweideutige Beispiele dienen die Entwendungen eigener Sachen, welche das einer solchen Erweiterung minder günstige römische, wegen des darauf einem Anderen zustehenden Pfand- oder Retentionsrechtes als *Furtum* behandelt, wie wenn ich bei Jemandem eine versiegelte Geldrolle deponire, und den Ort des Aufbewahrens und den nachlässigen Verschluß des Depositaris bemerkend, die Gelegenheit benutze, ihm dieselbe wegzunehmen. Allein es leuchtet ein, daß dieses entweder eine bloße Re-

6) Nach unserem gemeinen Rechte ist diese Subsumtion unbestreitbar, da dieses die *naufragos suppressos* schon durch die Verhinderung oder Abschneidung der möglichen Hilfe oder Rettung unter die *lex Cornelia de sicariis* stellt.

erei ist, oder daß ich, um einen wahren Betrug zu begehen, den Vorfaß haben muß, ihn wegen des Abhandenkommens *ex deposito* in Anspruch zu nehmen, wo dann zur Ausführung mehr gehört, mag es auch sein, daß ich darauf rechne, ihm für Gegenansprüche, die er mit der *actio contraria* verfolgen konnte, den Muth zu benehmen. Das Gleiche gilt von der Entwendung des Faustpfandes durch den Schuldner, welche ihren Zweck nur durch eine Benutzung der Unwissenheit des Gläubigers über die Art des Abhandenkommens erreichen wird, und da sie von der Schuld nicht befreit, nur dem dasselbe sogleich verprassenden Sannmann zu Nutzen kommt. Eben so, wenn der Verkäufer das noch in seiner Detention befindliche Pferd, das entweder schon bezahlt ist, oder gegen Bezahlung jede Stunde abgeholt werden darf, auf den nächsten besten Jahrmarkt reitet und zum zweiten Mal verkauft. Auch dieser wird, um dem Ansprüche auf das Interesse zu entgehen, und um doppelten Gewinn davon zu tragen, noch irgend einer *fallacia* bedürfen, und etwa durch Zerstörung seines Stalladens einen Einbruch simuliren müssen. Diese und andere Beispiele zeigen also nur, daß man die Wirkung des Verbrechens auf die Eingehung von Verbindlichkeiten, in die der Beschädigte ohne Täuschung nicht gewilligt haben würde, nicht beschränken darf, daß es eben sowohl auf Vereitelung wohlterworbener Forderungsrechte gerichtet sein kann, welche sich indessen auf einen unwillkürlichen Verzicht zurückführen lassen, welcher aber nichts Anderes als eine Verfügung über gegenwärtiges oder zukünftiges Vermögen ist, und von Rechtswegen nur mit seinem Willen geschehen sollte, wobei es aber immer merkwürdig bleibt, daß unser gemeines Recht gerade wegen der Unwillkürlichkeit des Verzichtes hier mehr als einen einfachen Betrug, welcher überhaupt, um eine öffentliche Strafe zu verwickeln, schon als *Stellionat* einen erschwerten Charakter angenommen haben muß, und beziehungsweise ein wahres *furtum* oder ein *fallacium* annimmt. Sie beweisen aber nicht, daß hier die engste und zugleich *objective* Bedeutung des Wortes *dolus* anwendbar sei ⁷⁾, welche mehr, als die bloß *subjective* Seite und Begehungsart der verschiedenartigsten Rechtswidrigkeiten, nämlich eine eigenthümliche Art von Verletzung Anderer bezeichnet, ohne ein Ueberlisten unter der äußeren Form des Rechtes gar nicht möglich ist, und mit dem Gewahrwerden der Täuschung oder Hinterhaltung ihren nächsten Zweck verfehlt, daß ihr der scheinbar freie Wille des hinter das Licht geführten *Dammificaten* selbst beförderlich sein soll. Hiermit hängt es zusammen, daß der Betrug nicht, wie es bei offenen Friedensbrüchen der Fall ist, eine absolute, auch dem unschuldigen Dritten, wie durch die unverjährbare *res furtiva*, schadende, aber auch von Dritten anzurufende, sondern nur eine *relative* Nichtigkeit des Geschäftes oder des Geschehenen hervorbringt, welche den augenblicklichen Uebergang des Eigenthums nicht hindert, und zugleich zu Entschädigungsansprüchen aus dem Geschäft selbst berechtigt; daß ferner das dem Begriffe dieses Verbrechens allein vollkommen angemessene und

7) Diese Beziehung hat kein Schriftsteller so richtig und so tief eingesehen, als *Rosshirt*. Vgl. neues Criminalarchiv, Bd. 8, S. 373.

nathliche Object das Vermögen ist, worauf sich auch in unserem gemeinen Rechte die *actio doli*, so wie der der ersteren parallel laufende *Stellionat* ausschließend bezieht ⁸⁾. Ich weiß zwar wohl, daß die neuere Jurisprudenz und Gesetzgebung dieser Bezeichnung eine vagere Ausdehnung gegeben hat, welche auch nicht cessibele Rechte und Interessen, dem *ius publicum* angehörig, nicht ausschließt, und bin weit entfernt von der Behauptung, daß solche Verletzungen nicht auch Verbrechen seien und sein können. Sie sind zum Theil viel schwerer als gewöhnliche Betrügereien. Nur das finde ich bedenklich, sie unter jenen Gemeinbegriff zu stellen, was in mancher Beziehung zu hart und in mancher zu gelind ausfallen wird, glaube vielmehr, daß die Gesetzgebung auf unserem heutigen Standpunkte sie je nach der Verschiedenheit des Objectes als besondere Verbrechen classificiren muß, und auch in der Regel classificirt haben wird. Die Nothwendigkeit einer eigenthümlichen Auffassung derselben zeigt sich schon bei der, besonders wegen des Einflusses auf die Güterrechte der Ehegatten, noch am ungezwungensten hierher zu beziehenden betrügerlichen Verleitung zur Ehe, da schon hier der Umstand entgegentritt, daß die Ehe kein bürgerlicher Contract, dergleichen die Willfür eingeht und auflöst, sondern ein Stand ist, in der bürgerlichen Gesellschaft unter dem höheren Schutze der Religionsbegriffe eingeführt. Es gibt eine Menge zu einer Ehe verleitende Vorspiegelungen oder Verschweigungen, welche darum die Ehe nicht vernichten, weil ihnen sonst im Handel und Wandel Folge gegeben werden müßte, und inconsequent wäre es schon, hier einen Betrug strafen zu wollen, während der Staat die Ehe aufrecht erhalten muß. Auch dürfte der Windbeutel, der eine reiche Erbin gewann, indem er sich selbst für wohlhabend ausgab, schwer zu überführen sein, daß er es auf ihr Vermögen angelegt hat, und ob es ihm nicht redlich darum zu thun war, sie durch seine Person zur glücklichsten Frau von der Welt zu machen, ihr Vermögen aber zu erhalten und zu vermehren, weshalb von jeher darüber gestritten wurde, ob ein solcher Irrthum zur Scheidung berechtigt und das französische Recht diese Frage verneinend entscheidet. Zu enge zeigt sich die Subsuntion bei dem nur in subjectiver und formeller Beziehung dem Betrüge verwandten Verbrechen der Unterdrückung des bürgerlichen Standes, welches in materieller und objectiver Hinsicht, namentlich bei dem *partus suppositus*, sich weit

8) Der schlagendste Beweis liegt in dem Satze, daß die *actio doli* einen beträchtlichen Schaden von wenigstens zwei aureis fordert, was auf ein schätzbares Object, oder auf ein Gut im staatswirthschaftlichen Sinne zurückweist, das ein *prolum commune* hat, obgleich ich zugebe, daß diese Beschränkung auf den *Stellionat* verkehrt angewendet wird, weil dieser auf einer ausgezeichneten Arglist beruht. Er beruht ferner auf allen in unserem *Corpus iuris* angeführten Beispielen der *actio doli* sowohl, als des *Stellionats*, unter welchen man keine Verletzung von unschätzbaren Interessen aufstreiden wird. Den einzigen Zweifel, welchen das *si quis imposturam fecerit vel collationem in necem alterius* erregen könnte, widerlegt die von *Brissotius*, *Duder* und *Peinocius* unwiderprechlich nachgewiesene Bedeutung dieser bei *Ulpian* oft vorkommenden Redensart. Vergl. die holländische Ausgabe des *Brissotius* von *Peinocius* und *Böhmer*.

mehr den den gemeinen Frieden brechenden gewalthätigen Handlungen nähert, eben weil das im Gegensatz des Betruges als absolute Nichtigkeit erscheinende Unrecht durch keine Einwilligung heilbar ist und kein Mensch über seinen bürgerlichen Stand weder zu seinem Vortheil, noch zu seinem Nachtheil verfügen darf, so wenig er sich *causam possessionis* zu verändern im Stande ist. Die Strafe, wie beim Betrug, nach dem Schatzwerthe des verletzten Interesses zu bemessen, wäre viel zu relativ, da mich freilich der Umstand, ob ich Cong für Benz genannt werde; am eine reiche Erbschaft, Stipendien und Unterstützungen bringen kann, aber auch in dieser Beziehung vielleicht sehr gleichgiltig ist, wenn ich mich in dem einen wie in dem anderen Falle mit meiner Hände Arbeit durchbringen muß. Da aber der gemeinste Mensch sich an sich gegen den Gedanken empört, daß er um seinen rechten Vater und um seine Familie gebracht werden soll, so sind hier durchgreifende Bestimmungen nothwendig, wobei die mittelbaren Interessen als secundär erscheinen, besonders da mehr oder weniger auch die Rechte dritter Personen befangen sind, denen seine Zufriedenheit nichts schadet, so wie sein verbesserter Zustand mit dem Aufkommen sich rückwärts um so schmälicher vernichtet, je höher er dadurch erhoben wurde. Faßt man den Betrug so weit, so muß man auch die Amtserschleichung hineinziehen, weil auf diese Weise sich Jemand als öffentlicher Diener gerirt, der es auf diesem Wege in der That nicht geworden ist, noch werden konnte, und da macht sich die spezifische Differenz sogleich fühlbar dadurch, daß derjenige, welcher das Amt durch Ernennung oder Wahl verleiht, nur in so weit berechtigt ist, als er nach Ueberzeugung und Gewissen dazu verpflichtet ist, und also am meisten fehlt, wenn er sich bestechen läßt, während derjenige, der diesen Aufwand macht, sich für den vollkommen tüchtigen Mann halten kann, und vielleicht nur durch seinen Ehrgeiz angetrieben wird, welcher sehr gegen jene Niederträchtigkeit absteht, welche wir schon mit dem Worte Betrug zu verbinden gewohnt sind. Man denke nur an die Art, wie die größten Staatsmänner Englands in das Parlament gelangt sind. Das Gleiche gilt von der Erschleichung des nicht minder unschätzbaren Ortsbürgerrechtes, dessen Ertheilung von jeher für mehr als eine *res merae facultatis* angesehen wurde, so daß im alten Teutschland sogar die Reichsgerichte Einsicht haben durften, wenn die reichsstädtischen Magistrate in dessen Verweigerung gegen gehörig legitimirte Personen zu zähe waren. Ein verarmter Ortsbürger kann freilich mit seiner Familie einer Gemeinde sehr zur Last fallen und vieles Geld kosten. Aber wenn ein Professionist, der sein Handwerk versteht, wie es häufig geschieht, über das nach den Statuten erforderliche Vermögen falsche Angaben gemacht hat, so möchte ich doch Bedenken tragen, ihn für überführt anzunehmen, daß diese entfernte Folge schon in seiner Intention gelegen, da die Erfahrung lehrt, daß ein tüchtiger Gewerbsmann durch Fleiß und Sparsamkeit mit den Seinigen sich viel besser durchbringt, als Mancher mit dem erforderlichen Vermögen ohne jene Eigenschaften. Es ist unnöthig, diese Betrachtungen noch weiter auszuspinnen und auf diejenigen anzuwenden, welche mit falschen oder fremden Pässen reisen, obrigkeitliche Verfügungen durch falsches Vorbringen extrahiren u. Es leuchtet ein, daß die Befes-

gebung alle diejenigen Tathandlungen, wodurch das öffentliche Recht oder unschätzbare Interessen verletzt werden, unter eigenen Gesichtspunkten und nach ihren verschiedenen Richtungen als besondere Verbrechen auffassen muß, durch deren ausgeprägten Thatbestand sich die Anwendung des dolus auf die erste und allgemeinste Bedeutung reducirt. In dieser Specification thun es die heutigen Strafgesetzbücher dem römischen Rechte zuvor, dessen Armuth dazu nöthigte, dergleichen durch die mangelnde Verfügungsgewalt und durch hervorgebrachte unheilbare Nothigkeiten vorn Stellionate ausgeschlossene Verletzungen unter die falsa zu stellen, wie namentlich den partus suppositus, die falschen Zeugnisse, die active Bestechung, die Erschleichung obrigkeitlicher Verfügungen, sogar den Advocaten, der falsche Constitutionen allegirt, den gegen bestimmte positive Vorschriften verfahrenen Richter u. — Diese Subsumtion ist keineswegs so unnatürlich, als sie uns scheinen könnte, weil auch das Ausstellen und der Gebrauch falscher Urkunden, so wie die Aenderung und Entziehung dichter, als für sich bestehendes Verbrechen gegen das vollkommene Recht auf unsere von Schriftbeweisen abhängige oder darauf beruhende Sicherheit zunächst einen Schaden anrichtet, der sich wohl beweisen, aber nicht schädigen läßt. Denn die falsche Urkunde wird häufig noch vielfältig angefochten oder durch Gegenbeweise entkräftet, und eben so die verlorene Urkunde, womit das Recht nicht erlöscht, durch andere Beweise ersetzt werden. Aber die Ungewißheit des Erfolges hindert nicht die Gewißheit einer schon gegenwärtigen Verletzung des unschätzbaren Interesses, ja unveräußerlichen Rechtes eines Jeden, nicht mit Waffen angegriffen zu werden, die er nur selbst gegen sich ausliefern konnte. Auch läßt sich in der reicheren Mannigfaltigkeit unserer modernen Gesetzbücher in der Specification der Verbrechen die Schattenseite nicht verkennen, daß uns doch auch ungewöhnliche Fälle begegnen, in welchen nicht bedachte strafwürdige Handlungen der verdienten Strafe entgehen dürften, wie namentlich der, wenn Jemand ein ihren Liebhaber erwartendes Mädchen im Dunkeln überrascht und beschläft, vorausgesetzt, daß unter den Fleischesverbrechen der insidiose Beischlaf nicht besonders hervorgehoben ist, welcher übrigens auch im römischen Rechte unter den delictis extraordinariis figurirt.

Diese in unseren Lehrbüchern nicht immer sorgfältig genug gesonderten Bedeutungen bedurften einer ausführlicheren Entwicklung, weil man ohne Reflexion auf ihre Beziehungen sich in unseren Rechtsquellen nicht gehörig zurechtfinden wird, zugleich aber auch um über den dadurch vorbereiteten Vorwurf des gegenwärtigen Artikels nähere Rechenschaft zu geben. Der dolus in seiner engsten Bedeutung hat nämlich in diesem encyclopädischen Werke unter dem Worte *B e t r u g* eine mit verdientem Beifall aufgenommene erschöpfende Bearbeitung gefunden. Es wird also hier die hauptsächlich für das Strafrecht interessante weitere Bedeutung, welche in dem Artikel *C u l p a* schon vielfältig berührt worden ist, vorzüglich zu behandeln sein⁹⁾.

9) Die Literatur ist auch über diesen Stoff sehr reich. Wir begnügen uns mit der neueren. *Stolman*, in der Bibliothek des p. Richters, Th. 1, St. 1,

Ueber den charakteristischen Unterschied des vorsätzlichen von dem bloß verschuldeten Verbrechen haben sich die Juristen vielfältig versucht, und sind, obgleich in der Sache einverstanden, über die Definition bis jetzt nicht recht einig geworden. Die älteren begnügten sich, den dolus als propositum nocendi zu bezeichnen. Dagegen wendet man ein, daß diese Absicht bei vielen Verbrechen gar nicht denkbar sei, z. B. bei manchen Staatsverbrechen, bei vielen Arten der Unzucht, wo der Thäter nur an die Befriedigung seiner thierischen Lust, nicht aber an irgend eine Schadenszufügung denke. Selbst bei Eigenthumsbeeinträchtigungen durch Diebstahl u. s. sei die Schadenszufügung nicht die Hauptabsicht, sondern diese suche den eigenen Vortheil. Selbst in jenen Verbrechen, wo die Absicht zu Schaden in der Regel eintritt, werde die That als vorsätzlich zugerechnet, wenn auch diese Absicht nicht vorhanden sei, wie eine Brandstiftung dessen, der ohne den ihm vielleicht unbekanntem Eigenthümer zu hassen, sich an dem ausgebrochenen Feuer nur betüftigen wollte. Ja es gebe Verbrechen, wobei der Thäter dem Verletzten eine Wohlthat erzeigen wollte, und die darum nicht minder als vorsätzlich imputirt würden, wie wenn Jemand einem kranken Verwandten auf dem Sterbebette, um ihm die Schmerzen eines langamen Todes zu ersparen, das Rissen wegzieht, oder eine Mutter ihr Kind umbrachte, damit es nicht verführt werde, oder geradezu in den Himmel komme. So scheinbar diese Einwürfe sind, so läßt sich doch darauf antworten, daß moralische Begriffe überhaupt keine so scharfen Grenzen haben, um darüber strenge, ohne Reflexion brauchbare Definitionen aufzustellen, und daß man billig erst hätte fragen sollen, was man im Sinne jener Definition eigentlich unter Schaden zu verstehen habe, ob darunter gerade ein bloß materieller und pecuniärer gemeint sei. Ihre Erfinder und Vertheidiger haben das *neminem laede* in dem umfassenden Sinne des zweiten der drei *praecepta iuris*, folglich jede Verletzung irgend eines Gutes oder Interesses, dessen sich die von einem sittlichen und religiösen Elemente nicht zu entblößende Rechtsordnung anzunehmen berufen sei, im Auge gehabt. Damit schein gerade das radicale Böse in jener Willensstimmung getroffen, welcher das Strafgesetz begeg-

Nr. 1; St. 3, Nr. 3. — Klein, vom Unterschiede zwischen dolus und culpa; im alten Archiv, Bd. 1, Nr. 10, Bd. 2, S. 216 fig. — Feuerbach, Revision, Th. 1, Cap. 11. — Dessen Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt, und den dolus indirectus insbesondere, Bibliothek des p. R., Bd. 2, St. 1, Nr. 5. — Gönner, Revision der Einteilungen und des Begriffes des dolus. Landsh. 1810. — A. Rosendaël, de dolo in delictis. Lugdun. 1817. — Rittermaier, im neuen Archiv des G. R., Bd. 2, S. 516 fig. — v. Weber, über die verschiedenen Arten des dolus, Bd. 7, S. 549 fig. — Kleinschrod, in demselben Archive, Bd. 6, Nr. 2. — Dersted, Grundregeln der Gesetzgebung, S. 228 fig. — Rohhirt, einige Bemerkungen zur Lehre vom dolus; Cr.-Archiv, Bd. 8, S. 369 fig. — C. L. Michelet, de doli et culpae in iure crim. notionibus. Berol. 1824. — R. Winsinger, quoniam sit differentia inter delicta dolosa et culposa. Brux. 1824. — Ritzka, Crim.-Archiv, zweite Folge, Jahrgang 1835, S. 219 fig.; worüber zu vergleichen Birnbaum, ebendasselbst, Jahrgang 1837, S. 276 fig., und Fortsetzung S. 374 fig.

nen mußte, da dieses in der Regel nur solche Handlungen als Verbrechen bezeichnen werde, deren Strafbarkeit und Rechtswidrigkeit schon dem natürlichen Rechtsgeföhle und dem ungebildeten Verstande einleuchte, wie denn überhaupt das Gesetz um des Menschen willen und nicht der Mensch um des Gesetzes willen gemacht sei. Auch im Gebiete der Strafrechtswissenschaft gebe es freilich *iura singularia*, durch minder evidente politische oder polizeiliche Rücksichten dictirt, aber bei diesen werde auch auf der einen Seite eine Art von blinder Gerechtigkeit durchgreifen müssen, ohne Dolus und *Culpa* zu unterscheiden, und auf der anderen Seite seien solche politische und polizeiliche Verordnungen diejenigen, wobei man die Entschuldigung mit der Rechtsunwissenheit unter Umständen zuzulassen geneigt sein werde, wenn der dem Gesetz Verfallene weder Anlaß, noch Gelegenheit gehabt habe, sich darnach zu erkundigen. Diese nähere Verständigung vorausgesetzt, fallen die übrigen Einwürfe, größtentheils als zu weit hergeholt und unwahr, von selbst. Denn sie gehen darauf hinaus, die Absicht mit dem Beweggrunde zu verwechseln, und jene lediglich nach dem egoistischen Elemente zu bestimmen, welches sich freilich von der freiesten Handlung nie scheiden läßt, soll diese als die Handlung eines wirklichen Menschen begriffen werden, aber eben so wenig von ihrer moralischen Beziehung zu trennen ist, so gewiß dieses wirkliche Wesen mehr als ein Thier, und zugleich ein freies und vernünftiges Wesen ist. So gewiß er in dieser Eigenschaft nur nach Maximen zu handeln vermag, so gewiß liegt in jeder ernsthaften Intention eine diese doppelte Natur abspiegelnde Mischung. Ihre Verkehrtheit liegt freilich nicht darin, daß er seinen egoistischen Trieb befriedigt, der an sich unschuldig, auf dem Isolirungsschemel auch seine Handlung als unschuldig darstellen würde. Sie besteht darin, daß dieses mit Unterdrückung des ihm nicht minder eingefleischten ethischen Triebes geschieht, der ihn zum Recht und zur Wahrheit beruft, welcher jeder Beförderung des eigenen Vortheiles mit dem Schaden Anderer, die gleiches Recht haben, widerstrebt, und dessen Ueberwindung eine um so größere Stärke des bösen Willens zeigt und erfordert, je trivialer die Lust ist und je weniger der Vortheil mit dem Schaden in einem Verhältnisse steht, wie es bei Nero der Fall gewesen, der Rom angezündet haben soll, bloß um das Schauspiel des brennenden Troja zu genießen. Es wird also denen, die sich mit der obigen Definition behelfen zu dürfen geglaubt haben, keine geringe Sottise aufgebürdet, als hätten sie unter Absicht, zu schaden, nur die seltene Teufelei verstanden, welche den Schaden Anderer aus unmittelbarem Wohlgefallen bestrebt, da doch schon die Worte des Seneca gewiß auf den gewöhnlichen Schlag zutreffen: *nec quisquam tantum a naturall lege descivit et hominem exuit, ut animi causa malus sit.* — *Omnes enim cum minima peccata cum causa suscipiant, tum vero illa, quae multo maxima sunt maleficia, aliquo certo emolumento ducti suscipere conantur.* Eine solche Polemik dürfen sie als gewissermaßen dolos abweisen, da man sich anstellt, als ob das Böse minder frei sei, als das Gute, oder dem Menschen eine geringere Anstrengung koste, da doch gerade die zum Ziele nöthige Spannung dasjenige ausmacht, was man Absicht oder Intention nennt. Beachtungswert-

ther ist der Mittermaier'sche Einwurf, daß eine wohlwollende Absicht das Verbrechen nicht unvorsätzlich oder unfreiwillig mache. Allein diese These kann man unbedingt nur in so weit zugeben, als sie, wie bei dem Schuster Erskin, bloß für Dritte wohlwollend ist, deren Vortheil man dem Nachtheil des Beschädigten so wenig unterordnen darf, als den eigenen. Ist sie für den Beschädigten selbst wohlwollend, so ist sie allerdings als die Verkehrtheit einer tölpischen Freundschaft, oder als aufgedrungene Wohlthat der seltsamsten Art in der Regel verwerflich, da man sich ein Entscheidungsrecht herausnimmt, was in keinem Falle uns gebührt, und nicht leicht Glauben verdienen, wie man z. B. bei dem, welcher dem kranken Verwandten das Rissen wegzieht, um ihm die Todesqualen abzukürzen, geneigter sein wird, anzunehmen, daß es darum geschah, weil ihn die schuldige Pflege verleidete. Allein wenn ungewöhnliche Umstände den Mißklang einer solchen freundlichen Uebereilung entfernen, wie wenn ein Soldat seinem schwer verwundeten Kameraden auf dem Schlachtfelde auf sein Verlangen den Rest gibt, damit er nicht noch von Kosaken mißhandelt, von Pferden zertreten werde, so wird man doch an der Erheblichkeit dieser Entschuldigung nicht zweifeln. Mittermaier selbst sagt am Ende¹⁰⁾: Alle Merkmale des dolus sind vorhanden, nur liegt ein Irrthum zu Grunde, der nur die Strafwürdigkeit herabsetzt, aber die dolose Natur des Verbrechens nicht aufheben kann. Er scheint also doch einen solchen Reflexionsfehler, wenn er nicht, wie bei der Mutter Klein's, welche in ihrer, kein gesundes Gefühl bestechenden und die atrocitas facti so wenig als religiöse Schwärmerei beschönigenden, Sentimentalität den biblischen Spruch: non facienda mala, ut eveniant bona, vergaß, unverzeihlich ist, den Werth eines außerordentlichen Milderungsgrundes beizulegen, und dann läuft die Sache bei dem unmerklichen Uebergange des dolus in die culpa lata auf einen bloßen Wortstreit hinaus¹¹⁾. Es ist nicht zu bestreiten, daß zum Wesen des ersteren eine feindselige Absicht, nur um so schlimmer, wenn sie sich hinter Prätexten versteckt, gehört, wie in jedem Verbrechen irgend ein Bruch des allgemeinen Bürgerfriedens liegt. Unser gemeines Recht ist hier so wenig entgegen, daß es ausnahmsweise das, was aus bloßem Mitleid oder verzehlicher Begünstigung Anderer geschah, in manchen, freilich sehr cum grano salis zu verstehenden Fällen, nur als culpa lata würdigt¹²⁾.

Unter den neueren Definitionen verdient die des unvergeslichen

10) Neues Cr.-Arch., Bd. 2, S. 527, 528.

11) Er selbst bemerkt im Cr.-Archiv, Bd. 8, S. 350, sehr richtig: Noch immer hält man dolus und culpa für zwei scharf von einander zu trennende Zustände, und fragt ängstlich in jedem Falle, ob die That mit dolus oder culpa verübt sei, ohne zu erwägen, daß in vielen Fällen beide in einander fließen, so daß unendlich viele Abstufungen der Willensbestimmung denkbar sind. — Auch v. Weber, Bd. 7, S. 573. Doch darf auch dieß nicht vom Begriffe, sondern nur von der Anwendung verstanden werden.

12) Vergl. Paffe, die culpa des römischen Rechtes, 2. Aufl., S. 75. Köpffert hat kein Bedenken getragen, dieses auch strafrechtlich anzuwenden.

Feuerbach¹³⁾ genauer besprochen zu werden, der dolus sei „eine Verletzung des Willens (Begabungsvermögens) zu einer Rechtsverletzung als Zweck, mit dem Bewußtsein der Gefährlichkeit des Begehrens.“ Sie ist in das bayerische Strafgesetzbuch von 1813 (Art. 36) mit einer dieblasse Wortfassung betreffenden Abänderung abgegangen: „Mit rechtswidrigem Vorsatz wird ein Verbrechen begangen, wenn eine Person die Hervorbringung des aus ihrer Handlung entstehenden Verbrechens sich als Zweck und Absicht dieser Handlung vorgesetzt hat, und sich dabei der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit dieses Entschlusses bewußt gewesen.“ Auch diese Erklärung hat vielfache Anfechtungen erfahren. Bei dem ganz zu spitzfindigen Argumente, welches die Einsparung des Wortes Begehrensvermögen bemerkt, und dafür Strebungsvermögen gesetzt haben will, hatten wir uns nicht auf, da unter Begehrensvermögen ein anerkannter Sprachgebrauch nichts Anderes, als den Gegensatz des Vorstellungsvermögens, und zwar in specie gerade das Bestreben versteht, dattich seine dem Object vorausgehende Vorstellung Ursache des Vorgestellten zu werden. Jemand ein Bestreben zu handeln ist ja gerade das, was den ersten Willen vom bloßen Wunsche und der Neigung unterscheidet. Scheinbarer ist der Einwand, daß namentlich die Feuerbach'sche Definition schon dadurch zu enge werde, daß sie eine Rechtsverletzung voraussetze, da doch längst anerkannt sei, daß in dem Gode auch solche, die Sittlichkeit untergrabende Handlungen des Verbrechen angeht werden müssen, bei denen, wie z. B. bei der Bestialität, von einer Rechtsverletzung keine Rede sein könne. Allein ein Mann wie er, konnte dieses Wort unmöglich in dem engeren Sinne nehmen: welche zunächst oder allein ein beschädigtes Individuum zur Rüge berechtigt. Ihm konnte es nicht entgehen, daß die sogenannten Privatverbrechen, welche nur auf Klage verfolgt werden dürfen, zur Ausnahme von der Regel gehören, daß das wahre Verbrechen, auch wenn es ein Rechtsverbrechen ist, nicht bloß den Beschädigten, sondern das Publicum und das Staatsganze beleidigt, und die Reaction einer öffentlichen Genugthuung herausfordert, welche Jeder im Volke durch Anzeige zu sollicitiren berechtigt, und wozu Jeder als aufgerufener Zeuge mitzuwirken verpflichtet ist. Um so näher liegt es, daß wenn der Staat gewisse Handlungen rein im Interesse der öffentlichen Moral, Ordnung und Sicherheit bei Strafe zu verbieten das Recht hat, es auch Verbrechen gibt, ohne daß das Recht eines Privaten oder bestimmten Individuums verletzt zu werden braucht. Ohne Zweifel hat er durch die Substituierung des Wortes Rechtsverletzung, an der Stelle des gewöhnlichen Merkmales Schaden, das letztere nur erweitern wollen, ohne sich einsallen zu lassen, daß er neue Mißverständnisse erregen werde. Die weiteren Einwürfe gegen die Worte Zweck und Absicht des Verbrechens sind dieselben, welche schon vorher beleuchtet wurden, und schweifen dadurch ab, daß sie, einer längst anerkannten Schuldinction zuwider, den nächsten mit dem entferntesten Zwecke, den Zweck mit dem Endzwecke vermischen. „Der A stiehlt, jedoch nicht um zu stehlen, sondern um seine Schulden zu bezahlen; er

13) Feinliches Recht §. 54.

raubt, jedoch nicht um zu rauben, sondern um mit dem geraubten Gute seinem armen Vater zu helfen. Der A hat also bei seiner Thatunternehmung einen ganz andern Zweck, eine ganz andere Absicht, als daß damit der Diebstahl, der Raub zur Existenz (!) komme⁽¹⁴⁾. Wenn man so raisonnirt, so geräth man am Ende auf einen progressus in infinitum, welcher alle nach dem Grundsatz: *causa solitaria non iuvat*, zu Erklärung bestimmter Handlungen allein dienlichen wirklichen Zwecke, welche immer die nächsten sind, zuletzt in den formellen auflöst, der als bloße Idee in alle Einheit bringt. Der Fromme will sich Gott gefällig machen und die ewige Seligkeit verdienen, aber wäre es wohl mit der müßigen Schreiwacht nach dem Himmel gethan, und ist es darum nichts und will es nicht geübt und gelernt sein, daß er sich als gefälliger und friedlicher Nachbar betragt, seine Kinder gut erzieht, sich der Armen und Nothleidenden gehörig annimmt. u. s. So wäre auch der A durch das noch so lebhaftes Anliegen, seine Schulden zu bezahlen, oder seinem armen Vater zu helfen, noch nicht zum Dieblicher, sondern je nachdem sich dasselbe spezifisch bethätigt und entweder einen rechtlichen Erwerbzweig oder fremdes Eigenthum ergrift, bleibt er ein ehelicher Mann, oder wird zum Diebe oder Räuber. — Trifftiger scheint die Erinnerung, daß das Merkmal „des Bewußtseins der Gesetzwidrigkeit seines Begehrens“ ein überflüssiges sei (was auch v. Grohman, C.R.W. S. 46, weggelassen hat), weil es schon aus dem Vorangesagten von selbst folge, und gewissermaßen mit der Bestimmung des bayerischen Strafgesetzbuches: „daß die Reue, was unter bürgerlicher Strafe verboten ist, sei nach dem Gewissen oder der Religion erlaubt, — den rechtswidrigen Vorsatz nicht ausschleife,“ im Contraste stehe. Indessen nehmen wir Anstand, auch nur diesem Tadel beizustimmen⁽¹⁵⁾. Die Willensbestimmung zu einer Rechtsverletzung als Zweck schließt das Bewußtsein ihrer Rechtswidrigkeit nicht nothwendig in sich, und gleichwohl gehört diese zum dolus, weil das vorsätzliche Verbrechen nicht blos in der Erscheinung sich rechtswidrig darstellen, sondern auch aus einem gleich bösen Willen entspringen soll. Abgesehen von dem Extrem, daß er die Rechtsverletzung dem Schutze seines eigenen Rechtes schuldig gewesen sein konnte, daß er sich in einem Nothstande, oder in Verrücktheit befand, kann er ja in einem Irrthume gehandelt haben, ohne zu wissen, was er verbrach. Eine andere Frage ist dann die, welcher Irrthum ihn entschuldigt. Der Rechtsirrtum freilich nicht, weil dieser keinen Glauben verdient, und weil wir von jedem in der bürgerlichen

14) Rikla, im Crim.-Archiv, Jahrgang 1835, S. 227.

15) Wir wagen es um so weniger, da die angesehensten Criminalisten auf ihrem Standpunkte darauf zurückkommen. Vgl. Kleinschrod, system. Entw., §. 14; Klein, Grundf. des peinlichen Rechtes, §. 119; Martin, §. 34: Dolus ist der Entschluß, einem Zwecke nachzustreben, welcher an und für sich oder um seiner Folgen willen strafbar und dem Menschen zur Zeit seines Entschlusses (nicht auch zur Zeit der Ausführung?) in dieser Eigenschaft bekannt war. Kegg, §. 83: Dolus ist der Entschluß zur Hervorbringung eines als gesetzwidrig erkannten Erfolges. Auch in unseren Rechtsquellen ist das sciens nicht selten dem dolo malo noch vorgesetzt, und Paffe hat sogar, freilich zu einseitig, in das wissentliche Schaden das Hauptmerkmal gelegt.

Gemeinschaft mit uns Aufgewachsenen die Unterscheidung dessen, was in ihr als Recht oder Unrecht angesehen wird, nothwendig vorauszusetzen müssen, um ihn als unfreies Gleichen und als Gewissen aller Vortheile dieser bürgerlichen Gemeinschaft zu achten und anzuerkennen. Aber er kann auch in einem Thatirthum gefehlt haben, wie derjenige, welcher seine fremden Leuten untergeschobene Schwester unter fremdem Namen heirathet, wie Kittla a. a. D. selbst anführt. Dann ist seine That objectiv ein indispensabler Incest und seine Ehe nichtig, er aber kein Verbrecher. Wir lassen hierbei die subtile Frage an ihrem Ort gestellt, ob nicht eine an sich nicht verwerfliche oder doch minder strafbare Maxime des Handelnden das Bewußtsein des wirklich verübten Verbrechens so vertunkeln konnte, daß ihm dieses Unrecht mindestens nicht als Dolus, sondern nur ein geringeres Verbrechen zugerechnet werden kann. Schon so bestohat aber die in das bayerische Gesetzbuch aufgenommene Definition und die erwähnte spätere Bestimmung neben einander, ohne daß die letztere der ersteren derogirt. Der am schwersten zu entfernende Tadel dürfte des sein, daß die Definition nur auf den bestimmten Dolus, weniger auf den unbestimmten und eventuellen paßt, und Handlungen des Affectes auszuschließen scheint.

Es verlohnt sich nicht, bei manchem anderen über unsern subtilen Begriff versuchten Definitionen sich weiter aufzuhalten. Sie sind Variationen über dasselbe Grundthema. Die kürzeste und bündigste scheint die Mittermaier'sche, welche den Dolus als den Entschluß zu einer als strafbar erkannten Handlung bezeichnet, und im Wesentlichen mit der oben angeführten Martin'schen und Abegg'schen und der des Hartnboeck'schen Entwurfs übereinkommt. Die Erklärung des allgemeinen Landrechtes für die preussischen Staaten (Th. II, Tit. 20, §. 26): „Wer absichtlich etwas thut oder unterläßt, wodurch Jemand gegen die Vorschrift eines Gesetzbuches beleidigt wird, der begeht ein vorsätzliches Verbrechen;" ist freilich nicht klärer, als das Definitum und zu enge, und auch die Definition des österreichischen Gesetzbuches vom J. 1803, §. 1: „Böser Vorsatz fällt zur Schuld, wenn vor oder bei der Unternehmung oder Unterlassung, das mit dem Verbrechen verbundene Uebel bedacht und beschlossen worden ist," unterliegt den von Birnbaum (a. a. D.) entwickelten Bedenken, und scheint insbesondere sowohl Handlungen des Affectes auszuschließen, als auf solche vorsätzliche Handlungen nicht gut anwendbar, welche bloß um ihrer nicht sofort in die Augen fallenden entfernteren Folgen, ihrer Gefährlichkeit oder um des Mißbrauches willen verboten sind. Am meisten bedürfen diejenigen Gesetzbücher und Schriftsteller der Berichtigung und Einlenkung, die den Willen, das zu thun, was durch das Gesetz verboten ist, in allen Fällen gleichmäßig zum bösen Vorsatz zugerechnet haben wollen, oder den Dolus als bestimmten Willen, das Gesetz zu übertreten, definiren, obgleich ihnen das sehr richtige Gefühl zu Grunde liegt, daß das Specificum des Dolus zuletzt in der schlimmen Maxime des Handelnden, und in dem daraus entspringenden Triebe zur Widerrechtlichkeit wurzelt¹⁶).

16) Vergl. Birnbaum a. a. D. S. 506, und Kittla a. a. D. S. 223.

Da nun das ernstlichste Bestreben, das Richtige zu treffen, so ausreichende Begriffsbestimmungen hervorgebracht hat, und jede derselben in Beziehung auf die sich dagegen erhebenden Anfechtungen gleichsam aus der Charpbis in die Scylla gefallen scheint, so hat sich in neueren Zeiten ein decidirter Scepticismus geltend gemacht, daß man alle diese Versuche, als vergeblich, aufgeben müsse; weil jener Begriff seinem inneren Wesen nach so einfach und in seiner Anwendung auf den besondern Fall so mannigfaltig sei, daß er sich gar nicht definiren lasse. So scheinbar dieser Scepticismus aufgestrukt worden ist, so müßte sich doch die Wissenschaft selbst aufgeben, wenn man ihn für die Doctrin verstehen wollte, und auch für die Gesetzgebung dürfte hier das französische Sprüchwort anwendbar sein: *hemarrhe ou heurathe* nicht, es wird dich Beides geruen. Mag sie auch die allgemeine Definition vermeiden, so wird sie doch nicht umhin können, die erheblichsten Controversen zu entscheiden, welche über die Anwendung des Begriffes entstanden sind. Nichts ist einfacher und zugleich mannigfaltiger als der Begriff des Diebes, dessen Erwerb und Verlust sich formell stets gleich bleibt, und doch materiell sehr verschieden ist, wenn wir z. B. den abgeleiteten Erwerb des Käufers, Pächters u. mit dem einseitigen des Jägers, Schatzgräbers oder gar dem bloß factischen eines Diebes vergleichen. Darum ermangelt unser *Corpus iuris* darüber weder einer allgemeinen Bestimmung, noch einer dieselbe entwickelnden detaillirten Anwendung, welche zugleich außer Zweifel setzt, daß es keineswegs zu den gemachten Begriffen gehört, welche die Willkür des Gesetzgebers aus politischen Rücksichten so oder anders zu bestimmen vermochte. Der Unterschied zwischen vorsätzlichen und unvorsätzlichen Verbrechen gehört allerdings, wie Alles, was sich auf Zurechnung und Auslegung bezieht, dem philosophischen, dem wissenschaftlichen Elemente des Strafrechtes an, welches der Gesetzgeber in seiner natürlichen Freiheit und Entwicklung nicht stören darf, und nur so weit zu beherrschen im Stande ist, als er dasselbe zu leiten versteht. Er widerstrebt so sehr einer jeden Dictatur, daß sich darüber allerdings keine gesetzlich bindenden Vorschriften, aber doch leitende Grundsätze aufstellen lassen, welche in ihrer mehr oder mindst gelungenen Fassung stets eine unwillkürliche Beziehung auf ein unaussprechliches Allgemeine behalten werden, aus dem sie geschöpft wurden, so daß sie nach der L. 1. D. de Reg. I. über ihre Grenzen hinaus ihre Wirksamkeit verlieren, weil das hier vom Thatsächlichen unzertrennliche Recht sich nur in dem Verhältnisse der Regel bequemt, als diese aus dem Rechte selbst gebildet wurde. Eine Hauptschwierigkeit, welche der Aufstellung einer umfassenden Definition entgegentritt, scheint allerdings darin zu liegen, daß viele Verbrechen eine eigenthümliche Beschaffenheit des rechtswidrigen Willens erfordern. So gehört zum Morde Vorbedacht, zum vorsätzlichen Totschlag ein im Affecte gefaßter und ausgeführter Entschluß, und beide begnügen sich nicht mit einer feindseligen Mißhandlung, wenn sie nicht zugleich den *animus occidendi* einschließt. Zum Diebstahl gehört *animus lucrificiendi*, zum Hochverrathe *animus hostilis*. Allein so gewiß der Begriff und das Wort Baum in der Sprache und in der Entwicklung des menschlichen Verstandes älter sind, als die Begriffe und

Worte Eiche, Buche, Linde u., obgleich nur die letzteren Species in der Wirklichkeit existiren, so entspricht auch der dolus einem allgemeinen Thatbestande der Verbrechen, während jene eigenthümlichen Beschaffenheiten zum besondern Thatbestande einzelner Verbrechen gehören, dem sich freilich der Sattungsbegriff anschmiegen und so deren Farbe annehmen muß. Solche Vielfältigungen des dolus liefert uns auch das Corpus iuris in civilistischer Hinsicht in Menge, die darum doch einem Stamme angehören, z. B. dolus est, si quis nolit persequi, quod persequi potest, si quis id, quod potest restituere, non restituit, qui ex aliena iactura lucrum quaerit, qui petit, quod redditurus est, qui imperio magistratus non paruit etc. Weder der Gesetzgeber, noch der Rechtslehrer braucht sich daher durch die Besorgniß abschrecken zu lassen, seine Aufgabe nicht zur Zufriedenheit jedes Gräblers zu erschöpfen. Dem Ersteren genügt, wenn seine Definition nur gemeinlich Zutritt, womit die Ausnahmen, welche jede Regel leidet, nicht ausgeschlossen sind, und ein höheres Bestreben wird nicht nur der Gemeinverständlichkeit Eintrag thun, sondern auch die Buchstabenmenschen am leichtesten zu Mißgriffen führen. An schärferen Bestimmungen mag sich der Rechtsgelehrte versuchen, und daß wir schon mehrere Definitionen haben, mit denen man sich für den Hausbedarf wohl begnügen kann, hoffen wir gegen die aufgeworfenen, zum Theil zu weit getriebenen, Zweifel gezeigt zu haben.

Uns scheint die ältere, welche den dolus als propositum nocendi oder laedendi, definiert, noch immer diejenige, welche dem gesunden Menschenverstande am meisten einleuchtet und mit der in Beziehung auf das Wort Schaden freilich gebotenen Erweiterung auch eine tiefere Forschung befriedigt. Die Feuerbach'sche, obgleich nicht minder wahr und scheinbar schulgerechter, sagt doch einem leidigen Gesetznormismus zu sehr zu und verliert das prius aus den Augen, was den Gesetzgeber zu dem Strafgesetz bestimmt hat, und dem durch das Strafgesetz begegnet werden sollte, wenn es gleich wahr ist, daß der Richter die schädlichste und gefährlichste Handlung nicht strafen darf, bevor sie ein Gesetz für ein Verbrechen erklärt hat. Letzteres hat nur die Folge, daß man mit Bauer sagen muß, die an sich dolose Handlung ist zwar strafwürdig, aber nicht strafbar. Das Verbrechen überhaupt liegt in der Verletzung oder Gefährdung irgend eines in der Rechtsordnung geschützten Gutes. Dieses ist ein sinnliches Factum, das zwar zum Theil nur circumstantiell oder künstlich zu erheben ist, aber doch auch in der Handlung selbst oder in ihrem Erfolge durch Zeugen konnte. Mehr als diese in die Sinne fallende Erscheinung gehört nicht zum Thatbestande des Verbrechens, welcher (Ea vestigium hominis) auf einen zugleich physischen und freien Urheber hinweist und der sicheren Erforschung des Thäters, wo nicht vorausgehen, doch dieselbe begleiten muß¹⁷⁾. Er bezieht sich auf eine Begehungsart, welche keiner bloßen Naturursache zu-

17) So habe ich das, was man Thatbestand im eigentlichen Sinne nennt, schon zu bezeichnen versucht in meiner Schrift: über Majestätsverbrechen und Hochverrath (Stuttgart 1836), S. 57 u. 58.

geschrieben werden kann, und daher in der L. 5. §. 2. D. ad leg. Aqu. dem si quadrupes damnum dederit, vel tegula ceciderit, entgegengesetzt wird. Die Beziehung auf einen zurechnungsfähigen Urheber ist zwar nicht davon zu scheiden, daher in derselben Stelle die im voraus gewisse Wirkung eines Rasenden, eines Kindes, eines zur Unterscheidung noch nicht gereiften impubes diesen zufälligen Ereignissen eines damnum fatale gleichgestellt wird. Aber dieses Vorurtheil ist gewöhnlich nur ein problematisches¹⁸⁾, und muß jedenfalls für den Zweck der Verurtheilung die Frage, ob die Handlung dolo oder bloß culpa geschehen war, noch an ihren Ort gestellt lassen, welche im Gegensatz eines eigentlichen Beweises nur auf ein rechtsgiltiges Bekenntniß oder durch Indicien entschieden werden kann, und daher ein Verfahren gegen den Angeschuldigten voraussetzt. Dolo ist sie verübt, wenn der in die That ausgebrochene Wille in Opposition gegen die durch das Strafgesetz geschützte Rechtsordnung auf die Verletzung oder Gefährdung eines solchen Gutes gerichtet war, was nur möglich ist, wenn er sich derselben als gewisser oder wahrscheinlicher Wirkung seiner Handlung bewußt war. Daher gehört zum dolus Beides: Wissen und Wollen, jedoch so, daß die erkannte Gewißheit des Erfolges, mit dem Wollen zusammentrifft, die Ungewißheit des bewirkten Erfolges aber den dolus nicht ausschließt, wenn der Erfolg nur möglich war und wirklich bezweckt wurde, wie bei demjenigen, der seinen Gegner wegen zu weiter Entfernung durch einen Bogenschuß noch zu erreichen gedenkt. Ist dagegen der Erfolg zwar ungewiß, aber gar nicht, sondern etwas Anderes gewollt, z. B. er will ihn nur durch die pfeisende Kugel erschrecken, in der Erwartung, ihn nicht zu treffen, so ist bloße culpa vorhanden, und dazu der nicht gewollte schwere Erfolg, neben dem eigentlich bezweckten, nach dem Grade des letzteren zuzurechnen. Unser gemeines Recht begnügt sich jedoch, wie wir schon an einem andern Orte gezeigt haben, mit diesen beiden Elementen nicht, sondern nimmt den die innere Schlechtigkeit und Stärke des bösen Willens determinirenden Trieb zur Widerrechtlichkeit auf eine Art zu Hilfe, welche diesen hauptsächlich durch das bloß eigennützige oder schadenfrohe Motiv sich entblößenden Trieb als das eigentlich Charakteristische des dolus voraussetzt. Auch kann sich nur eine mehr vom Gewöhnlichen, als vom Wesen abstrahirte Dogmatik, und keineswegs die Speculation mit den beiden ersten Merkmalen ohne das dritte, wodurch die Definition erst genetisch wird, befriedigen. Es wurzelt in derjenigen Nothwendigkeit, welche die Speculation mit der regsten Selbstbestimmung combinirt, weil die dem Willen

18) Auch ein Verrückter kann so hinterlistig und so überlegt gehandelt haben, daß der Zweifel entsteht, ob er nicht in einem lucidum intervallum handelte, worüber sodann dem Arzte das Urtheil gebührt. Dieß ist aber nur bei fortbauern den zweifelhaften Gemüthszuständen praktisch. Denn wenn auch der Schuldige nach dem mit vollem Bewußtsein verübten Verbrechen wahnsinnig wird, so kann er weder prozessirt, noch gestraft werden. Es ist auffallend, daß die Rechtslehrer diesen moralischen Tod, nicht neben dem physischen unter den Tilgungsarten der Verbrechen aufführen. Der Unterschied eines solchen erst nachher eingetretenen Zustandes ist nur von civilrechtlicher Bedeutung.

als innere Eigenschaft nie abzusprenkende Freiheit in der dem Causalitäts-gesetze unterworfenen Phänomenenwelt verschwunden ist, was aber nur post factum erkennbar wird. Allerdings wird der dolus weder durch das Bewußtsein des gewissen Erfolges, noch durch die Bestimmtheit der Absicht oder Willensrichtung erschöpfend erklärt, wenn wir nicht bis auf diesen tiefer liegenden Grund zurückgehen. Das die Handlung begleitende Bewußtsein der Gewißheit ihrer Wirkung genügt zwar gemeinlich, den Trieb erkennbar zu machen, weil das entgegenstehende Pflichthinderniß einer Ueberwindung bedarf, folglich ohne Intention die Handlung nicht möglich ist, ohne daß es weiter darauf ankommt, ob nicht der Verbrecher diesen von ihm selbst verwünschten Erfolg, wozu ihn sein Dämon getrieben, gern umgangen hätte, wenn er, wie der nach der Börse lästerns Raubmörder seinen Endzweck auf andere Weise hätte erreichen können; und wenn Grolman sich des starken Ausdrucks bedient: der höchste Grad der Gleichgültigkeit gegen den vorausgesehenen Erfolg grenze unmittelbar an den Vorsatz, so hätte er, um Mißverständnis zu verhüten, lieber sagen sollen, die culpa gehe hier geradezu in den dolus über, weil die menschliche Natur eine solche Gleichgültigkeit gar nicht zuläßt. So scharfe Abgrenzungen, gegen die sich auch Mittermaier in der oben angeführten Stelle ausgesprochen hat, hätten unsere Classiker gewiß nicht gut geheißen, und sie führen den wissenschaftlichen Sinn von dem gesunden Menschenverstande ab. Der Satz Grolman's bedarf daher einer näheren Bestimmung, und er hatte unstreitig den freilich nicht seltenen Fall im Auge, wo das Bewußtsein des angerichteten Erfolges durch eine unschuldige oder minder strafbare Absicht so verdunkelt worden ist, daß der Angeschuldigte das darin liegende Uebel ignoriren konnte. Aber gerade diese zweideutigen Fälle sind es, wo nach unserem gemeinen Rechte die Schlechtigkeit des Antriebes das illiquidum der subjectiven Vorstellung des Erfolges und die unbestimmte Absicht zu ergänzen im Stande ist. Um den dolus zu entfernen, muß entweder der Handelnde in einer an sich unschuldigen Absicht über einem bestrebten realen Gute den Erfolg gar nicht als dieses Unrecht erkannt haben, oder die allein gewisse unvergleichlich minder strafbare Absicht muß mit diesem Erfolge in einem solchen Mißverhältnisse stehen, daß die atrocitas facti der Hypothese widerstrebt, denselben in die Absicht einzuschließen. Das Specificum des dolus liegt zuletzt in der Schlechtigkeit der Maxime des Handelnden, und diese kann sich ohne Gewißheit des Erfolges und bei unbestimmter Absicht vollkommen zeigen. Einmal, wenn der Mensch nach ihr eine Ursache in Bewegung setzt, welche, mit Unheil schwanger, in ihrer Wirksamkeit nicht mehr beherrscht werden kann, weshalb wir die aeditio, die Brandstiftungen, die naufragi suppressi etc. auch unter die lex Cornelia gestellt finden; dann, wenn er sich einer leicht in die wildeste Grausamkeit ausschweifenden Leidenschaft überließ. Der Unzüchtige, welcher eine von ihm genothzüchtigte Weibsperson, oder gar ein unmannbares Mädchen so mißhandelt, daß sie das Leben einbüßt, sollte unerbittlich mit dem Tode bestraft werden, sobald er diesen Erfolg nur als wahrscheinlich vorausgesehen hat und voraussehen mußte, wie bei uns der Fall vorgekommen

ist, daß einer sich so gegen eine Schwangere verging, und dadurch zwei Leben auf einmal umbrachte, wahrscheinlich weil er sich dadurch nach einer Volksmeinung von einer Gonorrhoe zu curiren gedachte. Denn welche Stärke des schlechten Triebes gehört dazu, nicht nur die vom Rechte in der Nothwehr Leib und Leben gleichgestellte Keuschheit, sondern auch die Gefahr von Leib und Leben einer solchen Person seiner thierischen Lust unterzuordnen? — Und in der That artet die Humanität in Nervenschwäche aus, wenn man auf das nicht zu bestreitende getrüübte Bewußtsein und die ihn nach der That packende Reue eine unverdiente Rücksicht nimmt, statt daß man ihn demjenigen vergleichen sollte, der sich mit geistigen Getränken und mit Belladonna berauscht hat, um ein seiner eigenen Natur widerstrebendes Verbrechen desto rücksichtsloser begehen zu können. Auch das Unternehmen des Schützen, der, um seine Kunst zu zeigen, dem Anderen die Locke streifen wollte, und ihn todt geschossen hat, dürfte über den bloßen Muthwillen hinausgehen, abgesehen davon, daß ein so beschränktes Bekenntniß einer starken Unterstützung bedarf, um nur Glauben zu verdienen. Ein Anderes ist es bei dem Bestohlenen, welcher den flüchtigen Dieb verfolgt, und dem wohl zuzutrauen, daß es ihm nur um das Seine zu thun war, und daß ihm genügt hätte, nur an den Weinen zu verwunden. Eben so bei den Excessen der Nothwehr, des Amtseifers oder des Züchtigungsrechtes. Ferner bei dem Zuschlagen in Kaufhändeln, wo nur Realinjurien ausgetauscht werden, die sich in der Hitze des Streites nicht abwägen lassen, besonders wo es ohne mörderische Waffen geschieht. L. 1. §. 3. D. ad leg. Corn. de sicariis. Ja, zum Beweise, daß die objective Gewißheit des Erfolges allein nicht entscheidet, selbst beim Gebrauch von Messern, wo der Handelnde, obgleich in selbst herbeigeführter und daher nicht entschuldigter Nothwehr sich nicht mehr anders glaubt helfen zu können, um nicht unterliegen zu müssen, — lauter Handlungen, welche bei einem hinterlistigen Anfälle und nach einer vorbedachten Bewaffnung schon ganz anders gewürdigt werden würden. Auch dem Arzte oder Wundarzte, und seien sie unberechtigte Medicaster, wird man nur culpa lata zur Last legen, wenn sie durch eine noch so gewagte heroische Cur oder Operation den Patienten auf den Kirchhof geliefert haben, weil die wohlgemeinte Absicht, den Kranken retten zu wollen, jeden eventuellen dolus ausschließt. Im Gegentheil verdammt nach unserem gemeinen Rechte den bewaffneten Dieb, welcher den ihm zu rasch und herzhast auf den Leib kommenden Bestohlenen erschlug, seine Vorbereitung, die ihn in das Abenteuer verflocht, ohne für sich selbst und jene Begegnung einstehen zu können. Hätte dagegen unser gemeines Recht die zuvor gedachten Fälle dem dolus nicht gleichstellen wollen, worauf schon ihre theilweise Stellung unter die Sicarier hinweist, so wäre es darin inconsequent, daß es ja den impetus, oder den offenbar gelinderen Fall eines sehr entschuldbaren Affectes in den dolus mit einschließt, welcher bei der mangelnden Klarheit des Bewußtseins durch nichts Anderes, als aus den auf Schaden gerichteten Trieb erkannt wird, dem sich der Mensch nicht überlassen soll, weil es in dem Verhältnisse weiter führt, je blinder es geschieht, weshalb die wohlwollenden Affecte des Mitleids,

der Gefälligkeit und der Freundschaft unter Umständen die bloße Zurechnung zur *oulpā lata* herabstufen, wenn die Rechtswidrigkeit damit in einem solchen Verhältnisse steht, daß sie noch als Schwachheitsfünde entschuldigt werden kann, wie bei demjenigen, der den gefesselten oder gar auf der Folter liegenden fremden Sklaven befreite, weil er sein Jammern nicht aushalten konnte, oder welcher in einem in Auftrag übernommenen Kaufe einen guten Freund sich zuvorkommen ließ, der das Object so nöthig brauchte, als sein Mandant. Wie sehr unsere Classiker dieses *cum grano salis* verstanden haben, wurde schon unter dem Artikel *Culpa* bemerkt, und wir fügen hier nur noch bei, daß der Richter, welcher aus Gunst ungleich verfährt oder spricht, so wenig vom *dolus malus* freigesprochen wird, als wenn er es aus Bestechlichkeit thut, weil er ohne Unparteilichkeit gar nicht Richter sein kann, weshalb auch der Strafrichter nach unserer Halsgerichtsordnung sich nicht mit seiner Barmherzigkeit entschuldigen darf, wenn er dem Angeeschuldigten aus diesem Beweggrunde wesentlich hinaushilft¹⁹⁾. So wenig, als wir, entschuldianer sie den Staatsverbrecher damit, daß er als religiöser oder politischer Schwärmer mit den erhabensten Ideen schwanger ging, das Vaterland zu regeneriren. Hierauf bezieht sich nun die Terminologie unserer gewöhnlichen Eintheilungen des *dolus* in den bestimmten und unbestimmten und des letzteren in den alternativen oder eventuellen, welche v. Weber (a. a. D.) mit vielem Geschmacke dargestellt hat. Das württembergische Strafgesetzbuch bezeichnet sie im Artikel 87 wie folgt: „Eine Rechtsverletzung wird auch dann als vorsätzlich zugerechnet, wenn sie derjenige, durch dessen Handlung sie herbeigeführt wurde, nicht ausschließlich oder vorzugsweise gewollt hatte, mag es ihm nun gleichgiltig gewesen sein, ob der wirklich eingetretene, oder ob ein anderer, gleichfalls mit seiner Handlungsweise bezweckter Erfolg eintrete, oder mag er nur für den Fall, daß es sich nicht anders fügen würde, zum voraus die erfolgte Verletzung gewollt haben.“ v. Hufnagel bemerkt in seinem Commentar: „Man wird behaupten dürfen, daß das Gesetzbuch mit diesem Artikel nichts bezweckte, als den Richter an diese wichtigen Begriffe zu erinnern oder, wenn er sie noch nicht hat, sie ihm geben zu wollen.“ Wir möchten hinzusetzen: ohne ihn willkürlich zu bestimmen, oder mit *Kitka* zu reden, als gemachten Begriff zu behandeln. Feuerbach gibt ein Beispiel des unbestimmten Vorsatzes, den er zwar richtiger im Takte, als in Bezeichnung eventuell nennt (§. 59, Note a), woraus aber unsere gewöhnliche Terminologie einen alternativen geschaffen hat. „Ich will mich an einem Menschen rächen und schieße nach ihm, nicht gerade um ihn zu tödten, auch nicht um ihn bloß zu verwunden, sondern um meine allgemeine und unbestimmte Absicht, ihm zu schaden, auszuführen. Welchen Erfolg gerade diese Handlung habe, ist mir gleichviel (?), ich will nur, daß eine von diesen Verletzungen wirklich werde.“ Versteht man dieses so, daß er sich das Eine so gut wie das

19) *Index tum litem suam facere intelligitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia, vel inimicitia, vel etiam sordes.*

Anderer vorgeeßt habe, was freilich, da der durch Werthschätzung bestimmte und nach dem Besseren strebende Wille alle Zeit einen Vorwurf zeigen wird, und der Richter stets das Gelindere annehmen muß, auf eine psychologische und juristische Unmöglichkeit hinauslaufen dürfte, und wäre ein solcher Entschluß in einer denselben zergliedernden ruhigen Ueberlegung gefaßt, so würde er der Bestimmtheit des schlimmeren Vorsatzes durchaus keinen Eintrag thun, weil, wie oben bemerkt wurde, die Ungewißheit des Erfolges den dolus nicht ausschließt, und diese überhaupt nur dem Können und nicht dem Willen entgegensteht. Er will so gern tödten, als verwunden, aber er weiß noch nicht, was ihm gerathen wird. Ex hypothesi der gewöhnlichen Terminologie hat also v. Weber ganz recht, daß ein solcher alternativer Vorsatz mit dem bestimmten auf gleicher Linie stehe, oder gleich strafbar sei, wenn der schlimmere Erfolg eintritt, und consequent müßte man weiter behaupten, daß beim Eintritt einer bloßen Verwundung zugleich ein Tödtungsattentat zuzurechnen, da man nicht sagen kann, daß der ausgebliebene Erfolg ein freiwillig aufgegebener gewesen sei. Allein da man unter Zweck sich eine Concentration des Unendlichen in ein Endliches denkt, so ist diese Voraussetzung, zwei Fliegen zumal schlagen zu wollen, und darum keine recht zu treffen, unnatürlich, und die Criminalisten haben bei diesem Unterschied stets einen individuellen einfachen Vorsatz im Auge gehabt, dessen Strafbarkeit durch den Ausgang bestimmt wird, weil der Anfang im Dunkeln liegt, und der Handelnde sich über die Folgen oder über sein Beginnen keine deutliche Rechenschaft zu geben im Stande war, sondern ohne spezifische Folgen seinen Zweckbegriff aufzunehmen, entweder das Schicksal walten, oder sich blindlings durch einen gefährlichen Trieb leiten ließ. Ersteres ist der Fall, wenn die Handlung des Verbrechers so beschaffen war, daß es, nachdem sie einmal unternommen worden, nicht mehr in seiner Macht gestanden hat, die nur im Allgemeinen vorausgesehenen traurigen Folgen der von ihm in Wirksamkeit gesetzten Ursachen zu verhüten²⁰⁾. Gewissermaßen läßt sich dieses schon auf das Schießen, Werfen anwenden, da Jeder sich sagen muß, daß die Kugel aus dem Rohr, der Steinwurf aus der Hand, nicht mehr zu lenken sind, und also der beste Schütze, der z. B. nur streifen wollte, nicht dafür einstehen kann, ob der Damnsicat nicht in demselben Augenblicke seinen Ort verändert hat, sollte er auch seines Visirens noch so gewiß gewesen sein. Noch mehr aber leuchtet die Verschiedenheit ein, wenn der Erfolg durch eine längere Zwischenzeit von der Handlung getrennt ist, in der, wie das angelegte Feuer, das das Haus niederbrennen soll, aber auch das Leben der im mitternächtlichen Schlafe liegenden Bewohner gefährden kann, die Ursache erst anfängt zu wirken. Indessen kommt es auf die größere oder geringere

20) Dieser schon oben angedeutete Fall ist am besten in einer älteren Schrift hervorgehoben: J. C. Eschenbach, de dolo indirecto delinquentium, in primis homicidarum. Ein röstisches Festprogramm vom Jahre 1787, das ich übrigens nur aus Auszügen in Klein's Annalen kenne. Die in Ropppe's Magazin für die gesammte Rechtsgelehrtheit, 1789, Bd. 1, S. 296 flg., enthaltene Widerlegung Christiani's läßt diesen Punkt unberührt.

gere Entfernung des Eintrittes nicht an, sondern das wesentliche Merkmal beruht darauf, daß die Folgen im Momente des beendigten Verbrechenens oder Versuches noch als künftige, und entweder nicht völlig oder doch nicht spezifisch gewiß erscheinen, und daß gleichwohl die in Wirksamkeit gesetzte Ursache von der dem Verbrecher nicht verborgenen Beschaffenheit war, daß sie den Erfolg ohne weiteres Zutun gestalten kann. Aus dem doch auch manches Goldkorn enthaltenden Unrath spitzfindiger Eintheilungen, in welchen sich die alten Scholastiker verloren haben, verdient zur Erläuterung dieser Erklärung der freilich schwankende Unterschied zwischen *causa instrumentalis* und *causa media* hervorgezogen zu werden. Unter der ersteren verstanden sie diejenige, welche unserer Willkür am meisten unterworfen ist und stets dienlich bleibt, unter der anderen gerade diejenige, welche, einmal in Thätigkeit, mehr für sich wirkt, sei sie nun, wie das schon erwähnte Feuer, eine physische, oder, wie der zu Begehung eines Verbrechenens in unserem Namen durch Auftrag Angestellte, wobei der eventuelle *dolus* vorzüglich praktisch wird (vgl. Art. 76 des württemb. Strafgesetzbuches), eine freie. So relativ dieser Unterschied ist, da in gewissen Beziehungen sogar unser eigener Körper zu den *causis mediis* gehört, wie wir am Betrunknen, der seine Herrschaft darüber verloren hat, und am Kinde, das erst gehen und seine Glieder gebrauchen lernt, gewahr werden, so ist er doch, wenn wir das a priori sit *denominatio* nicht vergessen, nicht unwahr. Ein Dolch z. B. wäre eine *causa instrumentalis*, weil er, zum Morden gemacht, in der Wirkung von der Richtung abhängt, die ihm unsere Hand gegeben. Dagegen erscheint eine Kasterstübe, als Werkzeug zu einer Mißhandlung gebraucht, schon mehr als *causa media*, weil wir die Führung derselben nicht so in unserer Gewalt haben, um den damit einem Anderen zugefügten Streich in der Richtung abzielen und in den Folgen abmessen zu können, mag nun der Verbrecher das größere oder das geringere Uebel bezweckt haben, das aus seiner Handlung entstehen wird. Ist das Erstere der Fall, so hebt zwar der Umstand, daß er seines Streiches noch so ungewiß war, wie z. B. derjenige, der seinem Gegner mit geladenem Gewehr (*ambulans cum telo*), wie einem Wildpret nachgeschlichen, um ihn zu erschließen, und nun, da dieser, zufällig gewarnt, davon eilt, in zu weiter Entfernung, oder in dem Bewußtsein der keinen sicheren Schuß mehr gestattenden Unstetigkeit desselben das auf ihn angelegte Gewehr dennoch abdrückt, den bestimmten Vorsatz an sich gar nicht auf, und Niemand zweifelt daran, daß die gezwungene Resignation, daß er auch mit einem geringeren Erfolge vorlieb genommen hätte, ihm nicht zu statten kommt, wenn er ihn seiner bösen Absicht gemäß tödtlich getroffen hat. Nur wenn er selbst, hat seine Leidenschaftlichkeit, die ihn bei seinem schlimmen Wollen die Rathschläge der Klugheit und die Regeln der Geschicklichkeit vergessen ließ, wegen der objectiv minderen Gefährlichkeit auf die Strafbarkeit des Versuches einigen Einfluß, und daß die äußere Erscheinung der That eben wegen des gewählten unsicheren Mittels eine bestimmte Absicht nicht vermuthen läßt, diese daher entweder eingestanden, oder durch Nachstellungen erwiesen sein muß, gehört nicht zu unserer Hypothese. Eine

Charakteristische Verschleidenheit entspringt daher nur dann, wenn sein eigentlicher Zweck nur auf das geringere Uebel gerichtet war, also nur dieses in seiner bestimmten Absicht lag, er sich aber bei Begehung dieses geringeren Verbrechens selbst bewußt war, daß er eine mit größeren Uebeln schwangere Mittelursache in Bewegung gesetzt habe, welche trotz dem von seiner Seite beendigten Verbrechen noch nachfolgen können, ohne daß ihm seine physische oder moralische Unmacht erlaubt, das Geringste zu ihrer Verhütung zu thun. Da es zuletzt auf dieses Selbstbewußtsein ankommt, so erschöpft der bisher erörterte Unterschied, der zwischen dem Willen und seinem Erfolge in der Mitte liegenden Ursache, je nachdem diesen Willen völlig ausdrückt oder nicht, obgleich er bei nüchtern überlegten, oder doch mit einiger Ruhe vorbereiteten Verbrechen den Begriff des eventuellen dolus am verständlichsten macht, dessen Anwendungen noch nicht; denn der Erfolg kann, objectiv betrachtet, schon gegenwärtig und völlig gewiß sein, und dennoch dem Handelnden so verborgen, daß er auf dem subjectiven Standpunkte einem künftigen und noch ungewissen gleich gilt. So coincidirt bei der Tödtung der Thatsache nicht nothwendig mit der Handlung des Verbrechers, welches, wird sie mit Prügeln verübt, nur dann der Fall ist, wenn die Mißhandlung so lange fortgesetzt wird, bis der Angegriffene auf dem Plage bleibt, und kein Lebenszeichen mehr von sich gibt. Es genügt zu ihr unstreitig, daß die zugefügte Verletzung den effectum integrum, wenn auch erst nach längerer Zeit, nach sich zieht. Ist dieses ärztlich gewiß, so hat der Verbrecher getödtet, und die Tödtung bleibt dolus, wenn derselbe auch nur verwunden wollte, sobald der Causalzusammenhang den Erfolg so nahe legte, daß er als vernünftiges Wesen denselben voraussehen konnte und mußte. Da kein geistesgesunder Mensch von gereiftem Alter sich damit entschuldigen darf, seine Vernunft nicht gebraucht oder bei der Hand gehabt zu haben, so wird hier, wo ein schon zur Zeit des Vollbringens objectiv gewisser specifischer Erfolg vorliegt, zur völligen Feststellung der subjectiven Seite die einzige Frage die sein, ob in dem sein Handeln begleitenden Selbstbewußtsein sowohl, als in der damit in inniger Verbindung stehenden Vorstellung der Außenwelt die den Causalzusammenhang offenbarenden Daten vorhanden waren oder nicht; ob — da, wie gesagt, sogar auf unseren Körper, dessen von dem Kinde erst durch allmälige Übung zu erlernender Gebrauch auch bei dem Erwachsenen nicht zu jener, dem Willen absolut unterworfenen Fertigkeit gedeiht, in welcher die Natur der Gottheit gehorcht, der relative Begriff einer causa media paßt — die Uebereilung ihm einen Fehlstreich unterschob, oder ob er die ihn umgebende Welt falsch gesehen, oder unrichtig beurtheilt hat. Denn so gewiß wir seine Vernunft als unendlich, allgegenwärtig und unverlierbar postuliren dürfen, so kann doch sein der Zeit bedürftiges Ueberlegungs- und Beurtheilungsvermögen befangen gewesen sein, und seine in das Räumliche fallenden Sinne können sich verwirrt haben.

Nach dem bloßen Erfolge spricht zuweilen der Pöbel in der moralischen Schätzung von Personen und Handlungen ab, der Weise nie. Umgekehrt müssen wir bei jedem vorgefallenen Verbrechen von einem Zwecke,

von irgend einer bestimmten Absicht, ohne die kein Mensch handelt, ausgehen, und diese wird stets durch die Veranlassung der That und durch das, was ihre äußere Erscheinung als nächste Wirkung nachweist, fixirt werden. Der Nothzüchtigende will seine Geschlechtstlust büßen, der Brandstifter ein Haus, das ihm, so wollen wir der Erläuterung wegen annehmen, die Aussicht benahm, und das er ihm zum Aerger gebaut wählte, niederbrennen, der Gewaltthätige mit seiner gewaffneten Rotte sich in den Besitz eines Pachthofes setzen, aus dem der Inhaber mit seinem Gesinde nicht gutwillig weichen wird, derjenige, der einen tohen Menschen aufstiftet, seinem Beleidiger den Buckel voll zu schlagen, will diesem Schmerz und Schmach verursachen, eben so der Zornige, welcher selbst zum Werke schreitend, das ihm zunächst zur Hand stehende gefährliche Werkzeug ergreift, — allen diesen Leuten wird man meist ohne Bethweerung glauben, daß sie weder haben am Körper verletzen, noch umbringen wollen, ja daß es ihnen selbst zum Leidwesen gereicht, wenn das Schlimmere aus ihrem Unternehmen dennoch erfolgt. Was erhöht nun ihre bloße Gleichgiltigkeit gegen den Erfolg, den sie mit der culpa lata gemein haben, von der bloßen culpa dolo determinata bis zum dolus? — Was berechtigt uns, entfernte und mittelbare Wirkungen, die, mochten sie auch als wahrscheinlich vorausgesehen werden, doch auch der Zufall so oder anders gestalten konnte, und die der Verbrecher selbst verwünscht, oder auch das durch seine That unmittelbar Hervorgebrachte, an das er aber, weil er falsch gesehen oder unrichtig geurtheilt hat, in demselben Augenblicke wenigstens nicht dachte, in die Zurechnung seines dadurch erweiterten minder schlimmen Vorsatzes aufzunehmen und damit gleichsam als Auswuchs zu verbinden? — Die gewöhnliche Auflösung lautet: die vorgängige bedingte Einwilligung in den schlimmeren Erfolg, wenn es sich nicht anders fügen werde²¹⁾. Diese Antwort läßt allerdings nicht ganz unbefriedigt in den schlimmsten Fällen, wo aber der dolus vom bestimmten aus denselben Gründen, aus welchen wir den sogenannten dolus alternativus beleuchtet haben, kaum zu unterscheiden ist. Ob aber damit gerade das Wesen jenes, eine Mittelstufe zwischen dem eigentlichen dolus und der culpa lata bildenden, geringsten Grades des letzteren getroffen ist, welchen die Criminalisten stets im Auge gehabt haben, dürfte doch stark zu bezweifeln sein. Sie scheint auf eine nicht recht adäquate Redensart hinauszulaufen, welche, von der Analogie des bei Verträgen dem ausdrücklichen gleichgeltenden stillschweigenden Consensus entlehnt, nur auf Willensäußerungen paßt, daher auf den Willen selbst, den sich der Angeschuldigte, so zu sagen, verschwiegen haben mußte, angewendet, etwas viel zu Positives ausdrückt und dadurch die Forderung zu hoch spannt. Aber abgesehen von der Ungenauigkeit dieser Bezeichnung eines bloßen Geschehenlassens dessen, was

21) Zuerst hat diese Auflösung Püttmann (*Miscellaneorum liber singularis*. Lips. 1793. p. 351) aufgestellt, um mit diesem eventuellen dolus dem Mißbrauch ein Ende zu machen, welcher mit dem dolus indirectus getrieben wurde. Sie ist aber seitdem von den meisten Schriftstellern wiederholt worden, und gewiß als ein Fortschritt anzuschlagen.

dem ohnehin meist vom Schauplatze abtretenden Handelnden gleichwohl noch selbst zuwider bleibt, und dabei noch nicht so gewiß und gegenwärtig ist, daß derselbe sich nicht überreden konnte, es werde minder schlimm ablaufen, wird auf diese Weise die Schwierigkeit nur hinausgeschoben, weil es sich dann immer noch fragt, woran erkennen wir diese in einem richtigen Sinne gemeinte bloße Einwilligung als von dem eigentlichen Vorsatze noch verschieden, und dennoch einen Zuwachs desselben bildend? — Aufrichtige Bekenntnisse sind hier selten zu erwarten, und gerade Bekenntnisse der besseren und reumüthigen Inquisiten fordern zu der umsichtigsten richterlichen Prüfung auf, um sie nicht schuldiger zu finden, als sie wirklich waren, oder sie hintennach, nach dem verschwundenen Zauber ihrer damaligen Verblendung, sich selbst halten. Die Nothwendigkeit und Unvermeidlichkeit des Erfolges, welcher nach der gemeinen Erfahrung erkennbar war, ist zwar die Basis der Beurtheilung, sie wird aber auch selten fehlen, wo ein wahrer Causalzusammenhang besteht. Eben so wenig macht es die Nähe und Unmittelbarkeit dieses Causalzusammenhanges aus, weil auf der einen Seite die Gefahr größerer Uebel dem mit Ueberlegung Handelnden sich schon aus der Ferne stark genug aufdringt, um in einem menschlichen Gemüthe den Trieb zu ihrer Verhütung zu wecken, und auf der anderen Seite der Wurf, welcher, nachdem er sich muthwillig in eine Schlägerei eingelassen, zulezt, um nicht unterzuliegen, sein Messer ergreift²²⁾; mehr aber noch der Wundarzt, der eine noch so gefährliche Operation unternimmt, von der er weiß, daß ihr Mißlingen dem Patienten das Leben kosten wird, sehr verschieden zu beurtheilen ist, wenn wir ihn dem Noth-

22) Hat dieser getödtet, so wird der stärkste Beweis oder das glaubhafteste Bekenntniß erhoben sein müssen, daß er diese bestimmte Absicht hatte, um ihn als Todtschläger zu verurtheilen. Der Begriff des dolus eventualis verliert dagegen seine Anwendung. Den angeführten Beispielen können wir noch den Dachbeder beifügen, der, ohne zu warnen, einen Ziegel herunterwarf. Eben so wird man jenen dolus mit den Franzosen nie auf bloße Uebertretung der sogenannten *reglemens de police* anwenden. Vgl. auch württemb. Strafgesetzbuch, Art. 251. Von einem akademischen Dozenten der alten Schule hörte ich folgendes Beispiel des dolus indirectus anführen. Die Verwandten eines dem Trunke ergebenen Menschen wollten diesen von seinem Laster abbringen. Sie erfuhren, daß nichts so sehr ihm einen beständigen Gekel gegen den Branntwein beibringen werde, als wenn sie in einem Fäßchen in demselben lebendige Krebse crepiren ließen, und ihm davon zu trinken gäben. Man sagte ihnen aber dabei, daß er von den Folgen des Genusses eben sowohl sterben könne. Sie versuchten es dennoch. Ich will den Zweifel an seinen Ort gestellt lassen, ob sich hier der Thatbestand der Tödtung je ärztlich nachweisen ließe, wäre aber der Meinung, daß hier auf keinen Fall mehr als *culpa lata* anzunehmen ist. Die an sich gutgemeinte Absicht nimmt die Verwandten so sehr, als den Medicaster in den Schutz, und hat die Vorstellung der Gefahr verbunkelt, indem sie seiner Natur mehr zutrauten, als sie nach dem Erfolge hätten thun sollen. Uebrigens zeigt dieser anatomische Vortrag, wie weit man den dolus indirectus ausgedehnt hat, und wie gerecht der Eifer eines Christiani und Püttmann war. Unsere neuere Doctrin hätte übrigens in der bloß veränderten Terminologie nur Mistjauche gegen unlauteres Wasser ausgetauscht, wenn sie nicht stillschweigend voraussetzt, daß das im dolus eventualis vorzugsweise Bezweckte ebenfalls eine Rechtsverletzung, und zwar ein Verbrechen nur von geringerer Art sein müsse.

zächtiger, Brandstifter, gewaltsam oder hinterlistigen Angreifer gegenüber stellen.

Wir können nicht dafür stehen, ob wir in der Auflösung dieses criminalistischen Räthsels glücklicher sein werden, als Andere es gewesen, und sind zufrieden, wenn wir sie nur der Entscheidung näher gebracht haben, als sie bisher gefaßt wurde. Wir halten aber die in den Kammergerichtlichen Erkenntnissen in Klein's Annalen öfter trefflich benutzte Eschenbach'sche Definition des dolus indirectus, worunter nichts Anderes, als unser eventuellet dolus gemeint war, für diejenige, welche der Wahrheit am nächsten kommt. *Homicidium ex dolo indirecto commissum dicitur, quoties delictum dolosum lenius ex indole facti, cuius consecutaria ab arbitrio delinquentis haud pendent, eius causa fuit.* Wir sind jedoch der Meinung, daß sich die Aufgabe nicht befriedigend lösen läßt, ohne mit unserem gemeinen Rechte a) bis auf die Wurzel des dolus zurückzugehen, welche in der rechtswidrigen Maxime unseres Handelns liegt, sofern sie sich als den die innere Schlechtigkeit und Stärke des bösen Willens determinirenden verbrecherischen Trieb zeigt, ohne b) neben diesem Gattungsmerkmale die spezifische Differenz hervorzuheben, welche mit dem auch der culpa lata eigenen Daraufankommnissen eine Art von Unterlassungsverbrechen, welche diesen Trieb in einer ihm nicht gewöhnlichen intensiven Stärke zeigt, verbindet, wobei c) diese charakteristische Eigenschaft sich in dem die Handlung begleitenden Selbstbewußtsein so reflectirt haben muß, daß der Verbrecher nicht umhin konnte, sich selbst als Urheber der Gefahr eines unverhältnißmäßig größeren Uebels inne zu werden. Die Rechtswidrigkeit der Maxime zeigt sich vorzüglich darin, daß wir Andere nicht als uns gleich behandeln, ihre Güter und Interessen unserem Vortheil oder gar unserer Lust opfern, und sie wird gesteigert, je größer, unschätzbarer und unerseßlicher diese Güter und Interessen, je unverhältnißmäßiger der dadurch beförderte scheinbare eigene Vortheil, oder je schnöder die dadurch befriedigte Lust erscheinen. Irgend ein solches Attentat auf die in der Rechtsordnung functionierte Gleichheit und Billigkeit setzt der dolus immer voraus, aber gesetzt auch, er sei dem Willen nach nur auf eine geringere Verletzung gerichtet, so zeigt sich doch die Stärke des an sich minder bösen Triebes durch nichts so überschwenglich, als durch die Ueberwindung des moralischen Abhaltungsgrundes, welches dem mit Ueberlegung handelnden Verbrecher bei seinem Unternehmen ein nach demselben nicht mehr zu verhütendes weiteres Uebel in der Ferne zeigt, das er wegen seiner Größe nicht ignoriren konnte, und gegen dessen Aufnahme in seine ursprünglich milder schlimme Willensbestimmung ihn nur getroffene Vorkehrungen schützen würden²³⁾, welche dessen Eintritt nicht dem blinden

23) Nehmen wir unseren Brandstifter zum Beispiel, dem es eigentlich nur darum zu thun ist, das ihn ärgende Haus niederzubrennen. Aber wenn er beim Einlegen weiß, daß in demselben Menschen wohnen, welche nach der Localität wegen Alters, Krankheit, oder ihres sorglosen-mitternächtlichen Schlafes bei der schnellen Verbreitung des Feuers der Lebensgefahr nicht wohl entrinnen können,

Zufälle überlassen, und die er im Ernste für zureichend erachten konnte. Der Zuwachs zu dem voraus bestimmten geringeren verbrecherischen Vor-
 satze beruht wesentlich auf dem Bewußtsein, daß mit dem *dammnum iam factum* des beendigten Verbrechens zugleich eine Ursache in Wirksamkeit
 gesetzt wird, welche mit einem positiv zur Sicherheitsleistung verpflichten-
 den *dammnum infectum* schwanger geht, dessen, wenn auch nur wahr schein-
 lichen, Eintritt der Verbrecher entweder gar nicht verhüten kann, oder
 doch durch die Unmacht seines Gemüthes zu verhüten gehindert ist, wäh-
 rend die *culpa lata* kein solches Zusehen hat, weil mit dem beendigten

so können wir nicht umhin, diesen accidentiellen Erfolg in seine verbrecherische
 Willensstimmung mit aufzunehmen, mag nun das traurige Loos einen ihm obli-
 gigen Fremden, dem er übel zu wollen keinen Grund hatte, oder gar zu seinem
 noch empfindlicheren eigenen Schmerz einen guten Freund betroffen haben, ob-
 gleich er sich den Erfolg nicht so distinct und specifisch vorgestellt hat, wie derje-
 nige, der seinem Feinde den Dolch in die Brust stößt. Sogar eine unschul-
 dige, aber eine fremde Rechtssphäre berührende Unternehmung legt ja die Pflicht
 auf, nicht hinterdrein durch Unterlassung zu schaden, wie die Aderlässe des
 Arztes zum gehörigen Verband, das Beginnen des Feueinschneidens nicht daneben
 einzuschlafen. Noch weniger kann eine an sich verbrecherische Unternehmung von
 dieser Pflicht entbinden. Wollte er also die härtere Zurechnung vermeiden, so
 mußte er sich entschließen, in Zeiten Lärm zu machen, damit die Leute sich noch
 retten könnten. Dieses Unterlassungsverbrechen fällt aber mit der That zusam-
 men, sobald er einflieht, daß er zur Verhütung der traurigen Folgen gar nicht
 im Stande ist. Aus demselben Grunde kommt der eventuelle *dolus* am häufig-
 sten im Verhältnisse des intellectuellen Urhebers zum physischen vor, und gab in
 den Verhandlungen über das württemb. Strafgesetzbuch zu manchen Debatten
 Anlaß, bis der vielleicht zu ängstlich gefasste Artikel 76 zu Stande kam, dem
 übrigens noch die stillschweigende Billigung der dem Machtgeber zum Ver-
 hindern zeitig genug bekannt gewordenen Wahl der Begehungsart hätte bei-
 gefügt werden können. Denn bei der Stärke seiner Verpflichtung genügt schon
 das Nichthindern, um den letzteren verantwortlich zu machen, und geht über
 die reine *culpa* hinaus. Eben deshalb kommt es auch nicht darauf an, ob er
 die Wahl einer gefährlicheren Begehungsart von dem, der den Auftrag über-
 nahm, selbst oder auch nur zufällig erfahren hat. Ganz mit dieser Ansicht
 stimmt es überein, wenn Roskirt (neues Archiv des Cr.-R., Bd. 8, S. 382)
 sagt: „Der Giftmischer muß bei dem vollen Bewußtsein seiner Handlung auch
 daran denken, daß andere, als die von ihm hervorgesuchten Opfer seiner Frevel-
 that, am Genuße des Giftes sterben können. Hat er insbesondere seine Giftsub-
 stanz so aufgestellt, daß sie Mehreren zugänglich ist, wer möchte von einer blo-
 ßen *culpa* sprechen, wenn ein Anderer, als der vergiftet werden sollte, das Gift
 genossen hat? Der Vergifter, indem er wissen muß, daß er in einem sol-
 chen Erfolge nicht Herr seiner That ist, muß, indem er überhaupt die
 That will, so betrachtet werden, als wenn er auch dasjenige wollte, wohin seine
 That im ganz natürlichen Laufe der Dinge führt.“ Eben so spielt er in der
 unmittelbar folgenden Stelle auf den sogleich zu entwickelnden Unterschied zwischen
 einem eigentlichen Affecte und seinem Gegenstücke, dem zu einem dem Affecte äh-
 nlichen Gemüthszustande gesteigerten verbrecherischen Triebe, den man wohl bäs-
 monisch nennen darf, an. „Wer, wie der von ihm als Beispiel angeführte Brand-
 stifter, die Rachlust im Herzen trägt, und ihr durch eine bestimmte Handlung,
 der er sich wohl bewußt wird, Lust macht, ist ein *dolosus ex proposito*,
 auch wenn in einer großen Erregtheit seines Gemüthes Hand an das Werk der
 Rache gelegt wird.“ Der *dolus malus* ist in der juristischen Dogmatik das, was
 in der theologischen der Teufel, die Macht des Bösen, welche wahrlich kein Ge-
 dicht ist.

Verbrechen der Schaden schon angetichtet ist, bevor der Verbrecher sich selbst als Urheber der Gefahr recht gewahrt wird, und dieselbe sich mehr in der Vorstellung der Außenwelt, als in dem Selbstbewußtsein reflectirt, in welchem der in sich entzweite Mensch vor seinem eigenen Gewissen steht. So einfach die Subsumtion bei ohne Ueberlegung gar nicht möglichem, oder doch ruhig vorbereiteten Verbrechen ist, wie namentlich bei der Brandstiftung, der Aufruhrstiftung, der auf den Widerstand einer gewaffneten Horde angelegten Gewaltthätigkeit, welche schon wegen der unmöglichen Voraussicht des Grades und Umfangs der gerechten Gegenwehr für die traurigen Folgen nicht einsehen kann, so schwierig wird sie bei zur Zeit der That schon objectiv gewissem, aber vom Thäter ignorirten Verletzungen, eben weil wir hier, ohne die weiteren Anhaltspunkte, nur auf den schlechten Trieb und auf die *indoles facti* angewiesen sind. Um diesen Fällen unsern Begriff zu bequemen, müssen wir die Regel aus einem anderen Standpunkte fassen. Bei einem durch unsere Handlung unmittelbar bepeckten, jedoch über unsere vorgehabte Absicht hinausgeschweifenden Erfolge entschuldigt das verdunkelte Bewußtsein eines dadurch nach gemeiner Erfahrung nahe gelegten Causalzusammenhanges, woraus der Erfolg als nothwendig und unvermeidlich erkannt werden mußte, wie beim Spalten des Schädels mit einer Holzart, ganz und gar nicht, wenn die angerufene, Verwundung oder Ueberelung erzeugende, Heftigkeit der Gemüthsbewegung in Gemäßheit eines bekannten psychologischen Gesetzes, nach welchem die Unlust überwundener Schwierigkeiten sich in die Lust der herrschenden Leidenschaft verwandelt und dieser neue Stärke gibt, nur aus einer ununterbrochenen Steigerung des verbrecherischen Triebes erfolgt ist. So wird für den Aggressor, der einem Anderen auf dem Wege gestanden ist, auch abgesehen davon, daß er vorbereitet war, eine solche Entschuldigung alles Gewicht verlieren, nicht nur dann, wenn eine unerwartete Feigherzigkeit des Beschädigten ihn in seinen Insulten muthiger machte und sein Appetit im Essen kam, sondern auch dann, wenn er durch einen herzhafteu, obwohl in den erlaubten Grenzen gebliebenen Widerstand erbittert worden ist. Eben so wenig wird der schon berührte Nothzüchtiger, dessen Geschlechtslust durch einen anhaltenden Widerstand der angegriffenen Weibsperson in eine wahre Wuth ausgeartet ist, mit der Einrede zu hören sein, er sei seiner so wenig mächtig gewesen, daß er nicht mehr wahrgenommen, wie arg er die Dirne zurichte. Die Exaltation des verbrecherischen Triebes muß also keine bloße mit der Schlechtigkeit seine innere Stärke und Gefährlichkeit entwickelnde Steigerung sein, sondern als ein fremdartiges Einschleßel, worauf als natürlicher Schwierigkeit des Verbrechens der ursprüngliche Vorsatz gar nicht gefaßt sein konnte, von irgend einer gegenseitigen oder größeren Kränkung, wie z. B. von einer Ueberschreitung der Nothwehr, herrühren, um der Entschuldigung Raum zu geben, daß das von Anfang vorsätzliche Verbrechen *bloo culpos* in ein schwereres übergegangen sei. Es ist ein goldenes Wort Feuerbach's (Lehrb. §. 121, Note a), wenn er sagt: „Nicht dann steigt die Strafbarkeit, wenn die That nur in einem Affect begangen worden ist, sondern wenn die rechtswidrige Begierde selbst zur Leidenschaft geworden.“

die er einer den Verbrecher taub und unempfindlich machenden Gewohnheit gleichstellt. Nur hätte er hinzufügen dürfen, daß dieser von uns ange deutete Unterschied den Milderungsgrund des Affectes ausschliesse, so viel scheinbare Aehnlichkeit er mit dem Einflusse des letzteren auf den Gemüthszustand und das Bewußtsein des Verbrechers habe. Die Strenge des römischen Rechtes, welches den zum Stehlen bewaffnet ausgegangenen Verbrecher unter die Sicarier stellte, ist zwar für uns längst nicht mehr praktisch, weil wir den Versuch nicht dem vollbrachten Verbrechen gleich strafen, und nach germanischem Rechte einen Erfolg verlangen müssen. Indessen dürfen auch wir nicht verkennen, daß ein solcher Dieb sich schon im voraus auf Schutz und Trutz gegen die Person des Bestohlenen mit der Gefahr für dessen Leib und Leben gefaßt gezeigt hat, und er wird also, obgleich man ihm gern glaubt, daß dieses nicht seine Hauptabsicht gewesen, bei einer wirklich verübten Tödtung vom eventuellen dolus nicht leicht frei zu sprechen sein, sobald der geführte Streich und die Körperverletzung von der Beschaffenheit sind, daß sie nach der gemeinen Erfahrung durch den Causalzusammenhang den Erfolg nahe legten. Es ist ganz in der Ordnung, wenn unsere Strafgesetzbücher sogar im Falle einer culpa lata den Räuber härter, als den gewöhnlichen Todschlag bestrafen. Er wird vielleicht einwenden, er habe die Waffe nur mitgenommen, um durch ihren Gebrauch zu schrecken, oder höchstens eine Betäubung zu verursachen, die ihm ja zum Fortbringen der entwendeten Sache genügt hätte. Allein seine Vorbereitung verdammt ihn, wenn wir gleich bei solchen glaubhaften Vertheidigungsgründen seine That nicht als Mord bezeichnen werden, da er dadurch, wie durch eine in Wirksamkeit gesetzte unheilswan gere Naturursache sich als Anstifter einer Gefahr gewahr wurde, die er, weil er weder für sich selbst, noch für eine herzhafte und überraschende Begegnung Anderer einzustehen vermochte, nach der Verflechtung in ein solches Abenteuer nicht mehr verhüten konnte. War er zum Zuschlagen gerüstet, so beging er ein Unterlassungsverbrechen, wenn er sich nicht zugleich des Maßhaltens versicherte, und daß er dieses gethan, hätte er nur mit der That beweisen können. Anders verhält es sich bei dem gewöhnlichen Diebe, welcher nur gefaßt auf ein heimliches Unternehmen, das er ohne Widerstand durchzuführen gedachte, nach der Verübung ertappt wird, besonders wenn er sich mit dem nächsten besten Instrumente nur um das Entkommen wehrt. Was ihm die Ueberraschung eingibt, hat mit seinem ursprünglichen Vorsatz nichts gemein, und er wird daher leicht Gehör finden, daß er so weit, als wirklich geschehen, nicht hat gehen wollen und die Folgen nicht bedacht hat. Der Trieb, der ihn befeht, ist der unwillkürliche, ein Uebel abzuwehren, das er zwar selbst verschuldet hat, welches aber gerade dem minder verdorbenen Verbrecher am größten erscheint. Erinnern wir uns dabei der Verse aus Voltaire's *Semiramis*: *Croyes moi les remords, a vos yeux méprisables, sont le seul bien, qui reste a des coupables.*

Dieses führt uns auf den eigentlichen Affect, — eine Materie, welche, obgleich sie auch unter anderen Artikeln, namentlich unter Mord, noch zur Sprache kommen wird, doch wegen ihrer engen Verbindung mit

unserer gegenwärtigen Abhandlung nicht ganz übergangen werden kann. Daß die Eingebungen des Affectes, im Widerspruch mit den Befehlegebungen des Orients, namentlich der Mosaischen ²⁴⁾, in unserm gemeinen Rechte zwar als der mildeste Grad des dolus betrachtet, doch aber davon nicht unbedingt ausgeschlossen worden, ist gerade der Beweis, wie genau dieser Sattungsbegriff zusammenhängt, theils mit dem eines wissentlich zugefügten Uebels, das auf der Wage des Rechtes mit dem bezweckten eigenen Vortheil keine Vergleichung verträgt, theils aber mit der Gefährlichkeit eines jeden selbstsüchtigen Triebes, dem wir uns, als auf Schaden gerichtet, nicht überlassen sollen. Der wahre Affect entspringt nämlich aus irgend einer Kränkung entweder des Erhaltungstriebes, den wir mit allen lebenden Wesen gemein haben, oder des Ehrtriebes, der uns als Menschen zu Behauptung unserer Würde, als Rechtssubject, nach dem *honesto vivo* gegeben wurde. Der sogenannte *iustus dolor* ist daher sein Hauptelement, und er setzt die Vorstellung eines frisch empfundenen, oder als nahe bevorstehend in der Ahnung peinigenden Uebels voraus; das die menschliche Natur nicht erträgt, ohne daß das widerstrebende Gemüth durch eine unwillkürliche Aufwallung zu einer Reaction bestimmt wird. In seinem reinmenschlichen und *quoad primos animi motus* unverantwortlichen Ursprunge, welcher sich schon physiologisch in den Lebenselementen des Blutumlaufes und Athmens, dem Pulschlage, dem Roth- oder Blauswerden, der Lähmung oder der convulsivischen Bewegung der ihren instrumentalen Gebrauch verlierenden Glieder zu erkennen gibt, drängt er daher durch unser gestörtes physisches und moralisches Dasein zu einer Erlösung vom Uebel, das zugleich von ihm selbst befreit, ist aber eben deswegen nur zur Warnung und Stärkung, und nicht zum Handeln bestimmt, da er, sobald wir, statt ihn zu beherrschen, uns demselben hingeben, zum Maßhalten viel zu blind führt. Schon diejenigen Affecte, welche, wie die Furcht, die Angst, der Schrecken, die Verzweiflung, aus dem Erhaltungstriebe entspringen, obgleich an sich nur auf Abwehr gerichtet, arten leicht, namentlich durch unzeitiges Zuorkommen oder durch Ueberschreitung der Nothwehr, in die Offensive aus, wenn sie durch die Vorstellung von vermeintlichem Unrecht, in Beziehung auf bevorstehende, aber noch ungewisse Uebel die Einbildungskraft zu lebhaft ergreifen ²⁵⁾; ja sie können in die Versuchung führen, unsere Rettung von wirklichem, aber unvermeidlichem Unglück mit dem Nachtheile Anderer zu bezwecken, die unser Schicksal nicht verschuldet und sich darum nicht zu bekümmern haben. Noch mehr gilt dieses vom *Zorn*, der seiner Natur nach nicht

24) Vergl. *Michaellis*, Mosaisches Recht, Th. 4, §. 273.

25) *Atque illas quidem iniuriae, quae nocendi causa de industria informantur, saepe a metu proficiuntur, cum is, qui nocere alteri cogitat, timet, ne, nisi id fecerit, ipse aliquo afficiatur incommodo.* Cicero de officiis l. 7. am Ende. Dieses Motiv ist gerade dasjenige, was unter Unabhängigen, namentlich unter Staaten, die sich auf ihre eigenen Kräfte verlassen müssen, ein friedliches und rechtliches Nebeneinanderbestehen so schwer macht, und dem daraus entspringenden Unfuge vorzubeugen, ist einer der ersten Zwecke des Staates und der bürgerlichen Gesellschaft.

blos auf Abwehr, sondern auf eine im Rechtszustande in der Regel unzulässige Wiedervergeltung durch Privatrache ausgeht, und dessen wir uns, nach Seneca, nur als eines Soldaten, und nicht als eines Feldherrn bedienen sollen. Der Affect ist daher a) eigentlich nur ein Strafmilderungsgrund, und auch dieser nur dann vollkommen vorhanden, wenn zu der ersten Bedingung eines gerechten Schmerzes noch folgende hinzukommen, nämlich b) eine unvorbereitete, zu keiner Ueberlegung Zeit lassende momentane Entstehung, welche zur Zeit That noch fortbauert, oder eben so unwillkürlich frisch ausblebt; c) Angemessenheit der That zu dem Schmerze, so daß sie als Eingebung desselben begriffen werden kann, wobei es weniger auf das Temperament, als auf das, was die menschliche Natur überhaupt erträgt, ankommt, weshalb man den Jähornigen, der wegen einer wörtlichen Beleidigung, die er mit einer gleichen erwidern konnte, sogleich zu einem tödtlichen Werkzeuge greift, keineswegs, wohl aber die Rache des Ehemannes, der einen Anderen bei seinem Weibe in flagranti antrifft, oder den Vater, der seinem aus der Art geschlagenen Sohne im ersten Unwillen über eine seinem Blute nie zugetraute, nicht wieder gut zu machende Schändlichkeit den Kopf zerschmettert, ungeachtet die gerochenen Verbrechen nach dem Strafgesetzbuche den Tod nicht verdient haben, entschuldigen wird; endlich d) eine nicht durch Besonnenheit ausgezeichnete Ausführung des augenblicklichen Vorsages, wie wenn der erzürnte Ehemann oder Vater Banditen aufstellen oder Gift beibringen wollten, da eine solche Heimtücke zur Genüge beweist, daß sie ihres Affectes noch Meister waren.

Nach dieser Grundlage werden wir im Stande sein, die strafrechtlichen Wirkungen des Affectes genau zu detailliren. Es ist uneigentlich ge- redet, wenn man sagt, derselbe hebe die Zurechnung auf, und schon Cla- rus hat nicht so unrecht gehabt, wenn er als gemeine Meinung auf- stellte: *iustum dolorem non excusare a poena, sed ad poenam tantum moderandam prodesse*, was man, als um so richtiger zugeben muß, da er nur bei *delictis atrocioribus* zur Sprache kommt, bei welchen das durch das Strafgesetz zu verhütende Uebel in einem bestimmten Erfolge besteht, für den auch die culpa verantwortlich macht, und welcher durch dieselben äußeren Handlungen hervorgebracht werden kann, welche eben sowohl einem geringeren Verbrechen correspondiren. Mit einem Worte der Affect hebt niemals den generellen dolus auf, welcher dem allgemeinen That- bestande eines Verbrechens überhaupt, der iniuria im weitesten Sinne, zu Grunde liegt. Allein durch ihn kann gar wohl das mit der *ignorantia iuris* nicht zu vermischende subjective Bewußtsein der Art und des Grades der Rechtswidrigkeit, welches zum speciellen dolus wesentlich ge- hört, völlig verschwinden. Dieser Fall, welchen die erst in der jüngsten Zeit verlassene gemeine Lehre vor Augen hatte, wenn sie von einer durch den höchsten Grad desselben aufgehobenen Zurechnung sprach²⁶⁾, ist

26) Statt Aller beziehen wir uns auf Feuerbach, Lehrbuch, 12. Ausg., §. 90, Nr. V, und Note h, und den Rittermaier'schen Zusatz §. 90a, IV. und Note o, wofelbst auch die Literatur angeführt ist.

vorhanden, wenn alle vier entwickelten Erfordernisse dieses Strafmilderungsgrundes zusammentreffen. Völlige Strafflosigkeit begründen sie jedoch nur dann, wenn die wechselseitigen Beleidigungen sich in Beziehung auf Privatgenugthuung vollständig compensiren und von der geringeren Art sind, daß sie nur auf Klage des Verletzten untersucht und bestraft werden dürfen²⁷⁾. Die moderne Praxis und Gesetzgebung hat diese Fälle auf einfache Verbal- und Realinjurien reducirt, während der Geist des römischen Rechtes viel weiter geht, bei welcher Streitfrage wir uns jedoch nicht aufhalten. Ist dieses nicht der Fall, so erscheint ein solches mit dem Affecte durch alle Kategorien entschuldigtes Verbrechen, je nach dem Erfolge, als *culpa lata*, und wird wenigstens in unserem gemeinen Rechte bei Tödtungen der *culpa dolo determinata* gleich behandelt, wie uns die L. 38. §. 8. D. und L. 4. C. ad leg. Iuliam de adulteriis, verbunden mit L. 1. §. 5. D. ad leg. Corn. de sicar. und verglichen mit *Mosaicarum et Rom. leg. collatio*, tit. I. §. 7. u. IV. §. 3. 10., Paulus, R. S. V. 23. §. 12., am deutlichsten zu ergeben scheinen. Aber wohl verstanden und wie gesagt, müssen zur Entschuldigung der im Affecte verübten Handlung sich alle vier Momente vereinigen. Mangelt das eine oder das andere, so bleibt zwar, sofern keine absolut bestimmte, sondern eine arbiträre Strafe in Anwendung kommt, die der menschlichen Natur verzeihlichere Lebensfeder noch immer als mildernd, oder vielmehr strafmildernd in Berücksichtigung, allein sie kann die Art der auch bei nächstem Muthz unter der gleichen äußeren Thaterscheinung begründeten Zurechnung nicht verändern. Fehlt es also a) an einem vollkommenen gerechten Schmerze, der aus dem Gefühle eines erlittenen oder bevorstehenden Uebels nur dann entspringt, wenn dieses zugleich ein abzuwehrendes oder Genugthuung heischendes Unrecht ist, keineswegs aber, wenn wir dasselbe als ein wohlverdientes oder geduldig auf uns zu nehmendes Schicksal zu betrachten haben, so muß das, obgleich schon nach der Hypothese des Affectes unvorgesehene und gegenwärtige, Uebel bedeutend sein, um nur strafmildernd zu wirken, da so leicht auch das davon ergriffene Gemüth den Willen hinreißt, doch der Verstand dadurch nicht bestochen wird, so daß man einen solchen keineswegs unbewußten Trieb der sogenannten *mania sans delire* vergleichen möchte. Aus diesem Grunde ist der vorhin erwähnte überraschte Dieb, dem es

27) Vergl. Grolman, Grundsätze der Cr.-R.-W., §. 229; Weber, über Injurien, Abth. II, S. 52 flg. Es genügt die Gleichartigkeit der Injurie, mag die erwiderte Ohrfeige, der Peitschenhieb auch etwas derber ausgefallen sein, und einen nicht beabsichtigten Schaden zur Folge gehabt haben. Dies scheint wenigstens in der L. 52. §. 1. D. 9. 2. zu liegen. Eine andere Frage wäre die, ob ich bloße Schimpfreden mit Schlägen erwidern darf. Daß übrigens der Affect an sich bei Injurien die Strafe nicht aufhebt, hat Lauterbach richtig aus der L. 5. C. de iniuriis gefolgert, und hat seinen natürlichen Grund darin, daß eigentliche Schimpfreden bei kaltem Blute nicht ausgestoßen werden. Entspringt nämlich die Erbitterung aus einer bloß vermeintlichen Beleidigung, so fehlt das, was sie nur indirect strafflos macht, nämlich die objective Tilgung des Klagrechtes durch die *exceptio doli*. Alles dieses ist Folge davon, daß der Affect den generellen dolus niemals aufhebt.

nicht um das Fortbringen der gestohlenen Sache, sondern um das glückliche Entkommen zu thun ist, nur in so weit entschuldigt, als ihm angelegen war, seine Rettung auf die für den Damnicaten am wenigsten empfindliche Weise zu bestreben, und als wir dieses zu vermuthen noch Grund haben. Bei jeder ihm angezeigt gewesenen Wahl eines minder gefährlichen Vertheidigungsmittels wird sich also die Wage der Gerechtigkeit zum eventuellen dolus hinneigen, obgleich, so lange die That sich aus einer minder strafbaren Absicht erklären läßt, er minder scharf beurtheilt werden wird (*paulo remissius circa interpretationem doli mali versari debemus*), als der bewaffnet zum Verlezen ausgegangene und darauf gefaßte Dieb. Auch die Eingebungen der Furcht vor Ungerechtigkeiten verlieren sich meist in eine bloß objective Beurtheilung, weil die Fundamente der bürgerlichen Ordnung eine zuvorkommende oder zu weit verfolgte Selbsthilfe auf das Ungewisse hin nicht nachzusehen erlauben. Steht b) die zugefügte Verletzung mit dem an sich gerechten Schmerze in einem zu auffallenden Mißverhältnisse der dafür sich genommenen Genugthuung, so wird der Handelnde diese Ausschweifung, wovon er, da nicht der Affect, sondern er handelt, ohne eine unmöglich zu beachtende Unart seiner Individualität (*saevitia*) einen Schimmer der Rechtswidrigkeit behalten mußte, zu büßen haben, und die sonst angezeigte Aufgeregtheit, Heftigkeit und Raschheit, womit er gehandelt hat, steht dem eventuellen Vorfaße nicht entgegen, welcher in dem Unterlassungsverbrechen unverkennbar ist, daß man so seiner Hitze weder nachgeben, oder gar ihr nachzugeben sich angewöhnen soll. Daß endlich c) bei der Abwesenheit der vierten, mehr negativen Bedingung sogar bestimmte Absicht, und also vollter dolus anzunehmen ist, bedarf keiner Erörterung. In wie fern jedoch ein geringerer Grad von Ueberlegung, welchen die Begehungsart zu erkennen gibt, alle Werkzeuge des Affectes aufhebt, ist eine nicht zu unserer gegenwärtigen Untersuchung gehörige Frage von oft difficieler Art, welche bei dem Unterschiede zwischen Mord und Todtschlag sehr erheblich wird. Es hängt dieses von der Art des Verbrechens ab. So haben die Criminalisten, namentlich S. Fr. Böhm er und Rosshirt, a. a. D., stets angenommen, daß bei Brandstiftungen der dolus repentinus oder praemeditatus keinen Unterschied mache. Wer nach einer erfahrenen Beleidigung in der Nacht sich aufmacht, seinem Gegner das Haus über dem Kopfe oder die Scheuer anzuzünden, darf sich mit keinem Affecte entschuldigen, aus dem doppelten Grunde, weil dieser offen handelt und gar nicht befriedigt wird, wenn nicht der Beleidiger fühlt, von wem die Vergeltung kommt, dann aber wegen der unerläßlichen Zurüstung und heimlichen Ausführung. Ähnliches gilt von der Vergiftung, die wenigstens mit dem Zorne nicht zu entschuldigen ist, und noch mehr von dem Reize einer unvorgeesehenen Gelegenheit, welche durch die sich darbietende Beute zu einem Raubmorde versuchen würde, wo, selbst wenn Noth hinzukäme, die rasche That aus keinem an sich unschuldigen Affecte, sondern aus einer in der Wurzel widerrechtlichen Begierde nach fremdem Gute entspringt. Sonst müßte man am Ende den hellen Neid dessen, der sich darüber ärgert, nicht so reich zu sein und nicht so comfortabel zu leben, wie der

Nachbar, in seinen Eingebungen mit dem Affecte entschuldigen, während nur offene Abwehr oder Vergeltung neben der Sympathie für den Beschädigten zugleich eine Sympathie für den Thäter erwecken, welche die Handlung des letzteren auf ein der Art und dem Grade nach geringeres Vergehen bezieht.

Nachdem wir den eventuellen dolus zu erklären und in der Mannichfaltigkeit seiner Richtungen zu beleuchten versucht haben, lehren wir zu der schon angeführten Bemerkung des verdienten Hufnagel zum Artikel 67 des württemb. Strafgesetzbuches zurück, welcher an der oben abgebrochenen Stelle sogleich fortfährt: „Es würde keine richtige Auslegung sein, wenn man hierin finden wollte, daß der bestimmte und der unbestimmte, der alternative und der eventuelle rechtswidrige Vorsatz in der Strafbarkeit einander ganz gleichgestellt seien,“ und ihre Verschiedenheit mit den Motiven zu vereinigen sucht. Mit dieser Ansicht, insbesondere der geringeren Strafbarkeit des bloß eventuellen dolus stimmen schon die alten Vertheidiger des dolus indirectus überein, welche nicht nur eine aus indirectem Vorsatz begangene Tödtung mit dem Begriffe eines Mordes für incompatibel erklärten²⁸⁾, sondern auch bei den aus einem solchen Vorsatz hervorgegangenen Tödtungen in den mildereren Fällen nach dem damaligen Rechte von der gesetzlichen Todesstrafe abzugehen erlaubten²⁹⁾, auf deren nothwendige, die Begriffe des Zeitalters empörende Anwendung sich die Gegner dieses dolus am meisten gestreift hatten. In Bezug auf geringere Strafbarkeit des eventuellen dolus stimmt v. Weber a. a. D. bei. Auch nach unserer Ausführung müssen wir diesen bloßen Zuwachs zu einem minder strafbaren bestimmten Vorsatz von einem auf den eingetretenen schwereren Erfolg gerichteten bestimmten Vorsatz in einem Punkte wesentlich verschieden behandeln, weil er, sofern zu seinem Begriffe schon die bloße Gefahr oder die Wahrscheinlichkeit genügt, sobald dem Verbrecher nur sein Gewissen sagt, daß er Anstifter dieser Gefahr, und dieselbe zu verhüten schuldig ist, bei ausbleibendem Erfolge wohl als ein aggravatus des verübten geringeren Verbrechens, aber keineswegs nach dem Verhältnisse eines Versuches bestraft werden darf. Was aber die bei eingetretenem Erfolge in Anwendung zu bringende Strafe betrifft, so haben die neueren Strafgesetzbücher, welche nur den Mord mit der einfachen Todesstrafe belegen, und auf die im Affecte verübten Tödtungen und Körperverletzungen keine absolut bestimmten Strafen mehr setzen, den Streit darüber sehr unpraktisch gemacht, da der Richter nicht gehindert ist, in den Fällen des bloß eventuellen dolus innerhalb der Rahme herunterzugehen. Nur die schwereren

28) Quistorp, Grundsätze des P. R., §. 253, dem auch der jüngste Herausgeber desselben, Klein beizustimmen scheint. de Boehmer ad Carpzov. qu. 22. obs. 3. 5. und ad art. 137. C. C. C. §. 17. Anderer Meinung war jedoch Koch (inst. iur. crim. §. 455), der übrigens das Wort *mutuwillig* im Art. 137 der P.-G.-D. nicht im Sinne des sechszehnten Jahrhunderts zu verstehen scheint.

29) G. J. Fr. Meister, *principia iuris crim. communis* (ed. tert. 1798), §. 138. *ibique cit. nota b.*

Fälle eines vorausgesehenen unvermeidlichen Erfolges, in welchem ein schon an sich in der Strafbarkeit nahe stehendes Verbrechen übergegangen ist, wie namentlich bei den angeführten Beispielen der Giftmischung, Brandstiftung und Nothzucht, sollten auf eine solche schonende Beurtheilung billig keinen Anspruch haben, weil sie mit dem bestimmten verbrecherischen Vorsatz unmittelbar zusammenfallen. Unsere Criminalisten werden sich übrigens hier dadurch helfen, daß sie ihren sogenannten alternativen Vorsatz annehmen, oder einen generellen, dessen Erfolg zwar specifisch ungewiß, aber gleich strafbar ist, wie ihn auch der nicht mehr zu beherrschende Zufall gestalten möge.

Wir haben in unserer Ausführung auf unsere positiven Rechtsquellen so oft Bezug genommen, daß wir uns bei der alten Streitfrage, ob diese Erweiterung des dolus, welche in eine Zweideutigkeit hinüberspielt, wie sie uns bei unmöglich scharf abzugrenzenden Begriffen der moralischen Welt nicht selten begegnet, und wegen der Unvermeidlichkeit solcher Uebergänge nicht mit Christiani³⁰⁾ als *distinctio aequivoci in sua aequivoata* getabelt werden darf, auch in ihnen gegründet ist. Ausdrücklich ist dieser Begriff freilich nirgends aufgestellt oder eigentlich definiert, aber er springt doch aus vielfältigen Anwendungen hervor. Obgleich nicht ganz genügend, doch auch gewiß nicht unglücklich war die Berufung der alten Vertheidiger des dolus indirectus auf die L. 6. C. ad legem Iuliam de vi und die L. 38. §. 5. D. de poenis. Nicht ohne Schein wendete man zwar dagegen ein, diese Stellen enthalten singuläre Verordnungen. Die böse Sitte der Selbsthilfe und der Unfug der Liebestränke und Rindsabtreibungen habe den Gesetzgeber Roms so gut bestimmen können, bis zur Todesstrafe aufzusteigen, wie solches in Deutschland hinsichtlich des Landfriedensbruches am Ende des funfzehnten und sechszehnten Jahrhunderts geschehen sei. Allein abgesehen davon, daß die erste Stelle ein vielleicht durch einen besonderen Fall veranlaßtes und auf Anfrage ertheiltes Mandat gewesen sein könnte und daß die Stellen des Paulus (vergl. R. S. V. 23. §. 14, woselbst diese Abtreibungen unter die lex Cornelia gestellt werden) auf gar keine besondere Constitution zurückweisen, so werden diese Entscheidungen durchaus nicht als ein anomales oder singuläres Recht begründet, und diese Ansicht muß verschwinden, wenn wir sie mit dem Buchstaben und Geiste der lex Cornelia de sicariis verbinden, welche, obgleich ursprünglich einen dem speciellen Thatbestande völlig angeschmiegtten dolus voraussetzend (dieß ist wohl die richtigste Uebersetzung des bekannten in lege Cornelia dolus pro facto accipitur), schon dem Buchstaben nach den aufs Rauben und Stehlen bewaffnet ausgegangenen Verbrecher befaßte, dem es nicht gerade zunächst ums Tödten zu thun ist, obwohl Sylla eigentlich die gewerbmäßigen Räuber, Banditen und Brandstifter vor Augen haben mochte, womit Italien, in Folge der bürgerlichen Kriege, in Banden überfluthet

30) Koppé, Magazin, erster Jahrgang, S. 300. Nenne man ihn immerhin einen Zwitterbegriff, solche Zwitter- oder Spielarten begegnen uns ja schon in der natürlichen Welt in einer vergeblich zu bestreitenden Wirklichkeit.

war, wie wir noch aus den Schriften des Cicero, namentlich aus seiner Rede für den Milo ersehen, so daß man sogar in der Nähe der Vorstädte zur Nachtzeit selbst in starker Begleitung vor dem Ueberfalle solchen Gesindels nicht sicher war, dem es bei dem Rauben auf das Warden nicht ankam, und durch die Praxis auf die gewaltthätige Occupation fremder Grundstücke mit einer bewaffneten Rotte, die *naufragos suppressos* etc., bis zum allgemeinen Grundsatz, *nihil interest, occidat quis, an mortis causam praesbeat*, ausgedehnt wurde, welcher gewiß nicht auf einen nothwendigen und unvermeidlichen Erfolg beschränkt werden darf, sondern schon anwendbar ist, wenn der Erfolg von dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu besorgen ist. Wenn es also gleich aus triftigen historischen Gründen nicht zu bezweifeln steht, daß der ursprüngliche Sinn der *lex* sich auf einen schärferen Begriff des *dolus* bezog, der demjenigen vollkommen gleich ist, welchen wir mit dem Begriffe des Mordes verbinden, so kann dieses doch nicht von der, sowohl zur Ausgleichung der Unbilligkeiten einer bloß buchstäblichen Subsumtion namentlich der im Affecte verübten Tödtungen etc., als zur Ausfüllung einer von ihr gelassenen fühlbaren Lücke allmählig sehr erweiterten und zugleich in den Strafbestimmungen modificirten *lex* gelten, welche in unserem *Corpus iuris* unter diesem Titel auf uns übergegangen ist, und man hätte trotz der in der Mitte liegenden Halsgerichtsordnung, welche doch aus dem fremden Hilfsrechte näher bestimmt werden durfte, schon nach dem früheren Zustande unserer Rechtsquellen sehr erhebliche Gründe gehabt, die milderen Fälle des *dolus eventualis* mit einer geringeren, als der Todesstrafe abzuwandeln. Gewiß aber ist, daß bei anderen Verbrechen, namentlich bei der Brandstiftung, wo nur das *sciens prudensque* gefordert und die *luxuria dolo proxima* dem Vorsatz gleichgestellt wird, unsere Quellen den *dolus* von der *culpa lata* keineswegs so scharf getrennt haben, daß sie gar keine Uebergänge zulassen; daher auch zwei große Juristen⁸¹⁾ geradezu den Grundsatz aufgestellt haben, die letztere stehe nicht nur civilrechtlich, sondern auch strafrechtlich dem ersteren völlig gleich, was jedoch sehr *cum grano salis* von der als *culpa dolo proxima* hervorgehobenen zu verstehen, welche der Strafrichter nicht so leicht, als der Civilrichter voraussetzen darf. Endlich aber ist es eine Folge unserer Entwicklung dieses unvermeidlichen Zwitterbegriffes, daß auf alle diejenigen Verbrechen, deren specieller Thatbestand in keinem von der Handlung des Verbrechers trennbaren Erfolge besteht, und welche eine jede bloß *culpose* Begehung von selbst ausschließende eigenthümliche Beschaffenheit des bösen Willens so wesentlich erfordern, daß sie ohne diese gar nicht verübt werden können, wie namentlich der Diebstahl, der Betrug, die Fälschung, der *dolus eventualis* schlechterdings nicht anwendbar ist. Wer z. B. einem Anderen eine vergoldete Uhr feil bietet, in der Absicht, sie ihm auch dann anzuhängen, wenn er unvorsichtig genug sein sollte, sie für massives Gold zu halten,

81) H. Donellus, *comm. J. C. L. XV. c. 7.* Anton Faber, *de erroribus pragmaticorum. Dec. 76. Err. 3.* v. Eßhr, *Theorie der Culpa, S. 29.*

begeht durch das allgemeine Anbot, was gibst du mir für diese Uhr, ohne sie für golden auszugeben, noch keinen Betrug, sondern erst in dem Augenblicke, wenn er den Irrthum des Anderen bemerkend, diesen unterhält und benutzt, und dann fällt der Effect mit seiner Handlung untrennbar zusammen. Wer einem Anderen eine Sache wegnimmt, die er für die seinige hält, oder in dem Glauben, es geschehe mit dessen Bewilligung, begeht keinen Diebstahl, wenn es sich auch in der That ganz anders verhält. Der Grad des Leichtsinnes, womit er sich seinen Irrthum in den Kopf gesetzt, entscheidet nichts, und wenn er selbst noch im Zweifel stand, so kommt es darauf an, welcher Gedanke im Augenblicke der Wegnahme der vorherrschende war. Wird er seinen Irrthum erst später inne, so begeht er von nun an eine Unterschlagung, wenn er sie behält. Es würde uns zu weit führen, wenn wir durch Beispiele zeigen wollten, wie nahe selbst bei den schwersten, aber vom Erfolge gar nicht abhängigen Staatsverbrechen die höchste Schuld und völlige Strafflosigkeit an einander grenzen, und daß dieses der wahre Grund gewesen sein könnte, warum der große Dictator Sylla sich bewogen fand, den Ankläger keiner Untersuchung wegen Calumnien zu unterwerfen, da er doch nach dem Thatbestande des Verbrechen, welche so leicht in dem Floh einen Elephanten zu sehen erlaubt, der bösen Absicht schwer zu überführen sein würde. Wenigstens paßt auf die Verklümdung Aehnliches, was wir vom Betrug und Diebstahl gesagt haben. Auch darüber stehen wir, übereinstimmend mit den schon citirten Schriftstellern, nicht im Zweifel, daß ein Mord aus bloß eventuellem Vorsatz ein innerer Widerspruch wäre. Da müssen wir zu der scharfen Bedeutung des ursprünglichen Sinnes der *lex Cornelia* zurückkehren, und dürfen nach der That nichts als Mord strafen, was nicht vor der That als Versuch desselben zu strafen war. Paulus R. S. V. 23. §. 3. Nun frage sich Jeder, ob ein nicht einmal schwankender, sondern bestimmt nur auf Körperverletzung gerichteter Vorsatz als versuchte Tödtung bezeichnet und bestraft werden kann? — Gewiß weit weniger, als der Vorsatz im Affecte, wo es nur dann möglich ist, wenn man einen bestimmten Vorsatz annehmen darf, und das *delictum perfectum* ohne Erfolg blieb.

Um unsere Betrachtungen über den Gattungsbegriff, den wir subjectiv auf die innere Schlechtigkeit und Stärke des bösen Willens und objectiv auf die Verletzung oder Gefährdung irgend eines durch das Strafgesetz geschützten Gutes zurückzuführen unternahmen, zum völligen Abschlusse zu bringen, dürfen wir eine Schwierigkeit nicht unberührt lassen, welche der sehr zu beachtende Unterschied zwischen natürlichen und positiven Verbrechen, oder zwischen *delictis iuris gentium* und *iuris civilis* in den Weg zu legen scheint. So leicht jene Definition mit den ersteren zu vereinigen ist, weil in ihnen das Strafgesetz gerade solche Handlungen als Verbrechen bezeichnet hat, deren Strafwürdigkeit und Rechtswidrigkeit schon dem schlichten Rechtsgefühl und dem ungebildeten Verstande einleuchtet, oder deren politische Nothwendigkeit wenigstens so nahe liegt, daß Jeder sich selbst fragen mußte, ob sie nicht auf irgend eine Weise im Gesetze vorgesehen seien, so scheint doch in Beziehung auf die an-

deren, diese Regel einen Abfall zu leiden. Bei ihnen scheint die Feuerbach'sche Definition besser zu passen, welche, mit Abstraction von einem solchen dem Gesetz vorangegangenen Prius, das Bewußtsein der Gesetzeswidrigkeit des Begehrens als wesentlich hervorhebt. Nichts scheint natürlicher, als das Verbrecherische solcher nicht unmittelbar und durch sich selbst für strafwürdig erkannten Handlungen auf einen Ungehorsam zurückzuführen, dasjenige nicht zu beobachten, was die gesetzgebende Gewalt zur Verhütung übler Folgen zu verbieten für nöthig erachtet hat; so wie auf der anderen Seite der Staatsbürger nicht dafür verantwortlich gemacht werden kann, wenn er ähnliche, an sich nicht verdammungswürthe, aber in dieser Vorfrage nicht mit befaßte Handlungen sich erlaubt, welche dieselben Folgen für die Sittlichkeit, Sicherheit oder den Wohlstand nach sich ziehen können. So wahr dieses ist, und so gewiß eine solche blinde und passive Obedienz, welche nicht darnach fragen darf, ob die Gründe des Gesetzes auch im besonderen Falle zutreffen, dafür aber auch nur für das Befohlene verpflichtet ist, eintritt bei jenen absoluten Verböten, welche nur in Hauch und Bogen wirksam, der subjectiven Beurtheilung nichts überlassen dürfen, weil gerade aus diesem Ueberlassen die zu verhütende Gefahr entspringen würde, so ist doch nicht zu verkennen, daß solche Verordnungen, da die Gesetzgebung in der Regel einen edleren Gehorsam, dem Herz und Verstand auch im Einzelnen beispflichtet, voraussetzt und auf eine freiwillige Theilnahme berechnet ist, als wahre *iura singularia* eine Ausnahme bilden, welche durch die eigene Einsicht des Unterthanen von der politischen Nothwendigkeit einer Ausschließung einer solchen Discretion die Regel bestätigt, daß aber immerhin auch solche Verordnungen einer Auslegung bedürfen, und sie, eben weil sie zu mehr, als dem Verbötenen nicht verpflichten wollen, zulassen müssen, damit Jeder sich vergewissere, was er richtig zu befolgen hat, und was er bleiben lassen darf, daß endlich *Blindbaum* so unrecht nicht hat, daß diese den Unterschied zwischen *dolus* und *culpa*, oder die geringere oder größere Schuld, nicht mehr beachtenden *iura singularia* immer etwas Mißlingendes haben, wenn sie sich nicht auf bloße polizeiliche Strafen beschränken. So wird derjenige, welcher ohne polizeiliche Ermächtigung ein Stilet im Besitz hat, oder derjenige, welcher mit Uebergehung der Sicherheitsvorschriften Gift abgab, sich nicht damit entschuldigen können, daß es ohne die geringste böse Absicht geschehen, weil Jener den Dolch zu einem Zuckermesser gebrauchen wollte, dieser beim Abgeben überzeugt gewesen, daß kein Mißbrauch damit getrieben werde. Eben so wird der Beamte, welcher verbötswidrig von einer Partei oder von einem Amtsuntergebenen ein Geschenk annahm, sich vergeblich damit ausreden, daß dieses Geschenk auf seine Amtshandlungen, oder auf sein Amt nicht die geringste Beziehung gehabt, wie es bei solchen, welche, wie Hochzeitgeschenke von den Verwandten seiner Braut, eine besondere Veranlassung haben und als Höflichkeiten nicht gut abgelehnt werden konnten, ein möglicher Fall ist. Doch muß man zugeben, daß diese Anwendung in eine große Härte ausarten würde, wenn das Gesetz auf eine solche Geschenkannahme nicht bloß correctionelle Strafen, sondern geradezu die Dienstentsetzung gedroht hätte, und daß die Römer

die vorher gedachten Fälle schwerlich unter die *lex Cornelia* oder unter die *lex Julia de vi publica* gestellt haben würden. Eben so wird man *Birnbaum* bepflichten, daß, wenn gleich der Artikel 399 des *Code pénal*³²⁾ den Schlossern das Nachmachen fremder Schlüssel bei einer unserm Zuchthause gleich kommenden schweren peinlichen Strafe scheinbar unbedingt zu verbieten scheint, dennoch der Schlosser nicht unter diesen Artikel gestellt werden könnte, welcher erweislich, um seinem guten Freunde eine Ueberraschung zu bereiten, das nicht bestellte, aber für seine Inquilinen bedürftige Duplicat eines Hauschlüssels verfertigt hätte. Denn so allgemein das Verbot lautet, so beweist doch seine Stellung unter dem Titel vom Diebstahle, daß es nur solche Nachfertigungen im Auge hat, für deren Mißbrauch der Meister nicht so, wie für sich selbst, einstehen kann, was besonders dann der Fall ist, wenn solche Schlüssel besonders nach bloßen Abdrücken von dritten Personen bestellt werden, wobei ein *dolus eventualis* in der Regel gar nicht zu verkennen ist. Wer zum Scherz ein Anstellungsdecret für einen Bekannten verfertigt, um diesen, dem er es auf der Post zukommen läßt, zum Besten zu halten, wenn er sich für den Glücklichen hält und zu dem erhaltenen Amte gratuliren läßt, begeht, so unziemlich dieser Scherz ist, wenigstens keine Fälschung öffentlicher Urkunden. Denn dazu fehlt die charakteristische Absicht, daß von der noch so geschickt nachgemachten Urkunde als einer ächten ein irgend Jemand legitimirender Gebrauch gemacht werden soll. Aber wie, wenn der gute Freund davon im Ernste Gebrauch machte, wäre da wenigstens nicht eventueller *dolus* vorhanden? — Hält er sie für ächt, so begeht er kein *falsum* (vergl. L. 31. D. de l. *Cornelia de falsis*), und es fällt also auch die Möglichkeit dergleichen Zurechnung bei dem Andern, als angeblichen Anstifter weg, der wegen des verschuldeten Unfuges nur als *Injuriant* zu bestrafen ist. Erkennt er aber die Falschheit, ohne nach der Absicht des Urhebers zu fragen, so begeht er ein für sich bestehendes *falsum*. Dagegen verfällt der solideste Mann, der in der unschuldigen Absicht unter fremdem Namen *incognito* zu reisen, sich einen falschen Paß verschafft, in dieses, wenn auch verhältnißmäßig mild zu bestrafende Vergehen, weil er, so wenig er Schaden will, doch öffentliche Interessen verletzt. Denn die Maßregeln der Sicherheitspolizei, welche die Regierung anzuordnen, dem Publicum schuldig, und also darauf zu halten berechtigt ist, erlauben keinen Scherz, und mit der Obrigkeit soll man keinen Spott treiben.

Ueber die Streitfrage, ob *dolus* zu vermuthen, und die Art, wie er zu beweisen, welche neben dem Bekenntnisse schon nach unserer Halsgerichtsordnung, ohne Unterschied, ob Todes-, Leibes- oder Freiheitsstrafe zu erkennen, auch den hier allein möglichen künstlichen Beweis durch In-

32) *Quiconque aura contrefait ou altéré des clefs, sera condamné à un emprisonnement de trois mois du moins, deux ans de plus et à une amende de 25 à 150 francs. Si le coupable est un serrurier de profession, il sera puni de la reclusion, le tout sans préjudices des plus fortes peines, s'il y eût en cas de complicité de crime.*

bicien zuläßt, beziehen wir uns auf den ausgezeichneten Artikel Beweis in Strafsachen. Obnehin ergeben sich aus unserer detaillirten Begriffsentwicklung die Anhaltspunkte, welche den Richter leiten müssen, so sehr von selbst, daß es eine unnöthige Wiederholung wäre, diese noch besonders aufstellen zu wollen. Nur Eines bin ich dem Andenken eines verehrten Lehrers und Gönners zu bemerken schuldig, daß die von ihm vertheidigte praesumptio doli gar nicht in dem Sinne gemeint war, in welchem sie aufgefaßt worden ist. Er verstand darunter keine praesumptio iuris, sondern nur die sich gewöhnlich darbietende praesumptio hominis. Ihm war über die durchgängige Analogie der beiden Elemente unserer Rechtswissenschaft, der Interpretation und der Imputation, ein Licht aufgegangen, wovon die eine sich auf Willenserklärungen, die andere auf freie Handlungen bezieht, und für beide die unwillkürlichen Folgen ausmittelt. So wie die erste stets von der grammatischen Auslegung ausgehen wird, daß das, was der Mensch gesagt habe, auch das sei, was er sagen wollte, so müsse auch, da bei dem Menschen Alles sprechend sei, für die Zurechnung die niemals indifferente sinnliche Erscheinung der That als empirische Basis dienen, um nicht das δῶς μοι, κού 'σω zu verlieren. So wie aber auf der anderen Seite die grammatische Auslegung, ja die niedere Hermeneutik mit allen ihren historischen Hilfsmitteln, der logischen Interpretation oder der höheren Hermeneutik coordinirt sei, ohne daß sich zwischen beiden ein allgemeiner Vorrang bestimmen lasse, den nur ihre relative Dignität im besonderen Falle entscheide, so verstehe es sich auch von selbst, daß die tiefere Forschung nicht bei jenen ersten Resultaten stehen bleiben und den Kampf mit jeder anderen möglichen Erklärungsweise abweisen dürfe, bei dem sich die zu einer Vermuthung weder für das Eine, noch für das Andere berechnete Lustig neutral verhalten müsse.

Dr. Stricker.

Doppelehe, Bigamie, auch zweifache oder mehrfache Ehe, Polygamie¹⁾ genannt, ist ein Verbrechen, dessen sich derjenige schuldig macht,

1) Der Ausdruck Bigamie oder zweifache Ehe ist insofern etwas zu eng, als auch das Eingehen der dritten, vierten u. s. w. ehelichen Verbindung unter den Begriff dieses Verbrechens subsumirt werden muß. Vgl. Wächter, Abhandlungen aus dem Strafrechte (Leipzig 1835), Bd. 1, S. 144, Note 2. Wenn Peffter, Lehrbuch des gemeinen teutschen Criminalrechtes, §. 449, Note 1, dagegen behauptet, daß die dritte und vierte Ehe eines Verheuratheten immer nur in Beziehung auf die erste gültige Ehe strafbar, und insofern immer zweifache Ehe sei, so ist das nicht ganz richtig. Man sehe den Fall: es geht Jemand eine dritte Ehe ein zu einer Zeit, da zwar seine erste gültige Ehe bereits aufgelöst war, seine zweite bigamische ungültige Verbindung jedoch noch fortbestand, und nur wegen inzwischen eingetretener Verjährung nicht bestraft werden kann. Wegen vollendeter Bigamie wird er zwar nicht bestraft werden können, da dazu, wie weiter unten gezeigt werden wird, allerdings eine noch bestehende gültige Ehe erforderlich ist, allein nach Peffter's Ansicht würde er nicht einmal mit der Strafe der versuchten Bigamie belegt werden können. Das kann aber nicht angenommen werden, da die dritte Verbindung auf jeden Fall in der Absicht eingegangen wird, den bei Eingehung der zweiten Verbindung übernommenen Verpflichtungen zuwider zu handeln. Ueberdies muß die Ausübung einer ehelichen

der eine eheliche Verbindung eingeht, während er wußte, daß eine bereits früher von ihm eingegangene Ehe noch fortbestand²⁾. Manche nennen es doppelte Bigamie, wenn beide Theile, welche die bigamische Verbindung miteinander eingehen, noch durch eine frühere fortbestehende Ehe gebunden waren, wobei sie alsdann, wenn nur ein Theil verheuratet war, von einfacher Bigamie sprechen. Indessen sind an diesen Unterschied, welcher dem bei dem Ehebruche herrschenden Sprachgebrauche, nach welchem man zwischen doppeltem und einfachem Ehebruche unterscheidet, nachgebildet ist, keine weiteren gesetzlichen Folgen gebunden³⁾. Jedes Falles macht sich auch bei der einfachen Bigamie der unverheuratete Theil des Verbrechens schuldig, wenn ihm nur bei Eingehung der Verbindung bekannt war, daß der andere Theil in einer noch fortbauenden ehelichen Verbindung gestanden⁴⁾. Im römischen Rechte ist das Verbrechen der Bigamie zum Theil nach anderem Gesichtspunkte aufgefaßt, als es nach heutigem gemeinen Rechte geschehen muß. Dieser verschiedene Gesichtspunkt läßt sich schon aus der verschiedenen Strafe entnehmen, die in beiden Gesetzgebungen auf das Verbrechen gesetzt ist. Während sich nämlich das römische Recht darauf beschränkt, den Mann, der zu gleicher Zeit zwei Frauen, und die Frau, die zu gleicher Zeit zwei Männer habe, für infam zu erklären⁵⁾, ist in der Carolina verordnet, daß ein Ehemann, der eine andere Frau, oder eine Ehefrau, die einen anderen Mann in Gestalt der heiligen Ehe bei Lebzeiten des ersten Ehegatten nehme, mit keiner geringeren als der Strafe des Ehebruches bestraft werden solle⁶⁾. Der Verfasser der Carolina entschul-

Verbindung, welcher ein trennendes Ehehinderniß entgegensteht, und welche also an sich nichtig ist, immer auf dem Wege einer Sentenz erfolgen, indem es aus naheliegenden Gründen den Parteien nicht überlassen sein kann, eigenmächtig aus einander zu gehen. Cap. 3. X. de divortiis. (4. 19.) Vergl. Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechtes, Th. 2, S. 454.

2) Die sogenannte successive Polygamie, welche vorhanden ist, wenn Jemand nach aufgelöster früherer Ehe eine neue Ehe eingeht, ist also von dem Begriffe des Verbrechens gänzlich ausgeschlossen. Wenn daher die Civilisten von Strafen sprechen, welche das römische Recht aus einem gewissen odium gegen diese gesetzlich gestatteten zweiten Ehen angeordnet habe, so ist das nur uneigentlich zu verstehen, indem sich diese Strafen auf gewisse Vorkehrungen beschränken, welche zum Besten der Kinder erster Ehe getroffen worden sind. Vgl. Wächter a. a. D. S. 146. Von der Kirche wurden indessen solche Ehen allerdings nicht gern gesehen, von welcher Ansicht sich im späteren Kirchenrechte noch so viel erhalten hat, daß die zweite Ehe nicht eingesegnet wurde. Vgl. Eichhorn a. a. D. S. 452.

3) Vgl. Wächter, Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechtes, §. 216.

4) Vgl. über diesen Punkt, über welchen viele ältere Criminalisten abweichender Meinung sind, Wächter, Lehrbuch, §. 215, Note 79.

5) L. 1. L. 13. §. 2—4. D. de his, qui notantur infam. (3. 2.) L. 2. C. de incestis nupt. (5. 5.) L. 7. C. de repudiis. (5. 17.) L. 18. C. ad leg. Iul. de adult. (9. 9.)

6) P. G. D. Art. 121. Die Strafe des Ehebruches, rücksichtlich welcher die Carolina Art. 120 auf das römische Recht verweist, war aber nach diesem die Schwertstrafe für den Ehebrecher, und für die Ehebrecherin Gefängnis und Verstoßung in ein Kloster. §. 4. J. de publicis iudic. (4. 18.) Nov. 134. cap. 2.

bigt sich wegen dieser Abweichung von dem römischen Rechte mit der Bemerkung, daß das Uebel, das in Gestalt zweifacher Ehe geschehe, auch ein Ehebruch sei, und noch überdieß größer als der Ehebruch, und also mindestens dieselbe Strafe als dieser verdiene. Da aber dem Ehebruche selbst im römischen Rechte die Schwertstrafe angedroht ist, und da in demselben auch in Ansehung anderer Fleischesvergehungen sehr harte Strafbestimmungen getroffen waren⁷⁾, so läßt sich daraus, daß auf die Bigamie nur die Strafe der Infamie gesetzt ist⁸⁾, mit Sicherheit schließen, daß bei dieser Strafbestimmung nur an solche bigamische Verbindungen gedacht war, mit welchen weder Ehebruch noch anderes Fleischesverbrechen concurrirte. Denn es ist ohne weiteres klar, daß diese Verbrechen bloß darum, daß sie unter der Form oder unter Concurrenz der Bigamie begangen wurden, nicht gelinder angesehen werden konnten, als es außerdem geschehen sein würde. Daher konnte nach römischen Rechte die Ehefrau, welche während des Bestehens ihrer ersten Ehe eine zweite Ehe einging, wegen Ehebruchs bestraft werden, wenn dessen Requisite vorhanden waren; ebenso konnte der Mann, der wußte, daß sie schon verheurathet war, und mit ihr concumbirte, als Ehebrecher bestraft werden. In ähnlicher Weise konnte den Mann die Strafe des Stuprum treffen, wenn er mit einer unverheuratheten *persona honesta* bigamischen Beischlaf vollzog, so wie auch diese Person selbst die Strafe des Stuprum verwirken konnte, wenn sie um die noch bestehende Ehe des Mannes gewußt hatte⁹⁾. Eben so versteht sich von selbst, daß verwandte Personen, wenn sie bigamischen Beischlaf miteinander vollzogen, mit den Strafen des Incestes belegt werden konnten. Wenn daher im römischen Rechte der Bigamie bloß die Strafe der Infamie angedroht ist, so ist dabei nur an die Bigamie an und für sich, an die Verletzung des Verbotes der Polygamie gedacht, ohne daß deswegen für den Fall, daß die Bigamie in ein anderes Verbrechen überging, härtere Strafen ausgeschlossen waren. Dieser letztere Punkt scheint aber in der Carolina wenigstens theilweise übersehen worden zu sein. Denn in der bambergschen Halsgerichtsordnung wird behauptet¹⁰⁾, daß die kaiserlichen Rechte, worunter das römische Recht zu verstehen ist, gegen die Bigamie der Regel nach nur Infamie und Confiscation des halben

7) Die Strafe des Stuprum war nach römischen Rechte Confiscation der Hälfte des Vermögens, §. 4. J. cit., und konnte sogar bis zur Todesstrafe gehen, wenn eine Verführung stattgefunden hatte. L. 1. §. 2. D. de extraord. crim. (47. 11.) Ueber den scheinbaren Widerspruch zwischen §. 4. J. cit. und L. 1. §. 2. cit. vergl. meine Abhandlungen aus d. g. t. Strafrechte, Bd. 1, S. 244.

8) Es scheint übrigens, als habe außer der Infamie noch eine außerordentliche Strafe eintreten können. L. 11. §. 12. D. ad leg. Iul. de adult. (48. 5.) L. 2. C. de incest. nupt. (5. 5.) L. 7. C. de repudiis. (5. 17.) Theophilus, paraphras. Institut. lib. I. tit. 10. §. 6 u. 7, spricht sogar von einer Capitalstrafe. Vergl. darüber Wächter, Abhandlungen, S. 147 und 151.

9) Vgl. Wächter, Lehrbuch, §. 215, Note 72, und Abhandlungen, S. 150 u. 151.

10) Art. 146.

Vermögens, die Todesstrafe dagegen nur in dem Falle zulassen, da mit der Bigamie eine eheliche Frau oder Jungfrau durch Uebertömmung fleischlicher Werke an ihrem ehelichen Leumund betrogen und verlegt worden sei. Daraus ergibt sich, daß der Verfasser der bambergischen Halsgerichtsordnung von der irrthümlichen Ansicht ausging, als habe im römischen Rechte die Bigamie nur als Stuprum bestraft werden können¹¹⁾, und demgemäß sind auch gegen dieselbe in der Bambergensis nur diejenigen Strafen angedroht, welche nach römischem Rechte gegen Stuprum verhängt werden konnten¹²⁾. Die Carolina geht zwar ebenfalls von der irrthümlichen Voraussetzung aus, daß die Bigamie im römischen Rechte höchstens nur als Stuprum bestraft worden sei; es ist aber begreiflich, daß ihr diese Auffassung, welche sie dem römischen Rechte untergeschob, nicht zusagen konnte. Denn da nach ihrer Ansicht in jeder Bigamie, mit welcher fleischliche Vermischung verbunden, ein wirklicher Ehebruch enthalten war, so wäre sie in Widerspruch mit sich selbst gerathen, wenn sie nicht für ihre Strafbestimmung den Gesichtspunkt des Ehebruches zu Grunde gelegt hätte¹³⁾. Darum mußte sie erklären, daß die Bigamie auch ein Ehebruch sei, und also keiner geringeren Strafe als dieser unterliegen könne. Dabei fühlte sie wohl, daß die Bigamie eigentlich ein noch größeres Verbrechen sei, als der Ehebruch, weil ja in ihr ein arger Mißbrauch der heiligen Ehe enthalten war, aber sie konnte oder mochte wenigstens nicht über die Strafe hinausgehen, welche bereits im römischen Rechte auf den Ehebruch gesetzt war. Jeden Falles dachte die Carolina bei ihrer Strafbestimmung gegen „das Uebel, das in Gestalt zweifacher Ehe geschehe,“ nur an eine solche Bigamie, welche mit fleischlicher Vermischung verbunden war, da nur unter dieser Voraussetzung die bigamische Verbindung für einen Ehebruch ausgegeben werden konnte¹⁴⁾.

Wenn daher die Bigamie in der Carolina wesentlich unter den Gesichtspunkt des Ehebruches gestellt ist, so muß zunächst darnach Begriff und Thatbestand derselben bestimmt werden. Deswegen gehört es zuvörderst zum Thatbestande der vollendeten Bigamie, daß die erste Ehe gültig eingegangen war, und zur Zeit der eingegangenen zweiten Verbindung noch fortbestand¹⁵⁾. Denn ohne eine gültige noch bestehende Ehe kann auch

11) Diesen Irrthum, der sich auf L. 18. C. ad leg. Jul. de adult. (9. 9.) gründete, theilten auch viele ältere italienische Praktiker, welche bei Carpov, pract. rer. criminal. qu. 66, nr. 15, nachgesehen werden können.

12) Vgl. oben Note 7.

13) Nach der römischen Ansicht hatte bloß der Ehemann, nicht auch die Ehefrau das Recht, von dem anderen Theile die Treue zu verlangen, deren Verletzung das Verbrechen des Ehebruches bildete. Daher beging der Ehemann keinen Ehebruch, sondern nur Stuprum, wenn er mit einem unverheurateten Frauenzimmer concumbirte. Nach der Carolina, Art. 120, kann sich dagegen auch der Ehemann gegen seine Frau des Ehebruches schuldig machen, so daß Bigamie, mit welcher fleischliche Vermischung verbunden war, in jedem Falle als Ehebruch erscheinen mußte.

14) Vgl. Wächter, Abhandlungen, S. 151, Note 13.

15) Vgl. Wächter a. a. D. S. 150.

nicht von einem vollendeten Ehebruche die Rede sein^{15a)}). Dagegen ist zum Thatbestande der vollendeten Bigamie nicht nöthig, was von einigen älteren Criminalisten dazu erfordert wurde, daß die erste Ehe durch wirklichen Beischlaf consummirt gewesen sei¹⁶⁾). Denn davon sind nach deutschem Rechte nur einige privatrechtliche Folgen, keineswegs aber die Giltigkeit der Ehe und die Verpflichtung zur ehelichen Treue abhängig. Für fortbestehend ist die frühere Ehe anzunehmen, so lange sie nicht durch den Tod oder durch Scheidung getrennt worden ist¹⁷⁾). Dabei kann in Ansehung gemischter Ehen die Frage entstehen, ob der katholische Ehegatte, der von seinem protestantischen Ehegatten durch das protestantische Ehegericht quoad vinculum getrennt worden ist, sich durch Wiederverheurathung bei Lebzeiten des geschiedenen Gatten der Bigamie schuldig mache. Die Frage scheint vermeint werden zu müssen, da zwar die neue Ehe des katholischen Theiles nach den Grundsätzen des katholischen Kirchenrechtes nicht als gültig bestehen, aber doch auf keinen Fall als eine Verletzung der aufgelösten, also nicht mehr bestehenden früheren Ehe angesehen werden kann¹⁸⁾). Durch eine bloße Trennung von Tisch und Bette, wird aber, wie sich von selbst ergibt, auch für Protestanten die Möglichkeit des Verbrechens nicht ausgeschlossen, da eben darin keine wirkliche Auflösung der Ehe enthalten ist. Inwiefern noch ein Versuch der Bigamie möglich sei, wenn es an dem Erfordernisse einer noch fortbestehenden gültigen Ehe mangelt, ist nicht unbestritten. Diejenigen Criminalisten, welche unrichtiger Weise das Dasein eines strafbaren Versuches in allen den Fällen in Abrede stellen, in welchen wegen mangelnden Objectes das Verbrechen nicht vollendet werden konnte, müssen consequenter Weise einen Versuch der Bigamie selbst in dem Falle leugnen, da Jemand eine zweite eheliche Verbindung einging, während er seiner irrthümlichen Meinung nach noch durch eine fortbestehende gültige erste Ehe gebunden war¹⁹⁾). Auch diejenigen, welche der richtigen Meinung zugethan sind, und einen strafbaren Versuch auch da annehmen, wo das Verbrechen wegen mangelnden Objectes nicht vollendet werden konnte, wollen einen Versuch der Bigamie nur in dem Falle anerkennen, da der Verbrecher seine frühere Ehe für gültig gehalten hatte²⁰⁾).

15a) Vgl. Wächter a. a. D. S. 124.

16) Manche wollen, wenn die erste Ehe durch Beischlaf nicht consummirt war, nur eine minder strafbare bigamia impropria oder ungentliche Bigamie annehmen; s. B. Boehmer, *medit. in C. C. ad art. 121. §. 1; Quistorp, Grundsätze des deutschen peinlichen Rechtes*, §. 467.

17) Die Carolina, Art. 121, dehnt zwar den Begriff der Bigamie aus auf alle bei Lebzeiten des ersten Ehegatten eingegangenen ehelichen Verbindungen. Es verkehrt sich aber von selbst, daß das für die Protestanten nur insofern gelten kann, als nicht die erste Ehe durch Scheidung aufgelöst ist. S. Feuerbach, *Lehrbuch des peinel. Rechtes*, §. 385, Note a.

18) Vgl. A m m o n , in *Zu-Rhein's Zeitschrift für Theorie und Praxis des bayerischen Civils, Criminal- und öffentlichen Rechtes*, Bd. 1, Heft 3, S. 297.

19) J. B. J a c h a r i d , die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Th. 1, §. 181; Heffter, *Lehrbuch des Criminalrechtes*, §. 450, Note 1. Vergl. aber dagegen meine Abhandlungen aus dem gem. t. St.-R., Bd. 1, S. 279 flg., S. 477 flg., und Bd. 2, S. 198.

20) Wächter a. a. D. S. 150.

Es scheint aber noch weiter gegangen und ein Versuch der Bigamie auch noch in dem Falle angenommen werden zu müssen, da Jemand eine zweite Ehe eingeht, während eine früher von ihm eingegangene eheliche Verbindung, deren Ungiltigkeit er kannte, noch fortbestand. Denn so lange die erste ungiltige Ehe nicht durch richterlichen Spruch aufgelöst ist, hat Niemand das Recht, eine zweite Ehe einzugehen²¹⁾, und jedes Falles würde durch diese letztere den bei Eingehung der ersten Ehe übernommenen Verpflichtungen, von welchen er nicht anders, als durch richterliche Sentenz entbunden werden kann, zuwider gehandelt werden²²⁾.

Wegen des angedeuteten Gesichtspunktes, unter welchen die Bigamie gestellt ist, muß es ferner zu dem Thatbestande des vollendeten Verbrechens gehören, daß zu dem Eingehen der zweiten ehelichen Verbindung Weischnaf hinzugekommen ist. Denn außerdem würde auch nicht von einem vollendeten Ehebruche die Rede sein können²³⁾. Fehlt es an diesem Erfordernisse, so ist bloßer Versuch der Bigamie vorhanden, unter der Voraussetzung, daß es an den übrigen dazu gehörigen Erfordernissen nicht mangelt²⁴⁾. Aus gleichem Grunde ist zur Bigamie der *dolus* erforderlich, ohne welchen es überhaupt keinen Ehebruch gibt, und der in dem Bewußtsein und der Absicht besteht, mit einer anderen Person zu concumbiren, als mit welcher man sich ehelich verbunden wußte²⁵⁾. Daher ist in dem Falle, da Jemand unter Beobachtung der äußeren Eheformen eine bigamische Verbindung eingeht, ohne geschlechtliche Absichten dabei zu haben, nicht einmal ein Versuch einer eigentlichen Bigamie vorhanden, indem vielmehr die Handlung alsdann als ein selbstständiges Verbrechen gegen die Religion aufgefaßt und nach anderen Grundsätzen beurtheilt werden muß²⁶⁾. Die Carolina bedient sich des Ausdruckes „betrüglischer Weise, mit Wissen und Willen“, um den hier erforderlichen *dolus* zu bezeichnen. Manche Criminalisten legen auf die Worte „betrüglischer Weise“ ein besonderes Gewicht, indem sie daraus herleiten wollen, daß der *dolus* noch außerdem auf eine Täuschung oder einen Betrug entweder gegen den ersten Gatten, oder gegen den die Trauung vollziehenden Priester oder gegen das Publicum gerichtet gewesen sein müsse²⁷⁾. Indessen ist diese

21) S. oben Note 1 a. C.

22) Hiermit stimmt Böhmer, a. a. D., überein, der sich vorzüglich darauf beruft, daß die in einer ungiltigen Ehe Lebenden dem Namen nach Eheleute seien und in Gestalt der heiligen Ehe leben, und bei Eingehung der zweiten Ehe auf jeden Fall die Absicht haben, den Gesetzen zuwider eine zweifache Ehe einzugehen.

23) Wächter a. a. D. S. 150. Ueber die abweichende Meinung Einziger, welche den Weischnaf nicht fordern, vergl. Wächter, Lehrbuch, §. 215, Note 78.

24) Einige Aeltere, z. B. Böhmer, a. a. D. §. 8, sprechen hier unpassender Weise von einer *bigamia impropria*.

25) Vgl. Wächter, Lehrbuch, §. 215, Note 80; Heffter, Lehrbuch, §. 450.

26) Es kann damit auch ein anderes Verbrechen concurriren, z. B. Betrug, wenn die Bigamie in der Absicht eingegangen war, eigennützige Zwecke damit zu verfolgen. Vgl. Heffter, Lehrbuch, §. 450, Note 4.

27) Vgl. Wächter a. a. D. Note 75, und Abhandlungen, S. 152.

Auslegung wohl unrichtig, da das Mitwissen oder die Einwilligung des anderen Gatten oder des Priesters nur die Wirkung haben kann, diese als Theilnehmer an dem Verbrechen erscheinen zu lassen, und da das Publicum nicht als eine moralische Person, welcher ein Recht, nicht getäuscht zu werden, zustände, angesehen werden kann. In allen Fällen wird zwar mit der Bigamie eine Täuschung gegen den Staat begangen, indem eine unrechtliche Verbindung unter dem Anscheine einer rechtlichen eingegangen wird, und deswegen mögen vielleicht in der Carolina die angegebenen Worte gewählt worden sein; allein nicht diese Täuschung, sondern der in jeder Bigamie liegende Mißbrauch der Gestalt der heiligen Ehe ist der Grund, aus welchem dieselbe als ein besonderes Verbrechen hervorgehoben ist. Dagegen kann von einer culposen Bigamie, bei welcher das Bewußtsein der noch fortbestehenden früheren Ehe mangelte, wenigstens gemeinrechtlich keine Rede sein²⁸⁾.

Außer den angegebenen Erfordernissen gehört zum Thatbestande der Bigamie, daß die zweite Verbindung unter Beobachtung der äußeren Eheformen eingegangen wurde²⁹⁾. Hierin liegt das charakteristische Merkmal, durch welches sich die Bigamie von dem Ehebruche unterscheidet. Auch in Beziehung auf diesen Punkt muß dolus vorhanden sein, wenn das Verbrechen der Bigamie vorliegen soll. Der dolus besteht hier ebenfalls in dem Bewußtsein, daß die erste Ehe noch nicht aufgelöst war zu der Zeit, da die zweite eingegangen werden sollte. Daher ist es keine Bigamie, sondern bloßer Ehebruch, wenn Jemand eine zweite Ehe, welche er in der irrthümlichen Meinung eingegangen hatte, daß seine erste Ehe aufgelöst sei, fortsetzt, nachdem er von dem Fortbestehen derselben Kenntniß erhalten hatte³⁰⁾. War die Absicht gar nicht darauf gerichtet, daß die zur Eingehung einer Ehe nöthigen Formen beobachtet werden sollten, so kann auch nicht einmal von einem Versuche der Bigamie die Rede sein³¹⁾. Ein Versuch kann nur vorhanden sein, wenn es zwar nicht an dieser Absicht, wohl aber an der vollkommenen Ausführung derselben fehlte. Die Anfangsgrenze des Versuches muß nach den allgemeinen darüber geltenden Grundsätzen bestimmt werden. Darnach kann nicht eher Versuch angenommen werden, als bis der Anfang gemacht wurde mit dem Mißbrauche der kirchlichen Handlungen, die zur Eingehung einer Ehe erforderlich sind. Dieser Anfang kann aber nicht wohl in einen früheren Moment, als in das Erlassen des kirchlichen Aufgebotes gesetzt werden. Die bloße Verlobung eines Ehegatten, selbst wenn er dabei die Absicht haben sollte, die zweite Ehe noch bei Lebzeiten des anderen Ehegatten zu vollziehen, scheint noch nicht als Versuch der Bigamie angesehen werden zu

28) Einige Aeltere, z. B. Böhmmer a. a. O. §. 3, nehmen auch eine culpose Bigamie an, die sie mitunter auch quasi-bigamia oder bigamia impropria nennen.

29) „In Gestalt der heiligen Ehe.“ P. G. O. Art. 121.

30) Zwei Fälle dieser Art finden sich in Sigis's Annalen, Bd. 9, Heft 18, S. 334, und Bd. 12, Heft 23, S. 49.

31) Vgl. Wächter, Abhandlungen, S. 150.

dürfen, da darin weder der Anfang eines Ehebruches, noch auch der Anfang des Mißbrauches kirchlicher Handlungen enthalten ist³²⁾.

Was die Strafe der Bigamie betrifft, so ist in der Carolina verordnet, daß dieselbe nicht geringer sein solle, als die Strafe des Ehebruches³³⁾. Die ältere Praxis ging aber von der Ansicht aus, daß nach dem Sinne der Carolina die Bigamie härter, und in jedem Falle, auch an dem weiblichen Theile, mit dem Tode bestraft werden müsse³⁴⁾. Um diese Härte einigermaßen zu mildern, erkannte sie dabei eine Menge von Milderungsgründen an, für welche es jedoch an jedem gesetzlichen Anhaltspunkte fehlte³⁵⁾. Das führte am Ende dazu, daß bei der Bigamie, wie bei dem Ehebruche gar nicht mehr auf die Todesstrafe erkannt, sondern eine arbiträre Strafe an deren Stelle gesetzt wurde. Während in dieser Weise die Praxis auf der einen Seite von der gesetzlichen Strafbestimmung abwich, kam sie auf der anderen Seite bei der Carolina ausgesprochenen Ansicht, daß die Bigamie ein größeres Verbrechen sei, als der Ehebruch, wieder näher, indem sie regelmäßig gegen dieselbe auf eine härtere Strafe, als gegen den Ehebruch, erkannte. Indessen ist in Ansehung des Strafquantums die gemeinrechtliche Praxis ziemlich schwankend. Mehr als zweijährige Zuchthausstrafe wird wohl gemeinrechtlich nirgends mehr erkannt werden; auch ist schon öfters auf nicht mehr als sechs- bis zehnmonatliche Arbeitshaus-, Gefängniß- oder Festungsstrafe erkannt worden³⁶⁾.

Die neueren Strafgesetzgebungen nehmen auf die verschiedenen Modificationen, welche bei dem Verbrechen vorkommen und dasselbe bald mehr bald minder strafbar erscheinen lassen können, größere Rücksicht, als das gemeine Recht. Für einige Fälle der Bigamie ist auch größere Strafbarkeit angenommen worden, als nach der gemeinrechtlichen Praxis erkannt

32) Vgl. meine Abhandlungen, Bd. 1, S. 504 ff. Indessen sind hier Viele anderer Meinung, indem sie die Verlobung wenigstens in dem Falle, da die Absicht darauf ging, dieselbe noch während des Bestehens der ersten Ehe durch Eingehung der Ehe und durch Beischlaf zu vollziehen, für einen entfernten Versuch der Bigamie ansehen. Vgl. Wächter a. a. D.

33) S. oben Note 6.

34) Vgl. darüber Wächter, Lehrbuch, §. 216, Note 82, und Abhandlungen, S. 153.

35) Meistens dieselben Milderungsgründe, welche sie auch bei dem Ehebruche annahm; z. B. Verzeihung des beleidigten Gatten, die zwar bei dem Ehebruche, der nach der Carolina nicht von Amtswegen bestraft wird, die Strafe nicht allein mildert, sondern gänzlich aufhebt, jedoch bei der Bigamie schwerlich Berücksichtigung finden darf; ferner wenn der beleidigte Gatte unfähig zum Beischlaffe war oder denselben beharrlich verweigert hatte; ferner wenn der bigamische Gatte einen starken Widerwillen gegen den beleidigten hatte, oder wenn die zweite Ehe während einer Trennung von Tisch und Bette, oder während des Scheidungsprozesses eingegangen war. Selbst in dem Falle sollte eine Milderung eintreten, da ein Verlobter seiner Braut untreu wurde, eine Andere heirathete, und nachher aus Gewissenhaftigkeit zu seiner früheren Braut zurückkehrte und diese heirathete. Auch dadurch wurde die Härte des Strafgesetzes vielfach umgangen, daß man zur Anwendung der vollen Strafe den Beweis der *seminis immissio* verlangte.

36) Vgl. darüber Wächter, Abhandlungen, S. 154.

zu werden pflegt. Nach dem österreichischen Gesetzbuche³⁷⁾ ist die Strafe der zweiseitigen Ehe Recker von einem Jahre bis zu fünf Jahren. Dabei ist ausdrücklich anerkannt, daß auch die unverheuratete Person, welche wissentlich eine bereits verheiratete Person heirathet, sich in gleicher Weise des Verbrechens schuldig macht, als die verheiratete Person, welche wissentlich noch eine andere Ehe eingeht. Wenn der Verbrecher der Person, mit welcher er die zweite Ehe geschlossen, seinen Ehestand verhehlt hat, so soll er zu schwerem Recker verurtheilt werden. Das preussische Landesrecht³⁸⁾ schreibt für die Bigamie ein- bis zweijährige Zuchthausstrafe vor; demjenigen, der sich für unverheurathet ausgibt, ist Zuchthausstrafe von drei Jahren, und dem Ledigen, der wissentlich eine verheuratete Person heirathet, von sechs Monaten bis zu einem Jahre angedroht. Nach dem bayerischen Gesetzbuche³⁹⁾ soll der Ehegatte, der bei noch fortbauender gültiger Ehe mit einer anderen Person eine neue Ehe schließt, mit Arbeitshaus auf ein bis vier Jahre bestraft werden, welche Strafe noch durch äußeren Zusatz geschärft werden soll, wenn beide Theile schon verheuratet waren. Wenn der Ehegatte der Person, mit welcher die zweite Ehe geschlossen worden, seinen Ehestand verhehlt hatte, so soll er in Arbeitshaus auf vier bis acht Jahre verurtheilt werden. Die ledige Person, die sich mit einer anderen, welche noch in fortbauender gültiger Ehe lebte, wissentlich verheuratet hatte, soll mit sechsmonatlichem bis einjährigem Gefängnisse bestraft werden. Nach dem sächsischen Gesetzbuche⁴⁰⁾ soll ein bis zweijährige Zuchthausstrafe eintreten, wenn ein Ehegatte sich anderweit verheiratet, während er noch in einer Ehe lebte, welche nach gesetzlicher Form vollzogen und durch die zuständige Behörde noch nicht für getrennt oder nichtig erklärt worden war. Die ledige Person, welche mit einer bereits verheurateten eine eheliche Verbindung eingeht, soll mit drei- bis sechsmonatlichem Gefängnisse bestraft werden. Wenn beide Personen, welche sich des Verbrechens schuldig machen, bereits verheuratet waren, soll zwei- bis dreijährige Zuchthausstrafe eintreten. Der Ehemann, der unter dem Vorgeben, daß er unverheuratet sei, ein Frauenzimmer zu einer ehelichen Verbindung mit ihm verleitet, soll mit drei- bis vierjähriger Zuchthausstrafe belegt werden. In dem württembergischen Gesetzbuche⁴¹⁾ ist dem Verheurateten, der ein andere Ehe eingeht unter Verhehlung seines Ehestandes, eine Strafe von drei Jahren Arbeitshaus bis zu acht Jahren Zuchthaus angedroht; fand keine Verhehlung des Ehestandes statt, so soll ein- bis dreijährige Arbeitshausstrafe eintreten. Der Ledige, der sich wissentlich mit einem Verheurateten verheuratet, soll mit Arbeitshaus bis zu zwei Jahren bestraft werden. Eigenthümlich ist dem würt-

37) Th. 1, §. 185—187.

38) Th. 2, Tit. 20, §. 1066—1068.

39) Bb. 2, Cap. 6, Art. 297 u. 298; Bb. 3, Cap. 1, Art. 374.

40) Art. 218—221.

41) Art. 304. Nach einer officiellen Anmerkung zum bayerischen Strafgesetzbuche kann auch wegen Fahrlässigkeit bestraft werden, wer in der Meinung, daß seine Ehe aufgelöst sei, sich verheuratete und sich dabei in einem schuldbaren Irrthume befand.

tembergischen Gesetzbuche, daß es auch eine culpose Bigamie annimmt, indem Gefängnißstrafe von einem Monate bis zu drei Monaten eintreten soll, wenn ein Theil sich bei Eingehung der Ehe in einem auf Fahrlässigkeit beruhendem Irrthume über die Fortdauer der ersten Ehe befindet.

Luden.

Duell, Zweikampf¹⁾. Die Geschichte des Alterthums zeigt uns, daß bei den Völkern der Vorzeit der Zweikampf gewöhnlich war. „Die Geschichte des Duellwesens ist sehr dunkel,“ läßt sich mit Rosshirt (Geschichte und System des deutschen Strafrechts, Th. 2, Abth. 1 (Stuttgart 1839), S. 172—117; „Vom Duell“) S. 172 sagen. An Forschungen fehlt es nicht, ohne daß es bisher gelang, die tiefsten Wurzeln zu ergünden. Die Geschichte des Mittelalters zeigt uns die denkwürdige Erscheinung der sogenannten Gottesurtheile. „War,“ um mit Grimm: Deutsche Rechtsalterthümer (Gött. 1828), S. 908, zu reden „ein Recht zweifelhaft, so konnten Prüfungen angestellt werden, durch deren untrüglichen Ausgang die aufgerufene Gottheit selbst als höchster Richter das Wahre und Rechte verkündete. Sie ruhten auf dem festesten Glauben, daß jedesmal der Schuldlose siegen, der Schuldige unterliegen werde. Eine solche Entscheidung war Gottesgericht, Gottesurtheil, dei iudicium.“ Unter den verschiedenen Arten von Gottesurtheil hebt sich besonders, als Anwendung des hergebrachten Kampfrechts, das Kampfurtheil (Kampfgericht) hervor²⁾, wie Grimm, a. a. D. S. 927, zugleich

1) Literatur: Strupen, vom kämpflichen Erbsen oder der Herausforderung zum Duell, in dessen Werk: Deutsche Alterthümer zur Erläuterung des sächsischen und schwäbischen Landrechtes. Göttingen 1746. — Drever, Anmerkung von den ehemaligen gerichtlichen Duellgesetzen; in dessen Sammlung vermischter Abhandlungen zur Erläuterung der deutschen Rechte und Alterthümer (Moskau 1754), Th. 1, S. 139 flg. — Schmid, über die Duelle, eine politisch-juridische Beantwortung der von der Akademie zu Utrecht ausgeschriebenen Preisfrage. Landshut 1802. — Aschenbrenner, über das Verbrechen und die Strafe des Zweikampfes. Würzburg und Bamberg 1804. — Neues Archiv des Criminalrechtes, Bd. 3 (Halle 1820), Abhandl. 18, S. 436—452, Abh. 19, S. 453—477; Bd. 8 (1826), Abh. 15, S. 445—469; Bd. 10 (1829), Abh. 9, S. 181—204. Neue Folge, Jahrg. 1834, Abh. 14, S. 339—383. — Cucumus, über das Duell und dessen Stellung im Strafsysteme. Würzburg 1822. — Türk, Dissertatio historico-juridica de singulari certamine, vulgo duello, cui est Francogallicarum legum ratio subiecta. Suer. 1823. (Leipziger Literaturzeitung v. J. 1826, S. 1507 flg.) — Vorbaere, Dissert. de duellis. Gandae 1825. — Pösig, Annalen der deutschen und ausländischen Criminalrechtspflege, Bd. 2 (Berlin 1828), S. 315—320. — Paulus, wider die Duellvereine auf Universitäten etc. Heibel. 1828.

2) Meier, Geschichte der Ordballen, insbesondere der gerichtlichen Zweikämpfe in Deutschland. Jena 1795. Buchner, das öffentliche Gerichtsverfahren (Erlangen 1825), S. 64 flg. Pfeffinger, Corpus iuris publ. tom. I. (Francof. 1754) p. 45 sq. — Solche gerichtliche Zweikämpfe sind noch jetzt bei verschiedenen Völkern gewöhnlich. Vor kurzem hatte ein solcher Kampf (als Ehenbuell) in Kaukasien statt. Noch im Jahre 1804 hat ein Freiherr von Einsingen den Reichstag, den Kurfürsten von Hessen anzuhalten: seine ungeründeten Praeventiones auf Tesberg coram iudicio dei mit der Spitze des

seine Ansicht über den Ursprung des Duells aussprechend, sagt: „unter allen das berühmteste, häufigste und edelste, bis heute fortbauend in dem Zweikampfe, der zwar weder von den Gerichten gefordert wird, noch rechtliche Folgen hat, nach dem Volksglauben aber in gewissen Fällen die stets beste und letzte Entscheidung gewährt.“ Neben diesem zum Beweise dienenden gerichtlichen Zweikampfe nährte das überhaupt herrschende Kampfrecht der Freien, als Fehderecht, die Sitte des Zweikampfes auch außerhalb der Schranken des Gerichts³⁾. Die im Mittelalter herrschend gewordenen germanischen Begriffe von Ehre nährten, wenn es auf sie ankam, die Neigung, die Entscheidung durch den Richter auszuschließen; die Ehre wurde als etwas rein Persönliches angesehen, das sich fremder Beurtheilung entziehen, und worüber der Freie keinen andern Richter anerkennen dürfe, als sich selbst⁴⁾.

Die Zweikämpfe der Kampfgerichte erloschen nach und nach, zuletzt in dem unter dem „letzten Ritter,“ dem Kaiser Mar I. errichteten ewigen Landfrieden und der Niederlegung stehender Gerichte⁵⁾, während die in den fortwährend herrschenden Begriffen von Ehre wurzelnde Sitte der außergerichtlichen Ehrenzweikämpfe sich aufrecht erhielt. Vergebens kämpfte gegen sie die Macht der Kirche, die schon früh (in einzelnen Verböten) sich wider die Gottesurtheile, besonders die gerichtlichen Zweikämpfe erklärt hatte⁶⁾; vergebens schleuderte Papst Julius II. im Jahre 1509 seinen Bannstrahl; fruchtlos waren die Bemühungen der späteren Päpste, die Erlasse von Leo X., Clemens VII., Pius IV., Gregor XIII. und Clemens VIII.; fruchtlos verdamnte die berühmte Kirchenversammlung in Trident, welche Duellanten und Secundanten in Bann that; ihnen das christliche Begräbniß versagte und sie mit Vermögensconfiscation und der Strafe des Todtschlages verfolgt wissen wollte, die eingewurzelte Sitte als ein Werk des Teufels: *Detestabilis duellorum usus, fabricante diabolo introductus, ut cruenta corporum morte animarum etiam perniciosam lucretur*⁷⁾. Obgleich im sechszehnten Jahrhundert das Ritterthum thatsächlich in einer neuen Kriegsordnung erlosch, so gehörten doch die Anführer des Kriegsvolkes, der Landes- und

Degens auf den Tod wider ihn verfechten zu lassen. Häberlin, *Staatsarchiv*, Bd. 12 (Heimst. 1804), S. 87—96.

3) Kofshirt a. a. D. Th. 1 (1838), S. 27. Henke, *Handbuch des Criminalrechtes und der Criminalpolitik*, Th. 3 (Berlin 1830), S. 600.

4) Kollgraff a. a. D. S. 184 ff.

5) Quistorp, *Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts*, Th. 1 (Kostock und Leipzig 1794), §. 338, S. 507.

6) Rittermaier, *das deutsche Strafverfahren* (3. Auflage, Heidelberg 1839), Th. 1, S. 59.

7) Eben so eifrig sind gleichzeitige Schriftsteller, besonders katholische. So sagt z. B. Damhouder, *prax. cr.*: *Verum quum isthaec duelli conflictatio recte pugnet cum omnibus divinis, humanis, naturaeque legibus et beluina potius sit furia, quam humana insania etc.* Gab ja noch ein späterer Schriftsteller, Pfessinger (*Corp. iur. publ.*, tom. III. p. 1252) vom Duell folgende Definition: *Definiri potest duellum privatorum, quod sit detestabile vindictae genus, quo contra sanam rationem, divinasque pariter et humanas leges iratus in iratum ius vitae et necis sibi vindicat etc.*

Soldknechte, gewöhnlich den Ritterfamilien an, und sie, die immer noch selbst in ihrem Aeußeren, Harnisch und Helm, als Ritter galten, vindicirten sich für ihre Ehrenhändel das Kampfrecht ihrer Vorfahren. Glaubte ja König Franz I. von Frankreich als gekrönter Ritter sich aufzufordern, den die Kaiserkrone tragenden Ritter Karl V. (dessen Carolina vom Duell schweigt) zum Kampfe zu fordern, und dieser sich gedrungen, den Fehhandschuh aufzunehmen. (Zum Zweikampf selbst kam es nicht.) Sleidanus, de statu religionis, lib. 6. p. 95. Pfeffinger l. c. tom I. p. 727⁸⁾.

Die Zeit des in den Waffen stehenden siebenzehnten Jahrhunderts zeigt uns in ihrer Rohheit die Sitten der Waffentragenden, ihre Zwiste bei Trunk und Spiel durch Zweikampf, gewöhnlich durch Kugelwechseln auszufechten⁹⁾. Forderten sich ja noch gekrönte Häupter zum Zweikampfe heraus, indem z. B. im Jahre 1611 Karl IX. von Schweden den König Christian IV. von Dänemark forderte, obwohl ohne Erfolg, da dieser das Duell unter dem Vorwande ablehnte, daß sein Gegner ein Schwächling sei. Vergeblich bedrohte dessen großer Sohn, Gustav Adolph, den Zweikampf mit dem Tode, vergeblich ließ er diese Strafe vollziehen; baten ihn ja selbst zwei seiner Generale, also Männer, die berufen waren, die Kriegszucht aufrecht erhalten zu helfen, die er in der Sitte des Duells gefährdet sah, um die Erlaubniß, sich duelliren zu dürfen. Die Sitte war mächtiger als das Verbot, an das endlich auch die Reichsgesetzgebung dachte. Unterm 19. September 1668 bestätigte der Kaiser das Reichsgutachten¹⁰⁾, das darauf berechnet ist, „im heil. röm. Reiche dem hochschädlichen Duelliren, Balgen und Kugelwechseln zu beegnen,“ und aus der Ueberzeugung hervorging, daß „zu nachdrücklicher Abstellung solchen allzuweit eingerissenen unchristlichen Beginmens eine durchgehends ernstliche Verordnung vonnöthen, damit aller Vorwand, Anlaß und Ursach zu dergleichen Excessen benommen und das frevelmüthige Schmähen und Injuriren als der Ursprung solchen Unheils verhütet werde, oder, da dawider gehandelt würde, dem Beleidigten schleunige billigmäßige Satisfaction widerfahren möchte.“ Wir finden verordnet, daß „alle Duella und Balgereien zu Ross und Fuß — ohne Unterschied der Personen, wes Standes, Würden oder Wesens die seien — bei Strafen sollen verboten sein, also, daß (außer der rechtlichen Nothwehr) männiglich sich nicht allein aller gewaffneten Handanlegung, sondern auch aller Ausforderung zu Duellen und Balgen, der Ausgeforderte aber aller Erscheinung und die gesuchten Beistände alles Rathes und Thathandlung, Beiwohnung, Vorschubes und Beistandes enthalten sollen.“ Wir finden weiter verordnet, daß die Obrigkeit, welche „um alles menschliche Blut, so durch Conuenienz unzeitig vergossen, Rechtschafft zu geben schuldig,“ gehalten sei, „sobald sie von einigem angestellten Kampf Nachricht erhal-

8) Anderer Beispiele der Art gebent Dithmar, S. 251 flg.

9) Koshirt a. a. D. (Gesch.) S. 174.

10) Senkenberg, Sammlung der Reichsabschiede, Th. 4 (Frankf. 1747), S. 55—58.

ten, den Balgern und ihren Secunden solchen bei Verluft Leib- und Lebens nicht allein zu verbieten, sondern auch solches sträfliche Vorhaben durch Verhaftung ihrer Personen und sonst durch alle mögliche Wege und Mittel zu verhindern." Ferner wird den Wirthen und „Hausvätern, in deren Häusern bei Wahl- oder Hochzeiten oder anderen Zusammenkünften, sich einige Zänkereien erregen, bei Strafe auferlegt, daß sie nicht allein die Interessirten zu Fried bringen, sondern auch auf Verspüren, daß es zu wirklichem Duell kommen dürfte, solches der Obrigkeit anzeigen, damit dem Provocanti und Provocato alsbald Einhalt geschehen möge." Auch soll „auf die Friedensstörer, Aufwiegler, Haberer und Tumultuirer" Acht gegeben und Alles, was auf Duell hindeutet, der Obrigkeit zur Einschreitung angezeigt werden. „Sollte sich aber jemand, solchen Verbots unetachtet, unterstehen, einen andern auszufordern, so soll er blos darum, wenn gleich das Balgen oder Kugelwechselln darauf nicht erfolgte, noch viel mehr aber, wenn er den Kampf und Duell mit seinem Gegenpart, wiewohl ohne Entleibung ausübt, ipso facto seiner Ehren entsetzt und nach Befund mit Landesverweisung, ja auch mit Leib- und Lebensstrafe belegt" werden. Gleiche Strafe soll den erscheinenden Ausgeforderten treffen. Noch schwerer sollen die „Secunden" bestraft werden, wenn sie sich schlagen, ferner die, „welche sich zum Ausfordern und Cartelltragen öffentlich brauchen lassen, oder mit Verhelfung Pferde, Waffen oder sonstigen mit Rath und That sich des Werks theilhaftig gemacht, endlich die, welche einen, der ausgefordert worden, aber nicht erschienen ist, wegen seines Nichterscheinens schelten und solches schimpflich vorwerfen." Auch die sollen bestraft werden „welche die vermerkte Provocationes nicht also gleich der Obrigkeit angezeigt," oder zu verhindernde Duelle nicht verhindern haben, sowie die, „welche durch ihre Beivohnung und Concurrenz die Duellanten in ihrem Vorhaben" mehr bestärken, als davon abziehen. Ist „eine Entleibung erfolgt, so soll die ordentliche Strafe des Todtschlags wider den Thäter, ohne Unterschied, ob derselbe gefordert hat, oder ausgefordert worden, er sei Beleidiger, oder Beleidigter, erklamt und vollstreckt werden, den Balgern aber, welche im Duell todt bleiben, kein Begräbniß in Kirchen oder Freyhöfen gestattet werden. Hat das Duell, obwohl innerhalb Teutschlands, doch in einem fremden Gebiet stattgefunden, oder ist dieses als Zuflucht aufgesucht worden, so soll der Schuldige dem zuständigen Richter auf Verlangen ausgeliefert werden; hat er das Reichsgebiet verlassen, so soll in contumaciam gegen ihn verfahren werden. Um ihm die Ergreifung der Flucht zu erschweren, soll das Hingeben von Pferden oder sonstiger Mittel bei Strafe untersagt sein. Am Schlusse wird das Duelliren auf Hochschulen in's Auge gefaßt. Die Reichsstände hätten darauf hingewiesen, „daß die Studenten sich um einer lieblichen Ursach wegen mit einander balgen und schlagen, also, daß mancher entweder in der besten blühenden Jugend unzeitig um das Leben kommt, oder mit der Eltern höchsten Betrübniß an Gliedern so weit zu Schanden gemacht und übel zugericht wird, daß er seiner Tage ein elender Mensch — sein muß;" daher kasse der Kaiser sich gefallen, „daß künftiger Reichsordnung specialiter auch einverleibt werde, daß Churfürsten

und Stände, welche über gemeldte Unversitäten zu gebieten haben, nach Anleitung besagter Reichsordnung gleichfalls solche Vorkehrung thun wollen, daß auch daselbst unter den Studenten in allem Ausfordern und Balgen im Ernst und gute Disciplin erhalten und der Unschuldige vor Gewalt und Thätlichkeiten geschützt werde.“

Bald darauf begannen die einzelnen Reichsfürsten das Duell durch Verordnungen (Mandate) zu verpönen. Zu den ersten Erscheinungen dieser Art gehört das brandenburgische Duellbict vom Jahre 1688, das terroristisch den Zweikampf mit der Todesstrafe des Stranges bedroht, auch für den Fall der Nichtverwundung¹¹⁾. Das achtzehnte Jahrhundert ist fruchtbar an Duellmandaten. Auch die Codification der Neuzeit bekräftigt die Ansicht des Gesetzgebers, daß das Duell mit Strafe zu verfolgen sei.

Uebersichten wir hinsichtlich der Frage, ob (und wie) das positive Gesetz das Duell, welches man scheidet in Duell im engsten Sinne (duellum praemeditatum), den nach vorausgegangener Verabredung stattgehabten Zweikampf, und in den Rencontre, den durch wechselseitigen unverabredeten Angriff entstandenen Zweikampf, verpönt, Teutschland, so finden wir mehrere Gruppierungen. Die eine Gruppe bildet Preußen, Oesterreich, Sachsen und Württemberg in der Wahrnehmung, daß dort (in Preußen mit Ausnahme der Besitzungen, wo noch jetzt das französische Strafgesetzbuch herrscht) das Duell als Vergehen erscheint und zwar in Gemäßheit des dort geltenden Strafgesetzbuchs.

In Preußen wurde schon im Jahre 1652 das Duell verboten, und im Jahre 1688 erließ Kurfürst Friedrich III. das schon erwähnte überstrenge Duellbict, das auch dadurch abschrecken sollte, daß geboten ward: der Leichnam des im Duell gebliebenen Adelligen solle durch die Hand des Henkers an einem unehrlichen Ort eingescharrt, der des Bürgerlichen durch denselben aufgehängt werden. (Preussisches Landrecht, Th. 2, Tit. 20. Strafgesetzbuch, Abschnitt 10.) — Eine Verordnung vom 4. October 1800 gebietet, die in Duellsachen abgefaßten Erkenntnisse mit Beschluß der Acten an das Justizministerium zur Bestätigung einzusenden. Henke, Handbuch a. a. D. S. 611. 612. In Gemäßheit des §. 686 des Gesetzbuchs besteht hinsichtlich der Duelle unter Militärpersonen eine besondere Gesetzgebung. Die Grundlage der herrschenden Legislation sind die Kriegsartikel vom 3. August 1808¹²⁾. — Nach dem Reglement vom 28. December 1810, wegen Einrichtung der akademischen Gerichtsbarkeit¹³⁾, sollen Duelle der Studenten unter sich bloß disciplinär bestraft werden, wenn dadurch keine Tödtung, bedeutende Verwundung oder Verstümmelung herbeigeführt wurde¹⁴⁾.

11) Nicht viel milder ist ein vor drei Jahren gegen das Duell erlassenes Gesetz, das neapolitanische Gesetz vom 21. Juli 1838, das Rittermaier, S. 71—74 des 11. Bandes der Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes (Heidelberg 1839) mitgetheilt hat.

12) Bubbenus, in Ersch u. Gruber Encyclop. S. 173.

13) Henke a. a. D. S. 612.

14) Vergl. noch Klein, Annalen, Bd. 15 (Berlin 1797), S. 336—355;

In den österreichischen Staaten waren schon im siebenzehnten Jahrhundert die Duelle Gegenstand der Strafgesetzgebung (Verordnungen der Jahre 1651 und 1682). Die Gesetzgebung des achtzehnten Jahrhunderts verfolgte diese Richtung durch Verordnungen. Das im Jahre 1803 in Wirksamkeit getretene Gesetzbuch des Kaisers Franz ¹⁵⁾ bedroht (Cap. 20) den, der zum Duell mit tödtlichen Waffen herausfordert, und seinen dazu erschienenen Gegner mit Kerker von einem Jahre bis zu fünf Jahren, eine Strafe, welche auf fünf bis zehn Jahre steigt, wenn Verwundung, und zehn bis zwanzig Jahre erreicht, wenn Tödtung die Folge war, unter Festhaltung des Grundsatzes, daß der Ausforderer strenger bestraft wird, als sein Gegner. Auch die, welche zur Herausforderung oder deren Annahme, wenn auch nur durch das Drohen mit Verachtung im Falle der Ablehnung, beitragen, sowie die Secundanten sollen nach dem Erfolg mit Kerkerstrafe bis zu fünf Jahren bestraft werden.

Im Kurfürstenthum Sachsen wurde schon im sechszehnten Jahrhundert das Duell, als sehr überhandnehmend, Gegenstand des Strafgesetzes. Kurfürst August verordnete in einer seiner Constitutionen (vom 21. April 1572), daß der, welcher mit ehrenrührigen und beschwerlichen Worten herausfordert, wenn auch kein Nachtheil erwachsen, mit Geld und Gefängniß, sogar mit Landesverweisung bestraft werden solle. Während des siebenzehnten Jahrhunderts wurden strenge und näher eingehende Mandate erlassen. Zu Anfang des achtzehnten Jahrhunderts erließ König und Kurfürst Friedrich August das „Mandat wider die Selbststrache, Friedensstörungen und Duelle“ vom 15. April 1706, dessen Gebote, in Verbindung mit dem Inhalte der erläuternden Mandate der Jahre 1712, 1721 und 1737, bis in die neueste Zeit die herrschende Gesetzgebung darstellten. Die „Gesetze über die Studirenden auf der Universität Leipzig vom 29. März 1822“ brachten auch Vorschriften hinsichtlich der Duelle unter denselben; sie wurden auch in dieser Beziehung durch die im Jahre 1835 unter gleicher Benennung erlassenen Gesetze mehrfach modificirt ¹⁶⁾. — Die verschiedenen Entwürfe eines Strafgesetzbuches für das Königreich Sachsen schlugen die Verpönnung des Duells vor ¹⁷⁾, welches auch in dem neuen Criminalgesetzbuche (Cap. 10), indem es mit Selbsthilfe zusammengestellt wird, mit Strafe verfolgt erscheint. Unter Adoption des Grundsatzes, daß der Theil, welcher durch die Natur der Beleidigung oder durch leichtsinnige oder boshafte Herausforderung

„Allgemeine Gesetze für alle Königlich preussischen Universitäten“ (vom 23. Febr. 1796), bes. S. 339—342.

15) Aſchenbrenner a. a. D. Bubbenus a. a. D. Henke, Handbuch a. a. D. S. 612.

16) S. überhaupt Bubbenus a. a. D. S. 175, 176, wo der Verf. ins Eingehende geht.

17) S. besonders über den neuesten (Stäbel'schen) Entwurf Henke a. a. D. (Handbuch) S. 618, 614; Rittermaier, über den neuesten Zustand der Criminalgesetzgebung in Deutschland. Mit Prüfung der neuen Entwürfe für die Königreiche Hannover und Sachsen (Heidelberg 1825), S. 58. Neues Archiv des Criminalrechtes, Bd. 8, S. 448, 449.

das Duell veranlaßt hat, die schwerere Strafe erleiden soll, bedroht es die bloße Herausforderung und Annahme derselben mit Gefängniß von einem Monat bis zu einem Jahr. Erfolgte der Tod und war das Duell auf Leben und Tod verabredet, so soll Gefängniß von fünf bis zwanzig Jahren, ohne diese Abrede Gefängniß von drei bis sechs Jahren die Strafe sein. Secundanten und Zeugen werden mit Gefängniß bis zu 8 Wochen bestraft; eine Strafe, welche bis zu sechs Monaten steigt, war die Verabredung auf Leben und Tod gerichtet. Wird ein solches Duell durch ihre Bemühungen verhindert, so tritt Strafflosigkeit ein.

Für Württemberg erließ Eberhard Ludwig im Jahre 1714 ein sehr strenges Edict wegen Bestrafung der Duelle¹⁸⁾. Das neue Strafgesetzbuch v. J. 1839 handelt in einem besonderen Capitel (Art. 200—205) „von der Selbsthilfe und dem Zweikampfe“¹⁹⁾.

Die zweite Gruppe bilden die deutschen Staaten, in welchen das Duell gleichfalls verpönt erscheint, aber durch (größtentheils ältere) Particulargesetze, da es noch zu keinem Strafgesetzbuche gekommen ist. — Mecklenburg. — Holstein. — Braunschweig. — Kurhessen. — Die sächsischen Staaten Ernestinischer Linie. — Waldeck. — Das Preussische. — Hamburg. — Lübeck.

Im Mecklenburgischen ist durch eine Reihe von Vorschriften (Interims-Polizei-Ordnung v. J. 1661, Constitutionen von 1715, 1716, 1737 und 1750, Duellmandate von 1715 und 1750) alles Duelliren bei Leib- und Lebensstrafen, bei Verlust des Vermögens und bei Strafe des unehelichen Begräbnisses verboten. Jeder soll ihm bekannt gewordene Duelle anzeigen; im Fall der Flucht soll auf Vollziehung der Strafe im Bildniß erkannt werden können. Quistorp, Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts (5. Auflage, Rostock 1794), Th. 1, S. 339, S. 508 Note. Richter, Handbuch des mecklenburgischen Criminalprocesses, S. 134.

Ueber die Gesetzgebung in Holstein (und Schleswig) finden wir eine Beurkundung²⁰⁾ in einer Mittheilung des 13. Bandes von Hügig's Annalen der deutschen und ausländischen Criminalrechtspflege (Berl. 1832), S. 3—35: „v. Schirach, die schleswig-holsteinischen Criminalgesetze.“ Für Holstein ist eine Verordnung vom 14. September 1835 wegen Bestrafung des Duells erschienen.

18) Gerstlacher, Sammlung aller einzeln ergangenen württembergischen Gesetze und anderer Normalien, Th. 2 (1760), S. 122. Hochstätter, Extract der württembergischen Generalrescripte, Th. 2 (1743), S. 219 fig. Wächter, Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts, Th. 2 (Stuttgart 1826), S. 59. Buddeus a. a. D. S. 178.

19) Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg. Nebst dem Einführungs- und Competenzgesetz, einem Sachregister und anderen Beilagen (Stuttg. 1839), S. 65, 66; s. auch noch Aegg, Beiträge zur Kritik des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für das Königreich Württemberg vom J. 1835 (Supplementheft zu Schund's Jahrb. der ges. deutschen jur. Literatur, Bb. 27) (Neust. a. b. D. 1836), S. 61—63.

20) S. auch Schirach, Handbuch des schleswig-holsteinischen Criminalrechtes und Processes, Th. 1 (Altona 1828), S. 240 fig.

Für das Herzogthum Braunschweig wurde schon im Jahre 1646²¹⁾ eine das Duell verpönde Ordnung erlassen, welcher spätere Strafebücher folgten, die namentlich auch in so fern große Strenge zeigten, als sie (im Einklang mit den erlassenen Kriegsartikeln) im Falle des tödtlichen Ausgangs die Todesstrafe eintreten zu lassen geboten, was die Praxis nicht selten in Verlegenheit setzte. Das beabsichtigte Strafbuch²²⁾ soll sich den von milderer Ansichten beherrschten neuen Criminalgesetzbüchern auch in Bezug auf Bestrafung des Duells anschließen.

In Kurhessen hat, in strengem Gegensatz, gerade in neuester Zeit die Gesetzgebung sich entschlossen, das Duell mit großer Strenge zu verpönden. Verordnung vom 11. Januar 1830.

Für die sächsischen Fürstenthümer Ernestinischer Linie wurden im siebzehnten und achtzehnten Jahrhundert Verordnungen gegen das Duelliren erlassen. Im Jahre 1708 vereinigte man sich zu einem, besonders für die gemeinschaftliche Universität Jena berechneten, Duellmandat im Geiste der zum Muster dienenden kursächsischen Gesetzgebung²³⁾. In neuerer Zeit stellten die Stände des Herzogthums Gotha einen Antrag auf ein zeitgemäßes Gesetz wegen Bestrafung des Duells, der die eigene Erscheinung zur Folge hatte, daß die Gerichte die Weisung erhielten, nicht mehr die veralteten Particulargesetzgebungen, sondern das gemeine Strafrecht als Norm anzusehen. Das „Militärstrafgesetzbuch für die Herzogthümer Koburg und Gotha, ingleichen das Fürstenthum Lichtenberg“ vom 12. Februar 1832 beschränkt sich darauf, im §. 174 zu sagen: „Duelle werden nach den bürgerlichen Gesetzen bestraft“ (S. 62). In Adoption des Strafbuches für das Königreich Sachsen herrscht dasselbe auch in Bezug auf die Bestrafung des Duells über das Großherzogthum Sachsen-Weimar-Eisenach.

Im Waldeck'schen besteht eine im Jahre 1724 erlassene, das Duell verpönde Verordnung. Für das Neufürstliche wurden in den Jahren 1618, 1702, 1704 und 1708 strenge Mandate erlassen. Gleiches gilt von den Städten Hamburg und Lübeck (Edictes von 1704 und 1720).

Die dritte Gruppe bilden die deutschen Staaten, in denen, während sie von keiner umfassenden Strafgesetzgebung beherrscht werden, auch durch kein Particulargesetz das Duell verpönt erscheint. In ihnen machte sich daher die Frage praktisch geltend, ob das gemeine Criminalrecht das Duell mit Strafe verfolge?

Es ist schon hinreichend und mehr als hinreichend gezeigt worden, daß sich aus dem römischen Rechte die Strafbarkeit des Duells nicht

21) Noch im Jahre 1579 traf Herzog Julius in den von ihm ertheilten Privilegien für die neubauete Heinrichstadt besondere Vorkehrungen für Duelle; wer gehörig „gefürbert wird, solle nüchtern bei Verlegung seiner Ehre kommen.“

22) Nach neuesten Nachrichten hat dasselbe, in Folge der Vereinbarung mit den Landständen, seit dem 1. Oct. 1840 Gesetzeskraft erlangt.

23) Wubbeus a. a. D. S. 176, wo der Verfasser den wesentlichen Inhalt des Mandates mitgetheilt hat.

herleiten läßt, daß man namentlich die römischen Straffunctionen wider das Verbrechen der Gewaltthätigkeit (*crimen vis*) nicht heranziehen kann, da das Duell sich dem Begriffe desselben entzieht²⁴). Das canonische Recht beschränkt sich auf Disciplinavorschriften für die Geistlichen²⁵), die C.C.C. schweigt. Hiernach könnte, da auch der Gesichtspunkt der Strafbarkeit des Duells als unerlaubte Selbsthilfe sich nicht festhalten läßt²⁶), nur jenes vom Kaiser bestätigte Reichsgutachten v. J. 1668 als gemeinrechtliches Strafgesetz erscheinen. Allein es ist eben die Frage, ob es als publicirt und so als ein ins Leben getretenes Reichsgesetz zu betrachten ist? Einige Rechtslehrer, z. B. Farle, Handbuch des gemeinen teutschen Strafrechts, Bd. 1 (Berl. 1827), S. 226, bejahen die Frage, während die meisten neueren Criminalisten sie verneinen. „Der Streit kann,“ um mit Mittermaier a. a. D. (Archiv. Neue Folge, Jahrg. 1835, S. 340) zu reden, „noch nicht als entschieden betrachtet werden; einige Auctoritäten sind dabei gänzlich unberücksichtigt geblieben. Ein Schriftsteller, dessen Schrift über die Duelle bald nach jenem Reichschlusse erschien (Buchelius, de duellis, Lubes. 1670, cap. 83), spricht von jenem Reichsbuellgesetz als von der *universalis Germaniae constitutio*, und eine Duellordnung des Pfalzgrafen Johann Wilhelm vom 11. Mai 1692 für Jülich, Cleve u. s. w. (in Scotti, Sammlung der Gesetze und Verordnungen, welche in den ehemaligen Herzogthümern Jülich, Cleve u. s. w. ergangen sind, Th. 1, S. 208) erklärt: „Wir lassen es zwar bei demjenigen, was dieserhalb auf dem Reichstage zu Regensburg am 19. September 1668 resolvirt und von Ihro Kaiserl. Majestät verordnet und publicirt worden ist.“ Es scheint in dieser Erklärung ein Zeugniß der geschehenen kaiserlichen Publication des Gesetzes zu liegen, allein der Reichschluß von 1668 scheint

24) Hente, Handbuch a. a. D. S. 599. Heffter, Lehrbuch des gemeinen teutschen Criminalrechtes mit Rücksicht auf die nicht exclusiven Landrechte (Halle 1833), §. 371, Note 1, S. 393: „Das römische Recht kennt die Duelle nicht. Als Selbsthilfe oder Vergewaltigung kann man sie nicht ansehen, quia nulla vis est in volentem.“ Mittermaier, in dem genannten Beiträge zum Jahrgang 1835, der neuen Folge des Archives des Criminalrechtes, §. 1: „Von dem Duelle nach dem gemeinen teutschen Rechte,“ S. 339 fig. (S. 341 fig. untersucht der Verfasser die von ihm gegen Welcker verneinte Frage, ob das gemeine, besonders das römische Recht die Straflosigkeit des Duells ausspreche). Ders., in der von ihm veranstalteten 13. Auflage von Feuerbach's Lehrbuch des peinlichen Rechtes (Gießen 1840), §. 190, Note 1 des Herausg. S. 279.

25) Heffter a. a. D.

26) Welcker, im Gange seiner Betrachtung der Schrift: Gutachten der Immediat-Justiz-Commission u., im zweiten Semestre der heidelberger Jahrbücher der Literatur vom J. 1818, Nr. 50–52, S. 785–822, S. 815. Mittermaier, im Jahrgang 1835 des Archives des Criminalrechtes, S. 343, wo der Verfasser hervorhebt, daß man gemeinrechtlich auch nicht zur öffentlichen Bestrafung, sondern nur zur Anwendung der römischen Privatstrafe läme. Wächter, Lehrbuch, Th. 2, S. 57. Heffter, Lehrbuch, §. 371. Wollgraff a. a. D. S. 199 fig. Hente, Handbuch, Bd. 3, §. 176, S. 302; §. 202, S. 598.

das Schicksal so mancher Reichsschlüsse gehabt zu haben, daß nämlich die kaiserliche Publication nicht erfolgte, einzelne Reichsstände aber den Reichsschluß in ihren Ländern publicirten, oder mit Beziehung darauf Duellgesetze erließen. Gegen die Annahme der kaiserlichen Publication scheint die Erinnerung der Reichsstände von 1680 (Großbecher, Sammlung der Reichsgesetze, Bd. 9, S. 1221) zu sprechen."

Zu den deutschen Staaten, für welche diese Streitfrage²⁷⁾ bisher von praktischem Gewicht war, gehört das Königreich Hannover und die Großherzogthümer Baden und Hessen. Da aber diese drei Staaten sich bald einer umfassenden Strafgesetzgebung zu erfreuen haben werden, so wird die Controverse damit ihre Bedeutung verlieren.

Im Königreiche Hannover herrschte bisher kein allgemeines Landesstrafgesetz zur Verpönung des Duells.

Im Großherzogthum Baden war gleichfalls das Duell bisher durch kein allgemeines Landesgesetz verpönt. Nur die akademischen Gesetze für die hohen Schulen in Freiburg und Heidelberg, die im Jahre 1832 erlassen wurden²⁸⁾, bedrohen das Duelliren der Studirenden mit Strafe.

Auch im Großherzogthum Hessen bestand bisher kein allgemeines Landesgesetz zur Verpönung des Duells, die Gerichte hielten sich aber veranlaßt, anzunehmen, daß es als gemeinrechtlich strafbar erscheine. Das Militärstrafgesetzbuch vom J. 1822 beschränkt sich darauf, im Art. 154 zu sagen: „Duelle werden nach den bürgerlichen Gesetzen bestraft.“ Gewissermaßen als ein Commentar dieses Artikels erscheint eine Ordre des Regenten vom 28. December 1836, „Ehrensachen und Duelle der Officiere betr.“²⁹⁾ — Die Verordnung vom 28. April 1835, „die Disciplinarstatuten der Universität Gießen betr.“³⁰⁾ handelt in einem besonderen Abschnitte „von dem Duell insbesondere“ in vielen Artikeln (Art. 62—78). Sie verfolgt auch den Versuch, die Herausforderung, mit Strafe.

Die vierte und letzte Gruppe bilden die deutschen Territorien, welche von einem das Duell mit Stillschweigen übergehenden Strafgesetzbuch beherrscht werden, — das Königreich Bayern und die deutschen Staatsgebiete auf der linken Seite des Rheins.

Da in Bayern die neuen Entwürfe zu keinem Resultate führten und so noch immer das Strafgesetzbuch v. J. 1813 herrscht, so ist, bei dem Zweifel darüber, was Norm ist, die Praxis in großer Verlegenheit, in der sie sich, jene Anmerkungen zum Gesetzbuche³¹⁾ darum ignorirend, weil

27) Vergl. über sie noch Rosshirt, Geschichte u., Th. 2, Abth. 1, S. 176, 177

28) Buddeus a. a. O. S. 179, wo der Verf. den wesentlichen Inhalt mitgetheilt hat.

29) Verordnungsblatt des großherzoglich hess. Kriegsministeriums, Heft 7 (Darmstadt 1839), Nr. 183.

30) Großherzoglich hess. Regierungsblatt vom J. 1835, Nr. 25, S. 224 — 256.

31) S. hierüber den Beitrag zum Jahrg. 1828 der allgem. jur. Zeit. von 1828, Nr. 79: Kann das Duell u.

sie keine Gesetzeskraft hätten, nur zur Erläuterung des Coder dienten, entschlossen hat, die Bestimmungen des Strafgesetzbuches über Tödtung und Verwundung anzuwenden und das Duell dann zu bestrafen, wenn dasselbe diesen Erfolg hatte.

In den teutschen Staatsgebieten auf dem linken Ufer des Rheins — Rheinpreußen, Rheinbaiern (Pfalz), Rheinhessen u. herrscht bekanntlich das im Jahr 1810 erlassene französische Strafgesetzbuch, und dieses beobachtet hinsichtlich des Duells dasselbe Stillschweigen, wie der bayerische Coder.

Novv.

Duplik. Unter dem Worte duplicatio wird in dem römischen Prozeßrechte die Schutzeinwendung verstanden, welche der Beklagte einer Replication des Klägers, der *exceptionis exceptio*, gegenübersetzt ¹⁾. Dagegen bezeichnet der heutige Sprachgebrauch als Duplik überhaupt die letzte Schrift des ersten Verfahrens, in welcher der Beklagte sich auf den Repliksatz des Klägers erklärt, und theils eigentliche Dupliken vorbringt, theils seine erste Vertheidigung gegen die in der Replikschrift enthaltenen rechtlichen Deductionen zu schützen sucht. In diesem Sinne hatte die Duplik in dem älteren teutschen, an die italienische Praxis angeschlossenen Verfahren keine Stätte gefunden; da in diesem bekanntlich die peremptorischen Einreden erst nach fundirter Klage vorgebracht und bewiesen wurden, mithin erst dann, abgesehen von der Verhandlung über die verzögernden Einreden, die Replik- und Duplikartikel möglich waren ²⁾. Mit der Verfügung, daß die gerichtslichen Exceptionen neben den Responionen auf die Klagartikel vorzubringen seien, nahmen aber Replik und Duplik vor der Beweisauflage ihre Stelle ein ³⁾, und bald wurde es üblich, überhaupt die Widerrede des Klägers und die Nachrede des Beklagten selbst dann mit diesem Namen zu bezeichnen, wenn sie gar keine Replicationen und Duplicationen enthielten. Zugleich bildete sich die Ansicht, daß mindestens die Duplik das erste Verfahren beschliesse, weil nach einem schon viel früher durch das teutsche Rechtsbewußtsein ausgebildeten Satze überhaupt dem Beklagten das letzte Wort gebühre ⁴⁾. So hatte sich allmählig das Verhältniß dahin gestaltet, daß in jedem Prozesse die eingebrachte Vernehmlassung zur Replik und diese zur Duplik mitgetheilt wurde, und daß die letztere, indem sie in weiterschweifiger Kritik über die Leistungen des klägerischen Anwaltes sich verbreitete, und die bereits in der Vernehmlassung enthaltene rechtliche Gegenduction gegen die Klage umständlich wiederholte, ohne ein neues Moment in den Prozeß zu bringen, doch als die umfassendste Schrift des ersten Verfahrens sich behauptete. Dieses wahrhafte Mißverhältniß ist jedoch nicht die Schuld des teutschen

1) Caius, IV. 126. §. 1. J. de replic. (4. 14.) L. 2. §. 1. D. de exc. (44. 1.)

2) C.-G.-D. v. 1507, IV. 3. 4. flg. Bergmann, corpus iur. ind. p. 48.

3) C.-G.-D. v. 1521, XIX. 8. (Bergmann, p. 71); C.-G.-D. v. 1523, III. 8. (Bergmann, p. 91).

4) Maurer, Gesch. des Gerichtsverf., S. 222.

Prozesses, sondern es ist zunächst durch die Gerichte veranlaßt, welche, um sich jeder freien Geistesthätigkeit zu überheben, allzugerne einem mißverstandenen Verhandlungsprincipe folgten. Eine richtige Erwägung des letzteren und die über das richterliche Prozeßleitungsamt auch dem gemeinrechtlichen Prozesse eignenden Grundsätze führt jedoch zu folgenden Resultaten. Sobald der Verklagte der Klage nicht wirkliche Einreden, sondern nur eine Negation gegenübergestellt hat, ist weiteres contradictorisches Verfahren völlig zwecklos. Im entgegengesetzten Falle wird die Exceptionalhandlung dem Kläger zur Erklärung mitgetheilt, und erst wenn diese wirkliche Replikationen enthält, ist die Nothwendigkeit eines Duplikates vorhanden. Dagegen wird es nur in seltneren Fällen zweckmäßig sein, rücksichtlich solcher thatsächlichen Punkte, welche in den ersten Sätzen dunkel geblieben sind, die Aufklärung noch von einem weiteren Schriftwechsel der Parteien erwarten zu wollen. Hier tritt vielmehr das richterliche Fragerecht in die Mitte, welches in dem deutschen Verfahren nicht nur zulässig, sondern sogar durch die Gesetze gefordert ist. Gerichte, welche sich über den geisttödtenden Formalismus erheben, pflegen dann auch in diesem Sinne zu verfahren, und zwar sind sie dabei auch da in ihrem Rechte, wo die Gesetzgebung ihrem Bemühen für die Abkürzung der Prozesse noch nicht in der wünschenswerthen Weise entgegengekommen sein sollte ⁵⁾.

Rr.

Ehe ist die durch Liebe bedingte gesetzmäßige Vereinigung eines Mannes und eines Weibes zur Begründung einer Familie.

Das eheliche Verhältniß, das umfangs- und inhaltsreichste aller menschlichen Verbindungen, gestattet wegen seiner allseitigen Beziehungen eine höchst mannichfaltige Betrachtungsweise, in Folge deren der Begriff der Ehe sehr abweichend festgestellt worden ist. Schon im voraus wird aber jede Definition als eine verfehlte bezeichnet werden müssen, welche das Verhältniß nicht in der Gesamtheit seiner Momente auffaßt, sondern sich auf die einseitige Hervorhebung eines einzelnen Bestandtheiles beschränkt. Da nämlich die Ehe den ganzen Menschen ergreift, und dieser in seinem Sein und Wirken sich gleichmäßig in einem Kreise natürlicher (physischer), staatlicher (politischer) und religiöser Einrichtungen bewegt, so ergeben sich nothwendig für die Ehe selbst gleiche Beziehungen, und so wie für den Menschen eine der vorhandenen Rücksichten die vorwaltende, ihn beherrschende werden kann, so ist auch für die Ehe das Ueberwiegen des Urtheils nach einer einzelnen Seite hin möglich. Zum Begriffe, als der Erkenntniß der Wahrheit der Ehe, gehört aber die Zusammenfassung aller Beziehungen.

Die Aufgabe, welche durch den nachfolgenden Aufsatz gelöst werden soll, ist nun die an den vollen Begriff der Ehe geknüpfte Erörterung ihres rechtlichen Verhältnisses, jedoch nur bezüglich der persönlichen Seite, während in Betreff der dinglichen Natur auf die Artikel: Brautgabe, Güterrecht der Ehegatten, Manus, Mun-

5) Rittermaier, Prozeßvergleichung, II. 135.

dium und die anderen einschlagenden Artikel lediglich hingewiesen werden muß.

Nach vorausgeschicktem Nachweise der Quellen und Literatur des Eherechts wird der reichhaltige Stoff in folgenden Abschnitten darzustellen sein. 1) Begriff und rechtliche Bedeutung der Ehe. 2) Das Verlöbniß. 3) Bedingungen der Eingehung der Ehe (dabei die Lehre von den Ehehindernissen und von der Dispensation von denselben). 4) Abschließung der Ehe selbst (insbesondere über den minister sacramenti u. s. w.). 5) Wirkungen der Ehe (dabei Legitimation durch nachfolgende Ehe, putative Ehe u. s. w.). 6) Auflösung der Ehe (Nullität, Scheidung u. s. w.). 7) Zweite Ehe (insbesondere Ehe Geschiedener u. s. w.). 8) Eheprozeß.

Quellen und Literatur¹⁾.

Die Quellen des Ehegesetzes sind die des gemeinen und particularen Rechts überhaupt, in ihrem bekannten Verhältnisse. Daher gehören hierher:

a) Römisches Recht: besonders Cod. Theod. lib. III. tit. V—XVI. Instit. lib. I. tit. X. (de nuptiis). Dig. lib. XXIII—XXV. Cod. lib. V. tit. I—XXVII. und mehrere Novellen, vorzüglich XXII. CXVII. CXXXIX—CXLIII. u. a. m.

b) Canonisches und Kirchenrecht: Decr. Grat. Can. XXVII—XXXVI. Aus den Decretalen und spätern Sammlungen das vierte Buch. Dann besonders das Concilium Tridentinum sess. XXIV. in Verbindung mit dem Catechism. Conc. Trid. P. II. de matrimonii sacramento, und später päpstliche u. a. kirchliche Verordnungen.

Für die evangelische Kirche kommen die symbolischen Bücher und Kirchen-, Eheordnungen u. s. w. in Betracht.

c) Eigentliches deutsches Recht: die Volkrechte, Capitulationen, Rechtsbücher, Reichsgesetze (besonders Polizeiordnungen) und die späteren Territorialrechte.

Ueber das Verhältniß dieser Quellen s. m. Schott, Einleitung in das Ehegesetz, §. 46—59; Fr. Guil. Tittmann de competentia legum externarum et domesticarum in definiendis potissimum iuribus conjugum. Halae 1822, 8.

Die reiche Literatur findet sich nachgewiesen in: Wiwoldus Wolradus de matrimonio cum cathalogo 148 auctorum juris utriusque et theologiae. Francof. 1592, 4. — Lipenii bibliotheca realis iuridica, und die Continuationen von Schott, Senckenberg, Madihn unter dem Worte: Conjuges u. folg. Kössig, Repertorium der in den seit 1790 erschienenen praktischen jurist. Sammlungen befindlichen rechtlichen Aufsätze und Fälle (Leipzig 1802, 8.), S. 63 folg.

1) Eine vollständige Aufzählung der Quellen ist nicht wohl thunlich, da sich einzelne hierher gehörende Stellen zerstreut vorfinden. Es genügt daher, die Haupttitel als die eigentlichen sedes materiae zu bezeichnen. Hinsichtlich der Literatur wird die Anführung der Hauptschriften für hinreichend erachtet werden können.

Stiel, Repertorium über die in den J. 1802 bis 1834 erschienenen Sammlungen jurist. Aufsätze (Leipzig 1835, 8.), Bd. I. S. 174 fig. Kappeler, juristisches Promptuarium (Stuttgart 1837, 8.), S. 205 fig., S. 758 fig.

Unter den neueren Schriften, welche das gesammte Eherecht behandeln, sind hervorzuheben: Schott, Einleitung in das Eherecht zu akademischem und gemeinnützlichem Gebrauch. Nürnberg 1786 und 1802, 8. Joh. Andr. Hoffmann, Handbuch des deutschen Eherechtes, nach den allgemeinen Grundsätzen des Rechtes sowohl, als der besonderen Landes-, Stadt- und Ortsrechte. Jena 1788, 8. v. Hartigsch, Handbuch des in Deutschland geltenden Eherechtes. Leipzig 1828, 8. Winterim, die vorzüglichsten Denkwürdigkeiten der christkatholischen Kirche. Bd. 6, Th. 1 u. 2 (Mainz 1830, 8.), und die betreffenden Abschnitte in Eichhorn, deutsches Privatrecht und Kirchenrecht, Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechtes, Walter, Lehrbuch des Kirchenrechtes u. a. m. Zu den brauchbarsten Werken gehört: Franz Stapf, Vollständiger Pastoralunterricht über die Ehe, oder über das gesetz- und pflichtmäßige Verhalten des Pfarrers vor, bei und nach der ehelichen Trauung, nach den Grundsätzen des katholischen Kirchenrechtes, mit steter Rücksicht auf Civilgesetze. Neu herausgegeben und bedeutend vermehrt von Karl Egger. 6. Aufl. Frankf. a. M. 1838, 8. (vergl. meine Recension in der Hall. Allg. Lit.-Zeit. 1839, No. 117, 118.).

Das Particularrecht ist vorzugsweise in einzelnen Lehren bearbeitet worden, und wird deshalb mit andern Monographien gehörigen Ortes anzuführen sein. Das ganze Institut erörtern für Baden: Theorie des Ehe- und Erbrechtes. Ludwigslust 1818, 8.; für Hessen: Rühl, die ehelichen Verhältnisse nach den im Großherzogthum Hessen und zum Theil in den benachbarten Staaten geltenden Particularrechten. Darmstadt 1830, 1831, 2 Bde. 8.; für Oesterreich: Sattler, Handbuch des österreich. Eherechtes ic. Wien 1803, 8.; Dolliner, ausführliche Erläuterung des zweiten Hauptstücks des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs. Wien 1835, 1836, 2 Theile (neue Ausgabe des im J. 1813 u. 1817 erschienenen Eherechtes); für Preußen: außer den nachher zu nennenden Schriften von Bärenroth, Dooek, Daniel u. a. Bielik, Commentar zum allg. Landrechte. Th. 2, Lit. 1 u. 2. Gikler, Handbuch des gemeinen und preuß. Eherechtes der Katholiken und Evangelischen. Breslau 1840, 8.; für Sachsen: außer den Werken von Weber, Neubert u. a. v. Hartigsch, das im Königreiche Sachsen geltende Eherecht. Dresden 1836, 8.; für Württemberg: Uebersicht des Eherechtes und zwar sowohl in Hinsicht auf Ehehindernisse, Verlöbniße, Trauung und Ehescheidung, als auf die Vermögens- und Erbschaftsverhältnisse der Ehegatten u. s. w. von Lorenz Friedr. Hezel, Schwäb. Hall, 1838, 8.

1) Begriff und rechtliche Bedeutung der Ehe²⁾.

2) (v. Hippel) Ueber die Ehe, Cap. II. Klee, die Ehe, eine dogmatisch-archäologische Abhandlung. Mainz 1833, 8. Kost, religiös-wissenschaftliche Darstellung der Ehe. Wien 1834, 8. Pappst, Adam und Christus. Zur Theorie der Ehe. Wien 1835, 8.

Die Ehe ist ein natürlich-politisch-religiöses (sittliches) Institut, dessen Bedeutung nur durch ein harmonisches Zusammenfassen seiner Beziehungen zur Natur, zum Staate und zur Kirche begriffen werden kann. Durchaus untergeordnet wird daher der natürliche Anfangspunkt der Ehe zu ihrem Wesen gemacht, und dieselbe als eine Vereinigung zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, zur Erzeugung und Erziehung der Kinder, oder als ein Contract zu irgend einem bestimmten Zwecke aufgefaßt³⁾.

Das mosaische Recht kennt bereits den höheren Charakter der Ehe, indem dieselbe als von Gott selbst eingesetzt und gesegnet erscheint⁴⁾; doch wird freilich nach dem mosaischen Begriffe der Familie die Kinderzeugung das Hauptmoment der Ehe⁵⁾. Die römischen Juristen gehen hierbei von dem factischen Naturverhältnisse aus⁶⁾, beziehen aber die Wirksamkeit der Ehe doch, von irgend welchen Zwecken abstrahirend, auf die vollständige Lebensgemeinschaft der Gatten und erklären sehr schön: *Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum vitae consuetudinem continens* oder, indem sie auch dem religiösen Moment seine Stelle geben: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae: divini et humani iuris communicatio*⁷⁾. Die höhere Weihe der Ehe wird dann vorzüglich im Christenthume ausgezeichnet⁸⁾ und als die vollendete leiblich-sittliche Einheit der beiden Individuen zu Einer Person anerkannt. Die Ansprüche Christi darüber⁹⁾ wurden von den Aposteln in der Anwendung weiter entwickelt, jede außereheliche Geschlechtsgemeinschaft als sündlich verworfen und auf die Heiligung der Ehe selbst gedrungen¹⁰⁾. Das Verhältniß Christi zur Gemeinde sollte ein Muster sein für die einzelnen Ehegatten¹¹⁾, so daß gewissermaßen jede Familie die Kirche repräsentirte.

3) G. L. Böhm er, *principia iuris can.* §. 344. Schmalz, Handbuch des canon. Rechtes, §. 276. v. Partsch, das in Sachsen geltende Eherecht, §. 2, 3, u. a. m. — Preuß. allgem. Landrecht, Th. 2, Tit. 1, §. 1: „Der Hauptzweck der Ehe ist die Erzeugung und Erziehung der Kinder.“ Dieser § ist im neuen Entwurfe weggelassen.

4) 1. Mos. 1, 28.

5) E. Bruno Bauer, in der von ihm herausgegebenen Zeitschrift für speculative Theologie, Bd. 2, S. 2, S. 311 flg.

6) Daher rechnet Ulpian die *coniunctio maris atque feminae, liberorum procreatio, educatio* zum *ius naturale*. L. 1. §. 3. D. de iur. et iur. (1. 1.)

7) §. 1. J. de patria pot. (1. 9.) L. 1. D. de ritu nuptiarum (23. 2.) (Modestinus). Vergl. c. 4. C. de crimine expilatae hereditatis (9. 32.): *Uxor socia rei humanae atque divinae domus*. W. s. besonders Haffe, das Güterrecht der Ehegatten, Bd. 1, S. 1 flg.

8) Gösch, Versuch einer historischen Darstellung der kirchlich-christlichen Ehegesetze. Aschaffenburg 1832, 8. v. May, das Eherecht der Christen in der morgenländischen und abendländischen Kirche bis zur Zeit Karl's des Großen. Regensb. 1833, 8. S. W. Böhm er, über die Ehegesetze im Zeitalter Karl's des Großen und seiner nächsten Regierungsnachfolger. Göttingen 1826, 8.

9) Siehe Ev. Matth. 5, 31. u. 32; 19, 3—9; Marci 10, 2—12. Vgl. Tholuck, Auslegung der Bergpredigt, S. 235 flg.

10) E. bes. Römer 7; 1. Corinth. 7, u. a.

11) Epheser 5, 22—33.

Die Fälle der in der Ehe liegenden Güter brachten die Kirchenlehrer und die Synoden zu allgemeinerem Bewußtsein¹²⁾ und definirten, in der Hauptsache sich an die römische Begriffsbestimmung anlehnd, die eheliche Gemeinschaft selbst. So sagt Augustin, mit Bezugnahme auf die Ehe von Joseph und Maria: *Consensus cohabitandi et individuum vitae consuetudinem retinendi interveniens eos coniuges fecit. Individua vero vitae consuetudo est, talem se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est et e converso*¹³⁾. Augustin unterscheidet in der Ehe ein dreifaches Gut, welches er auch bei Joseph und Maria erfüllt findet: *proles, fides, sacramentum*¹⁴⁾. Das erste ist natürliche Consequenz der Gemeinschaft, keineswegs aber geeignet, das Wesen der Ehe selbst zu enthalten; *non enim in sola, ut deliras*, schreibt Augustin gegen Julian¹⁵⁾, *commixtione maris et feminae nuptiarum veritas est, quamvis sine illa commixtione nuptae filios procreare non possint*. Ja die Ehe bleibt eine solche, wenn sie auch *cum voto castitatis*, ohne die Absicht der *proles* eingegangen wird¹⁶⁾.

Wesentlich für die Ehe ist aber die *fides*, die gegenseitige Treue der Ehegatten, als Folge ihrer Liebe und Einheit. Beide Individuen können zur vollen Einheit nur dadurch gelangen, daß sie gleich berechtigt und verpflichtet sind. Schon das spätere römische Recht erkennt dieß an und erklärt daher sowohl den Mann, wie die Frau des *crimen adulterii* fähig¹⁷⁾, und die Kirche hat sich von Beginn her über die Parität beider Geschlechter in dieser Hinsicht ausgesprochen¹⁸⁾. Die volle Einheit der Person kann nur in zwei Individuen erreicht werden, und somit erscheint die *Monogamie*¹⁹⁾ nothwendig, um den wahren Begriff der Ehe zu verwicklichen²⁰⁾. Als göttliche Vorschrift hat die Kirche dieß später anerkannt²¹⁾, und die Gesetzgebung der christlichen Staaten die *Polygamie* verboten²²⁾. Aus dem Princip der Personeneinheit folgt auch, daß die

12) S. die Auszüge bei Winterim, *Denkwürdigkeiten*, VI. 1. S. 8 fig.

13) C. 3. C. XXVII. qu. II.

14) C. 10. C. XXVII. qu. II.

15) C. 11. C. XXXII. qu. I. Vergl. Hieronym., *contra Iovinianum* in c. 5. C. XXXII. qu. IV.

16) C. 6. C. XXXII. qu. II.

17) S. Fabrot, *exercitationes* XII. (Paris 1639, 4.) exerc. VII. *Maritus adulterii incestique reus ab uxore*. Vergl. L. 13. §. 5. D. ad l. *Iuliam de adulteriis*. (48. 5.) Nov. 117. cap. 9. §. 5.

18) Vergl. c. 4. C. XXXII. qu. IV. (Ambrosius a. 387); c. 18. C. XXXII. qu. V. (Augustin. a. 393).

19) S. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechtes*, §. 167.

20) Die *Polygamie* der Hebräer und deren Zulässigkeit (1. Mosis 29, 31. u. a.) erklärt sich aus dem Begriffe der Familie nach mosaischem Rechte. Die gleichzeitige Ehe mit zwei Schwestern war aber verboten (3. Mosis 18, 18.). Ueber die vielfache Ehe der Indier s. v. Bohlen, *das alte Indien*, II. 141.

21) *Si quis dixerit, licere Christianis plures simul habere uxores, et hoc nulla lege divina esse prohibitum, anathema sit*. Conc. Trident. sess. XXIV. can. 2. de sacram. matrim.

22) S. z. B. Oesterreich. Gesetzbuch §. 62; allgem. preuß. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 16.

Ehe ein dauerndes Verhältniß sei ²³⁾. Augustin nennt als ein Gut der Ehe: *sacramentum, quia nullum divortium*: — ²⁴⁾.

Nach dem Sprachgebrauche der Zeit und mit Rücksicht auf den Brief an die Epheser, Cap. 5, Vers 32, wo bei der Vergleichung des Verhältnisses Christi zur Gemeinde mit der Stellung des Mannes zur Frau, jenes ein *μυστήριον* genannt wird, was die Vulgata durch *sacramentum* übersetzte, legte man der Ehe selbst das Prädicat *sacramentum* bei, indem man das von Christus in seiner Beziehung zur Kirche Prädicirte auf die Gattin selbst übertrug. Man konnte dies wegen des geistigen Inhaltes der Ehe, da in *omni matrimonio coniunctio intelligitur spiritalis* ²⁵⁾. Augustin, Leo I. u. A. bedienen sich des Ausdrucks *sacramentum*: *Quam societas nuptiarum ita a principio sit instituta, ut praeter commixtionem sexuum non habeant in se nuptiae coniunctionis Christi et ecclesiae sacramentum...* ²⁶⁾. Hieronymus nennt die nicht nach Christi Vorschrift eingegangene Ehe ein *adulterium* ²⁷⁾, und Ambrosius erklärt von einer solchen: *quia in Deum peccat, sacramenti coelestis amittit consortium* ²⁸⁾.

Man würde aber in solchen Aeußerungen zu viel suchen, wenn man darin den Begriff des Sacramentes im späteren und heutigen Sinne finden wollte ²⁹⁾. Denn abgesehen davon, daß der Ausdruck *sacramentum* so häufig nichts weiter bezeichnet, als *res sacra*, wird von den Vätern und Scribenten der älteren Zeit, die *ex professo* die Lehre von den Sacramenten behandeln, die Ehe darunter nicht mit aufgeführt und erst seit dem Ende des zwölften Jahrhunderts etwas Entscheidendes darüber festgesetzt ³⁰⁾.

Wenn zum Wesen des Sacramentes gehört, daß es *invisibilis gratiae visibilis forma* sei, und das Concil von Trient deshalb sess. XXIV. cap 1 de reform. matr. die Ehe darstellt als: *Signum visibile gratiae invisibilis collatae viro et muliebri ad individuum vitae consuetudinem coniunctis*, so scheint freilich kein Zweifel obzuwalten. Man muß aber erwägen, daß diese Erklärung eine spätere sei und die Ehe früher darum nicht Sacrament im heutigen Sinne sein konnte, weil ihr die dazu erforderliche sacramentalische Gnade fehlte. Es belehrt uns darüber

23) Vergl. über die verschiedenen hier in Betracht kommenden Punkte: Schröber und Tzschirner, die Ehe aus dem Gesichtspunkte der Natur, der Moral und der Kirche. Leipzig 1819, 8. Durbach, die Physiologie als Erfahrungswissenschaft (Leipzig 1830, 8.), Bb. 3, S. 335 ffg.

24) S. unten Anm. 405, 406.

25) C. 36. C. XXVII. qu. II. (Ambrosius).

26) C. 17. C. XXVII. qu. II. (Leo I. a. 458 s. 459).

27) C. 2. C. XXXII. qu. II.

28) C. 4. in fin. C. XXXII. qu. IV.

29) So z. B. Winterim a. a. O. S. 45: Ich muß gestehen, daß ich nicht wüßte, was Augustin durch den Ausdruck *sacramentum*, wodurch er der Ehe unter Christen den größten Werth beilegt, hätte verstehen wollen, wenn er ihn nicht in der Bedeutung nähme, in welchen ihn auch unsere jetzigen Theologen nehmen.

30) R. vergl. den Art. Sacrament.

die Glosse zu c. 3. D. XXIII. bei den Worten: *pro beneficiis: Ioann. Fab. dixit, in omnibus sacramentis committi simoniam nisi in matrimonio: ideo forte, quia ibi non confertur gratia spiritus sancti.* Eben so zum cap. 5. X. *qui matrimonium accusare possunt (IV. 18)* zum Worte: *repellens: Quod simonia committi possit in matrimonio, cum sit spirituale. Sed contradici consuevit, quod ibi gratia non confertur u. a. m.*³¹⁾. Erst, nachdem die Ehe kirchlich als Sacrament sanctionirt worden, hat die Theorie die einzelnen Momente zu begründen gesucht; ohne indessen Controversen über die wesentlichsten Punkte befechtigt zu haben.

Zur Ehe als Sacrament gehört nun:

1) *sacramentum s. str. d. i. das foedus coniugale*, die coniunctio rite facta (worüber unter Abschnitt 4); 2) *res*, die Liebe der Gatten, welche durch die Wirksamkeit der gratia in ihrer Reinheit erhalten und im Herzen vervollkommenet werden; 3) *res et sacramentum simul*, die eheliche Gemeinschaft selbst, mit allen ihren Folgen, insbesondere die Einheit und Heiligkeit der Familie.

Die griechische Kirche betrachtet die Ehe ebenfalls als Sacrament, während die evangelische Kirche ihr diesen Charakter bestreitet.

In Deutschland ist die Ehe von jeher als eine heilige und gesetzliche Verbindung angesehen worden. Der Ausdruck Ehe selbst, ewa, ea, so viel als Gesetz, Bund, Band überhaupt, wurde daher von der allgemeinen zur besonderen Bedeutung erhoben³²⁾. Als Monogamie³³⁾ und dauernde lebenslängliche Gemeinschaft war sie anerkannt. Auf die Gestaltung des Einzelnen wirkte wesentlich die Theorie des canonischen Rechtes ein, doch blieben immer gewisse Unterschiede zwischen der weltlichen und kirchlichen Gesetzgebung, die seit der Reformation in den protestantischen Staaten noch bedeutender hervortraten. Die Reformatoren³⁴⁾ verwarfen nämlich die katholische Ansicht von der sacramentalischen Natur der Ehe, indem die Stelle des Epheserbriefes dieselbe keineswegs unterstüzt, und erklärten sie für eine weltliche, wenn gleich heilige Sache. Da aber die hierüber aufgestellten Grundsätze³⁵⁾ nicht sogleich mit voller Bestimmtheit und Uebereinstimmung zur Anerkennung und Anwendung kamen, so

31) W. f. meine Recension über Berg's unter Anm. 267 cit. Schrift in Richter's krit. Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft, Bb. 1 (1837), S. 38 fig.

32) Grimm, teutsche Rechtsalterthümer, S. 417 fig.

33) Tacitus, de morib. German. cap. XIX: *Unum accipiunt matrum, quomodo unum corpus unamque vitam.*

34) S. Frobsdse, Dr. Martin Luther's Werke über die Ehe und die ehelichen Verhältnisse. Leipzig 1825, 8. — Im Jahre 1519 sah Luther die Ehe noch als Sacrament an, — gleichwie die Taufes bereits 1522 erklärte er sie für ein äußerlich leiblich Ding, wie andere weltliche Handthierung, nahm die aber doch wieder zurück, indem er ihr einen heiligen Charakter beilegte, da sie ein Werk ober Stand sei, den Gott geboten habe —

35) S. augsburgische Confession Art. XXIII. Apologie der Confession Art. VII.

sind doch manche Consequenzen des katholischen Princips auch später praktisch geblieben³⁶⁾.

Die verschiedene Ansicht über das Wesen der Ehe und in Folge derselben die differente Auffassung einzelner Bestimmungen hinsichtlich der Requisite, Wirkungen, Auflösung u. s. w. ist von großem Einflusse auf die Behandlung der Ehesachen überhaupt und die anwendbaren Rechte im Besonderen geworden³⁷⁾.

Anfangs dienten die Bestimmungen des römischen Rechtes zur Entscheidung ehelicher Verhältnisse und blieben auch im Gebrauche, nachdem die Kirche tiefer einzuwirken begonnen hatte. Seit dem siebenten Jahrhunderte erhielten aber die kirchlichen Sanctionen im Oriente, und seit der Christianisirung der Germanen auch im Occidente das Uebergewicht. Ueber das Verhältniß der weltlichen und kirchlichen Einwirkung und Cognition entstanden jedoch zum Theil im 16., besonders aber seit dem 18. Jahrhunderte widersprechende Theorien. Es fanden sich Vertheidiger für die streng kirchliche Bedeutung der Ehe, welche der Forderung des Concils von Trident beitraten: *Si quis dixerit, causas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos, anathema sit*³⁸⁾, während Andere dem Staate besondere Rechte zustanden, bald jedoch in einer gewissen Abhängigkeit von der Kirche³⁹⁾, bald in voller Selbstständigkeit und Freiheit⁴⁰⁾. Die katholische Kirche hat von ihren Forderungen nicht abgelassen: denn Pius VIII. äußert in einem encycelischen Schreiben vom 24. Mai 1829: *Matrimonium non humana tantum ex lege, sed ex divina regi debere, ac non terrenis, sed sacris rebus ipsum accensendum esse ideoque Ecclesiae omnino subiici, christianus populus accurate edoceatur*⁴¹⁾. Die Gesetzgebungen huldigen aber diesem Princip keineswegs schlechthin. In Oestreich ist die Ehe nach ihrer civilen Seite der kirchlichen Einwirkung entzogen, dieser aber die spirituelle Seite frei gegeben. Das französische Recht läßt die religiösen Beziehungen ganz unberührt, und ähnlich manche andere Gesetze, wie das des Waatlandes vom 12. Decbr.

36) S. Sam. Stryck, *de reliquiis sacramenti in matrimonialibus*. Halae 1706, 4. Dagegen Mich. Henr. Griebner, *de his, quae ex iure Protestantium matrimoniali ad reliquias sacramenti perperam referuntur*. Wittenb. 1715, 4. Vergl. Glück, *praecognita iurisprud. ecclesiasticae*, §. 54. not. 4.

37) Vgl. J. H. Böhmer, *ius eccl. Protest.*, lib. II. tit. II. §. 22—28; Eichhorn, *Wb.* 2, S. 296—306; Walter, §. 289; verb. die Ann. 8 cit. Schriften.

38) Conc. Trid. sess. XXIV. can. 12 de sacram. matrim., verb. cap. 20 eod. de reform. matrim.

39) So Saunoy, Charbon u. a. Franzosen. Von Deutschen besonders Oberhauser (*causa decisa divisarum potestatum in legibus matrimonialibus impedimentorum dirimentium*. Francof. et Lipsiae 1777, 8.). Vergl. Frei, kritischer Commentar über das Kirchenrecht, Th. 3, §. 183 fg.

40) S. Sauter, *fundamenta iuris can.* P. V. §. 703 sq.

41) Tübingen theol. Quartalschrift, 1829, S. 4, S. 794. Vgl. das Breve vom 10. August 1819 (Scheitl, Fortsetzung von Frei, *Wb.* 5, Abth. 1, S. 115).

1835, wogegen das bayerische Concorbat⁴²⁾ mit Rücksicht auf das Concil von Trident den Bischöfen die Cognition zugesetzt.

In evangelischen Ländern ist der katholischen Kirche die gebührende Gewissensfreiheit in Matrimonialibus zugestanden. Was aber die Ehefachen der Evangelischen selbst betrifft, so wurden diese an besondere kirchliche Behörden (Consistorien) gewiesen, welche nach göttlichem Worte darüber richten sollten⁴³⁾. Später sind dergleichen Angelegenheiten jedoch meistens als bürgerliche den weltlichen Gerichten überlassen worden. So in Preußen⁴⁴⁾.

Daß hinsichtlich der materiellen Normen sich vielfache Differenzen finden, kann nicht befremden, da sich die eheliche Gesetzgebung nach abweichendem Princip entwickelt hat. Eine Ehe, welche schlechthin makellos ist, erscheint als *matrimonium firmum* d. h. *verum, legitimum und ratum*. *Matrimonium verum* ist jede rechtmäßig von irgend welchen Contrahenten eingangene Ehe, also auch die eheliche Verbindung der Ungläubigen. Dieselbe wird *matrimonium ratum*, wenn sie dem Gesetze der Kirche entspricht, wobei natürlich die Voraussetzung des christlichen Glaubens sich von selbst versteht. Ist die Ehe dagegen eine den weltlichen Gesetzen conforme, so wird sie *matrimonium legitimum*⁴⁵⁾. Während eigentlich jede Ehe zugleich natürlich, kirchlich und bürgerlich wahr sein sollte, giebt es Fälle, in denen sie wegen des Widerspruches der Gesetzgebung ein *ratum nec legitimum* oder *legitimum nec ratum* ist. Jenes ist vorhanden bei der Ehe des Vormundes mit den Pflegebefohlenen, bei der Mißheurath, der Ehe der Militärs ohne Consens des Oberen, wegen des Alters, des mangelfenden Consens der Eltern u. a., ein *matrimonium legitimum tantum* bei geschiedenen Personen, deren Eheband nicht gelöst ist, bei Uebertretung der *cognatio spiritualis* oder der canonisch verbotenen, landesrechtlich zugelassenen Grade, die vor bloßen Civilbehörden geschlossenen Ehen u. a. m.⁴⁶⁾.

In dem Falle eines solchen Conflictes überlassen die Gesetzgebungen die Befolgung der kirchlichen Norm neben der bürgerlichen Vorschrift dem Gewissen der Contrahenten (s. unten).

2) Das Verlöbniß⁴⁷⁾.

Dem Abschluß einer Ehe pflegt ein Vertrag über dieselbe vorzutgehen, das Verlöbniß, Eheversprechen, *sponsalia* d. i. *mentio et repro-*

42) Art. XII. c.

43) S. heftische Kirchenordn. von 1526, Cap. XIV (Schmincke, monumenta Hassiaca, T. II. p. 619). Vergl. das Gutachten der wittenberger Theologen von 1545 bei Seckendorf, historia Lutheranismi, lib. III. sect. 31. — Boltz, de consistorio diss. IV. §. 54 sq.

44) Verordn. vom 8. August 1750. Allgem. Gerichtsordn. Th. 1, Tit. 2, §. 128, und Anhang §. 37, 288.

45) R. f. Gratian ad C. XXVIII. qu. II. C. 7. X. de divortiis. (4. 19.)

46) Vergl. §. B. allg. preuß. Landrecht, Th. 2, Tit. 1, §. 14, 25 flg., 30, 34, 35, 37, 45 flg., und §. 11, 12, Anhang §. 63.

47) J. H. Böhm, diss. de diverso sponsalium et matrimonii iure

missio nuptiarum oder futurarum nuptiarum promissa⁴⁸), und zwar wegen der Beziehung auf eine künftige Ehe, sponsalia de futuro. Daß ein Verlöbniß geschlossen werde, ist nicht nothwendig⁴⁹), und nach manchen Gesetzen ist dasselbe wenigstens an und für sich wirkungslos (s. unten).

Das Verlöbniß ist im Allgemeinen nach den Principien präparatorischer Verträge zu beurtheilen, wobei das römische Recht nur in einzelnen Punkten durch das canonische und particulare Recht modificirt ist.

Das römische Recht fordert zunächst zur Gültigkeit der Sponsalien den Consens der Betheiligten⁵⁰). Dieser selbst wird aber bedingt durch freie Willensbestimmung und Erklärung. Physische, moralische oder juristische Hemmungen hindern daher die Wirksamkeit des Verlöbnisses. So Wahnsinn⁵¹), Betrug, Irrthum⁵²), bei welchem letzteren hier auch auf Punkte geachtet wird, die bei der Ehe unberücksichtigt bleiben würden⁵³). Insbesondere wird auch ein gewisses Alter der Contrahenten vorausgesetzt. Das Verlöbniß von Kindern unter sieben Jahren ist schlechthin unverbindlich⁵⁴), das von infantia maiores dagegen verpflichtet bis zu erreichter Pubertät, und kann dann bestätigt oder aufgehoben werden⁵⁵). Kinder, die noch in väterlicher Gewalt stehen, bedürfen des Consenses des Hausvaters: Ob diese durch das römische und particulare Recht⁵⁶) anerkannte Vorschrift auch im canonischen Rechte bestätigt sei, wird bestritten⁵⁷), jedoch mit Unrecht⁵⁸), da die in älteren Festsetzungen enthaltene Vorschrift keineswegs später aufgehoben, insbesondere durch das Concil von Trident, das sich nur auf die ohne Consens der Eltern geschlossene Ehe bezieht (s. unten), gar nicht berührt wor-

(Halae 1718, 4.), und in der Exercitat. ad Pandectas T. IV. exerc. LXIX. pag. 411—588. Regel, von den Eheverlöbnissen. Würzburg 1801, 8.

48) L. 1. D. de sponsalibus (23. 1.) (Florentinus lib. III. Instit.). C. 3. C. XXX. qu. V. (Nicolaus I. a. 866). — Preuß. E.-R. II. 1. §. 75.

49) Preuß. E.-R. a. a. D. §. 81.

50) Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia. L. 4. pr. D. h. t. (23. 1.) (Ulp. ad Sabinum).

51) C. 24. X. de sponsalibus. (4. 1.)

52) L. 8. D. h. t.

53) C. 1. C. XXIX. qu. I. (Gratian.). Allg. preuß. E.-R. a. a. D. §. 106 (wegen des Vermögens).

54) L. 14. D. h. t. C. 4. 5. 13. X. de desponsat. impuberum. (4. 2.) — C. 29. X. de sponsalib. (4. 1.) C. un. pr. de despons. impuber. in VI. (4. 2.)

55) L. 10. §. 1. D. h. t. C. 7. 8. X. de despons. impuber. (4. 2.) C. un. §. 1. eod. in VI. (4. 2.) — Allg. E.-R. a. a. D. §. 110. Bergl. Eichhorn, Bb. 2, S. 343, 344.

56) Pr. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 7. §. 1. D. h. t. Kurcbin. Verordn. vom 16. Sept. 1755 bei Rintelen, das Provinzialrecht des Herzogthums Westphalen, Bb. 1. S. auch Anm. 59 cit. — Allg. E.-R. a. a. D. §. 78.

57) Siehe Walter, §. 296, Note z. Stapf, Pastoralunterricht cit. §. 6.

58) R. vergl. c. 3. X. de his qui matrimonium accusare possunt (4. 18.), auch als Palea in c. 2. C. XXXV. qu. VI. und f. auch c. 5. 6. X. de conditionibus appositis in desponsat. (4. 5.)

den ist. Daher haben auch höhere Gerichtshöfe in der neuesten Zeit jenen Satz als gemeinrechtlich angewendet⁵⁹). Der elterliche Consens kann übrigens nur aus gerechten Gründen versagt, und sonst von der Obrigkeit supplirt werden (s. unten Anm. 113).

Ein ohne Consens der Eltern, und nach Landesrechten auch wohl des Vormundes⁶⁰), oder ohne sonst vorgeschriebens Formen geschlossenes Verlöbniß ist ein heimliches oder Winkelverlöbniß (*sponsalia clandestina*, im Gegensatz der *publica*)⁶¹). Nach gemeinem Recht genügt aber jede Form, aus welcher die Absicht der Parteien sicher erkannt werden kann⁶²). Früher war die Zuziehung eines Geistlichen und Zeugen, Wechsel der Ringe (*annulus pronubus*, *desponsationis*) und dergl. üblich⁶³) und demgemäß wird auch jetzt in Deutschland meistens schriftlicher Vertrag, gerichtliche Abschließung gefordert, wie in Preußen, Sachsen u. a.⁶⁴). Die Eingehung kann auch in Person oder durch einen Specialbevollmächtigten geschehen⁶⁵).

Von besonderer Bedeutung ist auch der Unterschied der *sponsalia de praesenti* und *de futuro*⁶⁶). In jenen liegt im Verlöbniße zugleich die Einwilligung zur Ehe, in der Weise, daß man seine Erklärung auf die Gegenwart bezieht: *ego te in meam accipio* =, ich eheliche dich, während die *sponsalia de futuro* die zukünftige Ehe verabreden in der Aeußerung: *ego te in meam accipiam* =, ich werde dich ehelichen. Die *sponsalia de praesenti* bildeten hiernach eine wirkliche Ehe, ein wahres unauf lösliches Sacrament, nur in einer einfachen Form eingegangen, während die *sponsalia de futuro* als blo-

59) V. vergl. die Rechtsfälle in Ulrich, Sommer, Böhle, neues Archiv für preuß. Recht, Bd. 5 (1838), S. 1, Nr. 3, S. 65—75. Simon und v. Strampff, Entscheidungen des königl. geheimen Obergerichtsbureau, Bd. 3 (Berlin 1838), Nr. 1.

60) Nach gemeinem Rechte würde ein ohne vormundschaftliche Einwilligung eingegangenes Verlöbniß bindend sein. C. L. 20. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) C. 8. C. de nuptiis. (5. 4.) Eichhorn, Bd. 2, S. 434.

61) Hedderich, dissertationes iuris ean. nr. XII. p. 305 sq.

62) L. ult. D. h. t. — C. 23. 25. X. de sponsalibus.

63) Der benedictio gedenkt Siricius in c. 50. C. XXVII. qu. II. vom J. 385, des Ringes c. 7. §. 3. C. XXX. qu. V. (Isidor. a. 633), und c. 3. eod. (Nicol. I. a. 866); vergl. Petr. Müller, de annulo pronubo. Jenae 1711, 8. Wichtig war auch die Bestätigung durch einen Ruf. C. c. 5. C. Th. ed. VI. de sponsalibus. (3. 5.) Vergl. dazu Jac. Gothofredus und Spangenberg, im Archiv für civilist. Praxis, Bd. 12, S. 2, Nr. 15.

64) Allg. preuß. R.-R. a. a. D. §. 82. Haubold, sächs. Privatrecht, §. 56. S. Rittermaier, deutsches Privatrecht (5. Ausg.), §. 376, Anm. 5. Scholz III., im juristischen Magazin. Neue Folge. Bd. 2, S. 4, Nr. 28. (Braunschweig 1838.)

65) Ob dieß nach röm. Rechte zulässig sei, ist bestritten. S. Mühlbruch, doctrina Pandectarum, vol. II. §. 249. not. 8. und loc. cit. Nach canon. Rechte ist dieß unzweifelhaft. C. ult. de procuratoribus in VI. (1. 19.) S. auch allg. R.-R. §. 87.

66) S. J. H. Böhmmer, ius eccl. Prot. lib. IV. tit. I. §. 10—47. Dan. Nettelbladt, de genuina notione sponsalium de praesenti et de futuro: in den observationes iuris eccl. (Halae 1783, 8.), nr. VII. — C. 9. 31. X. de sponsalibus. (4. 1.)

ses noch auflösbares Verlöbniß erschienen. Nachdem das Concil von Trident über der Eheschließung eine bestimmte Form vorgeschrieben (sess. XXIV. cap. 1. de ref. matr.), kann der Unterschied nur noch da einigermaßen von Bedeutung sein, wo das Tridentinum nicht publicirt ist, obgleich auch da durch besondere Verordnungen meistens für die Wirksamkeit der Ehe noch besondere Formen bestimmt worden sind⁶⁷⁾. Jetzt kann es daher im Allgemeinen nicht auf die Wahl der Worte bei Eingehung eines Verlöbnißes ankommen.

Ein Verlöbniß kann mit oder ohne Bedingungen geschlossen werden. Dabei entscheiden die allgemeinen Principien über Schließung und Interpretation der Verträge. Ist die Bedingung eine schändliche oder unmögliche, so wird das Verlöbniß selbst dadurch annullirt⁶⁸⁾. Dahin gehören überhaupt die gegen die Substanz der Ehe gerichteten Bedingungen, wie: *contraham tecum, si generationem proles evites, vel donec inveniam aliam, honore vel facultatibus digniorem, aut, si pro quaestu adulterandam te tradas*⁶⁹⁾. Ist die Bedingung an sich zulässig, so ist sie bindend, sie sei suspensiv oder resolutiv. Fällt jene fort, oder tritt diese ein, so verliert das Verlöbniß seinen Effect⁷⁰⁾. Ist eine Gegenleistung verabredet (*modus*), so kann bei deren Nichterfüllung vom Verlöbniße zurückgetreten werden⁷¹⁾. Doch ist auch Erlaß der Bedingung statthaft, und für einen solchen gilt der erfolgte Beischlaf, welcher nach älterem Rechte die bloßen Sponsalien bereits in wirkliche Ehe verwandelte⁷²⁾.

Der Effect eines pure geschlossenen oder gewordenen Verlöbnißes ist darauf gerichtet, daß die Ehe vollzogen werde. Daher haben die Verlobten Alles zu meiden, was diese Wirkung hindern könnte. Ein zweites Verlöbniß ist darum unstatthaft, zieht Strafe nach sich und steht dem älteren nach, selbst wenn es eidlich bekräftigt sein sollte⁷³⁾. Die Strafe des römischen Rechtes ist Infamie, die des canonischen Kirchenbuße, während die neueren Gesetze gewöhnlich bestimmte Vermögensnachtheile auferlegen⁷⁴⁾.

Schon jetzt entsteht die Pflicht der Treue für die Brautleute, welche sie später in der Ehe zu bewahren haben (*fides sponsalitia*)⁷⁵⁾.

67) Ausdrücklich sind die sponsalia per verba de praesenti im Kurfürstenthum Trier unterm 3. Februar 1757 verboten (Scotti, Sammlung der Gesetze und Verordnungen im vormaligen Kurfürstenthum Trier, Bd. 2, Nr. 567, S. 1101).

68) L. 26. 27. D. de verb. oblig. (45. 1.)

69) C. ult. X. de conditionibus appositis in despons. (4. 5.)

70) C. 3. 5. 6. X. de condit. appos. (4. 5.)

71) C. 3. X. cit. (4. 5.)

72) C. 30. X. de sponsalibus. (4. 1.) C. 1. 3. 6. X. de condition. appos. (4. 5.) S. noch überhaupt preuß. L.-R. §. 95–98.

73) L. 1. 13. §. 2. D. de his qui notantur infamia. (3. 2.) C. 1. 22. 31. X. de sponsalib. (4. 1.) C. un. eod. in VI. (4. 1.) C. 25. 28. X. de iureiurando. (2. 24.) — Tit. X. de sponsa duorum. (4. 4.)

74) S. Cit. der vorigen Anmerk. Vergl. preuß. L.-R. a. a. D. §. 133 — 135.

75) C. 25. X. de iureiur. (2. 24.) C. un. h. t. in VI. (4. 1.) Ob

Eine Klage auf Vollziehung der Ehe giebt das römische Recht aus einem Verlöbniſſe nicht, vermöge des Grundsatzes: *matrimonia libera esse debent*⁷⁶). Auch wird selbst die verabredete Conventionalstrafe nicht entrichtet, *quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonium adstringi*⁷⁷). Eine *arrha* (Nahlschat) konnte dagegen verloren gehen, da dieselbe nur Zeichen eines perfecten Vertrages ist und nicht ein Zwangsmittel zur Erfüllung der Obligation bildet⁷⁸).

Das canonische Recht giebt dagegen wirklich eine Klage auf Eingehung der Ehe, ohne aber beim Widerstreben des Verurtheilten direct zu zwingen⁷⁹). Der geistliche Richter kann vielmehr nur indirect durch Censuren einwirken⁸⁰), und wenn diese nichts fruchten, nach der Praxis bloß auf Entschädigung dringen. Nur dann, wenn auf das Eheversprechen Weischaß erfolgt war, fordern viele die Nöthigung zur Ehe, die nach älterem Rechte schon *eo ipso* vorhanden war (s. Anm. 72). Nach gemeinem Rechte hat jetzt der Richter auf Heurath zu erkennen, Zwang dazu ist aber ausgeschlossen. Speciellere Bestimmungen geben die Particularrechte. Zum Theil folgen sie dem römischen Princip, wie die bairische Eheordnung von 1807 §. 14, das östreichische Gesetzbuch §. 43, das nassauische Gesetz vom 23. April 1822 §. 96. u. m. a., zum Theil schließen sie sich der canonischen Norm an, wie das hannoversche u. a.⁸¹). In Preußen soll zwar kein Zwang zur priesterlichen Copulation stattfinden, der unter dem Eheversprechen Geschwängerten aber das Recht einer geschiedenen unschuldigen Frau beigelegt werden⁸²). Die Aufhebung eines Verlöbniſſes⁸³) kann ohne Bedenken erfolgen, wenn beide Theile übereinstimmen, selbst wenn der Bund eidllich bekräftigt war⁸⁴). Bisweilen wird dabei gerichtliche Anzeige oder andere Form verlangt. Bei

die Braut sich eines *adulterium* schuldig machen konnte, ist bestritten. S. L. 13. §. 3. D. ad l. Inl. de adult. (48. 5.) Mühlenbruch, doct. Pandect. II. §. 250. not. 5.

76) C. 1. C. de sponsalibus. (5. 1.)

77) L. 71. §. 1. D. de condit. et demonstrat. (35. 1.) L. 134. pr. de verb. obl. (45. 1.) C. 2. C. de inutilib. stipulat. (8. 39.) Vgl. Guyet, über die Wirksamkeit des Versprechens einer Conventionalstrafe bei Eheverlöbniſſen; in Weis, Archiv des Kirchenrechtes, Bd. 4, Nr. 2, S. 25—38.

78) C. 5. C. de sponsalibus. (5. 1.) Vergl. L. 88. pr. D. de ritu nuptiarum. (23. 12.)

79) C. 10. 17. 22. X. de sponsalibus. (4. 1.)

80) Ob eine Conventionalstrafe entrichtet werden muß, ist bestritten. S. c. 29. X. de sponsalibus. (4. 1.) Vgl. den Anm. 77 cit. Guyet. Eichhorn, Bd. 2, S. 437, Anm. 5.

81) E. Rittermaier a. a. D. Anm. 7. Grefe, Zeitfaden zum Studium des hannoverschen Privatrechtes, Th. 2, §. 76. Civilrechtsprüche der höchsten Gerichtsstellen in Württemberg (Heilbronn 1835, 8.), Bd. 1, Nr. 12.

82) Vergl. allg. E.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 1047 flg. Die durch die Constitution vom 10. April 1607 und 9. Jan. 1698 in Sachsen verordneten Zwangscopulationen sind durch das Rescript vom 7. Nov. 1808 abgeschafft (Faubolt, sächs. Privatrecht, §. 59).

83) J. H. Böhmmer, diss. de probatis repudiorum causis (Halae 1718, 4.), Kinad. ius eccl. Prot. lib. I. tit. I. §. 46 sq., 146 sq.

84) C. 2 X. de sponsalibus. (4. 1.) C. 25. X. de iureiur. (2. 24.)

einseitigem Rücktritte (repudium)⁸⁵) sind stets bestimmte Gründe nothwendig. Als solche werden besonders genannt alle diejenigen, welche die Ehe selbst aufheben würden; außerdem aber der Eintritt von Umständen, bei deren Vorhandensein man das Verlöbniß nicht würde eingegangen haben, wie dauernde Krankheit, körperliche Verunstaltung, Armut, Religionswechsel u. dergl. m. Sodann Verletzung der fides sponsalitia; Eingehung eines anderen Verlöbnisses, Eintritt ins Kloster, Annahme einer höheren Weihe, absichtliche Verschiebung des Abschlusses der Ehe u. a.⁸⁶) Ist keine causa rationalis vorhanden, so hat der andere Theil Anspruch auf Entschädigung.

3) Bedingungen der Eingehung der Ehe⁸⁷).

Der Abschluß einer Ehe kann, wie der eines jeden rechtlichen Geschäftes, nur unter gewissen Voraussetzungen erfolgen, deren Nichtvorhandensein daher die Eingehung der Ehe verhindert. Der Mangel der zur Ehe erforderlichen Requisite bildet somit ein Ehehinderniß (impedimentum matrimonii). Der Grund zur Statuirung eines solchen liegt theils in der Natur der Sache selbst, theils beruht er auf durch besondere Umstände hervorgerufenen Satzungen. Die wirkliche Geltung im Leben kann aber immer nur von der Anerkennung des Gesetzes abhängen. Die Bedeutung der Ehehindernisse ist verschieden, je nachdem dieselben die Ehe in einer Weise afficiren, daß bei deren Dasein dieselbe durchaus nicht bestehen kann, oder so, daß die Ehe zwar möglich ist, aber aus guten Gründen die Eingehung derselben untersagt wird: Im ersten Falle muß deshalb eine ungeachtet des Defectes geschlossene Ehe wieder aufgelöst werden, im zweiten Falle bleibt die Ehe zwar bestehen, die Uebertreter des Gesetzes sind jedoch strafbar. Jene sind daher *impedimenta dirimentia* (trennende), diese *impedientia* (aufschiebende), und die Ehe selbst ist eine nichtige oder eine ungiltige⁸⁸). Mit Rücksicht auf den Einfluß, den solche Hindernisse und deren Uebertretung auf die Gesammtheit und auf Einzelne üben können, werden dieselben *ex officio* in Betracht gezogen (*impedimenta publica*), oder es wird den Bethelligten überlassen, davon Anzeige zu machen (*impedimenta privata*)⁸⁹). Je nachdem die Hindernisse unter allen Umständen oder nur in Beziehung auf bestimmte Personen vorhanden sind, werden dieselben absolute oder relative.

Zu den absoluten Impedimenten gehört vor Allem die Abwesenheit

85) L. 101. §. 1. L. 191. D. de V. S. (50. 16.)

86) C. 5. C. de sponsalibus. (5. 1.) C. 5. 6. 10. 22. X. de sponsalibus. (4. 1.) C. 3. X. de coniug. lepros. (4. 8.) u. a. Alg. L. R. a. a. D. §. 100—111. — Cod. Maximil. Bavar. civil. P. I. cap. 6. §. 3 sq.

87) Jo. Aug. Apel, diss. I. et II. de causis matrimonii annullandi. Lipsiae 1798, 1799, 4. — Vergleichung des gemeinen Kirchenrechtes mit dem preuß. allg. Landrechte, in Ansehung der Ehehindernisse, von Dantel (d. i. Reisingbauer). Berlin 1823, 8.

88) C. 1—3. X. de matrimonio contracto contra interdictum ecclesiae. (4. 1.) Alg. preuß. L. R. Th. 2, Tit. 1, §. 945, 946.

89) C. 21. X. de sponsalibus. (4. 1.) C. 2. X. de eo qui duxit in matrimonium. (4. 7.) C. 6. X. qui matrim. accusare possunt. (4. 18.)

der physischen Fähigkeit. Diese ist durch ein bestimmtes Alter bedingt. Das römische Recht fordert die Pubertät der Contrahenten, für Männer das 14., für Frauen das 12. Jahr⁹⁰⁾, während das canonische Recht zu diesem Termine nur eine Präsomtion der erlangten Reife findet und, wenn diese früher vorhanden sein sollte, auch jüngeren Personen die Ehe gestattet⁹¹⁾. Neuere Gesetze fordern aber ein höheres Alter, für Frauen gewöhnlich das 14., für Männer das 18., wie das preuß. Recht, oder ein noch höheres, wie das sächsische, sachsenburgische das 21.⁹²⁾ Das Greisenalter ist kein Hinderniß⁹³⁾, doch nehmen mitunter Statuten auf das Verhältniß des Alters beider Theile Rücksicht, und bestimmen z. B., daß eine Frau über 40 Jahre keinen Mann heirathen sollte, welcher 10 Jahre jünger ist⁹⁴⁾. Zeugungsunfähigkeit ist an sich kein Ausschließungsgrund, da die Kinderzeugung nicht zur *essentia matrimonii* gehört (s. oben). Das römische Recht läßt daher auch die Ehe der Spadonen zu, und gestattet die der Kastriaten wegen ihrer Unwürdigkeit nicht⁹⁵⁾. Die letzteren verbietet auch *Sirtus V.* in der *Constitutio: Cum frequenter* von 1589⁹⁶⁾. Eine absolute Unfähigkeit hindert nicht, wenn dieselben den Contrahenten bekannt war, als sie die Ehe schlossen. Auch können sie dem Rechte, aus der später erkannten Impotenz auf Annullirung der Ehe anzutragen, entsagen⁹⁷⁾.

Aus physischem Grunde ist auch den Wahnsinnigen die Ehe untersagt⁹⁸⁾, nicht aber Blinden und Taubstummen⁹⁹⁾, welche ja des Consensus fähig sind. Da überhaupt die Willensfreiheit hierbei von der höchsten Bedeutung ist, so kann der durch wirklichen Zwang (*vis et metus*) herbeigeführte Consensus nicht obligiren¹⁰⁰⁾, und ein deshalb geleisteter Eid nicht bindend sein¹⁰¹⁾. In Betracht kommt auch der Irrthum, welcher hindernd wird, wenn er sich auf die Person im Ganzen bezieht, so daß also eine Verwechslung stattfindet¹⁰²⁾, oder wenn er die wesentlichen

90) Pr. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 4. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) — C. 3. C. quando auctores. (5. 60.) Justinian tritt hier der Ansicht der Proculerianer bei und verwirft die körperliche Untersuchung, welche der Ansicht der Sabinianer gemäß erfolgen mußte.

91) C. 3. 8. 10. 14. X. de desponsat. impuberum. (4. 2.)

92) Preuß. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 37, Anhang §. 66. Das österr. Gesetzbuch, Art. 21 und 48, hat für beide Geschlechter das 14. Jahr bestimmt. — Sächs. Mandat vom 20. Sept. 1826. Oldenburg. Gesetz vom 29. März 1833.

93) C. 27. C. de nuptiis. (5. 4.)

94) S. Rittermaier, Privatrecht, §. 377, Anm. 1.

95) L. 89. §. 1. D. de iure dotium. (23. 3.)

96) Bullarium Rom. T. II. p. 587.

97) C. 1. 4. 5. X. de frigidis. (4. 15.) Vgl. österr. Gesetzbuch Art. 60, 100, 101. Preuß. allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 2, 696, 697.

98) C. 24. X. de sponsalibus. (4. 1.)

99) C. 23. X. de sponsalibus. (4. 1.)

100) C. 6. 14. 15. 16. 28. X. de sponsalibus. (4. 1.) Allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 38 flg.

101) C. 2. X. de eo qui duxit in matrim. (4. 7.)

102) S. §. B. Code civil art. 180.

Eigenschaften derselben trifft, wie Freiheit¹⁰³⁾, Keuschheit¹⁰⁴⁾, insbesondere wenn die Person bereits von einem Dritten schwanger ist¹⁰⁵⁾ u. a. m.¹⁰⁶⁾.

Zum juristisch freien Consense gehört aber auch die Einstimmung derer, denen die Gewalt über die Contrahirenden zusteht. Daher wird vor Allem die Einwilligung des Hausvaters¹⁰⁷⁾ beim Abschluß der Ehe eines unter väterlicher Gewalt stehenden Kindes gefordert, und der Mangel dieser Einwilligung annullirt nach römischem Rechte die Ehe¹⁰⁸⁾. Das ältere canonische Recht bestätigte dies¹⁰⁹⁾; nahm aber zugleich auf den Consens der Mutter Rücksicht¹¹⁰⁾. Das spätere Recht wich indessen davon ab, und die durch die Praxis auf die Unauflöslichkeit des Ehesacramentes gestützte Ansicht, daß eine ohne elterlichen Consens einmal geschlossene Ehe nicht mehr angefochten werden könne, ward durch das Concil von Trident befestigt. S. synodus anathemati damnat, qui ea vera ac rata esse negant, quique falso affirmant, matrimonia a filiis familias sine consensu parentum contracta, irrita esse et parentes ea rata vel irrita facere posse¹¹¹⁾. Diese Bestimmung wurde für die katholischen Staaten entscheidend; während die protestantischen dem römischen Principe folgten. Die Landesgesetze weichen indessen von einander ab¹¹²⁾. Wird der Consens der Eltern nachgesucht, so darf er immer nur aus den gesetzlichen Gründen, welche auf das Wohl des Kindes basirt sind, verweigert werden, widrigenfalls die Obrigkeit die Einwilligung ergängt¹¹³⁾.

Außerdem wird aber unter Umständen auch der Consens anderer

103) C. XXIX. qu. II. — C. 2. 4. X. de coniugio servorum. (4. 9.)

104) C. 25. X. de iureiurando. (2. 25.)

105) Oesterreich. Gesetzbuch Art. 58. Vergl. Bernard Saur, Abhandlung über die Frage: ist die Ehe, wenn der Ehemann seine Gattin nach der Berechnung von einem Anderen schwanger findet, auch in geistlicher Hinsicht ungültig zu erklären? Mannheim 1839, 8.

106) S. preuß. L.-R. a. a. D. §. 40.

107) G. L. Böhmer, de necess. parentum consensu in nuptiis liberorum; in den electis iuris civ. T. I. nr. XIV. Vgl. oben Anm. 56 flg.

108) Pr. §. 12. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 2. 3. 18. 25. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.)

109) C. 5. C. XXX. qu. V. (Conc. Carth. IV. c. 13. a. 398, auch in c. 33. d. XXIII.). Vergl. c. 1. C. XXX. qu. V. c. 2. C. XXXV. qu. VI.

110) S. Eichhorn, Kirchenrecht, Bb. 2, §. 358.

111) Vgl. c. 13. X. de sponsalibus (4. 1.) (Alexander III. a. 1170); c. 3. X. de divortis (4. 19.) (Alexander III. a. 1180); c. 6. X. de raptoribus (5. 17.) (Lucius III. a. 1181); c. 3. X. qui matrimonium accusare possunt (4. 18.) (Clemens III. a. 1190); c. 6. X. de conditionibus appositis (4. 5.) (Innocent. III. a. 1201). — Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 1 de ref. matr. Eichhorn a. a. D. S. 360—364.

112) Die wichtigeren weist Rittermaier a. a. D. §. 377 nach.

113) Rittermaier a. a. D. Anm. 18—20. Preuß. L.-R. a. a. D. §. 59 flg., §. 68 flg. Vgl. auch Pfeiffer, über die rechtlichen Erfordernisse der richterlichen Ergänzung der von den Eltern verweigerten Einwilligung zur Verheirathung ihrer Kinder; in den praktischen Ausführungen, Bb. 5 (Hannover 1838, 4.), Nr. 4.

Personen nothwendig, wie des Vormundes, des vormundschafftlichen Gerichtes, des Regenten, der Directoren der Collegia, des Chefs eines Regiments, des Gutsherrn u. a. ¹¹⁴). Der Hauptgrund für die Einholung des Consenses Seitens der Beamten ist die vom Staate zu gewinnende Ueberzeugung, daß die Frau und Kinder später im etwaigen Wittwen- und Waisenstande ihren Unterhalt finden, der Mann also einer Versorgungsanstalt beigetreten sei.

Bisweilen ist auch der Consens der Communen für die Ehe armer, von ihnen unterhaltener Personen hergebracht ¹¹⁵), so wie bei der Ehe von Ausländern mit Inländerinnen die Genehmigung der Obrigkeit des Ausländers ¹¹⁶).

Ein absolutes Ehehinderniß besteht auch für bereits verheurathete Personen (*impedimentum ligaminis*), wegen des Verbotes der Polygamie ¹¹⁷). Diejenigen, welche feierlich Keuschheit gelobt haben (*votum solenne*), können nach den Grundsätzen der katholischen Kirche keine gültige Ehe mehr eingehen. Dies gilt sowohl von denen, die das Klostergelübde gethan haben, als den Weltgeistlichen, die sich im Besitze eines *ordo maior* befinden ¹¹⁸). — Ebenfalls hindernd ist ein bereits bestehendes Verlöbniß mit einer anderen Person ¹¹⁹), so wie die geschlossene Zeit (s. unten Anm. 261 folg.) und das Trauerjahr (s. unten Anm. 436 folg.).

Zu den nur im Verhältnisse bestimmter Personen in Betracht kommenden, also relativen Ehehindernissen, gehört vor Allem das Verwandtschaft und Schwägerschaft.

Natürlich-politisch-moralische Gründe ¹²⁰) rechtfertigen das Verbot der Ehe zwischen Personen, die in einer nahen häuslichen und verwandtschaftlichen Beziehung stehen. Bei allen cultivirten Völkern finden wir daher auch schon frühzeitig bestimmte desfallsige Anordnungen. Für das jetzige

114) Genauere Festsetzungen finden sich in den Particularrechten. So verordnet ein Beschluß des preuß. Staatsministeriums vom 7. Nov. 1837, daß der Consens des Vorgesetzten von Allen denen einzuholen sei, die im unmittelbaren Civildienste des Staates stehen, gleichviel ob sie definitiv oder nicht, auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, gegen Einkommen oder ohne ein solches angestellt sein.

115) S. Hansen, über das Heurathen der Armen und das dabei betheiligte Recht der Communen. Altona 1832, 8.

116) Hierbei ist festgesetzt, daß die Ehe mit einer Ausländerin wegen Armut nicht versagt werden soll (Rescript der Regierung zu Wersburg vom 17. Febr. und des Ministeriums vom 14. April 1838, in v. Kamphs, Annalen, (1838), Bd. 22, S. 2, S. 273).

117) S. oben Anm. 21 flg. Vgl. §. 6. J. de nuptiis (l. 10.); c. 2. C. de incestis nuptiis. (5. 5.)

118) S. Nov. 5. cap. 8. Nov. 6. cap. 1. §. 7. Nov. 123. cap. 14. 29. C. un. de voto in VI. (3. 15.) (Bonifac. VIII. a. 1298). Vergl. den Art. Celibat, Bd. 2, S. 687.

119) S. oben. Vgl. c. 31. X. de sponsalibus (4. 1.); c. 1. 3. X. de sponsa duorum. (4. 4.)

120) G. F. Ammon, über das moralische Fundament der Eheverbote unter Verwandten (Göttingen 1798—1801, 4.), 3 Abth. Jörg u. Tzschirner oben cit.

gemeine Recht ist auf das mosaische, römische und canonische Recht vorzugsweise Rücksicht zu nehmen.

a) Verwandtschaft ¹²¹⁾.

Bei den Juden ¹²²⁾ war in der Zeit der Patriarchen die Ehe unter nahen Verwandten nicht unstatthaft, und es findet sich selbst eine Geschwisterhe ¹²³⁾. Das mosaische Recht verbietet aber die Ehe unter Blutsverwandten in folgenden Fällen: mit der Mutter, des Sohnes, Tochter, der Tochter Tochter, der vollbürtigen und halbbürtigen Schwester, der Mutter Schwester ¹²⁴⁾. Das römische Recht ¹²⁵⁾ nennt, wie das mosaische, die einzelnen Personen, welche sich nicht heurathen dürfen, folgt dabei aber einem bestimmten Princip, welchem gemäß es alle namhaft macht. Es unterscheidet in der graden Linie die Verwandten auf- und abwärts (Ascendenten und Descendenten) und verbietet in dieser die Ehe in infinitum ¹²⁶⁾. In der Seitenlinie untersagt es die Ehe der Geschwister: und in den Fällen des sogenannten respectus parentelae ¹²⁷⁾, indem ein besonderes Respectverhältniß für Descendenten gegen die Personen entsteht, welche von dem gemeinschaftlichen Stammvater nur um einen Grad entfernt sind und daher parentis loco erscheinen ¹²⁸⁾. Die unter Claudius verstatete Ehe mit des Bruders Tochter ward später aufgehoben ¹²⁹⁾, und die Ehe unter Geschwisterkindern (consobrini), die Anfangs erlaubt, dann verboten war, wurde später wieder zugelassen ¹³⁰⁾.

121) Karl Aug. Mor. Schlegel, kritische und systematische Darstellung der verbotenen Grade der Verwandtschaft und Schwägerschaft bei Heurathen, nach dem mosaischen Gesetze, dem röm. und canon. Rechte und den protestantischen Kirchenordnungen. Hannover 1802, 8.

122) Joh. Selden, *uxor Hebraica*. Witteberg. 1712, 4. Michaelis, *Abhandl. von den Ehegesetzen Moses, welche das Heurathen in die nahe Freundschaft untersagen*. Göttingen 1768, 4. Derselben mosaisches Recht, Th. 2, S. 217 flg. Jahn, *Archäologie*, Bd. 1, Th. 2, S. 177.

123) 1. Mosis 20, 12., ähnlich wie bei den Persern, Aegyptern, Griechen. S. Herodot, lib. III. cap. 21. Diodor., lib. I. c. 53.

124) 3. Mosis 18, 6. flg.; 20, 17. flg. 5. Mosis 27, 23. Darüber, ob in diesen Stellen wirkliche Eheverbote enthalten seien, ist übrigens mehrfach gestritten worden. S. Mich. Weber, *opuscula academica eaque apologetica*. Lipsiae 1828, 8. (Apologia pro Frejo et de coniugiis in Codice sacro vere prohibitis). Die Bestimmungen des mosaischen Rechtes sind fast wörtlich in den Koran übergegangen. Sura IV. 1—8.

125) S. Faber, *vicissitudines iuris romani de incestis nuptiis*. Lipsiae 1763.

126) §. 1. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 53—55. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.)

127) §. 2. 3. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 54. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) C. 19. C. de nuptiis. (5. 4.)

128) L. 39. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) S. Dirksen, Beiträge zur Kunde des röm. Rechtes, Nr. 4, S. 248 flg.

129) Tacit., *Annal*, lib. XII. cap. 5—7. Vergl. Caius, I. §. 62. Ulpian, tit. V. §. 6. — Dio Cass., lib. LXVIII. cap. 2. C. 1. C. de incestis nuptiis. (5. 5.)

130) Bgl. c. 3. C. Th. de incestis nuptiis (3. 12.) (Arcad. et Honor. a. 396); c. 1. C. Th. si nuptiae ex rescripto petantur (3. 10.) (Honor. et Theodor. a. 409); c. 19. C. J. de nuptiis (5. 4.) (Arcad. et Honor. a. 405); §. 4. J. de nuptiis. (1. 10.)

In der Kirche¹³¹⁾ folgte man Anfangs den mosaischen und römischen Bestimmungen, fing aber später an, bereits zum Theil seit dem fünften Jahrhunderte, strengere Grundsätze aufzustellen. Die Ehe unter Consobrinen ward gemißbilligt¹³²⁾ und dann förmlich verboten¹³³⁾, ja selbst auf die Ehe der Kinder der Consobrinen (sobrinal) das Verbot ausgedehnt¹³⁴⁾, ohne indessen eine solche Verbindung, wenn sie einmal eingegangen war, wieder aufzuheben. Es bestand somit ein Eheverbot bis zum sechsten Grade der Seitenlinie nach der Berechnungsweise des römischen Rechtes, das dem nun aufgestellten Princip: Niemand solle sich mit einem Blutsverwandten vermählen¹³⁵⁾, zu entsprechen geeignet war, da mit dem sechsten Grade überhaupt die Verwandtschaft ein Ende zu nehmen schien, deshalb auch die Erbfolge aufhöre¹³⁶⁾. Dieselbe Ansicht ward auch in Deutschland schon früh geltend und durch das canonische Recht befestigt¹³⁷⁾. In Deutschland wich aber die Art der Verwandtschaftszählung von der römischen Weise ab, indem man nicht bei dem Nachweise der Grade der Seitenlinie auf beiden Seiten, sondern die Generation nur auf einer Seite zählte, und dieser Berechnungsart bediente sich auch die Kirche, jedoch längere Zeit neben der römischen, bis Alexander II. im Jahre 1065 bei Gelegenheit eines Streites zwischen Petrus Damiani und den römisch gebildeten Juristen von Ravenna die *computatio legum* der *computatio canonum* nachsetzte, also ausdrücklich die deutsche Weise für die kirchliche erklärte¹³⁸⁾. Indem man nun die römischen Grade und die canonische Generationsrechnung bezüglich der Zahl der Eheverbote identificirte, wurden die Verwandten bis zur *septima generatio*, d. h. dem 14. Grade römischer Computation für unfähig erklärt, einander zu heurathen¹³⁹⁾. Die vielen Mißverhältnisse, die hieraus entstanden, bewogen Innocenz III. im Jahre 1216 zu einer Beschränkung der Eheverbote bis auf den 4. Grad canonischer Computation *inclusive*¹⁴⁰⁾. Gregor IX. verordnete noch, daß die Ehe zwischen zwei Personen, deren eine im 4., die andere im 5. Grade vom Stammvater entfernt seien, zulässig wäre, da man in der ungleichen Linie auf den ent-

131) S. Th. Laspeyres, *diss. inaug. canonicae computationis et nuptiarum propter sanguinis propinquitatem ab ecclesia christiana prohibitarum sistens historiam*, Berlin. 1824, 8.; verb. Eichhorn, *deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, Bd. 1, §. 183; Walter, *Kirchenrecht*, §. 303, 304.

132) Augustinus, *de civitate Dei*, lib. XV. cap. 16: *Honestius consobrinarum prohibita esse coniugia.*

133) Conc. Agathense a. 506 (c. 8. C. XXXV. qu. II.).

134) Eichhorn, *Rechtsgesch.* cit. Anm. 1, S. 772.

135) Conc. Roman. a. 721, can. 9: *Si quis de propria cognatione, vel quam cognatus habuit, duxerit uxorem, anathema sit.*

136) S. Paulus, *rec. sent.* lib. IV. tit. XI. §. 8, *übergangen in c. 6. C. XXXV. qu. V.*

137) S. Rittermaier, *deutsches Privatrecht*, §. 45 a. G.

138) C. 2. C. XXXV. qu. V.

139) C. 17. C. XXXV. qu. II. (Conc. Rom. a. 1059, c. 11). C. 1. X. de consanguinitate (4. 14.) (Alexander III. a. 1172).

140) C. 8. X. de consanguin. (4. 14.)

ferneren Grad zu achten habe¹⁴¹⁾. Ueber die Erklärung dieses Ausspruches haben sich verschiedene Meinungen gebildet, indem Einige annehmen, dadurch sei eine Verordnung Gólestin's III.¹⁴²⁾ aufgehoben, in welcher bestimmt ist: daß wenn einer im 6. oder 7. Grade vom Stammvater abstehet, er sich doch mit einer Seitenverwandten aus dem 2. oder 3. Grade nicht vermählen dürfe, während Andere diese Extension für unstatthaft halten und die Bestimmung Gregor's auf den Fall des 4. und 5. Grades beschränken¹⁴³⁾. Die Praxis hat sich mehr für die erstere Ansicht entschieden¹⁴⁴⁾.

In der evangelischen Kirche¹⁴⁵⁾ schloß man sich an die bestehende Praxis an, indem man nur die Fälle, in denen regelmäßig dispensirt wurde (s. unten), völlig frei zu geben vorzog. Anfangs ward daher die Ehe im 3. Grade gleicher und im 3. und 4. Grade ungleicher Linie gestattet¹⁴⁶⁾. Da die Gesetzgebung in Ehefachen den Landesherren zufiel, wurde von diesen das römische Recht als gemeins mit festgehalten, daher auch der respectus parentelas berücksichtigt, und vom mosaischen Rechte, als positiv-göttlicher Sägung, zugleich nicht abgewichen¹⁴⁷⁾. Seit dem 18. Jahrhunderte wurde aber weiter dispensirt, und dadurch Anlaß gegeben, die Eheverbote noch mehr zu beschränken. Uebereinstimmung findet sich indessen in den einzelnen Territorien nicht. In Preußen ist die Ehe in der Seitenlinie nur unter Geschwistern und in dem Falle des respectus parentelas verboten, wenn Jemand seine ältere Tante heirathen will¹⁴⁸⁾. Katholische Unterthanen, welche sich hiernach richten wollen, werden in bürgerlicher Hinsicht geschützt¹⁴⁹⁾. Andere evangelische Territorien gehen aber weiter. So in Sachsen¹⁵⁰⁾, Hessen u. a.¹⁵¹⁾ allgemeiner wegen des respectus parentelas. Auch die bürgerliche Gesetzgebung katholischer Staaten steht im Allgemeinen auf demselben Standpunkte. So verbietet z. B. das österreichische Recht¹⁵²⁾ die Ehe zwischen voll- und halbblütigen Geschwistern, zwischen Geschwisterkindern, mit dem Dheime und der Mühme väterlicher und mütterlicher Seite.

141) C. 9. X. eod.

142) C. 3. X. eod.

143) M. f. z. B. Walter, §. 304, Note f; Stapf, S. 235, u. X. Dagegen Lancelott, instit. iure can. lib. II. tit. XIII. §. 10; Eichhorn, Bb. 2, S. 391, 392 u. cit.

144) Auch die Ansicht des röm. Stuhles scheint dafür mehr zu sprechen. M. vergl. die Constitution Pius V. vom 20. März 1566 im Bullar. Magn. tom. II. p. 206.

145) S. Schlegel a. a. D. S. 250 flg. Eichhorn, Bb. 2, S. 393 flg.

146) Kirchenordnung des Herzogs Moriz von Sachsen von 1543.

147) Weber, sächsisches Kirchenrecht, I. I. S. 21 flg.

148) Allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 3, 4. Vgl. preuß. Landrecht von 1721, Buch 2, Tit. 2, Art. 1.

149) Allg. L.-R. Th. 2, Tit. 11, §. 442, 443; Anhang zum L.-R. §. 130.

150) Mandat vom 11. Mai 1623. Regulativ v. 15. Jan. 1808.

151) So ist nach der Verordnung vom 25. Mai 1676 die Ehe unter Geschwisterkindern in der Stadt Frankfurt a. M. verboten (Bender, Privatrecht der Stadt Frankf. a. M. §. 9).

152) Allg. Gesetzbuch Art. 65.

In allen diesen Fällen macht eheliche oder außereheliche Verwandtschaft keinen Unterschied ¹⁵³).

b) Schwägerschaft ¹⁵⁴).

Unter Schwägerschaft (*affinitas*) versteht man die Verbindung des einen Ehegatten zu den Blutsverwandten des anderen Gatten. Wirkliche Affinität (*affinitas legitima*) setzt eine Ehe voraus. Außereheliche Geschlechtsgemeinschaft erzeugt eine *affinitas illegitima*, und auf Adoption, geistliche Verwandtschaft und Verlöbniß stützt sich eine *affinitas ficta* (*quasi affinitas*) (s. unten).

Der Entwicklungsgang der aus der Schwägerschaft hervorgegangenen Eheverbote ist aber dem der Eheverbote aus der Verwandtschaft durchaus ähnlich.

Das mosaische Recht untersagt die Ehe mit der Stiefmutter, Stieftochter, Schwiegermutter, Schwiegertochter, Tochter des Stiefsohnes und der Stieftochter, des Bruders Frau, des Vaters Bruders Frau ¹⁵⁵). Die Ehe mit der Frau des verstorbenen Bruders, wenn kein Sohn nachblieb, war dagegen sogar eine Pflicht für den Bruder, und für die Wittve selbst Nothwendigkeit, wenn sie nicht geschmäht werden sollte. (*Levirathsehe*) ¹⁵⁶). Die Ehe mit der Schwester der verstorbenen Frau war nicht verboten ¹⁵⁷). Das römische Recht untersagt nur die Ehe mit der Schwieger- und Stiefmutter, so wie der Schwieger- und Stieftochter ¹⁵⁸), und später auch mit der Frau des verstorbenen Bruders, so wie der Schwester der verstorbenen Frau ¹⁵⁹).

Diese beiden letzten Fälle waren bereits Ausfluß des strengeren kirchlichen Princips, das aber anfangs dem römischen und mosaischen Rechte folgte, seit dem 5., besonders jedoch seit dem 8. Jahrhunderte in ähnlicher Weise, wie bei den Eheverböten wegen Verwandtschaft, bis zur siebenten Generation ausgedehnt wurde ¹⁶⁰). Innocenz III. traf dann im Jahre 1216 die Einschränkung bis auf die vierte Generation ¹⁶¹).

Neben der eigentlichen Schwägerschaft (*affinitas primi generis*) statuirte man auch eine solche für das Verhältniß zwischen einem Ehegatten und den Schwägern des anderen (*affinitas secundi generis*), so wie für das

153) Ueber den Fall der Dispensation des Anhanges zum preuß. E.-R. §. 62 s. unten Anm. 236.

154) E. Otto, *diss. de vetitis affinium nuptiis*; in Oelrichs, *novus thesaur. diss. Belgicar.* V. 3. P. 2. nr. 6. Gmelin, *de vero conceptu affinitatis eiusque gradibus et generibus nec non eius effectu respectu matrimonii prohibiti.* Tübing. 1801. S. auch Schlegel, *Anm.* 121 cit.

155) 3. Mos. 18, 8., 15. flg.; 20, 11. flg., 20. flg. 5. Mos. 28, 22.

156) *Viri frater, levir.* L. 4. §. 6. D. de gradibus. (38. 10.) 5. Mos. 25, 5. flg. Vgl. F. Benary, *de Hebraeorum levirata.* Berolin. 1835, 4. Redlob, *die Levirathsehe.* Leipzig 1836, 8.

157) Vgl. 3. Mos. 18, 15. (s. oben Anm. 20).

158) §. 6. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 14. §. 4. D. ritu nuptiarum. (23. 2.) C. 17. C. de nuptiis. (5. 4.)

159) C. 5. 8. 9. C. de incestuosis nuptiis. (5. 5.) Vergl. c. 2. 4. C. Th. eod. (3. 12.)

160) S. die Anm. 185 flg. cit. Stellen.

161) C. 8. X. de consanguinit. (4. 14.)

Verhältniß des einen Ehegatten zu den Schwägern des zweiten Grades des anderen (*affinitas tertii generis*)¹⁶²), und begründete hier ebenfalls Ehehindernisse¹⁶³), welche aber Innocenz III. aufhob¹⁶⁴). Die Bestimmungen des canonischen Rechtes sind wohl nur aus einer Ausdehnung des römischen Rechtes hervorgegangen, welches in einem einzelnen Falle, welcher der *affinitas secundi generis* subsumirt werden kann, die Ehe des Stiefvaters mit der Frau des Stieffohnes und der Stiefmutter mit dem Manne der Stieftochter verbietet¹⁶⁵). Ob dieser Fall durch Innocenz III. zugleich aufgehoben worden sei, ist bestritten. Es dürfte aber wohl in Beziehung auf das canonische Recht dieß bejaht und die fortbauende Geltung dieses Falles von der besonderen Reception abhängig gemacht werden können¹⁶⁶).

Die illegitime Schwägerschaft, hervorgehend aus der Geschlechtsgemeinschaft mit einer Blutsverwandten der Braut, hinderte früher überhaupt¹⁶⁷), später bis zum zweiten Grade den Abschluß der Ehe¹⁶⁸). Ist es aber eine *affinitas illegitima superveniens*, die also durch einen Ehebruch mit einer Verwandten des anderen Gatten erzeugt wird, so wurde nach älterem Rechte die Ehe nichtig, und der unschuldige Theil konnte eine andere Ehe schließen¹⁶⁹). Später hörte dieß trennende Impediment zwar auf, einen solchen Effect zu erzeugen, dem Unschuldigen ward aber frei gegeben, die eheliche Pflicht zu versagen (*matrimonium claudicans*, unvollkommene Ehe)¹⁷⁰).

Wegen des Verlöbnißes entstand nach römischem Rechte ein *impedimentum publicae honestatis* zwischen der Braut mit dem Vater des Bräutigams und dem Sohne mit der Braut des Vaters¹⁷¹). Das canonische Recht dehnte dieses Verbot als *quasi affinitas* auch auf die Seitenlinie weiter aus¹⁷²), doch beschränkte es das Concil von Trident auf den ersten Grad¹⁷³).

162) Gratian, post. c. 21. C. XXXV. qu. II. et III.

163) C. 12. 22. C. XXXV. qu. II. et III.

164) C. 8. X. cit. (4. 14.)

165) L. 15. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.)

166) Vgl. Weisler, juristische Abhandlungen und Untersuchungen. Halle 1783, 4. Sammlung II, Nr. 4. S. auch J. H. Böhm, ius eccl. Prot., lib. IV. tit. XIV. §. 33.

167) C. 5. 6. 10. C. XXXV. qu. II. et III. C. 2. 5. 7—9. X. de eo qui cognovit consang. uxoris. (4. 13.)

168) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 4 de ref. matr. Vgl. noch Weisler, Anm. 166 cit. Sammlung I, Nr. 4.

169) C. 19. 20. 21. 24. C. XXXII. qu. VII.

170) C. 6. 9. 10. 11. X. de eo qui cognovit consang. uxoris. (4. 13.)

Darüber, ob derselbe Erfolg eintrete, wenn der ehebrecherische Theil mit eigenen Verwandten zu thun habe, sind abweichende Meinungen aufgestellt (s. Weisler, Archiv des Kirchenrechtes, Bb. 5, S. 2, Nr. 11). Dadurch, daß mit dem Ehebruche auch Incest concurrirt, dürfte wohl im Resultate keine Aenderung eintreten, wenn gleich eine *affinitas illegitima* nicht entsteht.

171) §. 9. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 12. §. 1. 2. L. 14. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.)

172) C. 11. 12. 14. 15. 31. 32. C. XXVII. qu. II. C. 3. 4. 8. X. de sponsalibus. (4. 1.) C. un. de sponsalibus in VI. (4. 1.)

173) Sess. XXIV. cap. 3 de ref. matr.

Die Evangelischen¹⁷⁴⁾ erkannten im Allgemeinen das Princip der Eheberbote wegen Schwägerschaft analog den Impedimenten wegen der Verwandtschaft an. Man schloß sich auch hier vielfach dem römischen Rechte an, insbesondere auch hinsichtlich der Quasifinität¹⁷⁵⁾. Die neueren Gesetzgebungen sind meistens milder und lassen die Quasifinität unbeachtet. Das preussische Recht verbietet nur die Ehe wegen Schwägerschaft, sowohl der legitimen, als illegitimen, in der geraden Linie¹⁷⁶⁾, während das französische noch den ersten Grad der Seitenlinie ausschließt¹⁷⁷⁾, das österreichische Gesetzbuch aber ganz der Analogie der Blutsverwandtschaft folgt¹⁷⁸⁾.

c) Bürgerliche Verwandtschaft und Schwägerschaft¹⁷⁹⁾.

Durch Arrogation und Adoption entsteht nach römischem Rechte ein verwandtschaftlicher Nexus (*adoptio imitatur naturam*) zwischen dem Adoptivkinde und dem Adoptivvater und den Agnaten desselben, dessen Wirkung sich auch auf das eheliche Verhältniß bezieht und analog der Blutsverwandtschaft und Schwägerschaft beurtheilt wird¹⁸⁰⁾. Als ein gesetzlich begründetes Verhältniß kann dasselbe eigentlich nur so lange von Bedeutung sein, als das Factum der Verwandtschaft besteht¹⁸¹⁾. Mit dem Aufhören desselben hört daher auch das Impediment selbst auf. Das römische Recht hat diesen Grundsatz aber nur in der Seitenlinie durchgeführt, so daß Adoptivgeschwister nach der Emancipation einander heirathen können¹⁸²⁾. In der geraden Linie geht dagegen das Verbot der Ehe unter den Adoptivverwandten wegen des Anstandes über die Grenzen der juristischen Verwandtschaft hinaus und es wirkt dasselbe nicht bloß nach der Auflösung des Nexus, sondern selbst da, wo die Adoption gar keine Verwandtschaft begründet, nämlich im Verhältnisse zu den Cognaten. Die Ehe bleibt daher untersagt zwischen dem Adoptivkinde mit den Adoptiveltern, nämlich dem Vater mit der Adoptiv-Tochter und -Enkelin¹⁸³⁾, und nach der Analogie der Schwägerschaft dem Adoptivsohne mit der Frau des Adoptivvaters und dem Adoptivvater mit der Frau des Adoptivsohnes¹⁸⁴⁾.

Das canonische Recht folgt lediglich dem römischen¹⁸⁵⁾, welchem

174) Eichhorn, Bb. 2, S. 415 ff.

175) J. H. Bömer, ius eccl. Prot., lib. IV. tit. XIV. §. 33.

176) Aug. E.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 5, 6.

177) Code civil. art. 161, 162.

178) Aug. Gesetzbuch Art. 66.

179) S. Cuiacii, observationes, lib. XXIII. cap. 36. Contius, in den lectiones subsecivae lib. I. cap. 5 (opera p. 18 sq.). J. J. Lang, über das Ehehinderniß der sogen. bürgerlichen oder gesetzlichen Verwandtschaft, im Archiv für civilistische Praxis, Bb. 21, Heft 2, Nr. 12; S. 3, Nr. 17.

180) §. 4. J. de adoption. (1. 11.)

181) §. 7. J. cit. L. 6. 7. 23. D. de adoption. (1. 7.)

182) L. 17. pr. D. cit.

183) §. 1. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 55. pr. D. de ritu nuptiarum.

(23. 2.)

184) L. 14. pr. §. 1. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.)

185) C. 1. 5. C. XXX. qu. III. C. 6. eod. (= L. 17. D. de ritu nuptiarum). C. un. X. de cognatione legali. (4. 12.)

sich auch die Evangelischen anschließen¹⁸⁶⁾ und zum Theil die neueren Gesetzgebungen. So das preussische Recht¹⁸⁷⁾, welches nur die Ehe zwischen Personen, deren eine die andere an Kindesstatt angenommen hat, während des Bestehens der Adoption verbietet.

d) Geistliche Verwandtschaft.

Eine geistliche oder vielmehr geistige Verwandtschaft (*cognatio spiritualis*) d. h. eine durch Gott vermittelte Seelenverbindung (*nexus, per quem deo mediante animae copulatae sunt*) entsteht nach Ansicht der katholischen Kirche durch die Vollziehung und resp. den Empfang der Taufe und Firmung¹⁸⁸⁾.

Nach älterem Rechte entsprang aus der Taufe eine *filialis spiritualis* zwischen dem Taufklinge mit dem taufenden Geistlichen und den das Kind aus der Taufe hebenden Vätern¹⁸⁹⁾, eine *compaternitas* zwischen den Eltern mit dem Taufenden, den Vätern und den Vätern unter sich¹⁹⁰⁾, so wie indirect zwischen den Vätern und deren Ehegatten¹⁹¹⁾, dann auch eine *confraternitas* zwischen dem Taufklinge mit den Kindern des Taufenden und den Vätern¹⁹²⁾.

Die Wirkung war zum Theil ein trennendes, zum Theil ein aufschiebendes Hinderniß. Die Grundsätze hierüber wendete man auch auf das Verhältniß des Firmlings, des Firmenden, der Eltern und der Firmvätern an¹⁹³⁾, so wie bei Katechumenen (*impedimentum ex catechismo*), im letzten Falle jedoch nur als aufschiebendes Hinderniß¹⁹⁴⁾.

Das Concil von Trident schränkte die Wirkung der geistlichen Verwandtschaft ein, indem es nur zwischen dem Taufenden und den Vätern mit dem Taufklinge und dessen Eltern, und ähnlich auch bei der Firmung, ein Ehehinderniß statuirte¹⁹⁵⁾.

Die Evangelischen verwarfen den ganzen Begriff¹⁹⁶⁾, weshalb ein eigenes Impediment daraus auch nicht entstehen konnte.

Andere relative Ehehindernisse sind die wegen des Ehebruches Verbrechens und der Entführung. Der mit einer Person begangene Ehe-

186) S. J. H. Böhm, *ius eccl. Prot.*, lib. IV. tit. XII. §. 4.

187) Allg. L.-X. Th. 2, Tit. 1, §. 13, 997 flg. — Die meisten Gesetze schweigen ganz hierüber.

188) C. 26. C. de nuptiis. (5. 4.) Can. XXX. qu. I. III. Tit. X. in VI. de cognatione spirituali. (4. 11. u. 4. 13.)

189) C. 5. 9. C. XXX. qu. I. C. 1. §. 1. C. XXX. qu. III.

190) C. 1. 2. 5. 7. C. XXX. qu. I. C. 6. X. h. t. C. 3. eod. in VI.

191) C. 5. C. XXX. qu. I. C. 1. 3. 6. C. XXX. qu. IV. C. 4. X. h. t.

192) C. 1. 2. 3. 5. C. XXX. qu. III. C. 1. 3. 7. 8. X. h. t.

193) C. 2. C. XXX. qu. I. C. 1. §. 1. h. t. in VI.

194) C. 5. X. C. 2. in VI. h. t. — Aus Mißverstand ist bisweilen dieser Nexus auf das Verhältniß der Beichte ausgedehnt worden (s. c. 8. 10. C. XXX. qu. I).

195) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 2 de *ref. matrim.*

196) Schmalkalb. Artikel: von der Bischöfe Gewalt und Jurisdiction.

bruch¹⁹⁷⁾ hindert nach römischem Rechte die Ehe mit derselben¹⁹⁸⁾. Das canonische Recht bestätigte dies, ließ aber die einmal geschlossene Ehe unter Umständen zur Vermeidung größeren Uergenisses bestehen¹⁹⁹⁾, und sah nur dann den Ehebruch als trennendes Hinderniß an, wenn noch ein zweites Impediment hinzutrat, wie gemeinsame Lebensnachstellung oder Eheveredung bei Lebzeiten des andern Theils²⁰⁰⁾. Gratian deutete dies so, daß überhaupt der Ehebruch in der Regel nicht Ehehinderniß sei, aber durch die angedeuteten Fälle dazu werde²⁰¹⁾. Das spätere canonische Recht hat dies auch anerkannt²⁰²⁾. Der früher mit dem Ehebruche verbundene Fall der gemeinschaftlichen Ermordung des eiden Ehegatten²⁰³⁾ ward später als ein selbstständiges Ehehinderniß anerkannt²⁰⁴⁾. Neuere Gesetzgebungen haben diese Bestimmungen meistens mit besondern Verschärfungen beibehalten²⁰⁵⁾.

Das römische Recht verbot auch die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten, selbst beim Consense der Eltern²⁰⁶⁾. Das canonische Recht ging anfangs von gleichem Grundsatz aus²⁰⁷⁾, änderte aber später seine Ansicht, indem es nur den freien Consens der Entführten forderte und dann die Ehe zu Recht bestehen ließ²⁰⁸⁾. Das Impediment ist jetzt nach dem Hindernisse des Zwanges zu beurtheilen²⁰⁹⁾. So betrachten auch die neueren Particularrechte die Entführung²¹⁰⁾.

Besondere Hindernisse entstehen auch aus Amtes- und Standesverhältnissen. Hierher gehört das Verbot der Ehe eines Provinzialbeamten mit einer Provinzialin²¹¹⁾, das jedoch mit der römischen Staatsverfassung zusammenhängt und nach deren Auflösung seine Bedeutung verloren hat. Anders verhält es sich aber mit dem Amte des

197) Uchlein, über das Verbrechen des Ehebruchs, in Beziehung auf die Eingehung einer Ehe, in Weiß, Archiv des Kirchenrechtes, Bd. 5, S. 3 u. 4, Nr. 14.

198) L. 13. D. de his quae ut indignis. (84. 9.) L. 11. §. 11. L. 40. D. ad l. Iuliam de adulteriis. (48. 5.) Nov. 134. cap. 12.

199) C. 2. 5. C. XXXI. qu. I.

200) S. c. 4. 5. C. XXXI. qu. I.

201) Ad c. 3. C. XXXI. qu. I.

202) C. 1. 3. 5. 6. 7. X. de eo qui duat. in matrimonium, quam poluit per adulterium. (4. 7.)

203) C. 5. C. XXX. qu. I. C. 8. C. XXXIII. qu. H.

204) C. 1. X. de conversione infidelium. (3. 33.)

205) S. österrich. Gesetzbuch Art. 67, 68. Preuß. allg. S.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 25—29. Babilische Verordnung vom 23. Nov. 1811 (Reg.-Blatt dess. S. Nr. 24, 25) u. a. m.

206) L. 5. §. 2. D. ad l. Iuliam de vi publ. (48. 6.) C. nn. §. 1. C. de raptu virginum. (9. 18.) Nov. 148. 150.

207) S. bef. C. XXXVI. qu. II.

208) Gratian, ad c. 7. 11. C. XXXVI. qu. II. C. 7. X. de raptoribus. (5. 17.)

209) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 6 de ref. matr.

210) S. vergl. §. 3. B. österrich. Gesetzbuch Art. 56; preuß. S.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 41; Th. 2, Tit. 20, §. 1095 ff.

211) L. 38. 57. pr. 63. 65. de ritu nuptiar. (23. 2.) C. 6. C. de nuptiis. (5. 4.)

Vormundes; denn wenn dagegen behauptet wird, das Verbot des römischen Rechtes für den Vormund und dessen Sohn, die Mündel zu heirathen²¹², sei nicht mehr anwendbar²¹³, weil die obervormundschaftliche Behörde die aus solcher Ehe für die Mündel entstehende Gefahr beiseitige, so ist dagegen zu erinnern, daß auch die Römer bereits eine, freilich nicht so umfassende, Obervormundschaft, als es jetzt der Fall ist, kannten, und überhaupt der Grundsatz: *cessante ratione legis cessat lex ipsa*, nicht annehmbar ist. Die Praxis und darnach neuere Gesetze, wie das preussische²¹⁴, haben daher dieß Impediment als ein ausschließendes beibehalten, indem eine solche Ehe nicht zulässig ist, bis der Vormund Rechnung abgelegt hat. Uebrigens fällt das Hinderniß weg, wenn der Vater der Mündel testamentarisch eine solche Ehe gebilligt hat, und gilt auch nicht im Verhältniß der Tochter des Vormundes zum männlichen Pupillen, da bei letzterem überhaupt größere Selbstständigkeit vorausgesetzt werden darf. Das canonische Recht kennt dieses Impediment nicht. Eben so wenig billigt dasselbe das Hinderniß wegen Standesungleichheit. Schon das spätere römische Recht hat derartige ältere Beschränkungen aufgehoben²¹⁵. Im teutschen Rechte giebt es aber mehrfache Bestimmungen über eine durch Standesverschiedenheit veranlaßte Mißheurath²¹⁶.

Von hoher Wichtigkeit ist endlich das Ehehinderniß wegen der Religionsverschiedenheit der Contrahenten²¹⁷. Da die Ehe eine vollständige leiblich-geistige Einheit bewirken soll, so scheint die Forderung eines gleichen Religionsbekenntnisses für die Gatten wohl durchaus gerechtfertigt, und wenn die Verhältnisse des Lebens dieß ganz zu erreichen nicht erlauben, so sind wenigstens von Seiten des Staats und der Kirche gewisse Grenzen zu ziehen.

212) L. 15. D. de sponsalibus. (23. 1.) L. 59. 60. 64. sq. D. de ritu nupt. (23. 2.) Tit. Cod. de interdicto matrimonio inter pupillam et tutorem seu curatorem filiosque eorum. (5. 6.) Püttmann, progr. ad orat. D. Marci de pupilla a tutore eiusve filio haud ducenda. Lipsiae 1783.

213) Pufendorf, observat. T. II. obs. 94.

214) Allg. P.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 14.

215) L. 43. 44. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) — C. 23. 29. C. de nuptiis. (5. 4.) Nov. 89. cap. 15. Nov. 117. cap. 6.

216) V. s. deshalb Kohler, Handbuch des teutschen Privatrechts (Eulzbach 1832, 8.), §. 37—57; Rittermaier, teutsches Privatrecht, §. 378, 379, und vergl. den Art. Mißheurath.

217) Aus der zahlreichen Literatur, welche sich zum Theil in der Uebersicht der Literatur des Kirchenrechtes aus den Jahren 1838 und 1839 in der allgem. Lit.-Zeitung 1840, October, nachgewiesen findet, mögen hier erwähnt werden: (Muller) Rechtfertigung der gemischten Ehen zwischen Katholiken und Protestanten... mit einer Vorrede von Seander van Esp. Edln 1821, 8. Ueber die gemischten Ehen. Stuttgart 1827, 8. Winterim, Denkwürdigkeiten der christl. Kirche, Bd. 7, Th. 2. Mainz 1833, 8. Kutschker, die gemischten Ehen von dem katholisch-kirchlichen Standpunkte aus betrachtet. Wien 1838, 8. Nationaler und historischer Standpunkt zur Beurtheilung des Verhältnisses zwischen Staatsregierungen und dem römischen Stuhle, in Beziehung auf gemischte Ehen... Von einem Katholiken. Edln a. R. 1838, 8. v. Ammon, die gemischten Ehen, namentlich der Katholiken und Protestanten... Dresden und Leipzig 1839, 8. u. a. m.

Das mosaische Recht verbietet die Ehe zwischen Israeliten mit den Kanaanitern und Sklavendienern ²¹⁸), das Christenthum aber ist der Einge-
 hung der Ehen zwischen seinen Bekennern und den Heiden nicht ge-
 neigt ²¹⁹), und frühzeitig untersagte der christlich gewordene Staat die Ehe
 der Christen mit Juden und Heiden ²²⁰). Die Kirche ging von demsel-
 ben Grundsatz aus und hat ihn stets behauptet ²²¹). Ihm sind auch
 die späteren Territorialrechte meistens gefolgt, so daß zwischen Christen
 und Nichtchristen ein trennendes Ehehinderniß obwaltet. Ausdrücklich
 sprechen dieß aus der Codex Maximil. Bavar. T. I. cap. VI. §. 7.
 nr. 7., das österr. allg. Gesetzbuch Art. 64 u. a. Das preuß. allg.
 Landrecht Th. 2, Tit. 1, §. 36 verordnet: „Ein Christ kann mit solchen
 Personen keine Heurath schließen, welche nach den Grundsätzen ihrer Re-
 ligion sich den christlichen Ehegesetzen zu unterwerfen geindert werden.“ Da
 hiermit eigentlich nichts weiter bestimmt werden sollte, als daß auch zu
 solchen Ehen, bei denen nur ein Theil dem christlichen Bekenntnisse an-
 gehörte, die priesterliche Trauung erforderlich sei, und die Intention des
 preuß. Landrechtes die Ehe der Juden der der Christen gleichsetzt, so ist
 dadurch eine gemischte Ehe der Art eigentlich nicht verboten. Eine entschiedene
 Praxis hat aber die cit. Paragraphen des Landrechtes von jeher anders
 gedeutet und im neuen Gesetzentwurfe von 1830 ist auch das Ver-
 bot ausgesprochen ²²²). Wirklich gestattet ist diese Art von Ehen im
 Großherzogthum Sachsen = Weimar durch Gesetze vom 15. Juni 1823,
 §. 15, während ein Edict gleichen Inhaltes für Mecklenburg vom 22.
 Februar 1812, §. 12, später aufgehoben worden ist.

Die Kirche verbietet aber auch die Ehen rechtgläubiger Christen mit
 Häretikern, Schismatikern, Excommunicirten ²²³). Während die griechi-
 sche Kirche dieses Hinderniß als ein trennendes ansieht ²²⁴), hat indessen
 die lateinische die zwischen solchen eingegangene Ehe stets aufrecht erhal-

218) 1. Mosis 28, 1. u. 2.; 2. Mosis 34, 14—16. u. a.

219) 1. Corinth 7, 12—17. 39.; 2. Corinth 6, 14.

220) Tit. C. Th. de Iudaeis. (16. 8.) C. 6. C. I. eod. (1. 9.) (Va-
 lentin., Theodos. et Arcadius a. 388). — C. 1. C. Th. de nuptiis gentiliam
 (8. 14.) (Valentinian. et Valens a. 370).

221) C. 16. Conc. Elliberitan. a. 305. C. 67. Agathens. a. 306 (c. 16.
 C. XXVIII. qu. I.). C. 14. Conc. Chalced. a. 451. Sgl. Can. XXVIII.
 2^o I.

222) S. Jacobson, über die gemischten Ehen in Deutschland und ins-
 besondere in Preußen (Leipzig 1838, 8.), S. 7, 8. W. vergl. auch Kober,
 die Ehe zwischen Juden und Christen ist nach dem preuß. L.-R. erlaubt (im
 Centralblatt für preuß. Juristen. Berlin 1839, Nr. 49, S. 1162—1171), und
 dagegen Hälischer, inwiefern ist die Ehe zwischen einer Person christlichen
 und einer andern jüdischen Religionsbekenntnisses nach dem allg. L.-R. zulässig
 (a. a. D. 1840, Nr. 11, S. 249—259).

223) Geschichte und Quellen s. m. in den Anm. 217 cit. Schriften.

224) S. Concil. Constantinop. (Trullanum) a. 692, can. 72, anerkannt
 bei Photius im Nomocanon tit. XII. cap. 13 (Voelli et Iustelli biblioth.
 iuris can. T. II. p. 1070, 1071). Gesetzbuch für die Moldau von 1816, §.
 91, für die Walachei von 1817, Th. 3, Cap. 14, §. 2.

ten. Der Staat stimmte mit der herrschenden Kirche hierin überein und unterstützte deren Satzungen mit dem weltlichen Arme.

Eine *cultus disparitas* als *impedimentum impediens* existirte also wirklich zwischen Katholiken und nicht-orthodoxen Christen.

Durch die Reformation des 16. Jahrhunderts erfolgte eine Veränderung der bisherigen kirchlichen und staatlichen Verhältnisse. Statt Einer herrschenden Kirche wurden deren zwei oder drei, und in Deutschland insbesondere durch eigene Reccessse und Friedensschlüsse reichsgesetzlich anerkannt. Damit mußte von selbst die Anwendbarkeit der älteren Gesetze über die Häretiker auf die Evangelischen als unzulässig erscheinen, und wenn die katholische Kirche dennoch davon nicht ablassen wollte, dieß Verfahren als ein rechtswidriges gerügt und jede den Evangelischen nachtheilige Wirkung zurückgewiesen werden. Rechtlich besteht zwischen den zwei oder drei paritätischen Confessionen in Deutschland keine *cultus disparitas* in dem Sinne, daß daraus ein Impediment gegen die Ehe der Glieder dieser Confessionen unter einander abgeleitet werden kann²²⁵). Hierauf gestützt und um die Freiheit seiner Unterthanen in Verhältnissen des religiösen und bürgerlichen Lebens rechtlich unverkürzt zu erhalten, kann der Staat nicht zulassen, daß die Eingehung einer gemischten Ehe an Bedingungen geknüpft werde, welche eine Bezelegung für einen Theil enthalten würden, sei es die dem katholischen Gatten auferlegte Pflicht, den Evangelischen zu seinem Glauben zu bekehren oder sämmtliche Kinder in seiner Confession erziehen zu lassen. In den einzelnen Diöcesen Deutschlands war demgemäß nach und nach eine dem Verbüchnisse entsprechende Praxis festgestellt worden, welche jedoch in Folge der neueren Conflictte zum Theil schwankend geworden, zum Theil aufgehoben ist²²⁶).

Dispensation von Ehehindernissen.

Um die nachtheiligen Folgen zu vermeiden, welche eintreten müssen, wenn eine Ehe gegen die bisher betrachteten Impedimente geschlossen wird, sind die Contrahirenden gehalten, sich die Befreiung davon zu erwirken, d. h. sich dispensiren zu lassen. Die Grundsätze, welche hier zur Anwendung kommen, sind die allgemeinen²²⁷), nur durch die Specialität des Objectes näher bestimmten.

Zunächst kommt es beim Nachsuchen einer Dispensation, wie überall, auch hier auf eine *iusta causa* an. Bei der römischen Curie wird besonderes Gewicht gelegt a) auf *angustia loci*, d. h. wenn ein Mädchen an dem Orte außer einem Anverwandten keinen Mann von entsprechender

225) Eine weitere Ausführung dieser Sätze s. m. in meiner Anm. 222 cit. Schrift. Ueber die rechtlichen Grundsätze bei den gemischten Ehen selbst s. m. unten bei den einzelnen Lehren.

226) Die Documente über diese Thatsachen finden sich in den besondern Schriften des röm. Hofes und der preuß. Regierung, wie in Andr. Müller, *Lexikon des Kirchenrechtes*, Bd. 2, S. 536 flg.; Bd. 5, S. 766 flg. (2. Ausgabe). Das Rundschreiben des Erzbischofs von Posen und Gnesen von Dunin, vom 27. August 1840, ist in der allg. Kirchenzeitung 1840, Nr. 152, Sp. 1238—1240, mitgetheilt.

227) V. vergl. deßhalb den Art. Dispensation.

den Verhältnissen (*virum parvis conditionis*) finden kann. *Locus angustus* heißt technisch der Ort, welcher nicht über 300 Feuerstellen enthält. *b)* Mangel an genügender Ausstattung (*incompetentia dotis*), ebenfalls für das weibliche Geschlecht. *c)* Ueberrissiges Alter der Braut (*aetas superadulta*), d. h. wenn ein Mädchen über 24 Jahre alt ist. *d)* Aufhebung besonderer Uneinigkeit (*sedandae inimicitiae*), da überhaupt die Kirche *pro pace* von der Strenge des Gesetzes abläßt. *e)* Gefahr des Abfalles vom Glauben (*periculum haeresis*). *f)* Erhaltung der Güter in bedeutender Familie (*conservatio honorum sive divitiarum in eadem familia*). *g)* Große Verdienste einer Familie um die Kirche (*excellencia meritorum*). *h)* Möglichkeit für eine Wittve, ihren Kindern Unterhalt und Erziehung zu gewähren (*vidua filiiis gravata*). Dazu kommen noch als unehrbare Gründe: *i)* Böser Ruf der Braut wegen näheren Umganges mit dem Bräutigam, jedoch ohne Geschlechtsgemeinschaft (*infamia sive diffamatio mulieris, secluso tamen concubitu*). *k)* Schwangerschaft der Braut (*impraegnatio oratificis*)²²⁸⁾.

Die Ertheilung der Dispense erfolgt von der competenten Behörde, also resp. von der kirchlichen und bürgerlichen, bezüglich der von der Kirche und dem Staate festgesetzten Hindernisse. Durch die Praxis ist die curialistische Ansicht bestätigt, daß in der Hauptsache der Pabst dispensirt und die Bischöfe nur als Delegaten desselben handeln. Bei aufschiebenden Hindernissen dispensirt der Bischof²²⁹⁾, ausgenommen beim *votum perfectum castitatis perfectae*, beim *votum ingrediendi religionem* und beim Verlöbniß (*sponsalia iurata et simplicia*). Bei trennenden Hindernissen steht das Recht dem Pabste zu, der aber zum Theil durch die *Quinquennialfacultäten* den Bischöfen die Befugniß überlassen hat. Nach der Praxis dispensiren auch die Bischöfe *per accidens*, wenn die Ehe bereits geschlossen ist, dann, wenn ohne große Inconvenienzen die Ehe nicht mehr getrennt werden kann, wenn der Pabst nicht zugänglich ist, wenn das Hinderniß ein geheimes ist. Ueberhaupt wird der Unterschied der öffentlich bekannten und geheimen *Impedimente* für die ganze Behandlung der Angelegenheit vor. Bedeutung. Ist nämlich das Hinderniß bekannt oder von der Art, daß es nicht verschwiegen werden darf, so wird eine Dispensation *pro foro externo*, im entgegenge-setzten Falle aber *pro foro interno* (für das Gewissen) nothwendig. Bei jenem wird in den päpstlichen Dispensen an die römische *Datarie* berichtet, welche dann dem Bischofe die Entscheidung zur Mittheilung an die Bittsteller zugehen läßt. Für die Dispensation werden nun nach bestimmter Taxe Gebühren entrichtet, welche mit Rücksicht auf die Umstände in vier Classen berechnet werden, nämlich: *a)* *ex nobilibus*, von denen die seltenere *ex illustribus* eine Unterabtheilung bildet; *b)* *ex ho-*

228) Andr. Müller, *Verikon des Kirchenrechtes*, Bd. 2, S. 376 fig. Stapf, *Pastoralunterricht*, S. 376 fig., wo zugleich Formulare mitgetheilt sind.

229) Und zwar *iure ordinario*, quia hoc tribuit ipsi consuetudo iam recepta, wie die münsterische Agende von 1712, S. 184 erinnert.

nestis personis sine infamia; c) ex pauperibus et miserabilibus, wozu die honestae personae kommen können, wenn causa stupri vorhanden ist; dieses ist die forma pauperum, für welche der niedrigste Gebührensatz bezahlt wird; d) gratis ex officio, wobei keine Gebühren entrichtet werden. In geheimen Fällen geht das Petitum durch den Reichsvater mit Verschweigung der Namen an den Bischof, und von diesem an die römische Pönitentiaria, welche dann den Umständen nach unentgeltlich dispensirt.

Handelt es sich um Dispensation bei einer schon bestehenden Ehe, so ist es von Bedeutung, ob dieselbe bona oder mala fide eingegangen war. In jenem Falle wird die Sache stets milder beurtheilt, in diesem aber soll eigentlich gar nicht dispensirt werden²³⁰⁾, doch wird bei der Dringlichkeit der Umstände der Bitte nachgegeben. Da eigentlich unter den bestimmten Hindernissen die Ehe gar nicht möglich war, so wird eine Revalidation derselben durch nochmalige Erklärung des Consensus der Betheiligten notwendig.

Was den Umfang der Dispensationen betrifft, so erscheinen als unzulässig die Befreiung von impedimentum ligaminis²³¹⁾, der Verwandtschaft in gerader Linie, in der Seitenlinie im ersten Grade, der Schwägerschaft im ersten Grade absteigender Linie, der disparitas cultus zwischen Christen und Nichtchristen. Im zweiten Grade der Verwandtschaft canonischer Computation soll eigentlich nur bei hohen fürstlichen Personen und wegen öffentlicher Ursachen dispensirt werden²³²⁾.

In der evangelischen Kirche haben die Landesherren sich meistens einzelne Fälle reservirt, die übrigen aber den Consistorien überlassen. Als Norm ist dabei früher häufig das mosaische Recht zu Grunde gelegt worden, wovon aber später die Kirchenordnungen und Territorialgerichte mannigfach abgewichen sind. Mit Recht hat man aber überhaupt die Dispensationen mehr beschränkt und in den häufig vorkommenden Fällen deren Nothwendigkeit ganz aufgehoben. In Preußen verordnete Friedrich II. durch das Edict vom 3. Juni 1740, daß nicht ferner für Geld in Ehesachen dispensirt, sondern in den Fällen, wo die Ehe nicht klar in Gottes Wort verboten sei, dieselbe gestattet werden solle²³³⁾. Der Grundsatz wurde aber nicht streng befolgt²³⁴⁾, und es hat daher die spätere

230) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 5 de ref. matrim.

231) Ueber eine angebliche Dispensation zur Bigamie s. m. die Zeitschrift Minerva, 1804, Th. 4, S. 411 flg.; 1805, Th. 1, S. 353 flg. Chr. Ern. Weissii opuscula academica (Lipsiae 1829, 8.), T. I. nr. VII., und verbinde damit die allg. Lit.-Zeit. 1831, Ergänzungsblätter Nr. 83, S. 660 flg. Kbhv, Kritische Predigerbibliothek, 1836, Bb. 17, S. 3 u. 5.

232) Conc. Trid. sess. XXIV. can. 3 de sacram. matr. Cap. 5 de reform. matrim.

233) Mylius, Corp. Const. Marchicar. Contin. I. nr. 21, p. 342. Vgl. Georg. Henr. Ayrer, comm. iuris ecl. de iure dispensandi circa connubia iure divino non diserte prohibita ad Edictam Regium Pruten. Götting. 1742, 4.

234) S. Jacobson, Geschichte der Quellen des evang. Kirchenrechts von Preußen und Posen, S. 108, Anm. 4.

preuß. Gesetzgebung die Freiheit der Ehen noch mehr erweitert. Dispensationen kommen nur vor bei der Ehe eines Neffen mit seiner älteren Tante²³⁵), wogegen die bisher dispensable Ehe zwischen einem Ehegatten mit dem unehelichen Kindern des anderen nicht mehr statthaft ist²³⁶). Dispensation ist auch zulässig bei dem Verbote wegen Adoption²³⁷), wegen der Vormundschaft²³⁸), wegen des Ehebruches²³⁹), der Standesungleichheit²⁴⁰). Ähnlich sind auch die Vorschriften anderer Particularrechte²⁴¹).

Die vom Staate und der Kirche erteilten Dispensationen können zunächst immer nur von den Nachtheilen befreien, die ihre eigene Gesetzgebung an die Uebertretung gewisser Voraussetzungen für die Ehe geknüpft hat. Ist Einheit der Gesetzgebung vorhanden, wie in der evangelischen Kirche, so ist alle Schwierigkeit beseitigt, und die Dispensation erfolgt von den dazu autorisirten Behörden, resp. kirchlicher oder bürgerlicher Art. In dem Verhältnisse des Staates zur katholischen Kirche können hier aber Differenzen eintreten und eine Ehe legitimum nec ratum oder umgekehrt werden (s. oben Anm. 45, 46). In solchen Fällen kann die Kirche sich darüber nicht beschweren, daß der Staat eine seinen Verordnungen entsprechende, mit der Kirche im Widerspruch stehende Ehe bürgerlich schützt, wogegen aber der Staat auch dagegen nichts zu erinnern hat, wenn die Kirche die ihrem Gesetze nicht Gehorchenden mit kirchlichen Strafen in den gesetzlichen Grenzen belegt. Dieß ist nun eben so wohl bei den bloß unter Katholiken, als bei den unter solchen mit Evangelischen geschlossenen Ehen möglich.

4) Abschließung der Ehe selbst.

Der Abschluß der Ehe selbst erfolgt durch die einstimmige Erklärung der Brautleute in bestimmter Form. Bei allen Völkern finden wir gewisse Solennitäten, der jedesmaligen Auffassung der Ehe entsprechend, und zugleich bestimmte Wirkungen erzeugend. Die Römer²⁴²) kannten zur Begründung der eonventio in manum eine dreifache Form, coemptio, confarreatio und usus. Die erste bestand in einer Mancipation unter Zuziehung von Zeugen und dem Aussprechen von verba solennia, während bei der confarreatio die Anwendung eines Opfers mit einem panis farreus das Wesentliche bildete. Auch durch usus wurde die manus, eine strenge Ehe, bewirkt, wenn nicht die Frau sich jährlich auf drei Tage

235) S. allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 8, 9.

236) Cabinetsordre vom 17. Jan. 1803, übergegangen in den Anhang zum allg. L.-R. §. 62, und aufgehoben durch die Cab.-Ordn. vom 17. Januar 1838 (v. Kamp, Jahrbücher der preuß. Gesetzgebung, Heft 101, S. 140, 141).

237) Rescr. vom 27. Januar 1796 (Mathis, jurist. Monatschrift, Bd. 2, S. 1).

238) Allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 14.

239) Cab.-Ordn. vom 15. März 1803 (neues Archiv von Amelang, Bd. 3 S. 24).

240) Allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 32, 33, 940 flg.

241) M. f. g. B. bayerisches Gesetz v. 31. Dec. 1810 für die Evangelischen, und bei Andr. Müller, a. a. D. S. 398 flg., mitgetheilten Verordnungen.

242) S. Barnab. Brissonii de ritu nuptiarum liber singularis (in den Opera minora p. 287 sq.).

(trinoctium) aus dem Hause des Mannes entfernte. Mit der Zeit gingen diese Formen unter. Seit der Regierung Hadrian's finden sich nur noch selten consacrirte Ehen, namentlich die der höheren Priester und insbesondere des flamen dialis. Die Ehe per coemptionem fand sich zuletzt nur bei den höheren Ständen, gleichfalls selten und die per usum war bereits im ersten Jahrhunderte außer Gebrauch. Seit dem zweiten Jahrhunderte ward die Ehe meistens als ein matrimonium iuris gentium durch bloßen Consens geschlossen, mit tabulis nuptialibus, einem Ehevertrage, bei den höheren Ständen. Eine besondere religiöse Form fehlte. In Deutschland²⁴³⁾ finden sich von jeher mannigfache Formen, theils mit Beziehung auf die Schutzbedürftigkeit, theils auf die Geschlechtsverhältnisse, theils religiöser Art. Eine allgemeine und übereinstimmende gesetzliche Eingehungsweise bestand indessen nicht.

In der Kirche bediente man sich anfangs ohne Zweifel der jüdischen Formen²⁴⁴⁾ und verband damit auch heidnische Gebräuche, welche theilweise mit jenen übereinstimmten, wie Anwendung der Verhüllung (nubere, velare), der Trauringe, Kränze u. s. w.²⁴⁵⁾. Dabei wirkten auch Geistliche mit, ertheilten den Brautleuten guten Rath, überzeugten sich von der Abwesenheit etwaiger Hindernisse, insbesondere auch dadurch, daß sie bei der Gemeinde nachfragten, und sprachen Segensworte über die Neuvermählten²⁴⁶⁾. Diese Formen waren ganz dazu geeignet, die gemißbilligte Heimlichkeit der Ehe²⁴⁷⁾, und die daraus drohenden Nachtheile zu vermeiden, und so ward durch die Gesetzgebung ein eigenes sogenanntes Aufgebot, eine Proclamation angeordnet²⁴⁸⁾. Die Anwendung der kirchlichen Feierlichkeiten (hierologia, Copulation, Trauung), insbesondere bei Ausspruch des Segens (Benediction) bedingte aber keineswegs die Gültigkeit der Ehe, sondern war eigentlich nur ein Mittel, um den Consens der Brautleute zu constatiren, außerdem aber eine kirchliche Pflicht²⁴⁹⁾. Eine Ehe, bei welcher die Einwilligung der Contrahenten auf andere Weise erfolgt war, ward daher auch als eine vollkommen gültige anerkannt²⁵⁰⁾, wenn nicht sonstige Nullitäts-

243) S. Grimm, teutsche Rechtsalterth., S. 420 flg. Reyscher, Symbolik des germanischen Rechtes, S. 74 flg.

244) S. Selden, uxor hebraica, lib. II. c. 29. Fahn, Archäologie, Bb. 1, Th. 2, §. 179.

245) S. Münter, die Christin im heidnischen Hause, S. 28 flg. (Tertull. de corona milit. c. 13. apolog. c. 6. de virginibus velandis c. 11. u. a. m.).

246) Ignatius ad Polycarpum c. 5. Tertullian. de monogamia c. 11. de pudicitia c. 4. — Conc. Carthag. IV. c. 18. a. 398 (c. 33. d. XXIII. c. 5. C. XXX. qu. V.).

247) Dieß äußert schon Tertullian in der cit. Stelle de pudic.: Penes nos occultae quoque coniunctiones, id est, non prius apud ecclesiam professae, iuxta moechiam et fornicationem indicari periclitantur.

248) S. den Art. Aufgebot, Bb. 1, S. 463—465. Vergl. besonders c. 3. X. de clandest. despons. (4. 3.) (Innocent. III. a. 1216). Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 1 de ref. matrim.

249) C. 2. C. XXX. qu. V.

250) S. §. B. c. 9. X. de sponsalibus (4. 1.), eine Entscheidung Alexander's III. von 1170, der gleichzeitig (c. 14. X. sod.) auch erklärte: Matri-

oder Hinderungsgründe vorhanden waren ²⁵¹). Mannigfache Mißbräuche bewogen aber das Concil von Trient zu einer neuen Anordnung. Indem man erkannte, daß Personen, die in einer heimlichen Ehe (*matrimonium clandestinum*) lebten, d. h. in einer solchen, die nicht nach vorhergehendem Aufgebote, oder nicht vor dem Geistlichen oder der Gemeinde, besonders in der Kirche (in *facie ecclesiae*) geschlossen war ²⁵²), leicht einander verlassen und öffentlich eine neue Ehe eingehen konnten (*matrimonium publicum*), die aber wegen des bestehenden Bandes der ersten Ehe dadurch ein wahrer Ehebruch wurde, so verordnete das Concil ²⁵³): Es soll vor dem Abschlusse jeder Ehe ein dreimaliges Aufgebot erfolgen und dann, wenn kein Einspruch geschehen, von den Contrahirenden der Eheconsens vor dem Pfarrer und zwei Zeugen erklärt werden. *Qui aliter, quam praesente parcho, vel alio sacerdote, de ipsius parochi seu ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos S. Synodus ad hio contrahendum omnino inhabiles reddit et huiusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos praesenti decreto irritos facit et annullat.* Die ganze Absicht des Concils, welches also die ohne die angeordnete Form geschlossenen Ehen als nichtig bezeichnet, ist nur darauf gerichtet, den Eheconsens zu einem öffentlich ausgesprochenen zu machen. Der Geistliche ist nur der Beglaubigung wegen anwesend, er ist *testis spectabilis* oder *authorisabilis*. Daß sein geistlicher oder kirchlicher Charakter dabei gar nicht zunächst in Betracht komme, ergibt sich daraus, daß vor demselben, wenn er auch noch nicht Priester, der Consens ausgesprochen werden kann ²⁵⁴). Es ist keineswegs erforderlich, daß der Geistliche zu dem Zwecke besonders berufen werde, daß er selbst seine Zustimmung äußere; denn wenn er auch schweigt, oder sogar Widerspruch erhebt, so leidet darunter die Gültigkeit der Ehe nicht ²⁵⁵). Da der Geistliche als Zeuge keinen Act der Jurisdiction übt, so schadet es nicht, wenn er auch suspendirt oder excommunicirt ist ²⁵⁶).

Das Concil von Trient fügt seiner Vorschrift noch die Ermahnung hinzu, daß die Contrahenten nach Ausspruch des Eheconsenses sich vom Geistlichen einsegnen lassen und nicht früher unter demselben Dache wohnen sollen: *Præterea S. Synodus hortatur, ut coniuges ante benedictionem sacerdotalem in templo suscipiendam in eadem domo*

monium solo consensu contrahitur. S. auch c. 25. 30. 31. X. eod.; c. 2. X. de clandestina desponsat. (4. 3.)

251) *X. f. g. B. c. 3. §. 1. X. de clandestina desp. (4. 3.)*

252) *S. Uichein, über den Begriff einer geheimen Ehe in Weiß, Archiv des Kirchenrechtes, Bb. 5, S. 3 u. 4, Nr. 13.*

253) *Sess. XXIV. cap. 1 de ref. matr. S. auch Anm. 269.*

254) *S. Resolutio Congreg. Conc. Trid. d. 1. Decbr. 1593. Bgl. die Declarationes ad Conc. Trid. cit.*

255) *S. Sanchez, de matrimonio, lib. III. disp. 38. 39. van Espen, ius eccl. universum, P. II. tit. XII. cap. V. §. 23 sq. Benedict. XIV., de synodo dioecoesana, lib. XIII. cap. XXIII.*

256) *S. Sanchez l. c. disp. 21. Stapf, Pastoralunterricht, S. 157, 158. S. auch Anm. 268.*

non cohabitent, statuitque benedictionem a proprio parochio fieri neque a quoquam, nisi ab ipso parochio, vel ab ordinario licentiam ad praedictam benedictionem faciendam, alii sacerdoti concedi posse. Die Gültigkeit der Ehe ward aber übrigens auch davon nicht abhängig gemacht, wie das Concil ja auch den Ausdruck coniuges von den noch nicht benedicirten Contrahirenden braucht.

Da dieses tridentinische Decret nach der Vorschrift des Concils in jeder Diöcese und Parochie besonders publicirt werden, und da die Geltung 30 Tage nach der Publication erst beginnen sollte²⁵⁷), so besteht noch das ältere Recht in den Pfarreien, in welchen es zur Publication nicht gekommen ist, und die Ehen können daher formlos geschlossen werden²⁵⁸). Dasselbe ist da der Fall, wo an Orten, an welchen das Decret publicirt ist, ein katholischer Geistlicher nicht vorhanden, indem dann die Erklärung vor zwei Zeugen hinreicht²⁵⁹).

Zur Form der Ehe gehört insbesondere auch die Rücksicht auf Ort und Zeit. Was jenen betrifft, so wird die Verbindung in der Kirche gewünscht, die auch in einzelnen Diöcesen als gesetzliche Regel vorgeschrieben ist, von der nur der Bischof oder Generalvicar dispensiren kann²⁶⁰). Rücksichtlich der Zeit erging seit dem vierten Jahrhundert gewisse Beschränkungen (tempus clausum), um die Tage der Buße und heiligen Trauer nicht durch andere Festlichkeiten zu stören. Es sollten daher in der Advent- und Fastenzeit, vom ersten Advent bis Epiphania und vom Aschermittwoche bis zum sogenannten weißen Sonntage, keine Hochzeiten stattfinden²⁶¹), was auch das Concil von Trient und andere Verordnungen für die katholische Kirche bestätigt habe²⁶²). Eigentlich bezieht sich die Verordnung in ihrer späteren Gestalt nur auf solenne, mit besonderer Feier begangene, sogen. laute Hochzeiten, doch ist in der Praxis und durch particulare Bestimmungen das Verbot auf jede Hochzeit ausgebehnt worden, und so ein aufschiebendes Ehehinderniß angenommen, wovon jedoch dispensirt wird. Die einzelnen Gebräuche richten sich nach bestehenden Observanzen, doch kennt die Kirche auch eine allgemeine ordentliche Form, indem der copulirende Geistliche die Hände der Brautleute ineinander legt, mit der Stola umwickelt und die Verbindungsworte spricht: ego vos in matrimonium coniungo nomine Patris, Filii et Spiritus

257) Conc. Trid. Anm. 253 cit. in fin.

258) S. Uihlein a. a. D. S. 248. In fraudem legis von einem Orte, wo das Decret publicirt ist, an einen solchen hinzugehen, wo die Publication nicht erfolgt ist, ist unstatthaft. S. die Declarationen der Congreg. Conc. Trid. bei Benedict. XIV., de synodo dioec., lib. XIII. cap. IV. nr. X.

259) S. Sanchez l. c. disp. 18; Benedict. XIV. l. c. lib. XII. cap. V. nr. V.

260) Stapp a. a. D. S. 413—415.

261) Conc. Laodic. c. 52. c. 372 (c. 8. C. XXXIII. qu. IV.). Conc. Herdense a. 546, fragm. (Mansi, Coll. Conc. T. VIII. p. 616). Conc. Bracar. II. a. 572 (c. 9. C. XXXIII. qu. IV.). u. a. m. C. 4. X. de feriis (2. 9.) (Clemens III. a. 1190).

262) Conc. Trid. sess. XXIV. can. 11. de sacram. matrim. cap. 10 de reform. matrim.

Sancti ²⁶³). — Die geschlossene Ehe wird in das dazu bestimmte Kirchenbuch eingetragen ²⁶⁴).

Die Ehe ist nach katholischer Lehre ein Sacrament, das also auch durch einen dazu geeigneten minister begründet werden muß. Da eine vollkommen gltige und wirksame Ehe (*matrimonium verum et ratum*) als Sacrament zu betrachten ist ²⁶⁵), so kann nicht wohl daran gezweifelt werden, daß auch die formlosen Ehen vor dem sechzehnten Jahrhundert Sacramente gewesen, folglich auch die nach dem tridentinischen Concil an Orten, wo dasselbe nicht publicirt ist, in der älteren Weise neu eingegangen und noch einzugehenden Ehen Sacramente seien, denn das Concil selbst hat die *matrimonia clandestina libero contrahentium consensu facta* ausdrücklich für *rata ac vera* erklärt ²⁶⁶). Hieraus kann denn gefolgert werden, daß auch die nicht benedicirten, ja die ohne Mitwirkung eines Geistlichen geschlossenen Ehen Sacramente gewesen und resp. seien, daß folglich die sacramentalische Eigenschaft durch die Einwilligung der Brautleute bewirkt werde, die Brautleute also selbst *ministri sacramenti* sein müssen. Diese Ansicht ist auch von jeher in der Kirche die allgemeine verbreitete gewesen, wenn gleich die entgegengesetzte, daß der Geistliche die Ehe, welche an sich nur *apta materia sacramenti* sei, als der wahrhafte *minister sacramenti* betrachtet werden müsse, auch ihre Vertheidiger gefunden hat ²⁶⁷). Die Streitfrage selbst ist kirchlich niemals entschieden, obgleich freilich die römische Ansicht den Ehegatten selbst günstig ist ²⁶⁸). Der Pabst Benedict XIV. selbst, der sich auch dieser Entscheidung mehr anschließt, wenn er äußert: *Utraque opinio est probabilis suosque habet magnae auctoritatis patronos — Nullus inficiabitur, communioem esse contrariam aliorum opinionem, qui constanter defendant, solos contrahentes esse ministros sacramenti — Hanc quippe sententiam propugnauerunt fere omnes antiqui theologi iurisque canonici interpretes* ²⁶⁹)

263) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 1 de ref. matr.

264) S. Uihlein, im Archiv für civilist. Praxis, Bd. 15, S. 1, Nr. 2, über den Ursprung und die Beweiskraft der Pfarrbücher, S. 8, 14.

265) Ueber etwaige Zweifel gegen diesen Satz s. m. die Ann. 267 cit. Recension über Berg, S. 42.

266) Sess. XXIV. cap. 1 de ref. matr.

267) Statt vieler vergl. man besonders S. D. Berg, über die Erfordernisse der priesterlichen Einsegnung zum Sacrament der Ehe. Eine dogmatisch-kirchenrechtliche Abhandlung. Breslau 1836, 8., und dagegen meine Recension in Richter's kritischen Jahrbüchern für teutsche Rechtswissenschaft (1837), Bd. 1, S. 33—44.

268) R. f. z. B. die Declaratio Congreg. Concilii Trid. im Thesaurus resolutionum Rom. T. XX. p. 92: *Accedit, parochum in matrimoniis nullam exercere iurisdictionem, cum ex veriori et receptiori sententia ipse non sit minister magni huius sacramenti, sed sit testis spectabilis matrimonii, qui cum aliis testibus certam reddat ecclesiam, hunc atque illam matrimonium contraxisse.*

269) De synodo dioecessana lib. VIII. cap. XIII. Selbst das mitunter übliche Trauungsformular: *matrimonium per vos contractum confirmo, ratifico et benedico in nomine P. et F. et Sp. S.* bezieht sich darauf.

— hat doch den Bischöfen unter sagt, auf ihren Synoden sich bestimmt für eine Meinung zu entscheiden²⁷⁰⁾.

Da von der Sacramentalität der Ehe ihre Unauflöslichkeit bisweilen hergeleitet wird (s. unten Anm. 405, 406), die nicht consummirte, d. h. durch Weisclaf perficirte Ehe aber noch unter gewissen Voraussetzungen auflösbar ist (s. Anm. 403), so ist mitunter in der Consummation der Ehe selbst das Hinzutreten des Sacramentes gefunden worden²⁷¹⁾. Jedensfalls sind aber gewisse Wirkungen an die „Beschreitung des Ehebettes“ auch noch später geknüpft worden, besonders rücksichtlich der Vermögensrechte der Ehegatten²⁷²⁾.

Eigene Schwierigkeiten existiren beim Abschlusse gemischter Ehen. Die katholische Kirche betrachtet selbst die Ehe der Evangelischen unter einander noch als Sacrament²⁷³⁾, und hält sich für befugt, über dieselbe Bestimmungen treffen zu können²⁷⁴⁾. Um so mehr liegt es in ihrem Interesse, auf die Ehen von Katholiken mit nichtkatholischen Christen einzuwirken. Sie hat daher stets die Eingehung derselben von ihr vortheilhafteren Bedingungen abhängig gemacht, die sich aber nicht durchsetzen ließen, so, daß sie den Umständen nach von solchen Bedingungen abzulassen nicht umhin konnte. Die Praxis hat sich dabei verschieden gestaltet. In den Ländern, wo das evangelische Bekenntniß herrschte, und die Publication des Concils von Trient nicht erfolgte, konnte gegen formlos geschlossene Ehen nichts bemerkt werden. Wegen des evangelischen Theiles erfolgte aber die Mitwirkung des evangelischen Geistlichen. Wo dagegen die Bevölkerung mehr gemischt war, und das Tridentinum publicirt worden, suchte die katholische Kirche durchzusetzen, daß stets die Ehe vor einem katholischen Geistlichen abgeschlossen würde, und wollte dieselbe sonst nicht anerkennen (s. die Anm. 274). Dieß fand jedoch Widerspruch²⁷⁵⁾, und der Pabst Benedict XIV. sah sich veranlaßt nachzugeben und zunächst für die Niederlande zu bestimmen, daß auch ohne die tridentinische Form geschlossene gemischte Ehen, denen nur kein anderes canonisches Hinderniß entgegenstehe, gültig sein sollten²⁷⁶⁾. Dasselbe ward später auch

270) L. c. lib. VII. cap. XXVI. §. 1. cap. XXVIII. §. 9.

271) S. c. 5. X. de bigamis non ordinandis (1. 21.) (Innocent. III.).

8. J. H. Böhmer, ad h. l. not. 76.

272) S. Wittermaier, teutsches Privatrecht, §. 380.

273) Walter, Kirchenrecht, §. 295, vergl. §. 313.

274) Daher erklärt z. B. die Congreg. Conc. Trid. unterm 26. Sept. 1602 (thesaurus resolutionum T. IV. p. 132): Haereticos, ubi decretum Tridentinum est promulgatum, teneri talem formam observari et praeterea etiam ipsorum matrimonia absque forma concilii, quamvis coram ministro haeretico vel magistratu loci contracta, nulla atque irrita esse. Bgl. Resolutio d. d. 7. Januar 1737.

275) S. van Espen, ius eccl. universum, P. II. tit. XII. cap. V. §. 32 sq.

276) At, si forte aliquod huius generis matrimonium, Tridentini forma non servata, ibidem contractum iam sit, aut in posterum contrahi contingat, — matrimonium huiusmodi, alio non concurrente canonico impedimento, validum esse. Declaratio cum instructione super dubiis respicientibus matrimonia in Hollandia et Belgia d. d. 4. November 1741 im Bullar. Magnan,

andernzeit zugestanden, wie namentlich durch ein Breve Pius VI. vom 19. Juni 1793 für das Herzogthum Steve. — Nach und nach hatte sich in den einzelnen teutschen Ländern ein befriedigendes, keinen Theil verlegendes Verhältniß gebildet, denn überall, wo man mit Entschiedenheit auftrat, wagte auch Rom nicht herremend einzugreifen²⁷⁷). In der neueren und neuesten Zeit sind jedoch in Folge der wieder erwachten hierarchischen Bestrebungen mannigfache Mißverhältnisse in der Angelegenheit der gemischten Ehen entstanden, deren Beseitigung durch Verhandlungen mit den Kurien bewirkt werden sollte. Verhandlungen mit Rom in einer Sache, die auf so feste Weise im Zusammenhange mit dem ganzen römisch-katholischen Systeme fundirt ist, können indessen zu einem erfreulichen Resultate nicht führen, und so ist in Folge derselben die bisherige Praxis und wohl hergebrachte Observanz mehrfach alterirt worden²⁷⁸). Im Allgemeinen ist jetzt folgendes Verfahren üblich. Wenn ein gemischtes Brautpaar die Ehe zu schließen beabsichtigt und den katholischen Geistlichen nicht bewegen kann, die Hierologie zu vollziehen, so fordert es von demselben Aufgebot, Dimissorialien, d. h. die Bescheinigung, daß kein canonisches Impediment der Ehe entgegen stehe, und trägt, indem er den Consens der Brautleute vernommen, die Ehe ins Kirchenbuch ein (sogen. passive Assistenz). Die Einsegnung der Ehe erfolgt dann auf Grund der Dimissorialien vom evangelischen Geistlichen^{279a}).

Ueber den Charakter einer also begründeten Ehe ist mehrfach gestritten worden. Man hat derselben insbesondere die Eigenschaft des Sacramentes abprechen wollen, indem man zwischen Ehecontract und Ehesacrament einen Unterschied statuirte, und das letztere dann von der activen Assistenz, d. h. der billigen Mitwirkung und dem Segen des katholischen Geistlichen abhängig machte. Nicht ohne Grund bemerkt aber dagegen Kle: die Meinung derjenigen, wornach es in der Kirche unsacramentalische, wenn gleich gültige, und sacramentalische Ehen gibt, ist von aller Tradition und Vernunft verlassen, so daß man an eine Widerlegung derselben gar nicht gehen darf. In der Kirche sind die Gültigkeit, Unauflöslichkeit, Sacramentlichkeit der Ehe eine mit der anderen gesetzt und von der anderen bedingt. Die Ehe der Ungläubigen ist auflöslich, weil unsacramentlich, die der Gläubigen unauflöslich, weil sacramentlich, durch besondere göttliche Gnadenbesiegelung befestigt, wodurch sie eben zu ihrem reinen Wesen und Begriffe erhoben ist, unter welchem sie

T. XVI. p. 52, in teutscher Uebersetzung bei Eifenschmidt, römisches Bulvarium, Bd. 2, S. 423, 424. Vergl. Kutschker, über die gemischten Ehen, S. 40.

277) W. s. nur die Entscheidungen der Congreg. Concilii Trid. vom 27. Januar 1728 an den Erzbischof von Köln, vom 24. November 1742 u. a. (s. über die gemischten Ehen, Stuttgart 1827, 8., S. 46). Ueber die Verhältnisse in preuß. Staaten vergl. man meine oben cit. Schrift S. 25 sq.

278) Die Verhandlungen und ergangenen Erlasse finden sich in den Denkschriften der Hofe und ziemlich vollständig bei Andreas Müller, Lexikon des römischen Rechts a. a. D.

279a) S. allg. preuß. L.-R. Th. 2, Tit. 11, §. 442, 443, und das oben m. 226 cit. neueste Circular des Erzbischofs von Dunin.

aus dem Christenthume belassen ist²⁷⁹). Gegen diejenigen, welche überhaupt den gemischten Ehen die Natur des Sacramentes vom katholischen Standpunkte aus nicht zugesehen wollen, kann man sich auch auf die Autorität Benedict's XIV. und Anderer beziehen, indem namentlich Jener äußert: *In divinis cum haereticis communicant catholici, qui cum iisdem sese matrimonio iungere non dubitant; etenim cum matrimonium unum sit ex septem ecclesiae sacramentis a Christo Domino institutum, idem est matrimonium cum haeretico contrahere ac unum idemque sacramentum una cum eodem vel conficere, si nimirum ipsimet contrahentes sint talis sacramenti ministri, quod magis communiter opinantur scholastici, vel saltem percipere, si scilicet, quod alii praesertim ex recentioribus theologiae autumant, illius minister sit solus sacerdos*²⁸⁰). Der Unterschied der activen und passiven Assistenz ist in Beziehung auf die Wirkung gar nicht vorhanden²⁸¹), und also nur angenommen, um die Mißbilligung der Kirche bei Eingehung einer ihr nicht wohlgefälligen gemischten Ehe auszudrücken.

Vom Gesichtspunkte des Staates stellt sich das Verhältniß zum Theil anders dar, und ist insbesondere eine Trennung des Ehecontractes von dem Sacramente der Ehe wohl annehmbar; denn ein *matrimonium legitimum nec ratum*, oder ein ohne die Form des tridentinischen Decretes an solchen Orten, wo das Concil publicirt ist, geschlossenes Ehebündniß kann der katholischen Kirche überhaupt nicht als Ehe, folglich auch nicht als Sacrament gelten. Eine bloß vor der bürgerlichen Obrigkeit erfolgende Abschließung der Ehe findet sich schon früh in den Niederlanden. In Frankreich überließ Ludwig XVI. durch Verordnung vom 28. November 1787 seinen nichtkatholischen Unterthanen, ihre Geburten, Ehen u. s. w. durch die katholischen Geistlichen oder durch die Gerichtsbehörde auf civilrechtlich gültige Art sicher zu stellen²⁸²). Ein königliches Decret vom 20. September 1792 überwies dann allgemeiner die Führung der Civilstandsregister den Municipalbeamten²⁸³). Der Code Napoleon hat dies beibehalten²⁸⁴), und so ist diese bürgerliche Trauung noch üblich. Keineswegs sollte aber dadurch die Einwirkung der Kirche ausgeschlossen werden, denn das Gesetz von 1792 überläßt es der Freiheit jedes Bür-

279) Dogmatik Bb. 3, S. 347; vergl. Desselben, über die Ehe, S. 108 S. auch Walter, Kirchenrecht, §. 295.

280) De synodo dioecessana, lib. VII. cap. V. §. 3.

281) Walter (Kirchenrecht, §. 295) äußert hierüber: Die Unterscheidung einer activen und passiven Assistenz bei der Ehe ist unzulässig, weil jede Assistenz auch diejenige, wobei er bloß sieht und hört, die Verbindung zu einem Sacramente macht, also eine wahrhaft active ist.

282) S. Philippi, die Civilstandesgesetze in der königl. preuß. Rheinprovinz (Grefeld 1837, 8.), Einleit. S. XI.

283) Hermens, Handbuch der gesammten Staatsgesetzgebung über den christlichen Cultus u. s. w., Bb. 1 (Aachen u. Leipzig 1833, 8.), S. 292, 8.

284) Art. 165: Le mariage sera célébré publiquement, devant l'officier civil du domicile de l'une de deux parties.

gers, die kirchliche Trauung ²⁸⁵) nachzuholen ²⁸⁶), und so hat die Sitte darauf hingewirkt, daß dieß wohl ohne Ausnahme geschieht. Jedenfalls ist durch die bürgerliche Trauung dem Staate ein geeignetes Mittel gegeben, den kirchlichen Umtrieben zu begegnen. Sie ist daher auch in Bayern eingeführt ²⁸⁷) und in Belgien wieder befestigt ²⁸⁸).

In der evangelischen Kirche ²⁸⁹) erklärte man sich anfangs nicht mit Bestimmtheit über die Form, in der eine Ehe geschlossen werden sollte. Heimlich vollzogene Ehen erklärte Luther nur dann für nicht bindend, wenn sie gegen trennende Ehehindernisse geschlossen waren, wozu besonders die ohne Wissen und gegen den Willen der Eltern eingegangenen gehörten; doch forderte er, daß eigentlich die Ehe als ein öffentlicher Stand auch öffentlich gestiftet werden solle. Die Einsegnung hielt er nicht für nothwendig, äußerte aber, daß auf Begehren dieselbe zu ertheilen sei ²⁹⁰). Mit der Zeit ward aber die Ansicht über die Ehe als einen heiligen Stand mehr und mehr vorkaltend; die Kirchenordnungen schrieben nun vor, es solle die Ehe öffentlich in der Kirche geschlossen werden, und bedrohten die Uebertreter dieser Vorschrift mit Strafen. So ist es denn zuletzt allgemeine Rechtsansicht der Evangelischen geworden, daß die Copulation der Ehegatten unumgänglich nöthig sei, und daß im Allgemeinen davon nicht dispensirt werden dürfe ²⁹¹). Diesem Grundsatz folgen auch die Particularrechte, welche die Wirkungen der Ehe erst vom Momente der geistlichen Einsegnung abhängig machen, wie das preuß. Recht ²⁹²) u. a. m. ²⁹³).

285) Tit. VI. art. VIII: L'assemblée nationale, après avoir déterminé le mode de constater, désormais, l'état civil des citoyens, déclare qu'elle n'entend ni innover, ni nuire à la liberté qu'ils ont tous de consacrer les naissances, mariages et décès par les cérémonies du culte auquel ils sont attachés, et par l'intervention des ministres de culte. *Permens a. a. D.*

286) Die kirchliche Trauung soll nicht vorhergehen. *S. Code pénal art. 199, 200.* Das Gegentheil ist festgesetzt für den zum Gouvernement Berg früher gehörigen Theil der Rheinlande. *Verordnung vom 25. August (6. September) 1814.*

287) *Edict vom 8. Sept. 1808, §. 18.*

288) *Verfass.-Urzl. von 1831 (Pöblig, Samml. der europäischen Verfass., Bd. 2, S. 238).*

289) *S. bes. Heffter, die Erbfolgerechte der Mantelkinder u. s. w. (Berlin 1836), S. 112 flg., und die daselbst cit. Literatur.*

290) *Vergl. Luther's Traubüchlein und Schrift von Ehesachen (Walch's Ausgabe von Luther's Schriften, Bd. 10, S. 893 flg.).*

291) *Heffter a. a. D. S. 120 flg. R. s. aber noch: Sahme, diss. de matrimonio legitimo absque benedictione sacerdotali. Regimont. 1722, 4. v. Ludewig, ob auch ohne priesterliche Trauung eine Ehe für christlich und die in derselben erzeugten Kinder für eheliche Leibeserben und Erbsfolger zu halten? in seinen gelehrten Anzeigen, Th. 2, S. 320 (Jalle 1744).*

292) *Alg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 136. S. überhaupt noch Wärenroth, preuß. gesetzliche Vorschriften über Aufgebot und Trauung u. s. w. 2. Aufl. Berlin 1821, 8.*

293) *Auszüge bei Andreas Müller a. a. D. Bd. 1, unter dem Worte Copulation.*

Die formellen Bestimmungen selbst sind particularrechtlich verschieden. In der Regel soll aber nur in der Kirche copulirt werden. Haus-
trauungen erfordern eine Dispensation²⁹⁴), oder sind ein Vorrecht adeliger
und hoher Personen²⁹⁵). Auch wird in Nothfällen die Trauung außer-
halb der Kirche gestattet, wie bei Krankheiten u. a.²⁹⁶) Insbesondere
pflegt die Trauung auf dem Sterbebette bisweilen begünstigt zu sein, wo-
gegen aber auch manche Geseze die Wirkungen einer so geschlossenen Ehe
beschränken²⁹⁷). Rückfichtlich der Zeit kommt, wie bei den Katholischen,
das tempus clausum in Betracht, eine kürzere oder längere Frist in der
Advent- und Fastenzeit. Bald ist während derselben jede, bald nur eine
laute Hochzeit verboten²⁹⁸).

Der Geistliche, welcher die Copulation verrichtet, muß ein im Amte
stehender²⁹⁹) competenter sein. Die Competenz, abhängig von den Braut-
leuten, ist in den Gesezen verschieden bestimmt. Die Regel spricht bald
für den Pfarrer der Braut³⁰⁰), bald für den des Bräutigams³⁰¹). Bis-
weilen wird auch dem Verlobten die Wahl gelassen, insbesondere bei ge-
mischten Ehen³⁰²), obgleich bei diesen regelmäßig der Pfarrer des Bräu-

294) S. z. B. für Preußen Verordn. vom 14. Septbr. 1797 (v. Kabe, Sammlung preuß. Geseze, Bd. 4, S. 247); Württemberg, Rescr. v. 28. Jan. 1804; bairische Verordn. v. 6. Dec. 1809, §. 18; kurhessisches Reg.-Rescr. v. 29. April 1820.

295) So in Sachsen ein Vorrecht der Adelligen, graduirten und in Kathä-
bestallungen und vornehmen Collegien stehenden Personen, nach der Polizeiordn.
vom 22. Juni 1661, Tit. 16, §. 1; Befehl vom 30. Jan. 1722; Rescr. v. 15.
Jan. 1808; Ordnonanz v. 19. Juli 1828, Th. 2, §. 69. Aehnlich in Hanno-
ver, v. Grefe, hannoversches Privatrecht, Bd. 2, §. 89. — Großherz. Hessen.
Verordn. v. 6. Sept. 1810.

296) Sächs. Rescr. vom 7. Nov. 1787. Preuß. Verordnung v. 11. Juni
1828, u. a.

297) Nach früherem französischen Rechte fehlten einer solchen Ehe die bür-
gerlichen Wirkungen.

298) Stille Hochzeiten gestattet das kurhessische, das bayerische Recht (Ver-
ordn. vom 21. Sept. 1813) u. a. Nach preuß. Rechte sollen ohne Erlaubniß
des Consistoriums 8 Tage vor Weihnachten und 14 Tage vor Ostern keine
Trauungen vorgenommen, und in der Charwoche nur in dringenden Fällen und
ohne Gestattung eines Hochzeitmahles die Erlaubniß gegeben werden. S. das
Ann. 294 cit. Edict und Rescript vom 7. Mai 1818 (v. Kampß, Annalen,
1818, S. 2, S. 349). In Hannover ist nur die letzte Adventwoche und die
Woche vor Ostern tempus clausum (Gesez vom 25. Jan. 1822, §. III, in der
Gesezsammlung dess. J. S. 65).

299) G. L. Böhmer, progr. de copulae sacerdotalis a deposito cle-
rico furtim impetrato iniusto favore. Gotting. 1745, 4. S. Paalzow,
de Ex-clerico copulante, in den Observat. ad ius Borussiae, commune, fasc. II.
(Berol. 1796, 8.) obs. XVIII.

300) Preuß. allem. L.-R. Th. 2, Tit. 11, §. 435; auch bei Eximirten,
Min.-Rescr. v. 8. Aug. und 31. Oct. 1822. Aehnlich in Sachsen und andern
Ländern.

301) So in Kurhessen.

302) S. Müller, Verikon des Kirchenrechtes, Bd. 1, S. 765. S. auc
bairische Eheordnung v. 15. Juli 1807, §. 8.

tigamß der competente ist ³⁰³), und dann eine Nachtrauung durch den Pfarrer der Braut gestattet wird.

Da das Verhältniß der Ehegatten ein höchst persönliches ist, die Begründung desselben daher durch die persönliche Erklärung des Consenses als natürlich erscheint, so würde die Copulation mittelst eines Procurators immer bedenklich sein. Das canonische Recht gestattet nun zwar eine solche unter der Voraussetzung eines Specialmandates ³⁰⁴), doch kann die ausgesprochene Einwilligung des Procurators immer nur als eine präsumtive und provisorische betrachtet werden, welcher daher die nachträgliche und bestimmte Erklärung des wirklichen Contrahenten folgen muß ³⁰⁵). Particularrechtlich ist diese Stellvertretung auch jetzt gestattet ³⁰⁶) und nur bei hohen kaiserlichen Personen allgemeiner hergebracht ³⁰⁷).

5) Wirkungen der Ehe.

Die Wirkung der Ehe ist die Realisirung ihres Begriffes, also die Erzeugung der vollständigen Lebensgemeinschaft sowohl in persönlicher, als dinglicher Beziehung. Die dingliche, also die vermögensrechtliche Seite dieser Gemeinschaft ist durch die bürgerliche Gesetzgebung sehr genau fixirt und bleibt nach dem schon oben angeführten Plane dieses Aufsatzes hier unerörtert ³⁰⁸). Das canonische Recht folgt hierbei lediglich dem römischen Rechte und der Praxis, die sich im Mittelalter beim Gebrauche desselben feststellte ³⁰⁹).

Was die persönliche Seite betrifft, so ist sowohl das Verhältniß der Gatten unter einander, als zu den Kindern näher in Betrachtung zu ziehen.

Die Ehegatten bilden eine Einheit und sind verpflichtet, dieselbe zu erhalten. Ihre Liebe darf daher nicht uneins werden durch Verletzung der gegenseitigen Treue (Ehebruch im weitesten Sinne, s. Anm. 388 flg.) ³¹⁰). Freude und Leid muß ihnen deshalb auch gemeinschaftlich sein ³¹¹), worauf die Trauungsformulare die Verpflichtung der Brautleute mit hinzuzurichten pflegen. Krankheit, Wahnsinn und jegliche Noth sind deshalb auch

303) So in Württemberg (Religionsedict vom 15. Octbr. 1806), Kurhes- sen u. a.

304) C. c. ult. de procuratoribus in VI. (1. 19.)

305) Walter, Kirchenrecht, §. 294.

306) So nach dem östereich. Gesetzbuche Art. 76 (s. Bildner, ist die Eingehung einer Ehe durch einen Bevollmächtigten dann gültig, wenn die Bewilligung der Landesstelle dazu nicht erwirkt wurde? in der Zeitschrift für östereich. Rechtsgelchrbarkeit von Dollner und Rubbler, 1838, S. 3, Nr. 11).

307) Nur diese setzt das preuß. Recht voraus, indem es allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 167, dieselbe bei Privatpersonen untersagt.

308) Es genüge wegen der Literatur die Verweisung auf Mühlendrach, doctrina Pandectarum, T. II. §. 260 sq.; Rittermaier, Grundsätze des teutschen Privatrechts, Bd. 3, §. 381 flg.

309) R. s. deshalb besonders den Titel der Decretalen de donationibus inter viram et uxorem et de dote post divortium restituenda. (4. 20.)

310) S. oben Anm. 17, 18.

311) Quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri, participem esse? Ulpianus, lib. 33. ad Edictum in L. 22. §. 7. D. soluto matrimonio. (24. 3.)

nicht geeignet, Aufhebungsgründe der ehelichen Gemeinschaft zu werden (s. aber unten Abschn. 6). Die Einheit der Person bewirkt eigentlich, daß die Gatten sich nicht gegenseitig vor Gericht belangen können, weshalb das römische Recht auch keine Klage gab, doch in das officium iudicis auch die Pflicht der Unterstützung beider Theile gegen einander legte³¹²). Zur geschlechtlichen Gemeinschaft (debitum coniugale, sogen. ius in corpus, eheliche Pflicht) sind sich beide verpflichtet, jedoch in den Grenzen, welche leibliches Wohl und keuscher Sinn gebieten³¹³). Schon das mosaische Recht, dem die Kirche hierin folgte, schrieb vor, daß zu gewissen Zeiten Enthaltensamkeit bestehen solle³¹⁴); insbesondere sollte nicht alsbald nach dem Abschlusse der Ehe deren Consummation eintreten³¹⁵), wovon jedoch Dispensation ertheilt wurde³¹⁶). Anhaltende Verfassung verbietet aber das canonische Recht und die späteren Gesetze³¹⁷), so daß auch deshalb geleistete Versprechen zurückgenommen werden können³¹⁸).

Die Rechte des Mannes insbesondere concentriren sich in der römischen manus, so wie im teutschen Mundium. Steht eine Frau noch als filia familias in patria potestas, so kann doch der Vater, wenn er einmal den Consens zur Ehe ertheilt, sein Recht nicht mehr im vollen Umfange geltend machen, und dem Manne gebührt gegen das Interdict de liberis exhibendis, mit welchem der pater familias die Tochter abfordern könnte, eine exceptio, so wie resp. eine Klage, wenn der Vater die nicht förmlich geschiedene Frau zurückhalten wollte³¹⁹). Bei der freien Ewiteliche wird dem Manne zwar keine förmliche Macht, wie bei der strengen, zugestanden, doch mußte die Natur des ehelichen Verhältnisses, nach welcher dem Manne die obere Leitung des Hauswesens gebührt, von selbst auf eine gewisse Abhängigkeit führen. Im Wesen des teutschen Mundiums ist dieß Verhältniß noch bestimmter gegründet, und nach christlicher Ansicht ist der Mann das Haupt der Familie, welchem gehorfsamt werden muß³²⁰). Indem die Frau dem Mundium, dem Schutze des Mannes unterworfen ist, ist aber auch zugleich die Pflicht gesetzt, daß der Frau

312) Mühlenbruch, doctrina Pandectarum, T. II. §. 256. not. 2.

313) J. J. Bedt, von Leistung der ehelichen Pflicht. Nürnberg 1733, 4. S. 2. Mosi 21, 10.; 1. Corinther 7, 3—5.; c. 12. 14. 5. C. XXXII. qu. IV. (Hieronym. a. 386, 390); c. 3. C. XXXII. qu. II. (Augustin. a. 401); c. ult. X. de eo qui cognovit consanguineam uxoris (4. 13.) (Gregor IX. a. 1234). S. allg. preuß. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 178—180.

314) S. den Art. Edlibat, Bd. 2, S. 682, Anm. 3. Wgl. C. XXXIII. qu. IV.

315) Conc. Carthag. IV. a. 398, c. 13 (c. ult. dist. XXIII.): Eadem nocte pro reverentia benedictionis in virginitate permaneant. C. 1. C. XXX. qu. V: Biduo vel triduo orationibus vacent.

316) Ius primae noctis.

317) 1. Corinther 7, 4. u. 5. C. 6. X. de raptoribus (5. 17.) (Lucius III. a. 1181). S. preuß. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 178, 694.

318) S. Tit. X. de conversione coniugatorum. (3. 82.)

319) L. 1. §. fin. D. de liberis exhibendis. (43. 29.) C. 11. C. d nuptiis. (5. 4.)

320) S. c. 12 sq. C. XXXIII. qu. V. — Des Mannes Entschluß gibt i. gemeinschaftlichen Angelegenheiten den Ausschlag. Wgl. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 184

Schutz und Unterhalt zu Theil werde³²¹). Ihre gebührt der Name, der Rang, das Recht des Mannes. Namentlich theilt sie sein Forum und seinen Wohnsitz³²²). Der Ränke der Mann das Domicil, so ist die Frau zu folgen verpflichtet, wenn nicht eine *causa turpis* Anlaß gibt, wie bei der Flucht³²³), bei gesetzwidrigem Auswandern, Gefängniß u. s. w., so wie wenn die Frau dadurch in ein Abhängigkeitsverhältniß gerieth³²⁴). Sonst aber kann, weil es dem Wesen der Ehe widersprechen würde, vom Manne darauf nicht verzichtet werden³²⁵), und es ist daher eine Singularität des preussischen Rechtes, daß die Frau nicht folgen dürfe, wenn ihr diese Pflicht durch einen vor der Heurath geschlossenen Vertrag erlassen wurde³²⁶). Ueberhaupt scheinen Verträge, welche die persönlichen Verhältnisse der Ehegatten in bestimmter Weise bindend modificiren, nicht beifallswerth, während hinsichtlich der vermögensrechtlichen Punkte besondere Vereinbarungen selbst nothwendig werden. Die Ehe zur linken Hand (salische, morgantische Ehe) ist in dieser Rücksicht besonders bemerkenswerth³²⁷). Ihre Eigenthümlichkeit besteht darin, daß vertragsmäßig die Frau nicht Rang und Stand des Mannes theilt und sie selbst, wie die Kinder durch eine bestimmte Summe u. s. w. abgesondert werden, die gewöhnliche Succession also ausgeschlossen wird. An sich ist diese Ehe aber eine in allen anderen Beziehungen kirchlich und bürgerlich wirksame³²⁸), nach neueren Gesetzen jedoch nur bei Personen des hohen Adels oder in Folge besonderer Dispensation statthaft³²⁹). Vgl. d. Art. *Mischeurath*.

Mit dieser Ehe darf man die sogenannte Gewissenehe nicht verwechseln³³⁰). Man versteht darunter „eine Gesellschaft zweier Personen verschiedenen Geschlechtes, welche für ein ausschließendes eheliches Zusammensein auf Lebenszeit, ohne Beobachtung kirchlicher Eheselerlichkeiten, blos durch gegenseitige Erklärung des Eheconsenses errichtet wird“, denn die ohne kirchliche Form und heimlich gehaltene Verbindung ist, wenn auch unter Umständen die Kirche eine solche als Ehe sollte betrachten wollen, bürgerlich nur als Concubinat zu beurtheilen. Die Wirkung einer vollständigen Ehe, hinsichtlich der Kinder, ist bei einer solchen Verbindung auch nicht vorhanden.

321) L. 2. D. de iniuriis. (47. 10.) *Aug. L.-R. cit.* §. 185 flg.

322) L. 65. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 5. D. de ritu nuptiarum. (28.

2.) C. 9. C. de incolis. (10. 39.) C. 13. C. de dignitatibus. (12. 1.) — 323) *E.* aber c. 4. C. XXXIV. qu. I.

324) C. 24. C. de donat. inter V. et U. (5. 16.) *Bergl. c. 2. C. ne uxor pro marito* (4. 10.) u. a. *E. Abr. Kästner*, quatenus uxor maritum relegatam sequi teneatur. Lipsiae 1739. — *Aug. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 679 flg.*, *vergl. §. 197.*

325) *E. Thibaut*, System des Pandektenrechtes, §. 433, Note z. *Vgl. Tittmann*, diss. de competentia legum externarum etc. cap. III.

326) *Aug. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 682.*

327) *E. Rittermaier*, teutsches Privatrecht, §. 398, 414.

328) Daher irrt *J. B. Feuerbach*, Lehrbuch des penal. Rechtes, §. 457, wenn er die morgantische Ehe dem römischen Concubinat gleichsetzt.

329) *R. f. J. B. Preuß. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 836 flg.*; *bayerisches Landrecht, Th. 1, Cap. 6, u. a. m.*

330) *E. Heffter a. a. D. C. 96 flg.*

Die aus einer legitimen Ehe entspringenden Kinder sind selbst legitim. Nach dem Grundsatz: *pater est quem nuptiae demonstrant*³³¹), wird die Präsomption festgehalten, daß ein Kind, das nicht vor dem 182. Tage nach Abschluß, und nicht nach dem zehnten Monate nach Auflösung einer Ehe geboren wird, ein Kind dieses Vaters sei³³²). Es ist dieses eine *praesumptio iuris et de iure*; die der Vater nur durch den Beweis der Unmöglichkeit seiner ehelichen Beivohnung zu entkräften vermag. Weigert sich aber sonst der Mann, das Kind anzuerkennen, so kann ihn die Frau durch die *actio de partu agnoscendo* dazu nöthigen³³³). Das canonische Recht folgt hierbei den Bestimmungen des römischen Rechtes³³⁴), an welches sich auch die particularen Gesetzgebungen in der Hauptsache anschließen³³⁵).

Auch außerehelich gezeugte Kinder können in gewissem Umfange zu dem Rechte ehelicher durch nachfolgende Ehe ihrer Erzeuger gelangen (*legitimatō per subsequens matrimonium*)³³⁶). Um den Concubinat zu verdrängen und die Ehe der in demselben lebenden Personen zu befördern, bestimmte Constantin, daß durch Eingehung einer Ehe des Mannes mit der Concubine die Kinder zu legitimem erhoben werden sollten. Zeno, Anastasius, Justinus wiederholten die Vorschrift, und Justinian machte sie zu einer allgemeinen³³⁷). Die Annahme, daß hierbei die Fiktion leitend gewesen sei, als ob die im Concubinate Lebenden schon wirklich verheuratet gewesen, läßt sich nicht rechtfertigen³³⁸).

Der Concubinat ward übrigens mit der Zeit mehr und mehr gemißbilligt und gesetzlich verboten³³⁹), und eine Gleichstellung der Concubinentkinder (*liberi naturales*) mit anderen außerehelichen, aus einem Stuprum erzeugten (*spurii, vulgo quaesiti*) konnte nun wohl gerechtfertigt werden, da die früheren Vorzüge der *naturales* im Verhältniß zum Va-

331) L. 5. D. de in ius vocando. (2. 4.)

332) L. 12. D. de statu hominum. (1. 5.) L. 6. D. de his qui sui vel alieni iuris. (1. 6.) L. 3. §. 11. 12. D. de suis et legitimis. (38. 16.) C. 4. C. de posthumis. (6. 29.) — Ist ein Kind vor dem sechsten Monate geboren, und wird es vom Vater anerkannt, so gilt es ebenfalls für legitim. C. 11. C. de naturalibus liberis. (5. 27.) Nov. 89. cap. 8. §. 1.

333) C. Tit. Dig. XXV. 3. Die Klage ist auch utilis bei unehelicher Kindern rücksichtlich der Alimentation derselben zulässig.

334) Wegen des Beweises selbst s. m. Walter, Kirchenrecht, §. 312.

335) M. s. z. B. preuß. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 2, §. 1—7, und v. reiche Literatur bei Simson, *quaestionum ex iure Prussorum civili specimen* (Dissertationschrift). Regimontii 1840, 8.

336) Georg Jordens, *de legitimatione disp. II. Trai. ad Rhe. 1742, 1743*, und bei Fellenberg, *iurisprud. antiqua*, T. II. nr. XVI — Dietz, *Beitrag zur Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe* Halle 1832, 8.

337) C. 5. 6. 7. 10. 11. C. de naturalibus liberis. (5. 27.) §. 13. de nuptiis. (1. 10.) Nov. 12. cap. 4. Nov. 18. cap. 11. Nov. 74. ca. 1. Nov. 78. cap. 4. Nov. 89. cap. 8.

338) S. Pryn, *ob die Legitimation außer der Ehe geborener Kinder in einer römischen Erbschaft gründe?* Rostock 1777, 4. Thibaut, *Rechtslehre*, Bb. 1, Nr. 10.

339) S. ben Art. Concubinat, Bb. 2, C. 772 fig.

ter u. s. w. weggefallen waren. Das canonische Recht erkennt daher auch erweitert die Legitimation der unehelichen Kinder durch nachfolgende Ehe an³⁴⁰⁾. Der Einfluß des geistlichen Rechtes übte auch die entgegenstehende Ansicht des weltlichen, welches den Legitimierten alle Vorzüge bestreiten wollte, und bewirkte, daß auch die weltlichen Gerichte das Recht der „Beeheten“ anerkannten. So der Schwabenspiegel im Art. 378, und besonders der vermehrte Sachsenspiegel, Buch 1, Cap. 3, Distinctio 1: „Nu werdin ouch Kinder geboren naturalich, das sint die, wo ein ledik wip und ein ledik man, oder eine ledige dirne mit einer ledigen knechte sich zu sampan mischen, also das sie, an alle globde, naturaliche liebe beginnen, Kinder mit enander zu habin. Noch der Kinder geburt nemen sich zu der E. Die Kinder sint von gotis wegen und bapstlicher gesetzte geet, und nemen erbetil an ihres vaders und muter gute.“ Bei der Entscheidung dieser Frage statuirte aber Alexander III.³⁴¹⁾ eine Ausnahme, bezüglich der im Ehebruche erzeugten Kinder, über deren jetzige Geltung die Meinungen getheilt sind. Manche erklären, die Legitimation der adulterini sei hier darum ausgeschlossen, weil zur Zeit der Abfassung dieser Decretale die Ehe zwischen Ehebrecher und Ehebrecherin überhaupt verboten gewesen³⁴²⁾. Da dieß jedoch nicht richtig ist³⁴³⁾, hat man die Ausnahme auf den auch später unterfragten Fall des Ehebruchs beschränkt, nämlich wenn der Ehebrecher dem anderen Theile nach dem Leben getrachtet³⁴⁴⁾. Dagegen erklären Andere, und zwar die Meisten, die Ausnahme dadurch, daß nach der Intention des Gesetzes und dem Geiste der Legitimation überhaupt zur Zeit der Erzeugung oder Geburt des Kindes außer der Ehe, wenigstens die Möglichkeit der Ehe zwischen den Eltern dieses Kindes vorhanden sein müsse³⁴⁵⁾, und zwar schlechthin oder in Folge einer Dispensation (wie bei Incestuosen), daß daher adulterini nicht legitimirt werden können, weil zur Zeit der Geburt derselben die bereits bestehende Ehe mit einer anderen Ehe unvereinbar gewesen. Auch jetzt sind die Meinungen der Juristen noch nicht ausgeglichen, und die Praxis selbst ist verschieden. Die Ansicht, welche in den Fällen, wo der Ehebruch jetzt

340) C. c. 1. 6. 9. X. qui filii sint legitimi. (4. 17.)

341) C. 6. X. cit. Si autem vir, vivente uxore sua, aliam cognoverit, et ex ea prolem susceperit, licet post mortem uxoris eandem duxerit, nihilominus spurius erit filius et ab hereditate repellendus, praesertim si in mortem uxoris prioris alteruter eorum aliquid fuerit machinatus: quoniam matrimonium legitimum inter se contrahere non potuerunt.

342) So J. H. Böhmer ad c. 6. X. cit., desgleichen in der dissert. de legitimatione ex coitu damnato natorum (Halae 1727, 4.), in den Exercitat. ad Pandectas T. I. nr. XX. p. 865 sq., und ius eccl. Prot. lib. IV. tit. XVII.

343) S. oben Anm. 197 fg. Vgl. Schrader, Abhandlungen aus dem Civilrechte, Bd. 1, Nr. 1.

344) S. Schweikart, disp. de matrimonii vi in liberis adulterinis legitimandis non deficiente. Regismonti 1823, 8.

345) S. van Espen, ius eccl. univ. P. II. tit. X. cap. IV. Salter, Lehrbuch des Kirchenrechtes, §. 311, und der daselbst cit. Benedict XIV. u. a. m.

kein Ehehinderniß mehr bildet, die Legitimation zuläßt, hat in neuerer Zeit mehr Anhang gefunden³⁴⁶).

Die nachfolgende Ehe hat übrigens die legitimirende Wirkung an sich, und es bedarf dazu jetzt nicht mehr des Consensus der Kinder³⁴⁷), während nach römischem Rechte derselbe erforderlich war, da *homines sui iuris* in eine bisher nicht vorhandene *potestas* geriethen. Nothwendig ist indessen die wirkliche Ehe, nicht das bloße Verlöbniß³⁴⁸), denn Brautkinder sind nicht legitim³⁴⁹). Als solche gelten aber nicht diejenigen, welche vor der wirklichen Eingehung der Ehe concipirt, jedoch erst während bereits bestehender Ehe geboren wurden.

Die Legitimität der Kinder ist Folge einer wirklichen Ehe. Es kann daher zweifelhaft scheinen, ob dieselbe auch dann behauptet werden könne, wenn nur eine vermeintliche Ehe (*matrimonium putativum*) vorhanden ist, d. h. eine solche, die von den Contrahenten *bona fide* eingegangen worden, aber später als unzulässig erscheint. Nach der gewöhnlichen Ansicht hat der Theil, welcher das der Ehe entgegenstehende Hinderniß nicht kannte, alle Rechte eines wahren Ehegatten, und die Kinder erscheinen in Beziehung auf beide Gatten als rechtmäßige³⁵⁰). Indessen muß man die Grundsätze des römischen und canonischen Rechtes hier sondern, denn nach jenem muß quellenmäßig wohl das Gegentheil behauptet werden³⁵¹), während das canonische Recht allerdings solchen Kindern das Prädicat von legitimen beilegt³⁵²), was auch neuere Gesetzgebungen anerkannt haben³⁵³).

Das rechtliche Verhältniß der Kinder zu den Eltern im Einzelnen ergibt sich theils aus der Natur der Sache, theils aus der Pietät und dem Gehorsame³⁵⁴). Die Kinder haben Anspruch auf Namen, Stand

346) S. Anm. 344 cit. Schweikart. Dieß, Anm. 336 cit. Eichhorn, Kirchenrecht, Th. 2, S. 451. Mühlenbruch, *doctrina Pandectarum*, T. II. §. 294. not. 2. In Preußen anerkannt, s. Rescr. vom 28. Februar 1818; desgleichen vom Oberappellationsgerichte zu Darmstadt, s. Bopp, Mittheilungen aus den Materialien der Gesetzgebung und Rechtspflege des Großherzogthums Hessen, Bd. 1, S. 54 flg. (Darmstadt 1830, 8.)

347) S. aber v. Buchholz, ist bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe die Einwilligung der Kinder nothwendig? in den juristischen Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen römischen Rechtes (Königsberg 1833, 8.), Nr. 18. Vergl. dazu die Rescripte in Schundt's Jahrbüchern der juristischen Literatur, 1833, Bd. 22, S. 1, S. 47—50.

348) S. Revius cit. bei Thibaut, System des Pandektenrechtes, §. 483, Note c.

349) Peffter, die Ebsolgerechte der Mantelkinder, §. 29, S. 163 flg.

350) S. z. B. Thibaut a. a. D. §. 409; Mackelben, Lehrbuch des heutigen römischen Rechtes, §. 230, u. a. m.

351) S. v. Buchholz, können Kinder aus einer putativen Ehe für legitime Kinder gelten? in den jurist. Abhandlungen Nr. 13.

352) C. 8. 10. 14. X. qui filii sint legitimi. (4. 17.) Doch durfte das Aufgebot nicht unterlassen sein. S. c. 3. §. 1. X. de clandestina desponsat. (4. 3.)

353) S. preuß. L.-R., Th. 2, Tit. 2, §. 50 flg.; österr. Gesetzbuch, Art. 160; Code civil art. 201, 202.

354) W. vergl. Thibaut a. a. D. §. 347 flg.; Mühlenbruch, §. 259; Rittermaier a. a. D. §. 361 flg. und a. a. D.

des Vaters, Landesmäßigen Unterhalt u. s. w., worüber schon das gemeine Recht, und insbesondere die particularn Gesetzgebungen nähere Bestimmungen enthalten³⁵⁵). Als bedeutungsvoll ist hier besonders die Stellung der Eltern rücksichtlich der Erziehung der Kinder ins Auge zu fassen.

Die nächste Entscheidung über diesen Gegenstand gebührte nach römischem Rechte dem Vater wegen seiner potestas, und nicht minder nach deutschem Rechte wegen des Mundtums. Beide Begriffe, obgleich verschieden, schmolzen in der Anwendung jedoch mehr zusammen, zumal seit das römische Recht in Deutschland größeren Einfluß gewann. Indessen hatte auch das Christenthum, die Kirche und die Volkssitte die Strenge des Rechtes modificirt, und der Mutter neben dem Vater eine verhältnißmäßige Mitwirkung erworben. Dies hat denn die Feststellung des particularen Rechtes mit bestimmt, während freilich das gemeine Recht die alte Regel im Ganzen aufrecht erhalten hat. Demnach bestimmt der Vater, und die Mutter wird mit ihrer beratenden Stimme vernommen, Was namentlich die religiöse Erziehung der Kinder betrifft³⁵⁶), so hat der Vater darüber bis zu dem Alter des Kindes, in welchem dieses sich selbst bestimmen kann (annus discretionis), Entscheidung zu treffen. Sind die Eltern derselben Confession zugethan, so wird ein weiteres Bedenken in der Regel nicht stattfinden³⁵⁷); anders aber, wenn die Ehe eine gemischte ist³⁵⁸). Als gemeines Recht ist die Bestimmung des Vaters bis zum Discretionsjahre des Kindes anzuerkennen. Dieses Jahr ist bei den Evangelischen gemäß eines Conclusums des Corpus Evangelicorum vom 22. April 1752 das vierzehnte³⁵⁹), während die Katholiken ein festes Jahr nicht angenommen haben, daher auch die Landesgesetze von einander abweichen³⁶⁰), und das 16., 18., 21. Jahr vorschreiben. Das allgemeine Recht des Vaters kann aber nach manchen Gesetzen durch besondere Verabredung beschränkt werden, so nämlich, daß die Eltern sich durch ein eigenes Pactum über diesen Punkt vereinbaren. Dies ist der Fall in Bayern, Baden, Kurfürstenthum und Großherzogthum Hessen, Mecklenburg, Württemberg u. a. Dabei ist denn mitunter vorgeschrieben, daß solche Verträge nur vor Abschluß der Ehe statthaft sind, während bisweilen auch während der Ehe unter gewissen Beschränkungen dergleichen

355) E. §. B. allg. L.R., Th. 2, Tit. 2, §. 58 flg.

356) E. Dürr, *disa. de potestate patris circa religionem liberorum*. Moguntiae 1755, 4., und in Schmidt, *thesaurus iuris eocl.*, T. VI. nr. XVIII. Strube, *rechtliche Bedenken*, Bd. 1, Bedenken CXLIV.

357) Indessen kann ein solches doch eintreten, wenn §. B. jüdische Eltern nicht einig sind, ob das Kind jüdisch oder christlich erzogen werden soll.

358) E. die oben Anm. 217 cit. Schriften. Dazu Rittermaier, *Bemerkungen über die neueste deutsche Gesetzgebung in Bezug auf religiöse Erziehung der Kinder aus gemischten Ehen*, in *Elvers' Themis*, Bd. 1, S. 1, Nr. 1, verb. mit Dessenem deutschem Privatrecht, §. 115. E. auch *Sammlung einiger Landesgesetze über gemischte Ehen*. Berlin 1838, 8. (aus v. Kampfs Jahrbüchern der preuß. Gesetzgebung, Heft 101, besonders abgedruckt).

359) E. den Art. Confirmation, Bd. 2, S. 927, Anm. 68.

360) E. Frey, *kritischer Commentar über das Kirchenrecht*, Th. 3, §. 216.

erlaubt werden, wie im Königeiche Sachsen nach dem Besetze vom 1. Nov. 1836. Dagegen verblieben andere Gesetze wieder dergleichen Vereinbarungen, wie das preussische und hannoversche Recht, und schreiben eine feste Norm vor, oder gestatten den Eltern sich darüber zu vereinigen, ohne sich aber binden zu können. So verordnet das preuß. Recht, daß die Kinder der Religion des Vaters folgen sollen, wenn nicht der Wille der Eltern ein Anderes fordert (Allg. L.-R., Th. 2, Tit. 2, §. 77, 78; Edict vom 21. Nov. 1808 und 17. Aug. 1823). Nach andere schreiben vor; daß die Kinder getheilt dem Geschlechte der Eltern folgen (so früher das preuß. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 2, §. 76; Kurheffen, Bayern u. v. a.).

Die in Preußen beliebte Anordnung hat viele Gegner, aber auch Vertheidiger gefunden, und scheint in der That wohl geeignet, in dieser in vieler Hinsicht so schwierigen Angelegenheit als Muster dienen zu können³⁶¹).

Wegen der Erziehung unehelicher Kinder hat die Mutter zu bestimmen, insofern nicht wegen gewisser Rücksichten Beschränkungen bestehen, so wenn der Vater des Kindes ein Christ ist³⁶²).

6) Auflösung der Ehe.

Zum Begriffe der Ehe gehört die fortbauende Gemeinschaft, die Unauflöslichkeit. Eine Aufhebung der Ehe kann daher nur Folge einer physischen oder moralischen Unmöglichkeit ihres Fortbestehens sein. Eine Auflösung erfolgt deshalb ipso iure durch den Tod³⁶³). Nach römischem Rechte hatte auch der bürgerliche Tod diese Wirkung, jedoch verschieden bei der *capitis diminutio maxima* und *media*; denn während jene durch Vernichtung der juristischen Person des Individuums die Ehe selbst zugleich zerstörte, wenn nicht der andere Theil das Gegentheil wollte³⁶⁴), konnte bei der *capitis diminutio media* doch noch eine Restitution des verlorenen status erfolgen, und so durfte die Ehe auch nur als eine ihrer Wirkung nach suspendirte betrachtet werden. Daher konnte auch bei der Kriegsgefangenschaft des Mannes die zurückbleibende Frau nur nach älterem Rechte in 5 Jahren, nach späterem Rechte dagegen erst dann eine neue Ehe eingehen, wenn der Tod des gefangenen Mannes feststand³⁶⁵). Das neuere Recht stimmt mit gewissen Modificationen überein (s. unten).

Wenn eine Ehe nicht wirklich geworden, kann sie natürlich auch nicht

361) M. f. Eichhorn, Kirchenrecht, Bb. 2, S. 227, 228. Vgl. meine Anzeige von Ammon's Schrift über die gemischten Ehen in den Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik, 1839, Bb. 2, Nr. 18, 19.

362) S. z. B. preuß. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 2, §. 642, 643. Min.-Verordn. vom 11. April 1823. Gab.-Ordre, v. 21. Nov. 1834 (v. Kampff, Jahrbücher, Bb. 21, S. 248; Bb. 44, S. 353, 354).

363) S. aber noch unten Abschnitt 7.

364) *Matrimonium quidem deportatione vel aquae et ignis interdicione non solvitur, si casus in quem maritus incidit non mutat uxoris affectum.* C. 1. C. de repudiis. (5. 17.) Vgl. c. 24. C. de donat. inter V. et U. (5. 16.)

365) C. 7. C. de repudiis (5. 17.), verb. L. 8. 12. 14: §. 1. D. de captivis. (49. 15.) Nov. 22. cap. 7. Nov. 117. cap. 11.

aufgelöst werden; indessen kann die Declaration ihrer Nichtexistenz erforderlich sein, und dieses ist eigentlich der Fall bei der Nullität einer Ehe. Anders ist es dagegen, wenn eine Ehe in der That eingegangen ward, aber im Verlaufe der Zeit aufhörte Ehe zu sein. Hier tritt eine Auflösung ein, Scheidung der Ehe.

Nullität der Ehe.

Da die Ehe als gesetzmäßige immer nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen mit Erfolg eingegangen werden kann, so ist dieselbe eigentlich gar nicht vorhanden, wenn diese Voraussetzungen fehlen. Es ist ein bloß factisches, kein rechtliches Verhältniß (*matrimonium nullum*). Sind die mangelnden Requisite aber von der Art, daß sie noch später erwirkt werden können, so wird die Ehe durch deren Nachholung eine rechtliche; ist dieß hingegen nicht der Fall, dann muß das factische Verhältniß vernichtet werden. Die Scheinehe wird für null erklärt. Die einzelnen hier in Betracht kommenden Gründe sind oben im dritten Abschnitte nachgewiesen. Es entscheiden also die trennenden, nicht zu beseitigenden Ehehindernisse. Sind dieses Privatimpedimente, so kann nur der verletzte Theil dieselben geltend machen, aber auch darauf verzichten, was stillschweigend durch fortgesetzte Geschlechtsgemeinschaft, nachdem die Kenntniß des Hindernisses erlangt worden, geschieht³⁶⁶). Der Beweis der Nullität kann übrigens nicht durch bloßes Geständniß oder deservirten Eid, sondern nur durch Augenschein und andere in concreto geeignete Mittel hergestellt werden³⁶⁷). Ist das trennende Hinderniß ein öffentliches, so können nicht nur die Gatten, sondern auch jeder Dritte die Klage anbringen, und der Richter ist selbst *ex officio* verpflichtet, darüber eine Untersuchung anzustellen³⁶⁸). Hinsichtlich der Beweisführung ergeben sich auch hier gewisse Beschränkungen beim Gebrauche des Geständnisses und Eides. Insofern nämlich die Gefahr einer Collusion vorhanden ist, können diese Mittel nicht zur Anwendung kommen³⁶⁹); sonst aber werden selbst solche Personen als Zeugen vernommen, die in anderen Fällen suspect oder sogar unzulässig sein würden, wie nahe Verwandte u. s. w., vorausgesetzt nur, daß nicht allgemeine Verdachtsgründe gegen sie sprechen³⁷⁰).

Ueber das ganze Verfahren hat Benedict XIV. in der Constitution: *Dei miseratione*, vom 3. Nov. 1741, nähere Bestimmungen erlassen³⁷¹). Hiernach sollen Nullitätsklagen nur vor dem Bischöfe oder dem Syno-

366) S. die oben Anm. 89 cit. Stellen. Verb. c. 4. X. qui matrimonium accusare possunt. (4. 18.)

367) Vgl. Eichhorn, Kirchenrecht, Bd. 2, S. 313, 347, 457.

368) Can. XXXV. qu. VI. C. 2. 6. X. qui matrimonium accusare possunt. (4. 18.) C. 7. X. de cognatione spirituali. (4. 11.) — C. 3. X. de divortis. (4. 19.)

369) Mehr sagt nicht c. 5. X. de eo qui cognovit consanguineam (4. 18.), und mit Unrecht ist öfter die Anwendbarkeit dieser Mittel Seitens der Ehegatten allgemein ausgeschlossen worden. W. vergl. darüber die weitere Ausführung im Art. Eid.

370) C. 3. C. XXXV. qu. VI. C. 3. X. qui matrim. accusare. (4. 18.) Vgl. c. 22. X. de testibus. (2. 20.)

371) Bullar. Magnum. T. XVI. p. 48 sq.

Bälgerichte verhandelt werden. An der Verhandlung soll ein Vertreter der Giltigkeit der Ehe (defensor matrimonii), für welche überhaupt im Zweifel zu sprechen ist³⁷²), Theil nehmen. Wird gegen Aufrechthaltung einer Ehe entschieden, so soll der Defensor auch gegen den Willen der Parteien ex officio das Rechtsmittel ergeissen und in ähnlicher Weise auch bei den folgenden Instanzen fungiren.

Ist die Nullität gegründet, so wird die Ehe aufgehoben, und zwar ex tunc, d. h. bis auf den Anfang hin³⁷³), wenn nicht ein matrimonium putativum bestand (s. oben Anm. 350—353). Die bisher verheurratheten Personen sind jetzt wieder frei und können eine neue Ehe schließen; doch geht das Nullitätsurtheil nicht dergestalt in Rechtskraft über, daß es nicht wieder angefochten und den Umständen nach aufgehoben werden könnte, da es sich um eine causa publica handelt³⁷⁴). Sollte daher in Folge einer Herstellung der ersten annullirten Ehe die später geschlossene zweite Ehe annullirt werden müssen, so würde diese in ihren Folgen als ein matrimonium putativum zu beurtheilen sein³⁷⁵).

Die evangelische Kirche und die Particularrechte^{376a}), folgen im Ganzen diesen Grundsätzen, die aber doch in der Anwendung besondere Schwierigkeiten machen, nämlich bei gemischten Ehen und dann, wenn die Principien des Staates und der Kirche nicht harmoniren. Ist eine Ehe nec legitimum, nec ratum, so wird immer das Nullitätsurtheil unbedenklich scheinen, es möge vom geistlichen oder weltlichen Richter gefällt werden. Ist dagegen eine Ehe legitimum nec ratum, und hat der geistliche Richter die Cognition, dann entsteht Bedenken, und eine Ausgleichung der Ehegesetzgebung wird hier dringendes Bedürfnis. Nach der preussischen Constitution vom 25. August 1796, §. 4, soll das canonische Recht von den geistlichen Gerichten bei rein katholischen Ehen hinsichtlich der Annullirung gebraucht werden^{376b}). Das Rescript vom 17. Juli 1800, Nr. 12, bestimmt aber, daß in solchen Collisionsfällen das preuß. Recht vorgehe³⁷⁷). Daher ward auch im Jahre 1816 eine zweite nach Annullirung einer ersten geschlossenen und nach Herstellung derselben selbst vom geistlichen Gerichte annullirte Ehe als bürgerlich noch bestehend anerkannt³⁷⁸).

Ehescheidung.

Eine wirklich giltige Ehe wird aufgelöst durch Scheidung. Die Grundsätze darüber sind in den verschiedenen Rechten sehr abweichend.

372) C. 26. X. de sentent. et re iudic. (2. 27.) C. 1. X. de consanguin. (4. 14.)

373) C. 5. X. de donat. inter V. et U. (4. 20.)

374) C. 7. 11. X. de sent. et re iud. (2. 27.) C. 5. 6. X. de frigidis et malefic. (4. 15.)

375) S. Eichhorn, Bd. 2, S. 460, 461. S. Anm. 378.

375a) S. z. B. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 962 flg. Code civil art. 201, 202.

376) E man, westpreuß. Provinzialrecht, Bd. 2, S. 372.

377) E man a. a. D. S. 433.

378) Rescript vom 10. October 1816 (v. Kampe, Jahrbücher der preuß. Gesetzgebung, Bd. 8, S. 239).

Obgleich das römische Recht³⁷⁹⁾ die Ehe in ihrer höchsten Bedeutung nicht verkannte, so wollte es doch der Frömmigkeit des Willens so wie der Begründung auch bei der Beendigung derselben möglichsten Vorschub thun und höchstens indirect oder von der religiösen Seite her die Dauer des Bündnisses sichern. Lange wirkte auch die Sitte vortheilhaft, wenigstens insofern, als nicht grundlose Scheidungen vorkamen, denn die Scheidung des Carvilius Ruga³⁸⁰⁾ im Jahre Roms 523 war gewiß nicht die erste, aber doch wohl das erste Beispiel einer calumniosen Trennung, welche Veranlassung ward, sich durch *cautiones rei uxoriae* wegen der Rückgabe des Vermögens der Frau gegen Willkürlichkeiten des Mannes zu sichern. Die Scheidung selbst war übrigens ein bloßer *privatact*, jedoch nicht ohne bestimmte Formen; denn bei der strengen Civilheirath war die *diffarreatio* bei der consecrirten Ehe nöthig, so wie eine *remancipatio* bei der Coemptio, und bei der freien Ehe verordnete die *lex Julia de adulteriis* die Anwendung der schriftlichen Erklärung vor Zeugen. Im Allgemeinen war es auch gleichgiltig, ob die Scheidung von einer oder von beiden Seiten verlangt wurde, und ob genügende Gründe dazu vorhanden waren oder nicht, und nur insofern zeigte sich eine Verschiedenheit, als bei einseitiger Trennung ohne *iusta causa* den schuldigen Theil gewisse Vermögensnachtheile trafen. Später erfuhren diese Grundsätze aber bedeutende Modificationen, denn eine willkürliche Trennung, wenn auch mit Uebereinstimmung beider Theile (*divortium bona gratia*), sollte nicht mehr statthaft sein³⁸¹⁾, und eine einseitige Scheidung (ob *indignationem*) sollte stets nur *ex iusta causa* erfolgen, wozu gerechnet wird: Conspiration gegen den Staat, wenn Einer dem Andern nach dem Leben trachtet oder gegen gefährliche Nachstellungen nicht schützt, wenn die Frau sich heimlich aus dem Hause entfernt, eigenmächtig öffentlichen Schauspielen betwohnt, mit Männern Zusammenkünfte hält oder badet, so wie wenn der Mann die Frau zu verkuppeln sucht, sie fälschlich des Ehebruchs anklagt, und selbst nach zweimaliger Warnung den ungeziemenden Umgang mit anderen Frauen nicht aufgibt³⁸²⁾, u. a. m. Diese Bestimmungen waren indessen nur Ausfluß einer *lex minus quam perfecta*, indem eine dagegen bewirkte Scheidung doch anerkannt blieb und nur Strafe eintrat³⁸³⁾.

Bei den Juden war die Scheidung gleichfalls freigestellt; denn wenn

379) Wächter, über Ehescheidungen bei den Römern. Stuttgart 1822, 8. Hefte, Güterrecht der Ehegatten, Bd. 1, §. 40 flg., S. 129 flg.

380) v. Savigny, über die erste Ehescheidung zu Rom; in den Abhandlungen der berliner Akademie der Wissenschaften für d. J. 1814—1815 (Berlin 1817, 4.), S. 61—66, wiederholt mit Zusätzen in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft, Bd. 5, Nr. 7.

381) Nov. 134. cap. 10. 11. (Nov. 140, nach welcher das ältere Recht hergestellt werden sollte, kommt hier nicht in Betracht, da sie von Justinian's Nachfolger herrührt und überdies nicht glossirt ist.)

382) Nov. 117. cap. 8—14.

383) C. C. un. §. 7. C. de rei uxoriae actione. (5. 13.) C. 12. §. 1. C. qui potiores in pignore (8. 18.) u. a.

ein Mann seine Frau um eines Klebs willen³⁸⁴) nicht mehr behalten wollte, durfte er ihr einen Scheidebrief geben und sie entlassen. Was unter dem Klebshaften zu verstehen sei, darüber war man um Christi Zeit nicht einig, und es stritten deshalb die Schulen des Schammai und Hillel. Jene erklärten den Ausdruck durch: Unanständigkeit in That und Wort, die Hillelianer dagegen deuteten ihn von Allem, was irgend missfällig und unangenehm wäre, und diese letztere Ansicht fand mehr Beifall. Beides ward von Christus verworfen, und vielmehr gelehrt, daß eine Scheidung nie nach menschlichem Willen erfolgen solle. Nur um des Ehebruchs willen (*ἐν μορῆς*) dürfe sich der Mann vom Weibe scheiden³⁸⁵); sonst aber sind die Gatten nicht zwei, sondern ein Fleisch, und was Gott zusammengefügt, soll der Mensch nicht trennen. Insbesondere wird auch die nach willkürlicher Trennung erfolgte Wiederverheirathung gemißbilligt³⁸⁶), was auch die Apostel des Herrn wiederholen³⁸⁷). Ueber die Auslegung und Anwendung der biblischen Aussprüche entstanden bald verschiedene Ansichten, welche eine abweichende Praxis veranlaßten. Auf zwei Punkte mußte es hier aber ankommen, nämlich welche Gründe zur Scheidung hinreichend seien, und ob nach erfolgter Scheidung eine neue Ehe geschlossen werden dürfe.

Christus hatte erklärt, Scheidung könne nur stattfinden *ἐν μορῆς*. Darunter verstand man bald nur den Ehebruch im strengsten Sinne, bald dehnte man diesen Ausdruck auf andere Vergehen aus, indem man eine *moechia carnalis* und *spiritualis* unterschied³⁸⁸). Darüber, ob der vom Ehebrecher geschiedene unschuldige Theil eine neue Ehe eingehen könne, bildete sich eine entgegengesetzte Ansicht. Manche gestatteten die Wiederverheirathung³⁸⁹), Andere verwarfen sie³⁹⁰). Im vierten Jahrhundert war auch darüber noch keine feste Regel; denn während das Concil von Eliberis von 313 der geschiedenen Frau die neue Ehe verbietet, gibt das Concil zu Arles von 314 dem Manne den Rath, während des Lebens der ehebrecherischen Frau sich nicht wieder zu vermählen³⁹¹). —

384) *Eravath dabar*, 5. Mosis 24, 1., durch die Septuaginta übersezt: *ἀσχημον προῶμα*, Vulgata: *propter aliquam foeditatem*, bei Luther: *um einer Unlust willen*; vergl. überhaupt *Iholuc*, Auslegung der Bergpredigt Christi, S. 245 fg.

385) Ev. Matth. 5, 31. u. 32.; 19, 8. u. 9., vergl. 1. fg.

386) S. die vorige Anm. verb. Marci 10, 2. fg.; Lucä 16, 18.

387) Römer 7, 3. 1. Corinthher 7, 10., 11., 39. Epheser 5, 28. fg.

388) So *Hermas Pastor mandat. IV.* (c. 6. Can. XXXVIII. qu. I. vgl. c. 7. C. XXXIV. qu. I. II.): *Non solum moechatio est illius, quae carnem suam coinquinat, sed etiam quae simulacrum facit moechatur.* C. 11. Can. XXXII. qu. IV. (Augustin.), und die Kirchenväter zu Matth. 5, 31. u. 32. S. Anm. 408.

389) S. *Ambrosiaster ad 1. Corinth. 7, 15.* (c. 17. C. XXXII. qu. VII.) S. Anm. 391. *Epiphanius advers. haeres. cap. LIX. nr. 4.* S. auch *Constit. Apostol. lib. VI. cap. 15 u. a.*

390) *Hermas not. 388 cit. Tertullian. de patientia cap. XXII. u. a. a. D. Hieronymus in c. 7. Can. XXXII. qu. VII.*

391) C. 8. 9. *Conc. Eliberit. in c. 8. C. XXXII. qu. VII.* — *Concil. Arelat. c. 10.* (Willeicht ist hier auch nur der Unterschied brüder Geschlechter

Entscheidend ward jedoch die Autorität Augustin's. In der Schrift *de fide et operibus*, lib. IV. cap. 19, drückt er sich noch zweifelnd aus: *Quisquis etiam uxorem in adulterio deprehensam dimiserit et aliam duxerit, non videtur aequandus eis, qui excepta causa adulterii dimittunt et ducunt. Et in ipsis divinis sententiis ita obscurum est, utrum et iste, cui quidem sine dubio adulteram licet dimittere, adulter tamen habeatur, si alteram duxerit, ut quantum existimo, venialiter ibi quisque fallatur.* Mit Bestimmtheit äußert er sich dagegen in der Erklärung der Bergpredigt, in der Schrift *de coniugiis adulterinis* u. a. m.³⁹²⁾, daß ein Geschiedener bei Lebzeiten des andern Theiles nicht wieder heurathen dürfe, da das *vinculum* der Ehe erst durch den Tod aufgelöst werde. Diese Ansicht ward in der späteren Gesetzgebung festgehalten³⁹³⁾ und ist vom Concil von Trident' bestätigt worden³⁹⁴⁾.

Die kirchliche Lehre ward aber keineswegs sofort praktisch, indem sowohl im römischen Reiche, als bei den Germanen zweite Ehen der Geschiedenen fortwährend vorkommen, auch gesetzlich wirksam sind³⁹⁵⁾. Die Kirche ertheilte stets den Rath, unvermählt zu bleiben, suchte auch durch Aufserlegung von Pönitenzen einzuwirken, und hat seit dem zwölften Jahrhundert das Princip zur allgemeinen Geltung gebracht. Die griechische Kirche folgte jedoch demselben nicht und gestattete wegen Ehebruches eine Scheidung *quoad vinculum matrimonii*³⁹⁶⁾. Vergebens bemühte man sich zu Rom bei den Unionsversuchen die Griechen zur Annahme der katholischen Praxis zu bewegen, und so sah man sich auch zu Trident genöthigt, die Lehre selbst mit besonderer Vorsicht zu fixiren. Man hatte anfangs die Absicht, dieselbe dogmatisch zu bestimmen mit den Worten: *Si quis dixerit, matrimonium in casu adulterii solvi posse, anathema sit*, ließ aber der Griechen wegen davon ab, und faßte den Satz also: *Si quis dixerit, ecclesiam errare, cum docuit et docet, iuxta evangelicam et apostolicam doctrinam propter adulterium alterius coniugum matrimonii vinculum non posse dissolvi, et utrumque, vel etiam innocentem, qui causam adulterio non dedit, non posse, altero coniuge vivente, aliud matrimonium contrahere, moecharique eorum, qui dimissa adultera, aliam duxerit, et eam, quae dimisso adultero, alii nupsarit, anathema sit*³⁹⁷⁾. Man hat

hervorgehoben, da man geneigt war, nur der Frau, nicht dem Manne die zweite Ehe zu untersagen; worauf auch die Anm. 389 cit. Stelle des Ambrosiaster hinführt: *Non subdit de viro, quod de uxore praemisit, quia viro licet ducere aliam.*)

392) Bei Gratian in c. 1 sq. 6. 10. Can. XXXII. qu. VII.

393) C. 3. B. c. 2. 7. X. de divortiiis (4. 19.) u. v. a.

394) Sess. XXIV. can. 7 de sacram. matrim.

395) S. Eichhorn, Kirchenrecht, Bd. 2, S. 465 flg.

396) S. die Belege bei Walter, §. 315.

397) R. vergl. über die Verhandlungen Pallavicini, historia Conc. Trid. lib. XXII. cap. 4.

daher erklärt, es sei dieses kein eigentliches Dogma, aber auch nicht bloße Disciplin, sondern ein doctrineller Satz³⁹⁸).

Von der Regel, daß eine Ehe quoad vinculum nicht durch Scheidung aufgelöst werden könne, statuirte die katholische Kirche aber noch folgende Ausnahmen:

a) Wenn von zwei nicht christlichen Ehegatten der eine sich zum Christenthum bekehrt, der andere aber die Ehe nicht friedlich fortsetzen will, dann ist jener im Falle der Scheidung vom Bande gelöst. Dieser von der katholischen Kirche auf 1. Corinther 7, 12. fig. basirte Grundsatz³⁹⁹) ist öfter bezweifelt worden, jedoch in Folge wiederholter Erklärungen der römischen Bischöfe, dann auch wieder vertheidigt⁴⁰⁰). Für den umgekehrten Fall, wenn von zwei christlichen Gatten der eine den Glauben aufgibt, gilt dieß aber nicht⁴⁰¹), und am allerwenigsten würde diese Regel auf das Verhältniß bei einer gemischten Ehe anwendbar erscheinen⁴⁰²).

b) Wenn bei einem matrimonium ratum vor der Consummation der eine Theil das feierliche Gelübde der Keuschheit ablegt, so wird dadurch das Eheband gelöst⁴⁰³). Ist dagegen schon eheliche Beiwohnung erfolgt, so kann nur mit Einwilligung des anderen Theiles die Ehe aufgehoben werden, das vinculum bleibt aber bestehen und eine Wiederverheurathung des nicht Profess leistenden Theiles ist unzulässig⁴⁰⁴).

Der eigentliche Grund, auf welchem die Unauflöslichkeit der Ehe dem Bande nach in der katholischen Kirche beruht, ist bestritten. Bald hat man angenommen, diese Wirkung folge aus dem Begriffe der Ehe selbst, bald, sie sei mit der Sacramentalität der Ehe verbunden⁴⁰⁵). Die letztere Annahme würde immer das große Bedenken gegen sich haben, als ob es wirkliche Ehen in der katholischen Kirche geben könne, welche nicht Sacramente seien⁴⁰⁶).

398) S. Kopp, die katholische Kirche im neunzehnten Jahrhundert (Münch 1830, 8.), S. 358 fig., S. 397.

399) S. Can. XXVIII. qu. I. C. 7. 8. X. de divortia. (4. 19.)

400) S. Benedict. XIV. de baptismo Indaeorum d. a. 1747, §. 58 u. a.; de synodo dioecésana lib. VI. cap. IV. lib. XIII. cap. XXI. Bergg, über das Eheband. Eine dogmatisch-kirchenrechtliche Abhandlung über 1. Corinther 7, 15. Münster 1829, 8. Binterim, quaestio de libertate coniugis infidelis, factus fidelis, si infidelis alter recusat cohabitare pacifico nec sine contumelia creatoris. Confluentibus 1834, 8.

401) C. 7. X. de divortia. (4. 19.)

402) S. den unten Anm. 419 cit. Biedenfeld S. 30 (vergl. meine Anzeige in Richter's krit. Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft, 1837, Bd. 2, S. 1014).

403) C. 27. 28. Can. XXVII. qu. II. C. 2. 7. 14. X. de conversione coniugatorum (3. 32.) u. a. m. Conc. Trident. sess. XXIV. can. 6. de sacram. matrim.

404) C. 19. 21. 22. 25. 26. Can. XXVII. qu. II. C. 4. 7. 8. 13. 18. X. de convers. coniug. (3. 32.)

405) Vergl. c. 7. X. de divortia. (4. 19.) Conc. Trid. sess. XXIV. de ref. matr. sub init. — Walter, §. 313. Eichhorn, Bd. 2, S. 481, 482.

406) S. oben Anm. 279. Uhllein, in Weiß' Archiv der Kirchenrechtswissenschaft, Bd. 5, p. 3 u. 4, S. 263.

Indern die katholische Kirche eine Trennung der Ehe quoad vinculum nicht gestattet, doch aber Fälle unvermeidlich sind, in denen Ehegatten ihre Gemeinschaft zu erhalten nicht wohl genöthigt werden können, so wird eine Scheidung zugelassen, bei welcher das vinculum matrimonii fortdauert, eine bloße Trennung von Tisch und Bett (separatio quoad mensam et thoram), und zwar eine beständige (perpetua) oder zeitige (temporaria). Das Concil von Trient erklärt darüber: Si quis dixerit, ecclesiam errare, cum ob multas causas separationem inter coniuges, quoad torum seu quoad cohabitationem, ad certum incertumve tempus fieri posse decrevit, anathema sit⁴⁰⁷).

Die separatio perpetua, welche die Gatten bis zum Tode scheidet, erfolgt

a) wegen des Ehebruches, der aber in weiterer Bedeutung als Verletzung der ehelichen Treue auch auf Lebensnachstellung u. s. w. mit ausgedehnt wird⁴⁰⁸). Zum Beweise genügt dabei dringender Verdacht⁴⁰⁹). Zwang, Irrthum u. s. w. hebt aber den Begriff des Verbrechens auf, folglich auch den Grund zur Trennung⁴¹⁰). Auch wird hierauf nicht geachtet, wenn der Kläger selbst die Ehe gebrochen⁴¹¹), oder der unschuldige Theil dem anderen Verzeihung angedeihen ließ, ausdrücklich⁴¹²) oder stillschweigend, durch Leistung der ehelichen Pflicht⁴¹³).

b) Die bössliche Verlassung wird von der Theorie und Gesetzgebung als gleich wirksam betrachtet⁴¹⁴), doch ist die Praxis abweichend. Wichtig wird besonders die Verlassung überhaupt im Zusammenhange mit der darauf folgenden Todeserklärung. Leo X. erklärt darüber in einem Breve d. d. 5. Idus Augusti 1515: Quodque ordinarii vel eorum vicarii facta diligenti sufficienti, quod capti ab infidelibus sunt mortui aut quod de eorum vita certitudo aliqua ha-

407) Sess. XXIV. can. 8 de sacram. matrim.

408) S. oben cit. Anm. 199 fg. Anm. 388. C. 23. Can. XXXII. qu. V. C. 12—15. C. XXXII. qu. VII. C. 1. 5. X. de divortii. (4. 19.)

409) C. 27. X. de testibus. (2. 20.) C. 12. X. de praesumptionibus. (2. 23.) Ueber die Erklärung der Worte: nudus cum nuda, s. Brinkmann, wissenschaftlich praktische Rechtskunde, Bd. 1 (Schleswig 1831, 8.), Nr. 11.

410) S. c. 3. 4. 7. 14. Can. XXXII. qu. V. — C. 1. 6. C. XXXIV. qu. I et II. Auch Verleitung durch den anderen Ehegatten kommt hier in Betracht. C. 6. X. de eo qui cognovit consanguin. (4. 13.)

411) C. 1. C. XXXII. qu. VI. C. 4. 5. X. de divortii. (4. 19.) C. 6. 7. X. de adulterii. (5. 16.)

412) C. 25. X. de iureiurando. (2. 24.)

413) Vergl. Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen, Bd. 1 (Greifswald 1826, 8.), Nr. 13, S. 11. Uihlein und Weiß, in Weiß' Archiv der Kirchenrechtswissenschaft, Bd. 4, S. 89 fg., 299 fg.; Bd. 5, S. 2, S. 160 fg., 171 fg.

414) Declaration Pius VI. vom 11. Juli 1789. Eichhorn, Bd. 2, S. 471. S. aber v. Beder, über beständige Conderung von Tisch und Bett nach canonischem Rechte, in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung zunächst in dem Königreiche Sachsen, herausgeg. von dem voigtländischen Vereine (Leipzig 1838), Bd. 2, S. 1, Nr. 2, S. 6 fg.

beri non potest, licentiam cum aliis contrahendi infra terminum arbitrio statuendum dare libere et licite valeant. Manche Ordinarie befolgen demgemäß die Grundsätze über Todeserklärung nach erfolgter Edictalcitation und dem Ablaufe einer bestimmten Zeit, während andere eine gerichtliche Todeserklärung nicht für sicher genug halten, um den Tod zu beweisen, und daher noch Vernehmung von Zeugen oder andere eine moralische Sicherheit gewährende Beweismittel für den Tod eines Verschollenen begehren.

c) Der vorhin erwähnte Fall der Anm. 404.

Ist eine dauernde Separation ausgesprochen, so kann dieselbe doch wieder aufgehoben werden, und es steht dem unschuldigen Theile frei, den anderen wieder aufzunehmen, was jedoch erst nach strenger Buße geschehen soll. Hat aber der Unschuldige später selbst gefehlt und die im Bande noch bestehende Ehe verlegt, dann ist er zur Herstellung der Ehe sogar genöthigt⁴¹⁵⁾.

Die katholische separatio perpetua wird particularrechtlich oft der völligen Scheidung quoad effectus civiles gleichgesetzt⁴¹⁶⁾, und dem Gewissen der Getrennten überlassen, ob sie eine zweite Ehe schließen wollen.

Die separatio temporaria⁴¹⁷⁾ erfolgt aus verschiedenen Gründen, namentlich gegenseitiger Haß und Feindschaft, Abfall des einen Theiles vom katholischen Glauben und Gefahr der Verführung für den anderen, ansteckende Krankheit und andere nach den Umständen zu ermessende Ursachen⁴¹⁸⁾. Eine solche Trennung erfolgt auf bestimmte oder unbestimmte Zeit und ändert zunächst an den rechtlichen Verhältnissen des ehelichen Bundes nichts, bis etwa die zeitliche in eine perpetuirliche Separation verwandelt werden muß.

In der evangelischen Kirche wurde alsbald die Theorie des canonischen Rechtes über die Ehescheidung verlassen und eine abweichende Interpretation der hierher gehörenden Stellen der heiligen Schrift, von welcher man auszugehen entschlossen war, angenommen. Man erklärte, daß Christus zunächst nur jede willkürliche Trennung einer rechtmäßigen Ehe verboten. Rechtmäßig ist die Ehe, welche Gott durch die Obrigkeit geschlossen hat, und die daher auch nur rechtmäßig durch die Obrigkeit wieder getrennt werden kann. Wo die Trennung zulässig erachtet wird, ist sie eine vollständige, so daß das Band der Ehe selbst damit aufgelöst wird. Es ist somit Trennung und Wiederverheirathung statthaft, jedoch nur in dem Falle der *porveka*. Dazu gehört im Sinne Christi die größste Form der Hurelei und die Untreue in den mannigfaltigen Abstufungen bis zum stillen Begehren des Herzens nach einem fremden Weibe.

415) C. 5. X. de divortiiis. (4. 19.)

416) S. z. B. allgem. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 734; großherz. sachsenweimar. Gesetz v. 7. Oct. 1823, §. 48.

417) S. Vermehren, über zeitige Scheidung von Tisch und Bett; in Weiß, Archiv der Kirchenrechtswissensch., Bd. 5, P. 2, Nr. 7, S. 125 fg.

418) S. X. IV. 8. de coniugio leprosorum; IV. 19. de divortiiis; IV. 20. de donat. inter V. et U.

Unter den bestehenden unvollkommenen Verhältnissen sind hierbei aber gewisse Grenzen zu ziehen, so daß als Scheidungsgrund nur diejenige *no-va via* anerkannt werden darf, bei welcher die Untreue zugleich *animo et corpore* erfolgt. Darnach würde nur Unzucht und Verlassung des Ehegatten im strengsten Sinne hierher gehören und die geringeren Fälle würden nicht geeignet sein, eine vollständige Scheidung zu bewirken⁴¹⁹⁾.

Die Reformatoren erklärten gleich anfangs, daß eine wirklich geschle- bene Ehe nicht das *vinculum* fortbestehen lasse, was die schmalkaldischen Artikel bestätigten⁴²⁰⁾, und verwarfen andererseits die Trennung des Ehebandes wegen *professio religiosa*⁴²¹⁾. Ueber die Scheidungsgründe selbst wechselten die Ansichten. Anfangs betrachtete Luther als solche: Impotenz, Ehebruch, bössliche Verlassung, später nur constatirte Hurerei oder Ehebruch⁴²²⁾. Melanthon fügte dazu noch: *saevitia*, *venosicia*, *insidiae vitas structae*⁴²³⁾. Calvin folgte der strengeren, Zwingli der milderen Ansicht. Die Kirchenordnungen nahmen meistens nur Ehebruch und bössliche Verlassung an, doch wurden diese Gründe mit der Zeit analog erweitert, und durch eine laie Anwendung oft bedeutend vermehrt. In den verschiedenen Gesetzgebungen und bei den Schriftstellern finden sich daher als Scheidungsursachen 1) Ehebruch, 2) bössliche Verlassung, 3) Verweigerung der ehelichen Pflicht, 4) Haß und Feindschaft; 5) Lebensnachstellung, 6) Verhinderung der Zeugung und Abtreibung der Leibesfrucht, 7) Unkeuschheit wider die Natur, 8) jede Verletzung ehelicher Treue, 9) Gefängnißstrafe, 10) infamirende Strafe, 11) Beschuldigung wegen Verbrechen, 12) unerträglicher Charakter, Unverträglichkeit, 13) Mißhandlung, Grausamkeit, 14) Unfruchtbarkeit der Frau, 15) Untüchtigkeit des Mannes, 16) beständige Krankheit, 17) Raserei und Gemüthskrankheit, 18) Selbstschwächung, 19) Unkeuschheit mit Anderen vor der Ehe, 20) ansteckende Krankheit, 21) lasterhafte Lebensweise, 22) Trunk und Verschwendung, 23) schimpfliches Gewerbe, 24) Abfall vom Glauben, 25) gegenseitige Einwilligung, 26) zweifache Ehe, 27) Betrug

419) Aus der reichen Literatur nennen wir nur: Wiedenfeld, über die Ehescheidung unter den Evangelischen. Leipzig 1837, 8. Ueber Ehe und Ehescheidung, Staat und Kirche und deren Verhältniß zu einander. Botum eines Theologen zur Entscheidung dieser Zeitfrage, als Beitrag zur Begründung einer Reform des protestantischen Eherechtes. Nürnberg 1838, 8. Ueber den einzig wahren Ehescheidungsgrund in der christlichen Kirche, so wie in den christlichen Staaten, von einem Juristen. Bayreuth 1838, 8. (s. meine Recension in Richter's und Schneider's kritischen Jahrbüchern für teutsche Rechtswissenschaft, 1839, Bd. 6, S. 708 flg.).

420) Tit. de potestate et iurisdictione episcoporum: Iniusta etiam traditio est, quae prohibet coniugiam personae innocenti post factum divortium.

421) S. die bei Pland, Gesch. des protest. Lehrbegriffes, Bd. 1, S. 299 flg., mitgetheilten Stellen.

422) Luther's Werke Bd. 10 (Ausg. v. Wald), S. 797, 908, 949 flg., 973 u. a.

423) Melanthon, de coniugio, u. a. m.

bei Eingehung des Ehevertrages⁴²⁴). Auch soll die landesherrliche Gnade eine Ehe auflösen können⁴²⁵).

Es bedarf wohl kaum der Erinnerung, daß eine so leichte Praxis auf das Wohl der Gesamtheit und der Einzelnen den verderblichsten Einfluß üben muß, und so ist es ein gutes Zeichen der Zeit, daß gegen das bestehende Recht von verschiedenen Seiten her (s. die Anm. 419 cit. Schriften)⁴²⁶) Stimmen laut werden. Auf Landtagen und bei Ständeversammlungen sind mehrfach schon Anträge gemacht worden, die ältere strengere Praxis herzustellen, ohne daß indessen bisher von besonderen Erfolgen etwas bekannt geworden wäre.

Die evangelische Kirche kennt übrigens neben der förmlichen Scheidung auch eine *separatio quoad mensam et thorum temporaria*, als eine vorläufige Trennung⁴²⁷), um, beim Mangel hinreichender Scheidungsgründe, die Gatten wieder auszuföhnen⁴²⁸). Gelingt dies nicht, so geht nach Verlauf einiger Jahre nothwendig diese Trennung in wirkliche Scheidung über, freilich unter richterlicher Autorität⁴²⁹).

Die Wirkung einer vollständigen Scheidung besteht überhaupt in der vollen Lösung des bisherigen Nexus, sowohl nach der persönlichen als dinglichen Seite; doch pflegt die Frau den Namen des Mannes fortzuführen, wenn nicht unter Umständen das Gegentheil bestimmt wird. Beiden Theilen steht es frei, eine neue Ehe zu schließen (s. den folgenden Abschnitt), insofern nicht dem schuldigen Gatten die Wiederverheirathung untersagt wird. Die Vermögensverhältnisse werden auch mit Rücksicht auf Schuld und Unschuld gesondert, und dabei bestimmte Vortheile und Nachtheile zuerkannt. Darüber, ob die Kinder getheilt oder nur einem Gatten übergeben werden, wird vom Richter nach den Umständen bestimmt⁴³⁰).

Bei der Scheidung einer gemischten Ehe⁴³¹) erfordert es die Parität der Confessionen sowohl, als die Gleichheit vor dem Gesetze,

424) In der Anm. 419 cit. Schrift: „Ueber den einzig wahren Ehescheidungsgrund,“ sind diese Gründe mit Nachweis der Literatur aufgeführt. Wegen der Gesetzbearbeitungen s. m. Andr. Müller, *Lexikon des Kirchenrechtes*, Bd. 2, S. 496 ff.

425) *S. allg. Kirchenzeit.* 1839, Nr. 29.

426) Vgl. auch: *Ueber die heutige Gestalt des Eherechtes*. Berlin 1833, 8. (aus der evangelischen Kirchenzeitung besonders abgedruckt).

427) Ueber die rechtlichen Gründe der Befreiung einer Ehefrau von der Verbindlichkeit des Zusammenlebens mit dem Ehemanne vor gänzlicher Auflösung des ehelichen Bandes, von Pfeiffer, in den *praktischen Ausführungen*, Bd. 5 (Hannover 1838, 4.), Nr. 4.

428) *S. z. B. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 723 ff. Allg. Gerichtsordn. Th. 1, Tit. 40, §. 56 ff.*

429) Pfeiffer, *praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft*, Bd. 2 (Hannover 1828, 4.), Nr. 9.

430) *W. f. überhaupt Thibaut, System des Pandektenrechtes*, §. 468 ff.; *Mühlenbruch, II. §. 279, u. a. a. D.* Das Nähere verordnen die *Particularrechte*. *W. f. z. B. preuß. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 732 ff.*

431) Thibaut *a. a. D.* §. 427. *Vihlein*, in *Beiß' Archiv der Kirchenrechtsw.*, Bd. 5, §. 2, Nr. 6, S. 91 ff.; §. 3 u. 4, Nr. 15, S. 263 ff., und cit. *Et. Eichhorn, Kirchenrecht*, Bd. 2, S. 515 ff.

daß Jeder nach seinem Rechte beurtheilt werde. Für den katholischen Theil sollte daher höchstens auf *separatio quoad mensam et thorum perpetua*, für den evangelischen aber müßte dann auf Scheidung *quoad vinculum* erkannt werden. Die Gesetzgebungen und die Praxis weichen aber davon ab, denn die geistlichen Gerichte pflegen den evangelischen Theil mit dem katholischen nach demselben Princip zu beurtheilen, während die weltlichen das Umgekehrte thun.

7) Zweite Ehe.

Die Ehe als eine vollendete ist nur durch den Tod auflösbar und dauert eigentlich auch über diesen hinaus. Daher finden wir schon früh selbst die Sitte, daß die Frau den Mann in den Tod begleitet, mit ihm stirbt⁴³²). Bei den Römern, so wie bei den Germanen erscheint die zweite Ehe nicht beliebt⁴³³), und daher auch an gewisse erschwerende Bedingungen geknüpft. Der Hauptgrund ist freilich die Rücksicht auf die Kinder, und die sogenannten *poenae secundarum nuptiarum* haben den Zweck, das Vermögen der Kinder erster Ehe sicher zu stellen, weshalb solche Strafen gar nicht vorkommen, wenn eine Ehe kinderlos geblieben war⁴³⁴). Daher ist hiervon auch der Fall durchaus verschieden, wenn der verstorbene Ehegatte dem überlebenden gewisse Vortheile unter der Bedingung, sich nicht wieder zu verheirathen, zusichert, welche bei dem Zuwiderhandeln nicht gewährt werden⁴³⁵). Vor dem Abschlusse einer zweiten Ehe soll aber erst eine bestimmte Zeit (Trauerjahr) vorübergehen, theils des Anstandes halber, theils und besonders zur Vermeidung der *confusio sanguinis*⁴³⁶). Die Verletzung des Trauerjahres zieht für die Frau bestimmte Vermögensnachtheile und die Infamie nach sich.

Das deutsche Recht⁴³⁷) kennt anfangs wirkliche Nachtheile für den zweiten Ehegatten nicht, hat aber später durch den Einfluß des römischen Rechtes manche dieser sogen. *poenae* anerkannt. Die Particularrechte weichen im Einzelnen von einander ab, fordern aber meistens zur Sicherstellung des Vermögens der Kinder erster Ehe eine Abschtung, und zu dem Behufe die Errichtung eines Inventars⁴³⁸). Die Beobachtung des Trauerjahres ist ebenfalls vorgeschrieben, und für Frauen gewöhnlich auf 9 Monate, für Männer auf 12 oder 6 Wochen bestimmt, wovon jedoch in dringenden Fällen dispensirt werden kann⁴³⁹). Die Verletzung des

432) Grimm, deutsche Rechtsalterth., S. 451.

433) Auf Inschriften daher die Auszeichnung: *univira, unianupta*.

434) C. Cod. Iustin. de secundis nuptiis. (5. 9.) Nov. 2. 22. cap. 22—48. — Marcjoll, von den Nachtheilen der zweiten Ehe; in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. 5, S. 3, Nr. 28, S. 363 flg. u. a.

435) Nov. 22. c. 43. 44.

436) C. besonders Nov. 22. c. 22. 40. Nov. 39. c. 2. u. a. Bergl. E b h r, im civilist. Magazin, Bd. 3, Nr. 16, S. 11.

437) C. Rittermaier, deutsches Privatrecht, §. 413.

438) C. Rittermaier a. a. D. Ann. 15. Bgl. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 17 flg., §. 472 flg.; Th. 2, Tit. 2, §. 187, 188.

439) C. §. B. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 20 flg.; bairische Verordn. vom 15. Juli 1807 (Reg.-Blatt Nr. 27); hannoversche Verordn. vom 31. Dec. 1825, u. a. m.

Trauerjahres begründet nach gemeinem Rechte wenigstens nicht mehr die Strafe der Infamie, da das canonische Recht dieselbe ausdrücklich abschafft hat⁴⁴⁰⁾, wenn gleich andere Nachtheile, die in den Landesgesetzen abweichend bestimmt sind⁴⁴¹⁾.

In der Kirche hat man von jeher zweite Ehen gemißbilligt, doch erlaubt die heilige Schrift dieselben⁴⁴²⁾, und so sind sie üblich geblieben, wenn gleich der Rath des Apostels⁴⁴³⁾, die Verordnung für die Gemeindevorsteher⁴⁴⁴⁾ und die christliche Ansicht vom Wittwenstande überhaupt⁴⁴⁵⁾ die Unterlassung der Wiederverheurathung als vorzüglicher erscheinen ließ⁴⁴⁶⁾. Schon im vierten Jahrhundert ward bestimmt, es sollten die zur zweiten Ehe Schreitenden vorher Buße thun⁴⁴⁷⁾. Praktisch ist dabei nur geworden, daß bigami nicht ordinirt werden sollen⁴⁴⁸⁾, da für sie eine Irregularität propter defectum honorum animi vorhanden ist. Auch wird die zweite Ehe nicht vollständig benedicirt⁴⁴⁹⁾, wovon der Grund darin liegt, daß man den Segen der ersten Ehe als fortwirkend betrachtet, was sich besonders auf die Frau bezieht, daher bei der Ehe eines Wittwers mit einer noch nicht verheuratet gewesenen Person dieser Segen nicht ausgeschlossen zu sein pflegt⁴⁵⁰⁾.

Besonderen Schwierigkeiten unterliegt die zweite Ehe geschiedener Personen. Nach katholischen Grundsätzen ist eine solche durchaus unzulässig, da die Scheidung das Eheband nicht auflöst. Dasselbe kann nach evangelischem Rechte nicht behauptet werden, doch hat sich hin und wieder in der evangelischen Kirche der Wunsch geäußert, bei der Wiede-

440) C. 4. 5. X. de secundis nuptiis. (4, 21.) Vergl. Haenel, dissensiones dominorum, p. 433.

441) So soll in Sachsen eine Wittwe, die sich im Trauerjahr schwängern läßt, 6 Wochen Gefängniß dulden, und wenn sie den Schwängerer heurathet, außer den Dispensationskosten für das Trauerjahr noch 5 Thlr. erlegen. In Hannover ist eine Gelbbuße von 10—100 Thlrn. oder 6 Wochen Gefängniß verordnet, u. a. m. — Ob die übrigen gemeinrechtlichen Strafen noch zulässig seien, ist bestritten. S. z. B. Mackelbey, Lehrbuch des heut. röm. Rechtes, §. 400, und dagegen: Guyet, Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechtes (Weilberg 1829, 8.), S. 185, 186.

442) S. Römer 7, 2. u. 3.; 1. Corinth. 7, 39.

443) 1. Corinth. 7, 40.

444) 1. Timoth. 3, 2. u. 12., vergl. 5, 9.

445) 1. Timoth. 5, 8. flg.

446) S. Tertull. de exhortat. ad castitatem, cap. 7 u. a. S. Re: ander, Antignosticus Geist des Tertullian, S. 244, 255.

447) C. 8—12. C. XXXI. qu. I.

448) Tit. X. I. 21. in VI. I. 12. de bigamis non ordinandis. Früher durften solche Personen nicht zu höhern Ordines befördert werden. S. Nov. 6. cap. 1. §. 3. Nov. 22. cap. 42. —

449) S. Capitularia lib. V. c. 130. 408. C. 1. 3. X. de secundis nuptiis. (4. 21.)

450) S. z. B. das Instructionale Bambergense bei Stapf, Pastoralunterricht, S. 419. Vergl. Uihlein, über das Verbot der Einsegnung der zweiten Ehe in der katholischen Kirche; in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 10, S. 1, Nr. 4. Berg, über die Erforderlichkeit der priestertl. Einsegnung (Breslau 1836, 8.), St. 32 flg. S. auch den Anmerk. 452 cit. Grünbler.

berverheirathung von Personen, die nicht nach den Scheidungsurtheilen der heiligen Schrift getrennt worden, wenigstens die feierliche Einsegnung fortzulassen⁴⁵¹). Auch darüber ist gezeigelt worden, ob bei geschiedenen Sätzen, die sich wieder vereinigen, die Copulation zu wiederholen sei? Nach evangellischem Rechte scheint diese aber allerdings nothwendig, da ein Scheidungsurtheil in Rechtskraft übergeht, geschiedene Personen also schlechthin aufgehört haben, in persönlicher Verbindung zu stehen⁴⁵²).

8) Eheprozeß.

Das Verfahren in Ehesachen ist im Allgemeinen ein summarisches, welches nach den Vorschriften des Prozeßes der geistlichen Gerichte und den besondern durch die Natur des ehelichen Verhältnisses gebotenen Bedingungen modificirt wird. Die nähere Ausführung ist daher theils in dem Art. Prozeß, theils in dem Art. geistliche Gerichtsbarkeit mitzutheilen.

D. F. Jacobson.

Ehebruch (adulterium, in der *lex Italia* abwechselnd mit dem Ausdruck *stuprum* bezeichnet); als die fleischliche Vermischung einer verheiratheten Person mit einer dritten, mit welcher sie nicht verheirathet ist, wurde von den Römern hauptsächlich¹⁾ aus dem Gesichtspunkte der Privatverletzung, als Kränkung des Ehemannes an seinen Vermögensrechten, wie an seiner Ehre betrachtet. Da die Verletzung des *ius thori* und der *metus suppositi partus* gemeinsam den wesentlichen Grund für die Strafbarkeit des Ehebruches abgaben²⁾, so folgte hieraus mit Nothwendigkeit, daß nur die Frau auch mit einer ledigen Mannsperson eines Ehebruches sich schuldig machen, der Mann aber durch den Beischlaf mit einer Unverheiratheten nur ein einfaches *Stuprum* begehen konnte, welches neben der eigenthümlichen Strafe der Schwächung nur in gewissen Fällen besondere Privatbußen nach sich zog³⁾. Es erklärt sich ferner hieraus, warum *Constantina* außer dem Ehegatten nur die nächsten Verwandten zur Klage zuließ, und warum die mit dem Adulterium verknüpften Vermögensstrafen in dem Falle, wo die Frau der schuldige Theil gewesen, theilweise dem Manne zu Gute kamen, während die Ehefrau im umgekehrten Falle mit der *donatio propter nuptias*, oder de-

451) S. die Literatur hierüber nebst meiner Beurtheilung in Richter's u. Schrader's krit. Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft, 1839, Bd. 6, S. 1016 ff.

452) S. Gröndler, rechtliche Entscheidung der Frage: ob die Trauung bei geschiedenen, aber sich wieder vereinigenden Ehegatten nothwendig sei? in der allgem. Kirchenzeit., 1836, August, Nr. 135. — In den Particularrechten wird die Wiederholung der Trauung meistens gefordert. W. f. z. B. preuß. Min. Rescript vom 23. Jan. 1832 (v. Kamp, Jahrbücher, S. 77, S. 132, 133).

1) Es ist nämlich zu unterscheiden zwischen dem politischen Zwecke und dem Rechtsgrunde eines Gesetzes. Keineswegs soll mit dem Obigen gesagt werden, daß die *lex Italia* ohne politische Tendenz gewesen sei.

2) L. 30. C. ad leg. Iul. de adult. (9. 9.)

3) L. 1. u. 18. C. h. t. Nov. 117. c. 9. §. 5. Burcharbi, im neuen Archiv für Cr.-R., Bd. 8, S. 214—229.

ren gesellschaftlichem Surrogat sich begnügen mußte⁴⁾. Das canonische Recht sah in dem Ehebruche vor Allem die Sünde des verletzten Sacramentes, die Vernachlässigung der durch die Kirche gebilligten ehelichen Pflichten. Da diese dem Manne in gleicher Weise obliegen, als der Gattin, so mußte das canonische Recht, nach christlich-religiösen Principien und gestützt auf die Lehren der Kirchenväter⁵⁾, die römische Distinction zwischen dem von der Frau und dem vom Manne begangenen außerehelichen Weischnaf verwerfend, Beides für Ehebruch erklären, mochte der letztere mit einem verheurateten oder ledigen Frauenzimmer sich vergangen haben. Die Deutschen haben schon in den ältesten Zeiten die Keuschheit hoch in Ehren gehalten, den Ehebruch, als ein niedriges Verbrechen, hart verpönt⁶⁾. Die christliche Kirche konnte diese Ansicht nur bestärken und heiligen, und so war es im historischen Entwicklungsgange mit Nothwendigkeit gegeben, daß die durch ein sittliches Gefühl geweckten, durch die Bibel geläuterten und durch das canonische Recht juristisch verarbeiteten Ansichten Karls peinlicher Halsgerichtsordnung zu Grunde gelegt wurden. Sonach versteht man nach deutschem und canonischem Rechte unter Ehebruch die wissentliche Verletzung einer Ehe durch fleischliche Vermischung des Ehemannes oder der Ehefrau mit einer dritten Person. Ob diese Verletzung ein Rechtsverbrechen enthalte, ist von den meisten Aelteren und einigen Neuern, z. B. Grolman und Littmann, bezweifelt worden, welche dieselbe den polizeilichen Fleischerbrechen beizählen. Wenn es aber unbestritten ist, daß der Ehebruch eine meist irreparable Kränkung der wichtigsten Sattenrechte enthält, daß derselbe eine Verbindung bricht, welche durch Kirche und Staat ihre unmittelbare Sanction erhalten, das Glück der Familien untergräbt und die wichtigsten Interessen des Staates gefährdet, so wird hiermit das Adulterium nicht nur als eine an sich immoralische Handlung, sondern als eigentliches Rechtsverbrechen charakterisirt, mag es im System seine Stellung, wie Feuerbach und Dabellow wollen, unter den strafbaren Vertragsverletzungen, oder nach Martini unter den gemischten Staats- und Privatverbrechen einnehmen. So stehen wir auf derselben Basis, als das römische Recht, und gewinnen hierzu noch die Beziehungen auf ein sittlich-religiöses Princip und das Interesse des Staates. Es ergeben sich hieraus Modificationen für den Thatbestand des Verbrechens, theils beschränkend, theils erweiternd. Es wird nämlich für den Thatbestand des Ehebruches Folgendes erfordert.

1) Das Vorhandensein einer Ehe, welche durch den Ehebruch verletzt wird. Die Römer hingegen sehen auch den durch eine Frau begangenen Weischnaf mit einer dritten Person für ein Adulterium an, und strafen denselben als solches⁷⁾. So sehr man die Wahrheit dieser Behauptung bezweifelt, und namentlich mit den Waffen der Interpretation hat bekämpfen wollen, so ist dieselbe doch theils in den citirten Stellen,

4) Paulus, sent. recept. II. 26. §. 14.

5) J. H. Böhmcr, ius ecclesiast. Prot., lib. V. tit. 16. §. 16 sq.

6) Heineccius, elem. iur. germ. II. 24. §. 148 sq. Böhmcr, ad art. 120. C. C. C.

7) L. 13. §. 2. 3 u. 8. D. ad leg. Iul. de adul. (48. 5.)

insbesondere aber in der L. 7. C. ad leg. Jul. de adult. vollkommen gerechtfertigt. Auch findet nach römischen Ansichten der Grund für die Strafansprüche beim Ehebruche consequenter Weise wenigstens zum Theil auch auf den Beischlaf der Braut mit einem Dritten seine Anwendung. Hier wie dort liegt der Grund in der Gefährdung der Familiengerichte durch untergeschobene Kinder. Anders nach weltlichem und canonischem Rechte, welches zur Existenz der Ehe die formelle Sanction des Staates und der Kirche wesentlich erfordert. Hier kann vor Ertheilung dieser Sanction von keinem ehelichen Rechte, somit von keinem Ehebruche die Rede sein. Ältere Criminalisten bezeichnen die Untreue der Braut mit dem Ausdruck quasi-adulterium⁸⁾. Nach Trennung der Ehe ist, wie sich von selbst versteht, von keinem Ehebruche zwischen den geschiedenen Gatten und dritten unehelichverheiratheten Personen mehr die Rede. Jedoch enthält die sogenannte Trennung von Tisch und Bett keine eigentliche Aufhebung der Ehe. — 2) Der Thatbestand des Ehebruches erfordert das Vorhandensein einer gültigen Ehe⁹⁾, während die Römer denselben auch bei einer Putativehe für denkbare hielten. Auch diese Behauptung ist vielfach in Abrede gestellt worden, wobei man jedoch die sehr bezeichnende L. 13. §. 4. D. h. t. unbeachtet ließ. Diese Differenz muß eben so wie die vorige auf die Verschiedenheit der Basis des römischen und des canonisch-weltlichen Rechtes zurückgeführt werden. Ersteres gab dem in gutem Glauben befindlichen putativen Ehegatten völlig die privatrechtliche Stellung eines wirklichen, und da mit dem privatrechtlichen Verhältnisse der Eheleute ihre gegenseitige Stellung abgeschlossen war, so konnte dem verletzten putativen Gatten seine Klage nicht abgesprochen werden. Das canonische Recht hingegen ließ die privatrechtlichen Verhältnisse putativer Eheleute zwar, wie billig, unangetastet, konnte aber eine rechtlich ungültige Ehe überhaupt als Ehe nicht anerkennen, weil eine Sanction derselben undenkbar ist, und hiermit mußten alle weiteren Folgen eines solchen Verhältnisses hinwegfallen. Die Untreue eines putativen Ehegatten enthält demnach nur den Conat des Ehebruches, und hierin liegt ein weiterer Grund dafür, daß nach römischen Rechte Putativgatten eines Ehebruches sich schuldig machen konnten, indem nach römischen Ansichten über die Strafbarkeit des Versuches derselbe mit dem consummirten Verbrechen auf einer Stufe stand¹⁰⁾. Ob mit einer als Hure lebenden Ehefrau ein Ehebruch begangen werden könne, ist eine sehr verschieden beantwortete Frage¹¹⁾. Die Frau anlangend, so leidet es wohl keinen Zweifel, daß ihr Verbrechen durch Wiederholung nicht zu einem leichteren, Adulterium nicht zu einfachem Stuprum werden kann; bei dem Concumbenten jedoch ist zunächst auf dessen guten oder bösen Glauben zu sehen¹²⁾. —

8) Andere verstehen darunter den culposen Ehebruch. Ob es einen solchen gebe, davon unten.

9) Art. 178 der P. O. D.

10) Wächter, Lehrbuch des Cr.-Rechtes, Th. 2, §. 211, R. 67.

11) Wächter a. a. D.

12) Böhmer ad Carpz. qu. 57. obs. 1. — Einsd. mod. in C. C. C. ad art. 120. §. 15.

3) Zu dem Thatbestande des Ehebruches wird ferner erfordert, die fleischliche Vermischung mit einer andern Person als dem Ehegatten. Was zur Consummation des Weischlafes gehöre, ist bestritten. Die Aelteren, namentlich Quistorp, Carpzov, Lepser, und unter den Neueren Feuerbach¹³⁾, fordern *seminis immissio*, weil erst durch die Vermischung des Samens der *thorus coniugalis* verletzt und die *suppositio falsi partus* möglich werde. Dieß würde selbst für das römische Recht nur theilweise richtig sein, indem die Entweihung des Ehebettes wohl schon mit einem früheren Moment eingetretten sein dürfte. Litzmann¹⁴⁾ und Salchow¹⁵⁾ verlangen *seminis emissio*, und zwar Ersterer bei beiden Concumbenten, Letzterer nur beim Manne. Als Grund führen sie die dann erst eingetretene Befriedigung des Geschlechtstriebes an, worauf es jedoch bei diesem Verbrechen im Wesentlichen nicht ankommen kann. Schon unter den Aelteren bezweifelten Matthäus¹⁶⁾ und Böhmmer¹⁷⁾ die Nothwendigkeit der im- oder *emissio seminis* und hielten den Ehebruch schon durch die Vereiniung der Geschlechtstheile für consummirt. Dieser Meinung sind unter den Neueren namentlich Roschirt¹⁸⁾, Martin¹⁹⁾ und Wächter²⁰⁾, welchen um deswillen beizupflichten ist, weil die Vereiniung der Geschlechtstheile als der Endpunkt der verbrecherischen Handlung angesehen werden muß, der Ausfluß des Samens dagegen, als nicht mehr in der Willkür des Handbeindenden liegend, schon zum Erfolge gehört, welcher nur in den gesetzlich bestimmten Fällen zur Consummation eines Delictes erforderlich ist. Den Begriff der Vollenbung des Verbrechens in der erwähnten Weise einzuschränken, würde übrigens theils den Beweis der Vollenbung in den meisten Fällen unmöglich machen, theils dem Sprachgebrauche aller Quellen des gemeinen Rechtes zuwiderlaufen²¹⁾, wie es auch die neueren Legislationen gegen sich hat²²⁾. Sonstiger Gebrauch des Körpers zu naturwidriger Befriedigung des Geschlechtstriebes gehört nicht zum Ehebruch. —

4) Zu dem subjectiven Thatbestande des Ehebruches wird *dolus* der Concumbenten erfordert, also die Ueberzeugung, daß man selbst, oder daß der andere Concumbent die Pflicht der ehelichen Treue verlege. Litzmann²³⁾ und Andere (unter ihnen früher auch Feuerbach, der aber in der 10. Ausgabe des Lehrbuches, §. 377, Note b, seine damalige Behauptung widerruft) sprechen von einem *culposen* Ehebruche und berufen sich hierfür auf Nov. 117. cap. 11. Diese Novelle spricht jedoch

13) Lehrbuch des p. R., §. 376.

14) Handbuch, Th. 2, §. 576.

15) Lehrbuch (3. Ausg.), §. 294.

16) De crim. ad lib. 48. tit. 3. cap. 2. nr. 10.

17) Ad Carpz. qu. 61. obs. 1. u. med. ad art. 120. §. 5.

18) Lehrb. §. 203.

19) Lehrb. §. 293.

20) Lehrb. Th. 2, §. 211, Nr. 55.

21) Martin, Lehrbuch (2. Ausg.), §. 275.

22) Bayersches Strafgesetzbuch, Th. 1, Art. 186 a. G., und württembergisches Strafgesetzbuch, Art. 307.

23) Handbuch, §. 577.

(Hentke in seinen criminallyst. Verf., S. 171 fg.), von einem singulären Falle, wo es überdies nur heißt: *veluti adulteri puniantur*, während andere Gesetzesstellen die Möglichkeit eines calposen Ehebruches auf das Entschiedenste verwerfen²⁴⁾. Die Carolina läßt die Frage unerörtert, und es bleibt daher das subsidiäre römische Recht in Kraft. — Daß von der römischen Distinction zwischen dem concubirenden Manne und der ehebrecherischen Frau nach deutschem und canonischem Rechte keine Rede mehr sei, daß vielmehr beide durch jeden außerehelichen Beischlaf eines Ehebruches sich schuldig machen, wurde oben schon bemerkt. Hier ist noch die Frage zu erörtern, ob auch der unverheurathete Concubent als adulter zu betrachten sei? Nach römischem Rechte leidet die Bejahung dieser Frage schon um deswillen keinen Zweifel, weil der Rechtsgrund für die Bestrafung des Ehebrechers in der Gefährdung und Beeinträchtigung der Rechte eines Dritten liegt, somit von den persönlichen Verhältnissen des Delinquirenden nicht abhängig gemacht werden kann. Nicht weniger nennt die Carolina²⁵⁾ jeden Concubenten einer fremden Ehefrau „Ehebrecher“ und will es „gleicherweise“ mit dem Ehemann gehalten wissen, welcher mit einer dritten Person den Beischlaf vollzieht. Nichtsdestoweniger meint Littmann im §. 576 seines Handbuchs, die ledige concubirende Person sei keines Ehebruches, sondern nach Umständen einer Schwächung, Hurerei, oder Concubinats schuldig, indem der Art. 120 wohl von einer Klage gegen den unverheuratheten Theil spreche, nicht aber ihn als adulter bestrafe. Diese Ansicht steht mit dem deutlichen Wortlaut der P. G. D., wie mit den Aussprüchen des römischen Rechtes in offenbarem Widerspruche, wie denn auch Littmann a. a. D. selbst eingesteht, daß er den allgemeinen Gerichtsgebrauch gegen sich habe. Auch liegt es schon in der Natur der Sache, daß beide Concubenten als Miturheber des Verbrechens zu betrachten sind: dann wie der verheurathete Theil seine Vertragspflicht verletzt, so erlaubt der ledige sich einen widerrechtlichen Eingriff in die Rechtssphäre des beleidigten Ehegatten. Beide entweihen und brechen das durch Staat und Kirche geheiligte Band, handeln wider ein, durch die Legislation zur Rechtspflicht erhobenes, sittlich-religiöses Gebot. Die Einwilligung des einen oder anderen Theiles zu dem, vom anderen Ehegatten mit einer dritten Person zu vollziehenden Beischlaf macht diesen nicht straflos, oder minder strafbar, und den Einwilligenden unter Umständen des Verbrechens der Kuppelei schuldig. Daß die Strafbarkeit des ehebrecherischen Gatten durch die Einwilligung des anderen Theiles verringert werde, hat Littmann²⁶⁾ behauptet, weil der Ehebruch eine Verletzung der ehelichen Treue sei, nach ertheilter Erlaubniß zum Beischlaf mit einer dritten Person aber von einer Verletzung der ehelichen Treue nicht mehr die Rede sein könne. Abgesehen auch davon, daß die in der Einwilligung liegende Uebereinkunft, als *contra bonos mores*, ohne rechtliche Wirksamkeit sein würde, so kann dieselbe schon

24) L. 12. u. 43. D. h. t.

25) P. G. D. Art. 120.

26) Handb., §. 577 a. G.

uns bedenklich in der Strafbarkeit des Verbrechens nichts ändern, weil bei demselben noch andere, als rein privatrechtliche Interessen in Frage kommen, welche das *volenti non fit iniuria* ausschließen. — Der Ehebruch ist entweder ein einfacher (*adulterium simplex*), wenn nur der eine Theil, — oder ein doppelter (*duplicatum*, *Oberhuzerei*), wenn auch der andere Theil verheurathet war. Außerdem spricht man noch von einem *adulterium attentatum* und *praesumptum* und einem *quasi-adulterium*. — Spätere Reichsgesetze, namentlich die Reichspolizeiordnungen von 1548, Tit. 25, und die von 1577, Tit. 26, heben eine einzelne Satzung des Ehebruches, den sogen. öffentlichen, besonders heraus, welchen sie dahin charakterisiren, daß verheurathete Leute sich eigenmächtig von einander trennen, und anderen „leichtfertigen“ Personen bergestalt beizwohnen, daß daraus ein öffentliches Aergerniß und das Gerücht eines ehebrecherischen Zusammenlebens entsteht. Manche²⁷⁾ nennen dies ungebührliche Zusammenwohnen den präsumtiven Ehebruch. — Ueber die Strafe des Ehebruches ist sowohl hinsichtlich der historischen Entwicklung der dahin zielenden Bestimmungen, als auch rücksichtlich des Sinnes der zur Zeit noch anwendbaren Vorschriften vielfach gestritten worden. Die *lex Julia de adulteriis s. de stupris*, auch *lex pudicitia* genannt, belegte den Ehebruch²⁸⁾ mit der Strafe der Relegation, Verlust der halben Dos und eines Drittheiles des Vermögens für die Frau, des halben Vermögens für den ehebrecherischen Mann²⁹⁾. Welcher Kaiser zuerst die Todesstrafe eingeführt habe, ist bestritten. Wahrscheinlich war es Constantin³⁰⁾. Nach Justinian traf den Mann die Strafe des Schwertes, das ehebrecherische Weib Geißelung und Verstoßung in ein Kloster, woraus der Ehemann sie innerhalb zwei Jahren wieder zurücknehmen konnte. Der adulter verliert sein Vermögen zum Vortheil der *De-* und *Ascendenten* der ersten drei Grade, und wenn diese fehlen, zum Vortheil des *Fiscus*. War der Ehebrecher verheurathet, so behält die Frau außer der Dos die *donatio pr. nupt.*, und subsidiär ein Viertel vom Vermögen des Mannes, jedoch, wenn Kinder da sind, nur als *nutriescer*³¹⁾. Die ehebrecherische Ehefrau verliert nach *Nov. 117. c. 8. §. 2.* die dos, und außerdem von ihrem übrigen Vermögen so viel, als ein Drittheil der dos beträgt, an den Mann, welcher jedoch nur dann voller Eigentümer wird, wenn keine Kinder existiren. Diese Privatstrafen sind durch die Strafbestimmungen der *Nov. 134. c. 10.* nach welcher das ganze übrige Vermögen, mit Ausnahme von zwei Drittheilen für etwaige Kinder und, falls

27) Martin, Lehrb. (2. Ausg.), §. 289 a. E., u. §. 290.

28) Viele, z. B. Carpoz und Schubert (*probl. hist. iur. an ex l. Jul. Augusti poena adult. fuerit mortis*), behaupten, die *lex Julia* habe für den Ehebruch die Todesstrafe festgesetzt, was jedoch mit *L. 5. D. de quaest.* (48. 17.) *L. 2. §. 3. D. de his, qui not.* (3. 2.) *L. 18. D. de test.* (22. 5.) *L. 29. §. 1. D. h. t.* und *L. 17. C. h. t.* in offenbarem Widerspruch steht. Man vergl. auch Wächter, Lehrb., Th. 2, S. 431 fig.

29) Paulus, *sent. rec.* II. 26. §. 14.

30) *Nov. 134. c. 10.*

31) *Nov. 117. c. 8. §. 2. Nov. 134. c. 10.*

diese fehlen, von einem Drittheil für die Ascendenten, an ein Kloster fallen soll, nicht als aufgehoben zu betrachten³²⁾. Unter diesen Vermögensstrafen sind die eigentlichen Privatbußen von den criminalen Vermögensconfiscationen, auf welche der Fiscus nur zu Gunsten der nächsten Verwandten verzichtet hat, zu unterscheiden. Letztere müssen blutwegfallen, sobald die Criminalstrafe des Ehebruchs ohne Wiederholung jener Bestimmungen sich verändert, wie es in der Praxis längst der Fall gewesen ist. Zu den Privatbußen gehören die *dos, pr. nupt. donatio* und deren gesetzliches Surrogat. — Nach der Carolina „sollen der ehebrecher sampt der ehebrecherin nach sage unser vofarn und unser Keyserlichen rechten gestrafft werden.“ Man³³⁾ hat diese Bestimmung der P. S. D. nicht auf das römische Recht, sondern auf die in Deutschland herrschend gewesenen Gewohnheiten, wie sie in der Bambergensis und Tengler's Laienspiegel u. ausgezeichnet sind, beziehen wollen, da vor und nach der Carolina durch andere Reichsgesetze eine mildere Strafe festgesetzt worden sei. Man betrieb sich hierfür, außer auf die oben genannten Rechtsbücher, insbesondere auf die R. P. D. v. J. 1630, Tit. 33, welche der Carolina vorausging, und deren Bestimmungen in der R. P. D. v. J. 1548, Tit. 25, und der v. J. 1577, Tit. 26, also nach der Carolina, eine energische Bestätigung gefunden hätten, so daß man, wollte man den Art. 120 auf das römische Recht beziehen, annehmen müsse, die Legislation habe im Jahre 1530 vom römischen Rechte sich entfernt, sei im Jahre 1533 zu demselben zurückgekehrt und 1548 wieder abgewichen³⁴⁾. Man hat bei dieser Argumentation jedoch übersehen, daß die milderen Strafbestimmungen in den citirten drei Polizeiverordnungen auf die oben erwähnte besondere Gattung des Adulteriums, den sogen. öffentlichen Ehebruch sich beziehen. Hier besteht das Strafwürdige in den besonderen, zum öffentlichen Aergerniß dienenden Nebenumständen, die den wirklich begangenen Ehebruch nur wahrscheinlich machen. Die Carolina hingegen hat den erwiesenen Ehebruch im Auge, und muß nach der Natur der Sache eine härtere Strafandrohung enthalten, als jene Polizeiverordnungen³⁵⁾. Letztere sind daher in keiner Weise correctorisch für die Carolina, vielmehr einzig auf den polizeilichen Gesichtspunkt des öffentlichen Scandals gerichtet, unabhängig von der Bestrafung des Ehebruchs selbst³⁶⁾. Hierzu kommt ferner, daß die R. P. D. von 1530 rücksichtlich des wirklichen Ehebruchs im Wesentlichen die gleichen Bestimmungen enthält, als die Carolina, so daß, wollte man in den späteren Polizeiverordnungen correctorische Verordnungen für die P. S. D. erblicken, ein höchst sonderbarer Entwicklungsgang sich herausstellen würde, indem dann durch die R. P. D. von 1530 das römische Recht, durch die Carolina die Bestimmung der R. P. D., und durch die R. P. D. von 1548 wieder

32) Burchardi, im neuen Arch., Bd. 8, S. 228. Feuerbach, §. 379, R. c. Bächter, Th. 2, S. 434.

33) J. B. Grolman, Bibliothek für p. R.-R., Th. 1, St. 2, S. 234.

34) Einde, im n. Arch., Bd. 7, S. 287 fig.

35) Martin, §. 289 a. G.

36) Commer, rechtswissenschaftl. Abhandl., S. 224 fig.

die Bestimmung der Carolina aufgehoben würde. Schließlich ist hier noch einer Bemerkung Koch's zu gedenken, welcher in seinen *instit. iur. orim.* §. 130. n. 3. darauf aufmerksam macht, wie ganz anders die Carolina sich ausdrückte, wenn sie auf teutsche Gewohnheiten sich beziehe (z. B. Art. 137, 167, 168), als im vorliegenden Falle, dessen Ausdrucksweise mit der in den Art. 104, 117, 118, 126, wo sie offenbar auf römisches Recht verweise, völlig conform sei. Hieraus ergibt sich, daß die Carolina die Strafbestimmungen des römischen Rechtes im Art. 120 habe bestätigen wollen. Die gemeinrechtliche Strafe des Ehebruches ist demnach, abgesehen von den in der Praxis schon längst nicht mehr angewendeten Vermögensstrafen, die Strafe des Schwertes für den männlichen Verbrecher, für die Ehebrecherin hingegen körperliche Züchtigung und lebenslängliche Einsperrung in ein Kloster, wenn der beleidigte Ehemann sie nicht binnen zwei Jahren daraus zurücknimmt. Da Letzteres bei protestantischen Verbrecherinnen keine Anwendung findet, so ist eine verhältnißmäßige Freiheitsstrafe zu substituiren, keinesfalls aber Zuchthaus, welches mit dem Kloster nicht verglichen werden kann. Ältere Landesgesetze drohen mit Landesverweisung³⁷⁾. Da jedoch durch die römischen Gesetze eine Strafandrohung nur für den Ehebrecher und die untreue Gattin gegeben war, nicht aber für die unverheuratete Ehebrecherin, so mußte die Carolina diese Lücke ergänzen, was in den Worten: „Item daß es auch gleichertweis in dem fall, so eyn eheweib iren Mann, oder die person, damit der ehebruch vollbracht hett, beklagen will, gehalten werden soll,“ so deutlich gesehen ist, daß die Meinung derjenigen, welche die ledige Concubentin nicht als Ehebrecherin angesehen und bestraft wissen wollen, sich von selbst als unhaltbar herausstellte. Für den öffentlichen Ehebruch ist durch die erwähnten R. P. D. eine arbiträre Strafe an Leib und Gut angeordnet, welche die Praxis auch bald der gemeinrechtlichen Strafe des wahrhaften Ehebruches substituirt³⁸⁾, ohne daß jedoch die Privatstrafen zum Besten des beleidigten Gatten hiermit als aufgehoben zu betrachten wären³⁹⁾. Doch sind in den meisten Ländern mit der Zeit particularrechtliche Bestimmungen an die Stelle der älteren Praxis getreten⁴⁰⁾. — Bei der Frage, ob der Ehebruch von Amtswegen, oder nur auf Anklage, resp. Denunciation der nächsten Interessenten untersucht und bestraft werden müsse, ist es, dem öffentlichen Ehebruch anlangend, außer Zweifel, daß die R. P. D. dessen Ahndung *ex officio* bestimmt verordnet haben. Bei dem eigentlichen Ehebruch ist es bestritten. In dem älteren römischen Rechte war die *accusatio adulterii* zwar *popularis*, jedoch nur dann zulässig, wenn man zuvor den Mann der Rupperei angeklagt hatte⁴¹⁾.

37) Martin, §. 292.

38) Böhmmer ad Carpx. qu. 53. obs. 1. — Koch, *inst.* §. 311. — Uebrigens macht das gemeine Recht in der Bestrafung keinen Unterschied zwischen dem einfachen und doppelten Ehebruch. Ueber das etwa anzuwendende Strafmaß s. man Feuerbach, §. 380.

39) X. 4. 20. de donat. i. vir. et uxor. cap. 4. — Böhmmer l. c. qu. 64. obs. 1.

40) Meister, *princ. iur. crim.* §. 256.

41) L. 11. §. 10. L. 26. pr. D. h. t.

Dasselbe Princip: *ne volentibus temere liceat foedare connubia*, im Auge habend, beschränkte das neuere römische Recht das Anlagerecht auf den Ehemann und die nächsten Blutsverwandten der Ehebrecherin, Vater, Bruder und Oheim. Aus den Worten des Art. 120 der C. O. C., welcher rücksichtlich der Bestrafung des Ehebruchs auf das römische Recht verweist, hat man das accusatorische Princip desselben in die Carolina herein argumentiren wollen. Da aber dem gesammten teutschen Criminalverfahren eine andere Maxime, die inquisitorische nämlich, zu Grunde liegt, so dürfte hinsichtlich der Prozessform für einen speciellen Fall ein unumstößliches Resultat aus den römischen Gesetzen nicht deducirt werden können, hier aber um so weniger, als die Berufung der Carolina auf das römische Recht ausdrücklich nur für die Strafe des Ehebruchs, nicht aber für dessen Untersuchungsform ausgesprochen ist⁴²⁾. Aus diesem und anderen Gründen⁴³⁾ wollen Manche, z. B. Böhmcr, Grolman und Linde (man vergl. die Citate bei Wächter, Bd. 2, S. 449), gegen den Ehebruch ein Verfahren von Amtswegen eingeleitet wissen. Lassen wir jedoch, wie billig, den politischen Standpunkt bei Seite, und halten uns an die Worte des Gesetzes, so finden wir in dem Ausdrucke der Carolina: „Item so eyn ehewann eynen andern umb des ehebruchs willen, den er mit seynem ehewib verbracht hat, peinlich beklagt x.“ und „Item das es auch gleicherweß in dem fall, so eyn ehewib jren mann, oder die person, damit der ehebruch volebracht hett, beklagen will x.“ sicherlich nicht nur *verba enunciativa*, sondern die deutliche Bestimmung, daß bei dem wirklichen Ehebruch nur auf vorgängige Klage, und zwar — hiezin liegt eine Beschränkung des römischen Rechtes — allein des Ehemannes und der Ehefrau gegen den ehebrecherischen Theil vorgehritten werden solle. Denselben Grundsatz haben auch die neueren Legislationen adoptirt⁴⁴⁾. — Rüksichtlich des Beweises beim Ehebruch stellten die Aelttern eigenthümliche Grundsätze auf⁴⁵⁾, und erforderten namentlich zur Bestrafung das Eingeständniß beider Concumbenten. Heutzutage wird hierauf keine Rücksicht mehr genommen, sondern der Ehebruch ganz nach allgemeinen Grundsätzen des Beweises in Criminalsachen behandelt⁴⁶⁾. — Es haben viele, besonders ältere Strafrechtslehrer den Strafbestimmungen für den Ehebruch eine Reihe von Schärfungs- und Milderungsgründen beigefügt. Wo eine bestimmte Strafe mit dem Verbrechen verknüpft ist, kann natürlich weder von dem Einen noch

42) Linde, im neuen Archiv, Bd. 7, S. 285, 288.

43) Diese Gründe beziehen sich meistens auf die Behauptung, daß der Art. 120 sich auf teutsche Gewohnheiten und die R. P. D. v. J. 1580, nicht aber auf das römische Recht beziehe. Linde a. a. O. S. 299—302.

44) Z. B. die Gesetzgebungen Englands, Frankreichs und Rußlands. Preuß. Landrecht, Th. 2, Tit. 20, §. 1060, 1061. — Oesterreich. Gesetzbuch über schwere Polizeiverbr., §. 248. — Bayer. Strafgesetzbuch vom J. 1813, Art. 401. — Das Strafgesetzbuch für Sachsen, §. 648. — Das Strafgesetzbuch für Würtemberg, Art. 305.

45) Bauer, de veritate criminis perpetrati in adulterio. Carpsov, qu. 60. Hierzu Böhmcr.

46) Littmann, §. 579 a. C.

dem Anderen die Rube sein, es wäre denn, daß das einzelne Strafgesetz dem Richter die Berücksichtigung erschwerender oder erleichternder Umstände ausdrücklich vorgeschrieben hätte⁴⁷⁾. In denjenigen Staaten hingegen, wo ein bestimmtes Strafgesetz die Stelle der, auf der Carolina basirenden Praxis noch nicht eingenommen hat, müssen bei der arbiträren Bestrafung des Ehebruches die allgemeinen Grundsätze der größeren oder geringeren Strafbarkeit des Verbrechens im einzelnen Falle berücksichtigt werden. Jedoch dürften die einzelnen, für den Ehebruch insbesondere aufgeführten Strafschärfungs- und Milderungsgründe theils nur die Concurrentz eines anderen Verbrechens enthalten, theils auf allgemeinen, bei allen Verbrechen anzuwendenden Principien beruhen, theils gänzlich aus der Luft gegriffen sein⁴⁸⁾. — Schließlich ist hier noch das Recht der Rache an dem auf der That ertappten Ehebrecher zu berühren. Nach der *lex Julia* hatte der Vater der Ehebrecherin, wenn dieselbe noch in seiner hausväterlichen Gewalt stand, das Recht, den in seiner oder des Schwiegersohnes Wohnung auf dem Ehebruch betroffenen Ehebrecher zu tödten, wenn er auch seiner Tochter zugleich das Leben nahm. Dem Ehemann stand diese Befugniß nur zu, wenn der Concubent sein oder seiner Familie Freigelassener, ein Slave, infamis, ein Kuppler, Sänger, hystrio, Gladiator u. (*vilia persona*) war. Die genannten Personen hatten unter den gegebenen Verhältnissen das Recht der Tödtung unbedingt und ohne Rücksicht auf das Vorhandensein eines heftigen Affectes⁴⁹⁾. Die *Bambergensis*, Art. 145, beschränkt dasselbe auf den höchsten Grad des Zornes. Gleichmaßen die Projecten der Carolina im Art. 120. Ob durch die *P. G. D.* das Recht der Tödtung aufgehoben sei oder nicht, ist bestritten. Die meisten Rechtslehrer sind für das Erste. Für das Letztere hat sich Feuerbach⁵⁰⁾ aus folgenden Gründen entschieden: 1) der Art. 142 der *P. G. D.*, so wie Art. 150, rede unbedingt und erwähne des Affectes nicht als Entschuldigungsgrundes. 2) Durch das Hingeweglassen der in der *Bambergensis* und den Projecten enthaltenen Beschränkung habe Karl seine Absicht, von den Grundsätzen derselben abzuweichen zu wollen, klar an den Tag gelegt. 3) Die Carolina verweise in den Worten: „wie die recht zulassen,“ auf das römische Recht. Gegen diese Ansicht bemerkt Wächter⁵¹⁾, daß die Beziehung auf das römische Recht schon um deswillen als zweifelhaft erscheine, weil die Carolina die in jenem enthaltenen Beschränkungen dieses Rechtes, welche die Ausübung desselben in den meisten Fällen aufgehoben haben würde, weggelassen und

47) Wie dies in manchen Strafgesetzbüchern beim doppelten Ehebruch der Fall ist. S. das für Württemberg Art. 305. Man vergl. auch preuß. Landrecht, Th. 2, Tit. 20, §. 1028.

48) Martin, §. 292 a. E. Feuerbach, §. 381. Wächter, Bd. 2, S. 444—447. Eine ausführliche Liste der gewöhnlichen Schärfungs- und Milderungsgründe s. m. bei Littmann, §. 580—582; vergl. mit §. 568. Feuerbach a. a. D. N. a.

49) L. 20—23. L. 24. §. 3. L. 32. D. h. t. — L. 4. Cod. h. t.

50) Lehrb. §. 383, N. d.

51) Lehrb. Bd. 2, S. 462.

allem Anscheine nach auf die Bambergensis verlesen habe. Allein auch abgesehen von diesen, durch Feuerbach bestrittenen und immer zweifelhaft bleibenden Combinationen mit der Bambergensis, findet sich nichts in den Verordnungen der Carolina, was dem Vater und Gatten das Recht der Tödtung unbedingt einräumte. Der Art. 142 besagt nämlich nur, daß im Fall der Mann oder Vater an dem auf der That ertappten Ehebrecher Gewalt ausübe, der Beweis der Nothwehr nicht von diesen, sondern vom Ankläger zu erbringen sei. Diese Stelle, verglichen mit der Ueberschrift des Artikels, setzt also voraus, daß der Ehebrecher zuerst sich Thätlichkeiten erlaubt, und der Mann oder Vater „gegen denselben Uebelthatter tödtlich handlung, zwang oder gefengnuß, wie die recht zulassen“ (d. h. innerhalb der Grenzen erlaubter Nothwehr) vorgenommen habe. Der Art. 150 erklärt diejenige Entleibung für entschuldbar⁵²⁾, „die etwo auß unstrefflichen ursachen beschehen,“ und rechnet zu diesen „unstrefflichen ursachen“ den Ehebruch, fügt aber noch hinzu: „so dieselben ursachen recht und ordentlich gebraucht werden,“ wie es denn auch im Argument des Artikels heißt: „so darin ordentlicher weiß gehandelt wird.“ Offenbar liegt hierin eine Veräufung auf die, in allgemeinen Rechtsprincipien gegründeten, Beschränkungen dieses Rechtes zur Tödtung. Daß der Gesetzgeber bei diesen Worten theils den Affect, theils den sogen. Nothstand vor Augen gehabt habe, erhellt auch aus den übrigen in dem Artikel angeführten Fällen entschuldbarer Tödtung. Das Resultat dieser Bemerkungen ist demnach folgendes: der Mann und der Vater der Ehebrecherin sind wegen der an dem auf der That betroffenen Concumbenten verübten Gewalt von dem Beweise der Nothwehr befreit, und haben außerdem eine besondere Berücksichtigung der allgemeinen Entschuldigungsgründe in Anspruch zu nehmen. In der neueren Legislation fand dieses ius singularis keine Berücksichtigung mehr. v. B.

Ehevertrag (im engeren Sinne, nicht in dem allgemeineren der Ehe selbst, als Vertrag betrachtet), Brautlaufsbrief, Eheberatung, Eheberedung (hier nicht in dem Sinne von Tractaten über eine abzuschließende Ehe), Ehebrief, Ehegeding, Ehepact (auch in der Mehrzahl von einem einzigen solchen Vertrage gebräuchlich), Eherezess, Ehestiftung (nicht in dem Sinne der Stiftung einer Ehe), Eheverschreibung, Ehezarter oder Ehezarter¹⁾, die Geding, Heurathsbrief, Heurathsnotul, Heurathsverschreibung, Heilech, Heilich, Hillich, Hillichsvorwarden²⁾, Hinlich,

52) Gegen die deutlichen Worte der Ueberschrift: „hernach werden etliche entleibung im gemeyn verührt, die auch entschuldigung auf in tragen ic.“, will Bächter a. a. O. mit Anderen aus der Carolina für den Todtschläger absolute Straflosigkeit herteiten.

1) Von dem alttrutschen Worte Zarta oder Zarter (charta, Brief), Wostenrieder, glossarium germanico—latinum s. v. Zarter.

2) Vergl. Rittermaier, Grundsätze des teutschen Privatrechtes, §. 359, Note 1.

Hinlegsbrief (*pactum s. instrumentum dotale s. nuptiale*)³⁾, bezeichnet die bei Gelegenheit einer Ehe errichteten Nebenverträge und dieselben falls aufgesetzten Urkunden zu Bestimmung der außerwesentlichen, persönlichen, namentlich der Vermögensverhältnisse, Rechte und Pflichten der Ehegenossen gegen einander und in Beziehung auf die Kinder, sowohl während, als nach getrennter Ehe. So nach teutschem Rechte, wiewohl mit der Beschränkung, daß zwar alle Eheverträge über alle diese Gegenstände disponiren können, nicht aber müssen, daß dagegen alle Eheverträge nur die außerwesentlichen Bestimmungen der Ehe zum Gegenstande haben können, und eben deshalb nur Nebenverträge neben dem Hauptvertrage der Ehe sind. Denn da die Ehe aufhört Ehe zu sein, sobald an ihrem Wesen etwas geändert wird, so kann dieses nicht Gegenstand eines Vertrages sein⁴⁾.

Schon die Römer hatten dergleichen Verträge unter den so eben angeführten lateinischen, von ihnen ohne Unterschied⁵⁾ gebrauchten Namen. Diese römischen Eheverträge aber betrafen in der Hauptsache die *donatio propter nuptias* und die *dos*, auch die Paraphernalien, nur nicht die gegenseitige Erfolge⁶⁾, als *Universalsuccession*, wohl aber die Bestimmung, daß *dos* und *donatio propter nuptias* dem überlebenden Ehegatten auch nach dem Tode des anderen verbleiben sollten⁷⁾. Sie konnten nur bei gefälligen Ehen, hier aber sowohl von den Verlobten, als von den beiderseitigen Eltern, jedoch von Ersteren zu jeder Zeit, von Letzteren, so wie von Fremden, wenn sie

3) Diese verschiedenen Benennungen s. vorzüglich bei Danz zu Runde, *Wb.* 6, §. 566, S. 169; Glück, *Pandectencommentar*, Th. 25, §. 1244, S. 334 fig.; Ersch' und Gruber'sche *Encyclopädie*, 1. Sect., *Wb.* 31, u. b. *W.* Ehe, S. 336.

4) Mit Ausschluß der nachstehend angezogenen Schriften und mit Ausschluß dessen, was in den gewöhnlichen Lehr- und Handbüchern über diesen Gegenstand angeführt ist, bietet uns die Literatur vorzüglich folgende Schriften in dieser Materie dar: Kohl, *de pactis dotalibus*. Lipsiae 1650. (Frcfrt. 1731.) Tabor, *paratitla ad tit. D. de pact. dotal.*, in eiusd. *operibus*, tom. I. Thomasius, *de pactis dotalibus*. Hal. 1695. Willeberg, *de pactis antenuptialibus*. Gedan. 1727. J. H. Böhmer, *de successione hereditaria coniugum ex pactis dotalibus* (Halae 1734), in *exercitat. ad pand. tom. IV. ex. 71. p. 667 sq.* Balthasar, *de praerogat. iur. germ. prae roman. in mater. pactor. dot.* Gryphisw. 1739. Stryk, *de successione ab intestato* (Francof. a. V. 1733), *diss. VIII. cap. V. de pactis inter coniuges*. Pufendorf, *observationes iuris universi*. Francof. et Lips. 1744. (Hannov. 1779—1784.) tom. I. obs. 209. Kortholt, *de pactis dotal. sec. ius comm. et statut. Francof.*, Giess. 1768. Dabelom, *Handbuch des Pand.-Rechtes* (Halle 1816—1818), *Wb.* 3, §. 283. Bopp, *Mitteilungen aus den Materialien der Gesetzgebung und Rechtspflege des Großherzogthums Hessen-Darmstadt*, *Wb.* 3, S. 127.

5) §. 13. J. de nupt. (1. 10.) §. 2. J. de hereditat. quae ab intest. defer. (3. 1.) L. 65. D. de indic. (5. 1.) L. 48. D. soluto matrim. dos quemadm. pet. (24. 3.) L. 5. 10. 11. C. de naturalib. lib. (5. 27.) Nov. 74. cap. 4. §. 1. 2.

6) L. ult. D. de suis et legit. hered. (38. 16.) L. 5. C. de pactis conventis. (5. 14.) L. 3. C. de collationibus. (6. 20.)

7) L. 12. pr. L. 24. L. 26. pr. et §. 1. D. de pact. dot. (23. 4.) L. 6. u. 9. C. de pact. conventis. (5. 14.)

das Heirathsgut gaben, nicht anders als vor Schließung der Ehe, außerdem nur unter Zustimmung der Ehefrau⁸⁾, geschlossen werden, und zwar bloß durch den Consens der Contrahenten⁹⁾, der auf jede Art, selbst nicht nothwendig durch Worte, wie z. B. bei Taubstummten¹⁰⁾, zu erkennen gegeben werden durfte. Zum Beweise dieses Consenses dienten zwar die *instrumenta dotalia*, sie waren aber nicht unumgänglich dazu nöthig, um auf einen solchen Vertrag klagen zu können¹¹⁾. Auch wurde bei Wiedererneuerung einer Ehe der früher geschlossene Ehevertrag für stillschweigend bestätigt angenommen¹²⁾. Der Inhalt der römischen Dotalverträge war theils nach den eben angegebenen, theils nach allgemeinen Grundsätzen bestimmt, in letzterer Hinsicht dahin, daß sie den guten Sitten, den beide Theile verpflichtenden, absolut gebietenden Gesetzen, den nach den persönlichen Verhältnissen der Ehegatten stattfindenden Forderungen der Billigkeit, und überhaupt dem Wesen der Ehe nicht entgegen sein, auch die Rechte dritter nicht einwilligender Personen nicht verletzen durften. Dem römischen Rechte besonders eigen sind die Vorschriften, daß jene Verträge den gesetzlichen Rechten des Mannes an der *dos* (s. den Art. Brautgabe, Bd. 2, S. 398 flg.), und dem Zwecke der Letzteren (z. B. so, daß diese dem Manne nutzlos wird)¹³⁾, im Gegentheil aber auch den Rechten der Frau an ihrem Heirathsgute (z. B. so, daß dieses in Gefahr kommt, verloren zu werden, oder daß die Rückforderung desselben erschwert wird, wie durch die Verordnung, daß der Mann nur *dolas praestare* soll¹⁴⁾), nicht nachtheilig sein konnten. Den römischen Grundsätzen über Ungültigkeit der Erbverträge entspricht es endlich, daß zwar in den Dotalverträgen Bestimmungen für den Fall der Ehescheidung erlaubt waren¹⁵⁾, solche aber nicht auf den Fall der Trennung der Ehe durch den Tod angewendet werden konnten¹⁶⁾. Die Bestimmungen über die Succession der Ehegatten in den Dotalverträgen waren auf *dos* und *donatio propter nuptias* beschränkt, durften keine Universalsuccession begründen und setzten Gleichheit des wechselseitig bedungenen *lucrum* voraus¹⁷⁾.

Von viel größerem Umfange sind die deutschen Eheverträge. Schon sehr frühzeitig¹⁸⁾ finden wir sie in Teutschland, oft mit großer Publicität, und vorzüglich zur Bezeichnung der feierlichen Ehe, im Gegensatz

8) L. 7. u. 20. §. 1. D. de pact. dotalibus. (23. 4.)

9) L. 1. pr. D. eod. L. 29. pr. D. de iure dotium. (23. 3.)

10) L. 73. D. eod. Vgl. auch c. 25. X. de sponsal. (4. 1.)

11) L. 4. in fine D. de fide instrument. (22. 4.)

12) L. 30. 31. 40. 64. D. de iure dot. (23. 3.)

13) L. 4. D. de pact. dotalibus. (23. 4.) (Hänfel) Bemerkungen und Excursus über Curtius, Handbuch, 1. Abth., §. 133, S. 236.

14) L. 6. D. de pact. dot. (23. 4.)

15) L. 3. D. eod. Hänfel a. a. D. §. 133.

16) Wir sind in dieser kurzen Abhandlung der auf die Theorie der deutschen Eheverträge, wie sie sich jetzt gestaltet haben, nicht einflußlosen Theorie der römischen Dotalverträge vorzüglich der Darstellung Gluck's a. a. D. §. 1244 u. 1245, S. 330 flg. nachgegangen.

17) Hänfel a. a. D. §. 134, S. 237.

18) Doch noch nicht bei Tacitus. Vergl. Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. 1 (Göttingen 1834), §. 19, Note f.

zum *Emanubiate*¹⁹⁾. Man pflegte sogar Ehen, die ohne Ehevertrag eingegangen wurden, mit dem besonderen Namen „gerönte oder gekenkte Ehen“ zu belegen²⁰⁾ (neuerlich unverdingte Ehen, im Gegensatz von verdingten Ehen, d. h. solchen, die mit Bedinge eingegangen sind)²¹⁾. Der Brautigam durfte seiner Braut eine Morgengabe in Gold oder Mobilien, ja selbst, mit Einwilligung seiner nächsten Erben, in Eigenthum an Allodialgrundstücken oder in Nießbrauch an Eigen oder Lehen aussetzen, und er durfte dann, ohne der Ehefrau Zustimmung, jene Immobilien nicht veräußern; sie behielt sogar das in der Eheverhandlung ihr ausgesetzte Leibgeding, wenn auch der Mann sein Gut verwickelt hatte²²⁾. Wesentlich unterscheiden sie sich dadurch von den römischen *Dotalverträgen*, daß sie, neben den persönlichen und Vermögensverhältnissen beider Ehegatten gegen einander, vorzüglich die wechselseitige Erbfolge der Ehegatten zum Gegenstande haben²³⁾, und in dieser Beziehung vor Einführung des römischen Rechtes ganz unbestritten wie andere teutsche Erbverträge unwiderruflich waren. Erst nachher fingen die Romanisten an, die teutschen Erbverträge nach den Principien der römischen letzten Willensverordnungen zu beurtheilen²⁴⁾. Dieß führte vorzüglich zu der so viel bestrittenen²⁵⁾ Eintheilung der Eheverträge in einfache oder unwiderrufliche, und gemischte oder widerrufliche (*pacta dotalia simplicia et mixta*), indem man unter den ersteren solche versteht, die in Form eines Vertrages, und sonach als unwiderruflich, rein nach der Natur der Verträge zu beurtheilen sind, unter letzteren solche, die in Form eines letzten Willens ausgenommen sind, und daher von jenen Romanisten für widerruflich geachtet, und nach den römischen Grundsätzen über letzte Willensverordnungen beurtheilt wurden²⁶⁾. Denn sie meinten²⁷⁾, daß Niemand seinem Rechte auf Aenderung seines letzten Willens gültig entsagen könne, und sie suchten daher diese römischen Grundsätze mit denen der vorgefundenen teutschen Eheverträge dadurch zu verehigen, daß sie für den Fall, wenn in einem Ehevertrage zugleich über die Succession Bestimmungen getroffen waren, die Form der letzten Willensverordnungen dafür

19) Rittermaier a. a. D. §. 770.

20) Ebendas. Note 5.

21) Vgl. Danz a. a. D. §. 566.

22) Eichhorn a. a. D. Th. 2, §. 369; Th. 3, §. 429; Th. 4, §. 569.

23) Glüc a. a. D. §. 1244 a. G., S. 386, und §. 1246, S. 374. — Kunde, Grundsätze des teutschen Privatrechtes, §. 570.

24) Rittermaier und Glüc a. a. D.

25) Grau, *mixture incongrua iur. romanl et germ. in practicoor. dist. pact. dot. in simpl. et mixta*. Marburg. 1744. Hombergk a Vach, *de orig. atque indole distinct. pact. dotal. in simplicia et mixta*. Marburg. 1749. Wesel, *de societ. connub. tract. II. cap. 1.* Leysler, *medit. ad pand. vol. V. spes. 308. med. 1 et 3.* Buinink, *error. pragm. circa dist. pact. dotal. in simpl. et mixta*. Colon. (Francof.) 1770. Pauli, *de divis. pact. dot. in simpl. et mixt. orig. etc.* Vit. 1717 (1771). Kunde, Grundsätze des teutschen Privatrechtes, §. 570; Danz dazu, Bb. 6, S. 181.

26) Rittermaier u. Glüc a. a. D.

27) Vgl. Glüc a. a. D. S. 375.

verlangten, denn aber auch die Widerruflichkeit dafür in Anspruch nehmen. So gewiß diese Ansicht irthümlich war, da die deutschen Erbverträge zu ihrer Gültigkeit keine Testamentsform erheischen, aber auch unwiderruflich sind, so gewiß ist doch, bei den getheilten Ansichten wenigstens der älteren Rechtslehrer darüber, die Vermuthung aller Ausdrücke, welche für die Absicht, eine letzte Willensstiftung und nicht einen Ehe- oder Erbvertrag errichten zu wollen, gedeutet werden könnten, sehr rathsam²⁸⁾. Uebrigens ist die Meinung allgemein angenommen, daß in Deutschland selbst Ausdrücke, wie erben, erblich zufallen, erblich haben und behalten, mit den Kindern in gleiche Theilung gehen, succediren, vermachen, Erb- und Verlassenschaft, auf den Todesfall u. s. w., ingleichen die Disposition über den gesammten Nachlaß und die Einsetzung eines Universalerben, endlich die Beobachtung gewisser in der Regel bei letzten Willensstiftungen erforderlicher Formalitäten, z. B. Zeugenziehung, Codicillarclausel zc., doch nicht als Beweis einer römischen letzten Willensstiftung oder eines gemischten Ehevertrages angesehen werden können, da nach deutschem Rechte die Universalsuccession nicht bloß durch die römischen Testamente, Fideicommissa, Schenkungen auf den Todesfall, sondern auch durch bloße Erbverträge inter vivos bestimmt werden kann²⁹⁾. Trotz der Unrichtigkeit jener Anwendung der römischen Grundsätze auf das ganz deutsche Institut der Erbs, und inwiefern der Erbvertrag dem Ehevertrage beigelegt ist, der Eheverträge hat sich doch obgedachte Ansicht über die Widerruflichkeit der für gemischt gehaltenen Ehestiftungen in viele deutsche Particulargesetze und in die Observanz vieler deutschen Staaten eingeschlichen³⁰⁾. So wird z. B. im Königreiche Sachsen die Ehestiftung in der Regel als Contract behandelt, namentlich wenn der Vertrag bloß eine Quote des Vermögens, nicht die Universalsuccession, und wenn er bloß des und donatio propter nuptias zum Gegenstande hat; im entgegengesetzten Falle aber wird die Ehestiftung als donatio mortis causa aufrecht erhalten, wenn sie vor fünf Zeugen errichtet oder gerichtlich insinuirt wurde³¹⁾. Um die Fälle der gemischten Ehestiftung ganz klar darzulegen, hat man noch näher so unterschieden: Die Eheverträge sind entweder einfache in Ansehung des Objectes (pacta dotalia simplicia ratione obiecti), d. h. solche, in

28) v. Quistorp, rechtliche Bemerkungen (Leipzig 1798), Th. 1, Nr. 36, S. 131.

29) Leyser l. c. spec. 108. med. 6. 9. 10. Runde a. a. D. §. 570. Danz a. a. D. dazu S. 184. Curtius, Handbuch des in-Lursachen geltenden Civilrechtes, §. 186. Rittermeyer a. a. D. §. 360. Glück a. a. D. §. 1248, S. 283 ff.

30) Mehrere solche deutsche Particulargesetze sind aufgeführt bei Rittermaier a. a. D. §. 359, Note 9; Runde a. a. D. §. 571, Note a; Leyser l. c. spec. 308. med. 3; vorzüglich aber bei de Selchow, elementa iur. germ. priv. §. 427. not. 2. Vgl. auch Kortholt l. c.; Glück a. a. D. §. 1246, S. 875.

31) Sächsishe Constitutionen von 1572, Th. 2. Const. 43. Consult. tom. I. p. 1. qu. 9. — Resp. scab. 117. tom. II. p. 1. qu. 21. Vgl. Curtius a. a. D. §. 134. Note a. Sänfel dazu I. Abth., S. 237.

denen bloß über das und *donatio propter nuptias* disponirt ist und bei denen daher, wenn nicht eine Derogation durch Gerichtsbrauch und Particulargesetze nachgewiesen wird, lediglich die Grundsätze des römischen Rechtes zu beobachten sein sollen, oder gemischte in Ansehung des Objectes (*pacta dotalia mixta ratione obisoti*), worin auch die Erbfolge berücksichtigt ist, und zwar entweder in der Form wirklicher Verträge, — einfache in Ansehung der Form (*pacta dot. simplicia ratione formae s. modi*), welche dann nach deutschen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen sind, oder in der vollständigen römischen Form der letzten Willensverordnungen, — gemischte in Ansehung der Form (*pacta dotalia mixta ratione formae s. modi*), welche dann auch den römischen Gesetzen unterliegen³²). Die einfachen Eheverträge werden bloß nach den deutschen Grundsätzen von Verträgen beurtheilt, bedürfen daher keiner äußeren Form; die innere der beiderseitigen Einwilligung reicht hin, um sie sogleich vollkommen verbindlich und unwiderruflich zu machen und, falls sie über die Successionsrechte disponiren, ein wahres Erbrecht zu begründen. Die gemischten Eheverträge dagegen werden — so hat sich die Praxis gestaltet — nach den Grundsätzen der Schenkung auf den Todesfall beurtheilt, müssen daher vor fünf Zeugen oder gerichtlich errichtet werden, sind bis zum Tode eines der beiden Ehegatten widerruflich, und der überlebende, oder *donatarius mortis causa*, wird nur *successor singularis*, unterliegt dem Abzuge des falcidischen Viertheils, und neben dieser *successio ex pacto dotali* besteht Intestat- oder Testamentserbschaft; in der Regel also sind die Kinder des überlebenden Gatten die Intestaterben³³).

Allgemein wird bei den Eheverträgen der Rechtsparomie: Willkür bricht Stadtrecht u.³⁴), nachgegangen; es werden daher nur diejenigen Grundsätze des römischen Rechtes bei den reinen deutschen Erbverträgen in Anwendung gebracht, welche nicht dem deutschen Charakter der Eheverträge widersprechen; es wird sonach auch ein Ehevertrag, dem Geiste der deutschen Verträge gemäß, ohne Rücksicht auf seine Form, für einfach und unwiderruflich angenommen, wenn nicht die Absicht der Parteien erwachsenlich und klar vorliegend die war, bloß ein widerrufliches Geschäft, eine letztwillige Verordnung vorzunehmen³⁵), und wenn nicht am Orte des fraglichen Falles durch ein Particulargesetz einfache Ehepacten untersagt sind³⁶). Die Gesetze der meisten deutschen Lande stimmen diesen acht deutschrechtlichen Prin-

32) Danz a. a. D. §. 570, S. 182 fig.

33) Glück a. a. D. §. 1247, S. 379 fig.; §. 1249, S. 389. Lihaut, System des Pandektenrechts, 8. Ausg., §. 373. de Cannegiesser, collectionis natabillorum decis. sup. trib. appell. Hasso—Cassel. tom. I. dec. 19. p. 68.

34) Danz a. a. D. §. 566, S. 170.

35) Curtius a. a. D. §. 136.

36) Strube, rechtliche Bedenken, Spangenberg'sche Ausgabe, Bed. XL. (II. 63.) Glück a. a. D. §. 1243, S. 383 u. 384, und §. 1246, S. 377. Rittermaier a. a. D. §. 359 u. 360. Leyser l. c. spec. 308. med. 4. 6.

cipien bei³⁷⁾, und es ist keinem Zweifel unterworfen, daß selbst in einem Lande, wo gemischte Eheverträge eingeführt sind, doch auch einfache errichtet werden können³⁸⁾: Bedürfen, wie erwähnt, gemeinrechtlich die teutschen Eheverträge keiner besonderen äußeren Form³⁹⁾, also z. B. keiner Zeugen⁴⁰⁾, so bedürfen sie auch nicht einmal eines schriftlichen Auftrages⁴¹⁾ zu ihrer Gültigkeit⁴²⁾, noch weniger in der Regel der gerichtlichen Confirmation⁴³⁾. In der ersten Beziehung werden daher die Eheverträge eingetheilt in verbriefte und unverbiefte Bedinge, je nachdem ein Auftrag darüber gefertigt worden ist oder nicht⁴⁴⁾. Sowohl Auftrag als Confirmation sind indes, bei den obwaltenden Meinungsverschiedenheiten unter den Rechtslehrern, zur Sicherung des Beweises sehr räthlich⁴⁵⁾; für nöthig wird letztere häufig dann erachtet, wenn dem einen der Ehegatten ein 500 Ducaten übersteigender Vortheil gewährt wird, um so die zur Gültigkeit eines solchen Geschenkes nach römischem Rechte erforderliche gerichtliche Insinuation zu bewirken (s. den Art. Schenkung⁴⁶⁾). Auch wird sie dann ausnahmsweise erfordert, wenn in Ansehung eines Lebens etwas in der Ehestiftung disponirt wird, wozu die Contrahenten eigenmächtig nicht berechtigt und wozu sie der Einwilligung der Agnaten oder Cognaten bedürftig sind⁴⁷⁾, so wie sich die Nothwendigkeit der gerichtlichen Confirmation in den Landen, wo über Immobilien ohne solche nicht dis-

37) Ein Verzeichniß derselben s. bei de Selchow l. c. not. 3. Vergl. auch Leyser l. c. coroll. 3.

38) Glück a. a. D. S. 378.

39) Curtius a. a. D. §. 185. Runde a. a. D. §. 567. Danz dazu, Glück a. a. D. §. 1245, S. 341.

40) Gottschalk, disceptat. forens. P. I. c. 12. Strube a. a. D. Beh. XLI. (IV. 166.)

41) Leyser l. c. spec. 307. mod. 3 et 4. Glück a. a. D. §. 1245, S. 341. Hänfel a. a. D. §. 135.

42) Vergl. indes Reichel, Abhandl. über versch. Rechtsmaterien (Magdeb. 1829), Abh. 2. Runde a. a. D. §. 566, 567, u. Danz dazu.

43) Rittermaier a. a. D. §. 360. Hagemann und Bülow, praktische Erörterungen, Bd. 2, S. 368. Vergl. Hänfel a. a. D. §. 135, und die daselbst angeführten Schriftsteller. v. Trübschler, in der Note 47 angezogenen Stelle. de Cannegiesser l. c. tom. III. doc. 90. p. 90. Strube a. a. D. Beh. XXXVIII (I. 110.) u. XXXIX (IV. 115.). Danz a. a. D. §. 567, S. 173. Böhmer, de confirmatione et infirmatione pactorum dotialium ind. etc. Göttingae 1784 Die Vorschriften des bayerischen und preussischen Landrechtes über die gerichtliche Confirmation s. bei Glück a. a. D. Note 19. Wegen Braunschweig-Lüneburg s. vorstehend angezogenen Böhmer. Vergl. auch Leyser l. c. mod. 2. S. 4.

44) Die Verfügungen des bayerischen Landrechtes über schriftliche Abfassung der Eheverträge s. bei Glück ebend.

45) Vgl. Leyser l. c. spec. 310. mod. 1.

46) v. Quistorp a. a. D.

47) de Cannegiesser l. c. tom. I. dec. 86. p. 148. (v. Trübschler) Anweisung zu Abf. rechtl. Auftr., 1. Th., 2. Hauptabth., 3. Spst., §. 51. Danz a. a. D. §. 567, S. 172.

ponirt werden kann, denn von selbst versteht, wenn diese einen Gegenstand der Ehestiftung ausmachen⁴⁸⁾, außerdem aber nicht⁴⁹⁾.

Die Subjecte der teutschen Eheverträge sind die Braut- oder Eheleute, welche über die Nebenbestimmungen rücksichtlich ihrer Ehe einen Vertrag eingehen wollen, und nächst ihnen ihre Eltern⁵⁰⁾. Denn die Beziehung der Verwandten zu diesen Verträgen ist ein Hauptgrundsatz des teutschen Rechtes⁵¹⁾. Unstreitig müssen auch bei Minderjährigen deren Vormünder, bei Weibspersonen, welche nicht näher unter elterlicher Gewalt stehen, da, wo die Geschlechtscuratel noch existirt, deren Geschlechtscuratoren zustimmen⁵²⁾. Die entgegengesetzte Meinung gründet sich auf das römische Gesetz⁵³⁾, nach welchem der Minderjährige eine Ehe ohne Zustimmung des Vormundes schließen kann. Allein abgesehen davon, daß die Gültigkeit dieses Gesetzes an sich manchem Zweifel unterworfen ist, so spricht es nur von *copulandis nuptiis*, und babet von einem curator „*qui solam rei familiaris sustinet administrationem*“, setzt also voraus, daß nicht etwas von den Gesetzen Abweichendes rücksichtlich der *res familiaris* vor sei. Allein der Ehevertrag wird gerade dadurch veranlaßt, daß die Ehe- oder Brautleute bei demjenigen es nicht bewenden lassen wollen, was die Gesetze rücksichtlich jener Nebenverhältnisse bei der Ehe bestimmen; indem sie außerdem keines Vertragcs bedürften⁵⁴⁾. Ueberdies werden in Bezug auf die Verhandlungen rücksichtlich der dos in den Gesetzen selbst die Minderjährigen als solche angesehen, es wird ihnen bei dießfalligen Verletzungen *restitutio in integrum* zugestanden⁵⁵⁾. Und was das teutsche Institut der Geschlechtsvormundschaft anlangt, das die Zustimmung des Curators in der Regel zu allen Contracten fordert, durch welche die Frau in Beziehung auf ihr Vermögen sich verbindlich machen will, so kennen solches die römischen Gesetze gar nicht⁵⁶⁾.

Der oben erwähnte Grundsatz des römischen Rechtes, daß nichts

48) v. Trübschler a. a. D. Kunde a. a. D. §. 567, und Dazgazu.

49) Rittermaier a. a. D. und in Note 13 gegen Leyser l. c. med. 2.

50) v. Trübschler a. a. D. §. 4. Stryk. l. c. c. 5. §. 14. Curtius a. a. D. §. 187. Berger, *oconom. iuris loco infra* not. 52 cit.

51) Rittermaier a. a. D. §. 359. Dazgazu a. a. D. §. 567, S. 272.

52) Hommel, *rhaped. quaestionum* obs. 25; in gewisser Raße: Berger, *oconomia iur.* lib. I. tit. III. th. 11. not. 21. Richter, *decis.* 26. n. 46; vorzüglich aber v. Trübschler a. a. D. bes. Note a. Curtius a. a. D. und Häusel dazu S. 239. Glück a. a. D. §. 1246, S. 342.

53) L. 8. D. de nuptiis. (5. 4.) Leyser l. c. spec. 107. med. 2. Stryk. l. c. §. 13.

54) Kunde a. a. D. §. 566.

55) L. 9. §. 1. D. de minoribus XXV ann. (4. 4.) L. un. C. si adversus dotem. (2. 24.) Glück a. a. D. Th. 6, §. 462, S. 16.

56) Im Königreiche Sachsen war sonst die Zustimmung des Geschlechtsvormundes unbedingt erforderlich. Mandat v. 10. Nov. 1828, §. 3, Gesetzsamml. S. 244. Weber, Darstellung des im Königreiche Sachsen geltenden Kirchenrechtes, Th. 2, Buch 2, §. 128, Note 40. Dies cessirt aber seit gänzlicher Aufhebung der Geschlechtscuratel durch Gesetz vom 8. Jan. 1838, Gesetzsamml. S. 23.

Gegenstand der Eheverträge sein kann, was dem Wesen der Ehe und den daraus nothwendig hervorgehenden Wirkungen derselben entgegen ist, daß vielmehr dergleichen Bestimmungen für nicht beigelegt zu achten sind, findet, nach allem Vorgetragenen, volle Anwendung auf die teutschen Eheverträge. Eben das gilt aber auch von Allem, was der Sittlichkeit und verbietenden Gesetzen widerspricht ⁵⁷). Im Allgemeinen pflegen die Eheverträge folgende Gegenstände zu haben ⁵⁸): die Zeit der Vollziehung der Ehe, die Größe des beiderseitigen Zubringens, die Rechte an dem beiderseitigen Vermögen, besonders dessen Verwaltung während der Ehe; im Allgemeinen alle Vermögensverhältnisse, vorzüglich die gegenseitige Succession und die Erbfolge in Bezug auf die gemeinschaftlichen Kinder, welche, wenn ihr Pflichtenheil nicht verletzt ist, den Ehevertrag als eine, keiner Solemnitäten bedürftende *divisio parentum inter liberos* anzuerkennen haben ⁵⁹); ferner das gegenseitige persönliche Verhalten während der Ehe, oft die ausbedungene Vormundschaft der Ehefrau über die Kinder nach dem Tode des Ehemannes mit oder ohne Rechnungsablegung ⁶⁰); endlich und vorzüglich bei gemischten Ehen die Erziehung der aus dieser Ehe erzeugten Kinder und deren Religion. Daß in diesem letzten Punkte die Willkür der Ehegatten häufig durch Particulargesetze beschränkt wird, dieser sehr delicate Punkt daher, besonders in den neueren Zeiten, mit großer Vorsicht und unter genauer Berücksichtigung der Landeskirchenverhältnisse zu behandeln ist, dieß ist bekannt ⁶¹). Als ein urteutsches Institut ordnet der Ehevertrag vorzüglich die oft sehr ungewissen Verhältnisse der in Teutschland üblichen besonderen Vermögens- und Successionsarten der Eheleute ⁶²), sonach nicht bloß die Verhältnisse des Brautgeschafes (mit Einschluß der Vermehrung desselben — *accessio s. augmentum dotis*) und der Hinterlage oder des Gegenvermöchnisses, wie die römischen Dotalverträge, sondern auch und vorzüglich die Verhältnisse der Gütergemeinschaft. Diese wird dadurch eine vertragsmäßige (*communio honorum conventionalis*), und zwar entweder rücksichtlich aller Güter (*comm. bon. universalis*), oder nur der Errungenschaft (*acquaeustus*) — *comm. bon. particularis*, trägt auch gewöhnlich auf den überlebenden Ehegatten, nach dem Sprichwort: Längst Leib, längst Gut, die ganze Erbschaft mindestens zum lebenslänglichen Nießbrauch über, während rückwärts aus dieser Formel und den Formeln: Leib an Leib, Gut an Gut, Gut bei Schleier, Schleier bei Gut, nicht unbedingt auf gegenseitige bedungene Succession,

57) Vergl. auch Danz a. a. D. §. 566, S. 170; Sänfel a. a. D. §. 183, S. 236.

58) Curtius a. a. D. §. 188. Runde a. a. D. §. 566, Danz dazu S. 170. Glück a. a. D. §. 1244, S. 835. Andreas Müller, Erbkön des Kirchenrechtes, Bd. 2, u. b. B. Ehepacten.

59) Danz a. a. D. §. 570, Note *).

60) v. Trübschler a. a. D. §. 44.

61) Runde a. a. D. §. 569, Danz dazu. Glück a. a. D. §. 1244, S. 835. v. Trübschler a. a. D. §. 5 fig.

62) Ueber nachstehende Gegenstände der Eheverträge ist besonders nachzusehen v. Trübschler a. a. D. §. 8 fig.

oder auf conventionelle Gütergemeinschaft geschlossen werden darf⁶³). Dester wird auch da, wo dies erlaubt ist, der Nichteintritt der particularrechtlichen Gütergemeinschaft bedungen⁶⁴), — Alles Verhältnisse, die, unvorsichtig in der Ehestiftung behandelt, zu großen Streitigkeiten Veranlassung geben können⁶⁵). Fernere Objecte dieser Art sind die Paraphernalgüter und die Ausstattung der Frau, deren Nadel- und Spillgebelde (bona reoceptitia), Morgengabe, Mittheil, Leibzucht (Witthum, Leibgeding), Eingekneitel (supervita). Da mehrere dieser Gegenstände, blos bei reicheren Familien, namentlich dem vornehmen Güteradel vorkommen, so sind es auch gerade diese Familien, bei denen sich die Ehestiftungen in Teutschland am meisten und schon frühzeitig⁶⁶) finden. Weinahe blos bei dem höchsten Adel Teutschlands sehen wir auch, und jetzt besonders häufig, morgänatische Ehen; diese haben ihr Recht größtentheils in den Ehestiftungen zu suchen⁶⁷), wogegen wir in den Ehestiftungen bürgerlicher Ehegatten vorzüglich die Befestigung der Ungewissheiten der statutarischen Succession beabsichtigt finden.

Eine bestimmte Zeit für Errichtung der Ehestiftungen ist nirgends gemeinrechtlich vorgeschrieben; es kann dies vor oder während der Ehe geschehen, geschieht aber am häufigsten bei oder nach Abschluß der Sponsalien⁶⁸). Ist die Ehe aber schon vollzogen, oder sind auch nur die Sponsalien unbedingt abgeschlossen, so kann kein Theil verlangen, daß der andere Ehegatte sich in der Ehestiftung die ihm durch die Ehe oder Sponsalien entstandenen Rechte schmälern lasse. Auch müssen bei Errichtung einer Ehestiftung nach vollzogener Ehe die gesetzlichen⁶⁹) Bestimmungen wegen Ungiltigkeit der Schenkungen unter Ehegatten berücksichtigt werden⁷⁰).

Die Wirkungen der Ehestiftungen sind von denen anderer Verträge nicht verschieden; es findet also, außer mit Zustimmung des Gegentheiles⁷¹), keine Abänderung derselben statt⁷²), so daß auch, da sie nicht

63) Mittermaier a. a. D. §. 360, und die das angezogenen Schriften. Strube a. a. D. Bed. 41 (IV. 166).

64) Rechtliche Wirkungen einer von den Landesgesetzen wegen der ehelichen Gütergemeinschaft abweichenden Eheverbindung in Günther, rechtliche Bemerkungen u. (Helmstädt 1802), S. 20.

65) J. W. vergl. v. Pohnhorst, Jahrbücher des Oberhofgerichtes zu Mannheim, Jahrg. 1, S. 195.

66) Eichhorn a. a. D. Th. 4, §. 572.

67) Runde a. a. D. §. 572 flg., und Danz dazu a. a. D.

68) Danz a. a. D. §. 566, S. 169. Glück a. a. D. §. 1244, S. 335, und der da angezogene Brewer, diss. an matrimonio iam indefinito contracto adhuc pacta dotalia condi. quæant. Bonnae 1782. Weber a. a. D. §. 128. Mittermaier a. a. D. §. 360, und die dort Note 8 angez. Schriften und Gesetze.

69) L. 22. D. de pactis dotalibus. (23. 4.)

70) Hänsel a. a. D. §. 133, S. 235.

71) Eine merkwürdige Entscheidung in dieser Beziehung s. bei Loysler l. c. spec. 307. med. 8.

72) v. Pohnhorst a. a. D. 4. Jahrg., S. 351. v. zu Rhein und Sartorius, Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle, Bd. 1, St. 9, S. 244.

edemische letzte Willensstiftungen sind, das durch sie begründete Erbrecht dem überlebenden Ehegatten weder durch Testament, noch durch Codicill, noch durch Schenkung auf den Todesfall entzogen werden kann⁷³). Dasselbe versteht sich aber auch nur von demjenigen Vermögen, welches bei dem Tode des zuerst sterbenden Ehegatten noch vorhanden, daher dieser an keiner sonst erlaubten Disposition über sein Vermögen gehindert ist, wenn er sich nicht derselben in der Ehestiftung, oder sonst ausdrücklich begeben hat⁷⁴). Ist auch der überlebende Ehegatte in der Ehestiftung zum Erben des ganzen Vermögens oder eines verhältnismäßigen Theiles (*pars quota*) desselben eingesetzt, so ist er als *successor universalis* zu Verzinsung der Erbschaftsschulden ganz oder verhältnismäßig verbunden, wogegen dies wegfällt, wenn seine Einsetzung in *re certa*, in eine gewisse Summe (*pars quantae*) erfolgt, er also nur *successor singularis* ist⁷⁵). Ob aber in einem Ehevertrage dritte Personen zu Erben eingesetzt werden können, ist eine höchst bestrittene, in dem Art. Erbvertrag abzuhandelnde Frage⁷⁶). Im Allgemeinen ist hier nur so viel zu bemerken, daß beide Contrahenten gegen einander verbindlich werden, keinen Anderen als jenen Dritten zum Erben einzusetzen, daß dieser selbst aber kein Recht aus dem Ehevertrage erwirbt, wenn er die ihm darin ausgesetzten Vortheile nicht ausdrücklich *acceptirt*⁷⁷). Bei einer förmlichen Erbeinsetzung in den Ehepacten darf auch der Pflichttheil dorer nicht verletzt werden, welche einen solchen zu fordern haben⁷⁸). Rücksichtlich der Kinder, die zur Zeit der vollzogenen Eheverträge wirklich leben, oder im rechtlichen Sinne als lebend gedacht werden, waltet darüber kein Streit ob. Der Zweifel, den man aber gegen die diesfallsigen Rechte der Eltern erhoben hat⁷⁹), reducirt sich darauf, daß diese allerdings dann wegen verletzten Pflichttheiles sich nicht beschweren können, wenn die Eheverabredung unter ihrer Zustimmung geschlossen worden ist⁸⁰). Die Verletzung des Pflichttheiles hat übrigens hier nach der richtigeren Meinung⁸¹) nicht die Ungültigkeit des ganzen Ehevertrages zur Folge, sondern bloß das Recht auf die Ergänzungsklage. Dem widerspricht auch das alte Sprichwort nicht: „Kinderzeugen bricht Ehestiftung,“ da solches bloß von dem Falle zu verstehen ist, wo Kinder zur Zeit der Schließung der Ehepacten im rechtli-

73) Dabei entsteht aber die Frage: „Ob zu vermuthen, daß dasjenige, so in der Ehestiftung und im Testamente dem überlebenden Ehegatten vermacht ist, doppelt gefordert werden könne?“ Strube a. a. D. Weh. 45 (IV. 185).

74) Curtius a. a. D. §. 135. Vergl. Strube a. a. D. Weh. 44 (IV. 33).

75) Curtius ebendaf. §. 137.

76) v. Pohnhorst a. a. D. 5. Jahrg., S. 61 u. 339.

77) Rittermaier a. a. D. §. 360 a. E.

78) v. Trübschler a. a. D. §. 45.

79) Ayres, de legitima parentum pactis dotalibus liberorum exclusa. Göttingae 1748.

80) Curtius a. a. D. §. 137, und Hänsel a. a. D. bezu S. 239 u. 240, und die da angezogenen Schriftsteller. v. Pohnhorst a. a. D. 4. Jahrg., S. 351. v. Trübschler a. a. D.

81) Hommel l. c. obs. 203.

then Ehne noch gar nicht existierten⁸²⁾. Dagegen muß mit Recht, wenn in der Eheleistung über die Succession in das Vermögen der Eheleute nach ihrem Tode disponirt und ihnen ihre statutarische Erbportion nicht ausdrücklich vorbehalten ist, angenommen werden, daß sie dadurch der statutarischen Succession entsagt haben, da sie der Natur der Sache nach nicht verlangen können, einmal aus dem Ehevertrag und noch einmal aus dem Statut zu erben⁸³⁾. Die oft besprochene⁸⁴⁾ Frage über die Wirkungen der Eheleistung, wenn nach deren Errichtung über das Vermögen eines der Ehegatten Concurs ausbricht, bedarf einer besonderen Beantwortung nicht, da sie ganz nach den allgemeinen Grundsätzen über Gültigkeit der Verträge beim Concurs der Gläubiger zu beantworten ist.

Die Aufhebung der Eheleistungen und ihrer Wirkungen erfolgt durch Einwilligung beider Ehegatten in erstere (*mutuo dissensu*), jedoch nur so weit als nicht dritten Personen daraus ein Recht erwachsen ist, durch Unterbleibung der Ehevollziehung⁸⁵⁾, weil letztere die Voraussetzung ist, unter welcher die Eheleistung geschlossen wurde (doch bleibt der aus den Ehepacten verpflichtet, der die Ehevollziehung ohne rechtmäßige Ursache verweigert⁸⁶⁾), durch Nichtigkeitsklärung oder wirkliche Ehescheidung⁸⁷⁾ (nicht durch bloß zeitige Trennung von Tisch und Bett, und nicht so weit, daß der unschuldige Theil die ihm für den Fall der Trennung zugestandenen Rechte verliere⁸⁸⁾), endlich durch Kinderzeugung, wenn die Ehepacten auf den Fall einer kinderlosen Ehe geschlossen sind, nach dem obgedachten Sprichwort: Kinderzeugen bricht Eheleistung⁸⁹⁾. Doch ist dieß nur bei einer auf gedachten Fall der unberentten, unbeerbten, d. i. kinderlosen Ehe, im Gegensatz von einer berentten, beerbten Ehe, geschlossenen Eheleistung der Fall, wenn die nachgeborenen Kinder auch den Zeitpunkt erleben, wo der Vertrag nach der Absicht der Paciscenten in Erfüllung gehen soll⁹⁰⁾.

82) Hönfel a. a. D.

83) Leyser l. c. spec. 307. med. 5. Strube a. a. D. Heb. 43 (II. 100). Bauer, responsa tom. I. resp. 33. p. 132. Gottschalk l. c. tom. II. 2. Rivinus, de pactis dotalibus, in quantum statutis derogent vel minus. Lipsiae 1723.

84) Leyser l. c. spec. 309. med. 8 et 9. v. Hohnhorst a. a. D. 8. Jahrg., S. 147. Scheidlein, Miscellen aus der Gesetzgebung des österr. Reichs Kaiserstaates, S. 3, Abh. 2, S. 142, S. 85. v. Wagersbach, Archiv für wichtige Anordnungen in den österr. Reichs Staaten etc., S. 6, S. 244.

85) Nach Königl. sächsischem Rechte auch dann, wenn zwar durch Trauung, aber nicht durch Beischlaf die Ehe vollzogen ist. Sächs. Constitutionen v. 1572. P. III. const. 19.

86) Hönfel a. a. D. §. 138, S. 241.

87) Nach Königl. sächsischem Rechte muß aber der Ehegatte, welcher hiernach etwas verliert, was er nur gegen die Hingabe eines Theiles seines eigenen Vermögens erhalten hat, dieses unverkürzt zurückerhalten. Weber a. a. D. Th. 2, Buch 2, Note 70, S. 1302.

88) Mittermaier a. a. D. §. 360. Stryk l. c. §. 47.

89) Curtius a. a. D. §. 138, und Hönfel dazu a. a. D. Glück a. a. D. Th. 25, §. 1249, S. 384 fig. Mittermaier a. a. D.

90) Hundt a. a. D. §. 568, Danz dazu a. a. D. S. 174. Hönfel

Uebrigens geben bei Beurtheilung der Wirkungen der Ehefistung nicht die Gesetze des Contractforum, sondern die Gesetze des Orts, wo der Mann seinen Wohnsitz hatte und wohin ihm die Frau folgte, die Norm⁹¹⁾.

Neuerlich sind auch bei legislativen Arbeiten die Eheverträge Gegenstand vielfacher Erwägung geworden⁹²⁾. Buddus.

Ehrlösigkeit und Ehrenschmälerung¹⁾ sind der Wortbedeutung nach Zustände der Person, in welchen sie ihrer Ehre entweder gänzlich oder theilweise verlustig ist. Ob und inwiefern diese Zustände in juristischer Hinsicht von Bedeutung seien, hängt davon ab, ob die Fähigkeit zu dem Genusse gewisser Rechte an den Besitz der ungeschmälereten Ehre gebunden ist. Denn die juristische Bedeutung der Ehrlösigkeit würde alsdann eben darin bestehen, daß der Ehrlöse unfähig wäre, diese Rechte zu genießen, so wie auch der Ehre selbst in juristischer Hinsicht nur insofern Bedeutung zugeschrieben werden kann, als sie zu dem Genusse gewisser Rechte befähigt. Im Sinne des gewöhnlichen Lebens ist Ehre die Achtung oder der gute Name, welche einem Menschen wegen seiner in sittlicher und bürgerlicher Hinsicht unandelhaften Handlungsweise von anderen Menschen zugesprochen werden²⁾. Wie diese Achtung nur in dem Urtheile anderer Menschen beruht, so ist sie auch an und für sich kein Gegenstand des Rechtes und ohne rechtliche Folgen, obgleich natürlicher Weise dadurch nicht ausgeschlossen ist, daß diese Achtung eines der werthvollsten Güter ist, welche der Mensch besitzen kann, und daß sie eben deswegen insofern unter dem Schutze des Rechtes stehen muß, als es keinem Menschen gestattet sein kann, die Ehre eines Anderen durch willkürliche und ungerechte Handlungen zu gefährden oder zu untergraben³⁾. Aber eigentliche rechtliche Bedeutung kann diese Achtung nur dadurch erhalten, daß diejenigen, welche sich derselben zu erfreuen haben, zu dem Genusse gewisser Rechte fähig sind, deren Andere bloß aus dem Grunde, weil sie sich dieser Ach-

a. a. D. §. 138. Mittermaier a. a. D. §. 360. Vgl. Glück a. a. D. §. 1249, §. 385. Pfeiffer, Entscheidungen des Oberappellationsgerichtes zu Cassel, Dec. 184.

91) Dämont-Schauberg, Archiv für das Civil- und Criminalrecht, Bd. 8, S. 168. Glück a. a. D. Th. 6, §. 516, S. 300, nach Analogie des röm. Rechtes L. 65. D. de iudic. et ubi quisque. (5. 1.)

92) Weidtel, Betrachtungen über Gegenstände der Civilgesetzgebung und Staatswirthschaft (Leipzig 1840), Nr. 4, S. 28 ff. Bollev, Entwürfe von Gesetzen für das Königreich Württemberg u. 4. Die Verträge über Erbschaften und die Eheverträge. Stuttgart 1835. Entwurf eines Gesetzes in Betreff der Verträge über Erbschaften und der Eheverträge, nebst Motiven. Stuttgart 1840.

1) Vergl. im Allgemeinen vorzüglich Marejoll, über die bürgerliche Ehre (Gießen 1824), und v. Savigny, System des heutigen römischen Rechtes (Berlin 1840), Bd. 2, S. 60 ff.

2) Häufig unterscheidet man zwischen äußerer und innerer Ehre, und versteht unter der ersteren die Achtung, welche Jemand bei anderen Menschen genießt, unter der letzteren den Grund, aus welchem ihm dieselbe zugestanden wird.

3) S. darüber den Art. Injurien.

tung verlustig gemacht haben, nicht theilhaftig werden können. Auf diese Weise bildet sich durch die Rechte, welche der Staat nur denjenigen zugesteht, welche Achtung und guten Namen genießen, der Begriff von bürgerlicher Ehre und bürgerlicher Ehrlosigkeit. Bürgerliche Ehre wird demnach die durch die Handlungsweise des Menschen bedingte Fähigkeit, bürgerliche Ehrlosigkeit die durch die Handlungsweise desselben bedingte Unfähigkeit zu dem Genuße bestimmter Rechte sein. Wenn einmal die Fähigkeit zu dem Genuße bestimmter Rechte davon abhängig gemacht ist, daß Jemand eine solche Handlungsweise beobachte, durch welche Achtung und guter Name begründet wird, so wird auch die Gesetzgebung kaum umhin können, die Handlungsweise, welche die angegebene Rechtsfähigkeit und Rechtsunfähigkeit zur Folge haben soll, im Näheren zu bestimmen. Denn das Urtheil der Menschen ist mitunter schwankend und auf Vorurtheile gegründet, so daß der Staat, wenn er die Fähigkeit zu dem Genuße gewisser Rechte davon abhängig machen will, daß sich Jemand in dem Besitze seiner Ehre befindet, diesem Urtheile nicht füglich unbedingt vertrauen darf; jedes Falles kann der Staat Ehrlosigkeit und Ehrenschmälerung mit der rechtlichen Wirkung, daß Unfähigkeit zu dem Genuße gewisser Rechte dadurch begründet werde, nur in Folge einer solchen Handlungsweise eintreten lassen, durch welche Achtung und guter Name nicht nach dem Vorurtheile der Menge, sondern nach einem vernünftigen und sittlichen Maßstabe verloren gehen.

Wenn sich auf diese Weise die rechtliche Wirkung der bürgerlichen Ehrlosigkeit und Ehrenschmälerung nicht anders als dadurch zu erkennen geben kann, daß dieselbe unfähig macht, gewisse Rechte zu genießen, so darf man doch darum noch nicht ohne Weiteres Jeden, dem die Fähigkeit zu dem Genuße dieser Rechte abgeht, für ehrlos ansehen. Dann es können auch andere Gründe sein, von welchen Achtung und guter Name gar nicht abhängen, welche den Staat bewegen haben, gewissen Classen von Personen die Fähigkeit zu denjenigen Rechten abzuspreehen, deren auch die Ehrlosen unfähig sind. So kann z. B. Frauenzimmern, oder Allen, welche ein gewisses Alter noch nicht erreicht haben, oder welche sich zu einer gewissen Religion bekennen, ebenfalls die Fähigkeit zu den Rechten, zu welchen auch die Ehrlosigkeit unfähig macht, abgehen, ohne daß sich darum sagen ließe, daß die in eine dieser Classen gehörigen Personen mit Ehrlosigkeit und Ehrenschmälerung behaftet seien. Nur durch die Handlungsweise des Menschen kann Ehre und Ehrlosigkeit desselben begründet werden, so daß auch nur diejenigen für ehrlos in juristischer Hinsicht gelten können, welche wegen ihrer Handlungsweise des Genußes bestimmter Rechte für unfähig erklärt sind.

Die durch die Handlungsweise des Menschen begründete Rechtsunfähigkeit kann aber in verschiedenen Graden vorkommen, je nachdem gewisse Handlungen die rechtliche Wirkung beigelegt ist, daß sie denjenigen, der sie begeht, zu sämmtlichen Rechten, deren Genuß durch den Besitz der vollen bürgerlichen Ehre bedingt ist, unfähig machen, oder je nachdem andere Handlungen den Handelnden nur der Fähigkeit zu einzelnen dieser Rechte entkleiden. Wer sich durch seine Handlungen der Fähigkeit zu

sämmtlichen Rechten, welche dem Menschen überhaupt zustehen können, verlustig gemacht hat, muß auch nothwendig gänzlich ehrlos sein, da er alsdann auch zu denjenigen Rechten unfähig ist, deren Genuß von dem Besitze der vollen bürgerlichen Ehre abhängig ist. Aber umgekehrt braucht der gänzlich Ehrlose nicht nothwendig gänzlich rechtlos zu sein, wenn es nämlich Rechte gibt, bei welchen die Fähigkeit zu deren Genuße überhaupt nicht von dem Besitze der Ehre abhängt, oder mit anderen Worten, wenn es nur einzelne bestimmte Rechte sind, zu welchen die Fähigkeit durch den Besitz der ungeschmälerten Ehre bedingt ist. Daraus ergibt sich auch, daß die Ehrlosigkeit je nach der größeren oder geringeren Rechtsunfähigkeit, welche sie mit sich bringt, in verschiedenen Abstufungen vorkommen kann.

Nach diesen einleitenden Bemerkungen, welche sich aus der Natur der Sache zu ergeben scheinen, kann zu der Darstellung der Grundsätze unseres positiven Rechtes über Ehrlosigkeit übergegangen werden. Fast bei keiner anderen Lehre herrscht so große Verschiedenheit und Schwankung der Ansichten, als bei dieser. Namentlich sind die Ansichten sehr getheilt über das Verhältniß, in welchem römisches Recht und einheimisch deutsches Recht in dieser Lehre zu einander stehen. In dem einheimischen Rechte hatte sich bereits ein bestimmtes System über Ehrlosigkeit ausgebildet, als das römische Recht in Deutschland recipirt wurde. Dieses System wich sowohl in Ansehung der Fälle, in welchen Ehrlosigkeit eintreten sollte, als auch der Wirkungen, welche dieselbe nach sich ziehen sollte, sehr ab von den Ansichten, die im römischen Rechte darüber aufgestellt waren. Daher muß die Frage entstehen, über deren Beantwortung die Meinungen so getheilt und schwankend sind, inwiefern das römische Recht in dieser Beziehung in Deutschland recipirt sei, und die Ansichten des einheimischen Rechtes entweder verdrängt, oder wenigstens modificirend auf dieselben eingewirkt habe. Bei der Beantwortung dieser Frage werden sich weiter unten die obigen einleitenden Bemerkungen als nützlich erweisen. Vor Allem ist dazu nothwendig, die Grundsätze des römischen Rechtes darzustellen, sowohl über die Fälle, in welchen dasselbe Ehrlosigkeit oder Ehrenschränkung eintreten läßt, als auch über die Wirkungen, welche es derselben beilegt.

Bei den Römern war die Fähigkeit zu dem Genuße aller Rechte, welche in dem *ius civile* begründet waren, dadurch bedingt, daß man sich im Besitze der Freiheit und des römischen Bürgerrechtes befand⁴⁾. Diese durch Freiheit und römisches Bürgerrecht begründete Rechtsfähigkeit nannten die Römer *existimatio*, weil sie auf der Anerkennung des vollen Werthes beruhte, auf welchen überhaupt Jemand als Bürger des römischen Staates Anspruch haben konnte⁵⁾. Zwar war nicht Jeder, der sich dieser *existimatio* zu erfreuen hatte, damit ohne Weiteres zu allen den Rechten fähig, welche in dem *ius civile* begründet waren, indem die Fä-

4) Darin besteht der *status libertatis* und *status civitatis*, welche, weil sie die wichtigsten waren, vorzugsweise *status* genannt werden. L. 1. §. 8. D. ad SC. Tertull. (33. 17.)

5) L. 5. §. 1. 2. 3. D. de extraordinariis cognition. (50. 13.)

bigkeit zu manchen dieser Rechte außer der *existimatio* auch noch andere Eigenschaften der Person voraussetzte⁶⁾; aber die ungeschmälerte *existimatio* war die Bedingung, damit Jemand, dem die übrigen erforderlichen Eigenschaften nicht abgingen, in den vollständigen Genuß dieser Rechte gelangen konnte. Da kein Unfreier das römische Bürgerrecht haben konnte, und da auf der anderen Seite nicht jeder Freie des römischen Bürgerrechtes theilhaftig war, so läßt sich dieses als die Grundlage oder als die Bedingung der römischen *existimatio* ansehen, sowie auch dieselbe mit dem römischen Bürgerrechte so unzertrennlich verbunden war, daß sie aus demselben als eine natürliche, sich von selbst verstehende Folge hervorging. Daher konnte von einer besonderen Erwerbung der *existimatio* keine Rede sein, da sie einem Jeden ohne Weiteres zustand, der das römische Bürgerrecht hatte⁷⁾.

Da die *existimatio* nur ein Ausfluß des römischen Bürgerrechtes war, so ergibt sich daraus von selbst, daß sie nicht für gleichbedeutend genommen werden darf, mit der Ehre im allgemeinen Sinne, welche Jedem theils wegen seiner Eigenschaft als Mensch, theils wegen seiner in sittlicher und bürgerlicher Hinsicht tadellosen Handlungsweise zugestanden wird. Diese allgemeine Ehre, welche natürlicher Weise unabhängig war von dem römischen Bürgerrechte, hatte vielmehr gar keine bestimmten rechtlichen Wirkungen. Man kann zwar nicht behaupten, daß der Begriff dieser allgemeinen Ehre und die Bedeutung, welche dieselbe in der Gesellschaft hat, den Römern fremd gewesen sei; aber diese Bedeutung war keine rechtliche, sondern beschränkte sich auf das Ansehen und Vertrauen, welches ehrenwerthes Handeln bei den übrigen Menschen immer nach sich zieht⁸⁾. Die Ehre im allgemeinen Sinne und die *existimatio* hatten zwar

6) So sind die *impuberes*, *furiosi* und die Frauenzimmer in vielen Beziehungen zu Ausübung der Rechte unfähig, zu welchen nur die ungeschmälerte *existimatio* befähigt, ohne daß bei ihnen von einer Schmälderung der *existimatio*, in welcher der Grund ihrer Unfähigkeit läge, die Rede sein könnte, wie z. B. in L. 1. D. de his, qui notantur infam. (3. 1.) bei Aufzählung derjenigen, die unfähig sind, für Andere zu postuliren, zwischen denjenigen, qui casu — qui sexu — qui infamia prohibentur, unterschieden wird. *Marezoll a. a. D. S. 12.*

7) *Marezoll a. a. D. S. 18.*

8) Die Neueren sprechen hier häufig von einer *infamia facti*, im Gegensatz zur eigentlichen Infamie, welche sie *infamia iuris* nennen, welche in den weiter unten anzugebenden bestimmten Fällen eintrat und bestimmte rechtliche Wirkungen hatte. Allein die sogenannte *infamia facti* hat gar keine bestimmten rechtlichen Wirkungen, eben so wenig, als sich die Bedingungen, unter welchen sie eintreten sollte, bestimmt angeben lassen. Daher wäre es besser, den nicht quellennmäßigen Ausdruck *infamia facti* gar nicht zu gebrauchen, da er leicht dazu verleiten kann, ihm einen bestimmten rechtlichen Begriff, den er nicht hat, zuzulegen. Der schlechte Ruf, den Jemand hat, kann zwar in einzelnen Fällen in Betracht kommen, wie z. B. öffentliche Ämter einem solchen nicht leicht werden gegeben werden, oder wie seine Glaubwürdigkeit als Zeuge bedeutendem Zweifel unterliegen kann; allein solche dem Ermessen der höchsten Staatsgewalt oder des Richteramtes anheim gegebene Rücksichten können nicht für rechtliche Wirkungen angesehen werden. *Savigny a. a. D. S. 187.* — Auch wurden bei den Römern Personen, welche gewissen Ständen angehörten, oder welche gewisse Be-

insofern Berührungspunkte zusammen, als die Gründe, aus welchen die *existimatio* aufgehoben oder geschmälert wurde, oftmals zusammenfielen mit den Gründen, aus welchen auch die Ehre im allgemeinen Sinne verloren geht⁹⁾; aber dennoch waren beide wesentlich verschieden, indem Jemandem, ungeachtet seines unbescholtensten Rufes und Ansehens dennoch keine *existimatio* zustand, wenn er nicht das römische Bürgerrecht hatte.

Da die *existimatio* Bedingung und Folge des römischen Bürgerrechtes war, so mußte sie nothwendig aufgehoben werden, wenn dieses aus irgend einem Grunde verloren ging. Das römische Bürgerrecht war aber insofern theilbar und eines theilweisen Verlustes fähig, als es die Fähigkeit zu dem Genusse einzelner verschiedener Rechte gewährte, und als Jemand der Fähigkeit zu einzelnen dieser Rechte verlustig werden konnte, ohne zu anderen Rechten, welche das Bürgerrecht mit sich brachte, unfähig zu werden¹⁰⁾. Eine solche nur theilweise Fähigkeit zu den im Bürgerrechte liegenden Rechten, oder ein solches, zwar nicht aufgehobenes, aber gemindertes oder geschmälertes Bürgerrecht mußte aber auch eine entsprechende Minderung oder Schmälerung der *existimatio* zur Folge haben, da diese ein Ausfluß des Bürgerrechtes war, und also nur demjenigen ungeschmälert zustehen konnte, der sich im Besitze des vollen Bürgerrechtes befand. Die *existimatio* konnte also entweder gänzlich oder theilweise aufgehoben werden, je nachdem Jemand des Bürgerrechtes entweder gänzlich oder theilweise verlustig wurde.

Gänzliche Aufhebung der *existimatio* (*consumtio existimationis*) mußte eintreten, entweder wenn der römische Bürger seine Freiheit verlor, weil damit der Verlust des Bürgerrechtes von selbst verbunden war, oder wenn er seines Bürgerrechtes gänzlich verlustig wurde, ohne jedoch zugleich seine Freiheit zu verlieren. In beiden Fällen verlor der bisherige Bürger mit dem Bürgerrechte seine Bedeutung im römischen Staate, indem er aufhörte ein wirkliches Mitglied oder ein *caput* in demselben zu sein. Daher bedienen sich die römischen Juristen des Ausdrucks *capitis diminutio magna*, sowohl um den Verlust der Freiheit, als auch um den Verlust der Civität zu bezeichnen¹¹⁾, wobei sie, um die in dem Zustande

schäftigungen trieben, als *viles, humiles* und *abjectae personae* bezeichnet, ohne daß sich bestimmte rechtliche Wirkungen angeben lassen, welche allgemein und durchgreifend damit verbunden gewesen wären. Savigny a. a. D. S. 188.

9) Daher bedienen sich die Römer für die *existimatio* oftmals derselben Ausdrücke, durch welche auch die Ehre im allgemeinen Sinne bezeichnet wird, z. B. *damnum famae pati, famae periculum subire, fama integra, illaesa, illibata, famae restitutio, integrae, bonae opinionis homines, opinionem amittere* etc. Rarezoll a. a. D. S. 18.

10) Rarezoll a. a. D. S. 19.

11) L. 5. §. 8. D. de extraord. cogation. (50. 13.): *Consumitur vero (existimatio) quoties magna capitis minutio intervenit.* — L. 1. §. 4. D. de suis. (38. 16.) L. 1. §. 8. D. ad SC. Tertull. (38. 17.) Im Gegensatze dieser *magna capitis minutio* nennt Ulpian in l. 1. §. 4. cit. den geringsten Grad derselben, durch welchen ein römischer Bürger unbeschadet seiner Civität eine Veränderung in seinen bisherigen Familienverhältnissen erleidet, *minor capitis diminutio*, während dieselbe gewöhnlich *minima* genannt wird. Vgl. die folgende Note.

des Bürgers eingetretene Veränderung specieller zu bezeichnen, wobei zwischen *capitis deminutio maxima* und zwischen *c. d. media* unterscheiden, je nachdem mit dem Bürgerrechte zugleich die Freiheit, oder je nachdem jenes ohne diese verloren wurde¹²⁾. Beide Arten der *capitis deminutio* hatten zwar insofern wesentlich verschiedene Wirkungen, als durch die *capitis deminutio maxima* Bürgerrecht und Freiheit zusammen, durch die *capitis deminutio media* dagegen nur das Bürgerrecht ohne die Freiheit verloren wurde; aber in Ansehung ihres Einflusses auf die *existimatio* kamen beide unter einander überein, indem dieselbe durch die eine sowohl, als durch die andere gänzlich aufgehoben wurde. Denn die Freiheit war mit der *existimatio* an und für sich nicht nothwendig verbunden, indem diese den Peregrinen, obgleich sie frei waren, nicht zukam, so daß, wenn die *capitis deminutio* verschiedene Wirkungen hatte, je nachdem sie *maxima* oder *media* war, diese Verschiedenheit nicht einer verschiedenen Aufhebung der *existimatio*, sondern nur dem Umstande zugeschrieben werden darf, daß bei der einen die Freiheit verloren, bei der andern dagegen behalten wurde.

Die *existimatio* wurde also gänzlich aufgehoben durch jedes Ereigniß, durch welches entweder Freiheit oder Civität verloren ging. Die Freiheit konnte verloren werden, theils durch Kriegsgefangenschaft, nach deren Beendigung jedoch der Befreite durch das *ius postliminii* in seine vorigen Rechte wieder eingesetzt werden konnte¹³⁾, theils zur Strafe, indem außer der Todesstrafe, welche Verlust der Freiheit von selbst nach sich zog, manche Strafen, namentlich die *damnatio ad bestias* und die *damnatio ad metalla* den Sträfling zum *servus poenae* machten¹⁴⁾. Das Bürgerrecht ohne die Freiheit konnte theils freiwillig aufgegeben, theils ebenfalls zur Strafe verloren werden, indem andere Strafen, namentlich die *aquae et ignis interdictio*, die *deportatio* und die *datio in opus publicum*, insofern sie in perpetuum geschah, die Folge hatten, dem Verurtheilten die Civität zu entziehen¹⁵⁾. Alle diese Ereignisse hatten, weil sie den Verlust des Bürgerrechtes mit sich brachten, auf die *existimatio* den gleichmäßigen Einfluß, daß dieselbe gänzlich aufgehoben wurde¹⁶⁾.

Wie das Bürgerrecht und die *existimatio* in unzertrennlichem Zusammenhang miteinander standen, so hatte auch die gänzliche Aufhebung dieser an und für sich keine andere Wirkung, als die Fähigkeit zu allen den Rechten zu entziehen, zu deren Genuße das Bürgerrecht befäh-

12) L. 11. D. de capite minutis (4. 5.): *Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima. Tria enim sunt, quae habemus, libertatem, civitatem, familiam.*

13) §. 5. J. quib. mod. ius potest. solv. (1. 12.)

14) L. 8. §. 4. L. 28. pr. L. 86. D. de poenis. (48. 19.) L. 6. §. 6. D. de iniusto testamento. (28. 3.)

15) §. 2. J. de capitis deminutione. (1. 16.) L. 17. §. 1. D. de poenis. (48. 19.) L. 15. D. de interdictis et relegat. (48. 22.)

16) In allen diesen Fällen entschied nur die Art der Strafe, zu welcher Jemand verurtheilt wurde, ohne Unterschied, ob die Verurtheilung auf den Grund einer *lex iudiciorum publicorum*, oder *extra ordinem* erfolgte. L. 12. D. de poenis. (48. 19.)

higte. Diese Rechte waren aber zweifacher Art, theils öffentlichrechtlicher, theils privatrechtlicher Natur. Die öffentlichrechtlichen Rechte, welche das Bürgerrecht gewährte, bestanden in dem Rechte der Theilnahme an den Volksversammlungen und in der Fähigkeit zu römischen Magistraturen (*suffragium et honores*), indem den Latinen und den Peregrinen diese Vorzüge nicht zustanden¹⁷). Die privatrechtlichen Rechte, deren diejenigen, welche das römische Bürgerrecht nicht hatten, unfähig waren, lassen sich auf zwei Hauptclassen zurückführen, welche von den Römern durch die Kunstausdrücke *connubium* und *commercium* bezeichnet wurden¹⁸). *Connubium* bedeutete die Fähigkeit zu einer nach dem *ius civile* gültigen Ehe, welche die in demselben bestimmten Folgen der Ehe nach sich zog¹⁹). Diese Folgen waren aber der wichtigsten Art, da nur durch eine nach dem *ius civile* gültige Ehe die väterliche Gewalt begründet werden konnte. Von der väterlichen Gewalt war aber die Möglichkeit römischer Verwandtschaft, und von dieser wiederum die alte Intestaterbfolge abhängig, so daß der Verlust des römischen Bürgerrechtes und die damit zusammenhängende gänzliche Aufhebung der *exstimatio* Unfähigkeit zu allen diesen Rechten nach sich ziehen mußte²⁰). *Commercium* bezeichnete die Fähigkeit, Vermögensrechte nach dem *ius Quiritium* zu erwerben oder zu übertragen, und war für viele vermögensrechtliche Verhältnisse von Bedeutung²¹). Denn darnach waren die Nichtbürger, denen das *commercium* abging, des vollständigen römischen Eigenthums unfähig, indem sie zu den civilrechtlichen Veräußerungs- und Erwerbarten desselben, der *manipatio*, der *in iure cessio*, der *Usucapion* und der strengen *vindication* unfähig waren²²). Ebenso waren sie unfähig zu den im *ius civile* begründeten Obligationen²³) und zu der *testamenti factio*, so daß sie weder ein Testament oder einen Codicill errichten, noch zu Erben, Legatarien oder Fideicommissaren ernannt werden, oder auch nur als Zeugen bei einem letzten Willen dienen konnten²⁴). Da aber das *commercium* mit den aus demselben entspringenden Rechten nur denjenigen zustand, welche das römische Bürgerrecht hatten, so mußte der Verlust desselben und die dadurch bedingte gänzliche Aufhebung der *exstimatio* auch Unfähigkeit zu allen diesen Rechten bewirken.

Der Verlust des Bürgerrechtes und die gänzliche Aufhebung der *exstimatio* machte aber an und für sich nicht unfähig, in diejenigen Rechtsverhältnisse einzutreten, welche im *ius gentium* begründet waren. Vielmehr hatte dieser Verlust als solcher nur die Wirkung, den Bürger

17) Savigny a. a. D. S. 46.

18) Savigny a. a. D. S. 26.

19) Ulpian, tit. 5. §. 3.

20) Savigny a. a. D. S. 27.

21) Ulpian, tit. 19. §. 4. 5.

22) Savigny a. a. D.

23) Caius, III. §. 93. 94.

24) Ulpian, tit. 20. §. 8. 14. tit. 22. §. 1. 2. tit. 25. §. 4. 6. Caius, II. §. 285. L. 3. 8. 9. 11. 13. 19. qui test. (28. 1.) L. 6. §. 3. L. 8. §. 2. D. de iure codicill. (29. 7.) L. 49. §. 1. D. de hered. inst. (28. 5.) §. 24. J. de legat. (2. 20.) §. 6. J. de test. ord. (2. 10.)

in die Classe der Peregrinen zu versetzen, und ihn diesen in Ansehung seiner Rechtsfähigkeit gleichzustellen²⁵⁾. Daher war die Ehe, in welcher Jemand nach gänzlichem Verluste seiner existimatio stehen konnte, zwar kein matrimonium iustum nach dem ius civile, aber doch immer wirkliche Ehe, durch welche Verwandtschaft nach dem ius gentium begründet wurde, so wie er auch, ungeachtet ihm das commercium abging, Vermögensrechte nach dem ius gentium zu erwerben und zu besitzen im Stande war²⁶⁾. Im römischen Rechte ist zwar regelmäßig mit den Strafen, in deren Folge Civität und existimatio verloren werden, Confiscation des gesammten Vermögens verbunden²⁷⁾, weshalb auch diese Strafen häufig dem Tode gleichgestellt und Capitalstrafen genannt werden²⁸⁾; die Confiscation ist dabei nicht Folge des Verlustes der Civität und der existimatio, sondern lediglich der Strafen, welche diesen Verlust nach sich ziehen, indem das Vermögen nicht verloren geht, wenn Civität und existimatio aus anderen Gründen, als zur Strafe, aufgehoben werden. Eben so traten für denjenigen, der mit dem Bürgerrechte und der existimatio zugleich seine Freiheit verlor, andere Folgen ein, als für denjenigen, der frei blieb; aber dieselben entsprangen nicht aus dem Verluste des Bürgerrechtes und der existimatio, sondern eben aus dem Verluste der Freiheit.

Außer der wirklichen Aufhebung der existimatio kennt das römische Recht noch Schmälerungen derselben. Denn das römische Bürgerrecht, die Grundlage und Bedingung der existimatio, war, wie schon bemerkt worden ist, insofern theilbar, als es zu verschiedenen einzelnen Rechten befähigte, und als diese Fähigkeit Jemandem in Ansehung eines Theiles dieser Rechte abgehen, hinsichtlich des übrigen Theiles dagegen zukommen konnte. Im Besonderen lassen sich, wie angegeben worden, die Rechte, zu welchen das Bürgerrecht befähigte, in zwei Classen unterscheiden, deren eine, suffragium und honores, dem öffentlichen Rechte, die andere, connubium und commercium, dem Privatrechte angehörte. Das volle Bürgerrecht und die in ihm liegende ungeschmälerte existimatio gewährte die Fähigkeit zu beiden Classen dieser Rechte, so wie umgekehrt gänzlicher Verlust des Bürgerrechtes und die existimatio Unfähigkeit zu diesen beiden Classen bewirkte. In Folge mancher Handlungen ließ aber das römische Recht nur Unfähigkeit zu der einen Classe dieser Rechte eintreten, ohne zugleich die Fähigkeit zu der anderen Classe aufzuheben. Es lag darin keine gänzliche, sondern nur eine theilweise Aufhebung des Bürgerrechtes und der existimatio, da die gänzliche Aufhebung Unfähigkeit zu beiden Classen hätte nach sich ziehen müssen. Von diesen beiden Classen der in dem Bürgerrechte liegenden Rechte war aber diejenige, welche dem öffentlichen Rechte angehörte, offenbar wenigstens in-

25) Ueber die zwischen cives und Peregrinen stehende Mittelclasse der Latini vgl. Savigny a. a. D. S. 41 flg.

26) Savigny a. a. D. S. 40.

27) Vgl. darüber vorzüglich Savigny a. a. D. S. 71, Note 6.

28) L. 209. D. de R. J. (50. 17.) L. 59. §. 2. D. de condit. (35. 1.) L. 5. pr. D. de bonis damnat. (48. 20.) L. 1. §. 8. D. de bonor. poss. contra tabul. (37. 4.) L. 4. §. 2. D. de bonis libert. (37. 14.)

sofern die wichtigste, als dem Staate daran gelegen sein mußte, daß die in diese Classe gehörigen Rechte, so lange sie der römischen Staatsverfassung zufolge überhaupt von wirklicher Bedeutung waren, nur von solchen Staatsbürgern ausgeübt wurden, deren Charakter unzweifelhaft als tüchtig und ehrenwerth gelten konnte. Daher ist es begreiflich, daß es im römischen Rechte mit der Würdigkeit zur Ausübung dieser Rechte strenger genommen wurde, als in Ansehung derjenigen in dem Bürgerrechte liegenden Rechte, welche nur privatrechtlicher Natur waren, oder mit anderen Worten: daß Jemandem in gewissen Fällen zwar *suffragium* und *honores*, nicht aber *connubium* und *commercium* abgesprochen wurden.

Im römischen Rechte waren aber zwei Einrichtungen zu diesem Zwecke getroffen, die Gewalt der Censoren nämlich und die *infamia*.

Was zuvörderst die Gewalt der Censoren betrifft, so hatten dieselben eine gewisse polizeiliche Oberaufsicht über die Sitten auszuüben, um durch dieselbe darüber zu wachen, daß die politischen Rechte, welche an und für sich dem Staatsbürger zustanden, nicht zum Nachtheile des Ganzen von Solchen ausgeübt würden, welche sich durch unsittliche oder unehrenwerthe Handlungsweise derselben unwürdig gemacht hatten. Daher stand den Censoren das Recht zu, öffentlichen Tadel über Jemanden auszusprechen, indem sie seinem Namen in den Bürgerlisten eine *nota censoria* anhängen, oder ihn aus dem Senate oder Ritterstande auszustoßen, oder in eine geringere *Tribus* zu versetzen, oder aus allen *Tribus* auszustoßen und ihn dadurch seines Stimmrechtes gänzlich zu entsetzen²⁹). Eine solche gegen Jemanden verhängte censorische Maßregel enthielt immer eine Schmälerung seiner *existimatio* in sich, da sie ihn in der Ausübung der ihm sonst zustehenden politischen Rechte beeinträchtigte. Die Censoren waren bei Anwendung dieser Maßregeln nicht an feste gesetzliche Regeln gebunden, indem sie auch in Folge solcher Handlungen, die nicht gerade gesetzlich verboten waren, lediglich nach ihrem Ermessen und Gewissen die *nota censoria* oder andere Maßregeln verhängen konnten. Daher waren diese censorischen Schmälerungen der *existimatio*, wie sie nicht auf eine feste gesetzliche Regel, sondern nur auf censorisches Ermessen gegründet waren, auch nicht von sicherer Dauer, indem sie nicht allein von demselben Censor, der sie verhängt hatte, sondern auch von den nachfolgenden Censoren, so wie durch Richtersprüche und Volksschlüsse wieder aufgehoben und entkräftet werden konnten.

Dagegen beruhte die *infamia* auf festen gesetzlichen Regeln, und war deswegen von lebenslänglicher Dauer. Die einzelnen Fälle, in welchen *Infamie* eintrat, waren verschiedener Art. Sie kommen aber alle darin überein, daß Jemand nur in Folge einer von ihm selbst begangenen Handlung, welche seinen Charakter in einem schlechten Lichte erscheinen lassen mußte, mit *Infamie* belegt werden konnte³⁰). Namentlich traf die *Inf-*

29) Vgl. im Allgemeinen über das Verhältniß der censorischen Gewalt zur *Infamie* Savigny a. a. D. S. 196 flg.

30) Die einzige Ausnahme bildet die auf keinem vernünftigen Grunde beruhende Bestimmung in L. 5. §. 1. C. ad leg. Jul. maiest. (9. 8.), in welcher auch die Söhne der Hochverräther für ehrlos erklärt werden.

famie Jeden, der wegen eines Criminalverbrechens, das in einer *lex iudiciorum publicorum* mit Strafe bedroht war, verurtheilt worden war³¹). Die Verurtheilung wegen eines *crimen extraordinarium* zog der Regel nach keine Infamie nach sich; dagegen hatte die Verurtheilung wegen einiger Privatdelicte, namentlich wegen Diebstahles, Raubes, Injurien und Betruges, Infamie zur Folge, mochte die Verurtheilung in *privato iudicio* bloß auf die Privatstrafe lauten, oder mochte wegen des Privatdelictes *extra ordinem* eine öffentliche Strafe erkannt werden³²). Selbst in einigen obligatorischen Verhältnissen, welche vorzugsweise auf persönliches Vertrauen gegründet waren, ließ das römische Recht den Verurtheilten infam werden. Namentlich sollte der in Folge der *actio pro socio, tutelae, mandati* und *depositi* Verurtheilte infam werden³³). Der Regel nach sollte die Infamie hier nur in Folge der *directa actio* erfolgen, indem die *contraria actio* nur ausnahmsweise, wenn dem Verurtheilten eine besondere Unredlichkeit nachgewiesen werden konnte, die Wirkung hatte, demselben infamia zuzuziehen³⁴). Dabei ist es nicht unbestritten, ob die Infamie eintrat in Folge jeder Verurtheilung, welche auf die aus einem dieser Obligationsverhältnisse angestellte *actio directa* erfolgte, oder ob der Verurtheilte nur in dem Falle infam wurde, da er sich *dolus* oder diesem gleichkommende *culpa lata* hatte zu Schulden kommen lassen. Während viele Stellen Jeden für infam erklären, der *pro socio, tutelae, mandati* oder *depositi* verurtheilt würde, ohne ausdrücklich zu bemerken, daß dabei die Unredlichkeit des Verurtheilten der Grund, und mithin auch die Bedingung seiner Infamie sei³⁵), wird in anderen Stellen ausdrücklich dieser Grund als Bedingung der Infamie bezeichnet³⁶). Für die strengere Meinung, welche, ohne Rücksicht auf eigentlichen *dolus*, in Folge jeder Verurtheilung Infamie eintreten lassen will, pflegt man sich darauf zu berufen, daß lediglich der Umstand, daß der Verurtheilte bei diesen Obligationsverhältnissen nicht freiwillig gezahlt, sondern es überhaupt zum Prozesse habe kommen lassen, eine *temeritas litigandi* sei, welche dem *dolus* nahe komme, und die Strafe der Infamie wohl verdient habe³⁷). Allein dagegen ist doch zu bedenken, daß bei diesen Obligationsverhältnissen auch Fälle vorkommen können, in welchen es nicht die Schuld des in Folge der *actio directa* Verurtheilten war, daß es zum Prozesse kam, wenn z. B. der Mandatar sich ein leichtes Versehen

31) L. 7. D. de public. ind. (48. 1.)

32) L. 7. D. cit. Dabei machte es keinen Unterschied, ob das Privatdelict seinen gewöhnlichen Namen behielt (*furtum, iniuria*), oder ob es unter einem besonderen Namen *expilata hereditas, stellationatus*, als *crimen extraordinarium* verfolgt wurde. Savigny a. a. D. S. 175 flg. Marezoll a. a. D. S. 132 flg.

33) §. 2. J. de poena temere litigant. (4. 16.) L. 1. D. de his, qui not. inf. (3. 2.)

34) L. 6. §. 5. 7. D. de his, qui not. inf. (3. 2.)

35) S. die in Note 33 angef. Stellen.

36) L. 6. §. 5. 6. 7. D. de his, qui not. inf. (3. 2.) L. 22. C. ex quib. caus. (2. 12.)

37) Marezoll a. a. D. S. 148 flg.

hatte zu Schulden kommen lassen, und es zum Prozesse kommen lassen mußte, weil er sich nicht zu den auch im Urtheile für übertrieben anerkannten Ansprüchen, welche der Mandatar darum gegen ihn erhob, hatte verstehen wollen³⁸⁾. Sicherlich kann man nicht annehmen, daß das römische Recht in einem solchen Falle den zu einer ermäßigten Summe verurtheilten Mandatar habe insam werden lassen.

In den bisher genannten Fällen ließ das römische Recht die Infamie nicht eintreten unmittelbar in Folge der Handlung, welche Jemand begangen, sondern erst nachdem er wegen dieser Handlung gerichtlich verurtheilt war. Bei der Verurtheilung wegen eines Privatdelictes, oder in Folge eines der angegebenen Obligationsverhältnisse mußte die Verurtheilung überdies auf den eigenen Namen des Verurtheilten lauten, wenn Infamie eintreten sollte, so daß der Beklagte, wenn er den Prozeß durch einen Procurator führen ließ, auf dessen Namen alsdann die Verurtheilung lautete, die Infamie vermeiden konnte³⁹⁾. Die Neueren bedienen sich zur Bezeichnung der bisher angegebenen Fälle der Infamie, in welchen dieselbe nicht anders als in Folge richterlicher Verurtheilung eintrat, in der Regel des Ausdruckes *infamia mediata*, im Gegensatz zu einigen anderen Fällen, in welchen sie von *infamia immediata* sprechen, weil in denselben das Eintreten der Infamie nicht von einem richterlichen Urtheile abhängig war, sondern unmittelbar nach der begangenen Handlung erfolgte⁴⁰⁾. Die einzelnen Fälle dieser sogenannten unmittelbaren Infamie sind folgende: 1) für den Soldaten, der schimpflich aus dem Heere gestoßen wurde⁴¹⁾; 2) für Alle, welche Geld gegeben hatten, um dadurch die Klage wegen eines Privatdelictes von sich abzuwenden, da in einem solchen Pacisciren füglich ein Eingeständniß des Delictes gefunden werden konnte⁴²⁾; 3) für denjenigen, der einem beschworenen Vergleiche oder einem beschworenen pactum de non petendo in irgend einer Weise entgegenhandelt⁴³⁾; 4) für Wucherer und diejenigen, welche Zinsen von Zinsen nahmen⁴⁴⁾; 5) für die auf der That betretenen Ehebrecherinnen⁴⁵⁾; 6) für öffentliche Huren, Kuppler und Kupplerinnen, so wie auch für Männer, welche sich zu Unzucht gebrauchen lassen⁴⁶⁾; 7) für denjenigen,

38) Savigny a. a. D. S. 178.

39) L. 6. §. 2. D. de his, qui not. inf. (3. 2.) L. 2. pr. D. de obseq. (37. 15.) Auch der verurtheilte Procurator wurde nicht insam. Wenn dagegen wegen eines Privatdelictes extra ordinem auf öffentliche Strafe geflaßt wurde, konnte die Bestellung eines Procurators zur Abwendung der Infamie nichts helfen, da im Criminalprozeße überhaupt kein Procurator zulässig war. Marezzoli a. a. D. S. 167.

40) Gegen den Gebrauch dieser allerdings nicht quellenmäßigen, aber allgemein herrkömmlichen Terminologie erklärt sich Savigny a. a. D. S. 187.

41) L. 1. L. 2. pr. §. 1—4. D. de his, qui not. inf. (3. 2.) L. 3. C. de re milit. (12. 36.)

42) L. 4. §. 5. D. de his, qui not. inf. (3. 2.)

43) L. 41. C. de transaction. (2. 4.)

44) L. 20. C. ex quib. caus. (2. 12.)

45) L. 43. §. 12. D. de ritu nupt. (23. 2.)

46) L. 1. L. 4. §. 2. L. 24. D. de his, qui not. inf. (3. 2.) L. 43.

der gleichzeitig mehrere Ehen oder Verlobnisse einget, ingleichen für den Vater, der seine Einwilligung dazu gegeben hatte⁴⁷⁾; 8) für denjenigen, der sich mit einer Frau verheirathete oder verlobte, von welcher er wußte, daß er sie nicht heirathen durfte⁴⁸⁾; 9) für die Wittve, welche innerhalb des Trauerjahres wieder heirathete, so wie auch für den Vater derselben, der seine Einwilligung dazu gab, und für den Mann, der sie heirathete, wenn ihm das Verhältniß bekannt war, und er nicht etwa bloß auf Befehl seines Vaters handelte⁴⁹⁾; 10) für Tutoren und Curatoren, welche vor abgelegter Rechnung und vor abgelaufener Restitutionsfrist ihre Mündel heiratheten, oder dieselbe einem ihrer Söhne zur Ehe geben⁵⁰⁾; 11) für diejenigen, welche als Schauspieler öffentlich aufgetreten waren, oder sich zu Thierkämpfen entweder vermiethet oder unentgeltlich hergegeben hatten⁵¹⁾; 12) für den Richter, der sich hatte bestechen lassen, oder überhaupt absichtlich ungerecht verfahren war⁵²⁾, so wie auch die Advocaten und Parteien im Prozesse in einzelnen Fällen wegen pflichtwidrigen oder ungebührlichen Benehmens mit Infamie belegt werden konnten⁵³⁾.

Was nun die rechtlichen Wirkungen der Infamie betrifft, so ist schon angedeutet worden, daß dieselben, so lange der römischen Verfassung zufolge überhaupt von politischen Rechten des Einzelnen die Rede sein konnte, hauptsächlich die in dem Bürgerrechte enthaltenen politischen Rechte betrafen, obgleich damit nicht ausgeschlossen ist, daß die Infamie auch in einigen privatrechtlichen Beziehungen von Einfluß war. Namentlich betrafte die Infamie Verlust der honores, so daß der Infamirte unfähig wurde, irgend eine höhere politische Stellung (*dignitas*) einzunehmen. In derselben Weise zog die Infamie Verlust des *suffragium* nach sich, indem der Infamirte aus allen Tribus ausgestoßen und unter die *Aerarii* versetzt wurde. Darnach bestand die vorzüglichste Wirkung der Infamie darin, die politische Hälfte der *Civitas* aufzuheben, so daß dieselbe insofern als eine halbe *capitis deminutio media* angesehen werden konnte⁵⁴⁾. Dieser Einfluß der Infamie auf die politischen Rechte des Bürgers, wodurch sie gewissermaßen zu einer wirklichen Capitalsache wurde, konnte freilich nur so lange von wirklicher Bedeutung sein, als der römischen Verfassung zufolge diese politischen Rechte selbst von wirklicher Bedeutung

pr. §. 1—9. D. de ritu nupt. (23. 2.) L. 1. §. 6. D. de postulando. (3.

1.) L. 51. C. ad leg. Jul. de adult. (9. 9.)

47) L. 1. L. 13. §. 1—5. D. de his, qui not. inf. (3. 2.)

48) L. 20. C. ex quib. caus. (2. 12.)

49) L. 1. pr. L. 11. §. 1. 3. 4. L. 12. 13. pr. D. de his, qui not. inf.

(3. 2.) L. 15. C. ex quib. caus. (2. 12.) Nov. 39. cap. 2. §. 1.

50) L. 66. D. de ritu nupt. (23. 2.) L. 7. C. de interd. matrim. (5. 6.)

51) L. 1. L. 2. §. 5. L. 3. L. 4. pr. §. 1. D. de his, qui not. inf.

(3. 2.) L. 1. §. 6. D. de postul. (3. 1.)

52) L. 2. C. de poena iudic., qui male iudicav. (7. 49.)

53) Vgl. über diese Fälle *Marezoll a. a. D. S. 194* flg.

54) Ueber die hauptsächlich publicistische Bedeutung der Infamie vgl. *S a vigny a. a. D. S. 198* flg.

waren⁵⁵). In der Kaiserzeit, wo diese Bedeutung bei der veränderten Verfassung dahingeschwunden war, mußte auch die angeedeutete capitale Bedeutung der Infamie untergehen, indem sie nur noch wegen einiger privatrechtlicher Nebenwirkungen von Wichtigkeit bleiben konnte.

Unter diesen privatrechtlichen Nebenwirkungen war die wichtigste, daß es nach dem Edicte des Prator den Infamen im Allgemeinen untersagt war, für Andere zu postuliren, d. h. vor seinem Tribunal für Andere Anträge zu machen⁵⁶). Nur für sich selbst oder für solche Personen, die mit ihnen in einem besonders nahen Verhältnisse ständen, sollten die Infamen vor dem Prator Anträge machen dürfen⁵⁷). Diese Bestimmung war getroffen, theils aus Rücksicht auf die Würde des Prators, damit demselben nicht ohne Noth und willkürlich ehrlose Menschen vor Augen gestellt würden⁵⁸), theils auch aus Rücksicht auf den Prozeßgegner, welchem ebenfalls nicht willkürlich zugemuthet werden sollte, sich mit einem Infamen in einen Prozeß einzulassen⁵⁹). Durch eine Verordnung Justinian's wurde indessen die *procuratoria exceptio*, durch welche der Gegner den Infamen zurückweisen konnte, der vor dem Prator für einen Anderen auftrat, aufgehoben, so daß es fortan nur der Obrigkeit überlassen blieb, den Infamen, der für Andere postulierte, zurückzuweisen.

Eine andere Wirkung bestand darin, daß durch sie in Ansehung der Fähigkeit, eine Ehe einzugehen, eine Beschränkung herbeigeführt wurde. In der *lex Iulia et Papia Poppaea* wurde zuerst für die Senatoren und deren männliche und weibliche Nachkommen das Verbot aufgestellt, mit Freigelassenen und gewissen einzeln aufgeführten verächtlichen Personen eine Ehe einzugehen. In ähnlicher Weise wurde in diesem Gesetze auch

55) Daher sagt Cicero, *pro Roscio cap. 6*, und *pro Quinctio cap. 8, 9, 13, 15, 22*, von mehreren der Fälle, in welchen Infamie eintrat, sie seien eine *capitis causa*, sowie auch Modestini in *L. 130. D. de V. S. (50. 16.)* bezeugt, daß die classischen Schriftsteller jene Sache eine *capitalis causa* nennen, in welcher es sich um die *existimatio* handele, während jetzt nur diejenigen Sachen *Capitalsachen* seien, in welchen es sich um Verlust des Lebens oder der Civität handele. Diese Veränderung des Begriffes und Sprachgebrauches hatte ihren Grund nur darin, daß in der Kaiserzeit die politischen Rechte, deren die Infamie verlustig machte, ihre Bedeutung verloren hatte. Vgl. Savigny a. a. D. S. 209 u. 213.

56) *L. 1. §. 8. D. de postulando. (3. 1.)* Durch diese Bestimmung bekam der Prator überhaupt Veranlassung, ein Verzeichniß der Infamen aufzustellen, weshalb auch der Titel: *de his, qui notantur infamia*, unmittelbar hinter dem Titel *de postulando* folgt. Daß der Prator den Begriff der *infamia* erst gebildet habe, wie häufig behauptet wird, ist unrichtig, indem er denselben vielmehr als einen längst vorhandenen vorfand, und nur bei der Bestimmung über diejenigen, die das Recht haben sollten für Andere zu postuliren, in Anwendung brachte. Vgl. darüber Savigny a. a. D. S. 192 fig.

57) Einige infame Personen, welche *turpitudine notabiles* genannt werden, wie die *muliebria passi*, die *capitalis criminis damnati* und diejenigen, die sich zu Thierkämpfen vermießet hatten, sollten nur für sich selbst, und nicht auch für die ihnen nahe verbundenen Personen postuliren dürfen. *L. 1. §. 6. 8. D. de postulando. (3. 1.)*

58) *L. 1. pr. D. de postulando. (3. 1.)*

59) Savigny a. a. D. S. 217.

allen freigebohrenen Männern verboten, mit gewissen verächtlichen Frauen, welche ebenfalls einzeln aufgeführt waren, und nur zum Theil zusammenfielen mit den Personen, mit welchen auch den Senatoren die Ehe verboten war, eine Ehe abzuschließen⁶⁰). Durch spätere Interpretation der Juristen wurden diese Eheverbote in der Weise generalisirt, daß sie auf den allgemeinen Begriff der *infamia* zurückgeführt und auf alle für infam geltenden Personen bezogen wurden⁶¹). Die Wirkung, welche diese Eheverbote hatten, bestand nicht darin, daß die dennoch eingegangene Ehe nichtig war, sondern nur darin, daß dieselbe nicht die Vortheile gewähren sollte, welche den Berechtigten sonst zukamen, oder mit anderen Worten, daß durch dieselbe die Strafen des *Edlibates* nicht abgewendet werden sollten. Erst durch einen Senatsschluß unter Marc Aurel wurde die von den Senatoren wider das Verbot eingegangene Ehe für nichtig erklärt, während in Ansehung der von den Freigebohrenen verbotswidrig eingegangenen Ehen nichts dadurch verändert wurde⁶²). Im neuesten römischen Rechte verlor aber das ganze Eheverbot sowohl in Ansehung der Senatoren, als auch der Freigebohrenen seine Bedeutung. Denn jener auf die Senatoren bezügliche Senatsbeschluß wurde von Justinian gänzlich aufgehoben⁶³), so wie die Wirkung, welche die von Freigebohrenen verbotswidrig eingegangenen Ehen hatten, hinwegfallen mußten, als durch Gesetze christlicher Kaiser die *Edlibats*strafen allgemein aufgehoben wurden⁶⁴).

Als weitere Folge der Infamie wird gewöhnlich noch angeführt, daß die Geschwister des Testators nur alsdann die *querela inofficiosi testamenti* anstellen können, wenn der ihnen vorgezogene Erbe eine infame Person sei⁶⁵). Allein in dem hierauf bezüglichen Gesetze wird die Infamie in ihrem bestimmtesten begrenzten Begriffe gar nicht als das entscheidende Moment hervorgehoben, auf welches es dabei ankomme⁶⁶). Denn in diesem Gesetze wird die *querela inofficiosi testamenti* den Geschwistern nicht allein gegeben, wenn infame Personen, sondern auch wenn solche

60) Ulpian, XIII. §. 1. 2.

61) Dieß gab die Veranlassung, daß die Infamie auch auf Frauen bezogen wurde, mit der Bedeutung, daß sie dieselben unfähig machte, mit freigebohrenen Männern, oder mit Senatoren und deren Söhnen eine Ehe einzugehen. Denn die publicistische Bedeutung der Infamie, in welcher sie der politischen Rechte verlustig machte, konnte auf Frauen ohnehin keine Anwendung finden. Bergl. Savigny, Lehrbuch, Bd. 2, Beilage 7, Nr. 1 u. 2.

62) Savigny a. a. D. Beilage 7, Nr. 3 u. 4.

63) Nov. 117. cap. 6.

64) Tit. C. de infirmandis poenis coelib. (8. 58.) Savigny a. a. D. Beilage 7, Nr. 5 flg.

65) S. unter Anderen Mühlenthal, Lehrbuch des Pandektenrechtes, Bd. 1, §. 191.

66) L. 27. C. de inofficioso testam. (3. 28.): ...consanguinei autem, durante agnatione vel non, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspersantur, vel liberti, qui perperam et non bene merentes maximisque beneficiis suum patronum assecuti, instituti sunt.

Personen, die überhaupt in schlechtem Rufe stehen, zu Erben eingesetzt sind. Der Grund dieser Bestimmung liegt darin, daß es für die Geschwister etwas Verlegendes hat, wenn ihnen Personen dieser Art im Testamente vorgezogen werden. Auch gegen Freigelassene stand ihnen die Inofficiositätsquerel zu, wenn dieselben sich nicht besondere Verdienste um den Verstorbenen erworben hatten, weil es alsdann für die Geschwister nicht verlegend sein konnte, ihnen im Testamente hintangesetzt zu sein. Keines Falles war es also eigentlich eine rechtliche Folge der Infamie, sondern die Rücksicht auf das Verlegende, welches möglicher Weise für die Geschwister darin lag, daß ihnen eine infame Person vorgezogen wurde, weshalb von ihnen die Inofficiositätsquerel gegen Infame angestellt werden konnte. Zuverlässig kam es dabei auf das richterliche Ermessen an, ob im einzelnen Falle für die Geschwister etwas Verlegendes darin lag, daß ihnen bei der Erbeinsetzung eine andere Person vorgezogen worden war, wie es denn auch nicht gerade nothwendig eine infame Person, sondern überhaupt nur eine Person von schlechtem Rufe zu sein brauchte, gegen welche die Inofficiositätsquerel sollte angestellt werden können. Es kann also die Statthaftigkeit der Inofficiositätsquerel gegen die Infamen gar nicht für eine eigentliche Folge der Infamie ausgegeben werden⁶⁷⁾.

Häufig wird es noch als Folge der Infamie angegeben, daß die Infamen unsähig seien, Zeugniß abzulegen, sowohl vor Gericht als bei feierlichen Rechtsgeschäften⁶⁸⁾. Im vorjustinianischen Rechte waren allerdings einzelne Arten der Infamen gänzlich vom Zeugnisse ausgeschlossen⁶⁹⁾, während dagegen in Ansehung der übrigen nicht ausdrücklich ausgeschlossenen Infamen dem richterlichen Ermessen überlassen blieb, wie weit das Zeugniß derselben Glauben und Berücksichtigung verdiene⁷⁰⁾. Dagegen hat Justinian zwar verordnet, daß überhaupt nur Solche zu Zeugen genommen werden sollen, welche von gutem Rufe seien und durch ihre Stellung und Reichthümer Bürgschaft für die Wahrheit ihres Zeugnisses bieten⁷¹⁾. Offenbar aber kann nicht angenommen werden, daß Justinian bei dieser Vorschrift den bestimmten juristischen Begriff der Infamie im Auge gehabt habe, so daß, da diese Vorschrift ihrem wörtlichen Inhalte nach überdies ganz unausführbar sein würde, wohl nichts Anderes mit derselben gemeint sein kann, als daß der Richter nach seinem Ermessen zu entscheiden habe, ob und wie weit einem Zeugen im einzelnen Falle Glaubhaftigkeit beigemessen werden könne⁷²⁾.

Frägt man nun, ob von diesen Bestimmungen des römischen Rechtes über existimatio und deren gänzlichen oder theilweisen Verlust heutzutage noch etwas praktisch sein könne, so wird die Antwort kaum anders als verneinend ausfallen können. Schon in der Kaiserzeit waren diese

67) Vgl. Savigny a. a. D. S. 222.

68) Vgl. unter Anderen Linde, Lehrbuch des Civilprocesses (4. Auflage), S. 258.

69) L. 3. §. 5. D. de testibus. (22. 5.)

70) L. 3. pr. §. 1. L. 13. D. eod.

71) Nov. 90. c. 1.

72) Vgl. Savigny a. a. D. S. 221 fig.

Bestimmungen nicht eben mehr von großer Bedeutung. Denn der Verlust der politischen Rechte, der mit dem Verluste der Civität, so wie mit den Schmälerungen der existimatio durch censorische Klage oder Infamie verbunden war, konnte nur in einem Freistaate, nicht aber noch unter der Kaiserverfassung, nach welcher auch dem Unbescholtensten keine politischen Rechte mehr zustanden, von wirklichem Gewichte sein. Heutiges Tages aber kann von diesen publicistischen Wirkungen der *consumtio* und *inimutio existimationis* noch weniger die Rede sein, da dieselben eben im Zusammenhange standen mit der römischen Verfassung, von welcher auf die heutigen Zustände nichts herüber genommen werden kann. In privatrechtlicher Hinsicht war die *consumtio existimationis* allerdings von Bedeutung, da sie den *civis* in die Classe der Peregrinen versetzte, und mithin zu allen denjenigen Rechten unfähig machte, die nur in dem *ius civile* begründet waren. Allein im neueren römischen Rechte bestand diese Bedeutung für viele privatrechtliche Verhältnisse nur noch der Form nach, ohne materiale Folgen zu haben. So hatte der Unterschied zwischen römischem Eigenthume und zwischen natürlichem Eigenthume, dessen auch die Nichtbürger fähig waren, längst seine Wichtigkeit verloren, bis er von Justinian gänzlich, auch der Form nach, aufgehoben wurde⁷³). Eben so hatte bei den Obligationen das Bedürfnis regeren Verkehrs schon frühe darauf geführt, auch den Peregrinen die Fähigkeit zu *civiles obligationes* zugestehen, wobei sich der Unterschied zwischen Bürgern und Peregrinen nur in der Formalität erhielt, daß bei ihnen die Civität fingirt und ihre Klage als *actio fictitia* den Klagen der römischen Bürger angeschlossen wurde⁷⁴). Auf unsere Verhältnisse kann aber der römische Unterschied zwischen *cives* und *peregrini* gar keine Anwendung mehr finden, da wir keinen Stand der Civität im Gegensatze zum Stande der Peregrinen mehr haben⁷⁵). Da auf diese Weise die Wirkungen der römischen *consumtio existimationis* bei uns nicht mehr vorkommen können, und da jede Art von Ehelosigkeit nur insofern von rechtlicher Bedeutung sein kann, als sie bestimmte rechtliche Wirkungen nach sich zieht, so folgt von selbst, daß in keiner Beziehung von der römischen *consumtio existimationis* bei uns mehr die Rede sein kann. In gleicher Weise können die privatrechtlichen Wirkungen der römischen *infamia* bei uns keine Anwendung mehr finden. Schon im Justinianischen Rechte hatte die *infamia* keine andere Wirkung, als den Infamen unfähig zu machen, für Andere zu postuliren. Diese Bestimmung hing aber mit der römischen Gerichtsverfassung so eng zusammen, daß sie ebenfalls nicht auf unsere Verhältnisse herübergezogen werden kann. Denn das Postuliren für Andere gehört nach unserer Gerichtsverfassung entweder der Advocatur oder der Procuratur an, welche beide an eine öffentliche Anstellung gebunden sind, und mithin dem öffentlichen Rechte, für welches von dem rö-

73) L. un. C. de nudo iure Quirit. tollend. (5. 25.)

74) Caius, IV. §. 37. Savigny a. a. D. Note b, u. S. 40.

75) Denn der bei uns vorkommende Unterschied zwischen Einheimischen und Fremden hat eine andere Bedeutung.

nischen Rechte überhaupt kein Gebrauch gemacht werden kann, angehören 76).

An diese Darstellung des römischen Systems über Ehrlosigkeit und Ehrenminderung muß zunächst eine Darstellung der Grundsätze angeschlossen werden, welche im einheimischen Rechte vor der Reception des römischen darüber angenommen waren.

Nach den Ansichten des einheimischen Rechtes war die Ehre ein Ausfluß des Standes, dem Jemand angehörte, so daß es je nach der Verschiedenheit der Stände verschiedene Ehre gab 77). Wer zu einem bestimmten Stande gehörte, hatte eben die Ehre, Mitglied dieses Standes zu sein, und damit Anspruch auf die äußere Würde und die Rechte, welche den Mitgliedern desselben zukamen. Wer nicht zu einem bestimmten Stande gehörte, hatte eben deswegen auch nicht die Ehre und die Würde desselben, obgleich er darum noch nicht ohne Weiteres zu den ehrlosen Personen gezählt wurde. Denn der Ritter hatte nicht die Ehre des Bürgerstandes und der Bürger nicht die Ehre des Ritterstandes, ohne daß der Eine oder Andere in Beziehung auf den Stand, dem er nicht angehörte, als ehrlos hätte angesehen werden können. Für ehrlos wurde nur derjenige genommen, der die Ehre verlor, die er gehabt hatte, weil er sich seines Standes unwürdig gemacht hatte und aus demselben ausgestoßen worden war 78). Die Ehrlosigkeit in diesem Sinne trat ein in Folge der gemeinen und schwereren Verbrechen, welche Strafen an Leib oder Leben nach sich zogen, oder nach dem Sprachgebrauche der mittelalterlichen Rechtsquellen: welche entweder zu Hals und Hand oder zu Haut und Haar bestraft wurden 79). Daß der Verbrecher die Bestrafung wirklich erlitten, war zum Eintreten der Ehrlosigkeit nicht schlechterdings erforderlich, indem es überhaupt nur darauf ankam, daß es auf unzweifelhafte Weise feststand, daß er das Verbrechen wirklich begangen. Daher wurde schon derjenige ehrlos, der seinen Leib, Haut oder Haar löste, indem er sich mit Geld von diesen Strafen loskaufte, weil darin füglich ein Eingeständniß der Verbrechen gefunden werden konnte, die mit denselben bedroht waren 80). Auch wurde der Räuber oder Dieb ehrlos, der zwar nicht bestraft, aber doch gerichtlich überführt war, das Entwendete unfreiwillig ersetzt oder wiedergegeben zu haben 81). Im Allgemeinen wurde Jeder ehrlos, der Jahr und Tag in des Reiches Acht blieb, ohne sich herauszuzie-

76) Savigny a. a. D. S. 225.

77) Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Th. 2, §. 349. Marezoll a. a. D. S. 300.

78) Freiwilliger Austritt aus einem Stande, indem z. B. einer aus dem Ritterstande anfang bürgerliche Beschäftigung zu treiben, machte zwar auch der Standesehre verlustig, ohne jedoch Ehrlosigkeit zu begründen. Vgl. Kaiserrecht, Buch 3, Art. 7; Marezoll a. a. D. S. 301.

79) Marezoll a. a. D. S. 305 fig. Strafen an Hals und Hand sind Lebensstrafen und verstümmelnde Strafen, an Haut und Haar die nicht verstümmelnden criminellen körperlichen Züchtigungen oder der sogenannte Staupenschlag.

80) Sachsenspiegel, B. 1, Art. 37. Schwabenspiegel, Cap. 164.

81) Sachsenspiegel, B. 1, Art. 37.

hen⁸²⁾. Denn er verlor alsdann den gemeinen Frieden, und damit alle seine Rechte, so daß er auch keine Ehre mehr besitzen konnte⁸³⁾. Es lag aber gegen denjenigen, der sich nicht aus der Acht herauszog, die gegründete Vermuthung vor, daß er wirklich das Verbrechen begangen habe, wegen dessen die Acht über ihn verhängt worden war. In gleicher Weise mußte aber das wirkliche Erleiden der Strafe die Ehrlosigkeit nach sich ziehen, da eben auch darin ein Beweis lag, daß der Bestrafte das Verbrechen wirklich begangen⁸⁴⁾. Ueberdies konnte mit dem Erleiden dieser Strafen der fernere Besitz von Ehre nicht zusammenbestehen, da mit den verstümmelnden Strafen und mit dem Staupenschlage regelmäßig die Landesverweisung verbunden war⁸⁵⁾. Die regelmäßige Wirkung der Ehrlosigkeit war, daß der Ehrlose rechtlos wurde, weshalb auch in den Quellen die Ausdrücke ehrlos und rechtlos häufig neben einander stehen⁸⁶⁾. Rechtlosigkeit aber bedeutete nicht die Entziehung sämtlicher Rechte, welche überhaupt einem Menschen zustehen können, so daß der Rechtlose gänzlich außer dem Schutze der Gesetze gestanden hätte, sondern nur den Verlust gewisser, mit der Würde des freien Mannes in Verbindung stehender, Rechte, deren aus nahe liegenden Gründen derjenige, der seiner Ehre verlustig geworden war, nicht mehr würdig erachtet werden konnte. Diese Rechte bestanden namentlich in der Fähigkeit, im Gericht als Richter oder Schöffe zu sitzen, vor Gericht gegen unbescholtene Leute zu zeugen, als gerichtlicher Vorsprecher für einen Anderen aufzutreten, und für sich selbst bei gerichtlichen Prozessen oder bei Zweikämpfen einen Stellvertreter zu stellen. Auch hatte der Rechtlose kein Wehrgeld, so wie er auch unfähig war, Lehen zu erwerben⁸⁷⁾. Dieser Rechte, deren Inbegriff das Recht des freien Mannes ausmachte, wurde der Ehrlose regelmäßig verlustig, und nur auf sie ist die Rechtlosigkeit zu beziehen, welche die Ehrlosigkeit immer in ihrem Gefolge hatte. Aber darum war noch nicht jeder Rechtlose ohne Weiteres ehrlos. Denn die Fähigkeit zu denjenigen Rechten, deren Inbegriff das Recht des freien Mannes bildete, konnte Jedem auch aus anderen Gründen, als wegen eines von ihm begangenen Verbrechens abgehen, und ehrlos war nur derjenige, der wegen begangener Verbrechen rechtlos geworden war. Namentlich waren uneheliche Kinder aller Art rechtlos, so wie auch Kämpfer und ihre Kinder und Spielleute und Gaukler, ohne daß sie deswegen zu den ehrlosen Personen hätten gerechnet werden können⁸⁸⁾. Daß das einheimische Recht außer der Ehrlosigkeit in dem angegebenen Sinne noch andere Arten von Ehrenschränkung gekannt habe, läßt sich nicht nachweisen. Damit ist zwar nicht ausgeschlossen, daß es im Leben und in der Gesellschaft Ehrenschränkungen in den mannichfachsten Unterabstufungen insofern gegeben haben müsse, als ein Mensch durch seine

82) Sachsenspiegel, B. 1, Art. 38.

83) Marezoll a. a. D. S. 309.

84) Marezoll a. a. D. S. 306.

85) P. G. D. Art. 198.

86) Marezoll a. a. D. S. 305.

87) Marezoll a. a. D. S. 296 flg.

88) Marezoll a. a. D. S. 302.

Handlungsweise in der Achtung seiner Nebenmenschen in größerem oder geringerem Grade sinken kann; aber wie sich diese Ehrenschmälerungen niemals auf bestimmte juristische Grenzen zurückführen lassen, so konnten sie auch keine bestimmten rechtlichen Wirkungen haben⁸⁹⁾.

Um nun auf die heutigen Rechtsansichten über Ehrlosigkeit und Ehrenschmälerung zu kommen, so sind, wie schon bemerkt worden ist, die Meinungen sehr getheilt über den Umfang, in welchem neben dem angegebenen Systeme des teutschen Rechtes das römische Recht in dieser Lehre recipirt worden sei⁹⁰⁾. Daß Vieles von den römischen Rechtsansichten heutiges Tages unanwendbar sei, hat man von jeher zugeben müssen; die gänzliche Unanwendbarkeit derselben ist aber erst in neuester Zeit behauptet und dadurch dargethan worden, daß keine von den Wirkungen, welche das römische Recht auf die *consumtio* oder *minutio existimationis* gründet, in unseren Verhältnissen mehr vorkommen kann⁹¹⁾. Für die fortwährende Anwendbarkeit des römischen Rechtes konnte man sich freilich theils auf das canonische Recht berufen, in welchem im Allgemeinen die römischen Bestimmungen über *minutio existimationis* aufgenommen sind⁹²⁾, theils auf einheimische Gesetze, in welchen in Ansehung der Strafen an der Ehre ausdrücklich auf das römische Recht verwiesen wird⁹³⁾. Allein wenn es gewiß ist, wie aus der obigen Darstellung des römischen Systems hervorgeht, daß die in demselben angenommenen Wirkungen der Ehrlosigkeit und Ehrenschmälerung bei unseren Verhältnissen keine Anwendung mehr finden können, so kann auch jener Verweisung nicht die Wirkung zugeschrieben werden, das römische Recht in dieser Lehre noch als bei uns anwendbar erscheinen zu lassen. Daneben ist aber gewiß, daß auch von den Wirkungen, welche das einheimische Recht mit der Ehrlosigkeit verbindet, ein großer Theil seine heutige Anwendbarkeit verloren haben muß. Denn diese Wirkungen hingen hauptsächlich mit den Standsverhältnissen und der Gerichtsverfassung der früheren Zeit zusammen, und konnten daher bei der Umgestaltung, welche diese beiden Verhältnisse im Verlaufe der Zeit erfahren haben, keine Geltung behalten.

Die Reichsgesetze sprechen mehrfach von Ehrlosigkeit, ohne anzugeben, was sie darunter verstehen, wie denn auch kaum angenommen werden kann, daß der Reichsgesetzgebung ein richtiger Begriff von der römischen *infamia* vorgeschwebt habe. Da aber weder das römische Recht sich überall als anwendbar in dieser Lehre erwies, und da bei den veränderten Verhältnissen auch Vieles von dem einheimischen Rechte seine Brauchbarkeit verloren haben mußte, so hatten Doctrin und Gerichtsgebrauch um so mehr Veranlassung und Spielraum, eine neue, den neuen Verhältnissen angemessene Theorie von Ehrlosigkeit und Ehrenschmälerung auszubilden. Daß

89) *J. B. Sachsenspiegel*, B. 1, Art. 5, wo vom Verlust der weiblichen Ehre die Rede ist, ohne daß rechtliche Folgen davon abhängig gemacht werden.

90) Wie schwanend die Ansichten darüber seien, s. bei *Marezoll a. a. D. S. 346—349*.

91) *Savigny a. a. D. S. 224* ff.

92) Vgl. *Marezoll a. a. D. S. 318* ff.

93) *P. S. D. Art. 104*.

diese Theorie, welche unter dem Einflusse der Bestimmungen theils des römischen, theils des einheimischen Rechtes ausgebildet wurde, einigermassen schwankend wurde, kann nicht Wunder nehmen⁹⁴). Nach derselben sind für das heutige Recht drei Arten oder Grade von Ehrenschnädigung anzunehmen.

1) Die Ehrlosigkeit, welche nicht mehr wie im älteren deutschen Rechte bloß den Verlust der Standesehre, aber auf der anderen Seite auch nicht Aufhebung aller bürgerlichen Ehre bedeutet, wie ja auch nach römischem Rechte durch die infamia die exstimatio nicht gänzlich aufgehoben wurde. Die Ehrlosigkeit ist vielmehr nur ein Zustand geschmädelter bürgerlicher Ehre, welcher mehrfache rechtliche Nachteile nach sich zieht. Die Wirkungen, welche man dieser Ehrlosigkeit mit ziemlicher Uebereinstimmung zuschreibt, bestehen in Folgendem⁹⁵): a) Verlust des staatsbürgerlichen und gemeindebürgerlichen passiven Wahlrechtes, so daß die Ehrlosen zur Landstandschafft und zu Gemeindeehrendämtern unfähig sind. In vielen Particularrechten bewirkt die Ehrlosigkeit auch Verlust des activen Wahlrechtes. b) Unfähigkeit, an ehrlichen Corporationen und Zusammenkünften, namentlich an Zünften, Börsen und Gemeindeversammlungen Theil zu nehmen. c) Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern und Verlust derselben, so wie der damit verbundenen Rechte und Titel. d) Unfähigkeit, Advocat, Procurator oder Notarius zu sein. e) Verlust des Adels, so wie nach Particularrechten häufig der Orden und anderer Ehrenzeichen. f) Verlust der Lehnsfähigkeit, wobei indessen die Entscheidung dem Lehns Herrn überlassen ist. g) Inwieweit die Ehrlosigkeit Einfluß habe, auf die Fähigkeit, Zeuge zu sein, ist bestritten. Während Einige behaupten, der Ehrlose sei völlig unfähig zu Zeugnissen aller Art, wollen Andere nur eine verminderte Glaubwürdigkeit desselben und nur bei dem wegen Meineides Verurtheilten völlige Unfähigkeit annehmen. Nach der Notariatsordnung von 1512 ist aber die Fähigkeit, Notarius zu werden, Allen denjenigen abgesprochen, welche unfähig seien, Zeugen zu werden, so daß, da die Ehrlosen für notariatsunfähig erklärt werden, auch Zeugnisunfähigkeit derselben angenommen werden zu müssen scheint. Für Solemnitätszeugen muß dieß um so mehr gelten, als gerade an die Stelle derselben in vielen Fällen die Notarien zugezogen werden. Für die übrigen Fälle des Zeugnisses wenden aber Viele den bei uns angenommenen Unterschied zwischen untüchtigen und verdächtigen Zeugen an, indem sie die Ehrlosen zwar nicht für gänzlich unfähig zum Zeugnisse, aber doch für verdächtige Zeugen halten. h) Allgemein führt man noch als Folge der Ehrlosigkeit an, daß den Geschwistern des Testators gegen die Ehrlosen die querela inofficiosi testamenti zustehet, weil das Wir-

94) Eine eigenthümliche Ansicht stellt Eichhorn auf (Einleitung in das deutsche P.-R., 88), indem er behauptet, daß es heutiges Tages zwei Arten von Ehrlosigkeit gebe, deren jede ihre eigenthümlichen Wirkungen habe, nämlich die Ehrlosigkeit des einheimischen Rechtes und die römische infamia. Wichtig ist allerdings, daß die römische infamia nicht auf die deutsche Ehrlosigkeit übertragen werden kann; allein die römische infamia kann überhaupt nicht mehr für praktisch ausgegeben werden.

95) Vgl. über diese Wirkungen überhaupt Marejoll a. a. O. S. 374 flg., und Rittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechtes, §. 103.

lung set; welche schon die römische infamia hervorbringe. Es ist aber schon bemerkt worden, daß im römischen Rechte die infamia gar nicht das entscheidende Moment ist, nach welchem in gewissen Fällen von den Geschwistern des Testators die Inofficiositätsquerel gegen den eingesetzten Erben angestellt werden kann⁹⁶). i) Particularrechtlich ist auch zuweilen den Ehrllosen die Fähigkeit, ein Testament zu errichten, entzogen.

Was nun die Fälle betrifft, in welchen diese Ehrllosigkeit eintritt, so ist es nicht unbestritten, ob es noch heutiges Tages eine infamia immediata gebe, welche von selbst in Folge der begangenen Handlung eintrete, ohne daß ein richterliches Urtheil dazu nothwendig wäre. Einige Rechtslehrer wollen die Fälle der römischen infamia immediata, so weit sie nicht ausdrücklich aufgehoben seien, oder wegen der veränderten Verhältnisse von selbst hinwegfallen, auch auf die deutsche Ehrllosigkeit anwenden⁹⁷), während Andere behaupten, die Ehrllosigkeit könne heutiges Tages nicht anders, als durch Vermittelung richterlichen Urtheiles eintreten, weil sie eine Strafe sei, und also richterliches Urtheil voraussetze⁹⁸). Dieser Grund ist zwar nicht ganz zutreffend; da die infamia nach römischem Rechte auch schon für eine Strafe galt, und dennoch unmittelbar in Folge gewisser Handlungen eintreten konnte, und da überdies in mehreren deutschen Reichsgesetzen ausdrücklich verordnet ist, daß in manchen Fällen die Ehrllosigkeit ipso iure eintreten solle. Allein dessen ungeachtet kann von einer Anwendbarkeit der römischen infamia immediata bei uns keine Rede sein. Denn der Begriff der römischen infamia fällt mit dem der deutschen Ehrllosigkeit keineswegs in Eins zusammen, so wie auch die Wirkungen, welche die infamia hatte, von den Folgen, welche die Ehrllosigkeit nach sich zieht, wesentlich verschieden sind. Es wäre aber entschieden unstatthaft, wenn man die Folgen der deutschen Ehrllosigkeit in solchen Fällen eintreten lassen wollte, in welchen nach der Meinung des römischen Rechtes nur die Folgen der infamia eintreten sollten. Zu den Fällen der römischen infamia immediata sind noch einige Fälle hinzugekommen durch Päberianische Authentiken, deren heutige Unanwendbarkeit aber allgemein anerkannt ist⁹⁹). Auch in deutschen Reichsgesetzen ist für einige Fälle verordnet, daß die Infamie unmittelbar mit der begangenen Handlung eintreten solle. Namentlich sollen Obrigkeiten, Notarien und Schreiber ihrer Ämter und Ehren entsetzt sein, welche die Contractsurkunde über den von einem Juden an einen Christen geschenehen Verkauf einer Forderung aussfertigen¹⁰⁰); allein diese Bestimmung ist längst außer Gebrauch gekommen, da der Verkauf selbst nicht mehr als ein verbotenes Geschäft angesehen wird. Auch soll der Herausforderer bei einem Duell ipso facto seiner Ehren entsetzt sein¹⁰¹; allein der darauf bezüg-

96) S. oben Note 67.

97) J. B. Marejoll a. a. D. S. 350 flg.

98) J. B. Rittermaier a. a. D. §. 101.

99) Authent. Gazaræ, C. de hæreticis, (1. 5.) Agricultores C. quæ res pignori. (8. 17.) Habita C. ne filius C. pro patre. (4. 13.)

100) R. X. von 1551, §. 80.

101) Reichsschluß von 1668.

liche Reichsschluss ist nicht zur allgemeinen Publication gekommen, so daß auch diese Bestimmung nicht als praktisch angesehen werden kann. Endlich sollen auch die muthwilligen Bankerottirer von allen Ehren und Dignitäten ausgeschlossen sein, was allerdings für das gemeine Recht noch als gültig anerkannt werden muß¹⁰²⁾.

Abgesehen von diesen Fällen kann die Ehrllosigkeit eintreten, theils in Folge der Verurtheilung wegen gewisser Verbrechen, theils in Folge gewisser Strafen, welche Jemand erlitten. Viele behaupten, daß es in Ansehung der Frage, welche Verbrechen es seien, die für den wegen derselben Verurtheilten Ehrllosigkeit nach sich ziehen, auf das römische Recht ankomme. Darnach müsse die Ehrllosigkeit eintreten in denselben Fällen, in welchen nach römischem Rechte die Verurtheilung *infamia* nach sich zog, so daß theils die Verurtheilung wegen solcher öffentlicher Verbrechen, die in einer *lex iudicii publici* bedroht waren, theils die Verurtheilung wegen eines der *infamirenden Privatdelicte* Ehrllosigkeit für den Verurtheilten begründen müsse¹⁰³⁾. Die Meinung stützt sich auf den an und für sich richtigen Grund, daß das römische Criminalrecht bei uns im Ganzen recipirt, und der auf die *Infamie* bezügliche Theil desselben nicht ausdrücklich ausgenommen sei. Darum will diese Meinung die Ehrllosigkeit auch nur unter der Voraussetzung eintreten lassen, daß bei uns noch dieselbe Strafe, mit welcher das römische Recht das Verbrechen bedroht, als die regelmäßige anerkannt, und nicht etwa eine ganz andere Strafe an deren Stelle getreten sei. Allein gerade daraus folgt, daß das römische Recht überhaupt gar nicht darüber entscheiden kann, wann Ehrllosigkeit eintreten solle. Denn die Ehrllosigkeit ist auf jeden Fall etwas Anderes, als die römische *Infamie*, so daß man immer eine andere Strafe, als im römischen Rechte vorgeschrieben ist, eintreten lassen würde, wenn man in allen den Fällen, in welchen das römische Recht *Infamie* annimmt, Ehrllosigkeit entstehen lassen wollte.

Auf der anderen Seite kann aber auch die Meinung vieler Praktiker nicht für die richtige angesehen werden, daß die Ehrllosigkeit überhaupt nur begründet werde durch die Strafe, welche Jemand erlitten, und daß keine Ehrllosigkeit eintrete, wenn Jemand wegen eines Verbrechens zwar verurtheilt, aber nicht mit einer solchen Strafe belegt sei, welche entweder nach Gesetz oder nach Gerichtsgebrauch als ehrlösmachend gelte¹⁰⁴⁾. Denn der vernünftige Grund, aus welchem gewisse Strafen als ehrlösmachend gelten, kann offenbar nur darin liegen, daß dieselben den Beweis liefern, der Bestrafte habe wirklich das Verbrechen begangen, welches ihn seiner Ehre verlustig mache. Daraus folgt aber, daß das Eintreten der Ehrllosigkeit von dem wirklichen Erleiden der Strafe unabhängig sein muß, und daß es dabei nur darauf ankommen kann, daß es gerichtlich feststehe, Jemand habe wirklich ein solches Verbrechen begangen. In der That ließ auch

102) R. P. D. von 1548, Lit. 22; von 1577, Lit. 23, §. 2, und Reichsschluss vom 17. Febr. 1671.

103) J. B. Marezoll a. a. D. S. 357 fig.

104) Vgl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Bd. 5, S. 160 fig.

das ältere einheimische Recht Ehrlosigkeit eintraten, wenn Jemand sich nur losgekauft hatte von einer Strafe, welche für entehrend gehalten wurde. Daher muß immer das Verbrechen, welches Jemand begangen, auch in den Fällen, in welchen er eine entehrende Strafe erlitten, als der letzte Grund seiner Ehrlosigkeit angesehen werden.

Aus diesen Bemerkungen folgt aber auch, daß gerade nach der Strafe, welche einem Verbrechen angedroht ist, beurtheilt werden muß, ob dasselbe für ein ehrlösmachendes gehalten werden müsse oder nicht. Denn wenn einmal, wie es nach unserem Rechte der Fall ist, an das Erleiden gewisser Strafen die Ehrlosigkeit als Folge gebunden ist, so muß angenommen werden, daß diese Strafen nur solchen Verbrechen angedroht sind, welche wirklich für entehrende gelten, so wie umgekehrt, daß alle Verbrechen, welche mit anderen, als ehrlösmachenden, Strafen bedroht sind, auch von der Gesetzgebung nicht für entehrende gehalten worden sind. Nach altdeutscher Ansicht war die Ehrlosigkeit verbunden mit allen Strafen, die entweder an Hals oder Hand, oder an Haut und Haar gingen. Heutiges Tages ist der größte Theil dieser Strafen außer Gebrauch gekommen, indem andere an deren Stelle getreten sind. Da aber auch in früheren Zeiten nicht die Art der Strafe, sondern das Verbrechen, wegen dessen dieselbe zugesügt wurde, der eigentliche Grund war, aus welchem Ehrlosigkeit eintrat, so war es nur consequent, daß sich in der Praxis die Ansicht bildete, daß auch diejenigen heutigen Strafen, welche an die Stelle jener älteren getreten sind, Ehrlosigkeit begründen. Darnach muß heutiges Tages gemeinrechtlich jede Strafe, welche mindestens dem Staupenschlage gleichkommt, für eine entehrende Strafe, und jedes Verbrechen, welches mit einer solchen Strafe bedroht ist, für ein entehrendes Verbrechen angesehen werden. Gemeinrechtlich ist daher die Zuchthausstrafe nicht unbedingt entehrend, sondern nur ein solcher Grad derselben, den mit dem ehemaligen Staupenschlage verglichen werden kann¹⁰⁵). Daß die Ehrlosigkeit in dem Strafurtheile ausdrücklich ausgesprochen sei, ist zum Eintreten derselben nicht erforderlich, da das Strafurtheil, welches auf die entehrende Strafe lautet, den Beweis voraussetzt, daß Jemand das entehrende Verbrechen wirklich begangen habe. Eben so wenig ist zum Eintreten der Ehrlosigkeit erforderlich, daß Jemand die entehrende Strafe wirklich abgeduldet habe, da nicht in dem wirklichen Erleiden, sondern nur darin, daß Jemand die Strafe verdient hatte, der Entstehungsgrund seiner Ehrlosigkeit liegen kann¹⁰⁶).

105) Nach den neuesten Strafgesetzgebungen (s. dieselben bei Rittermaier in Note 3 zu §. 71 von Feuerbach's Lehrbuch des peinlichen Rechts) entehrt der Regel nach die Zuchthausstrafe ohne Rücksicht auf ihren Grad und ihre Dauer. Das setzt aber voraus, daß für die leichteren Verbrechen noch andere Strafanhalten vorhanden seien.

106) Nach dem (übrigens nicht publicirten) Reichsschlusse vom 19. September 1668 soll auch der Injuriant mit infamia belegt werden. Daß damit eigentliche Ehrlosigkeit gemeint sei, kann nicht angenommen werden. Die Bestimmung beruht vielmehr auf dem, auch von vielen Praktikern damaliger Zeit gebegten, Mißverständnisse, daß die römische infamia in Deutschland recipirt sei. Vgl. Savigny a. a. D. S. 229 fig.

Umgekehrt aber kann keine Ehrlösigkeit eintreten, wenn in dem Strafurtheile selbst die Anerkennung liegt, daß sich Jemand seiner Ehre nicht verlustig gemacht habe. Dieses Anerkenntniß kann theils stillschweigend, theils ausdrücklich in dem Strafurtheile enthalten sein. Das Erstere ist der Fall, wenn das Urtheil auf eine andere, als eine ehrlösmachende Strafe lautet, indem damit von selbst anerkannt ist, daß das zu bestrafende Verbrechen kein ehrlösmachendes gewesen sei. Selbst wenn das zu bestrafende Verbrechen seiner Gattung und seinem Thatsbestande nach ein solches gewesen sein sollte, daß der Regel nach mit einer entehrenden Strafe zu belegen gewesen wäre, würde dasselbe für kein entehrendes gehalten werden können, wenn im einzelnen Falle gesetzliche Gründe vorhanden gewesen wären, welche den Richter bestimmen könnten, auf eine andere Strafe zu erkennen. Ausdrücklich aber ist das Anerkenntniß, daß sich Jemand seiner Ehre nicht verlustig gemacht habe, in dem Strafurtheile enthalten, wenn in demselben dem Verurtheilten seine Ehre vorbehalten wird, was schon in der früheren Praxis vorkam, und auch in der Reichsgesetzgebung als zulässig anerkannt ist¹⁰⁷).

Der Regel nach bleibt die Ehrlösigkeit lebenslänglich auf dem Ehrlösen haften, weil der Grund, aus welchem sie eingetreten war, nicht wieder ungeschehen gemacht werden kann. Da aber die Ehrlösigkeit immer eine Strafe ist, so kann sie auch von demjenigen aufgehoben werden, welchem überhaupt das Begnadigungsrecht zusteht. Damit aber die Ehre durch die Begnadigung wiederhergestellt werde, muß sich dieselbe ausdrücklich mit darauf erstrecken, indem eine Begnadigung nicht ausdehnend interpretirt werden darf, und also immer nur denjenigen Theil der Strafe aufheben kann, dessen in dem Begnadigungsdecrete ausdrücklich Erwähnung gethan ist¹⁰⁸).

2) Anruchtigkeit oder Unehrllichkeit ist nach allgemeiner Annahme ein milderer Grad der Ehrenschnälerung, der die Wirkung hat, daß denjenigen, die damit behaftet sind, entweder die Zutrittsfähigkeit, oder überhaupt die Fähigkeit, an ehelichen Gesellschaften und Gemeinhäuten Theil zu nehmen, abgeht. Schon nach älterem teutschem Rechte waren uneheliche Kinder und diejenigen, welche gewisse verächtliche Beschäftigung trieben, zum Theil sogar die Kinder derselben rechtlos in dem früher angegebenen Sinne, ohne deswegen zu den ehrlösen Personen zu gehören¹⁰⁹). Von dieser früheren Ansicht hat sich gemeinrechtlich so viel erhalten, daß theils un-

107) Das Recht, die Ehre in dem Urtheile vorzubehalten, ist in der Reichsgesetzgebung anerkannt; Reichsschluß von 1663. Vgl. übrigens Gl. d. a. a. D. S. 199.

108) Daß schon die bloße Specialuntersuchung einen Nachtheil an der Ehre hervorbringe, läßt sich nicht behaupten. Der Art. 218 der P. O. D., auf den man sich mitunter beruft, erkennt nur an, daß der gute Ruf eines Menschen durch die Specialuntersuchung in Gefahr komme, wie es auch im Art. 20 eine Schmach genannt wird, die Jemandem angethan werde, wenn er ungerecht gefoltet werde. Particularrechtlich kommt es indessen vor, daß Jemand seiner politischen Rechte dadurch verlustig wird, daß er nicht vollkommen freigesprochen, sondern nur von der Instanz entbunden wird.

109) S. oben Note 88.

eheliche Geburt, theils der Betrieb der Abdeckerei unfähig macht, in eine Zunft einzutreten, oder an ehrlichen Gemeinheiten Theil zu nehmen. Diese Unfähigkeit ist es, was man Anruchtigkeit oder Unehrllichkeit nennt, obgleich eine eigentliche Ehrenschnüderung nicht darin gefunden werden kann. Denn verständiger Weise kann die Ehre nur geschmälert werden in Folge unsittlicher oder unrechtllicher Handlungsweise, nicht aber wegen Geburt oder eines Geschäftsbetriebes, der erlaubt und selbst nothwendig in der bürgerlichen Gesellschaft ist. Die Anruchtigkeit der unehelichen Kinder, welche nicht zur Theilnahme an ehrlichen Gemeinheiten im Allgemeinen, sondern nur zum Eintritt in eine Zunft unfähig macht, wird regelmäßig durch die Legitimation derselben aufgehoben, und zwar nicht allein durch die dem römischen Rechte bekannten heutigen Tages noch anwendbaren Legitimationsarten, durch welche die legitimirten Kinder den ehelichgebornen völlig gleichgestellt werden, sondern auch durch eine dem teutschen Rechte eigenthümliche, zu diesem Zwecke besonders eingeführte sogenannte unvollkommene Legitimation, legitimatio ad honores, welche von dem Regenten ertheilt wird. Da diese Legitimation in allen Fällen, entweder auf Ansuchen eines der Eltern oder des Kindes selbst ertheilt zu werden pflegt, so kann die Anruchtigkeit unehelicher Kinder überhaupt kaum noch als etwas Praktisches angesehen werden¹¹⁰⁾.

Die Anruchtigkeit des Abdeckers geht weiter, indem sie denselben nicht bloß zunftunfähig macht, sondern überhaupt von der Theilnahme an ehrlichen Gesellschaften und Gemeinheiten ausschließt¹¹¹⁾. Darnach sind die Abdecker wohl auch unfähig zur Theilnahme an Gemeindeversammlungen, so wie zur Uebernahme von Ehrenämtern aller Art, welche ihnen ohnedieß nicht leicht übertragen werden würden. Ehemals erstreckte sich die Anruchtigkeit der Abdecker auch auf deren Kinder, welche jedoch nach dem neuesten Reichsgesetze nur insofern noch unehelich sein sollen, als sie selbst das väterliche Gewerbe betreiben¹¹²⁾. Ueberhaupt ist es der Obrigkeit vorbehalten, denjenigen, der die Abdeckerei getrieben hat, unter der Voraussetzung, daß er das Geschäft aufgibt, wieder für ehrenhaft zu erklären¹¹³⁾. Was übrigens von dem Abdecker oder Schinder gilt, kann nicht auf den eigentlichen Scharfrichter bezogen werden¹¹⁴⁾.

3) Die Verdächtlichkeit wird von den Rechtslehrern als der dritte Grad verminderter Ehre angegeben. Diefelbe soll in Folge unmoralischer Handlungen und überhaupt eines verdächtlichen Lebenswandels entstehen. Allein wie es keine gesetzlich bestimmten Fälle gibt, in welchen diese Ver-

110) Vgl. überhaupt Eichhorn, Einleitung §. 89.

111) Reichsschluß von 1772, §. 5. In Folge von Vorurtheilen und engherzigen Zunftansichten, nach welchen die Zünfte sich abschlossen und Keinen, der von einer anderen Zunft herkamme, in sich aufnehmen wollten, wurden ehemals gar viele Handwerke für unehelich ausgegeben. Die Reichsgesetzgebung war oft veranlaßt, sich gegen solche Handwerksmißbräuche zu erklären. R. P. D. von 1548, Tit. 37, §. 1; von 1577, Tit. 38, §. 1. Reichsschluß von 1731, §. 4.

112) Reichsschluß von 1772, §. 5.

113) Reichsschluß von 1772, §. 5.

114) Nur wenn der Scharfrichter zugleich Schinder ist, trifft ihn die Anruchtigkeit. Vgl. Glück a. a. D. S. 213.

ächtlichkeit eintreten soll, so lassen sich auch keine bestimmten rechtlichen Wirkungen derselben angeben, so daß dieselbe überhaupt nicht für ein eigentliches Rechtsinstitut angesehen werden kann¹¹⁵). Der gute oder böse Ruf, den sich Jemand durch seine Handlungsweise erworben, kann zwar in einzelnen Beziehungen rechtlich in Betracht kommen, z. B. bei seiner Glaubwürdigkeit als Zeuge, bei der Frage, ob den Geschwistern des Testators die Inofficiostatsquerel zustehet, bei der Aufnahme in Corporationen, oder hinsichtlich der Fähigkeit zu solchen Functionen, die besonderes Vertrauen voraussetzen; allein es kommt dabei Alles auf das Ermessen des Richters oder anderer Behörden an, ohne daß von einem bestimmten rechtlichen Begriffe die Rede sein könnte.

Euden.

Eid ¹⁾ ist eine feierlich verstärkte Aussage oder Zusage, oder eine Erklärung, unter Anrufung des Höchsten, zur Bestärkung der Wahrheit einer Aussage, oder der Erfüllung einer Zusage.

Bei der Gemeinschaft der Menschen und dem rechtlichen Verkehr können die Zeichen der Vereinbarung Contrahirender sehr verschieden sein. Stillschweigend, durch Anwendung geeigneter Symbole wird ein Verhältniß bekräftigt, oder ausdrücklich durch das Wort an und für sich oder zugleich mit anderen Zeichen. Das Wort, die Antwort auf geschehene Anfrage, die Bejahung ist Schwur (swear, answer) ²⁾. Die Bejahung als eine besonders bindende wird Eid ³⁾. Ein ausgesprochener, antwortender, geschworener Eid ist daher Eidschwur ⁴⁾.

Das Institut des Eides liegt somit in der Natur der menschlichen Verbindung überhaupt, und als Folge dieser natürlichen Nothwendigkeit finden wir den Eid bei allen Völkern und zu allen Zeiten ⁵⁾. Die Auffassung und Gestaltung im Einzelnen ist dabei eine sehr verschiedene, ab-

115) Vgl. Mittermaier, Grundsätze des t. P.-R., §. 104.

1) Quellen. Römisches Recht: Dig. lib. XII. tit. II. de iurjurando sive voluntario, sive necessario, sive iudiciali. Cod. lib. IV. tit. I. de rebus creditis et iurjurando. Canonisches Recht: Decret. Grat. Can. XXII. Tit. de iurjurando. X. II. 24. in VI. II. 11. Clem. II. 9. — Literatur. Speciellen Nachweis gibt Friedrich Beyer, Betrachtungen über den Eid, enthaltend eine ausführliche Erörterung seines Begriffes, Zweckes und der Art seiner Anwendung u. s. w. (Nürnberg 1829, 8.), S. 240—303. Insbesondere sind hervorzuheben J. H. Böhmer, ius eccl. Protest. lib. II. tit. XXIV. Jul. Frid. Malblanc, doctrina de iurjurando, o genninis legum et antiquitatis fontibus illustrata. Norimberg. 1781; ed. II. Tubing. 1820, 8. Karl Friedr. Götschel, der Eid nach seinem Principe, Begriffe und Gebrauche. Theologisch-juristische Studien. Berlin 1837, 8. (vergl. meine Recension in Richter's krit. Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft, 1838, Bd. 4, S. 618 flg.).

2) Vergl. A delung, grammatisch-krit. Wörterbuch s. v. schwören. s. varan ist varan, waren, reden, mit dem intensiven s.

3) S. Götschel a. a. D. S. 146, Anm. *. Die Etymologie ist bestritten. Nicht unwahrscheinlich ist der Zusammenhang mit dem Sanskrit. it, ligare. S. Graff, althochteutscher Sprachschatz, Bd. 1, S. 151.

4) Grimm, teutsche Rechtsalterth., S. 892 flg.

5) Literatur über die Geschichte des Eides bei Götschel a. a. D. S. 238, Anmerk.

hängig von der Mannigfaltigkeit der nationalen Eigenthümlichkeiten und vor Allem von der Gesittung, denn die Heiligkeit des Wortes ist in der Wahrhaftigkeit des Einzelnen und der Gesammtheit gegründet. Aus der jedesmaligen Beschaffenheit des Eides und der darin sich kundgebenden Treue und Zuverlässigkeit kann auf der anderen Seite daher auch der Charakter der Zeit selbst erkannt werden, und so sollte dem Staate eigentlich nichts heiliger sein, als die Heilighaltung des Eides selbst zu bewirken. Aehnlich, wie bei der Ehe, durchbringen sich hier politische und religiöse Beziehungen, weshalb auch von jeher die doppelte Seite im Verkehre und in der Gesetzgebung festgehalten ist.

Alle Völker haben beim Eide einen religiösen Gesichtspunkt, der sich in der Bezugnahme auf ein Höheres darstellt, wovon sie abhängig sind, und das sie zum Zeugen der Wahrheit der Aussagen anrufen, so wie zugleich zum Rächer der Unwahrheit. Der Charakter der Religion überhaupt prägt sich auch hierbei aus.

Bei den heidnischen Völkern ist es vor Allem das Geschaffene, die Natur, auf welche der Eid bezogen wird, denn darin liegt das Wesen der Gottheit nach heidnischem Begriffe; doch fehlt es auch hier schon nicht an einer würdigen und höheren Auffassung. So besonders bei den Griechen und Römern. Cicero namentlich spricht sich mehrfach darüber aus, und gibt die Erklärung: *Iusiurandum est affirmatio religiosa*. Er fordert die Wahrheit: *quasi Deo teste*, und bemerkt: *non ad iram deorum, quae nulla est, sed ad iustitiam et ad fidem pertinet*⁶⁾. Die Heiligkeit des Eides hebt er auch sonst öfter hervor, und statuirte gegen die Verletzung derselben eine göttliche Strafe, *periarrii poena divina exitium*, neben der die menschliche, *humana, dedecus*, nur untergeordnet zu sein scheint⁷⁾. Das römische Recht überhaupt erkennt stets die hohe Bedeutung des Eides an, doch gestattet oder fordert es selbst seine Leistung zu häufig, und veranlaßt dadurch den Mißbrauch. Wesentlich ist nach römischem Begriffe mit der Obtestation der Fluch, die Exsecration verbunden⁸⁾. Der Standpunkt, den der Eid bei den Juden⁹⁾ einnimmt, ist kein höherer, ja er ist sogar in der Anwendung niedriger, wie besonders aus den vielen Uebertretungen um die Zeit Christi geschlossen werden kann. Ja schon früher mußten oft Warnungen und Drohungen gegen Mißbrauch des Eides und Meineides ergehen¹⁰⁾. Die strengeren Grundsätze wurden durch die Ansicht untergraben, daß Eide, welche nicht unter Anrufung Gottes geleistet würden, keine verpflichtende Kraft hätten. Dagegen erhob sich Christus¹¹⁾, indem er jeden Eid auf den

6) De officiis lib. III. cap. 29. Vergl. pro Roscio Comoedo cap. 16.

7) De legibus lib. II. cap. 9. 16. 22.; vergl. de officiis lib. III. cap. 11 u. a. m.

8) M. s. überhaupt Stäublin, Geschichte der Vorstellungen und Ehren vom Eide (Gött. 1824, 8.), S. 50 flg.

9) Stäublin a. a. D. S. 5 flg.

10) S. z. B. Hofeas 4, 1 flg.; Jerem. 4, 2; 7, 3 flg.; Zephan. 1, 5 u. v. a.

11) Stäublin a. a. D. S. 31 flg. Eholuz, Auslegung der Bergpredigt, S. 275 flg.

Tempel oder den Schatz desselben, den Altar oder die Gabe auf demselben für gleich bindend erklärte¹²⁾, dann aber noch allgemeiner sich also aussprach: „Ihr habt vernommen, daß den Alten gesagt worden: du sollst nicht falsch schwören, du sollst vielmehr dem Herrn deine Eide halten. Wenn ihr das erfüllt habt, meint ihr der Verehrung Gottes genug gethan zu haben, ob ihr gleich unzählige Male den Namen Gottes auch bei wahren Bethörungen leichtsinnig gebrauchtet. Ich aber gebiete euch eine noch weit höhere Verehrung des Herrn, eures Gottes; nicht nur nicht falsch schwören sollt ihr aus Ehrfurcht gegen ihn, sondern überhaupt keinen Eidswur leisten —. Eure Rede sei einfach, die Bethörung mit Ja und Nein; was mehr dazu gesetzt wird, das gehört dem Reiche des Bösen an¹³⁾.“ Wie dies zu deuten sei, darüber bildeten sich bald verschiedene Ansichten. Manche glaubten hierin ein Verbot des Eides schlechthin zu finden, Andere dagegen nur die mißbräuchliche Anwendung untersagt zu sehen. Die letztere Ansicht, für die man sich darauf berufen konnte, daß Christus selbst, so wie die Apostel, Eide geleistet¹⁴⁾, ward bald die überwiegende, auf Synoden anerkannt¹⁵⁾, und namentlich durch den Einfluß Augustin's¹⁶⁾ die herrschende. So wie die kirchliche, hat daher auch die weltliche Gesetzgebung seit dem vierten Jahrhunderte specielle Vorschriften über den Eid erlassen. Man betrachtete denselben als unentbehrlich für die gewöhnlichen Verhältnisse des Lebens, und gestattete ihn. Da aber, wo volles Vertrauen vorhanden ist, es förmlich geschworne Eide nicht bedarf, und man bei Geistlichen dieses voraussetzen zu dürfen meinte, folglich in der Forderung des Eides eine Herabsetzung fand, ward dem Clerus öfter der Eid erlassen, oder ein Surrogat dafür gefordert und selbst oft die Leistung des Eides verboten. So war dem Clerus das iuramentum calumniae nicht abzufordern (s. unten), und statt des Eides trat sonst auch ein Oath ein. Das Concil von Tribur von 895 bestimmte deshalb¹⁷⁾: *Laicus per iuramentum, si necesse sit, se expurget, presbyter vero vice iuramenti per sanctam consecrationem interrogetur, quia sacerdotes ex levi causa iurare non debent; manus enim, per quam corpus et sanguis domini conficitur, iuramento polleatur? Absit, und auch später ist das iudicium offae für Geistliche noch üblich¹⁸⁾. Da Benedict von Nursia in seiner Regel den*

12) Ev. Matth. 23, 16—23.

13) Ev. Matth. 5, 33—37 (vergl. Tholuck a. a. D. S. 531). Dasselbe sagt Jacobi 5, 12.

14) Bei den Hebräern sprach der Richter die Eidesformel, und der Angeklagte machte sie zu der seinigen durch sein Amen. Daher liegt in dem *οὐ εἶπας* (Matthäi 24, 63), das Christus dem Hohenpriester antwortete, ein Eid. Vergl. besonders c. 26. X. de iureiur. (2. 24.)

15) Indirect liegt dies in dem bloßen Verbote des Meineides. M. s. z. B. Synod. Eliberit. can. 74 (von falschen Zeugen). Can. Apostol. 25.

16) C. 2 sq. Can. XXII. qu. I.

17) Im c. 21. bei Gratian, c. 4. Can. II. qu. V. Vgl. überhaupt Can. II. qu. V.

18) So im zwölften Jahrhunderte in Trier. M. vergl. Gesta Trevirorum, ed. Wittenbach et Müller, vol. I. cap. 68. (August. Trevir. 1836, 4.)

Eid gänzlich verboten hatte, so ward von den Anhängern derselben ein in verbo tantum et veritate promittere verlangt¹⁹⁾.

Die Praxis übte indessen einen entschiedenen Einfluß und die Zulässigkeit des Eides, sofern er nicht entbehrt werden konnte, ward schlechthin ausgesprochen. Dies erklärte Gratian²⁰⁾, und Innocenz III. unternahm eine förmliche Rechtfertigung des Eides und gestattete denselben auch einem Kloster²¹⁾. Das canonische Recht enthält demgemäß auch eine eigene Theorie über den Eid, beschränkt sich aber besonders auf den Versprechungseid, während die Bestimmungen über den Versicherungseid in der prozessualischen Anwendung mehr auf dem römischen und teutschen Rechte beruhen. In der evangelischen Kirche ist die Nothwendigkeit des Eides auch stets anerkannt worden. Schon Luther erklärt über die Bergpredigt: Alles Schwören und Eiden ist hier verboten, das der Mensch von ihm selber thut; wenn's aber die Liebe, Gebot, Noth, Nutzen des Nächsten oder Gottes Ehre erfordert, ist's wohlgethan.

Der Begriff des Eides selbst nach christlicher Lehre unterscheidet sich übrigens von anderen Definitionen wohl vorzüglich dadurch, daß der Fluch, die Exsecration nicht Bestandtheil desselben ist. Gott ist im Eide des Christen als Zeuge, nicht als Richter anzurufen²²⁾, und so verwandelt sich die gewöhnliche Begriffsbestimmung²³⁾, nach welcher der Eid wesentlich eine bedingte Verwünschung ist.

Nach seinem Fundamente ist der Eid ein religiöser Act. Die wissenschaftliche Entwicklung sowohl, als die Gesetzgebung, und demgemäß die Praxis, sollten sich stets dieser Grundlage bewußt sein. Nur dann wird die Enthüllung des Eides, wozu der Meineid als das Extrem gehört, aufhören können.

Bei der Auseinandersetzung der mannigfachen hier zu betrachtenden Rechtsverhältnisse gehen wir von der Darlegung der allgemeinen Principien aus, und knüpfen daran die Erörterung der speciellen, bei den einzelnen Arten des Eides zu berücksichtigenden materiellen und formellen Grundsätze.

Allgemeine Grundsätze.

Der Eid, als eine affirmatio religiosa, für die Fixirung rechtlicher Zustände unentbehrlich, unterliegt bestimmten materiellen und formellen Bedingungen, welche sich in Concreto verschieden gestalten. Mit Rücksicht auf Jeremia, Cap. 4, V. 2, daß, wer sich zu Gott bekehrt ohne Heuchelei, recht und heilig schwört, erinnert Hieronymus²⁴⁾: Animadvertendum est, quod iusiurandum hoc habeat comites, ve-

19) Capitulare Pippini Regis Italiae a. 793. cap. XXXVI. (Walter, Corp. iur. germ. II. 288). Vergl. Capit. Aquasgran. a. 816, cap. XLIII.

20) Im Eingang zur qu. I. Can. XXII.

21) C. 26. X. h. t. (2 24.) a. 1206.

22) S. Göltschel a. a. O. S. 225 flg.

23) Auch bei Eichhorn, Kirchenrecht, Bb. 2, S. 259. Walter, Kirchenrecht, §. 347. — S. besonders Falk, Bemerkungen über den Begriff des Eides; in den Quellen zum teutschen Rechte, Lieferung 2, Nr. 7, S. 90 flg.

24) In c. 2. Can. XXII. qu. II.

ritatem, iudicium atque iustitiam. Si ista defuerint, nequaquam erit iuramentum, sed perjurium. Diese Erklärung ward als eine der Sache entsprechende festgehalten und als kirchlich technisch anerkannt²⁵). Die beiden ersten Momente beziehen sich auf das Subject, das dritte auf das Object. Es gehört also zur Gültigkeit des Eides überhaupt:

1) *veritas*, nämlich in *mente*. Wer einen Eid leistet, soll von der Wahrheit seiner Aussage überzeugt sein. Gott ist Zeuge und kennt die Gedanken des Schwörenden, welche auch vor Menschen nicht durch List (*quacunq̄ue arte verborum*) verborgen oder verändert werden dürfen. Jeder Rückhalt, *reservatio mentalis* ist daher unerlaubt, und macht den Eid zum Meineide²⁶). Hierher gehört auch der Fall, wenn Jemand wirklich die Wahrheit ausfragt, es aber in seiner Absicht lag, einen falschen Eid zu leisten²⁷). Nur eine durch die Umstände gerechtfertigte Simulation, indem dadurch größeren Uebeln begegnet wird, erscheint straflos²⁸), sonst aber soll selbst im Scherze die Wahrheit nicht verletzt werden²⁹).

Hiermit stimmen die *Particularrechte* überein, indem sie heimliche Zusätze oder Auslassungen so wie eigenmächtige Erklärungen des Eides, gegen den Sinn früherer Verhandlungen, verbieten³⁰). — Auf das Subject bezieht sich

2) *iudicium* (in *iurante*). Der Schwörende muß überhaupt fähig sein, einen Eid zu leisten, was von physischen und juristischen Voraussetzungen abhängt. Daher wird zunächst gefordert: a) das gehörige Alter, die sogen. *Eidesmündigkeit*³¹). Das römische Recht gestattet auch dem Pupillen, zu schwören, ohne ihm aber die Pflicht dazu aufzulegen. Durch den Eid obligirt er den Gegner, ohne selbst bemächtheltigt zu werden, wenn er einen ihm defecirten Eid nicht ableistet³²). Das römische Recht geht hierbei von dem rein privatrechtlichen Gesichtspunkte des Vergleiches aus, so daß es den Pupillen schwören läßt, obgleich er nicht einmal des Meineides schuldig wird, wenn er falsch geschworen, *quia sciens fallere non videatur*³³). Das canonische Recht scheint davon nicht abzuweichen, da es vorschreibt, daß Niemand vor dem vierzehnten Jahre zum Eide

25) Vergl. Gratian ad c. 23. Can. XXII. qu. IV. (eine Commentation der Stelle). Innocens III. in c. 26. X. h. t. (2. 24.) Concil. Trevirense a. 1227, can. XI. (Hartzheim, Concilia Germaniae, tom. III. p. 533).

26) C. 9. 11—13. Can. XXII. qu. II.

27) C. 3. Can. XXII. qu. II. Vergl. auch über diesen Fall X begg, im Archiv des Criminalrechtes. Neue Folge 1834, S. 4, S. 602—606, und die Cit.

28) C. 21. 22. C. XXII. qu. II.

29) C. 14. §. 1. 2. C. XXII. qu. II.

30) Preuß. allg. Gerichtsordn., Th. 1, Tit. 10, §. 309.

31) S. Hohbach, über die Eides- und Zeugenmündigkeit nach gemeinern und württemb. Rechte, in dessen Beiträgen zum Strafrechte u. s. w. (Leipzig 1836, 8.) Nr. 3.

32) L. 26. pr. L. 34. §. 2. L. 42. pr. D. de iureiur. (12. 2.)

33) L. 26. pr. D. cit.

genöthigt werden soll³⁴). Indessen ist nach dem Princip dieser Vorschrift vielmehr zu erklären, daß Personen vor diesem Alter überhaupt nicht schwören dürfen³⁵), und so hat auch die Praxis des gemeinen Rechtes dieß aufgefaßt, und demnach einzelne Gesetzgebungen³⁶), wogegen andere einen späteren Termin ansetzen³⁷), und dann wohl eine frühere Zeit nach vorangegangener *causae cognitio* zulassen³⁸). Jedenfalls sollte aber Niemand vor erfolgter Confirmation schwören dürfen³⁹). b) Wegen des mangelnden *iudicii* können auch Wahnsinnige, Betrunkene und dergl. Personen keinen Eid leisten⁴⁰). c) Hierher gehört auch, daß der Eid mit voller Freiheit geleistet wird (*sine vi et dolo, sponte*)⁴¹). d) Die Fähigkeit zu schwören ist auch gewissen Personen zur Strafe entzogen. Nach gemeinem Rechte gilt dieß von solchen, welche des Meineides überführt worden⁴²), nach Particularrechten aber auch von anderen⁴³). Dester wird diese Beschränkung nicht absolut, sondern nur in Beziehung auf die vom Richter auferlegten, nothwendigen Eide anerkannt⁴⁴). e) Eine eigene Beschränkung bestand früher wegen der Religion, indem man Ketzer und Nichtchristen keinen Eid gegen Katholiken verstatete⁴⁵). Hinsichtlich des Eides von Juden gegen Christen haben sich bisweilen noch Ueberreste des Verbotes erhalten⁴⁶). — Ein anderes Requisit ist

34) C. 14—16 Can. XXII. qu. II. (vergl. Capit. Aquisgran. a. 789, cap. 62. Capit. lib. I. c. 61.)

35) Eichhorn, *Wb.* 2, S. 533.

36) So das österr. Recht (s. Helfert, Darstellung der Rechte in Ansehung der heiligen Handlungen, §. 105, Note 1), die bayerische Gerichtsordnung, §. 505 (resp. 14 und 12 Jahre für Knaben und Mädchen).

37) Das 18. Jahr nach der preuß. *Ger.-Ordn.*, *Th.* 1, *Tit.* 10, §. 263. Badische *Ordnung*.

38) So nach der badischen *Eidesordnung*.

39) *S. allg. Kirchengzeit.* 1837, *Nr.* 139, *Sp.* 1142.

40) C. 8. pr. Can. XXII. qu. IV. (Ambrosius). C. 16. Can. XXII. qu. V. (Capitular. lib. I. c. 61.): *jejunos faciat*. — Ob auch Berschwender? Sie dürfen wenigstens keinen Eid zuschieben. L. 35. §. 1. D. de *iurjur.* (12. 2.) Nach preuß. Rechte (*allg. Ger.-Ordn.*, *Th.* 1, *Tit.* 10, §. 261, muß der Eid dem Formunde deferirt werden; s. aber auch §. 266.

41) C. 2. X. de *his, quas vi metusve c.* (1. 40.) C. 28. X. h. t. u. a.

42) C. 14. Can. XXII. qu. V. C. 1. X. de *purgatione canonica* (5. 34.) (Concil. Tribur. a. 895).

43) *S. j. B. Helfert a. a. D.* §. 105, Note e—g, wegen des österr. Rechtes. Für Preußen, *allgem. L.-R.*, *Th.* 2, *Tit.* 20, §. 1331, 1337, 1355, 1423, von unredlichen Verwaltern u. s. w. *Crim.-Ordn.* §. 356, *Nr.* 6.

44) So nach preuß. Rechte a. a. D., und *allg. Ger.-Ordn.* *Th.* 1, *Tit.* 10, §. 284.

45) *Nov.* 45. cap. 1. C. 1. X. de *haereticis* (5. 7.) (Ps. *Isid.*). *Bgl.* c. 21. X. de *testibus* (2. 20.) (Conc. Lateran. a. 1179).

46) *Phil. Jac. Heister*, ob die Zulassung eines Judeineides wider einen Christen bedenklich sei? (Halle 1778, 4.) und in dessen jurist. Abhandlungen und Erörterungen, *Samml.* 3, *Nr.* 3 (Halle 1783, 4.). Hoffmann, über die Glaubwürdigkeit jüdischer Zeugen u. s. w., in der *Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege von Böhmer, Wopp, Jäger*, *Wb.* 1, *Nr.* 5 (Darmstadt 1832, 8.). *S.* auch preuß. *allg. Ger.-Ordn.*, *Th.* 1, *Tit.* 10, §. 228, *Nr.* 10.

3) *in iustitia*, das Object selbst betreffend. Der Eid darf nicht die Religion, gute Sitte oder ein Gesetz verletzen, insbesondere keinen Nachtheil für die Kirche, den Staat oder einen Dritten herbeiführen⁴⁷⁾; denn dann non dicenda sunt iuramenta, sed potius periuria⁴⁸⁾. Wegen einzelner Rechtsverhältnisse ist es übrigens bestritten, ob der Gegenstand zum Eide geeignet sei. So namentlich bei Ehesachen, insofern durch die Leistung des Eides eine Trennung der Ehe begründet wird⁴⁹⁾. Da nämlich das römische Recht die Eidesdelation als einen Vergleich ansieht und folglich nicht zuläßt, wo ein Transact unstatthaft ist, so hat man dieß auf die Ehe übertragen und den Eid in Ehesachen verworfen, weil diese eine *causa publica* seien, über welche nicht transigirt werden dürfe. Dagegen muß aber bemerkt werden, daß nach canonischem Princip überhaupt der Eid nicht als bloßer Vergleich betrachtet werden kann; sodann soll der Eid in der Anwendung auf die Ehe nur über ein zwischen den Parteien bestrittenes Factum zur Entscheidung dienen und so wie ein anderes Beweismittel zur Anwendung kommen, gegen dessen Gebrauch nichts zu erinnern ist, wenn nur sonst keine Collusion unter den Parteien stattfindet⁵⁰⁾. Eben so ist die Anwendbarkeit des zugestobenen Eides beim Streite über Beneficialsachen, jedoch mit Unrecht, bestritten⁵¹⁾.

Neben den bisher betrachteten materiellen Requisiten ist auch insbesondere die Form des Eides näher in's Auge zu fassen. Dazu gehört die Rücksicht auf Zeit, Ort und Art der Leistung. Regelmäßig wird der Eid Vormittags geschworen, was die Praxis auf die Vorschrift: *ieiunus faciat*, gegründet hat⁵²⁾. Auch soll nicht an Sonn- und Festtagen geschworen werden⁵³⁾, außer *pro pace vel alia necessitate*. Der

47) Nov. 51. c. 2 sq. Can. XXII. qu. IV. G. 2. 13. 18. 19. 21. 23. 27. X. h. t. Vgl. c. 12. X. de foro competenti. (2. 2.) C. 4. X. de homicidio. (5. 12.) C. 58. de R. J. in VI. (5. 12.) u. v. a.

48) C. 21. 27. X. h. t. u. a.

49) Ueber diese sehr bestrittene Materie vergl. man außer der älteren Literatur (Linde, Lehrbuch des Civilprozesses, §. 302, Anm. 11) Passenpflug, in Glövers' Themis, Bb. 1, §. 2, Nr. 12. Dagegen Uihlein, im Archiv für civilist. Praxis, Bb. 10, §. 1, Nr. 2. Anderer Meinung ist dann wieder Säger, in der Zeitschrift für Gesetzgebung u. Rechtspflege von Böhmer, Bopp und Säger, Bb. 1, §. 5 u. 6, gegen den wieder Uihlein, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bb. 9, §. 1, Nr. 3, aufgetreten ist.

50) S. c. 5. X. de eo, qui cognovit. (4. 13.) C. 5. X. de divortia. (4. 19.) C. 12. X. de praesumptionibus. (2. 23.) — Ausdrücklich ist durch die allg. preuß. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 256, die Zulässigkeit ausgesprochen. Eben so das königl. sächs. Rescr. vom 30. Sept. 1785, 13. Jan. 1804 (Codex August. Cont. II. I. 311. III. I. 160.). Dafür ist auch Martin, Lehrbuch des Civilprozesses, §. 224, Anm. n., dagegen Linde (vor. Anm. cit.) a. a. D.

51) S. J. H. Böhmer, ius eccl. Prot. lib. II, tit. XXIV, §. 68.

52) C. 16. Can. XXII. qu. V. (s. Anm. 40). Nach der preuß. allg. Ger.-Ordn. Th. 1, Tit. 10, §. 360, soll vor 12 Uhr geschworen werden.

53) C. 17. Can. XXII. qu. V. (Hier sind auch die Zeiten genannt, in denen regelmäßig der Abschluß der Ehe verboten war.) C. 1. X. de feriis. (2. 9.)

Der ist die Gerichtsstelle, und nur im Nöthfalle ein Privathaus⁵⁴). Dabei ist mit möglichster Würde und Eindringlichkeit zu verfahren, was durch particulare Verordnungen im Einzelnen näher bestimmt ist⁵⁵). Zweckmäßig ist besonders die Zuziehung eines Geistlichen, welche dem Ermessen des Richters bisweilen überlassen ist⁵⁶). Der Eid hat seine Kraft in der Anrufung Gottes; als Zeugen, und nach bisheriger Ansicht zugleich als Richters. Darum liegt mittelbar in der Bezugnahme auf einen anderen Gegenstand doch immer auch die Anrufung Gottes⁵⁷). So bei den Römern; denn richtig bemerkt Ulpian: qui per salutem suam iurat, licet per Deum iurare videtur, respectu enim divini numinis ita iurat⁵⁸). Dasselbe kann man auch von den älteren deutschen Eidesformeln⁵⁹) behaupten; und wenn die Juden hierbei subtile Unterschiede zu machen suchten (s. oben Anm. 9 fig.), so ward dieß von den Bessergesinnten verworfen und von Christus ausdrücklich widerlegt. Der regelmäßige und ordentliche Eid bei den Juden bezog sich auch unmittelbar auf Gott⁶⁰), und ward auch in der Kirche beibehalten, ohne daß man sich jedoch streng daran band⁶¹), da man überhaupt von der Ueberzeugung ausging, Eide müßten gehalten werden, ohne daß die Form entscheide⁶²). Weltlicher Seite mußten jedoch unpassende Formeln verboten werden⁶³). Eben daher wurde auch sehr genau die Norm für den Eid der Beamten bestimmt, in der Weise: Iuro ego per Deum omnipotentem et filium eius unigenitum, Dominum nostrum Jesum Christum, et Spiritum sanctum et per sanctam gloriosam Dei genitricem, et semper virginem Mariam, et per quatuor Evangelia, quae in manibus meis teneo, et per sanctos Archangelos Michaellem et Gabrielem etc.⁶⁴). Dieses Formular und dessen weiterer Verlauf ist zugleich ein förmliches Glau-

54) C. 2. §. 1. C. de iuratur. propter calumniam. (2. 59.) Vgl. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 370—372, verb. §. 359. Früher wurde in den Kirchen vor und auf dem Altare geschworen. C. 3. B. c. 15. X. de temporib. ordia. (1. 11.) Grimm, Rechtsalterth. S. 903, 4.

55) R. f. 3. B. wegen des preuß. Reiches Circ.-Verordn. vom 7. März 1796 (Stengel, Beiträge, Bd. 2, S. 172). Verordnung wegen zweckmäßiger Einrichtung der Eidesleistungen vom 26. October 1799 (Nov. Corp. Const. tom. X. p. 2668 sq.). Min.-Rescr. v. 26. Nov. 1830 (v. Kampff, Jahrbücher, S. 72, S. 312).

56) Allg. Ger.-Ordn. Th. 1, Tit. 10, §. 369.

57) S. Fald, in der oben (Anm. 23) cit. Abhandlung, S. 107, 108.

58) Vgl. L. 3. §. 4. L. 4. 5. 13. §. 6. 33. D. h. t. (12. 2.) u. a.

59) S. Grimm, Rechtsalterth., S. 50 fig.

60) S. Rosis 6, 13.

61) S. Bingham, origines eccl. lib. XVI. cap. VII. (T. VII. p. 355 sq.) C. e. 7. 11. 14. Can. XXII. qu. I. (Hieronym.—Chrysostom.—Augustin.)

62) C. 10. Can. XXII. qu. V. (Augustin.)

63) R. f. 3. B. Nov. 77. Ut homines . . non iurent per capillos dei etc.

64) Nov. 8. in append. tit. III: Iusurandum, quod praestatur ab his, qui administrationes accipiunt (a. 530). Der Eid auf die Trinität ist auch sonst üblich. R. f. 3. B. die pactio inter Guntramnam et Childebertum a. 587 (Baluzius, Capitular. I. 16).

bensbekenntniß. Sonst war der Eid einfacher, wie gleichzeitige und nicht viel spätere Eidesformeln ergeben, gewöhnlich so: *Iurans dico per Deum omnipotentem et haec sancta quatuor Evangelia, quae in manibus meis teneo et salutem dominorum nostrorum reipublicam gubernantium* ⁶⁵). Das Evangelienbuch sollte stets im Gerichte befindlich sein, um es bei der Eidesleistung zu benutzen, wenn es auch nicht in die Hand genommen oder berührt wurde, was den Geistlichen als Vorrecht zugestanden ward ⁶⁶). Da Zusätze, wie *per vitam regis et filiorum eius, verbotten wurden* ⁶⁷), blieb die einfachere Berufung auf Gott und die Evangelien am üblichsten ⁶⁸). Statt der Evangelien bezog man sich auch auf die Heiligen ⁶⁹), deren Reliquien man in einem Kästchen vor sich hatte, woher die Formel: bei den Heiligen, auf den Heiligen schwören ⁷⁰). Diese und ähnliche Formen wurden auch in Deutschland üblich, der Eid selbst aber wegen der Berührung der angewendeten Objecte ein körperlicher (*iuramentum corporaliter praestitum*) ⁷¹). Der Eid heißt auch ein leiblicher, mit Emporheben der Hand oder eines, zweier, dreier Finger ⁷²). Dagegen legten Geistliche die Hand auf die Brust, was auch bei Frauen vorkam ⁷³). Particularrechte machen aber weiter deshalb keinen Unterschied ⁷⁴). Von Einfluß wurde auf die Fassung der Eidesformel die Reformation. Während die bamberger Halsgerichtsordnung, Artikel 5, den Eid schließt: „Also bit mir Gott zu helfen und die Heiligen,“ hat dafür die Carolina, Art. 3: „Also helf mir Gott und die heiligen Evangelia;“ wie auch der Religionsfriede im Reichsab-schiede §. 107 die Form des Juramentes für Katholiken und Evangelische bestimmte. Dieß ging zunächst immer nur darauf, wo für beide Reli-

65) C. 9. Can. I. qu. VII. (Gregor I. a. 602). Vergl. c. 14. C. de iudiciis. (3. 1.)

66) So schon Nov. 123. cap. 7: *Ut propositis sanctis Evangeliiis secundum quod decet sacerdotes, dicant quod noverint.* S. Gratian, post. c. 9. Can. XI. qu. I. Vergl. auch c. 7. X. de iuramento calumniae (2. 7.) (Gregor. IX. a. 1133): *Propositis tantum, sed non tactis Evangeliiis.*

67) S. Capitulare III. a. 803, cap. 22; vergl. Cap. lib. III. c. 42.

68) C. 4. in fin. X. de iureiur. (2. 24.): *Sic me Deus adiuvet et haec sancta Evangelia.*

69) Vom J. 802: *Si me Deus adiuvet et ista Sanctorum patrocinia, quae in hoc loco sunt* (s. Baluzius, ed. Capitularium T. I. p. 377, 378).

70) Grimm, Rechtsalterth., S. 896. Vergl. Pelliccia, de iuramento super sanctorum lipsana (in Eiusd. de christiana ecclesiae disciplina, ed. Braun, tom. II. (Colon. 1838, 8.) diss. VII. §. 4.

71) So schon c. 1. C. si adversus venditionem (2. 28.), wo es aber wohl auf die persönliche Ableistung geht. In den späteren Quellen sehr oft: c. 2. X. de clericis peregrinis. (1. 22.) C. 10. X. de M. et O. (1. 33.) Clem. 1. §. 3. de haereticis (5. 3.): *Iurabant ad S. Dei Evangelia, corporaliter a se tacta.*

72) S. Faldt, in den Granien a. a. D. S. 105.

73) S. Belege bei Grimm a. a. D. S. 897, 898. Reyscher, Symbolik des german. Rechtes, S. 27: — dieser Eid heißt *Nastahit* (Nastaid?)? S. Grimm a. a. D. S. 906. Graff, Sprachschatz, Bb. 1, S. 152.

74) So österrich. Ger.-Ordn. §. 163.

gionstheils ein gleiches Formular nöthig war. In den einzelnen Territorien ward demnach auch eine verschiedene Weise üblich, die jedoch meistens später vereinfacht wurde, gewöhnlich nur: so wahr mir Gott helfe⁷⁵⁾. Ueberhaupt kommt hier Alles auf die Verschiedenheit der Confession an, auf welche zum Theil schon das gemeine, mehr aber noch das particulare Recht Rücksicht nimmt. So wird der in nicht wirklicher Eidesform erfolgenden Aussage der Mennoniten die Kraft des Eides beigelegt⁷⁶⁾. Manche Eigenthümlichkeiten pflegen insbesondere bei den von Juden zu leistenden Eiden hergebracht zu sein⁷⁷⁾. Schon früh herrschten hierbei verschiedene Vorurtheile, welche auch die spätere Gesetzgebung, selbst da, wo die Juden eine freiere Stellung erlangt haben, zu besondern Festsetzungen veranlaßt hat⁷⁸⁾. Wenn aber überall die Confession hier zu berücksichtigen ist, so kann es zweifelhaft scheinen, ob man Personen, welche sich keinem Bekenntnisse anschließen, insbesondere solche, welche an Gott und ein künftiges Leben nicht zu glauben behaupten, zum Eide zulassen solle⁷⁹⁾. Hierbei wird es auf die Form besonders ankommen, mit welcher man eine Person verpflichten will, und wenn man sich darüber vereinigt hat, wird die Auseinandersetzung der Folgen des Meineides vor dem weltlichen Richter für genügend erachtet werden können. Eben deshalb ist auch allgemeiner die Verwarnung vor Meineid (*avisatio* u. *admonitio de vitando periurio*) bei jeder Eidesleistung von großer Wichtigkeit und in den Gesetzen oft verordnet, wie in Oesterreich, Preußen, Hannover u. a.⁸⁰⁾. Von dieser vor der Eidesleistung üblichen Verwarnung und resp. Belehrung

75) Von Oesterreich s. allg. Ger.-Ordn., §. 164; Helfert a. a. D. §. 106, Note d. In Preußen gab es früher verschiedene Formulare (allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 316; Crim.-Ordn. §. 334, u. v. a.; Cab.-Ordn. vom 8. August 1835 [Gesetzsamml. dess. K. S. 182]). Vgl. Hymmen, Beiträge zur jurist. Lit. in den preuß. Staaten, Bd. 2, S. 82 fig.

76) S. §. B. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 203, Nr. 5. Wegen der Philipponen desgleichen Cab.-Ordn. vom 19. Nov. 1836, und Min.-Rescr. vom 28. Januar 1837 (in v. Kampff, Jahrb. S. 97, S. 175 fig.).

77) S. Lipenius, s. v. sacramentum Iudaeorum. Rittermaier, deutsches Privatrecht (5. Ausg.), §. 117, Anm. 32, cit. Lit. Tychsen; über die zweckmäßigste Verbesserung des Judeineides, in v. Kettelbladt, Archiv für die Rechtsgelahrtheit in den medienburg. Landen, Bd. 1, S. 272 fig.

78) R. s. §. B. die ausführlichen Vorschriften der allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 317—355, Anhang §. 90, 91; Edict vom 11. März 1812, §. 22, verb. mit den Bestimmungen bei Heinemann, Sammlung der die religiöse und bürgerliche Verfassung der Juden in den preuß. Staaten betreffenden Gesetze (Bilogau 1831, 8.), S. 281 fig., S. 393. S. Paalzow, observat. ad ius comm. Borussiae fasc. I. (Berol. 1795), nr. 8: De solennitatibus observandis in iuramentis Iudaeorum. — Babilische Verordnung vom 6. März 1813. — Kurhess. Gesetz vom 14. Febr. 1828, u. v. a.

79) S. Hommel, über die Abfassung des Eides bei einem Naturalisten, in den rhapsodias quaest. observ. 246. — Allg. Kirchenzeitung, 1831, Nr. 47, verb. 1830, Nr. 42. S. Gdschel a. a. D. S. 163, Anm. *.

80) Helfert a. a. D. §. 105, Note k. — Allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 204, 368, 369. — Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen, Th. 2, Nr. 15. — Brinkmann, wissenschaftlich-praktische Rechtskunde, Bd. 1 (Schletwig 1831), Nr. 44.

wollen Manche die Bezeichnung: gelehrter Eid, erklären⁸¹⁾, während man diesen Ausdruck wohl richtiger auf das Nachsprechen einer vorgelegten Eidesformel bezieht⁸²⁾. Ein solcher Eid heißt auch ein gefaßter (iuramentum verbis conceptis)⁸³⁾, sei es von Stab (d. i. Eidesformel, Buchstabe) oder der Berührung eines Stabes beim Schwören⁸⁴⁾. Er wurde mit Mund und Hand geleistet, denn das persönliche mündliche Schwören ist das regelmäßige. Bei Stummen, Kranken, Abwesenden, bei hohen Personen genügt auch ein schriftlicher Eid⁸⁵⁾, so wie bei nicht feierlichen Eiden ein Specialbevollmächtigter in animam mandantis schwören kann⁸⁶⁾. Sonst genügt die Leistung des Eides durch einen Procurator 1) bei jedem iuramentum calumniae (s. Citate in Anm. 86), 2) bei der Einwilligung der anderen Partei⁸⁷⁾, 3) bei besonders privilegierten Personen⁸⁸⁾. Dieß kann insbesondere auch nöthig werden, wenn eine Corporation u. s. w. schwören soll. Sonst leisten die Vorsteher, Gemeindevorsteher oder einige von der Partei vorgeschlagene Mitglieder, und nur in den Umständen nach alle Mitglieder den Eid⁸⁹⁾. Den Staat oder Fiscus vertritt der Fiscal⁹⁰⁾.

Arten des Eides.

Jeder Eid enthält eine besonders verstärkte Aussage oder Zusage, und danach ist er Versicherungseid, Betheuerungseid (iuramentum assertorium), oder Verpflichtungseid (iur. promissorium). Den Umständen nach kann ein und derselbe Eid in die eine oder andere Kategorie fallen (wie beim Zeugeneide), und beide Beziehungen können auch mit einander verbunden werden (wie beim Armeneide). Mit Rücksicht auf die Form unterscheidet sich der feierliche vom unfeierlichen (iuram. solenne und minus sol.), der gerichtliche vom außergerichtlichen (iuram. iudiciale, extraiudiciale) Eide. Nach dem Gegenstande wird der Eid prozeßualischer und außer dem Prozesse abgelegter, nach dem Rechtsgrunde freiwilliger und nothwendiger u. s. w. Speciellere Eintheilungen sind bei der Betrachtung der einzelnen Eide selbst zu erwähnen.

81) Walch, Glossarium zur Carolina, s. v. gelehrt.

82) Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, §. 422.

83) Gollius, lib. VII. cap. 5.

84) Die erste Erklärung bei Reyscher, Symbolik, S. 25, die andere bei Grimm, Rechtsalterth., S. 902. Vergl. auch Spangenberg, Beiträge zur Kunde der deutschen Rechtsalterth. (Hann. 1824, 4.), S. 21, R. 4, S. 26 fig.

85) S. Oesterreich. Ger.-Ordn., §. 223, 227. Helfert a. a. D. §. 105, Note p-r. — Allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 203, Nr. 6, §. 227; Nr. 3, 4, §. 315. Vergl. allg. Landrecht, Th. 2, Tit. 20, §. 1419; Crim.-Ordn. §. 335, Nr. 1, 5.

86) C. 47. X. de testibus. (2. 20.) C. 4. X. de sententia excommunicat. (5. 39.) — C. 6. 7. X. de iuram. calumniae. (2. 7.) C. 3. eod. in VI. (2. 4.)

87) Allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 314.

88) S. Reichsabsch. von 1521, Tit. 7, §. 10.

89) Allg. Ger.-Ordn. a. a. D. §. 267 fig. Vergl. für Sachsen Hoepfner, meditat. ad ius iudicari. (Lips. 1838.) fasc. I. n. 4; für Bayern Seuffert und Glück, Blätter für Rechtsanwendung, 1838, S. 49—58.

90) S. Seuffert u. Glück, Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern, Jahrg. 1837, S. 98 fig.

1) Der Verpflichtungseid.

Der promissorische Eid dient zur Verstärkung der Erfüllung eines Versprechens, und ist gewissermaßen ein in einer Person gethanes Gelübde (daher: *voveo et iuro*). Hierbei ist aber eine doppelte Auffassung möglich, je nachdem man den Eid als ein Accessorium einer schon bestehenden Verpflichtung, oder als principal eine Verpflichtung erzeugend betrachtet. Im ersten Falle wird also das Rechtsverhältniß, auf welches sich der Eid bezieht, nicht umgestaltet, sondern es erhält die Obligation nur erhöhte Motive zur Solution. Dies spricht das römische Recht bestimmt aus: *Generaliter, quotiens pactum a iuro communi remotum est, servari hoc non oportet... nec iusiurandum de hoc ad actum servandum* ⁹¹⁾. Davon erkennt es aber folgende Ausnahmen an, in denen wirklich die Natur des obligatorischen Nexus selbst verändert und eine neue Verbindlichkeit erzeugt wird, nämlich 1) beim Verträge zwischen dem Herrn und Sklaven über Dienste, welche der letztere nach der Manumission zu leisten sich eidlich verpflichtet ⁹²⁾; 2) wenn ein Minor bei der Veräußerung einer Sache eidlich versichert, er wolle nach erlangter Majorität den Erwerb des Käufers nicht verhindern ⁹³⁾. Dagegen soll nach canonischem Rechte ein Eid, der freiwillig, ohne Gewalt oder Betrug geleistet worden (*sponte, sine vi ac dolo praestitum*), ganz allgemein den Effect haben, einem Rechtsgeschäfte, das an sich nicht Sittlichkeit, wohlverordnete Rechte u. s. w. verletzt (*cum non vergat in aeternae salutis dispendium, nec redundat in alterius detrimentum*), wenn es auch sonst ungiltig wäre, Gültigkeit zu verschaffen ⁹⁴⁾.

Das canonische Recht enthält hierüber folgende Fälle: 1) die eidliche Intercession obligirt ein Frauenzimmer ⁹⁵⁾; 2) der eidlich bestärkte Consens einer Frau zur Veräußerung ihres Dotalgutes ist bindend ⁹⁶⁾; 3) der eidliche Verzicht auf eine künftige Erbschaft ist gültig ⁹⁷⁾. Dazu kommt

91) L. 7. §. 16. D. de pactis. (2. 14.) C. 5. §. 1. C. de legibus. (1. 14.) Nov. 51. pr.

92) S. Epitome Caki lib. II. tit. IX. §. 4 (fehlt im achten Casus, und würde hinter lib. III. §. 94. zu erwarten gewesen sein). L. 7. pr. §. 1. D. de operis libertorum. (38. 1.) L. 86. D. de manumiss. testam. (40. 4.)

93) C. 1. C. si adversus venditionem (2. 28.), verb. Auth. Sacramenta puberum. eod. S. Xnm. 98.

94) C. 28. X. de iusiurando. (2. 24.) C. 2. de pactis in VI. (1. 18.) Für diese Allgemeinheit des canon. Principis ist Zibaut, Theorie der logischen Auslegung, S. 61, 62; Lehrbuch der Pandekten, §. 114, und mit vielen Anderen Franc. Jac. Müller, de iusiurando canonico speciatim promissorio (Bonn, 1831, 8.), p. 32 sq. Syncker, über die rechtliche Möglichkeit einem verbietenden Gesetze eidlich zu entsagen. Leipzig 1835, 8. Dagegen Wesber, von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 120—123. Mühlensbruch, doctrina Pandectar. vol. I. §. 150. not. 6.

95) C. 9. X. de iusiurando (2. 24.) (Alexander III. a. 1180) — gegen Dig. XII. 1.

96) C. 28. X. h. t. (2. 24.) (Innocent. III. a. 1206). C. 2. h. t. in VI. (2. 11.) (Bonifac. VIII. a. 1298). — Gegen c. un. §. 15. C. de rei uxoriae actione. (5. 13.)

97) C. 2. de pactis in VI. (1. 18.) (Bonifac. VIII. a. 1299), gegen c. 4. C. de inutilibus stipulationibus. (8. 39.)

der schon dem römischen Rechte bekannte Fall (s. Anm. 93) des Verzichtes des Minor auf Restitution nach erlangter maior aetas.

Bis zur Mitte des zwölften Jahrhunderts gab es über die wichtige, hier in Betracht kommende Frage keine entschiedene Praxis; denn Bulgarus und Martinus stritten darüber, wie die Stelle des römischen Rechtes (Anm. 93) zu verstehen sei, ob ein ipso iure gültiges Geschäft, das durch Restitution angefochten werden solle, oder auch ein an sich richtiges Geschäft durch den Eid aufrecht erhalten würde. Kaiser Friedrich I. entschied zu Gunsten des Martinus, des Verteidigers der letzteren Ansicht⁹⁸). Diese selbst hängt aber mit kirchlichen Grundsätzen über die Bedeutung des Eides zusammen, und ward nun in den Entscheidungen des römischen Hofes angewendet und erweitert (c. 28. X. h. t.), fand jedoch Widerspruch in den weltlichen Gerichten, welche durch Androhung von Strafen zur Befolgung angehalten wurden (c. 2. h. t. in VI.). Selbst hierauf war man noch nicht einig, und es soll sogar Kaiser Heinrich VII. die Authentica: Sacramenta puberum, aufzuheben beabsichtigt haben⁹⁹). Man stritt nun theils darüber, ob der Grundsatz auch außer den obigen Fällen anwendbar sei und dann, wie das Princip selbst, wenn man dieß zugestände, zu limitiren sein würde. Eine überwiegende Praxis war für die Ausdehnung (s. Anm. 94), für welche man sich auch auf einige andere Decretalen berufen kann, deren Deutung freilich nicht unzweifelhaft ist. So wegen der Entrichtung von Zinsen¹⁰⁰), der lex commissoria¹⁰¹). Das Princip des canonischen Rechtes selbst ist: Jeder Eid bindet, wenn nicht die oben (Anm. 94) erwähnten Gründe entgegenstehen. Dieß hat man aber verschieden gedeutet, nämlich so, daß bei Geschäften, die um des gemeinen Besten willen absolut verboten sind, der Eid wirkungslos bleibe, während die zu Gunsten des Schwörenden eingegangenen an sich ungiltigen Geschäfte durch den Eid tanquam ex nova causa gültig werden. Dagegen will man vielmehr unterscheiden, ob es vom freien Willen des Schwörenden abhängt, die Handlung, welcher er durch den Eid entsagt, zu unterlassen oder nicht; denn im ersten Falle muß er die Handlung unterlassen, damit der Eid unverletzt bleibe und sein Gewissen nicht beschwert werde. Vermöge des Grundsatzes: omne iuramentum servan-

98) Es erschien wohl ein eigenes Gesetz des Kaisers, das in II. f. 53. §. 3, und als Auth. sacramenta puberum, in den Coder nach der c. 1. C. cit. (2. 28.) überging. Man s. über die Geschichte dieser Authentica v. Savigny, Geschichte des röm. Rechtes im Mittelalter, Bb. 4, S. 162 fig.

99) Albericus de Rosate in Authent. cit. (v. Savigny a. a. D. S. 170, Anm. 201), der zugleich berichtet, daß das Gesetz in Bergamo nicht befolgt wäre.

100) C. c. 1. 6. 20. X. h. t. (2. 24.) Vergl. Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien, Bb. 1, S. 79, 80, gegen J. H. Bömer, ad c. 20. X. cit. und ius eccl. Prot. lib. II. tit. XXIV. §. 24. S. auch Eichhorn, Bb. 2, S. 537, Anm. 4.

101) C. 7. X. de pignoribus. (3. 21.) Thibaut, Lehrbuch der Pandekten, §. 649, Note *. Gesterding a. a. D. S. 78, 79. Dagegen J. H. Bömer, ad cap. 7. X. cit., vergl. aber mit ius eccl. Prot. lib. II. tit. XXIV. §. 25. Glück, Commentar zu den Pandekten, Bb. 14, S. 93—95.

dum, quod salva salute aeterna servari potest, bindet jeder an sich gültige Eid, mit Ausnahme desjenigen, welcher den Schwörenden zu einer ihm unerlaubten Handlung oder Unterlassung verpflichtet, mithin von ihm nicht erfüllt werden kann, ohne, nach der Ansicht des canonischen Rechtes, sein Seelenheil zu gefährden¹⁰²).

Wie man auch das wirklich allgemeinere canonische Princip erklären möge, so sind doch die Folgen des Eides möglichst nach der Natur des *accessorium*, als welches der Eid sonst im Verhältnisse zum Geschäfte praktisch erscheint, zu erklären. Der Eid ist daher streng zu interpretiren und nicht über den Inhalt des Vertrages auszudehnen¹⁰³). Die stillschweigend gesetzte Bedingungen werden durch den Eid nicht aufgehoben¹⁰⁴), um so weniger die ausdrücklich hinzugefügten¹⁰⁵). Mit der Hauptobligatio muß daher auch der Eid selbst zugleich wegfallen¹⁰⁶).

Nur das eibliche Versprechen kann wirklich erfüllt werden, das nicht absolut unstatthaft ist (s. oben). Die Unstatthaftigkeit¹⁰⁷) bezieht sich aber nur auf das Object, nicht auf den Eid an sich, der heilig zu halten ist. Ist dennoch ein Widerspruch zwischen dem Objecte und Eide, so bedarf es einer Ausgleichung. Das Urtheil hierüber steht nach canonischem Rechte der Kirche zu. Ist ein Eid daher aus Zwang, Irrthum u. s. w. geleistet, so wird der Verpflichtete absolviert (*relaxatio iuramenti*)¹⁰⁸). Hat dagegen Jemand freiwillig einen Eid geleistet, der aus moralischen oder gesetzlichen Gründen nicht erfüllt werden kann, so hat die Kirche deshalb ihre Erklärung (*interpretatio*) abzugeben¹⁰⁹), und eine den Umständen nach wegen des Leichtsinnes u. s. w. entsprechende Buße aufzulegen¹¹⁰). Im Allgemeinen entbindet der Bischof den Verpflichteten, in schwierigeren Fällen ist aber der Pabst zu Rathe zu ziehen¹¹¹).

Jetzt ist die Lösung von der Pflicht aus unstatthaften Eiden als reine Gewissenssache dem geistlichen Richter überwiesen, sonst aber über-

102) Gesterding a. a. D. S. 75, 76.

103) C. 35. X. h. t. (2. 24.)

104) C. 14. §. 2. Can. XXII. qu. II. — C. 13. X. de clericis non residentib. (3. 4.) G. 75. de R. J. in VI, verb. c. 28. X. de simonia (5. 3.) u. a.

105) C. 3. 25. 29. §. 1. X. h. t. (2. 24.) C. 3. X. de conditionibus appositis. (4. 5.) Besonders übliche Bedingungen sind die: *si potero* (c. 18. X. c. 1. in VI. h. t.), *salvo iure et auctoritate superioris* (c. 19. 22. X. h. t.), *si non is sponte remisit, in cuius favorem iuratum* (c. 12. X. de foro competentis (2. 2.)), *si res in eodem statu permanserint* (c. 25. X. h. t.) u. a. m.

106) C. 2. X. de sponsalibus. (4. 1.)

107) Gbſchel a. a. D. S. 176.

108) C. 2. 8. 15. X. h. t. (2. 24.)

109) C. 18. X. h. t. (2. 24.)

110) C. 12. §. 1. X. h. t. (2. 24.)

111) S. die Beispiel in c. 1. 2. 3. 15. X. h. t. Vergl. Gonzalez Telles, ad c. 34. X. de electione (1. 6.) nr. 18. Eppert, in den Annalen des Kirchenrechtes, §. 3, S. 69 fig.

haupt in Angelegenheiten, bei denen der Eid concurrirt, der oberste weltliche Richter competent, welchem dann auch in dem evangelischen Landern die Vorentscheidung darüber zugewiesen worden, da die Entbindung selbst dem Inhaber der Kirchengewalt zugesprochen ist¹¹²⁾.

Was aber das canonische Princip selbst betrifft, so ist in neueren Gesetzgebungen dasselbe nicht festgehalten. Das preussische Recht erklärt ausdrücklich: durch eidliche Bestärkung erhält kein Vertrag mehr Kraft, als ihm die Gesetze schon an sich beilegen¹¹³⁾. Außergerichtliche Versprechungseide sind außerdem noch bei Strafe verboten¹¹⁴⁾. Dasselbe ist durch Gesetz von 1821 in Hannover bestimmt worden¹¹⁵⁾. Das französische Recht gedenkt des promissorischen Eides gar nicht, und hebt daher die Kraft desselben ganz auf¹¹⁶⁾.

Der Verpflichtungseid bleibt hiernach überhaupt nur da von Bedeutung, wo eine besondere Solemnität erforderlich scheint, wie bei verschiedenen Amtseiden, beim Lehn-, Unterthaneneide u. dergl.¹¹⁷⁾, oder wo wirklich eine nova causa obligationis bewirkt werden soll, in welchem Falle aber wohl zweckmäßiger eine gerichtliche Untersuchung und Bestätigung eintritt. Es ist eine derartige Anordnung um so wünschenswerther, als die Einheit der deutschen Praxis dabei gewinnen würde, welche jetzt selbst bei gewöhnlichen und häufig vorkommenden Fällen noch nicht vorhanden ist¹¹⁸⁾.

112) S. z. B. sächs. Constitut. vom 21. April 1572 (Codex August. T. I. S. 83). Vergl. J. H. Böhmcr, ius soci. Prot. lib. II. tit. XXIV. S. 53.

113) Allg. L.-R., Th. 1, Tit. 5, §. 199; vergl. §. 35 eod., Th. 2, Tit. 20, §. 1425; Th. 1, Th. 11, §. 1162; Th. 1, Tit. 16, §. 373.

114) Allg. L.-R., Th. 2, Tit. 20, §. 1426. Allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 248.

115) Gesetz vom 28. Dec. 1821 (Gesetzsamml. 1822, Abth. 1, S. 43).

116) Auch in England sind durch Gesetz vom 9. Sept. 1835 viele promissorische Eide abgeschafft worden (s. kritische Zeitschr. für Rechtswissenschaft des Auslandes, 1836, Bd. 8, S. 3, S. 487).

117) Eidliche Verpflichtung der Haus- und Wirthschaftsbeamten durch Gutbesitzer ist hiernach zu mißbilligen, und auch particularrechtlich ausdrücklich untersagt. W. f. wegen Preußen Bornemann, systemat. Darstellung des preuss. Civilrechtes, Bd. 2, S. 525 flg.

118) W. vergl. z. B. die Widersprüche in einem Gutachten der heidelberg. jurist. Facultät (bei Lyncker [Anm. 94] S. 24 flg.), einem Erkenntnisse der göttinger jurist. Facultät (in Elvers' Themis, Bd. 1, S. 1, S. 154, Nr. 39), und bei Karttenhorn, über die Intercession der Frauen nach römischen Rechte (Gießen 1840, 8.), S. 202, 203. Bährerß der letzteren göttinger Erkenntnisse des canonischen Rechtes erklärt der Gerichtsgebrauch die mit einem Eide bestärkte Intercession für gültig, wenn auch die Frau über ihre Rechtswohlthaten nicht belehrt ist, noch denselben entsagt hat, auch wenn diese in keinem öffentlichen Instrumente geschehen ist, heißt es in dem erwähnten göttinger Erkenntnisse von 1826: „Selbst die eidliche Entsagung einer Frau auf die beneficia senatuscons. Velleiani kann nur dann von Wirksamkeit sein, wenn eine gehörige Erklärung der Beschaffenheit der Schuld, der Rechtswohlthat und der Folgen der Entsagung vorausgegangen ist, welches Alles von demjenigen bewiesen werden muß, der sich auf die Entsagung der Frau beruft.“

2) Der Versicherungseid.

Eine praktisch viel höhere Bedeutung, als der promissorische, hat der assertorische Eid, welcher in der Absicht geleistet wird, eine gethane Aussage zu bekräftigen. Der Inhalt dieser Aussage bezieht sich auf die behauptete Wahrheit und Wirklichkeit einer Thatsache, und der Eid ist daher *iuramentum veritatis*, gleichviel ob das positive Wissen oder Nichtwissen ausgesprochen wird (*iuramentum scientiae* und *ignorantiae*). In der Mitte zwischen Weidem liegt der Zweifel, das Dazufürhalten, und bei der eidlichen Erklärung darüber entsteht der sogen. Glaubenseid (*iuramentum credulitatis*)¹¹⁹). Diesen haben manche Schriftsteller schlechthin verwerfen wollen, da der Eid „nur auf Facta, nicht auf Ueberzeugungen gerichtet sein darf“¹²⁰). Indessen kann unter Umständen ein solcher Eid von Einfluß sein, um Präsumtionen zu begründen, oder auch weil der Gegner bei einer solchen Erklärung zufrieden gestellt wird. Daher lassen Andere einen solchen Eid zu, beschränken ihn aber auf die freiwillige, von den Parteien ausgehende, nicht durch den Richter erfolgte Auferlegung¹²¹). Die Praxis ist nicht einig¹²²). Auf dem Princip des *iuram. credulitatis* beruht übrigens der Echwurdeid beim Institute der Consecrationalen; denn die Eideshelfer schworen nicht, daß eine That wahr sei, sondern daß der, dem sie halfen, einen echten Eid ablege¹²³). Auch wird bei Vernehmung mancher Zeugen (*testes de auditu*) der Glaubenseid oft hinreichn müssen¹²⁴).

Der assertorische Eid ist gerichtlicher oder außergerichtlicher. Der letztere ist immer ein solcher, den ein Theil dem anderen freiwillig anträgt (*iuramentum delatum voluntarium*), während der erstere auch vom Richter einer Parte auferlegt werden kann (*iuramentum iniunctum, necessarium*) (s. Anm. 139). Wichtig wird der Eid besonders im Prozesse. Insofern er zur Entscheidung der Sache selbst oder zur Fixirung des Objectes wesentlich dient, wird er Haupteid (*iuramentum principale*), im Gegensatz des Nebeneides (*iur. minus principale*)¹²⁵). Wir betrachten jetzt die einzelnen Eide selbst, und zwar zunächst die gerichtlichen in Civil- und Criminalsachen, dann die außergerichtlichen. Bei den gerichtlichen Eiden in Civilsachen legen wir die Eintheilung in Haupt- und Nebeneide zu Grunde.

119) Der Sprachgebrauch ist nicht konstant. In der allgem. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 139, wird der sonst stets als *iuramentum de ignorantia* bezeichnete Eid *iuram. de credulitate* genannt.

120) Rühlensbruch, Entwurf des gemeinrechtl. und preuß. Civilprocesses, §. 430, S. 193.

121) Thibaut, Lehrbuch der Pandekten, §. 1154. Vinde, Lehrbuch des Civilprocesses, §. 301, Anm. 4.

122) So ist in Preußen erkannt worden, daß über Rithmationen ein Eid nicht zugeschoben werden dürfe (s. Simon und v. Strampff, Rechtsprüche der preuß. Gerichtshöfe, Bd. 3 (Berlin 1834, 8.), Nr. 23 S. 242 flg.).

123) Grimm, Rechtsalterthümer, S. 893. S. 109 Anm. 273.

124) C. §. B. c. 47. X. de testibus. (2. 20.)

125) Ueber diese Eintheilungen s. m. Thibaut, Lehrbuch der Pandekten, §. 1153; Martin, Lehrbuch des bürgerl. Processus, §. 129.

A. Gerichtliche Eide in Civilsachen.

I. Haupteid.

Unmittelbar auf die Entscheidung einer Sache beziehen sich der angetragene, der auferlegte und der Schätzungseid.

a) Iuramentum delatum (Haupt-, Schätzungseid)¹²⁶⁾.

Die Römer bedienten sich von jeher des Eides in einem weiten Umfange, indem sie in Streitfällen vom Gegner die feierliche Erklärung begehrt, daß in dem vorliegenden Verhältnisse das Recht auf seiner Seite sei. Dieses Antragen des Eides konnte besonders erfolgen, um einem Prozesse vorzubugen, und da Alles hierbei von dem freien Willen der Beteiligten abhing, so war der Act ein außergerichtlicher¹²⁷⁾ und, wenn die Vereinbarung zu Stande kam, als ein wahrer Vergleich zu betrachten¹²⁸⁾. Die Wirkung ist nun, daß wenn der Eid ein klagbares Recht anerkennt, nicht nur die frühere¹²⁹⁾, sondern auch eine neue auf den Eid gegründete Klage, eine *actio iurisiurandi in factam*, zur Geltendmachung des Rechtes entsteht¹³⁰⁾. Wird dagegen durch den Eid ein Recht negirt, so entsteht eine *exceptio iurisiurandi*, mit welcher der Gegner zurückgewiesen werden kann¹³¹⁾. Der Eid tritt hier in die Stelle des richterlichen Urtheiles¹³²⁾, und die aus demselben hervorgehende *actio und exceptio iurisiurandi* ist daher gleich der *actio und exceptio rei iudicatae*. Im Erfolge ist der Eid aber selbst wirksamer, als ein Urtheil¹³³⁾, da, wenn einmal die erfolgte Eidesleistung feststeht, eine weitere gerichtliche Instanz nicht vorkommen kann. Der Antrag des Eides und die Annahme desselben liegt aber ganz im Willen der Interessenten, so daß die Verweigerung die Vereinbarung verhindert¹³⁴⁾.

Ob jetzt noch der außergerichtliche, besetzte Eid praktisch sei, ist bestritten¹³⁵⁾. Die Zulässigkeit scheint, wo sie nicht ausdrücklich in Territorialrechten verboten ist¹³⁶⁾, doch wohl behauptet werden zu können.

126) S. Paullus, ant. rec. lib. II. tit. I. §. 14. Vgl. oben Anm. 1. Thibaut a. a. D. §. 933 Theopold Rizy, der Beweis durch den Hauptseid im östreich. Civilprozeß. Wien 1837, 8.

127) §. 11. J. de actionibus. (6. 6.) L. 17. pr. (extra iudicium). L. 26. §. 2. (ex conventione); L. 28. §. 10. D. de iureiur. (2. 12.)

128) M. Zick, utrum iusiurandum apud Romanos pro specie transactionis habita sit. Altdorf 1804. Vergl. L. 2. 27. 28. §. 1. 40. D. h. t. (12. 2.): Iusiurandum loci solutionis cedit.

129) Wie Thibaut, a. a. D. §. 933, behauptet.

130) L. 9. §. 1. D. l. t. (12. 2.): Actor actionem acquirit, in qua hoc solum quaeritur, an iraverit etc. Vgl. §. 11. J. de actionibus. (4. 6.)

131) L. 9. pr. L. 23. §. 4. 6. 7. D. h. t. (12. 2.) Durch den Eid wird nämlich die obligatio civilis nicht zerstört, und daher nur eine exceptio für den Beklagten begründet.

132) Instar iudicii. S. L. 26. §. 2. D. h. t. (12. 2.)

133) L. 2. D. h. t. (12. 2.): Iusiurandum maiorem habet auctoritatem, quam res iudicata.

134) L. 5. §. 4. D. h. t. (12. 2.)

135) S. Linde, Lehrbuch des Prozeßes, §. 6, Anm. 9.

136) Ist dies in Preußen der Fall? Das Gesetz verbietet nur außergerichtliche promissorische Eide (s. oben Anm. 114). Da aber der Eid überhaupt einem Vertrage nicht mehr Kraft geben soll, als er an sich hat, so könnte man wohl das Verbot behaupten.

So wie durch Anwendung des Eides ohne förmliches Gerichtsverfahren transigirt wurde, konnte der Eid auch im Prozesse statt der sonstigen Beweismittel gebraucht werden. Auch hier ist ein Transact vorhanden¹³⁷⁾, und es entscheidet die Einwilligung der Parteien. Da aber die Sache einmal gerichtlich anhängig geworden, so kann nicht, wenn einmal der Eid angetragen ist, der Gegner willkürlich ohne weitere Folgen die Leistung versagen, sondern der Richter nöthigt ihn, zu schwören, oder dem anderen Theile den Eid zuzuschlehen, oder den Prozeß zu verlieren (*enum, a quo iusiurandum petitur, solvere aut iurare cogam*¹³⁸⁾). Dieser im Berichte zugeschobene Eid heißt daher *iusiurandum necessarium*, während der außergerichtliche *voluntarium* genannt wird; doch haben die neueren Schriftsteller einen abweichenden Sprachgebrauch¹³⁹⁾.

So lange der römische Prozeß noch in *ius* vor dem Magistratus und *iudicium* vor den Privatrichtern zerfiel, konnte der Eid in einem oder beiden Stadien des Verfahrens gebraucht werden. War er in *ius* angewendet, so kam es in der Regel nicht weiter zum *iudicium*¹⁴⁰⁾, und dieses wurde nur nöthig, wenn das Object noch zu ermitteln war und auf Execution geklagt werden konnte. Die Formel des Prätors bezog sich dann aber auch nur auf das Object, denn ein Beweis in der Sache war nicht mehr erforderlich. — Kam es zum Eide in *iudicio*, so gründete der Richter auf den Eid ein förmliches Urtheil, den Umständen nach den Beklagten condemnirend oder absolvirend¹⁴¹⁾. Nachdem die *extraordinaria cognitio* zur Regel erhoben, und der ganze Prozeß vor dem Magistratus geführt wurde, folgte stets auf den Eid, in welchem Momente derselbe auch deferirt war, eine förmliche Sentenz.

In den Quellen des canonischen Rechtes finden sich über das *iuramentum delatum* keine speciellen Bestimmungen¹⁴²⁾, und so sind die des römischen Rechtes in Deutschland durch Uebertragung auf die Fälle, in denen der Eid der Partei ohne Eidshelfer (*sola manus*) genügte, zur Anwendung gebracht, und durch die Praxis und Particularrechte näher bestimmt worden. In wie weit aber überhaupt noch das römische Recht hierbei befolgt werden könne, ist bestritten. Es ergeben sich indessen die richtigen Grundsätze, wenn man erwägt, daß der Eid sowohl Transact, als Beweismittel sei, und der eine Gesichtspunkt den anderen nicht ausschließt¹⁴³⁾.

Da der deferirte Eid als Transact erscheint, so sind die subjectiven und objectiven Requisite darnach abzumessen. Deferiren kann nur

137) G. Num. 128 cit. Vergl. L. 21. D. de dolo malo. (4. 3.)

138) Worte des prätorischen Edictes. L. 34. §. 6. D. h. t. (12. 2.), verb. c. 9. C. h. t. (4. 1.)

139) In der Ueberschrift des Titels der Pandekten, XII. 2, scheint *iudiciale* und *necessarium* gleiche Bedeutung zu haben.

140) G. L. 7. 9. pr. D. h. t. (12. 2.)

141) L. 34. §. ult. D. h. t. (12. 2.) Vergl. L. 25. §. 3. D. de probationibus. (22. 8.)

142) Erwägung geschieht desselben in c. 36. X. de iureiurando. (2. 24.)

143) G. Ende, Lehrbuch des Processes, §. 302.

derjenige, welcher an sich dispositionsfähig ist, oder den nöthigen Consens hat, und über das vorliegende Object insbesondere zu verfügen ein Recht hat¹⁴⁴). Insbesondere bedürfen Personen, welche alieno nomine einen Eid antragen, der Genehmigung ihres Auftraggebers. So brauchen Vormünder die Erlaubniß der obervormundschaftlichen Behörde, der procurator specialis (ad litem) hat ein mandatum speciale dazu nöthig, und dem procurator generalis (omnium honorum) muß in seinem Mandate die Vollmacht zur Delation mitgegeben sein¹⁴⁵). Defertirt werden kann der Eid ebenfalls nur dem, mit welchem man transigiren kann, also dem Gegner im Prozesse und dessen Repräsentanten¹⁴⁶). Zulässig ist die Delation über alle Objecte, über welche transigirt werden kann. Ausgeschlossen sind daher die Gegenstände, bei denen nicht eine causa pecuniaria, sondern eine causa publica in Betracht kommt¹⁴⁷). Auf den bei einem Verbrechen zur Sprache kommenden Schadenersatz kann verzichtet werden; daher ist auch Eidesdelation darüber statthaft¹⁴⁸). Bei einer quaestio status ist die Delation wegen der öffentlichen Beziehung nur beschränkt zulässig¹⁴⁹).

Wenn hiernach die Rücksicht auf die Natur des Transactes überhaupt entscheidet, so wird dieselbe doch dadurch modificirt, daß der Eid zugleich eine höhere Bedeutung hat (s. oben), daher der Wille der Parteien nicht mehr in einem solchen Umfange Platz greift, als das römische Recht gestattet, und es Sache des Richters ist, dem Mißbrauche des Eides zu begegnen. Sodann entscheidet aber auch der Gesichtspunkt, daß der Eid zugleich als Beweismittel betrachtet werden muß.

Ob der Eid überhaupt Beweismittel sei, ist bestritten worden¹⁵⁰). Bei der Delation des Eides und der darauf erfolgten Leistung oder Nichtleistung fällt der eigentliche Beweis weg, und es ist somit die Eidesdelation ein Surrogat für den Beweis. Eben darum aber, weil das Resultat ein gleiches ist¹⁵¹), kann man dem Eide die Bedeutung des Beweismittels nicht entziehen, und muß auch die sonst für den Beweis entscheidenden Principien¹⁵²) hier festhalten. Daher kann der Eid nur

144) S. oben Anm. 31 fig.

145) L. 17. §. 1—3. L. 18. 19. 34. §. 1. 35. pr. D. h. t. (12. 2.) C. 4. de procuratoribus in VI. (1. 19.) Vergl. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 256—259, 284.

146) S. oben Anm. 31 fig. Vergl. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 260—283.

147) S. oben Anm. 47 fig. Dazu s. m. L. 3. §. 1. D. h. t. (12. 2.) Paullus, sent. rec. lib. II. tit. I. §. 1. C. alt. C. de probationibus. (4. 19.) S. unten Anm. 261 fig.

148) Martin, Lehrbuch des Processes, §. 224, Note n. Einbe, Lehrbuch, §. 302, Anm. 11.

149) S. L. 3. §. 2. 3. D. h. t. (12. 2.) C. 6. C. h. t. (4. 1.) — Wegen der Ehefachen vergl. oben Anm. 49, 50.

150) S. Mühlentbruch, Entwurf des Civilprocesses, §. 348.

151) Quasi satis probatum iureiurando oder atque si probatum esset. L. 5. §. 2. L. 11. §. 3. D. h. t. (12. 2.)

152) S. ben Art. Beweis von Jordan, in Bd. 2, S. 108 fig.

über solche Punkte beferirt werden, welche für den Prozeß erheblich, rechtlich ungewiß sind und sich auf bestimmte Thatfachen beziehen. Je nachdem dies *facta propria* oder *aliena* sind, wird das *iuramentum de veritate*, und zwar *scientiae*, oder *ignorantiae* und *de credulitate* aufzuerlegt werden können¹⁵³). In welchen Fällen der eine oder der andere Eid aber überhaupt gefordert werden kann, müssen die Umstände ergeben und die Befehle näher bestimmen. So verordnet das öfterreichische Recht¹⁵⁴): demjenigen, der in eigenem Namen Prozesse führt, kann der Haupteid sowohl über eigene, als über fremde Handlungen aufgetragen werden, dem, der für einen Dritten einen Prozeß führt, nur über eigene Handlungen.

Was nun die Beweisführung¹⁵⁵) selbst betrifft, so besteht a) die Beweisantretung in dem Antrage des Eides von Seiten des Beweisführers (Defereenten) an den Gegner (Delat), damit dieser die Unwahrheit dessen beschwöre, was jener sonst auf andere Art zu erweisen haben würde. Dies geschieht nach gemeinem Prozesse in der Beweisfrist. Das zu beschwörende Thema wird im Antrage bezeichnet mit der Bitte, dem Gegner den Eid aufzuerlegen. Der Richter prüft die Zulässigkeit, die aber nicht eine bloß subsidiäre ist¹⁵⁶), und decretirt den Umständen gemäß. Particularrechtlich soll schon in der Klagschrift auf den Eid eventualiter angetragen werden¹⁵⁷); doch wird darauf in der Praxis nicht gehalten. — Nimmt der Defereent den einmal angetragenen Eid zurück, so kann er sich dieses Beweismittels in diesem Prozesse nicht mehr bedienen¹⁵⁸). b) Dem Delaten wird nun der Antrag zu seiner Erklärung mitgetheilt. Er hat zu bestimmen, ob er den Eid annehmen oder zurückschieben, oder sein Gewissen mit Beweis zu vertreten suchen wolle. Erklärt er sich gar nicht, so wird sein Schweigen für Anerkenntniß des gegentheiligen Rechtes angenommen, und er verliert den Prozeß; denn *manifestae turpitudinis ac confessionis est, nolle neo iurare, neo insiurandum referre*¹⁵⁹). Entschließt er sich aber 1) zur Annahme

153) S. oben Anm. 119 fg. Vergl. Einde a. a. D. §. 302, Anm. 12 fg.

154) Allg. Ger.-Ordn. §. 207.

155) Martin a. a. D. §. 225—231. Einde a. a. D. §. 303—312.

156) S. Martin, §. 186, Note f. Einde, §. 308, Anm. 4. 5. Vgl. Günther, *quando iurisiurandi delatio subsidiariae probationis naturam induere videatur*. Lipsiae 1833, 4. Allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 263.

157) So nach sächsischem und preussischem Prozesse. Vgl. über die eventuelle Eidesdelation von v. d. Pagen und Piners, in Ulrich, Sommer und Böhle, neues Archiv des gem. und preuß. Rechtes, 1837, Bd. 4, §. 3, Nr. 25; 1838, Bd. 5, §. 3, Nr. 38.

158) C. 11. C. h. t. (4. 1.) Vergl. allg. Ger.-Ordn. a. a. D. §. 298—303.

159) L. 24. §. 6. 7. 9. L. 38. D. h. t. (12. 2.) C. 9. C. h. t. (4. 1.) S. Haubold, *diss. de poena iuraro nolentium*. Lipsiae 1828, 4. — Die öfterreich. Ger.-Ordn., §. 209, nimmt an, daß der, dem der Eid anzunehmen oder zurückzuschieben auferlegt ist, durch sein Schweigen zu erkennen gebe, daß er den Eid zurückschiebe; vergl. aber auch §. 224.

des Eides, was mündlich zu Protokoll oder schriftlich geschehen kann, so setzt der Richter nach Normirung der Eidesformel (s. oben) einen Termin an, in welchem der Delat nach den üblichen Gebräuchen den Eid selbst leistet. Zuvor kann er aber vom Deferenten ein iuramentum de calumnia (s. unten) fordern¹⁶⁰). Die Wirkung ist nun *res iudicata* (s. oben), welche jedoch durch den Beweis des Meineides wieder aufgehoben werden kann¹⁶¹). — Diese Wirkung tritt auch ein, wenn der Deferent den Eid erläßt¹⁶²); oder der Delat vor der Ableistung des acceptirten Eides stirbt¹⁶³), oder auch, wenn der Deferent das iuramentum calumniae nicht schwören will¹⁶⁴). — Im Schwörungstermine wird über den Act ein Protokoll aufgenommen, und auf Verlangen den Parteien in Abschrift mitgetheilt. Zugleich wird schon vor dem Schwur den Betheiligten eröffnet, was aus der Annahme oder Nichtannahme des Eides für die Sache selbst folge, und es wird das jetzt bedingte Urtheil durch den Eid selbst purificirt. Bis zum letzten Augenblicke kann indessen unter Umständen der Delat noch zu anderen Mitteln greifen¹⁶⁵), insbesondre also 2) dem Deferenten den Eid zurück schieben (*referre iusiurandum*), worauf dieser, ohne das iuramentum calumniae vom Referenten fordern zu dürfen¹⁶⁶), selbst den Eid in umgekehrter und nach den Umständen vom Richter normirter Fassung abzuleisten hat, widrigenfalls zu Gunsten des Referenten erkannt werden muß¹⁶⁷). Die Relation darf sich indessen nicht auf *facta propria* des Delaten beziehen¹⁶⁸). Der Delat kann aber auch, um den Eid ganz zu vermeiden, 3) sich der Gewissensvertretung unterziehen, d. h. zur Beruhigung seines Gewissens (*pro exoneranda conscientia*) die Unwahrheit des *thema probandum* durch andere Mittel in gewöhnlicher Art beweisen¹⁶⁹). Weder im römischen¹⁷⁰), noch im canonischen Rechte findet sich deshalb eine Be-

160) L. 34. §. 4. D. h. t. (12. 2.) S. Martin a. a. D. §. 224, Note g.

161) Vergl. L. 21. 22. D. de dolo malo. (4. 3.) — C. C. C. art. 107. Allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Th. 10, §. 300.

162) L. 6. 2. §. 1. D. h. t. (12. 2.) C. 1. 8. C. h. t. (4. 1.) S. allg. Ger.-Ordn. a. a. D. §. 285.

163) Es beruht dieß nicht auf c. 12. pr. C. h. t. (4. 1.) (s. Mühlensbruch a. a. D. §. 438), sondern auf der Praxis, und ist in Particularrechten anerkannt; z. B. allg. preuß. Ger.-Ordn. a. a. D. §. 378; allg. österr. Ger.-Ordn. §. 233.

164) L. 37. D. h. t. (12. 2.)

165) Quia nemo dubitat, modestius facere, qui referat, quam qui ipse iuret. L. 25. §. 1. D. de pecunia constituta. (13. 5.) Einde a. a. D. §. 306 a. G. S. allg. Ger.-Ordn. a. a. D. §. 294.

166) L. 34. §. 7. D. h. t. (12. 2.)

167) L. 34. §. 8 u. 9. D. h. t. (12. 2.) C. 12. §. 1. C. h. t. (4. 1.)

168) L. 11. §. 2. L. 12. 13. D. rerum amotarum. (25. 2.) C. ult. X. de iureiurando. (2. 24.) Allg. Ger.-Ordn. a. a. D. §. 292, 293.

169) S. bes. Georg Gust. Lüder, de origine et fundamento probationis pro exoneranda conscientia. Götting. 1827, 4.

170) Bei Quintilian (instit. orat. lib. V. cap. 6) findet sich nur eine philosophische Deduction über die Gewissensvertretung in den römischen Gerichten. S. Lüder l. c. §. 4.

stimmung. Zwar wird sie schon im dreizehnten Jahrhundert gebilligt¹⁷¹⁾, wirklich gebraucht scheint sie aber erst später zu sein, und ist dann besonders im sächsischen Prozesse genauer entwickelt, so wie in die Particularrechte übergegangen¹⁷²⁾. Gelingt der Beweis, so ist damit die Sache erledigt. Der Defereent kann aber dabei auch den Gegenbeweis unternehmen¹⁷³⁾. Gelingt der Beweis aber nicht vollständig, so wird derselbe durch einen vom Richter auferlegten Eid ergänzt; sonst aber kann, was jedoch sehr bestritten ist¹⁷⁴⁾, der Delat jetzt noch den deferierten Eid leisten¹⁷⁵⁾, oder ihn dem Deferenten zurückschieben¹⁷⁶⁾, worauf dieser selbst schwören oder sein Gewissen durch Beweis vertreten kann¹⁷⁷⁾.

b) *Iuramentum necessarium*¹⁷⁸⁾.

Iuramentum necessarium, nach römischem Sprachgebrauche gleichbedeutend mit *iudicialis* (s. Anw. 139), also bezogen auf den im Gerichte zugeschobenen Eid, bezeichnet jetzt den vom Richter einer Partei auferlegten Eid. Derselbe ist schon den Römern bekannt, denn während früher die Eidesdelation ganz in der Willkür der Vertheiligten stand, konnte später unter Umständen der Richter dabei mitwirken, und selbst einen Eid auferlegen. Zur Zeit des Cajus finden wir dies anerkannt, nämlich so, daß der Richter, wenn der Beweis nicht genügend hergestellt ist (in *dubiis causis* — *inopia probationum*) durch den Eid denselben vervollständigen läßt¹⁷⁹⁾. Dieser Eid ist daher ein *iuramentum suppletorium* (Ergänzungseid). — Dem germanischen Rechte ist der Vertheidigungseid sehr geläufig, indem der Beklagte sich vom Anspruche des Klägers durch seinen Eid befreite. Das canonische Recht entwickelte die darüber bestehenden Grundsätze weiter, und es entstand das *iuramentum pur-*

171) Dafür ist Bartolus (ad e. 14. §. 3. C. de non num. pecunia (4. 30.)); dagegen Jason (ad L. 38. D. h. t. (12. 2.) u. a. m.

172) S. Luderl. c. Goldschmidt, Abhandl. aus dem gem. teutschen Civilprozeße (Frankf. a. M. 1818, 8.), Nr. 6. — Allg. Ser.-Ordn. a. a. D. §. 255, 287. — Paimertl, über die Gewissensvertretung nach österr. Gesetze, in Wagner-Dolliner, Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit, 1838, §. 2, S. 69 flg.

173) Dies ist bestritten. W. s. indessen Martin a. a. D. §. 228; Rofe d; Linde a. a. D. §. 308, Anm. 3; vergl. besonders Linde, über das Princip zur Lösung der Frage: ob bei Gewissensvertretungen eine Gegenbeweisführung auf Seiten des Deferenten zulässig sei? in der Zeitschrift für Civilrecht u. Prozeß, Bd. 3, §. 1, Nr. 1, und Pöschker, über Gewissensvertretung, ebendasselbst Bd. 9, §. 3, Nr. 14.

174) Gegen die *oblatio iuramenti* an und für sich s. Gbßchel a. a. D. S. 206 flg.

175) Dagegen die allg. österr. Ser.-Ordn. §. 204; desgl. die preuß. S. Anm. 177 cit.

176) Auch darüber sind die Ansichten getheilt. S. Linde a. a. D. §. 308. Anm. 6.

177) Die Praxis ist darüber nicht einig. Vergl. Linde a. a. D. §. 307, Anm. 6. W. s. z. B. allg. Ser.-Ordn. a. a. D. §. 254, 255, 296, 305, und Koch, schlesisches Archiv für praktische Rechtswissenschaft, 1837, §. 1, S. 120.

178) S. Martin a. a. D. §. 129, 232; Linde a. a. D. §. 319, 320.

179) L. 1. 31. D. h. t. (12. 2.) C. 3. 12. C. h. t. (4. 1.)

gatorium¹⁸⁰). Durch die Praxis und spätere Gesetzgebung ist das Einzelne weiter ausgeführt worden¹⁸¹).

Der nothwendige Eid unterscheidet sich wesentlich vom defectiven; denn während der letztere wirkliches Beweismittel, formell beweisend ist, ist der nothwendige Eid nur ein Ueberzeugungsgrund für den Richter und ein subsidiares Hilfsmittel. Er ist unzulässig, wenn vollständiger Beweis geführt worden, aber eben so, wenn nichts bewiesen ist; denn in jenem Falle ist für, in diesem gegen den Beweisführer zu erkennen. Er kann also nur angewendet werden, wenn nicht vollständig bewiesen ist. Der Beweis, welcher hier probatio minus plena ist, wird ein halber (semiplena), mehr als halber (semiplena maior) oder weniger als halber (semiplena minor)¹⁸², je nachdem mehr oder weniger zu Gunsten des Beweisführers (Producenten) spricht. Ist die probatio semiplena maior, so ergänzt der Producent den Beweis durch den Eid (daher iuramentum suppletorium), ist sie aber semiplena minor, dann befreit sich der Producent von der Forderung durch den Eid (iuramentum purgatorium). Ist die probatio semiplena, so daß also gleich viel für beide Theile spricht, dann hat der Richter zu prüfen, wem der Eid mit mehr Recht zuzuerkennen ist. Dieß wird besonders davon abhängen, auf welcher Seite eher die Wahrheit erwartet werden darf, und dieses ist nach der Persönlichkeit der Partei, der besseren Sachkenntniß u. s. w. zu ermessen; daher also das iuramentum de scientia im Allgemeinen eher, als das de ignorantia oder de credulitate aufzuerlegen sein wird¹⁸³). Fehlt es jedoch an jedem anderen Grunde, einen Theil dem anderen vorzuziehen, dann ist nach dem Princip, daß in dubio immer eher für den Beklagten gesprochen werden muß¹⁸⁴), dem Producenten das purgatorium zuzuerkennen.

Der vom Richter aufgelegte Eid muß angenommen werden, wenn nicht der Prozeß verloren gehen soll; denn Rückschiebung ist unzulässig, weil überhaupt nicht der Wille der Partei über die Eidesleistung entscheidet, und Gewissensvertretung ist nicht möglich, weil ja eben die Mangelhaftigkeit des Beweises Grund zur Eidesauflegung geworden ist; es sei denn, daß sich etwa neue Beweismittel gefunden haben, in welchem Falle nun davon Gebrauch gemacht werden kann, und dieß ist selbst von Seiten des Gegners nach erfolgter Eidesleistung möglich, da das iuramentum necessarium keinen förmlichen Beweis erzeugt¹⁸⁵).

180) S. Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. 3, §. 461, Nr. 3. — S. c. 36. §. 1. X. h. t. (2. 24.) Vergl. noch besonders unten Anm. 270 fig.

181) Von Particularrechten s. m. z. B. allg. preuß. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 251; Th. 1, Tit. 22, verb. Th. 1, Tit. 13, §. 24—26, und Anhang §. 105. Allg. österr. Ger.-Ordn. §. 212, 213.

182) S. oben Bd. 2, S. 121.

183) S. aber noch Einde a. a. D. §. 319, Anm. 12.

184) L. 38. D. de re iudicata. (42. 1.) L. 125. D. de R. J.

185) L. 31. D. h. t. (12. 2.) Vergl. Hoffmann, ob und in wie weit kann die Wirkung eines ausgeschworenen Eides durch neu aufgefundenen entge-

Auf diesen Eid kann erst nach geführetem Beweise im Endurtheile erkannt werden. Ansetzung des Termines, Fassung der Eidesformel und Leistung des Eides folgen wie sonst. Das Urtheil, welches auf den Eid basiert ist, wird durch die Leistung purificirt und einfach nach derselben durch ein Decret publicirt.

c) *Iuramentum in litem* ¹⁸⁶⁾.

Während in der Regel der Gegenstand des Beweises im Prozesse der Klaggrund selbst ist, nämlich das Recht und dessen Verletzung, kann unter Umständen auch das durch die Klage in Anspruch genommene Object in Betracht kommen, und insbesondere die Größe desselben wegen des Schadenersatzes und Interesse festgestellt werden müssen. Wo dieß durch Beweis nicht ermittelt werden kann, soll der Richter dasselbe schätzen (*litem aestimare*).

Unter gewissen Voraussetzungen und Beschränkungen gestattet aber das römische Recht dem Kläger das Object durch einen Eid zu bestimmen: *iuramentum in litem*, Schätzungs-, Würdigungseid. Es geschieht dieß zur Begünstigung des Klägers und zur Strafe des Beklagten, indem nämlich jener durch die Schuld dieses nicht zu dem Seinigen gelangt, sei es durch *dolus*, *culpa lata* oder sonstige Verhinderung ¹⁸⁷⁾. Dann aber kann überdieß der Beschädigte sowohl den directen als indirecten Schaden in Anspruch nehmen, und sogar das *pretium affectionis* dabei in Anschlag bringen ¹⁸⁸⁾. Der Richter achtet nur darauf, daß nicht Mißbrauch getrieben werde, und bestimmt daher ein Maximum, über welches hinaus nicht geschworen werden kann. Die Anwendung des Eides ist aber auch anderseits beschränkt; denn die Klage, welche diesen Eid begründen soll, muß auf ein *restituere* oder *exhibere* (nicht *dare* oder *facere*) gerichtet und eine *actio bonas fidei* oder *arbitraria* sein ¹⁸⁹⁾. — Der Richter erkennt auf den Eid, aber nicht bloß in *subsidium* ¹⁹⁰⁾. Es kann sich aber der Beschädigte auch eventuell dazu erbieten, und erst den Beweis in anderer Art versuchen, aber auch, um der Gefahr des Meineides zu entgehen, ganz darauf verzichten. Der

gengefetzten Beweis überhaupt wieder aufgehoben werden? in Scholz's III. und Gans', jurist. Magazin. Neue Folge. Bd. 2, S. 3, Nr. 16.

186) Martin a. a. D. §. 129, 232. Linde a. a. D. §. 313. — E. Dig. XII. 3. Cod. V. 53. de in litem iurando.

187) L. 2. §. 1. L. 4. §. 4. L. 5. §. 3. D. h. t. (12. 3.) C. 2. 5. C. h. t. (5. 53.) L. 3. §. 2. D. ad exhibendum. (10. 4.) C. 7. X. de his, quas vi metusque c. sunt. (1. 40.)

188) Bergl. aber Thibaut, System des Pandektenrechtes, §. 275, Nr. 5, §. 1166.

189) E. h. t. passim. — L. 3. §. 2. D. commodati. (13. 6.) C. 4. C. de actionibus emti venditi. (4. 49.)

190) Thibaut a. a. D. §. 1166, Note c. Linde a. a. D. §. 313, Anm. 6. — Dagegen ist der Eid nach preuß. Rechte ein subsidiärer. Allgem. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 22, §. 9 flg. Eben so hat das Appellationsgericht zu Gelle entschieden. E. v. Kölling, Entscheidungen des kurbannoverschen Oberappellationsgerichtes (Gelle 1805, 4.), Nr. 50. E. auch österr. Ger.-Ordn. §. 214—218.

Eid bindet nicht formell, daher kann der Richter unter Umständen die bereits beschworene Summe herabsetzen¹⁹¹⁾, und es kann selbst völlige Absolution des Beklagten nach erfolgtem Gegenbeweise eintreten.

Als besondere Anwendungen des Schätzungsoides hebt man noch hervor das sogen. iuramentum Zenonianum und iuramentum quantitatis. Jenes beruht auf einer Verordnung des Kaisers Zeno vom Jahre 477, und gestattet, daß beim Interdicte Unde vi der Werth der bei der Dejection verloren gegangenen Objecte durch den Eid des Klägers bestimmt werden könne, vorausgesetzt, daß sich nicht durch einen anderen Beweis dieß ermitteln lasse¹⁹²⁾. Der Grund eines besondern Gesetzes für diesen Fall lag darin, daß, da das Interdictum Unde vi nicht überall ein arbitrarium war, es zweifelhaft erscheinen konnte, ob dasselbe die Anwendbarkeit des iuramentum in litem stets gestatte. Der praktische Unterschied vom gewöhnlichen Würdungsoides besteht darin, daß das Zenonianum nur subsidiär anwendbar ist. Das sogen. iuramentum quantitatis ist ein gewöhnlicher suppletorischer Eid, welcher in subsidium zur Anwendung kommt, und darin besteht, daß der Kläger beim Mangel anderer Beweise die Quantität eidlich versichert, und daß auch bei actionibus stricti iuris davon Gebrauch gemacht werden kann¹⁹³⁾.

II. Nebeneide.

Unter einem Nebeneide ist derjenige zu verstehen, welcher nur mittelbar auf die Entscheidung des Hauptstreites Einfluß übt, oder nur Zwischenhandlungen des Processes betrifft. Unter diesen Begriff fallen sehr verschiedene Eide, welche hier einzeln zu betrachten sind.

a) Iuramentum calumniae¹⁹⁴⁾.

Der Eid gegen Gefahrde ist ein Sicherheitsoid, welcher geleistet wird, um die Besorgniß der Ehrlane (calumnia, malitia) zu beseitigen.

Das römische Recht suchte schon früh durch verschiedene Mittel (legis actio per sacramentum, sponsiones etc.) dem böswilligen Processiren zu begegnen, und führte zu dem Behufe auch einen eigenen Eid ein, den der Beklagte dem Gegner und umgekehrt auferlegen konnte, daß er nicht ex calumnia klage, oder respectiv leugne¹⁹⁵⁾. Außerdem kam auch für specielle Thatsachen ein besonderer Eid der Art vor, und es mußte derjenige, welcher den Eid vom anderen Theile forderte, selbst schwören,

191) L. 4. §. 2. 3. L. 5. §. 1. 2. D. h. t. (12. 3.) Vgl. dazu Haenel, dissensiones dominorum etc. §. 35. p. 143.

192) C. 9. C. unde vi (8. 4.), verb. die Anm. 187 cit. Stelle der Decretalen.

193) L. 5. §. 4. L. 6. D. h. t. (12. 3.) — Gegen diesen Eid erklärt sich übrigens Busch, im Archiv für civilist. Praxis, Bd. 21, S. 2, Nr. 7, 2.

194) S. Goldschmidt, Abhandlungen aus dem Civilproceß, Nr. 4. Martin, Lehrbuch, §. 312. Lunde, Lehrbuch, §. 123, und daselbst cit. Lit. — Quellen: Tit. Cod. de iureiurando propter calumniam dando. (2. 59.) Tit. X. II. 7. in VI. II. 4. de iuramento calumniae.

195) Cail, institut. comment. IV. §. 172 (vergl. §. 1. J. de poena temere litigantium. (4. 16.)) L. 44. §. 4. D. fam. ercisc. (10. 2.) (Paulus, lib. VI. ad Sabinum).

daß er nicht *ex calumnia* den Eid begehr. Im Justinianischen Rechte ist dieser Eid mit Modificationen beibehalten. Zunächst ist bestimmt, daß wer eine Thatfache leugnet, schwören soll, daß er nicht *calumniae causa* leugne¹⁹⁶); dann wurde vorgeschrieben, daß Advocaten eidlich erhärten sollen, daß sie nicht wissentlich die Vertheidigung einer schlechten Sache übernommen hätten¹⁹⁷), und allgemeiner wurde ein Calumnieneid den Parteien auferlegt, nach welchem sie schwören sollten, daß sie eine gerechte Sache zu führen überzeugt wären, und nicht calumniose handelten¹⁹⁸). Der Richter sollte *ex officio* diesen Eid den Parteien abfordern, und wenn sich Jemand weigern würde, denselben zu schwören, so solle er den Prozeß verlieren. Wegen der in besonderen Fällen zu leistenden *iuramenta calumniae* ergingen noch nähere Vorschriften¹⁹⁹). Das canonische Recht schloß sich an diese Vorschriften an, modificirte sie aber. Wie im römischen Rechte wird ein *iuramentum calumniae generale* und *speciale* unterschieden. Der generelle Eid ist *iur. calumniae* im eigentlichen Sinne, in der Anwendung auf Temporalien, und *iuramentum de veritate dicenda* für Spiritualien, da bei diesen eigentlich gar kein Eid *de calumnia* gestattet war²⁰⁰). Diesen Unterschied hob indessen Bonifacius VIII. auf²⁰¹). Der specielle Eid überhaupt heißt *iuramentum de malitia*, und kann nach der Verordnung des genannten Papstes jederzeit im Prozesse vom Richter einer Partei auferlegt werden²⁰²). Abweichend vom römischen Rechte wurde aber auch statt der von diesem geforderten persönlichen Ableistung²⁰³), das Schwören durch Stellvertreter²⁰⁴) erlaubt, wozu zum Theil das praktische Bedürfniß führte, besonders um Corporationen²⁰⁵) repräsentiren zu lassen, und dann um für Cleriker, denen früher der Eid erlassen war²⁰⁶), und von denen er später begehr wurde, Vertreter brauchen zu können. Früher war auch vorgeschrieben, daß der Eid gleich nach der *litis contestatio* geleistet werden müsse²⁰⁷), wogegen Bonifacius VIII. erklärte, daß

196) C. 1. C. h. t. (2. 59.)

197) C. 14. §. 1. C. de iudiciis. (3. 1.)

198) C. 2. C. h. t. (2. 59.)

199) Nov. 73. cap. 7. §. 3. Nov. 90. cap. 4. Nov. 112. cap. 2.

Nov. 124. cap. 1.

200) C. 2. X. h. t. (2. 7.) C. 54. §. 2. X. de electione. (1. 6.)

201) C. 1. §. 2. h. t. in VI. (2. 4.)

202) C. 2. §. 2. h. t. in VI. (2. 4.)

203) C. 2. C. h. t. (2. 59.): *Ipsae principales personae subeant iurandum.* Nov. 124. c. 1.

204) C. 3. 4. X. h. t. (2. 7.) C. 3. h. t. in VI. (2. 4.) Die letzte

Stelle fordert ein *mandatum speciale*.

205) C. 4. 6. h. t. (2. 7.)

206) Gestützt auf c. 25. §. 1. C. de episcopis (1. 3.) wurde den Geistlichen das *iuram. calumniae* erlassen. Vergl. Gesetz Heinrichs III. von 1047 bei Pertz, *monum. Germ.* vol. IV. Die Glossatoren waren darüber indessen nicht einig. S. *Vetus Collectio* §. 83; *Rogierius*, §. 86; *Hugolinus*, §. 64 (*Haenel, dissonationes dominorum*, p. 65, 118, 302). — Die spätere Erlaubniß c. 1. 5. 7. X. h. t. (2. 7.)

207) C. 14. §. 1. C. de iudiciis. (3. 1.)

auch im weiteren Verlaufe des Prozesses der Eid zulässig sei, aber überhaupt nicht als essentiell betrachtet werden, folglich auch wegbreien dürfte²⁰⁸⁾.

In Teutschland finden wir schon früh eine Art von Calumnieneid, indem der Kläger die Gewöhr seiner Klage zu geloben hatte²⁰⁹⁾. Man bezieht dieß auch später bei, modificirte aber das dabei übliche Verfahren nach dem fremden Rechte. So finden wir es schon bei Tengel und dann in der Reichsgesetzgebung. Man bediente sich sowohl des generellen als speciellen Eides²¹⁰⁾. Indessen kam der generelle Eid nach und nach außer Gebrauch, wogegen der specielle nicht nur in bestimmten vom Gesetze ausgezeichneten Fällen, wie bei Gesuchen um Fristerstreckung, bei Anwendung von Rechtsmitteln, der Eidesdelation, sondern überall, wo Verdacht der Gefährde vorhanden ist, ex officio oder auf Verlangen der Parteien auferlegt werden kann. Es schwört dann die Partei oder deren Stellvertreter. Verweigerung des Eides führt den Verlust des Prozesses oder der nach den Umständen zu erwägenden Vortheile herbei. So wie im gemeinen, ist auch in Particularrechten der Eid noch üblich²¹¹⁾. — Als eine besondere Anwendung erscheint auch das *iuramentum dandorum et respondendorum*²¹²⁾, indem bei dem articulirten Beweisverfahren beide Theile, der Fragsteller (Ponent) und der Antwortende (Ponat) sich eidlich verpflichten, der Wahrheit gemäß, ohne calumnia, zu verhandeln.

b) *Iuramentum novorum*²¹³⁾.

Indem die Gesetze eine wiederholte Würdigung eines Prozesses in mehreren Instanzen verstatten, müssen sie den Parteien auch die Mittel gewähren, welche der Fortsetzung der Sache selbst besonderen Vorschub leisten. Dazu gehört denn insbesondre das in der Appellationsinstanz zulässige sogen. *beneficium nondum deducta deducendi, nondum probata probandi*²¹⁴⁾. Schon das römische Recht erlaubt die Anführung neuer Thatfachen, wenn nur die Hauptsache dadurch nicht *res nova*

208) C. 1. pr. §. 1. h. t. in VI. (2. 4.)

209) S. sächs. Landrecht, Bb. 2, Art. 15; Bb. 3, Art. 14 (vergl. dazu die Stoffe).

210) Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 1, Tit. 65, 74; Th. 3, Tit. 13, §. 3. Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 124. J. R.-A. §. 43, 117, 118.

211) S. z. B. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 22, §. 37—45; vergl. Th. 1, Tit. 10, §. 102, 150, u. v. a. für die besonderen Anwendungen.

212) Kammerger.-Ordn. von 1555, Th. 1, Tit. 69 fig. J. R.-A. §. 41. — K. W. Meyer, vom *iuramentum dandorum et respondendorum*. Göttingen 1780.

213) Als eine Art von *iuramentum calumniae speciale* sehen diesen Eid an G. L. Böhrer, *principia iuris can.* §. 840. Martin, *Lehrbuch des Civilprozesses*, §. 292, Note h.

214) Nicht ohne Grund wird daher die Ansicht zurückgewiesen, als ob dies *Beneficium* als eigentliche Wirkung der Appellation zu betrachten sei. S. oben Bb. 1, S. 384, Anm. 175. Außer der dort cit. Lit. vergl. man Gesterding, *neuer und besserer Beweis in der Appellationsinstanz*; in der *Ausbeute von Nachforschungen*, Bb. 5, §. 2, S. 258 fig.

wird ²¹⁵). Das canonische Recht folgt demselben Princip ²¹⁶), das auch in der Reichsgesetzgebung anerkannt ist ²¹⁷). Nach dem gemeinen deutschen Rechte besteht aber für die Parteien eine Beschränkung durch Präclusivfristen für die ganze Beweisführung. Es wird daher die Ueberzeugung für den Richter nothwendig, daß die Partei nicht als nova bringe, was sie schon früher kannte und zu benutzen verpflichtet war. In dem Ende leistet der Producent das iuramentum novorum, „daß er seines angegebenen neuen An- und Vorbringens in erster Instanz nicht Wissenschaft gehabt, oder solches dormalen nicht einbringen können, oder einzubringen nicht für dienlich oder nöthig geachtet, nunmehr aber davor halte, daß solches Alles zur Erhaltung seines Rechts dienlich und nothwendig sei“ ²¹⁸). Diese Clausel macht den Eid eigentlich unwirksam, und so ist er vielfach abgeschafft worden ²¹⁹). Da, wo materielle Wahrheit erstrebt wird, wie im Criminalprozeß, ist der Eid überhaupt nicht statthaft ²²⁰). Da der preussische Prozeß in Civilsachen eine gleiche Tendenz verfolgt, ist ihm dieser Eid auch unbekannt ²²¹).

Nach gemeinem Rechte ist dieser Eid auch erforderlich, wenn man wegen nova gegen ein rechtskräftiges Urtheil in integrum restituit sein will (sogen. Restitutionseid). Nach Gemeinbescheid vom 7. Juli 1669 und 7. Juli 1671 sollen Advocaten und Procuratoren deshalb schwören, „daß weder sie oder ihre Principalen vor solchem neuen Einbringen vorher einige Wissenschaft gehabt oder selbiges zu der Sache dienlich zu sein nicht vermeynet“ ²²²).

c) Iuramentum testium.

Zum Begriffe eines Zeugen im rechtlichen Sinne gehört dessen Ver eidigung, welche jedoch erst erfolgen kann, wenn die Glaubwürdigkeit des Aus sagenden nicht mehr zweifelhaft ist. Dieß geschieht sowohl in Civil-, als Criminalsachen. Der Eid selbst ist aber entweder ein promissorischer oder ein assertorischer, je nachdem vor oder nach der Aussage die Vereidigung erfolgt. Nach gemeinem Rechte ist die vorhergehende Abnahme

215) C. 6. §. 1. 2. c. 37. C. de appellationibus. (7. 62.) C. 4. C. de temporib. appellat. (7. 63.) C. 2. in fin. C. sententiam rescindi non posse. (7. 50.)

216) C. 10. in fin. X. de fide instrumentorum. (2. 22.) Clem. 2. de testibus. (II. 8.) Clem. 5. de appellat. (2. 12.) S. Anm. 218.

217) Kammerger.-Ordn. von 1555, Th. 3, Tit. 33. J. R.-X. §. 73, 74, 118 u. a. m.

218) Dies gilt vom Appellanten und Appellaten in gleicher Art (s. vor. Anm. cit.). Uebrigens kennt schon das canonische Recht einen ähnlichen Eid. C. 4. de electione in VI. (1. 6.) (Gregor. X. a. 1274).

219) S. wegen der Praxis die Cit. bei Einde, §. 405, Anm. 13. Dagegen erklärt sich auch besonders Baper, Betrachtungen über den Eid, S. 28, 29.

220) S. oben Bb. 1, S. 416, 417.

221) S. allg. Ger.-Ordn., Einleit. §. 58—60, Th. 1, Tit. 5, §. 22; Tit. 10, §. 5a; Tit. 14, §. 19, 41, Anhang §. 116.

222) S. Einde a. a. D. §. 424, Anm. 17. S. Baper, über den Eid a. a. D. S. 29, 30.

des Eides vorgeschrieben²²³), während Particularrechte die nachfolgende²²⁴) bestimmt haben²²⁵). In manchen Fällen unterbleibt übrigens die Vertheidigung der Zeugen, bald wegen öffentlicher Rücksichten, bald in Folge des Verzichtes der Parteien²²⁶). — Gleiche Grundsätze treten den Umständen nach auch bei der Zuziehung und Vertheidigung von Sachverständigen ein²²⁷).

d) *Iuramentum editionis* ²²⁸).

Wenn Jemand sich beim Beweise im Prozesse einer Urkunde zu bedienen wünscht, und die Mittheilung (Edition) derselben von einer Person aus rechtlichen Gründen verlangt, diese aber die Herausgabe versagt, weil sie entweder den Besitz des Documentes leugnet, oder nicht ohne eigenen Nachtheil dasselbe ediren zu können behauptet²²⁹), so darf ein entsprechender Eid (Editionseid) zur Begründung der Behauptung gefordert werden. Die Grundsätze im Einzelnen beruhen hier theils auf dem gemeinen Rechte, theils auf der Praxis, theils auf particularen Vorschriften. Demnach kann der Eid geleistet werden von einer der Parteien dahin, „daß sie das Document nicht besitze, nicht wisse, wo es sich befinde, und nicht dolose über Seite gebracht habe u. s. w.“²³⁰). Wird von einem Dritten die Edition verlangt²³¹), so kann dieser vom Fordernden sich ein *iuramentum calumniae* leisten lassen, dann aber auch den in *Concreto* geeigneten Eid nicht versagen²³²). Noch ist hier zu bemerken, daß, da der Beweis des Unterganges der Urkunde durch den *dolus* des Gegners den Inhalt der Urkunde nach gemeinem Rechte ersetzt²³³), hierbei particularrechtlich dem Producenten der Eid gestattet

223) C. 9. C. de testibus (4. 20.) — prius, quam perhibeant testimonium). — C. 5. 17. 47. 51. X. de testibus. (2. 20.) — R. G. D. von 1555, Th. 1, Zit. 77.

224) So die allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Th. 10, §. 201, 202. Crim.-Ordn. §. 317.

225) Ueber den Vorzug der einen vor der anderen Weise s. m. die bei Einde a. a. D. §. 261, Anm. 2 cit. Literatur.

226) Das Einzelne s. m. in den einschlagenden Artikeln; vergl. indessen Martin, Lehrbuch, §. 200; Einde a. a. D. und des Beispiels wegen allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Zit. 10, §. 203.

227) C. c. 6. §. 1. C. de secundis nuptiis. (5. 9.) Nov. 7. cap. 3. §. 2. R. G. D. von 1555, Th. 1, Zit. 85. Vergl. auch Martin, §. 218, Anm. f; Einde, §. 297, Anm. 4.

228) S. Goldschmidt, Prüfung der Gesetze und Behauptungen über den Editionseid; in seinen Abhandlungen aus dem Civilprozeße, Nr. 7. Martin a. a. D. §. 317. Einde a. a. D. §. 280.

229) Von beiden Fällen spricht c. 21. 22. C. de fide instrumentorum. (4. 21.)

230) S. z. B. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Zit. 10, §. 94—97.

231) Da die c. 22. C. cit. (4. 21.) eine *lex restituta* ist, so wird die Editionspflicht eines solchen nur unter Beschränkungen der übrigen Gesetze meistens angenommen (s. Anm. 228 cit.), in Particularrechten aber erweitert. S. z. B. allg. Ger.-Ordn. a. a. D. §. 101 flg.

232) S. Eidesformular in der allg. Ger.-Ordn. a. a. D. §. 103, 104.

233) S. c. 20. C. de probationibus (4. 19.) L. 2. §. 1. D. de iur. fisci. (49. 14.)

ist ²³⁴). Wegen des Specielleren muß hierbei auf den Artikel Urkunden und Urkundenbeweis verwiesen werden, was in gleicher Art auch von dem nun zu erwähnenden Eide gilt.

d) Iuramentum diffessionis ²³⁵).

Der Diffessionseid besteht in dem eidlichen Ableugnen der Echtheit einer Privaturkunde, welche von einer Person selbst oder deren Autor, so wie nach der Ansicht Mancher auch von Dritten ²³⁶) herrührt. Ueber die Natur dieses Eides, und deshalb über einzelne dabel geltende Grundsätze ist man nicht einig. Manche sehen ihn für ein iuramentum delatum an ²³⁷), Andere für ein necessarium, und zwar ein purgatorium ²³⁸) oder ein iuramentum calumniae ²³⁹). Es ist der Diffessionseid vielmehr ein Ueberbleibsel des alten teutschen Vertheidigungseides ²⁴⁰), wonach der Beklagte sich durch eidliche Reinigung von der Klage befreien konnte. Dieses Recht hatte der Beklagte überall, wo nicht das Zeugniß des Richters und der Schöffen ihm entgegenstand, weshalb bei öffentlichen Documenten das Diffittiren nicht gestattet werden konnte ²⁴¹). Durch den sächsischen Prozeß wurde dieser Eid weiter ausgebildet und dann allgemeiner anerkannt. —

Der Beklagte (Product) schwört den Eid in Folge richterlichen Auftrages, der aber durch den Producenten veranlaßt werden kann ²⁴²). Jedensfalls ist die Einstimmung des letzteren nöthig, denn er kann durch Uebernahme des Beweises der Echtheit der Urkunde den Diffessionseid überhaupt vermeiden. Der Product aber, dem der Eid zuerkannt ist, und der ohne Consens des Producenten den Eid nicht zurückschieben kann ²⁴³), muß schwören, oder die Urkunde wird zu seinem Nachtheile für echt an-

234) *J. B. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 120.*

235) *E. Sengbusch, diss. de indole iuramenti diffessionis. Götting. 1801. — Piper, de vera iuram. diffessa, indole. Jenae 1806. Zimmermann, de iuramento diffess. Heidelberg 1817, 8. (in teutscher Uebersetzung in Barth, Sammlung auserlesener Dissertationen, Bb. 1 [Augsburg 1835, 8.], Nr. 4). — Goldschmidt, Abhandlungen aus dem Civilprozeße, Nr. 8. Ueber den Diffessionseid, und ob er überhaupt in den Gesetzen gegründet sei? u. m. a. bei Martin a. a. D. §. 186, Note v; §. 207, Note e; §. 214, Note d. Linde a. a. D. §. 288. Mühlentbruch, Entwurf des Civilprozeßes, §. 406.*

236) *E. Martin a. a. D. §. 213, Note d. Dagegen Linde a. a. D. §. 288, Note 1 cit. lit. Nach preuß. Rechte kommen Urkunden Dritter nicht in Betracht; allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 133, 134, 137, 138, 140.*

237) *So Thibaut, System des Pandektenrechtes, §. 1181, der ihn für einen stillschweigend zugeschobenen erklärt.*

238) *Indem die Präsomtion der Echtheit zerstört wird. So weist die älteren Prozeßualisten, cit. bei Linde a. a. D. Anm. 4.*

239) *Wie Martin a. a. D. (Anm. 236). E. auch Eichhorn (folg. Anm. cit.), Note f.*

240) *Eichhorn, teutsche Staats- u. Rechtsgesch., Bb. 3, §. 461, Note e. Goldschmidt a. a. D. §. 5, 6.*

241) *Vergl. die Belege bei Eichhorn a. a. D. Bb. 2, §. 382, u. a.*

242) *Daß wegen der Verhandlungsmaxime dies stets geschehen und der Richter nicht ex officio den Eid auferlegen könne, nimmt Linde a. a. D. (f. Anm. 6 daselbst) an.*

243) *E. aber Thibaut a. a. D.*

genommen. Dem Producenten steht es aber auch später noch frei, die Echtheit der diffinitiven Urkunde zu beweisen²⁴⁴).

f) *Iuramentum perhorrescentiae* ²⁴⁵).

Ein an sich fähiger Richter kann unter Umständen als verdächtig recusirt, der Verdacht selbst muß rechtlich begründet werden. Das römische Recht sucht in verschiedener Weise zu bewirken, daß kein *index suspectus* entscheide, überläßt aber dann in *Concreto* den Parteien ante litem inchoatam (i. e. contestatam) *iudices delegati*, und zwar ohne Anführung von Gründen zu recusiren²⁴⁶, worauf *arbitri* in die Stelle der *iudices* treten, welche aber mit der Befugniß wahrer Richter entscheiden. Das canonische Recht weicht davon ab, indem es die Anführung von Gründen (*causa legitima iustae suspicionis*) im Falle einer Recusation fordert und deren Prüfung dem Bischofe oder den *arbitri* überweist, worauf nach Umständen ein anderer Richter eintritt²⁴⁷. Die Recusation wurde hierauf auch immer gestattet, jedoch mit abweichenden Bestimmungen in Folge der Praxis der Civilisten und Canonisten²⁴⁸. Jene erklärten sie für zulässig, ohne Anführung von Gründen, und verlangten nur die Leistung eines *iuramentum calumniae speciale*, diese aber begehrten wirkliche Gründe. Die gemeinrechtliche Praxis ist eben darum auch nicht verschieden. Manche Schriftsteller gestatten schlechthin den Eid, um einen der Partei verdächtigen Richter zu recusiren (*iuramentum perhorrescentiae, iuratio*)²⁴⁹. Andere dagegen sehen diesen Eid nicht als einen selbstständigen Verwerfungsgrund, sondern nur als zur Bescheinigung dienend, statt des Beweises bestimmter angeführter Gründe²⁵⁰, wieder Andere als ein *iuram. suppletorium* an, und fordern den Beweis des Verdachtes, den sie eidlich ergänzen lassen, wenn die Gründe des Recusirenden nicht hinlänglich sonst festgestellt werden können²⁵¹). Noch An-

244) Dagegen Mühlenbruch a. a. D.

245) Vergl. besonders Cropp, über die Bedingungen der Recusation eines Richters und über das Verfahren dabei, in Heise und Cropp, juristische Abhandlungen, Bb. 2 (Hamburg 1830, 8.), Nr. 1. Die sogen. 2. Ausgabe von Log, civilist. Abhandlungen (Koburg und Leipzig 1832, 8.), worin Nr. 2. „Ueber die Recusation eines Richters und die Zulässigkeit des Verwerfungseides,“ ist nur die mit neuem Titelblatt ausgegebene erste Auflage von 1819. — Sixt, Friedr. Kapff, diss. inaug. de natura iuramenti perhorrescentiae. Tübing. 1838, 8. (damit verb. man die gründliche, wenn gleich kurze, Beurtheilung in Richter und Schneider, krit. Jahrb. für teutsche Rechtswissensch., 1839, Bb. 5, S. 270).

246) *Liceat ei, qui suspectum iudicem putat, eum recusare.* C. 16. 18. C. de iudiciis. (3. 1.)

247) C. 61. X. de appellationibus. (2. 21.) C. 4. de officio et potestate iudicis de leg. in VI. (1. 14.)

248) Das Einzelne gehört in den Artikel Richter u. a. m. Inzwischen f. m. Gloffe zu c. 16. C. cit. (3. 1.). Hugolinus, de dissensionibus dominorum, §. 114—117 (Haenel, dissensiones cit. p. 344 sq.).

249) So z. B. Thibaut, System ic., §. 1259. S. auch Gesterding, im Archiv für civilist. Praxis, Bb. 4, Nr. 13, und Ausbeute von Nachforschungen, Bb. 1, Nr. 4.

250) S. Martin, Lehrbuch, §. 59, Note i.

251) S. Cropp, oben cit. Einde, §. 8'

bere wollen den Eid gar nicht zulassen, und fordern sonstigen Beweis²⁵²). Hiernach ist die Praxis und Gesetzgebung selbst abweichend. Meist wird angenommen, der Eid trete an die Stelle des Beweises der Recusationsgründe²⁵³).

g) *Iuramentum paupertatis*²⁵⁴).

Die Gerichtspflege kann nicht zu Gunsten eines Einzelnen unentgeltlich sein. Wo aber die Nothwendigkeit vorhanden ist, wird Sportelfreiheit gerechtfertigt. Das gemeine und particulare Recht gesteht die Armen zu, d. h. hier solchen, die nicht so viel besitzen oder erwerben, daß ihnen nach Abzug des nothdürftigen Unterhaltes etwas zur Bestreitung der Prozeßkosten übrig bleibt. Dieses muß nun derjenige, welcher auf dies Beneficium Anspruch machen will, beweisen, oder wenn dies nicht thunlich ist, beschwören. Der Armeneid ist gemischter Natur, assertorisch und zugleich promissorisch, indem der Arme sich verpflichtet, später, wenn sich seine Umstände gebessert haben sollten, die Kosten zu erstatten²⁵⁵).

h) *Iuramentum cautionis*²⁵⁶).

Das eidliche Angelohniß als Sicherheitsbestellung, juratorische Caution, ist ein Mittel, welches angewendet wird, wenn es an anderen geeigneten Objecten, besonders Pfand und Bürgen, fehlt. In besonderer Anwendung erscheint dieser Eid bei der Caution wegen Erstattung der Prozeßkosten (*iuramentum expensarum*)²⁵⁷), und findet sich noch oft in Particularrechten anerkannt²⁵⁸).

i) *Iuramentum manifestationis*²⁵⁹).

Manifestations- oder Offenbarungseid ist die eidliche Anzeige über das Vorhandensein von Vermögensobjecten, zugleich mit dem Versprechen nachträglicher Meldung, wenn etwas übersehen sein sollte. Dieser Eid kann in sehr verschiedener Weise zur Anwendung kommen,

252) Cropp a. a. D.

253) So in Hannover, s. v. Rilling, Entscheidungen des Kurhannoverschen Oberappellationsgerichtes zu Celle (Celle 1805, 4.), Nr. 91. S. auch die Entscheidung des Oberappellationsgerichtes zu Jena, in Adolph Martin, Jahrb. der Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen, Bd. 2 (Neustadt a. d. D. 1830, 8.), S. 323 flg. — unzulässig ist der Eid nach der preuß. allgem. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 2, §. 143 a. G.

254) S. Linde, Lehrbuch, §. 120, Anm. 12. Albrecht, über den Armeneid im gemeinen Civilprozeß; in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 11, S. 1, Nr. 3. Vergl. den Art. Armenrecht, Bd. 1, S. 440 flg.

255) Die hierher gehörigen Gesetze weist Albrecht a. a. D. nach. S. auch preuß. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 23, §. 30 flg., §. 41.

256) S. Linde, Lehrbuch, §. 122, Anm. 6. S. den Art. Caution, Bd. 1, S. 610, 611.

257) S. Martin, Lehrbuch, §. 232, Anm. a. Linde a. a. D. §. 119, Anm. 13, §. 313, Anm. 15. Vergl. oben Bd. 1, S. 616—618.

258) S. §. B. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 21, §. 11—13. Hier leistet der Kläger den Eid, „daß er alles angewendeten Fleißes ungeschadet, die ihm auferlegte Caution durch Bürgen oder Pfänder nicht bestellen könne, und daß er dem Gegentheile, falls er denselben die Kosten zu erstatten verurtheilt werden sollte, dieselben nach seinem besten Vermögen redlich bezahlen wolle.“

259) F. C. Rüdiger, Versuch einer vollständigen Entwicklung der Lehre vom Manifestationseide. Leipzig 1831, 8.

und fällt demnach bald in die Kategorie eines befehlten oder nothwendigen Eides u. s. w., worüber Particularrechte Genaueres festzusetzen pflegen²⁶⁰). Die wichtigsten Anwendungen sind bei der Verwaltung fremder Güter, indem von den Administratoren die Richtigkeit der Inventarien, Rechnungen u. s. w. bezeugt werden muß, wenn dazu Veranlassung vorhanden ist; desgleichen bei Erbschaftsverhältnissen, indem von solchen, die sich zur Zeit des Todes im Hause des Erblassers befanden oder die zum Besitze der Erbschaft gelangten u. s. w.; auf Verlangen der Miterben, Creditoren u. A. der Eid geleistet werden muß²⁶¹); dann ganz besonders beim Concurs, indem bei Gelegenheit der Inventur von dem Gemeinschuldner und dessen Angehörigen der Eid gefordert wird, so wie von demjenigen, welcher zur *cessio bonorum* zugelassen sein will u. a.²⁶²)

Nachdem bisher die in Civilprozessen üblichen Eide betrachtet worden sind, müssen noch die in Criminalsachen vorkommenden beleuchtet werden.

B. Eide in Criminalsachen²⁶³).

Die Anwendbarkeit des Eides in Angelegenheiten des Strafrechtes kann nach der Natur des Eides einerseits und der Bedeutung des Criminalrechtes andererseits immer nur eine sehr beschränkte sein. Anerkannt ist er als Sicherheitsmittel, ähnlich wie bei Civilsachen (s. Anm. 256—258), jedoch nur bei geringem Verdachte der Flucht, wo selbst wohl das durch Handschlag bestärkte Angeldbniß hinreicht, oder bei geringen Vergehen²⁶⁴). Auch gehört die Urfehde hierher, als der Eid eines aus der Haft entlassenen Verbrechers, welcher geloben mußte, nicht Rache zu nehmen (*urphoda de non ulciscendo*) und, wenn er des Landes verwiesen war, nicht zurückkehren zu wollen (*urphoda de*

260) Martin a. a. D. §. 270, Note k. Eide a. a. D. §. 374, Anm. 7. — Ueber das preuß. Recht s. m. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 22, §. 28 flg., und wegen verschiedener Anwendungen das Register zur allg. G.-D. s. h. v. Ueber das badische Recht s. m. Hohnhorst, Jahrbücher des Oberhofgerichtes zu Mannheim. Neue Folge, 1833, S. 85 flg. Beck, Merk u. A., Annalen der großherz. badischen Gerichte, 1833, S. 193 flg. Ueber Bayern, nach der Gerichtsordnung von 1753, s. Zeitschrift für Theorie und Praxis des bayerischen Rechtes, Bd. 1, S. 2, S. 178 flg. u. a. m. — Oesterreich. Ger.-Ordn. §. 219, 220.

261) S. Gbner, auserlesene Rechtsfälle, Bd. 1 (Landshut 1801, 8.), S. 356. v. Schirach, Beiträge zur Anwendung des Rechtes u. s. w. (Hamburg 1822, 8.), Abh. 29.

262) S. deshalb oben den Art. *beneficium eurationis*, Bd. 1, S. 899 flg.; Concurs u. a.

263) S. Pfeiffer, über die Anwendung von Haupteiden im gem. teutschen Criminalproceß; im neuen Archiv des Criminalrechtes, Bd. 14, S. 1 u. 2. Mittermayer, die Lehre vom Beweise im teutschen Strafproceß, S. 66—68. Darmstadt 1834, 8. Bauer, Lehrbuch des Strafproceßes (Göttingen 1835, 8.), §. 153—158, u. die daselbst cit. Lit. S. auch oben den Art. Beweis in Strafsachen, Bd. 1, S. 170 flg.

264) S. oben den Art. *Cautio*, Bd. 2, S. 609, 611. Bauer (vor. Anm. cit.), §. 74, Anm. c.

non redeundo). Sie ist jedoch fast allgemein abgeschafft worden²⁶⁵). Der Zeugeneid (s. oben Anm. 223 fig.) ist üblich. Am wichtigsten ist der Eid als Beweismittel und gerade in dieser Beziehung ist er für das Criminalrecht fast durchaus bedeutungslos. So lange das Strafrecht noch auf dem Standpunkte des Privatrechtes sich befand, und demgemäß der Accusationsprozeß die Regel bildete, also auch Verzicht möglich war, konnte dem Gebrauche des Eides nichts entgegen stehen. Das römische Recht gestattete daher den Eid bei Pönalklagen (s. oben Anm. 147, 148), weshalb auch später in *causis pecuniariis*, bei fiscalischen Geldstrafen u. s. w. der Gebrauch des Eides öfter vertheidigt worden ist²⁶⁶). Mit Recht ist aber erinnert worden, daß dies auf dem Wege des Criminalprozesses nicht zulässig sei, und die Statthaftigkeit davon abhängt, daß nach dem bestehenden Landesrechte ein civilrechtliches Verfahren dabei üblich ist²⁶⁷).

Nach dem Princip, daß in *causis publicis* Eidedelationen nicht erlaubt seien, behaupteten auch die meisten Glossatoren schon, daß ein *iuramentum calumniae* in *causis criminalibus* nicht gefordert werden dürfe. Doch vertheidigte Martinus besonders gegen Vulgarus das Gegentheil²⁶⁸), und allgemeiner billigte selbst Guilielm. Durandus die Eidedelation²⁶⁹). Die gemeinrechtliche Praxis hat dies aber niemals anerkannt. Zu erwägen bleibt nur noch der nothwendige Eid, in seiner dreifachen Gestalt, als *suppletorium* und *purgatorium* (s. oben Anm. 179 fig.).

Der Reinigungs Eid²⁷⁰).

Reinigungs Eid ist die eidliche Versicherung eines Angeschuldigten, daß er ein gewisses Verbrechen nicht begangen habe, oder daß eine gewisse ihm aufgebürdete Thatsache nicht wahr sei.

Es kann nicht wohl gezeugnet werden, daß bei den Römern eine Befreiung von einer Schuld durch Eid möglich gewesen sei²⁷¹), doch ist

265) S. Feuerbach, Lehrbuch des Criminalrechtes, §. 199. Martin, Lehrbuch des Criminalprozesses, §. 148. In Preußen abgeschafft durch Rescript vom 18. April 1796, später aber bei entlassenen Festungsgesangenen wieder eingeführt.

266) S. C. A. Müller, de iuramenti delatione in *causis fac. pecun.* Rostoch. 1708.

267) S. Peffter, im neuen Archiv des Criminalrechtes, Bd. 14, S. 1, Nr. 2, Abschn. 3.

268) S. *Vetus Collectio de dissensionibus dominorum*, §. 16. Rogorius, §. 42. Hugolinus, §. 65, 66. (Haenel, *diss. dominor.*, p. 18, 101, 303, 305, vergl. p. 596).

269) *Speculum lib. II. tit. II.*

270) Wiener, Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses (Leipzig 1827, 8.), S. 22 fig. Abegg, Beiträge zur Geschichte des Beweisverfahrens im Strafprozesse, insbesondere zur Geschichte und Kritik des Reinigungs Eides; in seinen historisch-praktischen Erörterungen u. s. w., Th. 1 (Berlin 1833, 8.), Nr. 1. Bauer und Rittermaier a. a. D. — Der Reinigungs Eid im Criminalprozesse von v. Wied, im Archiv des Criminalrechtes. N. F. 1840, S. 3, Nr. 13, S. 342 fig.

271) S. 3. B. L. 5. §. 8. D. de iniuriis (47. 10.): *Hac lege (sc.*

der befalls angewendete Eid sowohl objectiv, als formell von dem strafrechtlichen Reinigungsseide durchaus verschieden²⁷²). Die Grundlage desselben ist vielmehr die altgermanische Sitte, nach welcher ein Angeschuldigter sich durch seinen Eid reinigte, indem zugleich Gehilfen (coniuratores, consacramentales, compurgatores) aus der Zahl der Verwandten und Freunde, der Gildengenossen mitschwörend die Echtheit des Eides bezeugten²⁷³). Diese Zeugen sind zur Unterstützung ihrer Partei in der Fehde verpflichtet, und helfen beim Gerichte, das an die Stelle der Fehde getreten ist. Diesen Gebrauch erkannte die Kirche an, und zwar zuerst bei Laien, dann auch bei Geistlichen, indem sie den Angeklagten sich durch den Eid von dem Verdachte des bezüchtigten Vergehens befreien ließ. Als ein praktisch = wichtiges Institut wurde es auch von Gratian berücksichtigt²⁷⁴). Während nach älterem teutschem Rechte und den in der Kirche anerkannten Grundsätzen dieser Eid vom Angeschuldigten gefordert werden konnte, um sich zu reinigen, ausgenommen wenn der Kläger mit Consacramentalen den Beweis führte, oder der Beklagte nicht ehrenwerth war²⁷⁵), ließ Innocenz III. bei der Einführung des Inquisitionsprozesses diesen Eid als einen subsidiären durch den Richter auferlegen, wenn ein Ankläger nicht vollständig beweisen konnte, oder bei der Inquisition auf infamia nichts fest constatirt wurde²⁷⁶).

Der bisherige altgermanische Eid ging nun unter, und die Consacramentalen konnten auch wegfallen²⁷⁷), da stets vor der Zulassung zum Eide eine Prüfung der Zulässigkeit Seitens des Richters erfolgen mußte, und es blieb nur der subsidiäre canonische Reinigungsseid praktisch. Diesen selbst deutete man nun verschieden, indem man ihn bald als ein medium eruendae veritatis, gewissermaßen als eine geistige Tortur ansah²⁷⁸), und als der Ehre nachtheilig betrachtete, bald mehr nach den Grundsätzen des Civilprozesses angewendet wissen wollte. Er wurde nun überhaupt seltener angewendet und vielfach ganz abgeschafft²⁷⁹), ausdrücklich wie in Preußen (Crim.-Ordn. §. 392), Baden (Eidesordnung §. 21),

Cornelia) permittitur actori iusiurandum deferre, ut reus iuret, iniuriam se non fecisse. Vgl. L. 6. §. 4. D. de his, qui notantur infamia (3. 4.) u. a.

272) S. Xbegg a. a. D. S. 14 flg.

273) S. oben Anm. 123. Vergl. Literatur bei Mittermaier a. a. D. S. 482.

274) S. Can. II. qu. V. S. auch Tit. X. II. 34. de purgatione canonica. Wiener a. a. D. Xbegg a. a. D. S. 32 flg.

275) Dann traten Ordballen ein, eine purgatio vulgaris. S. Tit. X. V. 35. Vergl. Xbegg a. a. D. S. 38 flg.

276) C. 17. 19. 21. X. de accusat. (5. 1.) C. 10. X. de purgat. canonica. (5. 34.) Vgl. Wiener, S. 27.

277) Gedacht wird ihrer noch in der Kammergerichtsordn. von 1555, Th. 2, Tit. 10, §. 1, so wie im Concept der Kammergerichtsordn. v. 1613, Th. 2, Tit. 11, §. 4.

278) S. Carpzov, practica rer. crim. P. III. qu. 116. S. Xbegg a. a. D. S. 115 flg., S. 127.

279) S. J. C. Althof, über die Verwerflichkeit des Reinigungsseides in Strafsachen, nebst erläuternden Criminalfällen. Rinteln 1835, 8. Vergl. Mittermaier a. a. D. S. 485, 486.

oder stillschweigend, wie in Oesterreich, Bayern u. a. m. Da, wo der Eid noch praktisch ist ²⁸⁰⁾, treten im Allgemeinen folgende Bestimmungen ein.

Objectiv wird ein solches Verbrechen vorausgesetzt, bei welchem keine schwere Strafe eintritt, da die Beforgniß vorhanden ist, daß um einer solchen zu entgehen, der Schuldige sich eher entschließen wird, den Eid zu leisten. Indessen wird doch öfter kein Verbrechen ausgenommen, wenn nur nach der Persönlichkeit des Schwörenden kein Meineid zu befürchten ist ²⁸¹⁾. Diese subjective Rücksicht ist aber überhaupt entscheidend, und die Unbescholtenheit des Inculpaten sollte immer über die Zulässigkeit des Eides schlechthin den Ausschlag geben. Rücksichtlich des Beweises, der durch den Eid supplirt werden soll, ist vorauszusetzen, daß derselbe schon bis zu einem gewissen Grade geführt worden, und daß es an anderen Mitteln fehle, sich volle Ueberzeugung zu verschaffen. Schwache Verdachtsgründe reichen nicht hin, den Eid zu fordern, und dringender Verdacht, bei welchem die Unschuld sehr unwahrscheinlich ist, würde gegen die Zulassung zum Eide sprechen. Es muß daher der Thatbestand schon in gewisser Weise feststehen und ein erheblicher Verdacht gegen den Inculpaten vorhanden sein. In der Praxis wird gewöhnlich halber Freisprechung des Beklagten, nicht bloße Absolution von der Instanz ²⁸²⁾, wobei aber nach dem Princip strafrechtlicher Urtheile überhaupt eine Wiederaufnahme der Untersuchung, wenn sich Gründe dazu finden, nicht ausgeschlossen sein kann. Weigert der zum Eide Aufgeforderte die Leistung, so wächst der Verdacht gegen ihn, ohne daß aber ein Anerkenntniß der Schuld selbst angenommen werden darf, was mit dem Princip des Criminalrechtes bezüglich materieller, nicht formeller Wahrheit, unvereinbar sein würde. Da Verzicht im Strafprozeße nicht stattfinden soll, ist es auch nicht zu billigen, wenn einzelne Gesetze in der Ablehnung des Eides ein wirkliches Bekenntniß finden und Strafe eintreten lassen, wenn dies auch nur bei geringen Vergehen der Fall ist.

In Beziehung auf Form, Abnahme des Eides u. s. w. treten die allgemeinen Regeln ein. Wegen der Eidesformel ist aber mit Recht angenommen, daß man sich auf das Factum zu beschränken habe, und daß in dem Urtheile auf Leistung nicht zugleich der Erfolg bedingter Weise, wie in Civilsachen (s. oben), zu bezeichnen sei. — An und für sich kann das Schwören des Reinigungseides die bürgerliche gemeine oder Standesehre nicht afficiren und den Verlust eines Amtes nicht nach sich ziehen, wenn nicht etwa derselbe darum eintritt, weil nach Statuten oder Gesetzen eine in Untersuchung gewesene Person überhaupt dieses oder jenes Amt nicht bekleiden kann ²⁸³⁾. — Noch kommt hier in Betracht

280) S. v. Biedl a. a. D. S. 846 flg., 857 flg.

281) S. Heffter, Lehrbuch des Criminalrechtes, §. 639, Anm. 2, 3, und *ibid.* cit. lit.

282) S. Rittermaier a. a. D. §. 68, Nr. 6.

283) S. Bauer a. a. D. §. 157, Anm. a.

der Erfüllungseid ²⁸⁴).

Der Erfüllungseid oder Ergänzungseid in Criminalsachen ist von Seiten des Anklägers ganz unstatthaft. Man kann sich deshalb schon auf das römische Recht beziehen, welches vom Accusator überzeugende materielle Beweismittel fordert ²⁸⁵). Wirklich anerkannt ist auch dieser Eid nirgends. — Anders scheint es dagegen mit dem Ergänzungseide des Angeklagten, insofern dieser eine nicht vollständig bewiesene Entschuldigung durch den Eid zur Ueberzeugung erhebt, und daher dieser Eid nach der Analogie des Reinigungseides für anwendbar, eben darum aber auch, wo dieser abgeschafft ist, selbst mit für aufgehoben erklärt wird. Demgemäß ist er auch in der Praxis anerkannt, wird indessen doch von einzelnen Criminalisten überhaupt verworfen ²⁸⁶). Die Voraussetzungen für den wirklichen Gebrauch des Eides sind nach der Analogie des Reinigungseides persönliche Glaubwürdigkeit des Angeklagten und ein nicht genügender Beweis der zur Entschuldigung dienenden Thatsache, nach der Praxis öfters wenigstens halber Beweis. Durch Leistung des Eides wird der Beweis supplirt, durch Verweigerung des Eides aber geschwächt.

Zum Schlusse unserer Darstellung erwähnen wir noch die wichtigeren

C. Außergerichtlichen Eide.

Die außergerichtlichen Eide sind theils promissorisch, theils assertorisch. Zu jenen gehören die verschiedenen Amtes- und Diensteide, welche sich nach der Beschaffenheit des einzelnen Amtes selbst abweichend gestalten. Es muß deshalb hier auf die besonderen Artikel im Rechtslexikon hingewiesen werden. Man sehe deshalb schon oben Anm. 117, und vergl. z. B. den Art. Beamte, Bd. 1, S. 744; Bischof, Bd. 2, S. 222, u. a. m. Wegen der eidlichen Verpflichtung auf die Symbole u. s. w. ist ebenfalls im Art. Kirchenbeamte, Ordination u. s. w. das Erforderliche auszuführen. Promissorische außergerichtliche Eide sind auch beim Abschlusse der Ehe, bei der Taufe (durch die Pöthen), der Confirmation u. s. w. im Gebrauche.

Zu den außergerichtlichen assertorischen Eiden gehört das iuramentum simoniae derer, die zu kirchlichen Stellen befördert werden (s. Art. Kirchenbeamte u. a.), der Ledigeid (iuramentum coelibatus, integritatis, de statu libero), von solchen, die eine Ehe eingehen wollen, dann geleistet, wenn sie nicht in anderer Weise ihren Ledigstand zu beweisen vermögen, was bei Fremden oder auch wohl bei solchen, die eine zweite Ehe abschließen, unter Umständen nöthig werden kann. Hier wird ein Handgelöbniß meistens für hinreichend erachtet werden dürfen.

D. F. Jacobson.

Eigenthum, s. am Schlusse des E.

284) Bauer a. a. D. §. 158, und cit. lit.

285) C. ult. C. de probationibus. (4. 19.)

286) So besonders von Rittermaier a. a. D. §. 66.

Einkindschaft, Einsetzung zum rechten Vater oder zur rechten Mutter, unio prolium. — Ging der Mann in der alten Zeit eine zweite Ehe ein, und erzeugte er in dieser ebenfalls Kinder, so waren die Kinder beider Ehen, hinsichtlich des Rechtes auf Alimentation und Ausstattung aus dem ehelichen Vermögen, so wie hinsichtlich des Erbrechtes an demselben einander völlig gleich, weil sie Kinder eines Vaters waren, und die Verschiedenheit der Mutter keine Verschiedenheit in jener Hinsicht bewirken konnte. Es bestand sonach unter den Kindern eines Vaters aus verschiedenen Ehen ohne allen Vertrag stets von selbst eine natürliche Einkindschaft.

Als sich der Grundsatz geltend machte, daß die Frau an dem ehelichen Vermögen Theil habe, fand derselbe in verschiedenen Gegenden Deutschlands eine verschiedenartige Anwendung. In manchen Gegenden nämlich ging daraus die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft hervor, wobei alles in der Ehe vorhandene Vermögen, woher immer es rühren mag, beiden Ehegatten in unzertrennter Gemeinschaft gehört. Sind Kinder vorhanden und die Ehe löst sich durch den Tod des einen Ehegatten auf, so wird entweder die Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern fortgesetzt, oder es tritt das Verfangenschaftsrecht der Kinder ein, indem diesen das unbewegliche Vermögen zufällt und der überlebende Ehegatte bloß die Nutznießung desselben nebst der fahrenden Habe behält¹⁾. In anderen Gegenden richteten sich die ehelichen Güterverhältnisse nach dem römischen Rechte, neben welchem aber als eigen thümlich teutsches Product allgemein eine Gemeinschaft der Errungenschaft und der fahrenden Habe Fuß faßte. Im Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten mit Hinterlassung von Kindern fiel hierbei dem überlebenden Ehegatten gewöhnlich sein eingebrachtes Vermögen nebst einem Theile der Errungenschaft und der fahrenden Habe anheim; das Eingebachte des Verstorbenen, nebst dem anderen Theile der Errungenschaft und fahrenden Habe erbten die Kinder; jedoch behielt der Ueberlebende das gesammte Vermögen ungetheilt in Besitz und Benutzung, so, daß also auch hierbei eine Gemeinschaft zwischen demselben und den Kindern bestand.

Wollte unter diesen Verhältnissen der überlebende Ehegatte zu einer neuen Ehe schreiten, so hielt man, um Verwickelungen, welche besonders für die Kinder früherer Ehe Schaden bringend waren, zu vermeiden und ein einfaches Verhältniß herzustellen, für nöthig, daß zuerst eine Ueber-einkunft getroffen werde²⁾, wodurch entweder die bestehende Gemeinschaft des Vermögens aufgehoben und jedem Betheiligten der ihm gebührende Theil überliefert, oder wodurch die Gemeinschaft aufrecht erhalten und auf die neue Ehe dergestalt übertragen wird, daß die Kinder der früheren Ehe (Vorkinder) gegen Einverfung ihres in der Gemeinschaft begriffenen Vermögens in die neue Ehe, den in dieser zu erzeugenden Kindern (Nach-

1) Ringelmann, historische Ausbildung und rechtliche Natur der Einkindschaft (Würzburg 1825), S. 8—10.

2) Beck und Lauterer, das Landrecht oder die bürgerlichen Rechte und Sitten der Grafschaft Erbach und Herrschaft Breuberg im Oberrhein (Darmst. 1824), S. 271.

Kindern), hinsichtlich des Rechtes auf Alimentation, Ausstattung und Beerbung beider Eltern vollkommen gleichgestellt, sonach als Kinder derselben Ehe betrachtet werden. Diese Einkindschaft erscheint als eine künstliche Nachbildung jener natürlichen, welche vermöge des früheren Güterverhältnisses unter den Kindern desselben Mannes aus verschiedenen Ehen sich von selbst begab. Wie nun bei jener natürlichen das väterliche Mundium über die Kinder früherer Ehe von selbst fortbauerte, so wird wohl auch diese künstliche meist die Folge gehabt haben, die elterliche Gewalt der neuen Eheleute auf die Kinder früherer Ehe zu erstrecken, insofern letztere noch minderjährig, sonach elterlicher Zucht und Erziehung bedürftig waren. Mit Unrecht wird daher wohl diese Wirkung bios dem Einflusse der römischen Juristen beigemessen, welche die Einkindschaft als ein Analogon der *ad-optimio* und *adrogatio* behandelten³⁾; obgleich die vertragsmäßige Einkindschaft schon in ihrem Ursprunge um so leichter von dem Einflusse des römischen Rechtes berührt werden konnte, als sie gerade der durch letzteres bewirkten Veränderung der Güterverhältnisse ihren Ursprung verdankt, daher sich ihr Dasein historisch nicht über die Zeit des geltenden römischen Rechtes zurückführen läßt⁴⁾, und sie auch in süddeutschen Gegenden, in Franken, Schwaben und am Rhein, wo das römische Recht zuerst und leichteren Eingang fand, am frühesten und häufigsten vorkam, dagegen in dem, dem römischen Rechte weniger zugänglich gewesenem nördlichen Teutschland zum Theil fast ganz unbekannt blieb⁵⁾.

Es beruht somit die Einkindschaft auf einem Vertrage, welcher die Eingehung einer Ehe, so wie das Dasein von Kindern früherer Ehe (Vorkinder) auf Seiten beider sich Berechtelichenden oder wenigstens eines derselben voraussetzt⁶⁾. Ihr Zweck ist, den Vorkindern dafür, daß sie den Besitz, die Verwaltung und Nutznießung des ihnen von ihrem verstorbenen *parens* erblich zugefallenen Vermögens ihrem lebenden *parens* und dessen neuem Ehegenossen gänzlich überlassen, gegen diese beiden die nämlichen Rechte auf Alimentation, Ausstattung und Beerbung zu ertheilen, welche den in dieser Ehe zu erzeugenden Kindern (Nachkindern) zustehen, gleich als wären sie ebenfalls aus dieser Ehe entsprungen. Diese Gleichstellung geht aber keineswegs so weit, für die Vorkinder neue Standes-, Verwandtschafts- und Familienrechte, nicht einmal Erblosung, zu erzeugen; vielmehr bleiben in dieser Beziehung deren bisherige Verhältnisse durchaus unberührt und unverändert.

Nach den Statutarrechten ist zur Gültigkeit des Einkindschaftsvertrags vor Allem erforderlich Einwilligung sämmtlicher Interessenten, nämlich der sich Berechtelichenden und ihrer Kinder früherer Ehe. Sind letztere minderjährig, so bedarf es der Zustimmung ihrer Vormünder oder näch-

3) Dieck, Artikel Einkindschaft in der Encyclopädie der Wissenschaften und Künste, herausg. von Ersch und Gruber, Th. 22. — Ringelmann a. a. D. §. 18, 19.

4) Bodmann, rheinische Alterthümer, S. 914.

5) Ringelmann a. a. D. §. 11.

6) Rittermaier, Grundsätze des gemeinen teutschen Privats. (5. Ausg.), §. 368.

sten Blutsverwandten von der Seite des verstorbenen parens oder anderer mit ihren Verhältnissen vertrauter Männer⁷⁾. Ferner ist erforderlich schriftliche Beurkundung und, nach vielen Statutarrechten, Bestätigung des Vertrages durch das Gericht (Schöffengericht, Gericht des Wohnortes der Contrahenten)⁸⁾. Um die minderjährigen Kinder vor Schaden und Nachtheil zu behüten, soll das beiderseitige Vermögen genau ausgemittelt, Verzeichnisse darüber aufgestellt, und von den Verwandten und Vormündern erwogen werden, ob die Kinder nicht bedeutend mehr Vermögen einsetzen, als sie bereinst durch Vererbung der Eltern zu erwarten haben. Ergibt sich, daß dieses der Fall sei, so soll ein angemessener Theil des Vermögens der Kinder von der Einkindschaft ausgeschlossen, und als ein Voraus und Sondergut für sie zurückbehalten werden⁹⁾, woran den Eltern kein Recht, außer etwa dem natürlichen parens die Nutznießung, so lange die Kinder minderjährig sind, zusteht¹⁰⁾. — Nicht allein aber die Vermögensverhältnisse, auch die Persönlichkeit der sich Ehelichenden, ihr Charakter und Lebenswandel, namentlich in wirtschaftlicher Hinsicht, sind zu berücksichtigen, und wenn hierdurch die Kinder gefährdet erscheinen, so ist es Pflicht der Verwandten und Vormünder, ihre Zustimmung zu der Einkindschaft zu verweigern, so wie des Gerichtes, die Bestätigung zu versagen¹¹⁾. — Manche Statutarrechte erfordern außerdem zur vollständigen Wirkksamkeit der Einkindschaft das wirkliche Dasein von Kindern aus verschiedenen Ehen, und erklären dieselbe für unwirksam und erloschen, wenn zur Zeit des Absterbens eines Ehegatten nur Kinder aus einer Ehe vorhanden sind¹²⁾, wodurch der Verletzung des Notherbennrechtes der Ascendenten der Stiefeltern vorgebeugt wird. Die entgegengesetzte Bestimmung enthält unter anderen das preussische Landrecht, erfordert aber dabei die Einwilligung der Ascendenten der Eltern in die Einkindschaft, und behält diesen, wenn solche nicht erfolgt, ihr Recht auf den Pflichttheil vor¹³⁾.

7) Solmscher Landrecht, Tit. 22. Kurpfälzer Landr., Th. 2, Tit. 25, Nr. 1. Landr. der obern Grafschaft Ragenellenbogen, Th. 2, Tit. 2, §. 3. Beck und Lauteren, erbacher Landr., S. 275. Landr. der Grafschaft Hohenlohe, Tit. 6, Nr. 3, 4. Stadtrecht der ehemaligen Reichsstadt Wimpfen, Tit. 6, §. 3. Landr. des ehemaligen Hochstiftes Würzburg, bei Schelhaß, Beiträge zur teutschen Gesetzkunde, 1. Heft, S. 102. Preussisches Landr., Th. 2, Tit. 2, §. 723, 724.

8) Mainzer Landr., Tit. 2, §. 8. Solmscher Landr. a. a. D. Kurpfälzer Landr. a. a. D. Nr. 1. Landr. der obern Grafschaft Ragenellenbogen a. a. D. §. 3—5. Wimpfner Stadtr. a. a. D. §. 4. Landr. der Grafschaft Hohenlohe a. a. D. §. 5. Trierer Landr., Tit. 9, §. 3, 4. Preuss. Landr. a. a. D. §. 721. Schelhaß a. a. D. S. 103.

9) Beck und Lauteren a. a. D. S. 281, 283 fig. Kurpfälzer Landr. a. a. D. Nr. 1, 2. Mainzer Landr. a. a. D. §. 8, 9, 14, 15. Solmscher Landr. a. a. D. Wimpfner Stadtr. a. a. D. §. 4. Landr. der Grafsch. Hohenlohe a. a. D. Nr. 4. Schelhaß a. a. D. S. 108.

10) Wimpfner Stadtr. a. a. D. §. 8. Solmscher Landr. a. a. D.

11) Schelhaß a. a. D. §. 69. Ringelmann a. a. D. S. 86.

12) Landr. der obern Grafschaft Ragenellenb. a. a. D. §. 12. Kurpfälzer Landr. a. a. D. Nr. 7. Solmscher Landr. a. a. D.

13) Preuss. Landr. a. a. D. §. 728, 729.

Da die Vorkinder das für sie durch die Einkindschaft begründete Erbrecht titulo oneroso erwerben, so kann ihnen solches nicht durch letztwillige Verfügung der Eltern entzogen oder geschmälert werden¹⁴⁾, indem sonst den letzteren die Möglichkeit gegeben wäre, den Zweck des Einkindschaftsvertrages einseitig zum Nachtheil der anderen Contrahenten zu vereiteln. Wegen für sie gefährdender Verfügungen der Eltern unter Lebenden können die Vorkinder Aufhebung des Verhältnisses und Zurückgabe ihres Vermögens oder Sicherheit verlangen.

Die Wirkungen der Einkindschaft erstrecken sich auf das Vermögen der Eltern und nur auf dasjenige der Vorkinder, welches diesen von ihrem verstorbenen parens erblich zugefallen, und nicht als Voraus ausgenommen worden ist; keineswegs aber auf dasjenige Vermögen, welches die Vorkinder auf andere Weise erworben, insbesondere von ihren Großeltern oder sonstigen Verwandten unmittelbar geerbt haben; dieses bleibt gleichwie das Voraus von der Einkindschaft ausgeschlossen¹⁵⁾ und dem natürlichen parens steht daran nur bis zum Eintritt der Volljährigkeit der Kinder die Nutznießung zu¹⁶⁾. — Die meisten Particularrechte statuiren, daß die Einkindschaft nicht allein ein Intestaterbrecht der Vorkinder gegen beide Eltern, sondern auch dieser gegen jene zur Folge habe¹⁷⁾, jedoch unbeschadet des Rechtes der Vorkinder, über das Ihrige letztwillig zu verfügen, welches Recht nur der Beschränkung unterliegt, dem natürlichen parens den Pflichttheil hinterlassen zu müssen. Ein besonderes wechselseitiges Intestaterbrecht der Vor- und Nachkinder gegen einander aber wird durch die Einkindschaft nicht erzeugt¹⁸⁾. Als Folge derselben ist endlich noch zu erwähnen die elterliche Gewalt über die Stiefkinder, so lange dieselben minderjährig sind¹⁹⁾.

14) X. R. ist Rittermaier, Grundsätze des gem. teutschen Privatr., §. 370. S. aber Beck u. Lauteren a. a. D. S. 293—295. Trierer Landr., Tit. 9, §. 7. Preuß. Landr. a. a. D. §. 747.

15) Mainzer Landr. a. a. D. §. 15, 16. Landr. der obern Graffsch. Ragenellenb. a. a. D. §. 7. Solmscher Landr. a. a. D. Kurpfälzer Landr. a. a. D. Nr. 4. Wimpfner Stadtr. a. a. D. §. 7. Trierer Landr. a. a. D. §. 5. Landr. der Graffschaft Hohenlohe a. a. D. §. 7, 8. Preuß. Landr. a. a. D. §. 736. Schelhaß a. a. D. S. 116.

16) Wimpfner Stadtr. a. a. D. Solmscher Landr. a. a. D. Landr. der Graffsch. Hohenlohe a. a. D.

17) Würzb. R. bei Schelhaß a. a. D. S. 117, §. 81. Landr. der obern Graffschaft Ragenellenb. a. a. D. §. 11. Kurpfälzer Landr. a. a. D. Nr. 3. Solmscher Landr. a. a. D. Wimpfner Stadtr. a. a. D. §. 6. Trierer Landr. a. a. D. §. 5. Landr. der Graffsch. Hohenlohe a. a. D. §. 6. Preuß. Landr. a. a. D. §. 734.

18) Kurpfälzer Landr. a. a. D. Nr. 5. Solmscher Landr. a. a. D. Wimpfner Stadtr. a. a. D. Trierer Landr. a. a. D. §. 5. Landr. der Graffschaft Hohenlohe a. a. D. Nach würzb. R. haben jedoch auch die vereinkindschafteten Stiefgeschwister unter sich ein wechselseitiges Erbrecht. Schelhaß a. a. D.

19) Wimpfner Stadtr. a. a. D. §. 6. Landr. der Graffschaft Hohenlohe a. a. D. §. 6. Ringelmann a. a. D. §. 22, 30.

Aufgehoben oder beendet wird die Einkindschaft 1) durch Uebereinkunft der Interessenten²⁰⁾, wobei jeder Theil sein beigetragenes Vermögen zurückerhält; 2) durch Ehescheidung, wobei dasselbe geschieht; 3) durch Richterspruch, in Folge erhobener Klage der Vorkinder auf Aufhebung und Auslieferung ihres Vermögens wegen ihnen nachtheiliger Wirthschaft oder üblen Lebenswandels der Eltern²¹⁾, so wie durch Restitution der zur Zeit der Eingehung des Vertrages minderjährig gewesenen Vorkinder, wenn sich dieselben in der Folge verkürzt finden²²⁾, welcher Fall indeß rücksichtlich der nach dem Obigen bei Eingehung des Verhältnisses zu beobachtenden Vorsichtsmaßregeln in den Statutarrechten nicht als eintreten könnend, vorausgesetzt wird. Ferner endigt sich die Einkindschaft 4) durch den Tod beider Eltern²³⁾; wogegen sie nach dem Tode bios des Einen derselben so lange fort dauert, bis sich der Überlebende in eine neue Ehe begibt, worauf Abtheilung oder Sicherstellung des Vermögens der Kinder nöthig wird, oder eine neue Einkindschaft eingegangen werden kann²⁴⁾, jedoch, nach ausdrücklicher Vorschrift mancher Statutarrechte, nur mit den natürlichen Kindern des sich verhebelichenden parents, nicht aber auch mit dessen Stiefkindern früherer Ehe²⁵⁾.

§. 341.

Eintrede (exceptio)¹⁾. Wenn Jemand mit einer Klage belangt wird, so kann von seiner Seite ein doppeltes Leugnen vorkommen; entweder nämlich behauptet er, daß das Recht, welches vom Kläger in Anspruch genommen wird, nie vorhanden gewesen ist, oder er stellt zwar nicht in Abrede, daß es vorhanden ist, leugnet aber die vom Kläger aus diesem Umstande gezogene Folgerung, d. h. die Statthaftigkeit der Condemnation, indem er behauptet, daß jenes Recht, auf welches sich der Kläger bezieht, durch einen hinzugeetretenen Umstand unwirksam gemacht worden sei. Der Begriff Eintrede bezieht sich nur auf diese zweite Art des Leugnens. Mit diesem Namen bezeichnet man nämlich das Vorbringen eines Thatumstandes von Seiten des Beklagten, wodurch er die Condemnation von sich abzuwenden sucht. Die Erfordernisse dieses Begriffes sind im Einzelnen folgende. 1) Die durch die Eintrede zu schützende Thatsache muß einem noch bestehenden, streng civilrechtlichen Ansprüche gegenüber ste-

20) Preuß. Landr. a. a. D. §. 751.

21) Wimpfner Stadtr. a. a. D. §. 12. Preuß. Landr. a. a. D. §. 750. Ringelmann a. a. D. §. 88.

22) Wittermaier a. a. D. §. 370, 371. Ringelmann a. a. D. §. 41.

23) Mainzer Landr. a. a. D. §. 19. Landr. der obern Graffschaft Ragenellenb. a. a. D. §. 10.

24) Beck und Lauteren, erbacher Landr., S. 302, verb. mit S. 264. Landr. der obern Graffschaft Ragenellenb. a. a. D. §. 9, 10.

25) Wimpfner Stadtr. a. a. D. §. 10. Landr. der Graffschaft Hohentlohe a. a. D. §. 10.

1) Von der hierher gehörigen Literatur verdient hier eine besondere Erwähnung nur J. Michael Albrecht, die Exceptionen des gemeinen teutschen Civilprocesses, geschichtlich entwickelt, mit einem Vorworte von Hieronymus Baper. München 1835.

hen²⁾). Denn wo der vom Kläger geltend gemachte Anspruch schon ipso iure aufgehoben worden war, da bedurfte es überall nicht der Exception, um die intendirte Verurtheilung vom Beklagten abzuwenden, da es ja eine nothwendige Bedingung einer jeden Condemnation ist, daß das durch die Litiscontestation geltend gemachte Recht zur Zeit derselben noch bestanden habe. 2) Der Thatumstand, auf welchem die Exception beruht, muß von der Art sein, daß er vor dem Civilrechte entweder überhaupt, oder nur unter gewissen Umständen keine Bedeutung hatte. Daher kommt es, daß Vertheidigungsgründe des Beklagten, welchen schon das Civilrecht volle Wirkung beilegt, z. B. Zahlung, Novation u. s. f. nicht in der Form der Exception der Klage entgegengesetzt werden können. 3) Der Umstand, auf welchen die Exception sich gründet, muß es den Grundsätzen der Billigkeit nach für unpassend erscheinen lassen, daß die vom Kläger intendirte Condemnation verwirklicht werde³⁾. 4) Der Beklagte muß sich auf diesen Thatumstand ausdrücklich berufen haben. Diese Geltendmachung hängt genau mit der Geschichte des gerichtlichen Verfahrens bei den Römern zusammen. Der Prætor, dessen Thätigkeit die Exception ihren Ursprung verdankt⁴⁾, konnte bei der formellen Unverletzbarkeit des Civilrechtes demselben nicht geradezu gegenüberreten, auch hatte er keine Gewalt, gesetzlich bindende Normen aufzustellen, um so weniger, als ihm sein Amt nur auf die Dauer eines Jahres verliehen worden war. Er hatte seine Wirkungssphäre überhaupt nur in der Jurisdiction, in vorkommenden Fällen; nur in diesem Bereiche konnte er jene mildernde Thätigkeit äußern, die in der Gestattung der Exceptionen zu Tage liegt, und eben darum konnte dieser prætorische Schutz für die defensiven Billigkeitsgründe erst in vorkommenden Prozeßfällen eintreten. Es läßt sich deshalb für die frühesten Zeiten mit Recht sagen, daß bei den Exceptionen der Eintritt ihrer Wirksamkeit und ihrer gerichtlichen Geltendmachung coincidirten⁵⁾, da ihr Gebrauch durch eine ausdrückliche Bitte des Beklagten bedingt war. Der Zweck der Exception ist, vom Beklagten die Verurtheilung, welche der Kläger intendirt, abzuwenden⁶⁾. Daher versteht es sich von selbst, daß der Beklagte, ungeachtet sein Anspruch größer ist, als der des Klägers, doch niemals eine Condemnation gegen den letzteren

2) Caius, inst. IV. §. 116. Pr. J. de exceptionibus. (4. 13.)

3) Caius, inst. IV. §. 106. Pr. J. 4. 13.

4) Cicero, de inv. rhet. II. 19: nam et praetoriis exceptionibus multae excluduntur actiones. — Quare in iure plerumque versantur. Ibi enim et exceptiones postulatur. II. 20: postulat is, quocum agitur, a praetore exceptionem extraquam — praedictum fiat. Hic is, qui agit, iudicium purum postulat; ille, quocum agitur, exceptionem addi ait oportere. L. 3. §. 1. D. de const. pec. (13. 5.): Quod iure civili debebat, iure praetorio non debebat, id est per exceptionem. L. 15. D. de exceptionibus. (44. 1.) Vergl. Albrecht a. a. O. S. 17.

5) L. 41. D. de minoribus. (4. 4.) L. 12. D. de doli mali exceptione. (44. 4.) L. 25. §. 2. D. de probationibus et praesumptionibus. (22. 3.) L. 25. D. de verborum obligationibus. (45. 1.)

6) Caius, inst. IV. §. 116. Pr. §. 1—4. J. 4. 13. L. 2. pr. D. de exceptionibus. (44. 1.)

erwähnt kann, wenn es denselben in der Form der Exception geltend macht. Auch erklärt sich aus dem Gesagten die hypothetische Stellung der Einreden im römischen Privatrechte. Es wurden nämlich die vom Prator im concreten Falle gestatteten Einreden in die formula, welche die Instruction für den Jurer bildete, nach welcher er den vorliegenden Prozeß entscheiden sollte, aufgenommen⁷⁾, und als ein Theil derselben behandelt. Zunächst wurde darin das Recht des Klägers direct und hauptsächlich erwähnt, nach dieser Grundlage dem Jurer zunächst die Condemnation aufgetragen, und von dieser, der Condemnation, wurde zugleich noch bemerkt, daß sie auch davon abhängen solle, daß dieser oder jener schuldwürdige Thatumstand nicht in der Mitte liege. Diese Bemerkung deutet den eigentlichen Sitz der Exception in der formula an, daher sie gerade in umgekehrter Weise abgefaßt wird, als wie der Beklagte sie vorgebracht hat⁸⁾, und als ein Einschleßel, als eine Bedingung betrachtet wird, von deren Existenz die Möglichkeit der Condemnation abhängt. So stand die Exception auch in der formula nicht als etwas Regelmäßiges, zur Gültigkeit der formula wesentlich Nothwendiges da, sondern auch hier trat sie nur als eine bloße Ausnahme von der Regel auf, so daß in dem Augenblicke, wo der prätorische Schutz an die Stelle des Civilrechtes trat, dasselbe nicht ignorirt, vielmehr als geltend anerkannt wurde. Aus dieser Stellung des exceptivischen Vorbringens in der formula und ihrer hypothetischen, meist negativen Fassung, haben die meisten neueren Rechtsgelehrten auch den Namen dieses Rechtsmittels erklären wollen; da es nicht allein als Ausnahme in der formula vorkomme, sondern auch gewöhnlich mit Worten, welche die Ausnahme bezeichnen, z. B. *si non, nisi, anhebe*. Diese Ansicht scheint indess zu wenig dem römischen Geiste zu entsprechen, als daß man sie ohne weiteres für wahr annehmen sollte. Zudem finden sich auch in den auf uns gekommenen Resten der römischen Jurisprudenz Beispiele genug von affirmativ gefaßten Exceptionen⁹⁾. Auch spricht dagegen der Umstand, daß, wenn der Kläger den exceptivischen Thatumstand in dem ersten Verfahren vor dem Prator (*in iure*) einbekannte, es gar nicht zu einem *Judicium*, zur Conception einer formula kam, sondern ihm eben nur deshalb die *Actio*, das *Judicium* verweigert wurde¹⁰⁾, was doch unzweifelhaft als eine Wirkung des Exceptionsgrundes gelten muß, und daß die in der formula versäumten peremptorischen Einreden stets im *Judicium* durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgeholt werden konnten¹¹⁾. Endlich

7) *Caius*, inst. IV. §. 119: *Sed ita formulae inseritur, uti conditionalem faciat condemnationem*. Vgl. IV. §. 126.

8) *Caius*, inst. I. c. *Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam affirmat is, cum quo agitur*.

9) L. 28. D. de noxalibus actionibus. (9. 4.) Vgl. *Xibrecht a. a. D. S. 21*.

10) L. 9. pr. D. de iur. iur. (12. 2.) Der Kunstausdruck *denegare exceptionem* findet dann statt, wenn der Klage eine vom Kläger eingeräumte Einrede entgegensteht. L. 7. §. 6. D. de SC. Macedoniano. (14. 6.) L. 7. §. 8. D. de dolo malo. (4. 3.) Vgl. *Xibrecht a. a. D. S. 17* gl.

11) *Caius*, inst. IV. §. 125.

wird schon zur Zeit der classischen Juristen, wo die Prozesse noch regelmäßig in der Form der formulae abgesetzt wurden, die Exception von Paulus als eine Bedingung beschrieben, welche den Beklagten bald von der Condemnation losmache, bald nur die Condemnationssumme beschränke¹²⁾. Diese Aeußerung aber kann schon deshalb nicht von der in die formula aufgenommenen Exception verstanden werden, weil dann von einer minuirenden Wirkung der Einrede nicht hätte die Rede sein können, da auch die ausschließenden Exceptionen durch ihre Aufnahme in die Klagformel die Natur der zerstörlchen annahmen, und so gut wie diese den gänzlichen Prozeßverlust für den Kläger nach sich zogen. Es bleibt mithin nur übrig, die angeführte Erklärung nur auf den materiellen Gehalt der Exception, d. h. auf den Exceptionsgrund, anstatt auf die formell vorgeschützte Einrede zu beziehen, und dann liefert freilich diese Aeußerung einen schlagenden Beweis dafür, daß der Ausdruck *exceptio* nicht füglich aus der formellen Erscheinung derselben in der formula erklärt werden könne. Der neueste Schriftsteller über Exceptionen¹³⁾ sucht den Namen aus dem Umstande zu erklären, daß das exceptivische Vorbringen im Gegensatz des in der Intention geltend gemachten Civilanspruches, als Ausnahme von der Regel habe gelten müssen, daß Recht nur wieder durch Recht habe entkräftet werden können. Deshalb sei die Thätigkeit des Prätors bei der Verleihung der Einreden mit dem Namen *exceptio* bezeichnet worden, und da der Schutz des Prätors gerade in der Vertheidigung des Beklagten sein wesentlichstes Feld hatte, so lasse es sich wohl erklären, warum jene Bezeichnungswaise eben im Bereich der Vertheidigung üblich und technisch geworden sei. Am richtigsten ist es wohl, bei der Erklärung des Begriffes das darin liegende Ausschließen der Klage durch die Exception, also mit anderen Worten, an die materielle Wirkung des Exceptionsvorbringens zu denken, und gerade diese Beziehung des Wortes wird von Ulpian in der Definition des Begriffes recht absichtlich hervorgehoben¹⁴⁾.

Was die Geschichte der Exceptionen anlangt, so sind die Nachrichten, welche die römischen Rechtsquellen darüber enthalten, sehr dürftig. In den Zeiten des römischen Freistaates, wo die Prozesse nur in der Form der *legis actiones* abgesetzt wurden, kamen Exceptionen gar nicht vor¹⁵⁾. Erst als es gewöhnlich wurde, die Prozesse durch Conception der formulae zu führen, finden sich Spuren der Exception. Zu den Zeiten Cicero's war das Institut bereits ausgebildet. Denn er erwähnt nicht allein die allgemeine Wirkung derselben, sondern bemerkt auch, daß sie von dem Prätor *in iure* erbeten würden¹⁶⁾. Im Anfang mußte die Ver-

12) L. 22. pr. D. de exceptionibus. (44. 1.) Vergl. Albrecht a. a. D. S. 24.

13) Albrecht a. a. D. S. 13.

14) L. 2. pr. D. 44. 1: *Exceptio dicta est, quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad cludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.*

15) Caius, inst. IV. §. 108.

16) Cicero, de invent. rhet. 2. 19.

leitung eines solchen Rechtsmittels gegen die gegnerische Klage als eine wahre prätorische Indulgenz, als ein wahres Beneficium erscheinen, und um sich dies zu verdeutlichen, bedarf es nur eines Hinblickes auf ähnliche prätorische Institute, z. B. die *honorum possessio*. Denn auch diese galt als ein Beneficium¹⁷⁾, auch diese ward nur auf specielles Bitten des Berechtigten ertheilt¹⁸⁾, und zwar in früheren Zeiten nur *causa cognita*, was späterhin freilich nur für die *honorum possessiones decretales* die Regel bildete. Aehnlich war jedenfalls auch der Bildungsgang des Institutes der Einreden. Der Prätor wies erst, sofern es nöthig war und nach vorgängiger Prüfung des Falles eigenhändig den Jurer an, ob und inwiefern derselbe den einen oder den anderen Willigkeitsgrund bei der Entscheidung des Processes respectiven dürfe. Diese Prüfung geschah wohl in der Form der *causae cognitio*, was später in den Fällen unterblieb, für welche die nachmaligen Edicte eine Exception im Voraus versprochen hatten, und alsdann nur noch für die Fälle angewendet wurde, in welchen der Prätor die Einrede außerhalb des Edictes ertheilte¹⁹⁾. Von den in das Edict aufgenommenen Exceptionen galt es schon zu Cicero's Zeiten als allgemeine Regel, daß der Prätor deren Ertheilung im einzelnen Falle nicht mehr verweigern dürfe, und war diese Regel verletzt worden, so konnte schon damals bei den Volkstribunen Beschwerde geführt werden²⁰⁾. Dadurch hörte die Verleihung der Exceptionen auf, eine bloße prätorische Indulgenz, ein wahres Beneficium im Sinne des früheren Rechtes zu sein, und die Zuständigkeit derselben ward seitdem nicht mehr durch den Willen des Prätors, sondern vielmehr durch das factische Entstehen des Exceptionsgrundes bedingt, wenn schon die formelle Geltendmachung des Rechtsmittels nicht eher erfolgen konnte, als bis der Gegner mit seiner Klage hervortrat. Seitdem konnte man nicht mehr, wie früher, sagen, der Anfang der Bedeutung der Exception coincidire mit der wirklichen Gewährung derselben im Prozesse, sondern es trat der Zustand der *exceptio nata simultan* mit der factischen Begründung derselben ein. Daher sagen die classischen Juristen von diesem Zeitpunkte: *exceptio nem habere, tutum esse exceptione, ob stare oder nocere exceptionem, obliuendani esse exceptionem, repelli oder summo veri exceptione, competere exceptionem, partam esse exceptionem*²¹⁾, ganz analog dem Verhältnisse bei der *honorum possessio edictalis*, welche auch schon bei dem Tode des Erblassers anfällig wurde, ehe sie vom Prätor impetrit worden war. An diesen Zustand der Dinge schlossen sich auch die anderen Gewalten im Staate, welche das Recht gesetzlich auszusprechen hatten, um so bereitwilliger an, da das alte *ius civile* aus anderweitigen

17) L. 6. §. 1. D. de bon. poss. (37. 1.)

18) L. 3. §. 3. D. 37. 1., vergl. mit L. 8. §. 4. D. de bon. poss. contra tab. (37. 4.) L. 14. §. 1. D. ibid. Theoph., paraphr. inst. III. 9. §. 10. ed. Reitz tom. I. p. 600.

19) Caius, inst. IV. §. 118.

20) Cicero in Lucull. c. 30, pro Tullio cap. 38.

21) Die Beweise für diesen Sprachgebrauch s. bei Albrecht a. a. D. S. 54 fig.

Gründen direct nicht abgeändert werden sollte, und sie erkannten in jeder Thätigkeit des Prätors ein erwünschtes Organ, der *mala fides* zu begegnen. Nicht allein, daß das Recht, Exceptionen in die *formulae* einzufügen, durch Volksschlüsse ausdrücklich anerkannt wurde²²⁾, so gab das Civilrecht späterhin auch selbst zur Entstehung neuer Exceptionen Veranlassung, nämlich indirecter Weise durch seine nicht geradezu rescindirenden *leges* und *SC.*²³⁾, welchen erst der Prätor durch die Gestattung der *exceptio* Wirksamkeit verschaffen mußte, z. B. die *exceptio legis Cinciae*²⁴⁾, *SC. Macedoniani*. Am belehrendsten wird in dieser Hinsicht die Verfügung des *SC. Velleianum*, welches dem Prätor und allen übrigen richterlichen Behörden den aus der Intercession der Frauen hergenommenen Vertheidigungsgrund in vorkommenden Fällen nach seiner eigenthümlichen Weise empfahl²⁵⁾, und dadurch Veranlassung zur Einführung der *exceptio SC. Velleiani* gab. Diese Weise der bloßen Empfehlung beließ die Exceptionen immer noch in der Eigenschaft als wahre prätorische Rechtsmittel, nur daß sie dann den Stoff aus anderen Rechtsorganen entlehnten. Auf der anderen Seite hoben sich im Verkehre schon zeitig gewisse, zumal synallagmatische Rechtsgeschäfte und Verhältnisse hervor, bei welchen gegenseitige Treue und Glauben sich als ganz besonders nothwendig darstellten, und wo eine *mala fides* im vorzüglichen Grade unerblicklich schien. Diese Rechtsgeschäfte wurden nun in das *ius civile* receptirt²⁶⁾, und zwar in der Weise, daß sie, wenn auch bloß nach Art des *ius gentium* eingegangen und gelöst, doch als wie nach der Form des Civilrechtes begründet und wiederaufgehoben angesehen wurden²⁷⁾. In den Processen über solche Rechtsverhältnisse wurde es schon zeitig auch nach dem Civilrechte Regel, daß die sonst nur auf der Billigkeit beruhenden Einreden des Beklagten, ohne mehr einer *exceptio* zu bedürfen, *ipso iure* von dem Richter berücksichtigt wurden²⁸⁾. Vorzüglich galt dies von der *exceptio pacti* und *doli*, welche sich bei den *bonae fidei iudicia* von selbst verstanden, obgleich der Beklagte sie nicht ausdrücklich vorgeschützt hatte²⁹⁾. Hier, wo die naturalen Klageverhältnisse eine weitere

22) *Lex de Gallia Cisalp.* cap. 19. col. 1. lin. 5.

23) *Caius*, inst. IV. §. 118. §. 7. J. 4. 13.

24) *Vat. fr.* §. 259. 310. L. 5. §. 2. D. de *doli mali exceptione*. (44. 4.) L. 5. §. 5. D. *ibid.* L. 21. §. 1. D. 89. 5. L. 24. D. *ibid.*, vergl. mit *Ulp.*, fr. 1. 1.

25) L. 2. pr. D. ad *SC. Velleianum*. (16. 1.)

26) L. 7. §. 1. D. de *pactis*. (2. 14.)

27) L. 3. 4. 5. §. 1. D. 18. 5. L. 95. §. 4. D. de *solutionibus*. (46. 3.)

28) L. 16. §. 1. D. de *minoribus*. (4. 4.) L. 3. §. 3. D. *pro socio*. (17. 2.) L. 58. D. de *haereditatis petitione*. (5. 3.)

29) L. 7. §. 5. D. de *pactis* (2. 14.): *Pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis*. L. 58. D. de *hereditatis petitione*. (5. 8.) *An filius nihilominus perseverans petere hereditatem doli mali exceptione submoveri possit? Respondi: etsi non exciperetur, satis per officium iudicis consulti*. L. 3. D. de *rescindenda venditione*. (18. 5.) *Julianus scripsit, ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt*. *Vergl.* L. 6. §. 9. D. *communi dividundo*. (10. 2.) L. 14. §. 1. D. *ibid.*

Fassung der *intentio* mit sich brachten, bedurften nämlich die Thatfachen, welche die Aufhebung jener Geschäfte herbeiführten, überall keiner formalen Exception mehr, und dies, nichts Anderes besagt der von diesen Thatfachen gebrauchte Ausdruck: *exceptiones bonae fidei iudiciis insunt*, welcher sich einfach aus dem Umstande erklärt, daß die praktischen Juristen sonst gewohnt waren, solche Thatumstände als Exceptionen zu behandeln. Bei so kräftiger Unterstützung von Seiten des Civilrechtes konnte es nicht fehlen, daß sich die Exceptionen auch im Gebiete der prätorischen Klagerichte geltend machten. So finden wir zur Zeit der classischen Juristen nicht allein der *actio de constituta pecunia* entgegenstehende Einreden erwähnt³⁰⁾, sondern sie kommen auch in der *Publiciana in rem actio* vor, so daß selbst civilrechtliche Thatfachen in die Form der Exception gekleidet wurden³¹⁾. Auch kam man nach und nach darauf, einzelne Clauseln, welche ohne des Beklagten ausdrückliches Verlangen abdicirt wurden, mit dem Namen *exceptio* zu bezeichnen, was von der ursprünglichen Bedeutung des Ausdruckes bedeutend abwich. Am deutlichsten wird dies in den Fällen, wo das prätorische Edict Klagen nur unter gewissen materiellen Bedingungen zusagt, z. B. wenn es die auf eine bestimmte Zeit beschränkten Klagen nur unter der Voraussetzung, daß diese Klagezeit noch nicht abgelaufen sei, erteilt, oder manches Interdict nur unter der Voraussetzung gestattet, daß nicht *vi, clam aut precario* verfahren worden sei. Denn hier muß der Magistrat stets eine seinem Edicte entsprechende formula erteilen, also auch unerinnert die Clausel abdiciren, was, wenn es in der Form der *exceptio* geschah, geradezu mit diesem Namen in den römischen Rechtsquellen bezeichnet wurde³²⁾. Auch nahm man den Ausdruck *exceptio* für solche Willigkeitsgründe in Anspruch, welche die Wirkung der Exceptionen aufheben, und gleich diesen als besondere Zusätze auf specielles Verlangen des Klägers in die formula eingefügt wurden, d. h. für die *Replicationen*³³⁾; und daß dieser Sprachgebrauch nur von der Form und Wirkung der Exceptionen hergenommen sein kann, ergibt sich daraus, daß es nach den alten Rechtsbegriffen zum Wesen der Exceptionen gehörte, daß sie einem streng civilen Rechtsgrunde gegenüber standen. Im späteren Rechte, als in dem Prätor die lebendig neuschaffende Quelle der Exceptionen versiegt war, nachdem einerseits die bisherigen Exceptionsgründe durch ihre Aufnahme in die Edicte sich allgemeine Geltung verschafft hatten, andererseits durch das rechtliche Ansehen

30) L. 27. 30. u. 31. D. de constituta pecunia. (18. 5.)

31) L. 16. u. 17. D. de Publiciana in rem act. (6. 2.)

32) *So annua und annalis exceptio* in L. 30. §. 5. D. de peculio. (15. 1.) L. 1. §. 10. D. quando de peculio actio annalis sit. (15. 2.) Von der *exceptio quod vi, clam aut precario* s. Cic. pro Caec. cap. 8. 31. 32. L. 1. §. 11. D. de itinere actuque privato. (43. 19.) L. 7. §. 8. D. quod vi aut clam. (43. 24.) L. 22. §. 2. D. ibid. Vergl. v. Schröder, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß von Linde, Bd. 2, S. 252, und *Simmermann*, der römische Civilprozeß, §. 92, S. 288.

33) L. 2. §. 1. D. 44. 1: *Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones.* L. 22. §. 1. D. ibid.: *Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio.* Vgl. *Albrecht a. a. D.* S. 28—32.

der Schriften der Juristen den civilrechtlichen Vertheidigungsgründen in ihrer Wirkung gleichgestellt worden waren, mußte natürlich der Name *exceptio* ebenfalls seine frühere Bedeutung verlieren. Er wurde nun nach und nach auf alle Vertheidigungsgründe des Beklagten im abschwebenden Prozesse angewendet, und umfaßte in diesem Sinne auch die alten civilrechtlichen Einreden. Als Beleg für diese Behauptung kann die *exceptio non numeratae pecuniae* gelten, nicht gerade jene alte, welche der *stipulatio credendi causa facta* entgegengesetzt wurde, sondern vielmehr die, welche dem vom Kläger producirten Chirographum entgegenstand³⁴⁾, ferner die *exceptio dotis non numeratae*, welche ihrer Natur nach weiter nichts, als eine Anwendung der *exceptio non numeratae pecuniae* auf die Dotalverhältnisse ist³⁵⁾; ferner gehört hierher die völlige Verschmelzung der Ausdrücke *exceptio* und *praescriptio* im Justinianischen Rechte³⁶⁾, welche nach dem Untergange der Präscriptionen, die zu Gunsten des Klägers eingeführt waren, nothwendiger Weise eintreten mußte, seitdem die zu Gunsten des Beklagten im alten Rechte gestatteten Präscriptionen in die Form der Exceptionen übertragen worden waren³⁷⁾; auch gibt Justinian in dem Institutionentitel, welcher speciell die Exceptionen behandelt (4. 13.), die Erklärung ab, daß Exceptionen da stattfinden, wo die *persecutio* des Klägers zwar *iusta*³⁸⁾ (nicht mehr, wie bei *Cajus*³⁹⁾, *ut quis iure civili teneatur*), aber in Bezug auf den Beklagten *iniqua* sei; zugleich rechnet er aber auch die *exceptio nondum natae actionis* zu den dilatorischen Einreden, wenn schon dieselbe früherhin keinen prätorischen Schutz hatte, und keiner Aufnahme in die *formula* bedurfte⁴⁰⁾; endlich findet sich eine Reihe von Einreden in den Justinianisch-römischen Rechtsquellen erwähnt, welche doch nie als eigentliche *exceptiones* gegolten haben können⁴¹⁾. Manche neuere Rechtsgelehrten stellen dieser Beweise ungeachtet den Untergang des alten Begriffes der *exceptio* für das Justinianische Recht in Abrede und behaupten, daß die ursprüngliche Natur dieser Vertheidigungsmittel auch noch nach dem *Corpus iuris civilis* als die geltende angesehen werden müsse⁴²⁾. Die Gründe, auf welche sich die Vertheidiger dieser Ansicht

34) L. 3. 5. 7. 8. 10. 13. 14. C. de n. num. pec. (4. 30.)

35) L. 14. §. 4. C. 4. 30. L. 3. C. de dote cauta, non numerata. (5. 15.)

36) L. 7. C. de praescriptione XXX. vel XL. annorum. (7. 39.) L. 2. C. sententiam rescindi non posse. (7. 50.) Vgl. die Zeitschrift in Dig. XLIV. 1. Cod. VIII. 36.

37) *Cajus*, inst. IV. §. 130—133. Vergl. *Albrecht a. a. D. S.* 79—81.

38) Pr. J. 4. 13.

39) *Cajus*, inst. IV. §. 116.

40) §. 10. J. 4. 13.

41) So ist in c. 14. C. 8. 38. die Rede von *testes undique idonei et omni exceptione maiores*, eben so von Exceptionen gegen die Person der Zeugen in Nov. 90. praef., von der *exceptio, si tutor non est*, in L. 2. C. de eo, qui pro tutore negotia gessit (5. 45.) etc. Vergl. L. 4. C. ad legem Iuliam de adulteris et stupro. (7. 63.)

42) So *Heber* (resp. *Loistenio*), diss. de eo, quod interest inter actio-

berufen, scheinen nicht beweisend zu sein. Justinian, sagt man, habe den Unterschied der *excoptiones* und der civilrechtlichen Einreden in seiner ganzen Compilation hervorgehoben, und namentlich sei in den Institutionen die Lehre von der *exceptio* in derselben Weise dargestellt, wie sie sich bei *Cajus* vorfinde. Allein wenn man die Art und Weise erwägt, wie sich das *Corpus iuris* gebildet, und die Absicht und den Zweck betrachtet, welcher den Kaiser bei der Compilation geleitet hat, so möchte gerade dieser Umstand minder beweisend erscheinen. Auch möchte ich weniger Gewicht auf die besonderen Gründe legen, mit denen man die angeführte Ansicht zu unterstützen pflegt, nämlich auf den Umstand, daß Justinian eigends verordnet habe, es solle die Compensation nunmehr *ipso iure* wirken, daß er überhaupt noch den Gegensatz der *bonae fidei* und *stricti iuris iudicia* hervorgehoben, daß er insbesondere die *haereditatis petitio* ausdrücklich für eine *bonae fidei actio* erklärt, und die an die Stelle der alten *rei uxoriae actio* tretende *ex stipulatu actio* eigends in ein *bonae fidei iudicium* umgeschaffen habe; daß ferner Justinian hinsichtlich der Frauenintercessionen den Unterschied zwischen *ipso iure* und *ope exceptio* neuerlich sancirt haben solle, daß noch zu Justinian's Zeit *correi debendi* gegen die Haftung für die ganze Schuld nur durch die Gestattung der *Exceptio* sicher waren; daß erst Justinian bestimmt habe, die Verjährung solle gegen die Minderjährigen schon *ipso iure* laufen, und daß endlich eingetretener Klagenverjährung ungeachtet der *possessor* — vor Justinian jedweder, nachher nur noch der *malae fidei possessor* — doch nicht Eigenthümer wurde; sondern daß vielmehr der frühere Klageberechtigte das Eigenthum behalte und dasselbe noch auf alle andere Weise, nur gerade nicht mehr mit einer Klage geltend machen könne. Alles Umstände, welche entweder auf irrigen Ansichten über das neueste Justinianische Recht beruhen, oder aber das, was sie beweisen sollen, nicht zu beweisen vermögen⁴³⁾.

Erst jetzt wird es möglich sein, den für die Praxis so wichtigen Unterschied zwischen *exceptivischem* Anführen und *Litiscontestation* zu entwickeln. Zur Zeit der classischen Juristen bezeichnete die *Litiscontestation* den Schlußact des Verfahrens der Parteien vor dem Prätor, also den Zeitpunkt, wo die Instruction des Privatrichters von dem Prätor unter Zuziehung der Parteien durch die *formula* festgestellt und dadurch eine Grundlage für das vor dem Privatrichter abzusehende Beweisverfahren gewonnen wurde⁴⁴⁾. Daß dabei die Parteien die Umstehenden als Zeugen aufriefen, geht theils aus der Zusammensetzung der Worte, theils aus einer speciellen Nachricht bei *Festus*⁴⁵⁾ hervor; doch ist dieß vielleicht

nem ipso iure nullam et ope exceptionis elidendam. Vitemb. 1700. Hübbe, de exceptione rei iudicatae (Jenae 1817), p. 85 sq. v. Ebbt, im Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Bd. 4, S. 146 fg.

43) Vergl. Albrecht a. a. D. S. 82—108.

44) Vergl. Keller, über Litiscontestation und Urtheil nach classischem römischem Rechte, S. 1—66.

45) De V. S. s. v. contestari.

schon zeitig unterblieben, wenn nicht die Stelle ⁴⁶⁾, aus welcher dies geschlossen wird, den Grundsätzen des späteren Rechtes gemäß von den Compilatoren der Justinianischen Rechtsbücher interpolirt worden ist. Als seit dem Wegfall der formulae die Prozesse in der Form der *extraordinaria iudicia* abgesetzt und entschieden wurden, hörte natürlich auch die Bedeutung der *litiscontestatio* als eines eigenen Actes auf. Da sich indes sehr viele, theils materielle, theils formelle Wirkungen aus dem alten Rechte an den Moment der *litiscontestatio* knüpften, welche auch noch im späteren Rechte fortbauerten, so stellte sich für die Praxis das Bedürfniß heraus, einen Zeitpunkt für den vorliegenden Prozeß auszumitteln, an welchen die erwähnten Wirkungen für die Zukunft geknüpft werden konnten. Man half sich in dieser Beziehung mit einer Fiction, und verlegte diese Wirkungen auf den Anfangspunkt des Prozeßes, mit anderen Worten auf den ersten Vortrag der Parteien vor Gericht, welcher der bloßen Eingabe des Klagebells nach einer bestimmten Frist nachzufolgen pflegte ⁴⁷⁾. Und noch später gewöhnte man sich daran, auch diese Fiction zu vergessen, und den genannten ersten Vortrag geradezu als wirkliche *litiscontestatio* zu betrachten, wenigstens herrscht diese Ansicht in den Justinianischen Novellen vor ⁴⁸⁾. Jedenfalls war es dabei nur darauf abgesehen, daß die Parteien damit ihre Streitabsicht vor dem Gerichte zu erkennen gäben ⁴⁹⁾. Dies ergibt sich schon daraus, daß von Seiten des Klägers ohne Rücksichtnahme auf den eingebrachten Libell noch eine besondere *narratio* erforderlich war, daß ferner auf Seiten des Beklagten ein einfacher, genereller Widerspruch genügte, und daß endlich die contestatorische *Narration* und *Contradiction* in den Quellen lediglich als *Solemnität* bezeichnet wird ⁵⁰⁾. Was nun die *litiscontestatio* bisher gewesen, das blieb sie auch in der Doctrin der Glossatoren und in der deutschen Praxis bis zu dem jüngsten Reichsabschiede ⁵¹⁾. Dabei hoben namentlich die Rechtslehrer den Umstand hervor, daß die Einlassung des Beklagten bald *confitendo*, bald *negando* geschehen könne ⁵²⁾. So bestimmt hiernach der Antheil des Beklagten an der *litiscontestatio* auch eine bloße bejahende Antwort sein konnte, so sahen doch schon die ältesten Rechtslehrer das Ungemügende, was darin liegt, ein, und es entging ihnen nicht, daß ein Zugeständniß des Klagerrechtes einen Streit, anstatt denselben herbeizuführen, denselben geradezu verhindern. Da ferner die Absicht des Klägers, den Prozeß zu führen, schon aus der Uebersetzung der Klageschrift hervorging, so fing die Praxis schon frühzeitig an, auf Seiten des Klägers von einer *litiscontestatio* Umgang

46) L. un. C. de litis contestatione. (3. 9.)

47) L. 14. §. 1. C. de iudiciis. (3. 1.) L. 33. C. de donationibus. (8. 54.) L. 2. pr. C. de iureiur. propter calumn. (2. 57.) Nov. 53. c. 3. Nov. 82. c. 10. in fin. Nov. 96. c. 1. Vergl. Keller a. a. D. S. 63. Daraus scheint L. un. C. 3. 9. zu erklären.

48) Nov. 53. c. 3. Nov. 82. c. 10. in fin. Nov. 96. c. 1.

49) Vergl. Albrecht a. a. D. S. 135.

50) Nov. 53. c. 3. §. 2.

51) Siehe Albrecht a. a. D. S. 136.

52) Glossa ad const. 14. §. 1. C. de iud. (3. 1.) ad. cap. 6. X. de exceptionibus. (2. 25.)

zu nehmen, und diesen Begriff mehr auf den Beklagten allein zu beziehen, so daß man gewöhnlich darunter die Erklärung verstand, wodurch derselbe mittelst eines generellen Widerspruches gegen die Klage seine Streitabsicht zu erkennen gibt. So hörte die Litiscontestation nach und nach auf, als ein zweiseitiger Act zu erscheinen, und man definierte sie jetzt als die vollständige Beantwortung des Klagegrundes, aus welcher der Richter zu ersehen hat, inwiefern derselbe zugestanden, oder inwiefern er abgeleugnet worden sei⁵³). Jedensfalls wendete man auf dieselbe die Grundsätze des römischen Rechtes an, daß der Kläger den Grund seiner Klage zu beweisen habe⁵⁴), und verschonte mithin den Beklagten mit der Beweislast in Betreff aller der abgeleugneten Klagepunkte, welche zum Wesen des Klagerrechtes, und mithin zur factischen Begründung der Klage im concreten Falle gehören⁵⁵). Alles Andere scheidet man davon aus und stellt es unter die Kategorie des exceptivischen Vorbringens, dessen Erweis dem Beklagten obliegt. Freilich widerstreitet dieß einigermassen dem reinrömischen Begriffe der Exception, welche nur dann vorhanden ist, wenn der Beklagte das Recht des Klägers an sich nicht bestreitet, aber sich auf anderweitige Umstände beruft, welche der Geltendmachung jenes Rechtes in den Weg treten. Allein im Sprachgebrauche der neueren Juristen hat man sich längst daran gewöhnt, alles das Einrede zu nennen, was der Beklagte vorbringt, um das Klagerrecht des Gegners zu entkräften, insofern es nicht bloß in der Ablehnung der von dem Kläger vorgebrachten Thatsachen, oder in einer Bestreitung seines Rechtsgrundes beruht. Damit hängt die Controverse der neueren Prozeßlehrer zusammen, ob es wirklich verneinende Einreden gebe oder nicht⁵⁶). Am richtigsten unterscheidet man hier zwischen der reinen, d. h. von jeder neuen Darstellung entblößten Verneinung und der negativen Erzählung, welche dann vorhanden ist, wenn die beklagte Partei Nichtereignisse vorträgt, von welchen in der Klage nichts vorgekommen ist, und welche dennoch zum Klagegrunde gehören. Oft freilich ist die negative Erzählung nur der Form nach eine solche, dem Wesen nach aber eine Einlassung, und fällt also keineswegs unter die Rubrik der negativen Einreden. Nämlich, wenn

53) Vergl. Goldschmidt, über Litiscontestation und Einreden (Frankfurt 1812), Abschn. 2, §. 1, Abschn. 8, §. 2; und Albrecht a. a. O. S. 163—166.

54) Vergl. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozeßes (Berlin 1827), S. 321—335.

55) Nach der Regel, daß die factische negative keine Veränderung in der Beweislast begründe, welche schon das römische Recht in L. 23. C. de probat. (4. 19.) u. L. 10. C. de non num. pecunia (4. 30.) anerkennt und das Kirchenrecht bestätigt in cap. 11. X. de probationibus (2. 19.); cap. 12. X. ibid.; cap. 23. X. de elect. et electi pot. (1. 6.); cap. 3. X. de causa possess. et propr. (2. 12.); cap. 5. X. de renunt. (1. 9.); cap. 14. X. de fide instrum. (2. 22.); cap. 1. in VI. de confessis. (2. 9.) Vergl. Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung, S. 220, und besonders Eide, von dem Beweise verneinender Sätze in dessen Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Th. 1, S. 95—142.

56) Vergl. Sartorius, über verneinende Einreden, in Eide's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 13, S. 415 fg.

der Beklagte verneinend eine neue Thatsache vorträgt, welche so wesentlich für die Klage ist, daß sie ohne jene nicht begründet wäre, so ergänzt der Beklagte die Klage mittelst einer neuen Thatsache, und leugnet diese mit der Verneinung ab, wie dieß z. B. bei der sogenannten Einrede des nicht erfüllten Contractes der Fall ist. Hier macht das Schweigen des Klägers in der Klage das Vorbringen des Beklagten nicht zu einer Einrede; denn der Kläger hätte die fragliche Thatsache in der Klage anführen sollen, oder sie muß als stillschweigend und implicite vorausgesetzt angenommen werden. Gehört aber umgekehrt ein Umstand, auf welchen der Beklagte seine Vertheidigung baut, nicht zur Wesenheit des Klagrechtes, so ist er auch im Rechtsinne vom Factum der Klage verschieden; er ist als Anführung eines besonderen, von der Geschichte der Klage verschiedenen Umstandes eine wahre, wenn schon negative Einrede, deren Beweis dem Beklagten obliegt. Zur Erkennung und Beurtheilung derselben im concreten Falle mögen folgende Regeln dienen. Wenn nämlich 1) der Beklagte sowohl die neue Behauptung eines Ereignisses oder Nichtereignisses angeführt hat, und 2) dieß Ereigniß oder Nichtereigniß in logischer Verbindung ein Ganzes ausmachen, so daß das Eine den Obersatz, das Andere den Mittelsatz eines Schlusses constituirte, dessen Untersatz das Gesuch (petitum) ist, dann hat er eine Einrede negativer Natur vorgebracht. Steht dagegen das Positive und Negative in der Geschichtszählung nicht unter sich im nothwendigen, logischen Zusammenhange, und macht es nicht mit einander ein integritendes Ganze aus, ist also die Verneinung wesentlich, die positive Behauptung aber unwesentlich, so daß sie nöthigenfalls wegbleiben könnte, so ist wiederum dem Wesen nach nur eine Einlassung gegeben; die eingemischte Behauptung ist, wo nicht als völlig wirkungslos, nur als Beiwerk und Nebensache, und als unfähig zur Constituirung einer Einrede zu betrachten.

Die wichtigsten Eintheilungen der Einreden sind: 1) in aufschiebende (dilatatoriae) und zerstörlische (peremptoriae). Jenes sind solche, welche nicht auf einem dauernden, sondern auf einem späterhin wegfallenden Grunde beruhen⁵⁷⁾, z. B. die aus dem pactum de non petendo temporale entstehende Einrede, ferner die exceptio litis dividuae und litis residuae, die procuratoriae und cognitoriae exceptiones. Sie verschieben nicht sowohl die Wirkung der angestellten Klage auf eine andere Zeit (denn, sind sie einmal in die Formel aufgenommen und bewiesen, so erzeugen sie die rei iudicatae exceptio, welche gegen jede Nachklage zusteht⁵⁸⁾), sondern sie schieben vielmehr den Gebrauch des dem Gegner zustehenden Klagrechtes auf den Zeitpunkt hinaus, an welchem der Grund der Exception in Wegfall kommt⁵⁹⁾. Daher

57) Caius, inst. IV. §. 122. §. 10. J. de exceptionibus. (4. 13.) L. 2. §. 4. D. 44. 1. L. 3. D. ibid.

58) Caius, inst. IV. §. 123. §. 10. J. 4. 13. Theoph., paraphr. inst. IV. 13. §. 10. u. 11., ed. Reitz. tom. II. p. 881, 884. Daher ist hier Hilfe nur auf dem Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich. L. 15. D. de obligat. et action. (44. 7.) L. 2. D. de except. rei iud. (44. 2.)

59) Differt actionem, sagt Ulpian in L. 2. §. 4. D. 44. 1.

muß der Kläger, welchem eine solche Einrede entgegensteht, bis zu dem zuletzt angegebenen Zeitpunkt warten, sonst verliert er durch die Vorschüßung der Exception sein Klagerrecht unwiderbringlich. Unter peremptorischen Einreden versteht man solche, welche auf einem dauernden, nicht wegfallenden Grunde beruhen, und also durch die Verschiebung der Klage auf einen späteren Zeitpunkt nicht vermieden werden können⁶⁰⁾, z. B. die *exceptio doli mali*, *metus*, *rei in iudicium deductae*, *rei iudicatae*, *quod contra legem* vel *SC. factum sit*, und die aus dem *pactum de non petendo non temporale*. Der Name kommt daher, daß die Gründe, auf welchen sie beruhen, jeden Streit über die Sache definitiv entfernen (*quod rem perimunt*)⁶¹⁾. Ganz verschieden ist die Begriffsklärung der peremptorischen Einreden; welche die neueren Prozeßlehrer, gestützt auf §. 37 des jüngsten Reichsabschiedes, aufgestellt haben⁶²⁾. Einige bezeichnen mit diesem Kunstausdrucke solche Vertheidigungsgründe des Beklagten, welche die Wiederherstellung eines bereits begründeten Rechtsverhältnisses bezielen, und dann wären alle übrigen Vertheidigungsgründe in das Bereich der Klagebeantwortung aufzunehmen. Andere definiren die peremptorischen Einreden als Vertheidigungsgründe, mittelst welcher der Beklagte die an sich begründete Klage in Concreto wegen besonderer Verhältnisse als unstatthaft darstellt. Albrecht⁶³⁾ sucht den Begriff aus der Lehre von der Beweis Theorie zu construiren, und versteht darunter solche vom Beklagten vorgeordneten Thatumstände, welche die aus dem objectiv und an sich begründeten Klagenanspruch für dessen rechtliche Existenz entspringenden Vermuthungen zerstören. — Identisch mit den römischen Begriffen von *dilatoriae* und *peremptoriae exceptiones* sind die *temporales* und *perpetuae exceptiones*⁶⁴⁾, Benennungen, welche von der Zeitwelligkeit und der Dauer des Exceptionsgrundes entlehnt sind. 2) In *exceptiones legitimae* und *honorariae* (auch *praetoriae* genannt). Jenes sind solche, welche sich auf die Vorschrift einer *lex* oder eines anderen Rechtsorganes, welches *legis vicem* obtinet, z. B. auf ein *Senatusconsult* gründen. Dahin gehört die *exceptio legis Cinciae*⁶⁵⁾, ferner *SC. Velleiani* und *Macedoniani*. Wahrscheinlich gab zur Einführung dieser Exceptionen das Civilrecht durch seine *imperfectae leges* und *SC.* Veranlassung, welchen erst der Prätor durch die Gestattung der Exceptionen Wirksamkeit verschaffte. Am belehrendsten sind in dieser Hinsicht die uns erhaltenen Worte des *SC. Velleianum*⁶⁶⁾, welches, ohne eine bestimmte Exception einzuführen, gleichwohl seinen Inhalt den Gerichtsbehörden zu specieller Berücksichtigung empfiehlt.

60) *Caius*, inst. IV. §. 121. §. 9. J. 4. 13. L. 8. D. 44. 1. L. 2. C. *sententiam rescindi non posse*. (7. 50.)

61) §. 9. J. 4. 13.

62) Vgl. Albrecht a. a. D. S. 159—206.

63) X. a. D. §. 38. S. 182—206.

64) §. 9. u. 10. J. 4. 13. L. 3. D. 44. 1. L. 26. §. 3. D. *de cond. indeb.* (12. 6.) L. 40. pr. D. *ibid.*

65) *Vat. fr.* §. 310.

66) L. 2. §. 1. D. 16. 1.

Unter *honorariae* oder *praetoriae exceptiones* versteht man solche, welche nur auf das *ius honorarium* sich gründen. Den römischen Rechtsquellen ist diese Eintheilung der Exceptionen dem Namen nach unbekannt, wenn schon sie der Sache nach daselbst begründet ist⁶⁷). 3) In *excoptiones in ius conceptae* und *in factum conceptae*. Manche neuere Rechtsgelehrte nehmen diese Eintheilung der Exceptionen nach Analogie der Klagen an, und verstehen unter den ersteren solche Exceptionen, welche den Richter ihrer Fassung nach auf einen Rechtsatz verweisen, unter welchen das *Factum* zu subsumiren ist; unter den letzteren aber solche, welche den Richter nicht ihrer Fassung nach auf ein Princip verweisen, sondern nur auf die der Exception zu Grunde liegenden Thatsumstände. Welche Fassung vorzuziehen sei, hing im einzelnen Falle von der Art der Klage, mitunter auch wohl von der größeren oder geringeren Bestimmtheit ab, mit welcher das *Factum* vom Beklagten vorgetragen worden; auf jeden Fall aber, wenn zu wählen war, von dem Willen des Beklagten. So können die *exceptiones legitimae* entweder auf die *lex* selbst verweisen oder *in factum* concipirt sein⁶⁸); so wird ferner die allgemeine *doli exceptio* von der *in factum exceptio* unterschieden, je nachdem nämlich im Allgemeinen gesagt wird, *si non in ea re dolo malo Auli Agorii factum sit*, oder nur darauf verwiesen wird, ob von Anfang an nicht das und das bestimmte *Factum* vorgefallen sei, z. B. ein *pactum de non petendo* abgeschlossen⁶⁹); so wird endlich die *in factum exceptio* in Anwendung gebracht, wenn die Unwissenheit des Klägers jede Berufung auf den *dolus* desselben ausschließt⁷⁰), oder die *Pietät*, welche der Beklagte dem Gegner schuldet, die Erwähnung des *dolus* in der *formula* verbietet⁷¹). Eine ähnliche Unterscheidung mag wohl auch bei den *Replicationen* stattgefunden haben, da auch von ihnen gesagt wird, daß sie *in factum* concipirt werden können⁷²). Der Name *in ius conceptae exceptiones* kommt in den römischen Rechtsquellen nicht vor, auch scheint zur Annahme einer solchen Exceptionsgattung die Analogie der *formulae in ius* und *in factum conceptae* wenig geeignet, da die Eigenthümlichkeit der ersteren gerade in der auf das *ius civile* gegründeten Intention besteht⁷³), und die Exceptionen alle prätorischen Ursprungs, und insofern *in factum* concipirt sind, wie sie auch manchmal heißen⁷⁴). Der spe-

67) *Caius*, inst. IV. §. 118. §. 7. J. 4. 13. L. 3. D. 44. 1. In der zuletzt genannten Stelle kommt die *exceptio* vor *si quid contra leges Senatusev consultum factum esse dicatur*. — Der Ausdruck *praetoriae exceptiones* bei *Cic.*, de invent. rhet. II. 19., deutet nicht bloß auf die Einreden, welche aus der Jurisdiction des Prätor stammen, sondern auf alle hin.

68) *Vat. fr.* §. 310.

69) L. 2. §. 4. D. 44. 4. L. 4. §. 32. D. *ibid.* §. 1. J. 4. 13.

70) L. 2. §. 5. D. 44. 4.

71) L. 4. §. 16. D. 44. 4.

72) L. 14. D. de *fideius.* et *mandat.* (46. 1.) L. 28. C. de *transac-*
tionibus. (2. 4.)

73) *Caius*, inst. IV. §. 45 u. 46.

74) L. 2. §. 5. D. 44. 4. L. 1. §. 4. D. de *exceptione rei venditae*
et *traditae.* (21. 3.) L. 4. §. 32. D. 44. 4. L. 20. pr. D. de *interroga-*

cielle Gegensatz der *doli exceptio* und der *exceptio legis Cinciae* erklärt sich aus der Bemerkung, daß in *factum conoceptae formulae* diejenigen heißen, in welchen das der Klage zu Grunde liegende Factum speciell erwähnt und nur darauf, nicht aber auf das der Klage zu Grunde liegende Recht die Condemnation gegründet wird⁷⁵⁾. Ganz verschieden von der hier erörterten Eintheilung der Einreden ist die Unterscheidung der neueren Rechtsgelehrten zwischen 4) *exceptiones iuris seu actionis* und *facti seu intentionis*. Jenes sind nach der einstimmigen Lehre der älteren Prozessualisten⁷⁶⁾ diejenigen Einreden, mittelst deren der Beklagte das Klagerrecht entweder als gar nicht entstanden oder als hinterher *ipso iure* wieder aufgehoben darstellt. In diesem Falle sei nämlich keine *obligatio* und keine *actio* vorhanden; der Kläger habe gar kein Recht zu klagen, er klage mithin in *via facti, de facto tantum, et intendere* nur, ohne eine rechtliche Befugniß dazu zu haben. Dieses hingegen waren ihnen die Einreden, welche das Dasein des Klagerrechtes voraussetzten, mit denen aber der Beklagte gleichwohl die Losprechung zu erwirken vermöge, indem hier das Klagerrecht, wenn auch immer nicht *ipso iure*, doch *ope exceptionis* wirke. Die erstere Classe von Einreden nannte man *exceptiones, quae rem ipso iure perimunt*, die andere dagegen *exc., quae rem ope exceptionis perimunt*; erstere waren ihnen *Exceptio*nen im weiteren, letztere im engeren Sinne. Es beruht diese Eintheilung auf einem völligen Mißkennen der charakteristischen Merkmale der römischen *exceptio*. Gleichwohl hat diese Doctrin in den wissenschaftlichen Arbeiten mehrerer Jahrhunderte Wurzel geschlagen und dazu Veranlassung gegeben, bestimmte Wirkungen mit jeder Classe der *Exceptio*nen zu verbinden. Den sogenannten *exceptiones iuris* legte man fast einstimmig folgende Wirkungen bei, daß sie den Prozeß gleich von Anfang an verhindern; daß der Richter zu ihrer Berücksichtigung auch alsdann solle befugt sein, wenn der Beklagte den *Exceptionsgrund* nicht ausdrücklich vorbringt; daß man das Vorbringen derselben bis zu dem Endurtheile erlaubte, während Einreden der anderen Classe nur zu Anfang opponirt werden sollten, und endlich, daß sie auch nach bereits erlassener Sentenz sollten vorgeschützt und dadurch die Execution verhindert werden können. Gleichwohl fand man kein Bedenken, die römisch-rechtlichen Grundsätze über die *Exceptio*nen auf beide Classen von Einreden anzuwenden, namentlich folgende: *reus in exceptione actor*; *reus exceptionem probare debet*; *qui exceptione utitur, non fatetur*; *nemo pluribus exceptionibus uti prohibetur, quamvis diversae sint*. Zu den *facti exceptiones* rechnete man namentlich die *exceptio transactionis*⁷⁷⁾, *rei indicatae*,

tionibus in iure faciendis. (11. 1.) L. 27. D. de pecunia constituta. (13. 5.) L. 20. D. de SC. Macedoniano. (14. 6.) L. 1. §. 4. D. de superficiebus. (43. 18.) L. 9. C. de non numerata pecunia. (4. 30.)

75) *Caius*, inst. IV. §. 46.

76) Schon in der Glosse ad fr. 2. pr. D. de exceptionibus und ad fr. 74. §. 2. D. de iudiciis, finden sich Spuren dieser Ansicht. Vergl. *Albrecht a. a. D. S. 117*.

77) *Arg. L. 10. C. de transactionibus*. (2. 4.) L. 16. C. *ibid.* L. 23. §. 3. D. de conditione indebiti. (12. 6.)

wozu die Pandektenstellen Veranlassung gaben, welche das Iudicat gleich dem Transacte behandeln ⁷⁸⁾, solutionis, acceptilationis ⁷⁹⁾, und novationis, und da man von ihnen namentlich die Ausdrücke finita, lia finita ⁸⁰⁾, gebraucht fand, so nannte man sie auch exceptiones litis finitae. Daß man auch die exceptio iurisiurandi und praescriptio- nis dahin rechnete, beruht freilich nur auf einer willkürlichen Annahme der neueren Rechtsgelehrten, zu welcher man sich deshalb für berechtigt hielt, weil von der erstgenannten Einrede berichtet wird, daß der Prator ihret- halben die actio denegirt habe ⁸¹⁾, und in Betreff der letzteren glaubte man, daß in einigen Stellen der Ausdruck res finita auf die Verjährung bezogen werde ⁸²⁾. Für die neueren Zeiten ist der hier erörterte Unter- schied zwischen exceptiones facti und iuris ohne praktische Bedeutung, und er wird daher von den neueren Prozeßlehrern nur hier und da, und zwar gewöhnlich in historischer Rücksicht erörtert. 5) In exceptiones personae und rei cohaerentes ⁸³⁾. Jenes sind solche, welche auf die Person des ersten Erwerbers beschränkt sind, und deshalb nicht auf An- dere übergehen, z. B. die Einrede der Competenz, welche dem Gesellschaf- ter, dem Parens oder dem Patron zu statten kommt; ingleichen die Ex- ceptionen, welche aus Delicten einer bestimmten Person entspringen. Da- her wird von ihnen gesagt, daß sie nur dem Hauptschuldner, nicht aber dem Bürgen zu statten kommen. Dieses hingegen sind solche Exceptionen, welche nicht allein auf die Person des ersten Erwerbers sich beschränken, sondern auch den Bürgen und Anderen, welche für die Hauptobligacion accessorisch verpflichtet sind, zu Gute kommen, wie die exceptio rei iu- dicatae, doli mali, iurisiurandi, metus etc. Als eine Eigenthümlich- keit dieser Einreden wird es bezeichnet, daß dieselben auch gegen den Sin- gularsuccessor, z. B. gegen den Käufer der Sache, angewendet werden können ⁸⁴⁾. Eine ganz verschiedene Bedeutung haben in den römischen Rechtsquellen die Ausdrücke in rem opponitur exceptio, exceptio in rem scripta est, welche gebraucht werden, um die allgemeine Fassung einer Exception zu bezeichnen, im Gegensatz der in der formula ange- deuteten Beschränkung auf eine bestimmte, genannte Person. So heißt es z. B. von der exceptio quod metus causa, sie sei deshalb in rem scripta, weil sie nicht auf den vom jetzigen Kläger ausgegangenen Zwang ausdrücklich beschränkt sei, und mithin auch der von anderen Personen in Betreff des vorliegenden Geschäftes ausgegangene Zwang der allgemeinen Fassung der formula noch in Betracht kommen könne ⁸⁵⁾. So heißt es

78) L. 229. D. de V. S. (50. 16.) L. 13. pr. D. indicatum solvi. (46. 7.) L. 1. §. 12. D. ad SC. Tertullianum et Orphitianum. (38. 17.)

79) L. 13. pr. D. 46. 7. L. 229. D. 50. 16.

80) L. 13. pr. D. 46. 7. L. 1. §. 12. D. 38. 17. L. 2. §. 2. D. ne de statu defunctorum. (40. 15.)

81) L. 9. pr. D. de iureiurando. (12. 2.)

82) L. 1. §. 12. D. 38. 17. L. 230. D. 50. 16. L. 2. §. 2. D. 40. 15.

83) L. 7. pr. u. §. 1. D. 44. 1. L. 4. §. 27. D. 44. 4.

84) L. 4. §. 27. D. 44. 4.

85) L. 4. §. 33. D. 44. 1.

ferner, daß die *exceptio* von Seiten des Klägers nicht in rem gesagt werden könne, da in derselben ausdrücklich erwähnt werden müsse, wer die ungerechte Handlung vollbracht habe⁸⁶⁾; von Seiten des Beklagten aber werde sie in rem opponiert, da hier nicht speciell ausgedrückt werde, gegen welche Person der *dolus* begangen worden, sondern: ob überhaupt derselbe Einfluß auf das vorliegende Geschäft gehabt habe⁸⁷⁾. Eine ähnliche Beziehung hat vielleicht auch der Ausdruck *exceptio vulgaris rei indicatae*, welcher sich bei den Popularklagen gebäuhet findet, um die Exception zu bezeichnen, welche jeder spätern Klage entgegensteht, wenn aus demselben Grunde schon früher eine Klage angestellt und in Folge derselben ein Urtheil gefällt worden ist⁸⁸⁾. In den vaticanschen Fragmenten⁸⁹⁾ wird der Ausdruck *popularis exceptio* ebenfalls so gebraucht, daß man darunter eine Einrede zu verstehen hat, welche *actio* nicht allein dem ersten Erwerber, sondern auch seinen Erben und denen, welche für die Hauptobligation *accessorisch* verpflichtet sind, zu Statten kommt. Schröter⁹⁰⁾ erklärt die Ausdrücke *vulgaris* und *popularis exceptio* für synonym, wenn schon aus den angeführten Stellen deutlich hervorgeht, daß der erste nur im passiven, der zweite nur im activen Sinne angewendet worden, auch es sonst immerhin zweifelhaft bleibt, ob die genannten Ausdrücke überhaupt trennlich sind. 6) In *directas exceptiones* und *utiles*. Jenes sind solche Einreden, welche für den Fall, auf welchen sie angewendet werden, von Anfang an eingeführt worden sind; dieses hingegen solche, die für den Fall, auf welchen sie angewendet werden, nicht gleich von Anfang an eingeführt, sondern erst durch die Interpretation der Rechtsgelehrten ausgedehnt worden sind⁹¹⁾. Der Ausdruck *directas exceptiones* kommt in den römischen Rechtsquellen nicht vor; er ist nach Analogie der *directas actiones*, im Gegensatz der *utiles*, der ausgedehnten Klageformeln gebildet⁹²⁾. Die geschichtlichen Gründe, welche die Einführung der *utiles exceptiones* veranlassen, sind hauptsächlich folgende. Durch die lange Reihe inhaltvoller Edicte war das wesentliche Bedürfnis für die Aufstellung einzelner Exceptionen allmählig erschöpft worden, und zudem boten dieselben noch die allgemeine *doli exceptio*, welche für alle einzelnen Fälle der Billigkeit ausreichte und als Aushilfe galt⁹³⁾. Somit war denn schon durch die Edicte immerhin vorgesorgt, wenn sie auch den einen oder den andern Fall nicht specifisch als exceptionswürdig bezeichnet hatten, und es wird begreiflich, daß die Productivität der Prätoren hinsichtlich der Verleihung

86) L. 2. §. 1. D. 44. 1.

87) L. 2. §. 2. D. 44. 1.

88) L. 3. pr. D. de popularibus actionibus. (43. 23.)

89) Vat. fr. §. 256.

90) De popularibus seu vulgaribus exceptionibus ad legem Cinciam in observationibus ar. V.

91) L. 21. D. de praescriptis verbis. (19. 5.) L. 13. §. 2. D. de pignori et hypoth. (20. 1.) L. 41. D. de minor. XXV annis. (4. 4.)

92) Auch bei Replicationen kommt eine ähnliche Ausdehnung vor, z. B. in L. 28. D. de noxalibus act. (9. 4.) ist von einer *utilis doli replicatio* die Rede.

93) L. 2. §. 5. D. 44. 4. L. 25. §. 2. D. de pactis. (2. 14.)

neuer Exceptionen alsbald aufhörte. Nunmehr entstanden keine eigentlich neuen Exceptionen mehr, sondern in concreten Fällen, für welche sich im Edicte selbst keine passende *exceptio* ausmitteln ließ, und für welche wegen des Vorwaltens persönlicher Verhältnisse die *doli exceptio* nicht gebraucht werden konnte, wurde eine in *factum exceptio edictalis* utiliter accommodirt, und dieß ist der Ursprung der *utiles exceptiones*. Daraus erklärt es sich von selbst, wie dieselben nur in *subsidium* ertheilt wurden, d. h. wenn keine andere von den bekannten Exceptionen ausreichte, und gleichwohl das vorhandene praktische Bedürfnis, die Gestattung eines solchen Rechtsmittels zu erfordern schien⁹³). So vertraten in diesen Zeiten die *utiles exceptiones* die Stelle der neuen Exceptionen. Der Name hängt jedenfalls mit *utilitas*, d. h. das praktische Bedürfnis, welches ihre Einführung veranlaßte, zusammen. Ungewiß bleibt es freilich immerhin, ob dergleichen Exceptionen nach Analogie der *utiles actiones* gebildet waren, d. h. eine *factio* in ihrer Conception enthielten. Man könnte versucht sein, den öfters bei den classischen Juristen vorkommenden Gegensatz von *exceptio* und *actio utilis* zur Unterstützung einer solchen Annahme zu benutzen⁹⁴), wenn schon derselbe eher auf die materielle Verhältnisse derselben, als auf die formelle Conception sich zu beziehen scheint.

Die Stellung, welche die Exceptionen in dem System des römischen Rechtes einnehmen, ist eine selbstständige und zeigt sich nicht allein in objectiver Rücksicht, d. h. im Gegensatze von anderen Rechtsmitteln, z. B. der *actio*, dem *interdictum* u. s. w., sondern auch in subjectiver, d. h. in den Verhältnissen des Beklagten dem Kläger gegenüber im Prozesse, sofern sie sich auf den exceptivischen Thatumstand stützen. In objectiver Beziehung wird zunächst der Umstand von Bedeutung, daß die Exceptionen zum Schutze von Rechtsverhältnissen ursprünglich dienten, aus welchen eine *actio* überall nicht gegeben wurde. Ein solches Rechtsverhältnis nannte man *obligatio*, *quae habet auxilium exceptionis*, im Gegensatze der *obligatio, quae petitionem habet*⁹⁵). Erst später wurde es gewöhnlich, aus den Obligationen, welche eine Klage zulassen, auch eine Exception zu gestatten. Diese Regel, welche schon zu den Zeiten der classischen Juristen feststand⁹⁶), scheint nur eine Anwendung des allgemeinen Principis *non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere* zu sein, da man sich allmählig daran gewöhnte, die Exception als ein münd-

93) L. 21. D. 19. 5: *Quoties deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est.*

94) L. 21. D. 19. 5. L. 13. §. 2. D. 20. 1.

95) L. 94. §. 3. D. de solutionibus et liberat. (46. 3.) An anderen Stellen bezeichnen freilich ähnliche Ausdrücke Obligationen, welche durch eine ihnen entgegenstehende *exceptio perpetua* unwirksam gemacht werden kann. L. 95. §. 2. D. de solutionibus. (46. 3.) L. 15. C. ad SC. Vellei. (4. 29.)

96) L. 166. §. 1. D. de diversis regulis iuris (50. 17.): *Cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit (Ulpianus, lib. 70. ad Edictum).* Anwendungen dieses Satzes finden sich in L. 1. §. 4. D. de superficiebus. (43. 18.) L. 59. pr. u. §. 1. D. de adilicio edicto. (21. 1.) L. 8. §. 13. D. de inoff. test. (5. 2.)

res Rechtsmittel, und als einen Theil heractio anzusehen. Doch versteht es sich dabei von selbst, daß aus demselben Grunde nicht auf denselben Gegenstand gerichtet, niemals Klage und Einrede gleichzeitig derselben Person zustehen können; denn dies würde, in sich widersprechend sein, da die Klage eine Veränderung des bestehenden Zustandes, die Einrede aber die Beibehaltung desselben bezweckt⁹⁷⁾. — In subjectiver Beziehung zeigt sich die selbstständige Stellung der Exception besonders insofern, als der Beklagte, welcher die Exception geltend macht, insofern er dies thut, als Kläger behandelt wird, und mithin auch die Last des Beweises des exceptivischen Vorbringens übernehmen muß⁹⁸⁾, gerade so wie der Kläger dem Inhalt der intentio zu beweisen hat. Der Grund dieses Axioms liegt in der ursprünglichen Bedeutung der exceptio. Durch die Verleihung einer Exception sollte dem Kläger die Geltendmachung seines civilrechtlichen Anspruches nicht erschwert werden, und es sollten ihm wegen der berücksichtigten Billigkeitsverhältnisse keine weiteren prozessualischen Lasten aufgebürdet werden, als die, welche ihm sonst oblagen, wo ein dergleichen Billigkeitsverhältnis nicht in der Mitte lag. Später als man den Begriff der Exception auch auf die civilrechtlichen Thatumstände, welche der Klage entgegenstehen, ausdehnte, blieb man bei dem oben angedeuteten Grundsatz stehen, da ja auch die civilrechtlichen Thatumstände, welche die Wiederaufhebung eines entstandenen Klagerachtes bezielten, von dem Beklagten erwiesen werden mußten⁹⁹⁾.

Das prozessualische Verfahren, welches bei der Vorführung der Exceptionen stattfand, hängt genau mit der Geschichte dieses Rechtsmittels und seiner Stellung im Systeme des römischen Rechtes zusammen. Es kam nämlich bei dem exceptivischen Schutze zunächst darauf an, ob der Kläger den Thatumstand, um deswillen der Beklagte die prätorische Hilfe ansprach, in iure vor dem Prætor einbekannte oder nicht. Im ersten Falle wies der Prætor dem Kläger mit der Geltendmachung seines Anspruches gleichsam von der Schwelle zurück, ohne daß er über die Richtigkeit des letzteren eine Verhandlung mehr gestattete, und selbst, wenn der Beklagte das Klageracht bereits einbekannt hatte, wurde er doch nicht als confessus in iure behandelt¹⁰⁰⁾. Dabei äußerte sich der Prætor ganz nicht darüber, daß er das Recht des Klägers nicht anerkenne, sondern er sah es nur so an, als ob ein Civilanspruch gar nicht vorhanden gewesen wäre; er gab dem Kläger die an sich begründete actio nicht und verweigerte ihm das iudicium (denogat actionem). In die Bestellung eines iudex und die Conception einer formula war in diesem Falle überall nicht zu denken. — Wurde dagegen der zu schützende Thatumstand

97) Calus, inst. IV. §. 2 u. 3, vergl. mit IV. §. 116—118. L. 51. D. de obligat. et act. (44. 7.) L. 2. pr. u. L. 22. pr. D. de exceptionibus. (44. 1.) Vergl. Büchel, über die Wirkung des Klagenverjährung in dessen civilistischen Erörterungen, Bd. 1, S. 8—10.

98) L. 1. D. de exceptionibus. (44. 1.) L. 19. pr. D. de probationibus et praesumptionibus. (22. 3.) L. 25. §. 2. D. ibid.

99) L. 25. §. 2. D. 22. 3.

100) L. 9. pr. D. de iurjurando. (12. 2.)

des Beklagten nicht sofort durch des Klägers Beseitigung (101). Dann mußte, weil sich der Praetor mit der näheren Untersuchung der Sache nicht befaßte, ein Iudex bestellt, eine formula ertheilt, und demselben die Untersuchung und nach deren Ergebnissen die Entscheidung der Sache darin aufgetragen werden. Da indes der Iudex in der formula auch auf die civilen Vorbedingungen der Beurtheilung und Bessprechung im Allgemeinen verweisen war, zur Berücksichtigung von Billigkeitsgründen: *contra bonam fidem* keine Vollmacht hatte, so war es notwendig, daß der Praetor ihn in der concreten Instruktion speziell ermächtigte, diesen oder jenen Billigkeitsgrund des Beklagten zu berücksichtigen; sonst dürfte ihn der Iudex überhaupt nicht berücksichtigen und bei der Entscheidung der Sache berücksichtigen. Ein abgedrängtes Verfahren trat dann ein, wenn der Beklagte das Geanderte der Intention, d. h. den Klagenanspruch des Klägers einräumte; dann beschränkte sich das Subiectum lediglich auf die Untersuchung des Exceptiongrundes, und von dem Merkmale der Klage war überall nicht weiter die Rede (101). In diesem Falle schloß sich die *exceptio* nicht, wie gewöhnlich, an die *intentio* des Klägers an; sondern es wurde der Klagenanspruch wohl lediglich als *demonstratio* der formula aufgeschrieben und durch einen *inter* Einschubung der *exceptio* als *condemnatio* angehängt; überhaupt der Iudex durch die formula nur zur Untersuchung der Wichtigkeit des Exceptiongrundes angewiesen, so daß die Rücksichtnahme des letzteren die einzige Vorbedingung der Beurtheilung wurde. Die Auslassung des Klagenanspruches als *intentio* rechtfertigt sich schon dadurch, daß es nicht nur überflüssig, sondern für den Kläger sogar nachtheilig gewesen wäre, wenn dem Iudex noch die Untersuchung über die Existenz des Klagenanspruches ungeachtet des schon vorliegenden Geständnisses würde aufgetragen worden sein.

Wo die Aufnahme der *exceptio* in die formula nöthig war, erscheint dies als ein rein formelles Requisit, welches durch die Geschichte des Rechtsmittels am einfachsten erklärt wird. Da nun die formula unter Einwilligung der Parteien durch die *litis contestatio* festgestellt wurde, so ergibt sich für alle Exceptionen die allgemeine Regel, daß dieselben im ersten Theile des gerichtlichen Verfahrens, welches vor dem Praetor (*in iure*) abgesetzt wurde, vorgeschützt werden mußten, wenn sie eine Berücksichtigung in der formula und in dem Beweisverfahren, welches vor dem Iudex abgesetzt wurde (*in iudicio*), erhalten sollten. Ein Nachbringen solcher Exceptionen war in älterer Zeit, wo das formelle Element des Processes das materielle überwog, überhaupt nicht möglich. Zu Cajsus Zeiten machte man eine Ausnahme in Betreff der *peremptoria* Einreden, welche auf dem Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stets nachgebracht werden konnten, daher die Regel *semper peremptoria exceptio nocet* (102). Versteht sich indes, nur bis zur Fällung des Endurtheiles, da überhaupt nur bis zu diesem Zeitpunkt eine Berücksichtigung solcher Einreden möglich erschien. In den

101) L. 9. C. de exceptionibus. (8. 86.)

102) Caius, inst. IV. §. 125.

Prätorischen Rechtsquellen wird allgemein die Regel ausgesprochen, daß peremptorische Einreden, welche bei der *litis contestatio* vergessen worden sind, bis zur Fällung des Endurtheiles nachgebracht werden können, ohne daß es einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedürfte¹⁰³⁾, und die Kaiser Diocletian und Maximian berufen sich zur Begründung dieser Regel auf den Inhalt des *edictum perpetuum*¹⁰⁴⁾. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand war nur dann nothwendig, wenn der Exceptiionsgrund erst nach gefällter Sentenz geltend gemacht werden sollte¹⁰⁵⁾. Von den dilatorischen Einreden ward es schon zu Caius Zeiten bezweifelt, ob sie, falls sie nicht in *iure* vorgebracht und in die *formula* eingefügt worden waren, auf dem Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgebracht werden könnten¹⁰⁶⁾, und in dem Codex wird mehrmals ohne Berücksichtigung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, eingeschäfft, daß dilatorische Einreden am Anfang des Proceßes vorgeschützt werden müssen¹⁰⁷⁾.

Was die resulative Wirkung der Exception anbetrifft, so liegt es schon in dem Wesen und Zwecke derselben, daß der Beklagte von der Klage losgesprochen werde¹⁰⁸⁾. Doch kommt sie in dieser Beziehung nicht den civilrechtlichen Verteidigungsgründen gleich, welche das Klagerrecht absolut zerstören, sondern der Prätor mußte sich mit einer relativen Wirkung begnügen. Daher bewirkt die auf den Grund einer Einrede erfolgte Losprechung des Beklagten nicht das Aufheben des Klagerrechtes für sich, sondern sie war nur eine Vereitelung der Durchsetzung desselben im concreten Proceß, sie war kein *tollere actionem*, sondern nur ein *elidere, excludere* des Klagersanspruches, daher die Exception auch oft als *exclusio* bezeichnet wird¹⁰⁹⁾. War aber einmal die Condemnation durch die Exception elidirt, so bedurfte es für den Beklagten auch in formeller Rücksicht eines nachhaltigen Schutzes, um ihn gegen die erneute Klage des Klägers zu schützen. Dieser Schutz wurde zur Zeit der classischen Juristen in den *iudicia*, *quae imperio continentur*, ingleichen in den *iudicia legitima*, wo eine in *rem* oder in *factum* actio vorlag, dem Beklagten durch die *exceptio rei iudicatae* gewährt, da man in diesen Fällen annahm, daß die ins *Judicium* deducirte Obligation *ipso iure* fortbauere und späterhin von dem Kläger wiederum in der Form der Klage geltend gemacht werden könne¹¹⁰⁾. In den *iudicia legitima*, welche eine in *ius* concipirte in *personam* actio enthielten¹¹¹⁾, inglei-

103) L. 2. C. *sententiam rescindi non posse.* (7. 50.) L. 4. C. 8. 36. L. 8. C. *ibid.* L. 9. C. *de praescriptione longi temporis.* (7. 33.)

104) L. 2. C. 7. 50.

105) L. 2. C. 7. 50.

106) Caius, *inst.* IV. §. 125.

107) L. 12. C. *de exceptionibus.* (8. 36.) L. 19. C. *de probationibus.* (4. 19.) L. 13. C. 8. 36.

108) Caius, *inst.* IV. §. 119. L. 2. pr. §. 2. D. 44. 1. L. 17. D. *de evictionibus.* (21. 2.)

109) L. 2. pr. §. 1 u. 2. D. 44. 1.

110) Caius, *inst.* III. §. 181; IV. §. 103—107.

111) Caius, *inst.* IV. §. 107. Daraus ist die schärfste allgemeiner sprechende Stelle Cai. III. §. 181, zu erklären.

chen in den *legis actiones* ¹¹²⁾ bedurfte es eines solchen Rechtsmittels überall nicht, da hier das in das *Judicium* deducirte Klagerecht *ipso iure* extosc, mithin von einer Nachklage von Seiten des früheren Gegners gegen den Beklagten nicht weiter die Rede sein konnte. Im Justinianischen Rechte, wo der Unterschied der *iudicia legitima* und *quasi imperio continentur* völlig verschwunden ist, ist die *exceptio rei iudicatae* das allgemeine Rechtsmittel geworden, wodurch der Beklagte gegen die spätere Klage geschützt wird, wenn er im früheren Prozesse durch die Vorschüßung einer Einrede und durch den Beweis derselben die Condemnation von sich abgewendet hat. Am deutlichsten wird dies aus der Darstellung der Sache bei Theophilus ¹¹³⁾. Dieser Schriftsteller sagt nämlich, es sei eine Regel des alten Rechtes, daß jede vorgeschüßte und bewiesene *exceptio dilatoria* eine *peremptoria* *exceptio* hervorbringe, und diese *peremptoria* nennt er gleich vorher *την rei iudicatae απαγορην*. Eine Ausnahme von dieser Regel trat nach einer Constitution Beno's bei der *plus petitio temporis* ein. Denn wenn schon der Kläger auch hier für den vorliegenden Prozeß sachfällig wird, so verliert er doch nicht ganz und gar das Recht, den bereits ins *Judicium* deducirten Anspruch späterhin durch eine neue Klage geltend zu machen, doch muß er mit der Anstellung der neuen Klage doppelt so lange warten, als er zu früh geklagt hatte, und zwar gegen Erstattung der Kosten des früheren Prozesses ¹¹⁴⁾. Daraus ergibt sich von selbst, daß für diesen Fall die *rei iudicatae exceptio* unwirksam war. — Fragen wie nach den materiellen Wirkungen der einmal vorgeschüßten und bewiesenen Einrede, so enthalten dieselben nichts Besonderes, sondern erklären sich einfach aus der Natur des *Judicium*s. Da wo die *exceptio rei iudicatae* nothwendig wurde, äußert sie alle Wirkungen der *exceptiones peremptoriae*, zu denen sie gerechnet wird ¹¹⁵⁾, d. h. es wird durch die Vorschüßung derselben jede spätere Realisirung des einmal abgeurtheilten Rechtes unmöglich gemacht. Daher auf Seiten des Gläubigers die spätere Klage geradezu als nichtig in den römischen Rechtsquellen bezeichnet wird ¹¹⁶⁾; daher gesagt wird, daß sein Klagerecht durch die *Exception* verloren worden sei ¹¹⁷⁾, und eben deshalb wird ihm der Name eines *Creditor* abgesprochen ¹¹⁸⁾. Auf Seiten des Schuldners, welcher die *Exception* erwirbt, wird gesagt, daß seit Entstehung derselben eine *Obligation* gar nicht mehr vorhanden sei ¹¹⁹⁾, daß sie nach dem *ius honorarium* aufgehoben worden ¹²⁰⁾, und daß endlich eine *Nichtschuld* vorliege, wenn dasjenige gezahlt

112) *Caſus*, inst. IV. §. 108.

113) *Paraphr.* inst. IV. 13. §. 10. ed. Reitz tom. II. p. 881. §. 11. p. 884.

114) §. 10. J. 4. 18. ibique Theoph., tom. II. p. 882.

115) L. 3. D. de *exceptionibus*. (44. 1.) Theoph. *paraphr.* inst. IV. 13. §. 10 u. 11. ed. Reitz tom. II. p. 881, 884.

116) L. 7. §. 8. D. de *dolo malo*. (4. 3.)

117) L. 69. pr. D. ad *SC. Trebellianum*. (36. 1.)

118) L. 55. D. de *V. S.* (50. 16.)

119) L. 20. §. 3. D. de *liberali causa*. (40. 12.)

120) L. 5. C. de *pactis*. (2. 3.)

was, was wegen einer entgegenstehenden *exceptio perpetua* nicht realisiert werden könne¹²¹⁾. Mit diesen Ansichten hängt es zusammen, wenn anderwärts berichtet wird, daß über eine solche Obligation kein Constitut eingezogen werden konnte¹²²⁾, und daß sie nicht zur Compensationseinrede benutzt werden könne¹²³⁾. — Mit diesen Ansichten der römischen Juristen über die Wirkungen der peremptorischen Einreden, insbesondere der des gefällten Urtheiles hängt auch das Verfahren zusammen, welches der Kläger zu beobachten hatte, wenn seiner Klage eine dilatorische Einrede entgegenstand. Es blieb ihm hier weiter nichts übrig, als zu warten, bis der Grund der Einrede von selbst weggefallen war¹²⁴⁾. Denn wollte er früher klagen, so verlor er seinen ganzen Anspruch, er mochte die Einrede einräumen oder nicht, da er im ersten Falle sofort mit der Klage abgemacht wurde; im letzteren es die Folge des geführten Beweises war, daß aus der consumirten dilatorischen Einrede die dauernde *exceptio rei iudicatae* entstand.

Die *iudicia legitima* verloren sich ganz und gar, und so kam es nach und nach dahin, daß jedes Urtheil *ope exceptionis* geltend gemacht wurde. Als späterhin die Formularprocedur, theils durch die Verordnungen von Diocletian und Maximian, theils durch die der Söhne Constantins des Großen aufgehoben, und es gewöhnlich wurde, daß die Magistrate die Prozesse in eigener Person verhandelten, untersuchten und entschieden, ohne einen Jurer zu bestellen, so konnte zwar von einer Aufnahme der Exception in die Formel überall nicht mehr die Rede sein, doch blieben die Grundsätze, welche sich über die Geltung der Exceptionen entwickelt hatten, auch noch im Justinianisch-römischen Rechte fortbestehen, wenn schon von einer Bevollmächtigung des Prozeßrichters, die Exception zu untersuchen, nicht weiter die Rede sein konnte. Damit ist insbesonders noch keineswegs gesagt, daß es demselben allgemein zur Pflicht gemacht worden sei, Exceptionsgründe zu berücksichtigen, welche nicht in die Formel gebracht worden waren¹²⁵⁾. Vielmehr läßt sich schon aus den Codexstellen, welche von den dilatorischen Einreden berichten, daß sie am Anfang des Prozesses vorgeschützt werden mußten, wenn sie überhaupt Berücksichtigung verdienen sollten, das Gegentheil erweisen, wenn man sie nur von dem Standpunkte des Justinianischen Rechtes aus erläutert.

Die bisher beschriebenen Wirkungen der Exceptionen in Betreff der Abwendung der Verurtheilung von dem Beklagten hingen mit der hypothetischen Natur derselben und ihrer Stellung in der Formel zusammen. Dabei versteht es sich nach den allgemeinen Regeln, welche von dem Beweisverfahren gelten, von selbst, daß, wenn die vorgeschützte Exception vom Beklagten nicht erwiesen wurde, sie nicht weiter beachtet wurde.

121) L. 26. §. 3. D. de conditione iudicati. (12. 6.) L. 40. pr. D. ibid. L. 43. D. ibid. L. 34. §. 11. D. de solutionibus. (46. 3.)

122) L. 3. §. 1. D. de pecunia constituta. (13. 5.)

123) L. 14. D. de compensationibus. (16. 2.)

124) §. 10. J. de exceptionibus (4. 13.) ibique Theoph. ed. Reitz. tom. II. p. 882, §. 11. p. 883.

125) Aeltere Meinung ist Albrecht a. a. D. S. 71.

Auch wird im Allgemeinen vorausgesetzt, daß die Billigkeit der Exception nicht durch einen neu hinzutretenden Umstand aufgehoben worden. So wenig nämlich das Civilrecht gemißbraucht werden sollte, um eine unbillige Condemnation zu erwirken, eben so gerecht mußte es erscheinen, daß die Berufung auf die *aequitas*, wie es bei den Exceptionen der Fall war, denjenigen versagt wurde, welche sich derselben nur als eines Mittels bedienten, um der anderen Partei ihr gutes Recht zu vereiteln. In diesem Falle, wo dem Kläger ein Billigkeitsgrund gegen die Exception zur Seite stand, wurde derselbe in die formula der Exception gegenüber aufgenommen¹²⁶⁾ und *replicatio* (bei den neueren Rechtsgelehrten auch *replica*) genannt, weil dadurch die rechtlichen Wirkungen der Exceptionen abgewendet wurden¹²⁷⁾, z. B. wenn der Beklagte gegen eine *actio civilis* ein *pactum de non petendo* aufzuweisen hatte, der Kläger aber entgegen zeigen konnte, daß auf dieses *pactum* ein neues *pactum de nihilominus petendo* erfolgt sei. Die Voraussetzungen der *replicatio* sind, daß die Exception dem Rechte nach dem Beklagten zustehe, also *iusta* sei, aber die Billigkeit gegen sich habe, also *iniqua* sei, d. h. ein Umstand vorhanden sei, welcher es unbillig erscheinen lasse, daß die Einsrede ihre gewöhnliche Wirkung, die Ausschließung der Condemnation ausser, und daß der Kläger sich auf diesen, zu seinen Gunsten sprechenden Thatsumstand ausdrücklich berufen habe. In materielle Hinsicht wird die *replicatio* als *exceptionalis exceptio*¹²⁸⁾ behandelt, d. h. nur: unter der Voraussetzung, daß sie entweder vom Beklagten eingeräumt oder vom Kläger erwiesen wird, berücksichtigt, in die formula mit solchen Worten eingefügt, welche ihre zerstörende Wirkung gegen die Exception bezeichnen (gewöhnlich erscheint sie negativ gefaßt mit *si non* oder alternativ mit *aut si*¹²⁹⁾), und ihre Stellung zur Exception ergibt, daß sie überhaupt nur hypothetisch wirken könne, d. h. unter der Voraussetzung, daß die dem Beklagten gestattete Exception eingeräumt oder bewiesen werde; also gerade unter denselben Voraussetzungen, unter welchen die gestattete Exception die Wirkung der *intentio*, d. h. die Erzielung einer Condemnation ausschließt. Ueber das prozeßualische Verfahren, welches bei der Vorschüßung der *Replicatio* stattfindet, fehlen uns genauere Nachrichten. Doch läßt die Analogie der Exceptionen der Vermuthung Raum, daß, wenn der Klagergrund und die *Replicatio* sich schon in *iure* durch Zugeständnisse erledigten, die Exception verweigert und der Beklagte als in *iure confessus* behandelt wurde. In den übrigen Fällen aber wurde wahrscheinlich ein

126) *Caius*, inst. IV. §. 126. Pr. J. de *replicationibus*. (4. 14.)

127) *Caius*, IV. §. 126. Pr. J. 4. 14. L. 27. §. 2. D. de *pactis*. (2. 14.)

128) L. 22. §. 1. D. de *exceptionibus* (44. 1.): *Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio*. L. 2. §. 1 u. 2. D. *ibid*.

129) So die *Replicatio* *si non postea conveniret, ut eam pecuniam petere liceret* (*Caius*, IV. §. 126), oder *aut si praedictum est, ne aliter emptori res traderetur, quam si pretium emptor solverit* (*Caius*, IV. §. 126), oder *aut si satisfactione interposita secundum decretum vendiderit* (L. 7. §. 1. D. de *curatoribus furioso* [27. 10.]), oder *aut si rei quoque in ea re dolo actam sit* (L. 154. pr. D. de R. J. [50. 17.]).

Judicium eröffnet, und eine formula abgefaßt. War hier die Klage vor-
 mals über Duplicationsgrund oder zugestanden worden, so wurde, der Zu-
 der ohne Rücksicht auf die Liquidität oder Illiquidität der Exception und
 ohne die Einschaltung der Exception in die formula lediglich zur Unter-
 suchung des Klagegrundes und zur Entscheidung der Sache nach den bloßen
 Vorbedingungen des strengen Civilrechts angewiesen. Dagegen bei der
 Illiquidität der Replication wurde er, wenn der Klagegrund und die Ex-
 ception zugestanden worden, zur bloßen Untersuchung der Replication be-
 auftragt; war aber eins von beiden geleugnet, so wurde ihm neben der
 Untersuchung der Replication auch noch die Cognition über das geleugnete
 Klagerecht oder die in Abrede gestellte Exception beziehungsweise übertra-
 gen. — Es kam übrigens auch noch vor, daß der Beklagte dem Repli-
 cationsgründe einen weiteren Billigkeitsgrund entgegenzustellen wußte, und
 daß auch der Kläger sich gegen diesen neuen Grund des Beklagten auf
 einen neuen Billigkeitsgrund seiner Seite berufen konnte, welche Thatsache
 dann der Prætor gegenseitig in gleicher Weise zu schügen, und in den
 betreffenden Fällen des Beweisverfahrens halber in die formula aufzu-
 nehmen hatte. Was der Replication von Seiten des Beklagten entge-
 gengestellt wurde, hieß duplioatio (von den neueren Juristen gewöhnlich
 duplica genannt); der Satz, womit der Kläger sich gegen die Duplik
 vertheidigte, hieß triplicatio (von den neueren triplica genannt)¹³⁰. So
 weit ging die gewöhnliche Gliederung der formula; damit war indes die
 Zahl der Zusätze noch keineswegs geschlossen; vielmehr konnten dieselben
 beliebig vermehrt werden, je nachdem es die Mannigfaltigkeit der Geschäfte
 erforderte¹³¹. Der Zweck eines jeden dieser Sätze ist der, die Wirkung
 desjenigen, dem er unmittelbar entgegensteht, zu vernichten. So hebt die
 Duplik die Wirkung der Replik, die Triplik die der Duplik auf u. s. w.
 Das prozessualische Verfahren, welches bei der Einfügung dieser Zusätze
 in die formula zu beobachten ist, ist ganz das nämliche, wie das, was
 für die replicatio vorgeschrieben ist. Die Thatgründe, auf welche die
 Einzelsätze sich stützen, müssen stets der Billigkeit entsprechen. Denn es
 ist eine allgemeine Voraussetzung derselben, daß sie nur solche Thatsachen
 in ihrer Wirkung ausschließen, welche zwar dem Rechte nach zu Defensio-
 nen benutzt werden können (iusta), deren Geltendmachung aber der Bil-
 ligkeit widerspricht (iniqua)¹³².

Es sind noch die prozessualischen Grundsätze anzugeben, welche bei
 der Vorschüßung der Einreden in Betracht kommen. Diese sind im
 Einzelnen folgende: 1) im Gebrauche einer Exception liegt
 noch kein Geständniß des Klagegrundes vor (qui excipit, non
 fatetur)¹³³. Der Grund dieses Rechtsprinzips ist das Streben, daß, so

130) Caius, inst. IV. §. 127, 128. §. 1 u. 2. J. de replicationibus.
 (4. 14.)

131) Caius, inst. IV. §. 129. §. 8. J. 4. 14.

132) Caius, inst. IV. §. 126—128. §. 1—3. J. de replicationibus.
 (4. 14.)

133) L. 9. D. 44. 1: Non utique existimatur confiteri de intentione
 adversarius, quocum agitur, quia exceptione utitur. L. 43. pr. D. de R.
 I. (50. 17.)

wenig dem Kläger durch die Vorschätzung der Einrede, ist Prohibitiv und schwer wird, eben so wenig dessen Kollo durch den Gebrauch des Rechts mittels erleichtert werden sollte. War demnach der Kläger nicht im Stande, den Beweis seiner Klage durch directe Mittel zu erbringen, so konnte doch kein logischer Schluß von dem exceptivischen Vordringen auf die Anerkennung des Klagerrechtes zulässig erscheinen, und es ergab sich aus dem Princip der Beschränkung auf den Nothfall die Aufgabe für den Jurer, welcher den Beweis der Klage und der Exception zu prüfen hatte, die Untersuchung des der Exception zu Grunde liegenden Thatsverhältnisses so lange zurückzustellen und von ihr bei der Entscheidung der Sache so lange keinen Gebrauch zu machen, als es nur immer möglich war. Mit dieser Zurückhalten mit dem exceptivischen Streitpunkte wurde dasselbe so lange Zeit ignorirt, bis der Klagebeweis durch directe Mittel des Klägers vollkommen hergestellt war. Wurde dieser Beweis nicht erbracht, so ward die Exception gar nicht weiter berücksichtigt, sondern es erfolgte schon von selbst die Losprechung des Beklagten¹³⁴⁾ nach dem Grundsatz: *actor non probante, reus absolvitur*¹³⁵⁾. Indes besagt dies Axiom keineswegs, daß die Vorschätzung einer Exception nicht auch ein Zugeständniß der Intention enthalten könne. Ergibt sich aus der Actentage auf das Evidenteste, daß der Beklagte seiner Einrede gemäß die vorliegende Klage nothwendig hätte eingestehen müssen, und sich aus bloßer Feilvolktät hinter jenes Axiom versteckt, so ist auch unbedenklich anzunehmen, daß der Klagegrund von ihm zugestanden worden sei. Ja, wenn man die Stelle des Marcellus¹³⁶⁾, aus welcher man die oben erläuterte Regel gebildet hat, genauer ansieht, so besagt sie nur so viel, daß im Vorschätzen einer Exception nicht immer ein Zugeständniß der Klage liegt. Im Kirchenrechte hat die Regel anscheinend eine allgemeinere Fassung erhalten; allein auch hier läßt sich nicht bezweifeln, daß dieselbe nach der historischen Erklärung auf die oben angegebene Weise zu beschränken sei¹³⁷⁾. — Auf civilrechtliche Einreden war der Grundsatz schon von Alters her nicht anwendbar, wo bei den *ipsa iure* zustehenden Defensionen jede besondere Veranlassung mangelte, den Richter in der Freiheit seines logischen Urtheiles zu beschränken. Einreden also, wie die der Novation, Zahlung und Usucaption heben das *debere* auf, und enthalten insofern, als sie vorgeschützt werden, ein Zugeständniß des Klagegrundes. 2) Es steht Jedermann frei, mehrere exceptivische Thatsumstände zu seinen Gunsten gegen eine und dieselbe Klage zu verbinden, was die Rechtsgelehrten mit den Worten ausdrücken: *nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversae sint*¹³⁸⁾. Der Grund dieses Axioms ist in dem Umstande zu suchen, daß wahre Exceptionen

134) L. 9. C. de exceptionibus. (8. 36.) L. 23. C. de probationibus. (4. 19.)

135) L. 19. u. 23. C. 4. 19. L. 9. C. 8. 36.

136) L. 9. D. 44. 1. verbis: non utique.

137) Cap. 23. in VI. de R. I. Exceptionem obiciens non videtur de intentione adversarii confiteri.

138) L. 8. D. 44. 1. Vgl. L. 5. D. ibid.

einander nicht ausschließen, und ein wahrer Widerspruch zwischen denselben sich nicht ergeben kann, in Verbindung mit dem prozessualischen Grundsatz, daß wegen der prozessualischen Consumption alle Exceptionen in der Formula stehen mußten. Auf obiterretliche Einreden, die sich auf Thatsachen stützen, welche das Klagerecht ipso iure aufheben, ist diese Regel schon deshalb nicht anwendbar, weil hier leicht ein Widerspruch zwischen den einzelnen Verteidigungsgründen eintreten, und insofern von einer Cumulation dieser Rechtsmittel nicht weiter die Rede sein kann. 3) Wer sich einer Contumaz im Prozesse schuldig macht, wird aller in demselben vorgeschügten Einreden verlustig. Die römischen Rechtsgelehrten drücken dieses Axiom mit den Worten aus: contumax non excipit. Zur Zeit der classischen Juristen, wo die Prozesse im zwei Halften, theils in iure, theils in iudicio abgesetzt wurden, entstand diese Regel aus den Formen des gerichtlichen Verfahrens: Zwar konnte, wenn der Beklagte ausblieb, ihm nicht der Verlust der Sache als unmittelbare Folge seines Ausenbleibens gedroht werden. Es genügte, dem Kläger die einseitige Fortsetzung der Sache¹³⁹⁾ und dem Richter die Verurtheilung des abwesenden Beklagten zu gestatten¹⁴⁰⁾. Dieses Urtheil konnte auch ein absolutorisches sein¹⁴¹⁾, doch meistens wird es ein condemnatorisches gewesen sein, weil der Gegenbeweis und alle Einreden wegfielen¹⁴²⁾, auch der Jurer, in seiner sehr freien Weise, das Factische zu bemerken, wohl meist aus dem Aufgeben der Verteidigung auf eine schlechte Sache schloß. Ganz ähnlich war das Verfahren in den sogenannten extraordinaria iudicia, d. h. in den Prozessen, wo Ein Richter den Prozeß in eigener Person leitete und entschied. Auch hier erfolgte, wenn der Beklagte ausblieb, das richterliche Urtheil nach vorgängigem Beweise des Klägers¹⁴³⁾, und der Beklagte verlor dabei durch sein Ausbleiben die Einreden und den Gegenbeweis. Im späteren Rechte, wo die extraordinaria iudicia zur Regel wurden, wird im Falle des Ausenbleibens des Beklagten der Beweis des Klaggrundes immer noch von dem Kläger gefordert, als hätte sich der Beklagte negativ eingelassen. Erst wenn der Beweis der Klage vollständig geführt und der Beklagte verurtheilt ist, erfolgt auch hier das Executionsverfahren¹⁴⁴⁾.

139) L. 13. pr. D. indicatum solvi. (46. 7.) L. 81. §. 2. D. de negotiis gestis. (3. 5.) L. 7. §. 12. D. de minoribus XXV. annis. (4. 4.) Bgl. L. 13. §. 3 u. 5. C. de iudiciis. (3. 1.)

140) Cic. Verr. II. 1. 17. L. 17. §. 1. D. de inofficioso test. (5. 2.) L. 14. §. 1. D. de appellationibus. (49. 1.) L. 50. §. 1. D. de legatis I. (30.) L. 52. §. 18. D. pro socio. (17. 2.) L. 13. pr. D. 46. 7. L. 1. C. quomodo et quando iudex. (7. 43.) L. 1. C. quibus ex causis maiores. (2. 54.)

141) L. 1. C. quomodo et quando iudex. (7. 43.)

142) L. 1. C. 2. 54.

143) L. 1. C. de appell. non rec. (7. 65.)

144) L. 1. C. quorum appell. non recip. (7. 65.) Nov. Th. 49. §. 2, 78. §. 1 u. 15. Nov. Inst. 69. c. 3. pr. Bgl. Bethmann-Jollweh, Handbuch des Civilprozeßes, Bd. 1, S. 291—294.

Eine besondere Erweiterung am Schlusse dieses Aufsatze verdient die Lehre von der Verjährung der Einreden. Man stellt hier gewöhnlich mit Recht den Grundsatz an die Spitze, daß die Einreden in der Regel un- verjährbar seien, da es in der Natur dieses Rechtsmittels als Wehr- waffe liegt¹⁴⁵⁾, daß der Beklagte abwehre, bis er durch die An- fechtung der Klage in den Stand gesetzt werde, von demselben Ge- brauch zu machen, und es nicht, gleichwie der Kläger in seiner Gewalt hat, nach Gutdünken dasselbe anzuwenden. P a u l u s¹⁴⁶⁾ spricht diese Ansicht ganz deutlich aus, indem er die verjährbare *de dolo* *actio* der unverjährbaren *doli exceptio* entgegensezt. Für das Detail dieser Lehre wird die Verschiedenheit der reinen und der abgeleiteten Ein- reden von Bedeutung. Reine sind solche Einreden, denen ein Recht zu Grunde liegt, welches nur als Einrede, nicht aber als Klage geltend ge- macht werden kann, z. B. die *paoti, iurisiurandi, rei iudicatae* *exco- ptio*. Abgeleitet heißen solche Einreden, welche sonst auch durch eine Klage geltend gemacht werden können und nur zufällig als Einreden ge- braucht werden, z. B. die Berufung auf das Eigenthum, auf Gegensev- bindlichkeiten und auf Zwang. Einreden, welche nur gegen das Recht gerichtet sind, und auf einem reinen Exceptionrechte beruhen, sind unver- jähbar. Daß diejenigen Einreden, welche aus einem vorhande- nen Klagerrechte abgeleitet sind, und nur zufällig und aus Gründen ei- ner besonderen Billigkeit als Einreden geltend gemacht werden, während die Klagerrechte, auf denen sie beruhen, einer Verjährung unterliegen, wird von einer Menge der angesehensten Rechtsgelehrten¹⁴⁷⁾ behauptet, und in dieser Beziehung die Regel aufgestellt: *quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua*. Zunächst ist so viel ge- wiß, daß der in L. 5. §. 6. D. *de doli mali et met. exc.* (44. 4.)¹⁴⁸⁾ für die Unverjährbarkeit der *doli exceptio* angeführte Grund nicht auf Einreden paßt, welche sich auf ein klagbares Recht stützen. Freilich hing es auch hier nicht vom Beklagten ab, den Gegner zur Klage zu zwingen, aber dieß entschuldigt ihn nicht, wenn er es unterlassen hat, seinerseits als Kläger aufzutreten und sein klagbares Recht zu verfolgen. Auch *const. 5. C. de exceptionibus* (8. 36.), welche gewöhnlich zur Unterstützung jener Ansicht angeführt wird, scheint für die Unverjährbarkeit der abgelei- teten Einreden nichts zu beweisen. In dieser Stelle entschäben die Kai- ser Diocletian und Maximian, daß ein Vertriebener, obgleich er das *In- terdictum de vi* nur innerhalb Jahresfrist anstellen könne, dennoch durch eine bleibende Einrede geschützt werde, wenn er späterhin wieder zum Be-

145) Gaius, inst. IV. §. 116. Pr. J. 4. 13.

146) L. 5. §. 6. D. *de doli mali et metus exceptione.* (44. 4.) Vergl. Unterholzner, ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre, Th. 2, S. 22.

147) So Hugo Donellus, *comm. iuris civilis*, XXII. 2; X. D. Weber, Beiträge zu der Lehre von den gerichtlichen Klagen und Einreden, S. 21—27; Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 5, S. 446 fig.; Thibaut, Besß und Verjährung, S. 151.

148) Eine ausführliche Erläuterung dieser Stelle findet sich bei Unter- holzner a. a. D. Th. 2, S. 22—24.

sie gelangt ist. Diese bleibende Einrede ist aber offenbar keine andere, als die des Eigentums, da der Vertreibende in Folge der Gewaltthätigkeit kaiserlichen Verordnungen gemäß sein Eigentum verliert. Wenn er also weiterhin noch die Sache als eine ihm angehörige in Anspruch nehmen will, so steht ihm natürlich eine bleibende Einrede entgegen. Endlich beruht es auf einem bloßen Mißverständnisse, wenn man für jene Ansicht auch den Grund geltend macht¹⁴⁹⁾, daß ja durch die Aufhebung einer Klage mittelst der Verjährung noch nicht das Recht selbst ausgeschlossen werde, und also wegen des an sich nicht aufgehobenen Rechtes Allerblags eine Einrede stattfinden könne. Denn nach richtigeren Begriffen von der Wirkung der Verjährungseinrede, wird durch dieselbe nicht allein die Klagefähigkeit ausgeschlossen, sondern auch das ganze Recht vernichtet; da, wenn die Exceptio zugestanden, die Klage denegirt wird und, wenn sie im Laufe des Prozesses bewiesen wird, aus derselben die Einrede des gefällten Urtheiles entsteht¹⁵⁰⁾. Es scheint demnach wohl richtiger für die abgeleiteten Einreden eine gleiche Verjährungsfrist anzunehmen, wie für die Klagerechte, aus denen sie entspringen¹⁵¹⁾; nicht allein deshalb, weil der geschichtliche Gang der Einredentheorie dafür spricht, daß erst späterhin die Ansicht aufgekommen sei, aus zuständigen Klage-rechten auch Einreden zu gestatten, sondern auch deshalb, weil die Gründe, welche die Einführung der Klagenverjährung veranlaßt zu haben scheinen, in gleichem Maße auf die abgeleiteten Einreden anwendbar sind, da es ja nur in der Willkür des Empfängten gestanden, das zur Einrede benutzte Recht auf dem Wege der Klage geltend zu machen¹⁵²⁾. Auch ist diese Ansicht ganz dem Grundsatz gemäß, daß der Beklagte bei der Vorschüßung einer exceptio als Kläger zu betrachten sei, und es stimmt auch sonst mit dem prozessualischen Verfahren der Römer überein, so gut man sich auf dem Wege der Einrede auf Verjährung berufen kann, auch gegen das der Einrede zu Grunde liegende Recht auf Verjährung durch den Gebrauch einer Gegeneinrede sich zu berufen. — Von den Einreden, welche nicht das Recht des Gegners unmittelbar, sondern nur den Gang der Rechtsverfolgung und die Beweismittel betreffen, gilt ebenfalls die Regel, daß sie einer Verjährung nicht unterworfen sind. Eine bekannte Ausnahme davon bildet die Einrede des nicht gezahlten Geldes (exceptio non numeratae pecuniae), welche gegen Empfangsbescheinigungen zusteht. Im vorjustinianischen Rechte verjährte dieselbe innerhalb fünf Jahren¹⁵³⁾. Im Justinianischen Rechte ist darüber Folgendes be-

149) So Weber, Beiträge zu der Lehre von Klagen und Einreden, S. 24.

150) Vgl. Büchel, über die Wirkung der Klagenverjährung in dessen civilistischen Erörterungen, Bd. 1, Nr. 1.

151) So Sommer, in dessen rechtswissenschaftlichen Abhandlungen (Sieben 1808, 8.), S. 1—56; Unterholzner a. a. D. Th. 2, S. 23 ff.

152) Die Klagenverjährung wird als eine Strafe für die Nachlässigkeit des Klägers angesehen. L. un. Th. C. de act. certo tempore finendis. (4. 14.) L. 2. u. 3. C. de annali except. (7. 40.)

153) L. 1. Hermog. Cod. de cantu et non num. pecun. §. un. J. de litterarum obligatione. (8. 22.)

stimm. Wenn Schuldverschreibungen in Beziehung auf den Empfang einer Summe oder einer anderen Sache ausgehelt sind, so kann die Einrede binnen einer doppelten Jahresfrist gebraucht werden, und daß diese Frist ein tempus continuum sei, wird ausdrücklich bemerkt.¹⁵⁴⁾ Wegen Zahlungsschritte (Quittungen) kann die Einrede nur innerhalb einer Monatsfrist (intra tringinta dies) stattfinden. Daß auch diese Frist ein tempus continuum sei, ist zwar nicht ausdrücklich bemerkt.¹⁵⁵⁾ Es läßt sich aber nicht süglich anders annehmen, wenn man bedenkt, daß die vorher erwähnte zweijährige Frist ebenfalls ein solches ist. Ueber die Verjährungsfrist der exceptio dotis, easus non numeratae, welche ihrem geschlechtlichen Ursprunge nach identisch ist mit der exceptio non numeratae pecuniae, aber durch specielle Verordnungen Justinian's, eigenenthümliche Verjährungsfristen erhalten hat, s. d. Art. *Ex art. 946* e. Manche römischen Rechtsgelehrten¹⁵⁶⁾ haben sich zu der seltsamen Behauptung vertheilt, daß heutzutage die Unverjährbarkeit der Einreden ganz wegfallen, weil der Gebrauch der provocatio ex lege si contendant ein Mittel an die Hand gebe, den Gegner zur Aufstellung der Klage zu nöthigen. Allein, wie schon Unterholzner¹⁵⁷⁾ bemerkt hat, wäre es seltsam, wenn man auf der einen Seite das Recht zur Herausforderung nur als Nothhilfe anerkennt, und auf der andern die Einreden der Verjährung unterwerfen wollte, um die Nothhilfe nothwendig zu machen.

Wir wenden uns nun zu den einzelnen Einreden.

Exceptio Anastasianae legis¹⁾ heißt nach der gewöhnlichen Meinung der neueren Rechtsgelehrten die Einrede, welche der debitor cessus dem Cessionar entgegenzustellen befugt ist, wenn dieser die an ihn abgetretene Forderung um einen geringeren Kaufpreis, als der Gegenstand derselben beträgt, an sich gebracht hat, und jetzt von ihm die ganze

154) L. 14. pr. C. de non num. pecunia (4. 30.) §. un. J. de litterarum obligatione. (3. 22.)

155) L. 14. §. 1. C. 4. 30.

156) So Kori, von der Verjährung, S. 90.

157) X. a. D. Th. 2, S. 23.

1) Literatur: Bach, exercitatio iuris civilis de lege Anastasiana (Lips. 1755), in eiusdem opusc. ed. Klotz (Halae 1767), nr. IX. p. 363 sq. Reinoldi, diss. ad legem Anastasianam XXII. Cod. mandati in eiusdem opusculis iurid. ed. a Iuglero, p. 279 sq. Gmelin, cursorische Bemerkungen über das Anastasianische Gesetz; in den gemeinnützigen juristischen Beobachtungen und Rechtsfällen, Bb. 4, S. 185 fig. Curtius, diss. de finibus exceptionis legis Anastasiana caute regundis. Lips. 1789. Schele, spec. de iustis hmitibus lege Anastasiana nominis cessionis positis. Helmst. 1794. Glüch, Erläuterung der Pandekten, Th. 16, S. 458—474. Rüdiger, die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, §. 53 (3. Ausg.), S. 531—551. Burchardi, Beweislast in Betreff der lex Anastasiana, im Archiv für civilistische Praxis, Bb. 18, Nr. 8, S. 197—224. Bradenhöft, inwiefern ist das Verufen auf die sogenannte lex Anastasiana eine Einrede und um der Beweis vom debitor cessus zu führen? im Archiv für civilistische Praxis, Bb. 23, Nr. 6, S. 189—216. Unterholzner, quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechtes von den Schuldverhältnissen, mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. Herausgeg. von Fuschke, Bb. 1, S. 603 fig.

Stände der Obligation: Klage. Sie läßt sich auf eine Verordnung des Kaisers Anastasius²⁾ bezogen werden, es war, den Schuldner gegen Wiltür und Chicanen zu schützen, wovon schon sich nicht sagen läßt, daß der Kaiser die ihm nachgewordene Idioschast und bestimmt aufgefaßt, und klar und würdevoll ausgesprochen habe³⁾. Wir haben erfahren, sagt der Kaiser, daß gewisse Leute, welche sich auf Kosten Anderer zu bereichern trachten, darauf ausgehen, sich Cessionen der Klagerrechte Anderer zu erwerben; und so den streitenden Parteien allerlei Besorgnisse erregen, in dem es ausgemacht ist, daß ein Jeder seine unzweifelhaften Klagerrechte lieber selbst geltend macht, als daß er sie auf Andere überträgt. Dergleichen Beginnen solle in Zukunft gesteuert werden (denn es läßt keinen Zweifel, daß derjenige, welcher so eine erlangte Cession erstrebte, als *reclamator litis*⁴⁾ zu betrachten sei), doch in der Art⁵⁾, daß, wenn er, der Cessionar, einen Preis dafür gegeben habe, ihm nur gestattet sein solle, bis zum Betrage des gezahlten Preises und dessen Zinsen die Klage anzustellen, selbst wenn im *mandatum actionis* ausdrücklich gesagt worden wäre, daß ihm die ganze Forderung abgetreten worden. Von dieser Verordnung sollen nur die Fälle ausgenommen sein, wenn Miterben, Fideicommissarien und Legatarien sich bei ihren Auseinandersetzungen gegenseitig Forderungen abtreten, ferner wenn ein Gläubiger sich für seine Forderung ein Activum seines Schuldners abtreten läßt (also im Fall der *nomina in solvunt datio*), und endlich wenn der Besizer von Sachen, welche ein Anderer mit der hypothekarischen Klage in Anspruch nimmt, dessen Forderung auf sich übertragen läßt, um sich den Besitz dieser Sachen zu erhalten. Außer diesen Fällen sollen keine Ausnahmen zugelassen werden; indessen wird noch hinterher bestimmt, daß das Gesagte auf Schenkungen überall nicht gehe, nicht bloß in Rücksicht der speciell ausgenommenen Fälle, sondern für Schenkungen sollen überhaupt die Beschränkungen des Gesetzes wegsfallen. Zu dieser Verordnung des Anastasius besitzen wir noch eine declaratorische Verordnung Justinian's⁶⁾. Er beginnt mit der Erzählung, daß Anastasius vorgeschrieben, mit Ausnahme einiger bestimmten Fälle, solle der Cessionar nicht mehr erhalten, als er gegeben. Dieß Gesetz suche man aber zu chicaniren, indem man den einen Theil der Forderung verkaufe, den anderen verschenke. Deshalb verbiete er diese Procedur, erlaube aber eine nicht simulirte Schenkung der ganzen Forderung. Im ersten Falle solle der Cessionar (gleichviel ob er

2) L. 22. C. mandati vel contra. (4. 35.)

3) Eine freilich mehr scharsinnige als wahre Lobrede des Gesetzes findet sich in Bach, de lege Anastasiana diss. §. IV. in opusc. p. 377 sq.

4) So heißen in der Kunstsprache der römischen Juristen die, welche eine Art Gewerbe daraus machen, die Führung fremder Prozesse ins Schlinge (*contropria*) zu nehmen. Vgl. Mühlentbruch a. a. D. §. 30, S. 364—366.

5) Die Worte *ita tamen* bilden eine Beschränkung zu den Worten *huiusmodi conamen inhiberi*, und der Satz *nec enim — confici cupiant*, muß als Parenthese in Klammern gesetzt werden. Diese Bemerkung entging Wraden-höft, im Archiv, Bd. 23, S. 194, und hat zu Mißverständnissen Veranlassung gegeben.

6) L. 23. C. *ibid.*

das Geschäft in eigener Person oder durch Mittelspersonen abgeschlossen habe) nicht mehr erhalten; als ob dem Contracte nach an hancem Tage für die Forderung bezahlt habe; der Ueberschuß, welcher durch Schenkung übertragen worden, solle von beiden Seiten (von der des Cedens und der des Cessionar) unberücksichtigt bleiben, also weder dieser noch jener irgend einen Vortheil oder zu dessen Einhebung irgend eine Klage erhalten. Endlich sollen simultate Schenkungen des Ganzen, welche einen Kauf in sich enthalten, für die Einhebung von so viel gewähren, als für die angeblich geschenkte Forderung in der That gegeben worden, und wenn der Cessus so viel geleistet hat, sollen aus der angeblichen Schenkung keine weiteren Beteiligungen für ihn und sein Vermögen entstehen. In einer späteren Constitution, von welcher sich ein Auszug in den Basiliken⁷⁾ findet, und als lex restituta in die Ausgaben des Justinianischen Codex aufgenommen worden ist⁸⁾, hat Justinian eine Aufhebung der Ausnahmen verfügt, welche Anastasius außer der Schenkung noch zugelassen hatte, und festgestellt, daß auch in diesen Fällen der Cessionar nicht mehr erhalten solle, als der Kaufpreis der Forderung sammt Zinsen beträgt. — Ueber das Verhältnis dieser Verordnungen zu einander herrscht unter den neueren Rechtsgelehrten eine große Verschiedenheit der Meinung. Die gewöhnliche, welche auch Mühlenbruch⁹⁾ und Buchardt¹⁰⁾ ausgesprochen haben, betrachtet die erste Verordnung Justinian's als ein Gesetz, welches den von Anastasius nur im Allgemeinen ausgesprochenen Effect der Cession für einen concreten Fall (nämlich den der simultaten Schenkung) verdeutlicht und genauer bezeichnet habe, und es ist demnach ganz consequent, wenn sie den von Justinian auch für den Cedens verordneten Verlußt des Ueberschusses auf alle von Anastasius verbotenen Geschäfte ausdehnen. Anderer Meinung waren freilich die alten Codexcommentatoren, welche die Justinianische Verfügung speciell erklärten, nur auf den Fall der simultaten Schenkung einschränkten, und deshalb annahmen, daß die Einhebung des Ueberschusses in den von der Anastasischen Constitution nicht ausdrücklich ausgenommenen Fällen dem Cedenten verbleibe¹¹⁾. Auch nahmen dieselben das Gleiche nach der neuesten Constitution Justinian's in den Fällen an, welche das Anastasische Gesetz ausgenommen und Justinian ausdrücklich aufgehoben hat¹²⁾. Und dadurch bestätigt sich

7) Basil. lib. XIV. tit. 1. th. 86. ed. Fabr. tom. II. p. 170, ed. Heimb. tom. II. p. 152. Mühlenbruch, a. a. O. S. 598, Note 58, hält die Existenz dieser Constitution für zweifelhaft, und glaubt, daß den Basilikencompilatoren eine griechische Version der L. 23. C. mandati in die Hände gefallen, und von ihnen für eine besondere Constitution gehalten worden sei. Vgl. dagegen Witte, de leges restitutas des Justinianischen Codex, S. 32, dessen Gründe jetzt auch durch das Zeugnis des alten Codexschollum aus der Coislin'schen Handschrift (Heimbach, II. p. 153) verstärkt werden.

8) Xis L. 24. C. mandati.

9) X. a. D. S. 550.

10) Im Archiv für civ. Praxis, Bd. 18, S. 206.

11) Bas. ed. Heimbach, tom. II. p. 152. schol. 2.

12) Bas. l. l. tom. II. p. 153.

die Meinung von Brackenhöft¹³⁾, welcher das Anastasische Gesetz für sich selbstständig und ohne Rücksicht auf die Justinianische declaratorische Verordnung dahin erklärt, daß bei jeder Cession, welche nicht aus einem im Gesetze besonders benannten Grunde geschehe, der Cedent als vom Cessionar übervortheilt erscheine, insofern dieser mehr empfangen, als er gegeben hat, und daß mithin, während es diesem nur erlaubt sei, dasjenige vom Debitor zu fordern; was er wirklich dem Creditor gezahlt hat; dem Cedenten die Klage auf den Ueberschuß gelassen werden müsse. Dies sei nicht allein dem Zwecke des Gesetzes angemessen, sondern folge auch aus dem Rechtsgrunde, der im Gesetze ausgesprochen worden sei. Justinian's Verordnung erklärt derselbe Schriftsteller von einem anderen Gesichtspunkte aus¹⁴⁾. Dieser Kaiser, sagt er, fasse im Fall der simulirten Schenkung die Sache nicht von der Seite auf, daß der Cedent durch die Uebertragung zur Cession nicht übervortheilt werden, sondern vielmehr von der, daß der Cessionar keinen Vortheil dadurch erlangen solle, wenn der Cedent selber die Vortheile des Anastasischen Gesetzes, d. h. die Befugniß, den Ueberschuß einzubehalten, durch die simulirte Schenkung des Uebervesttes von sich weist, und um dieser Ansicht gebührende Anerkennung zu verschaffen, gebe er das vom Cedenten giltig umsonst Aufgegebene dem debitor cessans. Er meine deshalb auch¹⁵⁾, von Rechtswegen habe dieß wenigstens auch den Debitoren schon von der Zeit des Anastasischen Gesetzes zu Gute kommen sollen, jedoch besinne er sich, und sage: es sei doch besser, daß dieß erst für die Zukunft gelte. — Nach diesen Bemerkungen wird es kaum noch einer Erwähnung bedürfen, daß es eine völlig gerede lose Behauptung ist, wenn manche neuere Rechtslehrer den französischen Ueberschuß nach der Anastasischen Verordnung dem Fiscus zusprechen. Denn abgesehen davon, daß in dem Gesetze von einer eigentlichen Strafe nirgends die Rede ist, so ist auch die Analogie, des Falles, wenn der Gläubiger seinem Gegner durch das Vorschreiben eines mächtigeren Gegners lästig zu fallen sucht, viel zu willkürlich, als daß sie gegen abgezeichnete Rechtsgrundsätze und ausdrückliche Zeugnisse der Alten entscheiden könnte.

Um die Anwendung des Gesetzes in der heutigen Praxis zu zeigen, wird es nach folgender Bemerkungen im Einzelnen bedürfen. 1) Das Anastasische Gesetz ist nur von gekauften Forderungen zu verstehen. Und nächst leiten schon die Ausdrücke der Constitution darauf¹⁶⁾, und zweitens nem correctorischen Gesetze, wie das unsrige, ist es Pflicht des Auslegers, streng bei dem Wortverstande stehen zu bleiben, und alles Negamentiren ex ratione legis ist schlechthin verwerflich. Daß aber unter dem Aus-

13) Im Archiv für civ. Praxis, Bd. 23, S. 200—202.

14) Im Archiv a. a. D. S. 204—206.

15) L. 22. §. 3. C. 4. 35.

16) L. 22. C. 4. 35: Si quis datus pecuniam subierit cessionem ... Vergl. Mühlenthaler a. a. D. S. 539—543. Deshalb läßt auch Antverholzer, Lehre von den Schuldbetheiligten, Bd. 1, S. 604, die lex Anastasiana bei dem Tausche nur dann zu, wenn in demselben ein Kauf verfaßt liegt.

nahmsfällen auch solche genannt sind, welche ohne baares Geld bewerkstelligt werden können, kann hier nicht in Betracht kommen, weil bloße argumenta a contrario aus dem angeführten Grunde ebenfalls ausgeschlossen bleiben müssen. 2) Das Gesetz darf nur auf eine Cession solcher Klagen, die auf Verfolgung fungibler Sachen zustehen, bezogen werden. Denn ein Abzug des zu wenig Bezahlten von dem Gegenstande der Forderung ist ja sonst nicht denkbar. 3) Das Gesetz redet nur vom Privathandel mit Schuldforderungen und leidet folglich auf einen sub hasta geschenehen Verkauf keine Anwendung. 4) Die gesetzliche Beschränkung fällt in den Fällen weg, wo die Natur des Geschäftes eine genaue Ausmittelung der Summe, welche für die abgetretene Forderung bezahlt wurde, unmöglich macht, z. B. wenn eine universitas nominum, wie ein Calendarium, cedirt wird; oder ein ganzes Vermögen, wie eine Erbschaft, Gegenstand des Handels war. 5) Das Gesetz kann nicht auf den Verkauf von Staatschuldscheinen und anderer auf den Inhaber lautenden Papiere angewendet werden. Dieser Satz ist allgemein anerkannt¹⁷⁾; nur über den Grund desselben streitet man. Manche finden ihn in einem stillschweigenden Verzicht des Ausstellers auf die Einrede des Anastasischen Gesetzes, Andere suchen ihn aus dem Wesen des Handels mit solchen Papieren herzuleiten. Denn der Zweck, welchem diese Papiere dienen sollen, würde ganz unerreicht sein, wenn dieselben nicht nach Art des Papiergeldes frei und ungehindert circuliren könnten; und wenn nicht zugleich dem Inhaber die Aussicht bliebe, den vollen Nennwerth einst zu erhalten. Ob ein Gleiches auch von Wechseln anzunehmen sei, ist streitig, wenn schon der Zweck der Uratten eher dafür, als dagegen zu sprechen scheint¹⁸⁾. — Manche gehen noch weiter und leugnen die Anwendbarkeit des Anastasischen Gesetzes auch bei allen ungewissen und zweifelhaften Forderungen, bei liquidirten Nomina und auch in dem Falle, wenn das für eine abgetretene Forderung bezahlte geringere Quantum mit Einrechnung des Interusurium zur Verfallzeit dem vollen Werthe der cedirten Forderung gleichkommt. Allein diese Ausnahmen stützen sich theils auf unhaltbare theoretische Gründe, theils sind sie aus Mißverständnissen des Textes der Anastasischen Constitution entstanden.

Die Berufung auf die lex Anastasiana erscheint nach der Darstellung der neueren Juristen als das Ansprechen einer Rechtswohlthat. In welcher Form dieser Anspruch realisirt werden könne, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Diejenigen, welche sie als eine Rechtswohlthat für den Schuldner betrachten, nehmen eine wahre exceptio legis Anastasiana an, und erklären mithin den Debitor für schuldig, den ganzen Betrag der cedirten Forderung zu bezahlen, wenn er nicht bestimmt behauptet und dann auch beweist, daß der Cessionar die Forderung für weniger erkaufte

17) Vergl. Spangenberg, in der Zeitschrift für Civil- und Criminalrechtspflege im Königreich Hannover, Bd. 1, Nr. 27, S. 66, und Lunde, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 3, Nr. 2, S. 17, 19. Mühltenbruch a. a. D. S. 646. Unterholzner a. a. D. Th. 1, S. 604.

18) Vergl. Mühltenbruch a. a. D. S. 235, Note 457.

habe; als er einlagt¹⁹⁾. Auch ist dieß den allgemeinen Grundsätzen, welche von den Rechtswohlthaten gelten, nicht widersprechend, da es in Bezug auf dieselben eine allgemeine Rechtsregel ist, daß Niemand auf dergleichen Anspruch machen kann, als wenn er beweist, daß für ihn die Bedingungen desselben begründet sind. Die gemeine Meinung sieht indes in der Verfügung des Gesetzes ein wesentliches Erforderniß der Klage des Cessionars, und spricht mithin dem Schuldner das Recht zu, ohne alle besonderen Verdachtsgründe für den Ankauf der Forderung, unter dem Werthe stets den Beweis vom Cessionar zu verlangen, wie entweper die Cession nicht in Folge eines Kaufes, sondern aus anderen Ursachen geschehen oder die ganze eingeklagte Summe dafür bezahlt sei, weshalb denn auch der Cessionar nicht die Angabe des Cessionsgrundes verweigern dürfte²⁰⁾. Eine vermittelnde Ansicht hat Mühlensbruch²¹⁾ aufgestellt, welcher im Ganzen freilich der gemeinen Meinung beipflichtet, doch dem Cessionar nur den Beweis auferlegt, daß er so viel zu fordern habe, als er durch die Klage geltend macht. Allein, da Illegalitäten nicht zu vermuthen seien, so genüge es auch hier, wenn der Cessionar seinen Beweis auf ein der Form nach gültiges Geschäft gründet, aus welchem sich ergeben muß, nicht nur, daß eine Cession wirklich geschehen sei, sondern auch, daß der Cessionar den vollen Werth der Forderung bezahlt habe. Nun sei aber zur Form der Cession nichts weiter erforderlich, als die bestimmte Willenserklärung des Cedens. Ist diese also hinlänglich erwiesen, so liege dem Schuldner der Beweis seiner Behauptung ob, daß die Forderung für einen geringeren, als den angegebenen, Preis verkauft worden sei. Brauchhöft macht in Betreff des von den Parteien zu führenden Beweises einen Unterschied zwischen den Fällen der Anastasischen Verordnung und der von Justinian gemachten Extension dieses Gesetzes. Er betrachtet den Cessionar in Uebereinstimmung mit der gemeinen Meinung nur dann als zum Prozesse und zur Einhebung der Forderung legitimirt, wenn er beweist, daß einer der von Anastasius ausdrücklich ausgenommenen Fälle vorliegt (wo dann, wenn der Cedent eine Schenkung gemacht zu haben vorgibt, dieses eine Schenkung der ganzen Forderung sein muß), oder wenn er beweist, daß er dem Cedenten so viel gezahlt habe, als er vom debitor cessus fordert. Denn dieß betrachtet er als wesentliches

19) So Christoph Lenz, de actionibus et nominibus cessionis (Lips. 1661, 4.), membr. V; Weber, über Beweisführung im Civilprozeß, 6, Nr. 29, S. 377; Buchardi, Beweislast der lex Anastasiana, im Archiv für civ. Praxis, Bde. 18, S. 197—224.

20) So Lauterbach, collegium theoretico-practicum, XVIII, 4, S. 72; Spangenberg, num legis Anastasiana exceptio vera sit exceptio (Jenae 1765, 4.). Prætrium Beckmannorum constituta (Gelt. 1784, 4.), P. 1. resp. 9. qu. 4. p. 185; Bach, de lege Anastasiana, S. 5, in den Opusc. p. 363; Strube, rechtliche Bedenken, Nr. 351 (ält. Ausgabe, IV. 190); v. Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen, Bd. 2, Nr. 40, S. 471 flg.; v. Wappert, über Beweisführung und Beweislast bei der Anastasischen Verordnung. Würzburg 1821, 8. Diese Ansicht ist auch in die gewöhnlichen Pandectencompendien übergegangen.

21) X. a. D. §. 61, S. 605.

Erforderniß des juristischen Factums, welches den Uebergang des Klagerrechtes bewirken soll, und jeder Kläger muß bekanntlich dasjenige Factum, wovon seine legitimatio ad causam abhängt, vollständig erweisen. Enthalte nun die Berufung des Debitor auf die Anastassische Constitution ein Bestreiten der Legitimation, so sei dieß nur die Klage eines Mangels im Erwerbe des Rechtes des Cessionarius, und er könne sich sogar mit einem bloßen Ignoriren begnügen, insofern er sich nicht eines directen Gegenbeweises bedienen wolle. Behauptet dagegen der Debitor das Erlöschen der Forderung oder eines Theiles derselben vermöge der Justinianischen Extension des Anastassischen Gesetzes, so sei dieß eine wahre Etrebe im heutigen Sinne des Wortes, deren Beweis dem Beklagten obliege.

Eine besondere Erwähnung verdient noch die Frage, ob die in der Anastassischen Constitution ausgenommenen Fälle, auf welche die Verordnung des Kaisers nicht anwendbar sein soll, heutzutage noch zu beachten sind oder nicht. Zwar sind dieselben durch eine spätere Verordnung Justinian's²²⁾ ausdrücklich aufgehoben worden, allein dieses Gesetz ist eine lex restituta, welche nur aus den Basiliken bekannt und später in den Justinianischen Codex eingetragen worden ist; es gilt mithin nicht bei uns, da es nicht von der Gloffe anerkannt worden ist, und so sind die in der Anastassischen Verordnung enthaltenen Ausnahmen noch heutzutage gültig, wie auch alle Lehrer des Civilrechtes einstimmig anerkennen.

Exceptio cognitorea heißt im älteren römischen Prozesse die Etrebe, welche dem Kläger entgegengesetzt werden konnte, wenn derselbe eine der Stellvertretung unfähige Person zum Cognitor ernannt hatte, oder selbst des Rechtes ermangelte, einen solchen zu ernennen¹⁾. Die Cognitoren waren bekanntlich die ältesten Stellvertreter in dem römischen Prozesse, und wurden mit feierlichen Worten in Gegenwart der andern Partei vor dem Richter von ihrem Machtgeber ernannt; sie hatten mit den späteren Procuratoren das gemeinsam, daß sie, falls sie von Seiten des Klägers intervenirten, die Intention der Formel aus der Person ihres Machtgebers hernahmen und die Condemnation auf sich stellen ließen²⁾; daher sie auch durch die Litiscontestation ein unbeschränktes Dispositionrecht über den anhängigen Prozeß erlangten (*domini litis sumt*). Zu den Gründen, aus welchen Jemand unfähig zur Cognitur war, gehörte die Ehrlosigkeit³⁾, und wahrscheinlich alles dasjenige, weshalb Jemand unfähig wird, als Procurator eines Andern aufzutreten. Frauen konnten zu den Seiten von Paulus nur insofern eine Cognitur übernehmen, als sie in *rem suam* bestellt wurden⁴⁾. Als unfähig zur Ernennung eines Cognitor wird uns in den

22) L. 24. C. 4. 35.

1) *Calus*, *inat.* IV. §. 124. *Vat. fragm.* §. 320, 321.

2) *Calus*, *inat.* II. §. 89. IV. 55. 86.

3) *Vat. fr.* §. 324. *Pauli sent. rec.* I. 2. §. 1.

4) *Pauli sent. rec.* I. 2. §. 2.

römischen Rechtsquellen zwar Niemand ausdrücklich genannt; daß aber Wahnsinnige und erklärte Verschwender dahin gehören, ergibt die Natur der Sache. Ferner deutet der Gebrauch der *certa solenniaque verba* bei der Bestellung derselben darauf, daß auch Kinder und Stumme ausgeschlossen waren. Frauen bedurften dazu jedenfalls des Beitrittes ihres Geschlechtsvormundes⁵⁾. Auch EheLOSE konnten wohl keine Cognitoren bestellen, was theils aus dem Verbote zu postuliren hervorgeht und durch die westgothische Interpretation zu Pauli *sent. I. 2. §. 1.* bestätigt wird. Die *exceptio cognitatoria* wird indeß nicht in allen den genannten Fällen nöthig gewesen sein, da diejenigen, welchen das Postuliren untersagt war, selbst unter Einwilligung des Gegners nicht Cognitoren werden konnten⁶⁾. In den römischen Rechtsquellen werden diese Exceptionen als dilatorische behandelt⁷⁾, mithin mußten dieselben bereits vor der Litiscontestation vorgebracht werden, da sonst das *dominium litis* durch die Litiscontestation auf den Cognitor überging, und die Einrede auf dem Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht nachgeholt werden konnte⁸⁾. In den Justinianischen Rechtsquellen kommen diese Einreden nicht mehr vor, da die Cognitoren schon früher abgekommen waren.

Exceptio doli ¹⁾, gewöhnlicher *doli exceptio*, auch *doli mali exceptio* genannt, heißt in der Kunstsprache der römischen Rechtsgelehrten die peremptorische Einrede, welche demjenigen, welcher durch die vom Kläger in seinen Handlungen ausgesprochene Absicht, widerrechtlichen Gewinn zu ziehen, in Schaden kommt, zusteht, zum Zwecke der Abwendung der Verurtheilung. Sie stammt aus dem prätorischen Edicte²⁾ und wird einem gewissen Prätor Cassius zugeschrieben³⁾, von welchem Ulpian ausdrücklich bemerkt, daß er sich mit der Aufstellung dieser Einrede im Edicte begnügt, und es nicht für nöthig befunden habe, des Zwanges halber eine besondere aufzustellen. Ueber die Zeit ihrer Einführung gewährt uns Plautus, welcher ihre Dasein als bekannt voraussetzt⁴⁾, einen Anhaltspunkt. Kann sie demnach nicht jünger als das Jahr 570 der Stadt sein, da der

5) Ulp. *fragm. XI. §. 27.*

6) Pauli *sent. rec. I. 2. §. 1.*, vergl. mit L. 1. pr. D. de postulando. (3. 1.)

7) Caius, *inst. IV. §. 124.*

8) Caius, *inst. IV. §. 124.*

1) Literatur: Pothier, *Pandectae Justinianae*, lib. XLIV. tit. 4. tom. III. p. 162—177. Hänel, über das Wesen und den heutigen Gebrauch der *actio* und *exceptio doli*, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 12, Nr. 20, S. 419—432. Einige sehr gute Bemerkungen über diese Lehre enthält Francke's Aufsatz: über die dem Cessionar aus der Person des Cedenten zustehenden Einreden, ebendaselbst, Bd. 16, Nr. 15, S. 422—430, und besonders Burcharbi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, S. 297—303.

2) L. 4. §. 33. D. de doli mali exc. (44. 3.) L. 1. §. 1. D. *ibid.*

3) L. 4. §. 33. D. 44. 3.

4) Plaut. *Rudens*, V. 3. vs. 24—26. Vgl. Burcharbi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, S. 300—303.

genannte Dichter in diesem Jahre starb, so dürfen wir wohl auch nicht annehmen, daß sie älter sei als die *lex Aebutia* ⁵⁾, weil, so lange die Prozesse regelmäßig in der Form der *legis actiones* abgefaßt wurden, die formellen Einreden ausgeschlossen ⁶⁾, und nur in den *iudicia bonae fidei* Einwendungen vor dem Richter erlaubt waren. Daraus ergibt sich zugleich, daß unsere Einrede bedeutend älter ist, als die Einführung der *doli actio*, was erst zu den Zeiten Cicero's durch das Edict des Aquilinus Gellius realisiert wurde ⁷⁾. Worin denn eigentlich die Neuerung des Cassius bestanden habe, ist ungewiß. Wahrscheinlich beschränkte sie sich auf die Aufstellung einer formellen Einrede für den *dolus* in Betreff anderer Klagen, als der *bonae fidei iudicia* ⁸⁾, bei welchen dem leugnenden Beklagten noch immer der Ausweg blieb, sein Leugnen durch Betrugung auf den *dolus* des Klägers vor dem Richter zu motiviren, da es ja hier zum *officium iudicis* gehörte, den *dolus* zu berücksichtigen, ohne daß dazu erst eine specielle Ermächtigung von Seiten des Magistrates von nöthen gewesen wäre. Diese Berücksichtigung traf aber eben so gut den *dolus* des Klägers als den des Beklagten; des Klägers, da es dem Beklagten erlaubt war, bis zum Urtheile die materielle Grundlage der *doli exceptio* zu seinen Gunsten zu gebrauchen, worauf sich die Rechtsregel bezieht: *exceptio doli inest in bonae fidei iudiciis* ⁹⁾; des Beklagten, da es dem Kläger freistand, die Hauptklage aus dem Geschäfte wegen des *dolus* des Beklagten anzustellen, mag dieser in einem Zwange oder Betrüge bei Begründung der Schuld ¹⁰⁾, oder in einer nachfolgenden Verletzung des Obligationenverhältnisses ¹¹⁾ bestehen. Und wenn man dergleichen Klagen nicht allein wegen des *dolus* anstellte, sondern nur nebenher, indem man den Hauptgegenstand einklagte, den *dolus* zur Sprache brachte, so konnte dieß nicht bloß gleich von Anfang an, sondern auch nach der *litis contestation*, also, um mit den römischen Juristen zu reden, noch vor dem *Iudex* geschehen, eben weil es hier zum *officium iudicis* gehörte, auch den *dolus* in Betracht zu ziehen ¹²⁾. Allein so gewiß diese Berücksichtigung des beiderseitigen *dolus* in der Natur der *bonae fidei iudicia* lag, so wenig konnte doch hier von Seiten des Beklagten von einer förmlichen

5) *Caius*, inst. IV. §. 30. *Gell.*, noct. Att. 16. cap. 10.

6) *Caius*, inst. IV. §. 8.

7) *Cic.*, de nat. Deor. III. 30., de officiis III. 14.

8) *Cic.*, de nat. deor. III. 30., de off. III. 15.

9) *L. 21. D. soluto matr.* (24. 3.) *L. 84. §. 5. D. de leg. I.* (30.) *L. 68. pr. u. §. 1. D. de contrah. empt.* (18. 1.) Von der *exceptio pacti* spricht in dieser Beziehung *L. 3. D. de rescindenda venditione.* (18. 5.)

10) *L. 7. pr. u. §. 3. D. de dolo malo.* (4. 3.) *L. 9. pr. D. ibid. L. 4. pr. D. de act. empt.* (19. 1.) *L. 6. §. 9. L. 13. §. 4 u. 5. L. 30. §. 1. D. ibid. L. 43. §. 2. D. de contrah. empt.* (18. 1.) *L. 68. §. 1 u. 2. D. ibid. L. 2. C. de actione empti.* (4. 49.) *Pauli, sent. rec. II. 17. §. 6. L. 21. pr. D. de evictionibus.* (21. 2.)

11) *L. 5. §. 2. D. de commodati vel contra.* (13. 6.) *L. 23. D. de regulis iuris.* (50. 17.)

12) *§. 30. J. de actionibus.* (4. 6.) *L. 2. C. de act. empti.* (4. 49.)

exceptio doli die Rede sein, da es dazu einer speciellen Ermächtigung von Seiten des Magistrates überall nicht bedurfte. Und so scheint es, daß die Regel doli exceptio inest in bonae fidei iudiciis sich erst nach der Zeit gebildet habe, als man sich daran gewöhnt hatte, daß bei veränderter Prozeßform durch die formulas die Einreden vor dem Magistratus angegeben und von diesem an die Condemnation als Ausnahmen angehängt wurden.

Betrachten wir zunächst die Formel, in welcher die doli exceptio zu den Zeiten der classischen Juristen concipirt wurde. Hier erscheint das Zeugniß des Caji^s 13) entscheidend, nach welchem sie folgendermaßen lautet: *si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat.* Für diese Fassung spricht auch die Analogie der *exceptio metus* 14); daß der Name desjenigen, auf dessen dolus man sich exceptionsweise stützte, in der Exceptionsformel stand, bezeugt Ulpian 15); daß endlich der Beklagte, oder der, gegen welchen der dolus verübt worden, daselbst nicht genannt wurde, geht aus einer anderen Aeußerung Ulpian's 16) hervor. Auch stimmt zu der von Caji^s angegebenen Exceptionsformel völlig die erweiterte Ansicht vom Begriff des dolus, welche wir zu den Zeiten der classischen Juristen in Betreff unserer Exception als bereits ausgebildet vorfinden. Denn wenn schon die Exception zunächst nur da begründet war, wo der Anspruch des Klägers aus Zwang oder Betrug hervorgegangen ist 17), so hat sich die Anwendbarkeit derselben doch nicht darauf beschränkt; vielmehr kam man durch eine genauere Betrachtung der Exceptionsformel darauf, auch alle Thatfachen, Umstände zu berücksichtigen, welche die Klage, wenn sie auch dem Buchstaben nach Grund hat, als innerlich widerrechtlich und unbillig erscheinen lassen, selbst dann, wenn diese Thatfachen nach dem Abschlusse des Geschäftes, aus welchem der Anspruch des Klägers entstand, eingetreten sind 18). Vorausgesetzt indeß, daß der Kläger mit diesen Umständen und Verhältnissen bekannt sein konnte und mußte, also seinen bösen Willen, seinen dolus dadurch offenbarte, daß er sich nicht an dieselben kehrte 19). Und allerdings rechtfertigten schon die Worte *neque fiat* insofern eine solche Ausdehnung, als dieselben nicht auf die Zeit des abgeschlossenen Geschäftes beschränkt werden konnten,

13) Inst. IV. §. 119.

14) L. 4. §. 33. D. 44. 4.

15) L. 2. §. 1. D. 44. 4. So ist L. 4. §. 33. cit. zu verstehen: *quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit.*

16) L. 2. §. 2. D. 44. 4: *Plane ex persona eius, qui exceptionem obicit, in rem opponitur exceptio; neque enim quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris.*

17) §. 1. J. de exceptionibus. (4. 13.) L. 7. §. 11. D. de pactis. (2. 14.) L. 40. D. de dolo malo. (4. 8.) L. 2. pr. D. 44. 4. L. 4. §. 33. D. ibid. Caji^s, inst. IV. §. 117.

18) L. 2. §. 4 u. 5. D. 44. 4. L. 4. §. 32. D. ibid. L. 10. §. 2. D. 2. 14. L. 7. §. 11. L. 27. §. 5. D. ibid. L. 7. §. 2. D. de cur. fur. (27. 10.) L. 17. §. 2. D. soluto matrim. (24. 3.) L. 3. C. de non numerata pec. (4. 30.) L. 1. C. de re iud. (7. 52.).

19) L. 2. §. 5. D. 44. 4. L. 177. §. 1. D. de reg. iuris. (50. 17.) L. 4. §. 26. D. 44. 4.

sondern vielmehr auf den ganzen Zeitraum, welcher bis zur Litiscontestation verfloßen war, bezogen werden mußten²⁰⁾. Spätere Handlungen und Thatfachen konnten schon um deswillen nicht weiter berücksichtigt werden, weil die formelle Vorschüßung der Einrede in den *actiones stricti iuris* an die Litiscontestation gebunden und es mithin unmöglich war, auf Ereignisse einzugehen, die der Beklagte den Umständen nach nicht hatte berücksichtigen können. Aus dieser Darstellung der Sachlage ergibt sich von selbst, daß man nicht eine Erweiterung des Begriffes *dolus* für die Zeiten der classischen Juristen annehmen darf, sondern man muß vielmehr behaupten, daß die Ausdehnung der Sphäre der *doli exceptio* (im Vergleich mit der Sphäre der *doli actio*) nur in dem Umfange ihren Grund hat, daß man den zu berücksichtigenden Zeitraum vergrößerte. Gleichwohl scheint es, daß die Fassung der *doli exceptio* in den älteren Zeiten eine andere gewesen sei, und nur in der ersten Hälfte der genannten Exceptionsformel unter Weglassung der Worte *neque fiat* bestanden habe²¹⁾. Die Gründe, welche für diese Meinung sprechen, lassen sich auf folgende Punkte zurückführen. Zunächst enthält die *exceptio metus*, welche erst späterhin aus der *doli exceptio* als eigne Einrede heraustrat, nicht die Worte *neque fiat*, und berücksichtigt nur den Zwang, welcher das dem Beklagten nachtheilige Geschäft veranlaßt hat²²⁾. Diese Analogie scheint aber um so entscheidender für unsere Annahme zu sein, da bis auf die angegebenen Worte die Fassung beider Einreden fast die nämliche ist. Sodann kommt es hier in Betracht, daß *Cajus*, wo er im Allgemeinen das Wesen und den Umfang der *doli exceptio* bezeichnen will, ganz einfach die Worte braucht: *si nihil in ea re, qua de agitur, dolo malo actoris factum sit*²³⁾, und *te fecisse dolo malo*²⁴⁾. Auch verdient das Zeugniß *Ulpian's* Berücksichtigung, welcher das Wesen der Einrede in die Worte setzt: *si in ea re nihil dolo malo actoris factum est*²⁵⁾. Wenn ferner derselbe Rechtsgelehrte bemerkt, daß diese Exception aus demselben Grunde (*ex eadem causa*) aufgestellt worden, welcher die Einführung der *actio doli* motivirt hat²⁶⁾, so scheint auch dies darauf zu deuten, daß man früherhin eine engere Sphäre der *doli exceptio* kannte; denn gerade diese Klage hat das Eigenthümliche, daß nur der *dolus*, welcher den Abschluß des dem Kläger nachtheiligen Geschäftes veranlaßt hat, die Grundlage derselben werden kann. Endlich scheinen hier eine Menge von Stellen der römischen Juristen aus der classischen Zeit von Bedeutung, welche es bei der *doli actio* als etwas Eigenthümliches, Sonderbares hervorheben, daß dabei auch die Um-

20) L. 7. §. 9—11. D. 2. 14. *Cajus*, inst. IV. §. 119. Darauf geht auch L. 4. D. de exceptionibus et praescript. (44. 1.)

21) Diese Ansicht hat schon *Hänel*, a. a. D. im Archiv, Bd. 12, S. 419, aufgestellt, freilich ohne sie genauer aus den Quellen zu begründen.

22) L. 4. §. 33. D. 44. 4.

23) *Cajus*, inst. IV. §. 119.

24) *Cajus*, inst. IV. §. 117.

25) L. 2. §. 1. D. 44. 4.

26) L. 2. pr. D. 44. 4.

stände, die nach dem Abschlusse des Geschäftes, welches der Klage zu Grunde liegt, eingetreten sind, berücksichtigt werden, und mithin darauf zu deuten scheinen, daß nach Analogie anderer Rechtsmittel, welche sich auf den *dolus* gründen, hieß als etwas Neues, Ungewöhnliches angesehen worden sei²⁷). Auch paßt zu dieser engeren Beziehung der *doli exceptio* ganz und gar der Grund, welchen Paulus für die Einführung dieser Einrede angibt²⁸); wenigstens tritt der Widerspruch der Billigkeit mit dem Ziehen von *Gravian* aus unredlichen Handlungen nirgends stärker und schlagender hervor, als bei den nach dem Eivilrechte gültigen Geschäften, zu deren Abschluß der *dolus* des Einen von den Parteien Veranlassung gegeben hat. Freilich muß diese Ausdehnung der *Exceptionsphäre* schon sehr weit hinauf reichen, da bereits *Labeo*, ein Zeitgenosse Augustus's, denselben gedankt²⁹). Indessen blieb der Fall, auf welchen sich ursprünglich die Einrede bezogen hatte, noch immer im Munde der römischen Juristen, so daß wir ihn noch in den Justinianischen Rechtsbüchern an vielen Stellen als den gewöhnlichsten angeführt finden³⁰).

Fragen wir nach den Erfordernissen der Einrede, so lassen sie sich auf folgende Punkte zurückführen. 1) Der Kläger muß eine Vermehrung seines Vermögens bereits erfahren haben oder noch beabsichtigen³¹). Gleichgiltig ist es, auf welche Weise diese Vermögensvermehrung herbeigeführt wird, sei es durch Verwendung fremder Gelder zum eigenen Nutzen³²), oder durch ein nochmaliges Verlangen dessen, was man bereits auf einem anderen Wege erlangt hat³³), oder durch *Vindication* eines Gegenstandes, den der Beklagte unentgeltlich herausgeben soll, ohne für seine Verbesserungen und sonstigen notwendigen Aufwand Entschädigung zu erhalten³⁴), oder durch Anspruch auf vollständigen Schadenersatz ohne Herausgabe der Nutzungen und Vortheile, welche man aus der zu verbessernden Sache gezogen hat³⁵), oder durch *Vindication* eines Gegenstandes, an welchem dem Beklagten einer Forderung halber ein *Retentionsrecht* zusteht, wenn man sich nicht zugleich bei der *Vindication* zur Bezahlung der Schuld versteht³⁶), oder durch Einklagung dessen, wovon es gewiß ist, daß man es, oder wenigstens eine gleich große Summe an die-

27) L. 4. §. 15. D. 44. 4. L. 2. §. 3. D. *ibid.* L. 2. §. 5. D. *ibid.* L. 36. D. *de verborum obligat.* (45. 1.)

28) L. 1. §. 1. D. 44. 4: *Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit.*

29) L. 4. §. 15. D. 44. 4.

30) L. 36. *pr.* D. 45. 1. §. 1. J. *de except.* (4. 13.) L. 8. §. 6. D. *de liberat. legata.* (34. 3.) L. 3. C. *de donationibus ante nuptias.* (5. 8.) L. 6. C. *solutio matrim. quemadmodum.* (5. 18.) L. 5. C. *de inutilibus stipulationibus.* (8. 39.)

31) Darauf deutet das *prosit* in L. 1. §. 1. D. 44. 4.

32) L. 4. §. 4. D. 44. 4. L. 16. D. *ibid.*

33) L. 1. C. *de re iudicata.* (7. 52.)

34) L. 4. §. 9. D. 44. 4. L. 5. §. 2. L. 10. D. *ibid.*

35) L. 2. §. 7. D. 44. 4.

36) L. 5. §. 1. D. 44. 4.

selben Personen nach dem Empfangte werde wiedererstaten müssen³⁷⁾, oder durch Beanspruchung eines Gegenstandes, ohne sich vorher zur Erfüllung der eigenen connexen Verbindlichkeit zu verstehen³⁸⁾, oder durch Benutzung eines nach dem strengen Civilrechte giltigen, aber der mangelnden Zahlung halber unwirksamen Geschäftes zur Anstellung einer Klage³⁹⁾, oder durch die Realisirung eines nach dem Civilrechte fortgeltenden Anspruches, der deshalb in Wegfall kommt, weil der Grund des Geschäftes zu existiren aufgehört hat⁴⁰⁾, oder durch Einklagung einer Forderung, zu der sich Jemand nur aus entschuldbarem Irrthume verstanden hat⁴¹⁾, oder einer Forderung gegen den Inhalt des eigenen Vertrages⁴²⁾ (gleichgiltig ist es dabei, ob es ein ausdrücklicher oder ein stillschweigender Vertrag ist), oder gegen den Sinn eines giltigen Testaments⁴³⁾, oder wenn man aus den zweideutigen Worten eines giltigen Testaments ein Forderungsrecht ableitet⁴⁴⁾, oder eine Klage anstellt, von der man weiß, daß sie durch irgend eine dem Beklagten zustehende Einrede unwirksam gemacht werden kann⁴⁵⁾. 2) Der Beklagte muß durch den Anspruch des Klägers entweder bereits eine Vermögensverminderung erlitten oder zu fürchten haben. Dieß Erforderniß ergibt sich von selbst aus der Natur des vom Kläger realisirten Anspruches; am deutlichsten tritt es aber in den Fällen hervor, wo außer der Conventionalstrafe auch noch Schadenersatz nebenher verlangt⁴⁶⁾, oder die Strafe des Compromisses eingetrieben wird, ohngeachtet dem Beklagten ein genügender Entschuldigungsgrund zur Seite steht⁴⁷⁾, oder wo Schadenersatz verlangt wird, ohngeachtet man schon auf anderem Wege zu dem Seinigen gekommen ist⁴⁸⁾, oder wo Entschädigung für die Verwendungen aus dem eigenen Vermögen verweigert wird, ohnerachtet man die Hauptsache unentgeltlich weggeben soll⁴⁹⁾. Auch muß eine dergleichen Vermögensverminderung schon in den Fällen als bevorstehend angenommen werden, wo der Beklagte andere Rechtsmittel hat, um seine Gegenforderungen oder anderweitigen Ansprüche an den Kläger zu realisiren, da es ja immerhin ungewiß bleibt, ob der jetzige Kläger das Jubicat werde zahlen können, falls der jetzige Beklagte späterhin gegen ihn ein günstiges Urtheil der eigenen Ansprüche halber erwirken sollte. 3) Der Kläger muß zu der Vermögensvermehrung, welche er bereits er-

37) L. 5. pr. D. 44. 4. L. 8. §. 1. D. ibid. L. 6. D. ibid. L. 4. §. 8. D. ibid. Hierher gehört auch der Fall der nöthwendigen Compensation.

38) L. 5. pr. D. 44. 4.

39) L. 2. §. 3. D. 44. 4. Caius, inst. IV. §. 116, 119. §. 1. J. 4. 13.

40) L. 2. §. 3. D. 44. 4. L. 4. §. 1. D. ibid.

41) L. 7. §. 1. L. 17. D. 44. 4.

42) L. 2. §. 4 u. 6. D. 44. 4. L. 4. §. 7 u. 12. D. ibid.

43) L. 4. §. 10 u. 11. D. 44. 4. L. 13. u. L. 17. §. 3. D. ibid.

44) L. 88. pr. u. §. 1. D. ad legem Falcidiam. (35. 2.)

45) L. 2. §. 5. L. 12. D. 44. 4.

46) L. 4. §. 7. D. 44. 4.

47) L. 4. §. 2. D. 44. 4.

48) L. 1. C. de ro iud. (7. 52.)

49) L. 4. §. 9. L. 10. D. 44. 4.

halten hat oder durch die Anstellung der Klage beabsichtigt, durch das strenge Recht (*ius civile*) berechtigt sein. Schon Ulpian⁵⁰⁾ hebt dieses Erforderniß bei der Angabe des Grundes für die Einführung unserer Exception recht deutlich hervor. Am klarsten tritt es aber in den Fällen heraus, wo *numerationis causa* Stipulationen interponirt worden sind, ohne daß das Geld in der That gezahlt worden⁵¹⁾; wo ferner die Stipulationen rechtlich noch fort dauern, wenn schon ihr Grund in Wegfall gekommen ist⁵²⁾, wo das Klagerrecht aus der Obligation ungeachtet des *pactum de non petendo* rechtlich fortbesteht⁵³⁾, wo die *actio ex testamento* zwar den Worten des gültigen Testaments, nicht aber dem Sinne desselben nach begründet ist⁵⁴⁾. 4) Diese Vermögensvermehrung des Klägers muß den Grundsätzen der natürlichen Billigkeit, der *bona fides* widersprechen. Im Allgemeinen folgt dieß schon aus der Natur der Exceptionen, in Bezug auf die unfrige wird dieß Erforderniß aber noch in vielen Stellen⁵⁵⁾ besonders hervorgehoben. 5) Der Kläger muß bei Anstellung seiner Klage im *dolus* sich befinden, d. h. wenigstens davon unterrichtet sein, daß dieß sein Begehren, dessen Befriedigung er von dem Beklagten verlangt, den Beklagten gegen die Grundsätze der natürlichen Billigkeit in Schaden bringen werde⁵⁶⁾. Darauf deutet die Conception der Exceptionsformel, und daß es mit diesem *dolus* ernstlich gemeint sei, ergibt sich zugleich auch daraus, daß gegen Personen, denen man Respect schuldig ist, nicht die *doli exoptio*, sondern die *exceptio in factum* zulässig ist⁵⁷⁾, damit nicht ihr Ruf leide. Gewöhnlich beschränkt sich die Exception auf den von dem Kläger begangenen *dolus*⁵⁸⁾, daher auch dieser allein gewöhnlich in der Exceptionsformel genannt wird⁵⁹⁾; nur ausnahmsweise wird die Exception auch wegen des von anderen Personen, welche der Kläger zu vertreten hat, begangenen *dolus* gestattet^{60a)}, und diese müssen dann in der Formel ebenfalls genannt sein. Zunächst kommt der *dolus* der Personen, welche in fremder Gewalt stehen, auch gegen den, welcher sie in der Gewalt hat, in Betracht, und zwar in Geschäften, welche deren *Peculium* betreffen, hat er ihren *dolus* immer zu vertreten; bei anderen Geschäften hingegen nur

50) L. 2. D. 44. 4.

51) Caius, inst. IV. §. 116, 119. §. 1. J. 4. 13. L. 2. §. 3. D. 44. 4.

52) L. 2. §. 3. L. 4. §. 1. D. 44. 4.

53) L. 2. §. 4 u. 6. D. 44. 4.

54) L. 4. §. 10. D. 44. 4. L. 88. pr. u. §. 1. D. 35. 2.

55) L. 1. §. 1. D. 44. 4. L. 4. §. 7. L. 12. D. *ibid.* Caius, IV. §. 116. §. 1. J. 4. 13.56) Caius, inst. IV. §. 117, 119. §. 1. J. de *except.* (4. 13.) L. 4. §. 15. L. 1. §. 1 u. 2. D. 44. 4. L. 5. §. 2. L. 2. §. 3—7. L. 4. §. 1—4. 6. 7. 12. 26. D. *ibid.*57) L. 4. §. 16. D. 44. 4. L. 7. §. 2. D. de *obsequiis.* (37. 15.)58) L. 1. §. 1. D. 44. 4. L. 2. §. 1. D. 44. 4. L. 4. §. 33. D. *ibid.* L. 11. §. 1. D. *ibid.*59) Caius, inst. IV. §. 117, 119. L. 2. §. 1. D. 44. 4. L. 4. §. 33. D. *ibid.*

60a) L. 2. §. 1. D. 44. 4.

dann, wenn der dolus derselben bei dem Abschlusse des Geschäftes, weßhalb die Einrede zusteht, von Einfluß war ⁶⁰⁾. Den dolus des mit der Verwaltung aller Güter beauftragten Procurator hat der Geschäftsherr stets zu vertreten ⁶¹⁾. War der Bevollmächtigte nur zur Führung des Prozeßes bestellt, so ist zu unterscheiden, ob der Auftrag ihm in rem suam gegeben war oder nicht. Im letzten Falle kann nur wegen des nach der Litiscontestation vom Bevollmächtigten begangenen dolus gegen den Auftraggeber excipirt werden, da erst durch die Litiscontestation das dominium litis auf den Bevollmächtigten übergeht ⁶²⁾; im ersten Falle hingegen wird auch der vor der Litiscontestation vom Procurator begangene dolus in Betracht gezogen ⁶³⁾. Tutoren, welche im Namen ihrer Pupillen prozessiren, schaden durch ihren nach der Litiscontestation begangenen dolus jedenfalls ihren Mündeln ⁶⁴⁾; für die übrigen Fälle, wo Tutoren und Curatoren für ihre Pflegebefohlenen mit Dritten Geschäfte abmachen, waren freilich vom Anfang an die Stimmen der römischen Rechtsgelehrten getheilt, doch ist in die Justinianischen Rechtsbücher die Meinung siegreich übertragen worden, daß der dolus der Vormünder auch hier den Pflegebefohlenen schade ⁶⁵⁾. Der vom Procurator begangene dolus kommt nie in Betracht ⁶⁶⁾. Actoren, welche mit der Eintreibung und Berechnung fremder Gelder beauftragt sind, hat der Geschäftsherr in Bezug auf den von ihnen später begangenen dolus zu vertreten ⁶⁷⁾. Bei dem Eintritt in die Rechte Anderer durch Singularsuccession ist zu unterscheiden, ob der Eintritt durch oneroso oder lucrative Geschäfte erfolgt ist. Im ersten Falle braucht sich der Nachmann in der Regel nicht die Exception aus dem dolus seines Auctor gefallen zu lassen ⁶⁸⁾, außer wenn er sich den Besitz seines Vorgängers zu Gute rechnet, also mit anderen Worten von der accessio possessionis Gebrauch macht, in welchem Falle ihm auch die Einrede aus den Handlungen seines Vorgängers entgegengesetzt wird ⁶⁹⁾. Im zuletzt genannten Falle muß sich freilich der Nachmann immer die Einrede aus dem Betragen seines Auctor gefallen lassen ⁷⁰⁾, z. B. im Fall des Legates, der Schenkung und selbst der Nothdebitio. Bei dem Pfandvertrage hat der Pfandgläubiger, welcher die Servianischen Klagen anstellt, gleichfalls dies zu leiden, weil die verpfändete Sache ihm nicht für die Dauer übergeben ist, sondern zu dem Verpfänder nach Abzahlung der Hauptschuld zurückkehren wird ⁷¹⁾.

60) L. 4. §. 17. D. 44. 4.

61) L. 4. §. 18. D. 44. 4.

62) L. 4. §. 18. D. 44. 4. L. 11. pr. D. ibid.

63) L. 4. §. 18. D. 44. 4.

64) L. 11. pr. D. 44. 4.

65) L. 4. §. 23 u. 25. D. 44. 4.

66) L. 4. §. 24. D. 44. 4.

67) L. 5. §. 3. D. 44. 4.

68) L. 4. §. 27. 28. 31. D. 44. 4.

69) L. 4. §. 27. D. 44. 4., vergl. mit L. 175. §. 1. D. 50. 17. L. 177. pr. D. ibid.

70) L. 4. §. 29. 31. D. 44. 4. L. 6. D. de exceptionibus. (44. 1.)

71) L. 4. §. 30. D. 44. 4.

Auch dem Cessionar steht zweifelsohne die Einrede aus der Person des Cedenten entgegen, insofern dessen dolus in Verbindung mit der Forderung und ihrem Grunde steht, weiter aber wohl nicht ⁷²⁾; denn der Cessionar klagt aus einem fremden Rechte, und muß deshalb alle die Einreden sich gefallen lassen, welche seinem Cedenten hätten entgegengesetzt werden können ⁷³⁾. Anders schneiden die exceptio doli aus den Handlungen des Cedens gegen den Cessionar ab, was freilich nur auf falsch verstandenen Begriffen von der persönlichen Eigenschaft der doli exceptio und auf einer irrigen Auslegung von L. 4. §. 27—31. D. 44. 4., welche gar nicht auf unseren Fall sich bezieht, beruht ⁷⁴⁾. Dem Delegatar kann in der Regel die Einrede nicht aus den Handlungen des Deleganten entgegenstehen, da hier der Gläubiger aus einer neuen, von ihm selbst contractirten Obligation klagt ⁷⁵⁾, und es gilt somit für diesen Fall die in den römischen Rechtsquellen allgemein anerkannte Regel: *alienus dolus alteri nocere non debet* ⁷⁶⁾.

Erreßen die genannten Erfordernisse zu, so ist die doli exceptio begründet, und sie erscheint in dieser Beziehung als ein Universalrechtsmittel gegen alle Ungerechtigkeiten, welche auf Kosten des guten Glaubens durch eine zurecht getriebene Strenge und einseitige Consequenz in Anwendung gewisser Rechtsfälle auf den concreten Fall geschehen können ⁷⁷⁾. Sie ist überall begründet, wo Umstände, Ereignisse und Thatsachen vorliegen, welche die Klage, wenn sie auch dem Buchstaben nach Grund hat, als innerlich widerrechtlich und unbillig erscheinen lassen, vorausgesetzt, daß der Kläger mit diesen bösen Umständen und Verhältnissen bekannt sein konnte und mußte, also seinen bösen Willen, seinen dolus dadurch offenbarte, daß er sich an diese Thatsachen nicht lehete. So erhielt unsere Exception eine Art von subsidiarischer Stellung in den römischen Rechtsquellen, welche ihr auch noch im Justinianischen Rechte verblieben ist. Zunächst deutet darauf das Verhältniß der exceptio metus zu unserer Exception ⁷⁸⁾; ferner der zur Zeit der classischen Juristen allgemein anerkannte Grundsatz, daß unsere Einrede überall statthabe, wo eine *facti exceptio* vorliege ⁷⁹⁾, oder die erhobene Klage durch die *aequitas defensionis* abgewiesen wer-

72) Vergl. Grande, über die dem Cessionar aus der Person des Cedenten entgegenstehenden Einreden, im Archiv für civ. Praxis, Bd. 16, S. 417—434, und Mühlendruck, die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, S. 592—596.

73) L. 4. §. 19. D. 44. 4.

74) Sp Fabor, coniect. iuris civilis, lib. XII. cap. 9, und ähnlich Alphons. de Olea, tractatus de cessione iurium et actionum, tit. VI. quaest. XI.

75) L. 4. §. 20—22. D. 44. 4. L. 12. 13. u. 19. D. de delegationibus et delegationibus. (46. 2.) L. 9. §. 1. D. de cond. causa data, causa non secuta. (12. 4.) L. 78. §. 5. D. de iure dotium. (23. 3.) L. 46. §. 2. D. ibid.

76) L. 11. D. 44. 4. L. 2. §. 1 u. 2. L. 4. §. 83. D. ibid.

77) Vergl. Hänel a. a. D. Th. 12, S. 422—429.

78) L. 14. §. 13. D. 4. 2. L. 4. §. 83. D. 44. 4.

79) L. 2. §. 5. D. 44. 4. L. 2. §. 32. D. ibid. L. 8. D. de condictione ob turpem. (12. 5.) L. 8. C. de non num. pec. (4. 80.)

den Eamr.⁸⁰⁾; nichts aber halte ich für bezeichnender, als die Art und Weise, in welcher die römischen Rechtsquellen das Verhältniß der *pacti exceptio* zu unserer Einrede darstellen. Zunächst ist nämlich allgemein anerkannt, daß wo die *pacti exceptio* zusteht, auch die *doli exceptio* gestattet werde⁸¹⁾; allein die Sphäre ihrer Anwendung war noch viel weiter, da man sie auch dann aus Verträgen gestattete, wo der Strenge des Rechtes nach eine *exceptio pacti* nicht verwilligt werden konnte, z. B. wenn der Vertrag vom Bevollmächtigten geschlossen war, und der Machtgeber sich darauf beruft⁸²⁾. Gerade diese subsidiarische Stellung unserer Einrede erklärt sich am einfachsten aus der Vermuthung, auf welche schon die Analogie von der *exceptio motus* führt, daß unsere Einrede von allen die älteste war, und die einzelnen benannten Einreden erst nach und nach, theils durch die Wirksamkeit des Prätors, theils durch den Einfluß der Doctrin, aus derselben herausgetreten sind. Als man sich nun im Laufe der Zeiten daran gewöhnt hatte, unsere Einrede als einen integritäten Theil des prätorischen Rechtes zu betrachten, benutzte man sie auch als ein erwünschtes Auskunftsmittel, die Ausbildung einzelner Rechtsinstitute zu befördern, und manche Schwierigkeiten, welche das *ius civile* in der Praxis fand, zu beseitigen. So ward die *bonorum possessio secundam tabulas* in gewissen Fällen zu einer dauernden erhoben, seitdem kaiserliche Constitutionen dem *bonorum possessor ex tabulis non iure factis* gegen die Erbschaftsklage der Intestaterben die *doli mali exceptio* verliehen haben⁸³⁾. Auch wurde die Strenge der strikten Klagen gemildert, seitdem es dem Beklagten durch eine Constitution des Marcus Aurelius gestattet war, sich auch hier auf seine Gegenansprüche an den Kläger in der Form der *doli exceptio* zu beziehen⁸⁴⁾. Allein nicht bloß durch kaiserliche Constitutionen, auch durch den Einfluß der Doctrin⁸⁵⁾ ward die Sphäre unserer Exceptio erweitert. So verdankt z. B. die Anwendung der *doli exceptio* bei der Bereicherung des sonst willensunfähigen Pupillen, welcher aus einem ohne Vollwort seines Tutor geschlossenen Geschäfte verpflichtet wird, dem Juristenrechte ihren Ursprung⁸⁶⁾. Auch die Befugniß des Besizers im bösen Glauben bei der *hereditatis petitio* Ersatz seiner Verwendungen zu verlangen, so weit der Andere dadurch bereichert worden ist, schreibt sich aus dieser Quelle her⁸⁷⁾. Endlich gehört in diese Kategorie auch der Fall, wenn bei der *Accessio* der Eigenthümer der Hauptsache, welcher durch die untrennbare Verbindung der Nebensache mit der seinigen gewinnt,

80) L. 12. D. 44. 4.

81) L. 2. §. 4. L. 4. §. 8. D. 44. 4. L. 10. §. 2. D. 2. 14. L. 27. §. 5. D. *ibid.* Vergl. *Sánel a. a. D. Th. 12, S. 423.*82) L. 7. §. 18. L. 10. §. 2. D. 2. 14. L. 16. pr. u. §. 1. L. 21. §. 1 u. 2. L. 40. §. 3. D. *ibid.*83) *Quint.* inst. III. §. 120.84) §. 30. J. *de actionibus* (4. 6.), *ibique Theoph.*

85) L. 2. §. 7. L. 4. §. 1 u. 14. D. 44. 7.

86) L. 4. §. 4. D. 44. 4. Vergl. *Cell, Versuche, Th. 1, S. 50,*87) L. 38. D. *de hered. pet.* (5. 3.)

mittelft der *doli exceptio* gezwungen wird, den Werth der Nebensache ganz oder zum Theil zu ersetzen⁸⁸). So hatte denn unser Rechtsmittel zur Zeit der classischen Juristen eine Ausdehnung erhalten, welche es ursprünglich nicht gehabt hat, ohne Rücksicht darauf, ob es mit andern Exceptionen concurrirte oder nicht. Die wichtigsten Anwendungen, in welchen dies Rechtsmittel in den Justinianischen Rechtsquellen noch vorkommt, sind folgende. Es steht zu in Fällen, wo die Forderung auf einem factischen Irrthume beruht oder auf einer Voraussetzung, welche nicht eingetreten ist, wo also der Beklagte, wenn er bereits Zahlung geleistet hätte, die *condictio indebiti*, *sine causa* oder *causa non secuta* haben würde⁸⁹); ferner da, wo der Anspruch auf einer *turpis causa* beruht⁹⁰), oder eine *Stipulation credendi causa* eingegangen worden, die versprochene Zahlung aber nicht erfolgt ist⁹¹); in allen Fällen, wo die Forderung nicht *ipso iure* erloschen ist, und gleichwohl ein Thatumstand eintritt, welcher sie *ope exceptionis* aufhebt, wie bei der unvollkommenen Zahlung⁹²), bei Erlaßverträgen, ohne Unterschied, ob der Exipient oder ein Dritter den ihm zu Gute kommenden Vertrag abgeschlossen hat, bei Vergleichen⁹³), bei unvollständiger *Novation*⁹⁴) und partieller *Confusio*⁹⁵); um das bei der *Dotallage* vom Richter übersehene *beneficium competentiae* in der *actio iudicati* geltend zu machen⁹⁶); als Rechtsmittel wider Vollziehung eines auf Bestechung, Gunst oder Feindschaft beruhenden schiefsrichterlichen Urtheils⁹⁷); in Fällen, wo sonst die *exceptio non adimpleti contractus*⁹⁸), oder *rei venditae et traditae*⁹⁹) stattfindet; als Mittel um den Anspruch auf die *Falcidische*¹⁰⁰) und *Trebellianische*¹⁰¹) *Quart* zu realisiren; in allen Fällen, wo die *Klage*

88) L. 23. §. 4. D. de rei vind. (6. 1.) L. 7. §. 12. D. de acquirendo rerum dom. (41. 1.) *Caius*, inst. II. §. 76—78. §. 30 u. 32. J. de rerum divisione. (2. 1.)

89) L. 2. §. 3. D. 44. 4. L. 4. §. 1. L. 7. pr. D. ibid. L. 3. §. 7. D. de peculio. (15. 1.) L. 5. §. 1. D. de actionibus empti venditi. (19. 1.) L. 13. pr. D. de iure dotium. (23. 3.) L. 2. §. 3 u. 4. D. de donationibus. (39. 5.) L. 3. C. de conditione indebiti. (4. 5.)

90) L. 8. D. de conditione ob turpem vel iniustam causam. (12. 5.)

91) L. 4. §. 16. D. 44. 4. L. 29. pr. D. mandati vel contra. (17. 1.) *Caius*, inst. IV. §. 116. §. 2. J. de except. (4. 13.)

92) L. 74. §. 2. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 1. C. de re iudicata. (8. 86.)

93) L. 23. §. 3. D. de cond. indeb. (12. 6.)

94) L. 91. D. de solut. et liberat. (46. 3.)

95) L. 14. C. de rei vindicatione. (3. 32.) L. 71. D. de fideiussoribus. (46. 1.)

96) L. 17. §. 2. D. sol. matr. (24. 3.)

97) L. 31. u. L. 32. §. 14. D. de receptis qui arbitrium. (4. 8.) L. 3. C. de receptis arbitr. (2. 56.)

98) L. 5. C. de evictionibus. (8. 45.)

99) L. 17. D. de evictionibus. (21. 2.) L. 3. C. de rebus alienis non alienandis. (4. 51.)

100) L. 5. §. 1. D. 44. 4. L. 16. pr. D. ad legem Falcidiam. (35.

2.) L. 23. D. ibid. L. 80. §. 1. D. ibid.

101) L. 21. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.)

mit den Bestimmungen eines Testaments oder eines anderen gültigen letzten Willens in Widerspruch steht¹⁰²⁾, wohin es gehört, wenn der Erbe eine Schuld einklagt, welche durch ein *legatum liberationis* erlassen ist¹⁰³⁾, oder wenn ein Vermächtniß eingeklagt wird, welches *pro adempto* zu achten ist¹⁰⁴⁾, oder der Vermächtnißnehmer vor der Erfüllung der beigefügten Bedingung klagt¹⁰⁵⁾; bei dem electiven Klagenconcur, wenn der Kläger beide ihm zustehende Klagen zugleich anstellt, und also die Sache doppelt fordert¹⁰⁶⁾, oder wenn Einer das Ganze fordert, wo ihm nur die Forderung auf einen Theil zukommt¹⁰⁷⁾; in allen Fällen, wo das bestehende Recht Jemand ein Retentionsrecht an der von dem Kläger verlangten Sache einräumt, ohne Unterschied, ob dieß wegen der auf die Sache verwendeten Unterhaltungs- und Meliorationskosten¹⁰⁸⁾, oder wegen erlittener Schäden¹⁰⁹⁾; oder endlich wegen anderer connexer Gegenleistungen zusteht¹¹⁰⁾; wegen der Compensationsansprüche gegen *actiones stricti iuris*¹¹¹⁾; auch wenn der Käufer ohne Vorbehalt gekauft hat, und nun den Verkäufer wegen dieses Fehlers belangen will¹¹²⁾, oder wenn Jemand eine Sache in Anspruch nimmt, ohne die darauf hastenden Lasten anerkennen zu wollen¹¹³⁾; wenn der Usufructuar in die Veräußerung der Sache, an der ihm der Ususfructus zusteht, gewilligt hat, ohne sich ein Recht daran vorzubehalten¹¹⁴⁾; wenn der Gläubiger die an einen Fremden geschehene Zahlung nachher genehmigt hat¹¹⁵⁾; wenn der Fideicommissar, nachdem er das Fideicommiß bereits ausgeschlagen hat, nachher noch darauf klagt¹¹⁶⁾; wenn der Gläubiger daran Schuld war, daß der Schuldner das Geld, womit er ihn bezahlen wollte, verlor¹¹⁷⁾, oder wenn er die Zahlung nicht

102) L. 4. §. 10. D. 44. 4. L. 17. §. 1 u. 3. D. *ibid.* L. 19. §. 1. D. *de reg. iuris.* (50. 17.)

103) L. 8. §. 1. D. 44. 4. L. 3. §. 2. D. *de liberatione legata.* (34. 8.) L. 26. D. *ibid.*

104) L. 3. §. 11. D. *de adimendis vel transfer. legat.* (34. 4.) L. 15. u. L. 22. D. *ibid.*

105) L. 89. D. *de condit. et demonstrat.* (35. 1.)

106) L. 3. §. 5. D. *nautae, caupones.* (4. 9.) L. 28. D. *de act. empti.* (19. 1.) L. 84. §. 6. D. *de legatis I.* (30.)

107) L. 13. §. 9. D. *de act. empti.* (19. 1.) L. 85. D. *de legatis I.* (30.)

108) L. 4. §. 9. D. 44. 4. L. 5. §. 2. L. 14. D. *ibid.* *Caius, Inst. II. §. 76—78. §. 30. J. de rerum divis.* (2. 1.) L. 89. §. 1. D. *de haereditatis petitione.* (5. 3.) L. 50. §. 1. D. *ibid.* L. 23. §. 1—4. D. *de rei vindicatione.* (6. 1.) L. 27. §. 5. D. *ibid.* L. 30. L. 65. *pr. D. ibid.* L. 11. u. 16. D. *de rei vindicatione.* (3. 32.)

109) L. 3. D. *de tritico, vino, oleo leg.* (33. 6.)

110) L. 94. *pr. D. de solut. et liberat.* (46. 3.) L. un. C. *etiam ob chirographariam.* (8. 27.)

111) §. 30. J. *de actionibus.* (4. 6.)

111a) L. 4. §. 5. D. 44. 4.

112) L. 18. D. *de servit.* (8. 1.) L. 81. §. 3. D. *de legatis I.* (30.) L. 116. §. 4. D. *ibid.*

113) L. 4. §. 12. D. 44. 4.

114) L. 12. §. 2. D. *ratam rem haberi.* (46. 8.)

115) L. 26. C. *de fideicommissis.* (6. 42.)

116) L. 6. D. 44. 4.

annahm und nachher doch auf das Interesse *moras* klagt, oder die Sache unmittelbar ohne Hinzuthun des Schuldners untergegangen ist¹¹⁷), oder wenn nach dem Tode des Gläubigers Niemand da war, an welchem man mit Sicherheit zahlen konnte und der Erbe doch Verzugszinsen auf die Zeit fordert¹¹⁸); wenn Jemand das Vorkaufrecht hat und auf die wiederholte Anzeige des Besizers der Sache, daß er verkaufen wolle, sich in einer angemessenen Frist nicht erklärt, nachher aber doch auf die bedungene Conventionalstrafe klagt¹¹⁹); wenn Jemand auf Leistung der *Eviction* klagt, und gleichwohl die vorher nöthige *Licisdenunciatio* unterlassen hat¹²⁰); wenn dem Kläger nachgewiesen werden kann, daß er kein Interesse an der Anstellung der Klage habe¹²¹); wenn an den Pflegebefohlenen Zahlung ohne Vollwort seines Vormundes geleistet worden ist, und den auf legale Zahlung klagenden Vormündern nachgewiesen werden kann, daß das Geld in den Nutzen des Pflegebefohlenen verwendet worden¹²²); wenn ein Vormund ohne richterliches Decret Grundstücke seines Pflegebefohlenen verkauft oder verpfändet und mit den erhaltenen Geldern einen Gläubiger seines Mündels abfindet¹²³), oder wenn dieß ein Vormund thut, welcher wegen unterlassener *satisfactio rem pupilli salvam fore* noch kein Verwaltungsrecht an den Gütern seines Pflegebefohlenen hatte¹²⁴); wenn ein Mündel ohne Einwilligung seines Vormundes Güter verkauft und durch den gelübten Kaufpreis reicher geworden ist¹²⁵), oder wenn Jemand den Gläubiger seines Gläubigers abfindet und der letztere diese Zahlung nicht ratihabiren will¹²⁶); wenn ein Contrahent in der einen Rücksicht mehr, in der anderen weniger leistet, als er versprochen hat, und den Mitcontrahenten zwingen will, daß das Mehr und Minder mit einander compensirt werde¹²⁷); wenn Jemand von derselben Person die Sache und den Werth derselben verlangt¹²⁸); endlich gewährt unsere Eiurede ein bewährtes Rechtsmittel gegen alle Sophismen, Trugschlüsse und Subtilitäten, durch welche entweder das Recht absichtlich verkehrt oder wenigstens unter gewissen zufälligen Verwicklungen der Richter in Verlegenheit gesetzt werden kann¹²⁹). So sehr nun die Sphäre der Exception nach den römisch-Justinianischen Rechtsquellen erweitert scheint,

117) L. 84. §. 3. D. de legatis I. (30.) L. 73. §. 2. D. de verb. obligat. (45. 1.)

118) L. 9. §. 1. D. de usuris et fructibus. (22. 1.)

119) L. 122. §. 3. D. de verborum oblig. (45. 1.)

120) L. 29. §. 3. D. de leg. III. (32.)

121) L. 2. §. 6. D. 45. 1.

122) L. 4. §. 4. D. 44. 4. L. 16. D. ibid. Caius, inst. II. §. 84.

§. 2. J. quibus alienare licet. (2. 8.) L. 4. D. de exopt. (44. 1.)

123) L. 7. §. 5. L. 13. §. 1. D. de rebus eorum, qui sub tutela. (27. 9.)

124) L. 7. §. 1. D. de curatore furioso. (27. 10.)

125) L. 9. C. de usucapione pro emptore. (7. 26.)

126) L. 6. D. 44. 4.

127) L. 42. D. 19. 1.

128) L. 14. §. 2. D. de conditione furtiva. (13. 1.) L. 77. §. 5. D. de legatis II. (31.) Vgl. L. 57. D. de regulis iuris. (50. 17.)

129) L. 88. pr. u. §. 1. D. ad legem Falcidiam. (35. 2.)

so ist dieselbe doch in Anwendung auf die heutigen Rechtsverhältnisse geschlossen, wie schon aus der Geschichte der Reception der Justinianischen Rechtsquellen in Deutschland hervorgeht. Man muß sich demnach wohl hüten, sich zu dem Irrthume mancher Praktiker verleiten zu lassen, als dürfe man auch im heutigen Rechte dieses Rechtsmittel zur Fortbildung des Rechtes benutzen, wo ein Anschein von natürlicher Billigkeit für eine demartige Ausdehnung zu sprechen scheint. Es könnte dann leicht dahin kommen, daß man, ohne das *corpus iuris* nachzuschlagen, aus dem eigenen Kopfe ein System entstehen ließe, welches aller gesunden Vernunft Hohn spräche.

Die Einrede ist ihrer Natur nach keine persönliche Einrede, sondern eine *exceptio rei cohaerens* und kommt demnach regelmäßig dem Anversalfuccessoren desjenigen, welcher durch den dolus des Klägers in Schaden kommt, zu statten, ingleichen den Bürgen und Mandatären, und allen, welche ein Interesse daran haben, daß der Hauptschuldner durch den Gebrauch derselben von seiner Forderung frei werde¹³⁰⁾. — Ihrer Form nach ist sie auch nicht auf die Sphäre der *exceptio* beschränkt, vielmehr kann sie auch als *replicatio*, *triplicatio* etc. geltend gemacht werden¹³¹⁾. Als *Replication* kommt sie vorzüglich dann vor, wenn ein Erlaßvertrag (*pactum de non petendo*) wegen des dolus der anderen Partei als unwirksam dargestellt werden soll¹³²⁾. — Was den Beweis unserer Exception angeht, so hat ihn offenbar der Beklagte nach den allgemeinen Regeln vom Beweise zu führen. Daß derselbe auch auf den dolus des Klägers sich erstrecken müsse, leuchtet aus dem Gesagten hinreichend hervor, und bestätigt sich auch durch den Grundsatz, daß ein dolus nie vermuthet werde, also bewiesen werden müsse¹³³⁾, ein Grundsatz, welcher auf unsere Exception besondere Anwendung leidet. Doch wird dieser Beweis schon durch den Nachweis von Thathandlungen, aus welchen die unredliche Absicht des Klägers gefolgert wird, hergestellt werden können¹³⁴⁾; vorausgesetzt, daß derselbe in einem Alter steht, welchem überhaupt eine solche Absicht zugetraut werden kann¹³⁵⁾, und in einem geistigen Zustande sich befindet, welcher den freien Gebrauch des Verstandes nicht ausschließt¹³⁶⁾, und endlich sich nicht gültiger Weise auf Irrthum oder Unwissenheit berufen kann¹³⁷⁾. Als besondere unsere Exception betreffende Grundsätze sind hier noch zu erwähnen, 1) daß gegen dieselbe eine *replicatio doli mali* unzulässig ist. Der Grund von dieser in den Justinianischen Rechtsbüchern als geltend aus-

130) L. 7. pr. u. §. 1. D. de exceptionibus. (44. 1.)

131) L. 6. C. de except. (8. 36.) L. 3. C. ibid. L. 4. §. 14. D. 44. 4. L. 36. D. 2. 14. L. 7. §. 1. D. de curatore furioso. (27. 10.)

132) L. 2. §. 11. L. 35. D. 2. 14. L. 6. C. 8. 36.

133) L. 18. §. 1. D. de probationibus et praesumptionibus. (22. 3.) L. 6. C. de dolo malo. (2. 21.)

134) L. 1. §. 2. L. 2. §. 4—6. L. 4. §. 15. L. 5. §. 1 u. 2. D. 44. 4. Vgl. L. 41. D. ad legem Falcidiam. (35. 2.) L. 7. pr. D. de administrat. et periculo tut. (26. 7.) L. 8. §. 9. D. mandati vel contra. (17. 1.)

135) L. 4. §. 26. D. 44. 4.

136) L. 4. §. 26. D. 44. 4.

137) L. 177. §. 1. D. 50. 17. L. 2. §. 5. D. 44. 4.

gesprochenen Ansicht¹³⁸⁾ liegt wohl in dem Zwecke der *exceptio doli*, welcher in den Fällen, wo *dolus* mit *dolus compensirt* werden kann, wegfallen würde¹³⁹⁾; wenigstens wird dieser Grund bereits von *Labeo* geltend gemacht. 2) Daß gegen Personen, denen der Kläger *Respect* zu bezeugen hat, die *doli exceptio* nicht zulässig ist, damit ihr guter Name nicht vor den Leuten besleckt werde¹⁴⁰⁾. Zu dieser Classe von Personen rechnet man die Eltern und Patrone, welchen man nicht allein bei ihrem Leben, sondern auch nach ihrem Tode in dieser Rücksicht Ehrfurcht zu bezeugen hat, und mithin auch ihren Erben aus Handlungen der Verstorbenen die *doli mali exceptio* nicht entgegenstellen kann. Statt der *doli exceptio* wird in diesen Fällen eine in *factum* concipirte *Exception* gestattet. Auf die Erben des *Liberten* bezieht sich die *Vorschrift* nicht, daher diese auch gegen den *Patron* ihres *Erblassers* die *doli exceptio* brauchen können¹⁴¹⁾. Auf die rechtlichen Geschäften hinzugefügte *doli clausula* leidet die *Vorschrift* ebenfalls nicht Anwendung, da aus derselben nicht die *actio doli mali*, sondern vielmehr die *actio ex stipulatu* entspringt¹⁴²⁾.

Exceptio fori, auch *exceptio fori non competentis* heißt bei den neueren Rechtsgelehrten die *Einrede*, wodurch die vor einem Richter, dessen *Gerichtszwange* sie nicht unterworfen ist, verklagte Person sich von der *Verurtheilung* im gegenwärtigen Prozesse befreit. Bei den Römern heißt sie *praescriptio fori*¹⁾, auch *fori praescriptio*²⁾, inwiefern *praescriptiones* alle solche *Einwendungen* genannt wurden, welche gegen die *Klage*, der sie entgegenstehen, zerstörende Wirkung haben, aber vor der *Untersuchung* der *Hauptsache* in *Erwägung* gezogen werden müssen³⁾. War der Richter, vor welchen der *Beklagte* gerufen wurde, *incompetent*, so mußte sich der *Letztere* zwar *jedenfalls* vor ihm stellen, damit der *Magistrat* beurtheilen könne, ob er über ihn die *Jurisdiction* habe oder nicht⁴⁾. Dieser Grundsatz, welcher zur Zeit, wo noch die in *ius vocatio* in Gebrauch war, entstanden ist, wurde auch späterhin, als die Prozesse durch die richterliche Ladung eingeleitet wurden, beibehalten. Nun erst stand es dem *Beklagten* frei, seine *Exception* anzubringen, und die ihm in Betreff des *Gerichtsstandes* zustehenden *Privilegien*, wie z. B. das dem *Legaten*

138) L. 4. §. 13. D. 44. 4. L. 154. pr. D. 50. 17.

139) L. 4. §. 13. D. 44. 4., vergl. mit L. 1. §. 1. L. 11. §. 1. D. ibidem.

140) L. 4. §. 16. D. 44. 4. L. 7. §. 2. D. 33. 15. Vgl. L. 11. §. 1. D. de dolo malo. (4. 3.)

141) L. 4. §. 16. D. 44. 4.

142) L. 4. §. 16. D. 44. 4.

1) L. 13. C. de exceptionibus. (8. 86.)

2) L. 29. C. de pactis. (2. 3.) L. 7. C. de iurisd. omni. ind. (3. 13.) Mit dem Namen *praescriptio* allein wird sie bezeichnet in L. 50. §. 1 u. 2. L. 52. §. 3 u. 4. D. de iudiciis. (5. 1.)

3) Vergl. *Zimmern*, der römische Civilproceß, §. 97, S. 304.

4) L. 2. pr. D. si quis in ius vocatus. (2. 5.) L. 5. D. de iudiciis (5. 1.)

zustehende *privilegium revocandi domum* geltend zu machen ⁵⁾. Daß die *fori praescriptio* ausdrücklich, und zwar im Anfange des Prozesses vorgeschützt werden muß, wenn sie im gegenwärtigen Prozesse irgend berücksichtigt werden soll, ist schon altes Recht und durch kaiserliche Constitutionen nur bestätigt worden ⁶⁾. Als den Zeitpunkt, wo diese Vorschtzung geschehen mußte, bezeichnen die späteren kaiserlichen Constitutionen die Zeit vor der *litis contestatio*; daher nach derselben eine Aenderung des Gerichtes nicht mehr möglich ist ⁷⁾. Und daß dieß auch zur Zeit der classischen Juristen Rechtens gewesen, ergibt sich aus der Natur der *litiscontestatio* des älteren Rechtes von selbst. Damit hängt es jedenfalls zusammen, wenn die Competenz des Richters allein nach dem Zeitpunkte der in *ius vocatio*, nicht nach der Folgezeit beurtheilt wird, so daß, wenn sich das *Forum* des Beklagten auch später ändert, auf diese Aenderung keine Rücksicht genommen werden soll ⁸⁾; wenn ferner im classischen Pandektenrechte der Grundsatz feststeht, daß, wo die *litiscontestatio* erfolgt ist, auch der Prozeß zu Ende geführt werden müsse ⁹⁾, was auch auf die *Executio* ausgebehnt wird ¹⁰⁾, und wenn endlich aus der vor dem incompetenten Richter vorgenommenen *litiscontestatio* gefolgert wird, daß der Beklagte seiner *exceptio fori* völlig entsetzt habe ¹¹⁾.

Daß der Beklagte den Beweis der Einrede zu führen habe, versteht sich nach den allgemeinen Prozeßregeln von selbst. Die Entscheidung der Frage, ob sie gegründet sei oder nicht, gehört vor dem Richter, vor welchem der Beklagte die Einrede vorschützt ¹²⁾; denn die Frage über die Zuständigkeit des Gerichtes wird nicht als *propria causa* des Richters angesehen. Verfährt der Richter, dessen Competenz angefochten wird, ohne sich auf die Einrede einzulassen, in dem Prozesse, gleich als wäre er competent, so tritt, wenn sich später seine Incompetenz herausstellt, eine unheilbare Nichtigkeit aller von ihm vorgenommenen Prozeßhandlungen ein ¹³⁾, so daß es zur Umstößung des von ihm gefällten Urtheiles nicht nur nicht der *Appellation* bedarf, sondern auch eine *exceptio rei iudicatae* daraus nicht entstehen kann. — Daß man der *Exception* beliebig entsagen könne, ist im späteren römischen Rechte ausdrücklich anerkannt ¹⁴⁾, wenn schon früherhin daran gezweifelt wurde. Auch kommt die Einrede in Wegfall, wenn die Parteien einem incompetenten Richter durch besonderen Vertrag

5) L. 2. §. 4—7. D. 5. 1. L. 5. D. *ibid.*

6) L. 13. C. 8. 36.

7) L. 4. C. 3. 13. Nov. 53. c. 3. pr.

8) L. 7. D. 5. 1. L. 19. pr. D. de *iurisdic.* (2. 1.) L. 4. §. 1. C. de *in ius vocando*. (2. 2.)

9) L. 30. D. 5. 1.

10) L. 1. D. de *rebus auctoritate iud.* (42. 5.) L. 19. §. 1. D. 5. 1. L. 19. pr. D. 2. 1.

11) L. 4. C. 3. 13. Nov. 53. c. 3. Aus der *editio actionis* kann dieß nicht gefolgert werden. L. 33. D. 5. 1.

12) L. 2. pr. D. 2. 5. L. 5. D. 5. 1.

13) L. 20. D. 2. 1. L. 1. 2. 4. C. *si non comp. iud.* (7. 48.)

14) L. 29. C. de *pactis*. (2. 3.)

sich unterworfen¹⁵⁾, vorausgesetzt, daß dieser überhaupt Jurisdiction habe¹⁶⁾ und sich mit der Sache befassen wolle¹⁷⁾, und die Parteien davon unterrichtet sind, daß er incompetent sei¹⁸⁾; ein Fall, welchen man in der Kunstsprache der heutigen Rechtsgelehrten mit dem Namen der freiwilligen Prorogation zu bezeichnen pflegt¹⁹⁾. Daß endlich bei der Litisdenunciation der Denunciant an das Forum seines Denuncianten gebunden ist, und in dieser Beziehung nicht die *exceptio fori* brauchen kann²⁰⁾, ist nicht sowohl als eine Abweichung von der Regel zu betrachten, sondern ergibt sich aus der prozessualischen Stellung des Intervenienten zum wahren Beklagten, da er entweder als simpler Beistand, oder als dessen Procurator im gegenwärtigen Prozesse aufzutreten berechtigt ist. — Streitig ist es, ob die vorliegende Einrede den dilatorischen oder peremptorischen Einreden zuguzählen sei. Daß sie in den römischen Rechtsquellen nach Analogie der dilatorischen, welche bekanntlich stets am Anfang des Processes vorgebracht werden müssen, behandelt wird, ergibt sich aus dem oben Gesagten; allein damit ist noch nicht gesagt, daß sie eine wahre Exception im Sinne des römischen Rechtes sei, da sie auch nirgends *exceptio*, immer nur *praescriptio* genannt wird.

Die Grundsätze des gemeinen Rechtes sind auch heutzutage gültig, und finden theilweise in den teutschen Reichsgesetzen²¹⁾ volle Bestätigung. Die heutige Doctrin hat auch nichts daran geändert; doch muß schon von Amtswegen die Zurückweisung des angebrachten Klagebells erfolgen, wenn der Gegenstand derselben eine privilegirte Sache ist, in Ansehung welcher der angerufene Richter gar keine Jurisdiction hat, weil hier auch durch des Partien Zustimmung eine Prorogation nicht möglich ist²²⁾.

Exceptio iurisiurandi¹⁾ heißt in der Kunstsprache der römischen Rechtsgelehrten die peremptorische Einrede, mit welcher derjenige,

15) L. 1. u. 2. pr. §. 1 u. 2. D. 5. 1. L. 74. §. 1. D. ibid. L. 15. D. 2. 1. L. 28. D. ad munic. (50. 1.) L. 1. C. 3. 13.

16) L. 3. C. 3. 13. Vgl. L. 1. D. 5. 1. L. 74. §. 1. D. ibid.

17) Eigentliches Consens des Magistrates wird nicht verlangt; daher auch schon der Magistrat, welcher sich irrthümlicher Weise für competent hielt, das Urtheil sprechen kann. L. 2. §. 1. D. 5. 1.

18) L. 15. D. 2. 1. L. 2. pr. D. 5. 1.

19) Vgl. Bach, de prorogatione iurisdictionis, in opusculis p. 406 sq. Stockmann, de iurisdictione prorogata. Lipsiae 1777, 8. Bethmanns-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses, S. 10—12.

20) L. 49. pr. D. 5. 1. L. 1. C. 3. 19.

21) J. R. X. §. 40 u. 122.

22) Vgl. Bayer, Vorträge über den gem. Civilprozeß (2. Ausg.), S. 95.

1) Literatur: Malblanc, de iurisiurando. Norimbergae 1781. Stück, Erläuterung der Pandekten, Th. 12, S. 173—398. Von älteren erregtischen Schriften verdienen hier besonders folgende Erwähnung: Guil. Barclaius, comm. ad tit. Pandectarum de iurisiurando, in Ottonis thes. iuris Rom. tom. III. p. 910 sq., und Janus a Costa, praedlectiones ad illustriores quosdam titulos locaque selecta iuris civilis, p. 144 sq. Die in diese letzter einschlagenden Verordnungen des Kirchenrechtes sind sehr gut erläutert von Böhmer, ius ecclesiasticum Protestantium, lib. II. tit. XXIV. tom. I. p. 1264—1326.

welcher einen ihm vom Gegner deferirten rechtmäßigen Eid über einen Streitgegenstand abgeleistet hat, oder was dem gleich steht, die Abweisung der Klage erzwingt, wenn der Deferent diesen Gegenstand von ihm späterhin einlagt²⁾. Diese Exception gründet sich auf eine Stelle des prätorischen Edictes, worin der Magistrat erklärte, daß er über Gegenstände, über welche ein Eid rechtsgiltiger Weise angetragen worden, weder gegen den Delaten noch gegen den, an welchen die Sache komme, eine Klage gestatten werde³⁾. Die Exception bezieht sich ebensowohl auf den gerichtlich⁴⁾ als außergerichtlich angetragenen Eid, wenn schon manche Rechtsgelehrte sie nur auf den zuletzt genannten Fall beschränken⁵⁾; gründet sich auf die juristische Annahme der Unmöglichkeit eines Meineides⁶⁾, ein Grundsatz, welcher zwar noch nicht zu Labeo's Zeiten feststand, da dieser bei dem Beweise des Meineides die *doli actio* noch zuließ⁷⁾, wohl aber zu den Zeiten Julian's bereits feststand, da dieser gegen die *exceptio iurisiurandi* die *doli replicatio* verweigerte⁸⁾, und auch durch eine *oratio* des Kaisers Marcus Aurelius ausdrücklich anerkannt worden ist⁹⁾; steht auch dann zu, wenn der Kläger die Wahrheit seines abgeschworenen Rechtes durch andere Beweismittel auf das Wündigste darthun kann¹⁰⁾; ist eine *exceptio rei cohaerens*¹¹⁾, und kommt daher nicht allein den Erben, sondern auch den Intercessoren¹²⁾ zu statten, ja selbst den Correalschuldnern für dieselbe Obligation¹³⁾, und, wenn der Eid über ein dingliches Recht abgelegt worden ist, selbst denjenigen; welche durch Singularsuccession die Sache, an welcher das abgeschworene Recht zustand, von dem Schwörenden erwerben¹⁴⁾ (einerlei, ob

2) §. 21. J. de actionibus (4. 6.), vergl. mit §. 4. J. de exceptionibus. (4. 13.) L. 7. D. de iurjurando. (12. 2.) L. 1. §. 1. u. 2. D. quantum rerum actio non datur. (44. 5.)

3) L. 7. D. 12. 2. L. 9. pr. D. ibid.

4) Dieß folgt theils aus der Vergleichung der aus dem abgeleisteten Eide entstehenden actio, welche ein gleiches Fundament mit der *exceptio* hat (L. 9. §. 1. D. 12. 2.), und wird durch L. 9. pr. L. 28. §. 4. L. 40. D. 12. 2. §. 4. J. 4. 13., und besonders durch die allgemein sprechende L. 7. D. 12. 2. auffallend bestätigt.

5) So Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 12, §. 244.

6) *Iniquum est de periurio quaeri*. L. 1. C. de rebus creditis. (4. 1.) L. 56. D. de re iudicata. (42. 1.) L. 15. D. de exceptionibus. (44. 1.) §. 4. J. 4. 13. ibique Theoph. ed. Reitz tom. II. p. 878. L. 31. u. 40. D. 12. 2. L. 15. D. de exceptionibus. (44. 1.) L. 21. D. de dolo malo. (4. 3.) L. 22. D. ibid. Nur wenn Jemand wegen eines ihm vorgeblich hinterlassenen Legates oder Fideicommisses den ihm vom Erben angetragenen Eid geschworen hat, kann dieser Eid bei späterer Auffindung des Testaments aus diesem angefochten werden. Vgl. L. 13. C. 4. 1.

7) L. 21. D. 4. 8.

8) L. 15. D. 44. 1.

9) L. 56. D. 42. 1.

10) §. 4. J. 4. 13. ibique Theoph. l. c. tom. II. p. 878. L. 28. §. 4. D. 12. 2.

11) L. 7. §. 1. D. 44. 1.

12) L. 7. §. 1. D. 44. 1. L. 28. §. 1. D. 12. 2. L. 40. D. 12. 2.

13) L. 28. §. 3. D. 12. 2.

14) L. 8. D. 12. 2.

dies von Kobeswegen, wie bei dem Legatar, oder unter den Lebenden, wie bei dem Käufer und dem Donatar, eintritt¹⁵⁾. Die Wirkung des Eides ist die, daß die alte civile Actio indirecter Weise consumirt wird¹⁶⁾, so daß nicht einmal eine Naturalobligation zurückbleibt¹⁷⁾; daß Naturalobligationen ipso iure dadurch aufgehoben werden¹⁸⁾, und daß ein neues auf den Eid gegründetes Verhältniß erzeugt wird¹⁹⁾, welches ganz nach Analogie des Iudicats beurtheilt²⁰⁾, und negativ durch die Einrede, affirmativ durch die in factum actio nach Analogie der indicati actio geltend gemacht wird²¹⁾, wenigstens in den Fällen, wo nicht die alte Klage als utilis actio wiedergegeben werden kann²²⁾.

Die Voraussetzungen, unter welchen der Eid zur Ausschätzung der Exception berechtigt, sind folgende. 1) Die Parteien, unter welchen der Eid über eine Streitfache abgethan worden ist, müssen identisch sein mit denjenigen Personen, welche im Prozesse, für welchen die Exception verlangt wird, einander gegenüber treten²³⁾. Man beurtheilt diese Identität nach den Grundsätzen, welche von der Wirksamkeit eines Vertrages gelten, da jede Delation eines Eides auf Vertrag beruht²⁴⁾, wenn schon manche neuere Rechtsgelehrten hier die Analogie der Litiscontestatio und des Urtheiles zu Hilfe nehmen. 2) Der Gegenstand des vorliegenden Processes muß identisch sein mit demjenigen, über welchen bereits früherhin unter denselben Personen ein Eid abgelegt worden²⁵⁾. Diese Identität ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen, welche bei der pacti exceptio in Frage kommen. Gleichgiltig ist es, ob die Frage welche den Gegenstand des neuen Processes bildet, bereits in derselben Klagsform, oder in einer anderen früherhin geltend gemacht worden ist²⁶⁾. 3) Der Eid muß von dem, welcher als Prozeßgegner jetzt auftritt, ausdrücklich verlangt (deferret) worden sein²⁷⁾. Dies Erforderniß war in den Worten des prätorischen Edictes begründet²⁸⁾, und man nahm an, daß

15) L. 8. D. 12. 2.

16) L. 30. §. 3. D. 12. 2. L. 28. §. 4. 6—9. D. ibid. L. 30. §. 4. u. L. 31. D. ibid.

17) L. 40. D. 12. 2. L. 43. D. de cond. indebiti (12. 6.), vergl. mit §. 4. J. 4. 13.

18) L. 95. §. 4. D. de solutionibus et liberat. (46. 3.) L. 42. pr. D. 12. 2.

19) L. 26. §. 2. D. 12. 2. L. 27. D. ibid. L. 35. §. 1. D. ibid.

20) L. 1. pr. D. 44. 5. L. 26. §. 2. D. ibid. L. 35. §. 1. D. ibid.

21) L. 8. C. 4. 1. L. 9. §. 1. D. 12. 2. L. 11. §. 1. D. 12. 2.

22) L. 11. §. 3. D. 12. 2. L. 13. §. 5. L. 30. §. 2. D. ibid. §. 11. J. 4. 6. Vgl. indef. L. 30. pr. D. 12. 2.

23) L. 7. §. 7. D. de Publiciana in rem actio. (6. 2.) L. 9. §. 7. D. 12. 2. L. 10. u. 11. pr. D. ibid., vergl. mit L. 7. u. L. 8. D. ibid.

24) L. 26. §. 2. D. 12. 2. L. 2. D. ibid. Daher die Einrede in L. 25. D. 12. 2. geradezu pacti exceptio genannt wird.

25) L. 28. §. 2. 4—8. D. 12. 2.

26) L. 28. §. 4. D. 12. 2.

27) §. 4. J. 4. 13. §. 11. J. 4. 6. L. 3. pr. D. 12. 2. L. 7. D. ibidem.

28) L. 3. pr. L. 7. D. 12. 2.

ein nach vorgängiger Delation abgeleiteter Eid schon deshalb vom Prætor geschützt werden müsse, weil der Segner durch den Antrag den Schwörenden gewissermaßen als Richter in eigener Sache ausdrücklich anerkannt habe ²⁹⁾. Sich selbst ohne vorgängige Delation etwas zugeschwören, galt für ein bequemes Auskunftsmittel, um sich gerechten Klagenprüchen zu entziehen ³⁰⁾. 4) Die Delation des Eides muß von dem vorgenommen worden sein, welcher über den Streitgegenstand zu disponiren befugt ist ³¹⁾. Pupillen bedürfen zur Delation der Auctorität ihres Vormundes ³²⁾; erklärte Verschwörer können einen Eid gar nicht antragen ³³⁾. Procuratoren können in Sachen ihrer Vollmachtgeber den Eid nur insofern gültig antragen, als sie entweder zur Verwaltung aller Güter und Geschäfte bestellt sind, oder zur Eideszuschreibung Specialvollmacht erhalten haben, oder der ihnen ertheilte Auftrag ein *mandatum in rem suam* ist ³⁴⁾. Vormünder können ihn in Sachen ihrer Pflegebefohlenen nur insofern antragen, als ihnen ein Veräußerungsrecht an den Gütern derselben zusieht ³⁵⁾. Insofern also bei Veräußerungen eine gerichtliche Untersuchung und obrigkeitliche Einwilligung erforderlich ist, ist solche auch zur Eidesdelation nothwendig. 5) Der Antrag des Eides muß auf eine zu Recht beständige Weise geschehen. Man beurtheilte dieß ganz nach dem Willen des Deferenten; denn es galt hier die absolute Regel, der Eid müsse, wenn er als Eid gelten solle, ganz nach der von jenem vorgeschlagenen Formel geschworen worden sein ³⁶⁾. Einerlei ist es dabei, ob der Eid unter Anrufung der Gottheit ³⁷⁾ abgelegt wird, oder bei einem andern dem Schwörenden theueren Gegenstande, z. B. *per genium principis* ³⁸⁾, *per salutem Caesarum* ³⁹⁾, *per caput imperatoris* ⁴⁰⁾, *per salutem suam* ⁴¹⁾, *per salutem liberorum* etc. Das Interesse des Deferenten an dem Gegenstande, bei welchem geschworen wird, bleibt unberücksichtigt ⁴²⁾. Das Kirchenrecht hat auch keine bestimmte Formel für den Eid vorgeschrieben; die teutschen Reichsgesetze begünstigen besonders die Formeln: zu Gott und den Heiligen, zu Gott und auf das heilige Evangelium, und so wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort ⁴³⁾. Allein damit ist noch keineswegs gesagt,

29) L. 1. pr. D. 44. 5.

30) L. 3. pr. D. 12. 2.

31) L. 35. §. 1. D. 12. 2.

32) L. 17. §. 1. D. 12. 2. L. 1. pr. D. 44. 5.

33) L. 35. §. 1. D. 12. 2.

34) L. 17. §. 3. D. 12. 2. L. 18. D. *ibid.* Cap. 4. in VI. de procuratoribus. (1. 19.)

35) L. 17. §. 2. D. 12. 2.

36) L. 5. pr. D. 12. 2. L. 13. §. 6. L. 33. D. *ibid.*

37) L. 41. C. de transact. (2. 5.)

38) L. 13. §. 6. D. 12. 2. Tertull. apol. 32.

39) Tertull. apol. 32.

40) Zosimus hist. V. 49. u. 51.

41) L. 5. pr. L. 33. D. 12. 2.

42) L. 5. §. 1. D. 12. 2.

43) Passauer Vertrag von 1552, §. und soll auch. Reichsabschied v. 1555 §. 106.

daß durch diese Empfehlung bestimmter Formeln das ältere Recht ganz aufgehoben worden sei. Die Mennoniten schwören immer nur bei Mannemwahrheit ⁴⁴). 6) Der Gegenstand, über welchen der Eid angetragen wird, muß überhaupt den Eid nicht ausschließen. In der Regel ist der Eid bei allen Geschäften und Klagen für zulässig zu achten, selbst bei solchen Thatsachen, welche entweder als Delict anerkannt sind, oder aber ein *famosum iudicium* begründen ⁴⁵). Ausgeschlossen ist der Eid nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes nur bei Bestärkung solcher Handlungen, welche geradezu gegen die Verfügung eines Gesetzes verstößen ⁴⁶), oder in fraudem legis vorgenommen werden, und es kann nur als Ausnahme gelten, wenn von Minderjährigen, welche die Pubertät erreicht haben, beschworene Contracte nach der *Authentica sacramenta puberum* aufrecht erhalten werden ⁴⁷). Viel weiter geht das Kirchenrecht, welches die Regel aufstellt, daß alle Eide gehalten werden sollen, so weit sich ihre Erfüllung mit dem Seelenheil des Schwörenden für das künftige Leben verträgt, und dritten Personen nicht zum Schaden gereicht ⁴⁸), und gleichwohl in einzelnen Fällen beschworene Zusagen von Handlungen, welche durch die Kirchengesetze verboten sind, für ungiltig erklärt ⁴⁹). Dadurch wird wenigstens so viel gewiß, daß Geschäfte, zu deren juristischem Bestehen gewisse Formlichkeiten verlangt wurden, bei dem Hinzutritt des Eides auch dann den Schwörenden binden, wenn diese Solennitäten im concreten Falle fehlen ⁵⁰), und daß man namentlich des Rechtes, gewisse Geschäfte, die zum eignen Nachtheile gereichen, umzustossen, verlustig wird, wenn dieselben von dem, welcher sie umzustossen berechtigt war, beschworen worden sind ⁵¹). Streitig ist es, ob die bindende Kraft des Eides auch auf die Erben des Schwörenden übergehe oder nicht. Allerdings hat das Kirchenrecht nichts darüber entschieden, allein für den Uebergang auf die Erben läßt sich die Analogie des gemeinen Rechtes anführen, wenn schon die Anklage des Meineides für diese nicht zu befürchten steht ⁵²). 7) Die Zu-

44) Reichsvolltationsbeschluß von 1768, in Balemann's Sammlung der Volltationsbeschlüsse, S. 86.

45) Pauli sent. recept. II. 1. 1. L. 3. §. 1. D. 12. 2. L. 34. pr. D. ibid. L. 25. §. 3. D. de probationibus. (22. 3.) L. 5. §. 8. D. de iniuriis. (47. 10.) L. 13. §. 2. D. 12. 2. L. 6. §. 4. D. de his, qui notantur infamia. (3. 2.) L. 9. §. 2. L. 28. §. 6. D. 12. 2. L. 11. §. 2. D. de actione rerum amotarum. (25. 2.)

46) L. 5. §. 1. C. de legibus et constitutionibus. (1. 14.) L. 7. §. 16. D. de pactis. (2. 14.)

47) Authent. Frid. ad L. 1. C. si adversus venditionem. (2. 28.)

48) Cap. 28. X. de iureiurando. (2. 24.) Cap. 2. in VI. de pactis. (2. 18.)

49) Cap. 18. X. de testibus. (2. 20.) Cap. 4. X. de testibus non cogendis. (2. 21.) Cap. 7. X. de pignoribus. (3. 21.) Cap. 1. X. de iureiurando. (2. 24.) Cap. 20. X. ibidem. Etwa's verschiedener Ansicht ist Kirxander III. in cap. 6. X. 2. 24.

50) Vergl. Boehmer, ius ecclesiasticum Protestantium, II. 24. §. 28 — 32. tom. I. p. 1283.

51) Cap. 2. in VI. de pactis. (1. 18.) Cap. 28. X. de iureiur. (2. 24.) Vergl. cap. 9. X. de arbitris. (1. 43.)

52) Vergl. Böhmér l. c. §. 38. tom. I. p. 1289 sq.

schiebung des Eides muß an den erfolgt sein, welcher im Stande ist, die Wichtigkeit des Eides zu beurtheilen. Daher kann die Delation nicht mit Wirkung geschehen an Unmündige⁵³⁾, wenn schon dieselben nach röm. Rechte einen Eid abzuleisten vermögen⁵⁴⁾. Nach dem Kirchenrechte können sie aber auch nicht einmal die, da es das Alter von vierzehn Jahren als den Zeitpunkt der Eidesmündigkeit festsetzt⁵⁵⁾; nach der teutschrechtlichen Praxis bleibt der den Unmündigen deferirte Eid bis zu ihrer Eidesmündigkeit ausgesetzt. 8) Die Willensbestimmung des Schwörenden muß frei sein, daher Zwang, Irrthum und Arglist die Wirkung jedes Eides vernichten⁵⁶⁾. Zwar läßt das katholische Kirchenrecht auch im Fall des Gewalts die aus dem Eide hervorgehende Verbindlichkeit ipso iure fortbestehen, so daß es einer Relaxation von Seiten des geistlichen Richters bedarf⁵⁷⁾; allein bei den Protestanten ist diese Entbindung des Gewissens nicht mehr von nöthen, da jene Bestimmung nur die Erweiterung der geistlichen Gewalt und Gerichtsbarkeit bezweckte⁵⁸⁾. Dabei versteht es sich von selbst, daß diese Ungiltigkeit erst auf dem Wege der gerichtlichen Untersuchung ausgesprochen werden kann, und daß, falls diese eröffnet wird, der, welcher den Eid geleistet hat, auch den Beweis des Mangels der freien Einwilligung zu führen habe. 9) Der Schwörende muß nicht durch ein specielles Gesetz die Fähigkeit einen Eid abzugeben verloren haben. Die von Betrunknen und des Meineides Ueberrwiesenen abgelegten Eide sind für ungiltig zu erachten, wenigstens nach den Vorschriften des Kirchenrechtes⁵⁹⁾. 10) Der Eid muß ganz so, wie der Deferent es verlangt hat, entweder abgelegt werden⁶⁰⁾, oder der Delat sich zur Ableistung bereit erklärt haben, der Deferent aber ihn erlassen haben⁶¹⁾. Diesen Erlaß bezeichneten die römischen Rechtsquellen mit dem Ausdrucke remittere iusiurandum, gratiam iusiurandi facere, und binden ihn an dieselben Bedingungen, wie die Delation⁶²⁾. — Eigenthümlichkeiten des gerichtlich angetragenen Eides sind 1) daß der Delat den Eid an den Deferenten zurückgeben kann (iusiurandum reserere), was bei dem außergerichtlichen nicht möglich ist⁶³⁾; für bescheidener gilt, als wenn der Delat den ihm angetragenen Eid selbst

53) L. 34. §. 2. D. 12. 2.

54) L. 26. pr. L. 42. pr. D. 12. 2.

55) Can. 14—16. causa XXII. qu. 5.

56) Cap. 23. X. 2. 24. Cap. 2. in VI. 2. 18. Authentica Frid. sacramenta puberum ad L. 1. C. si adversus venditionem. (2. 28.)

57) Cap. 1, 2, 8 u. 15. X. 2. 24. Vgl. Böhm. l. c. §. 51 u. 52, tom. I. p. 1296, 1297.

58) Vergl. Malblanc, de iuroiurando, §. 121 u. 123. Hommel, Rhapsod. quasst. for. vol. V. obs. 699. Gluck, Erläuterung der Pandecten, Th. 12, S. 209.

59) Can. 14. u. 16. causa XXII. qu. 5.

60) L. 3. §. 4. L. 5. pr. D. 12. 2. Can. 9. causa XXII. qu. 5.

61) L. 6. L. 9. §. 1. D. 12. 2. L. 5. §. 4. L. 32. u. 41. D. ibid.

62) L. 32. D. 12. 2.

63) L. 17. pr. D. 12. 2.

ableistet⁶⁴); in der Regel bei allen angetragenen Eiden erlaubt ist⁶⁵), außer wenn der Eid über ein vom Delaten begangenes factum, oder amotio rerum⁶⁶), oder sonst über den Grund eines famosum indicium⁶⁷) angetragen worden; im Ganzen nach denselben Regeln zu beurtheilen ist, wie die Eidesdelation selbst⁶⁸), und dem Deferenten die Nothwendigkeit auferlegt denselben abzuleisten, wofern ihm diese Ableistung nach der Acceptation nicht ausdrücklich vom Gegner erlassen wird⁶⁹). Weigert sich der Deferent den ihm referirten Eid zu leisten, so gilt er natürlich der Hauptsache nach für geständig⁷⁰), und das umgekehrte Geständniß liegt vor, wenn sich der Delat weigert den ihm defericirten Eid zu schwören oder die Relation desselben vorzunehmen⁷¹). 2) Daß der Deferent, wenn es der Delat verlangt, vor der Ableistung des angetragenen Eides den Eid vor Gefährde (iusiurandum calumniae) zu leisten hat⁷²). Geschieht dieß nicht, so gilt der Haupteid für erlassen⁷³). Streitig ist es, ob dem Patrone und den Eltern dieser Eid vor Gefährde erlassen wird⁷⁴). Bei dem referirten Eide hat der Referent nie den Gefährdeeid zu schwören^{74a}). 3) Daß der Grundsatz des prätorischen Edictes aut solvere aut iurare cogam in aller Strenge eintritt⁷⁵), und somit eine Art von Zwang zum Eide zuläßt, welcher Zwang freilich nicht weiter gehen kann, als der zur Litiscontestation⁷⁶). Doch fällt dieser Zwang bei den Procuratoren und Defensoren von selbst weg⁷⁷), ferner findet er bei Eiden nicht statt, welche über fremde Handlungen abgelegt werden sollen⁷⁸), endlich waren im älteren Rechte Zwangsmittel gegen gewisse Priesterclassen, nämlich den flamen Dialis und die vestalischen Jungfrauen nicht zulässig, wovon indeß im Justinianischen Rechte keine Spur mehr vorhanden ist⁷⁹). 4) Daß der einmal angetragene und noch nicht abgelegte

64) L. 25. §. 1. D. de pecunia constituta. (13. 5.)

65) L. 34. §. 7. L. 88. D. 12. 2. L. 25. §. 1. D. 13. 5. L. 8. u. 9. C. 4. 1.

66) L. 11. §. 3. L. 12. u. 13. D. de actione rerum amotarum. (25. 2.)

67) Cap. 86. pr. X. de iureiurando. (2. 24.)

68) L. 25. §. 1. D. 13. 5.

69) L. 8. C. 4. 1.

70) L. 34. §. 7 u. 9. D. 12. 2. L. 12. §. 1. C. 4. 1.

71) L. 38. D. 12. 2.

72) L. 37. D. 12. 2. L. 34. §. 4. D. ibid. L. 11. §. 1. D. de actione rerum amotarum. (25. 2.) L. 9. C. 4. 1. L. 32. C. de fideicommissis. (6. 42.)

73) L. 37. D. 12. 2.

74) Nach der gewöhnlichen Lesart in L. 34. §. 4. D. 12. 2. wird der Eid den Patronen und Eltern nicht erlassen; wohl aber den erstern nach L. 16. D. ibid. Vgl. Cuiacii obs. IX. 37.

74a) L. 34. §. 7. D. 12. 2.

75) L. 34. §. 6. D. 12. 2. L. 9. C. 4. 1.

76) L. 28. §. 2. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 34. §. 3. D. 12. 2. L. 11. §. 1 u. 2. D. 25. 2.

77) L. 34. §. 3. D. 12. 2. Schwören die Stellvertreter, so kommt ihr Eid den Parteien, welche sie vertreten, zu statten. L. 9. §. 6. D. 12. 2. L. 42. §. 2. D. ibid.

78) L. 11. §. 2. D. 25. 2.

79) Gell. N. A. 10. 15.

Es bis zur Fällung und Rechtskraft des Endurtheiles vom Kläger zurückgenommen und durch andere Beweismittel ersetzt werden kann⁸⁰⁾. Ist der einmal angetragene Eid vom Defereenten zurückgenommen, so steht ihm später kein Regreß zu diesem Beweismittel zu⁸¹⁾.

Exceptio iusti domini¹⁾ heißt in der Kunstsprache der römischen Juristen²⁾ die dem Besitzer einer Sache, welche ihm mit der *Publiciana in rem actio* abgefordert wird, zustehende Einrede, welche sich auf das dem Beklagten zustehende Eigenthumsrecht an der Sache stützt, und, da der Zweck der publicianischen Klage nicht der ist, dieselbe dem Eigenthümer zu entziehen³⁾, die Abweisung des Klägers zur Folge hat. Die Formel, in welcher sie concipiert wird, ist: *si ea res possessoris non sit*⁴⁾, eine Fassung, welche sich aus der negativen Fassung aller *Exceptiones* leicht erklärt. Die Einrede ist eine peremptorische, und bedarf von Seiten des Beklagten des Beweises. Daß sie manchmal durch *Replicationes* entkräftet werden kann, ist gewiß, z. B. durch die *replicatio rei iudicatae*, wenn Jemand eine Sache vom Nichteigenthümer gekauft hat, sodann in der vom wahren Eigenthümer gegen ihn angestellten Eigenthumsklage freigesprochen worden ist, später den Besitz verloren hat, und nun die Publicianische Klage gegen den Eigenthümer draucht⁵⁾. Dasselbe gilt auch dann, wenn der Kläger dem Eigenthümer den Werth der Sache bezahlt hat, die durch seine Schuld verloren ging, und sie nachher wieder in die Hände bekommt⁶⁾; wenn der Bevollmächtigte des Eigenthümers die Sache, welche der Kläger von demselben der Vollmacht gemäß gekauft hat, der vom Gewaltgeber erhaltenen unrechtmäßigen Gegenordre ungeachtet dem Kläger tradirt und dieser nach dem Verlust des Besitzes die publicianische Klage gegen den die Sache besitzenden Eigenthümer anstellt⁷⁾, oder endlich wenn der Kläger die Sache von einem Nichteigenthümer *ex causa noxali* erhielt, und diese nachher zufällig in des Eigenthümers Hände wieder gerathen ist⁸⁾.

Exceptio litigiosi¹⁾ heißt in der Kunstsprache der neueren Juristen die Einrede, welche dann entgegensteht, wenn Jemand an einer

80) L. 11. C. 4. 1.

81) L. 11. C. 4. 1.

1) Literatur: Schorch, *diss. de actione Publiciana adversus ipsum dominum competente*. Glück, *Erläuterung der Pandekten*, Th. 8, S. 358, 364—367.

2) L. 16. D. de Publiciana in rem actione. (6. 2.)

3) L. 17. D. *ibid.*

4) L. 17. D. *ibid.* Die Fassung *si dominus eius sit* in L. 28. D. de noxalibus actionibus. (9. 4.) ist nur umschreibend.

5) L. 24. D. de exceptione rei iudicatae. (44. 2.)

6) L. 63. D. de rei vindicatione. (6. 1.) Vergl. Cuiacii obs. X. 6. Man nimmt zur Rechtfertigung dieser Ansicht die Idee eines Kaufes zu Hilfe. Vgl. L. 1. u. 3. D. pro emptore. (41. 4.)

7) L. 14. D. 6. 2.

8) L. 28. D. de noxalibus actionibus. (9. 4.) Hier heißt die *replicatio doli mali* aus.

1) Literatur: Spangenberg, im Archiv für civilistische Praxis,

Sache, über welche bereits eine Litiscontestation eingegangen worden ist, aus einem später abgeschlossenen Kauf- oder Pfand-, Schenkungs- oder sonstigen Veräußerungsvertrage auf dem Wege der Klage Rechte geltend macht. Die römischen Juristen bezeichnen sie einfach mit dem Namen *exceptio*, ohne den Zusatz²⁾. Die älteste Vorschrift, welche die Veräußerung der *litigiosa res* betrifft, ist die des Zwölftafelgesetzes, nach welchem Jeder, welcher eine solche Sache zur *res sacra* macht (in *sacrum dedicare*), mit dem Ersatze des doppelten Wertes bestraft wird³⁾, damit es dem Prozeßgegner nicht erlaubt sei, die Stellung des Gegners beschwerlicher zu machen, als sie vorher gewesen. *Cajus*, welcher diese Vorschrift referirt, entscheidet die Frage, ob dieses Duplum dem *Fiscus* oder dem Prozeßgegner zufallen solle, vom Standpunkte der klassischen Juristen aus, zu Gunsten des letzteren. Diese Vorschrift wurde späterhin erweitert, ohne deshalb an ihrer praktischen Bedeutung zu verlieren. Die eine dieser Erweiterungen ist die, daß eine in *factum actio* auf das Interesse gegen den Statfinden sollte, welcher eine Sache, in Rücksicht deren ein Prozeß bevorstand, in der Absicht arglistig veräußert hat, um dem Kläger einen beschwerlicheren Gegner zuzuziehen, was auf einer Stelle des *Provincialedictes* beruhte⁴⁾; und als eine weitere Ergänzung dieses *Edictes* muß es gelten, wenn durch ein *SC.* unter *Habrian* für die Erbschaftsfrage der Grundsatz festgestellt wurde, daß Jeder, welcher *dolo malo* den Besitz aufgeben hat, um sich der Klage zu entziehen, nach wie vor als Besitzer der Sache behandelt werden solle, also auch *condemnirt* werden könne⁵⁾, was durch *doctrinelle* Auslegung auch auf die Eigenthumsklage ausgedehnt worden ist⁶⁾. — Weit interessanter für unsere *Exceptio* sind die Beschränkungen, welchen später jede Veräußerung *litigioser* Sachen unterworfen wurde; wahrscheinlich Folgen des Grundsatzes, daß jeder Besitzer nach der *Litiscontestation* in gewisser Rücksicht als *malae fidei possessor* zu behandeln sei, da er von da an wissen müsse, daß die von ihm befehlene Sache nicht ihm angehört⁷⁾. Zunächst wurde durch ein *Edict* des Kaisers *Augustus* der Verkauf einer *res litigiosa* geradezu verboten, und dieß Geschäft für null und nichtig erklärt⁸⁾, wahrscheinlich unter Mitwirkung des *Prätor*, der hier eine *exceptio* auch gegen den Käufer wenigstens dann gestattete, wenn dieser von der Qualität der Sache bei dem Eingange des Kaufes unterrichtet war und sie von einem Nichtbesitzer einhandelte⁹⁾. Auch auf die Verpfändung streitiger Sachen hat die *Doctrin* das Verbot

Ab. 9, C. 406 fig. Mühlentbruch, die Lehre von der Cession der Forderungrechte (3. Ausg.), C. 349—356 u. 383—387.

2) *Cajus*, inst. IV. §. 117. L. 1. §. 1. D. de litigiosis. (44. 6.) L. 1. §. 2. D. quae res pignori obligari non possunt. (20. 5.)

3) L. 8. D. 44. 6.

4) Dig. de alienat. iudicii mutandi causa facta. (4. 7.)

5) L. 20. §. 6. D. de hered. petitione. (5. 3.)

6) L. 27. §. 3. D. de rei vindicatione. (6. 1.)

7) L. 25. §. 7. D. 5. 3., vergl. mit L. 20. §. 11. D. ibid.

8) *Fragm. vet. iurocons. de iure fisci* §. 8.

9) *Cajus*, inst. IV. §. 117.

bazogen, und consequenter Weise auch hier die Exceptio gestattet¹⁰⁾. Späterhin ging die Praxis vielleicht noch einen Schritt weiter und gestattete wohl dem obliegenden Gegner auch eine Wiedereinsetzung wider den besitzenden Erwerber, und nun erst ward es möglich, die *exceptio litigiosi* ganz allgemein auf die Ungiltigkeit solcher Veräußerungen nach dem prätorischen Rechte zu beziehen¹¹⁾. Außerdem waren mit den Veräußerungen der *res litigiosae* noch andere Nachteile verknüpft; und zwar für den Veräußerer unbedingt, da dieser sich nicht mit Unwissenheit entschuldigen konnte¹²⁾, für den Erwerber auf den Fall, wenn ihm das Verhältniß bekannt gewesen war¹³⁾. Sie bestanden in einer dem Fiskus zu entrichtenden Strafe, deren Größe und Beschaffenheit sich nicht immer gleich blieb. Zur Zeit der classischen Juristen betrug sie 50 HS.¹⁴⁾. Im Justinianischen Rechte beträgt sie von Seiten dessen, welcher wesentlich einen solchen Contract abschloß, eine Geldsumme; welche dem Werthe der Sache gleichkommt¹⁵⁾, wobei natürlich vorausgesetzt wird, daß das Geschäft null und nichtig sei, daß die Sache unentgeltlich zurückgegeben werden müsse, auch sonst keine Entschädigung für den Kaufpreis geleistet werde. War der Erwerber nicht von der Qualität der Sache unterrichtet, so steht es ihm frei, nicht allein den Werth der Sache selbst, sondern auch den dritten Theil mehr von dem Vordermann einzuklagen¹⁶⁾. Zugleich sind diese Vorschriften, die Ungiltigkeit des Contractes voraussetzt, auf Schenkungen der *res litigiosae* ausgedehnt worden¹⁷⁾. Ausgenommen werden von dieser Sanction Veräußerungen von *res litigiosae*, welche zum Zwecke der Bestellung eines Heirathsgutes oder einer *ante nuptias donatio*, oder eines Vergleiches, einer Erbtheilung oder der Bewichtigung eines Vermächtnisses halber vorgenommen werden¹⁸⁾.

Von einem Bezug der *exceptio litigiosi* auf das Recht des Beklagten wider denjenigen, welchem der Kläger während des Processes die Klage abgetreten hat, war zur Zeit der classischen Juristen nirgends die Rede. Daß eine solche Cession nicht unerlaubt war, geht noch aus einer Constitution von Constantin¹⁹⁾ hervor, welche freilich in der Form, wie sie im Justinianischen Codex eingetragen worden, ganz einfach den Grundsatz ausdrückt, daß eben so wenig anhängige Klagen als streitige Rechts-

10) L. 1. §. 2. D. quas res pignori obligari non possunt. (20. 3.)

11) Fragm. vet. iurec. de iure fisci §. 8. L. 27. §. 1. D. ad SC. Vellei. (16. 1.)

12) Fr. de iure fisci §. 8. Daraus deutet L. 1. pr. D. de iure fisci. (49. 14.)

13) L. 2. D. 44. 6. Hier heißt sie *poena litigiosa*.

14) Fr. de iure fisci §. 8.

15) L. 4. pr. C. de litigios. (8. 37.)

16) L. 4. §. 1. C. 8. 37.

17) L. 4. §. 1. C. 8. 37.

18) L. 4. §. 1. C. 8. 37.

19) L. 1. pr. Th. C. de litigiosis. (4. 5.) Vergl. Rühlensbruch a. a. D. S. 356.

sachen gültiger Weise veräußert werden können²⁰⁾. Die Tendenz des späteren Rechtes in Betreff der Litigiosität den Kläger in gleicher Weise, wie den Beklagten zu beschränken, gibt sich zuerst in einer Constitution der Kaiser Gratian Valentinian und Theodosius kund²¹⁾, nach welcher die Veräußerung eines klagbar gemachten Chirographum an Andere, selbst an den Fiscus, ungültig sein soll. In diese Kaiser gingen in ihrem Eifer sogar so weit, daß sie auch eine Veräußerung durch leztwillige Verfügung in ihr Verbot mit einschlossen, mit der Bestimmung, daß der Haupterbe einen Prozeß dieser Art auf seine Gefahr fortsetzen und den Werth an den Vermächtnisnehmer bezahlen solle. Noch weiter geht die Constitution Justinian's, welche die Veräußerungen anhängig gemachter Prozesse von Seiten des Klägers ganz nach denselben Grundsätzen behandelt wissen will, wie die von bereits klagbar gemachten Sachen von Seiten des Beklagten. Zunächst sollen Verkauf und Schenkung sich gleichstehen, und beide dem vitio litigiosi unterliegen, welches die Nichtigkeit des abgeschlossenen Geschäftes herbeiführt²²⁾. Allein zwischen den Contrahenten soll ein Unterschied gemacht werden, je nachdem sie von dem anhängigen Prozesse unterrichtet sind oder nicht. Im ersten Falle sollen die Contrahenten nicht allein zur Herausgabe der Sache verpflichtet sein, sondern auch den Werth der Sache verlieren, und zwar nicht zu Gunsten des Veräußernden, sondern zu Gunsten des Fiscus. Im letzten Falle hingegen soll die Veräußerung zwar auch an und für sich null und nichtig, der im guten Glauben stehende Contrahent aber berechtigt sein, den Werth der Sache mit Hinzufügung eines Dritttheils von dem Werthe (natürlich von dem Veräußernden) ersetzt zu verlangen. Ausgenommen sind von dieser Verfügung nur solche Veräußerungen, welche zur Bestellung eines Heirathsgutes, einer ante nuptiarum dotatio, oder eines Vergleichs halber oder zum Behuf einer Erbtheilung oder der Berichtigung eines Vermächtnisses vorgenommen werden²³⁾. Manche neuere Rechtsgelehrte²⁴⁾ gehen von der Ansicht aus, daß sich diese Vorschriften Justinian's nur auf den Fall der Veräußerung litigioser Sachen beziehen; allein schon die Interpolation von L. 2. C. de litigiosis (8.37.), vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes aus, deutet auf die Gleichstellung der Veräußerung von Klagen und Sachen als Regel; zudem stellt auch Justinian im Eingang der fraglichen Constitution in Betreff des vitium litigiosi beides einander gleich; auch erklärt er am Schlusse der Constitution Alles für unwirksam, was gegen die Constitution unternommen werden würde, wobei er natürlich auch an die Veräußerung von Forderungen gedacht haben muß. Wenn er aber gleichwohl in den Zwischensätzen Ausdrücke braucht, welche nur auf die Veräußerung von Sachen zu deuten scheinen, wie rem redhibere, so kann dieß schon deshalb nicht zur Unterstützung der gegentheiligen Mei-

20) L. 2. C. 8. 37.

21) L. 2. C. 8. 37.

22) L. 4. pr. C. 8. 37. Vgl. L. 2. C. ibid.

23) L. 4. §. 1. C. 8. 37.

24) So Rühlensbruch a. a. D. S. 385.

nung benutzt werden, weil es ja ganz natürlich erscheinen muß, daß der Gesetzgeber, um kurz zu sein, nur den hauptsächlichsten und am häufigsten vorkommenden Fall im Auge behielt.

Praktisch wichtig ist die Frage, von welchem Zeitpunkte an die Litigiosität einer Sache zu datiren sei. Nach dem Rechte der Pandekten ist es der Zeitpunkt der Litiscontestation²⁵⁾, und damit stimmen auch die Aeußerungen kaiserlicher Constitutionen im Justinianischen Coder überein²⁶⁾. Auch kann es keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß dieß in Betreff der Veräußerung von Klagerchten nicht durch Nov. 112. cap. 1. abgeändert worden sei, da der Kaiser hier überall nicht von Klagen spricht, sondern nur den Zeitpunkt festsetzt, wo eine Veräußerung des streitigen Objectes dem mit der Reivindication in Anspruch genommenen Besitzer nicht mehr gestattet werden soll. Nur für die Veräußerung von Sachen von Seiten des Beklagten soll die Litigiosität nach der Novelle schon von dem Zeitpunkte an beginnen, an welchem der Prozeß zwischen den Parteien eröffnet wird, sei es durch gerichtliches Anbringen der Klage, oder durch Supplik an den Kaiser und Insinuation derselben an den Richter, vorausgesetzt, daß dieß dem Beklagten mitgetheilt werde. Eine Verfügung, welche sich unmittelbar an den schon bei der Erbschaftsklage geltenden Grundsatz anschließt, daß nach der gerichtlichen Anbringung der Klage (*post motam controversiam*) alle Besitzer von Erbschaftsachen als Besitzer im bösen Glauben und Prädonen zu behandeln seien²⁷⁾. Manche Rechtsgelehrte gehen noch weiter, und behaupten, daß die von dem Kläger edicirte Klage, wenigstens nach dem canonischen Rechte, mit der gehörig geschehenen Insinuation der Ladung anhebe. Allein die Litispendenz des Kirchenrechtes hat einen ganz anderen Sinn, eine ganz andere Beziehung, als die Litigiosität des römischen Rechtes, und somit scheint es, daß auch noch heute im gemeinen Rechte die Litigiosität erst mit der Litiscontestation beginnen müsse.

Exceptio litis dividuae heißt in der Kunstsprache des vorjustinianischen Rechtes die dilatorische Einrede, welche dem entgegenstand, welcher einen Theil eines ihm geschuldeten Ganzen bereits klagweise eingefordert hat, wenn er den Rest der Schuld später nachfordert. Wenigstens war die Klage auf den Rest so lange zu verschieben, als die Amtsgewalt desjenigen Magistrates dauerte, welcher das erste Judicium angeordnet hatte; späterhin fiel die Exception weg. Die Gründe, aus welchen diese Exception eingeführt war, liegen im Dunkel des römischen Processes verborgen. Daß sie nicht allein bei den *iudicia, quae imperio continentur*, stattfand, sondern auch bei den *iudicia legitima*, darauf deutet doch wohl die allgemeine Fassung der Stelle von *Cajus* *),

25) L. 13. D. familiae herciscundae. (10. 2.) L. 1. §. 1. D. de litigiosis. (44. 5.)

26) L. 1. C. communi dividundo. (3. 37.) Darauf deutet auch der Ausdruck *actiones quae in iudicium deductae sunt* in L. 2. C. 8. 37.

27) L. 20. §. 12. D. 5. 3. L. 25. §. 7. D. *ibid.*

*) *Cajus*, inst. IV. §. 122.

dessen Institutionen uns zuerst mit der Einrede bekannt gemacht, und zugleich über ihr Wesen und ihren Umfang hinreichenden Aufschluß gegeben haben. Im Justinianischen Rechte findet sich keine Spur dieser Einrede mehr vor, wahrscheinlich deshalb, weil sie mit der jährigen Dauer der Prätur zusammenhing, und die von den späteren Kaisern ernannten Magistrats in der Regel bis auf Widerruf angestellt waren.

Exceptio litis pendentis ¹⁾, auch *praescriptio litis pendentiae* genannt, heißt in der Kunstsprache der neueren Rechtsgelehrten die Einrede, womit derjenige, gegen welchen eine Klage bereits angestellt worden ist, seinen Gegner zurückweist, wenn dieser über denselben Gegenstand gegen ihn anderswo Klage erhebt oder aber eine Veränderung des Besitzstandes während der Dauer des ersten Prozesses beantragt. Die *litispendenz* in diesem Sinne ist ein Institut des Kirchenrechtes, welches sich zwar zunächst an die Verordnungen des römischen Rechtes über die Unveräußerlichkeit von litigiosen Sachen (s. den Art. *exceptio litigiosi*) und über die durch die *litiscontestatio* bewirkte Rechtsabhängigkeit der Sache (s. den Art. *exceptio rei in iudicium deductae*) angeschlossen ²⁾, aber insofern der Lehre eine ganz andere Grundlage gab, als es gewisse Folgen an das erste, auf erhobene Klage, gültig abgegebene und gehörig insinuirte Decret, wenn es die Klage als statthaft mittheilt, zu knüpfen suchte ³⁾. Der eigentliche Sitz dieser Lehre ist *X. ut lite pendente nihil innovetur* (2. 16.), und daß für die Dauer des Prozesses keine Veränderung im Besitzstande der Sache vorgenommen werden dürfe, sprechen fast alle unter diesem Titel eingeschalteten Decretalen aus, was in der Kunstsprache durch das Axiom *pendente lite nihil esse innovandum* ausgedrückt wird. Daher der Besitz der streitigen Sache auf die Dauer des Prozesses dem Beklagten nicht gegen seinen Willen entzogen werden darf ⁴⁾; daher während der Dauer des Accusationsprozesses, welcher wegen Ehebruchs eingeleitet worden, dem Beklagten die Gerechtsamen, welche er gegen den Anderen hatte, nicht genommen werden können ⁵⁾; daher endlich bei dem Streite über das Colaturrecht eines Beneficiums eine Befetzung bei der Vacanz desselben unglücklich ist, es müßte denn die eine von den streitenden Parteien sich im

1) Literatur: Car. Godofr. Winkler, *opuscula minora* vol. I. pt. 2. p. 293 sq. Schütte (auct. Brandis), *de praescriptione litis pendentis*. Gott. 1784. J. H. Böhm, *ius ecclesiasticum Protestantium*, lib. II. tit. 16. tom. II. p. 1157—1159, und die Handbücher der neueren Prozesslehre, z. B. Martin, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses*, §. 142, S. 234—237, sammt den Dictaten von Gensler, herausgeg. von Guyet (Heidelberg 1825, 4.), und Bayer, *Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß* (2. Ausgabe), S. 229—234.

2) Bgl. c. 50. caus. 11. qu. 1. Cap. 3. X. *ut lite pendente nihil innovetur*. (2. 16.) Der Ausdruck *lite pendente* ist zwar dem römischen Rechte nicht unbekannt (vergl. L. 2. u. 4. pr. C. de litigiosis [8. 37.]), bezieht sich aber daselbst nur auf das durch *litiscontestatio* begründete Verhältniß.

3) Am deutlichsten ist cap. 1. X. 2. 16. cap. 2. Clem. 2. 6.

4) Cap. 1. X. 2. 16.

5) Cap. 2. X. 2. 16.

Besitz des Beneficiums befinden⁶⁾. Außerdem legt man nach einer Usualinterpretation von cap. 8. X. de foro competenti (2. 2.) der Litispendenz noch die Wirkung bei, daß unter mehreren concurrirenden Foris durch die Litispendenz Prävention begründet wird, so daß von der Mittheilung des ersten Decretes an der Kläger an das einmal erwählte Forum unwiderrüßlich gebunden ist, einerlei ob ein delictum mixti fori oder sonst eine causa mixta vorliegt. Aus diesen Verfügungen des Kirchenrechtes im Zusammenhange mit dem gemeinen Rechte ist nun folgende Gestalt von der Lehre von der Litispendenz entstanden. Sie wird durch das erste vom competenten Gerichte gültig abgegebene und gehörig insinuirte Decret begründet, und wirkt die Rechtshängigkeit, als deren Folgen bezeichnet werden: die Litigiosität des streitigen Gegenstandes (aber nur in Beziehung auf die von dem Beklagten vorzunehmenden Veräußerungen); die Befugniß Widerklage zu erheben nach der bereits im römischen Rechte⁷⁾ anerkannten prorogatio fori; das Verbot aller Neuerungen; der, im Fall der Beklagte unterliegt, gewissermaßen fingirte böse Glauben und der Vorzug des Beklagten, und endlich die Fortdauer der Gerichtsbarkeit des decretirenden Gerichtes als erster Instanz für diese Sache bis zu deren Beendigung⁸⁾. Diejenigen von den genannten Wirkungen, welche dem Beklagten ein besonderes Recht des Widerspruches gegen fernere Anträge des Klägers in derselben Sache verleihen, dienen nach der gewöhnlichen Ansicht zur Grundlage unserer Exception, welche nur der Doctein der neueren Prozeßlehre ihre Entstehung verdankt, natürlich aber dann überall nicht von nöthen ist, wo die Wirkungen der Litispendenz von dem Gerichte, welches das Decret ausgefertigt und mitgetheilt hat, ex officio in Obacht genommen werden müssen, wie dieß bei der Fortdauer der Gerichtsbarkeit desselben als erster Instanz gewöhnlich der Fall sein wird.

Exceptio litis residuae heißt in der Kunstsprache des vorjustinianischen Rechtes die dilatorische Einrede, welche dem entgegensteht, welcher mehrere Prozesse mit einer und derselben Person hat, wenn er den einen jetzt durchführt, die anderen aber verschlebt, in der Absicht, die Entscheidung derselben an andere Privatrichter zu bringen, und sie späterhin innerhalb der Amtsdauer desjenigen Magistrates, welcher das erste Iudicium angeordnet hat, aufnimmt. Späterhin kam die Einrede in Wegfall. Der Name dieser Einrede, ingleichen ihre prozeßualische Bedeutung ist uns erst durch die Institutionen des Cajus bekannt geworden⁹⁾. Die Gründe, welche ihre Einführung motivirt haben, liegen im Dunkel des römischen Prozeßes begraben. Daß sie auch bei den iudicia legitima, nicht allein bei den, quae imperio continentur, stattfand, scheint die all-

6) Cap. 1 u. 2. in VI. ut lite pendente. (2. 8.) Cap. 1. Clem. 2. 5.

7) Nov. 96. cap. 2. §. 1.

8) Vergl. Martin, Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozeßes, §. 142, sammt Gensler's Dictaten dazu.

9) Caius, inst. IV. §. 122.

gemeine Fassung der oben genannten Stelle des *Cajus* anzudeuten. In den Justinianischen Rechtsquellen kommt diese Einrede nicht mehr vor, wahrscheinlich deshalb, weil die von den späteren Kaisern ernannten Magistrate in der Regel bis auf Widerruf angestellt wurden, und diese Einrede auf die nur jährige Dauer der Prätur berechnet war.

Exceptio metus¹⁾ (bei den Römern *metus exceptio*, auch *metus causa exceptio*²⁾) heißt die peremptorische Einrede, womit derjenige, welcher durch Anwendung unrechtmäßiger Gewalt zur Vornahme einer Thathandlung oder zur Unterlassung derselben gezwungen worden, die Folgen seiner Handlung von sich abwendet, falls er dadurch zu einem Vermögensschaden bereits gekommen ist, oder wahrscheinlicher Weise kommen wird. Die Entstehung dieses Rechtsmittels verliert sich in das Dunkel des Alterthums; daß es mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche wegen Betrug und Zwang gewährt ward, in Zusammenhang steht³⁾, ist aus den geschichtlichen Nachrichten, welche die Justinianischen Pandekten aufbewahrt haben, ziemlich deutlich zu erkennen⁴⁾. Der Prätor *Cassius*, welcher die *doli exceptio* einführte, soll es nicht für nöthig gefunden haben, eine besondere Einrede des widerrechtlichen Zwanges hader einzuführen, da derselbe unter die Kategorie der *doli exceptio* gehöre. Erst späterhin, als man sich darüber einigte, daß die *actio quod metus causa* eine *in rem scripta actio* sei⁵⁾, fand man es angemessen, dem Gezwungenen analog auch eine *exceptio in rem* zu gestehen, welche eine weitere Anwendung hatte, als die *exceptio doli*, und demnach ward es nöthig, beide Exceptionen abzusondern. Daß diese Absonderung durch ein besonderes prätorisches Edict geschehen sei, dafür spricht die bestimmte Exceptionsformel, welche uns in den Justinianischen Rechtsquellen aufbewahrt worden ist. Vielleicht, daß schon im Edicte des Prä-

1) Literatur: *Hertius*, diss. de metu eiusque operationibus in iure, in diss. vol. II. nr. 9. *Gundling*, liber singularis de efficientia metus tum in promissionibus liberarum gentium, tum etiam hominum privatorum auxiliisque contra metum. Halae 1711. 4. *Böhmer*, diss. de exceptione metus iniusti in statu naturali et civili. Halae 1720. *Rudolph*, diss. de effectu metus in pactis et contractibus. Erlangae 1760. *Walch*, diss. de negotiis et actibus vi metus extortis ex iure Romano partim ipso iure nullis, partim a praetore rescindendis. Jenae 1790. *Biener*, historia iuris civilis de restitutionibus in integrum. Glack, Erörterung der Pandekten, Th. 4, S. 167—186; Th. 5, S. 468—512. *Rien*, über das Wesen und die heutige Anwendbarkeit der prätorischen Restitution, insbesondere der Wiedereinsetzung wegen erlittenen Zwanges und daraus entstandener Furcht; im Archiv für civil. Praxis, Bd. 1, S. 207—230. *Burchardi*, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, S. 303—376.

1a) Dig. XLIV. 4. de doli mali et metus exceptione.

2) L. 4. §. 33. D. de doli exc. (44. 4.) In L. 7. §. 2. D. de obsequ. (38. 15.) heißt sie *exceptio vis metus causa*. De metu exceptionem oblicere findet sich in L. 4. §. 33 u. 34. D. 44. 4. u. *exceptio quod metus causa factum* est steht bei *Cajus*, inst. IV. §. 121.

3) L. 9. §. 3. D. de quod metus causa. (4- 2.) L. 4. §. 33. D. 44. 4. Vgl. dazu *Burchardi* a. a. D. S. 305—307.

4) L. 9. §. 8. D. 4. 2.

tor Octavius, welches bekanntlich die *actio quod metus causa* einführt⁵⁾, auch neben derselben eine entsprechende Formel für die *exceptio metus* aufgestellt worden. Von dem ursprünglichen Zusammenhange beider Exceptionen scheint es noch eine Spur zu sein, wenn dieselben in den Justinianischen Pandekten in einem Titel (*Dig. XLIV. 4.*) behandelt werden.

Was die formelle Fassung der Exception anbelangt, so wird sie ganz übereinstimmend mit der anderer Exceptionen in den Justinianischen Rechtsquellen so dargestellt: *si in ea re nihil metus causa factum est*⁶⁾, und zum Ueberflus bezeugt noch Ulpian, daß in derselben der Name desjenigen, welcher den widerrechtlichen Zwang angewendet, nicht genannt worden, mithin die Einrede als *in rem scripta* zu betrachten sei. Daß indeß diese Fassung der Einrede nicht die ursprüngliche gewesen, beweist die Bemerkung desselben Rechtsgelehrten, daß die Wiedereinfügung in den vorigen Stand, wegen Zwang vom Prätor am Anfang mit den Worten *quod vi metusve causa gestum erit, ratum non habeo*⁷⁾ versprochen, und daß späterhin, als man sich in der Theorie davon überzeugete, daß eine widerrechtliche Gewalt nicht ohne metus gedacht werden könne, die Erwähnung der *vis* aus dem Edicte weggelassen worden sei. Nimmt man dazu noch die Bemerkung, daß die Verbindung derselben Worte auch bei Cicero⁸⁾ als juristischer Kunstausdruck vorkommt, so dürfte es leicht den Anschein gewinnen, als ob die der *actio quod metus causa* analoge Exception von Anfang an so gefaßt gewesen sei: *si in ea re nihil vi metusve causa factum erit*. Eine Vermuthung, welche durch ein Zeugniß Ulpian's⁹⁾, welches auf eine solche Fassung anspielt, fast bis zur Evidenz erhoben wird. Daß aber in den Justinianischen Rechtsquellen diese Fassung der Exception nicht weiter erwähnt wird, hat wohl seinen Grund darin, weil man die Gründe, welche für die Abänderung der Edictsformel bei der *actio* galten, bei Zeiten gleichfalls für die Abänderung der Exceptionsformel geltend gemacht haben wird. Aus der allgemeinen Fassung der Einrede folgert Ulpian¹⁰⁾, daß man sie nicht allein gegen den Urheber des Zwanges selbst gestattete, sondern auch gegen jeden anderen, welcher aus dem erzwungenen Geschäfte einen Vortheil für sich ableitete. Mithin konnte es vorkommen, daß die Einrede gegen Jemand wirksam war, welcher an dem ungerechten Zwange ursprünglich gar keinen Antheil hatte, ganz nach Analogie der Grundsätze, welche bei der *actio quod metus causa* galten¹¹⁾. Ihrer Natur nach ist aber die Einrede eine Realexception, welche nicht allein dem Gezwungenen, sondern auch dessen Bürgen und anderen Intercedenten zu stat-

5) Cic. in Verr. II. 3. c. 65.

6) L. 4. §. 33. D. 44. 4.

7) L. 1. D. quod metus causa gestum erit. (4. 2.)

8) Per vim et metum auferre bei Cic. Verr. II. 3. cap. 65, epist. ad Quintum fratrem I. 1. §. 8.

9) L. 7. §. 2. D. 37. 15: Nec exceptiones doli patiuntur vel vis metusve causa.

10) L. 4. §. 33. D. 44. 4.

11) L. 9. §. 8. D. 4. 2. L. 14. §. 5. D. ibid.

ten kommt¹⁹⁾. Gegen die Eltern kann sie nicht gebraucht werden, da dieß ein Verstoß gegen den ihnen von den Kindern geschuldeten Respect sein würde²⁰⁾.

Die Erfordernisse der Exception werden in dem Pandektenitel, welcher diese Lehre speciell behandelt, nicht weiter berührt. Der bereits oben erörterte Zusammenhang unserer Exception mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Zwanges läßt der Vermuthung Raum, daß für beide Institute dieselben Requisite angenommen werden müssen²¹⁾. Es sind aber im Einzelnen folgende: a) es muß die vorliegende Furcht von Seiten dessen, welcher sie erregte, eine ungerechte Furcht sein, d. h. sie muß von Jemand verursacht worden sein, welcher nicht die Befugniß hatte, den Anderen in Furcht zu setzen²²⁾. Daher sind Handlungen des Magistrates innerhalb der Grenzen seines Wirkungskreises nicht tauglich um die Exception zu begründen; wohl aber, wenn er diese Grenzen überschreitet, wie z. B. im Fall der Concussion²³⁾. Wird Jemand auf einem Verbrechen ertappt, und durch die Drohung, ihn zu entleiben oder zu verrathen, zur Zahlung oder zum Versprechen veranlaßt, so ist die Einrede ebenfalls als begründet zu erachten²⁴⁾. b) Die Furcht auf Seiten des Gezwungenen muß nicht eitel, sondern bedeutend genug und hindänglich begründet sein²⁵⁾. Dieß bleibt dem Ermessen des Richters zur Beurtheilung anheim gestellt²⁶⁾. Im Allgemeinen beurtheilt man dieß nach der Regel, daß nur der Zwang für begründet zu erachten sei, welcher auch einen seiner Kräfte sich bewußten Mann zu afficiren vermöge (*metus, qui in constantem viram cadit*)²⁷⁾, wenn schon diese Rechtsregel in den Rechtsquellen nur auf die Qualität des gedrohten Uebels bezogen wird, z. B. auf die Furcht vor Tod, körperliche Mißhandlung, Sklaverei²⁸⁾, und gerichtlicher Anzeige bei der Erthaltung in der Ausführung von Verbrechen²⁹⁾. Unberücksichtigt bleibt dagegen die Furcht vor Infamie³⁰⁾, vor dem hohen Stande des Gegners³¹⁾, vor der Aufzuehung

12) L. 7. §. 1. D. de exceptionibus. (44. 1.)

13) L. 4. §. 34. D. 44. 4. L. 5—7. §. 2. D. 37. 15.

14) Der gründlichste Schriftsteller über diesen Punkt ist Voetius, *comm. ad Dig.* IV. 2.

15) L. 3. §. 1. D. 4. 2. L. 4. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.) L. 13. §. 4. D. *ibid.*

16) L. 3. §. 1. D. 4. 2. L. 23. §. 3. D. *ibid.*

17) L. 7. §. 1. D. 4. 2. L. 8. *pr.* D. *ibid.*

18) L. 3. §. 1. D. 4. 2. erwähnt in dieser Beziehung *vis atrox*.

19) L. 3. D. 4. 6.

20) L. 2—7. D. 4. 2. Auch das Kirchenrecht bestätigt dieß C. 4. n. 6. X. *quod metus causa*. (1. 40.) In dieser Beziehung kommen folgende Ausdrücke in den Rechtsquellen vor: *iustus timor* (L. 21. *pr.* D. *ex quibus causis maiores* [4. 6.]), *iustus metus* (L. 7. §. 1. L. 23. *pr.* D. 4. 2. L. 3. D. 4. 6.), *metus non vani hominis* (L. 6. D. 4. 2.).

21) L. 4. L. 7. §. 1. D. 4. 2. L. 3. D. 4. 6. Cap. 4. n. 6. X. 1. 40.

22) L. 7. §. 1. D. 4. 2. Man gibt in dieser Beziehung gewöhnlich folgenden Vers zur Regel: *excusat carcer, status, mors, verbera, stuprum*.

23) L. 7. *pr.* D. 4. 2.

24) L. 6. C. de his, quae vi metusve causa. (2. 20.)

öffentlicher Lasten²⁵⁾, vor der Macht und dem Ansehen des Richters, welcher die Verurtheilung ausgesprochen hat²⁶⁾, theils deshalb, weil in diesen Fällen die Furcht nur in der Einbildung des Fürchtenden ihren Grund hat, theils weil sie selbstverschuldet ist²⁷⁾. Auch hat der Richter zu berücksichtigen, ob das Uebel, welches die Furcht erregt hat, von einer Person gedroht worden ist, von welcher man erwarten konnte, daß sie ihre Drohungen ausführen werde. c) Die erregte Furcht muß die Vornahme der nachtheiligen Thathandlung motiviren. Wäre also das letztere keine unmittelbare Folge der erregten Furcht, sondern ohne Zwang vollzogen worden, so findet die Einrede nicht statt, z. B. wenn Jemand zu einem Versprechen gezwungen worden ist, solches aber freiwillig erfüllt hat²⁸⁾. d) Man muß nicht bloß dazu gezwungen worden sein, ein Recht wieder auszugeben, welches man selbst erst erzwungen hatte²⁹⁾. Dies Erforderniß wird aus dem obersten Grundsätze hergeleitet, daß es erlaubt sei, unrechtmäßige Gewalt mit unrechtmäßiger Gewalt zu vertreiben³⁰⁾. e) Die Thathandlung, welche durch den Zwang hervorgebracht worden, muß nicht schon an und für sich nach dem Civilrechte als nichtig und wirkungslos sich herausstellen. Es folgt dies schon aus der Stellung, welche die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als prätorisches Rechtsmittel gegen das civile Recht einnimmt, welche gar keinen Sinn für den concreten Fall haben würde, wenn es je anders gewesen wäre. Im Allgemeinen läßt sich nach den zerstreuten Quellenzugnissen so viel mit Sicherheit behaupten, daß die römischen Rechtsgelehrten erzwungene Thathandlungen nach dem Civilrechte als gültig und wirksam betrachten. Für die Stipulation und Acceptilation³¹⁾, die Mancipation³²⁾ und den Kauf³³⁾ ist dies unbezweifelt; für die übrigen bonae fidei negotia läßt es sich nach der richtigern Meinung nicht süglich bezweifeln, und daß es bei der Tradition auch nicht anders gewesen sei, geht theils daraus hervor, daß dieselbe mit der Acceptilation und Stipulation in dieser Beziehung verglichen wird³⁴⁾, theils daraus, daß dem, welcher gezwungen tradirt, nicht das interdictum unde vi, sondern die actio quod metus causa zugestanden wird³⁵⁾. Selbst der erzwungene Erbschaftsantritt bleibt nach dem Civilrechte gültig, und wirkt für den Antretenden das heredem esse³⁶⁾.

25) L. 8. C. 2. 20.

26) L. 1. u. 2. C. de his, qui per met. iud. non appell. (7. 67.)

27) L. 21. pr. D. 4. 2.

28) L. 2. C. de his, quae vi metusve causa. (2. 20.)

29) L. 12. §. 1. D. 4. 2.

30) L. 12. §. 1. D. 4. 2. L. 45. §. 4. D. ad legem Aquilianam. (9. 2.)
L. 1. §. 27. D. de vi et de vi armata. (43. 16.)

31) L. 9. §. 7. D. 4. 2. L. 21. §. 4. D. ibid.

32) Caius, inst. IV. §. 117.

33) L. 4. C. de his, quae vi. (2. 20.) L. 1. C. de rescind. vendit. (4. 44.)

34) L. 9. §. 7. D. 4. 2.

35) Bengel. Benfey, von der Selbsthilfe, im rhein. Museum für Jurisprudenz, Th. 7, S. 9—11.

36) L. 21. §. 5. D. 4. 2.

Auch kommt noch in Betracht, daß die erzwungene Ausschlagung einer Erbschaft civilrechtlich als wirksam angesehen werden muß, da es der Hilfe des Prätors bedarf, um sie zu rescindiren, sei es auf dem Wege der Gestattung der *utiles actiones*, oder aber durch die Gewährung der *actio quod metus causa*³⁷⁾. Endlich gilt auch die erzwungene Manumission nach dem Civilrechte³⁸⁾, außer wenn der Slave selbst der Zwingende ist³⁹⁾, oder die Manumission nur in Gegenwart von Zeugen (*inter amicos*) auf unfeierliche Art geschieht⁴⁰⁾.

Liegen die genannten Erfordernisse vor, so ist die *exceptio metus* als begründet zu erachten. Dabei kommt nichts darauf an, wer den Zwang ausgeübt hat, ob der, welcher den Vortheil gezogen, oder ein Dritter⁴¹⁾, eine physische oder eine juristische Person⁴²⁾, ein freier Mensch oder ein Slave; auch ist es gleichgiltig, ob gerade dem Gezwungenen selbst oder anderen ihm theuern Personen Uebel angethan oder angedroht worden sind, um dadurch den Willen von jenem zu bestimmen⁴³⁾. Daß, wer sich der Exception bedient, auch das Dasein eines ungerechten Zwanges zu beweisen habe, versteht sich von selbst nach den allgemeinen Regeln vom Beweise der Exceptionen⁴⁴⁾. Eine besondere Erwähnung bedarf es indeß, daß auch nach Justinianischem Rechte, wo unsere Einrede als ein von der *doli exceptio* getrenntes Rechtsmittel erscheint, dieselbe mit der letzteren vertauscht werden kann⁴⁵⁾. Jedenfalls ist dies noch ein Ueberbleibsel der oben begründeten Ansicht, daß die *exceptio metus* aus der *doli exceptio* hervorgegangen und als eigene Exception aus ihr hervorgetreten sei.

Exceptio non adimpleti contractus¹⁾, auch *exceptio implementi non secuti* (Einrede des nicht erfüllten Vertrages), heißt nach der gewöhnlichen Meinung der neueren Juristen der Einwand, wel-

37) L. 21. §. 6. D. 4. 2.

38) L. 9. §. 2. D. 4. 2.

39) L. 9. pr. D. qui et a quibus manumissi liberi non fiunt. (40. 9.)

40) *Fragm. vet. Icti de iuris speciebus* Dosith. §. 9. Bergl. Schneiders, die allgemein subsidiären Klagen des röm. Rechtes, S. 403 fig.

41) L. 9. §. 1 u. 8. D. 4. 2. L. 14. §. 3 u. 5. D. ibid. L. 4. §. 33. D. 44. 4. L. 5. C. 2. 20.

42) L. 9. §. 1. D. 4. 2.

43) L. 8. §. 3. D. 4. 2.

44) L. 13. C. de transact. (2. 4.) L. 9. C. de his, quae vi. (2. 20.)

45) L. 14. §. 13. D. 4. 2.

1) *Literatur*: Künhold, *disp. de usu exceptionis non adimpleti contractus hodierno*. Lips. 1726. de Lichtenstein, *dis. de natura et indole exceptionis implementi non secuti praes.* Wahl. Gott. 1751. Stück, *Erläuterung der Pandekten*, Th. 17, S. 225—240. Heerwart, über die *exceptio non adimpleti contractus* und *non rite adimpleti contractus*, im *Archiv für civilistische Praxis*, Bd. 7, S. 335—368. Jul. Volkman, *de exceptione non adimpleti contractus*. Lipsiae 1829. X. Lange, über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Regensburg 1829. Heerwart, Beiträge zur Lehre von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, im *Archiv für civil. Praxis*, Bd. 14, S. 206—235. Schönk, über die *exceptio non adim-*

chen der aus einem Bilateralcontracte Beklagte, der die verpflichtende Kraft desselben für sich anerkennt, aus seinem Inhalte insofern hernimmt, als er behauptet, daß er seine vertragmäßigen Verbindlichkeiten nicht eher zu leisten habe, als der Kläger das von ihm Uebernommene erfüllt. Daraus ergibt sich, daß, wer die Perfection des Vertrages selbst leugnet, nicht auch Einwendungen auf den Anspruch, daß derselbe erfüllt werde, gründen könne; daß ferner Einwände, welche nicht aus dem Inhalte des Vertrages fließen, auch nicht zur Einrede benutzt werden können, und daß endlich Beklagte, deren Leistungen nach dem Inhalte des Vertrages denen des Klägers vorausgehen sollen, natürlich dergleichen Einwände nicht machen können. Man rechnet gewöhnlich diese Einrede zu den anomalen, welche die Last des Beweises auf den Kläger devolviren, weil dadurch ein Umstand bestritten wird, der zum Grunde der Klage gehört, dessen gehörige Rechtfertigung dem Kläger obliegt. Sie ist auch im Executionsprozeße zulässig, nicht weil sie zu den liquiden Einreden gehört, sondern weil sie die Forderung des Klägers illiquid macht; denn es soll ja erst ausgemacht werden, ob der Contract erfüllt, und also die Klage begründet sei. Die Praxis begünstigt diese Einrede so sehr, daß sie nicht allein in jedem Theile des Prozesses, auch nach der Einlassung auf die Klage, ja selbst noch bei der Execution zugelassen wird, sondern auch sogar, wenn gleich sie nicht vorgeschützt worden, von dem Richter ergänzt werden kann, insofern sie sich aus den Acten von selbst ergibt. Man betrachtet sie als eine *exceptio rei cohaerens*, und läßt sie demnach nicht allein dem Erben des Contractschuldners zu Gute kommen, sondern auch einem jeden anderen Interessenten, wie den Bürgen und anderen Interessoren, und dieß nicht allein gegen den anderen Contrahenten, sondern auch gegen Jeden, welcher in dessen Rechte eingetreten ist. Ausgeschlossen ist die Einrede, wenn der Kläger bei der Anstellung seiner Klage behauptet, die ihm contractlich auferlegten Verbindlichkeiten vollständig erfüllt zu haben, oder sich wenigstens zu deren Erfüllung ordnungsmäßig erbietet.

Diese Lehre hat namentlich in den juristischen Schriften des vorigen Jahrhunderts Wurzel geschlagen ¹⁾. Allein ihre Begründung in den Quellen des gemeinen Rechtes hatte man als etwas Bekanntes, Unbestrittenes vorausgesetzt. Zwar war man darüber völlig einig, daß sie dem Namen nach nicht in den römischen Rechtsquellen gegründet sei, wohl aber hielt man es außer Zweifel, daß sie der Sache nach darin sich vorfinde,

pleti contractus und das Retentionsrecht bei gegenseitigen Verträgen, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 17, S. 93—122, u. S. 242—261. Heerwart, über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, ebendasselbst Bd. 18, S. 387—418. Schenk, über die *exceptio non adimpleti contractus*, ebendasselbst Bd. 20, S. 427—474. Treitschke, noch einige Bemerkungen über die sogenannte Einrede des nicht erfüllten Vertrages, ebendasselbst Bd. 22, S. 278—295, u. S. 422—442. Unterholzner, quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechtes von den Schuldverhältnissen, Bd. 1, S. 374—378.

2) So noch bei Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 17, S. 229—231, welcher sich hier an die älteren Schriftsteller anschließt.

und man glaubte, daß sie identisch sei mit der öfters darin vorkommenden *exceptio mercis non traditae*, welche freilich nur bei dem Kaufe erwähnt wird. Erst den neueren Untersuchungen blieb es vorbehalten, für diesen Zweck neue Aufschlüsse zu Tage zu fördern. Zur Darstellung dieser Resultate wird es zweckmäßig sein, die Meinungen der einzelnen Forscher zu unterscheiden. Die Theorie von Heerwart³⁾ ist im Wesentlichen folgende. Da zum Klagegrunde nichts weiter gehöre, als was die Gesetze zum Bestehen einer vollkommenen Obligation des Beklagten erfordern, diese Gesetze aber zur Entstehung der Obligation bei zweiseitigen Verträgen nicht erfordern, daß der Kläger seinerseits erfüllt habe⁴⁾, so erkläre es sich von selbst, wenn die römischen Rechtsquellen die Behauptung, daß der Kläger den Contract nicht erfüllt habe oder erst erfüllen müsse, als einen Gegenstand der Exception anerkennen⁵⁾. Nun sei es aber der Charakter jeder Exception, daß sie vom Beklagten vorgeschützt und nöthigenfalls erwiesen werden müsse; woraus sich die Folgesätze ergeben, daß eine Klage aus einem zweiseitigen Vertrage, in welcher nicht angeführt ist, daß der Kläger seinerseits den Vertrag erfüllt habe, nicht angebrachter Maßen zu verworfen sei; daß der Richter die Einrede des nicht erfüllten Vertrages so wenig als andere von Amtswegen ergänzen dürfe; daß ferner der Beklagte bei Vorschützung der Einrede den factischen Grund derselben deutlich und bestimmt angeben müsse, welche hier in nichts Anderem bestehe, als in der Angabe der Forderungen, welche der Beklagte an den Kläger aus dem nämlichen Vertrage zu machen hat; daß der Beklagte ferner, wo nöthig, diese Thatfachen zu beweisen habe; daß die Einrede nur eine verzögerliche sei, also die Durchsetzung des klägerischen Anspruches nur so lange hemme, bis der Kläger die Erfüllung seiner vertragmäßigen Obliegenheiten oder einen gesetzlichen Befreiungsgrund nachgewiesen, oder durch Anbieten der Erfüllung die Ausflucht beseitigt hat, und auch an dieselben Fristen gebunden sei, wie die übrigen dilatorischen Einreden. An dieser aus den römischen Rechtsquellen entwickelten Theorie habe auch die spätere Praxis nichts gedernert, und so seien die Resultate dieser Forschung auch heute noch als gültig zu betrachten. Zwar sprechen die römischen Rechtsquellen nur von der Einrede in Beziehung auf den Kaufcontract, und wenn neuere Rechtsgelehrten diese Vorschriften auch auf die übrigen wesentlich zweiseitigen Contracte ausdehnten, so hätten sie zu einer solchen Annahme bei der Kirche und dem Gesellschaftsvertrag

3) Im Archiv für civil. Praxis, Bd. 7, S. 335—368, und Bd. 14, S. 206—235.

4) *Caius*, inst. III, §. 136. L. 1. §. 2. D. de rerum permutacione. (19. 4.) §. 1. J. de obligationibus ex consensu. (3. 23.)

5) *Caius*, inst. IV, §. 119. L. 25. D. de actionibus empti venditi. (19. 1.) L. 5. C. de evictionibus. (8. 45.) L. 5. §. 4. D. de doli mali et metus exceptionibus. (44. 4.) Demnach seien die Worte *nondum est ex empto actio* in L. 13. §. 8. D. 19. 1. nicht von der juristischen Möglichkeit die Klage anzustellen, sondern von der mit Erfolg verknüpften Anstellung zu verstehen, wie zudem auch der Nachsatz (*venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit*) recht deutlich bezeuge. Vergl. Archiv Bd. 7, S. 344.

zum so weniger Grund, als eine solche Ausdehnung weder durch die Gesetzgebung noch durch die Natur dieser Contracte gerechtfertigt werde⁶⁾. Jedemfalls sehe es aber demjenigen, welcher in diesen Contracten mit einer Leistung vorangehen müsse, frei, von dem Anderen, an welchen er die Leistung entrichtet, Caution für die Erfüllung der gegnerischen Contractsverbindlichkeit zu verlangen, wie dieß bei allen bonas fidei iudicia vor dem Eintritt des Zahltages ohnehin geschehen könne⁷⁾. Abgesehen von besonderen Verabredungen einzelner Contrahenten, welche natürlich das Wesen und den Charakter der eingegangenen Obligation genauer bestimmen und im concreten Falle bei der Beurtheilung des Vertrages in Obacht genommen werden müssen. — Noch weiter als Heerwart geht Volkman, welcher sich zwar im Ganzen an dessen Theorie anschließt, aber die Statthafteit der Exception sogar bei den Realcontracten behauptet⁸⁾. Allein der Hauptgrund, welchen er für diese Ausdehnung aus dem unrómischen Namen der Einrede hernimmt, dürfte am wenigsten für seine Meinung beweisen, und wenn schon aus den von ihm beigebrachten Beispielen hervorgeht, daß bei Realverträgen die Zurückgabe der Sache nach Umständen verzögert werden könne, bis der Kläger gewisse Obliegenheiten erfüllt, so ist doch entweder für diese Verträge der Name der reinen Realverträge in Abrede zu stellen, oder zu leugnen, daß man den Grund der Weigerung mit Recht die Einrede des nichterfüllten Vertrages nenne⁹⁾. — Der alten Theorie, welche die vorgängige Erfüllung von Seiten des Klägers als eine gesetzliche Bedingung des Klagerrechtes ansieht und sie als einen Theil des Klaggrundes behandelt, schließt sich Lange¹⁰⁾ wiederum an, und behauptet gleichwohl in Uebereinstimmung mit Heerwart, daß sie eine exceptio im Sinne der Römer sei; allein dieser Ausdruck umfasse alle Vertheidigungsmittel des Beklagten, ja selbst die Rüge der in der Klage sich findenden Mängel, selbst die negative Litiscontestations; dieß sei aber im heutigen Rechte anders; der Richter verwerfe die mangelhafte Klage sofort, und der Beklagte habe nur entweder den Klaggrund zu leugnen oder wahre Einreden auf selbstständige Thatfachen zu gründen, daher die Natur unserer Einrede. Dieß Raisonnement stützt sich offenbar nur auf falsche Ansichten von dem rómischen Begriffe exceptio und bedurfte demnach wohl nicht der ausführlichen Widerlegung von Heerwart¹¹⁾. — Eine ganz neue Theorie, welche sich auf die materielle Verschiedenheit der Bilateralcontracte stützt, entwickelt Schenck¹²⁾. Er unterscheidet nämlich unter denselben solche, in welchen

6) Vergl. Archiv für civil. Praxis, Bd. 18, S. 406—413.

7) L. 33. D. pro socio. (17. 2.) L. 41. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 27. u. 28. D. 17. 2.

8) Diss. de exceptione non adimpleti contractus §. 3. Lips. 1829.

9) Vergl. die Kritik dieser Ansicht von Heerwart, im Archiv Bd. 14, S. 207—210.

10) Ueber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (Regensburg 1829), S. 45, 46.

11) X. a. D. Th. 14, S. 211—231.

12) X. a. D. Th. 17, S. 93—122, und S. 242—261, ingl. Th. 20, S. 427—474.

die gegenseitige Leistungspflicht durch die vorgängige Leistungspflicht gar nicht bedingt sei, ferner solche, wo jene Pflicht für beide Theile gleichmäßig durch die vorgängige oder wenigstens gleichzeitige Leistung des Anderen bedingt sei, und endlich solche, in welchen nur ein Theil mit seiner Leistung unbedingt vorangehen müsse. Welche zweiseitige Verträge aber zur einen oder anderen Classe zu rechnen seien, daß sei eine quaestio facti, welche aus der Willensmeinung der Contractanten, aus der Art des Vertrages und den Sachverhältnissen zu entscheiden sei. Der Kauf insbesondere gehöre zu der letzten Classe, und zwar müsse der Käufer zuerst das Kaufgeld zahlen, ohne vorher die Uebergabe der gekauften Sache verlangen zu können. In allen Fällen nun, wo der auf Erfüllung klagende Theil mit seiner Leistung vorausgehen oder wenigstens dazu sich erbiehen müsse, gehöre die Behauptung, daß er seine Contractverbindlichkeit erfüllt habe, oder wenigstens dazu bereit sei, zum Klaggrunde, müsse in der Klage angeführt werden, wenn sie nicht einen wesentlichen Mangel haben solle, und das Verlangen der Vorleistung von Seiten des Gegners sei nicht Gegenstand einer besonders vorzuschüßenden Einrede, sondern vielmehr negative Litiscontestation. In Rücksicht auf die Anwendbarkeit dieser Theorie wird nach den obengenannten Classen der Verträge der Fall unterschieden, wo diese Einrede entweder gar nicht, und solche, wo sie je dem der beiden Contractanten, und solche, wo sie nur einem derselben zusteht. Dagegen hat nun freilich Heerwart¹³⁾ sehr richtig eingewendet, daß den Justinianischen Rechtsquellen zu Folge die Einrede nur gerade bei dem Kaufe vorkomme, und daß gerade dieser Contract nicht unter die von S y n e n d ihm angewiesene Classe gestellt werden könne, da hier die Leistungspflicht für beide Theile gleichmäßig durch die vorgängige oder wenigstens gleichzeitige Leistung des Anderen bedingt sei¹⁴⁾. — T r e i t s c h e¹⁵⁾ erklärt unser Rechtsmittel nicht für eine wahre Einrede, sondern sieht darin nach Umständen nur eine Einrede im weiteren Sinne, in welchem man auch von einer *exceptio inepti libelli* spricht; denn mit dieser sei sie identisch, so oft der Kläger seine Intention unbedingt gestellt habe, und doch weder Erfüllung, noch erlangten Aufschub auf seiner Seite behauptet hat, und eine solche Klage müsse unbedingt verworfen werden, der Beklagte möge den Mangel rügen oder nicht. Wenn der Kläger das *Petitum* der Klage auf Leistung Zug um Zug gestellt hat, so könne die Einrede gar nicht stattfinden; und hat er eines von beiden, Erfüllung oder Gestundung angeführt, so könne sie nur in der Verneinung des Klaggrundes bestehen, sei also nicht einmal Einrede im weiteren Sinne. Wo die Erfüllung angeführt wird, da könne eine allgemeine Behauptung erfüllt zu haben nicht genügen¹⁶⁾, vielmehr müsse der Kläger das, was er zum Be-

13) Im Archiv Bd. 18, S. 387 fig.

14) L. 34. §. 8. D. de contrah. emt. (18. 1.) Cuius, inst. IV. §. 126, vergl. mit L. 11. §. 2. D. de actionibus empti venditi. (19. 1.) L. 13. §. 8. D. ibid.

15) Im Archiv für civil. Praxis, Bd. 22, S. 286.

16) X. a. D. Bd. 22, S. 433.

huf der Erfüllung gethan haben will, bestimmt angeben, damit man beurtheilen könne, ob es dem entspricht, was ihm nach der Natur des Contractes zu thun oblag. Bei den Realcontracten und solchen Consensualverträgen, welche nur nach einer Seite hin eine *actio directa* erzeugen, könne bei der Anstellung dieser Klage nicht füglich die Rede von der *exceptio non adimpl. contr.* sein¹⁷⁾, wohl aber wenn die *contraria actio* an gestellt werde; denn wenn schon der Commodatar, Pfandnehmer und Mandatar wegen seiner Verwendungen ein Retentionsrecht habe, so könne er doch, wenn er klagend aufträte, nicht eher Ersatz dieser Kosten verlangen, als wenn er die Sache vorher an den anderen Contrahenten herausgegeben habe; er müsse also, wenn er sein *Petitum* nicht auf die Leistung Zug um Zug stelle, die bereits geschehene Herausgabe und sonstige Erfüllung oder eine besondere, ihn davon zur Zeit befreiende Verabredung anführen, sonst müsse er angebrachter Massen abgewiesen werden, worauf der Beklagte, um sicher zu gehen, durch die Vorschüzung jener *Exceptio* antragen könne. — Der neueste Schriftsteller über unsere Einrede, Unterholzner¹⁸⁾, erklärt dieselbe für eine Einrede im heutigen Sinne des Wortes, nicht für negative *Litiscontestatio*, und folgert daraus, daß der Richter eine Klage aus einem zweifeltig bindenden Vertrage nicht sofort abweisen könne und müsse, wenn nicht der Kläger angeführt habe, daß er seinerseits mit der Erfüllung sich nicht im Rückstande finde; übrigens legt er dabei den Beweis der Erfüllung, wie bei der Einrede des Nichtempfanges, dem Kläger auf, und behauptet auch die Statt- haftigkeit derselben bei der *actio commodati contraria*.

Es scheint, als ob man zu diesen Resultaten nur durch unzulässige Combination von sonst richtigen Sätzen gekommen sei. Zunächst ist es eine Eigenthümlichkeit aller *bonae fidei iudicia*, wozu die Consensualcontracte alle, und außerdem noch einige Realcontracte gehören, daß, wenn es zur Klage und in Folge derselben zum *Judicium* kam, Ansprüche des Beklagten an den Kläger aus demselben Geschäfte vom Richter berücksichtigt werden mußten, einerlei, ob sich der Beklagte vor dem Prätor oder erst vor dem Juber darauf berufen hatte. Denn dieser war durch die in die formula eingesetzten Worte: *ex fide bona* angewiesen, solche Gegenansprüche, wenn sie zugestanden oder bewiesen wurden, zu berücksichtigen; falls nöthig zu Gelde anzuschlagen und vom Betrage der Condemnationssumme abzuziehen. Die römischen Rechtsquellen bezeichnen diese Befugniß mit dem Namen *compensatio*¹⁹⁾, und die neueren Rechtsgelehrten, da sie andere Wirkungen hat, als die in der *Exceptio*form geltend gemachte, mit dem Zusatze *tacita*. Diese *Compensationsbefugniß* ist aber nichts Singuläres in diesen Klagen, sondern nur eine Folge des allgemeinen Grundsatzes, daß hier der Richter unumschränkt die Gegenforderungen des Beklagten an den Kläger aus demselben Ge-

17) X. a. D. Bb. 22, C. 429 fig.

18) Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des röm. Rechtes von den Schulverhältnissen, Bb. 1, C. 374—376.

19) Caius, inst. IV. §. 61, 63. §. 30 u. 39. J. de actionibus. (4.6.)

schäfte zu berücksichtigen habe²⁰⁾. Daraus folgt auch die Befugniß des Beklagten wegen solcher Forderungen das Retentionsrecht zu üben, wenn er andere Sachen, als bares Geld, an den Kläger abzuliefern hat, welches bekanntlich mit der Compensation auf gleichem Grunde beruht, nur den Gegenständen nach von derselben verschieden ist, und in den römischen Rechtsquellen auch *compensatio* genannt wird²¹⁾ (s. den Art. *compensatio*). Die allgemeinen Bedingungen zur Geltendmachung dieses Rechtes waren die, daß der Beklagte sich in legend einem Theile des Prozesses auf diesen Anspruch berief, und ihn, wo nöthig, erwies. Ausgeschlossen war das Retentionsrecht sammt der Compensation nur in der *actio depositi directa*²²⁾. Dieses Retentionsrecht nun ist es, welches auch bei dem Kaufe an der verkauften Sache dem Verkäufer zusteht, wenn ihm der Kaufpreis nicht gezahlt wird²³⁾, und wenn auch manche Rechtslehrer²⁴⁾ dasselbe nicht als Retentionsrecht anerkennen wollen, weil ihm der Charakter der Selbstständigkeit fehle, so hat es doch nicht im geringsten Bedenken, dasselbe dem Sprachgebrauche der Rechtsquellen zu Folge so zu benennen.

Mit der Einführung der *exceptio rei venditae et non traditae* hat es eine ganz andere Bewandniß. Nach dem alten *ius civile*, welches sich in dieser Beziehung auf eine besondere Vorschrift des Zwölftafelgesetzes gründete, ging das Eigenthum an verkauften Sachen nach der Uebergabe nicht eher an den Käufer über, als bis er den Kaufpreis bezahlte, oder dafür hinreichende Sicherheit gestellt hatte²⁵⁾, und bis dahin stand dem Verkäufer die Eigenthumsklage gegen den Käufer auch nach der Uebergabe zu²⁶⁾. Diese offenbare Begünstigung des Verkäufers wurde von Seiten des Prätors, welcher bekanntlich immer nach den Grundsätzen der Billigkeit das Civilrecht milderte, dadurch aufgewogen, daß er den Grundsatz aufstellte, der Käufer könne nicht zur Zahlung des Kaufpreises

20) Cic., de off. III. 17. Caius, inst. IV. §. 61. §. 30. J. 4. 6. in quo et illud continetur.

21) Für das *Commodatum* wird dieß Retentionsrecht ausdrücklich anerkannt in L. 18. §. 4. D. *commodati vel contra*. (13. 6.) L. 20. D. de *acquirenda vel amitt. possessione*. (41. 2.) L. 15. §. 2. D. de *furtis*. (47. 2.) L. 59. D. *ibid.* Von anderen Fällen sprechen L. 7. §. 1. D. de *compensationibus*. (16. 3.) L. 8. §. 2. D. de *negotiiis gestis*. (3. 5.)

22) Pauli sent. rec. 2. 12. §. 12. L. 11. C. *depositi vel contra*. (4. 34.) L. 14. §. 1. C. de *compensationibus*. (4. 31.) §. 30. J. 4. 6.

23) L. 13. §. 8. D. de *act. empti vend.* (19. 1.): *Venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit.* L. 22. D. de *hereditate vel actione vendita*. (18. 4.) L. 13. §. 8. D. de *aedilicio edicto* (21. 1.), vergl. mit L. 15. §. 2. D. de *furtis*, (47. 2.) L. 5. D. de *dote praeleg.* (33. 4.)

24) So Schenck, die Lehre vom Retentionsrechte, §. 4, S. 56—60.

25) §. 41. J. de *rerum divisione* (2. 1.), *ibique Theoph.* Vgl. Varro, de re rust. II. 2. §. 6. Quinct. declam. 336. L. 19. D. de *contr. empt.* (18. 1.) L. 53. D. *ibid.* L. 25. §. 1. D. de *usufructu et quemadmodum*. (7. 1.) L. 5. §. 18. D. de *tributoria actione*. (14. 4.) L. 38. §. 2. D. de *liberali causa*. (40. 12.) L. 5. §. 1. D. de *iure fisci*. (49. 14.) L. 11. §. 2. D. de *actionibus empti et venditi*. (19. 1.)

26) L. 5. §. 18. D. 14. 4.

vom Verkäufer vor der Tradition der Sache angehalten werden, und demgemäß eine Exceptio zu geben versprach. Dieß ist die ursprüngliche Bedeutung der *exceptio rei venditae et traditae* 27), welche so gefaßt wurde: *si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit, neque tradita est* 28), eine in factum concipirte, und wohl, wie die *exceptio metus*, aus der allgemeinen *exceptio doli mali* herausgetreten ist, da sie als noch mit dieser concurrirend in den Justinianischen Rechtsbüchern erwähnt wird 29). Ihre Anwendung bezog sich zunächst wohl nur auf den Fall der unterlassenen Tradition, späterhin hat man sie auch auf den der Eviction bezogen, da der Eintritt der Eviction der unterlassenen Tradition in seinen Folgen gleichgestellt wird 30). Auch Eingriffe des Verkäufers in das Dispositionrecht des Käufers über die verkaufte Sache berechtigen zur Vorschüzung der Einrede 31). Daß sie in Wegfall kommt, wenn dem Käufer bei dem Abschlusse des Kaufes oder vorher die Kaufsbedingung gestellt worden ist, daß er den Kaufpreis bezahlen solle, ehe ihm die Sache tradirt wird, geht aus einer Stelle von Cajus 32) hervor; doch half man hier nicht durch Denegation der *Exceptio*, sondern durch die Gewährung der *replicatio*: *aut si praedictum sit, ne aliter emptori res traderetur, quam si pretium emptor solverit*. Dabei versteht es sich von selbst, daß bei dem Gebrauche der *Exceptio* die Beweislast auf den Excipienten überging nach den allgemeinen Regeln von dem Beweise der *Exceptionen*. — Als sich nun im Verkehre gewisse synallagmatische Geschäfte hervorhoben, welche zwar nach dem *ius gentium* eingegangen, gleichwohl aber durch ihre Reception in das *Civilrecht* als nach solchem eingegangen betrachtet wurden, stellte sich aus den Grundsätzen der *bona fides*, nach welchen sie beurtheilt wurden, das Retentionsrecht des einen Contractanten bei der Leistungsverzögerung von Seiten des Anderen als ein wesentliches Merkmal dieser *Contracte* heraus, und es war somit natürlich, daß in Fällen, wo jene Leistungsverzögerung schon durch andere Rechtsmittel geltend gemacht werden konnte, wie bei dem Kaufe, doppelte Rechtsmittel concurrirten, die aber gleichwohl darin mit einander übereinkommen, daß der Beklagte dieselben ausdrücklich ansprechen, und nöthigenfalls ihre factische Grundlage beweisen muß. Beide Rechtsmittel sind aber in ihren Folgen wesentlich verschieden auch noch im neuesten Rechte, da die *Exceptio*, wenn sie bewiesen wird, eine völlige Absolution des Beklagten zu Wege bringt; das in der Form der *tacita compensatio* geltend gemachte Retentionsrecht aber nur eine Minderung der *Condemnationssumme* herbeiführt.

Aus dem Gefagten ergibt sich so viel als gewiß, daß die ganze Lehre

27) Caius, inst. IV. §. 126. L. 5. §. 4. D. de doli mali et metus exceptione. (44. 4.) L. 25. D. de actione empti et venditi. (19. 1.) L. 5. C. de evictionibus. (8. 45.)

28) L. 25. D. 19. 1.

29) L. 5. C. de evictionibus. (8. 45.)

30) L. 8. pr. D. 19. 1. L. 11. §. 13. D. ibid.

31) L. 25. C. 19. 1.

32) Caius, inst. IV. §. 126.

von der *exc. non adimpl. contr.* das Resultat einer unwissenschaftlichen Methode und aus der Verschmelzung zweier Institute des römischen Rechtes entstanden ist, die gleichwohl auch in der Praxis auseinander gehalten werden müssen, dem Retentionsrechte der *bonae fidei iudicia* und der *exceptio rei venditae non traditae*. Diese Verschmelzung entstand durch den unjuristischen Tact der Praktiker des siebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts. Hatte man nun einmal diese Lehre als Dogma angenommen, so kam man auch leicht auf die Irrwege die Grundlage dieser Exception als gelegneten Klaggrund anzusehen, und den Beweis der Contractserfüllung dem Kläger aufzulegen. Von da aus ging man unvermerkt weiter, und klebete das bei anderen Contracten außer dem Kaufe gültige Retentionsrecht in die Form der *exceptio non adimpleti contractus*, welche hier ganz unpassend erscheint.

Exceptio non rite adimpleti contractus ¹⁾, auch *exc. non debito modo adimpleti contractus* (Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages), heißt in der Kunstsprache der neueren Rechtsgelehrten der Einwand, welchen der aus einem Bilateralcontracte Beklagte, welcher die verpflichtende Kraft des Vertrages für sich anerkennt, aus seinem Inhalte insofern hernimmt, als er behauptet, daß er seine vertragsmäßigen Verbindlichkeiten nicht zu leisten habe, da der Kläger die seinigen zwar erfüllt, aber nicht in der Weise, wie er sie dem Vertrage nach habe erfüllen sollen. Das Eigenthümliche dieser Exception setzt man in die mangelhafte oder fehlerhafte Leistung des Klägers, undbürdet daher dem Beklagten den Beweis derselben auf, und dadurch, sagt man, unterscheidet sie sich von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages²⁾. Als fehlerhaft gilt aber die Leistung, wenn die überlieferte Sache die Eigenschaften nicht hat, welche sie nach der bestimmten und bündigen Versicherung des Leistenden haben sollte, oder wenn sie mit Mängeln behaftet ist, für welche der Leistende vermöge gesetzlicher Vorschrift auch ohne besonderes Versprechen einstehen muß. Andere geben zwar zu, daß die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages mit der des nicht erfüllten nach gleichen Grundsätzen zu beurtheilen, mithin auch dem Kläger der Beweis der gehörigen Erfüllung aufzubürden sei; heben aber in der Praxis diese Regel fast ganz wieder auf durch die Behauptung, daß, sobald der Beklagte die zu gewährende Sache oder Leistung angenommen habe, er auch der Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages verlustig werde³⁾. — Indessen hat man es nicht unterlassen die Unhaltbarkeit beider Mei-

1) Literatur: Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß, Bd. 6, Nr. 27, S. 268. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 17, S. 231—238. Heerwart, über die *exceptio non adimpleti contractus* und *non rite adimpleti contractus*, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 7, S. 353—363. Schenk, über die *exceptio non adimpleti contractus*, ebendasselbst Bd. 20, S. 467—472. Treitschke, noch einige Bemerkungen über die sogenannte Einrede des nicht erfüllten Vertrages, ebendaf. Bd. 22, S. 436—442.

2) So Weber, von der Beweisführung, Abh. 4, §. 27.

3) So Borß, von der Beweislast, S. 101.

nungen durch äußere und innere Gründe darzuthun. Vor allen Dingen hat man es mit Recht gerügt, daß man es unterlassen, sich darüber zu verständigen, was es heiße, den Contract nicht gehörig erfüllt haben⁴⁾. In dieser Beziehung hat man aus den römischen Rechtsquellen bereits nachgewiesen, daß eine theilweise oder fehlerhafte Erfüllung des Contractes für eine Nichterfüllung geachtet werde, wenigstens in Bezug auf die Berechtigung, die gegnerische Leistung zu fordern; einerlei, ob die Leistung vom anderen Theile angenommen worden oder nicht⁵⁾. Allein, wenn man daraus hat folgern wollen, daß die *exceptio non rito adimpleti contractus* nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen sei, wie *ex. non adimpleti contractus*, so liegt diesem Schlusse doch immer die *petitio principii* zu Grunde, daß es wenigstens mit der letzteren seine Richtigkeit habe (s. dagegen den vorhergehenden Artikel). Die neueren Untersuchungen über unsere Einrede gewähren wenig ersprießliche Resultate. Heerwart⁶⁾ erklärt, nachdem er den in den Gesetzen klar vorliegenden Ungrund zwischen gänzlicher und theilweiser Nichterfüllung in Betreff der contractlichen Leistung nachgewiesen hat, den Fall, wo eine versprochene Species wesentliche Mängel an sich hat, von dem Falle der noch gar nicht oder nicht vollständig geschehenen Erfüllung für wesentlich verschieden. Die letztere gibt nach seiner Ansicht dem belangten Contractanten nur das Recht seine Gegenleistung zurückzuhalten, bis der Gegner seinerseits erfüllt hat, und es ist mithin nur ein Aufschub, den er damit gewinnt und der in Folge dieser Einrede zurückgewiesene Kläger kann seinen Anspruch immer von neuem erheben, wenn der Grund der Einrede beseitigt ist. Die Fehlerhaftigkeit der gelieferten Species autorisire aber den Beklagten entweder zur Klage auf Entschädigung oder zur gänzlichen Aufhebung des Vertrages, und führe mithin zum Theil auf dem Wege der *exceptio quanto minoris* oder *redhibitionis* eine definitive Entscheidung der ganzen Sache herbei. Auch in Betreff dessen, was den Gegenstand des Beweises bei der Einrede der Fehlerhaftigkeit bildet, unterscheidet sich dieselbe von der zuerst genannten. Denn wer davon Gebrauch mache, müsse nicht allein die Verbindlichkeit seines Gegners, für die geklagten Mängel zu haften, nachweisen, wenn sie nicht sofort aus dem Gesetze klar ist, sondern auch darthun, daß die empfangene Sache zur Zeit des geschlossenen Vertrages mit dem fraglichen Mangel behaftet gewesen sei. Schenk⁷⁾ unterscheidet ebenfalls zwischen der Leistung eines Genus und einer Species, und legt nur im letzten Falle den Beweis des nicht gehörig erfüllten Vertrages dem Beklagten auf; denn nur hier diene die qualitative Beschaffenheit der Sache nicht dazu, den Gegenstand des Vertrages zu bestimmen, also sei es Sache des Beklagten nachzuwei-

4) So Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 17, S. 237.

5) L. 13. §. 8. D. de actionibus empti venditi. (19. 1.) L. 31. §. 1. D. de rebus creditis. (12. 1.) L. 57. pr. D. de aedilicio edicto. (21. 1.) L. 22. D. de hereditate vel actione vendita. (18. 4.) Vergl. Heerwart, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 7, S. 354.

6) X. a. D. Th. 7, S. 357—363.

7) X. a. D. Bd. 20, S. 469 fig.

sen, daß die versprochenen Eigenschaften sich nicht an der Sache fänden, gesetzt, auch, daß der Kläger ihr Vorhandensein zugesichert hätte. Treitschke⁸⁾ endlich behauptet, daß unsere Einrede ihrem Wesen nach von der Einrede des nicht erfüllten Contractes nicht verschieden sei, und daß, da diese nur eine Ableugnung des factischen Klaggrundes enthalte, der zur Leistung Zug für Zug verbundene Kläger sein Petitionum nur dahin richten könne, daß gegen die seinerseitige contractgemäße Erfüllung auch der Beklagte erfüllen solle, oder wenigstens anführen müsse, daß er diese Erfüllung in der angegebenen Weise bereits bewirkt. Dadurch werde auch die Beweislast der gehörigen Contractserfüllung auf den Kläger gewälzt; einerlei ob er dieselbe bereits in der Klage angeführt, oder sie durch die Vorschüßung unserer Einrede von Seiten des Beklagten nachgebracht werde. Dies finde auch dann statt, wenn der gelieferten Sache eine negative Eigenschaft abgeht, welche der Kläger ausdrücklich garantirt hat. Fehlt diese Garantie des Klägers, so falle die Beweislast auf den Beklagten, wenn der Fehler der Sache in etwas bestand, dessen Abwesenheit stillschweigend vorauszusetzen war, z. B. in einer Krankheit der gelieferten Sache, oder in einer erst nach Abschluß des Contractes erfolgten Veränderung derselben, welche gesetzlich oder nach der Natur des Contractes dem Kläger befreit, oder in Ansprüchen eines Dritten, welche Eviction drohen.

Bei den Untersuchungen über die Natur unserer Einrede sind zwei ganz verschiedene Sachen verwechselt worden, nämlich die aus der Natur der *bonas fidei iudicia* fließende Compensationsbefugniß, verbunden mit dem Retentionsrechte, welche natürlich auch hier unter denselben Voraussetzungen wirkt, wie im Falle des gar nicht erfüllten Contractes (s. den Art. *exceptio non adimpleti contractus*), und der aus dem *ädilischen Edict* entspringende Anspruch auf Gewährung des Versprochenen (*dicta et promissa*), auf Fehlerlosigkeit der gelaufenen Sache und auf Leistung der Stipulation wegen Eviction, welcher nicht allein auf dem Wege der Klage (durch die *actio redhibitoria* und *quanti minoris*), sondern eben so gut auf dem Wege der Exception geltend gemacht werden kann⁹⁾. Diese letzteren Ansprüche beziehen sich nach dem ausdrücklichen Zeugnisse der römischen Juristen, welche das *ädilische Edict* commentirten, nur auf den Kauf¹⁰⁾, und können mithin nicht auf andere zweiseitige Contracte ausgedehnt werden. Halten wir an dieser Grundlage fest, so wird es leicht sein, die Verwechslung, welche so viel Unheil in dieser Lehre gestiftet hat, für immer zu heben. Wurden nämlich solche Ansprüche auf dem Wege der Exception realisirt, so hatte der Beklagte diese zur gehörigen Zeit vorzuschüßen, und ihre Grundlage, wo nöthig, zu beweisen, und insofern fand hier einige Aehnlichkeit mit dem oben genannten Retentionsrechte statt; allein die Verschiedenheit zeigte sich in den Wirkungen. Während nämlich das Retentionsrecht in der Regel bei

8) X. a. D. 22, C. 485—442.

9) L. 59. pr. u. §. 1. D. de *adilicio edicto*. (21. 1.)

10) L. 62. u. 63. D. 21. 1.

nicht vollständiger Leistung nur eine Milderung der Condemnationssumme herbeiführen konnte, wirkte die vorgeschützte und bewiesene Exception eine reine Absolution, so daß jeder Anspruch aus dem Contracte für die Zukunft in seinem Keime vernichtet wurde. — In Betreff der Ausübung des Retentionsrechtes bedarf es noch der Bemerkung, daß dasselbe überhaupt nur da zur Anwendung kommen kann, wo die gegenseitigen Leistungen entweder Zug für Zug gehen, oder aber diejenige Leistung, weshalb es geübt wird, als Vorleistung sich darstellt. Hat ein Vertrag mehrere einzelne Sachen zum Gegenstande, und ist für jede derselben eine besondere Gegenleistung bedungen, so wird dieselbe juristisch angesehen, als wären so viel einzelne Verträge vorhanden, und daher kann die Nichterfüllung in Ansehung des einen Gegenstandes dem Contractanten kein Recht geben, die Gegenleistung für den andern Gegenstand zurückzuhalten, in Ansehung dessen der Kläger den Vertrag erfüllt oder sich dazu bereit erklärt hat ¹¹⁾; und eine Ausnahme davon wäre nur dann anzunehmen, wenn der stückweisen Preisbestimmung ungedacht die Absicht der Contractanten nur auf das Ganze gerichtet war ¹²⁾. War ferner ein ganzes Werk der Gegenstand des Vertrages, so kann vor dessen gänzlicher Vollendung der bedungene Preis oben so wenig, als die Zahlung des Preises vor der Ausführung des Werkes gefordert werden. Doch wird man hier die Bezahlung für jedes vollendete Stück fordern können, wenn für jedes Stück, sei es durch Maß oder auf andere Weise bestimmt, ein gewisser Preis festgesetzt war ¹³⁾. Leistungen, welche eine bestimmte Zeit hindurch versprochen worden sind, z. B. Dienste, Mietwohnungen, Suttspache, sind nicht eher als vollständig geschehen zu betrachten, als bis jene Zeit ganz abgelaufen ist ¹⁴⁾. War aber eine gewisse Zeit bestimmt, zu welcher die Gegenleistung oder ein Theil derselben gegeben werden sollte, dann ist blos darauf zu sehen, ob der Gegner allen, bis zu jenem Zeitpunkte zu leistenden Obliegenheiten nachgekommen ist ¹⁵⁾.

Exceptio obreptionis ¹⁾. Kaiserliche Rescripte, welche auf Berichte oder Suppliken von Privatpersonen erlassen werden, setzen zu ihrer Gültigkeit voraus, daß die Sache der Wahrheit gemäß müsse dem Landesherrn vorgetragen worden sein; denn in der vorausgegangenen Vorstellung liegt der Grund des ganzen Rescriptes. Sind also in der Supplik dem Landesherrn wahre Umstände verschwiegen, oder falsche vor-

11) L. 29. pr. D. de verb. obligat. (45. 1.) L. 140. pr. D. ibid. L. 34. pr. D. 21. 1.

12) L. 34. §. 1. D. 21. 1.

13) L. 30. §. 3. D. 19. 2.

14) L. 24. §. 2. D. 19. 2.

15) L. 24. §. 3. D. 19. 2.

1) Literatur: Bechmann, diss. de sub- et obreptione. Graebe, disquisitio de exceptionibus sub- et obreptionis eorumque probatione. Rinteln 1788, 4. Böhmcr, ius ecclesiasticum Protestantium, lib. I. tit. 3. tom. I. p. 182—200. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 1, S. 542—548. Ehibaut, über den Beweis der exceptio subreptionis und obreptionis, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 17, S. 161—172.

gepflegt worden, so fällt der Grund des Rescriptes weg, und die Verfügung selbst kann nicht gelten²⁾. In den römischen Rechtsquellen finden wir in dieser Beziehung folgendes Verfahren als das gewöhnliche. Dem Rescripte wurde immer die Supplik, auf welche es erlassen worden, mit angehängt³⁾, und dasselbe bezog sich entweder stillschweigend, oder ausdrücklich auf sie. Daher die Rescriptformeln: *si, ut proponis; si, ut dicis; si, ut allegas; si, ut adseveras; si preces veritate nitantur*⁴⁾; *si vera sunt, quae precibus complecteris*⁵⁾; *si allegationibus tuis fidem adesse iudex perspexerit*⁶⁾. Nach einer Verordnung des Kaisers Zeno soll überhaupt gar kein Rescript erlassen werden, als unter Beifügung der Supplik und Hinzufügung der Clausel *si preces veritate nitantur*⁷⁾. Verhielt sich nun die Sache anders, als sie in der Supplik dargestellt war, so stand es dem, welcher durch die Gültigkeit des Rescriptes in Schaden kam, frei, ein Rechtsmittel zu brauchen; im älteren Rechte gehörte hierher die Appellation⁸⁾, im neueren Rechte findet sich zu diesem Zwecke eine besondere *praescriptio mendaciorum* erwähnt⁹⁾, deren Beweis dem, welcher von ihr Gebrauch machte, nach den allgemeinen Prozeßregeln auferlegt wurde¹⁰⁾. Das canonische Recht, welches sich im allgemeinen auf diese Sätze des röm. Rechtes stützt, hat verfügt, daß die Clausel *si preces veritate nitantur*, auch wenn sie nicht ausdrücklich im Rescripte hinzugefügt ist, sich doch von selbst verstehen solle¹¹⁾, und allen päpstlichen Rescripten Wirksamkeit abgesprochen, wenn in den Supplikten, auf die erstere erlassen wurden, entweder die wahren Thatumstände verschwiegen¹²⁾, oder aber unwahre *Facta* vorgebracht worden waren¹³⁾, in der

2) *Pauli sent. rec. l. 12. §. 6. l. 1. iust. C. si contra ius. (1. 22.) l. 8—5. C. ibid.*

3) *L. 6. D. ad legem Iuliam de vi publica. (48. 6.) l. 33. D. de re iudicata. (42. 1.) l. 3. D. de alimentis vel cibariis. (34. 1.) l. 7. pr. C. de diversis rescriptis. (1. 23.)* Vergl. *J. Gothofr. ad l. 4. C. Th. de diversis rescriptis (1. 2.) ed. Ritter tom. I. p. 18.*

4) *L. 7. pr. C. 1. 23.*

5) *L. 13. C. de transactionibus. (2. 4.)*

6) *L. 3. C. qui morbo se excusant. (10. 50.) l. 3. C. si adversus fiscum. (2. 37.) l. 3. C. de fideiussoribus et mandatoribus. (8. 41.)*

7) *L. 7. pr. C. 1. 23.*

8) *L. 1. §. 1. D. de appellationibus. (49. 1.)*

9) *L. 2. C. si contra ius vel utilitatem publicam. (1. 22.)*

10) *L. 1. Th. C. de dilationibus. (2. 7.) l. 2. iust. C. de dilationibus. (3. 11.)* Die entscheidende Lesart *probanda* wird im Justinianischen Codex nicht allein durch die Auctorität des Theodosischen Codex und dessen Interpretation verbürgt, sondern findet sich auch in Handschriften des Justinianischen Codex nach dem Zeugnisse von Charondas und Bauboga, ferner in der von Herrmann verglichenen Handschrift der Paulinerbibliothek zu Leipzig (*s. Hermannii not. ad l. 2. C. 3. 11. p. 182. A.*), und wird auch durch die Basilienser (*VII. 17. 12. ed. Heimbach tom. I. p. 314*) erhärtet. Gleichwohl billigt *Exhibaut a. a. D. Bb. 17, S. 169*, die Lesart *Salonders improbanda* und verbindet damit eine der hier angenommenen Ansicht widerprechende Erklärung, welche mit der falschen Lesart zusammenfällt.

11) *C. 2. X. de rescriptis. (1. 3.)*

12) *C. 3. 8. 16. 19. 20. 26. 31. X. de rescriptis. (1. 3.)*

13) *C. 15. 20. X. de rescriptis. (1. 3.)*

Maße, daß die Richter angetroffen werden; Alles, was in Folge solcher Rescripte angeordnet worden ist, für ungültig und ungeschehen zu erklären¹⁴). Außerdem trafen auch nach dem römischen Rechte solche arglistige Supplicanten in manchen Fällen extraordinäre Strafen¹⁵). Aus diesen gesetzlichen Elementen hat sich unter den Händen der Rechtsgelehrten folgende Theorie entwickelt. Befindet sich die Sache anders, als dem Landesherrn vom Impetranten des Rescriptes vorgestellt worden, so wird das auf eine solche Art erhaltene Rescript ein heimlich erschliches genannt. Hiergegen kann sich der Impetrat, dem das Rescript zum Nachtheile gerichtet, mit einer Einrede schützen, welche nach dem Unterschiede der Fälle bald *exceptio subreptionis* oder *obreptionis* genannt wird: *subreptionis*, wenn das Rescript durch Anführung falscher Thatumstände erschlichen worden ist; *obreptionis*, wenn es durch Verschweigung wahrer zur Sache gehöriger Umstände veranlaßt worden¹⁶). Andere, wie Schumann, erklären indeß die Sache gerade umgekehrt¹⁷). Man stützt sich zur Begründung dieser Distinction auf c. 20. X. de rescriptis (1. 3.), was indeß zur Annahme dieser Kunstausdrücke nicht den geringsten Beleg bietet. Vielmehr werden beide Wörter sowohl in den römischen als in den canonischen Rechtsquellen recht absichtlich gebraucht, um ein und dieselbe Sache zu bezeichnen, d. h. die heimliche Erschlichung eines kaiserlichen oder päpstlichen Rescriptes ohne Rücksicht darauf, ob dieß durch Verschweigung wahrer Thatumstände, oder durch Aufnahme unwahrer in der Supplik, oder auf andere Weise veranlaßt worden ist¹⁸). Hierzu kommt noch, daß in einer und derselben Constitution die Ausdrücke *precum obreptio* und *precum subreptio* zur Bezeichnung desselben Begriffes gebraucht werden¹⁹). — Was den Beweis dieser Einreden betrifft, so behaupten manche Juristen, daß zwischen beiden Fällen ein Unterschied obwalte²⁰). Nämlich die Einrede der Subreption brauche nicht vom Exipienten bewiesen zu werden, weil dieser verneine, daß das, was dem Lan-

14) C. 19. 26. 31. X. 1. 3. Andere Stellen erklären diese Anordnungen auch ohne richterliche Sentenz für nichtig. C. 8. 15. 16. X. 1. 3.

15) L. un. Th. C. 11. 10. L. 5. Inst. C. 1. 22.

16) So Böhm er, *ius ecclesiasticum Protestantium*, lib. I. tit. 3. §. 5. tom. I. p. 184. Glück, *Erläuterung der Pandekten*, Th. 1, S. 544.

17) *Diss. de sub- et obreptione* cap. I.

18) So in L. 9. Th. C. de diversis rescriptis. (1. 2.) L. 20. Th. C. de annonis et tributis. (11. 1.) L. 1. Th. C. de rei vindicatione. (2. 23.) L. 4. Inst. C. de immunitate concessa. (11. 12.) Cap. 22. X. de rescriptis. (1. 3.)

19) L. un. Th. C. si nuptiae ex rescripto pet. (3. 10.) L. 1. Inst. C. si nuptiae ex rescripto. (5. 8.) Ähnlich sind L. 2. Inst. C. si nuptiae ex rescripto. (5. 8.) L. 2. Inst. C. de legibus. (1. 14.) Bemerkt ist dieß schon worden von Jac. Gothofr. *paratitl. ad Theod. Cod. I. 2. ed. Ritter* tom. I. p. 13.

20) J. H. Böhm er, *in iure ecclesiastico Protestantium*, lib. I. tit. 3. §. 11. tom. I. p. 188. Eubel, *introducio in ius eccles. Catholicorum*, tom. IV. §. 226. not. c. Schumann, in den *Erläuterungen des bürgerlichen Rechtes*, Th. 2, S. 63.

des Herrn vorgetragen worden, Wahrheit sei. Demnach müsse der Impetrant des Rescriptes darthun, daß er der Sache gemäß seinen Vortrag gestellt, nach der Regel in facti quaestionibus non neganti, sed affirmanti incumbit probatio. Bei der Obreption hingegen verhalte sich die Sache ganz anders. Diese müsse der, welcher sie zur Ausflucht vorschützt, allemal beweisen, weil er etwas behauptet, was nicht vermuthet werden könne, nämlich, daß wahre, wesentliche Umstände in der Supplik vorzüglich verschwiegen worden seien. Diese Theorie hat indeß in der Praxis nicht Wurzel gefaßt, und, wenn schon das römische Recht die praescriptio mendaciorum ohne Unterschied der Fälle dem Impetraten zu beweisen auferlegte, das Kirchenrecht aber in dieser Beziehung keine neuen Grundsätze aufstellte, so kann es doch wohl heutzutage keinem Zweifel unterliegen, daß die Sache lediglich dem Ermessen des Richters zu überlassen und von ihm nach Gestalt und Gelegenheit der Sachen und deren Umständen zu bestimmen sei, ob im concreten Falle dem Impetranten oder dem Impetraten die Beweislast aufzuerlegen sei²¹⁾. Ist demnach das Rescript auf beschleunigte Vorstellung erfolgt, so wird die Presumption wohl für sie sprechen, und diese mithin so lange als richtig und vollständig gelten müssen, als nicht das Gegentheil vom Impetraten erwiesen ist. Liegen aber umgekehrt im concreten Falle Umstände vor, welche die Sache des Impetranten verdächtigen, und die Exception des Impetraten wahrscheinlich machen, so dürfte dem Impetranten der Beweis von dem Grunde des erhaltenen Rescriptes auferlegt werden müssen. Doch wird dieser Fall in der Praxis seltener vorkommen, da schon das gemeine teutsche Recht denen, welche ein Rescript sollicitiren, die Verpflichtung auferlegt, zugleich mit der Supplik die Narrata derselben etlichermaßen zu beschleunigen²²⁾. Thibaut²³⁾ erkennt die Gültigkeit der Einreden nur bei den Justizrescripten an, und nimmt als Regel für den Beweis die Grundsätze des ordentlichen Processes zu Hilfe. Mithin legt er dem Impetraten den Beweis der Einrede auf, oder verschont ihn mit demselben, je nachdem ihm im Prozesse der Beweis obzulegen hätte oder nicht, da ja doch anzunehmen sei, daß der Regent nur auf solche Anführungen beifällig hätte rescribiren wollen, welche nach den gewöhnlichen Processregeln dem Producten die Last des Beweises auferlegen. — Die Wirkung der Einrede besteht darin, daß die Vollziehung des Rescriptes bis zum Austrage der Sache ausgesetzt bleibt²⁴⁾. Nun steht es zwar dem Richter, an welchen das Rescript erlassen, oder bei dem es von dem Impetranten insinuiert wird, zu, die Untersuchung darüber zu führen, ob die Sache dem Landesherren der Wahrheit gemäß vorgestellt worden ist, oder

21) J. R. X. §. 80. Darnach entscheiden auch Tafinger, Instit. iurisprud. cameral. sect. IV. tit. 3. §. 909; Graebe, disquis. de exceptionibus sub- et obreptionis eorumque probatione; Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 1, S. 545.

22) J. R. X. §. 79.

23) X. a. D. Bd. 17, S. 170, 171.

24) C. 2. X. de officio et potestate iudicis delegati. (1. 29.) Vergl. Böhmcr l. c. §. 13. tom. I. p. 190.

nicht²⁵⁾; er muß sich aber nach geschahener Untersuchung nach den Vorschriften des Kirchenrechtes²⁶⁾ alles eigenmächtigen Erkenntnisses enthalten und vielmehr nach geschahener Untersuchung Bericht an den Landesherren erstatten, damit dieser entweder die Gültigkeit des Rescriptes selbst aufheben, oder das Erkenntniß darüber dem Richter überlassen könne²⁷⁾. Wird dann das Rescript für nichtig erklärt, so hat jedenfalls der Impetrant auch die Kosten des Verfahrens zu bezahlen und dem Impetraten Schadenersatz zu leisten²⁸⁾. Die arbiträren Strafen, welche das Recht für die, welche solche Rescripte erschleichen, festgestellt hat, sind durch die heutige Praxis abgekommen²⁹⁾. — Manche Rechtsgelehrten machen einen Unterschied zwischen *rescripta gratias* und *iustitiae* in Betreff der Wirkung unserer Exceptionen. Jene sollen, falls die Einrede bewiesen ist, von selbst (*ipso iure*), diese nur durch Vorschüzung der NullitätsEinrede (*ope exceptionis*) annullirt werden. Allein diese Unterscheidung ist in den canonischen Rechtsquellen nicht gegründet und darum wohl schon zeitig von den besseren Lehrern des Kirchenrechtes verworfen worden³⁰⁾. Thibaut³¹⁾ stellt die Statthastigkeit der Einrede bei den Gnadenrescripten gänzlich in Abrede, weil Dritten, welche sich durch solche Verfügungen verletzt glauben, nichts anders übrig bleibe, als die Einreichung einer Supplik um das Nichtverdienst und die Lügenhaftigkeit des Impetranten darzustellen, und dann werde alles wieder von der Willkür des Regenten abhängen, weil derselbe auch ohne Rechtfertigungsgründe willkürlich handeln dürfe. Selbst, wenn das Rescript die Gründe der Verleihung besonders angibt, so könne aus der erwiesenen Falschheit dieser Gründe noch nicht die Nichtigkeit des Rescriptes gefolgert werden, da der Regent durch obwaltende Umstände veranlaßt sein könne, den eigentlichen Grund seiner Handlung geheim zu halten.

Exceptio plus petitionis¹⁾ heißt in der Kunstsprache der neueren Rechtsgelehrten das Anführen des Beklagten, daß der Kläger seine gerechte Forderung übertreibe, d. h. mehr in seiner Klage fordere, als er

25) L. 4. C. 1. 21. C. 7. X. de fide instrumentorum. (2. 22.) C. 2. X. de off. et potest. iudicis delegati. (1. 29.)

26) C. 4. X. de rescriptis. (1. 3.) C. 2. X. de officio et potestate iud. delegati. (1. 29.) Dies wird auch in den Stellen stillschweigend vorausgesetzt, welche die Ungültigkeit solcher erschlichenen Rescripte aussprechen.

27) Vergl. Böhmér l. c. §. 16. tom. I. p. 192, 193.

28) Cap. 43. X. de rescriptis. (1. 3.) C. 3. in VI. de rescriptis. (1. 3.) C. 1. Clem. de rescriptis. (1. 2.)

29) Böhmér l. c. §. 17. tom. I. p. 193.

30) Gonzalez Tellez ad cap. 20. X. de rescriptis, u. Böhmér l. c. tom. I. p. 190.

31) Im Archiv für civil. Praxis, Bd. 17, S. 171.

1) Literatur: Keller, über Litiscontestation und Urtheil nach classischem römischen Rechte, S. 496—510. Zimmermann, der römische Civilprozeß in geschichtlicher Entwicklung bis auf Justinian, §. 178, S. 535—539. Schraderi notae ad §. 33—37. J. de actionibus (4. 6.) p. 663 sq. und ad §. 10. J. de exceptionibus (4. 13.) p. 714 sq.

zu fordern berechtigt ist. Der Sig der Pluspetition ist nach den Ansichten der classischen Juristen nur die Intentio der Formula, welche alles, was der Kläger von dem Beklagten verlangt, enthält¹⁾, und daher als Grundlage des *res in iudicium deducere* behandelt wird²⁾; nicht die Demonstration derselben, außer inwiefern sie als directe Bedingung der Condemnation erscheint³⁾, noch die Condemnation⁴⁾. Allein auch nicht in allen Intentionen war eine Pluspetition möglich; wenigstens kam sie in den *inertias formulae* nicht vor, weil diese nur einen unbestimmten Anspruch in *iudicium deducierten*⁵⁾. Eine dergleichen Uebertreibung der Forderung ist nach den Ansichten des Cajus⁶⁾, welchem hierin die Justinianischen Institutionen folgen, in viererlei Weise möglich: *res*, *tempore*, *loco*, *causa*. Das erste ist der Fall, wenn Jemand statt der ihm geschuldeten *Sehu* vielmehr *zwanzig* verlangt⁷⁾, oder wenn der, welcher nur theilweise Eigenthümer der geforderten Sache ist, dieselbe ganz oder zu einem größeren Theile, als sie ihm gehört, in Anspruch nimmt; das zweite, wenn Jemand entweder vor dem Eintritt des Zahlungstages oder der Suspensionsbedingung, von welcher die Obligation abhängt, die Klage anstellt; das dritte, wenn Jemand nicht an dem bestimmten Zahlungsorte, sondern anderswo ohne Erwähnung des Zahlungsortes die Klage anstellt; das letzte, wenn statt des geschuldeten Genus eine *Species* verlangt⁸⁾, oder bei alternativen Obligationen durch die Fassung der Intention dem Beklagten das ihm zustehende Wahlrecht entzogen wird. Die allgemeine Wirkung jeder Pluspetition war es zu den Zeiten der classischen Juristen, daß der Kläger den Prozeß verlor, und also gar nichts bekam¹⁰⁾. Die Kunstausdrücke, mit welchen man diese Wirkung bezeichnete, sind *causa cadere*¹¹⁾, *formula excidere*¹²⁾. Daß diese Wirkung des *plus petere* nicht eine positive, auf materielle Gründe gestützte Strafe war, sondern nur als ein bloßer Ueberschuß des uralten, vielfach entscheidenden Einflusses des Formelwesens auf die materiellen Rechtsverhältnisse angesehen

1) Cajus, inst. IV. §. 41, 53, 58, 60. §. 33. J. de actionibus. (4. 6.)

3) Calus, inst. IV. §. 131 u. §. 53—60. Vergl. Keller, über Litiscontestation und Urtheil nach classischem römischen Rechte, S. 246 fig.

4) Caius, inst. IV. §. 58—60.

5) Caius, inst. IV. §. 57 u. 68.

6) Cic. pro Roscio com. 4. Caius, inst. IV. §. 54. L. 1. pr. D. de interrogationibus in iure faciendis. (11. 1.)

7) So Caius, inst. IV. §. 53, und darnach die Institutionen IV. 6. §. 33. Vergl. Cod. Hermog. 5. 2. Paulli sent. rec. I. 10. Eusebius, *hombilia* 11. de pascha.

8) Dies heißt bei Paullus l. c. *summa plus petere*.

9) Dies nennt Paullus l. c. *qualitate plus petere*.

10) Caius, inst. IV. §. 53, 68. Paulli sent. rec. I. 10. §. 1, II. 5. §. 3. Consultatio vet. iurocons. cap. 5. §. 33—35. J. de actionibus. (4. 6.)

11) Cic. de invent. rhet. 2. 19, de orat. I. 36. Paulli sent. rec. I. 10. §. 1, II. 5. §. 3. Vat. fr. §. 53. Caius, inst. IV. §. 68. Vergl. über diesen Ausdruck Keller a. a. D. S. 503.

12) Suet. Claud. cap. 14. Quinct. inst. orat. III. 6. §. 69. Vergl. über diesen Ausdruck Keller a. a. D. S. 504.

werden kann, geht nicht allein aus den oben genannten Kunstausdrücken hervor, sondern ergibt sich auch aus dem Umstände, daß die Pluspetition mit ihren Folgen schon zur Zeit, wo die Prozesse in der Form der Legislationen abgesetzt wurden, vorkam¹³⁾. Damit stimmt es überein, wenn in einer Stelle von Cajus¹⁴⁾ die prozessualische Consumtion der Klage als Naturfache der Wirkungen der Pluspetition genannt, und von demselben Schriftsteller¹⁵⁾ unsere Lehre nicht unter den eigentlichen *poenae temere litigantium*, sondern vielmehr bei Gelegenheit der *formulae edicti* wird, so daß ihre Wirkung als notwendiger Ausfluß und einfache Folge allgemeiner Grundsätze und Rechtsätze zu betrachten ist. Diese Wirkung konnte aber zu den Zeiten der classischen Juristen nicht durch die Gestattung einer *exceptio* geltend gemacht werden, da sie sich aus der Fassung der Intention von selbst ergab, mithin keinen erst von außen hinzutretenden Umstand enthielt, dergleichen jede Exception zu ihrer Begründung verlangt. Diese Grundsätze blieben auch in Gültigkeit, seitdem die Prozesse nicht mehr durch die Conception von *formulae* instruiert, sondern die sogenannten *extraordinaria iudicia*, in welchen der Magistrat den Prozeß in eigener Person leitete und entschied, zur Regel erhoben wurden. Es beruht indeß auf einer späteren Verordnung von Zeno, welcher auch Kaiser Justinian seine Zustimmung gegeben, daß, wer der Zeit nach zu früh geklagt hat, nach Verdoppelung des Zeitraums, welchen er durch seine Klage *anticipirt*, und ohne daß für die Zwischenzeit Zinsen gefordert werden können, abermals klagen könne, freilich nach Erfaz der dem Beklagten aus dem früheren Prozesse erwachsenen Kosten¹⁶⁾. Für die übrigen Fälle der Pluspetition ist, durch eine Justinianische Constitution festgesetzt worden, daß der dem Beklagten durch den früheren Prozeß verursachte Schaden, z. B. wegen des höheren Sporelansatzes, dreifach vom Kläger vergütet werden müsse¹⁷⁾, natürlich unter Einrechnung des Schadens in das Dreifache¹⁸⁾, weshalb dem benachtheiligten Beklagten auch eine *ex lege condictio* zugestanden wird¹⁹⁾. Durch diese Verfügungen scheinen allerdings die strengen Wirkungen der alten Pluspetition bedeutend gemildert zu sein. Denn in den früheren Zeiten ging nicht allein die angestellte Klage bei der Pluspetition für den Kläger verloren, sondern es war ihm auch wegen der prozessualischen Consumtion unmöglich, dieselbe Forderung noch in einem späteren Prozesse geltend zu machen, da diesem stets die Einrede des gefällten Urtheiles entgegenstand. Die zuerst genannte Wirkung blieb nun zwar auch im Justinianischen Rechte beste-

13) Cic. de orat. I. 36. Vielleicht gehört hierher auch Plaut. Mostell. act. III. sc. 1. vs. 120 sq.

14) Inst. IV. §. 57.

15) Inst. IV. §. 53—60.

16) L. 1. u. 2. C. de plus petitionibus. (3. 10.) Es sind *leges restitutae*. Vergl. Witte, die *leges restitutae* des Justinianischen Codex, S. 163—166. §. 63 u. 34. J. de actionibus (4. 6.) §. 10. J. de exceptionibus. (4. 13.) ibique Theoph. ed. Reitz tom. II. p. 881.

17) L. 2. §. 2. C. 3. 10. §. 24. u. 33. J. 4. 6.

18) §. 24. J. 4. 6.

19) §. 24. J. 4. 6.

hen (denn daß die angestellte Klage abgewiesen werde, setzte die *Zeno'sche* und *Justinianische* Constitution gleichmäßig voraus); allein die andere Wirkung ist seitdem als aufgehoben zu betrachten, da die *Zeno'sche* Constitution bei der *pluspetitio temporis* die Nachklage unter gewissen Bedingungen ausdrücklich erlaubte²⁰⁾, und die *Justinianische* Constitution für alle anderweitigen *Pluspetitionen* dies voraussetzen scheint²¹⁾; — Aus dem Besagten ergibt sich zur Genüge, daß auch nach *Justinianischen* Rechte nicht eigentlich von einer *exceptio plus petitionis* die Rede sein kann. Selbst im Fall der *pluspetitio temporis* nicht, da das Anführen des Beklagten, der Kläger Klage vor der Zeit, wenigstens nicht die gewöhnliche Wirkung der *Exception* hat, daß nämlich, wenn sie bewiesen wird und in Folge derselben die *Absolution* erfolgt, die Nachklage unmöglich gemacht wird. Daß aber ein solches Anführen im neueren Rechte in die Form der *Exception* gekleidet werden konnte, dafür scheint die Erwähnung der *Zenonianischen* Constitution im *Institutionentitel de exceptionibus* zu sprechen²²⁾. Jedenfalls wird man auch im heutigen Rechte dieses Anführens als *Einrede* betrachten können, und insofern spricht man heutzutage von einer *exceptio nondum natae actionis*, welche nur ein anderer Name für die *exceptio plus petitionis temporis* ist. Seitdem nun auch die Vorschrift *Zeno's* abgekommen ist, daß, wer zu früh klagt, zweimal so lange, als er zu früh klagt, warten müsse, ehe er eine neue Klage einreichen darf, kann der *Exception* nur die Wirkung beigelegt werden, daß die gegenwärtige Klage abgewiesen, und die spätere Klage nach Ablauf der festgesetzten Zeitfrist zugelassen wird.

Exceptio praedicialis¹⁾, auch *praedicii*, heißt in der *Kunstsprache* der neueren Rechtsgelehrten die *Einrede*, welche der Beklagte zur Abwendung der *Condemnation* vorschügt, wenn er dadurch in Schaden kommt oder zu kommen fürchtet, daß in zwei verschiedenen Sachen dieselbe factische Frage zur Entscheidung kommt, d. h. in Folge desselben *Factums* zwei verschiedene Prozesse entstehen, also der Richter der ersten Sache die zweite ganz oder theilweise zugleich mit entscheidet, mithin dem Richter derselben eine Entscheidungsnorm an die Hand gibt, die dieser entweder befolgen muß oder wenigstens zu befolgen geneigt sein möchte. Solche Sachen nennt man nach einem, schon den Römern bekannten

20) L. 1. C. 3. 10. §. 33. J. 4. 6. §. 10. J. 4. 13.

21) L. 2. C. 3. 10. §. 24. J. 4. 6. Vergl. Schrader ad Inst. instit. p. 668 B.

22) §. 10. J. 4. 13.

1) Literatur: Raevard, de praedictis libri II. (Brug. 1560, 8.) und in opus. p. 810—867. Savigny, de concursu delictorum formali (Marb. 1800, 8.), §. 13—15. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 6, S. 512—516. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses (Berlin 1827), S. 123—128. Zimmermann, der römische Civilproceß, §. 96, S. 297—301. — In den römischen Rechtsquellen wird die *Einrede* gewöhnlich nur mit *exceptio* mit dem Zusatz ihres Inhaltes bezeichnet. Vergl. Cic. de invent. rhet. 2. 20. L. 13. 16. 18. D. de exceptionibus. (44. 1.) L. 25. §. 17. D. de hered. pet. (5. 3.)

Sprachgebrauche praesudicia (Präjudicialsachen)²⁾, zu deren Begriffe Identität der Personen in beiden Prozessen keineswegs erforderlich ist. Die Ordnung, nach welcher solche präjudicielle Sachen untersucht werden sollen, wird durch folgende zwei Regeln bestimmt: 1) wenn dieselbe Frage den ausschließenden Inhalt beider Sachen ausmacht, so soll die größere (maior causa) zuerst entschieden und dadurch der Kleinere präjudiciert werden, nicht aber umgekehrt³⁾. Als die größere gilt aber jede einer besonderen Jurisdiction untergebene Sache; wie die fiscalischen⁴⁾, Centumviral⁵⁾ und Criminalsachen⁶⁾ im Gegensatz der gewöhnlichen Privatklagen, und auch jede causa existimationis neben einer bloß pecuniären Sache⁷⁾. Diese Regel ist nicht sowohl durch die speciell. Verfügung eines Gesetzes begründet worden, sondern hat sich vielmehr durch den Einfluß des prätorischen Edictes⁸⁾ und der Doctrin gebildet, wenn schon späterhin auch manche Senatsbeschlüsse die Allgemeingiltigkeit derselben anerkannten⁹⁾. 2) Wenn dieselbe Frage in dem einen Prozesse als Incidentpunkt erscheint, in dem anderen aber den ausschließenden Gegenstand des Rechtsstreites bildet, soll die letztere zuerst untersucht und entschieden werden. Sehr natürlich, da der gesammte Inhalt dieser Sache für jene entscheidend, präjudiciell ist, in jener aber manche Thatsachen untersucht werden müssen, die für diese nicht von Einfluß sind. So soll, wenn mit der confessorkischen Klage wegen einer Prädialservitut die vindication des praedium dominans concurrirt, die letztere zuerst angestellt werden¹⁰⁾; eben so geht in der Concurrrenz der vindication mit der Theilungsklage oder der Condidiction auf die Früchte des streitigen Grundstückes jene Klage dieser vor¹¹⁾; auch kommt die status quaestio vor anderen Klagen zur Entscheidung, welche von ihr abhängig sind¹²⁾; einem Testamento soll nicht dadurch

2) Praeinducium ist nach Asconius in Cic. divin. c. 4. res, quae, cum statuta fuerit, affert indicaturis exemplum, quod sequantur. Vergl. Quintilianiani inst. orat. V. cap. 2. Ueber andere Bedeutungen des Wortes siehe Savigny I. c. §. 13—15.

3) L. 54. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 4. C. de ord. iudiciorum. (3. 8.)

4) L. 35. D. de iure fisci. (49. 14.) Die Stelle spricht zwar zunächst nur von einer Erbschaft, welche von zwei Privaten, von dem einen aber im Namen des Fiscus in Anspruch genommen wird; allein der für die Entscheidung hinzugefügte Grund ne publicae causas praesudicatur ist allgemein.

5) L. 12. pr. C. de petitione hereditatis. (3. 31.)

6) Cic. de invent. rhet. II. 20. L. 7. §. 1. D. de iniuriis. (47. 10.) L. 4. D. de publ. iudicis. (48. 1.) L. 2. §. 1. D. vi bonorum raptorum. (47. 8.) L. 23. §. 9. D. ad legem Corneliam. (9. 2.) L. 3. §. 6. D. de tabulis exhibendis. (43. 5.)

7) L. 104. D. de diversis regulis iuris. (50. 17.)

8) Cic. de invent. rhet. II. 20.

9) L. 12. pr. C. 3. 31.

10) L. 16. D. de exceptionibus. (44. 1.)

11) L. 18. D. 44. 1.

12) L. 3. §. 8 u. 11. D. de Carboniano edicto. (37. 10.) L. 2. C. de ordine iudiciorum. (3. 8.) L. 24. pr. §. 1—4. D. de lib. causa. (40. 12.) L. 1—7. C. de ordine cognitionum. (7. 19.) L. 31. C. de liberali causa. (7. 16.) L. 10. C. de iniuriis. (9. 35.) L. 6. D. si quis ingenuus esse dicatur. (40. 14.) L. 42. pr. D. de noxalibus actionibus. (9. 4.)

präjudicirt werden, daß Jemand als Erbe zuerst eine einzelne Sache vindiciren wollte¹³⁾; oder wenn Jemand auf den Grund eines Testaments eine einzelne Sache oder die im Testamente ertheilte Freiheit fordert, während die Gültigkeit des Testaments selbst in Frage kommen soll¹⁴⁾; endlich geht die Erbschafts- oder Erbtheilungs-klage vor, wenn der beklagte Besitzer leugnet, daß der Kläger Miterbe sei¹⁵⁾, was nur als eine Folge des allgemeinen Grundsatzes gelten kann, daß nichts geschehen dürfe, was für die Erbschafts-klage eine Vorentscheidung herbeiführen könne¹⁶⁾. Diese Bewandlungs-klagen, welche zur Zeit der classischen Juristen bereits feststanden, sind auch nach der Aufhebung des Formularprozesses noch in Gültigkeit verblieben. Indes war die Anwendung dieser Regeln im concreten Falle mannigfachen Schwierigkeiten und Bedenkllichkeiten unterworfen; namentlich war man schon von Alters her dazu geneigt, die auf Schadenersatz gerichtete, also nicht vorzugsweise das Delict selbst rügende Civilklage vor der Criminalklage zur Entscheidung kommen zu lassen¹⁷⁾, bis zuletzt Gratian den Grundsatz selbst, daß gerade die Criminalsache zuerst zu erörtern sei, fast ganz aufgehoben hat, mit Ausnahme des *iudicium de moribus*, welches vor der peinlichen Anklage wegen Ehebruchs angestellt diese nach den Regeln der Klagenconsumtion unmöglich macht¹⁸⁾: eine Verfügung, welche mit Ausschluß der gedachten Ausnahme auch in den Justinianischen Codex als geltendes Recht aufgenommen worden ist¹⁹⁾. Auch ist der Grundsatz, daß der *hereditatis petitio* durch keine andere Klage präjudicirt werden dürfe, durch eine Constitution Justinian's gewissermaßen modificirt worden, indem zunächst für Klagen wegen testamentarischer Vermächtnisse, wenn der Erbschaftsbesitzer die Erbschafts-klage bereits suscipirt oder wenigstens zu fürchten hat, es bei dem Alten gelassen wird, weil der testamentarische Erbe durch die *Cautiones* hindänglich gedeckt sei²⁰⁾; eben so wenig persönliche Klagen aus Leih-, Niederlegungs- und Pfandcontracten des Verstorbenen in Rücksicht auf die bevorstehende Erbschafts-klage verschoben werden sollen, da es späterhin Sache des Erbschaftsbesizers und des Erbnehmers ist, sich in dieser Beziehung auseinanderzusetzen²¹⁾; und endlich nur in Bezug auf die im Testamente

13) L. 13. D. 44. 1.

14) L. 5. §. 2. D. de petitione hereditatis. (5. 8.) L. 7. pr. u. §. 1. D. ibid. L. 25. §. 17. D. 5. 8. L. 32. §. 10. D. de receptis. (4. 8.) L. 12. C. de petitione hereditatis. (3. 31.).

15) L. 1. §. 1. D. familiae heriscundae. (10. 2.)

16) L. 5. §. 2. D. 5. 8. Caius, inst. IV. §. 133.

17) L. 15. D. de accusationibus. (48. 2.) L. 27. D. de act. rerum amot. (25. 2.) L. 23. pr. D. de fideicommissariis hereditatibus. (40. 5.) L. 7. §. 1. D. de inlariis. (47. 10.) L. 4. D. de publ. iudiciis. (48. 1.) L. 2. §. 1. D. vi bon. rapt. (47. 8.) L. un. Th. C. victum civiliter agere et criminaliter posse. (9. 20.)

18) Vergl. Jac. Gothofr. ad L. un. Th. C. 9. 20. ed. Ritter tom. III. p. 184 sq.

19) L. un. Inst. C. quando civilis actio criminali präjudicet. (9. 31.)

20) L. 12. pr. C. 3. 31.

21) L. 12. §. 1. C. 3. 31.

ertheilten directen und fideicommissarischen Freilassungen verordnet wird, daß man auf den Austrag der Erbschaftsklage nur ein Jahr lang, vom Tode des Erblässers an gerechnet, warten solle, so daß, die Nichtigkeit des Testaments vorausgesetzt, die directen Freilassungen nach dem Ablauf dieser Zeit aus Begünstigung der Freiheit sofort in Wirkung treten, die fideicommissarischen aber von da an giltiger Weise erzwungen werden können²²), gleichviel, welchen Ausgang die bereits während jener Zeitfrist angestellte oder noch künftig zu fürchtende Erbschaftsklage nehmen wird. In allen den Fällen nun, wo der Beklagte aus der früheren Entscheidung einer der concurrirenden Rechtsfachen einen Nachtheil für die der folgenden präjudicialer Weise zu befürchtenden hatte, stand ihm die Präjudicialeinrede zur Seite, um zu verlangen, daß die wichtigere Sache zuerst entschieden oder aber aus dem vorliegenden Prozesse, was Incidentpunkt ist, ausgesondert und in einem besonderen Verfahren zuvörderst untersucht werde. Doch hängt dieß nur von seiner Willkür ab; denn, wenn er die Einrede nicht gebraucht, so wird der natürliche Gang des Processes nicht gehemmt, auch die Incidentfrage nur als solche, d. h. im Laufe dieses Processes untersucht und entschieden, und dieß selbst dann, wenn der Prozefrichter seiner beschränkten Jurisdiction halber nicht gerade über den Gegenstand, welcher den Incidentpunkt bildet, hätte ein Urtheil fällen dürfen²³). Eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn die Präjudicialsache eine geistliche Sache ist, z. B. eine Ehesache, welche auf die Entscheidung einer Erbschaftsklage Einfluß hat; denn dann soll sie nach den Vorschriften des katholischen Kirchenrechtes dem geistlichen Richter zur Entscheidung überlassen werden²⁴), und der weltliche Richter ist das bei dem geistlichen Gerichte ergangene Urtheil in der Hauptsache zu befolgen schuldig²⁵): eine Verordnung, deren praktische Gültigkeit indes von manchen Lehrern des protestantischen Kirchenrechtes in Abrede gestellt wird²⁶). Waren beide Sachen bereits anhängig, so fällt die Einrede weg, und es bleibt dem Richter von selbst überlassen, den Ausgang der ersteren abzuwarten²⁷). — Die Formel, in welcher unsere Einrede concipirt wird, wird von Cicero²⁸) in Anwendung auf die quaestio de siccariis so angegeben: *extra quam in reum capitis praeiudicium fiat;*

22) L. 12. §. 2. C. 3. 31.

23) L. 1. C. de ord. iudic. (3. 8.) L. 3. C. ibid. Vgl. L. 4. §. 4. D. finium regandorum. (10. 1.) Auch das Kirchenrecht bestätigt diese Grundsätze, falls bei einem geistlichen Gerichte eine Civilsache als Incidentpunkt einer geistlichen vorkommt. Vergl. cap. 2. X. de conl. serv. (4. 9.) Cap. 1. X. qui filii sint legitimi. (4. 17.) Cap. 3. X. de donation. inter virum et uxorem. (4. 20.)

24) Cap. 3. X. de ordine cognitionum. (2. 10.) Cap. 5. X. qui filii sint legitimi. (4. 17.)

25) Cap. 2. in VI. de exceptionibus. (2. 12.)

26) Vergl. Böhm er, ins ecclesiasticum Protestantium, lib. II. tit. 2. §. 27. tom. I. p. 1001.

27) L. 13. D. de exceptionibus. (44. 1.) L. 24. §. 3 u. 4. D. de liberali causa. (40. 12.) L. 32. §. 10. D. de receptis. (4. 8.)

28) Cic. de inv. rhet. II. 20.

Bei den classischen Juristen lautet sie etwas verschieden, in Anwendung auf die Erbschaftsklage, quod praeiudicium hereditati non fiat²⁹⁾, oder vollständiger si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat³⁰⁾, in Rücksicht der Eigenthumsklage quod praeiudicium praedio non fiat³¹⁾, oder quod praeiudicium fundo partive eius non fiat³²⁾. Diese Verschiedenheit erklärt sich einfach aus der bei Casjus³³⁾ sich vorfindenden Nachricht, daß die Einrede im früheren Rechte eine zu Gunsten des Beklagten stattfindende praescriptio gewesen und mit den Worten ea res agatur si praeiudicium hereditati non fiat concipirt worden sei; zugleich bezeugt derselbe Schriftsteller, daß zu seinen Zeiten diese Praescriptio abgekommen und als Exception behandelt wurde. Nach diesen Bemerkungen über die Exceptionsformel steht es wohl nicht füglich zu bezweifeln, daß unsere Einrede von den römischen Juristen als eine exceptio rei cohaerens angesehen worden ist, wenn schon die Justinianischen Rechtsquellen dies nicht ausdrücklich berichten, und daß, wer von derselben Gebrauch machte auch den Beweis derselben zu führen hatte. Dieser Beweis mußte aber nicht allein darauf gerichtet werden, daß ein anderer Prozeß über dieselbe Frage für den Beklagten zu fürchten war, und daß dieser als eine causa maior im oben erörterten Sinne angesehen werden mußte, sondern auch darauf, daß durch den Einfluß, welchen die Urtheilssprechung im jetzigen Prozesse auf die Entscheidung des folgenden haben dürfte, für den Beklagten ein Schade zu erwarten stand.

In denjenigen Fällen, wo die Einrede wegen eines Prädjudicialpunktes im vorliegenden Prozesse gebraucht wird, hat sie viel Aehnlichkeit mit der exceptio deficientia legitimacionis ad causam, weshalb beide Einreden auch von Vielen für identisch erklärt werden. Gleichwohl ist der Unterschied beider Rechtsmittel nicht zu verkennen. Denn durch die exceptio praeiudicialis erregt der Beklagte dem Kläger über jenen Incidencpunkt einen neuen selbstständigen Prozeß, dessen ausschließender Inhalt derselbe wird. Er bestreitet ihm sein Erbrecht, sein Eigenthum, seinen Status, und hierüber muß nun als über eine selbstständige Sache förmlich verhandelt und durch ein besonderes Urtheil entschieden werden. Dann erst kann von der zweiten Sache die Rede sein. Die Legitimation zur Sache hingegen kann häufig gar nicht Gegenstand eines selbstständigen Processes sein, und wo sie es auch sein könnte, wird sie wenigstens nicht durch die Vorschüßung der exceptio deficientia legitimacionis dazu gemacht; sie bleibt Incidencpunkt dieser Sache, der aber vor allen übrigen Punkten untersucht und interlocutorisch entschieden werden soll. Freilich ist er immer ein Prädjudicialpunkt, d. h. eine Thatsache, von der die ganze Sache abhängt. Allein deren vorläufige Entscheidung hat das römische Recht nirgends geboten und konnte es in der That nicht gebieten, da der Begriff ganz

29) utpote in L. 13. D. 44. 1. u. L. 25. §. 17. D. de hereditatis petitione. (5. 3.)

30) L. 1. §. 1. D. familiae heredisundae. (10. 2.)

31) L. 16. D. 44. 1.

32) L. 18. D. 44. 1.

33) Inst. IV. §. 133.

schwankend ist, oder doch jede Thatfache des Klagegrundes mit gleichem Rechte präjudiciell genannt werden und deshalb auf denselben Vorzug Anspruch machen könnte.

Exceptio procuratoria heißt im römischen Prozesse die Einrede, welche dem Kläger entgegengesetzt wird, wenn derselbe eine zur Stellvertretung unfähige Person zu seinem Procurator behufs der Führung eines Processes ernannt hat, oder selbst des Rechtes ermangelt, einen solchen zu ernennen¹⁾, oder der ernannte Procurator seines Auftrages halber sich nicht gehörig legitimiert²⁾. Sie kommt nicht allein bei Actionen und Interdicten, sondern auch bei prätorischen Stipulationen vor³⁾. Für die Geschichte dieser Exceptio steht so viel fest, daß sie zu den Cicero-nianischen Zeiten noch nicht vorkommen konnte, weil damals Stellvertretung im Prozesse nur durch Cognitoren zulässig war⁴⁾, und die Procuratoren nur als allgemeine Geschäftsführer der Abwesenden erschienen, welche wenigstens noch nicht zu einem bestimmten Prozeß beauftragt waren⁵⁾. Im ersten Jahrhundert nach Christus war das Prozeßwesen durch Procuratoren bereits eine gewöhnliche Sache, und Quinctilian gedenkt der *exceptiones procuratorias* an mehr als Einem Orte⁶⁾. Wer als Procurator von Seiten des Klägers in den Prozeß eintrat, nahm die Intention aus der Person seines Machtgebers her und stellte die Condemnation auf sich⁷⁾, und dieß ist der Grund, warum durch die *litis contestation*, welche die Formula feststellte, das Dispositionsrecht über den Prozeß des sogenannten *dominium litis* auf ihn überging. Die Gründe, aus welchen Jemandem untersagt wird, die Procuratur zu übernehmen, sind dem Edicte des Prätors entnommen, und den Gründen, welche Jemand hindern, Cognitor zu sein, analog⁸⁾. Nach dem classischen Pandektenrechte gehörten dahin alle die, welche mit der Infamie behaftet waren⁹⁾, was freilich in dem Justinianischen Rechte aufgehört hat, da Justinian erklärt, daß *procuratoriae exceptiones* aus diesem Grunde bereits durch die Praxis abgekommen seien, und dieselben deshalb auch in der Theorie aufgehoben wissen will¹⁰⁾, aber vom Kirchenrechte wieder her-

1) L. 2. §. 4. D. de except. (44. 1.) L. 6. D. de novi operis nuntiatione. (39. 1.) §. 11. J. de exceptionibus. (4. 13.) L. 19. §. 2. D. de probat. (22. 3.) L. 29. §. 4. D. mandati. (17. 1.) L. 39. §. 3. D. de damno infecto. (39. 2.)

2) L. 62. D. de procuratoribus. (3. 3.) L. 23. D. ratam rem. (46. 8.)

3) L. 39. §. 3. D. 39. 2.

4) Cic. pro Roscio comoedo c. 11 u. 18.

5) Cic. pro Caecina 20. Vgl. Ed. Huschke, excurs. ad Cic. pro Tallio cap. 17. in *Analecta litteraria* p. 283 sq.

6) Quinctil. instit. orat. IV. 4. §. 6, VII. 1. §. 19 u. 20.

7) Caius, inst. II. §. 39, IV. 55. 86. Theoph. paraphr. inst. IV. 10. §. 2. ed. Reitz tom. II. p. 863. L. 9. C. de procuratoribus. (2. 13.)

8) Vat. fr. §. 322, 323.

9) Vat. fr. §. 324. Pauli sent. rec. I. 2. §. 1. L. 1. §. 5 u. 8. D. de postulando. (3. 1.) §. 11. J. de exceptionibus. (4. 13.)

10) §. 11. J. 4. 13. Vgl. dazu Schrader p. 717, und Marejoll, über die bürgerliche Ehre, S. 215—217.

gestellt worden ist¹¹⁾; ferner Soldaten¹²⁾, atter wenn sie zu Procuratoren zum eigenen Vortheil bestellt wurden¹³⁾, oder um Sachen ihres Regiments auszuführen¹⁴⁾; oder endlich, wenn sie in einem Freiheitsprozeße für naheverwandte Personen interveniren¹⁵⁾; was zunächst in Rücksicht auf das Gemeinwohl angeordnet worden ist¹⁶⁾, und daher auch nicht unter ausdrücklicher Einwilligung des Gegners abgeändert werden kann, es müßte denn die Vorschüfung der *procuratoria exceptio* zur Zeit der *litis contestatio* aus irgend einem Grunde unterlassen worden sein¹⁷⁾; auch Sclaven konnten nicht Procuratoren sein¹⁸⁾, und, wenn sie freigelassen wurden, um Procuratoren ihrer Herren zu werden, mußten sie wenigstens das 17. Jahr zurückgelegt haben¹⁹⁾. Ueberhaupt können Minderjährige nach römischem Rechte erst, wenn sie das sechzehnte Jahr vollendet und das achtzehnte angefangen haben, für Andere vor Gericht auftreten²⁰⁾; während das Kirchenrecht diese Fähigkeit allen Minderjährigen entzieht²¹⁾; auch Blinden und Tauben ist es untersagt vor dem Prætor zu erscheinen²²⁾; Frauen konnten zwar in ihren eigenen Angelegenheiten unbeschränkt vor dem Magistrat auftreten²³⁾, allein in fremden Angelegenheiten nicht Procuraturen übernehmen²⁴⁾; da man dieß als ein den Männern reservirtes Recht betrachtete²⁵⁾ und annahm, daß es gegen das den Frauen inwohnende sittliche Gefühl (*pulicitia sexui congruens*) streite, wenn sie sich in fremde Prozeße mischten²⁶⁾. Nur dann wurde ihnen ausnahmsweise gestattet fremde Ansprüche im Gerichte geltend zu machen, wenn sie ein *mandatum in rem suam* erhielten²⁷⁾; oder für ihre Eltern, wenn diese nicht selbst im Stande sind ihre Angelegenheiten zu besorgen, weil sie durch Alter oder Krankheit daran verhindert werden, auch sich sonst

11) C. 1. u. 2. *caus.* III. qu. 7.

12) L. 8. §. 2. D. de *procurat.* (3. 3.) L. 64. pr. D. *ibid.* L. 7. 9. u. 13. C. 2. 13. L. 5. C. de *cond. ob causam datorum.* (4. 6.) L. 31. C. de *locato.* (4. 65.) Die ihnen entgegenstehende *procuratoria exceptio* heißt in L. 13. C. 2. 13. *praescriptio militiae.* Vergl. §. 11. J. de *exception.* (4. 13.)

13) L. 8. §. 2. D. 3. 3. L. 9. C. 2. 13. In eignen Sachen können sie gerichtlich auftreten. L. 9. C. 2. 13. L. 8. §. 2. D. 3. 3. §. 11. J. 4. 13.

14) L. 8. §. 2. D. 3. 3.

15) L. 3. §. 1. D. de *liberali caus.* (40. 12.)

16) L. 7. C. 2. 13.

17) L. 8. §. 2. D. 3. 3. L. 13. C. 2. 13.

18) L. 6. C. de *iudiciis.* (3. 1.)

19) §. 5. J. *quibus ex causis manumittere non licet.* (1. 6.) L. 13. D. de *manumissis vindicta.* (40. 1.)

20) §. 7. J. 1. 6. L. 1. §. 3. D. de *postulando.* (3. 1.)

21) Cap. 5. §. 2. in VI. de *procuratoribus.* (1. 19.)

22) L. 1. §. 3 u. 4. D. 3. 1.

23) *Paulli sent. rec.* I. 2. §. 2. L. 1. §. 5. D. 3. 1. L. 4. C. 2. 13.

24) L. 2. D. 50. 17. L. 54. D. 3. 3. L. 4. u. 18. C. 2. 13. L. 1. §. 5. D. 3. 1. §. ult. J. 4. 13.

25) L. 2. D. de *reg. iuris.* (50. 17.) L. 1. §. 5. D. 3. 1. L. 18. D. 50. 17.

26) L. 1. §. 4. D. 3. 1.

27) *Paulli sent. rec.* L. 2. 2. L. 4. C. 2. 13.

Niemand ihrer annimmt, und beides durch eine vorhergehende Cognition als richtig befunden wird²⁸⁾; oder in Processen für die Freiheit ihrer Kinder, Eltern, Brüder oder auch ihres Mannes, wenn sonst Niemand vorhanden ist, welcher dieß Geschäft übernehmen will²⁹⁾; oder für ihre Kinder, wenn sie gegen ein denselben nachtheiliges Urtheil Appellation einlegen wollen³⁰⁾. Geistliche können sowohl nach römischen³¹⁾ als nach dem Kirchenrechte³²⁾ nicht Procuratoren sein. Von Mönchen ist das Gleiche zweifelsohne anzunehmen³³⁾. Endlich, wer einer Criminaluntersuchung unterliegt, kann, bevor er seine Unschuld darthut, den Auftrag einen fremden Prozeß zu führen nicht übernehmen³⁴⁾. — Auch die Gründe, aus welchen Jemandem untersagt wird einen Procurator zu bestellen, sind dem prätorischen Edicte entlehnt³⁵⁾ und dem über die Cognitionen nachgebildet³⁶⁾. Unfähig waren nach dem classischen Pandektenrechte Alle, welche im eigenen Namen kein Klagerrecht haben³⁷⁾, nach dem vorjustinianischen Rechte Alle, welche mit der Infamie behaftet waren³⁸⁾, schon deshalb, weil es für einen Ehrevorzug galt durch Procuratoren Prozesse erheben zu dürfen³⁹⁾, für welchen Fall Justinian freilich die sonst zustehenden procuratorias exceptiones aufgehoben hat; auch Pupillen und Minderjährige, außer unter Beitritt ihres Vormundes⁴⁰⁾; Vormünder in Sachen ihrer Mündel, wenn sie die Procuratoren in eigener Person bestellen⁴¹⁾; Taube und Stumme, wenn sie den Auftrag nicht auf irgend eine verständliche Weise zu ertheilen vermögen⁴²⁾; Rasende und Wahnsinnige, weil ihnen der Gebrauch ihres Verstandes fehlt; gerichtlich erklärte Verschwender, weil sie der Dispositionsfähigkeit über ihre eigenen Rechte ermangeln; Hauskinder können in eigenen Sachen nur dann Procuratoren bestellen, wenn ihr Vater abwesend ist und des Vaters Procurator die Sache nicht übernehmen will⁴³⁾; in Betreff ihres Sondergutes freilich steht ihnen eine ausgedehntere Befugniß Procuratoren zu bestellen zu, nämlich insoweit überhaupt ihr Dispositionsrecht über Klagerrechte reicht; Frauen endlich durften zwar nach römischen Rechte, wie sie wollten, Procuratoren ernennen, allein heutzutage sind sie an den Orten, wo die Geschlechtscuratel eingeführt ist,

28) L. 41. D. 3. 3.

29) L. 3. §. 2. D. de liberali causa. (40. 12.)

30) L. 1. §. 1. D. de appellationibus recipiendis vel non. (49. 5.)

31) Nov. 123. cap. 6.

32) Cap. 2. u. 4. X. ne clerici vel monachi saecularibus. (3. 50.)

33) Nov. 123. cap. 6. Cap. 1. 3. 4. X. 3. 50.

34) L. 6. C. 2. 13.

35) L. 43. §. 1. D. de procuratoribus. (3. 3.)

36) Vat. fr. §. 322, 323.

37) L. 8. pr. D. 3. 3. L. 17. §. 20. D. de iniuriis et fam. lib.

(47. 10.)

38) §. 11. J. 4. 13. Theoph. ibid. ed. Reitz tom. II. p. 883 u. 884.

39) L. 11. C. de iniuriis. (9. 35.)

40) L. 11. C. 2. 13.

41) L. 11. C. 2. 13.

42) L. 43. pr. D. 3. 3.

43) L. 8. pr. D. 3. 3.

dabei an die Einwilligung ihres Vormundes gebunden. Wurde ein *actio publici iudicii* im Accusationsprozeße geltend gemacht, so war von Seiten des Klägers ein *Procurator* unzulässig⁴⁴⁾, und es galt nur als ein Vorrecht der *illustres*, daß sie, ihre Frauen und Kinder im Inju-rienprozeße zur Anstellung der Criminalklage einen *Procurator* bestellen konnten⁴⁵⁾. — In den römischen Rechtsquellen werden die *procuratoriae exceptiones* als dilatorische Einreden behandelt⁴⁶⁾, folglich mußten sie bereits vor der *litiscontestatio* vorgebracht werden, sonst kamen sie in Wegfall⁴⁷⁾, da sie nicht auf dem Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgebracht werden konnten. Daß, wer sich einer solchen Einrede bediente, auch den Beweis derselben führen mußte⁴⁸⁾, einerlei, ob dieselbe sich auf die persönliche Unfähigkeit des *Procurators* oder auf die seines *Nachtgebers* stützte, ist den allgemeinen Grundsätzen über *Exceptiones* angemessen. War die Einrede nicht vorgeschützt worden, so war der Beklagte seit der *litiscontestatio* unwiderruflich an den *Procurator* des Klägers gebunden⁴⁹⁾. Daß sie auch im heutigen Rechte noch vorkommen, kann keinem gegründeten Zweifel unterliegen; am meisten werden sie da von Einfluß sein, wo es sich um Abhilfe eines Mangels in der Legitimation handelt⁵⁰⁾, was im Fall mehrere zur Führung des Prozesses beauftragt sind, namentlich dann vorkommen kann, wenn die zweite Bevollmächtigung später geschah als die erste, wo dann der Auftrag des ersten *Procurators* als widerrufen erscheint⁵¹⁾, oder von mehreren in *solidum* zu gleicher Zeit bestellten *Procuratoren* der Eine den Auftrag auszuführen bereits angefangen hat, wodurch alsdann die anderen dazu ebenfalls bestellten *Procuratoren* ausgeschlossen werden⁵²⁾, oder aber der Eine als *Substitut* des Anderen erscheint, wo dann natürlich der *Substituirte* erst dann eintreten kann, wenn der *Instituirte* stirbt oder sonst behindert ist den Auftrag zu vollführen⁵³⁾. In dieser Beziehung sind die *exceptiones procuratoriae* im gemeinen teutschen Prozesse zur *exceptio deficientis legitimationis* geworden, welche vom Gegner zu jeder Zeit im Prozesse angebracht werden kann. Auch kann der Richter unaufgefordert auf Werrichtigung des Legitimationspunktes dringen, da es seine Pflicht ist Nullitäten vorzubeugen⁵⁴⁾.

44) L. 13. §. 1. D. de publicis iudiciis. (48. 1.)

45) L. 11. C. 9. 35.

46) §. 11. J. 4. 13.

47) L. 8. §. 2. D. 3. 3. L. 13. C. 2. 13.

48) L. 19. §. 2. D. de probationibus et praesumptionibus. (22. 3.)

49) L. 8. §. 2. D. 3. 3. L. 13. C. 2. 13.

50) L. 62. D. 3. 3. L. 23. D. 46. 8.

51) L. 31. §. 1 u. 2. D. 3. 3. Cap. 14. X. de procuratoribus. (1. 38.)

52) L. 32. D. 3. 3.

53) J. R. X. v. 1654, §. 100.

54) Martin, Lehrbuch des gem. teutschen Civilprozesses, §. 74. Beyer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß (2. Ausg.), S. 157.

Exceptio rei in iudicium deductae ¹⁾ heißt im vorjuristischen Rechte die zerstörende Einrede, womit die in der Litiscontestation liegende Novation in den Fällen, wo durch dieselbe das Klagerecht nicht direct (ipso iure) aufgehoben wurde, sondern auch nach der Litiscontestation selbstständig fortbestand, geltend gemacht wurde zum Zwecke der Abweisung einer neuen Klage, welche zwischen denselben Parteien dasselbe Rechtsverhältniß, über welches die Litiscontestation eingegangen worden, zur Sprache brachte. Es ist nämlich ein Grundsatz des classischen Pandektenrechtes, daß jede Litiscontestation das Rechtsverhältniß, welches die Grundlage der Klage bildet, auf directem Wege (ipso iure), oder auf indirectem Wege (per exceptionem) zerstört und im gleichen Augenblicke eine neue Obligation erzeugt, welche an die Stelle der zerstörten tritt und ihren Stoff der Hauptsache nach in sich enthält, sich aber von derselben dadurch unterscheidet, daß ihr Inhalt sich auf die Verbindlichkeit des Beklagten bezieht, über das in iudicium deducirte Recht ein Urtheil fällen zu lassen ²⁾. Eine directe und unmittelbare Zerstörung des alten Rechtsverhältnisses trat nur bei den iudicia legitima ein, welche eine in personam actio mit einer intentio in ius concepta enthielten. Auf diesen Fall bezieht sich das alte Rechtsprüchwort: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere ³⁾, und von einer Nachklage konnte hier eben so wenig, als bei den Legisactionen die Rede sein ⁴⁾; daher es hier auch in keiner Rücksicht unserer Exception bedurfte. Eine indirecte und nur mittelbare Zerstörung des alten Rechtsverhältnisses trat bei den iudicia, quae imperio continentur ein, und in den iudicia legitima, wenn eine in rem actio angestellt war, oder eine in personam actio mit einer formula in factum concepta. Hier wird durch die Litiscontestation nicht gerade die Grundlage der Actio, das Rechtsverhältniß, selbst aufgehoben, sondern dieses dauert im rechtlichen Sinne fort und läßt daher die Erneuerung der Klage zu ⁵⁾. Man muß sich dieß so denken, als sei durch die Litiscontestation auch hier eine neue obligatio condemnari oportere entstanden, die aber nicht die alte Actio verschlang, sondern unabhängig von ihr fortbestand. Zwar wird dieselbe nirgends namentlich erwähnt, aber die Analogie der res iudicata führt uns nothwendig zu dieser Annahme, indem auch aus dem Urtheile in allen Arten von Fällen eine obligatio iudicatum facere oportere mit der actio iudicati entspringt. Da nun aber auch in diesen Fällen dem endlichen Erfolge nach die später angestellte Klage unwirksam sein sollte, so ward dieß durch eine exceptio bewerkstelligt, in welcher der Prätor dem Iudex instruirte, selbst dann, wenn er den in der Actio benannten

1) Literatur: Keller, über Litiscontestation und Urtheil nach classischem römischem Rechte, S. 82—126.

2) Caius, inst. III. §. 180, 181, IV. §. 106—108. Vat. fr. §. 263. L. 29. D. de novationibus et delegationibus. (46. 2.)

3) Caius, inst. III. §. 180.

4) Caius, inst. III. §. 181, IV. §. 107.

5) Caius, inst. III. §. 181, IV. §. 106 u. 107.

Klaggrund richtig finden sollte, ausnahmsweise doch nicht zu condemniren, wenn es sich zeigt, daß über dieselbe Actio schon früher einmal ein Prozeß bis zur Litiscontestation geführt worden sei. Dieses ist die *exceptio rei in iudicium deductae*. Darauf deutet nicht allein der Name derselben, da in *iudicium deducere* in dem Sprachgebrauche der classischen Juristen so viel heißt, als die Sache zum Gegenstande eines *iudicium* machen, vor den *Judex* bringen, und namentlich auf den Inhalt der Intention bezogen wird, sondern auch der in den beiden Hauptstellen ⁶⁾, welche der Exception Erwähnung thun, vorkommende Parallelismus zwischen den beiden zerstörenden Wirkungen, welche die Litiscontestation und das Urtheil in der einen Classe von Fällen auf directe Weise haben, auf der einen Seite, und den beiden *exceptiones rei in iudicium deductae* und *rei iudicatae* als Organen einer der Grundidee nach gleichen indirecten Wirkung, die in der zweiten Classe von Fällen eintritt, auf der anderen Seite. Zugleich ergibt sich, daß die beiden zuletzt genannten Eintreden in den Fällen, wo *ipso iure* die ursprüngliche Klage stehen blieb, eine gleiche Sphäre hatten und nur dem Gegenstande nach verschieden waren, indem die zuerst genannte Eintrede dazu bestimmt war, die Wirkung der Litiscontestation geltend zu machen; die zuletzt erwähnte Exception hingegen den Zweck hatte, die zerstörende Wirkung des Urtheiles im concreten Falle geltend zu machen. Und so stellt sich dann für das vorjustinianische Recht von selbst die Regel heraus, daß die Consumtion durch Prozeß von dem Augenblicke der Litiscontestation bis zu dem des Urtheiles einzig durch die *exceptio rei in iudicium deductae*, nachher aber nur durch die *exceptio rei iudicatae* geltend gemacht werden konnte. In den Justinianischen Rechtsquellen wird die *exceptio rei in iudicium deductae* nicht mehr erwähnt, wenn schon sich manche Stellen der Pandektenjuristen ⁷⁾ darauf zu beziehen scheinen. Wahrscheinlich haben verschiedene Gründe dazu beigetragen diese Eintrede unpraktisch zu machen, theils der Untergang des *ordo iudiciorum*, theils der geringe Gebrauch, welchen man von derselben selbst zur Zeit der classischen Juristen machen konnte, endlich kommt namentlich hier der Umstand in Betracht, daß dieselbe durch die größere Ausdehnung, welche man der *exceptio rei iudicatae* späterhin zugestand, im Gebrauche verdrängt und von derselben gewissermaßen verschlungen worden ist.

Exceptio rei iudicatae ¹⁾ ist die zerstörlche Eintrede, womit der Inhalt eines bereits gefällten Urtheiles, wenn das Rechtsverhältniß, über welche es gefällt worden, unter denselben Personen wiederum auf dem Wege der Klage zur Sprache gebracht wird, zum Zweck der Abweisung der neuen Klage geltend gemacht wird. Die Bedingungen, an welche

6) *Caius*, inst. III, §. 180, 181, IV, §. 106, 107.

7) *3. B. L. 5. D. 44. 2.*

1) Literatur: Hübbe, de *exceptione rei iudicatae*. *Jenae* 1827. Keller, über Litiscontestation und Urtheil nach classischem römischem Rechte, S. 239—410.

diese Einrede geknüpft wird, sind folgende: 1) es muß ein bereits gefälltes Urtheil vorliegen²⁾. Fragt man, ob die Einrede auch aus condemnatorischen Urtheilen entstehe, oder nur auf absolutorische gegründet zu werden vermöge, so scheint es richtiger, sich für die zuerst genannte Meinung zu entscheiden, wenn schon der zuletzt genannte Fall der gewöhnlichere gewesen sein mag, auch von Theophilus³⁾ bei der Erörterung des Wesens der Einrede speciell berührt wird. Denn, daß dieselbe auch auf condemnatorische Urtheile gegründet werden könne, ergibt sich aus den Zeugnissen der Pandektenjuristen des Cajus, Ulpianus und Marcellus⁴⁾, und dies ist namentlich da immer der Fall, wo die Einrede in den römischen Rechtsquellen dem ehemaligen Kläger zugeschrieben wird. Streutig ist es, ob auch noch der Fall zur Begründung der Einrede für tauglich erachtet werden könne, wo der Prozeß durch den *iussus iudicis* beendet wird, wie dies in den *arbitrarias actiones* geschah⁵⁾. Doch scheint nach der richtigeren Ansicht dieser Fall gar nicht hierher zu gehören, da ja in demselben der Prozeß nicht unmittelbar durch den *iussus iudicis* beendet ward, sondern vielmehr erst durch die Befolgung desselben von Seiten des Beklagten und die auf diese Thatsache gegründete Absolution. 2) Es darf das vorliegende Urtheil das in *ius* deducirte Klagrecht, über welches es gefällt worden ist, nicht *ipso iure* aufgehoben haben. Dieses Erforderniß ergibt sich aus der Natur der Exceptionen, welche bekanntlich nur im Nothfalle verwilligt wurden, aber im Falle der *ipso iure* aufgehobenen Klage als unnütze sich darstellten. Aus diesem Umstande ergibt sich zugleich, daß in den früheren Zeiten die Anwendbarkeit der Exception beschränkter war, als sie nach der Darstellung der Justinianischen Rechtsquellen erscheint. In den *legitima iudicia* nämlich wirkte das richterliche Urtheil noch zu Cajus⁶⁾ Zeiten eine völlige Aufhebung des durch die *litiscontestation* bereits novirten Klagrechtes, und es war demnach hier für unsere Einrede überall nicht Raum. Nur bei den *in rem actiones*, ingleichen den *in factum conceptae formulae*, und endlich in den *iudicia, quae imperio continentur*, blieb das frühere Klagrecht auch nach der *litiscontestation* und dem gefällten Urtheile *ipso iure* bestehen, und deshalb konnte nur in einem von diesen Fällen die Einrede des gefällten Urtheiles stattfinden. Im Justinianischen Rechte, wo der Unterschied der *legitima iudicia* und *quae imperio continentur* verschwunden ist, erscheint unsere Einrede als das allgemeine Rechtsmittel, ein früheres Urtheil gegen die Nachklage geltend zu machen. 3) Das Object, welches durch die neu angestellte Klage einge-

2) L. 6. D. de exc. rei iud. (44. 2.) Theoph. ad. §. 5. J. de except. (4. 13.) ed. Reitz tom. II. p. 879.

3) L. c. tom. II. p. 879.

4) L. 15. D. 44. 2. L. 19. D. ibid. L. 30. §. 1. D. ibid. Vergl. Keller a. a. D. S. 223—229.

5) Vgl. Hübner l. c. p. 53.

6) Calus, inst. III. §. 180, 181, IV. §. 106—108. Vgl. Keller a. a. D. S. 204 fig.

fordert wird, muß mit dem der bereits abgeurtheilten Klage identisch sein⁷⁾. Doch ist diese Identität nicht so strenge zu nehmen, daß dadurch jede Veränderung des Stoffes, oder jede Verringerung der Quantität ausgeschlossen würde⁸⁾. Bei Complexen von mehreren verschiedenen Sachen, welche mit Einem Namen bezeichnet werden (den sogenannten *universitates facti*), kommt demnach die Zahl der Einzelstücken gar nicht weiter in Betracht⁹⁾. In theilbaren Sachen gelten die Theile, aus welchen sie bestehen, für identisch mit dem Ganzen, falls sie Gegenstand einer besonderen Klage geworden sind¹⁰⁾, und es kommt dabei weiter gar nicht in Frage, ob eine reelle oder ideelle Theilung im concreten Falle vorliegt. 4) Der Rechtsgrund, welcher der bereits abgeurtheilten Klage zu Grunde lag, muß mit dem, auf welchem die neue basiert wird, identisch sein¹¹⁾. Es ergibt sich dieses Erforderniß schon aus der Lehre von der prozessualischen Consumtion, deren Gegenstand hier nicht sowohl die formelle Klage, sondern das derselben zu Grunde liegende materielle Rechtsverhältniß in seiner modificirten Natur eines Klagerechtes ist. Als äußeres, formelles Kennzeichen, wornach man in jedem einzelnen Falle gleichsam sinnlich wahrnehmen kann, was gerade in das *Judicium* beducirt worden ist, erscheint der Inhalt der Intention. Dabei kommt es aber nicht weiter in Betracht, ob die später angestellte Klage mit der früheren dem Namen nach identisch ist oder nicht¹²⁾, und in den Fällen, wo aus demselben Grunde Klage und Einrede zustehen, steht die *exceptio rei indicatae* auch dann der angestellten Klage entgegen, wenn dasselbe Rechtsverhältniß schon früher in einem anderen Prozesse auf dem Wege der *Exception* geltend gemacht und abgeurtheilt worden ist¹³⁾. Damit ist indes noch keineswegs im Allgemeinen gesagt, daß das fragliche Rechtsverhältniß in beiden Processen auch immer aus demselben Entstehungsgrunde abgeleitet sein müsse. Bei den Klagen, welche aus Obligationsverhältnissen entspringen, ist freilich die Identität des Entstehungsgrundes des Rechtsverhältnisses erforderlich, wie sich schon aus dem Wesen der Forderungen hinreichend ergibt. Denn jedes obligatorische Verhältniß wird durch seinen Entstehungsgrund individualisirt¹⁴⁾, daher auch derselbe entweder in der Intention ausdrücklich angegeben oder wenigstens darin auf die in einem anderen Theile der Klagformel enthaltene Angabe desselben verwiesen wird. Bei dinglichen Klagen hingegen bedarf es dieser Identität schon

7) L. 3. 5. u. 14. pr. D. de exceptione rei indicatae. (44. 2.) L. 21. D. ibid. Vgl. Keller a. a. D. S. 260 fig.

8) L. 14. pr. D. 44. 2.

9) L. 21. §. 1. D. 44. 2.

10) L. 3. L. 7. L. 21. §. 2. L. 22. §. 3. D. 44. 2.

11) L. 3. L. 7. §. 4. L. 14. pr. §. 2. L. 27. D. 44. 2. Vgl. Keller a. a. D. S. 285—287.

12) L. 7. §. 4. D. 44. 2. L. 25. §. 1. D. ibid. L. 34. §. 1. D. de obligat. et act. (44. 7.)

13) L. 7. §. 1. D. de compensat. (16. 2.)

14) L. 14. pr. §. 2. D. 44. 2. L. 27. D. ibid. L. 18. D. de obligat. et act. (44. 7.) L. 93. §. 1. D. de leg. III. (32.) L. 28. §. 3. D. de lib. leg. (33. 3.)

deßhalb nicht, weil dingliche Rechte nicht durch ihren Entstehungsgrund individualisirt werden, daher auch in den Formeln der in rem actiones in der Regel nichts von dem Entstehungsgrunde erwähnt¹⁵⁾, und das der Klage zu Grunde liegende Recht in seiner Allgemeinheit und nicht bloß in Beziehung auf den Entstehungsgrund, aus welchem der Kläger dasselbe ableitet, in Iudicium deducirt wird. Zwar kann dieß vom Kläger nach der gewöhnlichen Meinung dadurch vermieden werden, daß er sich von Anfang an auf einen bestimmten Entstehungsgrund seines Rechtes beruft und diesen in die Formel aufnehmen läßt, so daß nun der Gegenstand der Untersuchung, welcher den Inhalt der Intention, somit gerade das ausmacht, was in Iudicium deducirt wird, durch die Formel selbst specialisirt erscheint¹⁶⁾. Und dann würde, wie man auch gewöhnlich annimmt, die Identität des Entstehungsgrundes auch bei dinglichen Klagen mit *expressa causa* als eine nothwendige Bedingung für die Vorschüßung der *excoptio rei iudicatae* gelten müssen. Allein die Zeugnisse der römischen Rechtsquellen¹⁷⁾, auf welche man diese angebliche Ausnahme stützt, scheinen nach der richtigeren, von Puchta¹⁸⁾ aufgestellten Erklärung diese Annahme nicht zu unterstützen; auch hat derselbe Gelehrte aus der Geschichte der *vindicationes* bewiesen, daß dergleichen *Reservationen* in den in rem actiones den Römern zu allen Zeiten fremd waren; endlich dürfte das sogenannte praktische Bedürfniß, welches man zur Unterstützung der gewöhnlichen Meinung hat geltend machen wollen, nicht erheblich genug erscheinen, um jene Ausnahme zu begründen. Jedensfalls versteht es sich aber von selbst, daß, wenn der Kläger sich auf einen Entstehungsgrund seines Rechtes beruft, welcher in eine spätere Zeit fällt, als das frühere Urtheil, die fragliche *Exception* ausgeschlossen bleibt, ohngeachtet dieser Grund mit dem in der früheren Klage angegebenen identisch ist, da ja durch den Prozeß nur das Recht consumirt werden kann, welches existirt, nicht aber das, welches erst später entstanden ist¹⁹⁾.

5) Der Rechtsgrund, welcher der früher angebrachten Klage zu Grunde lag, muß in derselben von dem Richter im Prozesse wirklich untersucht und beurtheilt worden sein. Am deutlichsten tritt dieß Erforderniß bei den dinglichen Klagen hervor, welche in der Person des Beklagten Besitz voraussetzen, oder wenigstens als Surrogat des Besitzes die *facta possessio*. Es läßt sich hier also der Fall denken, daß, obgleich das in der Intention angegebene Recht dem Kläger wirklich zustände, dieser dennoch gänzlich abgewiesen würde. Ja, es muß dieß sogar immer eintreten, wenn

15) L. 14. §. 2. D. 44. 2. L. 11. §. 1 u. 5. D. *ibid.* L. 30. D. *ibidem.*

16) Vgl. Heffter, über die *causa adiecta seu expressa* bei *Vindicationen* in rhein. Mus. für Jurisprudenz, Bb. 3, S. 222—238.

17) L. 11. §. 2. D. 44. 2. L. 14. §. 2. D. *ibid.*

18) Rheinisches Museum, Jahrgang 2, S. 251, und Jahrg. 3, S. 467—487.

19) L. 25. pr. D. 44. 2. L. 11. §. 4. L. 21. §. 3. D. *ibid.* L. 43. §. 9. D. de *aedilicio edicto*. (21. 1.) Vergl. Keller a. a. D. S. 292—294.

der Beklagte sich auf das Recht gar nicht einläßt, sondern sich bloß auf das fehlende Besitzforderniß beruft. Erfolgt nun in einem solchen Falle dieses Mangels halber die Absolution, so kann der Beklagte dem Gegner aus diesem Urtheile dennoch nicht die *exceptio rei iudicatae* entgegensetzen, wenn der erste späterhin den Besitz erhält und nun der letztere von neuem gegen ihn mit derselben Klage auftritt²⁰⁾. Und ganz eben so verhält es sich unter gleichen Voraussetzungen auch bei den persönlichen Klagen, welche an dieselben Besitzverhältnisse gebunden sind, wie z. B. die *actio ad exhibendum*²¹⁾. b) Es müssen in beiden Prozeßten dieselben Personen sein, damit die *exceptio rei iudicatae* stattfinden könne²²⁾. Fragt man nun, in welchen Verhältnissen müssen verschiedene in den beiden Prozeßten auftretende Personen zu einander stehen, damit sie in dieser Beziehung als eine und dieselbe Person angesehen werden können, so kommen wir hier auf die Lehre von der Consumtion der Klage, und es läßt sich nach Anleitung der römischen Juristen²³⁾ die Frage weit einfacher so stellen: von wem und gegen wen wird die *actio in iudicium* deducirt? Fangen wir zunächst bei der Person des Klägers an und fragen wir, wer deducirt in Iudicium, so ist die Antwort aus den Grundsätzen über die Repräsentation im Prozeße zu schöpfen. Zu den Zeiten, wo *Cajus* seine *Institutionen*²⁴⁾ schrieb, deducirte nur der *Cognitor* ins Iudicium, nicht aber der *Procurator*; die *exceptio rei iudicatae* konnte damals nur dann stattfinden, wenn die *actio* das erste Mal vom *dominus* selbst oder von einem *Cognitor* in seinem Namen angestellt wurde. Tutoren und Curatoren standen in dieser Beziehung den *Procuratoren* ganz gleich. In den *Vaticanischen Fragmenten*²⁵⁾ findet sich eine Reihe von Stellen vor, zum Theil aus den Werken *Papinian's*, welche zwischen dem *procurator absentis* und *praesentis* unterscheiden, und von diesem die Regel aussprechen, er sei *cognitoris loco*. Zwar bleibt es dabei dem Anscheine nach immer noch zweifelhaft, ob derselbe auch darin dem *Cognitor* gleichstand, daß er, wie dieser, in Iudicium deducirte; doch fällt es in die Augen, daß die Verfasser jener Stellen gerade dieß stillschweigend voraussetzten, wenn man den daselbst aufgestellten Satz, daß der *procurator praesentis* nicht *de rato cavere* müsse, mit den Gründen vergleicht, aus welchen *Cajus* jedem *Procurator* ohne Unterschied diese *Caution* auferlegt. Nach den in die *Justinianischen Pandekten* auf-

20) L. 17. D. 44. 2. L. 9. pr. D. *ibid.* Vergl. Keller a. a. D. S. 295—298.

21) L. 18. D. 44. 2. L. 8. D. *rem ratam.* (46. 8.)

22) L. 3. L. 7. §. 4. L. 1. D. 44. 2. L. 2. u. L. 4. C. *quibus res iudicata non nocet.* (7. 56.) L. 11. §. 3. u. L. 12. D. *de iureiurando.* (12. 2.) L. 31. D. *de iudiciis.* (5. 1.) L. 2. C. *de except.* (8. 36.)

23) L. 4. u. L. 11. §. 7. D. 44. 2.

24) *Cajus*, *inst.* IV. §. 97—99. Ueber die scheinbar entgegenstehenden Stellen *Justinian's* L. 7. §. 2. D. *de iur. fur.* (27. 10.) u. L. 22. §. 8. D. 46. 8. vergl. Keller a. a. D. S. 335—349.

25) *Val. fr.* §. 317, 331, 333. Vergl. Keller a. a. D. S. 307—310.

genommenen Stellen Papi nian's²⁶), Ulpian's²⁷) und des Paulus²⁸) müssen wir aber noch viel weiter gehen und behaupten, daß nicht nur der procurator praesentis, sondern auch jeder wahre Procurator überhaupt, d. h. jeder, welcher die Actio im Auftrage dessen, dem sie wirklich zusteht, anstellte, sie zu dieser Zeit auch wirklich in Judicium deducirt, so daß nachher dem Dominus sowohl als jedem, der damit in seinem Namen wieder auftritt, die exceptio rei iudicatae entgegensteht. Und noch mehr, es galt in dieser Beziehung auch die nachfolgende Ratihabition dem eigentlichen Mandate gleich, so daß auch die Durchführung der Klage durch einen ganz Unbefugten, wenn nur nachher der Dominus ratihabirte, die Consumtion und somit die exceptio rei iudicatae zur Folge hatte²⁹). Dabei verstand es sich endllch von selbst, daß nun auch alle diejenigen Personen, welche kraft ihres Amtes eine Klage im Namen eines Anderen anstellten, wie der Tutor, der Curator und actor municipum, eben so in Judicium deducirten³⁰). — Zur Beantwortung des anderen Theiles der oben aufgeworfenen Frage, d. h. gegen wen wird im Judicium deducirt, dient die in einer Pandektenstelle³¹) aufgestellte Regel, daß dießfalls nicht nur dieselben Personen, wie auf Seiten des Klägers, als vollgiltige Repräsentanten des Beklagten anerkannt und mit demselben als Eine Person betrachtet werden, sondern daß dem Cognitor, Procurator u. s. w. auch der bloße Defensor gleichsteht, welcher ohne allen Auftrag und zwar gleichviel, ob Ratihabition erfolgte oder nicht, den Prozeß anstatt des eigentlichen Beklagten auf sich nahm. Auch hat dieß gar nichts Auffallendes, denn der Kläger war durch die satisfactio iudicatum solvi, welche er in jedem Falle eines Stellvertreters von diesem selbst, oder vom eigentlichen Beklagten erhielt, gegen allen möglichen Nachtheil auf das Vollständigste gedeckt³²), und es wird daher die Uebernahme der Vertheidigung des Beklagten durch einen Dritten in einem gegen den zuerst genannten erhobenen Prozesse geradezu in den Pandekten als ein Liberationsgrund bezeichnet³³). — Allein auch außer den Repräsentationsverhältnissen im Prozesse geht die Exceptio activ und passiv auf die Universalsuccessoren über, welche in die Rechte der einen von den Parteien eintreten, z. B. auf civilrechtliche und prätorische Erben; bonorum emptores und dergl. Singularsuccessoren erwerben die Exceptio ebenfalls

26) L. 66. D. de proc. (3. 3.)

27) L. 11. §. 7. D. 44. 2. L. 56. D. de iud. (5. 1.) L. 10. §. 2. u. L. 12. D. de pactis. (2. 14.) L. 27. pr. D. de procurat. (3. 3.) L. 23. D. de administr. et periculo tutorum. (26. 7.)

28) L. 17. §. 2. D. de iureiur. (12. 2.) Gleichzeitig sind die Rescripte von Alexander in L. 10. C. de procuratoribus (2. 13.) u. L. 1. C. quibus res iudicata non nocet. (7. 56.)

29) L. 56. D. 5. 1. vergl. mit L. 27. D. 2. 14. L. 10. C. 2. 13.

30) L. 11. §. 7. D. 44. 2. L. 17. §. 2. D. 12. 2. L. 23. D. 26. 7.

31) L. 11. §. 7. D. 44. 2.

32) Caius, inst. IV. §. 101. Vat. fr. §. 317. L. 14. D. qui satisfactio cog. (2. 8.) L. 21. §. 3. D. ex quibus causis. (4. 6.)

33) L. 23. D. de solut. (46. 3.) L. 10. §. 1. D. de in rem verso. (15. 2.)

activ und passiv, wenn die Veräußerung nach dem ersten Urtheile geschieht³⁴⁾. Ein Satz, welcher namentlich dann von Wichtigkeit wird, wenn die Exception dazu dient, um den positiven Inhalt eines gefällten Urtheiles condemnatorisch geltend zu machen, und auch bei anderen Exceptionen, z. B. bei der *exc. pacti*³⁵⁾ und *iurisiurandi*³⁶⁾ geltend gemacht wird.

Aus den Erfordernissen unserer Einrede ergibt sich von selbst die Wahrheit des Satzes, daß ein zwischen bestimmten Parteien gefälltes Urtheil dritten Personen, welche nicht in Identität der Person mit jenen stehen, weder schaden noch nützen könne³⁷⁾. Eine Regel, welche die römischen Rechtsgelehrten und Kaiser nicht allein aus der Natur der Sache, sondern auch aus kaiserlichen Constitutionen herleiten³⁸⁾, und die neueren Juristen bald mit den Worten: *res iudicata ius facit inter partes*, bald mit dem Axiom: *res iudicata tertiis neque nocet neque prodest* auszudrücken gewohnt sind. Nur als eine nothwendige Folge dieses Rechtsatzes kann es gelten, wenn eine völlige Unabhängigkeit der Rechtsverhältnisse und ihrer Verfechtung statuirt wird zwischen Miterben³⁹⁾ und zwischen verschiedenen Eigenthumsprätendenten, welche ihr Eigenthum nicht Einer von dem Andern ableiten; und selbst dann, wenn der Dritte von dem schwebenden Prozesse, dessen Gegenstand ihn so nahe berührte und dessen Entscheidung nothwendig auch die Ansicht des Richters über sein eignes Recht aussprechen mußte, gar wohl unterrichtet war, und dennoch stille schwieg und die eigentlichen Parteien den Streit ohne seine Mitwirkung ausfechten ließ, wird der oben erörterte Grundsatz festgehalten, außer wenn zwischen dem Litiganten, zu dessen Nachtheil das Urtheil ausgefallen ist, und dem Dritten ein Verhältniß besteht, welches diesen zur directen Theilnahme am Prozesse berechtigt und veranlaßt hätte, z. B. wenn der Dritte sein fragliches Recht von dem einen Litiganten wirklich ableitet, und zu diesem mithin als zu seinem Auctor sich verhält⁴⁰⁾. Denn läßt ein solcher seinen Vormann den Streit über das Eigenthum an der fraglichen Sache wissenschaftlich ausfechten, ohne selbst daran Theil zu nehmen, so soll auch ihm nachher die *exceptio rei iudicatae* opponirt werden dürfen. Ausnahmen von dieser Regel sind: 1) wenn zwischen dem Intestat- und Testamentserben über das Erbrecht ein dem letzteren ungünstiges Urtheil gefällt worden ist, so steht dieses Urtheil auch den Legataren und den im Testamente freige-

34) L. 9. §. 2. D. 44. 2. L. 11. §. 3. D. *ibid.* L. 25. §. 8. D. *fam. hercisc.* (10. 2.) L. 11. §. 9 u. 10. D. 44. 2. L. 28. u. 29. §. 1. D. *ibid.* L. 3. §. 1. D. 20. 1. Vergl. Keller a. a. D. S. 362—381. Umgekehrt kann die Exception nicht dem Vormann entgegengesetzt werden, wenn sie aus einem gegen den Singularsuccessor gefälltem Urtheile herrührt. L. 9. §. 2. D. 44. 2.

35) L. 17. §. 5. D. *de pactis.* (2. 14.) L. 14. §. 3. D. *comm. divid.* (10. 3.)

36) L. 7. u. 8. D. *de iurjur.* (12. 2.)

37) L. 63. D. *de re iudicata.* (42. 1.) Tit. *Cod. quibus res iudicata non nocet.* (7. 56.)

38) L. 63. D. 42. 1. L. 4. C. 7. 56.

39) L. 63. D. 42. 1. L. 5. pr. D. *de appell. et relat.* (49. 1.)

40) L. 4. §. 2—4. D. 49. 1. L. 63. D. 42. 1.

lassenen Sklaven entgegen⁴¹⁾. Doch gilt dieß nur von dem Falle, wenn der Testamentserbe nach ordentlich geführtem Prozesse unterlag, nicht aber, wenn er sich durch ein Contumazurtheil oder durch Collusion mit dem Gegner die Erbschaft hat abprechen lassen⁴²⁾. Dabei versteht es sich aber von selbst, daß auch die Frage, an wen sich die Erbschaftsgläubiger als an ihren Schuldner zu halten haben, ganz nach dem Urtheile über das Erbrecht sich entscheidet⁴³⁾. 2) Bei Prozessen über Status und Familienrechte gilt nach der gewöhnlichen Meinung der Grundsatz, daß das Urtheil des Richters das Rechtsverhältniß der Person, über welche es gefällt worden ist, nicht allein in Bezug auf den jetzigen Gegner im Prozesse, sondern auch in Rücksicht auf jeden Dritten, der nicht im Prozesse theilhaftig ist, normirt⁴⁴⁾. Indeß bedarf es dabei des beschränkenden Zusatzes, daß auch nach dem Ingenuitätsurtheile wenigstens demjenigen, welcher sich das Patronat über das fragliche Individuum zuschreibt, die freie Verfolgung seines Rechtes unbenommen bleibt⁴⁵⁾, und daß dem, welcher über seinen präbendierten Sklaven den Freiheitsprozeß geführt und ein ungünstiges Urtheil erhalten hat, die Einrede des gefällten Urtheiles nicht entgegensteht, wenn er auf eine neue Erwerbung durch Succession gestützt, denselben wieder vindicirt, eben so wenig, als einem Dritten, welcher Eigenthum an dem Sklaven verfolgen möchte⁴⁶⁾. Ob eine ähnliche Beschränkung bei Paternität und väterlicher Gewalt eintrat, darüber werden wir zwar nicht ausdrücklich in unseren Rechtsquellen belehrt, doch läßt sich auch für diese Rechtsverhältnisse solche um so unbedenklicher annehmen, als wenigstens von Seiten des Systems kein innerer Grund einer solchen Annahme entgegensteht. 3) Wenn eine actio popularis von Jemandem angestellt und ordentlich durchgeführt worden ist, so hat der Beklagte gegen Jeden, der dieselbe actio später anstellt, die Einrede des gefällten Urtheiles⁴⁷⁾. Es erklärt diese Ausnahme sich aus den Ansichten der römischen Rechtsgelehrten über die Natur solcher Klagen, welche dazu bestimmt sind, das Recht des Volkes als Ganzes zu vertheidigen⁴⁸⁾, mithin den Kläger als

41) L. 3. pr. D. de pignoriis. (20. 1.) L. 14. pr. u. §. 1. D. 49. 1. L. 50. §. 1. D. de legatis I. (30.) L. 8. §. 16. D. de inoff. test. (5. 2.) L. 17. §. 1. D. ibid. L. 6. §. 1. D. ibid. Vergl. Keller a. a. D. S. 382—391.

42) L. 17. §. 1. D. 5. 2. L. 50. §. 1. D. 30. L. 14. pr. u. §. 1. D. 49. 1.

43) L. 50. §. 1. D. 30. L. 15. §. 2. D. 5. 2.

44) L. 1. §. 16. L. 2. u. L. 3. pr. D. de agnosc. vel alienis lib. (25. 3.) L. 14. D. de iure patronatus. (37. 14.) L. 25. D. de statu bon. (1. 5.) L. 24. D. de dolo malo. (4. 3.) Ueber L. 29. pr. D. 44. 2., welche Stelle nicht hierher gehört, vergl. die treffliche Erregese von Keller a. a. D. S. 399—409.

45) L. 1. u. 5. D. si ingenuus esse dicetur. (40. 14.)

46) L. 42. D. de liberali causa. (40. 12.) L. 10. D. de exceptionibus. (44. 1.)

47) L. 3. pr. D. de popularibus actionibus. (47. 23.) L. 45. §. 1. D. de procuratoribus. (3. 3.) L. 30. §. 3. D. de iureiurando. (12. 2.) L. 3. §. 13. D. de homine libero exhibendo. (43. 29.)

48) L. 1. D. 47. 23. L. 43. §. 2. D. 3. 3. L. 2. §. 2. D. ne quid in loco publico. (43. 8.)

Vertreter des Volkes mit der Befugniß in Judicium zu deduciren erscheinen lassen, daher derselbe in der Regel auch keinen Procurator ernennen kann⁴⁹). 4) Wenn ein partieller Eigenthümer eines Grundstückes für dieses eine Realfervitut vindicirt oder umgekehrt, so gilt das hierüber gefällte Urtheil auch für und gegen den Miteigenthümer⁵⁰). Der Litigant erscheint hier nämlich als Repräsentant des Grundstückes, weil dergleichen dingliche Rechte untheilbar sind. 5) Wenn zum Nachlasse Jemandes, welcher Eviction zu leisten schuldig ist, mehrere Erben concurriren und ohngeachtet der vorgängigen Denuntiation an alle nur ein Einziger von diesen Erben den Prozeß geführt hat, so gilt das über diesen Prozeß gefällte Urtheil nicht allein wider, sondern auch für die der Denuntiation ungeachtet ausbleibenden Miterben. Gleichwohl scheint es, daß die Paradenkenstelle, auf welche man diese Ausnahme stützt⁵¹), gar nicht hieher gehöre, da sie nicht von unserer Exception, sondern von den Bedingungen der Evictionsklage handelt⁵²).

Es ergibt sich aus dem Vorstehenden, wie bedeutend der Wirkungsbereich der Einrede des gefällten Urtheiles nach dem gemeinen Rechte gewesen ist. Erst jetzt wird es möglich sein, einzelne Nachrichten zu würdigen, welche denselben genauer zu bezeichnen scheinen. Nach dem Zeugnisse des Gordian erscheint sie als das zuständige Rechtsmittel, um eine Zinsensforderung abzuweisen, wenn diese nur mit der Hauptklage eingetrieben werden konnte, und diese des Capitals halber bereits angestellt und abgeurtheilt worden ist⁵³). Auch bediente man sich dieser Einrede, um bei dem electiven Klagenconcurse nach der Anstellung der einen Klage die der concurrirenden unmöglich zu machen⁵⁴). Auch wurden Ansprüche, welche bereits auf dem Wege der Compensationseinrede geltend gemacht und abgeurtheilt worden waren, vermittelst der genannten Einrede zurückgewiesen, wenn sie späterhin auf dem Wege selbstständiger Klage geltend gemacht wurden⁵⁵). Endlich erscheint unsere Einrede als das geeignete Rechtsmittel, um der alten Prozeßregel praktische Geltung zu verschaffen, daß aus einer entgegengesetzten und bewiesenen dilatorischen Einrede eine peremptorische entstehe⁵⁶).

In manchen Fällen kann es zutreffen, daß die Einrede des gefällten Urtheiles begründet ist, weil alle Erfordernisse derselben vorhanden sind, und es gleichwohl unbillig erscheint, die Wirkungen derselben eintreten zu

49) L. 5. D. 47. 23. L. 45. §. 1. D. 3. 3.

50) L. 4. §. 3 u. 4. D. si servitus vindicetur. (8. 5.) L. 19. D. ibid. L. 1. §. 5. D. de arboribus caedendis. (43. 27.)

51) L. 62. §. 1. D. de evictionibus. (21. 2.) Vergl. Merillii Variant. interpret. ex Cuiacio lib. III. cap. 17.

52) L. 1. C. de periculo et commodo rei venditae. (4. 48.) L. 7. u. 8. C. de evictionibus. (8. 45.) Vergl. Keller a. a. D. S. 410.

53) L. 4. C. depositi vel contra. (4. 84.)

54) L. 25. §. 1. D. 44. 2. L. 34. §. 1. D. de obligationibus et actionibus. (44. 7.)

55) L. 7. §. 1. D. de compensationibus. (16. 2.)

56) Theoph. paraphr. inst. IV. 13. §. 10. ed. Reitz tom. II. p. 881, u. §. 11. p. 884.

lassen. Dies kommt vorzüglich dann vor, wenn derjenige, welcher im früheren Prozesse verloren hat, sich auf diese Einrede zu berufen befugt ist⁵⁷⁾. Dann ist nämlich der Gegner im Prozesse berechtigt, die Wirkungen der Einrede durch die Replication: *si secundum se iudicatum non sit* zu elidiren.

Exceptio rei venditae et traditae ¹⁾ heißt in der Kunstsprache der Pandektenjuristen die peremptorische Einrede, welche von Seiten des Käufers entgegensteht, wenn derjenige, welcher aus dem geschlossenen Kaufvertrage zur Tradition der Sache verpflichtet ist, nach der Erfüllung dieser Verbindlichkeit, dieselbe mit einer dinglichen Klage in Anspruch nimmt ²⁾. Der Ursprung dieser Exception verliert sich in das Dunkel des Alterthums. Nach v. Savigny's Vermuthung, welche Michelsen³⁾ weiter ausgeführt hat, war ihre ursprüngliche Bestimmung die, den bonitarischen Eigenthümer gegen die Realklage des Quiritarischen Eigenthümers zu schützen, wenn dieser eine *res mancipi* an jenen verkauft und durch die Tradition nur das bonitarische Eigenthum an ihn übertragen hatte. Die Gründe, welche für diese Ansicht geltend gemacht werden, sind der Name der Exception, so wie er in den römischen Rechtsquellen vorkommt, ferner die Verwandtschaft der Exception mit der Publicianischen Klage⁴⁾, und endlich die dingliche Grundlage derselben. Andere leiten ihren Ursprung aus der Verpflichtung des Verkäufers her, für die Gewähr zu haften, und behaupten, daß, wer eine Veräußerung gelten zu lassen schuldig sei, dieselbe nicht selbst anfechten könne, wenn er etwa nachher neue Rechte an der Sache erlangt oder entdeckt oder schon vor der Veräußerung gehabt hat⁵⁾. Allein, so wenig sich aus der Savigny'schen Hypothese die Gestalt erklärt, welche die Einrede in den Justinianischen Rechtsbüchern erhalten hat, so unzureichend erscheint die Grundlage der gewöhnlichen Meinung, da die Einrede auch gegen die, welche nicht für die Gewähr zu haften haben, zusteht⁶⁾, und zudem die Verpflichtung zur Evictionsleistung nicht aus dem Factum der Tradition sich herschreibt, sondern vielmehr mit der Verpflichtung des Verkäufers zur Tradition eine

57) L. 15. u. 16. D. 44. 2. L. 9. pr. u. §. 1. D. ibid. L. 16. §. 5. D. de pignoribus et hypoth. (20. 1.) Vergl. Ribbentrop, comm. ad L. 16. §. 5. D. de pign. et L. 9. §. 1. de exc. r. iud. (Gott. 1824.) p. 55 sq. et Hübbe l. c. p. 82—86.

1) Literatur: Finestres Hermogenianus, p. 901 sq. Westphal, vom Kaufe, §. 353 flg. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 20, S. 434—443. Michelsen; diss. inaug. de exceptione rei venditae et traditae. Berlin 1824, 8.

2) Dig. de exceptione rei venditae et traditae. (21. 3.)

3) Michelsen, diss. laud. p. 23 sq.

4) L. 2. D. 21. 3. L. 4. §. 32. D. de doli mali et metus exceptione. (44. 4.)

5) So Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 20, S. 434.

6) L. 10. D. de distractione pignorum et hypothecarum. (20. 5.) L. 3. §. 1. D. 21. 3.

gemeinsame Grundlage hat.⁷⁾ Einfacher scheint es, den Ursprung der Einrede auf die natürliche Grundlage des Kaufvertrages, auf die *bona fides* zurückzuführen, nach welcher der Verkäufer verpflichtet wurde, dem Käufer die Sache so zu gewähren, daß er sie definitiv behalten konnte⁸⁾, wobei es sich denn auch von selbst verstand, daß von Seiten des Verkäufers nichts geschehen durfte, was dieses definitive Behalten verhindern konnte⁹⁾. Eine *Vindication* von Seiten des Verkäufers oder dessen, welcher an seine Stelle tritt, war zwar dem strengen Rechte nach nicht unmöglich, da der erste nicht dazu verpflichtet war, das Eigenthum der Sache an den Käufer zu übertragen¹⁰⁾; sie konnte mithin juristisch stattfinden; allein es mußte im concreten Falle doch unbillig erscheinen, wenn der Verkäufer, oder der, welcher sein *Vindication*srecht von ihm ableitete, die aus dem Kaufvertrage entstehenden Verpflichtungen nicht erfüllte. Diese Unbilligkeit veranlaßte den Prätor hier mit der *doli exceptio* auszuweichen¹¹⁾; allein da sich diese zunächst nur auf die Person des Verkäufers und dessen *Universalsuccessoren* beschränkte, so gewährte man später eine *in factum exceptio*¹²⁾, welche durch ihre Heraustreten aus der allgemeinen *exceptio doli mali* die Natur eines selbstständigen Rechtsmittels erhielt, und sich durch ihren weiteren Umfang wesentlich unterschied. Die Bedingungen, an welche diese Einrede im Pandektenrechte geknüpft ist, sind folgende: 1) es muß ein gültiger Kaufvertrag abgeschlossen worden sein¹³⁾. Dabei kommt nichts darauf an, ob er durch *Dazwischenkunft* von *Mittelspersonen* oder ohne dieselben abgeschlossen worden ist, wenn nur im zuerst genannten Falle der Auftrag nicht überschritten worden¹⁴⁾. 2) Der Verkäufer muß die bindende Kraft des Vertrages durch seine *Thathandlungen* anerkannt, und in Folge desselben die *Tradition* der verkauften Sache vorgenommen haben, wie schon aus dem Namen der *Exception* hervorgeht. Späterhin gewährte man die *Exception* schon dann, wenn der Käufer auch ohne vorhergehende *Tradition* des Verkäufers den Besitz der gekauften Sache fehlerfrei erhalten hatte, was um so leichter geschehen konnte, da ja der Verkäufer für das definitive Behalten der Sache *forthaftete*¹⁵⁾. Die Zahlung des Kaufpreises oder Sicherstellung wegen der Abzahlung ist überall nicht von nöthen¹⁶⁾, und wenn in manchen Stellen beides bei Gelegenheit der *Exception* erwähnt wird, so ist diese Erwähnung nur zufällig und als Folge des concreten Falles zu betrach-

7) L. 3. pr. D. 19. 1. L. 11. §. 18. D. *ibid.*

8) L. 30. §. 1. D. 19. 1.

9) L. 11. §. 17. D. 19. 1.

10) L. 25. §. 1. D. de *contrahenda emptione*. (18. 1.) L. 80. §. 1. D. 19. 1. L. 1. pr. D. de *rerum permutatione*. (19. 4.)

11) L. 12. D. 44. 4. L. 4. §. 32. D. *ibid.* L. 17. D. de *evictionibus*. (21. 2.) L. 3. C. de *rebus alienis non alienandis*. (4. 51.)

12) L. 1. §. 4. D. 21. 3. L. 4. §. 32. D. 44. 4.

13) L. 1. §. 3. D. 21. 3.

14) L. 1. §. 2 u. 3. D. 21. 3.

15) L. 1. §. 5. D. 21. 3.

16) L. 1. §. 2. D. 21. 3.

ten¹⁷⁾. 3) Der Beklagte muß Besitzer der Sache¹⁸⁾ und 4) die angestellte Klage die Eigenthumsklage sein; denn nur von dieser sprechen alle Stellen des Pandektenititels *de exceptione rei venditae et traditae*. — Die Einrede ist ihrer Natur nach eine peremptorische, und kommt nicht allein dem ersten Käufer zu statten, sondern auch allen, bei denen es im Interesse des ersten Käufers ist, daß sie durch die Eigenthumsklage des Verkäufers nicht gestört werden; ohne Rücksicht darauf, ob sie Universal- oder Singularsuccessoren sind, und ob sie im letzten Falle die Sache von ihrem Gewährsmann tradirt erhalten haben oder nicht¹⁹⁾. Daher sie von manchen neueren Rechtsgelehrten geradezu für eine Realexception erklärt wird. Sie steht aber nicht allein gegen den Verkäufer zu und gegen dessen Universalsuccessoren²⁰⁾, sondern auch gegen die Singularsuccessoren, welche ihr vindicationrecht an der Sache von dem Verkäufer ableiten²¹⁾; jedenfalls bleibt aber dem Käufer das Wahlrecht vorbehalten, ob er die Exception gebrauchen und so im ruhigen Besitze der Sache verbleiben, oder aber dieselbe zurückgeben und sich seiner Ansprüche aus dem Kaufcontracte halber an den Verkäufer halten wolle²²⁾. Am häufigsten kommt die Einrede dann vor, wenn der Verkäufer früher das Eigenthum der verkauften Sache nicht hatte, und dasselbe späterhin durch Erbschaft u. s. w. erwirbt²³⁾, oder wenn der Eigenthümer des verkauften Grundstückes den Verkäufer desselben beerbt²⁴⁾. Die neueren Rechtsgelehrten haben, um den Umfang der Exception zu bestimmen, die Regel aufgestellt, daß dem, welcher für die Eviction zu haften habe, auch die Exception entgegengestellt werden könne²⁵⁾. Allein nicht zu gedenken, daß das Vorkommen der Exception gegen die Singularsuccessoren des Verkäufers sich aus dieser Regel keineswegs erklärt, so findet sie auch gegen den Pfandgläubiger, welcher das Pfand verkauft hat, statt, wenn schon derselbe nicht für die Eviction zu haften hat²⁶⁾; daher denn auch die Regel von älteren²⁷⁾ und neueren²⁸⁾ Juristen geradezu verworfen worden ist. In den

17) L. 2. D. 21. 3. L. 4. §. 32. D. 44. 4. L. 72. D. 6. 1.

18) L. 2. D. 21. 3. L. 72. D. 6. 1. L. 4. §. 32. D. 44. 4. Auch ergibt sich dieß Erforderniß aus der Voraussetzung der Eigenthumsklage.

19) L. 3. pr. D. 21. 3.

20) L. 3. §. 1. D. 21. 3. L. 1. §. 1. D. *ibid*.

21) L. 3. §. 1. D. 21. 3. Dahin gehören auch die Fälle L. 2. D. 21. 3. L. 4. §. 32. D. 44. 4. L. 72. D. 6. 1.

22) L. 17. u. 18. D. de evictionibus. (21. 2.) L. 3. C. 4. 51.

23) L. 1. pr. u. L. 2. D. 21. 3. L. 17. D. 21. 2. L. 72. D. 6. 1. L. 4. §. 32. D. 44. 4. L. 3. C. 4. 51.

24) L. 1. §. 1. D. 21. 3.

25) *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio rei venditae et traditae*, d. h. was Jemand muß gewähren, das kann er nicht entwähren. Roch Gluck, Erläuterung der Pandekten, Th. 20, S. 434, anerkennt die Regel.

26) L. 10. D. de distractione pignorum. (20. 5.) L. 11. §. 16. D. de actionibus empti venditi. (19. 1.) L. 1. u. 2. C. creditorem evictionem pignorum non debere. (8. 56.) Vergl. Sintenis, Pandbuch des gemeinen Pfandrechts, S. 524—528.

27) Vergl. Finestres, comment. ad Hermog. fragm. p. 906.

28) Vergl. die Citate bei Michelson l. c. §. 5. p. 51 sq.

Justinianischen Pandekten wird die Einrede zwar hinter der Lehre von der Eviction abgehandelt²⁹⁾, allein wohl nicht als specieller Anhang zu dieser Lehre, sondern sie gehört wohl überhaupt zu der Lehre vom Kaufgeschäfte, welches in den vorhergehenden Pandektenbüchern abgehandelt worden. Vielleicht gibt die Vergleichung der Einrede mit der Publicianischen Klage den Schlüssel zur Erklärung des Realfundamentes unserer Einrede von Klägerischer Seite an die Hand. Die Stellen der römischen Rechtsquellen³⁰⁾, welche diese Vergleichung aufstellen, enthalten folgenden Fall: wenn Jemand mir eine fremde Sache verkauft, in Folge des Contractes dieselbe tradirt, und mich dadurch nicht zum Eigenthümer, sondern nur zum Besitzer der Sache macht, und späterhin den wahren Eigenthümer der Sache beerbt, und in Folge dieser Beerbung diese Sache einem Anderen verkauft und auch tradirt, so soll nach Julian's und Ulpian's Meinung nur ich, der erste Käufer, durch den Prätor geschützt werden können, weil, wenn ich Besitzer der Sache wäre, ich gegen die Vindication des Verkäufers die vorliegende Exception gebrauchen und, wenn der Verkäufer die Sache besäße, ich sie ihm mit der Publicianischen Klage abfordern könnte, da die ihm sonst zuständige exceptio dominii durch die Replication der verkauften und tradirten Sache entkräftet werde. Im vorliegenden Falle wird das Unterliegen des späteren Käufers offenbar aus einem Grundsätze gefolgert, welcher eben so bei der Publicianischen Klage als bei unserer Exception einwirken soll; gerade bei der Publicianischen Klage ist er auf die Auctorität Julian's hin allgemein angenommen worden³¹⁾; wie nahe liegt also nicht die Vermuthung, daß die Ausdehnung unserer Einrede gegen die Singularsuccessoren des Verkäufers nur eine Folge der Grundsätze sei, welche zunächst bei der Publicianischen Klage in Anwendung kamen? — Die Einrede kommt in Wegfall 1) wenn der Verkäufer gleich bei dem Abschlusse des Kaufcontractes sich das Vindicationsrecht auf einen bestimmten Fall vorbehielt, z. B. wenn der Kaufpreis nicht zur gehörigen Zeit gezahlt sein würde, oder sich ein besserer Käufer finden sollte³²⁾. 2) Wenn die Frau dem Gläubiger ihres Mannes, für den sie sich verbürgt hatte, ein Grundstück verkauft, um damit die Schuld ihres Mannes zu tilgen. Hier wird die ihrer Vindication entgegenstehende Einrede durch die replicatio SC. Velleiani entkräftet³³⁾. 3) Wenn der Kauf von einem Procurator des Verkäufers abgeschlossen worden ist, und dieser die Sache um einen geringeren Preis hingab. In diesem Falle wird die Vindication des Mandanten nur dann durch die Exception ausgeschlossen, wenn ihm zugleich Sicherheit dafür gestellt wird, daß der durch die Ueberschreitung des Mandates entstandene Schaden werde vergütet werden³⁴⁾.

29) Dig. de evictionibus (21. 2.), de exceptione rei venditae et traditae. (21. 3.)

30) L. 2. D. 21. 3. L. 4. §. 82. D. 44. 4. L. 72. D. 6. 1. Bergl. Michelsen l. c. p. 41—45.

31) L. 9. §. 4. D. de Publiciana in rem actione. (6. 2.)

32) Arg. L. 1. §. 2. D. 21. 3.

33) L. 82. §. 2. D. ad SC. Velleianum. (16. 1.)

34) L. 1. §. 3. D. 21. 3. L. 5. §. 3 u. 4. D. mandati. (17. 1.)

Exceptio Senatusconsulti Macedoniani ¹⁾ heißt in der Kunstsprache der römischen Rechtsgelehrten: die Einrede, welche dem, welcher einer in der väterlichen Gewalt befindlichen Person Geld geborgt hat, entgegengestellt wird, um die Abweisung der Rückforderungsklage zu erzwingen. Dieß Senatusconsult, zu dessen Abfassung das unnatürliche Betragen eines gewissen Macedo, welcher, um seine Schuldner befriedigen zu können, einen Vatermord beging, Veranlassung gegeben hat ²⁾, setzen einige Rechtsgelehrte nach dem Zeugnisse des Tacitus ³⁾ unter Kaiser Claudius, andere nach dem des Suetonius ⁴⁾ unter Vespasian, wo: end noch andere behaupten, daß Claudius nur verordnet habe, es solle nicht gelten, wenn Jemand einer in der väterlichen Gewalt befindlichen Person Geld unter der Bedingung geliehen hätte, dasselbe erst nach des Vaters Tode wiederzubezahlen, und dem Vespasian die größere Feststellung dieser Grundsätze durch die Abfassung des SC. Macedonianum zuschreiben ⁵⁾. Der Inhalt dieses Gesetzes, so wie er in den Justinianischen Pandekten ⁶⁾ dargestellt wird, geht dahin, daß Gläubiger, welche den noch in der väterlichen Gewalt befindlichen Personen baar Geld darleihen, ihrer Forderung halber keine Klage haben sollen, selbst dann nicht, wenn sie das Geld auch erst nach des Vaters Tode wieder fordern. Denn ein solcher Wucherer solle wissen, daß ihm keine List, noch Vorwand etwas helfen werde, um seine Forderung klagbar zu machen, wenn auch sein Schuldner nach des Vaters Tode noch so viel Vermögen zu erwarten hätte. Von einer Einrede, welche der Rückforderungsklage entgegensteht, ist im SC. überall nicht die Rede; allein die Analogie der exceptio SC. Velleiani läßt keinem Zweifel Raum, daß die Entstehung unseres Rechtsmittels der Thätigkeit des Prätors, welcher dem SC. praktische Bedeutsamkeit zu geben suchte, seinen Ursprung verdankt. — Die Bedingungen, unter welchen dieses Rechtsmittel zusteht, sind folgende: 1) Der Schuldner muß eine in der väterlichen Gewalt befindliche Person sein. Zwar nennt das SC. nur männliche

1) Literatur: Duaren, comm. in tit. 28. lib. IV. Codicis et tit. 6. lib. XIV. Pandectarum ad SC. Macedonianum in opp. p. 983 sq. Reinold, diss. ad SC. Macedonianum in opusc. iurid. a Iuglero editis p. 412 sq. van Wachendorff, diss. de SC. Macedoniano (Trai. ad Rhenum 1730). Alef, diss. de SC. Macedoniano (Heidelbergae 1737), in eisdem diebus academicis num. XI. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 14, S. 302—354. Unterholzner, quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechtes von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung, Bb. 1, S. 146—153.

2) L. 1. pr. D. de SC. Macedoniano. (14. 6.) Theoph. paraphr. inst. IV. 7. §. 7. ed. Reitz tom. II. p. 850. Die Meinung derer, welche annehmen, daß ein samobter Fönerator, Macedo, dem Gesetz Namen und Veranlassung gegeben habe, kann gegen so klare Zeugnisse nicht in Betracht kommen. Vergl. Reitzii adnot. ad Theoph. l. c.

3) Tac. ann. XI. 13.

4) Suet. Vespas. cap. 11.

5) So Cramer, D. Vespasianus p. 182. Hübner, disp. ad SC. Macedonianum cap. 3. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 14, S. 303—305.

6) L. 1. pr. D. 14. 6. Theoph. paraphr. inst. IV. 7. §. 7.

Descendenten des ersten Grades (den *filii*), allein es ist auch auf Töchter⁷⁾ und Enkel⁸⁾ bezogen worden. Rang und Stand der Descendenten ändert daran nichts⁹⁾. 2) Die Schuld muß ein Darlehn an baarem Gelde sein¹⁰⁾, gleichviel ob dasselbe verzinslich oder unverzinslich ist¹¹⁾. Offenbar wollte nämlich der Senat nur die Hauptquelle leichtsinniger Verschuldung verstopfen, weiter zu gehen hinderte ihn die Furcht vor bedenklicher Hemmung des Verkehrs. Demnach kann die Verfügung des Senatsbeschlusses weder auf den Kauf, noch auf den Tausch, noch auf den Miethcontract bezogen werden¹²⁾. Auch auf Fidejussionen¹³⁾ und Getreidedarlehen¹⁴⁾ ist sie nicht anwendbar, außer wenn dergleichen Geschäfte geschlossen worden sind, um den Zweck des Gesetzes zu vereiteln¹⁵⁾. Dahin gehört z. B. wenn man einem *filiusfamilias* Getreide vorlehn oder Waaren verkauft, in der Absicht, daß er sich durch den Verkauf oder die Verpfändung baares Geld verschaffe und solches als Darlehn gebrauche. Dergleichen verschleierte Gelddarlehen nennt man *contractus mohatrae*, was aus dem Spanischen kommt und ursprünglich einen simulirten Kauf bezeichnet¹⁶⁾. Freilich muß dann dem, welcher das Geschäft als Scheingeschäft ansieht, nach den allgemeinen Regeln des Processes der Beweis auferlegt werden, daß das Geschäft nur zum Scheine gebraucht, die wahre Absicht aber auf ein Gelddarlehn gerichtet gewesen sei. 3) Die Zahlung des Darlehns muß wirklich erfolgt sein. Deshalb bleibt die Einrede des macedonianischen SC. dann ausgeschlossen, wenn die Schuld ursprünglich nicht aus einem Gelddarlehn herrührt, sondern durch Novation in eine solche verwandelt worden ist¹⁷⁾; auch kommt sie dann in Wegfall, wenn dem Sohne zwar noch während der Dauer der väterlichen Gewalt ein Darlehn versprochen worden ist, er aber solches erst zu der Zeit vom Gläubiger erhalten hat, wo er schon *sui iuris* geworden war¹⁸⁾. 4) Der Schuldner, welcher das Darlehn erhalten hat, darf kein im Kriegsdienste erworbenes Sondergut besitzen¹⁹⁾. Denn, so weit ein dergartiges *peculium* reicht, ist auch die Einrede des SC. ausgeschlossen. Dabei ist es gleichgiltig, ob das Darlehn in Bezug auf das *castrensische* Sondergut oder ob es ohne solche besondere Beziehung aufgenommen wor-

7) L. 9. §. 2. D. 14. 6. Theoph. inst. IV. 7. §. 7. ed. Reitz tom. II. p. 851.

8) L. 6. §. 1. C. ad SC. Macedonianum. (4. 28.). L. 14. D. 14. 6. §. 7. J. quod cum eo, qui in aliena. (4. 7.)

9) L. 1. §. 3. D. 14. 6.

10) L. 3. §. 3. D. 14. 6. L. 7. §. 3. D. ibid.

11) L. 7. §. 9. D. 14. 6.

12) L. 3. §. 3. D. 14. 6.

13) L. 7. pr. D. 14. 6.

14) L. 7. §. 3. D. 14. 6.

15) L. 3. §. 3. D. 14. 6. L. 7. pr. u. §. 3. D. ibid.

16) Bergl. Ziegler, *diss. de mohatrae contractu* (Vit. 1663), §. 29, u. Stryck, *de cautelis contractuum* sect. II. cap. 1. §. 31.

17) L. 3. C. 4. 28.

18) L. 3. §. 4. u. L. 4. D. 14. 6.

19) L. 1. §. 3. D. 14. 6. L. 2. D. ibid.

den ²⁰⁾. Gleiche Grundsätze müssen natürlich auch bei dem quasi castrēse peculium gelten. 5) Das Darlehn darf nicht durch das besondere Bedürfnis des Schuldners gerechtfertigt werden können. Daher fällt die Einrede weg, wenn von ihren Eltern entfernt lebende Studenten zum Behufe ihrer Studien so viel Geld als Darlehn aufnehmen, als ihnen der Vater zu senden pflegte ²¹⁾; wenn der Sohn auf einer Gesandtschaft begriffen ist und zur Bestreitung der Kosten für dieselbe in der Abwesenheit des Vaters soviel Geld aufborgt, als er hoffen kann, daß ihm der Vater dazu gegeben haben würde ²²⁾; und wenn Gelder herbeigeschaft werden müssen, um eine Person aus der feindlichen Gefangenschaft loszukaufen, deren wahrscheinlicher Erbe man ist, es sei nun durch Verwandtschaft oder durch Erbeinsetzung ²³⁾. 6) Das Darlehn muß nicht mit Willen dessen, welcher den Schuldner in der elterlichen Gewalt hat, aufgenommen ²⁴⁾, auch nicht von demselben späterhin genehmigt worden sein ²⁵⁾. Eine stillschweigende Genehmigung liegt schon darin, daß der Vater vom Darlehn gewußt und nicht widersprochen hat ²⁶⁾, oder wenn er den Sohn einem Geschäfte als Institor vorsetzte, dessen Betrieb Gelddarlehn erfordert, oder wenn er ihm erlaubte, ein solches Geschäft für Rechnung seines Sondergutes zu betreiben ²⁷⁾. Als hinterher folgende stillschweigende Genehmigung gilt es, wenn der Vater mit der Rückzahlung den Anfang macht ²⁸⁾, nach Umständen auch, wenn er von dem Abschluß des Darlehns vom Sohne Nachricht erhält und nicht sofort protestirt ²⁹⁾. 7) Die aufgeborgten Gelder dürfen auch nicht zu dem unmittelbaren Nutzen des Vaters verwendet worden sein ³⁰⁾. Dabei ist es gleichgiltig, ob das Darlehn vom Anfang an unter der Bedingung gegeben wurde, um es zu diesem Zwecke zu verwenden, oder ob diese Bedingung bei der Erborgung nicht gemacht wurde und die Version zum Besten des Vaters erst auf späteren Entschlüssen des Sohnes beruhte ³¹⁾.

Die durch das SC. ausgesprochene Entziehung der Klage des Gläubigers ³²⁾ findet in der That statt, daß weder gegen die der väterlichen Gewalt unterworfenen Person, nicht einmal nach erlangter Selbstständigkeit, noch auch gegen den Vater ³³⁾ eine Klage möglich ist. Sogar in

20) L. 7. §. 1. C. 4. 28.

21) L. 7. §. 13. D. 14. 6. L. 5. C. 4. 28.

22) L. 5. C. 4. 28.

23) Nov. 115. c. 3. §. 13.

24) L. 12. D. 14. 6. L. 2. 4. 7. pr. C. 4. 28.

25) L. 7. pr. C. 4. 28.

26) L. 12. D. 14. 6. L. 16. D. ibid.

27) L. 7. §. 11. D. 14. 6.

28) L. 7. §. 15. D. 14. 6.

29) L. 16. D. 14. 6.

30) L. 7. §. 12. D. 14. 6. L. 7. §. 14. L. 17. D. ibid. L. 2. C. 4.

28. vergl. mit L. 8. §. 9. D. de in rem verso. (15. 3.)

31) L. 7. §. 12. D. 14. 6.

32) L. 1. pr. D. 14. 6. Ne — actio petitione daretur. Theoph. paraphr. inst. IV. 7. §. 7. ed. Reitz tom. II. p. 850.

33) L. 7. §. 10. D. 14. 6. L. 6. pr. C. 4. 28. Theoph. paraphr.

Folge eines günstigen Erkenntnisses wird die aus dem Senatsbeschlusse stammende Exception noch gegen die *actio iudicati* zugelassen³⁴). Das dies Rechtsmittel auch dem Erben des Vaters und Sohnes zu Gute kommt³⁵), ist nur eine Folge der allgemeinen Grundsätze von dem Uebergange der Realceptionen auf die Universalaccessoren. Auch denen, welche sich accessoricisch für die Abtragung der dem Haussohne geliehenen Geldsumme verpflichtet haben, wie Fidejussoren und Mandatoren, kommt die Einrede zu statten³⁶), ausgenommen; wenn diese Intercessoren in der Absicht zu schenken sich für die Hauptschuld verbindlich gemacht haben³⁷) oder aber die Intercession unserer Einwilligung des Vaters geschehen ist³⁸); denn im zuletzt genannten Falle wird angenommen, daß der Vater das ganze Geschäft genehmigt habe. Ueberhaupt ist die Intercession für eine solche Schuld dergestalt ungiltig, daß auch nicht einmal nach dem Tode des Sohnes ein Bürgen dafür gültig vom Vater bestellt werden kann³⁹). Die Klage bleibt auch dann ausgeschlossen, wenn die geliehenen Gelder noch in Natur vorhanden sind oder der Anleihernde durch dieselben bereichert worden ist⁴⁰), und selbst in dem Falle, daß es unentschieden ist, ob der Anleihernde in der väterlichen Gewalt steht oder nicht, wird so lange keine Klage zugelassen, als diese Unentschiedenheit dauert⁴¹). Dabei versteht es sich von selbst, daß die Verfügung des Senatsbeschlusses auch auf die Erben des Gläubigers bezogen wird⁴²), ja sogar dann von Einfluß ist, wenn die Rückgabe an eine andere Person, als die des Gebers erfolgen soll⁴³). — Es lag im Zwecke des macedonischen SC., den Haussohnen die Gelegenheit zur leichtsinnigen Aufnahme von Geldbarshnen zu entziehen, und um diesen Zweck zu erreichen, suchte es die Gläubiger um das Ihrige zu bringen⁴⁴), gewissermaßen zur Strafe ihres Verfahrens. Gleichwohl anerkennen die römischen Juristen in der gegen das SC. eingegangenen Obligation das Dasein einer Verbindlichkeit im natürlichen Sinne⁴⁵).

inst. IV. 7. §. 7. ed. Reitz tom. II. p. 851. Hat die in der väterlichen Gewalt befindliche Person als Schiffsführer oder sonst als Gewerbetreibender gedient, so schützt zwar sie und den Vater die Einrede; aber gegen den Rheber und den Gewerhalter steht die *actio exercitoria* und *institoria* zu. L. 7. §. 11. D. 14. 6.

34) L. 11. D. 14. 6. Selbst die *actio de peculio* ist ausgeschlossen. L.

6. pr. C. 4. 23. Theoph. paraphr. IV. 7. §. 7. ed. Reitz tom. II. p. 851.

35) L. 7. §. 10. D. 14. 6.

36) L. 9. §. 3. D. 14. 6. L. 2. D. quae res pignori. (20. 3.) L. 7. §. 1. D. de exopt. (44. 1.)

37) L. 9. §. 3. D. 14. 6.

38) L. 9. §. 3. D. 14. 6.

39) L. 11. D. de fideiuss. et mand. (46. 1.) L. 18. D. 14. 6.

40) L. 9. §. 2. D. 14. 6.

41) L. 1. §. 1. D. 14. 6.

42) L. 7. §. 6. D. 14. 6.

43) L. 7. §. 7. D. 14. 6.

44) L. 9. §. 4. D. 14. 6. L. 40. pr. D. de cond. indebiti. (12. 6.) L. 19. pr. D. ibid.

45) L. 10. D. 14. 6.

und behaupten consequenter Weise, daß, wenn der Schuldner die Zahlung geleistet habe, er das Gezahlte in keiner Weise zurückfordern könne, weder mit der *condictio indobiti*⁴⁶⁾, noch mit der Eigenthumsklage⁴⁷⁾. Zur Compensation kann indeß diese natürliche Verbindlichkeit wohl nicht benutzt werden, da alle Schuldverhältnisse, welche durch eine entgegenstehende Einrede unwirksam gemacht werden können, nach einer allgemeinen Regel sich als untauglich zur Compensation herausstellen⁴⁸⁾.

Ausnahmsweise kommt die Einrede des SC. in Wegfall 1): wenn der Darleiher entschuldbarer Weise nicht wußte, daß der Anleiher in der väterlichen Gewalt stand⁴⁹⁾. Hat sich der letztere lügenhafter Weise für unabhängig ausgegeben, so ist dieß allein noch kein Grund, dem Geber des Darlehns ungestraft zu lassen⁵⁰⁾; vielmehr sieht man auf das Betragen, die Haltung und die Handlungsweise des Anleihers im öffentlichen Leben⁵¹⁾. Dieß ist der Grund, warum auch bei den Pächtern der Staatsabgaben die Einrede in Wegfall kommt⁵²⁾. 2) Wenn der Empfänger des Darlehns späterhin nach erlangter Selbstständigkeit das Darlehn anerkannt hat, und diese Anerkennung wegen eines entschuldbaren Irrthums nicht für unwirksam zu achten ist⁵³⁾. Dabei versteht sich indeß von selbst, daß eine solche Anerkennung nur den Anleihenden selbst bindet, und nicht auch auf den ehemaligen Gewalthaber ausgebehnt werden kann. Eine solche Anerkennung kann auch stillschweigend, d. h. durch concludente Handlungen verwirklicht werden, z. B. wenn über die Schuld eine Novation eingegangen⁵⁴⁾, oder ein Constitutum abgeschlossen⁵⁵⁾, oder ein Theil der Schuld abgetragen⁵⁶⁾, oder das Darlehn verzinst, oder endlich Bürgen oder Pfänder⁵⁷⁾ dafür bestellt werden. Im Fall der Pfandbestellung kommt freilich die Einrede nur insoweit in Wegfall, als der Werth des Pfandes reicht. 3) Wenn der Anleiher der Einrede des SC. in gültiger Weise entsagt hat, d. h. in den Formen, welche das Civilrecht dafür vorschreibt, nach erlangter Selbstständigkeit und Eidesmündigkeit. Eidliche Entsagung ohne diese Erfordernisse kann wohl schon deshalb nicht bindend sein, weil durch den Eid

46) L. 9. §. 4 u. 5. L. 10. D. 14. 6. L. 40. pr. D. 12. 6.

47) L. 26. §. 9. D. 12. 6.

48) L. 14. D. de compens. (16. 2.) Dieser Meinung ist auch Unterholzner a. a. D. Th. 1, S. 149. Manche weichen ab wegen L. 6. D. de compensat. (16. 2.) Allein es ist offenbar, daß dieses allgemein sprechende Fragment nach dem Inhalt der zuerst citirten Stelle beschränkt werden muß. Als Anhänger der gegentheiligen Meinung ist besonders zu nennen Weber, in den Beiträgen zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden, S. 53, und Glü. a. a. D. Th. 14, S. 312.

49) L. 19. D. 14. 6. L. 3. pr. u. §. 1. D. ibid. L. 2. C. 4. 28.

50) L. 1. C. 4. 28.

51) L. 3. pr. D. 14. 6. L. 2. C. 4. 28.

52) L. 8. §. 1. D. 14. 6.

53) L. 20. D. 14. 6.

54) L. 2. C. 4. 28.

55) §. 9. J. de actionibus. (4. 6.)

56) L. 7. §. 16. D. 14. 6.

57) L. 9. pr. D. 14. 6.

kein Geschäft, was an sich ungiltig ist, bindend werden kann⁵⁸⁾, auch gerade der Eid, wollte man ihm verbindliche Kraft beilegen, das beste Mittel sein würde, um die Verfügung des Gesetzes zu umgehen. 4) Wenn der Geber des Darlehns ein Minderjähriger war und der Empfänger in Folge des Darlehns bereichert worden ist⁵⁹⁾. Zwar ist hier der Senatsbeschluss nicht eigentlich ausgeschlossen, aber der Minderjährige hat Anspruch auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Manche haben diese Ausnahme auch auf den Fall ausdehnen wollen, wenn Städte das Capital dem Haussohne vorgestreckt haben. Allein dagegen sprechen die Zeugnisse der Pandektenjuristen⁶⁰⁾.

Manche neuere Rechtsgelehrten haben den heutigen Gebrauch des SC. Macedonianum in Abrede gestellt oder wenigstens bezweifelt⁶¹⁾, allein diese Ansicht hat nicht allein keinen gültigen Grund für sich, sondern widerlegt sich auch durch das Zeugniß der bewährtesten Praktiker der neueren Zeit⁶²⁾.

Exceptio Senatusconsulti Velleiani ¹⁾ heißt die Etrede, welche eine Frau, welche eine fremde Verbindlichkeit durch Intercession auf sich genommen hat, brauchen kann, um die Klage dessen, dem sie sich deshalb verbindlich gemacht, abzuweisen. — Der velleianische Senatsbeschluss, dessen Abfassung wahrscheinlich in die Zeiten des Kaiser Claudius fällt²⁾, geht von der Ansicht aus, daß es für Frauenzimmer/unschicklich

58) L. 7. §. 16. D. de pactis. (2. 14.) L. 5. §. 1. C. de legibus et constit. princ. (1. 14.) Vgl. cap. 58. de R. I. in VI.

59) L. 11. §. 7. D. de minoribus XXV. annis (4. 4.), vergl. mit L. 34. pr. D. ibid. L. 3. §. 2. D. 14. 6. L. 9. pr. D. de iuris et facti ignorantia. (22. 6.)

60) L. 15. D. 14. 6. L. 6. D. de V. S. (50. 16.)

61) Tuldenus, in commentario ad h. tit. Pand. et Cod. Beyer, delineatio iuris civilis ad Pand. ad h. t. Marckart, de usu Senatusconsulti Macedoniani hodierno in eiusdem exerc. acad. p. 283 sq.

62) Wernher, select. observ. for. tom. II. P. VI. obs. 334. Strubens rechtliche Bedenken, 1. Theil, Seb. 156. Mencken, diss. de usu forensi SC. Macedoniani in Germania. Vitemb. 1751. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 14, §. 355. Unterholzner a. a. D. Th. 1, §. 152, 153.

1) Literatur: le Chassier, diatr. ad SC. Velleianum in eiusdem opp. Paris. 1657. Böhmer, diss. de efficaci mulierum intercessione in eiusdem exercitat. ad Pandectas tom. III. Rödelin, Abhandlung von besonderen weiblichen Rechten, Bb. 2, §. 58 fig. Gercke, commentatio de limitibus SC. Velleiani. Hannov. 1795. Suse, comm. de iure singulari feminae intercedentis, P. 1. Gott. 1803. Malblanc, diss. de renuntiatione beneficiorum ex SC. Velleiano et Authentica: si qua mulier a femina aut uxore minore facta, haud semper valida. Tubingae 1803. Glück, Erläuterung der Pand., Th. 14, §. 433—472; Th. 15, §. 1—54.

2) L. 2. §. 1. D. ad SC. Velleianum (16. 1.) nennt nämlich die Consuln Marcus Alanus und Velleius Tutor. Nun finden sich aber gerade diese Consuln für das Jahr 799 b. Stadt, der erste als Consul ordinarius, der letzte als suffectus. Vgl. Schultingii iurispr. Antejustiniana p. 640. Keller als Claudius kann übrigens das SC. auch wegen des postea in L. 2. §. 1.

sei, sich männlichen Geschäften zu unterziehen, wie es die Intercessionen sind; auch fand er es für unbillig, daß Frauen durch ihre Theilnahme an fremden Schulden einen Verlust ihres Vermögens erleiden sollten³⁾, bestimmte mithin, daß aus weiblichen Intercessionen, wie es schon vorher in den Gerichten beobachtet worden, keine Klage gegen die Intercedirende Frau gestattet werden solle, und empfahl endlich den Magistraten, welche über dergleichen Fälle Recht sprechen würden, diese Grundsätze zur Nachachtung⁴⁾. Zwar finden sich in dem SC. eigentlich nur zwei Intercessionsformen genannt, nämlich die Verbürgung und der Beitritt als Mitschuldner zu einem fremden Darlehne, allein der Zusammenhang des Ganzen ergibt, daß dieß nur beispielsweise geschehen sei. Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich, daß die *exceptio SC.* in den Worten des *Senatusconsultes* nicht begründet ist, wenn schon die römischen Juristen und Kaiser so von derselben sprechen, als ob sie durch die Worte begründet wäre⁵⁾.

Die Erfordernisse, welche vorhanden sein müssen, um die Zuständigkeit dieses Rechtsmittels zu begründen, sind im Einzelnen folgende: 1) Es muß eine wahre Intercession vorliegen⁶⁾, d. h. eine Handlung, wodurch Jemand die schon vorhandene oder künftige Verbindlichkeit eines Andern zu dessen Vortheil übernimmt, ohne nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur Uebernahme derselben verbindlich zu sein, ohne Unterschied ob es eine private oder eine cumulative Intervention ist. Mithin gehört dahin nicht allein der Fall der Delegation, *Expromission*, der Vertheidigung des Beklagten vor Gericht, und das Eintreten in einen Schuldecontract als Selbstschuldner, welchen ein Dritter mit dem Gläubiger schließen wollte, sondern auch der Fall der Bürgschaft, des *Creditauftrages*, des *constitutum debiti alieni*, der Verpfändung eigener Sachen für Andere, der Beitritt zu einem fremden Contracte als *co-reus debendi* und die Eingehung des *Compromisses* über eine fremde, zweifelhafte Sache. Als Intercession kann es dagegen nicht gelten, wenn man Jemandem bloß für eine, ihm vielleicht nachtheilige Handlung Entschädigung zu leisten verspricht⁷⁾; wenn man für eine fremde Schuld sofort Zahlung leistet, sei es in baarem Gelde, oder durch Delegation eines Schuldners⁸⁾, oder wenn man dem Schuldner das Pfand zurück-

D. *ibid.* nicht sein. Dieser Grund spricht namentlich gegen *Heineccius* (*antiquit. Rom. synt.* III. 21. §. 12), welcher nach einer, nicht einmal mit dem Obigen übereinstimmenden Inschrift bei *Gruteri inscript.* p. CCCCLXX. nr. 1. das SC. in das Jahr 763 d. St. setzt.

3) L. 2. §. 1—3. D. 16. 1. L. 1. §. 1. D. *ibid.*

4) L. 2. §. 1. D. 16. 1.

5) L. 8. C. 4. 29.: *Propter exceptionem, quae ex SC. Velleiano descendit.* Vergl. L. 25. §. 1. D. 16. 1. L. 8. §. 2. D. *ibid.* L. 16. pr. u. L. 21. pr. D. *ibid.* In anderen Stellen heißt sie *auxilium Senatusconsulti*, z. B. in L. 26. D. 16. 1.

6) L. 1. pr. D. 16. 1. L. 2. §. 4. D. *ibid.* L. 29. §. 1. D. *ibid.* *Pauli sent. rec.* II. 11. §. 1. vergl. mit L. 2. 4. C. 4. 29.

7) L. 8. §. 1. D. 16. 1. L. 19. pr. D. *ibid.*

8) L. 5. D. 16. 1. L. 4. u. 9. C. ad SC. *Velleianum.* (4. 29.)

gibt⁹⁾, wenn Jemand den Andern von den für ihn selbst contrahirten Verbindlichkeiten befreit, oder wenn Jemand Schuldner des Andern ist und von seinem Gläubiger angewiesen wird, die Schuld an einen Dritten zu bezahlen¹⁰⁾, oder wenn man bei der Antretung einer Erbschaft oder bei einem Kaufe die auf der Erbschaft oder auf der gekauften Sache ruhenden Schulden übernimmt¹¹⁾. 2) Es muß eine Frau die fremde Verbindlichkeit übernommen haben. Es erscheint nämlich die Verfügung des Senatsbeschlusses als eine besondere Rechtswohlthat der Frauen ohne Unterschied des Alters¹²⁾. Man ging dabei von der Ansicht aus, daß Frauen der ihnen eigener natürlicher Nachgiebigkeit halber leichter zu Intercessionen, deren Ausgang sie nicht leicht übersehen können, als zu Schenkungen bewegt werden können¹³⁾, und gestattete ihnen daher im zuerst genannten Falle die Exception, um den Schaden von sich abzuwenden, während man im zuletzt genannten Falle die Einrede verweigerte. 3) Die Intercession muß in der vom Gesetze ausdrücklich vorgeschriebenen Form gemacht worden sein. Eine Verordnung Justinian's verfügt in dieser Beziehung, daß eine solche Intercession nur in einer öffentlichen oder von drei Zeugen unterzeichneten Urkunde (nach der Kunstsprache der heutigen Juristen in einem *instrumentum publicum* oder *quasi publicum*) gültiger Weise geschehen könne¹⁴⁾. Ist diese Form nicht beobachtet, so soll die ganze Intercession als nicht geschehen betrachtet werden in der Maße, daß die Beklagte nicht einmal die Einrede des SC. vorzuschützen nöthig habe. Wenn aber manche neuere Juristen¹⁵⁾ im Fall der Contravention der Frau, welche intercedirt hat, die *exceptio nullitatis* gestatten, so beruht dieß nur auf einer falschen Auffassung des römischen Begriffes *exceptio*.

Die Einrede des vellejanischen SC. gehört zu den Realeinreden, sie geht mithin auch auf die Erben der Frau über¹⁶⁾, eben so wie auf ihre Bürgen selbst dann, wenn sie ohne Auftrag der Intercedentin für sie von freien Stücken gut gesagt haben¹⁷⁾. Selbst die von der Frau zur Zahlung dessen, was den Inhalt der Intercessionsverbindlichkeit ausmacht, delegirte Person kann, wenn sie der Delegantin nichts schuldet, von der Einrede des Senatsbeschlusses für sich Gebrauch machen¹⁸⁾. Sie gehört

9) L. 8. pr. D. 16. 1.

10) L. 24. pr. D. 16. 1. L. 2. C. 4. 29.

11) L. 13. pr. D. 16. 1. L. 32. pr. D. *ibid*.

12) L. 1. pr. u. §. 1. D. 16. 1. L. 2. §. 2 u. 3. D. *ibid*. *Paulli sent. rec.* II. 11. §. 1. Vergl. *Rödelin*, von besonderem weiblichen Rechten, Bb. 2, S. 65.

13) L. 4. §. 1. D. 16. 1. L. 21. §. 1. D. *ibid*. vergl. mit L. 1. §. 1. L. 2. §. 2 u. 3. D. 16. 1.

14) L. 23. §. 2. C. 4. 29.

15) Vergl. *Westphal*, *Rechtsgutachten*, Bb. 1, S. 83. Schwantend ist *Glück a. a. D.* Th. 14, S. 459.

16) L. 20. C. 4. 29.

17) L. 14. C. 4. 29. L. 8. §. 4. D. *ibid*. L. 16. §. 1. D. *ibid*. Vergl. *Glück a. a. D.* Th. 15, S. 53.

18) L. 8. §. 4. D. 16. 1.

zu den sogenannten privilegierten Einreden und kann daher nach erfolgter Verurtheilung auch noch gegen die *actio iudicati* und die *Executio* vorgeschützt werden ¹⁹⁾. Manche neuere Rechtsgelehrten haben zwar dieß *Privilegium* bestritten nach der Tendenz des *J. R. A.* ²⁰⁾, wornach was *dilatorio* und *peremptorio* einzuwenden ist, gleich Alles auf ein Mal und zwar in der ersten Verhandlung bei Strafe der *Præclusio* vorgebracht werden soll. Allein es ist nach den Regeln der juristischen Hermeneutik wohl nicht anzunehmen, daß ein neues, selbst unbeschränkt allgemeines Gesetz die in älteren Gesetzen gemachten Ausnahmen aufhebe. Manche gehen noch weiter und behaupten, daß die Einrede, auch wenn sie nicht ausdrücklich vorgeschützt worden, doch vom Richter vermöge seiner amtlichen Wirksamkeit supplirt werden dürfe. Allein diese Ansicht streitet eines Theils mit den Zeugnissen der Pandektenjuristen ²¹⁾, anderen Theils widerspricht sie der im heutigen Prozesse herrschenden *Maxime*, daß keine Einreden nie vom Richter supplirt werden dürfen ²²⁾. Nach dem neueren Rechte wird indeß der Richter in einem Falle angewiesen, auch ohne ausdrückliche Vorschätzung der *Exception* die Klage gegen die Frau von Amtswegen zu verwerfen, nämlich wenn die Ehefrau für ihren Ehemann intercedirt hat. Es beruht dieß auf einer Verfügung Justinian's in *Novelle 134*, *Cap. 8*, deren Inhalt als *Authentica si qua mulier* zu *L. 22. C. ad SC. Velleianum (4. 29.)* nachgetragen worden ist. Ist sie Mitschuldnerin des Mannes geworden, so hat nach dieser Verordnung der Gläubiger zu beweisen, daß sie es, so weit er sie in Anspruch nimmt, auch wirklich geworden, der Gegenstand also, durch den die Schuld contractirt wurde, in ihr Vermögen gekommen sei ²³⁾. Hat die *Intercedentin* es unterlassen, von der ihr zuständigen *Exception* gegen die Klage aus der *Intercessio* geltend zu machen und den Betrag der *Intercessions*summe gezahlt, so steht ihr, falls sie es nicht schenkungsweise gethan, die Rückforderung des Gezahlten mit der *indebiti conditio* zu ²⁴⁾. Doch kann sie auch, wenn sie will, die geschehene Zahlung gelten lassen und dann, wie jeder andere *Intercedent*, mit der *actio mandati* ihren Regreß an den Schuldner nehmen ²⁵⁾. Zuweilen kann auch ohne vorhergehende Zahlung die *Conditio* sofort gegen den Hauptgläubiger auf Befreiung von der Schuld gerichtet werden, selbst in den Fällen, wo sie die Einrede nicht gebrauchen konnte ²⁶⁾. Dieß stimmt um so mehr zu dem übrigen Inhalte des *Senatsbeschlusses*, da er weibliche *Intercessionen* überhaupt als wirkungs-

19) *L. 11. D. 14. 6.*

20) *J. R. A. §. 37.*

21) *L. 11. D. 14. 6.*

22) Vergl. Gönner, *Handbuch des gemeinen Processes*, *Bd. 1, Nr. 10, §. 13.*

23) *L. 23. §. 2. C. ad SC. Velleianum. (4. 29.)*

24) *L. 9. C. 4. 29.* vergl. mit *L. 40. pr. D. de condict. indebiti. (12. 6.) L. 8. §. 3. D. 16. 1.*

25) *L. 81. D. 16. 1.*

26) *L. 8. §. 2. D. 16. 1.*

los darstellt und man demgemäß der Intercedentin, wenn sie für die fremde Schuld ein Pfand hingegeben, die Vindication des Pfandes gestattet²⁷⁾, und, wenn sie dem Gläubiger zur Bezahlung der Schuld eine Sache verkauft oder übergeben hat, auch die Vindication dieser Sache zusagt, in der Weise, daß, wenn ihr der Käufer die *exceptio rei venditae et traditae* entgegensezt, dieselbe durch die *Replication* entkräftet werden kann, daß der Verkauf gegen das *SC.* geschlossen worden²⁸⁾.

Fragen wir nach der Wirkung der Exception, so ist es im Allgemeinen dieselbe, welche auch bei den übrigen Exceptionen eintritt. Allein, da bei Intercessionen stets mehrere Personen concurriren, so wird es von Nöthen, auch die Rechtsätze zu erörtern, nach welchem die Hauptschuld, für welche die Intercession geschehen ist, in Folge des Senatsbeschlusses beurtheilt werden muß. Zwei Rücksichten sind es, welche hier namentlich hervorgehoben werden müssen, nämlich das Verhältniß des Gläubigers zu dem Hauptschuldner, für welchen die Frau intercedirt hat, und das des Gläubigers zu den Mitintercedenten der Frau. Was das erstgenannte Verhältniß anbetrifft, so wird dem Gläubiger gegen den alten Schuldner seine alte Klage wiederhergestellt, wenn durch die Intercession eine vorhandene Verbindlichkeit aufgehoben worden ist. Dieses Wiedergeben wird durch die Ertheilung der *actio utilis effectuat*²⁹⁾, und daher heißt sie auch *rescissoria actio*³⁰⁾ oder *rescissoria*³¹⁾. Sie gilt als *actio rei persecutoria*, geht daher activ und passiv auf die Erben über³²⁾, und unterscheidet sich von anderen praetorischen Restitutionsklagen darin, daß sie nicht die kurze Dauer hat, welche sonst jenen Rechtsmitteln eigen ist, sondern als *perpetua* angesehen wird³³⁾, es müßte denn die alte Klage eine *temporalis* gewesen sein, in welchem Falle natürlich die Restitution die Zeitgrenzen der alten Klage nicht überschreiten kann³⁴⁾. Gleichgiltig ist es, ob der Gläubiger weiß, ob die Intercedentin ihn bezahlen werde oder nicht³⁵⁾; ja sie findet sogar dann statt, wenn er ihr die Intercessionschuld erlassen hat³⁶⁾ oder ihr Erbe geworden ist³⁷⁾. Nur für den Fall fällt sie weg, daß die Intercedentin definitiv bezahlt hat, d. h. ohne daß Rückforderung des Gezahlten möglich ist³⁸⁾, oder der Gläubiger schon durch ein anderes Rechtsmittel gegen den alten Schuldner gedeckt ist³⁹⁾. Wenn aber die Intercession

27) L. 32. §. 1. D. 16. 1.

28) L. 32. §. 2. D. 16. 1.

29) L. 8. §. 8. D. 16. 1. vergl. mit L. 8. §. 13. D. *ibid.* und L. 24. §. 3. D. *ibid.*

30) L. 8. §. 9, 12, 13. D. 16. 1. L. 13. §. 2. D. *ibid.*

31) L. 16. C. 4. 29.

32) L. 10. D. 16. 1.

33) L. 10. D. 16. 1.

34) L. 24. §. 3. D. 16. 1.

35) L. 13. §. 2. D. 16. 1. L. 24. §. 2. D. *ibid.*

36) L. 8. §. 9. D. 16. 1.

37) L. 8. §. 10. D. 16. 1.

38) L. 8. §. 10. D. 16. 1.

39) L. 8. §. 8. D. 16. 1.

einem Dritten, welcher den Contract, in den die Intercedentin als Selbstschuldnerin trat, schließen wollte, von einer künftigen Verbindlichkeit befreite, so wird dem Gläubiger die Klage aus dem Geschäft gegen den Dritten gestattet, vorausgesetzt indeß, daß der Dritte die Verbindlichkeit, welche er contrahiren wollte, gültig habe eingehen können⁴⁰⁾. Von einer Restitution der Klage kann der Sachverhältnisse halber hier nicht die Rede sein, da eine Klage in der That nicht verloren worden ist; daher sie die neueren Rechtsgelehrten institutoria actio nennen nach einem Aussprüche Ulpian's⁴¹⁾, welcher hier den Ausdruck *restitutores actionem* als unstatthaft verwirft. Den zweiten, oben genannten Fall betreffend, d. h. die Verhältnisse des Hauptschuldners zu den Mitintercedenten der Frau, so ist zu unterscheiden, ob die Intercession in der Form der Solidarobligationen geschah oder nicht. Im ersten Falle fällt die Frau ganz aus, und der mitintercedirende Mann haftet für die ganze Intercessionsverbindlichkeit solidarisch⁴²⁾, da er gewußt hat oder hätte wissen können, daß Frauen eine solche Verbindlichkeit nicht übernehmen können. Geschah aber die Intercession verschiedener Personen für eine und dieselbe Schuld nur nach ausdrücklich bestimmten Kopfteilen, so haftet der Mann bei dem Ausfall der Mitintercedentin nur für seinen Theil; wegen des von der Frau übernommenen Theiles aber muß sich der Gläubiger an den Schuldner halten, und entweder mit der directen Klage oder, wenn die Intercession privatim war, mit der ausgedehnten (restituirten) Klage klagen⁴³⁾. Eine derartige Theilung der Obligation wird schon dann vermuthet, wenn eine Frau sich mit einem Manne zugleich correalisch im Darlehn verbindlich gemacht hat. Denn hier haftet sie für ihren Antheil als Selbstschuldnerin; wird sie aber auf den Rest delangt, so steht ihr die Exception des SC. zur Seite. Nur, wenn durch die Anleihe ein Schaden von der Frau abgewendet worden, haftet sie für das Ganze⁴⁴⁾.

In folgenden Fällen cessirt die Einrede des SC. 1) wenn die Schuld, für welche sie intercedirt hat, durch Beerbung des Hauptschuldners ihre eigene geworden ist⁴⁵⁾. 2) Wenn der Intercedentin durch das Intercessionsgeschäft ein Vortheil zugekommen ist, überhaupt soweit ihr Vermögen durch die übernommene Verbindlichkeit und ihre Erfüllung nicht vermindert wird⁴⁶⁾, z. B. wenn das Geld, für dessen Wiederbezahlung sie dem Gläubiger bürgte, zu ihrem Nutzen verwendet worden ist⁴⁷⁾, oder wenn sie das Geld zur Befriedigung des Gläubigers vom Schuldner empfangen hat⁴⁸⁾, oder wenn sie dem Schuldner, für welchen sie

40) L. 8. §. 15. D. 16. 1.

41) L. 8. §. 14. D. 16. 1.: *Datur in te actio, quae instituit magis, quam restituit obligationem.*

42) L. 48. pr. D. de fideiuss. (46. 1.)

43) L. 8. C. 4. 29.

44) L. 17. §. 2. D. 16. 1.

45) L. 95. §. 2. D. de solutionibus. (46. 3.) L. 8. §. 13. D. 16. 1.

46) L. 16. pr. D. 16. 1. L. 21. pr. L. 22. D. ibid.

47) L. 21. pr. D. 16. 1.

48) L. 16. pr. L. 22. D. ibid.

intercedierte, eine eben so große oder noch größere Summe schuldig und deshalb durch andere Rechtsmittel gedeckt ist⁴⁹⁾. 3) Wenn die Intercedentin eine der Größe der übernommenen Gefahr angemessene Belohnung erhalten hat, ohne Unterschied ob dies gleich bei dem Acte der Intercession oder nachher geschehen ist⁵⁰⁾. Die Größe der Belohnung selbst hat der Richter nach seinem Ermessen zu beurtheilen. In diesem Falle bedarf es auch nicht einmal der schriftlichen Abfassung der Intercession zum Bestande derselben. Eine besondere Vorschrift Justinian's ist es, daß, wenn die Frau in einem öffentlichen oder von drei Zeugen unterschriebenen Instrumente bekennt, daß sie für die Leistung der Intercession etwas empfangen habe, diese Urkunde vollständig gegen sie beweist und jeden Gegengeweis ausschließt. Ist diese Form nicht beobachtet, so steht es dem Gläubiger frei, zum Beweise jener Thatsache sich auch jedes anderen Beweismittels zu bedienen. In soweit aber die Frau nicht zahlungsfähig ist, bleibt der alte Schuldner, für den sie intercedirt hat, selbst im Fall der Expromission dem alten Gläubiger verpflichtet⁵¹⁾. 4) Wenn die Intercession für die Bestellung eines Heirathsgutes geschehen ist⁵²⁾. 5) Wenn eine Frau bei der Manumission eines fremden Sklaven für einen gewissen Loskaufpreis dem Eigenthümer einzustehen versprach, ohne Unterschied, ob sie direct oder indirect d. h. für den Sklaven eintret⁵³⁾. Der Grund, womit Justinian diese Sanction motivirt, läuft darauf hinaus, daß es unbillig sei, dem Eigenthümer den Verlust des Sklaven und zugleich auch den der für ihn versprochenen Entschädigung zuzumuthen. 6) Wenn der Gläubiger ein Minderjähriger ist und vom Hauptschuldner Zahlung nicht erlangen kann, so erlangt er durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand volle Entschädigung von der Frau, welche für den Schuldner intercedirt hat und mit ihrer Einrede nicht gegen das stärkere Privilegium des Minderjährigen aufkommen kann⁵⁴⁾. 7) Wenn die Intercedentin sich durch ihr betrügerliches Verfahren ihrer Rechtswohlthat unwürdig gemacht hat⁵⁵⁾. In diesem Falle wird zwar der Intercedentin die Einrede nicht verweigert, dieselbe aber durch die dem Gläubiger gestattete replicatio doli unwirksam gemacht⁵⁶⁾; daher denn der letztere auch stets den Beweis des Dolus zu führen hat. Manche Rechtsgelehrte nehmen unter Bezug auf eine Pandektenstelle⁵⁷⁾ an, daß es zu diesem Behufe schon vollkommen ausreiche, wenn nachgewiesen wird, daß die Frau bei dem Acte der Intercession von der ihr zustehenden Rechtswohlthat unterrichtet gewesen sei; allein der daselbst

49) L. 2. C. 4. 29.

50) L. 23. pr. C. 4. 29.

51) L. 23. §. 1. C. 4. 29.

52) L. 12. L. 25. C. 4. 29.

53) L. 24. C. 4. 29.

54) L. 12. D. de minoribus XXV annis. (4. 4.)

55) L. 2. §. 3. L. 17. §. 1. L. 30. pr. D. 16. 1. L. 5. u. 18. C. 4. 29.

56) L. 18. C. 4. 29.

57) L. 30. pr. D. 16. 1. So Leyser, medit. ad Pand. vol. III. spec. CLXX. med. 7.

angeführte Grund lehrt deutlich, daß dieselbe anders zu interpretiren sei⁵⁸⁾. 8) Wenn die Intercedentin dieselbe Intercession nach Ablauf von zwei Jahren wiederholt hat; vorausgesetzt indeß, daß sie volljährig war, als sie das erste Mal intercedirte, und die Wiederholung der Intercession in derselben Form geschah, wie sie das erste Mal gemacht worden. Es beruht dieß auf einer besondern Sanction Justinian's⁵⁹⁾, welcher dabei von der Ansicht ausgeht, daß eine solche Wiederholung der Intercession so angesehen werden solle, als habe sie des eigenen Vortheiles halber intercedirt. Die vorgeschriebene Zeitfrist von zwei Jahren ist jedenfalls nach den Regeln der *tempora continua* zu berechnen, und läuft von dem Augenblicke an, wo die erste Intercession geschehen ist. 9) Wenn der Gläubiger bei dem Intercessionsacte nicht wußte, daß die Frau in der That intercedire, d. h. wenn er glaubte, eine selbstständige Obligation mit ihr einzugehen⁶⁰⁾. Die Form, in welcher hier die Einrede in Wegfall kommt, ist nicht immer dieselbe. Bald wird die Einrede zugelassen, dagegen aber die *replicatio doli mali* gestattet⁶¹⁾, bald die Einrede schon von Amtswegen verworfen⁶²⁾. 10) Wenn die intercedirende Frau der Einrede des Senatsbeschlusses ausdrücklich entsagt hat. Das römische Recht spricht die Möglichkeit eines wirklichen Verzichtes auf dieselbe nur in zwei Fällen aus, nämlich zuerst bei der Mutter und Großmutter, welche die Tutel über Kind oder Enkel übernehmen⁶³⁾, und dann bei einer Frauensperson, welche statt dessen, für den sie intercedirt hat, den Prozeß als Beklagte übernehmen will und sich deshalb verpflichten muß, von der Einrede keinen Gebrauch zu machen⁶⁴⁾. Freilich ist es eine sehr bestrittene Frage, ob der Verzicht bei der Intercession auch in anderen Fällen die Exception beseitige⁶⁵⁾. In der Art, wie jene Stellen von dem Verzicht sprechen, findet sich durchaus keine Veranlassung, seine Möglichkeit auf jene beiden Fälle zu beschränken, und eben so wenig kann der für diese Beschränkung sonst geltend gemachte Einwand beweisen, daß durch die Möglichkeit des Verzichtes das SC. seine Wirkung verlieren würde, da eine Frau eben so leichtsinnig verzichtet als intercediren werde, indem dieser Einwand nicht gegen die Wirksamkeit eines jeden Verzichtes, sondern eben nur gegen die eines leichtsinnigen und übereilten gerichtet ist. Nimmt man noch dazu den allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß es jedem erlaubt sein müsse, den zu seinen Gunsten eingeführten Rechtswohlthaten zu entsagen, welcher auch in Bezug auf Weiber in mehreren Anwendungen vorkommt, so dürfte sich von selbst die durch die Praxis

58) Vergl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 15, S. 2—5.

59) L. 22. C. 4. 29. Nov. 61. cap. 1. §. 1.

60) L. 4. pr. D. 16. 1. L. 6. L. 11. L. 27. pr. D. *ibid.*

61) L. 6. D. 16. 1.

62) L. 4. pr. L. 11. L. 27. pr. D. 16. 1.

63) L. 3. C. *quando mulier tutelae officio fungi potest.* (5. 35.) Nov. 98. c. 2. Nov. 118. c. 5.

64) L. 32. §. 4. D. 16. 1.

65) Vergl. über die Geschichte dieser Controverse Heise und Cropp, juristische Abhandlungen, Bd. 1, Nr. 10, S. 144—162. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 15, S. 36—52.

des Justinianischen Rechtes im Oriente⁶⁶⁾ und Decreten⁶⁷⁾ festgestellte Ansicht rechtfertigen, daß die Weiber auf diese Einrede, gleichwie auf andere Rechtswohlthaten gültig verzichten können. Vorausgesetzt wird indes dabei, um übereilte und leichtsinnige Verzichte auszuschließen, daß die Frau vor oder bei dem Verzicht von einem Rechtskundigen über die Natur des Beneficium und die Folgen des Verzichtes gehörig belehrt und dadurch in dem Stand gesetzt worden ist, das Geschäft mit Ueberlegung abzuschließen⁶⁸⁾. Ueber die Form der Entfugung finden wir in den römischen Rechtsquellen keine besonderen Vorschriften; daher steht nicht zu bezweifeln, daß die gewöhnlichen Formen der Renuntiationen auch hier anzuwenden sind. Manche neuere Rechtsgelehrten gehen noch weiter und behaupten; daß eine solche Entfugung nur in einem öffentlichen oder von drei Zeugen unterschriebenen Documente gültig geschehen könne, oder daß sie eidlisch geschehen müsse. Allein wenn schon diese Ansichten weder in der Theorie noch in der Praxis haben Boden gewinnen können, so steht es doch nach den allgemeinen Regeln von der Stitigkeit des Eides nicht zu bezweifeln, daß eidlische Entfugungen auch ohne vorgehende Belehrung gelten, wenn nur überhaupt die Frau weiß, was sie eidlisch gelobt. 11) Wenn die intercedirende Frau ihre Intercession mit einem Eide bekräftigt hat. Hier bleibt die Intercession auch dann gültig, wenn die Intercedentin über ihre Rechtswohlthaten nicht belehrt worden, auch die Intercession nicht in einem öffentlichen oder von drei Zeugen unterschriebenen Documente geschehen ist. Diese Ausnahme ist durch die Praxis dem Geiste des canonischen Rechtes gemäß eingeführt worden⁶⁹⁾. 12) Wenn die Frau auf eigene Rechnung Handlung treibt und ihre Intercession einem mit ihrem Geschäfte in Verbindung stehenden Fall betrifft.

Daß Geschäfte, welche eingegangen werden, um das SC. zu umgehen, nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen sind, wie wenn sie gegen das SC. eingegangen wären, versteht sich von selbst. Die römischen Rechtsquellen gewähren in diesem Falle eine besondere Einrede, die

66) So Harmenop. *πρὸς*. III. 6. §. 5.

67) Vergl. Westenbarg, *principia iuris s. o. Dig.* 16. 1. §. 25. nr. IV. Schilter, *praxis iuris Romani exerc.* 28. §. 8—11. Lantzbach, *collegium theoretico-practicum* 16. 1. §. 24. Leyser, *meditat. ad Pand. spec.* 170. med. 1 u. 2. Böhmer, *exerc. ad Pand.* tom. III. *exerc.* 50. cap. 2. §. 15—19. Heering, *de fideiuss.* cap. 7. nr. 466 sq. Glück a. a. D. Th. 15, §. 40.

68) Vergl. Böhmer l. c. cap. II. §. 19. Stryck, *diss. de certificatione iurium renunciandorum* cap. III. nr. 15. Leyser l. c. spec. 170. med. 3. Struben, *rechtliche Bedenken*, Th. 2, Bed. 76, §. 2. Smetin, von Auffäßen über Verträge, §. 69, S. 142 fig. Engelbrecht, *diss. de renunciatione SC. Velleiani privato instrumento facta* cap. 2. §. 8. Emminghaus, *ad Cocceii ius civile controversum* 16. 1. qu. 12. not. t. Hofacker, *principia iuris civilis Rom. Germ.* tom. III. §. 4144. Glück a. a. D. Th. 15, §. 40—43. Puchta, *Lehrbuch der Pandekten*, S. 410.

69) Vergl. Lauterbach l. c. §. 25. Böhmer l. c. cap. 1. §. 9. Köstlin a. a. D. Th. 2, S. 199—213. Glück a. a. D. Th. 15, §. 33.

exceptio fraudis SCto factas⁷⁰⁾), welche sie genau von der exceptio SC. unterscheiden.

Mit dem Verbot der weiblichen Intercessionen durch das vellejanische SC. hängt die besondere Befugung im neuesten Rechte Justinian's zusammen, daß, wenn eine Ehefrau zu einem Darlehne ihres Mannes einwilligt, oder die Schuldschuld unterschreibt, oder sich oder ihre Vermögensstücke dafür obligirt, dieser Act ungültig sein sollte, wenn nicht klar nachgewiesen wird, daß das erborgte Geld zum Nutzen der Frau verwendet worden ist. Gleichgültig soll es dabei sein, ob die Intercession einmal geschehen oder wiederholt worden ist, und ob die Intercessionsurkunde eine öffentliche oder eine private ist. Es ist diebezügliche Sanction von Nov. 184. c. 8, deren Inhalt von dem Glossatoren als Authentica vi qua in u. l. i. r. zu L. 223 C. ad SC. Vellejanum (4. 29.) eingetragen worden ist.⁷¹⁾ Die neueren Rechtsgelehrten machen diese Befugung zur Quelle einer besonderen Rechtswohlthat, welche der für ihren Ehemann intercedirenden Ehefrau zu Gute kommen soll, und diese Ansicht ist auch in die Pand. übergegangen. Eine Entfugung dieser Rechtswohlthat ist nach der allgemein angenommenen Meinung der bewährtesten Rechtsgelehrten nur in der Form des Eides zulässig nach vorgängiger Belehrung der Intercedenten über das ihr zustehende Vorrecht. Eine solche Entfugung ist aber noch keineswegs in der Verzichtleistung auf die Einrede des vellejanischen SC. enthalten, weil die Novelle sich gerade dadurch von diesem unterscheidet, daß keine Wiederholung der Intercession gelten sollte; ebenso wenig in einer allgemeinen Entfugung aller weiblichen Rechtswohlthaten. Dagegen kommt die Rechtswohlthat in Wegfall, wenn eine Wittve erst nach dem Tode ihres Mannes den Gläubigern desselben Bürgschaft leistet, da hier die Gründe des Gesetzes wegfallen, und die Novelle nur den Fall der bestehenden Ehe betrifft, und als correctorisches Gesetz keine ausdehnende Erklärung zuläßt. Es steht ihr aber dann immer noch frei, auch gegen diese Intercession sich auf das vellejanische SC. zu beziehen.

Exceptio spoli¹⁾ heißt in der Kunstsprache der neueren Rechtsgelehrten das Anführen des Beklagten, daß er widerrechtlicher Weise des Besitzes einer Sache oder eines Rechtes entsetzt worden sei; und mithin jedes weiteren Verfahrens im gegenwärtigen Prozesse überhoben werden müsse, bevor diese Besizentsetzung sammt ihren Wirkungen aufgehoben

70) L. 82. §. 3. D. 16. 1.

71) Vergl. Savigny, Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter, Bd. 4. S. 43.

1) Literatur: C. Ziegler, ad can. Redintegranda, zuletzt in Woltaer, observations ad ius civile et Brand. fasc. 2. Hal. 1779, 8. J. H. Böhm er, ius ecclesiasticum Protestantium, lib. II. tit. 13. tom. II. p. 1133 — 1135. Idem de depravato exceptionis spoli statu in eisdem exercit. ad Pand. nr. XCI. tom. V. p. 662—696. Fleck, de interdictis unde vi et remedio spoli, p. 83—136 (Lips. 1797, 8.), und besonders v. Savigny, das Recht des Besitzes, 6. Ausg., S. 619—635.

worben ²⁾. Wer die Unrechlichkeit begibt, heißt in der Kunstsprache *spoliator*; an wem sie begangen worden ist, heißt *spoliatus*. Man leitet dieses Rechtsmittel gewöhnlich aus dem *can. Redintegranda* C. III. qu. 1. her, welcher indes weiter nichts ausspricht, als daß Bischöfe, welche aus ihrem Sitze vertrieben oder ihres eigenen Vermögens beraubt worden sind, nicht eines Verbrechens halber vor die Synode gezogen werden können, so lange sie nicht in den Besitz der verlorenen Güter wieder eingesetzt worden sind ³⁾. Ein Grundsatz, welcher auch in anderen Stellen des Gratianischen Decretes deutlich ausgesprochen worden ⁴⁾, freilich aber nur solchen, welche den Decretalen des falschen Isidor entnommen worden sind. Die päpstlichen Decretalen haben späterhin das Institut weiter ausgebildet. Zunächst anerkannten schon Innocenz III. ⁵⁾ und Gregor IX. ⁶⁾ die Exceptionform für unser Rechtsmittel als passend, und verfügten zugleich, daß vor allem Anderem der, welcher von derselben Gebrauch macht, mit dem Beweise derselben gehört und, wenn dieser in der gehörigen Form beigebracht worden, nicht gezwungen werden solle, dem Gegner auf seine Klage zu antworten, so lange die Restitution noch nicht erfolgt sei. Die Erfordernisse der Exception sind im Einzelnen folgende: 1) Es muß eine Besitzentziehung des Beklagten vorliegen. Einerlei ist es, ob sie den Besitz unbeweglicher, beweglicher Sachen oder von Rechten betrifft ⁷⁾; selbst das einseitige Auflösen eines factischen Verhältnisses, zu dessen Fortsetzung man rechtlich verbunden ist, gilt als *Spolium* ⁸⁾. 2) Diese Besitzentziehung muß widerrechtlich sein, was natürlich schon dann angenommen wird, wenn der, welcher dieselbe vornimmt, dieß auf die nicht gehörige Weise ohne Ansehung des competenten Richters gethan hat ⁹⁾. 3) Die Restitution des Spolirten, d. h. die Wiedereinsetzung desselben in den Besitz, dessen er unrechtmäßiger Weise beraubt worden, sammt Vergütung aller durch die Besitzentziehung entstandenen Schäden darf noch nicht erfolgt sein ¹⁰⁾. 4) Der jetzige Kläger muß entweder der Spoliator selbst sein oder aus dem begangenen *Spolium* wesentlich Vortheil gezogen oder die geraubte Sache wesentlich an sich genommen haben ¹¹⁾. *Voltdr* ¹²⁾ läßt die Einrede gegen jeden dritten Besitzer der Sache zu, einerlei ob er sie im guten oder im bösen Glauben besitzt, weil auch derjenige *scienter detinens* sei, der nur jetzt durch den Prozeß das *Spolium* erfahren. Allein schon

2) Vergl. Böhm er in exerc. l. c. §. 3. tom. V. p. 669.

3) Vergl. v. Savigny a. a. D. S. 619—624.

4) *Can. 1. 2. 4. C. III. qu. 1, can. 3—6. C. III. qu. 2.*

5) *Cap. 2. X. de ordine cognitionum. (2. 10.)*

6) *Cap. 4. X. ibid.*

7) *Cap. 7. X. de restitutione spoliatorum. (2. 13.)*

8) *Cap. 8, 10, 13. X. 2. 13.*

9) Daher *sine iudicio spoliare* in *cap. 7. X. 2. 13.*

10) *Cap. 7. X. 2. 13. vergl. mit cap. 4. X. 2. 10.*

11) *Cap. 18. X. 2. 13. vergl. mit cap. 2. X. 2. 10. und cap. 11. X. de iudiciis. (2. 1.)* Vergl. Böhm er, exerc. laud. §. 4. tom. V. p. 671.

12) *L. c. p. 252.*

Savigny¹³⁾ hat nachgewiesen, daß eine solche Ausdehnung den Worten von cap. 18. X. de rest. spoliatorum (2. 13.) entgegen ist, nicht zu gedenken, daß sie auch der allgemeinen in einer späteren Decretale ausgesprochenen Regel geradezu widerspricht¹⁴⁾. Auf die Communität der Spoliensache mit dem intendirten Prozesse kommt weiter nichts an. Vielmehr ist die Spolieneinrede zulässig bei allen Civilklagen ohne Unterschied¹⁵⁾, ja sogar bei allen Criminaluntersuchungen, und bei diesen sogar dann, wenn das Spollum nicht vom jetzigen Kläger, sondern von einem Dritten ausgeführt worden ist¹⁶⁾; nur muß dann das Spollum mehr als die Hälfte des Vermögens betragen, auch kann dann der Ankläger fordern, daß dem Angeklagten eine Frist vorgeschrieben werde, binnen welcher das Interdict gebraucht werden könne; nach Verlauf dieser Zeit hört die Wirkung der Einrede auf¹⁷⁾. — Die Einrede ist ihrer Natur nach nicht auf eine bestimmte Zeitfrist beschränkt, und muß natürlich von dem, welcher sie vorschützt, bewiesen werden¹⁸⁾. Zu diesem Beweise ist dem Beklagten sowohl im Civil- als im Criminalprozeße eine Zeitfrist von wenigstens 15 Tagen vom Augenblicke der Vorschützung an gestattet, binnen welcher der Beweis nicht allein angetreten, sondern auch vollendet sein muß¹⁹⁾. Die Wirkung der Einrede ist die, daß der Beklagte sich nicht eher zu weiteren Handlungen im Prozesse, selbst nicht einmal zur Litiscontestation zu verstehen braucht, so lange nicht die Restitution erfolgt ist²⁰⁾; ja selbst dem Richter ist es zur Pflicht gemacht, den Prozeß bis zum völligen Austrage der Restitution zu sistiren²¹⁾, so daß spätere Prozeßhandlungen desselben der Strafe der Nullität unterliegen²²⁾. Es versteht sich dabei von selbst, daß die Restitution vollständig sein müsse, also nicht bloß die Wiedereinsetzung des Spolirten in Besitz, dessen er widerrechtlich beraubt worden, sondern auch den Ersatz der Kosten und die Reparation aller verursachten Schäden betreffe²³⁾. Allein, daß diese Restitution nicht definitiv und selbstständig durch den Gebrauch der Exception erzwungen werden könne, das geht nicht allein aus der Natur der Exception als solcher hervor, sondern ist in besonderer Anwendung auf unser Rechtsmittel noch durch eine Decretale Innocenz III. bestimmt worden²⁴⁾. Die neueren Rechtsgelehrten rechnen diese Einrede zu den

13) X. a. D. S. 628, Note 1.

14) Cap. 1. in VI. de restit. spoliat.

15) C. 2. C. III. qu. 2. Cap. 2 u. 4. X. 2. 10. Vergl. Böhm er, ius ecclesiasticum Protestantium, lib. 2. tit. 13. §. 15. tom. I. p. 1134.

16) Cap. 1. in VI. 2. 5.

17) Cap. 1. in VI. 2. 5.

18) Cap. 2. pr. X. 2. 10. C. 13. X. ibid.

19) Cap. 1. in VI. 2. 5. Vergl. dazu Böhm er, exerc. laud. §. 13 u. 14. tom. V. p. 685—689.

20) Cap. 2. pr. c. 4. X. 2. 10.

21) C. 7. 10. X. 2. 13.

22) Cap. 10. X. 2. 13. Daher die Rechtsregel spoliatus ante omnia restituentus.

23) Cap. 11. X. 2. 13.

24) Cap. 2. §. 1. X. 2. 10.

dilatatorisch, insofern sie nicht auf einem dauernden Grunde beruht; freilich aber nicht im Sinne des J. R. A., nach welchem verzögerliche Einreden gleich im ersten Termine vorzubringen sind und ihnen die Litiscontestation angehängt werden soll. Vielmehr kann die vorliegende Einrede in jedem Theile des Processes bis zur Fällung des Endurtheils vorgeschützt werden; ja, wenn sie vor der Litiscontestation vorgebracht wird, kann diese sogar unterlassen werden²⁵⁾. Sie kommt in Wegfall, wo sie das Gesetz in Rücksicht des öffentlichen Wohles ausgeschlossen hat, und wo die Restitution der Sache nach moralisch unmöglich ist. Das erste ist der Fall, wenn in der Klage von dem Recht oder der Sache einer Kirche die Rede ist; in der Exception aber von dem Rechte einer Privatperson, oder umgekehrt²⁶⁾. Das zweite, wenn die Restitution eine Tobstunde enthalten würde, z. B. bei der Trennung von Ehegatten, welche in einem verbotenen Grade mit einander verwandt sind, kann die Restitution nicht in Betreff der ehelichen Pflicht geschehen²⁷⁾, obschon dieselbe in jeder andern Beziehung vorgenommen werden kann²⁸⁾. Auch kommt sie in Wegfall, wenn das Interdictum unde vi angestellt wird und der Kläger den Beklagten früherhin aus dem Besitze derselben Sache verdrängt hat, denn als dilatorische Einrede kann sie hier nicht in Betracht kommen, und als peremptorische wird sie durch die Satzungen des römischen Rechtes ausgeschlossen²⁹⁾.

Exceptio temporis (Verjährungseinrede) heißt in der Kunstsprache der neueren Rechtsgelehrten die Einrede, welche der Beklagte auf den Umstand gründet, daß die für die Anstellung der Klage durch das Gesetz bestimmte Zeitfrist ungenützt abgelaufen und daher die spätere Anstellung einer solchen Klage unzulässig sei. Am frühesten kommt die Verjährungseinrede wohl bei den prätorischen Klagen vor, deren Wirksamkeit sich natürlich nicht über ein Jahr hinaus erstrecken konnte, da der Prätor nur ein Jahr lang die Magistratur verwaltete, mithin auch nicht eigenmächtig Klagen über die Zeitfrist eines Jahres hinaus im Edicte versprechen konnte¹⁾. Daher denn die Ausdrücke des Edictes *actionem intra annum dabo*²⁾; *intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo*³⁾; *intra annum, quo primum experiundi potestas fuit, agere permittam*⁴⁾ u. s. w. Wurde nun die Klage nach dem Ablauf der angegebenen Zeitfrist angestellt, so konnte schon zu den Zeiten der classischen Juristen der Beklagte die Einrede der jährigen Verjährungs-

25) Vergl. Böhm er, exerc. XCI. §. 10. tom. V. p. 680—682.

26) Cap. 1. §. 2. in VI. 2. 5.

27) Cap. 13. X. 2. 13.

28) Cap. 10. X. 2. 13.

29) Vergl. Savigny a. a. D. S. 630.

1) Pr. J. de perpetuis et temporalibus actionibus (4. 12.) ibique Theoph. ed. Reitz tom. II. p. 870.

2) L. 1. §. 1. D. ex quibus causis maiores. (4. 6.)

3) L. 1. pr. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.)

4) L. 1. pr. D. uti possidetis. (43. 17.)

frist brauchen, welche in dieser Beziehung auch *annua exceptio* genannt wird ⁵⁾, und doch wohl keines weiteren Beweises bedürftig war. Daß in diesem Falle die Obligation, aus welcher das Klagrecht zustand, ganz vernichtet wurde, beweist nicht allein die Natur dieser peremptorischen Einrede, sondern auch die Art und Weise, wie die Pandektenjuristen von einer solchen verjährten Obligation sprechen ⁶⁾. Späterhin wurden auch einzelne von den civilen Klagen einer Verjährung unterworfen und seit der bekannten Constitution von Theodosius dem Zweiten wurde es zur Regel, daß die *actiones perpetuae* einer Verjährungsfrist von 30 Jahren unterworfen seien ⁷⁾. Der Ausnahmen gab es nur wenige, und auch diese sind durch die Verordnungen der folgenden Kaiser an bestimmte Verjährungsfristen gebunden worden. So verordnete Anastasius, daß für alle Fälle, in welchen nach der früheren Verordnung die dreißigjährige Verjährung nicht stattfindet, die vierzigjährige Platz ergreifen sollte ⁸⁾, und nur für die *Vindication* zum *Curialnerus* ⁹⁾ und die Abtragung öffentlicher Abgaben ¹⁰⁾ hat er in einer späteren Constitution eine Ausnahme zugelassen; für die hypothekarische Klage haben wir besondere Bestimmungen von Justin I. ¹¹⁾, und auch Justinian hat diese Verordnungen theils durch eigene Constitutionen bestätigt ¹²⁾, theils ihnen durch ihre Aufnahme in seinen *Codex* Gültigkeit für die Folgezeit gesichert. Daß nun in allen diesen Fällen, wo der Ablauf der Verjährungsfrist die ursprünglich zustehende Klage aufhebt, diese Aufhebung nur auf dem Wege der *Exception* bewirkt werde, sagen die hier einschlagenden Constitutionen ausdrücklich ¹³⁾, und geht auch aus dem Titel der Institutionen *de perpetuis et temporalibus actionibus* (4. 12.) hervor; welcher voraussetzt, daß die *perpetuae actiones* des alten Civilrechtes auch noch zu den Zeiten Justinian's *ipso iure* nach dem Ablauf der Verjährungsfrist fortbauern. Die Verjährungseinrede wird aber auch hier dieselbe Wirkung gehabt haben, wie im vorigen Falle, d. h. die völlige Aufhebung der Obligation zur Folge gehabt haben, da sich dieß eines Theils aus der Natur der *Exception* von selbst ergibt, anderen Theils durch den Sprachgebrauch der kaiserlichen

5) L. 30. §. 5. D. de peculio. (15. 1.) L. 1. §. 10. D. quando de peculio actio annalis sit. (15. 2.)

6) *Usque ad annum produci obligationem* in L. 1. §. 3. D. 15. 2. *Andert*, §. B. de Schröter, in *comm. de temporis vi in actionibus et interdicitis tollendis* (Jenae 1827), p. 6, nehmen für die prätorischen Klagen und *Interdicte* eine Aufhebung des Klagrechtes *ipso iure* an.

7) *Const. un. Th. C. de actionibus certo tempore finiendis*. (4. 14.) L. 3. C. J. de *praescriptione* XXX. vel XL. *annorum*. (7. 39.) Wgl. auch *Nov. 8. von Valentinian III.*

8) L. 4. C. 7. 39.

9) L. 5. C. 7. 39.

10) L. 6. C. 7. 39.

11) L. 7. C. 7. 39.

12) L. 1. §. 1. C. de *annali exceptione Italici contractus tollenda*. (7. 40.) L. 3. C. *ibid.*

13) L. 3—7. 9. C. 7. 39. L. 1. u. 3. C. 7. 40. Vergl. Schröter l. c. p. 7—9.

Constitutionen bestätigt wird ¹⁴). — Eine andere Bedeutung hat die *exceptio temporis* bei der in den römischen Rechtsquellen anerkannten Verjährung der *Litispensenz*, zwar nicht jener alten, welche nach der *lex Julia* in den *iudicia legitima* durch den Ablauf eines Jahres und sechs Monaten von der *Litiscontestatio* an gerechnet eintrat ¹⁵), und in dem *Pandektenrecht* als geltend vorausgesetzt wird ¹⁶), oder der, welche nach uralten Grundsätzen des römischen Staatsrechtes in den *iudicia, quae imperio continentur*, sofort eintrat, als der Magistrat, welcher das *Judicium* angeordnet hatte, das *Imperium* verlor ¹⁷), wohl aber bei der neuen, welche aus den Constitutionen der neueren Kaiser stammt ¹⁸). Nach der Verordnung von Theodosius dem Zweiten, welche die dreißigjährige Klagenverjährung eingeführt hat, soll nämlich auch dann, wenn die wirkliche Einführung der Klage vor Gericht bereits stattgefunden hat, das Klagrecht als erloschen gelten, wenn der anhängig gemachte Rechtsstreit dreißig Jahre hindurch liegen geblieben ist ¹⁹). Diese Bestimmung wurde später für das Abendland dahin modificirt, daß alle Klagen innerhalb dreißig Jahren nicht bloß angestellt, sondern auch der Prozeß binnen dieser Zeit beendet werden solle ²⁰). Im Morgenlande hat diese Modification nie Eingang gefunden, vielmehr ist daselbst, wie wir aus einer Constitution von Justinian sehen, nur die oben gedachte Verordnung Theodosius II. in Gültigkeit gewesen ²¹). Nach Justinian's Verordnung ist die dreißigjährige Frist für diesen Fall aufgehoben und eine vierzigjährige an deren Stelle gesetzt worden ²²). Daß auch diese Verjährung durch eine *Einrede* geltend gemacht werde, folgt aus dem Umstande, daß sie der Klagenverjährung in *L. un. Th. C. 4. 14.* gleichgestellt wird, und zum Ueberflusse wird noch in *L. 9. Just. Cod. 7. 39.* diese *exceptio* mehrmals ausdrücklich erwähnt. Die Wirkung dieser *Einrede* ist nicht

14) *Th. C. de actionibus certo tempore finiendis. (4. 14.)* So ist von einem *actionem tolli, expirare, finiri, extingui*, von *post triginta annos nulla penitus iurgia excitari, von nullum ius privatum vel publicum, quod praedictorum XL. annorum extinctum est inagi silentio, moveatur* häufig in den angeführten Constitutionen die Rede. Vgl. Schröder l. c. p. 9—11.

15) *Caius, inst. IV. 103—105.* Vergl. Keller, über *Litiscontestatio* und *Urtheil*, S. 130—138.

16) *L. 2. D. de diversis temporalibus praescriptionibus. (44. 8.) L. 3. §. 1. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.) L. 30. §. 1. D. ad legem Aquilianam. (9. 2.) L. 8. §. 1. D. ratam rem haberi. (46. 8.) L. 18. §. 4. D. de dolo malo. (4. 3.) L. 2. D. iudicatum solvi. (46. 7.)*

17) *Caius, inst. IV. §. 105.*

18) Vgl. Einde, über die Verjährung des Prozeßes und der *Litispensenz*, in Einde's Zeitschrift für *Civilrecht* und *Prozeß*, Bd. 2, S. 156—176.

19) *L. un. Th. C. de actionibus certo tempore finiendis. (4. 14.)* In *L. 8. C. de praescriptione XXX. vel XL. annorum (7. 39.)* ist die fragliche Stelle weggeblieben.

20) *Nov. Val. III. nr. 8. ed. Jacob. Gothofr. tom. VI. pto 2. p. 118, 119.*

21) *L. 9. C. 7. 39.*

22) *L. 9. C. 7. 39. L. 1. §. 1. C. de annali exceptione Italici contractus. (7. 40.)*

von der anderer Exceptionen verschieden; daß das ganze Recht erlischt, also nicht eine *naturalis obligatio* zurückbleibt, geht daraus hervor, daß dieß Institut in dieser Beziehung, wie die *Extinctioverjährung*, beurtheilt werden muß, und Ausdrücke von der ehemaligen dreißigjährigen Verjährung gebraucht werden, welche nur von einem völligen Erlöschen des ganzen Rechtes verstanden werden können²³⁾. Der Anfang dieser Verjährungsfrist wird von der Zeit an berechnet, wo die letzte Partheihandlung im Prozesse und die damit verbundene richterliche *Cognitio* vorgekommen ist²⁴⁾. Manche neuere Rechtsgelehrten haben die Anwendbarkeit dieser Verjährung auf die *Auctorität* Joh. Ulrich von Cramer hin für das heutige Recht in Abrede gestellt. Allein, da sie auch bei den ehemaligen Reichsgerichten als geltend anerkannt war, so scheint kein Grund vorhanden, sie aus den heutigen Territorialgerichten auszuschließen²⁵⁾.

Exceptio vitiosae possessionis¹⁾ heißt in der Kunstsprache der neueren Rechtsgelehrten die gegen gewisse Besitzklagen stattfindende Einrede, daß der Kläger den Besitz, welchen er beansprucht, fehlerhafter Weise, d. h. entweder durch Gewalt oder heimlicher Weise oder bittweise (*vi, clam aut precario*), erworben habe, um die Abwendung der Condemnation herbeizuführen. Die Zusammenstellung dieser drei *vitia possessionis* ist uralte²⁾, und gewiß auch zeitig in das prätorische Edict übertragen worden, da auf jedes derselben ein besonderes Interdict gegründet worden. Da sich nun diese Interdicte bereits zu Cicero's Zeiten in der Praxis vorfanden³⁾, so konnte es nicht fehlen, daß man Ansprüche, welche auf dem Wege der Klage geltend gemacht werden konnten, auch auf dem Wege der Einreden zu realisiren suchte, da es ja nur als ein abgekürztes Verfahren erscheinen mußte, wenn man den Wegfall der Gründe, aus welchen man die Herausgabe von Sachen selbstständig beanspruchen konnte, bei den Besitzklagen voraussetzte. So kam man nach

23) L. 9. Iust. Cod. 7. 39.: *Iure suo lapsi und später suas fortunas ad alios translatas videntes merito quidem sine remedio antea lugebant.* Vgl. Einde a. a. D. Th. 2, S. 190.

24) L. 9. C. 7. 39.: *Ex quo novissima processit cognitio, postquam utraque pars cessavit.* L. 1. §. 1. C. 7. 40.: *Ex quo novissimum litigatores tacuerunt.*

25) Vgl. Einde a. a. D. Th. 2, S. 193—225.

1) Die Literatur über diese Einrede findet sich in den Schriften über den Besitz bei Gelegenheit der possessorischen Interdicte. Vorzüglich gehören hierher die bekannten Schriften von Cuperus (*diss. inaug.*), *observationes selectae de natura possessionis*, Lugd. Batav. 1789, 4., neue Ausgabe von Thibaut, Jena 1804, 8., und Savigny, *das Recht des Besitzes*, 6. Ausgabe. — Ueber die Stellung der Einrede im Civilprozeß vgl. Zimmermann, *der römische Civilprozeß* bis auf Justinian, §. 92, Note 13, S. 288.

2) Terent. eunuch. 2. 8. vs. 27 u. 28.

3) Vom Interdictum *de vi* handelt bekanntlich Cicero's Rede *pro Caecina*; auch kommt es in der neu aufgefundenen Rede *pro Tullio* vor; für das Interdictum *de clandestina possessione* und *de precario* ergibt es sich aus Cic. in Rullum III. 3.

der Bestimmung des Begriffes *possessio* bei den Interdicten darauf, auch das *nec vi, nec clam, nec precario possidere* als ein Erforderniß derselben im Edicte aufzustellen ⁴⁾). Als nun späterhin das Verfahren durch *formulae* eingeführt wurde, und die Exceptionen entstanden, gewöhnte man sich daran, diese Erfordernisse als Exceptionen ⁵⁾ anzusehen, und nach den allgemeinen Regeln, welche von diesen gelten, zu behandeln.

Die Sphäre unserer Exception beschränkt sich nach dem classischen Pandektenrechte auf folgende Besitzlagen: 1) Im Interdictum *unde vi* beschränkte sich die Anwendung der Einrede zu den Zeiten Cicero's nur auf den Fall, wenn keine Waffen gebraucht worden waren ⁶⁾); was Cicero *vis quotidiana* nennt, und daß dieß noch zu den Zeiten von Cajus geltendes Recht war, folgt aus einer lückenhaften Stelle seiner Institutionen ⁷⁾. Wie alt hier die Einrede war, zeigt bereits die Fassung des thोरischen Ackergesetzes. Die Anwendung unserer Einrede beschränkte sich aber auch hier nur auf den Fall, wenn die Gewaltthätigkeit, die Heimlichkeit oder das Wittwesehaben gegen den jetzigen Beklagten vorgefallen war, was in den römischen Rechtsquellen mit den Worten *vi, clam aut precario ab adversario possidere* ausgedrückt wird, und nur unter dieser Einschränkung ist es zu verstehen, wenn Paullus in seinen Sentenzen bemerkt, daß der Gegner im Prozesse gegen den *vitiosus possessor* Gewalt brauchen dürfe, ohne daß er das Interdict zu fürchten habe ⁸⁾. Justinian hat diese Exception im vorliegenden Falle allgemein verworfen ⁹⁾, ja er behandelt diese Ungiltigkeit als eine bekannte Sache; nur über den Grund der Verfügung herrschen unter den neueren Juristen allerlei Meinungen. Bald soll Justinian das alte Recht stillschweigend geändert haben, bald soll die Aenderung in einer verlorenen Constitution vorgenommen worden sein, bald soll Tribonian über das alte Recht ganz unwissend gewesen sein. Die Sache bedurfte indeß wohl überall nicht

4) Cic. pro Caecina cap. 8 u. 32, pro Tullio c. 44, lex Thoria bei Sigonius de antiquitatibus Italiae II. 2. für das Interdictum *unde vi*; L. 1. §. 5 u. 9. D. uti possidetis (43. 17.), L. 17. D. de precario (43. 26.) für das Interdictum *uti possidetis*; L. 1. pr. D. de superficiebus (43. 18.) für das Interdictum *de superficiebus*; L. 1. pr. D. de itinere actuque privato (43. 19.), L. 1. §. 11 u. 12. D. ibid., L. 3. §. 2. D. ibid., L. 6. D. ibid. für das Interdictum *de itinere actuque privato*; L. 3. §. 11. D. ibid. für das Interdictum *ut iter reficere liceat*; L. 1. §. 19. D. de aqua quotidiana (43. 20.), L. 1. §. 20. D. ibid. für das Interdictum *de aqua quotidiana et aestiva*; L. 1. pr. D. de rivis (43. 21.), L. 1. §. 9. D. ibid. für das Interdictum *de rivis*; L. un. pr. u. §. 6. D. de fonte (43. 22.) für das Interdictum *ut fontem reficere liceat*.

5) Cic. ad fam. VII. 13. L. 1. §. 11. D. de itinere. (43. 19.) L. 7. §. 3 u. 4. L. 22. §. 2. D. quod vi aut clam. (43. 24.) Vgl. Schröter, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bb. 2, S. 252.

6) Cic. pro Caec. c. 8, 22, 31, 32, pro Tullio c. 44, epist. ad. fam. VII. 13. Vgl. Savigny, das Recht des Besitzes, S. 513, 543.

7) Caius, inst. IV. §. 154, 155.

8) Paulli sent. rec. V. 6. §. 7.

9) §. 6. J. de interdictis. (4. 15.)

eines neuen Gesetzes, da sie sich als Folge eines andern sehr bekannten neuen Rechtsfages von selbst verstand. Nach den Constitutionen nämlich sollte durch die Deiection sogar das Eigenthum verloren werden, wenn dieß der Verlezer vorher hatte; um so mehr alles Recht aus dem bloßen Besitz, wenn er etwa vorher Besitzer der Sache gewesen war ¹⁰⁾. Man gründete sich aber jene Exception auf das vorige *ius possessionis*, also war es natürlich, daß dieselbe seit jenen Constitutionen nicht mehr gelten konnte. In den Justinianischen Pandekten sind recht absichtlich die Stellen weggelassen worden, welche eine Abweichung des alten Rechtes direct beweisen könnten, wenn schon Spuren des alten Rechtes auch hier übrig geblieben sind ¹¹⁾. 2) Bei dem *Interdictum uti possidetis* gewinnt nicht der Kläger, sondern der Beklagte, wenn der Besitz des ersteren mit Gewalt oder heimlich oder durch ein *precarium* angefangen hat ¹²⁾, doch muß diese unrechtlüche Handlung auch hier zwischen denselben Personen vorgefallen sein, welche jetzt als Kläger und Beklagte auftreten (*ab adversario vi, clam aut precario possidere*), also fällt die Einrede weg, wenn die unrechtlüche Handlung entweder von dem Auctor des Klägers ¹³⁾ oder gegen eine andere Person, als den Beklagten ¹⁴⁾, verübt worden ist. Der Grund dieser Exception liegt ganz allgemein darin, daß dem Beklagten ohnehin ein *interdictum recuperandae possessionis* zustehen würde; anstatt also den Beklagten, der freilich nicht Besitzer ist, in unserm *Interdicte* verklagen und ihn dann in einem zweiten Prozeß gewinnen zu lassen, wird nach einer sehr natürlichen Abkürzung des Verfahrens der Kläger gleich jetzt abgewiesen. 3) Bei dem *interdictum de superficiebus* werden dieselben Grundsätze gelten müssen, wie bei dem vorigen, da auf der einen Seite unsere Exception schon in der betreffenden Stelle des prätorischen Edictes erwähnt wird ¹⁵⁾, anderentheils das erstere nur als eine Ausdehnung des letzteren auf das Recht der *Superficies* erscheint ¹⁶⁾. 4) Bei dem *interdictum utrobi* kam bereits in dem vorjustinianischen Rechte, wo nach einer besonderen, uns sonst nicht weiter erklärlichen Fiction der Besitz der *maior anni pars* für den gegenwärtigen Besitz genommen wurde ¹⁷⁾ und in dieser Beziehung auch der Nachmann sich den Besitz seines Vordermannes zu Gute rechnen konnte, bereits die *exceptio vitiosae possessionis* in demselben Um-

10) Daran dachte schon Schulting in *Pauli sent. recept. V. 6. §. 7.* neuerdings Savigny a. a. D. S. 542.

11) L. 1. §. 30. D. 43.16. L. 14. 17. u. 18. pr. D. *ibid.*

12) *Caius, inst. IV. §. 150. L. 1. pr. §. 5. L. 3. pr. D. uti possidetis. (43. 17.) §. 4. J. de interdictis. (4. 15.)*

13) L. 3. §. 10. D. *ibid.*

14) L. 1. §. 9. D. *ibid.* L. 2. D. *ibid.* Vergl. L. 53. D. *de adquir. vel omitt. possess. (41. 2.) §. 4. J. de interdictis. (4. 15.)* L. 17. D. *de precario. (43. 26.)*

15) L. 1. pr. D. *de superficiebus. (43. 18.)*

16) L. 1. §. 2. D. 43. 18. L. 3. §. 7. D. *uti possidetis. (43. 17.)*

17) L. 1. pr. u. §. 1. D. *utrobi. (43. 81.) Caius, inst. IV. §. 149, 150, 152. Vergl. Savigny a. a. D. S. 501—503.*

fange vor, wie bei dem *interdictum uti possidetis* ¹⁸⁾, und daß es auch späterhin, als nach Justinianischem Rechte die Grundsätze des letzteren *Interdictes* auf dies erstere übertragen wurden, dabei verblieben ist, bezeugen die Justinianischen Institutionen ¹⁹⁾. — So weit erstreckt sich die Anwendung der *exceptio* in Betreff der Besitzklagen; allein auch bei den Rechtsmitteln, welche zum Schutze der quasi *possessio* eingeführt waren, ist die vorliegende Einrede zugelassen worden. Die Anwendungen, in welchen sie hier vorkommt, sind folgende: 1) Im *interdictum de itinere actusque privato* steigt bekanntlich der, welcher in dem verfloffenen Jahre (von der Klage an gerechnet) wenigstens an dreißig verschiedenen Tagen das Recht der *Servitut* ausgeübt hat ²⁰⁾, allein in diese dreißig Tage werden alle die Tage nicht eingerechnet, an welchen nur durch Gewalt, oder heimlich oder *procario* die *Servitut* ausgeübt worden ²¹⁾. Dies ist die einzige Bedeutung unserer *Exception* bei dem *Interdict*, und es ist nicht etwa schon darum eine Einrede begründet, weil außer den dreißig Tagen auch noch mit Gewalt oder heimlich oder *procario* die *Servitut* ist ausgeübt worden ²²⁾. Uebrigens müssen solche Unrechthlichkeiten, welche die *Exception* begründen, entweder gegen den Beklagten selbst, oder gegen dessen Vormann vorgefallen sein ²³⁾, und selbst *Singularsuccessoren* werden hier berücksichtigt ²⁴⁾. 2) Bei dem *Interdict ut iter relictio liceat* findet die *Exception* in dem nämlichen Umfange und nach denselben Regeln statt, wie bei den zuerst genannten ²⁵⁾. 3) Bei dem *Interdictum de aqua*, wo die Ausübung der *Servitut* mit der Ueberzeugung, daß das Recht der *Servitut* wirklich vorhanden sei ²⁶⁾ und zwar im letztverfloffenen Jahre, oder wenn die Wasserleitung nur im Sommer oder nur im Winter gebraucht wird, wenigstens in den letzten anderthalb Jahren verlangt wird, ist die *Exception* schon dann begründet, wenn die *Servitut* auf unrechtmäßige Art (*vi, clam aut procario*) ausgeübt worden ist ²⁷⁾. Die Bedeutung der *Exception* ist auch hier dieselbe, wie bei den vorigen *Interdicten*, daß nämlich die fehlerhaften Besitzhandlungen nicht weiter bei dem Beweise der Klage berücksichtigt werden ²⁸⁾. Auch muß die Widerrechthlichkeit gegen die andere Proceßpartei vorgefallen sein, wenn sie überhaupt bei dem Beweise der Einrede berücksichtigt werden soll ²⁹⁾. 4) Im *Interdictum de rivis*, welches ganz dieselben Bedingungen hat, wie das vorige ³⁰⁾, gilt eben-

18) *Caius*, inst. IV. §. 150, 151. L. 1. §. 1. D. 43. 31. §. 4. J. 4. 15. Vgl. *Savigny* a. a. D. S. 504 u. 505.

19) §. 4. J. 4. 15.

20) L. 1. §. 2 u. 3, 12. D. de itinere actusque privato. (43. 19.)

21) L. 1. pr. L. 3. pr. §. 1. D. ibid.

22) L. 1. §. 12. L. 2. L. 6. D. 43. 19.

23) L. 1. pr. D. 43. 19.

24) L. 3. pr. u. §. 2. D. 43. 19.

25) L. 3. §. 11, 13. D. 43. 19.

26) L. 1. §. 10 u. 19. D. de aqua quotidiana et aestiva. (43. 20.)

27) L. 1. pr. §. 10, 20. D. 43. 20.

28) L. 1. §. 20. D. 43. 20.

29) L. 1. pr. D. 43. 20.

30) L. 3. §. 7. D. de rivis. (43. 21.)

falls die Einrede unter gleichen Voraussetzungen³¹⁾. 5) In den beiden zum Schutz der *servitus aquae hauriendae* eingeführten Interdicten, von denen das eine die künftige Ausübung der Servitut, das andere die Ausbesserung des Brunnens, worauf diese sich bezieht, bezweckt, kommt die Einrede in ähnlicher Weise zur Anwendung wie bei dem *interdictum de aqua und de rivis*³²⁾. Im *interdictum de cloacis* bleibt unsere Einrede in Rücksicht auf den öffentlichen Nutzen ausgeschlossen³³⁾.

Eine weitere Anwendung unserer Einrede ist es, wenn auch bei dem *interdictum quod vi aut clam* die Einrede *si non vi nec clam nec precario feceris* zugelassen wird³⁴⁾. Freilich ist hier überall nicht von einem Besitze oder Quasibesitz die Rede, sondern nur von einer widerrechtlichen Verwirklichung des eigenen Willens. Daß auch hier die Widerrechtlichkeit gegen den jetzigen Beklagten vorgefallen sein müsse, um die Exception zu begründen, versteht sich von selbst. Der Grund, aus welchem die Einrede hier verstatet wird, ist ganz der nämliche, wie in den früher erörterten Fällen. Man suchte nämlich doppelte Prozesse zu vermeiden und gestattete dem, welcher gegen den jetzigen Kläger ein besonderes Interdict hätte anstellen können, die Ausführung seiner Gerechtfame schon im jetzigen Prozesse³⁵⁾. Gleichwohl ließ man die formelle Vorschützung der Einrede nur aus besonders erheblichen Gründen zu³⁶⁾, und überließ es sonst dem richterlichen Ermessen, widerrechtliche Handlungen des Klägers gegen den Beklagten bei der Abgabe der Sentenz zu berücksichtigen.

Was den Beweis unserer Einrede betrifft, so entscheiden hier wohl die allgemeinen Regeln vom Beweise. Für die Meinung, daß der Kläger das Nichtvorhandensein des *vitium possessionis* nachzuweisen schuldig sei, ließe sich eine Stelle von Cicero³⁷⁾ anziehen, auch vielleicht der Umstand geltend machen, daß das Nichtvorhandensein der *vitiosa possessio* in dem prätorischen Edicte als ein Erforderniß der Interdicte angegeben wird, mit Ausnahme des *interdictes quod vi aut clam*. Allein gegen den zuerst angeführten Grund läßt sich soviel mit Sicherheit einwenden, daß die Regeln vom Beweisverfahren zu den Zeiten der Republik noch nicht so fest bestimmt waren, wie wir sie zur Zeit der classischen Juristen ausgebildet finden; hierzu kommt, daß gerade die classischen Juristen den von der *vitiosa possessio* hergenommenen Einwand als *exceptio* betrachten, auch da, wo das Nichtvorhandensein des fehlerhaften Besizes im Edicte als Erforderniß für die Zuständigkeit des

31) L. 1. pr. D. 43. 21. L. 1. §. 9. D. *ibid.*

32) L. 1. pr. u. §. 6. D. *de fonte*. (43. 22.)

33) L. 1. §. 7. D. *de cloacis*. (43. 23.)

34) L. 7. §. 3. L. 22. §. 2. D. *quod vi aut clam*. (43. 24.)

35) L. 22. §. 2. D. 43. 23.

36) L. 7. §. 3. D. 43. 23.

37) Cic. *pro Caec.* cap. 32. In illa vi quotidiana ne id quidem satis est, nisi docet ita se possedisse, ut nec vi, nec clam, nec praecario possederit.

Interdictes angegeben wird³⁸⁾. Und gerade dieser Umstand dürfte auch gegen den zuletzt genannten Grund entscheidend sein, um so mehr, da eine Widerrechtlichkeit nach den allgemeinen Regeln vom Beweise nicht vermuthet werden darf³⁹⁾.

Heimbach.

Einwerfung. Collation 1). Unter mehreren Erben ist regelmäßig das erbchaftliche Vermögen, und nur dieses, nach Verhältniß der Erbtheile zu vertheilen. In gewissen Fällen aber sind einzelne Erben ihren Miterben verpflichtet, zu der Theilungsmasse etwas hinzuzufügen oder auf ihren Antheil sich anrechnen zu lassen, was zu dem erbchaftlichen Vermögen nicht gehört. Dieses Hinzuthun eines an sich ihr fremden Bestandtheiles zu der gemeinschaftlichen Erbschaft ist es, was man unter Einwerfung oder Collation versteht. Von selbst ergibt sich hieraus, daß es nicht unter den Begriff der Collation falle, wenn ein Miterbe dasjenige, was er dem Erblasser schuldig war, etwa an die gemeinschaftliche Masse oder pro rata parte an die einzelnen Miterben herauszahlt; denn dieses war in Wahrheit in dem Vermögen der Erbschaft begriffen. Eben so wenig ist es Collation, wenn Kinder, die der väterlichen Gewalt des Verstorbenen unterworfen waren, den Miterben ihr Peculium (profectitium) herausgeben; denn dieses ist, obwohl factisch den Kindern überlassen, doch Vermögen des Vaters geblieben, und bildet also jetzt einen Bestandtheil der Erbschaft desselben. Eine wahre Collation aber nach dem angegebenen Begriffe kommt im römischen Rechte bei der Erbfolge von Descendenten in drei sehr verschiedenartigen Beziehungen vor, welche gesondert zu betrachten zweckmäßig scheint, um sichere Resultate für das praktische Recht zu gewinnen²⁾.

1) Durch das prätorische Edict wurden als liberi zur bonorum possessio contra tabulas oder intestati, gemeinschaftlich mit den suis hereditibus, welche nach Civilrecht ausschließlich erben, auch die emancipirten Kinder des Erblassers berufen, oder vielmehr alle diejenigen leiblichen Descendenten desselben, welche vermöge des natürlichen Verwandtschaftsverhältnisses seine sui heredes sein würden, und nur in Folge einer Auflösung des in der väterlichen Gewalt beruhenden engeren römi-

38) L. 1. §. 11. D. de itinere actuque privato. (43. 19.)

39) L. 18. §. 1. D. de probationibus et praesumptionibus. (22. 3.) L. 6. C. de dolo malo. (2. 21.) L. 9. C. de his, quae vi metusve causa. (2. 20.) L. 13. C. de transactionibus. (2. 4.)

1) Die ausführlichste neuere Monographie über diese Lehre ist: K. Pfizer, über die Collation der Descendenten (Stuttgart 1807), S. 632. — Verdienstlicher als diese weitläufige Schrift, worüber zu vergl. Heidelb. Jahrb. für Jurisprudenz, Bb. 1, S. 105—120, sind Franke's Grundzüge der Lehre von der Collation, in dessen civ. Abh. (Göttingen 1826), Nr. 4. — Quellen: Dig. de collatione (bonorum). (37. 6.) De dotis collatione. (37. 7.) Cod. de collationibus. (6. 20.)

2) Vergl. über die Geschichte dieses Instituts: Unterholzner, diss. pertractans historiam iur. rom. de collat. Aldrf. 1809. Kämmerer, Beiträge, Nr. 7; vorzüglich aber Franke a. a. D.

sehen Familienbandes es nicht wirklich waren³⁾, aber auch zur Zeit nicht etwa einer fremden Familie angehört⁴⁾; welcher letzte Umstand nur in einem besonderen Fall die Theilnahme an der *bonorum possessio contra tabulas* (ommissio per alios edicto) nicht hinderte⁵⁾. Der Kürze wegen wollen wir im Folgenden regelmäßig nur die Emancipirten nennen und darunter alle zu jener Kategorie gehörenden Descendenten begreifen. Die Tendenz des prätorischen Edicts war also diese: in Rücksicht der Hebung des Vaters und väterlicher Ascendenten die Folgen jener Ausscheidung aus der angebornen Familie aufzuheben und den Getrennten ein Erbrecht zu gewähren, gleich als hätte die Trennung nicht stattgefunden. Dabei konnte nun aber eine wichtige Verschiedenheit zwischen dem Verhältnis der Emancipirten und der *suis heredes* nicht unbeachtet bleiben. Die letztern, als welche bis zum Tode des Erblassers unter dessen Gewalt gestanden, hatten kein eigenes Vermögen erwerben können; was sie irgend erworben, war Theil des väterlichen Vermögens geworden und was davon zur Zeit des Todes noch vorhanden, war Theil der väterlichen Erbschaft. Die Emancipirten dagegen konnten seit ihrem Austritt aus der väterlichen Familie eigenes Vermögen erworben haben, welches sie nun unabhängig von der väterlichen Erbschaft besaßen. Hätte nun der Prätor dessen nicht achtend dieselben gleichmäßig mit den *suis hereditibus* erben lassen, so wären sie in der That vor diesen auf eine sehr unbillige Weise bevorzugt worden. Dieser Unbilligkeit zu begegnen, hätte etwa bestimmt werden mögen, es solle auch den *suis hereditibus* der durch sie dem Vater gemachte Erwerb ausschließlich vorbehalten sein. Dadurch aber wäre auf unangemessene Weise in die Consequenz des Rechtes eingeschnitten worden, und in einzelnen Fällen wären unvermeidlich große Schwierigkeiten entstanden, zu ermitteln, was und wie viel denn von der hinterlassenen Erbschaft aus Erwerbungen der Kinder herrühre. Einfacher und consequenter war es, sowie in Rücksicht des Erbrechtes der Emancipirten die nachtheilige Wirkung der Ausscheidung aus der natürlichen Familie durch die Ertheilung der *bonorum possessio* beseitigt wurde, eben so auch in Rücksicht des von denselben erworbenen Vermögens Gleiches zu erzielen, als wenn jene Ausscheidung nicht stattgefunden hätte. Daher wurde denjenigen, welche jenes dem Civilrecht widerstrebende prätorische Erbrecht in Anspruch nahmen, zur Pflicht gemacht, all ihr Vermögen, das, wofern sie nicht aus der Familie ausgeschieden wären, zur Erbschaft gehören müßte, den miterbenden *suis hereditibus* zu conferiren, d. h. in Beziehung zu ihnen so zu behandeln, als ob es wirklich Theil der gemeinschaftlichen Erbschaft wäre⁶⁾.

Stellen wir uns zu näherer Betrachtung dieser Anordnung zunächst auf den Standpunkt des Rechtes, wie es zur Zeit der classischen Juris-

3) L. 1. §. 6. L. 3. pr. L. 6. 7. 14. §. 1. L. 21. D. de bon. poss. c. t. (37. 4.) L. 1. §. 5—7. L. 4—6. D. si tab. test. nulla. (38. 6.)

4) L. 3. §. 6—9. L. 6. §. 4. D. de b. p. c. tab. L. 4. 9. D. si tab.

5) L. 8. §. 11. L. 11. pr. D. de b. p. c. t. Vergl. auch L. 3. §. 9. D. ibid.

6) L. 1. pr. D. de collat.

prudenz ausgebildet war und in dem betreffenden Titel der Justinianischen Pandekten noch ungetrübt erscheint, so finden wir folgende Grundsätze anerkannt:

Es kommt nicht darauf an, ob im einzelnen Fall der *sui heres* zur Vermehrung des väterlichen Vermögens durch seinen Erwerb beigetragen. Es soll die juristische Ungleichheit zwischen dem *emancipatus* und *sui*, welche durch des letzten Vermögensunfähigkeit begründet ist, durch den allgemeinen Rechtsatz ausgeglichen werden. Entspricht dieß dem Vortheil des Emancipirten nicht, dessen Vermögen vielleicht beträchtlicher ist als die Erbschaft, so mag er auf diese verzichten und das nach Civilrecht ausschließliche Erbrecht der *sui heredes* nicht beeinträchtigen⁷⁾.

Aber auch nur den *suis heredibus* soll der Emancipirte zu conferiren (schuldig sein⁸⁾), und nur demjenigen, welche durch seine Concurrenz in der Beerbung des Vaters beschränkt werden, in dem Verhältniß, in welchem dieß der Fall ist⁹⁾. So hat z. B. ein emancipirter Enkel zunächst nur den gleichstehenden *suis heredibus* desselben Stammes zu conferiren, da es für die übrigen Stämme völlig gleichgiltig ist, ob als Mit-erbe in jenem Stamme Einer mehr oder weniger aufträte, wenn nur nicht der Emancipirte einen eigenen Stamm bildet¹⁰⁾. Und so auch conferirt der emancipirte Vater, nach dem *edictum de coniungendis cum emancipato liberis eius*, zunächst nur den eigenen nicht emancipirten Kindern, mit welchen er zusammen einen Erbstamm bildet, und zwar so, daß er den Kindern zusammen die Hälfte seines Vermögens mittheilen muß, die Hälfte für sich behält, wie er auch den Stammtheil mit ihnen theilt¹¹⁾. Aus demselben Grunde fällt die Collationsverbindlichkeit ganz weg, wenn der Emancipirte *honorum possessio* gegen ein civilrechtlich gültiges Testament erlangt, in welchem der concurrirende *sui* nicht zu größerem Theile zum Erben eingesetzt ist, als ihm auch bei eintretender *honorum possessio contra tabulas* verbleibe; denn alsdann wird ihm durch diese nichts von demjenigen entzogen, was er ohne dieselbe, als eingesetzt Erbe nach dem civilrechtlich gültigen Testament, erhalten haben würde; vielmehr kann ihm hier die Agnition der *honorum possessio* von Seiten des präterirten Emancipatus sogar vortheilhaft werden¹²⁾. Und eben so findet nur *pro parte* die Collationsverbindlichkeit statt, wenn der *sui* zwar auf einen größeren Erbtheil, als er bei der *honorum possessio* behält, aber doch nicht auf das Ganze eingesetzt ist; wenn er z. B. auf drei Viertheile der Erbschaft eingesetzt worden, und nun durch das Zutreten des Emancipirten ein Vortheil ihm entzogen wird, so braucht dieser auch nur nach gleichem Verhältniß zu conferiren¹³⁾.

7) L. 2. §. 5. in f. D. h. t.

8) L. 3. §. 3. D. h. t. L. 11. Cod. h. t.

9) L. 1. §. 4. D. h. t.

10) Cf. L. 2. §. 6. 7. L. 7. 9. D. h. t.

11) L. 3. §. 6. D. h. t. L. 1. pr. §. 13—18. D. de coniung. cam. emanc. lib. (37. 8.) L. 5. pr. D. si tab.

12) L. 1. §. 4. D. h. t. cf. L. 8. §. 14. D. de b. p. c. t. Vgl. auch L. 20. §. 1. D. ibid.

13) L. 1. §. 3. D. h. t.

Emancipirte unter einander sind nicht zur Collation verpflichtet. Unter ihnen besteht nicht jene Rechtswungleichheit; allen Emancipirten aber ist durch das prätorische Erbrecht ein bisher entbehrter Vortheil gewährt worden; und darin, daß der eine weniger als der andere eigenes Vermögen erworben habe, erkannte der Prätor keinen Grund zur Beschwerde für jenen¹⁴⁾. Selbst wenn mehrere Emancipirte mit suis hereditibus concurriren, so kommen doch bei der diesen letzten von einem jeden der ersten zu leistenden Collation auch rücksichtlich der Theilbestimmung die übrigen Emancipirten nicht in Betracht; z. B. wenn zwei Emancipirte und zwei sui heredes vorhanden sind, so hat jeder von den Emancipirten drei Theile des der Collation unterworfenen Vermögens zu machen; einen für sich, zwei für die beiden sui heredes, gleich als erbt er mit diesen allein, obwohl doch die väterliche Erbschaft durch die Concurrenz des zweiten Emancipirten in vier Theile zerfällt¹⁵⁾.

Die Collation beschränkt sich nur auf den Fall der *bonorum possessio contra tabulas* und *unde liberi*¹⁶⁾; und zwar fand sie auch hierbei nach dem Edicte nur unter der Voraussetzung statt, daß auch die sui heredes die *bonorum possessio* agnoscirten, nicht bloß mit ihrem Civilerbrecht sich begnügten, auf welchen Umstand jedoch nach der verständigen Interpretation späterer Juristen kein Gewicht mehr gelegt wurde¹⁷⁾. Die testamentarische Erbfolge war schon nach Civilrecht von jeder den Emancipirten wie den suis hereditibus gleich zugänglich, und wenn hier der Testator eine Gleichstellung beider, mit Rücksicht auf die bisherige Vermögensunfähigkeit der letzten, beabsichtigt, so mag er diese durch besondere Verfügungen erwirken¹⁸⁾. Sonst erhält der Emancipirte unverkürzt den ihm angewiesenen Erbtheil, *ex iudicio defuncti*, so wie er auch im Fall der *bonorum possessio contra tabulas* nichts zu consecriren braucht, wenn er durch die Theilnahme an derselben nicht mehr erhält, als ihm in dem angefochtenen Testament durch Erbeinsetzung oder Vermächtniß zugewendet worden¹⁹⁾.

Die Collation ist aber für die Collationspflichtigen nicht Bedingung der Agnition der *bonorum possessio*. Sie können diese ohne Weiteres agnoscirten und so auch ihren Erben sichern. Aber in Folge davon tritt die Verbindlichkeit zur Collation ein²⁰⁾. Wegen Erfüllung derselben soll nach dem Edicte Caution geleistet werden, und zwar mit Bürgen (*satisfactio*) oder doch durch Pfandbestellung²¹⁾. Doch wird es natürlich ge-

14) L. 2. §. 5. D. h. t. L. 9. Cod. h. t.

15) L. 1. §. 24. L. 3. §. 2. D. h. t. Ueber L. 1. §. 16. D. de coniung. cum em. lib. vgl. Cuiac. obs. III. 29. Pflüger, §. 10.

16) L. 1. pr. cit. Cf. L. 20. §. 1. D. de bon. poss. c. tab.

17) L. 1. §. 1. 2. L. 10. D. h. t.

18) L. 6. D. de dot. collat. L. 1. cf. L. 7. Cod. h. t.

19) L. 1. §. 6. 7. D. h. t.

20) L. 3. pr. D. h. t. Vgl. Ulpian. XXVIII. 4. *datur b. p., si parati sint cavere* etc. Natürlich verweigerte der Prätor lieber gleich die Ertheilung der *b. p.*, wenn die Petenten von vornherein sich widerwillig zeigten.

21) L. 1. §. 9. D. h. t. cf. L. 5. §. 1—3. *ibid.*

rügend gefunden, wenn das fragliche Vermögen sofort zur Theilung hingegeben oder der entsprechende Theil den Berechtigten ausgeantwortet²²⁾, oder auch auf andere Weise den Ansprüchen derselben sofort vollkommen Genüge geleistet wird²³⁾; nur können diese, sofern über den Bestand des Vermögens irgend eine Ungewißheit herrscht, jedenfalls noch wegen vollständiger Erfüllung der Verbindlichkeit Sicherheit verlangen²⁴⁾. Diesen Anforderungen nachzukommen, dazu wird der Collationspflichtige indirect dadurch angehalten, daß ihm widrigenfalls der Vortheil der *honorum possessio* entzogen werden kann. Es werden ihm die *fictionis actiones*, welche sonst dem *honorum possessor* zu Gebote stehen²⁵⁾, und natürlich eben so auch die *exceptiones*, welche er sonst dem als alleinigen Civilerben Klagenden *suus heres* entgegensetzen könnte²⁶⁾, denegirt, und so wird denn das Civilrecht des *suus heres* von der beschränkenden Concurrenz des Emancipirten befreit²⁷⁾. Und zwar gewährt es, wenn etwa von mehreren Emancipirten, die bereits *honorum possessio* agnoscirt haben, der eine oder andere nicht *cavirt* oder *conferirt*, nur den Collationsberechtigten einen Zuwachs der Erbschaft²⁸⁾; es tritt nicht für alle Miterben *ius accrescendi* ein, als hätte jener Emancipirte die *honorum possessio* gar nicht erworben²⁹⁾. Dagegen werden dem Emancipirten die Erbschaftsklagen gänzlich denegirt, wenn er auch nur einem von mehreren Collationsberechtigten das Erforderliche nicht leistet³⁰⁾. Jedoch nur dann findet diese Strenge Anwendung, wenn der Collationspflichtige bösslicher ungehorsamer Weise (*per contumaciam*) die Caution vorenthält³¹⁾, und selbst dann kann er doch durch nachträgliche Cautionleistung seine Erbansprüche wieder zu Kräften bringen³²⁾. Wenn er nur aus Unvermögen der Auflage nicht alsbald genügt, so wird jede mögliche schonende Rücksicht für ihn genommen, und nöthigenfalls durch Bestellung eines Curators für seinen Erbtheil geholfen³³⁾. Uebrigens kann die Caution auch schon vor Agnition der *honorum possessio* geleistet werden; dann aber

22) L. 1. §. 12. *ibid.* Aut enim re aut cautione facienda collatio est. Vgl. *Pauli sent.* V. 9. §. 4. *Emancipati... de conferendo cavere cum satisfactione debebunt. Quodsi satisfacere non possunt, statim ex fide bonorum confusionem... facere cogendi sunt.*

23) L. 1. §. 12. *ibid.* 3. B. Si tantum forte ex bonis paternis emancipatus remittat, quantum ex collatione suus habere debet; oder: si nomen paterni debitoris delegaverit, vel fundum remve aliam dederit pro portione bonorum, quae conferre debuit.

24) L. 1. §. 11. *cit.* Si igitur constet inter partes, quid sit in bonis emancipati, sufficiens collatio est divisio; si non constet... tunc propter incertum cautio erit interponenda.

25) *Ulp.* XXVIII. 12. *Cai.* IV. 34.

26) L. 15. D. de b. p. c. t. L. 2. D. de except. rei iud.

27) L. 3. pr. in f. D. h. t. L. 11. *Cod.* h. t. cf. L. 8. D. h. t.

28) L. 2. §. 8. D. h. t.

29) L. 3. §. 9. L. 5. D. de bon. poss. (37. 1.)

30) L. 1. §. 13. D. h. t.

31) L. 1. §. 13. *cit.*

32) L. 1. §. 10. in f. *ibid.* cf. L. 8. *ibid.*

33) L. 1. §. 10. 13. L. 2. §. 9. D. h. t.

ist sie nur bindend, unter der Voraussetzung, daß diese wirklich nachfolgt; und wenn der Emancipirte reell consecrirt hat, agnoscirte aber nachher die *honorum possessio* nicht, so steht ihm die *condictio des Gegebenen* zu³⁴⁾. Wenn er dagegen einmal die *honorum possessio* erworben und Caution geleistet hat, so kann er nicht mehr willkürlich zurücktreten, sondern es kann nunmehr aus dem Cautionversprechen wegen Nichtleistung geklagt werden³⁵⁾.

Die Collationsverbindlichkeit geht auf die Erben des Emancipirten über; insofern das Erbrecht desselben ihnen zu gut kommt, wenn er nach bereits agnoscirter *honorum possessio* gestorben ist³⁶⁾. Eben so können andererseits auch die Erben des *suius heres* sie noch in Anspruch nehmen³⁷⁾. Es kann aber auch die Verbindlichkeit zu consecriren einen Andern treffen, in dessen Gewalt nämlich der zur *honorum possessio* berufene Extranus sich befindet. Dieß kommt vor, wenn der Vater den Sohn emancipirt, den Enkel von diesem Sohne aber in seiner Gewalt zurückbehalten hat, und nun der Sohn mit Hinterlassung von *sui heredes* vor jenen beiden gestorben ist. Hier wird dem Enkel die *honorum possessio* des natürlichen Vaters sowohl *ex edicto unde liberi* als *contra tabulas* deferirt, weil er, obwohl noch in der väterlichen Gewalt des Großvaters, doch nicht in *aliena familia* sich befindet³⁸⁾. Er kann aber als *homo alieni iuris* nach classischem Rechte nur dem Großvater auf dessen Geheiß die *honorum possessio* erwerben, so wie auch, was er bisher erworben, nur in des Großvaters Vermögen gekommen war. Will nun hier der Großvater durch den Enkel an der Erbschaft Theil haben, so muß er auch für denselben consecriren. Indessen steht es ihm frei, den Enkel zu emancipiren, damit dieser für sich selbst die Erbschaft annehme³⁹⁾. Ebenso verhält es sich in dem Falle, wenn ein in fremder Adoptivfamilie befindlicher Sohn als eingefetzter Erbe *commissio per alios edicto* an der *honorum possessio contra tabulas* Theil nimmt⁴⁰⁾. Insofern durch ihn der Adoptivvater erwirbt, muß dieser auch für ihn consecriren; derselbe kann ihn aber auch emancipiren und selbstständig die *honorum possessio* agnoscirten lassen; nur darf dieses nicht betrüglicher Weise geschehen⁴¹⁾.

34) L. 3. §. 5. D. h. t.

35) L. 5. §. 1—3. D. h. t.

36) Arg. L. 3. pr. D. h. t.

37) L. 1. §. 8. D. h. t. Diese Stelle erkennt dem Erben des *suius* nur dann den Anspruch auf Collation zu, wenn der letzte *honorum possessio* agnoscirte hatte. Wenn aber anerkannt wird, daß dem *suius* auch ohne Agnition der *bon. possessio* der Anspruch auf Collation zustehe, so wäre es nicht consequent, dem Erben desselben diesen Anspruch nicht eben so zuzuerkennen, wo der *suius* z. B. in Ermangelung eines civilrechtlich gültigen Testaments als Intestaterbe die Erbschaft *ipso iure* erworben hatte, und nun darin durch die Concurrenz des Emancipirten eine Beschränkung erlitt. — Cf. L. 14. Cod. h. t.

38) L. 7. 21. D. de b. p. c. t. L. 6. D. si tab.

39) L. 6. cit. L. 5. pr. D. h. t.

40) Vgl. Note 5.

41) L. 1. §. 14. L. 5. pr. in f. D. h. t. cf. L. 2. D. de dot. collat.

Besonders wichtig ist nun noch, den Gegenstand dieser Collation der Emancipirten genauer zu bestimmen, was von selbst auch auf die spätere Gestaltung dieser Lehre, nach der Zeit der classischen Jurisprudenz, führen wird. Regel ist: es soll Alles conferirt werden, was der Emancipirte Eigenes hat, was aber, wenn er es als *sui heres* hätte, Theil der väterlichen Erbschaft und nicht ihm ausschließlich vorbehalten wäre⁴²⁾. Daher mußte nun nach älterem Rechte regelmäßig alles Vermögen conferirt werden, was der Emancipirte zur Zeit des Todes des Erblassers hatte⁴³⁾, mit Inbegriff aber auch desjenigen, dessen er *dolo malo* sich entäußert hatte⁴⁴⁾; dagegen mit Ausschließung alles später Erworbenen, sofern dieses nicht als bloßer Zuwachs von jenem zu betrachten ist⁴⁵⁾. Durch den Tod des Erblassers sind sofort auch die *sui heredes* selbstständig und erwerblich geworden, und es steht also in Ansehung späterer Erwerbungen der emancipirten Miterben der Grund der Collation⁴⁶⁾. Darauf kommt es übrigens nicht an, ob durch den Emancipirten das fragliche Vermögen auch, wenn er nicht emancipirt worden wäre, hätte erworben werden können; es wird z. B. auch die *quarta*, welche *ex rescripto D. Pii* dem arrogirten Unmündigen erworben wird, als Collationsgegenstand bezeichnet, obwohl doch der Unmündige, ohne vorher aus des natürlichen Vaters Gewalt ausgetreten zu sein, nicht arrogirt werden, also auch jenen Erwerb nicht machen kann⁴⁷⁾.

Ausgenommen von der Collation ist aber gemäß dem angegebenen Princip a) die dem Emancipirten zustehende *actio iniuriarum*⁴⁸⁾. Obwohl auf Bezahlung einer Geldstrafe gerichtet, wird diese doch nicht als

42) L. 52. §. 8. D. pro socio. (17. 2.)

43) L. 1. pr. L. 3. §. 3. D. h. t. L. 6. Cod. h. t. = Ulpian. l. c.; deducto aere alieno. L. 2. §. 1. D. h. t. cf. L. 1. §. 20. ibid. Ueber bedingte Forderungen und Schulden vergl. L. 2. §. 1. & ibid. In §. 3. cit. ist zu interpingiren: *Id quoque, quod sub conditione ex stipulatu debetur emancipato, conferri debet. Diversum est in legato conditionali, quia etsi in potestate fuisset et post mortem patris conditio extitisset, ipse actionem haberet. Dagegen ein legatum ex die betreffend vgl. L. 1. §. 18. ibid. Si emancipato legatam fuerit, quam pater morietur, etiam hoc conferre debet.*

44) L. 1. §. 23. D. h. t.

45) *J. B. insula in flumine nata, alluvio etc., auch Früchte. Dies folgt von selbst daraus, daß das zur Todeszeit vorhandene Vermögen als zur väterlichen Erbschaft gehörend behandelt werden soll. Vgl. oben Note 6. L. 5. §. 1. D. de dot. collat. und unten Note 182. Dagegen kommt wie die accessio so auch die decessio in Betracht, sofern sie sine dolo et culpa des Collationspflichtigen eintritt. L. 3. §. 2. D. h. t. cf. L. 20. §. 3. D. de hered. pot. (5. 3.) L. 178. §. 1. D. de V. S.*

46) L. 15. Cod. h. t. Man bemerke jedoch L. 2. pr. D. h. t. ... *nepotem postumum... bona sua conferre, licet non potest dici, mortis tempore avi bona habuisse, qui ipse nondum in rerum natura erat; und L. 1. §. 17. ibid. Qui ab hostibus captus post mortem patris rediit, licet moriente patre nihil habuit, quam apud hostes fuerit, tamen ... conferret scilicet ea, quas moriente patre haberet, si ab hostibus captus non fuisset.*

47) L. 1. §. 21. D. h. t.

48) L. 2. §. 4. D. h. t.

ein Vermögensobject angesehen; sondern nur als Mittel, für persönliche Kränkung Ermöglicher zu erlangen⁴⁹⁾; sie steht deshalb auch dem *sui heres* wegen der schon vor des Vaters Tode erlittenen Erbverletzung selbstständig und ausschließlich zur⁵⁰⁾, und consequent ist sie dem auch nicht zu conferiren. b) Dasjenige, was dem Emancipirten *dignitatis nomine*, d. i. zur Bekräftigung des mit Bekleidung einer öffentlichen Würde verbundenen Aufwandes gegeben worden; denn dieses sollte auch dem *sui heres* vorbehalten, ja selbst das noch bloß (vom Vater) Versprochene aus der Erbschaft geleistet werden⁵¹⁾. c) Die *dos*, welche dem Emancipirten als Ehemann bestellt worden; Denn auch der *filiusfamilias* behält die für seine Ehe bestellte *Dos* ausschließlich, wie das *onus matrimonii* auf ihn allein übergeht⁵²⁾. d) Die *bona castrensia*, oder dasjenige Vermögen, welches für den *sui heres* ein *castrense peculium* gebildet haben würde, und als solches auch diesem nach des Vaters Tode ausschließlich zu eigen bleiben würde, wie er schon bei Lebzeiten des Vaters in Ansehung desselben als *paterfamilias* gilt⁵³⁾. Diesem *castrense peculium* aber ist auch das quasi *castrense* gleichzustellen; und dieses wird auch in den Digesten schon rücksichtlich unserer Frage ausgesprochen⁵⁴⁾, sei es nun durch Interpolation, oder weil schon zu Ulpian's Zeit ein quasi *castrense peculium* als Analogon des *castrense* unterschieden worden⁵⁵⁾.

Nach demselben Princip mußte nun aber die Collationsverbindlichkeit rücksichtlich ihres Gegenstandes noch bedeutendere Einschränkung erfahren, seitdem den Kindern in der väterlichen Gewalt zuerst an gewissen Arten von Vermögenserwerb, durch Justinian endlich an allem nicht vom Vater herrührenden Erwerbe das Eigenthum vorbehalten und nur Verwaltung und Nießbrauch desselben dem Vater kraft der väterlichen Gewalt belassen worden⁵⁶⁾. Alle sogenannten *bona adventitia* des Emancipirten müssen

49) *Magis enim vindictae quam pecuniae habet persecutionem.* Cf. L. 28. D. de iniuriis. (47. 10.)

50) L. 17. §. 22. D. de iniuriis.

51) L. 1. §. 16. D. h. t.

52) L. 3. §. 4. D. h. t. *Quare, sicut is qui in potestate est, dotem uxoris praecipit, ita emancipatus quoque, quasi praecipiat, retinere debet.* Cf. L. 1. §. 20. *ibid.* — Ein anderer Grund ist es, warum der Emancipirte die seiner Tochter bestellte *dos* nicht zu conferiren braucht: *quia in bonis eius non est.* L. 1. §. 9. D. de dot. collat. L. 4. D. h. t. — Eine Frage, welche eigentlich gar nicht die Collation betrifft, sondern die Rückstattung der *dos* nach Auflösung der Ehe, wird in L. 6. D. h. t. behandelt.

53) L. 1. §. 15. 22. D. h. t. L. 52. §. 8. D. pro socio. L. 54. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) L. 4. pr. D. de castrensi peculso. (49. 17.) Vgl. *Paul. sent.* V. 9. §. 4: *Excepto peculio castrensi.* *Fragm. de iure fisci*, §. 10: *Excepto castrensi peculio bona sua conferre debent.* In diesen beiden Stellen wird also quod in castris fuerit acquisitum oder die *castrensis pecunia* (L. 54. cit.) auch bei Emancipirten geradezu *peculium* genannt. Vgl. auch L. 1. §. 15. cit.

54) L. 1. §. 15. D. cit.

55) Vgl. *Zimmermann, Rechtsgeschichte*, Bd. 1, §. 188.

56) *Tit. Cod. de bonis maternis et materni generis.* (6. 60.) und *de bonis, quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias acquiruntur.* (6. 61.)

nach diesen Justinianischen Bestimmungen von der Collation ausgenommen sein, weil dieselben auch den sui heredes verbleiben. Dieses wird auch klar genug von Justinian selbst angedeutet in einer Constitution, welche zwar zunächst nur das Verhältniß mehrerer in der Gewalt gebliebener Kinder zu einander im Auge zu haben scheint, gleichwohl aber vollkommen bestätigt, was die Consequenz des Rechtes erhellt⁵⁷). Der vom Vater herrührende Erwerb der Kinder aber, die sogenannten bona profectitia, bleibt immer noch als Gegenstand der Collation übrig, sofern er nicht unter eine andere Ausnahme fällt (näm. h. d.). Auch dieses wird ganz bestimmt ausgesprochen durch den Schlussatz der unter Nr. 3 näher zu besprechenden L. 17. Cod. h. t. vom J. 467, welcher höchstwahrscheinlich von den Justinianischen Compilatoren interpolirt worden ist, und unter dieser Voraussetzung gerade um so schlagender beweist, daß im Justinianischen Rechte noch eine besondere Collationspflicht der Emancipirten in der angegebenen Beziehung anerkannt sei⁵⁸). Zwar läßt sich ein Bedenken dagegen erheben, weil nach neuerem Rechte den in der Gewalt befindlichen Kindern die ihnen vom Vater gegebenen bis zum Tode nicht widerrufenen Geschenke als Voraus zugesprochen seien⁵⁹), also auch in Ansehung der profectitia bona der Grund der Collation weggefallen sei. Allein dieser Satz selbst, so entschieden er in älteren Rescripten ausgesprochen worden⁶⁰), ist im Justinianischen Codex bei weitem nicht so unzweifelhaft anerkannt, als eben diejenige Rechtsvorschrift, welche dadurch

57) L. 21. Cod. de collat.. Res, quas parentibus acquirendas esse prohibuimus, nec collationi post obitum eorum inter liberos subiaceant. Ut enim castrense peculium in commune conferre in hereditate dividenda et ex prisci iuris auctoritate minime cogebantur, ita et alias res, quae minime parentibus acquiruntur, proprias liberis manere censemus.

58) L. 17. Cod. h. t. Emancipatis videlicet liberis utriusque sexus pro tenore praecedentium legum ea quae in ipsa emancipatione a parentibus suis, ut adsolet fieri, consequuntur, vel post emancipationem ab eisdem parentibus acquisierint, collaturis. Zu Leo's Zeit war die Beschränkung auf den vom Vater herrührenden Erwerb noch nicht passend. Cf. L. 4. 5. C. de bonis quae liberis. (6. 61.) — Franke, S. 223, versteht unter den praecedentes leges diejenigen, welche den Erwerb des Vaters durch den filiusfamilias beschränkt haben. Dann müßten auch diese Worte interpolirt sein. Räder aber liegt es nach dem späteren Sprachgebrauche die Worte leges praecedentes auf das bisherige Recht überhaupt zu beziehen, und man braucht dann nur die Worte ab eisdem parentibus für interpolirt zu halten. Es wäre doch auch sehr seltsam, wenn die Compilatoren im Context einer Leonischen Constitution weit spätere Constitutionen, die im ersten Codex noch gar nicht standen und im codex repetitae praelectionis in einem späteren Titel (6. 61.) vorkommen, leges praecedentes genannt hätten.

59) Den Beweis für die Anerkennung dieses Satzes im Justinianischen Rechte findet man in L. 18. Cod. fam. ercisc. (3. 36.) L. 2. Cod. de inoff. donat. (3. 29.) L. 25. Cod. de donat. int. v. et u. (5. 16.)

60) Vat. fragm. §. 274. 277. 278. 281. (theils von Diocletian und Constantius, theils von Constantinus.) L. 2. Greg. Cod. fam. ercisc. (von Valerian und Gallienus.) Vgl. auch Paulli sent. V. 11. §. 3. Anders noch Papinian in Vat. fragm. §. 294. 296. und Sev. et Antonin. in §. 295. ibidem.

zweifelhaft gemacht werden soll⁶¹); vielmehr findet sich gerade in dem Titel über Collation eine Constitution, welche nach der einfachsten Erklärung jenem Satze durchaus widerspricht⁶²). Wenn er nun auch für richtig gehalten wird, so muß doch neben demselben der klar ausgesprochene andere Satz noch gelten, daß Emancipirte die vom Vater empfangenen Gaben consecriren müssen⁶³). Und dieser läßt sich auch dann noch wohl rechtfertigen. Die Schenkung des Vaters an das Kind ist ein juristisch ganz ungiltiger Act⁶⁴); der Vater kann über das Geschenke noch eben so, wie vorher, als über sein Eigenthum vollkommen frei verfügen; er bedarf nicht eines ausdrücklich erklärten Widerzuses, um dasselbe zurückzunehmen. Wenn er nun ungeachtet dieses ihm bis zum Tode gebliebenen freien Verfügungsrechtes nichts vornimmt, woraus der Wille, die Schenkung zurückzunehmen, sich erkennen ließe, so darf man dieses wohl als ein Zeichen betrachten, daß er dem beschenkten Kinde das Geschenk als praecipuum aus der Erbschaft zugebacht habe. Anders verhält es sich, wenn der Vater dem emancipirten Kinde geschenke hat. Diesem ist das Geschenk sofort vollkommen gültig erworben und kann ihm nicht willkürlich wieder entzogen werden⁶⁵). Es kann also aus der Unterlassung des ihm nicht

61) Er wird entschieden verneint von Mayer, Erbrecht, Bd. 1, S. 375—378. Vgl. damit Franke a. a. D. S. 228—241.

62) L. 13. Cod. h. t. Si donatio tibi post mortem patris fundum quaesisti, soror tua portionem eius vindicare non potest. Nam si is filiae familias constitutus tibi a patre donatus est, cum sorore patri communi succedens eum praecipuum habere contra ius postulas (Diolet. et Maxim.). Unzweifelhaft bezog sich dieses Rescript in seiner ursprünglichen Fassung gar nicht auf unsere Frage, sondern berührte nur den Gegensatz der beiden Fälle, wenn nach oder vor dem Tode des Vaters der sua heres ein Grundstück von irgend einem Dritten geschenkt worden war. Die Compilatoren, bemerkend, daß die Entscheidung des zweiten Falles dem Justinianischen Rechte nicht mehr entspreche, interpolirten die Worte a patre, um dadurch die Beziehung derselben auf bona adventitia auszuschließen. Unzweifelhaft nenne ich dieses, weil sonst die Constitution im Widerspruche steht mit anderen Rescripten desselben Kaisers (Note 60), weil sonst auch kein reiner Gegensatz zwischen dem ersten (post mortem patris) und dem zweiten Falle (filiae familias constitutus) sich herausstellt, und weil schon die Fassung des zweiten Satzes, wie sie uns vorliegt, die Interpolation deutlich verräth (a patre donatus. cum sorore patri communi succedens). Ueber verschiedene verunglückte Versuche, dieser Stelle zu helfen, vergl. Franke, S. 235—237. Die obige Vermuthung hat auch Mayer a. a. D., nur weniger entschieden, ausgesprochen: kann man kaum umhin, bei L. 13. an eine Interpolation zu denken. Um so beweisender ist sie für das Justinianische Recht — nämlich für die Ansicht, daß nach diesem die a patre donata nicht ein praecipuum der beschenkten sui heredes sind. Und allerdings muß man den Compilatoren eine große Gedankenlosigkeit Schuld geben, wenn sie bei Anerkennung der entgegengesetzten Ansicht doch hier die Worte a patre einschalteten haben sollten.

63) Klar ausgesprochen ist er in L. 17. cit., indirekt angedeutet in L. 11. D. h. t. L. 1. Cod. h. t., ja durch die Aufnahme aller die Collation der Emancipirten betreffenden Stellen des Godes und der Pandekten. Vgl. Mayer a. a. D. S. 379.

64) L. 11. 17. Cod. de donat. (8. 54.)

65) L. 11. in f. L. 17. cit. Vat. fragm. S. 279.

zustehenden Widerrufes kein Schluß auf seine letzte Willensmeinung abgeleitet werden. Er könnte zwar erklären, dem Beschenkten solle das Geschenk auf seinen Erbtheil angerechnet werden; allein dies setzt schon eine ausdrücklich mit Beziehung auf den Todesfall getroffene Verfügung voraus, die bei Geschenken an die Hauskinder nicht nothwendig ist. In der That also wäre keine rechtliche Gleichheit zwischen den *sui heredes* und den emancipirten Kindern, wenn nunmehr die letzten alle vom Erblasser einmal empfangenen Geschenke nicht zu conferiren brauchten, wofern derselbe ihnen diese Last nicht auferlegt hätte, während jenen oft Geschenke gemacht und eben so oft wieder entzogen sein können. Ferner kommt auch dieses in Betracht: dem Hauskinde kann der Vater mancherlei Vermögensobjecte in die Hände geben oder zur Disposition übergeben, er kann ihm ein *Peculium* einräumen, ohne daß darin eine *donatio* zu finden wäre. Nicht jede Gabe des Vaters an den Sohn kann man als eine *donatio* ansehen, welche diesem ein *praecipuum* gewähre, falls sie nicht zurückgenommen werde; vielmehr gehört dazu ohne Zweifel die Absicht, eine wahre Schenkung vorzunehmen, wenn gleich diese mit vollkommenem juristischen Effect nicht statthaben kann⁶⁶). Dem emancipirten Kinde, bei welchem von einem *Peculium* keine Rede sein kann, ist aber Alles wahrhaft geschenkt, was ihm der Vater ohne Vorbehalt gegeben hat, und so kann es leicht der Fall sein, daß dem Emancipirten etwas geschenkt worden, was, wenn er noch in *potestate* wäre, nur als gewöhnliches *Peculium* zu betrachten und daher ihm nicht als *praecipuum* zuzusprechen wäre. Auch in dieser Beziehung scheint es denn angemessen, um der vollen rechtlichen Gleichheit willen, daß dem Emancipirten noch die Collation der vom Vater empfangenen Geschenke auferlegt werde, wogegen dann aber auch der Vorbehalt der *sui heredes* billig nicht geltend gemacht werden darf⁶⁷).

Aber soll die Gleichstellung vollkommen sein, so darf man, wie es scheint, nach dem Rechte des Justinianischen Codex nicht bei der Collation der sogenannten *bona profectitia* stehen bleiben. Auch in Ansehung der sogenannten *bona adventitia* haben die Emancipirten immer noch einen bedeutenden Vortheil vor den in der Gewalt gebliebenen Kindern voraus, den Vortheil nämlich, daß sie bereits bei Lebzeiten des Vaters die Ausübung derselben haben, welche an den *bona adventitia* der *sui heredes* bis zu seinem Tode dem Vater zustand⁶⁸). Consequent wäre es demnach,

66) *Vat. fragm.* §. 278: *Perfectas donationes. L. 2. Grog. Cod. cit. Donandi animo. Cf. L. 4. §. 2. L. 8. D. de peculio. (15. 1.)*

67) Dies, glaubt Franke a. a. D., sei die Bedeutung der *L. 13. Cod. h. t.*, und aus diesem Gesichtspunkte sei deren Aufnahme in den *tit. de collat.* zu erklären. Aber die ursprüngliche Bedeutung der Constitution war es gewiß nicht; denn diese spricht ja gar nicht von Emancipirten, und ihr Urheber konnte nicht voraussehen, daß sie einmal in einem *titulus de collationibus* ihren Platz erhalten würde.

68) *L. 6. pr. §. 2. Cod. de bonis quae lib.* Nur die Hälfte des Nießbrauches an den zur Zeit der Emancipation schon erworbenen *bona adventitia* kann der Vater auch nach der Emancipation als *praemium emancipationis* behalten. *L. 6. §. 3. l. c.*

dem Emancipirten auch noch die Collation des Ususfructus von demjenigen Vermögen aufzulegen, welches, wenn er in der Gewalt des Vaters gestanden, dem Nießbrauche desselben unterworfen gewesen wäre, oder vielmehr, genauer zu reden, die Collation desjenigen Erwerbes, welchen er mittels der ihm als Emancipirten zustehenden selbstständigen Nutzung jenes Vermögens gemacht hat, eben daher aber als filiusfamilias nicht gemacht haben würde⁶⁹). Damit stimmt auch sehr wohl überein die Aeußerung Justinian's in L. 21. Cod. h. t., woznach die res, quas parentibus acquirendas esse prohibuimus, der Collation nicht unterworfen sein sollen; denn zu diesen Sachen gehört eben das durch die Nutzung der bona adventitia Gewonnene nicht. Eine ausdrückliche Bestätigung aber dieser Consequenz enthalten die Basiliken⁷⁰) und Harmenopolus⁷¹), deren Ausspruch, wenn gleich für uns ohne gesetzlich bindende Kraft, doch als Zeugniß über die spätere Auffassung des Verhältnisses eine große Auctorität hat. Eben so ist denn auch von verschiedenen Rechtsgelehrten älterer und neuester Zeit die Collationsverbindlichkeit der Emancipirten rückfichtlich des Ususfructus der bona adventitia anerkannt worden⁷²). Dagegen aber hat man erinnert, es könne davon aus dem Grunde nicht die Rede sein, weil nach L. 11. D. de collat. überall nicht conferirt zu werden brauche, was nach dem Tode des Vaters dem Sohne herauszugeben sei, sollte er dasselbe auch schon früher erhalten haben; weil zudem nach L. 6. §. 2. Cod. de bon. quas lib. auch von dem suus die Früchte der Adventitien lucrirt werden, wenn der Hausvater sie ihm über-

69) Der Betrag ist zu bestimmen mit Rücksicht auf den Zeitpunkt des Todes. Vergl. oben Note 42—47. Franke, S. 241. In den Fällen, welche in Note 39—41 vorkommen, hätte eben so derjenige, in dessen Gewalt der collationspflichtige Erbe sich befindet, zu conferiren, was er durch den ihm kraft der väterlichen Gewalt zustehenden Nießbrauch der bona adventitia gewonnen hat.

70) Lib. 43. 36., edit. Fabroti. tom. V. p. 516, wo aus L. ult. Cod. h. t. die Folgerung abgeleitet wird: *Σήμερον τοίνυν οὐδὲν ἕτερον συνεισφέρουσι τοῖς ἰδίοις ἀδελφοῖς οἱ παῖδες οἱ ἀντεξούσιοι, εἰ μὴ μόνον τὰ ἀπὸ παραγμάτων γονιῶν καὶ τὴν χορήγειν· ταῦτα γὰρ ἤμελλον εἰ ἦσαν ἀντεξούσιοι προσπορεῖν.*

71) Prochiron lib. V. tit. 8. §. 25.

72) Vgl. Franke a. a. D., insbesondere S. 217, Note 55. Thibaut, System des Pandektenrechtes (8. Aufl.), §. 884, Nr. 2. Andere erkennen die Consequenz dieser Ansicht wohl an, glauben aber mit Zimmern in Schunk's Jahrb. Bd. 6, S. 47, die Consequenz werde hier inconsequent, indem sie auf die höchste Spitze getrieben werde. Mühlenbruch, doctrina pand. edit. IV. §. 720. not. 7. Wening-Ingenheim, Lehrb. (5. Aufl.), §. 512, Note 2. Allein was Zimmern für seine Meinung anführt, ist in der That juristisch sehr unbedeutend. Das die filiusfamilias in ihres Vaters Brot stehen, die emancipati sich selbst ernähren müssen, kommt nicht in Betracht, weil ja die Letzten, was sie verzehrt haben, jedenfalls nicht zu conferiren brauchen (Note 69), sondern was sie zurückgelegt haben. Die Schwierigkeit der Ausmittlung des Letzten läßt sich gewiß für viele Fälle nicht leugnen; aber sie ist eine nur factische Schwierigkeit, die in manchen anderen Fällen oft in nicht geringerem Grade vorkommt. Auch wird sie in sehr vielen Fällen gar nicht so groß sein.

lasse⁷³). Allein diese Gegengründe scheinen nicht zutreffend. In L. 11. cit. will Paulus nur eine falsche Anwendung des Grundsatzes abwenden, daß der Emancipirte alles vor dem Tode des Vaters erworbene Vermögen conferiren müsse. Ist nämlich darunter Etwas, was ihm nach dem Tode des Vaters gegeben werden müßte, was ihm aber freiwillig schon früher gegeben worden, so soll er dieses nicht zu conferiren schuldig sein; denn er besitzt es jetzt nicht mehr wegen der Schenkung, die darin lag, daß es ihm früher gegeben wurde, sondern wegen des Rechtsanspruches, der erst in die Zeit nach dem Tode fällt. Paulus scheint dabei einen Fall der Art im Auge gehabt zu haben, wie er in L. 1. §. 19. D. h. t. vorkommt; denn nur in einem solchen anomalen Falle konnte nach classischem Rechte von einem Ansprüche der Hauskinder auf Herausgabe eines Vermögensobjectes nach dem Tode des Vaters die Rede sein. Es geht aber hieraus von selbst hervor, daß L. 11. eben nur auf dasjenige sich bezieht, was nach dem Tode des Vaters herausgegeben werden mußte, nicht auch auf dasjenige, was vermittelst dessen sonst irgend schon vor dem Tode des Vaters erworben worden ist, wofern nicht nach der besonderen Natur des Rechtsverhältnisses, wie bei einem Fideicommiss der Fall sein kann, auch dieses mit in jenem begriffen sein soll. Auch L. 6. §. 2. Cod. cit. kann eine Einwendung gegen unsere oben aufgestellte Ansicht nicht begründen. Allerdings sagt das Gesetz: wenn der Vater die sogen. bona adventitia dem Kinde zum Genuß überlassen habe, so sollen nachher andere Erben kein Recht haben, eundem usumfructum vel quod ex hoc ad filiosfamilias pervenit, utpote patri debitum sibi vindicare, sed quasi diuturna donatione in filium celebranda... ita causa intelligatur, ut eundem usumfructum post obitum patris ipse lucretur. Aber darin ist ja offenbar vorausgesetzt, daß der Vater freiwillig und ohne Widerruf bis zum Tode (quasi diuturna donatione) dem Kinde den eigenen Genuß seines Erwerbes verstatet habe. Dem kann unmöglich der Fall gleichgestellt werden, wenn der Emancipirte eigenes Vermögen erworben hat, dessen Nutzung ihm der Vater gar nicht entziehen kann. Nur wenn dieser auf irgend eine Weise an den Tag legte, daß er den freien Gebrauch auch dann dem Sohne gestatten würde, wenn er ihm denselben zu entziehen das Recht hätte, könnte man eine Parallele mit jenem Fall gelten lassen.

Nach allem diesem müssen wir also die Behauptung festhalten, daß nach dem Justinianischen Codex noch eine eigenthümliche Collationspflicht der Emancipirten im Verhältniß zu den mit ihnen concurrirenden sui heredes bestand, welche sich auf allen Erwerb erstreckte, der, wenn sie filiifamilias geblieben wären, Vermögen des Vaters sein würde, d. i. auf die sogenannten bona profectitia und auf den Gewinn aus der eigenen Nutzung der sogen. bona adventitia, welche dem Nießbrauche des Vaters unterworfen gewesen wären. In demselben Umfange ist nach dem Rechte des Codex die Collationsverbindlichkeit auch in dem Falle zu be-

73) Rayer, Erbrecht, Bd. 1, §. 126, Note 11, S. 380. Pfizer, §. 151.

haupten, wenn Söhne mit Erhaltung ihrer Agnations- und Sui-tätrechte emancipirt worden sind, also nicht bloß durch *honorum possessio*, sondern auch als *sui heredes ab intestato* mit anderen in der Gewalt des Vaters zurückgebliebenen Kindern concurrirt, wie denn in diesem Falle auch der Grund der Collationsverbindlichkeit der Emancipirten mit gleicher Stärke eintrat⁷⁴): Uebrigens sind die früher aufgestellten Grundsätze noch im Justinianischen Rechte anzuerkennen, so weit nicht durch die Beschränkung des Umfangs der Collation und die veränderte Stellung der Kinder in der väterlichen Gewalt Modificationen darin von selbst bewirkt worden sind.

Nun aber ist noch die Frage, ob dieselben Grundsätze auch nach dem Justinianischen Novellenrechte noch bestehen geblieben seien?

In Nov. 18. cap. 6. a. E. hat Justinian noch ausdrücklich ausgesprochen, daß alles von ihm früher über die Collation Verordnete fernhin bei Kräften bleiben sollte⁷⁵). Aber durch Nov. 115. und Nov. 118., hat man behauptet, sei die eigenthümliche Collation der Emancipirten gänzlich weggefallen. Der Hauptgrund dafür ist dieser, daß nach jenen Gesetzen die Emancipirten überall nicht mehr der *honorum possessio* bedürfen, um mit den *sui heredes* zur Erbfolge zu gelangen, nur bei der *honorum possessio* aber denselben die Collation zur Pflicht gemacht worden sei⁷⁶). Dieser Grund jedoch ist durchaus ungenügend. Nicht die prätorische Natur der Erbfolge, welche den Emancipirten gewährt wurde, kam als wesentliches Moment in den Motiven der Bestimmungen über Collationspflicht in Betracht. Nur der Umstand, daß ihnen überhaupt eine Erbfolge eingeräumt wurde, wodurch sie im Resultate den *sui heredes* gleichgestellt werden sollten und gleichgestellt wurden, in Verbindung mit der unter ihnen und diesen bestehenden Rechtsungleichheit rücksichtlich des Erwerbes, enthielt den Grund jener Bestimmungen. Hätte der Prätor ein *civiles* Erbrecht verleihen können, oder wäre durch eine *Lex* ein gleiches Erbrecht der Emancipirten eingeführt worden, so hätte nicht minder in demselben Maße, wie jetzt, die Collationspflicht eingeführt werden müssen, um wahre Gleichstellung zu erwirken. Wie sehr diese in der Natur der Verhältnisse begründete Ansicht auch in der römischen Jurisprudenz anerkannt war, geht auf das Unzweideutigste daraus hervor, daß nicht nur auf Seiten der *sui heredes* schon von den classischen Juristen kein Gewicht darauf gelegt wurde, ob sie vermittelst der auch ihnen zustehenden *honorum possessio*, oder bloß vermöge ihres *Civilerbrechtes* mit Emancipirten in Concurrrenz traten⁷⁷), sondern daß auch, als zuerst der Fall eintrat, daß Emancipirte doch noch als *sui civiliter* erben konn-

74) L. 18. Cod. h. t. L. 11. Cod. de legitimis hered. (6. 58.)

75) Omnibus, quae prius de collationibus a nobis sancita sunt, in sua virtute manentibus.

76) Wenig = Jngenheim a. a. D. Note aa. Gdschen, Vorlesungen, Bb. 3, 2. S. 469. Pfizer a. a. D. §. 46, der jedoch schon im Rechte des Cober eine eigenthümliche Collation der Emancipirten nicht mehr anerkennt (§. 42), weil sich kein Object mehr dafür finde.

77) L. 10. D. h. t. Vgl. L. 1. pr. D. de dot. collat.

ten, selbst zugleich die Collationspflicht derselben auch für diesen Fall anerkannt wurde.⁷⁸⁾ Nach dem Rechte des Codex kam in der That auch sehr wenig darauf an, ob man als *honorum possessor* oder *civiler* erbt, und es wäre wahrlich eine unbegreifliche Inconsequenz gewesen, an diesen Unterschied eine so wichtige Folge anzuknüpfen. Wenn nun Nov. 118. durch die allgemeine auf alle Descendenten sich beziehende Bestimmung in Cap. 1. das Erbrecht der Emancipirten überall in ein civilrechtliches verwandelte, so löst sich daraus allein gewiß nicht abnehmen, daß sie in Rücksicht der Collationspflicht, welche sie gar nicht berührt, eine Veränderung beabsichtigt, und so diejenigen, welche nach ältestem Rechte allein als Descendenten erben, in ihren bisher anerkannten Rechten stillschweigend habe schmälern wollen. Aber man beruft sich auch noch darauf; daß Nov. 118. in cap. 1. a. E. und in cap. 4. sehr bestimmt und energisch ausgesprochen habe, es solle zwischen den Descendenten gar kein Unterschied mehr sein, ob sie in der väterlichen Gewalt des Verstorbenen sich befunden haben oder nicht, ob sie im Mannsstamm oder durch Abstammung von Weibern mit dem Erblasser verwandt seien: ein solcher Unterschied wäre aber noch vorhanden, wenn die Emancipirten den *sui heredes* noch in dem Maße zu conferiren hätten, wie es nach dem Rechte des Codex der Fall war; denn bei den Enkeln von Töchtern könne doch von dieser Collationspflicht auf keinen Fall die Rede sein⁷⁹⁾. Wir können uns aber von der Richtigkeit auch dieser Argumentation nicht überzeugen. Die Novelle bestimmt nur im Allgemeinen die Ordnung der Erbfolge und die Erbtheile unter concurrirenden Erben, und in dieser Beziehung wird kein Unterschied unter den Descendenten von uns behauptet. Die Collation beruht auf einem besonderen Verhältnisse der Emancipirten zu den *sui heredes*, das in der Novelle gar nicht berührt wird. Sie ist weder Bedingung der Erbfolge, noch bewirkt sie eine Modification in der Bestimmung der Erbtheile⁸⁰⁾; vielmehr wird die letzte vorausgesetzt, damit man bestimmen könne, in welchem Maße conferirt werden müsse. Der wesentliche Grund derselben besteht auch nach der Novelle noch eben so gut wie vorher. Auch konnte schon lange vor der Nov. 118. der Fall vorkommen, daß nicht collationspflichtige Nachkommen weiblicher Abstammung zugleich mit Emancipirten und *sui heredes* des Verstorbenen in dessen Beerbung concurrirten⁸¹⁾, ohne daß deswegen in der Collationsverbindlichkeit, welche den Emancipirten gegen die *sui heredes* oblag, irgend etwas geändert worden wäre⁸²⁾. Hier also, wenn irgendwo, ist der Satz anwendbar, daß ein späteres allgemeines Gesetz nicht von selbst auch die besonderen Bestimmungen des älteren Rechtes beseitigt. Obnehin ist in der That die einzige Neuerung, welche die Nov. 118. in

78) L. 11. Cod. de legit. hered.

79) Gölchen und Pfizer a. a. D.

80) Vgl. oben Note 9—13, 20.

81) L. 4. 5. Th. Cod. de legit. hereditat. (5, 1.) L. 9—12. Cod. de suis et legitimis. (6. 55.) §. 15. J. de hered. quae ab int. (8. 1.) Nov. 18. cap. 4.

82) Vgl. Mayer a. a. D. S. 368. Franke a. a. D. S. 224—228.

Rücksicht der Descendentenerbfolge bewirkt hat, nur diese, daß nun das Intestaterbrecht der Emancipirten ein civilrechtliches geworden ist; daß aber dieser Umstand ihrer Collationspflicht sie nicht entledige, ist schon oben gezeigt worden.

So sprechen also entscheidende Gründe für die Ansicht, daß auch nach dem neuesten Justinianischen Rechte noch eine eigenthümliche Collation der Emancipirten anzunehmen sei, wie sie auch im späteren griechischen Rechte noch unterschieden wird⁸³). Die Praxis ist allerdings von jeher der Annahme einer noch fortbauernben besonderen collatio emancipatorum abgeneigt gewesen, obwohl sich einzelne Stimmen dafür erhoben⁸⁴). Und sie wird sich vielleicht kaum noch erschüttern lassen, da sie in der herrschenden Ansicht, welche keinen Unterschied zwischen den verschiedenen Classen von Descendenten macht, eine Stütze findet, und auch jetzt noch manche Rechtsgelehrte dieselbe als wohlbegründet anerkennen.

Wir betrachten nunmehr

II) die collatio dotis, welche neben jener Collation der Emancipirten auch im classischen Rechte schon vorkommt. Die Vermögensobjecte, welche die dos bilden, sind zwar nach richtiger Ansicht vollkommen im Vermögen des Mannes. Allein die dos ist doch insofern in bonis mulieris, als die Frau nach Auflösung der Ehe die Rückgabe derselben zu erwarten hat⁸⁵). Aus diesem Grunde mußte die emancipata auch die ihr bestellte dos, deren Rückfall sie dereinst zu erwarten hatte, als ein ihr zugehörendes Vermögen conferiren⁸⁶). Aber desselben Vortheiles genoss auch die in der Gewalt des Vaters gebliebene Tochter. War bis zum Tode des Vaters die für sie bestellte dos noch nicht wirklich zurückgegeben worden, und zwar mit Einwilligung der Tochter, so hatte diese allein und ausschließlich das Recht der Rückforderung; der Anspruch darauf gehörte nicht zur Erbschaft, selbst wenn die Ehe schon zur Zeit des Todes des Vaters aufgelöst war, geschweige, wenn dieß nicht der Fall, und somit die Rückgabe der dos zur Zeit noch nicht zu erwirken war⁸⁷). Daher wurde die dos ipsius filiae proprium patrimonium genannt⁸⁸), und als Emancipirter brauchte der Vater auch die von ihm selbst der Tochter bestellte dos nicht zu conferiren, weil sie durchaus nicht in bonis eius war⁸⁹). Diesemnach hatte nun die dotirte filiafamilias vor anderen sui heredes einen besonderen rechtlichen Vortheil voraus, ähnlich demjenigen, welcher den Emancipirten durch die ihnen zustehende Erwerbsfähigkeit gewährt war. Auch diese Ungleichheit aber suchte das prätorische Edict zu beset-

83) Vgl. Note 70, 71. Uebereinstimmend sind Franke und Thibaut a. a. DD., ferner Mühlenthal, Zimmern, Mayer a. a. DD.; nur geben die Letzten dieser Collation einen beschränkteren Umfang. Vgl. Note 72, 73.

84) Vgl. Franke, S. 217, Note 55; S. 226, Note 60.

85) L. 75. D. de iure dot. (23. 3.) L. 4. D. de collat.

86) L. 1. §. 2. L. 2. D. de dot. collat.

87) L. 2. §. 1. 2. L. 3. L. 31. §. 2. D. soluto matr. (24. 3.) L. un. §. 11. 12. 14. Cod. de rei ux. act. (5. 13.) Cf. L. 5. Cod. de collat.

88) L. 3. §. 5. D. de minor. (44. 4.)

89) L. 1. §. 9. D. h. t. L. 4. D. de collat. bon. Vgl. oben Note 52.

tigen, und forderte daher die Collation der dos zu Gunsten der concurrenden sui heredes; und darin bestand die eigenthümliche collatio dotis des älteren Rechtes. Sie fand, wie die Collation der Emancipirten, nach dem Edicte nur statt bei der bonorum possessio contra tabulas und intestati undo liberi, nicht bei der testamentarischen Erbsfolge⁹⁰⁾; sie wurde jedoch nach einem Rescripte von D. Antoninus auch dann der sua heres auferlegt, wenn sie ohne Agnition der bonorum possessio bloß civilrechtlich ab intestato succedirte⁹¹⁾, und nicht etwa vom ius abstinendi Gebrauch machte⁹²⁾; und man darf unbedenklich annehmen, daß ebenso andererseits auch der Anspruch auf die collatio dotis nicht durch die Benutzung der bonorum possessio bedingt war⁹³⁾. Auch in anderen Beziehungen galt bei der dotis collatio Gleiches wie bei der Collation der Emancipirten; namentlich in Betreff der Frage, wem und in welchem Verhältnisse zu conferiren sei⁹⁴⁾, und wie der Anspruch auf Collation geltend zu machen sei⁹⁵⁾? Gegenstand der Collation aber war hier das Capital der dos, mit Abzug der impensae necessariae, als welche ipso iure dotem minuunt⁹⁶⁾; nach Trennung der Ehe dagegen mit Zurechnung der Früchte⁹⁷⁾, aber auch mit Beschränkung auf dasjenige, was die Frau wirklich erlangen kann (quantum facere maritus potest)⁹⁸⁾. Die Erfüllung der Verpflichtung konnte und mußte nach Umständen auch hier durch Caution gesichert werden⁹⁹⁾, oder es konnte sofort res conferirt werden¹⁰⁰⁾, zu welchem Zwecke jedoch die Collationspflichtige keineswegs während noch bestehender Ehe die Restitution der dos vom Manne zu fordern berechtigt war¹⁰¹⁾. War die dos von dem gemeinschaftlichen Erblasser selbst erst promittirt worden, so war die einfachste Weise der Collation diese, daß die Dotirte ihre Miterben pro rata parte liberirte und allein die Verbindlichkeit aus dem Dotalsversprechen übernahm¹⁰²⁾.

Aber nur wenn die Rückgabe der dos nicht ausdrücklich und gültiger Weise einem Anderen als der Frau vorbehalten worden, konnte diese Collationspflicht statt haben; denn nur dann trat der Grund derselben ein¹⁰³⁾. Uebrigens mußte nach classischem Rechte sowohl die dos ad-

90) L. 7. Cod. h. t. Cf. L. 16. ibid.

91) L. 1. pr. D. h. t. Cf. L. 4. Cod. h. t.: Si vel ab intestato succedant, vel contra tabulas petant. L. 5. Cod. ibid.

92) L. 9. D. h. t.

93) Arg. L. 10. D. de collat.

94) L. 1. §. 2—4. D. h. t. vergl. mit Note 8—11 oben; L. 3. 5. pr. 7. D. h. t. vgl. mit Note 12, 13, 19, oben. L. 14. Cod. h. t. vgl. mit Note 36, 37.

95) L. 8. 12. 14. 16. Cod. h. t. vgl. mit Note 25—35 oben.

96) L. 1. §. 5. D. h. t. L. 1. §. 1. L. 5. 8. D. de impensis. (25. 1.)

97) L. 5. §. 1. D. h. t.

98) L. 1. §. 6. D. h. t.

99) L. 1. §. 7. D. h. t.

100) Bgl. oben Note 21—24.

101) L. 5. Cod. h. t.

102) L. 1. §. 8. D. L. 2. Cod. h. t.

103) L. 1. §. 1. D. h. t. Cf. L. 2. ibid.: Quae ad eam pertinere poterit.

ventitia als die dos profectitia den sui heredes conferirt werden, da durch die eine sowohl wie durch die andere die dotirte sui heres ein von eigenthümlichen Vortheil voraus hatte, den die concurrenden sui heredes nicht haben konnten¹⁰⁴). In der Folgezeit mußte aber die Verpflichtung zur Collation der dos adventitia consequenter Weise in demselben Maße beschränkt werden, in welchem die bona adventitia der filiafamilias überhaupt dem Rechte des Vaters entzogen wurden; sie mußte nach derselben Consequenz im Justinianischen Rechte endlich ganz wegfallen. Dieß leuchtet von selbst ein, wenn man bedenkt, daß auch die aus dem eigenen Vermögen der Frau, also auch die etwa aus den bonis adventitiis der Tochter bestellte dos adventitia ist¹⁰⁵); daß ferner die Bestimmung einer dos von Seiten eines Dritten für die Tochter eine Zuwendung enthält, die nicht ex re patris venit, daß also das derselben erworbene Dotalrecht in ihren bonis adventitiis ist, also auch, wie diese überhaupt, nicht mehr der Collation unterworfen sein kann¹⁰⁶).

Was aber die dos profectitia betrifft, so wurde nach L. 4. Cod. h. t. zu Gordian's Zeit, also bald nach der Lebenszeit der berühmtesten classischen Juristen, post varias prudentium opiniones angenommen, daß dieselbe, und nur sie, auch den emancipirten Miterben conferirt werden müsse. Wie finden wir sonst im älteren Rechte keine sichere Spur davon, daß auch diesen ein solcher Anspruch beigelegt worden sei; vielmehr werden wohl ausdrücklich nur diejenigen Geschwister, welche in potestate geblieben, als die Collationsberechtigten bezeichnet¹⁰⁷). Gleichwohl scheint

104) L. 4. Cod. h. t. L. 1. §. 7. D. h. t. Patris vel extraneus.

105) Dieß ist freilich nicht unbestritten, vergl. Tigerström, Dotalrecht, Bb. 1, S. 43 flg., aber doch nicht sehr zweifelhaft. Ulpian. VI. 3.

106) Bemerkenswerth ist hier der Satz in L. 4. Cod. h. t. Nec dubium est profectitiam seu adventitiam dotem a patre datam vel constitutam fratribus, qui in potestate fuerunt, conferendam esse. Es fällt auf, die unterstrichenen Worte in diesem Zusammenhange in einem Rescript von Gordian (240) zu finden. Eine dos adventitia a patre data vel constituta gehört zwar nicht zu den Unmöglichkeiten — L. 5. §. 6. 11. D. de iure dot. (23. 3.) — und es konnte daher auch von Collation derselben die Rede sein, und zwar nicht nur von Seiten der emancipata (im Fall des §. 11 cit.), sondern auch von Seiten der sui heredes (im Fall des §. 6 cit.). Aber es mußte ja nach damaligem Rechte den sui heredes entschieden jede dos adventitia, wie profectitia conferirt werden; es bleibt daher immer auffallend, daß hier speciell eine dos adventitia a patre data hervorgehoben wird, da doch nur in wenigen Fällen eine dos a patre data nicht profectitia ist, und, wo dieß der Fall ist, die Eigenschaft des Vaters, weil er nicht ut parens dotem dedit, nicht in Betracht kommt. Man möchte daher auch hier eine freilich nicht geschickte Interpolation vermuten, in welcher sich die Ansicht aussprechen sollte, daß nach Justinianischem Rechte eine nicht vom Vater herrührende dos überall nicht mehr conferirt werde. Uebrigens braucht man sich über die Aufnahme der L. 4. cit. nicht sehr zu verwundern, da nach dem Rechte des ersten Codex die Collation der dos adventitia noch stattfinden konnte. Vgl. Note 113.

107) In L. 3. Cod. h. t. (von Alexander), wo sogar von einer dos profectitia offenbar die Rede ist, heißt es am Ende: Dotem sane, quam accepit, fratribus, qui in potestate manserunt, conferre debet. Vgl. L. 12. Cod. ibid. (Dioclet. et Maxim.). L. 3. 5. pr. D. h. t. — L. 5. §. 1.

nach dem Ausdrucke der L. 4. cit. weniger zweifelhaft gewesen zu sein, ob die *profectitia dos*, als vielmehr nur dieses, ob nicht auch die *adventitia dos* den Emancipirten zu conferiren sei¹⁰⁸). Die Streitigkeiten über diesen Punkt sind auch sehr erklärlich. Denn einerseits hatte das Edict wahrscheinlich nur den *sui heredes* das Recht auf Collation ausdrücklich beigelegt; andererseits aber schien es der beabsichtigten Gleichstellung aller Kinder zuwider, wenn die *sua heredes* ihre *dos* dem emancipirten Miterben gegenüber ausschließlicly für sich behalten könnte; während dieser all sein Vermögen, und die *illa emancipata* namentlich auch ihre *dos*, jener Miterbin conferiren mußte. Es war daher auch die in L. 4. cit. bestätigte Mittelmeinung, welche zwischen *dos profectitia* und *adventitia* unterschied, keineswegs die consequenteste und der Sache selbst angemessene, so lange noch von den Emancipirten aller Erwerb conferirt werden mußte. Allerdings aber konnte man bei der *dos profectitia* die Unbilligkeit besonders auffallend finden, weil durch diese nicht bloß der *sua heredes* ein besonderer Vortheil gewährt, sondern auch das väterliche Vermögen um den Betrag derselben zum besonderen Vortheil jener Geschwändert war. Insofern aber L. 4. cit. auch auf die emancipirte Tochter zu beziehen ist, also auch diese verpflichtet sein soll, ihre *dos profectitia* den emancipirten Brüdern zu conferiren, kann nur aus dem letzten Gesichtspunkte die Entscheidung erklärt werden; aus demselben Gesichtspunkte, welcher im neueren Rechte zu einer Erweiterung und völligen Umgestaltung dieses ganzen Institutes geführt hat.

III) Kaiser Leo war es, welcher zuerst eine solche Erweiterung einführte, durch L. 17. Cod. h. t., a. 467¹⁰⁹). Er verordnete, unter ausdrücklicher Bestätigung der besonderen Collationsverbindlichkeit der Emancipirten¹¹⁰), Folgendes:

Wenn Descendenten, welcher Art sie sein mögen, gemeinschaftlich irgend einen Ascendenten ab intestato beerben (*quocunque iure intestatae successionis*), id est, aut testamento penitus non condito, aut, si factum fuerit, contra tabulas bonorum possessione petita, vel inofficiosi querela mota rescisso, natürlich eben so auch rupto, irrito facto, destituto testamento), so soll die für einen Miterben oder eine Miterbin von dem Erblasser aus seinem Vermögen bestellte oder hergegebene *dos* oder *donatio ante nuptias* den übrigen Miterben conferirt werden¹¹¹). Das Neue dieser Verordnung besteht darin, daß nun auch

und L. 7. vgl. mit L. 6. D. ibid. könnten wohl auf eine Collation der *dos* zu Gunsten der emancipirten Brüder gedeutet werden, aber doch nicht mit Sicherheit.

108) *His etenim, qui in familia defuncti non sunt, profectitiam tantummodo dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit.*

109) Die L. 17. cit. ist ein Bruchstück einer größeren Constitution, wie hervorgeht aus den Worten: *hoc etiam aequitatis studio praesentis legi credimus inserendum.*

110) Vgl. oben Note 58.

111) *Ut in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentum tam dos quam ante nuptias donatio conferatur, quam pater vel mater, avus vel avia, praevus vel proavia, paternus vel maternus dederit vel promiserit pro filio vel filia, nepote vel nepte, pronepote vel pronepote.*

bei Beerbung der Mutter und mütterlicher Ascendenten eine Collation vorkommen kann, wo früher keine Rede davon war; daß ferner nun auch *sui heredes* und *emancipati* einander unbedingt die vom Erblaffer herrührende *dos* oder *donatio ante nuptias* zu conferiren haben, und daß beide auch anderen Descendenten, die nicht einmal nach prätorischem Rechte *ex edicto unde liberi* erben, conferiren müssen, so weit sie mit ihnen in Concurrenz treten können¹¹²). Daneben freilich blieb bei Beerbung des Vaters oder väterlichen Großvaters u. s. w. die besondere *dotis collatio* sowohl der *emancipata* als der *sua heredes*, gegenüber anderen *sui heredes*, zunächst noch bestehen, indem diese auch die *dos adventitia* jeder Art umfaßte, während L. 17. cit. nur die vom Erblaffer herrührende *dos* betraf, die also in diesem Beerbungsfalle *profectitia* war. Da aber im Justinianischen Rechte nach der Ausführung unter Nr. 2. die Collation der *dos adventitia* in jenem Falle aus anderen Gründen gänzlich weggefallen ist, so ist nun die alte *dotis collatio* überhaupt in diesem neuen Institute der L. 17. cit. aufgegangen.

Ueber dieses hat Justinian noch zwei Constitutionen erlassen, die im Coder Aufnahme gefunden haben. Durch die eine, L. 19. Cod. h. t., entscheidet er, daß Enkel, welche in *locum parentis succedentes* erben, auch die für diesen ihren *parens* vom Erblaffer bestellte *dos* zu conferiren haben, nach Verhältnis ihres Erbtheiles. Die andere, L. 20. Cod. ibid., entscheidet zuerst, daß Alles, was in den Pflichttheil eingerechnet werde, auch conferirt werden müsse. Natürlich kann dieses nicht auf Vermächtnisse ausgedehnt werden, obwohl diese in den Pflichttheil allerdings einzurechnen sind; denn durch sie soll ja absichtlich ein Kind vor dem anderen bevorzugt werden. Es gehört dann außer *dos* und *donatio propter nuptias* nur noch dahin die zur Anrechnung auf den Pflichttheil gegebene Schenkung, und der Vortheil aus einem vom Erblaffer ver-

112) Was freilich nach damaligem Rechte nur noch in beschränktem Maße vorkam. Vgl. oben Note 81. — Eine andere Aenderung hat man noch darin gefunden, daß auch *inofficiosi querela rescisso testamento* die Collation stattfinden solle, was früher nicht der Fall gewesen sei. Mayer, Erbrecht, Bb. 1, S. 365, vgl. S. 370, Note 6. Dies scheint aber ein Irrthum zu sein. Das Gesetz will nur auch den Fall berücksichtigen haben, wenn Descendenten in Folge der Rescission eines pflichtwidrigen Testaments zur Intestaterbfolge gelangen. Dieser Fall konnte auch bei mehreren *sui heredes* und *emancipati* vorkommen, und es ist kein Zweifel, daß hier auch schon nach älterem Rechte die Collationsverbindlichkeit eben so eintrat, wie in jedem anderen Falle der Intestaterbfolge. Wenn aber die ererbte Tochter gegen den eingesetzten *emancipatus* mit der *querela inofficiosi* durchbringt, soll nach L. 6. 7. D. de dot. collat. so wenig dieser seine *bona* als jene ihre *dos* zu conferiren schuldig sein, *quam diverso iure sunt heredes*, indem nur pro parte das Testament rescindirt wird, also der eine als *scriptus heres*, nur die andere ab *intestato* erbt. Dies aber kann man, wie eben die Aufnahme dieser Stellen beweist, auch nicht durch L. 17. cit. abgeändert halten. Wie vollends die L. 17. auch für die Collation der *Emancipirten* hierin etwas geändert haben soll, ist gar nicht einzusehen, da die Einleitung des Gesetzes mit dem jene betreffenden Anhängsel am Ende desselben gar nicht in innerem Zusammenhange steht, und dieses sich ausdrücklich auf den *tenor praecedentium legum* beruft.

schafften käuflischen Dienste (*militia*); und des letzten wird denn auch im pr. der const. ausdrücklich gedacht¹¹³).

Wichtiger ist die Verordnung in §. 1 derselben Constitution: Wenn dos oder *donatio ante nuptias* von einem Descendenten conferirt wird, der nicht außerdem auch noch eine Schenkung erhalten hat, ein anderer Descendent aber weder *dotem* noch *donationem ante nuptias* zu conferiren hat, jedoch eine andere Schenkung (*simplicem donationem*) vom Erblasser empfangen hatte, so soll in diesem Falle auch diese conferirt werden. Nur dieses ist der Inhalt der gesetzlichen Disposition des §. cit. Er verordnet weder, daß überhaupt jede Schenkung, oder doch jede Schenkung zu bestimmtem Zweck conferirt werden müsse; noch verordnet er, daß regelmäßig eine gewöhnliche Schenkung nicht conferirt werden solle. Dieses wird nur als bekannter Rechtsatz vorausgesetzt, indem am Ende gesagt wird: in dem oben genannten besonderen Falle solle der Beschenkte die Collation nicht verweigern aus dem Grunde: *quod simplex donatio non confertur, nisi huiusmodi legem donator tempore donationis suae indulgentiae imposuerit*. Am allerwenigsten aber kann in dieser Stelle eine Aenderung der Collation der Emancipirten gefanden werden, so daß etwa darnach auch die Emancipirten *den sui heredes* eine *simplex donatio* nicht mehr zu conferiren hätten; diejenigen, welche eine solche Meinung hegen, bedenken nicht, daß die Constitution überall gar nicht die Absicht hat, eine Beschränkung der Collation einzuführen; sie bedenken auch nicht, daß zur Zeit der Publication dieser Constitution die Collation der Emancipirten unzweifelhaft noch einen viel weiteren Umfang hatte, als daß man diese ganz specielle und beschränkte neue Bestimmung auf sie beziehen könnte¹¹⁴).

Endlich hat nun Justinian noch in Nov. 18. cap. 6. verordnet, es solle nicht nur, wie bisher, bei der Intestaterbfolge unter Descendenten

113) Diese Bestimmung wird speciell auf die Collation der Emancipirten bezogen von Mayer, *Erbrecht*, Bd. 1, S. 365, 379; aber, wie es scheint, mit Unrecht. Das Hauptargument für diese Erklärung ist mit Rücksicht auf den Eingang des Gesetzes dieses: daß außer für Emancipirte nicht einmal ein Zweifel habe entstehen können, ob *omnia, quae in quartam portionem computantur*, also auch das *lucrum occasione militiae*, zu conferiren sei? Es ist aber nicht bedacht, daß L. 20. cit. älter ist, als L. 6. Cod. de bonis quae lib., daß also umgekehrt für Emancipirte damals noch kein Zweifel entstehen konnte, ob sie nicht Alles, was sie hatten, außer *bona materna* und *materai generis* und *lucrum nuptiale*, conferiren müßten. Für Descendenten überhaupt könnte jener Zweifel leicht angeregt worden sein durch Justinian's Bestimmung in L. 30. §. 2. Cod. de inoff. test. (3. 23.), oder vielleicht durch eine andere Constitution, von welcher wir zufällig noch weniger wissen, als von den in L. 19. h. t. erwähnten des Arcadius und Honorius. Vgl. auch L. 29. Cod. de inoff. test. Franke a. a. O. S. 205. — An sich liegt es offenbar näher, gerade wegen der Bezugnahme auf *ea, quae in quartam computantur*, die L. 20. pr. cit. auf die Descendenten überhaupt zu beziehen, als welche alle pflichttheils berechtigt sind. Allerdings aber scheint bei dem Schluß des pr. cit. an die Collation der Emancipirten gedacht zu sein, wenn nicht an die eben beabsichtigte Neuierung des §. 1.

114) Vgl. Note 113. Anderer Meinung scheint zu sein Rosshirt, *Einleitung in das Erbrecht*, S. 422, 428.

die Collation eintreten, sondern auch, wo nicht ein anderer Wille des Erblassers sich ausgesprochen habe, bei testamentarischer Erbfolge derselben, quoniam incertum est, ne forsam oblitus datorum aut prae tumultu mortis angustiatius huius non est memoratus; übrigens, wie am Ende hinzugesetzt wird, omnibus, quae prius de collationibus a nobis sancita sunt, in sua virtute manentibus ¹¹⁵).

Die Grundidee dieser neueren Gestaltung der Collation ist nun offenbar diese: In der Regel ist nicht anzunehmen, daß der Ascendent einem seiner Descendenten vor anderen, neben jenem zur Erbfolge ab intestato berechtigten Descendenten einen Vorzug haben wollen, indem er ihm bei Lebzeiten gewisse Zuwendungen machte. Es soll daher die dadurch entstandene Ungleichheit unter den Erben durch Collation jener Gaben beseitigt werden, wenn nicht der Wille des Erblassers sie aufrecht erhält. Nähere Bestimmungen sind übrigens für dieses so erweiterte Institut in unseren Quellen nicht erhalten. Unbedenklich aber darf von den in Pandekten und Codex enthaltenen älteren Grundsätzen über Collation analoger Gebrauch gemacht werden, so weit nicht die eigenthümliche Natur der neueren Collation entgegensteht.

Es sollen nunmehr die Grundsätze über diese Collation der Descendenten nach dem praktischen Gesichtspunkte des heutigen römischen Rechtes dargestellt werden.

1) Die Verpflichtung zur Collation so wie der Anspruch auf dieselbe findet statt unter mehreren Descendenten als Erben eines gemeinschaftlichen Ascendenten, ohne Unterscheidung zwischen sui oder emancipati und anderen Descendenten ¹¹⁶). Die erste Voraussetzung ist, daß sie wirklich Erben des Ascendenten werden ¹¹⁷). Der Descendent, der nur ein Vermächtniß erhält, ist weder verpflichtet zur Collation, noch berechtigt ¹¹⁸). Eben so wenig derjenige, welcher die defuncte Erbschaft verschmäht, sei es auch als suus heres mittelst des beneficium abstinendi ¹¹⁹), oder als extraneus oder suus heres, qui immiscuit se hereditati, mittelst der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ¹²⁰). Diejenigen, welche in die Stelle des Repudianten eintreten, mögen aus eigener Person collationspflichtig oder berechtigt sein; aus der Person des Wegfallenden sind sie es

115) Die Novelle erwähnt der collatio emancipatorum nicht ausdrücklich, schließt sie aber auch nicht aus von ihrer Bestimmung. Mayer, a. a. D. S. 378, hält sogar dafür, daß Justinian durch die Worte res per dotem sortis aut alio modo datas (nach der vulgata versio) auf die beiden Collationsarten habe hinweisen wollen. Offenbar ist dies aber nicht. Uebrigens durch dieses Gesetz theilweise aufgehoben L. ult. Cod. fam. ercisc. (3. 86.) Franke, S. 249.

116) Die Ausdehnung auf das ganz singuläre Erbrecht der liberi naturales nach Nov. 89, wird aber gewiß mit Recht verworfen von Köpffert a. a. D. S. 434.

117) L. 17. Cod. h. t. Vgl. Note 7, 20, 34, 91.

118) L. 4. D. de dot. collat.

119) Vgl. Note 92. Conferre debet, si modo se bonis paternis miscet. L. 1. pr. D. de dot. collat. Cf. L. 25. Cod. fam. ercisc. (3. 86.)

120) §. 5. J. de hered. qual. (2. 19.) L. 57. §. 1. D. de acquir. her. (29. 2.)

nicht¹²¹⁾. Einmal begründet geht aber Recht und Pflicht zur Collation auch auf die Erben über¹²²⁾. Ja auch dann muß dieses der Fall sein, wenn die Erben nur das ihrem Erblasser erst deferirte Erbrecht statt desselben geltend machen, also namentlich in dem Falle der sogenannten *transmissio Iustiniana*¹²³⁾. Eben dasselbe erheischt die Natur der Sache in anderen Fällen, da Jemand das Erbrecht eines Anderen für sich geltend machen kann. Daher muß der Vater, wenn er die dem Kinde deferirte Erbschaft für sich erwirbt, ohne Zweifel conferiren, was das Kind selbst zu conferiren hätte, und kann eben so statt desselben von den Mitserben die Collation fordern¹²⁴⁾. Aber auch dann muß der Vater conferiren, wenn mit seinem Willen dem Kinde die Erbschaft erworben wird, er also nur den Nießbrauch und die Verwaltung derselben erlangt; nur braucht er hier freilich nicht aus eigenem Vermögen Etwas herzugeben, sondern nur aus den seiner Verwaltung untergebenen *bona adventitia* des Kindes. Wenn dagegen der Vater die Erbschaft ablehnt, und nun das Kind gegen dessen Willen sie erwirbt, als sogenanntes *adventitium irregulare*, so muß zwar dieses conferiren, aber es kann nicht der Vater angehalten werden, aus denjenigen *Adventitien* des Kindes, an welchen ihm der Nießbrauch zusteht, zu diesem Zwecke etwas herzugeben; so wenig, wie er nach älterem Rechte das durch das Kind Erworbene zu conferiren brauchte, wenn er dasselbe emancipirte und dann für sich selbst die Erbschaft erwerben ließ¹²⁵⁾.

2) Die Descendenten sind regelmäßig einander zur Collation verpflichtet, ohne Unterschied, ob sie ab intestato oder ex testamento erben¹²⁶⁾, ohne Unterschied auch, auf welche Weise die Intestaterbfolge herbeigeführt sein mag¹²⁷⁾, also namentlich auch dann, wenn nach Nov. 115. cap. 3. wegen ungesetzlicher Enterbung oder Uebergehung eines Kindes, *quantum ad institutionem heredum pertinet testamento evacuato, ad parentum hereditatem liberi tanquam ab intestato ex aequa parte perveniunt*. Es kann denn nun consequent auch nicht mehr von Einfluß sein, ob der eine *secundum tabulas*, der andere *contra tabulas* einen Erbtheil behauptet¹²⁸⁾. Aber auch als testamentari-

121) Ohne allen Grund ist die Meinung Pffizer's §. 100, daß die Verpflichtung zur Collation auch denjenigen treffe, der *iure accrescendi* in die Stelle eines wegfallenden Descendenten trete.

122) Vgl. Note 36, 37, 91—93. — Auch auf die Concursgläubiger Ehibaut, §. 883, Note p.

123) L. 19. Cod. de iure delib. (6. 30.)

124) L. 18. §. 1. Cod. de iure delib. (6. 30.) L. 8. pr. §. 1. 2. Cod. de bonis quae lib. (6. 61.) vergl. mit Note 36—49. Diese Fälle sind wesentlich noch eben so zu beurtheilen, wie wenn nach älterem Rechte das Kind auf Befehl des Vaters antretend diesem die Erbschaft erwarb.

125) Solchen Gebrauch dürfen wir von den Note 39, 41, citirten Stellen für das neuere Recht noch machen.

126) Nov. 18. cap. 6.

127) L. 17. Cod. h. t.: *Quocunque iure intestatae successionis.*

128) Hält man die *bonorum possessio contra tabulas* und die *querela inofficiosi* der Descendenten für antiquirt durch Nov. 115., so kann schon aus diesem Grunde von Anwendbarkeit der in Note 12 u. 112 berührten Stelle keine

sche Erben können doch nur diejenigen Descendenten Collation fordern oder zu leisten verpflichtet sein, welche auch ab intestato miteinander Erben sein würden; wenn also z. B. Enkel von einem noch lebenden Sohne eingesetzt sind neben anderen Descendenten, so sind sie nicht zur Collation verpflichtet oder berechtigt. Dieses ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetze ausgesprochen, geht aber aus dem Zusammenhange desselben klar hervor, und ist daher auch allgemein anerkannt¹²⁹⁾. Dagegen ist unter den im Allgemeinen collationspflichtigen und berechtigten Descendenten nicht deswegen die Collation auszuschließen, weil neben ihnen andere in dieser Kategorie nicht stehende Personen zu Erben eingesetzt sind¹³⁰⁾; nur beschränkt sie sich hier auch allein auf jene.

3) Aber der Erblasser kann durch seinen Willen die Collation ausschließen, auch wo sie sonst der Regel nach stattfände, sowohl bei der Intestaterbfolge als bei der testamentarischen. Es fragt sich aber a) ob dieser Wille ausdrücklich erklärt sein müsse? Von Vielen ist dieß behauptet worden, wegen der Worte in Nov. 18. cap. 6: ..omnino esse collationes.. nisi expressim designaverit ipse se velle non fieri collationem etc. Aber mit Recht neigen sich die meisten neueren Rechtsgelehrten zu der entgegengesetzten Meinung¹³¹⁾. Die Novelle wollte nur aufheben, was bisher Rechtens gewesen war: si testati nihil dicentes de eis (morentur parentes), locum non fieri collationibus; es soll jetzt vielmehr umgekehrt eine Aeußerung des Testators erfordert werden, um die Collation auszuschließen, da es sonst ungewiß ist, ob er nicht bloß aus Vergessenheit und unabsichtlich derselben nicht erwähnt habe. Verfügungen daher, welche durch ihren Inhalt diese Ungewißheit beseitigen, müssen die Collation ausschließen, wenn sie dieses auch nicht in düren Worten aussprechen. So namentlich kann sich dieser Wille in der Bestimmung der Erbtheile kund geben, oder in der Zuwendung von Vermächtnissen, welche darauf berechnet ist, diejenigen Descendenten, welche bei Lebzeiten des Erblassers nicht wie andere etwas zu Consecrirtendes erhalten haben, dafür zu entschädigen¹³²⁾; obwohl sich nicht behaupten läßt, daß durch jede ungleiche Vertheilung der Erbschaft unter die Descendenten die Collation ausgeschlossen werde¹³³⁾. So kann denn auch sowohl bei der

Rede mehr sein. Aber auch ohne jene Ansicht muß dasselbe nach Nov. 18. cap. 6. consequent angenommen werden. Vgl. Pfizger, §. 79. Mayer, §. 125, Note 6.

129) Pfizger, §. 78. Mayer, §. 125, Note 4. Gdschen, Vorlesungen, §. 968.

130) Pfizger, §. 80. Franke, S. 245. Gdschen a. a. D.

131) Pfizger, §. 174 fig. Mayer, §. 128, Note i. Lhibaut, System, §. 884. Mühlensbruch, §. 719, not. 16. Wening-Ingenheim, Bd. 5, §. 183. Anderer Meinung ist Gdschen a. a. D. S. 479.

132) Franke, S. 246. Puchta, Lehrb. §. 503.

133) Man könnte zwar dieser Behauptung Schein geben durch Bezugnahme auf die Worte des Gesetzes: omnino esse collationem et exinde aequalitatem (πᾶντος εἶναι ὀυνομομορίας καὶ τὴν ἐκείθεν ἰσότητά), indem nämlich bei ungleicher Bestimmung der Erbtheile doch jeder Gedanke an jene aequalitas verschwinde. Allein die Vermuthung, daß der Testator nur aus

testamentarischen wie bei der Intestaterbfolge durch eine erschöpfende Vertheilung des Erbschaftsvermögens unter die Erben stillschweigend die Collation ausgeschlossen werden¹³⁴). b) Ob der Wille in Form einer letztwilligen Verfügung geäußert sein müsse, oder auch eine anderweitige Erklärung genüge, ob also namentlich bei der Zuwendung einer sonst collationspflichtigen Gabe sofort wirksam bestimmt werden könne, daß sie der Collation bereinst nicht unterworfen sein solle? Nach römischem Rechte ist vorerst unzweifelhaft, daß der Erblasser durch eine solche Verfügung nicht gehindert werde, später dennoch anders zu verfügen, so gut wie er auch die Collation einer gefeßlich nicht zu conferirenden Gabe immer als besondere Auflage eines Erben anordnen kann. Nach deutschem Rechte kann aber jene Zusicherung einen nicht willkürlich widerruflichen Erbvertrag enthalten¹³⁵). Eine andere Frage ist es, ob sie denn auch, wenn sie nicht widerrufen wird, nach römischem Rechte nicht wirke, wofern sie nicht in Form einer letztwilligen Verfügung ausgesprochen worden? Diese Frage war nach dem Rechte des Codex nicht von Bedeutung, wegen der für letztwillige Verfügungen der Eltern gestatteten Formlosigkeit; sie ist aber bedeutend geworden, seitdem Justinian auch für diese eine gewisse Form vorgeschrieben¹³⁶). Hiernach nun hält man die Beobachtung wenigstens dieser privilegierten Form auch für notwendig, um die Collation auszuschließen, weil dieß als Prælegat zu betrachten sei und jedenfalls eine letztwillige Verfügung enthalte¹³⁷). Allein die Vergleichung mit Prælegaten ist nicht treffend, weil es sich hier um Etwas handelt, was nicht mehr zur Erbschaft gehört und nicht aus der Erbschaft genommen wird (vergl. Nr. 5). Der Erlaß der Collation enthält überall keine Verfügung über den eigenen Nachlaß. Sieht man aber auf die Natur der Collationspflicht, so scheint vielmehr die Ansicht die richtige, nach welcher es zur Wirksamkeit jener Erklärung durchaus keiner Frierlichkeit bedarf¹³⁸). Die Collation beruht auf der Voraussetzung, daß der Ascendent den einen Descendenten durch seine Gabe nicht habe bevorzugen wollen. Diese Voraussetzung wird zerstört, wenn der Geber irgendwie eine andere Willensmeinung deutlich zu erkennen gegeben hat, also gewiß vor Allem dann, wenn er bei der Gabe selbst erklärt hat, daß sie nicht conferirt werden solle. Auch sagt Nov. 18. cap. 6. nicht, daß die Ausschließung der Collation im Testamente verordnet sein müsse¹³⁹).

Vergessenheit der conferenda nicht erwähnt habe, kann durch ungleiche Vertheilung sogar noch verstärkt werden; man darf sie also gewiß nicht in jedem Falle dadurch beseitigt halten.

134) L. 39. §. 1. D. fam. ercisc. (10. 2.) *Intestato moriens codicillis prædia sua omnia et patrimonium inter liberos divisit ita, ut longe amplius filio quam filiae relinqueret: quaesitum est an soror fratri dotem conferre deberet? Respondi, secundum ea, quae proponerentur, si nihil indivisum reliquisset, rectius dici, ex voluntate defuncti collationem dotis cessare.*

135) Mayer a. a. D. §. 128, Note 1.

136) Nov. 107. vergl. mit L. 21. §. 1. Cod. de testam. (6. 23.)

137) Frankl, S. 247, Note 84.

138) Götschen a. a. D. §. 969, S. 470. Vgl. Pfleger, §. 182.

139) *Sive intestatus quispiam moriatur, sive testatus... esse*

4) Nachdem durch Nov. 18. auch bei testamentarischer Erbfolge die Collation eingeführt worden, kann ein Conflict zwischen dieser und dem Pflichttheilsrechte entstehen. Hier ist nun entscheidend die Rücksicht, daß der Pflichttheil auf keine Weise verletzt oder beschränkt werden darf. Der Pflichttheil aber besteht in einer Quote desjenigen, was der Pflichttheilsberechtignte als Intestaterbe von dem eigenen Vermögen des Erblassers erhalten würde, und darin können zwar gewisse, aber nicht alle bei Lebzeiten desselben empfangene collationspflichtige, Gaben eingerechnet werden. Hieraus ergibt sich nun von selbst: wenn einem Descendenten nicht mehr oder nicht einmal so viel, als sein Pflichttheil beträgt, hinterlassen worden ist, wobei aber die in den Pflichttheil einzurechnenden conferenda mit in Anschlag kommen, so braucht er nichts zu conferiren; er kann im letzten Falle vielmehr noch Ergänzung des Pflichttheiles verlangen; natürlich vorausgesetzt, daß nicht etwa die nicht zu conferirenden Schenkungen sogar gegen die Miterben *inofficiosae donationes* gewesen¹⁴⁰). Ist ihm zwar mehr als der Pflichttheil hinterlassen, jedoch nur so viel, daß er durch die Collation desjenigen, was nicht in den Pflichttheil einzurechnen ist, weniger als diesen erhalten würde, so muß man consequent die Collation in so weit beschränken, wenn nicht ohnehin schon die völlige Ausschließung derselben nach dem Willen des Testators in diesem Falle anzunehmen ist. Ist er schlechweg auf den Pflichttheil eingesezt, so wird dieß in der Regel so zu verstehen sein, daß er nur so viel haben solle, als der Pflichttheil nach gesetzlicher Berechnung beträgt, und dann gilt das oben Gesagte. Ist er aber eingesezt auf ein Drittheil oder die Hälfte seiner Intestaterbportion, so ist noch die Frage, ob er nicht schon andere Gaben, die in den Pflichttheil einzurechnen sind, erhalten habe, und deren Collation ist dann allerdings nicht ausgeschlossen, insoweit er sonst mehr als den Pflichttheil erhalten würde.

5) Auch mit dem Rechte der *lex Falcidia* kann die Collation in Berührung kommen, sowohl bei der Intestaterbfolge, als bei der testamentarischen Erbfolge. Es ist kein Zweifel, daß der Collationspflichtige sich das conferendum nicht in die quarta Falcidia einzurechnen braucht, auch nicht zu demjenigen Theile, zu welchem es ihm bleibt¹⁴¹), es möchte ihm denn (nach neuestem Rechte) ausdrücklich auferlegt sein¹⁴²). Es

collationes.. nisi expressim designaverit ipse etc. — Unterstützt wird obige Meinung auch durch die Vergleichung mit den Grundsätzen über die Wirkung der Schenkungen von Seiten des Vaters an die in seiner Gewalt befindlichen Kinder. Obwohl diese nicht, wie die conferenda, aus dem Vermögen des Vaters eigentlich ausgeschlossen waren, sollten doch die Beschenkten sie voraus haben; es würde also dadurch eine Modifikation in der Vertheilung des Nachlasses selbst bewirkt; gleichwohl ist zu dieser ihrer Wirksamkeit nur die Form der Schenkung erfordert, nicht die einer letztwilligen Verfügung. Vgl. Note 59, 60.

140) Vgl. Franke a. a. D. S. 248, und Recht der Rothherben, S. 514 ff., 539. — Verkehrte Meinungen darüber hat Pfizger, §. 81, 82, 95.

141) L. 14. pr. D. ad leg. Falcid. (35. 2.) Vgl. Franke, S. 248, Note 85. Wäre die Erlassung der Collation einem Prælegat zu vergleichen, so müßte man sagen, der Collationsgegenstand sei *pro parte hereditaria* des Empfängers in die Falcidia einzurechnen. L. 80. §. 8. L. 74. D. ad leg. Falc.

142) Nov. 1. cap. 2. §. 2.

Könnte aber die Frage entstehen, ob nicht diejenigen, welchen von dem Miterben Etwas conferirt wird, dieses in ihre quarta sich einzurechnen haben, da sie diesen Zuwachs doch als Erben bekommen? Aber auch diese Frage muß consequent verneint werden. Denn die *lex Falcidia* will ein Viertel des Bestandes der Erbschaft dem Erben vorbehalten haben; die Collationsgegenstände gehören aber nicht mehr zu der Erbschaft, und die Collationsberechtigten erhalten sie zwar nur als Miterben, aber doch nicht *iure hereditario*¹⁴³). Man könnte diese Frage für unnütz halten, weil ja die Verletzung der *Falcidia* immer auch eine Verletzung des Pflichttheiles enthalte, da der letzte $\frac{1}{4}$ oder $\frac{1}{2}$ des Intestaterbtheiles betrage. Dieß ist aber dennoch nicht immer der Fall, weil ungeachtet einer Ueberschwerung des Erbtheiles doch durch Legate und andere Zuwendungen, die in die *Falcidia* nicht einzurechnen sind, der Verletzung des Pflichttheiles vorgebeugt sein kann. Und bekanntlich wird, von Manchen sogar nach römischem Rechte¹⁴⁴), von Anderen wenigstens nach canonischem Rechte, dem Pflichttheilsberechtigten noch außer dem Pflichttheile die quarta *Falcidia* zuerkannt¹⁴⁵).

6) Streitig ist die Frage, ob die Collation allen miterbenden Descendenten zu leisten sei, oder nur denjenigen, welche durch die Concurrency des Collationspflichtigen in der Erbfolge beschränkt werden? Bei der Collation der Emancipirten und bei der älteren *dotis collatio* war das Letzte angenommen¹⁴⁶). Dieß ist auch für die neuere Collation durch kein Gesetz ausdrücklich anders bestimmt worden, namentlich nicht durch L. 19. Cod. h. t., als welche nur die Collationspflicht eines ganzen Stammes im Verhältniß zu anderen Stämmen in bestimmter Beziehung festsetzt¹⁴⁷). Gleichwohl wird von der weitüberwiegenden Mehrzahl der Rechtsgelehrten angenommen, daß es bei der neueren Collation darauf nicht mehr ankomme; daß vielmehr immer allen miterbenden Descendenten conferirt werden müsse, ohne Rücksicht darauf, ob diese unmittelbar durch den Collationspflichtigen in der Erbfolge beschränkt werden oder nicht¹⁴⁸). Und allerdings entspricht diese Ansicht dem Wesen der neueren Collation¹⁴⁹). Es soll nach L. 17. Cod. h. t. *aequitatis studio in dividendis rebus hie dos oder a. n. donatio ex substantia parentis profecta conferirt werden*; es wird eine *aequalitas* (*ισότης*, Nov. 18. cap. 6.) unter den Descendenten beabsichtigt, welche darin besteht, daß

143) Es entscheidet auch hier der Gesichtspunkt, welchen L. 14. pr. cit. andeutet in den Worten: *Falcidiam quidem iure hereditario, dotem autem iure proprio filiam habituram, quia dos in hereditate patris non inveniretur*. Cf. L. 1. §. 14. D. de coniungend. cum. em. lib.: *Hoc enim non de bonis avi, sed propter bona postea iis accessit*.

144) Mühlenbruch, *doctrina* §. 759. not. 6.

145) Thibaut, §. 929, Note k. Vgl. Göschen, §. 1042, 1071.

146) Vgl. oben Note 9—11, 94.

147) Mayer, *Erbschaft*, §. 125, Note 5, 6. Vgl. unten Nr. 8.

148) Pfiffer, §. 92. Thibaut, §. 883, Note i. Mühlenbruch, *doctr.* §. 719. not. 5—9. Bening, *Wb.* 5, §. 181, Note q. Göschen, §. 968, C. 474.

149) Voet ad tit. Dig. de collat. §. 3.

jene Gaben noch zur Theilung kommen, als wären sie nicht aus dem Vermögen des Erblassers herausgekommen. Dieser Zweck würde aber ganz verfehlt, wenn nicht jene Ansicht angenommen würde; wenn z. B. eine reich dotirte Enkelin nur ihren Geschwistern zu conferiren hätte, mit Ausschließung der übrigen Stämme, z. B. der Oheime oder Tanten, welche doch umgekehrt dem Stamme, welchem jene angehört, conferiren müßten. Es würden dann die Kinder des ersten Grades sich immer schlechter stehen, als im gleichen Falle entferntere Descendenten eines anderen Stammes. Recht auffallend zeigt sich dieses in dem Falle der L. 20. §. 1. Cod. h. t. Söhne und Töchter müßten ihre *donatio propter nuptias* oder das conferiren, andere Söhne oder Töchter dagegen die empfangenen *donationes simplices*; Enkel eines verstorbenen Sohnes würden von jener Collation den Vortheil haben, aber möchten auch alle oder einzelne von ihnen die reichsten *donationes simplices* erhalten haben, sie könnten dieselben ganz für sich behalten, weil sie nur unter einander collationspflichtig wären. Wir finden also hier Sätze der älteren Collation, die mit dem Wesen der neueren sich nicht vertragen, und von denen wir daher für diese keinen Gebrauch machen können.

7) Mit der eben besprochenen berührt sich nahe eine andere Frage: nach welchem Verhältniß nämlich die *conferenda* zu vertheilen seien? Es muß im Allgemeinen das Verhältniß der Erbtheile darüber entscheiden, und wenn die unter Nr. 6) angenommene Ansicht richtig ist, so kommt es auch unter Descendenten verschiedener Grade darauf an. Dieß wird auch bestätigt durch L. 19. Cod. h. t. Denn obwohl nach damaligem Rechte (vor Nov. 18. cap. 4.) Enkel weiblicher Abstammung neben anderen Descendenten nur zwei Drittheile des Erbtheiles ihres verstorbenen *Parens* erhielten, sollten sie doch die ganze demselben gegebene das oder *donatio ante nuptias* in die Erbschaft einwerfen, eben so wie die Miterben die ihrige, ut *commixtis huiusmodi collationibus cum bonis mortuae personae duas quidem partes nepotes vel neptes habeant illius portionis, quae patri vel matri eorum, si superasset, deferebatur; tertiam vero eiusdem portionis partem una cum sibi competentibus portionibus filii vel filiae defunctae personae capiant*. Nach den Grundsätzen der älteren Collation hätten nämlich die Enkel in diesem Falle nur zwei Drittheile der das oder *donatio ante nuptias* zur Theilung hergeben müssen, weil sie nur zwei Drittheile eines Stammtheiles den Söhnen und Töchtern entzogen¹⁵⁰⁾. Aber bei der testamentarischen Erbfolge können mit den allein collationsberechtigten Descendenten noch andere Erben concurriren. Es fragt sich, wie dann das Einzuwerfende zu vertheilen sei? Bei der Collation der *Emancipirten* kommt ein ähnlicher Fall vor, nach dessen Analogie man diese Frage entscheiden kann. Wenn mehrere *Emancipirte* mit *sui heredes* concurriren, so conferirt diesen jeder *Emancipirte* ohne Rücksicht auf die anderen *Emancipirten*, als erbte er allein mit jenen¹⁵¹⁾. Man

150) Arg. L. 1. §. 3. D. de collat.

151) L. 1. §. 24. L. 2. §. 5. L. 3. §. 2. D. de collat. Vgl. Note 15.

geht wohl zu weit, wenn man dieser von vier namhaften römischen Juristen bestätigten Rechnungsweise den Vorwurf macht, sie beruhe auf einem falschen Princip, und zwar auf einem falschen Rechnungsprincip¹⁵²⁾. Sie beruht auf der Ansicht, daß der Emancipirte, indem er mit dem suus heres concurrirt, sich nicht besser stehen sollte als dieser. Davon aber kann man süglich auch auf obigen Fall der neueren Collation analoge Anwendung machen. Ein Descendent soll dadurch, daß er vom Erblasser dos oder donatio ante nuptias erhalten hat, sich nicht besser stehen als andere Descendenten. Dieß würde aber der Fall sein, wenn er den dem Erbtheil des fremden Niterben entsprechenden Theil derselben ausschließ- lich für sich behalten könnte. Man darf hierbei nicht schlechthin nur auf das Resultat sehen, welches statthaben würde, wenn die dos im Vermögen des Erblassers geblieben wäre; denn wer weiß, ob dieser alsdann den Fremden zu demselben Theile zum Erben eingesetzt hätte? Man muß auch berücksichtigen, daß derselbe in gleichen Umständen auch wohl den anderen Descendenten eine dos von gleichem Belang gegeben haben möchte, und es vielleicht nur deshalb nicht gethan hat, weil der Fall nicht eintrat.

8) Was den Gegenstand der Collation betrifft, so wurde früher ge- wöhnlich als Regel aufgestellt: Alles dasjenige, was ein Descendent von dem verstorbenen Ascendenten bei dessen Lebzeiten als freie Gabe empfangen habe, müsse vom Empfänger consecrirt werden. Diese Theorie verdankte wohl ihre Entstehung nur einer mißverständlichen Verallgemeinerung desjenigen, was in L. 17. Cod. h. t. am Ende in Beziehung auf die Collation der Emancipirten ausgesprochen wird¹⁵³⁾. Freilich wurden von dieser Regel viele Ausnahmen gemacht, theils solche, die schon bei der Collation der Emancipirten vorkommen¹⁵⁴⁾, theils andere, mit Rück- sicht auf neuere Constitutionen. Insbesondere konnte nicht verkannt werden, daß nach L. 20. Cod. h. t. donationes simplioes regelmäßig nicht der Collation unterworfen sind. Man dachte sich aber als Gegen- satz der donationes simplioes solche Gaben, welche eine besondere Ver- anlassung hatten, und kam so zu dem Satze, daß alle solche Gaben und nur diese zu consecriren seien; worin jedoch keine volle Uebereinstim- mung herrschte, vielmehr, vorzüglich durch die Vermischung der verschiede- nen Arten der Collation, in einzelnen Punkten die verschiedensten Mei- nungen hervorgerufen wurden¹⁵⁵⁾. Diese Theorie geht aber über den Inhalt der Gesetze hinaus, indem sie von einem willkürlich gebildeten Be- griffe der simplex donatio ausgeht. Sie kann sich nicht gründen auf L. 20. pr. Cod. h. t., verb. quod tam in aliis quam in his

152) Förster, de bon. poss. contra tab. §. 117. Söfchen a. a. D. S. 464, 482.

153) Sgl. Glossa ad h. l. — Franke, S. 219.

154) Sgl. oben Note 48—55.

155) Bachov. ad Treutler. II. disp. XVII. th. V. Vinnius, tractat. de collat. XV. 14. Lauterbach, Colleg. ad D. h. t. §. XI—XIX. Berger, oecon. II. 4. th. 51. Stryk, succ. ab intest. diss. XI. cap. 4. §. 15. Voet ad D. h. t. §. 11 sq. Pfizer, §. 106. — Sgl. Franke, S. 220 flg. Söfchen, S. 475—479.

quae occasione militiae¹⁵⁶); denn hier ist ja nur von anderen in dem Pflichttheil einzurechnenden Gaben die Rede. Sie kann sich auch nicht gründen auf L. 20. §. 1. cit.; denn der dort allerdings fünfmal vorkommende Ausdruck *simplex donatio* bezeichnet hier schlechterdings nur den Gegensatz von *dos* und *donatio ante nuptias*¹⁵⁷), also jede andere Schenkung, sogar auch diejenige, bei welcher ausdrücklich die Anrechnung auf den Erbtheil ausgemacht worden ist¹⁵⁸). Man muß also jene Regel vielmehr ganz fallen lassen und nur darnach fragen, welche Gegenstände in den Gesetzen als zu conferirende bezeichnet sind. Diese aber sind:

a) Die *dos*, welche der Ascendent für die Descendentin bestellt oder hergegeben hat, sei es, daß er selbst oder ein Anderer in seinem Namen sie dem Manne *dando* oder *promittendo* constituirte, oder daß er der Frau die Vermögensobjecte zu dem Zwecke übergab, damit sie dieselben dem Manne in *dotem* gebe¹⁵⁹), wobei nur vorausgesetzt werden muß, daß der Besteller nicht sich selbst (und also seinen Erben) den Rückfall der *dos* stipulirt habe¹⁶⁰).

b) Die *donatio ante* oder *propter nuptias*, welche der Ascendent für den Descendenten hergegeben, *nulla discretionis intercedente, utrum in ipsas sponsas pro liberis suis memorati parentes donationem contulerint, an in ipsos sponso earum, ut per eos in sponsas donatio celebretur*¹⁶¹). Dieser Zusatz und der ganze Zusammenhang, so wie der gewöhnliche Sprachgebrauch des späteren Constitutionenrechtes, ergibt unzweifelhaft, daß hier nur von dem eigenthümlichen der *dos* entsprechenden Institut des späteren Rechtes die Rede ist, auf welches sich L. 17. sq. Cod. de donat. ante nupt. beziehen, und welchem Justinian den Namen *donatio propter nuptias* beigelegt hat¹⁶²).

c) Der Werth oder Vortheil einer vom Ascendenten dem Descendenten angeschafften *militia*, eines künftigen Dienstes¹⁶³).

d) Andere Schenkungen (*simpliciter donationes*) unter folgenden Voraussetzungen: a) wenn sie mit der Bestimmung gegeben worden, daß

156) So will Pflüger a. a. D. Vgl. Franke, S. 204.

157) Wie in L. 20. §. 1. Cod. de donat. ante nupt. — Vgl. Franke, S. 207—210. — Sollte man auch einen engeren Sinn mit *donatio simplex* verbinden, so würde es doch an einer gesetzlichen Bestimmung über Collation desjenigen, was nicht *dos* oder *donatio ante nuptias* und nicht *donatio simplex* ist, gänzlich fehlen. Denn L. 20. cit. sagt davon nichts.

158) Wenn es am Ende der L. 20. cit. heißt: *Simplex donatio non aliter confertur, nisi huiusmodi legem donator tempore donationis suae indulgentiae imposuerit*, so ist klar, daß eine Schenkung der letzten Art nicht in Gegensatz zu der *simplex donatio* gestellt, sondern darunter begriffen ist.

159) L. 17. Cod. h. t. sagt dies zwar wörtlich nur in Beziehung auf die *donatio ante nuptias, verb. nulla discretionis intercedente etc.*; aber unbedingt gilt dasselbe auch von der *dos*.

160) Arg. L. 1. §. 1. D. de dot. collat.

161) L. 17. Cod. h. t.

162) Franke, S. 194—199.

163) L. 20. pr. Cod. h. t. Vgl. Note 201.

sie auf den Pflichttheil angerechnet werden¹⁶⁴), der Beschenkte aber dem noch nicht auf den Pflichttheil beschränkt worden ist (vergl. Nr. 4). β) Wenn der Erblasser sonst irgendwie bei der Schenkung die Intention zu erkennen gegeben hat, daß dieselbe conferirt werden solle¹⁶⁵), also vorzüglich, wenn dies ausdrücklich ausgesprochen oder die Schenkung zur Abrechnung auf den künftigen Kindeserbtheil gegeben worden ist¹⁶⁶). In dieser Beziehung aber können allerdings des Beweises wegen die von dem Erblasser geführten Annotationen über freiwillige Gaben an die Descendenten wohl erheblich sein¹⁶⁷). γ) Wenn andere Descendenten, die nicht ebenfalls simplices donationes empfangen haben, dos oder donatio ante nuptias conferiren, während der Beschenkte solche nicht zu conferiren hat¹⁶⁸). Hierbei entsteht noch der Zweifel, ob man dies auch auf mortis causa donationes anzuwenden habe? Man könnte diese schon nach dem allgemeinen Princip in L. 20. pr. Cod. h. t. unbedingt der Collation unterworfen halten, weil sie allemal in den Pflichttheil eingerechnet werden¹⁶⁹). Allein aus diesem Grunde kann man es von mortis causa donationes so wenig behaupten, wie von Vermächtnissen, welchen jene in dieser Beziehung nur gleichgestellt werden. Es kann nur die Frage sein, ob sie nicht umgekehrt gleich den Vermächtnissen überall von der Collation auszunehmen seien, wo nicht etwa diese ausdrücklich angeordnet ist. Aber es ist gewiß die richtige Entscheidung diese, daß nicht auch in diesem Punkte eine Gleichstellung mit den Legaten zu behaupten sei. Die donationes mortis causa sind immer Schenkungen; sie sind nirgends allgemein den Legaten gleichgestellt worden, und ihre Widerruflichkeit gibt keinen Grund, die Bestimmung der L. 20. §. 1. nicht auf sie anzuwenden¹⁷⁰).

Von den hier aufgezählten Gegenständen der Collation kommt nun die donatio propter nuptias in ihrer eigentlichen römischen Bedeutung als praktisches Rechtsinstitut bei uns nicht mehr vor, und auch von der unter c) erwähnten militia ist bei uns keine Rede mehr. Demnach würde sich denn die Collation der Descendenten nur noch auf die dos und auf gewöhnliche Schenkungen beschränken, die letzten aber nur unter den sub d) angegebenen besonderen Voraussetzungen ergreifen. Allein es kann in Wahrheit eine wohlbegründete Praxis genannt werden, daß überhaupt Alles conferirt werden müsse, was den Kindern zur Einrichtung einer gesonderten Wirtschaft, also namentlich bei Eingehung einer Ehe zu ihrer

164) Dies folgt von selbst aus L. 20. pr. Cod. h. t. vgl. mit L. 25. D. de inoff. test. (3. 2.) und L. 35. §. 2. Cod. eod. 3. 28.

165) L. 20. in f. Cod. h. t.

166) Doch kann nicht in jedem Falle der sogenannte Vorempfang auf künftige Erbschaft unter den Gesichtspunkt der eigentlichen Collation gestellt werden. Pfleger, §. 108.

167) Rosshirt a. a. D. S. 489.

168) L. 20. §. 1. Cod. h. t. Den Fall, daß der eine nach Nr. c) oder d) α) β) etwas zu conferiren, der andere aber simplicem donationem empfangen hat, behält das Gesetz nicht.

169) §. 6. J. de inoff. test. L. 8. §. 6. D. eod. 5. 2.

170) Rosshirt a. a. D. S. 442.

Ausstattung, vom Ascendenten gegeben worden ¹⁷¹⁾). Bei aller sonstigen Verschiedenheit der Meinungen hat dieser Satz bis auf die neueste Zeit die constanteste Anerkennung gefunden ¹⁷²⁾), und wenn man auch denselben durch unzureichende theoretische Gründe zu rechtfertigen suchte, so lag ihm doch ein richtiges Gefühl des praktischen Bedürfnisses zum Grunde, welches eben dadurch sich geltend machte, daß die wahre römische *propter nuptias donatio* in unserem Rechte nicht einheimisch geworden ist. Diese Ausstattungen oder elterlichen Zuschüssen sind Gaben, von denen nach der herrschenden gemeinen Ansicht im Zweifel nicht anzunehmen ist, daß sie den Empfänger vor Anderen bevorthellen sollten; von denen vielmehr zu vermuthen ist, daß sie anderen Descendenten im gleichen Falle ebenfalls würden zugewendet worden sein, und die insofern der *dos* sehr analog sind.

9) Die im Allgemeinen der Collation unterworfenen Gaben brauchen doch im einzelnen Falle nur insofern conferirt zu werden, als der Empfänger nach dem Tode des Gebers noch Vortheil davon hat. Dieser Grundsatz der älteren Collation mit seinen näheren Bestimmungen oder Modificationen ist unbedenklich auf die neuere Collation noch anzuwenden ¹⁷³⁾). Daher wird in Anrechnung gebracht, was vor dem Tode des Ascendenten *dolo malo* oder nachher *culpa* des Empfängers verloren worden, und in Abrechnung, was dann nachher ohne Schuld desselben zu Grunde gegangen oder verschlechtert worden ist ¹⁷⁴⁾). Was aber insbesondere die *dos* betrifft, so muß dieselbe der Regel nach sofort vollständig zur Collation kommen, wenn gleich zur Zeit noch die Ehe nicht getrennt ist, also die *dos* noch nicht zurückgefordert werden kann ¹⁷⁵⁾). Aber es kommt darauf an, ob der Mann im Stande ist, die ganze *dos* zurückzuzahlen. Nach älterem Rechte kam dieß nur in Betracht, wenn die Ehe schon aufgelöst war ¹⁷⁶⁾). Nach Justinian's Nov. 97. cap. 6. aber soll die Frau, *si quidem suae potestatis et perfectae aetatis mulier est*, sich selbst die Schuld beimessen, wenn sie nicht vorsorglich von ihrem Rechte Gebrauch gemacht hat, wegen drohender Insolvenz des Mannes schon während der Ehe die *dos* in Sicherheit zu bringen, und soll daher die ganze *dos* sich anrechnen; wenn ihr dagegen, sei es wegen ihres Alters, sei es wegen Keitens des Vaters, in dessen Gewalt sie sich befindet, jene Schuld nicht imputirt werden kann, so soll sie nur ihre Klagen

171) Puchta, Lehrb. §. 504, Note u. Mühlenthal, §. 720. not. 6. Vgl. Mayer, §. 127 a. E. mit §. 126 a. E., welcher freilich die Ausstattung der *Edhne* von diesen nur als Emancipirten conferirt wissen will.

172) Vgl. die Schriftsteller in Note 155. Lauterb. ad tit. D. de dot. collat. §. XI. Struv. *syntagma cum addit.* Mülleri ad tit. cit. §. XLIII. Bausch, de subsidio parentum collationi obnoxio. Gött. 1773. — Dagegen Franke, §. 222. Wening, Ab. 5, §. 183, Note m.

173) Vgl. L. 20. pr. Cod. h. t. und darüber Note 201.

174) L. 1. §. 23. L. 2. §. 2. D. de collat. Vgl. Note 43, 44.

175) Arg. L. 5. Cod. h. t. L. 1. §. 6. D. de dot. collat. Cf. Nov. 97. cap. 6. pr.

176) L. 1. §. 6. cit. Cf. Nov. cap. 6. pr. cit.

gegen den Mann oder dessen Erben zu cediren verpflichtet sein; nach dem ganzen Zusammenhange des Gesetzes aber macht es hierin keinen Unterschied, ob jene culpa vor oder nach dem Eintritte des Erbfalltes stattgefunden habe. Kommt übrigens nur die Bereicherung zur Zeit des Erbfalltes in Betracht, so müssen auch die auf die Sache gemachten Verwendungen in Abzug kommen, so weit sie nicht blos in gewöhnlichen laufenden Ausgaben bestehen, die dem Genießenden zur Last fallen. Bei der *dos* wird zwar nach den Pandekten nur der Abzug der *necessariae impensae* gestattet¹⁷⁷⁾; aber wohl nur aus dem Grunde, weil nach classischem Rechte regelmäßig wegen anderer *impensae* auch der Mann keinen Abzug machen konnte; insofern dieß nun aber nach Justinianischem Rechte möglich ist, muß consequent auch bei der Collation ein gleicher Abzug zugegeben werden¹⁷⁸⁾. Auf der anderen Seite sind aber auch die Accessionen des ursprünglichen Collationsgegenstandes mit in Anschlag zu bringen¹⁷⁹⁾, und insbesondere können auch Früchte und Zinsen in Rechnung kommen. Diese letzten zu leisten soll der Collationspflichtige nach der Meinung vieler nur *ex mora* verpflichtet werden, also nachdem er zur Collation aufgefordert worden ist¹⁸⁰⁾. Dieß ist auch nach allgemeinen Grundsätzen richtig in Ansehung des Ersatzes für Früchte, die er nicht wirklich gezogen hat, die aber dem Collationsberechtigten würden gewonnen sein, wenn die Collation zeitig geschehen wäre. In Ansehung der wirklich gewonnenen Früchte aber muß vielmehr behauptet werden, daß dieselben gleich der Hauptsache selbst conferirt werden müssen, ob der Collationspflichtige in *mora* sei oder nicht¹⁸¹⁾. Dieß erfordert die Consequenz der Sache selbst; denn gehörten die Collationsgegenstände wirklich zu der Erbschaft, so würden ja auch die Früchte derselben den Miterben *pro partibus hereditariae* zu Gute kommen; sie sind aber im Verhältnisse zu den collationsberechtigten Miterben so zu behandeln, als gehörten sie zu der Erbschaft, und, wenn sie nicht sofort conferirt werden, ist es so zu beurtheilen, als wenn ein Miterbe von einzelnen Sachen der Erbschaft allein einstweilen den Genus gehabt hätte, der ihnen gemeinschaftlich gebührte. Und dieß wird auch durch den betreffenden Ausspruch der Quellen selbst bestätigt¹⁸²⁾.

177) L. 1. §. 5. D. de dot. collat. Quum dos confertur, impensarum necessariorum sit detractio, ceterarum non.

178) L. un. §. 5. Cod. de rei uxor. act. (5. 13.), vergl. mit L. 8. D. de impensis. (25. 1.) Pfizger, §. 254. Göltschen a. a. D. S. 481.

179) Arg. L. 10. §. 1. 2. L. 69. §. 9. D. de iure dot. (23. 3.)

180) Göltschen a. a. D. Thibaut, §. 886, Note n. o. Rayer, §. 125, Note 10.

181) Bening, Lehrb. §. 185, Note u. v.

182) L. 5. §. 1. D. de dot. collat. Filia, quae soluto matrimonio dotem conferre debuit, moram collationi fecit: viri boni arbitrato cogetur usuras quoque dotis conferre, quum emancipatus frater etiam fructus conferat et filia partis suae fructus percipiat. Nach Auflösung der Ehe gewinnt die Frau Früchte und Zinsen der *dos*; verzögert sie nun deren Collation, so muß sie auch diese conferiren; es muß ja auch der emancipirte Bruder die Früchte conferiren, die er nach dem Tode des Vaters von den zu conferirenden

10) Nach dem Bisherigen kann nun leicht über einige Gegenstände, von deren Collation man wohl gesprochen hat, entschieden werden. Es gehören dahin a) Alimete. Diese hat der Ascendent entweder α) pflichtschuldig geleistet; dann kann von einer Collation derselben nicht die Rede sein, theils weil die bloße Erfüllung einer Verbindlichkeit keine Gabe der Liberalität ist, theils schon aus dem Grunde nicht, weil die elterliche Alimentationspflicht nicht über das wahre Bedürfnis hinausreicht, und, wenn sich die Gabe darauf beschränkte, zur Zeit des Todes keine Bereicherung mehr davon vorhanden sein wird; oder β) er ist in Anweisung derselben über seine Schuldigkeit hinausgegangen; dann fällt entweder der Ueberschuß unter den Gesichtspunkt einer simplex donatio (R. 8. d), oder es ist credendi causa gegeben, und muß dann als Schuld an die Erbschaft herausgezahlt, nicht im wahren Sinne conferirt werden. Dieselben Gesichtspunkte treten auch b) bei den vielbesprochenen Studientkosten ein, und man kann hier wie dort nicht für den animus credendi vermuthen¹⁸³). Auch daß, c) was ein Ascendent als Besgeld für den Descendenten bezahlt hat, regelmäßig nicht zu conferiren sei, braucht nicht erst durch Allegation einer doch nicht passenden Stelle¹⁸⁴) dargethan zu werden. Nicht minder gewiß ist, d) daß die von den Eltern aufgewandten Kosten des Hochzeitfestes bei Verheurathung der Kinder keinen Collationsgegenstand bilden, schon deshalb nicht, weil sie verzehrt worden, aber auch deshalb, weil solcher Aufwand von den Eltern mehr in eigenem Namen des Anstandes wegen, als für die Kinder gemacht zu werden pflegt. Gewöhnlich wurden nach der älteren Theorie e) auch remuneratorische Schenkungen von der Collation ausgenommen, und auch von Neueren wird noch eine Ausnahme für diese behauptet, so daß sie auch nicht in dem Maße, wie andere gewöhnliche Schenkungen, zur Collation kommen sollen¹⁸⁵). Und in der That ist dieß auch der Natur der Sache entsprechend. Man darf annehmen, daß bei einer remunerandi causa vorgenommenen Schenkung schon der Wille des Schenkers die Collation ausschliesse; denn sonst könnte ja seine Absicht zu remuneriren ganz vereitelt werden. Endlich f) werden noch einige andere Ausnahmen angeführt, welche von der Collation der Emancipirten hergenommen sind¹⁸⁶). Diese können aber nicht ohne Weiteres hierher gezogen werden. Der Grund namentlich, weshalb

Gütern gezogen hat; und es hat ja die Tochter auch sofort vom Zeitpunkte des Todes die Früchte von ihrem Erbtheil in Anspruch zu nehmen. — Dieß ist der Sinn dieser Stelle; die angeführten Gründe der Entscheidung würden nicht zutreffen, wenn man die Worte *moram collationi fecit* so verstehen wollte: sie ist durch Interpellation in Mora versetzt worden; sie bezeichnen hier nichts, als daß die Collation nicht alsbald geschehen, da sie hätte geleistet werden sollen. Vgl. Voet ad h. t. §. 24: *At qui post mortem ex mora quadam percepti sunt, omnino conferri debent.*

183) L. 50. D. fam. ercisc. (10. 2.) Vgl. Franke, S. 177. Sehr weitschweifig handelt davon Pfizger, S. 489—326.

184) L. 17. Cod. de postliminio. (8. 51.)

185) Wening, Bd. 5, §. 183, Note e, vergl. Bd. 3, §. 213, Note II. Thibaut, §. 884, Note e. Mühlenthal, §. 720. nr. 4.

186) Vgl. Note 51, 53, 54.

das *castrense peculium* von der Collation der Emancipirten ausgenommen war, findet gar nicht statt bei der allgemeinen Collation der Descendenten in Rücksicht desjenigen, was der Ascendent einem Descendenten zu dessen *castrense peculium* gegeben hat, und es war daher ungegründet, wenn dieses früher allgemein von der Collation ausgenommen wurde¹⁸⁷). Vielmehr ist es, wenn nicht creditirt, nur als gewöhnliche Schenkung zu betrachten und gleich dieser nach Umständen zu conferiren. Dasjenige aber, was einem Descendenten *dignitatis nomine* oder zur Erlangung einer Würde oder nicht wiederverkäuflichen Bedienung gegeben worden, kann wohl aus dem Grunde von der Collation ausgenommen werden, weil es nicht als ein die Kinder bereichernder Gewinn angesehen werden kann¹⁸⁸). Doch wird es hierbei noch darauf ankommen, ob nicht der Descendent den Aufwand jedenfalls aus eigenem Vermögen gemacht haben würde, was er nun gespart hat, und ob nicht das dazu Hergegebene bloß creditirt sein sollte¹⁸⁹).

11) Aber nicht bloß das, was ein Descendent selbst unmittelbar von dem Erblasser an Collationsgegenständen erhalten hat, muß er conferiren, sondern auch was dem Patens ist gegeben worden, in dessen Stelle tretend jener den Ascendenten höheren Grades mitbeert. Dieser Punkt war vor Justinian controvers; er hat eine Entscheidung darüber gegeben in L. 19. Cod. h. t., die aber freilich die Sache dennoch nicht aller Controverse enthoben hat. In jedem Falle haben die Enkel, beziehungsweise Urenkel, nicht mehr zu conferiren, als ihr Patens zu conferiren hätte, und sie haben nur zu conferiren, wenn sie Erben des Großvaters oder Urgroßvaters werden (nach Nr. 1). Streitig aber ist es, ob sie in diesem Falle unbedingt anstatt ihres Patens conferiren müssen¹⁹⁰), oder nur unter der Voraussetzung, daß die conferenda desselben auch an sie gekommen sind, also namentlich wenn sie dessen Erben geworden sind¹⁹¹). Für die erste Ansicht spricht entscheidend L. 19. Cod. cit. Sie verordnet unbedingt, *nepotes vel neptes patris suis aut avunculis, amitis etiam et materteris dotem vel ante nuptias donationem patris sui vel matris, quam pro eo vel ea mortua persona dedit, conferre*. In diese Bestimmung kann die Voraussetzung, daß die Enkel Erben des Vaters oder der Mutter geworden seien, durchaus nicht hineingetragen werden. Denn zu der Zeit, als L. 19. cit. erlassen wurde (a. 528), ging die Totalforderung regelmäßig noch gar nicht auf die Er-

187) B. B. Pfizer, §. 137, auch noch Mühlenbruch, §. 720. not. 10. Bgl. Götschen, S. 477.

188) Thibaut, §. 884, Note d. Bgl. auch Pfizer, §. 126.

189) Bening, §. 183, Note g.

190) Dieß ist besonders vertheidigt von Wernher, obs. for. tom. II. p. VI. obs. 499. et additam. p. 144—168. Bgl. Pfizer, §. 93. Thibaut, §. 883, Note k. Bening, §. 180, Note k. kk. Schweppe, Privatrecht §. 863.

191) Mühlenbruch, §. 719. not. 12—14. Puchta, Lehrb. §. 504, Note t. Götschen, §. 969, Note 4, 5. Dem hier angeführten Zeugniß Posacker's (§. 1664) über die Praxis widerspricht übrigens Wernher (l. c. p. 144), der die entgegen gesetzte Ansicht *communem sententiam* nennt.

ben der Frau über; erst im Jahre 530 ist dieses durch L. un. Cod. de rei uxoriae act. eingeführt worden; es kann also nicht angenommen werden, daß Justinian auf den Umstand der Beerbung in L. 19. cit. irgend Gewicht gelegt habe; vielmehr muß das Motiv seiner Entscheidung wirklich dieses gewesen sein, daß die Enkel als in parentis sui locum succedentes auch nicht mehr erhalten sollten, wie ihr parens erhalten würde. Dieß ist auch durch die Novellen nicht abgeändert, welche nur den Enkeln den vollen Stammtheil ihres parens ertheilt haben, von dem sie nach L. 19. cit. nur erst zwei Dritttheile erhielten, wenn sie nicht sui oder emancipati waren. Daß übrigens Enkel eines Stammes in gleicher Weise auch Enkeln eines anderen Stammes zu conferiren haben, wie deren Vater oder Mutter conferirt werden müßte, ist nicht zu bezweifeln¹⁹²⁾.

12) In Betreff der Enkel und Urenkel hat man auch noch die Frage aufgeworfen, ob dieselben auch was sie selbst bei Lebzeiten ihres Vaters oder ihrer Mutter u. s. w. von den Großeltern oder Urgroßeltern empfangen haben, conferiren müssen? Man hat dieß bezweifelt, weil die Enkel solches noch nicht als nächste Intestaterben erhielten, da sie von der Intestaterbfolge zu dieser Zeit noch durch ihren Parens ausgeschlossen seien worden¹⁹³⁾, und nur wenn der Großvater der Enkelin eine dos necessaria bestellt habe, soll diese nichtsdestoweniger conferirt werden¹⁹⁴⁾. Aber diese Beschränkung ist ohne Fug in die Gesetze hineingetragen, welche die Descendenten schlechthin, wofern sie Intestaterben sein würden, zur Collation verpflichtet. Es ist eine falsche Vorstellung, daß in jenem Falle die Gaben nicht anders anzusehen seien, als seien sie an fremde Personen, nicht Descendenten, gemacht worden, und inconsequent ist es, aus der gesetzlichen Verpflichtung zur Dotation eine Collationspflicht herzuleiten in einem Falle, wo sie sonst nicht besteht¹⁹⁵⁾.

13) Bisher ist untersucht worden, in welchen Fällen gesetzlich die Collation stattfindet. Ohne Zweifel kann aber durch eine letztwillige Disposition die Collation auch außerdem für solche Personen oder Gegenstände angeordnet werden, für welche sie gesetzlich nicht stattfindet. Dieß ist aber dann auch nur gleich einem anderen, durch den Willen des Erblassers einem Erben auferlegten, Dnus zu beurtheilen, und mit Rücksicht auf die hierüber geltenden allgemeinen Grundsätze die Gültigkeit und die Wirkung dieser Auflage zu bestimmen. Auch durch Vertrag läßt sich ein gleiches Resultat erzielen, nicht nur nach teutschem, sondern auch nach römischem Rechte, und nicht nur durch die einer Schenkung an den Descendenten gleich anfangs hinzugefügte Bedingung der Collation, sondern auch nachher und in anderen Fällen; indem man die betreffende Verabredung als ein zu Gunsten der Erben gegebenes Versprechen zu betrachten hat, das nach neuerem römischem Rechte gültig ist. Aber es ist denn auch

192) Vgl. Wernher l. c. obs. 500. Voet ad Dig. h. t. §. 4.

193) Pfleger, §. 87—90. Rosshirt, S. 435, 436.

194) Rosshirt a. a. O. sub Nr. 2.

195) Vgl. besonders Voet ad Dig. h. t. §. 3.

hier keine wahre Collation, sondern nur eine vertragsmäßige Verbindlichkeit ähnlichen Inhaltes begründet.

14) Endlich muß nun noch die Art und Weise, wie die Collation vollzogen und geltend gemacht werden kann, bestimmt werden. Darüber enthält das neuere Recht keine besondere Vorschriften; es sind aber die betreffenden Bestimmungen für die ältere Collation leicht auch auf die neuere anzuwenden¹⁹⁶⁾. Reell kann die Collation geleistet werden entweder durch Herausgabe der Collationsgegenstände in natura, oder durch anderweitige Vergütung nach ihrem Werthe¹⁹⁷⁾. Ob dieß der Wahl des Conferenten zu überlassen sei, ist streitig¹⁹⁸⁾. Unbedingt kann dieß gewiß nicht behauptet werden, so daß nämlich auch die Art der Vergütung der Willkür des Conferenten überlassen wäre. Man kann höchstens zugeben, daß derselbe nach Belieben den Werth in baarem Gelde vergüten könne. Eben deshalb aber kann man die behäufte Behauptung überhaupt gar nicht auf L. 1. §. 12. D. de collat. gründen, wie gewöhnlich geschieht. Man müßte es dann der Wahl des Conferenten überlassen, ob er durch Delegation eines Schuldners, durch Hingabe eines Grundstückes oder einer andern Sache u. s. w. den Werth des Collationsgegenstandes vergüten wolle. Diese Stelle beweist auch schon deshalb nichts, weil alle dort erwähnten Handlungen die Zustimmung der Anderen wesentlich voraussetzen, und dieselbe also nichts anderes sagt, als emancipatum satis contulisse videri, wenn auf solche Weise die Miterben befriedigt worden, nicht im Geringssten aber andeutet, daß die Miterben sich dieses durchaus gefallen lassen müßten. Noch weniger beweist L. 5. Cod. h. t. für die behäufte Behauptung; sie spricht nur aus, daß die Frau also sich nicht dürfe betheiligen lassen, die das vor der Zeit vom Manne zurückfordern zu wollen, weil sie dieselbe ihren Brüdern conferiren müsse; und deutet dabei an, daß die Collation sich auch schon bewerkstelligen lasse, wenn gleich die Collationspflichtige vorläufig selbst noch nicht der das habhaft werden könne. Sie setzt auch gar nicht einmal die Nothwendigkeit einer Werthberechnung voraus; denn ihre Entscheidung paßt eben so gut für den Fall, wenn die ganze das nur in einer Summe Geldes besteht, wie für jeden anderen. Wir müssen also anerkennen, daß wir über unsere Frage in den Quellen in der That gar keine Entscheidung haben. Nach der Natur der Sache aber können wir nur dieses behaupten, daß, wenn die Parteien sich nicht in Güte über die Art und Weise der Collation vereinigen, der *index familiaris eriscundus* nach seinem Arbitrium eine den Verhältnissen angemessene Anordnung zu treffen habe; und dabei wird es allerdings der Willigkeit gemäß sein, dem Conferenten auf sein Begehren den ausschließlichen Besitz der Collationsgegenstände zu überlassen, wenn er ein vollkommen genügendes Aequivalent dafür bietet.

196) Vgl. oben Note 21—35, 98—100.

197) L. 1. §. 11. 12. D. de collat. bon. L. 1. §. 8. D. de dot. collat.

198) Dafür z. B. Voet l. c. §. 9. Ehibaut, §. 886. Bening, Ab. 5, §. 184. Gbbschen, §. 970. — Dagegen Lauterbach, de dot. collat. §. 52. ad Dig. h. t. §. 21. Vinnius l. c. cap. 16. Am ausführlichsten Pfizger, §. 193—202.

Streitig ist auch, nach welchem Zeitpunkte der Werth zu berechnen sei, wenn nicht die Sachen in natura conferirt werden? Von Vielen wird behauptet, nach dem Zeitpunkte des Todes des Erblassers¹⁹⁹⁾. Ein Hauptargument dafür findet man in dem Ausspruche der L. 20. pr. Cod. h. t.²⁰⁰⁾. Dieser ist aber wahrlich gar nicht geeignet, eine solche Regel zu begründen, sondern erklärt sich lediglich durch die besondere Natur des dort erwähnten Gegenstandes²⁰¹⁾. Außerdem entbehrt jene Be-

199) Vgl. die vier ersten Citate der vorigen Note. Dagegen Pflizer, §. 202 fig.

200) Heibelb. Jahrb. a. a. D. S. 119.

201) Die L. 20. sagt: Quod tam in aliis, quam in his, quae occasione militiae uni heredum ex defuncti pecuniis acquisitae lucratur is qui militiam meruit, locum habebit: ut lucrum, quod tempore mortis defuncti ad eum pervenire poterat, non solum quartae parti computetur, sed etiam ab intestato conferatur. Dies erklärt sich durch Vergleichung mit L. 30. §. 2. Cod. de inoff. test., wo Justinian verordnete, es solle in den Pflichttheil eingerechnet werden, quae occasione militiae ex pecuniis mortui eiusdem personae acquisitae posse lucrari (so ist zuverlässig auch hier zu lesen, nicht acquisita, posse lucr., was einen ganz falschen Sinn gibt) eas manifestum est, eo quod talis sit militia, ut vendatur vel mortuo militante certa pecunia ad eius heredes perveniat. Hier ist vorerst wohl zu bemerken: es ist nicht die militia selbst, welche in den Pflichttheil eingerechnet oder conferirt werden soll, sondern nur ea quae occasione militiae lucrari potest. Dafür könnte man den Preis ansehen; welcher durch Verkauf der militia erlangt werden könnte. Aber dieser war ungewiß; er konnte nur durch den Versuch des Verkaufes erfahren werden; der militans sollte aber nicht zum Verkaufe, also zum Aufgeben des Dienstes gezwungen werden. Dagegen gab es einen anderen feststehenden Maßstab des Werthes; er bestand in derjenigen Geldsumme, welche nach dem Tode des militans von dem Nachfolger an die Erben desselben gezahlt werden mußte; certa pecunia — L. 30. §. 2. cit. — quod pro eisdem militibus pro tenore communis militantium placiti vel divinae sanctionis tale praestantis beneficium dari solet — L. 27. Cod. de pignor. (8. 14) Vgl. L. 7. 11. Cod. de proximis sacr. (12. 19.) — τὰ ἐκ τοῦ καλουμένου κάσου στρατείας — Nov. 53. cap. 5. denn gewiß ist hier nach Röhler's Emendation statt τὰς zu lesen τὰ; es erinnert an ea quae occasione militiae lucratur; vgl. aber Nov. 97. cap. 4. τοῦ κάσου γινόμενον; Cuiac. ad L. 3. §. 7. D. de minor., in opp. edit. Neap. I. c. 990. ad tit. Cod. de collat. und de pignor. ibid. IX. c. 697. 1199. — und diese Summe war bei einigen militiae auch der höchste erlaubte Verkaufspreis — Nov. 35. in der Ausgabe von Spangenberg oder Dfenbrüggen, vgl. Cuiac. opp. II. c. 1088. — Justinian bestimmt nun in L. 30. §. 2. cit. ausdrücklich, daß diese Summe solle in den Pflichttheil eingerechnet werden, und zwar verordnet er, weit es möglich wäre, daß der militans nach dem Tode erst einen höheren Grad erlangte, noch genauer dieses: ita tamen, ut ille gradus eiusdem militiae inspiciatur, quem in morte testatoris militans obtinet: ut tanta ei pecunia in legitimam portionem computetur, quantum dari constitutum est, si in eo gradu mortuus esset is, qui militiam ex pecuniis testatoris adeptus est. Diese fixirte Geldsumme also ist das lucrum, quod tempore mortis defuncti ad eum pervenire poterat, das daher nach L. 20. pr. auch conferirt werden muß. Diese Bestimmung war auch vollkommen consequent; denn wenn der Erblasser selbst die militia inne gehabt hätte, so würden ja seine Erben eben diese Summe erhalten haben; von einer späteren Erhöhung derselben, es sei denn durch Verzugszinsen, kann keine Rede sein. Hiernach ist es denn wohl klar genug, daß man diesen Fall nicht vergleichen kann mit solchen, da der Werth der Collationsgegenstände selbst gestiegen ist, sei es durch Accessionen, sei es durch Steigerung des geltenden Preises.

hauptung alles Grundes und die Natur der Sache spricht entschieden dagegen. Gehörten die conferenda zur Erbschaft, so würden sie gleich anderen Erbschaftsobjecten zur Theilung kommen, und wenn sie einem Miterben allein überwiesen würden, so würde die Vergütung, welche dafür den anderen zu leisten wäre, nur nach dem gegenwärtigen Werthe sich bestimmen. Die Collation hat aber offenbar den Zweck, denselben Erfolg zu erzielen, als wenn jenes der Fall wäre; und nur so wird die beabsichtigte Gleichstellung der Erben erreicht. Auch ist ja anerkannt, daß eine zufällige Verschlechterung der Sache seit dem Todesfalle dem Conferenten nicht zur Last falle. Ist denn eine zufällige Minderung ihres Werthes, wenn sie auch ohne materielle Verschlechterung eingetreten sein sollte, so wesentlich verschieden? Oder glaubt man, wenn der Werth geringer geworden, so möge der Conferent den jetzigen Werth vergüten; wenn aber derselbe erhöht worden, so genüge es, den geringeren Werth zur Zeit des Todes zu ersetzen? Da würde die Regel, sehr Inconsequent, zur Hälfte aufgegeben. Und doch! Wollte man, um die Consequenz zu retten, behaupten, er müsse unbedingt entweder die Sache selbst hergeben, oder deren Werth zur Todeszeit ersetzen: wie er da nicht im Fall einer Verminderung des Werthes immer die Sache selbst hergeben, und dann in der Theilung dieselbe dennoch für ihren jetzigen Werth wieder erlangen können, im Falle einer Erhöhung des Werthes aber die Sache behalten und den früheren geringeren Werth ersetzen? Einfach und plan ist dagegen Alles, wenn man annimmt, daß eigentlich die Sachen selbst zu conferiren sind, daß aber in *dividendis rebus* auch der Werth derselben vergütet werden kann, und zwar natürlich derjenige, den sie eben jetzt in der Zeit haben, in welcher sie durch denselben vertreten werden sollen. Damit stimmen auch die Aussprüche unserer Quellen, sowohl in Beziehung auf die Collation der Emancipirten, als in Beziehung auf die neuere *collatio dotis* überein ²⁰²).

Wenn die Collation nicht alsbald reell geleistet werden kann, so muß Caution dafür gestellt werden. Bei der Collation der Emancipirten war diese vorangestellt, gewiß aus dem Grunde, weil sie alle Güter des Emancipirten ergriff, dabei aber meistens eine reelle Collation sich so bald nicht wird bewerkstelligen lassen, oder doch wenigstens leicht Zweifel über ihre Vollständigkeit entstehen konnten ²⁰³). Bei der neueren Collation, als welche sich nur auf bestimmte Objecte beschränkt, wird dagegen meistens die reelle Collation leicht möglich sein, und daher die Caution nur im Nothfall eintreten. Die Caution aber hat doch nur den Zweck, die reelle Collation herbeizuführen und zu sichern. Ist jene geleistet wor-

202) Vergl. oben Note 43—45, 182. Man beachte namentlich Ausbrüche wie folgende: *sua bona in medium conferant, qui appetant paterna; propria bona, dividat bona sua cum fratribus; constat, quid sit in bonis emancipati; si dicantur quaedam non esse in commune redacta; L. 1. pr. §. 10—12, vgl. L. 2. §. 2—4. D. de collat. bon. Ferner: cum bonis dotem confundi L. 8. Cod. h. t. in dividendis rebus dos, donatio ante nuptias conferatur. L. 17. Cod. h. t. Vgl. L. 19. Cod. h. t.*

203) L. 1. §. 11. D. de collat.

den, so gibt die Klage daraus den Miterben das Mittel, die wirkliche Erfüllung der anerkannten Verbindlichkeit zu erwirken, und es kann sich dieser der Collationspflichtige oder dessen Bürge nicht mehr entziehen, sofern nicht die Caution vor Antretung der Erbschaft geleistet worden und diese darauf nicht erfolgt ist²⁰⁴). Außerdem können die Collationsberechtigten in dem *iudicium familiae erisoundae* ihre Ansprüche geltend machen²⁰⁵). Aber dieses kann nicht in allen Fällen ausbelfen; es ist daher auch gestattet, falls der Verpflichtete weder *re* noch *cautione* conferirt, *extra ordinem* richterliche Hilfe zu begehren, und es kommen dann nach Lage der Sache die früher bei der Collation der Emancipirten angegebenen verschiedenen Maßregeln zur Anwendung²⁰⁶). Es wird dem Säumigen durch *denegatio actionum* sein Erbtheil so lange vorenthalten, bis er seiner Verpflichtung nachkommt, und dessen Besitz entweder den collationsberechtigten Miterben eingeräumt; schlechthin, wenn jener *contumax* ist, gegen Caution, wenn er *per inopiam* nicht *cavirt*, oder auch, im letzten Falle, kann zur Verwaltung desselben ein Curator ernannt werden, welcher dann aus dem Erbtheil die Ansprüche der Miterben zu befriedigen hat. Dabei ist nur noch insbesondere zu bemerken, daß im Falle der testamentarischen Erbfolge nach Analogie der in Note 26. 27. angeführten Bestimmungen ausschließlich nur den collationsberechtigten Miterben, nicht auch fremden eingesetzten Erben, der Erbtheil des nicht conferirenden Collationspflichtigen zu überlassen ist.

Uebrigens geht aus diesen Bestimmungen hervor, daß den Berechtigten gegen den Verpflichteten, so lange dieser sich nicht durch *cautio*, sei sie auch nur *promissoria*, verbindlich gemacht hat, auch nachdem er die Erbschaft schon angetreten hat, kein Mittel zu Gebote steht, ihn zur reellen Collation anzuhalten, wenn er auf seinen Erbtheil verzichtet. Wenn er es vortheilhafter findet, kann er immer noch diesen aufgeben, und die Collationsgegenstände ausschließlich für sich behalten. Nur kann ihn dieses nicht befreien von den durch die Antretung der Erbschaft einmal begründeten Ansprüchen der Erbschaftsgläubiger; er muß diese *pro parte hereditaria* nöthigenfalls auch *ex propriis* befriedigen, wenn er die Erbschaft *sine beneficio inventarii* erworben hat. Wenn er dagegen diese Rechtswohlthat sich gesichert hat, so kann er jedenfalls ohne Verlust davon kommen; denn die Gläubiger müssen sich dann schlechthin mit demjenigen begnügen, was in der Erbschaft sich vorfand, und darin sind die *conferenda* nicht mitbegriffen²⁰⁷). Doch verändert dieser Umstand nicht sein Verhältniß zu den Collationsberechtigten, und wenn er also diesen schon die Collation wirksam versprochen hat, so kann er sie ihnen nicht mehr vorenthalten, weil sich hinterher ergibt, daß die Erbschaft zur Bezahlung der Schulden nicht ausreicht, daß er also für das Conferirte nichts zum Ersatz in der Erbschaft findet.

204) Vgl. Note 34, 35.

205) L. 1. pr. D. de dot. collat. Cf. L. 8. 16. Cod. h. t.

206) Vgl. Note 25—27, 31—33.

207) Vgl. Note 143.

Emphyteuse¹⁾. Emphyteusis ist ein der Regel nach veräußerliches und vererbliches dingliches Recht auf vollkommene Benutzung eines in fremdem Eigenthum befindlichen Grundstückes, mit der Verbindlichkeit zur Pflege desselben und zur Entrichtung einer gewissen Abgabe an den Eigenthümer. Die historische Ausbildung dieses Institutes des römischen Rechtes²⁾ hat, so viel wir mit Sicherheit erkennen können, ihren Ausgang genommen von einem bei städtischem Grundvermögen häufig vorkommenden besonderen Rechtsverhältnis. Stadtgemeinden pflegten ihre zur Cultivirung geeigneten Grundstücke wohl in ewige Pacht zu geben, dergestalt daß dieselben weder dem ursprünglichen Pächter noch dessen Nachfolgern entzogen werden sollten, so lange die festgesetzte Abgabe, vectigal, gehörig entrichtet würde³⁾. Die auf solche Bedingung in Pacht gegebenen Grundstücke wurden in der classischen Jurisprudenz vectigales agri genannt, zum Unterschied von denjenigen, qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus, d. i. non vectigales agri. Zum Schutze dieses Verhältnisses aber wurde eine eigene in rem actio eingeführt, wirksam sowohl gegen die Municipales oder die Stadtgemeinde selbst, als gegen dritte Personen⁴⁾, welche Klage jedoch dann auch zum Schutze einer auf bestimmte Zeit beschränkten ähnlichen Ueberlassung eines Grundstücks gestattet wurde⁵⁾. Ein verwandtes Rechtsverhältnis war das der fundi emphyteutici oder emphyteuticarii, ius emphyteuticum, welches, nach dem Namen zu schließen, in griechischen Provinzen seinen Ursprung gehabt haben mag, und anfangs vielleicht vorzüglich in Ansehung neu zu cultivirender Grundstücke eingegangen wurde. Es ist zuerst

1) Vergl. Hug. Donelli, comm. iur. civ. lib. IX. cap. 13—15. Buri, von den Baucrgütern (Sieben 1783), Nr. 17, S. 151—254. Glück, Erläuterung der Pandekten, Bd. 8, S. 378—556. Thibaut, System (8. Aufl.), §. 775, Note t. u. — Quellen: Tit. Dig. si ager vectigalis, l. e. emphyteuticarius, petatur. (6. 3.) Cod. de iure emphyteutico. (4. 66.) (Dazu Leonini, praelectiones in Ottonis thes. V. p. 655—666.) Cf. tit. Cod. de fundis patrimonialibus et saltuensibus et emphyteuticis et eorum conductoribus. (11. 61.) Theod. Cod. 5. 13.

2) Vuy, de originibus et natura iuris emphyteutici Romanorum. Heidelberg. 1838.

3) L. 1. pr. D. h. t. Agri civitatum... vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur, id est hac lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat. Nach Hal. quamdiu... tamdiu, womit übereinstimmt Cal. III. 145. und §. 3. J. de locatione. (3. 24.) Cf. L. 1. Cod. de administrat. rerum publ. (11. 30.) Vgl. Savigny, Recht des Besizes (6. Ausg.), S. 120, 121. Vuy l. c. p. 58 sq.

4) L. 1. §. 1. L. 2. D. h. t.

5) L. 3. D. h. t. Idem est etai ad tempus habuerint conductum nec tempus finitum sit. Es ist nicht wahrscheinlich, daß hierbei an denselben Fall gedacht ist, der in L. 1. pr. mit den Worten bezeichnet wird: ita colendi dantur, ut privatim... dare solemus. War erst bei der locatio in perpetuum ein besonderes Rechtsverhältnis der agri vectigales anerkannt worden, so war leicht der Schritt weiter gemacht, dieses auch mit Beschränkung auf eine bestimmte Zeit (z. B. 100 Jahre nach Hygin. apud Goos. p. 206. 206) statifinden zu lassen. Dies war dann aber keine gewöhnliche Temporepacht, die außerdem den Städten auch noch möglich blieb.

erwähnt in einer der Interpolation nicht verdächtigen Stelle von Ulpian, aber ohne nähere Andeutung seines Wesens⁶⁾. Darnach wird zuerst wieder in einer Constitution von Diocletian und Maximian praedium emphyteuticum genannt und zwar, wie es scheint, unterschieden von vectigale, parallel mit patrimoniale praedium⁷⁾. In den Constitutionen der späteren Kaiser aber erscheint das ius emphyteuticum vorzüglich gerade in Beziehung auf kaiserliche Patrimonialgüter als ein sehr verbreitetes Institut, und häufig findet sich patrimonialis sive emphyteuticus fundus nebeneinander gestellt⁸⁾. Aber auch bei städtischen Grundstücken und solchen, die zu kirchlichen Zwecken bestimmt waren, kommt dasselbe unter demselben Namen vor⁹⁾, und ist dann in gleicher Weise auch auf Privatbesitzungen angewendet worden¹⁰⁾. Eine andere Bezeichnung dafür ist auch ius perpetuum, welches, wenn auch früher unterschieden, wenigstens zuletzt als gleichbedeutend mit ius emphyteuticum gebraucht wurde¹¹⁾; daher denn auch die Inhaber emphyteutischer Güter

6) L. 3. §. 4. D. de reb. eor. (27. 9.) Si ius *εμφυτευτικόν* vel *εμφορευτικόν* habeat pupillus, videamus, an distrahi hoc a tutoribus possit? Et magis est non posse, quamvis ius praedii potius sit. Ob hier *εμφορευτικόν* (nach dem Cod. Florent.) oder *εμφορευτικόν* (nach den Basiliken) gleichbedeutend sei mit *εμφυτευτικόν*? Sujacius nimmt es so an in: Not. ad Institut. III. 24. §. 3. (opp. ed. Neapol. I. p. 215). Anderwärts aber erklärt derselbe das erste für gleichbedeutend mit ius superficium. S. comm. in lib. XI. respons. Pap. ad L. 1. D. de pignor., in lib. XXI. Pauli ad Edictum ad L. 74. D. de rei vind., recitat. ad tit. D. si ager vectigalis (opp. ed. Neap. IV. p. 1282, V. p. 305, VII. p. 377). Saloander bezieht *εμφορευτικόν* auf die missio in possessionem ex primo decreto. Ganz anders bestimmt den Unterschied Birnbaum, die rechtliche Natur der Zehnten, S. 64, 65, Note 24.

7) L. 13. Cod. de praediis et al. reb. min. (5. 71.) Vectigale vel patrimoniale sive emphyteuticum praedium. Nach Birnbaum, a. a. D. Note 35, sollen freilich die Worte patrimoniale sive emphyteuticum nur eine nähere Bezeichnung zweier verschiedener Unterarten des vectigale praedium enthalten. Aber die Meinung dieses Schriftstellers, wornach der von Kirchen oder Städten zur Nutzung an Andere ausgegebene, jenen selbst aber ursprünglich vom Staate eingeräumte Boden der eigentliche ager emphyteuticus im Gegensatz der fundi patrimoniales gewesen sein soll, widerlegt sich durch die in Note 8—10 allegirten Stellen.

8) L. 15. 17. 19. 20. 21. 33. 39. Theod. Cod. l. c. L. 1. 5. 7. 12. Just. Cod. de fundis patrimon. L. 4. Theod. Cod. de collat. fund. patrimon. (11. 19.)

9) L. 2. Cod. ne rei domin. (7. 38.) Emphyteuticariis dominici iuris, reipublicae, vel iuris sacrorum templorum. Cf. L. 7. Cod. de fund. patrimon. L. 33. 35. Theod. Cod. eodem. L. 5. Theod. Cod. de locatione fundorum iuris emphyteutici et reipublicae et templorum. (10. 3.) L. 2. 3. Just. Cod. de locat. praediorum civil. (11. 70.) Tit. Cod. de iure reipublicae. (11. 29.) etc.

10) Dies geht hervor aus L. 1. Cod. de iure emphyteut. und §. 3. J. de locat. Vgl. Savigny a. a. D. S. 122.

11) L. 1. Cod. de off. comm. sacri palat. (1. 34.) Totius iuris perpetuarii, hoc est emphyteuticarii, exactio. Der Zusatz h. e. emphyteut. findet sich in L. 1. Theod. Cod. eodem (1. 11.) noch nicht.

perpetuarii possessores hießen¹²⁾. Wenn gleich nun dieses emphyteutische Recht ursprünglich von dem Rechte an dem ager vectigalis municipum unterschieden worden sein mag, so ist es doch in seiner weiteren Ausbildung und festeren Gestaltung, die nur allmählig durch die Praxis und kaiserliche Constitutionen sich vollendete, und auf welche besonders eine Constitution von Aeneas und zwei Constitutionen von Justinian bedeutend einwirkten¹³⁾, mit jenem gänzlich verschmolzen worden; und diese Gleichstellung gibt sich im Justinianischen Rechte unzweideutig dadurch zu erkennen, daß zweimal ager vectigalis durch den Zusatz, id est emphyteuticus oder emphyteuticarius erklärt wird¹⁴⁾. Demnach ist dann, was im Justinianischen Rechte über das Recht an Vectigalgrundstücken gesagt wird, auch auf das emphyteutische Recht zu beziehen und umgekehrt.

Dieses Recht nun, so umfassende Befugnisse dasselbe gewährt, ist doch nur als ein das Eigenthum beschränkendes Recht, ius in re aliena, anzusehen. Es wird bezeichnet als ius praedii¹⁵⁾, ius in fundo vectigali, ausdrücklich im Gegensatze des Eigenthums¹⁶⁾. Der Erwerber desselben (emphyteuta, emphyteuticarius), heißt es, werde nicht Eigenthümer des Grundstücks¹⁷⁾; vielmehr wird ihm der rei dominus entgegengesetzt¹⁸⁾; und so wird auch dominium vel emphyteusis vel conductio unterschieden¹⁹⁾. Zwar scheint in mehreren Stellen des Justinianischen wie des Theodosischen Eoder das Verhältniß emphyteutischer Inhaber von kaiserlichen Patrimonialgrundstücken geradezu als dominium bezeichnet zu werden²⁰⁾; und dieses hat Veranlassung zu der Meinung gegeben oder dieselbe unterstützen sollen, daß dem Emphyteuta wahres, nur unter gewissen Bedingungen widerrufliches, Eigenthum, gleich dem Eigenthum an Provinzialgrundstücken nach vorjustinianischem Rechte, beizulegen sei²¹⁾. Allein wenn auch jenes der Fall wäre, so konnte dieß

12) L. 33. Th. Cod. h. t. Ius emphyteuticum, quo iuris patrimonialis vel rei publicae praedia possessoribus sunt adiudicata perpetuariis. Cf. L. 14. §. 1. Th. Cod. de tiron. (7. 13.)

13) L. 1. 2. 3. Cod. de iure emphyteut.

14) Einmal in der rubr. tit. D. cit. (Note 1); dann mittelst einer ungewissen Interpolation in L. 15. §. 1. D. qui satisfacere cog. (2. 8.). Qui vectigalem, i. e. emphyteuticum agrum possidet. In den neueren Constitutionen nach Diocletian (Note 7) kommt der Ausdruck vectigale praedium, ager vectigalis nicht mehr vor.

15) Vgl. Note 5.

16) L. 71. §. 5. 6. D. de legat. I. Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus... quamvis fundus vectigalis municipum sit, atamen quia aliquod ius in eo is, qui legavit, habet, valere legatum. Sed etsi... alii fundum legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id ius quod in vectigalibus fundis habemus.

17) L. 1. §. 1. D. h. t. Quamvis non efficiantur domini, Vgl. L. 71. §. 5. cit. L. 10. D. fam. ercisc. (10. 2.) Item praedia quae nostri patrimonii sunt (cf. L. 8. §. 1. ibid.); sed et vectigalia vel superficaria.

18) §. 3. J. cit. L. 1—3. Cod. h. t.

19) L. 8. Cod. de fund. patrimon.

20) L. 18. Th. Cod. 5. 13. L. 4. Th. Cod. 5. 14. L. 2. Iust. Cod. de fund. rei priv. (11. 65.) L. 4. 12. Cod. de fund. patrimon.

21) Savigny, Recht des Besitzes (2. Ausg.), S. 99 fgg.

doch für die Bestimmung der im Justinianischen Rechte geltenden Ansicht nicht in Betracht kommen, weil alle jene Constitutionen älter sind, als die erwähnte von Kaiser Zeno, und sich daher der Ausdruck derselben wohl erklären ließe mit Rücksicht auf die erst durch diese Constitution beseitigte Streitfrage, ob die Einräumung der Emphyteuse als alienatio des Grundstückes oder nur als locatio conductio anzusehen sei, nun aber die in den neueren Constitutionen ausgesprochene Ansicht über das Wesen des Rechtsverhältnisses entscheiden müßte²²⁾. Indessen sind die angezogenen Stellen des Justinianischen Codes auch befriedigend dadurch erklärt worden, daß den emphyteutischen Besitzern von Patrimonialgütern oft wahres Eigenthum, obwohl unter Vorbehalt einer Abgabe an den kaiserlichen Schatz, ertheilt oder von ihnen hingerworben wurde²³⁾. Daß auch die Idee eines sogenannten dominium utile, welches man seit den Glossatoren unter anderen auch dem Emphyteuta beizulegen pflegte, so wenig in den Quellen begründet, als an sich befallswürdig sei, bedarf keines Beweises mehr²⁴⁾. In der That ist die Emphyteusis ein ius in re aliena, welches, da es wie die Servituten und die Superficies dem Eigenthümer in Ansehung der Nutzung der Sache eine Beschränkung auflegt, mit diesen Rechten unter den allgemeinen Begriff dinglicher Nutzungsrechte (im Gegensatz des Pfandrechtes) gestellt werden kann²⁵⁾, welches auch, wie in einer Stelle die Superficies wirklich genannt ist²⁶⁾, füglich servitus hätte genannt werden können und vielleicht genannt worden wäre, wenn nicht dieser Ausdruck bereits als regelmäßige ausschließliche Bezeichnung für eine im alten Civilrecht schon ausgebildete Classe von Rechten hergebracht gewesen wäre, von denen sich die Emphyteusis, wie die Superficies, historisch durch die spätere, vielleicht ursprünglich prätorische²⁷⁾,

22) Vgl. unten Note 102—104.

23) L. 4. 12. Cod. cit. Daher licentia eis concedenda etiam libertates mancipiis ex fundis patrimonialibus atque emphyteuticariis, cum fundorum sint domini, praestare. Dagegen L. 2. Cod. de mancip. et colon. (11. 62.) Libertates, quas mancipiis ex fundis patrimonialibus et emphyteuticis, qui fundorum non sunt domini, praestiterint.... rescindant. Vgl. Thibaut, civ. Abhandl. Nr. 11, S. 269—281, welchem dann auch Savigny beistimmte (6. Ausg., S. 124, Note 3). S. auch Donell. l. c. cap. 14. §. 26. 27. Buri, S. 166—168.

24) Thibaut, Versuche, Bb. 2, Nr. 3, vergl. dessen Abh. a. a. D. — Doch hat Glück, S. 386 flg., noch das dominium utile des Emphyteuta in Schutz genommen. Vgl. auch Du Roi im Arch. für civ. Praxis, Bb. 6, S. 386 flg.

25) Puchta, Lehrb. §. 118. Blume, Grundriß des Pandektenrechtes, §. 167.

26) L. 86. §. 4. D. de legat. I.

27) Puchta, Lehrb. §. 170. Arg. L. 66. pr. D. de eviction. (21. 2.) Actione, quae de fundo vectigali proposita est. Vgl. Cai. IV. 46. 47. Dieser Ausdruck beweist wenigstens, daß die vectigalis actio im Edicte ausdrücklich genannt war, und da sie nun gewiß nicht durch ein Gesetz eingeführt ist (L. 1. §. 1. D. h. t.), so müßte man, um den prätorischen Ursprung leugnen zu können, annehmen, sie sei zuvor durch das ius civile im engsten Sinne vorkommen ausgebildet und dann erst in das Edict aufgenommen, was höchst unwahrscheinlich ist. S. auch unten Note 124. Vgl. aber Büchel, über Verpändung der iura in re aliena, S. 50, Note 2.

Entstehung, materiell durch ihren umfassenden Inhalt und dadurch unterscheidet, daß sie selbstständig vererblich und veräußerlich ist, während die Servituten an eine bestimmte Person des Berechtigten oder an ein bestimmtes Grundstück als gewissermaßen berechtigtes Subject wesentlich gebunden sind. Denn übrigens, wenn man nur auf den materiellen Inhalt der dem Berechtigten zustehenden Befugnisse sieht, ist das Recht des Emphyteuta dem Ususfructus weit näher verwandt, als dieser den Prædialservituten. In der neuesten Zeit zwar ist noch wieder ein Versuch gemacht worden, den charakteristischen Unterschied der Emphyteuse von den Servituten überhaupt und dem Ususfructus insbesondere dahin zu bestimmen, daß jene das Recht sei, fremdes Eigenthum am Grund und Boden unabhängig vom Eigenthümer und, so weit dieß mit fremdem Eigenthum bestehen könne, vollständig auszuüben, die Servitut aber als ein aus dem Eigenthum ausgeschiedener, einem Anderen als selbstständiges eigenes Recht eingeräumter Bestandtheil des Eigenthums sich darstelle. Aber wir nehmen nicht Anstand, diesen Versuch für gänzlich misslungen zu erklären²⁸⁾.

Was den Gegenstand der Emphyteuse betrifft, so streitet man darüber, ob dieser ein fruchttragendes, für den Land- oder Gartenbau bestimmtes, Grundstück sein müsse, oder auch ein Gebäude (praedium urbanum) als solches sein könne, obwohl Jeder zugibt, daß sowohl die Etymologie des Wortes Emphyteusis als der Ausdruck *ager vectigalis* auf wirthschaftliche Grundstücke als ursprünglichen Gegenstand dieses Rechts-

28) Büchel a. a. D. S. 22—55. Der Verfasser sagt S. 44, der Emphyteuta unterscheide sich von dem Servitutberechtigten, namentlich dem Ususfructuar insbesondere dadurch, daß letzterer nicht ein fremdes, sondern vielmehr sein eigenes Recht zur Ausübung bringt, obgleich das Recht eine fremde Sache voraussetzt, während der Emphyteuta nirgends ein eigenes, sondern immer nur ein fremdes Recht ausübt. Ein sonderbares Recht wahrlich, wenn der, dem es zusteht, nirgends dasselbe ausüben kann, statt dessen aber ein fremdes Recht ausübt! Der Verf. verwahrt sich auch noch, daß man ja nicht die Ausübung des fremden Eigenthums als das Object jenes Rechtes ansehe: denn die Ausübung ist nur die formale Seite des Eigenthums; . . . vielmehr ist der unmittelbare Gegenstand des Rechtes immer das fremde Eigenthum (S. 45), nach S. 51 aber das fremde Grundstück, weshalb auch da, wo die Rechtsobjecte aufgeführt werden, die Emphyteuse nicht unter die *iura* im Sinne der Servituten gestellt werden kann, sondern es muß der *ager* selbst genannt werden. Gerade umgekehrt sagt Ulpian, unter *praedium emphyteuticum* sei *potius ius praedii* zu verstehen (Note 5), und durch das Vermächtniß des *fundus vectigalis* sei eigentlich nur *id ius, quod in praediis vectigalibus habemus*, vermacht (Note 16). Auf der anderen Seite wird auch, wie das Grundstück, an dem man das emphyteutische Recht hat, mit Beziehung darauf *fundus vectigalis* oder *emphyteuticum* heißt, eben so dasjenige, an dem man den Ususfructus hat, *fructuarius fundus* genannt, L. 1. D. si ususfr. pet. (7. 6.); bezeichnen der *Servus* als Gegenstand des Ususfructus oder *Usus servus fructuarius* oder *usuarius*. L. 2. D. de peculio. (15. 1.) L. 55. D. de pactis. (2. 14.) L. 45. §. 3. D. de acquir. hered. (29. 2.) u. a. B r i s s o n. v. fructuarius. — Auch was K i e r u l f, Theorie des Civilrechtes, Bd. 1, S. 360, über den charakteristischen Unterschied der Servituten von der Superficies und Emphyteusis vorläufig anbeutet, läßt wenig Befriedigung von der verprochenen tief eingehenden Erörterung dieser Rechte erwarten.

verhältnisses hinweise. Die Anhänger der ersten Meinung verkennen nicht, daß das emphyteutische Recht sich auch auf Gebäude erstrecken könne, sofern dieselben zu fruchttragenden Grundstücken gehören, wie z. B. die Gebäude eines Landgutes²⁹⁾. Daher steht ihnen nicht durchaus entgegen L. 15. §. 26. 27. D. de damno infecto, wenn man auch die Florentinische Lesart: de vectigalibus aedibus unangefochten läßt. Schwieriger ist es, jene Meinung zu behaupten gegen Nov. 7. cap. 3. und Nov. 120. cap. 1. §. 2, wo offenbar auch praedia urbana oder Häuser, und zwar als Hauptsache und ohne Rücksicht auf etwa damit in Verbindung stehende fruchttragende Grundstücke als mögliche Gegenstände der Emphyteuse genannt werden³⁰⁾; denn es ist gewiß eine unzulässige Ausrede, daß man sich auf den Sprachgebrauch der Novellen nicht verlassen könne und hier nur uneigentlich Emphyteuse genannt worden sei, was Superficies genannt werden sollte³¹⁾. Auch wird man zugeben, daß der Emphyteuta ein emphyteutisches Grundstück, z. B. einen Garten- oder Wiesenplatz, nach Umständen wohl zum Bauen verwenden kann, ohne daß dadurch in seinem Rechtsverhältnisse eine Aenderung bewirkt würde³²⁾. Wenn nun auf solche Weise ein Gebäude einziger Gegenstand der Emphyteuse werden kann, so ist nicht abzusehen, warum nicht auch ein schon bestehendes Gebäude zu gleichem Rechte sollte hingegeben werden können. Man hat freilich eingewendet, nach dieser Ansicht sei kein charakteristischer Unterschied der Emphyteuse von der Superficies mehr vorhanden. Aber es gelten doch bei der Emphyteuse manche eigenthümliche Bestimmungen, die bei der Superficies nicht eben so vorkommen. Nur dieses aber ist das praktische Interesse unserer Frage, ob auch an praedius urbanis ein Recht mit allen Eigenthümlichkeiten der Emphyteuse eingeräumt werden könne. Gibt man dieses zu, behauptet aber, daß dann das Recht immer Superficies sei und heißen müsse³³⁾, so löset sich die Controverse in unnützem Namenstreit auf.

Es sollen nun zunächst die Rechte und Verbindlichkeiten des Emphyteuta bestimmt, dann die Entstehungs- und Endigungsgründe dieses Rechtsverhältnisses angegeben werden.

Der Emphyteuta hat das Recht zu vollständigster Benutzung des emphyteutischen Grundstücks. Er kann daraus allen Vortheil ziehen,

29) Donell. l. c. cap. 13. §. 11. Puchta, Lehrb. §. 170, 171, Note r. Götschen, Vorles. Bd. 2, S. 293.

30) Buchholz, jurist. Abh. S. 306—309. Vgl. auch L. 1. Cod. de indiction. (10. 17.) oder L. 2. Th. Cod. eod. (11. 5.) *Domus vel sacri patrimonii vel emphyteutici iuris vel hominum privatorum*.

31) So Götschen a. a. D. S. 294.

32) Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. 2, S. 362.

33) Ob dies die Meinung war, wenn man von der Möglichkeit einer Begründung der Superficies durch den Zeno'schen *contractus emphyteuticarius* gesprochen hat? Büchel a. a. D. S. 61—63. Aber warum soll nicht auch die Wirkung, die man dem emphyteutischen Contract beilegt, hier erzielt werden können, daß der Berechtigte Besitzer von Grund und Boden und als solcher auch vom Gebäude werde? (S. 58, vgl. mit S. 63.) Freilich könnte das Recht dann nicht mehr passend *ius superficiarium* heißen.

welchen dieselbe nur immer dem Eigenthümer selbst mittelbar oder unmittelbar gewähren könnte. Die natürlichen Früchte insbesondere erwirbt er zu Eigenthum sofort durch die Trennung derselben von der Hauptsache³⁴). Ob er auch Anspruch auf den in dem Grundstücke gefundenen Schatz habe, sofern er nicht selbst Finder ist, darüber hat man lange gestritten. Wird aber anerkannt, daß der Emphyteuta kein Eigenthum am Grundstücke habe, so fehlt es gänzlich an einem nur scheinbaren Grunde für die bejahende Behauptung, da das Gesetz bestimmt und deutlich nur dem Eigenthümer des Bodens den Anspruch auf einen Theil des von einem Anderen in demselben gefundenen Schatzes erteilt³⁵). In Betreff der Art und Weise der Benutzung hat der Emphyteuta freie Disposition, auch wenn sie durch eine Veränderung in der Substanz der Sache bedingt ist. Er ist darin weniger beschränkt wie der Usufructuar. Er darf z. B. unbedenklich eine andere Culturart bei Ländereien einführen; er darf den Grund und Boden zu Gebäudeanlagen benutzen und umgekehrt. Die einzige Schranke für die Dispositionen, welche die Substanz der Sache berühren, ist ihm durch die Rücksicht gezogen, daß er den Gegenstand der Emphyteuse nicht überhaupt verschlechtern und den objectiven Werth desselben nicht verringern darf³⁶).

Auch über das Recht selbst kann der Emphyteuta verfügen. Er kann dasselbe, wie der Eigenthümer das Eigenthum, auf einen Anderen übertragen, sei es durch ein Veräußerungsgeschäft unter Lebenden³⁷), sei es durch Vermächtniß³⁸). Von selbst geht es auf die Erben desselben über, als ein zu dessen universum ius gehöriges Vermögensobject³⁹), weshalb es auch in dem *iudicium familiae erciscundae* mitbegriffen wird⁴⁰). Bei Emphyteusen von Kirchen und milden Stiftungen hatte zwar Justinian verordnet, daß nur Vererbung auf Descendenten des ersten und zweiten Grades und nach ausdrücklicher Verabredung auch der Uebergang auf den Ehegatten stattfinden solle, wornach denn auch die Veräußerung an andere Personen, wenigstens über die Lebenszeit der ursprünglich Berechtigten hinaus, nicht zulässig sein konnte⁴¹); er hat aber diese Beschränkung selbst wieder aufgehoben⁴²). Kann der Emphyteuta

34) L. 25. §. 1. D. de usuris. (22. 1.)

35) §. 39. J. de div. rer. (2. 1.) L. un. Cod. de thesaur. (10. 15.) Cf. L. 7. §. 12. D. soluto matr. (24. 3.)

36) Nov. 7. cap. 3. §. 2. Nov. 120. cap. 6.

37) §. 3. J. de locat. *Cuive conductor heresve eius id praedium vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit aliove quo modo alienaverit. So paraphrasiren die Institutionen das neque his qui in locum eorum successerunt* der L. 1. pr. D. h. t. — L. 1. Cod. de fund. patrimon.

38) L. 71. §. 5. 6. D. de legat. I. (not. 16.) Cf. L. 39. §. 5. D. ibidem.

39) L. 1. pr. D. h. t. §. 3. J. cit.

40) L. 10. D. fam. ercisc. (10. 2.)

41) Nov. 7. cap. 3.

42) Nov. 120. cap. 6. §. 1, ausgenommen für die von der Hauptkirche zu Constantinopel dependirenden Emphyteusen Nov. cit. cap. 1. 5. — Für alle kirchliche Emphyteusen wird die Fortdauer der Beschränkung noch behauptet von Unterholzner a. a. D. S. 362, Note e, S. 366. Aber er beachtet nicht

sein Recht veräußern, so ist ihm auch Verpfändung desselben möglich, die nur eine eventuelle Veräußerung ist⁴³⁾. Consequent ist es ferner, daß er das Recht, das er ganz veräußern darf, auch durch Eindrückung anderer dinglicher Rechte bloß beschränken könne. Er kann Servituten an der Sache bestellen. Diese werden freilich als *non iure constitutae* bezeichnet, die nur *tuitioe praetoria* bestehen; denn eine vollkommene civilrechtliche Servitut kann nur der wahre Eigenthümer, nach älterem römischem Rechte nur der *quiritische* Eigenthümer, bestellen; aber sie können doch als dingliche Rechte durch *utilis confessoria actio* geltend gemacht werden⁴⁴⁾. Nach der Natur der Sache können indessen solche vom Emphyteuta eingeräumte dingliche Rechte an der Sache nur als Beschränkungen seines eigenen dinglichen Rechtes, daher nur so weit als dieses sich erstreckt, bestehen. Durch Erlöschung der Emphyteuse müssen sie ebenfalls erlöschen, wie in Beziehung auf das Pfandrecht ausdrücklich bemerkt wird⁴⁵⁾. Nur für den Fall, daß der Eigenthümer als Successor des Emphyteuta das emphyteutische Recht wieder an sich zieht und so dann durch Consolidation die Emphyteuse sich endigt, muß ein Anderes behauptet werden. Als Successor konnte jener das emphyteutische Recht nur mit den darauf haftenden Beschränkungen erwerben, nach dem bekannten Grundsatz: *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*. Es müssen also hier die vom Emphyteuta gültig eingeräumten Rechte einstweilen noch bestehen bleiben, so lange nicht ein anderer Grund eintritt, durch welchen auch ohne jene Succession des Eigenthümers in das Recht des Emphyteuta die Emphyteuse geendigt sein würde, und es wird so lange namentlich das Pfandrecht noch in der Art ausgeübt werden können, daß die Emphyteuse, sowie sie dem Verpfänder zufließt, als wiederum zu constituirendes Recht zum Verkaufe gebracht wird.

Weil übrigens das Recht selbst veräußerlich ist, so kann auch ohne oder gegen den Willen des Berechtigten eine Uebertragung desselben auf einen Anderen statthaben in denjenigen Fällen, in welchen diese bei anderen veräußerlichen Vermögensobjecten eintritt. So z. B. kann die Em-

das Gewicht der Worte in cap. 6. §. 1. cit.: *Licentiam damus .. non solum ad tempus emphyteusin facere ... sed et perpetuo etc.*, vergl. mit cap. 1. pr. ibid. und Nov. 7. l. c.

43) L. 16. §. 2. D. de pignorat. act. (13. 7.) *Etiam vectigale praedium pignori dari potest*. Cf. L. 13. §. 3. D. de pignor. (20. 1.) Sehr unnützer Streit ist darüber geführt worden, ob hier das *ius emphyteuticum* oder der *fundus emphyteuticus* Gegenstand der Verpfändung sei. Kann doch, wer das Letzte vertheidigt, selbst nicht umhin einzuräumen, durch die Verpfändung des *fundus* als *fundus vectigalis* sei hinreichend ausgesprochen, daß nur *id ius quod in vectigalibus fundis habemus* verpfändet sei (Wüchel a. a. D. S. 124), so wie *fructuarius servus pignori datus* nichts anders bezeichnen würde als *usufructus, quem in servo habemus, pignori datus*.

44) L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. amitt. (7. 4.) Cf. L. 1. §. 9. D. de superficieb. (43. 18.)

45) L. 31. D. de pignor. (20. 1.) Hier entscheidet derselbe Gesichtspunkt, der in L. 8. pr. D. quib. mod. pign. solv. (20. 6.) *Sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto pignus hypothecae perit*.

phyeuse auch als Executionsobject in Anspruch genommen und im Concurrenz der Gläubiger zum Verkauf gebracht werden, wie auch gesetzliche Pfandrechte sich auf sie erstrecken. So auch kann dem Emphyteuta wegen nicht geleisteter cautio de damno infecto durch secundum decretum sein Recht entzogen und dem bedrohten Nachbar zugewendet werden ⁴⁶). Eben so kann auch in Folge des iudicium familiae erciscundae oder communi dividundo, wenn Mehreren gemeinschaftlich die Emphyteuse zusteht, eine unfreiwillige Entäußerung für den Einen oder Anderen eintreten; und zwar wird hier aus Rücksicht auf die dem Rechte entsprechenden Verbindlichkeiten eine reelle Theilung des emphyteutischen Grundstücks (regionibus divisio) ohne Zustimmung des Eigenthümers für unstatthaft erklärt; es kann nur das Ganze ungetheilt Einem abjudicirt werden, wenn nicht die Veräußerung an einen dritten Meistbietenden vorgezogen wird ⁴⁷).

Zum Schutz seines Rechtes an der Sache hat der Emphyteuta eine in rem actio ⁴⁸), analog der rei vindicatio, utilis rei petitio, auch vectigalis actio genannt ⁴⁹); nicht nur gegen dritte Besitzer der Sache, sondern auch gegen den Eigenthümer selbst, gegen welchen freilich auch persönliche Klagen aus dem Entstehungsgrunde der Emphyteuse stattfinden können ⁵⁰). So wie ihm aber wegen Verletzungen, die dem Eigenthümer zur Anstellung der rei vindicatio Anlaß geben, eine utilis rei petitio zusteht, so muß ihm auch gegen partielle Verletzungen utilis negatoria actio zugestanden werden, und nicht minder zur Geltendmachung der dem emphyteutischen Grundstücke zustehenden Servituten, die utiliter auch der Emphyteuta erwerben kann, utilis confessoria actio oder servitutis petitio ⁵¹), und auch diese Klagen nicht bloß gegen Dritte, an der Stelle des Eigenthümers, sondern auch gegen diesen selbst; denn die Servitut ist nur eine rechtliche Qualität des Grundstücks, eine künstliche Erweiterung des Eigenthumsrechtes an demselben, dessen ungehinderte vollständige Benutzung dem Emphyteuta durch dingliche Klage selbstständig geschützt sein soll ⁵²). Ist auch der Eigenthümer des emphyteutischen Grund-

46) L. 15. §. 26. D. de damno infecto. (39. 2.) Der Bedrohte braucht sich übrigens dabei nicht zu beruhigen, sondern kann auch den Eigenthümer zur cautio damni infecti auffordern, und wenn dieser dem Verlangen nicht entspricht, gegen ihn selbst das Eigenthum der Sache erlangen. L. 15. §. 27. l. c.

47) L. 7. pr. D. communi div. (10. 3.) Cf. L. 10. D. fam. ercisc. (10. 2.) — L. 4. §. 9. D. fin. reg. (10. 1.) Unrichtig ist es, wie Thibaut, System §. 777 a. G., zu sagen, die actio communi dividundo könne unter Mehreren, denen ungetheilt eine Emphyteuse zugefallen, nicht ange stellt werden. L. 7. pr. spricht gerade das Gegentheil aus; nur eine reelle Theilung soll nicht dadurch erzielt werden.

48) L. 1. §. 1. D. h. t.

49) L. 15. §. 26. cit. Cf. L. 66. pr. D. de eviction. (21. 2.)

50) L. 1. §. 1. L. 2. D. h. t. Vgl. unten Note 102 fig.

51) L. 16. D. de servitut. (8. 1.)

52) L. 86. D. de V. S. L. 5. §. 9. D. de op. novi nunc. (39. 1.) — L. 16. cit. sagt: petitionem servitutis dari sicut ipsius fundi utilis petitio dabitur. Die letzte aber findet sowohl gegen den Eigenthümer des emphyteutischen Grundstücks, wie gegen jeden Dritten, statt.

stärker zugleich Eigenthümer desjenigen geworden, gegen welches jenem eine Servitut zusteht, oder umgekehrt, so kann man doch nicht sagen, daß diese, so weit sie dem Emphyteuta zu statten kommt, durch *confusio* erlöschen sei; sie besteht nun als Erweiterung des emphyteutischen Rechtes noch fort, obwohl sie in Beziehung auf den Eigenthümer als *ius in re aliena* nicht mehr existirt, wie ja unzweifelhaft der Eigenthümer auch dem Emphyteuta eine Servitut an einem anderen Grundstücke erst einräumen kann. Auch die *publiciana actio* findet analoge Anwendung auf die Emphyteuse; in ähnlicher Weise wie auf den *Ususfructus*, falls nämlich Jemand *bona fide* in den Besitz des emphyteutischen Rechtes gekommen ist durch Einräumung von Seiten eines Solchen, dessen Befugniß dazu nachzuweisen er nicht im Stande ist⁵³).

Insofern der Emphyteuta schon in Besitz gekommen, genießt er ferner auch des Schutzes durch die possessoriischen Rechtsmittel, *interdicta retinendae* und *recuperandae possessionis*. Obwohl dieses nicht ausdrücklich in den Quellen ausgesprochen ist, kann es doch mit Sicherheit behauptet werden. In der factischen Ausübung des emphyteutischen Rechtes ist nämlich jedenfalls eine *iuris quasi possessio* enthalten, und es wäre absurd, dem Besitze dieses so umfassenden Rechtes nicht wenigstens in demselben Maße Schutz angedeihen zu lassen, wie er der *ususfructus quasi possessio* gewährt ist⁵⁴).

Nach der herrschenden Meinung wird aber dem Emphyteuta nicht bloß *iuris quasi possessio*, sondern juristischer Besitz der Sache selbst, die den Gegenstand der Emphyteuse bildet, d. i. *corporis possessio*, beigelegt⁵⁵). Dann versteht sich nicht nur von selbst, daß er die possessoriischen Interdicte habe, sondern er hat sie dann, wie der Pfandgläubiger, allein, mit Ausschließung des Eigenthümers. Man muß dann aber auch in Ansehung der *Usucapion* dasselbe gelten lassen, was beim Faustpfand anerkannt ist, nämlich: *ad usucapionem eum, qui in emphyteusis dedit, possidere, ad reliquas omnes causas emphyteutain*⁵⁶); da-

53) L. 12. §. 2. D. de Publ. act. (6. 2.) Cf. L. 11. §. 1. *ibid*.

54) L. 3. §. 13—17. L. 9. §. 1. D. de vi. (43. 16.) L. 4. D. uti possid. (43. 17.)

55) Savigny, *Recht des Besitzes* (6. Ausg.), S. 124, 222, 319, 320, 386, 608. Man hat sogar Savigny angefochten, weil er hier keinen wahren *animus domini* und nur einen abgeleiteten Besitz anerkennen will. Schröder, in der *Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß*, Bd. 2, S. 237 flg. Vgl. dagegen Savigny, S. 145 flg. Ja man hat sich nicht scheuen zu behaupten, von einer *iuris quasi possessio* des Emphyteuta könne schon nach der Natur seines Rechtes gar nicht die Rede sein (Büchel a. a. D. S. 46); während doch nur darüber die Frage sein kann, ob nicht der Emphyteuta sogar *corporis possessio* habe. Savigny, S. 608. Vgl. auch Kierulff, *Theorie des Civilrechtes*, Bd. 1, S. 363, Anm. — Dagegen räumt Thibaut dem Emphyteuta nicht *corporis possessio* ein; *System* §. 208. Vgl. auch Du Roi, im *Archiv*, Bd. 6, S. 395. Bartels, in der *Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß*, Bd. 6, S. 201.

56) L. 16. D. de usucap. (41. 3.) L. 1. §. 15. D. de poss. (41. 2.) Unterholzner, *Verjährungslehre*, Bd. 2, S. 249. Wangerow, *Pand.* Bd. 1, S. 280.

mit nicht, zum Schaden auch des Emphyteuta, die angefangene Usucapion durch die Uebergabe an diesen unterbrochen werde. Indessen sind die Gründe, welche man für die ausschließende corporis possessio des Erbpächters anführt, nicht überzeugend. Am wenigsten kann man sich auf L. 15. §. 1. D. qui satisfacere cog. berufen. Die possessores rerum immobilium, welche von der Satisfactio befreit sein sollen, sind gar nicht die juristischen Besizer von Grundstücken als solche, sondern die Eigenthümer⁵⁷). Wie nun in L. 15. §. 1. cit. unter demjenigen, qui rem soli possidet, der wirkliche Eigenthümer des Grundstückes verstanden wird, so ist unter dem, qui fundum vectigalem i. e. emphyteuticum possidet, nur ein wirklicher Emphyteuta zu verstehen, d. i. derjenige, welcher ein Grundstück als emphyteutisches oder, was dasselbe ist, das emphyteutische Recht an einem Grundstück, eine Besizung zu emphyteutischem Rechte, wirklich ein Vermögen hat; und wenn von diesem gesagt wird: possessor intelligitur, so heißt dieß nichts anderes als: er wird rücksichtlich der Satisfactio dem Eigenthümer einer unbeweglichen Sache gleichgeachtet, weil die Natur dieses Rechtsverhältnisses in der That fast eben so gute dauernde Sicherheit darbietet, wie das Eigenthum⁵⁸). Auf den wirklichen Besiz kommt es dabei gar nicht einmal an, wenn das Recht gewiß ist; und der in dotem gegebene fundus dotalis wird sogar zugleich für den Mann und die Frau als possessio in diesem Sinne gelten⁵⁹). Auch L. 25. §. 1. D. de usuris ist nicht beweisend. Sollte es sich auch streng erweisen lassen, daß der bonae fidei possessor nur deshalb, weil er sich im juristischen Besiz der Hauptsache befindet, an den separirten Früchten sofort ebenfalls bonae fidei possessio, kein Eigenthum, erwerbe⁶⁰), so müssen wir es doch entschieden für ungegründet halten, daß der Früchterwerb des Emphyteuta nur aus dem Gesichtspunkte einer Tradition von Seiten des Eigenthümers abzuleiten sei, und können daher auch den Rückschluß von diesem Eigenthümserwerb auf den juristischen Besiz der Sache nicht gelten lassen. L. 25. §. 1. cit. sagt unbedingt: eius qui vectigalem fundum habet (d. h. wer das Recht der Emphyteuse hat) fructus sunt, simul atque solo separati sunt. Es ist willkürlich, dabei vorauszusetzen, daß er sich im Besize befinde. Auch wenn z. B. ein Anderer mala fide im Besize ist, erwirbt der Emphyteuta das Eigenthum der Früchte sofort durch deren Trennung, und

57) Savigny a. a. D. S. 106, 107.

58) Dieß Letzte erkennt auch Rierulf, a. a. D. S. 361, ausdrücklich an; aber er hält das vorhergehende agrum possidet für entscheidend; dieß aber unterstützt die gewöhnliche Meinung eben so wenig, wie jenes.

59) L. 15. §. 3. D. qui satisfacere cog. Cf. §. 4. ibid. Diversa causa est eius, qui fundi petitionem personalem habet. Savigny, S. 192, Note 3.

60) Savigny a. a. D. §. 22a, besonders S. 316, Note 1. Einswellen müssen wir uns noch zu der Ansicht bekennen, nach welcher der bonae fidei possessor an den separirten Früchten sofort wahres Eigenthum erwirbt, und zwar auch dann, wenn ein anderer Unberechtigter, z. B. ein Dieb, die Separation vorgenommen hat, in welchem Falle doch jener an den Früchten als selbstständigen Sachen in keinem Moment Besiz gehabt hat.

kann sie für sich allein als selbstständige Sachen vindiciren⁶¹). Eben so, wenn etwa, während sich der Emphyteuta im Besiß befindet, ein Dritter unberechtigt die Früchte separirt und sofort in Besiß genommen hat⁶²). Legt man die Idee einer Tradition zum Grunde, so müßte man in diesen Fällen den Eigenthumserwerb des Emphyteuta leugnen, weil er in keinem Momente die Früchte als selbstständige Sachen besessen hat, also eine Tradition nicht vollendet sein kann. Diese Idee ist aber auch deshalb hier nicht anwendbar, weil die Tradition voraussetzt, daß man volente domino den Besiß erwerbe, und zwar so, daß dieser Wille, den Besiß zu übertragen, auch noch im Zeitpunkte der Besißerwerbung vorhanden sein muß, wenn gleich er schon früher erklärt sein mag⁶³). Der Emphyteuta aber, so wie er die Sache selbst gegen den Widerspruch des Eigenthümers in rem actione behaupten kann, so muß er auch das Eigenthum der separirten Früchte trotz demselben geltend machen können; ja man muß ihm, wenn auch der Eigenthümer selbst die Separation vorgenommen und den Besiß der Früchte sich angemacht hat, die Vindication derselben zugestehen. Er hat ein dingliches vom Eigenthümer unabhängiges Recht, welches den Fruchtterwerb des Letzten ausschließt; er hat als Emphyteuta, nicht als Besißer, das Recht quasi dominus rei die Früchte zu erwerben; in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est; und daher erwirbt er das Eigenthum derselben, wie sonst der Eigenthümer, auch wenn er nicht im Besitze ist. Weit schwächer noch als das Argument aus L. 25. cit. ist ein anderes, welches man aus dem Umstande, daß dem Emphyteuta utilis confessoria actio in Betreff der Servituten zusteht, gezogen hat, „weil die servitutes praediorum an dem corpus praedii selbst kleben,“ und so „doch wohl auch derjenige, welcher eine solche Servitut in Anspruch nehmen oder in Abrede stellen will, Besißer des corpus sein müsse“⁶⁴). Diese Klagen sind als analog der utilis rei petitio vollkommen gerechtfertigt. Die corporis possessio aber hat damit nichts zu schaffen; denn Niemand wird bezweifeln, daß der Emphyteuta sowohl confessoria als negatoria actio anstellen, beziehungsweise damit belangt werden könne, wenn er sich auch nicht im Besitze des emphyteutischen Grundstückes befindet, wie er die utilis rei petitio sogar nur dann anstellen kann, wenn er nicht im Besitze ist. Was endlich die systematische und praktische Bedeutung unserer Frage betrifft, so ist vorerst bemerklich zu machen, daß der gewichtigste Vertheidiger der corporis possessio des Emphyteuta dieselbe durch die innere Natur seines Rechtes keineswegs erklärt findet, sondern sie vielmehr geradezu eine Inconsequenz nennt und nur einen historischen Erklärungsgrund dafür anführt⁶⁵). Die praktische Bedeutung der Frage beschränkt sich, wenn man das in Betreff der Erstzung oben Bemerkte annimmt,

61) L. 22. §. 2. D. de pign. act. (13. 7.)

62) Cf. L. 12. §. 5. D. de usufr. (7. 1.)

63) L. 5. 33. D. de poss. (41. 2.)

64) Büchel a. a. D. S. 46. Wangerow, §. 200, S. 277.

65) Savigny, S. 144, 222, 336.

nur darauf, daß nach der einen Ansicht auch der Eigenthümer possessori-
schen Schutzes genießt, nach der anderen nicht. Nun wird dieser freilich
selten in den Fall kommen, von den Interdicten Gebrauch zu machen,
wenn der Emphyteuta besitzt, weil er dann in der Regel mittelbar durch
diesen geschützt sein wird, und von selbst sich versteht, daß er gegen die-
sen zurückstehen muß, wenn derselbe aber nur den emphyteutischen Besitz
behaupten will⁶⁶). Dennoch aber scheint es dem praktischen Bedürfnis
nicht vollkommen entsprechend, den possessori-chen Schutz dem Erbpach-
herrn ganz zu versagen. Es kann ja, während die Emphyteuse selbst an-
erkannt ist, über das Eigenthum Streit herrschen, und hier kann es wich-
tig sein, mittelst des *interdictum uti possidetis* zu entscheiden, wem in
diesem Prozeß die Rolle des Beklagten zukomme, so wie man auch die
Möglichkeit eines Possessorium über das sogenannte *dominium directum*,
z. B. des Lehnsherrn, nicht in Abrede stellen wird. Man sehe ferner den
Fall der Dejection des Emphyteuta durch einen Dritten, der sich nun den
vollen Eigenthumsbesitz der Sache anmaßt. Soll nun hier der Eigen-
thümer nicht das *interdictum de vi* haben, unabhängig vom Emphy-
teuta, der vielleicht die Sache auf sich beruhen läßt, der vielleicht auch
kein Interesse mehr an der Sache hat, weil eben zu der Zeit aus irgend
einem Grunde die Emphyteuse ihr Ende erreicht hat? Soll jenem hier nur
die vindication, mit der Nothwendigkeit sein Eigenthum zu beweisen, übrig
bleiben? Ist der Emphyteuta nicht Repräsentant des Herrn in Betreff
der *corporis possessio*, also durch die Dejection des ersten nicht auch der
letzte für deiciert zu achten, so steht diesem kein Interdict zu, oder man
müßte denn zu einer fingirten Cession seine Zuflucht nehmen. Ueberhaupt
aber ist einleuchtend, von welcher Wichtigkeit es nach Umständen sein
könne, ob man die Grundsätze, welche von dem Verlust des Besitzes an
und durch den Repräsentanten gelten, auch auf das Verhältnis des Erb-
verpächters zum Erbpachter anwenden könne oder nicht⁶⁷), und dies hängt
davon ab, ob man den letzten in Ansehung des juristischen Besitzes der
Sache selbst nur als Repräsentanten des ersten ansieht, oder ihm allein
die ausschließliche *corporis possessio* beilegt. Wir halten das Erste für
richtig.

Außer den possessori-chen Interdicten wird auch noch das *interdi-
ctum de loco publico fruendo* auf die Emphyteuse angewendet⁶⁸).
Dasselbe setzt aber einerseits nur die *conductio* voraus, und ist anderer-
seits nach dem in L. 1. §. 1. D. h. t. angegebenen Motiv auf Privat-
emphyteusen nicht anzuwenden.

Endlich stehen dem Emphyteuta auch andere Klagen zu Gebote, welche
die Verhütung oder Aufhebung von Beeinträchtigungen des seiner Ver-
wehung unterworfenen Grundstückes bezwecken⁶⁹).

66) Arg. L. 3. §. 7. D. uti possid. (43. 17.)

67) Savigny, §. 33, S. 429—444.

68) Tit. Dig. 43. 9. Cf. L. 1. §. 7. D. ut in flum. publ. (43. 10.)
L. 13. §. 7. D. de iniuriis. (47. 10.) Savigny, S. 608, Note 1. Puchta,
Lehrb. §. 174.

69) L. 23. §. 1. D. de aqua et aquae pluv. (39. 3.) L. 5. §. 3. D.

Es sind jetzt die Befugnisse des Emphyteuta bestimmt worden. Diesen entsprechen folgende Verbindlichkeiten desselben. Die Sache selbst muß er in gehörigem Stande erhalten, und haftet wegen der durch seine Schuld herbeigeführten Verschlechterung derselben, wobei aber der Zustand des emphyteutischen Gutes im Ganzen ins Auge zu fassen ist, indem die Verschlechterung in einzelnen Theilen durch anderweitige Verbesserung aufgewogen werden kann ⁷⁰). Auch alle auf der Sache haftenden öffentlichen Lasten und Abgaben muß der Emphyteuta tragen ⁷¹). Dann ist eine Hauptverbindlichkeit desselben, daß er den festgesetzten Zins (*pensio, redditus, canon, vectigal*) zu gehöriger Zeit unaufgefordert an den Eigenthümer entrichte ⁷²). Diese Abgabe ist häufig sehr gering, nicht im Verhältniß zu der Ertragsfähigkeit des emphyteutischen Grundstückes. Ganz ohne Grund aber haben dieß früher Manche als ein wesentliches oder regelmäßiges Merkmal des emphyteutischen Rechtsverhältnisses angesehen, daher in der Festsetzung einer größeren Abgabe einen Beweis gegen die emphyteutische Natur einer Pachtung finden wollen ⁷³). Man hegte die Ansicht, der Canon werde überall nur in *recognitionem domini* gegeben, nicht als Gegenleistung für die überlassene Nutzung. Die Gesetze enthalten nirgends eine allgemeine Bestimmung über die Größe des Canon oder dessen Verhältniß zur Nutzbarkeit der Sache, überlassen also der besondern Uebereinkunft die Festsetzung desselben, so wie auch, ob er in Geld oder Früchten, und im letzten Falle ob in einer ein für allemal bestimmten Quantität oder in einer Quote des jährlichen Fruchttrages bestehen solle ⁷⁴). Der Canon ist dann auch eben so gut, wie ein anderer Pachtzins, als wahre Gegenleistung für den Genuß der Sache anzusehen. Aber abweichend von einem gewöhnlichen Pachtverhältniß, kann selbst wegen zufälligen theilweisen Unterganges des Grundstückes nicht eine Minderung der Abgabe begehrt werden, so wenig wie von der anderen Seite wegen etwa eingetretenen Zuwachses eine Erhöhung ⁷⁵). Dennoch ist streitig, ob nicht wegen Mißwachses und anderer ungewöhnlicher den Ertrag schmälender Unglücksfälle Nachlaß vom Canon, wie bei einer gewöhnlichen Pachtung, gefordert werden könne. Während es hier unbedingt bejaht wird ⁷⁶), Andere es unbedingt verneinen ⁷⁷), nimmt eine dritte Meinung an, es

arbor. fart. caes. (47. 7.) und *arg. L. 3. §. 3. D. de op. novi nunc.* (39. 1.) *L. 13. §. 8. D. de damno infecto.* (39. 2.) *L. 11. §. 14. D. quod vi.* (48. 24.)

70) *Nov. 7. cap. 3. §. 2.* Thibaut, Versuche, Bd. 2, S. 15, Nr. 2.

71) *L. 2. Cod. h. t.* Cf. *tit. Cod. de collatione fundorum patrimonialium et emphyteuticiorum.* (11. 64.)

72) *L. 1. pr. L. 2. D. h. t. §. 3. J. de locat.* *L. 2. Cod. cit. L. 1. Cod. de adm. rerumpubl.*

73) Noch vor nicht langer Zeit hatte Wf. dieses Artikels als Referent über einen Rechtsfall diese Meinung zu widerlegen.

74) Vgl. auch Buri, S. 182.

75) *L. 1. Cod. h. t.* Cf. *L. 2. Cod. de vend. reb. civit.* (11. 31.) *L. 3. Cod. de altavion.* (7. 41.)

76) Mühlenbruch, *doctr. pand. §. 295. not. 5.*

77) *J. B. Buri, S. 182.* Glück, S. 417 flg. Thibaut, §. 778, Rote k.

sei zwar ein solcher Anspruch regelmäßig nicht, aber doch dann wohl gegründet, wenn die Größe des Canon entsprechend der Ertragsfähigkeit des Grundstückes bestimmt sei ⁷⁸⁾. Gewiß aber ist die zweite Meinung die richtige. Das ohnehin unsichere Argument für die erste, aus L. 15. §. 4. D. locati entnommen ⁷⁹⁾, kann gegen den gesetzlichen Ausdruck der L. 1. Cod. h. t. nicht Stand halten; denn die Bestimmung dieses Gesetzes ist selbst den Worten nach auch auf Unglücksfälle der fraglichen Art zu beziehen ⁸⁰⁾, und sollte die bis dahin schwankende Frage, ob hier die Grundsätze der regelmäßigen locatio conductio anzuwenden seien, entscheiden ⁸¹⁾, so daß hiernach der L. 15. §. 4. cit., wenn sie überhaupt hierher gehört, nur noch eine historische Bedeutung beilegt werden kann. Es wäre wahrlich auch ein sonderbares Recht, wornach der für alle Zeit fortwirkende Untergang selbst des größern Theiles der Sache weniger wirken sollte, als die Unfruchtbarkeit eines einzelnen Jahres. Die dritte vermittelnde Meinung geht von der falschen Vorstellung aus, als gehöre es eigentlich zum Wesen der Emphyteuse, daß der Canon geringe sei, und müsse daher die Regel der Pachtung zur Anwendung kommen, wenn dies nicht der Fall ist. Wie bei der gewöhnlichen Pachtung durch besondere Verabredung die Regel ausgeschlossen werden kann, so ist sie bei der Emphyteuse nach L. 1. cit. allgemein ausgeschlossen, wenn sie nicht umgekehrt durch besondere Verabredung eingeführt wird. Natürlich aber tritt eine Verminderung des Canon ein, wenn er in einer Quote der jährlichen Früchte besteht, oder etwa nach Morgenzahl bestimmt ist, und nun der Fruchtterrag sich vermindert oder das Grundstück verkleinert wird. Auch das ist noch gefragt worden, ob nicht wenigstens für die Zeit der Canon zu erlassen sei, während welcher der Emphyteuta durch äußere Gewalt aus dem Besitze des emphyteutischen Grundstückes gänzlich verdrängt worden, z. B. durch Ueberschwemmung, Kriegsereignisse u. dgl. ⁸²⁾, oder ob auch

78) Voet ad Dig. h. t. nr. 19. et ibi cit.

79) Die Stelle spricht zunächst nicht von dem Rechte, die Remission zu fordern, sondern erklärt nur, daß die bewilligte Remission nicht für definitiven Erlaß zu halten sei. Auch können die Worte: hoc idem in vectigalis damno (nach der Vulg. vectigali; nur Ital. hat in vectigalis agri damno) füglich auf Pachtung von Gefällen bezogen werden. Voet l. c. Unterholzner, Schuldbverhältnisse, Bd. 2, S. 369, Note. Die Basiliken übersetzen zwar καὶ ἐν ἐμφυτευτικῶν; aber die Schollen beziehen die Stelle auch auf Zoltpachtungen, halten also diese Erklärung eben so wohl für möglich, wie die Basiliken, während doch Papinian bei den angeführten Worten sicher nur das eine oder das andere sich gedacht hat. Büchel a. a. D. S. 38, Note. Vuy l. c. p. 186, 187.

80) Sin vero particulare vel aliud leve contigerit damnum, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum. Hier bezeichnet particulare damnum den theilweisen Untergang der Sache selbst; vel aliud leve damnum ist jede andere die Sache betreffende Fataлитät, z. B. Unwetter, Ueberschwemmung, Kriegsverwüstung, Wildschaden u. dgl.

81) Es sollte nun nicht mehr nöthig sein, dieselben ausdrücklich auszuschließen, was bis dahin wahrscheinlich gewöhnlich gewesen: Si interdum ea quae fortuitis casibus eveniant, pactorum non fuerint conventione concepta.

82) Donell. cap. 14. §. 23. Voet l. c. nr. 21. 22. Buri, S. 182, 183.

hier derselbe nachgezahlt werden müsse, wenn die Sache nicht wirklich ganz verloren werde? Die strengere Meinung ist auch hier die consequentere⁸³⁾.

Besondere Verpflichtung hat der Emphyteuta gegen den Eigenthümer in Beziehung auf vorzunehmende Veräußerungen seines Rechtes. Will er dasselbe verkaufen, so muß er davon dem Eigenthümer Anzeige machen, mit Angabe des Preises, welchen er von einem Anderen erhalten kann. Alsdann muß er zwei Monate abwarten, ob nicht der Herr selbst unter denselben Bedingungen die Emphyteuse an sich kaufen wolle. Macht dieser innerhalb dieser Frist von dem ihm zustehenden Vorkaufsrechte keinen Gebrauch, so darf definitiv an einen Anderen verkauft werden⁸⁴⁾. Durch den bloßen Abschluß eines eventuell beide Contrahenten bindenden Kaufcontractes ohne vorhergegangene Anzeige an den Eigenthümer verstößt der Emphyteuta noch nicht gegen diese Vorschrift, wo nur ausdrücklich oder stillschweigend die Bedingung vorbehalten ist, daß sie noch nachträglich beobachtet werde. Senes wird sogar regelmäßig das Zweckmäßigste sein, um mit Sicherheit dem Eigenthümer den Verkaufspreis bestimmen zu können⁸⁵⁾. Consequent ist es übrigens, diese Bestimmung auch dann anzuwenden, wenn die Emphyteuse vermöge Pfandrechtes oder im Concurse der Gläubiger verkauft werden soll; denn dieser Verkauf wird, wenn auch gegen den Willen, doch im Namen und kraft des Veräußerungsrechtes des Emphyteuta vollzogen, und müssen also dabei auch die für dieses geltenden Beschränkungen eintreten⁸⁶⁾. Bei anderen Arten der Veräußerung aber, z. B. durch Tausch, Schenkung u. dgl., kann davon nicht die Rede sein. Indessen muß bei jeder Veräußerung oder Uebertragung der Emphyteuse *ex singulari causa*, also auch beim Vermächtniß derselben, der Eigenthümer um Ertheilung seiner Zustimmung und Anerkennung des neuen Emphyteuta ersucht werden. Diese kann er freilich nicht willkürlich versagen. Nur wenn sich gegründete Einwendungen gegen die Person machen lassen, worüber nöthigenfalls richterliche Cognition stattfindet, ist er dazu befugt⁸⁷⁾. Sonst muß er sie innerhalb der Zeit von zwei Monaten nach empfangenem Gesuche, und zwar durch eine von ihm selbst vollzogene schriftliche Urkunde (einen neuen Erbpachtbrief) oder durch Erklärung zu Protocoll oder vor einem Notar ertheilen⁸⁸⁾.

83) Leoninus ad L. 1. Cod. h. t. nr. 7. Thibaut, Versuche, Bb. 2, S. 15, Nr. 3.

84) L. 3. Cod. h. t.

85) Buri, S. 174 flg., der jedoch zu weit geht, wenn er behauptet, die attestatio, welche dem Herrn zuzustellen sei, müsse ein Zeugniß über den geschlossenen Contract sein.

86) Donell. l. c. cap. 20 a. C. Glück, S. 513, Note 64.

87) *Si ius emphyteuticum ad personas non prohibitas sed concessas (ober quae non solent in emphyteuticis contractibus vetari ad huiusmodi venire emtionem) et idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem transponere emphyteuta maluerit, non contradicere etc.*

88) *Ipsos dominos per se (b. h. in eigener Person, und zwar:) vel per litteras suas, vel... per depositionem in hac quidem civitate apud .. magistrum censuum vel praesentitabulariis per attestationem, in provinciis autem per praesides vel defensores celebrandam.*

Dafür ist er dann berechtigt, eine Abgabe zu fordern, jezt gewöhnlich *Laudemium*, *Handlohn*, *Lehnwaare* genannt, welche nach gesetzlicher Bestimmung zwei Procente (*quingagesima pars*) des Kaufpreises, oder, wo die Veräußerung kein Verkauf ist, des Schätzungswerthes beträgt und der Regel nach von dem neuen Emphyteuta gezahlt werden muß⁸⁹⁾. Hat der Eigenthümer in besagter Zeit sich nicht bereitwillig finden lassen, den neuen Emphyteuta anzunehmen, so kann alsdann der Veräußernde, ohne weiter Rücksicht auf jenen zu nehmen, die Uebertragung des emphyteutischen Grundstückes vollziehen, und es kann dann auch die Zahlung des *Laudemium* nicht verlangt werden⁹⁰⁾. Der Zweck dieser Anordnungen

89) Daß diese Praxis dem Sinne der L. 3. Cod. cit. nicht entspreche, wird von Manchen behauptet, z. B. Buri, S. 191, 192; Thibaut, §. 778; Vuy, p. 192. Aber ist es wohl z. B. bei einer Schenkung, und vollends bei dem Vermächtniß durchzuführen, daß der bisherige Emphyteuta auch noch die *Quingagesima* entrichte?

90) Dieß ist im Zusammenhang der Inhalt der L. 3. Cod. cit., nach folgender Bergliederung. 1) Allgemeiner Ausspruch: *Minime licere emphyteutae sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere vel ius emphyteuticum transferre*. 2) Nähere Bestimmung für den Verkauf: a) *attestationem domino transmittere et praedicere quantum pretium etc.*; b) *et si quidem dominus hoc dare voluerit... ipsum comparare*; c) *si autem duorum mensium spatium fuerit emensum et dominus hoc facere noluerit, licentia emphyteutae detur, ubi voluerit, et sine consensu domini.. vendere*. Es ist nun das Vorkaufrecht des Herrn ausgeschlossen; an wen verkauft werde, braucht bis dahin derselbe noch nicht notwendig erfahren zu haben. Dann aber folgt 3) die allgemeine Bestimmung über die Anerkennung des neuen Emphyteuta: *Necessitatem habere dominos... novum emphyteutam in possessionem suscipere*, und zwar bezieht sich diese sowohl auf den Fall des nach Nr. 2 gültigen Verkaufes (*si melioratio secundum praefatum modum vendita sit*), als auf jede andere Veräußerung der Emphyteuse (*vel si ius emphyteuticum... transponere emphyteuta maluerit*). Dabei wird die Form der Anerkennung und das für diese (*pro subscriptione vel depositione*) zu zahlende festgesetzt. Endlich: *si autem novum emphyteutam vel emptorem meliorationis suscipere dominus minime maluerit et attestatione facta intra duos menses hoc facere supersederit, licere emphyteutae etiam non consentientibus dominis ad alios suum ius vel emphyteumata transferre*. Beim Verkaufe muß also noch einmal zwei Monate gewartet werden, nachdem die Anzeige von dem wirklichen Abschluß des Kaufcontractes gemacht und die Annahme des neuen Emphyteuta nachgesucht worden ist; die erste Frist von zwei Monaten war dem Eigenthümer lediglich für die Ausübung des Vorkaufrechtes gewährt. Bei anderen Veräußerungen ist nur die Vorschrift unter Nr. 3 zu beobachten, und nur, insofern diese es erheischt, die Zustimmung des Herrn nachzusuchen, also nicht zum Abschluß des Veräußerungsgeschäftes, sondern nur zur Vollziehung desselben und zum wirklichen Eintritt des neuen Emphyteuta. — Im Wesentlichen übereinstimmend hiermit ist Donellus l. c. cap. 14. §. 8—20. Mehr oder weniger abweichende Erklärungen siehe bei Buri, S. 172, 207; Glück, S. 441 sq.; Göschel, Vorles. Bd. 2, S. 1, S. 296—298; Thibaut, System, §. 778; Vuy l. c. p. 171—184, 189—195; Muehler, de iure emphyteutico transferendo (Berol. 1835), p. 52 sq. Der Letzte namentlich vertheidigt die Ansicht, daß das Gesetz gar nicht den Emphyteuta verpflichte, im Falle der Singularsuccession in die Emphyteuse die Anerkennung des Eigenthümers nachzusuchen, sondern nur diesem die Nothwendigkeit auflege, den neuen Emphyteuta auf Erfuchen aufzunehmen, und eben dadurch den bisherigen aus dem obligato-

scheint dieser zu sein, daß dem Eigenthümer nicht ohne sein Wissen ein fremder Emphyteuta aufgedrängt werden soll, gegen dessen Person er vielleicht Einwendungen zu machen hätte, und daß nun auch zugleich ein persönliches Verpflichtungsverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem neuen Emphyteuta förmlich anerkannt werde⁹¹). Die Frage, wie es in Betreff des Laudemium zu halten sei, wenn das Veräußerungsgeschäft wieder rückgängig gemacht wird, z. B. der Verkauf vermöge einer Resolutivbedingung oder wegen *laesio enormis* aufgelöst wird, ist wohl dahin zu beantworten, daß durch vollständige Vernichtung oder Rescission der Veräußerung auch jene Nebenwirkung rückgängig gemacht werde und das Bezahlte als *sine causa datum* condicirt werden könne; nicht aber kann das Gleiche gelten, wenn nur durch einen neuen Vertrag die veräußerte Emphyteuse auf den früheren Emphyteuta zurückübertragen wird, wie z. B. vermöge eines *pactum de retrovendo*; in welchem Falle vielmehr jedesmal das Laudemium zu entrichten ist⁹²).

Bei einer Veränderung des Emphyteuta durch Vererbung treten die angegebenen Verbindlichkeiten überall nicht ein, da diese nicht unter den Begriff der Veräußerung fällt, sondern der Erbe als eine Person mit dem Erblasser anzusehen ist, und daher auch von selbst in dessen Verbindlichkeiten, wie in dessen Rechte eintritt. Wenn dennoch Manche in Beziehung auf testamentarisch ernannte fremde Erben und wohl auch in Beziehung auf Intestaterben außer den Descendenten eine Verpflichtung zur Zahlung der Quinquagesima behauptet haben, so haben dabei

rischen Nexus zu entlassen. So lange diese Ausnahme nicht nachgesucht sei, bleibe das obligatorische Verhältniß zum bisherigen Emphyteuta unverändert, obwohl das dingliche Recht dem neuen erworben sei. Nach Ablauf der zwei Monate aber werde die Ausnahme für geschehen angenommen (p. 57, 60, 61, l. c. Vgl. auch Unterholzner a. a. O. S. 366, 367). Allein am Schlusse der L. 3. cit. wird der Verlust des Rechtes angedroht, *si aliter fuerit versatus* (emphyteuta) *quam nostra constitutio disponit*. Unmittelbar vorher aber geht die Bestimmung, daß erst dann der Emphyteuta auf einen Anderen sein Recht ohne Zustimmung des Eigenthümers übertragen könne, wenn dieser zwei Monate die Annahme des neuen Emphyteuta verzögert habe. Auch darauf nun ist doch unverkennbar jene Drohung zu beziehen, wenn gegen diese Vorschrift gefehlt wird. Also soll der Eigenthümer erst um die Annahme ersucht werden, bei Strafe der Caducität. — Andererseits ist auch entschieden verwerflich die Meinung Sinner, welche dem Eigenthümer auch in anderen Fällen als beim Verlaufe eine Art von *ius protimiseos* belegen wollten. Leonin. ad L. 3. cit. Vergl. Buri, S. 177.

91) Muehler l. c. p. 57. Unterholzner, S. 363, 364, 366, 367.

92) Thibaut, §. 778, Note b. c. Doch sind auch darüber die Meinungen verschieden; vergl. namentlich Buri, S. 201 ff.; Glück, S. 499 ff. Auch Unterholzner (S. 367) spricht dem Eigenthümer nur das Recht auf abermalige Zahlung des Angeldes bei Rescission der Veräußerung ab. Aber durch diese wird doch auch die Anerkennung, wofür das Handgeld gezahlt worden, in ihrer Wirkung vernichtet, und erscheint also das Bezahlte als *sine causa datum*; denn daß das Angeld bloß für den äußerlichen Act der Anerkennung ohne Rücksicht auf seine juristische Wirksamkeit gegeben werde, läßt sich nicht annehmen. Aber freilich muß man voraussetzen, daß dem Eigenthümer der ganze Inhalt des Veräußerungsgeschäftes, woraus die Rescissibilität desselben folgt, bekannt gemacht sei.

ohne Zweifel Vorstellungen von lehntechnischen Verhältnissen mitgewirkt, die dem römischen Rechte ganz fremd sind⁹³). Und vollends kann nur durch mißverständliche Einmischung eigenthümlich teutschrechtlicher Grundsätze die Frage hervorgerufen sein, ob auch im Falle eines Wechsels in der Person des dominus emphyteuseos das Laudemium gezahlt werden müsse⁹⁴). Gewiß richtig dagegen ist die Behauptung, daß diese Verpflichtung eintrete, wenn der Emphyteuta schon bei seinen Lebzeiten die Emphyteuse dem künftigen Erben überträgt⁹⁵). Dasselbe ist auch zu behaupten, wenn durch Erbtheilung die ganze Emphyteuse Einem von mehreren Erben überwiesen worden, in Ansehung der Antheile der übrigen Erben. Viele zwar verneinen dies, vorzüglich aus dem Grunde, weil auch sonst wohl die Theilung unter Miterben nicht als Veräußerung angesehen werde⁹⁶). Allein dies geschieht nur in Rücksicht auf ein bestimmtes Veräußerungsverbot, von dem auch andere Ausnahmen gemacht werden⁹⁷). In der That aber liegt in der Zutheilung der ganzen Sache an Einen von den Miterben oder überhaupt Miteigenthümern eine wahre Veräußerung in Ansehung der den Anderen zustehenden Antheile, und muß sie also in so weit unter die Regel fallen, wenn nicht eine Ausnahme dafür besonders begründet ist⁹⁸). In der Natur der Sache aber ist diese nicht begründet. Denn jeder Erbe repräsentirt nur pro parte den Erblasser; es ist also eine neue nicht durch die bloße Vorerbung herbeigeführte Aenderung in der Person des Emphyteuta, wenn ein Erbe allein statt Aller in die emphyteutischen Rechte und Verpflichtungen eintritt, und dazu bedarf es der Anzeige an den Herrn, um dessen Anerkennung zu erhalten; für diese aber wird die Quinquagesima gezahlt. Auch ist ja jene Aenderung keineswegs gleichgiltig für den Eigenthümer; dieser kann sogar gegründete Einwendungen gegen die Person desjenigen Erben haben, dem die Emphyteuse ausschließlich überlassen werden soll, und kann deshalb Einspruch dagegen thun, wenn gleich er den Uebergang des Rechtes auf ihn als Erbe pro parte hereditaria nicht hindern konnte⁹⁹).

Wir wenden uns nunmehr zur Bestimmung der Erwerbgründe der Emphyteuse. Dabei muß man unterscheiden die erste Errichtung oder denjenigen Erwerb, durch welchen das emphyteutische Recht an einem

93) Buri, S. 209, 211.

94) Buri, S. 195—201.

95) Thibaut, §. 778, Note f. Bening-Jungenheim, Bb. 2, S. 111, Note e.

96) Nov. 12. cap. 1: Quando enim res litigiosae per successionem ad heredes perveniunt, non debet alienatio intelligi earum inter coheredes divisio. Voet l. c. n. 35. Vuy p. 193, 194. Bgl. Glück, S. 491 fig.

97) L. 4. Cod. de litigiosis. (8. 37.)

98) Daher fällt die Provocation zu einer Theilungsklage als freiwillige Veräußerung unter die Vorschrift der oratio D. Severi. L. 1. §. 2. L. 7. pr. cf. L. 3. §. 4. D. de reb. eor. (27. 9.) L. 17. Cod. de praedib. (5. 71.) Voet ad tit. Dig. fam. ercisc. n. 14. Rudorff, Recht der Vormundschaft, Bb. 2, S. 411, 412.

99) Unterholzner a. a. D. S. 367, 368.

Grundstück überhaupt erst entsteht, von dem bloßen Uebergang einer schon begründeten Emphyteuse auf einen Anderen als den ursprünglichen Emphyteuta.

Errichtet wird die Emphyteuse vor Allem durch Vertrag. Ueber die Natur dieses Vertrages (in Betreff des *ager vectigalis*) waren schon in der classischen Jurisprudenz Zweifel angeregt worden. Man schwankte, ob man denselben unter den Gesichtspunkt der *emtio venditio* stellen, also eine Alienation der Sache darin erkennen solle (wobei man das Vectigal etwa dem Zins von einem stehengebliebenen Kaufpreise vergleichen mochte), oder ob man ihn vielmehr als *locatio conductio* zu betrachten habe, wofür sich Cajus entscheidet¹⁰⁰). Die Frage konnte, zumal seitdem auch Privatgüter mit gleichem Rechte ausgegeben wurden, in verschiedenen Beziehungen von Bedeutung sein. Es würde z. B. davon abhängen, ob die Bestellung der Emphyteuse unter ein gesetzliches Verbot, z. B. der Mündelgüter, falle oder nicht¹⁰¹). Vorzüglich aber scheint der Zielpunkt jener verschiedenen Betrachtungsweise dieser gewesen zu sein, ob der Erbverpachter dem Erbpachter fortwährend nach den Grundsätzen eines gewöhnlichen Pachtverhältnisses den ungehinderten Genuß des Pachtgegenstandes zu gewähren schuldig sei, und demnach auch wegen Schmälerung desselben durch zufällige die Substanz der Sache oder deren Fruchttertrag betreffende Ereignisse ein Anspruch auf verhältnißmäßige Minderung der Pachtabgabe stattfindet, oder ob vielmehr der Erbpachter solchen Schaden, als welcher ein zu seinem Vermögen gehörendes Object betreffe, allein zu tragen habe, der Eigenthümer aber den einmal festgesetzten Zins ungemindert zu fordern berechtigt bleibe¹⁰²). Seno hat diese Zweifel beseitigt, indem er verordnete: *ius emphyteuticum neque conductionis neque alienationis esse titulis adiciendum, sed hoc ius tertium esse, ab utriusque memoratorum contractuum societate et similitudine separatum; conceptionem item definitionemque habere propriam, et iustum esse validumque contractum etc.*, und dabei zugleich speciell jene Frage wegen zufälliger Minderung der Sache oder ihres Ertrages entschied¹⁰³). Diese Entscheidung hat denn auch Justinian gebilligt und als die zu seiner Zeit praktische aner-

100) Ca i. III. 145. — §. 3. J. de locat. et Theophil. ad h. l. — Unterholzner a. a. D. S. 362, 369.

101) Rudorff a. a. D. S. 407 ff.

102) Vgl. Büchel a. a. D. S. 28—39. Dieser hält es jedoch mit Unrecht für widersinnig, ein der Servitut nachgebildetes, obwohl umfassenderes, Recht durch Pacht entstehen zu lassen. Die obligatorische Natur des Pachtverhältnisses hindert nicht, dem Pächter an dem gepachteten Grundstück ein bingliches durch seinen Inhalt von selbst dem Ususfructus naheverwandtes Recht beizulegen. Nach dem Code Napoleon z. B., der den Grundsatz: Kauf bricht Miete, nicht kennt, kann man sagen, es sei dem Miether ein Recht an der Sache gewährt, das dem Ususfructus wahrlich näher steht, als dieser den Prädictalservituden. Könnte doch auch der Ususfructus für eine bestimmte Zeit (nur als persönliche Servitut nicht vererblich) gegen Versprechen eines jährlichen Zinses eingeräumt werden!

103) L. 1. Cod. h. t. Vgl. oben Note 76 ff.

kannt¹⁰⁴), was ihn jedoch nicht hindern konnte, anderwärts auszusprechen, daß durch ein gesetzliches, testamentarisches oder vertragmäßiges Veräußerungsverbot regelmäßig auch die Einräumung der Emphyteuse für untersagt zu halten sei¹⁰⁵). Es ist also nun der Vertrag zur Begründung der Emphyteuse als ein eigener Contract hingestellt, *contractus emphyteuseos* oder *emphyteuticarius*, von welchem jedoch ungeachtet des kaiserlichen Ausspruches nicht zu leugnen ist, daß er nach einer Seite hin der *locatio conductio* nahe verwandt ist, von der er sich andererseits freilich durch die Begründung eines selbstständigen dinglichen Rechtes bedeutend unterscheidet. Dieser Vertrag nämlich erzeugt zugleich ein obligatorisches Verhältniß unter den Contrahenten und das dingliche Recht des Emphyteuta. Aus der obligatorischen Natur desselben entsteht für beide Theile und deren Universalsuccessoren eine persönliche Klage auf Erfüllung der gegenseitig eingegangenen Verbindlichkeiten, die man jetzt *emphyteuticaria* (in personam) *actio* zu nennen pflegt, mit welcher denn namentlich auch die Zahlung des Canons gefordert werden kann. Was aber die Entstehung des dinglichen Rechtes angeht, so ist es eine sehr verbreitete Meinung, daß dazu der Vertrag nicht allein hinreiche, sondern die Uebergabe des emphyteutischen Grundstückes hinzukommen müsse. Dieses versteht sich freilich von selbst für diejenigen, welche dem Emphyteuta eine Art Eigenthum belegen¹⁰⁶). Die aber das Letzte für irrig erkennen, wissen überall keinen irgend erheblichen Grund für jene Meinung anzugeben¹⁰⁷). Die Quellen selbst sprechen für die Ansicht, daß durch die *locatio in perpetuum* sofort die dingliche Klage, also auch das dingliche Recht entstehe¹⁰⁸), und mit Recht wird daher diese von vielen Schriftstellern gebilligt¹⁰⁹). — Sehr streitig ist auch die Frage,

104) §. 3. J. cit.: Quo iure utimur.

105) L. 7. Cod. de reb. alien. non alienand. (4. 51.)

106) Nach L. 20. Cod. de pactis. (2. 3.) Glück, S. 464.

107) Thibaut (§. 779, Note o) bezieht sich bloß auf L. 81. D. de acquir. dom. (41. 1.), widersprechend seiner eigenen Ansicht über die Natur des emphyteutischen Rechtes (oben Note 23, 24). In Wenig - Ingenheim's Lehrbuch (5. Ausg.), Bd. 2, §. 113, wird eingeräumt, daß die Gesetze von der Nothwendigkeit hinzukommender Tradition schweigen, aber bemerkt, sie werde doch nach Analogie dessen, was beim Eigenthum und selbst bei den Servituten gelte, mit Recht allgemein (?) angenommen. Aber diesen Analogien kann man die des Pfandrechtes entgegenstellen, und zudem ist auch die Analogie der Servituten nach der Meinung, die wir mit den angesehensten Civilisten für die richtige halten, vielmehr dagegen. Mühlenthal (§. 297, Note 5) bezieht sich theils auf unsichere historische Voraussetzungen, theils auf Argumente, deren Prämissen schon oben widerlegt sind (Note 55 ff.), die aber auch, wenn man diese Widerlegung nicht ausreichend findet, höchstens eine Wahrscheinlichkeit erzeugen. Donellus (cap. 13. §. 15.) legt besonders Gewicht auf die Worte in §. 3. J. cit.: De praediis, quae perpetuo quibusdam fruenta traduntur, übersehend, daß hier noch bloß von der Natur des Contractes die Rede ist, zu dessen Erfüllung freilich die Uebergabe gehört, nicht aber zur Abschließung.

108) L. 1. §. 1. D. h. t.: Qui conduxerunt, placuit competere illis in rem actionem adversus quemvis possessorem.

109) Du Roi, im Arch. Bd. 6, S. 367. Paffe, im rhein. Mus. Bd. 1, S. 93. Schröder, in der Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. 2, S.

ob es zur Gültigkeit des emphyteutischen Contracts schriftlicher Abfassung bedürfe? Für die Errichtung kirchlicher Emphyteusen kann wohl die Nothwendigkeit dieser Form nach Nov. 120. cap. 6. §. 2. nicht in Abrede gestellt werden, und sie wird auch von den Meisten anerkannt¹¹⁰⁾. Aber Viele behaupten dieselbe allgemein als regelmäßiges Erforderniß dieses Vertrages¹¹¹⁾. Es war natürlich, daß ein Vertrag, der für immer oder für sehr lange Zeit wirken sollte, meistens schriftlich abgefaßt wurde, und bei Municipal-, wie bei fiscalischen Gütern brachte dieß ohnehin gewiß der regelmäßige Geschäftsgang mit sich¹¹²⁾. Aber eben deshalb kann man auf die Nothwendigkeit dieser Form nicht daraus einen Schluß ziehen, daß in den betreffenden Constitutionen mehrmals auf die *instrumenta emphyteuseos* Bezug genommen wird. Eine Bestimmung, wodurch sie allgemein vorgeschrieben würde, findet sich aber nicht. Denn in der beiläufigen Aeußerung der L. 1. Cod. h. t. ist eine solche nicht zu erkennen, um so weniger, da bis dahin der Vertrag den Consensualcontracten, dem Kauf oder der Miete, beigezählt worden war, und in §. 3. J. de locat., sowie bei Theophil. ad h. l. nicht die geringste Andeutung einer solchen neuen Vorschrift zu entdecken ist¹¹³⁾. Dagegen scheint L. 1. cit. eine dritte Meinung vollkommen zu begründen, nach welcher zwar nicht regelmäßig, aber doch dann und insofern schriftliche Urkunde nothwendig sein soll, als eine besondere von der allgemeinen Regel des emphyteutischen Verhältnisses namentlich von der dort speciell sanctionirten, abweichende Verabredung getroffen werde¹¹⁴⁾. Die Constitution scheidet nämlich zuerst im Allgemeinen die Erklärung voraus, *iustum validumque esse contractum*, und nur in Betreff von Nebenverabredungen heißt es dann, *ea quae pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque custodiri*. Da man nun in der Regel nicht annehmen darf, daß der Gesetzgeber ohne Vorbedacht und bestimmte Absicht nicht zur Sache gehörende Zusätze einschleibe, so ist man zu dem Schlusse berechtigt, daß in Ermangelung schriftlicher Urkunde nicht dasselbe gelten solle, um so mehr als sich auch sonst ähnliche Bestimmungen vorfinden¹¹⁵⁾. Zu

243. Schweppe, Privatrecht, §. 314. Puchta, Lehrb. §. 173. Götschen, Vorles. Bd. 2, §. 1, S. 300.

110) Glücl, S. 462.

111) Donell. cap. 13. §. 14. Leonin. ad L. 1. Cod. h. t. nr. 3. Thibaut, §. 779. Vuy, p. 196. u. X.

112) Unterholzner, S. 363.

113) Cuiac. ad Cod. h. t. (opp. edit. Neap. IX. 419.) Voet ad D. h. t. n. 3. Buri, S. 160. Hofacker, princip. §. 1039. Glücl, S. 461, Note 42. Vgl. Götschen, Bd. 2, §. 2, S. 308.

114) Schon von einigen älteren Juristen, namentlich Janus a Costa, gebilligt (vergl. Glücl, S. 462, Note 45), neuerdings vertheidigt von Martzoll, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 2, S. 359—371, und angenommen von Mühlensbruch, §. 297, Note 2—4; Wenning-Jungenheim, Bd. 2, §. 113, und, wie es scheint, von Puchta, Lehrb. §. 173, Note y.

115) L. 32. Cod. de locato. (4. 65.) Cf. L. 13. §. 11. D. locati. (19. 2.) Martzoll a. a. D. S. 364, 369, und Bd. 3, S. 280—282.

weit aber geht die Behauptung, daß dergleichen Verabredungen nicht anders als durch Schrift bewiesen, daher nach Verlust der Urkunde nicht mehr geltend gemacht werden können. Denn wenn Justinian in L. 3. Cod. h. t. festsetzt, was als Regel einträte, si nulla huiusmodi pactio interposita sit vel forte instrumentum emphyteuseos deperditum est, so liegt die Vermuthung, daß hierbei nur der gewöhnliche Fall, wo durch den Verlust der Contractsurkunde der Beweis wirklich unmöglich geworden, berücksichtigt sei, gar zu nahe, als daß man darin eine gesetzliche Ausschließung jedes anderen Beweismittels des gültig Verabredeten erblicken könnte.

Eine zweite Art der Errichtung der Emphyteuse ist die durch Vermächtniß. Es ist jedoch in Zweifel gezogen worden, ob durch Vermächtniß ipso iure das dingliche Recht der Emphyteuse entstehen könne. Weil nämlich eine Verpflichtung des Emphyteuta damit wesentlich verbunden sei, diese aber nicht durch den Willen des Erblassers ihm auferlegt werden könne, so hat man behauptet, bewirke das Vermächtniß auch von Seiten des Eigenthümers der Sache zunächst immer nur die Verpflichtung der Erben, den emphyteutischen Contract auf Verlangen mit dem Legatar abzuschließen, und erst dadurch werde denn auch das emphyteutische Recht wirklich erworben¹¹⁶⁾. Oder auch man hat das Vermächtniß aufgefaßt als bedingt dadurch, daß der Legatar sich zur Uebernahme der entsprechenden Verpflichtungen bereit erkläre, was denn auch zur Abschließung einer Uebereinkunft führen würde¹¹⁷⁾. Allein Justinian will den Vermächtnissen überall die möglichst vollkommene Wirkung gesichert sehen, dergestalt, daß regelmäßig dem Legatar dingliche wie persönliche Klage zur Geltendmachung des Inhaltes des Vermächtnisses zustehen soll, so weit nur die erste nach der Natur des Verhältnisses anwendbar ist. Darnach muß die gleiche Wirkung auch anerkannt werden, wenn der Eigenthümer an seinem Grundstück die Emphyteuse vermacht hat; ein dingliches Recht, welches er als Eigenthümer an seiner Sache direct zu gewähren im Stande war¹¹⁸⁾. Daß der Legatar durch die Annahme des Vermächtnisses als Emphyteuta gewisse Verpflichtungen über-

116) Muehler l. c. p. 19.

117) Donell. l. c. cap. 13. §. 13, der das Legat der Emphyteuse mit dem Falle vergleicht, wenn dem Erben auferlegt ist, eine Sache zu bestimmtem Preise einem Andern zu verkaufen. L. 66. D. de legat. I. L. 30. §. 3. D. de legat. III. Muehler's Bemerkung, diese Ansicht komme im Resultat mit der seinigen überein, ist nicht ganz richtig, wenn man seine Worte: cum emphyteuseos contractum cum herede celebraverit, genau nimmt. Denn hiernach wäre auch schriftliche Abfassung des Contractes zwischen dem Legatar und dem Erben erforderlich, so weit diese sonst nothwendig ist (not. 111—115. Muehler l. c. p. 16); nach des Donellus Meinung bedürfte es nur einer Erklärung über die Annahme des Legates.

118) L. 1. Cod. commun. de legat. (6. 43.) Daß auch, wenn die Sache im Eigenthum des Dnerirten ist, das vermachte Eigenthum oder ius in re ipso iure erworben werde (Puchta, Lehrb. §. 532), kann man nicht behaupten. Dies wäre ein exorbitanter Satz, daß eine Verfügung des Erblassers direct ein Recht an einer ihm fremden Sache gewähren könne, und L. 1. cit. spricht auch nicht dafür.

nimmt, steht jener dinglichen Wirkung nicht im Wege. Wie dies hier durch die Natur des vermachten Rechtes gegeben ist, kann es sonst durch *Mobus* und andere Lasten, die auf Vermächtniß gelegt sind, herbeigeführt werden. Daß er nicht wider Willen obligirt werde, dagegen ist er schon durch den allgemeinen Grundsatz gesichert, wornach Niemand ein Legat anzunehmen braucht; insofern also jedes Vermächtniß *hanc conditionem habet, si legatarius velit*¹¹⁹⁾. Sollte aber dieses so verstanden werden, daß das Vermächtniß für ein wahrhaft bedingtes zu halten sei, wie allerdings der ausdrückliche Zusatz *si volet* für Vermächtnisse als wahre Bedingung anzusehen ist¹²⁰⁾, so würde man zu gänzlich verwerflichen Consequenzen kommen: man würde behaupten müssen, daß dies *legati non cedat*, bevor sich der Legatar über die Annahme des Vermächtnisses erklärt habe; daß also dieses nicht auf die Erben transmittirt werde, wenn jener vor geschetzener Erklärung gestorben ist. Beharren wir also vielmehr bei der herrschenden Meinung, welche das Vermächtniß als Entstehungsgrund des emphyteutischen Rechtes selbst betrachtet. Es kann denn auch der Fall sein, daß Einem die Emphyteuse, einem Anderen das Eigenthum des Grundstückes legit und kraft des Legates *ipso iure* erworben wird, so wie auch dem Erben das Recht der Emphyteuse vorbehalten werden kann, indem das Eigenthum einem Anderen vermacht wird. In solchen Fällen aber kann der Eigenthümer die Anerkennung der persönlichen Verpflichtungen von Seiten des Emphyteuta leicht erwirken: als Besitzer nämlich, indem er die Sache nur unter dieser Voraussetzung herauszugeben braucht; und wenn der Emphyteuta im Besitze ist, durch Anstellung der *rei vindicatio*, welcher dieser nur durch Anerkennung jener Verpflichtungen ausweichen kann. Es scheint aber auch nicht unangemessen, ohne Weiteres auf den Grund des angenommenen Vermächtnisses eine der Klage aus dem emphyteutischen Contracte analoge persönliche Klage zu gestatten¹²¹⁾.

Es fragt sich nun weiter, ob auch durch Ersizung das Rechtsverhältniß der Emphyteuse entstehen könne? Diese Frage wurde früher von den Meisten unbedenklich bejahend beantwortet, wenn auch wohl gezwweifelt wurde, welche Verjährungszeit erforderlich, und ob die Ersizung nach Analogie der Eigenthums- oder der Servitutenersizung zu beurtheilen sei¹²²⁾. In neuerer Zeit haben dagegen wieder Mehrere die Möglichkeit einer Entstehung der Emphyteuse durch Ersizung ganz in Abrede gestellt¹²³⁾. Der Hauptfall, um welchen es sich handelt, ist der, wenn Jemand *bona fide* die vom Nichteigenthümer eingeräumte Emphyteuse die Verjährungszeit hindurch ausgeübt hat. Ist hier dem Constituenten selbst

119) So drückt sich *Donellus a. a. D.* aus.

120) *L. 69. D. de cond. et dem. (35. 1.) L. 65. §. 1. D. de legat. I.*

121) *Wening-Ingenheim*, *Wb. 2*, §. 112.

122) *Vgl. Glück*, *S. 466* *ff.*, und die dort angeführten Schriftsteller.

123) *Vgl. vorzüglich Zimmern* in seinen und *Neufstetel's* römischrechtlichen *Untersf. N. 5. S. 127* *ff.*; *Unterholzner*, *Verjährungslehre*, *Wb. 2*, *S. 249—256*; *Mühlenthal*, *doctrina pand. §. 297*, *not. 7—11*; *Söfchen*, *Vorlesungen*, *Wb. 2*, *S. 1*, *S. 300—302*.

in derselben Zeit das Eigenthum durch Erziehung erworben, so ist dadurch mittelbar auch der Emphyteuta geschützt. Aber gesetzt, jener war selbst nicht in der Lage, die Sache zu erziehen, weil er z. B. nicht in bona fide war, oder, bei der ordentlichen Erziehung, einen *iustus titulus* nicht nachzuweisen vermag: kann nun der vermeintliche Emphyteuta auf eigene Hand das Recht der Emphyteuse erziehen, so daß ihn davon auch der wahre Eigenthümer als solchen anerkennen muß? In den Quellen findet sich darüber gar kein Ausdruck, weder dafür, noch dagegen¹²⁴). Daß die civilrechtliche Usucapion hier nicht zur Anwendung kam, ist freilich ohnehin unzweifelhaft. Alle Analogie aber spricht dafür, daß die *longi temporis possessio* auch in diesem Falle Schutz gewährte. Sollte nach einem Rechte, das eine Erziehung des *Ususfructus* anerkennt¹²⁵), nicht dieselbe auch bei der dem Eigenthum so viel näher stehenden Emphyteuse statthaben? bei der man zweifeln konnte, ob die Einräumung desselben nicht als Alienation der Sache anzusehen sei; deren Inhaber zu den *Possessores* gerechnet und oft so genannt wurden (*possessores perpetuarii*). Wer die Sache selbst vom Nichteigenthümer gekauft hat, soll das Eigenthum erziehen können, und wer den *Ususfructus* sich hat bestellen lassen, den *Ususfructus*: welcher innere Grund läßt sich denken, warum das Recht, welches zwischen beiden in der Mitte liegt, nicht soll eben so erworben werden? Man kann also behaupten, daß die in der Praxis von jeher vorherrschende Meinung, welche eine solche Erwerbung annimmt, wenn sie auch keine ausdrückliche Entscheidung der Quellen für sich hat, doch ganz dem Geiste des neueren römischen Rechtes entsprechend eine Lücke

124) Nicht hierher gehört L. 12. §. 2. D. de Publ. act. Denn hier wird ein *ager vectigalis*, also eine bestehende Emphyteuse, schon vorausgesetzt; sie kann also nicht von der Entstehung, sondern nur von der Uebertragung der Emphyteuse durch Erziehung verstanden werden. Auch L. 15. §. 26. D. de damno infecto wird mit Unrecht hierher gezogen von Unterholzner a. a. D. Note 689; vgl. Mühlbruch, pand. §. 297. not. 11. Zur Erklärung dieser Stelle sei noch Folgendes bemerkt: Die *missio ex secundo decreto* (das *possidere iubere*) gab dem Immittirten sofort prätorisches oder bonitarisches Eigenthum der Sache (*a praetore dominus constitutus, iure domini possidere iussus*, L. 15. §. 16. 17. 33. D. l. c. Cf. L. 26. §. 6. D. de noxal. act. (9. 4.) L. 2. §. 1. D. si ex noxali causa. (2. 9.) Unterholzner, im Rhein. Mus. Bd. 1, S. 131. Zimmern, ebendas. Bd. 3, S. 319), und nur um das quirilitische Eigenthum zu erwerben, das der Prätor durch sein Decret nicht verleihen konnte, bedurfte er noch der Usucapion, wenn derjenige, gegen welchen er die Immission *secundo decreto* erwirkt hatte, der wahre Eigenthümer war. Die gegen den Inhaber eines *praedium vectigale* erwirkte Immission konnte nicht dieselbe Wirkung haben; es konnte hier nicht das *possidere iubere* in demselben Sinne eintreten, *ut usucapere possidendo possit; sed discernendum, ut eodem iure esset, quo foret is, qui non eaverat*. Darnach aber bedurfte es einer Erziehung nicht mehr; denn weil das Recht an Vectigalgrundstücken selbst auf dem prätorischen Rechte beruhte (Note 27), so würde es auch durch das prätorische Decret sofort vollständig auf den Immittirten übertragen *post quod decretum vectigali actione uti poterit*. Eine besondere Bestimmung für Patrimonialgrundstücke enthält L. 14. Cod. de fund. patrimon.

125) L. 12. in f. Cod. de praescript. longi temp. (7. 33.)

derselben ausfüllt, die wahrscheinlich nur zufällig ist ¹²⁶). Auf die Analogie des Pfandrechtes kann man sich dagegen nicht berufen. Dieses ist kein den Inhalt des Eigenthums an sich beschränkendes Recht an der Sache; es besteht wesentlich nur in dem Rechte, den Werth derselben als Object der Befriedigung für die Forderung in Anspruch zu nehmen, und deshalb die Sache zu veräußern. Dieses wesentliche Recht des Pfandgläubigers aber kann nur einmal durch einen Veräußerungsact ausgeübt werden, wodurch die Sache auf einen Anderen übergeht. Daher ist es natürlich, daß man hier keine *iuris quasi possessio*, und so auch keine Ersizung annahm. Bei der Emphyteuse aber verhält sich dieses anders ¹²⁷). Will man nun dennoch eine Ersizung dieses Rechtes *per longum tempus* nicht gelten lassen, so scheint doch wenigstens der Erwerb durch dreißig- oder vierzigjährigen Besitz unumgänglich anerkannt werden zu müssen. Unleugbar nämlich ist die Verjährung der Eigenthumsklage auch gegen den als Emphyteuta Besizenden möglich. Nun aber verordnet Justinian allgemein, wer *bona fide* besessen habe, so lange bis der Eigenthümer *exceptione triginta vel quadraginta annorum expulsus est*, solle dann auch eine *actio ad vindicandam eam rem* haben; und da nun auch dem Emphyteuta sonst eine *utilis rei petitio* zusteht, so muß man gewiß auch dem als solchen Besizenden zugestehen, *ut similis possit uti praesidio* ¹²⁸). So lange er übrigens nach vollendeter Verjährung noch im Besitze ist, kann er gegen den sich meldenden wahren Eigenthümer leicht die förmliche Anerkennung der Emphyteuse erlangen, indem er die *Vindication* desselben durch die Einrede der Verjährung abschließt, und diesen dadurch nöthigt, wenn er nicht auf Alles verzichten will, ihn als Emphyteuta anzunehmen.

Ein anderer Fall ist es, wenn der wahre Eigenthümer selbst die Emphyteuse factisch anerkennt, und der Besizer sich als Emphyteuta gerirt hat, eine rechtlich begründete Entstehung der Emphyteuse aber doch nicht nachzuweisen ist. Hat der Eigenthümer die Emphyteuse wirklich auf eine an sich vollgiltige Weise eingeräumt, aber durch Irrthum benogen, z. B. in irrthümlicher Voraussetzung einer Verbindlichkeit dazu, so ist das Recht an sich begründet, und es kann nur angefochten werden, so weit dieses auch sonst wegen Irrthums im Beweggrunde statthaft ist, z. B. unter Umständen durch *condictio indebiti*, welche dann als persönliche Klage nach den allgemeinen Regeln der Verjährung unterliegt. Ist aber

126) Auch der Ersizung des *Ususfructus* wird ja nur in der einzigen L. 12. cit. namentlich erwähnt, und zwar nur beiläufig: *veluti ususfructus et ceterae servitutes*; wir denken hinzu: *vel ius in agro vectigali*.

127) Die Ansicht freilich, nach welcher dem Emphyteuta „nicht Eigenes, weder ein *corpus* noch ein *ius*, gehört“, und ein Besitz des emphyteutischen Rechtes der Natur der Sache unenkbar ist, gibt einen unwiderleglichen Beweis, daß Ersizung nicht stattfinden könne: „denn was nicht besessen werden kann, das kann auch nicht eressen werden“; Büchel a. a. D. S. 53, dem hierin auch Wangerow, S. 731, beistimmt; und es wäre auch das Ersitzen sehr unnütz, wenn man dadurch doch nichts Eigenes erlangt. Aber vgl. oben Note 28, 55.

128) So nimmt auch Wangerow a. a. D. an.

sonst die Constitution des Rechtsverhältnisses eines inneren Mangels wegen nichtig, der auch nicht durch spätere ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung gehoben wird, so wird die ordentliche Erziehung regelmäßig eben wegen Mangels eines rechtmäßigen Erwerbgrundes auszuschließen sein, die außerordentliche aber eben so wie im vorigen Falle eintreten können^{128a)}.

Ein dritter wesentlich verschiedener Fall endlich ist der, wenn der wahre Eigenthümer der Sache sich als Emphyteuta gerirt und als solcher einen Anderen, der das Eigenthum sich beilegt, die Verjährungszeit hindurch factisch für den Eigenthümer anerkennt. Hier kann die Erziehung nicht zunächst als Entstehungsgrund des emphyteutischen Rechtes in Frage kommen, da für die Entstehung des Verhältnisses zwischen dem vermeintlichen Emphyteuta und dem vermeintlichen Eigenthümer doch noch ein besonderer Grund vorausgesetzt werden muß. Die Frage ist hier vielmehr die, ob der letztere das Eigenthum durch Erziehung erwerbe, wodurch nur folgeweise auch jenes emphyteutische Verhältniß befestigt würde, eben so wie in dem Falle, wenn der Usucapionsbesitzer irgend einem Dritten die Emphyteuse oder ein anderes Recht an der Sache eingeräumt hat und dann die Erziehung vollendet¹²⁹⁾. Man hat aber diese Frage verneint, weil es hier an der wesentlichsten Voraussetzung der Erziehung, nämlich am Besitze, fehle. Denn so wenig wie der Pächter seiner eigenen Sache, eben so wenig könne derjenige, welcher sich an eigener Sache die Emphyteuse bestellen lasse, als Stellvertreter im Besitze für den Anderen angesehen werden¹³⁰⁾. Allerdings nun ist es Regel, daß Mieth- oder Pachtung seiner eigenen Sache nichtig sei, wie auch Depositum, Precarium, Pignus u. s. w.¹³¹⁾, insofern nicht der Vertrag mit Rücksicht auf den bloßen Besitz geschlossen worden¹³²⁾; und es wird diese Unverbindlichkeit namentlich auch für den Fall ausgesprochen, wenn der Miether sein Eigenthum nicht kannte¹³³⁾. Ist aber deshalb anzunehmen, daß nun in jedem solchen Falle der Vermiether oder Verpächter sofort den Besitz verliere? Ein innerer Grund dafür ist nicht zu ersehen. Zum Dasein des Besitzes ist erforderlich animus possidendi und Detention; die letzte kann auch ein Anderer für den juristischen Besitzer haben. Beides ist an sich nicht nach juristischen Bestimmungen zu beurtheilen, als abhängig von einem Rechtsverhältniß, sondern es muß nur factisch vorhanden sein. Dieß ist aber unleugbar der Fall, wenn der Eigenthümer, unbekannt mit seinem Rechte, seine eigene Sache als Pächter detinirt, im Namen des Verpächters, den er als Eigenthumsbesitzer anerkennt. Wem sollte sonst auch der juristische

128a) Vgl. L. 11. Cod. de fundis patrimon.

129) Unterholzner a. a. D. S. 249, 250.

130) Unterholzner, S. 255. Röhlenbruch a. a. D. — Söfchen scheint sogar schlechthin jeden Besitz des Erbverpächters, so lange der Erbpächter die Sache hat, zu leugnen, so daß die Erziehung auch unterbrochen würde, wenn der Usucapionsbesitzer einem Anderen, als dem Eigenthümer, das Grundstück zur Emphyteuse gegeben.

131) L. 45. D. de reg. iur. L. 15. D. depositi. (16. 3.)

132) L. 28. 37. D. de poss. (41. 2.) L. 36. §. 1. L. 37. D. de pign. act. (13. 7.)

133) L. 20. cf. L. 23. Cod. de locato. (4. 65.)

Besitz hier beigelegt werden? Dem Pächter doch nicht? Denn dieser hat nicht den *animus possidendi* ¹³⁴⁾. Es scheint dem civilistischen Lacte unerträglich, daß der Pächter, nachdem er 10—20—30 Jahre hindurch sich selbst als Repräsentanten des Verpächters gerichte, dann noch mit der Behauptung solle vortreten können, dieser habe dennoch nicht befaßen, also auch nicht erfaßen können. Consequent müßte dann ja auch dasselbe behauptet werden, wenn der Pächter die Sache bereits restituirt hätte, und nun erst geltend machte, daß sie seine eigene gewesen sei. Wird der Eigenthümer, nachdem er *alieno nomine* zu detiniren angefangen, von seinem Eigenthumsrechte, und folgeweise der Unverbindlichkeit des Vertrages, unterrichtet, oder erwirbt der Detinent später erst das Eigenthum, so kann er nun freilich in eigenem Namen den Besitz fortsetzen; aber es würde doch auch dazu einer äußerlichen Bethätigung seiner veränderten Willenrichtung bedürfen, und z. B. wahrer Besitz des Pächters nicht anzunehmen sein, so lange derselbe factisch den Verpächter noch immer als Besizer anerkennt und den Pachtzins ihm entrichtet ¹³⁵⁾. Allein L. 21. D. de usucap. sagt doch sehr bestimmt: wenn der *pro herede possidens* das Grundstück dem Eigenthümer verpachte, so sei nicht nur der Vertrag ungiltig, sondern es folge auch daraus, *ut re possessionem quidem locator retinuerit; ideoque longi temporis praescriptio non durabit*? Doch darf man hier wohl die Voraussetzung hinzudenken, daß dem Contrahenten das Eigenthum des Pächters bekannt gewesen, und jedenfalls, daß es vor Vollendung der Erfassung geltend gemacht worden. Schwieriger sind L. 33. §. 5. D. eod. und L. 29. D. de pignorat. act. Sie beziehen sich auf die Erfassung einer zu Pfand gegebenen Sache. Die erste sagt: es werde die angefangene Usucapion unterbrochen, wenn der Usucapionsbesitzer die Sache dem, wenn auch seines Eigenthums unkundigen, Eigenthümer zum Faustpfand übergebe: *quia non intelligitur quis suae rei pignus contrahere*. Die andere spricht dasselbe aus für den Fall, daß der Faustpfandgläubiger späterhin das Eigenthum der verpfändeten Sache erwerbe. Enthalten diese Stellen nur die Anwendung einer allgemeinen Regel für alle Fälle, in denen nach L. 45. D. de reg. iur. ein Vertrag ungiltig ist, so muß das, was oben aus der Natur der Sache ist abgeleitet worden, unbedingt aufgegeben werden. Aber in Ansehung des Faustpfandes gilt das Besondere, daß der Pfandgläubiger den ausschließlichen juristischen Besitz der Sache hat, und nur in Rücksicht der Usucapion, nicht minder zum

134) Es ist auch hier vollkommen anwendbar, was L. 37. cit. sagt: *Per locationem retineo possessionem ... quum et animus mihi retinendi sit, et conducenti non sit animus possessionem adipiscendi*. Wenn man den Besitz durch Repräsentanten für einen bloß fingirten Besitz hält, wie Schmidt in der Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. 14, S. 44, so ist freilich begreiflich, daß er nicht anerkannt wird, wo die Repräsentation auf einem ungiltigen Rechtsgeschäft beruht. Aber von jener Fiction findet sich sonst keine Spur.

135) Und es wäre dann auch noch die Frage, ob er nicht auf Verlangen vorerst unbedingt den Besitz restituiren müßte, um dann sein Eigenthum geltend zu machen; L. 25. Cod. de locato; worüber freilich die Meinungen verschieden sind. Puchta, Lehrb. §. 353, Note i, §. 296, Note m. — Thon, in der Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. 1, S. 24. Schmidt a. a. D.

Vorthail des Pfandgläubigers als des Verpfänders, der Besitz des letztern als fortbauend angenommen wird. Wenn nun diese Wirkung nicht anerkannt wird, wo die Sache dem vermeintlichen Pfandbesitzer selbst gehört, so möchte man davon nicht ohne Weiteres gleiche Anwendung auf solche Fälle machen dürfen, wo, wie bei einem Miethvertrag, der Detinent wirklich sich nur als Repräsentanten des Anderen betrachtet. Gleichwohl wäre die Analogie für unsere Frage bedeutend, wenn dem Emphyteuta, wie dem Pfandgläubiger, ausschließliche *corporis possessio* beizulegen wäre. Da dieses aber ungegründet ist, so fällt auch dieses Argument weg. Vielmehr ist unser Fall demjenigen zu vergleichen, wenn der Usucapionsbesitzer dem wahren Eigenthümer den *Ususfructus* eingeräumt und aus diesem Grunde die Detention der Sache überlassen hat; und wer nicht glaubt, daß dadurch die Usucapion unterbrochen werde, der kann auch nicht annehmen, daß die Einräumung der Emphyteuse an den Eigenthümer diese Wirkung habe¹³⁶⁾.

So viel von den Gründen der Entstehung der Emphyteuse. Von der Uebertragung einer bestehenden Emphyteuse auf einen Anderen ist schon oben gelegentlich gesprochen worden. Es ist hier aber noch die Frage zu untersuchen, ob dieselbe auch durch Verjährung von Einem auf den Anderen übergehen könne. Auch dieses ist in den Quellen nicht ausgesprochen. Diese deuten vielmehr an, daß *praedia vectigalla* nicht usucapirt werden können¹³⁷⁾. Aber eben die Stelle, welche dieses ausspricht, berechtigt zu der Annahme, daß doch *longi temporis praescriptio* in dieser Beziehung anerkannt war, da eine analoge Anwendung der *Publiciana actio*, welcher die Fiction der Usucapion zum Grunde lag, auf einen Fall, in welchem nicht eine der Usucapion analoge Erziehung eintreten konnte, sehr unwahrscheinlich ist, die bloß beiläufige Verneinung der *usucapio* bei *Vectigalgrundstücken* aber nach dem von den Justinianischen Compilatoren angenommenen Sprachgebrauche gegen die Zulässigkeit der *longo tempore capio* kein sehr gewichtiges Bedenken erregen kann¹³⁸⁾. Nimmt man

136) Ein bedeutendes Argument für die Richtigkeit der hier vertheidigten Ansicht gibt auch L. 20. Cod. de agricolis. (11. 47.) Darnach soll der Zweifel darüber, *utrum is terrae dominus est necne, an ipsi coloni dominium terrae suae possident*, durch *longi temporis praescriptio* ausgeschlossen werden, wenn die Besitzer so lange als Colonen dem Herrn die entsprechenden Leistungen gezollt haben, d. h. also, es soll diesem, wenn er es auch früher nicht hatte, das Eigenthum der Grundstücke erworben sein, deren Besitz doch nur die Eigenthümer selbst für ihn ausgeübt hatten. Vgl. Bangerow a. a. D. S. 730, Anm. 1. Wenig-Jungenheim (5. Ausg.), Bb. 2, §. 113, Note q. 137) L. 12. §. 2. D. de Publ. act. (6. 2.)

138) Es ist schon von Anderen bemerkt worden, daß in den Worten der L. 12. §. 2. cit.: *In vectigalibus vel in aliis praediis, quae usucapi non possunt*, wahrscheinlich eine Interpolation enthalten sei, wodurch die Erwähnung der *praedia provincialia* ausgemerzt worden, die auch nicht usucapirt werden konnten, bei denen aber gerade die *longi temporis praescriptio* vorzüglich zur Anwendung kam. Bekannt ist auch, daß in der Justinianischen Compilation die Bezeichnung *usucapio* in Beziehung auf unbewegliche Sachen absichtlich vermieden und dafür *longo tempore capio* gesetzt worden ist, so daß man die Worte *quae usucapi non possunt*, leicht einmal stehen lassen konnte, ohne die Absicht,

eine constitutive Erfindung der Emphyteuse an, so nöthigt schon die Consequenz, da es sich hier von einem veräußerlichen Rechte handelt, zur Anerkennung auch der Möglichkeit einer translativen Erfindung derselben. Durch Uebertragung einer schon bestehenden Emphyteuse kann man ja eben so vollkommen das emphyteutische Recht erworben zu haben glauben, wie durch Einräumung vom Eigenthümer, und es wäre eine sehr auffallende Inconsequenz, wenn ein solchergestalt rechtmäßig entstandener Besitz des Rechtes zwar gegen den Eigenthümer die Wirkung der Erfindung haben sollte, nicht aber gegen den bisherigen Emphyteuta. Wer nun auch hier die ordentliche Erfindung nicht statthaft findet, der muß doch wenigstens die außerordentliche Erfindung auch in dieser Beziehung als möglich zugeben¹³⁹⁾.

Endlich sind nun noch die Gründe der Aufhebung des emphyteutischen Rechtes anzugeben. Von selbst versteht sich, daß dasselbe aufgehoben werde durch gänzlichen Untergang des Gegenstandes¹⁴⁰⁾, durch Confusion, durch Rescission der Entstehung des emphyteutischen Rechtes oder des Erwerbes des Constituenten, durch Vertrag zwischen dem Emphyteuta und dem Eigenthümer. Zweifelhaft ist es, ob auch durch einseitiges Aufgeben des Emphyteuta (Dereliction)? Dies wird von Vielen aus dem Grunde gänzlich verworfen, weil mit der Emphyteuse ein gegenseitiges obligatorisches Verhältniß verbunden sei, welches nicht einseitig von einem Theile aufgelöst werden könne¹⁴¹⁾. Die in der Praxis, wie es scheint¹⁴²⁾, vorherrschende Meinung ist aber, daß Dereliction dem Emphyteuta allerdings gestattet sei, und diese Ansicht hat auch gute theoretische Gründe für sich. Als das Charakteristische bei der Einräumung der Emphyteuse wird nur bezeichnet, daß dem Pächter und dessen Nachfolgern das Grundstück nicht entzogen werden solle, so lange der Canon gezahlt wird, und dadurch wird angedeutet, daß hier nicht die Zahlung des letzten als eine prinzipiale gegenseitige Verbindlichkeit gedacht wird, wie bei dem gewöhnlichen Pachtverhältniß¹⁴³⁾. Auch beweist die Möglichkeit, dem Eigenthümer durch Veräußerung selbst gegen seinen Willen einen anderen Emphyteuta zu substituiren, daß hier die Contractsverbindlichkeit auf Seiten des Emphyteuta eine viel freiere Natur und eine mehr nur secundäre Bedeutung hat. Es wäre auch eine harte Bestimmung, daß theilweiser Unter-

dadurch auch die *longi temporis praescriptio* in Abrede zu stellen. So wird auch die *usucapio* der Servituten verneint; ja in einer Stelle (L. 10. §. 1. D. de *usucap.*) sogar auch in Beziehung auf sie mit der geläufigen Interpolation für *usucapi* gesagt: *ut per se longo tempore capi non possint*; während es doch unzweifelhaft ist, daß sie *longo tempore, longa quasi possessione quaeruntur*. L. 2. Cod. de *servitut.* L. 10. pr. D. si *servit.* vind.

139) Dies geschieht hier selbst von Unterholzner a. a. D. S. 257, der eine begründende Verjährung gar nicht anerkennt.

140) L. 1. Cod. h. t.

141) *Thibaut*, §. 780, Note u. *Götschen*, *Wortes. Bb.* 2, §. 1, S. 304. Vgl. die bei *Glück*, S. 530, allegirten Schriftsteller.

142) Nach *Glück*, S. 532 (Note 9).

143) Vgl. oben Note 3.

gang des Gegenstandes nimmermehr eine Verminderung in den Verpflichtungen des Emphyteuta bewirken soll, wenn dieser sich nicht durch Dereliction seines Rechtes den Verpflichtungen entziehen könnte¹⁴⁴). Natürlich aber kann er den schon entstandenen speciellen Verbindlichkeiten, sei es in Ansehung rückständigen Canons oder in Betreff der Deterioration der Sache, nicht entgehen, wenn er auch derelinquiren will. Streittig ist auch, wie fern durch Verjährung die Emphyteuse erlöschten könne? Natürlich muß dadurch das Recht der Emphyteuse dem bisherigen Emphyteuta entzogen werden, insofern eine Erfizung desselben von Seiten eines Anderen stattgefunden hat; und wenn etwa der Emphyteuta selbst das Eigenthum durch Erfizung erworben hat, was ohne Zweifel möglich ist, wenn er als vermeintlicher Eigenthümer besaß, so muß die Emphyteuse durch Confusion erlöschten¹⁴⁵). Gewiß ist es auch, daß die allgemeine Klagenverjährung auf die Klage zur Geltendmachung des emphyteutischen Rechtes Anwendung findet; und da nach Justinianischem Rechte der Besizer in gutem Glauben (welchem nach heutigem Rechte allein die Verjährung der Klage zu statten kommt), nachdem er einmal die Einrede der dreißig- oder vierzigjährigen Verjährung erlangt hat, auch eine *actio ad vindicandam rem* haben soll, und kein Grund zu ersehen ist, warum nicht diese *Vindicatio* auch gegen den Emphyteuta eben so gut wie gegen den Eigenthümer statthaben sollte, so wird durch jene Verjährung in der That auch das Recht der Emphyteuse aufgehoben¹⁴⁶). Aber mit gutem Fug geht die herrschende Meinung noch weiter und nimmt an, daß auch durch die ordentliche Erfizung des Eigenthums *per longum tempus* der Erfizende eben so gegen die Emphyteuse wie gegen das Pfandrecht eines Anderen gesichert werde, natürlich unter der Voraussetzung, daß er sich auch in Beziehung auf die Emphyteuse in *bona fide* befunden und die Sache als vermeintlich unbeschränkter Eigenthümer besessen habe¹⁴⁷). Räumt man aber dem fremden Besizer eine Erfizung mit solcher Wirkung ein, so kann man ohne Inconsequenz nicht dem wahren Eigenthümerwerber, der das volle unbeschränkte Eigenthum erworben zu haben glaubt und die

144) Vgl. oben Note 75—81. Buri, S. 222—230. Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bb. 2, S. 364, 365. Wening-Ingenheim, Bb. 2, S. 218. Puchta, Lehrb. §. 173. Etwas Besonderes gilt freilich in Ansehung der kaiserlichen Erbpachtgüter. L. 3. Cod. de fund. patrimon. Aber für diese mußte auch *Caution* geleistet werden bei der Uebernahme, L. 7. Cod. ibid., und diese Versicherungssumme mußte dann freilich der Derelinquent einbüßen. Unterholzner a. a. D. Note o. Wenn man mit Mühlenbruch (pand. §. 297, not. 15) die *Dereliction* blos als *tacita remissio iuris* gelten läßt, so kann man nicht, wie er gleichwohl es thut, die L. 3. cit. als Ausnahme anführen. Die Frage ist nur, ob wider Willen des Eigenthümers das emphyteutische Verhältniß aufgelöst werden könne.

145) Wangerow, Pand. Bb. 1, S. 732. Mit Unrecht nimmt Glüch, S. 548, hier nur eine dreißig- oder vierzigjährige Erfizung als möglich an.

146) Bekannt wird diese Consequenz von Gdtschen, S. 305.

147) Unterholzner a. a. D. S. 259, Nr. 1. Puchta, §. 173. Wangerow a. a. D. Wening-Ingenheim, §. 117, Note w, führt mit Unrecht Unterholzner als Dissidenten an. — Vgl. übrigens L. 2. Cod. de rei dom. (7. 38.)

Erfizungszeit hindurch ausgeübt hat, gleichen Schutz ab sprechen. Es wäre wahrlich absurd, wenn derjenige, der vom wahren Eigenthümer die Sache erwirbt und deshalb in Ansehung des Eigenthums der Erfizung nicht mehr bedarf, von dem Rechte des Emphyteuta aber nichts weiß, weniger gesichert sein sollte, als derjenige, welcher sonst in gleicher Lage mit ihm sich befindet, aber vom Nichteigenthümer erworben hat und deshalb noch erst das Eigenthum erfizen muß. Eine andere Frage aber ist es, ob der Constituent der Emphyteuse oder dessen Universalsuccessor die Freiheit von der Emphyteuse durch Erfizung erwerben könne? Dieser wird sich allerdings nur durch die dreißig- oder vierzigjährige Verjährung gegen den Emphyteuta schützen können¹⁴⁸⁾.

Nach der Natur der Sache muß ferner die Emphyteuse auch erbschen, wenn der Emphyteuta stirbt und keine Erben hinterläßt, welche in das emphyteutische Rechtsverhältniß succediren können¹⁴⁹⁾. Außerdem endlich kann der Emphyteuta aus verschiedenen Gründen zur Strafe seines Rechtes verlustig werden, nämlich 1) wenn er das emphyteutische Grundstück deteriorirt¹⁵⁰⁾. Dieß ist zwar in den Gesetzen nur in Beziehung auf kirchliche Emphyteusen ausdrücklich ausgesprochen; es wird aber nach der in der Praxis angenommenen Ansicht auch auf andere angewendet. 2) Wenn er drei Jahre nach einander, oder bei kirchlichen Emphyteusen nur zwei Jahre, mit Zahlung des Canons im Rückstande geblieben ist. Es kommt dabei nicht auf die gewöhnlichen Voraussetzungen einer mora in solvendo an; der Emphyteuta soll unaufgefordert zur gehörigen Zeit den Canon entrichten. Wenn der Eigenthümer sich weigert, die Zahlung anzunehmen, so kann jener sich durch gerichtliche Deposition des zu Zahlenden gegen die Gefahr der Privation sicher stellen¹⁵¹⁾. Auch genügt es nicht, um diese Gefahr abzuwenden, daß jährlich wenigstens ein Theil des Canons gezahlt worden ist, sondern, wenn nur für drei nach einander folgende Jahre nicht der ganze Canon gezahlt worden ist, so ist der Privationsfall eingetreten. Die abweichenden Meinungen mancher Rechtsgelehrten über diesen Punkt beruhen auf der ungegründeten Annahme, daß der Canon nur in recognitionem dominii gegeben werde, welche auch schon in der Zahlung eines Theiles des Canons sich ausspreche, und sind selbst unter dieser Voraussetzung nicht einmal zu rechtfertigen¹⁵²⁾. Freilich aber, wenn der Emphyteuta im Verlauf von drei Jahren durch Theilzahlungen den ganzen Canon auch nur eines Jahres abgetragen hat, so kann man ihm nicht mehr einen dreijährigen Rückstand Schuld geben. Daraus übrigens, daß der ganze Canon gezahlt werden muß, ergibt sich von selbst eine Art von solidarischer Haftung derjenigen, welchen eine ungetheilte Emphyteuse gemeinschaftlich zusteht, z. B. mehrerer Erben des ursprüng-

148) Nur mit dieser Beschränkung kann man der Bemerkung von Wenning=Ingenheim a. a. D. Note y beistimmen.

149) Arg. Nov. 7. cap. 3. Vgl. Glück, §. 522 flg.

150) Nov. 120 cap. 8.

151) L. 2. Cod. h. t. Nov. 7. cap. 3. §. 2. Nov. 120. cap. 8. cf. L. 54. §. 1. l. 56. D. locati. (19. 2.)

152) Glück, §. 429—432.

lichen Emphyteuta. Obwohl unter diesen die persönliche Verbindlichkeit zur Zahlung des Canons pro portionibus hereditariis getheilt ist, so hat doch der dominus emphyteuseos das Recht, die ganze Emphyteuseis einzuziehen, wenn auch nur durch die Nichtzahlung eines derselben ein dreijähriger Rückstand des Canons eingetreten ist, vorausgesetzt, daß nicht der Eigenthümer eine reelle Theilung unter den Miterben anerkannt hat. Um jener Gefahr zuvorzukommen, müssen also Alle darauf bedacht sein, daß der ganze Canon gehörig entrichtet werde¹⁵³). Ungegründet aber ist es, wenn man die Verbindlichkeit mehrerer Theilnehmer schlechthin eine solidarische genannt hat¹⁵⁴), woraus folgen würde, daß auch die emphyteuticaria actio auf Zahlung der jährlich fälligen Abgabe gegen jeden in solidum stattfindet, während nur die wegen dreijährigen Rückstandes eintretende Privation in solidum geht¹⁵⁵). Die Meinung, daß der Canon nicht durch Compensation getilgt werden könne¹⁵⁶), beruht ebenfalls lediglich auf der falschen Vorstellung, er werde in recognitionem domini gegeben, ist also zu verwerfen. 3) Wenn er in Entrichtung der öffentlichen Abgaben drei Jahre lang säumig gewesen ist; in welcher Beziehung auch bei kirchlichen Emphyteusen keine kürzere Frist gesetzt ist¹⁵⁷). Das Gesetz verlangt sogar die Einhändigung der Quittungen über die gezahlten Steuern. Doch aber ist dieses wohl nicht so streng zu nehmen, daß die Unterlassung dieser Einhändigung bei wirklicher und gegen weitere Anforderung sicher stellender Zahlung schon genügenden Grund zur Privation enthalte. 4) Wenn den gesetzlichen Vorschriften in Betreff der Veräußerung des emphyteutischen Rechtes an einen Anderen zuwidergehandelt ist; es sei nun, daß der beabsichtigte Verkauf gar nicht oder nicht redlich, und insbesondere mit Angabe des wahren Preises, angezeigt worden, um dem Herrn zur Ausübung seines Vorkaufsrechtes Anlaß zu geben, oder daß bei irgend einer anderen Veräußerung das Gesuch um Annahme des neuen Emphyteuta unterlassen und dieser ohne Weiteres in den Besitz gesetzt worden ist¹⁵⁸). Daß nun, wo ein

153) Es ist hier die Analogie des Pfandrechtes anwendbar. L. 2. Cod. si unus ex plur. hered. (8. 32.) Aber die Emphyteuse haftet nicht etwa bloß als Pfand für den Canon; sondern wenn die Privation wegen Nichtzahlung desselben vollzogen wird, so werden dadurch die vom Emphyteuta sonst bestellten Pfandrechte schlechthin aufgehoben; daher sind die Pfandgläubiger wesentlich dabei interessiert, daß der Canon richtig gezahlt werde. L. 31. D. de pignor. (not. 45.)

154) Thibaut, System, §. 778. Wening-Ingenheim, Bd. 2, §. 109 a. G. — L. 7. pr. D. communi div. beweist es nicht. Vgl. oben Note 47.

155) Unterholzner a. a. D. S. 369.

156) Gluck, S. 440.

157) L. 2. Cod. cit.: Si per totum triennium neque pecunias (d. i. den Canon) solverit, neque epochas domino tributorum reddiderit. Das neque-neque hat auch schon die Meinung veranlaßt, es werde zur Privation bei weltlichen Emphyteusen die Nichtzahlung sowohl des Canons als der öffentlichen Abgaben vorausgesetzt. Lang, Institut. §. 194. Aber vgl. im Anfang der Constitution die Worte: si solitam pensionem vel publicarum functionum etc., und Nov. 7. cap. 3. §. 2, wo für kirchliche Emphyteusen offenbar nur in Rücksicht der Zeit etwas Besonderes festgesetzt werden soll.

158) L. 3. Cod. h. t. Vgl. Note 84—98.

solcher Privationsgrund eingetreten ist, der Eigenthümer nicht eigenmächtig den Emphyteuta aus dem Besiße setzen könne, versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, zumal da auch die Frage selbst, ob jenes der Fall sei, sehr streitig sein kann. Der Eigenthümer muß also auf Entsetzung des weigernden Emphyteuta klagen (sogen. Privationsklage), sei es mit der Klage aus dem emphyteutischen Contracte, oder auch mit der Eigenthumsklage. Auch diese letzte ist zulässig^{158a)}; denn nicht erst durch den Richterspruch wird dem Emphyteuta sein Recht entzogen, sondern er verliert es unmittelbar in Folge seines rechtswidrigen Verhaltens, und der Richter entscheidet nur darüber, ob dieser Fall eingetreten sei. Der Emphyteuta kann daher auch die Privation nicht mehr abwenden, nachdem der gesetzliche Grund derselben einmal eingetreten, wenn gleich er hinterher sich noch beeilt, seinen Verpflichtungen zu genügen. Nach canonischem Rechte kann man jedoch nicht umhin, anzuerkennen, daß durch nachträgliche Zahlung des Canons (und so wohl auch der öffentlichen Abgaben), bevor der Eigenthümer seinen Willen, die Privation auszuüben, ausgesprochen hat, diese noch abgewandt werde¹⁵⁹⁾. Jedenfalls wird dieselbe nicht ohne den Willen des Herrn vollzogen; und wenn daher dieser noch für spätere Zeit nach bereits eingetretene Privationsgründe die Zahlung des Canons ohne Widerrede angenommen hat, so liegt darin eine stillschweigende Verzichtleistung auf das entstandene Privationsrecht und Einwilligung in die Fortdauer des emphyteutischen Verhältnisses. Nicht aber läßt sich dasselbe auch für den Fall behaupten, wenn er nur den rückständigen Canon ohne Vorbehalt angenommen hat; denn auf dessen Zahlung hat er unter allen Umständen ein Recht, auch wenn er die Privation durchsetzt¹⁶⁰⁾.

Auf welche Weise auch die Emphyteuse sich enden möge, so ist der gewesene Emphyteuta oder dessen Erbe immer verpflichtet zur Entrichtung des noch rückständigen Canons und der fällig gewordenen öffentlichen Abgaben, zur Restitution der Sache, sofern sie noch existirt, zum Ersatz für deren verschuldete Deterioration, und zum Ersatz der Früchte, so weit er die Sache länger, als ihm gebührte, behalten und dem Eigenthümer den

158a) Vgl. Nov. 7. cap. 3. §. 2, nach Homberg's Uebersetzung.

159) Cap. 4. X. de locat. conduct. (3. 18.): *Emphyteuta quoque... cessando in solutione canonis per biennium, nisi celeri satisfactione postmodum sibi consulere studuisset, iuste potuisset expelli.* Man kann dagegen nicht einwenden, daß diese Stelle sich nur auf kirchliche Emphyteusen beziehe; denn es soll darin offenbar nur eine allgemeine Regel angewandt werden. Man kann auch nicht sagen, es werde hier vorausgesetzt, daß der Eigenthümer, durch die nachträgliche Zahlung zufrieden gestellt, auf die Privation verzichtet habe. Denn das *argumentum a contrario* führt nothwendig zu dem Schlusse: *non potuisset expelli, si celeri satisfactione sibi consulere studuisset.* Es kann aber auch, nach den Worten *celeri satisfactione*, nicht behauptet werden, daß bis zur Anstellung der Privationsklage die Mora noch purgirt werden könne. Vergl. über die verschiedenen Ansichten Glücl., S. 438.

160) Nov. 120. cap. 8: *Et quae debentur solum pro praecedente tempore... exigere, et siccare de emphyteusi.* Vergl. Buri, S. 238 fig. Glücl., S. 432 fig.

Fruchtgenuß entzogen hat. Wiesfern er dagegen Ersatz für Verwendungen auf die Sache fordern könne, darüber sind die Meinungen wieder schwankend. Für den Fall der Privation, wenigstens wegen Nichtzahlung des Canons und der öffentlichen Abgaben, und bei kirchlichen Emphyteusen auch wegen Detertioration, wenn in diesem Falle überhaupt die Rede davon sein kann, bestimmt das Gesetz ausdrücklich, daß er keinen Ersatz der Meliorationen fordern könne¹⁶¹⁾, und dieses entspricht auch der Natur des Verhältnisses so wohl, daß man sich über die in der Praxis hierin befolgte Milderung wundern muß; denn sonst könnte ja der Emphyteuta durch rechtswidriges Benehmen den Eigenthümer gewissermaßen zwingen, die Sache gegen Vergütung seiner Meliorationen wieder an sich zu nehmen. Offenbar unzulässig ist ein solcher Anspruch auch dann, wenn der Emphyteuta die Emphyteuse delinquit. In anderen Fällen aber erscheint jene Gegenforderung allerdings der Billigkeit gemäß, insofern der Emphyteuta Verwendungen zum wirklichen Vortheil der Sache gemacht hat, welche über seine Verpflichtungen hinausgingen.

Bisher sind die Grundsätze dargestellt worden, welche der Regel nach bei Beurtheilung des emphyteutischen Rechtsverhältnisses zu befolgen sind. Zum Schluß ist nun noch die Frage zu beantworten, welche Aenderungen darin durch besondere Festsetzung bewirkt werden können. Im Allgemeinen ist die Zulässigkeit von besonderen Verabredungen (*pactiones*) hierbei in weitester Ausdehnung anerkannt¹⁶²⁾. Es kann, ohne daß das Verhältniß aufhört, Emphyteuse zu sein, die Pachtung auf eine bestimmte Zeit beschränkt werden, nach deren Ablauf sie dann von selbst erlischt¹⁶³⁾; es kann auch die Vererblichkeit und Veräußerlichkeit ausgeschlossen oder beschränkt werden, sei es in Rücksicht der Personen, an welche, sei es in Rücksicht anderer Voraussetzungen, unter welchen sie statthaben solle¹⁶⁴⁾; es kann auch insbesondere die Abgabe für die Annahme eines neuen Emphyteuta zum Vortheil des Eigenthümers höher, als das Gesetz sie bestimmt, gestellt werden¹⁶⁵⁾; und so können noch andere Bestimmungen, den Vortheil des Eigenthümers bezweckend, getroffen werden. Auf der anderen Seite aber können auch die mannigfaltigsten Abweichungen von der Regel zum Vortheil des Erbpächters beliebt werden: er kann z. B. befreit werden von den gesetzlichen Beschränkungen und Verpflichtungen in Betreff der Veräußerung seines Rechtes, namentlich auch von der Nothwendigkeit, die *Quinquagesima* zu zahlen¹⁶⁶⁾; er kann mehr begünstigt

161) L. 2. Cod. h. t. Nov. 7. 120. l. c.

162) L. 1. Cod. h. t. §. 3. J. de locat.

163) L. 3. D. h. t. Nov. 7. cap. 3. Ueber das Maß der Zeit wird nichts bestimmt.

164) L. 3. Cod. h. t. Nov. 7. cit.

165) L. 3. Cod. tit. sagt zwar: *non amplius eis liceat nisi quinquagesimam partem accipere*. Aber die ganze Verordnung beabsichtigt nur festzusetzen, was gelten solle, *si nulla pactio interposita vel forte instrumentum emphyteuseos deperditum est*. Unterholzer, Schulverhältnisse, S. 367, Note f. Ueber die Frage, ob durch unvordenkliche Verjährung das Recht auf ein höheres Laudemium gesichert werden könne, vgl. Buri, S. 193.

166) L. 3. Cod. cit.

werden in Betreff des *periculum rei* ¹⁶⁷⁾, oder in Betreff der Privationsgründe; ja es kann die Privation ganz ausgeschlossen werden ¹⁶⁸⁾ u. s. w. Aber die Entrichtung eines Pachtzinses, wie gering er auch sei, für die mit dinglichem Rechte überlassene Benutzung des Grundstückes, muß jedenfalls festgesetzt sein, wenn das Verhältniß überhaupt noch auf den Namen der Emphyteuse Anspruch haben soll. Incits.

Enterbung ¹⁾ ist die vom Testator absichtlich erklärte Ausschließung einer Person von der Erbfolge, auf welche dieselbe sonst Anspruch machen könnte. *Exheres esto* war den Römern der übliche Ausdruck dafür; daher *exhereditatio*, das Gegentheil der Erbeinsetzung *heres esto*. In dem aber der Begriff nur auf die Erbfolge im eigentlichen Sinne bezogen wird, so verträgt sich damit wohl die Zuwendung von Vermögensvorteilen durch Vermächtniß ²⁾. Verschieden von der Enterbung ist die Uebergehung, *praeteritio*, d. i. stillschweigende Ausschließung durch Erbeinsetzung einer Person, während andere Personen zu Erben eingesetzt werden. Die Unterscheidung beider Begriffe hat jedoch nur insofern Bedeutung, als gewisse Personen nicht übergangen werden dürfen, sondern ausdrücklich ausgeschlossen werden müssen, wenn sie nicht zur Erbfolge gelangen sollen. Und nur in Beziehung auf solche Personen ist von Enterbung im wahren Sinne die Rede; bei anderen ist die ausdrückliche Erklärung, daß sie keinen Theil an der Erbschaft haben sollen, überflüssig, da die bloße Uebergehung eben so viel wirkt ³⁾.

Doch bedienten sich die Römer der Formel *exheres esto* auch um einem eingesetzten Erben die durch diese Einsetzung gegebene Aussicht auf die Erbschaft unter bestimmten Voraussetzungen wieder zu nehmen, und sprachen daher auch in dieser Beziehung von *exhereditatio*, obwohl dies im Erfolg dasselbe war, als ob der Erbeinsetzung die entgegengesetzte Bedingung hinzugefügt wäre. So war es nach älterem Rechte bei der Einsetzung *cum cretione* üblich, ausdrücklich hinzuzusetzen: *quodni ita creveris, exheres esto* ⁴⁾, und dies hatte eine stärkere Wirkung, als die *cretio sine exheredatione data*; denn im letzten Falle war der Eingesetzte nicht von der Erbschaft ausgeschlossen, wenn gleich er nicht der Vor-

167) L. 1. Cod. h. t.

168) L. 2. Cod. h. t. Der Emphyteuta kann für den Fall der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeiten noch eine besondere Conventionalstrafe versprochen haben; aber daraus folgt noch nicht, daß der Herr auf das gesetzliche Privationsrecht verzichten wolle. Darauf sind wohl in L. 2. cit. die Worte *nulla... vel poena opponenda* zu beziehen. Glück, S. 424.

1) Inst. de exheredatione liberorum. (2. 13.) Dig. de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis. Cod. de liberis praeteritis et exheredatis. (6. 28.) De postumis heredibus instituendis vel exheredandis vel praeteritis. (6. 29.)

2) §. 1. in f. J. h. t. Ulp. XXII. 21. L. 12. D. de inoff. test. (5. 2.)

3) L. 132. pr. D. de V. O. (45. 1.): *Exheredationem vel emancipationem, res in extraneo ineptas.*

4) Cai. II. 165. 174. Ulp. XXII. 27. 33.

schrift gemäß *cernendo hereditatem adibat*, sondern der ihm für diesen Fall Substituirte trat nur als bedingt eingesetzter Miterbe neben ihn⁶⁾. Ein gleicher Gebrauch in anderer Anwendung findet sich auch noch in einigen Stellen des Justinianischen Rechtes⁷⁾, bei welchen die Annahme, daß die Instituirten und auf einen gewissen Fall wieder exhereditirten Personen Hauskinder seien⁸⁾, ganz ungegründet und unzulässig ist; denn es ist darin von *aditio hereditatis* die Rede, und dieses weist geradezu auf *extranei heredes* hin, zumal in der einen Stelle, in welcher wegen Ungiltigkeit der *conditio fraudis causa adscripta* die Erbeinsetzung als unbedingte behandelt wird⁹⁾. Aber auch um schlechtthin, ohne besondere Voraussetzung, eine vorhergehende Erbeinsetzung in demselben Testamente zurückzunehmen, gebrauchte man die Exheredationsformel, und wenigstens im Soldatentestament wurde dadurch die Erbeinsetzung auch wirklich vernichtet¹⁰⁾. In derselben Stelle aber, welche dieses ausspricht, hat man freilich den Beweis finden wollen, daß in anderen, als Soldatentestamenten, jene *exhereditatio* überall unwirksam sei und ungeachtet derselben die Einsetzung bestehen bleibe¹¹⁾. Allein, wenn man die bewährte Lesart des Schlusssatzes dieser Stelle zum Grunde legt¹²⁾, so kann man jenen Beweis nur mittelst einer sehr unbefriedigenden Erklärung darin finden¹²⁾.

5) *Cai. l. c. §. 177. 178. Ulp. §. 34.* Im späteren Rechte ist diese *erotionum scrupulosa solennitas* aufgegeben. *L. 17. Cod. de iure delib. (6. 30.)*

6) *L. 44. D. de hered. instit. (28. 5.) L. 41. §. 8. D. de legat. III. L. 27. D. ad leg. Falcid. (35. 2.)*

7) So *Mühlenbruch* in der Forts. von *Glück's Erlduter. der Pand. Bd. 36, S. 402.*

8) *L. 27. cit.: Perinde adire posse, ac si ea conditio ... adscripta non esset.* Auch *L. 44. cit.* gibt gar keine Veranlassung, an Hauskinder zu denken, da es nach *Rote 4, 5*, gewiß ist, daß eine *exhereditatio* in dieser Bedeutung auch bei eingesetzten fremden Erben üblich war.

9) *L. 17. §. 2. D. de test. milit. (29. 1.)* Es konnte hierbei schon nach älterem Rechte auf die Exheredationsform nicht einmal ankommen, da in Soldatentestamenten überall die klare Absicht ohne Rücksicht auf Form entscheiden soll.

10) Vgl. *Mühlenbruch a. a. D. S. 403.*

11) *Quum in paganorum testamento sola hereditas exheredatione admitti non possit.* *Mühlenbruch* schreibt freilich: *sola exheredatione hereditas, und macht S. 405, Note 99a, gegen die Beziehung des Wörtchens sola auf hereditas die mißbilligende Bemerkung: „der ganze Zusammenhang bietet doch wahrlich nicht die geringste Veranlassung, dem Juristen eine so unnatürliche Construction Schuld zu geben.“* Aber die bewährtesten Ausgaben haben alle *sola hereditas exheredatione* und erwähnen nicht einmal einer Variante; es scheint daher die *Mühlenbruch'sche* Lesart auf einem Versehen zu beruhen. Uebrigens fehlt auch in manchen Handschriften die *Regation* vor *possit*.

12) Man müßte nämlich interpretiren: während in dem Testamente eines Paganus die *hereditas*, aber diese allein unter allen testamentarischen Verfügungen, nicht durch *exhereditatio* kann zurückgenommen werden. Denn *sola* muß auf *hereditas* bezogen werden, wenn man nicht dem Juristen eine unnatürliche Construction Schuld geben will, die sich nur, wenn er in Versen schriebe, rechtfertigen ließe. Aber es wäre in dieser Verbindung ganz unmotivirt, zu sagen, daß nur allein die *hereditas* nicht zurückgenommen werden könne, und es wäre

Mit besserem Rechte kann man sich darauf vielmehr gerade zum Beweise des Gegentheiles berufen. Der fragliche Satz kann, wenn man jedem Worte die ihm gebührende Bedeutung beilegt, nicht füglich anders verstanden werden, als entweder: im Testamente eines Paganus könne nicht die hereditas für sich allein durch exhereditio genommen werden, sondern es müsse dann auch der gesammte übrige Inhalt des Testaments fallen¹³⁾; oder: es könne nicht die einzige hereditas, d. i. die einzige im Testamente enthaltene Erbeinsetzung, durch exhereditio aufgehoben werden, weil damit nothwendig das ganze Testament fallen müßte¹⁴⁾. Diese letzte Erklärung scheint die richtige; doch kann auch der anderen eine solche Wendung gegeben werden, daß sie im Resultate mit derselben übereinstimmt; nämlich: es kann nicht die hereditas allein, ohne den ganzen Inhalt des Testaments zu zerstören, zurückgenommen werden, und eben daher ist die exhereditio in Beziehung auf die einzige darin enthaltene Erbeinsetzung ungiltig, da der Testator nicht das ganze Testament mag umsonst gemacht haben. Dieses wird auch sehr unterstützt durch eine andere Stelle, in welcher, wenn nicht derselbe, doch ein ganz ähnlicher Fall auf gleiche Weise entschieden wird¹⁵⁾. Dafür aber,

sogar absurd, zu sagen, daß nur allein die hereditas durch exhereditio nicht genommen werden könne, da durch exhereditio, wenn nicht die hereditas, doch gewiß keine andere letztwillige Verfügung aufgehoben wird.

13) Dies ist die Erklärung des Gajacius ad L. 13. §. 1. D. h. t. (opp. edit. Neapol. I. p. 1064), die auch von mehreren Anderen gebilligt ist. Vgl. Mühlensbruch. a. a. D. Note 99, 99a.

14) Es möchte gewaltsam scheinen, sola hereditas auf diese Weise zu erklären; aber oft genug ist eines solus heres scriptus erwähnt, z. B. in L. 4. §. 1. D. de cond. institut. (28. 7.) L. 1. §. 4. D. de hered. instit. (28. 5.) L. 52. 68. D. de acquir. hered. (29. 2.), und es konnte der Kürze wegen wohl auch jener Ausdruck gerechtfertigt erscheinen. Oder sollte vielleicht tota hereditas zu lesen sein? Vgl. die folg. Anm.

15) L. 1. §. 4. D. de his quae in test. delentur. (28. 4.) Et hereditatis portio adempta vel tota hereditas, si forte sit substitutus, iure facta videbitur; non quasi adempta, quoniam hereditas semel data facile adimi non potest, sed quasi nec data. Verstehet man diese Stelle auch mit Mühlensbruch, S. 399, von einem Ausstreichen (inducere) der Erbeinsetzung, so deutet sie doch an, daß noch eine andere gültige Erbeinsetzung im Testamente enthalten sein müsse, damit die ademptio iure facta videatur. Zudem bezeichnet adimere wenigstens vorzüglich ein Zurücknehmen durch eine entgegengesetzte Erklärung, im Gegensatz von inducere, also bei der Erbeinsetzung wohl gerade durch exhereditio, etwa auch durch Ueberschreiben, daß etwas nicht gelten solle. L. 1. pr. in f. D. l. c., pr. J. de ademptione legatorum. (2. 21.) Was aber den Zwischenfall: quoniam hereditas etc. betrifft, so erklärt sich dieser auf folgende Weise. Die hereditas ist eigentlich erst data, wenn der Testamentsact vollzogen ist; alsdann kann sie nicht mehr, wie das legatum oder die libertas, durch eine bloße Gegenerklärung genommen werden, so wenig wie sie im Concilio gegeben werden kann; wenn aber im Testamente selbst schon erklärt ist, daß die Erbeinsetzung nicht gelten solle, so ist sie eigentlich nicht data, daher auch in Wahrheit nicht adempta. Oder auch: die hereditas, einmal gegeben, kann nicht, wie das legat, durch eine jede Verfügung von entgegengesetztem Inhalte wieder genommen werden (facile adimi non potest), z. B. nicht durch bloße translatio: pro ea parte, qua Titium heredem scripsi, Caius heres esto; sondern es ist dazu eine förmliche Ausschließung (exhereditio) erforderlich; wenn aber

daß überhaupt wohl eine spätere Exheredation die vorher in demselben Testamente erklärte Erbeinsetzung wieder aufheben könne, gewährt zudem noch L. 21. D. h. t. ein *argumentum a contrario*¹⁶⁾, welches, wenn auch für sich allein nicht von ganz entscheidendem Gewicht, doch nicht so unbedeutend ist, als es mit Rücksicht auf L. 27. §. 1. 2.¹⁷⁾, vergl. mit L. 67. D. de hered. instit., dargestellt wird. Nach demjenigen nämlich, was oben über Wirksamkeit der *cretio sine exheredatione data* gesagt worden ist, darf es als ausgemachter Satz des classischen Rechtes angesehen werden, daß eine sonst gültige Erbeinsetzung nicht indirecte durch eine andere Verfügung desselben Testamentes, ohne förmliche Aufhebung durch *exheredatio*, ausgeschlossen werde, und darnach mußte consequent der unbedingten Erbeinsetzung derselben Person immer der Vorzug vor der bedingten gegeben werden, jene mochte vor oder nach dieser stehen, wenn nicht der letzten eine *exheredatio* unter der entgegengesetzten Bedingung hinzugefügt worden. Wo aber dieses geschieht, da war gewiß kein Zweifel darüber, daß nur die spätere bedingte Erbeinsetzung gelte. Es ist also unzulässig, das Zusammentreffen einer Einsetzung und Enterbung eben so zu beurtheilen, wie das Zusammentreffen einer unbedingten und einer bedingten Einsetzung ohne Enterbung unter der entgegengesetzten Bedingung¹⁸⁾. Uebrigens muß man gestehen, daß diese Strenge der Form

sofort die Erbeinsetzung ausgestrichen oder sogleich bei derselben, etwa durch *superscriptio*, erklärt ist, sie solle nicht gelten, so ist sie *quasi nec data*, und es bedarf auch keiner *exheredatio*, um sie aufzuheben.

16) *Si filium nominatim exheredavero et eum postea heredem instituo, heres erit.*

17) *Si te heredem instituo et deinde eundem te sub conditione instituo, nihil valere sequentem institutionem, quia satis plena prior fuisset.*

18) Mühlenbruch a. a. D. hat zwar insofern Recht, als er nur dem *Finestre* die Stütze, welche dieser zu stärkerer Befestigung seiner Ansicht aus L. 67. cit. hernimmt, entziehen will; aber er selbst übersieht den eigentlichen Grund der in L. 27. §. 1. cit. enthaltenen Entscheidung, und läßt sich dadurch zu einer falschen Parallele verleiten. — Daß auch L. 13. §. 2. D. h. t. den oben entwickelten Ansichten nicht entgegenstehe, läßt sich schon vermuthen, da dieselbe von so zweifelhaftem Inhalte ist, daß sich die Vertheidiger aller Meinungen darauf berufen konnten. Mühlenbruch, S. 405. Nimmt man die von diesem gebilligte Construction der Stelle (nach Gebauer) als die richtige an, so sagt sie allerdings: es sei Regel, *hereditatem adimi non posse*; aber daß diese Regel nicht in unbedingter Allgemeinheit verstanden werden dürfe, räumt auch Mühlenbruch ein; und wenn nun derselbe sie ergänzt: *eodem testamento hereditatem adimi non posse*, so ist dieses sehr unzuverlässig. Mit gleichem Rechte kann man auch so die Regel verstehen, es gebe keine *ademptio hereditatis* in der Art, wie es eine *ademptio legatorum* und *libertatis* gibt, indem nur durch *exheredatio* in demselben Testamente die Erbeinsetzung beseitigt werde. Wenn daher ein Sklave des Testators für frei erklärt und zum Erben eingesetzt ist, so schadet es ihm nicht, daß ihm nachher die Freiheit genommen wird, sei es auch noch in demselben Testamente. Denn obwohl dadurch stillschweigend auch die *hereditas* genommen scheint, weil er ohne Freiheit auch nicht zum Erben eingesetzt sein kann, so kann doch nicht auf solche Weise, indirecte, ohne *exheredatio* die Erbeinsetzung wieder aufgehoben werden, und da nun diese doch auch nicht ohne die Freiheit bestehen kann, so muß auch die *ademptio libertatis*

schon dem neueren römischen und vollends dem heutigen Rechte nicht mehr entspricht, daß es diesem vielmehr angemessener wäre, bei unzweifelhafter Absicht des Testators auch ohne ausdrückliche Ausschließung überall nur die spätere Erbeinsetzung gelten zu lassen, die er an die Stelle einer früheren gesetzt haben wollte. Nur wo die wahre Absicht irgendwie zweifelhaft erscheint, da ist es allgemeinen Grundsätzen gemäß, daß vielmehr die günstigere Verfügung angenommen, und so denn auch die Erbeinsetzung eher als die entgegengesetzte Erklärung aufrecht erhalten werde.

Abgesehen von dieser Beziehung der *exhereditatio* auf eine Erbeinsetzung kommt eine wahre Enterbung im römischen, und zwar, wenn wir vorerst auf die Novellen keine Rücksicht nehmen, auch im Justinianischen Rechte noch, nur vor in Betreff der *sui heredes*, d. i. derjenigen Personen, welche der Familiengewalt des Testators untergeordnet durch den Tod desselben *sui iuris* werden¹⁹⁾, oder etwa, wie ausnahmsweise der Fall sein kann, schon bei dessen Lebzeiten mit Vorbehalt der *Civitätsrechte* unabhängig geworden sind²⁰⁾, und in Betreff der durch das prätorische Recht den *sui heredes* gleichgestellten *liberi*²¹⁾. Die ersten sind nach *Civilrecht* von selbst Erben des verstorbenen Familienhauptes, und nur durch *Exheredation* kann dieses Erbrecht ausgeschlossen werden²²⁾. Es gehört zu den *civilrechtlichen* Erfordernissen der anfänglichen Gültigkeit eines Testaments, daß die zur Zeit der Errichtung desselben vorhandenen *sui heredes* des Testators gehörig instituiert oder *exheredit* werden; das Testament ist sonst nichtig²³⁾. Und wenn erst nach der Testamentserrichtung Jemand in das Verhältniß eines *suus heres* eintritt, der nicht gültig eingesetzt oder enterbt ist, so wird das Testament nichtig (*rumpitur testamentum*), es mag nun ein *suus heres* dem Testator erst später geboren werden (*agnascitur suus heres, postumus*), oder ein schon früher Geborener erst jetzt die Stellung eines *suus heres* gewinnen (*quasi agnascitur suus heres, postumi loco*)²⁴⁾. Nach prätorischem Rechte dagegen hat die *Präterition* eines *suus heres* oder eines diesem gleichgestellten *Descendenten* zur Folge, daß durch *contra tabulas honorum possessio* die testamentarische Erbfolge, jedoch mit Aufrechterhaltung gewisser Verfügungen des *civilrechtlich* nicht ungültigen Testaments, vereitelt werden kann²⁵⁾. Diese Wirkung der *Präterition* war zwar nach vorjustinianischem Rechte nicht in allen Fällen dieselbe; *civilrechtlich* hatten Töchter und Enkel, die zur Zeit der Testamenterrichtung schon *sui*

in diesem Falle für unwirksam erklärt werden. — Man könnte übrigens in dieser Stelle auch supponiren, daß der *Slave* der einzige eingesetzte Erbe sei (Note 12—14).

19) Cai. II. 156. §. 2. 4. 8. J. de hered. ab intest. (3. 1.)

20) L. 11. Cod. de legit. hered. (6. 58.) Nov. 81. cap. 2.

21) Vergl. oben Bd. 1, S. 317—319, und den Artikel *Intestataterbfolge*.

22) L. 11. D. h. t. §. 3. J. l. c. Cai. II. 157.

23) §. pr. J. h. t. Cai. II. 123. L. 30. D. h. t.

24) §. 1. 2. J. h. t. Cai. II. 130—134.

25) §. 4. J. h. t. Cai. II. 135—137. Ulp. XXII. 23. Vergl. oben Bd. 1, S. 316—328.

heredes des Testators, aber von diesem übergangen waren, nur das Recht, zu einem gewissen Erbtheil mit den eingefesteten Erben in Concurrenz zu treten (*ius aocrescendi*), und weibliche Descendenten sollten nach einem Rescripte des D. Pius auch durch *bonorum possessio contra tabulas* nicht mehr erlangen²⁶). Diese Verschiedenheiten sind aber durch eine Justinianische Constitution besätigt²⁷).

Indem nun die Erfordernisse einer wirksamen Enterbung bestimmt werden sollen, ist vorerst näher anzugeben, welche Personen enterbt werden können. Die Exheredation derjenigen, welche schon zur Zeit der Testamentserrichtung des Testators *sui heredes* oder gleichberechtigte *liberi* sein würden, war nach Civilrecht, beziehungsweise nach prätorischem Rechte, immer als gültig anzusehen, und namentlich auch weibliche Descendenten konnten enterbt werden, selbst als noch deren Einsetzung nach der *lex Voconia* unzulässig war²⁸). Im Voraus aber solche, die in jenes Verhältniß zum Erblasser künftig erst eintreten möchten, zu enterben, ist erst allmählig theils nach gesetzlichen Bestimmungen (der *lex Velleia*), theils nach der weitergreifenden Interpretation der Juristen für wirksam anerkannt worden²⁹), und selbst nach der weitesten Ausdehnung dieser Bestimmungen ist doch die Exheredation eines Fremden, der weder jetzt nach civilem oder prätorischem Rechte eingesetzt oder enterbt werden mußte, noch auch später ohne einen besondern Act der Aufnahme diese Stellung gewinnen konnte, stets als eine ganz bedeutungslose Handlung betrachtet worden, welche die Ruption des Testaments nicht abwehren könne, falls der so vorzeitig Enterbte späterhin durch Adoption oder einen ähnlichen Act *suius heres* des Testators werde³⁰).

26) Cai. II. 124—126. Ulp. §. 17. cf. Pauli. sent. III. 4b. §. 8.

27) L. 4. Cod. h. t. §. 5. J. h. t. Vgl. überhaupt den Art. Rothserben.

28) Cai. II. 274. Haffe, im rhein. Mus. Bd. 3, S. 183 fig. Mühlbruch a. a. D. S. 214.

29) Cai. II. 134. cf. 142, 143. — §. 2. J. h. t. cf. L. 8. §. 7—10. D. de bon. poss. c. tab. (37. 4.) L. 23. 28. §. 1. und vorzüglich L. 29. D. h. t., und darüber Franke, Recht der Rotherben, S. 19—44. Mühlbruch a. a. D. S. 181—283.

30) Cai. II. 138—140. L. 8. §. 8. u. L. 23. cit. cf. L. 18. D. de in iusto test. (28. 3.) L. 132. not. 3. cit. — Der Adoption stand nach älterem Rechte die *conventio in manum mariti* in dieser Rücksicht gleich. Cai. §. 139. Im neueren Rechte gilt dasselbe von der Legitimation unehelicher Kinder, da auch diese nicht *ordine naturali*, sondern *novo facto* der Gewalt des Testators unterworfen werden. Vergl. L. 28. §. 1. cit. Franke, S. 44. Mühlbruch, S. 285, Note 16. Doch will sie Mayer, Erbr. Bd. 1, S. 231, den natürlichen *postumi* gleichgestellt wissen, aber aus ungenügenden Gründen. Denn die unehelichen Kinder, so lange sie nicht legitimirt sind, stehen gewiß dem Testator nicht näher, als die Kinder von Töchtern, welche doch in der fraglichen Beziehung *extranei* sind. Die Analogie der L. 23. cit. paßt nicht hierher, da der Emancipirte immer prätorischer Rotherbe blieb, welcher gültig exheredit werden konnte, während das nicht legitimirte uneheliche Kind nicht einmal das regelmäßige Intestaterbrecht der Descendenten hat. Ganz verfehlt ist auch die Bezugnahme auf das, was nach einem SC. Hadriani im Fall der *causae probatio post mortem testatoris* gelten sollte, nach Cai. II. 143., da

Was nun die Art und Weise angeht, wie die Enterbung zu geschehen hat, so mußte dieselbe nach älterem Rechte ohne Zweifel eben so wie die Einsetzung in gewisser solenner Form ausgesprochen sein³¹⁾, so daß noch Justinian sich veranlaßt sehen konnte, zu erklären, die Verfügung: *ille filius meus alienus meae substantiae fiat*, sei für eine gültige Erheredation zu halten³²⁾. Nach neuerem Rechte kommt es darauf nicht mehr an³³⁾, aber es ist doch immer eine bestimmte Erklärung des Testators erforderlich, welche dessen Willen, das Kind auszuschließen, unzweifelhaft kund gibt und kund zu geben beabsichtigt³⁴⁾. Diese Erklärung muß in einem gültigen Testamente enthalten sein; in einem Codicill ist so wenig Enterbung als Erbeinsetzung statthaft³⁵⁾. Von selbst versteht sich demnach, daß in der letztwilligen Verordnung außer der Enterbung noch eine gültige Erbeinsetzung enthalten sein muß, weil ohne diese überall kein Testament besteht³⁶⁾. Daher kann denn auch unmöglich eine wirksame Enterbung angenommen werden, wenn derselbe Descendent allein und ohne Substituten eingesetzt und in demselben Testamente wieder enterbt ist; denn wenn auch zu behaupten wäre, daß dadurch die Erbeinsetzung aufgehoben werde³⁷⁾, so würde dann eben kein Testament und somit auch keine Enterbung vorhanden sein, sondern die Intestaterbfolge eintreten³⁸⁾.

Es sind nun außerdem noch folgende Erfordernisse einer gültigen Enterbung der Kinder zu bemerken:

1) Sie müssen *nominatim* enterbt sein. Dazu aber gehört nicht nothwendig Nennung des Namens; es genügt eine jede, auch eine beschimpfende, Bezeichnung der Personen, welche enterbt sein sollen, wenn sie nur deutlich zu erkennen gibt, daß der Testator dabei bestimmte Kinder, und welche unter mehreren, im Auge gehabt habe³⁹⁾; und selbst col-

dieses durch singuläre Bestimmung, und nur für den Fall festgesetzt war, wenn der Vater ein anderes Testament nicht mehr machen konnte, wenn nämlich erst nach seinem Tode dem Kinde die Rechte eines *ex iustis nuptiis* erzeugten gewonnen wurden. Man könnte diese Analogie höchstens für den Fall der sogenannten *legitimatio per testamentum* passend finden, die aber mit einer Enterbung desjenigen, dessen Legitimation der Testator wünscht, verbunden eine Sonderbarkeit wäre. Endlich ist schwer einzusehen, wie der in L. 28. §. 1. cit. angegebene Grund auf die *legitimatio per subsequens matrimonium* angewendet werden könne; denn offenbar ist diese ein *novum factum*, abhängig von dem Willen des Vaters und in Rücksicht der hier in Betracht kommenden Wirkung auch von dem Willen des Kindes (Nov. 89. cap. 11.), daher sehr wohl vergleichbar der *Arrogation* eines fremden *homo sui iuris*.

31) Cf. L. 2. 15. 17. 19. D. h. t. Cai. II. 116. 117.

32) L. 3. Cod. h. t.

33) *Cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat.* L. 3. Cod. cit. cf. L. 15. Cod. de testam. (6. 23.)

34) *Mühlenbruch a. a. D. §. 392.*

35) §. 2. J. de codicillis. (2. 25.) L. 14. Cod. de testam. (6. 23.)

36) *Testamenta vim ex institutione heredis accipiunt.* Cai. II. 229.

Cf. L. 1. pr. D. de hered. instit. (28. 5.)

37) *Wgl. Note 12—16.*

38) L. 20. pr. D. de bon. poss. c. tab.

39) §. 1. J. h. t. L. 1—3. D. h. t. cf. L. 34. D. de cond. et dem.

(35. 1.) L. 24. D. de manum. test. (40. 4.)

lectiv die Enterbung „aller Kinder“ oder „Der übrigen Kinder“ kann giltig sein, wenn nur die Bezeichnung den Umständen nach als eine hinreichend specielle erscheint, und der Testator dabei nicht unabsichtlich ein Kind übersehen hat ⁴⁰⁾. In Beziehung auf postumi könnte natürlich eine Enterbung mit Nennung des Namens gar nicht einmal gefordert werden, und doch sollen auch sie nominatim exheredit werden. Es ist dieses aber so zu verstehen, daß ausdrücklich der mögliche Fall des Eintrittes von postumi berücksichtigt und diese ausgeschlossen werden ⁴¹⁾. Das nominatim exheredare macht den Gegensatz von exheredare inter ceteros, welches nur in der allgemeinen Formel ceteri exheredes sunt ausgesprochen wurde. Vor Justinian genügte dieses nach Civiltrecht für alle zur Zeit der Testamenterrichtung schon existirenden sui heredes, außer dem filius in potestate ⁴²⁾; und für später Geborene weiblichen Geschlechtes genügte ebenfalls diese Form der Enterbung, wenn nur der Testator durch eine andere Erklärung, namentlich durch ein Vermächtniß, zu erkennen gab, daß er an sie gedacht habe; nur postumi männlichen Geschlechtes mußten nominatim enterbt werden ⁴³⁾; nach prätorischem Rechte hingegen mußten alle männlichen liberi ohne Unterschied nominatim, und nur die weiblichen konnten inter ceteros exheredit werden ⁴⁴⁾. Alle diese Unterscheidungen aber sind durch eine Justinianische Constitution aufgehoben, welche für Alle ohne Unterschied die exhereditatio inter ceteros für ungenügend erklärt ⁴⁵⁾.

2) Die Enterbung darf nicht an eine Bedingung geknüpft sein ⁴⁶⁾. Diese Regel leidet jedoch die Ausnahme, daß das Kind wohl unter der entgegengesetzten Bedingung enterbt werden kann, als unter welcher es eingesetzt ist; weil dann auf jeden Fall, die Bedingung möge erfüllt werden oder nicht, das Kind sich entweder eingesetzt oder enterbt findet, und

40) L. 25. pr. D. h. t. Man kann aus dieser Stelle wohl nicht ableiten, daß die Formel ceteri filii filiaque exheredes sunt überall als namentliche Enterbung aller Kinder gelten könne; vergl. Mühlenthal, Bd. 36, S. 306, 307, aber dieser behauptet auch zu viel, wenn er durch §. 1. J. h. t. beweisen will, daß mehrere Söhne niemals auf jene Weise enterbt werden könnten. Der §. 1. cit. sagt nur: der Satz filius meus exheres esto non adiecto proprio nomine, genüge nicht, wenn mehrere Söhne da sind, natürlich, weil man dann nicht weiß, welcher von ihnen enterbt sein soll. Daraus folgt aber nicht, daß auch die Enterbung: filii mei exheredes sunt, ungiltig sei, wenn z. B. der Testator zwei oder drei wohlbekannte Söhne hatte.

41) J. B. quicumque mihi filius genitus fuerit, exheres esto. L. 3. §. 5. D. de iniusto test. (28. 3.) §. 1. in f. J. h. t. und Theophil. ad h. l.

42) Pr. J. h. t. Ulp. XXII. 20.

43) §. 1. J. h. t. Cai. II. 134. Ulp. XXII. 21. 22. In Betreff männlicher Enkel und Urenkel sagt der letzte nur, es sei tutius nominatim eos exheredari; et id observatur magis. Cf. L. 3. pr. D. de iniusto test.

44) §. 3. J. h. t. Cai. II. 135. Ulp. XXII. 23.

45) L. 4. Cod. h. t. cf. §. 5. J. h. t.

46) L. 18. pr. D. de bon. poss. c. tab. cf. L. 3. §. 1. D. h. t. Ueber den in L. 18. cit. angegebenen Grund: certo enim iudicio liberi a parentum successione removendi sunt, siehe verschiedene Erklärungen bei Franke a. a. D. S. 62. Mühlenthal, S. 415.

so der rechtliche Bestand des Testamentes von dieser Seite gesichert ist⁴⁷⁾. Und darin kann es auch keinen Unterschied machen, ob das Kind unter einer Bedingung enterbt und dann unter der entgegengesetzten eingesetzt, oder umgekehrt unter einer Bedingung eingesetzt und dann unter der entgegengesetzten enterbt werde, da die Enterbung überhaupt der Erbesezung eben so wohl vorgehen als nachfolgen kann⁴⁸⁾. Sind postumi unter Bedingung enterbt, so kommt es darauf an, ob die hinzugefügte Bedingung zur Zeit der agnatio postumi erfüllt ist oder nicht; im letzten Falle wird das Testament rumpirt, weil die bedingte Enterbung nicht gilt; im ersten Falle bleibt es bestehen, weil nun der agnoscirende Postumus sich unbedingt enterbt findet⁴⁹⁾.

3) Die Enterbung darf nicht auf die Zeit nach dem Tode des Enterbten hinausgestellt sein, indem die Enterbung nach dem Tode widersinnig wäre⁵⁰⁾. Daher ist es ungiltig, wenn verfügt wird: Titius post mortem filii heres esto, filius exheres esto, weil hier die Einsetzung des Titius und so auch die Enterbung des Sohnes nur unter einer Voraussetzung wirksam werden könnte, unter welcher die letzte keinen Sinn mehr hat⁵¹⁾. Daher wird auch, wenn der Sohn unter einer Bedingung eingesetzt und unter der entgegengesetzten enterbt ist, gefordert, daß diese

47) L. 86. D. de hered. instit. L. 4. Cod. de institut. et substit. (6. 25.) cf. L. 28. pr. D. h. t. (not.)

48) L. 3. §. 2. 3. D. h. t. L. 3. §. 2. D. de iniusto test. Es ist gewiß einerlei, ob der Testator z. B. sagte: si consul factus non fuerit, filius exheres esto, si factus fuerit, heres esto, oder umgekehrt: si consul factus fuerit, heres esto, si non fuerit, heres esto. Gegen die herrschende Meinung erklärt sich zwar Rühlensbruch a. a. D. S. 416 fig., übereinstimmend mit Giph. an. explanatio difficil. leg. II. p. 43 sq., aber wer unter einer Bedingung enterbt und auf den entgegengesetzten Fall eingesetzt ist, der ist immer auch unter einer Bedingung eingesetzt und auf den entgegengesetzten Fall enterbt; beides trifft nicht bloß im Resultate zusammen, sondern ist wesentlich eins und dasselbe, da formell auf das Voranstellen der Enterbung oder Einsetzung nichts ankommt. Vgl. auch Buchholz, in der Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. 13, S. 327 fig.

49) Arg. L. 3. §. 3. D. de iniusto test.: Rumpunt, .. si nascantur nec inveniunt se exheredatos. L. 1. §. 5. D. de ventre in poss. mitt. (37. 9.) Si sub conditione postumus sit exheredatus, pendente conditione ... posse ventrem in possessionem mitti, quia sub incerto utilius est, ventrem alii; also wenn vor der Geburt die Bedingung der Enterbung noch schwebt, ist es noch ungewiß, ob diese nicht wirksam werde. Vergl. L. 22. 24. D. h. t. Mayer, Erbt. Bd. 1, S. 236, Note 12. Förster, de bon. poss. contra tab. p. 124. Anderer Meinung ist auch hier Rühlensbruch a. a. D. S. 423. Ohne L. 1. §. 5. cit. zu verfahren, bemerkt er nur: daß das Testament nicht gelten könne, wenn sich der Postumus nicht unbedingt enterbt findet; für gehörig enterbt aber kann er nicht gehalten werden, wenn bei seinem Erscheinen die Bedingung der Enterbung bereits eingetreten ist, indem diese ja jetzt seinem Erbrechte im Wege steht. Aber er findet sich ja wirklich unbedingt enterbt, wenn bei seinem Erscheinen die Bedingung der Enterbung eingetreten ist, und daß diese dann seinem Erbrechte im Wege steht, kann freilich nicht anders sein, wenn eine Enterbung angenommen werden soll. Mir ist daher diese Argumentation unbegreiflich.

50) L. 29. S. 10. D. h. t. Frustra exheredabitur post mortem suam. Cf. L. 4. §. 2. D. de hered. instit. (28. 5.)

51) L. 13. §. 2. D. h. t.

noch vor dem Tode des Sohnes entschieden sei, damit das Testament bestehe⁵²⁾.

4) Die Enterbung soll auch nicht post aditam hereditatem angeordnet werden⁵³⁾. Es soll der Nocherbe erst aus der ihm sonst zufallenden Erbschaft durch die Enterbung verdrängt sein, damit ein Anderer sie erwerben könne; daher kann nicht die Enterbung als Folge dieser Erwerbung hingestellt werden, obgleich jene als eine im Testamente enthaltene Verfügung nur besteht, wenn nach dem Testamente die Erbschaft angetreten wird⁵⁴⁾.

5) Die Enterbung muß den Enterbten von der ganzen Erbschaft ausschließen, und also in Beziehung auf alle eingesetzten Erben verordnet sein⁵⁵⁾. Durch eine theilweise Enterbung wird das natürliche Anrecht des Kindes auf den übrigen Theil der Erbschaft nicht ausgeschlossen, und da nun doch neben diesem gesetzlichen Erbrechte kein testamentarisches bestehen kann, so ist das ganze Testament wegen solcher mangelhafter Enterbung ungiltig, es möchte denn das Kind selbst auf den übrigen Theil eingesetzt sein, in welchem Falle aber auch jene Enterbung ganz überflüssig und bedeutungslos ist. Es wird aber damit so strenge genommen, daß es für eine ungiltige Enterbung erklärt wird, wenn dem Kinde ein Vermächtniß gegeben und hinzugefügt ist: in cetera parte exheres esto⁵⁶⁾, obwohl doch darin in der That eine Enterbung von der ganzen Erbschaft, nur verbunden mit Hinterlassung eines Vermächtnisses, enthalten, und dieses sonst unzweifelhaft giltig ist⁵⁷⁾. Endlich muß auch

6) die Enterbung sich auf alle Grade der Erbeinsetzung beziehen, wenn ihre Wirksamkeit für alle Fälle gesichert sein soll. Sind Substitutionen im Testamente angeordnet, so hängt die Gültigkeit eines jeden einzelnen Grades der Erbeinsetzung davon ab, daß der Nocherbe eben auch in Beziehung auf diesen giltig enterbt sei⁵⁸⁾, wenn er nicht in diesem

52) L. 28. pr. D. h. t. Vgl. Franke, S. 56, 62. Mühlenbruch, S. 378 flg.

53) L. 3. §. 2. D. h. t. Vgl. Franke, S. 65. Mühlenbruch, S. 424, 425. Unrichtig versteht Glück, Bd. 7, S. 266, diese Stelle von dem Falle, wenn keine Erbeinsetzung neben der Enterbung im Testamente sich findet.

54) L. 68. D. de hered. instit., worüber zu vergleichen Franke, S. 65—67. Mühlenbruch, S. 419—421. Welläufig sei bemerkt: Franke, Note 19, a. a. O. bezweifelt die Richtigkeit der Lesart quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titii, wofür er lieber testatoris lesen möchte, aber ohne Grund. Jene Worte geben einen ganz guten dem Zusammenhange entsprechenden Sinn, nämlich: obwohl die Erfüllung der Bedingung und somit die Wirksamkeit der Einsetzung von dem Willen des Titius abhängt, so ist diese doch giltig, da nicht ausdrücklich der Wille des Titius im Testamente genannt und davon die Erbeinsetzung abhängig gemacht ist.

55) L. 3. §. 2. D. h. t. L. 3. §. 3. D. de bon. poss. c. tab.

56) Recte exheredatus ... non videtur, ... quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredaretur, aliamque esse causam institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non esse adiuvandas.

57) Vgl. Note 2.

58) L. 3. §. 6. L. 8. 14. pr. D. h. t. L. 3. §. 1. 5. D. de bon. poss.

oder einem früheren Grade eingefest ist⁵⁹⁾; nur in Ansehung der nachfolgenden Grade bedarf es nicht mehr der Enterbung, wenn er in einem Grade eingefest ist⁶⁰⁾. Ob nun im einzelnen Falle die Enterbung auf alle Grade der Erbeinsetzung zu beziehen sei oder nicht, das bestimmt sich vor Allem nach der ausdrücklichen Erklärung des Testators selbst. Aber auch ohne solche wird in der Regel die Enterbung allgemein zu verstehen sei, wenn nicht ein besonderer Grund vorliegt, dieselbe nur auf einzelnen Grade der Erbeinsetzung beschränkt zu halten. Ist namentlich vor allen Erbeinsetzungen die Enterbung ausgesprochen, so ist kein Zweifel, daß sie auf alle Grade zu beziehen sei⁶¹⁾. Aber auch wenn umgekehrt am Ende aller Erbeinsetzungen die Enterbung sich findet, ist dasselbe im Zweifel anzunehmen, wenn sich nicht eine ausschließliche Beziehung auf den letztvorhergehenden Grad besonders kund gibt⁶²⁾. Auch wenn zwischen zwei Graden die Enterbung steht, gilt sie im Zweifel für beide⁶³⁾, und so muß denn consequent auch die zwischen mehreren Graden befindliche Enterbung nach oben und nach unten auf alle bezogen werden, so wie auch bei einer Mischung verschiedener Grade unter einander die darin eingefügte Enterbung als unbeschränkte angesehen wird⁶⁴⁾. Und selbst wenn zwischen verschiedenen Erbeinsetzungen desselben Grades die Enterbung ausgesprochen ist, entscheidet man sich wohl mit Recht für die Annahme, daß dieselbe nicht nur für diesen ganzen Grad⁶⁵⁾, sondern auch für die übrigen Grade wirke, indem die einzelnen Erbeinsetzungen nicht in solcher wesentlichen Verbindung zu einander stehen, daß man sagen könnte, es werde durch die Stellung der Enterbung zwischen Erbeinsetzungen desselben Grades eine besondere Beziehung derselben auf diesen Grad angedeutet⁶⁶⁾.

c. tab. L. 75. D. de hered. instit. L. 43. §. 2. D. de vulg. et pup. subst. L. 4. 5. 19. pr. D. de iniusto. Ueber die verschiedenen Folgen der Präterition in einzelnen Graden je nach Verschiedenheit der Fälle vgl. Franke a. a. D. S. 77—86, 134, 135; Glück, Bd. 7, S. 280—286, und Mühlentbruch in der Fortsetzung, Bd. 36, S. 436—454.

59) L. 14. §. 1. D. h. t. L. 4. §. 2. D. de hered. instit.

60) Förster, a. a. D. S. 76, 77, behauptet zwar Ungiltigkeit der nachfolgenden Substitutionen, falls der Sohn vor dem Vater sterbe. Aber vgl. dagegen Franke, S. 72. Mühlentbruch, S. 434—436.

61) L. 3. §. 3. D. h. t.

62) L. 1. Cod. de lib. praet. (6. 28.) Die Auslegung dieses Rescriptes ist zwar streitig. Manche finden darin ausgesprochen, daß die Enterbung hier regelmäßig nur auf den letzten Grad zu beziehen sei, wenn nicht apparet, eum id eo consilio scripsisse, ut ab omnibus exheredaret. Donell ad L. 1. cit. n. 3. Cuias. ad L. 3. §. 2. D. h. t. (opp. ed. Neap. I. p. 1056). Allein nach dem Schlusse der Constitution wird eine ratio gefordert, quare videatur in posteriori tantum casu exheredare voluisse, und nur weil diese fehlt, wird in dem Falle des Rescriptes die Enterbung allgemein genommen. Dieß kann man also auch in anderen Fällen als Regel annehmen, und damit stimmt die ganze Behandlung dieses Punktes im classischen Rechte überein. Vgl. Franke, S. 70. Mühlentbruch, S. 429 fig.

63) L. 3. §. 4. D. h. t.

64) L. 3. §. 5. D. h. t.

65) L. 3. §. 2. D. h. t.

66) Z. B. X soll mein Erbe sein. Meinen Sohn enterbe ich. Auch B soll mein Erbe sein. Wenn X und B meine Erben nicht sind, soll C mein

Diese nun sind nach Justinianischem Pandektenrechte die Erfordernisse einer gültigen Enterbung, wegen deren Nichtbeachtung auch die ausdrücklich erklärte Ausschließung, wenigstens beziehungsweise (Nr. 6), der Præterition gleichzuachten ist ⁶⁷⁾. Auf die Beweggründe zur Enterbung kommt es nach diesem Rechte nicht an, und noch viel weniger bedarf es einer ausdrücklichen Angabe des Beweggrundes. Zwar ist das Testament der Gefahr ausgesetzt, als pflichtwidriges in Folge der querela inofficiosi testamenti umgestoßen zu werden, wenn ein Kind ohne genügende Ursache von dem Nachlasse gänzlich ausgeschlossen worden. Allein diese Klage ist nicht gegen die Enterbung als solche gerichtet, sondern findet nur dann statt, wenn dem Berechtigten nicht der ihm gebührende Theil des nachgelassenen Vermögens, sei es durch Vermächtniß oder durch Erbeinsetzung, gegeben wird, und nach vorjustinianischem Rechte konnte auch selbst das eingesetzte Kind sich deren bedienen, wenn ihm dadurch nicht so viel, als ihm gebührt, zu Theil wurde, und unter derselben Voraussetzung sind auch solche Personen, die nicht enterbt zu werden brauchen, nämlich überhaupt Descendenten und Ascendenten, zu dieser Klage berechtigt, während der Erbedienste, welchem durch Vermächtniß ein angemessener Theil des Erbvermögens zugewendet wird, nicht dazu berechtigt ist ⁶⁸⁾.

In diesen Bestimmungen hat nun aber Justinian nach Vollendung seiner Rechtsbücher durch die berühmte Novelle 115 in doppelter Beziehung höchst wichtige Aenderungen vorgenommen. Er hat erstens vorgeschrieben, daß regelmäßig alle Descendenten, ohne Beschränkung auf diejenigen, welche nach dem bisherigen Rechte eingesetzt oder enterbt werden mußten, und eben so alle Ascendenten, beide freilich nur insofern als sie die nächsten Intestaterben sein würden, zu Erben eingesetzt werden sollen, und hat zweitens gesetzlich die Gründe genau bestimmt, deren ausdrückliche Angabe im Testamente und Bewahrhaltung von Seiten der eingesetzten Erben allein die Nichteinsetzung jener Personen rechtfertigen könne, welche sonst unter Beseitigung der Erbeinsetzungen des ungesetzlichen Testaments als Intestaterben berufen werden ⁶⁹⁾. Jene gesetzlich anerkannten Gründe der Ausschließung (Enterbungsgründe) sind folgende:

I. Ein Kind kann von seinem Ascendenten enterbt werden ⁷⁰⁾: 1) wenn es sich thätlich an demselben vergrißen, oder 2) ihm sonst schwere und unziemliche Kränkungen zugesügt, oder 3) eine criminelle Anklage gegen denselben erhoben hat, ausgenommen wegen Staats- und Majestätsverbrechen; 4) wenn dasselbe mit Giftmischern und Zauberern gleiches

Erbe sein. Anderer Meinung ist aber unter Anderen Franke, S. 71. Vgl. dagegen Mühlenthal, S. 433, der jedoch diesen Fall auch nicht speciell erwähnt, indem sich seine Ausführung S. 431—433 nur auf den Fall bezieht, wenn die Enterbung zwischen Substitutionen verschiedener Grade steht, über welchen Fall sich Franke nicht ausdrücklich erklärt hat.

67) L. 8. §. 2. D. de bon. poss. c. tab.

68) Vgl. die Art. Nothherben und Pflichttheil.

69) Nov. 115. cap. 3. pr. §. 14. in f. cap. 4. §. 8. in f.

70) Nov. 115. cap. 3. §. 1—14.

Unwesen treibend Gemeinschaft pflegte ⁷¹⁾; 5) wenn es dem Ascendenten nach dem Leben gestellt hat; 6) wenn der Descendent männlichen Geschlechtes ⁷²⁾ mit der Ehefrau oder (rechtmäßigen) Concubine des Ascendenten unerlaubten Umgang gehabt hat ⁷³⁾; 7) wenn das Kind gegen den Ascendenten als Angeber aufgetreten ist und dadurch demselben beträchtlichen Nachtheil bereitet hat ⁷⁴⁾; 8) wenn ein Descendent männlichen Geschlechtes, obwohl vermögend, für den Ascendenten auf dessen Begehren als Bürge einzutreten, um ihn dadurch aus dem Gefängniß zu befreien, sich geweigert hat ⁷⁵⁾. Auf männliche Kinder ist dieses ausdrücklich eingeschränkt, da ja Frauen nach dem SC. Velleianum nicht glittig intercediren können. 9) Wenn das Kind den Ascendenten an Errichtung eines Testaments zu hindern versucht hat ⁷⁶⁾. 10) Wenn das Kind wider Willen der Eltern unter Gaukler und Schauspieler ⁷⁷⁾ sich begeben, und dieses Gewerbe fortbetrieben hat, wosfern nicht die Eltern desselben Gewerbes sind. 11) Wenn die Tochter oder Enkelin sich einem schlechten Lebenswandel ergeben hat, indem sie eine von den Eltern gebotene Gelegenheit zur Verheurathung verschmähte. Die großjährige Tochter aber soll entschuldigt sein, wenn sie durch Verzögerung ihrer Verheurathung zur Unzucht verleitet worden, oder wider den Willen der Eltern (nur mit einem Freien) sich verheurathet hat ⁷⁹⁾. 12) Wenn das Kind den Ascen-

71) *Μετὰ φαρμακῶν ἢ φαρμακός*. Vgl. Mühlbruch, Bd. 37, S. 144—146.

72) Das Gesetz spricht zwar nur vom Sohne, welcher *novercae suae aut concubinae patris sese immiscuerit*; aber unbedenklich ist dasselbe auch vom männlichen Enkel und Urenkel zu verstehen. Arg. L. 84. 201. D. de V. S.

73) Was hier von der Concubine des Vaters gesagt ist, kann nach heutigem Rechte nicht mehr als praktisch angesehen werden, da es ohne Zweifel auf der Voraussetzung eines rechtmäßig erlaubten Concubinats beruht.

74) Auch hier nennt zwar das Gesetz nur den Sohn; aber es ist kein Grund zu ersehen, warum hier nicht nach L. 84. D. de V. S. *fili appellatione omnes liberi* verstanden werden sollen, wie mit Anderen Mühlbruch, a. a. D. S. 149, behauptet. Dann ist auch die Ausdehnung auf Enkel männlichen Geschlechtes in diesem wie in dem vorigen Falle inconsequent.

75) Bei diesem Enterbungsgrunde ist streitig, ob vorausgesetzt werde, daß der Enkel schon zur Zeit der Aufforderung der nächsten Intestaterbe des Ascendenten gewesen sei, weil in §. 8. die *liberi, qui possunt ab intestato ad eius successionem venire* (*παῖδες οἱ ὀνόμαστοι ἐκ ἀδιωκτέου ἐν τῆν τούτου διαδοχῆν ἐχθεῖν*) genannt werden. Mühlbruch, S. 151. Allein der Ausdruck *οἱ ὀνόμαστοι* deutet nur auf die Möglichkeit, bereinst Intestaterben zu werden, die bei den Enkeln jederzeit vorhanden ist. Diese Andeutung aber kann deshalb hier besonders hinzugefügt sein, um die Verpflichtung stärker fühlen zu lassen, demjenigen bei Lebzeiten in dringendster Verlegenheit zu Hilfe zu kommen, auf dessen Vermögen man nach seinem Tode Anspruch machen will.

76) Cf. L. 23. Cod. de inoff. testam. (3. 28.)

77) *Μεταξὺ κωνυγῶν ἢ μίμων*, nach der vulgata versio inter arenarios vel mimos. Cf. L. 11. Cod. l. c.

78) Die Beschränkung auf Söhne ist auch hier eben so ungegründet, wie in dem Falle Nr. 7; und die von den Römern angenommene Ausdehnung auf alle Kinder keineswegs „höchst willkürlich“, wie Mühlbruch, S. 153, behauptet.

79) Cf. L. 19. Cod. de inoff. test. (3. 28.) Ueber diesen sehr unbe-

denen während einer Geisteskrankheit vernachlässigt hat. 13) Wenn das schon achtzehnjährige Kind sich nicht bemüht hat, den in feindlicher Gefangenschaft befindlichen Ascendenten loszukaufen. Endlich 14) ist es rechtgläubigen Ascendenten gestattet, ihre nichtkatholischen Descendenten zu enterben; eine Bestimmung, von deren Anwendung freilich heutzutage in Ansehung der verschiedenen christlichen Religionsparteien keine Rede mehr ist.

II. Ascendenten können von den Kindern enterbt werden⁸⁰⁾: 1) wenn sie diese eines todeswürdigen Verbrechens angeklagt haben, ausgenommen wegen Hochverrathes. 2) Wenn sie denselben nach dem Leben getrachtet haben. 3) Wegen unerlaubten Umganges mit der Frau oder (rechtmäßigen) Concubine⁸¹⁾ des Sohnes oder Enkels⁸²⁾. 4) Wenn sie dieselben an Errichtung eines Testaments gehindert haben, natürlich vorausgesetzt, daß die Kinder Testamentsfähigkeit hatten, also wenn sie Hauskinder waren, nur in Ansehung des *pooulium castrense* und *quasi castrense*⁸³⁾. 5) Wenn von einem Elternpaar des Kindes der Eine dem Andern, der Vater der Mutter oder diese jenem, nach dem Leben getrachtet oder durch Gift den Verstand zu rauben gesucht hat, so kann das Kind jenen enterben⁸⁴⁾. Ferner können auch Eltern von den Kindern, eben so wie nach I. 12—14. diese von jenen, enterbt werden 6) wegen Vernachlässigung derselben während einer Geisteskrankheit; 7) wegen Vernachlässigung in der Gefangenschaft, und 8) wegen Irrglaubens.

Es sind aber in Beziehung auf diese Enterbungsgründe noch einige zweifelhafte Punkte zu berühren. Die meisten derselben beruhen in einem tabelnswerthen Betragen gegen Ascendenten oder Descendenten. Hier könnte gefragt werden, ob ein solcher Verstoß gegen einen Ascendenten oder Descendenten auch einem Andern als dem zunächst Beleidigten das Recht zur Enterbung gebe? In mehreren dieser Fälle ist eine solche Annahme nicht einmal nach dem buchstäblichen Inhalte des Gesetzes zulässig, na-

stimmt ausgedrückten Enterbungsgrund vgl. Franke, S. 407—410, u. Rühlensbruch, S. 153—164.

80) Nov. 115. cap. 4. §. 1—8.

81) Egl. Note 73.

82) Weil im griechischen Texte der Novelle steht: τὸ ὄμιλον καιδός, so beschränkt Rühlensbruch a. a. D. §. 169, mit Buchholz, jur. Abh. S. 141, diese Bestimmung auf unerlaubten Umgang mit der Frau des Haussohnes. Allein die nach der vulgata versio längst und allgemein recipirte Meinung kann durch den griechischen Text um so weniger erschüttert werden, da dieser nicht einmal festsetzt; denn Haloander liest: τὸ ἰδιον καιδός.

83) In rebus in quibus habent testandi licentiam. Der von Buchholz a. a. D. auch hier angenommenen Beschränkung auf Hauskinder widerspricht hier auch Rühlensbruch, S. 169, mit Recht: denn die angeführten Worte zeigen wohl, daß der Gesetzgeber auch Hauskinder, aber nicht, daß er ausschließlich diese im Auge hatte.

84) Die Meinung, daß es hier nicht darauf ankomme, ob der Verfolgte auch Ascendent des Kindes sei, oder bloß Stiefvater oder Stiefmutter (Rühlensbruch, S. 170), ist gewiß verwerflich; denn das Gesetz sagt bloß *liberis esse licentiam* etc., ohne zu sagen: wessen Kindern; setzt also offenbar gemeinschaftliche Kinder der vorher genannten beiden Ehegatten voraus.

III.

namentlich bei I. 8. 9. 12. 13. II. 4. 6. 7. Aber auch in den anderen Fällen dieser Art, namentlich I. 1. 2. 3. 5. 6. 7. 10. II. 1. 2. 3., ist dieselbe gewiß zu verwerfen, obwohl der Ausdruck allgemein lautet, z. B.: *si quis parentibus suis manus intulerit*. Denn dieses kann sehr wohl so verstanden werden, daß nun eben diesen beleidigten Eltern, diesem oder jenem Parent, welcher so beleidigt worden ist, das Enterbungsrecht zustehen solle; und daß es so zu verstehen sei, dafür spricht gerade der Umstand, daß in anderen Fällen, wo es der Zusammenhang mit sich bringt, ausdrücklich dessen zu erwähnen, nur dem Beleidigten die Befugniß zur Enterbung beigelegt wird. Auch ist zu beachten, daß die Enterbungsgründe für Kinder im Gesetze selbst *ingratiitudinis causae*, wie anderwärts *offensionis causae*⁸⁵⁾, genannt werden, was auf eine individuelle Richtung der Beleidigung hindeutet, wenn gleich es auch einzelne Enterbungsgründe gibt, die absoluter Natur sind. Und dann wird auch durch eine bekannte Interpretationsregel die mildere Auslegung unterstützt⁸⁶⁾.

Eine andere Frage ist, ob man strenge bei dem wörtlichen Inhalte des Gesetzes stehen bleiben müsse und keine anderen Enterbungsurachen anerkennen könne, als die ausdrücklich im Gesetze ausgesprochenen⁸⁷⁾? Justinian erklärt, um die darin herrschende Unsicherheit zu beseitigen, finde er es angemessen, die Enterbungsgründe namentlich anzugeben, und es solle darnach Niemand mehr aus irgend einem anderen Gesetze einen Enterbungsgrund hernehmen, der nicht in diesem neuen Gesetze enthalten sei⁸⁸⁾. Darin liegt nichts mehr und nichts weniger als eine abrogatorische Clause in Betreff älterer gesetzlicher Bestimmungen über denselben Gegenstand; die Auslegung des neuen Gesetzes selbst wird dadurch nicht berührt, und ungegründet ist die Meinung, als sei deshalb bei diesem Gesetze eine besonders strenge Interpretation anzuwenden. Aber allerdings ist es offenbar des Gesetzgebers Absicht, die Enterbungsgründe erschöpfend zu bestimmen; und über die wahre Willensmeinung desselben darf der Ausleger nicht hinausgehen, ohne deshalb gegen den Geist des Gesetzes sich ängstlich an den Buchstaben binden zu müssen. Daher darf man freilich keine neuen Enterbungsgründe aufstellen, die unter den im Gesetze gebilligten nach der wahren Absicht des Gesetzgebers nicht begriffen sind; aber diese sind nicht durchaus buchstäblich zu nehmen. So wurde bei I. 6. schon angenommen, daß bei dem Enkel dasselbe Vergehen die gleiche Wirkung habe wie beim Sohne, obwohl nur der Sohn genannt ist. So darf man ge-

85) L. 22. 23. of. L. 28. Cod. de inoff. test.

86) L. 155. §. 2. D. de reg. iur. Cf. Nov. 115. cap. 4. in f. — Vgl. Buchholz, jur. Abb. S. 144 fig. Mühlbruch a. a. D. S. 171 — 176.

87) Vergl. über die Literatur dieser Streitfrage Gluck, Bd. 7, S. 248, Note 11, 12. Bluntzli, Erbfolge gegen den letzten Willen, S. 229—232. Franke a. a. D. S. 412—414. Mühlbruch a. a. D. S. 176—184.

88) Nov. 115. cap. 3. pr.: *Praeter illas nulli liceat, ex alia lege ingratiitudinis causas opponere, nisi quae in huius constitutionis serie continentur.*

wiß eben baselbst der Blutschande mit der leiblichen Ascendentin gleiche Bedeutung beilegen, obwohl nur die Stiefmutter genannt ist, weil das Verbrechen mit dieser eher vorkommt; denn das Bestimmende ist hier gewiß, die Verletzung, die in dem unerlaubten Umgange mit der Frau des eigenen Ascendenten liegt. Nicht minder ist man berechtigt, unter I. 8. auch die durch den Descendenten selbst bewirkte Einsperung in ein Schuldfängnis zu stellen, obwohl eigentlich Niemand sich für eine eigene Forderung verbürgen kann, und nach I. 2. II. 1. kann nicht bloß enterbt werden, wer selbst die Anklage erhoben, sondern auch wer einen Anderen dazu vorgeschoben hat^{88a)}. Uebrigens ist die ganze Streitfrage von geringerer Bedeutung, als es auf den ersten Anblick scheint. Denn der unter II. 2. genannte Enterbungsgrund ist von solch umfassender Bedeutung, daß viele der freistigen Ausdehnungsfälle schon darunter begriffen sind⁸⁹⁾.

Die einzelnen Enterbungsgründe setzen übrigens überall eine Schuld des zu Enterbenden voraus; denn die Enterbung wird als verdiente Strafe angesehen. Demnach kann eine gegründete Ursache zur Enterbung nicht angenommen werden, wo es an der erforderlichen Zurechnungsfähigkeit fehlte, um ein Vergehen als ein in solchem Grade strafwürdiges zu betrachten; auch nicht, wenn die Handlung, die an sich einen Enterbungsgrund enthält, durch ungerechte Angriffe von der anderen Seite hervorgerufen, nur als Selbstvertheidigung erscheint. Hieraus ergibt sich auch, daß postumi nach der Nov. 115. nicht gültig enterbt werden können, insofern nicht im Voraus wegen eines künftig vielleicht erst eintretenden Enterbungsgrundes die Enterbung für statthaft angesehen wird. Außerdem wird fast allgemein angenommen, daß wegen eines von dem Beleidigten einmal vollständig verziehenen Vergehens die Enterbung nicht fern mehr stattfinden könne, indem alsdann eine *iusta offensiois causa* nicht mehr vorhanden sei^{89a)}. Dabei streitet man jedoch darüber, ob durch die Ausöhnung, so wie in einigen Fällen (I. 4. 10. 14.) durch anderweitige Beseitigung der Enterbungsurache, auch die bereits in einem gültigen Testamente ausgesprochene Enterbung unwirksam werde⁹⁰⁾? Die Novelle 115. hat nicht die Absicht, bloß formelle Bestimmungen für die Testamentserrichtung zu geben, sondern will die Gründe für Ausschließung von der Erbfolge festsetzen, und schließt sich in dieser Beziehung offenbar an das Recht der *querela inofficiosi testamenti* an. Dabei aber ist

88a) Vgl. Wangerow, *Leitsaden*, Bd. 2, S. 1, S. 301.

89) Mühlenthal a. a. D. S. 181, 182. Zu weit geht darin freilich Wynkers hül (obs. V. cap. 5), welcher behauptet, daß darunter überhaupt alle anderen Enterbungsgründe enthalten seien.

89a) Das Gegentheil vertheidigte in neuester Zeit Marezzoli, *Zeitschr.* Bd. 6, S. 2, welchen beistimmt Wening-Ingenheim, *Lehrb.* (5. Aufl.), S. 492, Note 2.

90) Noch unter den neuesten Schriftstellern beantwortet sie Franke, S. 415, bejahend; Mühlenthal a. a. D. S. 185, 186 (gegen Glück, Bd. 7, S. 222) verneinend, welchem auch Wangerow, a. a. D. S. 302, beistimmt. Vgl. die Literatur bei Glück a. a. D.

das Entscheidende, ob zur Todeszeit noch ein Grund der Ausschließung vorhanden sei⁹¹⁾. Und wenn nun angenommen wird, daß durch Ausöhnung ein bisher bestehender Enterbungsgrund beseitigt werde, eben so wie im Falle I. 10. durch Aenderung der Lebensweise, im Falle I. 14. II. 8. durch Bekehrung zur Rechtgläubigkeit, so muß dann auch eine früher schon erklärte Enterbung nunmehr für rechtswidrig gehalten werden. Aber die Verzeihung muß freilich eine wahre und vollständige sein, und im einzelnen Falle kann allerdings der Umstand, daß der Testator die Enterbung nicht ausdrücklich zurückgenommen hat, zum Beweise dienen, daß eine vollständige Ausöhnung nicht stattgefunden habe⁹²⁾.

Vergleicht man die jetzt angegebenen Bestimmungen der Novelle 115. mit den älteren Rechtsvorschriften über Enterbung, so zeigt sich vorerst, daß jetzt in einem viel weiteren Umfange von einer wahren Enterbung die Rede sein kann, als nach älterem Rechte. Es haben nämlich nun alle Descendenten, und die Ascendenten, sofern sie zunächst zur Intestaterbfolge gerufen wären, einen gesetzlichen Anspruch darauf, zu Erben eingesetzt zu werden, wenn der Erblasser ein Testament errichtet, und nur aus bestimmten, namentlich anzuführenden und als wahr zu erweisenden Gründen können sie ausgeschlossen werden; widrigenfalls können sie gegen das Testament als Intestaterben auftreten. Wenn nun auch nicht für nothwendig gehalten wird, die Ausschließung von der Erbfolge mit ausdrücklichen Worten auszusprechen, so kann man doch die in dieser Absicht aufgenommene ausdrückliche Anführung eines Enterbungsgrundes, ohne welche jene nicht bewirkt werden kann, füglich eine Enterbung nennen. Eine andere sehr bestrittene Frage aber ist es, wie sich nun das Recht der Novelle zu dem älteren Rechte über Enterbung der sui heredes praktisch verhalte? ob diese Vorschriften für diese nun auch auf die Enterbung der anderen in dem neuen Gesetze berücksichtigten Personen anzuwenden⁹³⁾? oder ob dieselben auch in Ansehung der sui heredes für aufgehoben zu achten und für alle nur eine gemeinschaftliche Bestimmung nach der Nov. 115. gelte⁹⁴⁾? oder ob das alte Recht der Erheredation als besonderes Recht für jene besondere Classe von Descendenten noch fortbestehe, und nur die Bestimmung der Novelle als eine neue, den sämtlichen Descendenten und Ascendenten gemeinschaftliche hinzugekommen sei⁹⁵⁾? Die Frage steht in enger Verbindung mit der Unterfuchung

91) Mayer, Erbrecht, Bd. 1, S. 281, Note 7.

92) Darauf beziehen sich Röhlenbruch und Wangerow a. a. D.; aber die Zweifelhaftheit der Verzeihung ist kein juristischer Grund gegen die Wirkung der ungewisselhaften Verzeihung, und ungewisselhaft, d. h. juristisch bewahrheitet, muß diese in jedem Falle sein. Wenn der letzte Schriftsteller hinzufügt, es widerstreite unsere Ansicht auch dem Grundsätze, daß ein Testament nicht durch den bloßen Willen des Testators aufgehoben werden könne, so paßt dies nicht hierher, da hier nicht der Wille direct das Testament aufhebt. Außerdem passen beide Argumente nicht auf die Fälle, in welchen ohne Verzeihung der Enterbungsgrund wegfällt.

93) Puchta, Lehrb. S. 486.

94) Franke, S. 397 flg. Gölchen, Civilrecht, Bd. 3, S. 2, S. 226.

95) Röhlenbruch, Bd. 37, S. 190 flg. Wangerow, Pand. Bd. 2, S. 1, S. 302. Mayer, Erbr. Bd. 1, S. 101, 103, Note 9.

über das Verhältniß der Novelle 115. zu dem älteren Notherbentrechte im Ganzen, und wird daher zweckmäßiger dem Artikel Notherben vorbehalten.

An diesem Orte ist schließlicb noch der Fall zu berühren, wenn die Enterbung in guter Absicht vorgenommen worden ist (sogen. *exhereditatio bona mente*). In der Regel liegt der Enterbung eine Abneigung des Testators gegen den Enterbten zum Grunde, und von diesem Gesichtspunkte geht auch offenbar die Novelle 115. aus, indem sie nur bestimmte Gründe solcher Abneigung als genügend zur Enterbung willt gelten lassen. In mehreren Stellen der Justinianischen Rechtsbücher wird aber des Falles gedacht, daß ein Testator *non nota causa*, *non mala mente* ein Kind enterbt, sondern vielmehr in wohlmeinender Absicht, um das Beste desselben zu fördern und zu sichern; *non ut eis obstat, sed ut eis consulant* ⁹⁶⁾. Dies war nach älterem Rechte unbedenklich, wenn nur die Form der Enterbung beobachtet und der Inhalt der testamentarischen Disposition so beschaffen war, daß sie keinen Grund darbott, das Testament als lieblos (*inofficiosum*) anzusehen; denn die Enterbung als Ausschließung von der unmittelbaren Erbfolge war ja ohnehin ganz der Willkür des Testators anheim gegeben. Aber auch in einem Falle, in welchem nach prätorischem Rechte wegen Präterition das Testament hätte angefochten werden können, wird die *honorum possessio contra tabulas* verweigert, weil die Anordnung des Testators im Ganzen auf den eignen Vortheil des Kindes berechnet war, dessen Einsetzung oder Enterbung der Regel nach nothwendig gewesen wäre ⁹⁷⁾. Und in einem andern Falle wird die *querela inofficiosi testamenti* für unanwendbar erklärt, wenn der Einsetzung eines Kindes eine Bedingung hinzugefügt ist, durch welche der Vortheil desselben bezweckt wird, wenn gleich sie ihrer allgemeinen Natur nach eine solche ist, wegen deren dem Testamente wohl der Vorwurf der Lieblosigkeit gemacht werden könnte ⁹⁸⁾. In diesen verschiedenen Stellen ist unleugbar der Gedanke anerkannt, daß eine auf das wahre Beste des Notherben abzielende testamentarische Verfügung, wenn gleich sie sonst der Regel nach eine Verletzung der über die Berücksichtigung der Notherben geltenden Bestimmungen enthalten würde, doch als wirksam aufrecht zu erhalten sei ⁹⁹⁾. Da nun die Novelle 115. augenscheinlich diesen Fall gar nicht berücksichtigt, sondern nur die gehässige Enterbung oder Präterition an strengere Bedingungen gebunden haben will, so ist man berechtigt, die Enterbung in guter Absicht auch jetzt noch für zulässig zu halten, wenn gleich keiner von den gesetzlichen Enterbungsgründen vorliegt. Und dieses ist denn auch von jeher die herrschende

96) L. 18. D. h. t. L. 12. §. 2. D. de bonis libert. (38. 2.) Cf. L. 16. D. de curator. fur. (27. 10.)

97) L. 16. D. de bon. poss. c. tab. (37. 4.)

98) L. 26. Cod. de inoff. test. (3. 28.)

99) Nur die Veräumung der nach dem alten Civilrechte erforderlichen Enterbungsform mag wohl immer als Grund der Ungültigkeit des Testaments angesehen worden sein, indem dabei nicht eine solche Rücksicht, wie nach L. 16. cit. bei der prätorischen Erbfolge, anwendbar war.

Meinung gewesen. Zwar ist dieselbe nicht unbestritten, und hat selbst noch in der neuesten Zeit einige namhafte Gegner gefunden¹⁰⁰⁾, ist aber gegen diese Angriffe auch schon mit Erfolg wieder in Schutz genommen worden¹⁰¹⁾.

Arabs.

Entführung (*orimen raptus*). So selten Fälle der Entführung bei uns zur richterlichen Cognition und Bestrafung kommen, so controvers sind die meisten dieses Verbrechen betreffenden Lehrlätze: ein Umstand, der sowohl in der eben erwähnten Seltenheit, welche eine bestimmte Ausbildung der Praxis nicht gestattet, als in der Willkürigkeit seines Grund zu haben scheint, mit welcher die spätere Gesetzgebung in ihren Modificationen des hier ziemlich speciellem Justinianischen Rechtes dieses Verbrechen behandelte. Erst die neuere Territorialgesetzgebung hat sich genauer, ja z. B. sehr ausführlich (wie die sächsische), über dasselbe ausgesprochen; Seiten der Doctrin ist weniger aus dem Standpunkte der Criminalpolitik¹⁾, als der reinen Dogmatik, und weniger in Monographien²⁾, als in den betreffenden Abschnitten umfassender Handbücher in dieser Beziehung geleistet worden.

Der richtigste Gesichtspunkt, unter welchen das Verbrechen der Entführung zu stellen ist, scheint der eines Eingriffes in die persönliche Freiheit zu sein³⁾.

Die Grundsätze, welche das römische Recht vor Constantin über Entführung enthält, sind nur sehr mangelhaft aus wenigen Maximenstellen⁴⁾ zu erkennen, welche über den Thatbestand der Entführung so gut wie gar keinen Aufschluß geben, und bloß zeigen, daß man dieselbe nach der *lex Julia de vi* strafte. Constantin aber gab im Jahre 317 eine besondere Verordnung⁵⁾ über dieses Verbrechen, welche sich durch Härte,

100) Unterholzner, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 2, S. 52, 53, vorzüglich aber Franke a. a. D. S. 422—444.

101) Siehe vorzüglich Mählenbruch a. a. D. Bd. 37, S. 391—465. Vgl. Göltschen, Civilr. Bd. 3, S. 2, S. 233—236.

1) Nur Littmann's Beiträge zur Lehre von dem Verbrechen gegen die Freiheit, insbesondere vom Menschenraube und der Entführung, würden diesem Standpunkte, wenn gleich gegen die Absicht des Verfassers, zu vindiciren sein.

2) Die ältere Literatur s. bei Kappler, Handbuch der Literatur des Criminalrechtes, S. 673 fg. Von neueren Monographien ist nur Blümner (*de raptu*, eine leipziger Diss. von 1788) zu erwähnen; denn Ghotin (*de crimine raptus*, eine Genter Diss., Tornaci 1825, 4.) ist wenigstens für das römische Recht sehr unbedeutend, und über Heßler s. Wächter, Lehrb. Bd. 2, S. 27. — Wichtig ist ein Aufsatz von Hepp, im Archiv für Criminalrecht, Bd. 14, S. 4, Nr. 21; höchst bedeutend, namentlich für das Geschichtliche, Wächter, in seinen Abhandlungen aus dem Strafrechte etc., Bd. 1 (Leipzig 1835), S. 41 fg.

3) Denselben erkennen auch z. B. das bayerische, württembergische, sächsische StGB. an; die ältere Doctrin subsumirte die Entführung unter die Fleischesverbrechen, einige Neuere, unter ihnen Wächter, behandelten sie als Unterart des *crimen vis*. S. aber Abergg, Lehrb. S. 274.

4) L. 5. §. 2. L. 6. D. ad leg. Jul. de vi publ. (48. 6.) L. un. C. de rapt. vir. (9. 13.)

5) L. 1. Cod. Th. 9. 24.

ja Grausamkeit der darin angedrohten Strafen. (Feuertod dem Entführer und der freiwillig folgenden Entführten in den Mund Stiefen geschmolzenen Bleies, den Weisand leistenden Armeen, anderen Slaven in demselben Falle Feuertod, und Deportation den comvivirenden parentes oder sonstigen Gehilfen) ausgezeichnet, und für die Beurtheilung des Thatbestandes einen doppelten Gesichtspunkt (Verletzung der Familiengewalt der parentes — Gewalt gegen die Entführte selbst) aufstellt, nach dem Zwecke aber (ob Unzucht — ob Erpressung der Ehe) keinen Unterschied macht. Die Praxis umging, spätere Gesetzgebung änderte dieses exorbitante Gesetz, theils durch Milderung des Feuertodes in die Strafe des Schwertes⁶⁾, theils durch Beschränkung der Verjährung auf fünf Jahre für den Fall, daß der Entführer die Entführte heirathete⁷⁾; dagegen sprach Constantin nur eine, sich fast von selbst verstehende Consequenz des Constantinischen Gesetzes in der Bestimmung aus, daß auch eine Nonne, selbst in dem Falle nachmaliger Genehmigung, Object der Entführung sein könne⁸⁾, und Sotianus brachte eine Inconsequenz in die Gesetzgebung, indem er die Strafen der Entführung auch für den Versuch, eine Nonne zur Ehe oder zur Unzucht zu verleiten, androhte⁹⁾. Justinian — abgesehen davon, daß ihn besondere Rücksicht auf die Klosterjungfrauen bestimmt zu haben scheint, nicht bloß die eben gedachte Vorschrift des Sotianus in seinen Codex aufzunehmen¹⁰⁾, sondern auch sein eigenes sogleich zu erwähnendes Gesetz in specieller Anwendung auf dieselben zu wiederholen¹¹⁾ — erließ 528 eine das frühere Recht aufhebende Verordnung¹²⁾, in welcher er sehr verschiedene Gesichtspunkte (Verletzung der Familiengewalt, Entziehung des Schutzes des Staates oder Angehöriger, Gefahr für weibliche Ehre oder wirklicher Zwang in Bezug auf diese) vereinigte, so daß die Entführung nach ihm besteht in der Bemächtigung einer ehrbaren Frauensperson, durch welche dieselbe in die Gewalt eines Mannes kommt, entweder wider ihren eigenen Willen, oder doch ohne Einwilligung derjenigen, von denen sie abhängig ist¹³⁾, und zwar zum Zwecke, diese Gewalt entweder zur Verleitung zur Unzucht oder zur Erzwingung der Ehe zu benutzen. Die Strafe ist Tod durch das Schwert und Vermögensverlust; Milderungsgründe liegen wenigstens in der Erleitung zur Ehe, oder in dem Unter-

6) L. 2. eod.

7) L. 3. eod.

8) L. 1. Cod. Th. 9. 25.

9) L. 2. Cod. Th. 9. 25.; eine Bestimmung, welche durch die Herabsetzung der letzteren Strafe auf Deportation und Vermögensconfiscation (durch Honorius und Theodosius 426, L. 3. eod.) gemildert wurde.

10) L. 5. C. de episc. et cler. (1. 3.)

11) L. 54. eod. Vgl. Nov. 123. cap. 43. Die Bestimmungen der letzteren sind auch im canonischen Rechte adoptirt. Caus. XXVII. qu. 1. can. 30.

12) L. un. C. de rapt. virg. (9. 13.)

13) Nicht bloß der parentes, s. Richter a. a. O. S. 55 ff., welcher ebendasselbst auch über die sehr bestrittenen Fragen: ob die Wegführung einer einwilligenden Wittwe zum Zwecke der Ehe, und die Entführung der eigenen Braut nach römischem Rechte strafbar sei, spricht, und die erstere bejaht, hinsichtlich der letzteren aber gegen die gewöhnliche Ansicht nachweist, daß Justinian diesen Fall nicht besonders berührt habe.

bleiben der Unzucht nicht, doch macht sich die Entführte als solche auch keiner Theilnahme an dem Verbrechen schuldig; die Befugniß gewisser Personen, den Entführer bei der That geradezu zu tödten, ist auf die Bedingungen der Nothwehr zu beschränken¹⁴⁾. — Das canonische Recht hält im Allgemeinen den Standpunkt des römischen fest¹⁵⁾, schließt aber, wahrscheinlich in Folge der überhaupt in ihm vorkommenden Begünstigung der Ehe, zwei Fälle der zum Zwecke der letzteren geschehenen Entführung von dem Begriffe des Verbrechens aus: die Entführung der eigenen Braut oder eines anderen einwilligenden Mädchens, nach vorhergegangener, wenn gleich wider Willen der Eltern, geschehener Verlobung¹⁶⁾; außerdem ist die Todesstrafe in der Regel auf kirchliche oder doch gelindere weltliche Strafen reducirt¹⁷⁾. — Die C. C. C. spricht nur in sehr beschränkter Maße von der Entführung¹⁸⁾.

Nach gemeinem teutschem, auf die angeführten Quellen sich gründenden, Rechte' ist unter Entführung zu verstehen eine solche widerrechtliche Entfernung einer unbescholtenen Frauensperson durch einen Mann, in Folge deren sie entweder wider ihren oder doch wider den Willen derer, deren rechtlicher Gewalt sie unterworfen ist, auf eine die weibliche Ehre gefährdende Weise in des Entführers Gewalt gekommen ist: eine Ermächtigung und Entfernung, welche zum Zwecke der Unzucht oder der Erzwingung der Ehe geschieht. Es kann also 1) Subject des Verbrechens nur ein Mann, 2) Object desselben nur eine Frau sein; die Familienabhängigkeit der letzteren ist durch die C. C. C. auf das Verhältnis der Ehefrau zum Ehemanne, und der Hausdchter zum Vater beschränkt, so daß nur bei diesen es nicht auf ihren Dissens¹⁹⁾, sondern auf den der

14) A begg, Untersuchungen zc. S. 178 flg. — Hefster geht in seinem Lehrbuche, S. 461, Note 1, noch weiter, indem er in der bezüglichen Stelle der L. un. h. tit. die Anbeutung eines höchst summarischen Verfahrens vor Gericht findet, und also die Nothwendigkeit einer obrigkeitlichen Concurrenz statuirt. Vgl. Wächter a. a. D. S. 66.

15) Die Unhaltbarkeit der Ausdehnung, welche Gratian in *caus. XXXVI. qu. 1.* dem Verbrechen der Entführung geben will, ist von Wächter a. a. D. S. 67 flg. dargethan.

16) *Caus. XXXVI. qu. 2. can. 5.* — *Cap. 6. X. 5. 17.*

17) *Caus. XXXI. qu. 1. c. 3. qu. 2. c. 1. 4.* — *Cap. 4. X. 5. 17.*

18) Art. 118: Straff derjenigen, so Eheweiber oder Jungfrauen verführen. So einer jemand sein Eheweib oder eine unverleumbde Jungfrauen wider des Ehemanns od.: des ehelichen Vatters Willen einer unehelichen Weis entführt, darum mag der Ehemann oder Vater, unangesehen, ob die Ehefrau oder Jungfrau ihren Willen darzu gibt, peinlich klagen, und soll der Thäter, nach Säzung unserer Vorfahrn, und unser Kayserlichen Rechten, darumb gestrafft und derhalben bei den Rechtsverständigen Raths gebraucht werden.

19) Nur in dem Falle würde ihr Widerspruch die Annahme einer Entführung rechtfertigen, wenn Vater oder Ehemann pflichtvergesen einwilligen, weil diese Pflichtverletzung den Begriff der Abhängigkeit in so weit aufhebt; s. A begg, Lehrbuch S. 380. — H e y p p, a. a. D. S. 986, nimmt dieß nur bei der Ehefrau an. — Daß im entgegengesetzten Falle (Consens der Entführten, Dissens der genannten Personen) Entführung nicht vorhanden sei, behaupten von Neuen nur H e n k e und F i t t m a n n.

genannten Personen ankommt, von denen sie abhängig sind. Dagegen ist andererseits die Wegführung eines in dieser Weise nicht familienabhängigen Frauenzimmers, wenn es freiwillig folgt, so wenig, als die einer etternlosen fessenden Braut unter derselben Voraussetzung als Entführung zu bestrafen, wenn auch im ersteren Falle der Vormund, im letzteren der Brautigam nicht eingewilligt haben²⁰⁾. Da die Wegführung der eigenen Braut (wider ihren Willen), wenn sie die Eingehung der Ehe bezweckt, von der C. C. C. übergangen, von dem canonischen Rechte gegen das römische aber für straflos erklärt ist, so kann dieselbe nur, wenn sie zum Zwecke außerehelicher Geschlechtsgemeinschaft geschieht, für Entführung angesehen werden²¹⁾. Hinsichtlich der Klosterfrauen scheint²²⁾ in der C. C. C. darun nichts bestimmt zu sein, um Landesgesetzgebungen nicht vorzugreifen. 3) Zweck und Richtung der verbrecherischen Handlung ist durch die vielfach gebrauchten Worte der C. C. C. „unehelicher Weise“ jedenfalls nicht auf die Absicht der Unzucht zu beschränken, da wenigstens die Wegführung einer Widerstrebenden zum Zwecke der Ehe unter dem Gesichtspunkt der Entführung fällt²³⁾, wenn gleich das abweichende canonische Recht nicht ohne Einfluß auf die Abfassung des betreffenden Artikels der C. C. C. gewesen sein mag²⁴⁾. 4) Die Handlung selbst besteht in einem Wegführen von dem derzeitigen Aufenthaltsorte — Zurückhalten reicht so wenig hin, als andererseits das Beingen an einen entfernten Ort nöthig ist²⁵⁾ — und kann, wo es sich um die mangelnde Einwilligung der Entführten selbst handelt, wenigstens durch List oder Betrug allein nicht ausgeführt werden, wiewohl schon das gewaltsame Zurückhalten der durch List Entführten hinreicht²⁶⁾. Constatum ist daher die Entführung, wenn die Entführte sich so in der Gewalt des Entführers befindet, daß ihm die Erreichung seiner Absichten möglich ist; das wirkliche Erreichen ist nicht erforderlich. — Als gemeinrechtliche Strafe ist, da die C. C. C. auch auf den Rath der Rechtsverständigen verweist,

20) E. Bächter, Lehrbuch, Bd. 2, S. 33 fg., Note e u. e. — Einige Aeltere, wie Kress (ad h. art. C. C. C.) und Blümner, lassen auch den Dissens der Verwandten und Vormünder, oder doch wenigstens, wie Böhmner, den der Mutter gelten; ihnen folgt Heffter, Lehrb. §. 459 fg.

21) E. Bächter, Abhandlungen, S. 75. Vgl. Hepp a. a. D. S. 490.

22) Wie Bächter a. a. D. S. 33, nach Kofshir's Vorgange (Lehrb. §. 209) darlegt und Hegg a. a. D. S. 380, gleichfalls annimmt.

23) Bloss auf die Art der Wegführung, gar nicht auf die Absicht will sie Littmann bezogen wissen, in seinen Beiträgen zur Lehre von dem Verbrechen gegen die Freiheit, S. 41 fg.

24) Dies vermutet namentlich Biener, im Archiv des Gr.-R., Bd. 10, S. 606.

25) Jenes behauptete sogar Feuerbach, dieses widerlegte schon Seyfer (modit. apoc. 598. mod. 10). Vgl. Bächter, Abhandl. S. 98 fg. Den Umfang der Handlung bezeichnet sehr genau Rittermaier zu Feuerbach (13. Ausg.), S. 374, Note 1.

26) Mehrere, wie namentlich Feuerbach §. 257, nehmen zwei Arten der Entführung, durch Betrug und durch Gewalt, an. E. hierüber Bächter, Lehrb. Bd. 2, S. 33, Note 32. Daß auf Uebereinkünfte, Schmeicheleien hierbei kein Werth zu legen sei, zeigt jedoch schon Feuerbach a. a. D. Note a.

nicht unbedingt die Strafe des Schwertes und der Vermögensconfiscation anzusehen, welche das römische Recht vorschreibt; sondern dem canonischen Rechte, wenigstens der Einfluss auf dasselbe zugestehen, daß bei nachfolgender Ehe der Bethälteren nur eine ausserordentliche Strafe eintritt²⁷⁾. Das römische Recht wird aber bei dem Sittlichwigen der A. C. C. Anwendung finden in Betreff der Strafe, welche die freiwillig folgende, familienabhängige Juvenespersion trifft; Versuch und Theilnahme sind nach allgemeinen Grundsätzen des sündhässlichen Rechtes zu bestrafen. Von diesen Grundsätzen wich und weicht die gemeinrechtliche Praxis in Teutschland vielfach ab, indem sie theils strengere (in Ausdehnung des Begriffs einer unverheirateten Juvenespersion, in Einschreiten von amttodgewen); theils milder (bloß außerordentliche Strafe bei Entführung zum Zwecke der Ehe; bei nicht verbotener Unzucht u. dgl.) war; die Todesstrafe kam allmählig und insbesondere seit der Mitte des 18. Jahrhunderts ganz ab, und an ihre, so wie an die Stelle der schon früher unterbliebenen Vermögensconfiscation trat eine zeitliche Freiheitsstrafe²⁸⁾. Diese letztere Strafe in mehrfachen Abstufungen ist auch in fast allen neueren Pärcculargesetzgebungen anerkannt²⁹⁾. Die Entführung einer Einwilligenden bedroht das österrichische Gesetzbuch, Art. 81, mit schwerem Kerker von 6 Monaten bis 1 Jahr (wenn sie mündig ist); das württembergische StGB, Art. 278, mit Gefängniß (wenn sie über 16 Jahr alt ist); das sächsische GB, Art. 148, mit 2—8 Monaten (wenn sie über 14 Jahr alt ist und im elterlichen Hause lebt oder verheirathet ist, zum Zwecke der Unzucht entführt), und Art. 158, 1—8 Monate Gefängniß (bei gleichem Alter zum Zwecke der Ehe); das preussische St. G. S. 1100, 6 Monate bis 2 Jahr Gefängniß (zum Zwecke der Ehe); das bayerische Gesetzbuch von 1818 erklärt die Entführung durch Einwilligung bei Personen über 12 Jahr für ausgeschlossen; das bairisch-schwäbische GB, in Art. 171 setzt (bei einer Ehefrau oder einer über 16 Jahr alten ledigen Person) Zwangsarbeit nicht unter 1 Jahr, wenn aber letzterenfalls die Entführung zum Zwecke der Ehe geschah, Gefängniß von 6 Monaten bis 1 Jahr fest³⁰⁾. Den Fall der Nichtwilligung und den der Entführung einer

27) Inwiefern aus den Worten der C. C. C. in Verbindung mit der Abweichung von der Bambergensis, welche eine absolute Straffagung enthält, die angeordnete Modifikation zu folgern sei, zeigen namentlich Wächter, Abhandl. S. 85 fig., und Aberg a. a. D. S. 382; ersterer vertheidigt auch die Anwendbarkeit der Vermögensconfiscation, letzterer verheißt sich S. 383 noch weiter über den Umfang des Klagerchtes wegen Entführung.

28) S. auch hierüber Wächter a. a. D., der daselbst auch eine der bedeutendsten älteren Territorialgesetzgebungen über diesen Gegenstand, die sächsische constitut. electorales von 1572 (C. ined. 19.) genauer darstellt.

29) Nur in dem sardinischen Gesetzbuche (Art. 334) ist die gewaltsame Entführung einer Nonne mit Todesstrafe bedroht. — Der Code pénal setzt (Art. 354) auf enlèvement des mineurs im Allgemeinen peine de la reclusion (5—10 Jahre); ist die Entführt unter 16 Jahr, so treten travaux forcés à temps (5—20 Jahre), und bei der Entführung einer Einwilligenden, je nachdem der Entführer 21 Jahr alt oder jünger ist, dieselbe Strafe oder emprisonnement (2—5 Jahre) ein. Art. 355, 356.

30) Die drei neueren bayerischen Entwürfe nehmen als Grenzpunkt des U-

unmündlichen; wenn gleich einwilligender Person behandeln: das bairisch-schwabische Gesetzbuch a. a. D., das österreichische Gesetzbuch (S. 81 — unständige Person), das württembergische (Art. 278 — Personen unter 16 Jahren) als gleich strafbar, und zwar droht das erste im Allgemeinen Buchstrahftrafe, das zweite schweren Kerker von 5—10 Jahren, das dritte 6 Monate Arbeitshaus bis 8 Jahre Buchstrahf. Das sächsische GGB. kommt diese beiden Fälle, und bestraft, wenn die Entführung zum Zwecke der Unmündigkeit geschah, den ersteren mit 1—4 Jahre Buchstrahf, zweiten Grades, den zweiten (Personen unter 14 Jahren) mit 1—3 Jahre Gefängniß; bei anderer Absicht mit 1—3 Jahre Arbeitshaus (Art. 148, 149); wenn die Entführung zum Zwecke der Ehe geschah, gleichfalls mit 1—3 Jahre Arbeitshaus (Art. 162; 168). Das preussische GGB., §. 1085, bedroht den ersten Fall, bei beabsichtigter Entführung, mit 2—8 Jahre Buchstrahf, bei vollbrachter Entführung mit 8 Jahre Festung; derselbe ist im bayerischen Gesetzbuche, Art. 203, mit 1—4 Jahre, 4—8 Jahre Arbeitshaus belegt²¹). — Die Ausdehnung des Begriffes der Entführung in der Masse, daß sie auch an Männern verübt werden kann, ist dem bayerischen, dem württembergischen und dem sächsischen Gesetzbuche eigen thümlich.
 v. Schüttr.

Erbssetzung (heredis institutio)¹⁾ ist die letztwillige Verfügung, durch welche Jemand zur Erbschaft berufen wird; und zwar wird darunter nach der engeren und eigentlichen Bedeutung des Wortes Erbe regelmäßig nur die Ernennung eines unmittelbaren Nachfolgers in der Gesamtheit des Vermögens verstanden, directe Erbssetzung²⁾. Diese kann nur in einem Testamente geschehen, und Ernennung eines Erben ist zugleich wesentlicher Inhalt eines Testaments, so daß kein Testament möglich ist ohne Erbssetzung, wie kein Testamentes ohne Testament. Was rein überhaupt zur Erbssetzung eines Testaments erforderlich, das ist an einem andern Orte dieses Werkes auszuführen³⁾. Hier aber ist näher zu betrachten, was die Erbssetzungen unmittelbar angeht, und da fragt

ders verschiednem Jahre: 12 (der von 1822), 15 (der von 1827), 14 (der von 1831) an, und gegen Kerkerstrafe, im Maximum von 3 Monate; der bairische G. droht (wenn die Einwilligende über 16 Jahr, aber unter 21 Jahr alt ist) Kerkerstrafe bis 1 Jahr oder Arbeitshaus.

51) Die gedachten bayerischen Entwürfe setzen 4, resp. 5 Jahr Arbeitshaus als Maximum und fassen beide Fälle unter einen Gesichtspunkt; der bairische G. droht 3 Monate bis 1 Jahr Kerkerstrafe oder Arbeitshaus, bei erreichtem Zwecke bis zu 8 Jahr Buchstrahf.

1) Inst. de hereditibus instituendis. (2. 14.) Dig. de hereditibus instituendis. (28. 5.) Cod. de hereditibus instituendis et quae personae heredes institui non possunt. (6. 14.) Wählenbruch's Fortsetzung von Glück's Erläuterung der Pandekten, Bd. 39, S. 116, bis Bd. 40, S. 247.

2) Bgl. Ulp. XXII. 11: Directo heres institui. Cai. II. 248: Recto iure heres instituitur. L. 5. Cod. de impuberum et al. sub. (6. 26.): Directae substitutiones. Den Gegensatz bildet das Unverfallbeistand, das man als indirecte, fideicommissarische, Erbssetzung bezeichnen könnte.

3) Bgl. den Art. Testament.

sich denn vor Allem, I) welche Personen gültig zu Erben eingesetzt werden können?

Die Fähigkeit zum Erben eingesetzt zu werden, heißt den Römern *testamenti factio*, in der modernen juristischen Kunstsprache insbesondere *testamenti factio passiva*, zur Unterscheidung von der Fähigkeit, selbst ein Testament zu errichten, welche ebenfalls *testamenti factio* (bei den Neueren: *activa*) genannt wird. Diese Institutionsfähigkeit aber ist noch zu unterscheiden von der Fähigkeit, kraft testamentarischer Berufung eine Erbschaft zu erwerben, *capere posse hereditatem (legata)*; aus *capere*, daher *capacitas*, *Erwerbsfähigkeit*. Natürlich kann diese nicht bestehen ohne Voraussetzung jener, und auch der gültig Eingesetzte kann die Erbschaft nicht *ex testamento erantem capere*, wenn er seine Fähigkeit zur Zeit, da der Erwerb stattfinden soll, nicht mehr hat. Es ist daher sehr erklärlich, daß wohl auch das *Verhandensein der testamenti factio* durch *capere posse* bezeichnet wird⁴⁾, und es ist nicht auffallend, daß von solchen, welchen die *testamenti factio* fehlt, auch wohl nur gesagt wird: *eos capere non posse, capere prohiberi*⁵⁾. Die Verschiedenheit beider Begriffe aber zeigt sich darin, daß ein solcher, der bloß *incapax* ist, wohl gültig zum Erben eingesetzt werden kann, während der Mangel der *testamenti factio* die Möglichkeit gültiger Erbeinsetzung völlig ausschließt. So waren nach der *lex Julia et Papia Poppaea* die Ehelosen, nach der *lex Junia Norbana* die Latini Juniani unfähig, testamentarische Erbschaften zu erwerben; sie konnten aber allerdings gültig zu Erben eingesetzt werden; es fehlte ihnen nicht *testamenti factio*, obzwohl den Latinen durch besondere Bestimmung auch die Möglichkeit, ein Testament zu errichten, genommen war. Erst dann, wenn sie als eingesetzte Erben die Erbschaft erwerben wollten, wurde gefragt, ob sie jetzt *erwerblich* seien, und sie wurden zum Erwerbe sogar noch zugelassen, wenn nur innerhalb der festgesetzten *Antretungs- (Cretions-) Frist* oder eines Zeitraums von hundert Tagen nach *Delation der Erbschaft der*

4) §. 4. J. de hered. qualitate (2. 19.): *Testamenti factionem... habere videtur... etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii acquirere. Cf. Cic. pro Caecina cap. 85. L. 73. §. 1. D. de legat. I.*

5) L. 1. Cod. h. t. Ulp. XVII.1. Cai. II. 110. Wenn der Letztere sich ausdrückt: es sei den Soldaten erlaubt, peregrinos et latinos institueri heredes vel iis legare, cum alioquin peregrini quidem ratione civili prohibeantur capere hereditatem legatave, latini vero per legem Juniam, so wollte er damit sagen, daß die genannten Personen auch ohne Veränderung ihres jetzigen Status kraft der Erbeinsetzung Erben des Soldaten werden könnten, vergl. L. 5. Cod. de test. milit. (6. 21.), gegen die sonst geltende Regel, zu deren Bezeichnung er sich daher des für beide passenden Ausdrucks bedient: *capere prohibentur*; denn gültig einsetzen konnte den Latinius auch jeder Andere, der nicht Soldat war. Vgl. die folg. Anm. Hiernach schließt die Bestattung, gewisse Personen zu Erben einzusetzen, wohl auch die Anerkennung ihrer *Erwerblichkeit* in sich. L. 13. §. 2. D. de test. milit. Vgl. Anm. 8. Einmal findet sich auch der Ausdruck *libera testamenti factio est*, wo nur gesagt werden soll, daß *vir et uxor inter se solidum capere possunt. Ulp. XVI. 1.*

Mangel der Capacität besetzt worden⁶⁾. Die Einsetzung des bloß Erwerbunfähigen ist also nicht *pro non scripta*; sie ist nur erfolglos für den Eingesezten, wenn er nicht später erwerbunfähig wird. Die Einsetzung desjenigen aber, *cum quo non est testamenti factio*, ist von Anfang an nichtig; das Testamentgeschäft kann mit einem solchen⁷⁾ oder in Beziehung auf ihn als eingesezten Erben nicht gültig vollzogen werden, und wenn auch derselbe späterhin die Fähigkeit erlangt, so kann er doch nicht vermöge der ursprünglich ungültigen Erbssetzung Erbe werden. Zur Zeit der Testamenterrichtung wird *testamenti factio* des Eingesezten erfordert, *ut constiterit institutio*; sie muß dann auch, *ut effectum habeat institutio*, im Zeitpunkte des Erbanfalles und von da an bis zum wirklichen Erwerbe vorhanden sein⁸⁾. Diese Regel gilt wie für unbedingte, so auch für bedingte Erbsetzungen, bei welchen nur der Zeitpunkt des Erbanfalles ein anderer sein kann, wie bei jenen⁹⁾. Die Annahme, daß ein solcher, *cum quo non est testamenti factio*, unter Bedingung doch gültig zum Erben eingesezt werde, würde eigentlich einen Widerspruch in sich schließen. Gleichwohl wird von Manchen behauptet, die Einsetzung eines gegenwärtig Unfähigen sei wenigstens dann gültig, wenn sie ausdrücklich auf den Fall, daß dieser künftig fähig werde, gestellt

6) Ulp. XX. 1—3. vgl. mit XI. 16. XX. 8. 14. XVII. 1. Cai. II. 111. 144. 286. I. 23. 24. Cf. L. 52. D. de legat. II.

7) Vgl. §. 10. J. de test. ord. (2. 10.): *Totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter heredem et testatorem agi*, so wie sonst *inter testatorem et familiae emptorem*, der ursprünglich selbst der Erbe war. Cai. II. 105.

8) L. 49. §. 1. L. 59. §. 4. D. h. t. §. 4. J. de hered. qual. Cf. L. 201. 219. D. de reg. iur. Es ist wieder besonderes Recht der Soldatentestamente, daß die Erbssetzung eines solchen, der zur Zeit selbst vom Soldaten nicht gültig zur Erbschaft berufen werden kann, convalescirt, wenn jener nur späterhin diese Fähigkeit erlangt; z. B. sogar die Einsetzung eines *servus poenae*, wenn dieser *non mortis tempore in civitate* oder vielmehr *talit inveniatur, ut a militis institui poterit*. L. 13. §. 2. D. de test. milit. (29. 1.) Denn der *Peregrinus* kann auch als solcher *ex testamento militis* erben. L. 5. Cod. de test. milit. Ann. 5.

9) L. 49. cit. in f.: *Medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris vel conditionem existentem mutatio iuris heredi non nocet, quia tria tempora inspicimus*, also auch bei der bedingten Erbssetzung das *tempus facti testamenti*. Cf. L. 59. §. 4. cit.: *Si heres institutus scribendi testamenti tempore civile romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est: heres fit, si intra illud tempus redierit ... quo tempore conditio existit, sc. si sub conditione institutus est*. Man hat zwar, indem man die *regula Catoniana* gegen den Anspruch der L. 3. D. de reg. Cat. auch auf die Erbssetzung übertrug, in L. 4. D. ibid. vgl. mit L. 41. §. 2. in f. D. de legat. I. den Beweis finden wollen, daß bei bedingter Erbssetzung zur Zeit der Testamenterrichtung *testamenti factio* nicht erfordert werde. Vgl. Donell. comment. lib. VI. cap. 17. §. 30. Allein daß die *Catonianische Regel* die auch bei bedingten Legaten erforderliche Erbsfähigkeit gar nicht berührt, ist dargethan von Arnolds, im Rhein. Mus. Bd. 5, S. 209—215, und wie, wenn man dieser Ansicht auch nicht beistimmt, doch L. 4. cit. anders zu erklären sei, ist gezeigt worden von Müller, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 14, S. 281, und besonders von Mühlentbruch a. a. D. Bd. 39, S. 138—144.

sei¹⁰⁾. Diese Behauptung gründet sich auf L. 62. pr. D. de hereditibus instit. ¹¹⁾ Allein es liegt sehr nahe, diese Stelle auf den Fall bloß mangelnder Capacität zu beziehen, so daß dadurch das Erforderniß der testamenti factio für die Zeit der Testamentserrichtung nicht herabgesetzt ist¹²⁾. Da es vorkommen kann, daß Jemand, der gültig eingesetzt ist, doch bei Eröffnung der Erbschaft zu erwerben unfähig sei, so ist man nicht berechtigt, in der Anerkennung der Gültigkeit einer Erbschaftssetzung in tempore capiendae hereditatis eine Ausnahme von der Regel zu finden, daß ein zur Zeit Einsetzungsfähiger nicht eingesetzt werden könne¹³⁾; zumal auch darin immer noch eine bonivolentia iuris liegt; daß die Erwerbbarkeit nicht unbedingt in dem Zeitpunkt der Delation oder in dem gesetzlich bestimmten Zeitraume nach derselben, in welchem sie der Regel nach vorhanden sein mußte, erforderlich sein soll, sondern vielmehr dem Testator gestattet wird, die Delation auf den Zeitpunkt später eintretender Erwerbbarkeit hinauszuschieben¹⁴⁾. Freilich sind die obengenannten eigenthümlichen Fälle bloßer Incapacität im Justinianischen Rechte weggefallen¹⁵⁾, und man könnte daher wahrscheinlich finden, daß die Commentatoren desselben der L. 62. pr. cit. eine andere Bedeutung beigelegt ha-

10) Diese von älteren Schriftstellern fast allgemein angenommene Meinung vertheidigen jetzt noch unter Anderen Mayer, Erbach, Bd. 1, S. 45, und Mühlenthal a. a. D. S. 145—157.

11) In tempore capiendae hereditatis institui heredem posse bonivolentias est, veluti: Lucius Titius quam capere potuerit heres esto. Idem et in legato.

12) Ältere Schriftsteller, die dieses annehmen, sind namentlich Bachov ad Troutner, II. 11. thes. 3. in f. Vinilius ad pr. et §. 9. J. de hered. instit. (weicher sagt: Qui tamen casus [L. 62. cit.] a doctioribus omnibus restringitur ad eos, qui non simpliciter incapaces sunt, sed secundum quid, quales sunt orbi, coelibes); Chesii interpretat. iur. l. cap. I. (in Heimeccii iurisp. Rom. et Att. II. p. 5 sq.), Voet ad pand. XXVIII. 5. S. 22. Pothier, pand. Inst. n. 183. in f. In neuester Zeit haben sich dafür ausgesprochen Müller, Natur der Schenkung auf den Todesfall, S. 86. Haffe, im rhein. Mus. Bd. 3, S. 413. Arnbt, das. Bd. 5, S. 212. Sangerow, über die Latini Juniani, S. 113, 114, u. Zeitschen für Pand. Bd. 2, S. 84, 88. Puchta, Lehrb. §. 464, Note w.

13) Zwar glaubt Mayer, a. a. D., es müsse hier, wie sonst, im Zweifel die allgemeinere Bedeutung von capere beibehalten werden, wornach es auch die Einsetzungsfähigkeit begreift. Allein capere hereditatem posse bedeutet an sich eigentlich nie die Fähigkeit, eingesetzt zu werden, und tempus capiendae hereditatis ist nur die Zeit, da der Eingesezte fähig zum Erwerbe sein werde. Eingesezt aber muß er zuvor sein, und dazu, ut constiterit institutio sc. ab initio, ist testamenti factio des Eingesezten erforderlich testamenti facti tempore. Allerdings kann nun wohl der Grund, warum derselbe zur Zeit des Todesfalles nicht erwerben kann, ein solcher sein, der auch die Fähigkeit eingesetzt zu werden ausschließen würde, wenn jetzt erst das Testament errichtet werden sollte; aber in Beziehung auf die einmal gültige Erbschaftssetzung kommt er doch jetzt nur als Grund der Erwerbunfähigkeit in Betracht. Mühlenthal a. a. D. S. 154.

14) Vgl. Mühlenthal, S. 153.

15) L. un. pr. Cod. de caducis toll. (6. 51.). L. un. Cod. de latina libertate tollenda. (7. 6.)

ben, als ihr ursprünglich zukam¹⁶⁾. Allein es können auch nach Justinianischem Rechte wirklich noch Fälle bloßer Incapacität vorkommen, auf welche L. 62. cit. anwendbar ist¹⁷⁾. Und es bleibt immer noch übrig, diese Stelle auch auf den Fall zu beziehen, wenn ein zur Zeit der Testamentserrichtung Erfähiger späterhin die Erfähigkeit verloren hat¹⁸⁾. Was nun die nähere Bestimmung der Fähigkeit, zum Erben eingesetzt zu werden, betrifft, so ist Regel, daß nur ein überhaupt Erfähiger zum Erben eingesetzt werden könne, oder mit anderen Worten, daß zu der testamentarischen Erbfolge auch schon im Zeitpunkt der Testamentserrichtung Erfähigkeit des eingesetzten Erben erforderlich sei¹⁹⁾. Es sind aber noch in besonderer Beziehung auf die testamentarische Erbfolge folgende Punkte hervorzuheben.

1) Das ältere Recht hatte den allgemeinen Grundsatz, es könne nicht eine *inerta persona* zum Erben eingesetzt oder mit Vermächtnissen bedacht werden. Von selbst versteht sich die Wirkungslosigkeit einer Erbsetzung, wenn der Eingesetzte in dem Sinne *inerta persona* ist, daß sich gar nicht ermitteln läßt, wozu der Testator habe berufen wollen²⁰⁾. Diese Regel aber war so vorhanden, daß der Erblasser nur ein Individuum bedenken könne, das man sich als ein concretes bestimmtes vorstellen konnte²¹⁾. Es konnte demnach nicht von einem ungewissen Umstande abhängig gemacht werden, auf welches bestimmte Individuum die testamentarische Verfügung zu beziehen sein werde, so daß nach Verschiedenheit der Umstände dieses oder jenes Individuum berufen sein könnte, z. B. *qui primus ad funus meum venerit, heres esto*²²⁾, wo nicht der fragliche Umstand von der Beschaffenheit war, daß er schon vor Vollendung der Testamentssolemnität entschieden, also schon dann die individuelle

16) Dahin neigt sich Rühlensbruch a. a. D. S. 156, der jedoch den eigentlich entscheidenden Grund für die von ihm vertheidigte Meinung nur darin findet, daß diese eine Usualinterpretation für sich habe. Denn sonst hält er dieselbe weder durch hinreichende theoretische Gründe, noch durch ein Bedürfnis der Praxis vollständig gerechtfertigt.

17) *Mulieres probrosae* sollten nicht *capere hereditatem ex testamento, nec ex testamento militis*; es kam aber dabei ungewisselhaft nur auf ihr Betragen zur Zeit des Erwerbes an. L. 41. §. 1. D. de test. milit. (29. 1.), vgl. mit L. 23. Cod. de nupt. (5. 4.) Rühlensbruch a. a. D. S. 267—276. Andere Indignitätsgründe hindern zwar auch nur das *capere hereditatem*; ihrer Natur nach aber kann auf dieselben nicht L. 62. cit. angewendet werden.

18) Vgl. Anm. 13.

19) Vgl. daher d. Art. *Successionsfähigkeit*. Dabei ist jedoch zu bemerken, daß nach röm. Rechte auch Sklaven zu Erben eingesetzt werden konnten, theils von ihrem eigenen Herrn, mit Ertheilung der Freiheit, theils von einem Anderen, wofür nur ihr Herr *testamenti factio* (wenn auch nicht *capacitas*) hatte. Cai. II. 185—189. Ulp. XXII. 7—13. — Pr. §. 3. J. h. t. Cf. L. 82. D. de acquir. hered. —

20) L. 9. §. 9. L. 62. §. 1. D. h. t. Vgl. Note 30.

21) Cai. II. 238. *Incerta persona, quam per incertam opinionem animo suo subicit testator.*

22) Cai. I. c. Ulp. XXII. 4. *Quoniam certum consilium debet esse testantis.*

Bestimmtheit des Eingesetzten hergestellt sein mußte, wie in dem Falle: *qui testamentum meum signaverint, heredes sumo*²³). Doch war es auch zulässig, die nähere Bestimmung des Erben unter einer Anzahl bestimmter Individuen von einem künftigen Umstande abhängig zu machen, z. B. *ex cognatis meis, qui nunc sunt, qui prius ad fanus meum venerit*²⁴), was eben so viel war, als ob die sub certa demonstratione begriffenen Personen alle eingesetzt wären unter einer Bedingung, die nur für die eine oder andere derselben erfüllt werden konnte. Nach Justinianischem Rechte soll nun aber jene Ungewißheit der Person des Eingesetzten überall nicht mehr der Gültigkeit der Erbsetzung im Wege stehen, insofern nur die jetzige Ungewißheit in Gewißheit übergehen kann²⁵); und nur die Beschränkung ist noch anerkannt, daß die Bestimmung des Erben nicht geradezu der Willkür eines Dritten überlassen werden kann²⁶).

2) Die Einsetzung von zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht geborenen Personen war nach älterem Rechte sehr beschränkt²⁷). Das Civilrecht hatte sie zuerst gestattet in Ansehung der *sui postumi*, deren Præterition Ungültigkeit des Testaments bewirkte²⁸), und nach prätorischem Rechte war dieß auch auf *postumi emancipatorum* Kinder anwendbar, die doch civilrechtlich *alieni postumi* waren²⁹). Aber nach prätorischem Rechte wurde überhaupt dem eingesetzten *alienus postumus* die homo-

23) L. 14. D. de reb. dub. (34. 5.)

24) Cai. l. c. Ulp. XXIV. 18. *Sub certa demonstratione incertae personae legari potest.*

25) Justinian hat dieß verordnet in L. un. Cod. de incertis personis. (6. 48.) Auf den Inhalt dieser Constitution, deren authentischer Text uns nicht erhalten ist (vgl. Witte, die *leges restitutae* des Justin. Goez, S. 200 fig.), wird in §. 27. vgl. mit §. 25. J. de legat. (2. 20.) auf eine Weise Bezug genommen, daß auch für das heutige Recht die Aufhebung jener Beschränkung unzweifelhaft ist. In §. 25. cit. wird derselben nur in praeterito erwähnt. Vgl. Theophil. ad h. l. — Zu beschränkend drückt sich Mayer, Bd. 1, S. 32, 33, aus: „Personen, die durch Vornahme irgend einer vom Erblasser selbst bezeichneten Handlung bestimmt werden sollen.“ Es kann auch eine fremde Handlung oder ein Zufall sein, wovon die nähere Bestimmung der Person abhängig gemacht wird.

26) L. 32. pr. D. h. t.: *Quos Titius voluerit.* Vgl. L. 68. *ibid.*: *Si Titius voluerit.* Im canonischen Rechte freilich heißt es: *Qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur intestatus decedere.* Cap. 3. X. de testam. (3. 26.) Vgl. aber Glück, Erbk. Bd. 34, S. 1 fig. Wangerow, Bd. 2, §. 1, S. 100—105.

27) Cai. II. 242. bemerkt dazu: *est enim incerta persona, und auch die constitutio de incertis personis hat sich darauf bezogen (Anm. 32).* Doch ist diese Ungewißheit nicht gleichartig der sub 1) angebeuteten, und wird auch sonst nicht unter dieselbe Regel subsumirt. Cai. II. 238. Ulp. XXII. 4.: *Quoniam certum consilium debet esse testantis, woran es hier nicht fehlt.* Den Grund davon kann man vielmehr in der Regel finden, nach welcher zur Zeit der Testamentserrichtung *testamenti factio* erforderlich ist (Anm. 8, 9).

28) Vgl. die Art. Enterbung, Rotherben.

29) Denn *est alienus postumus, qui natus inter suos heredes testatori futurus non est.* Cai. II. 241. §. 26. J. de legat. (2. 20.)

rum possessio secundum tabulas nicht vorenthalten³⁰⁾, ohne Unterschied ob der Postumus zu den Descendenten des Erblassers gehörte oder von einem Anderen abstammten sollte³¹⁾; und durch Justinian's Constitution ist denn endlich die Einsetzung eines postumus alienus auch civilrechtlich für gültig erklärt worden³²⁾. Dabei ist jedoch immer die Voraussetzung festgehalten, daß der Postumus schon zur Zeit des Todes des Erblassers concipiert sein müsse, um in Folge der Erbeinsetzung wirklich erben zu können³³⁾. Auch ist als *tarpius institutio* ungültig die Einsetzung eines unehelichen Postumus des Testators oder eines solchen, den derselbe mit einer Frau erzeugen würde, die nicht seine rechtmäßige Gattin sein kann oder einem Anderen schon verheuratet ist³⁴⁾.

3) Juristische Personen konnten der Regel nach nicht zu Erben eingesetzt werden³⁵⁾. Davon waren aber schon zu Ulpian's Zeit einzelne Ausnahmen gemacht worden³⁶⁾. Namentlich konnten Municipien von ihren Freigelassenen zu Erben eingesetzt werden³⁷⁾, und eben so wohl auch andere Corporationen, welche gleich jenen ihre Freigelassenen ab intestato zu beerben fähig waren³⁸⁾, während Vermächtnisse allen denselben auch von jedem Anderen hinterlassen werden konnten³⁹⁾. Den Municipien wurde vielleicht nun auch schon die Fähigkeit zu directer Erbeinsetzung in weiter-

30) §. 28. J. l. c. Pr. J. de bon. poss. (8. 9.) L. 6. D. de ventre in poss. mitt. (37. 9.)

31) L. 3. D. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.) Cf. L. 127. D. de legat. I. L. 6. pr. D. de inoff. testam. (5. 2.)

32) Pr. J. de bon. poss. In diesen Fällen findet also eine Ausnahme von der Anmerk. 8, 9, berührten Regel statt. *Mühlenbruch a. a. O.* S. 155, 156. Doch wurde diese zweifelsohne auch hier in so weit beobachtet, daß der Postumus, als jetzt schon lebend gedacht, gegenwärtig auch schon testamenti factio haben mußte, und daher z. B. der Postumus von einer *Peregrina* nicht eingesetzt werden konnte.

33) L. 3. D. cit.: *Omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuit, bonorum possessionem petere posse.* Vgl. *Mühlenbruch*, S. 406—423. Anderer Meinung ist zwar wieder *Mayet*, S. 38; er legt aber nicht das gebührende Gewicht darauf, daß L. 3. c. als allgemeine Regel in den Titel de bonorum possess. secundum tabulas aufgenommen ist und von dem postumus, qui moriente testatore in utero fuit, spricht.

34) §. 28. J. de legat. L. 9. §. 1. 3. 4. D. de lib. et post. (28. 2.)

35) Ulp. XXII. 5. gibt, in Beziehung auf Municipien, als Grund dafür an: *quoniam incertum corpus est, weshalb Manche auch die Regel von incertae personae stellen; aber die Natur dieser Regel (nach Ulp. XXII. 4.) und der Zusatz in §. 5. cit.: neque cernere univerei neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant, zeigen, daß jener Grund ein ganz anderer ist.* *Savigny, System des heut. röm. Rechts*, Bd. 2, S. 301.

36) Ulp. l. c. §. 5. 6.

37) L. 1. §. 1. D. de libertis universitatum. (38. 3.)

38) Arg. rubr. tit. D. cit. L. 3. §. 4. D. de bon. poss. (37. 1.) L. 6. §. 4. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) Vgl. L. 1. 2. D. de manumission. quae serv. ad univ. pertineat. impon. (40. 3.) L. 3. §. 6. D. de suis et legit. (33. 16.)

39) Ulp. l. c. u. XXIV. 28. L. 1. §. 1. D. cit. L. 26. 27. pr. D. ad SC. Trebell. L. 73. §. 1. L. 117. 122. pr. D. de legat. I. L. 20. D. de reb. dub. (34. 5.) L. 38. §. 6. D. de legat. III.

rem Umfange beigelegt⁴⁰⁾, und jedenfalls ist diese seit Kaiser Leo und so denn auch im Justinianischen Rechte den städtischen Gemeinden allgemein zuerkannt worden⁴¹⁾. Daß dieselbe überhaupt allen Corporationen regelmäßig zukomme, ist eine nach römischem Rechte ungegründete und daher in neuester Zeit schon von mehreren Schriftstellern mißbilligte Meinung⁴²⁾. Wir finden in einer Stelle deutlich ausgesprochen: *collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse*⁴³⁾; nirgendwo aber wird allgemein den Corporationen jene Fähigkeit ertheilt, und insbesondere ist es auch nicht einmal wahrscheinlich, daß dieß durch die Justinianische Constitution *de incertis personis* geschehen sei⁴⁴⁾. Jedoch ist die Ansicht, daß die Erbfähigkeit zu den regelmäßigen Attributen einer anerkannten Corporation gehöre, in der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis von jeher so vorherrschend gewesen, daß man darnach in der Anerkennung einer solchen von Seiten der Staatsgewalt im Zweifel auch eine Ertheilung der Erbfähigkeit anzunehmen berechtigt ist⁴⁵⁾. Auch im römischen Rechte schon ist dagegen noch ausdrücklich anerkannt die Erbfähigkeit der Kirche und milder Stiftungen. Zu Ulpian's Zeit konnten ausnahmsweise gewisse Gottheiten oder Tempel zu Erben eingesetzt werden⁴⁶⁾. Von Constantin wurde dieses Recht der christlichen Kirche oder den einzelnen christlichen Kirchen allgemein ertheilt⁴⁷⁾, und weil es häufig vorkam, daß der Stifter der Kirche, Christus oder ein Apostel oder sonst ein Heiliger als Erbe bezeichnet wurde, so erließ Justinian eine eigene Verordnung darüber, wie eine solche Verfügung zu vollziehen und welcher einzelnen Kirche in solchem Falle die Erbschaft zuzusprechen sei⁴⁸⁾. Gleich der Kirche selbst ward auch den unter ihrem Schutze und ihrer Aufsicht stehenden Wohlthätigkeitsanstalten die Erbfähigkeit beigelegt⁴⁹⁾. Es kann einer Kirche wie schon nach älterem Rechte auch etwa einer Stadtgemeinde⁴⁹⁾ für bestimmte gemeinnützige Zwecke, *sub modo*, etwas hinterlassen werden. Aber es bestanden in der späteren Zeit auch mancherlei Anstalten zu wohlthätigen Zwecken als selbstständige juristische Per-

40) Aus den Stellen in Note 37, 38, läßt sich dieß zwar nicht beweisen, auch nicht, daß *honorum possessio secundum tabulas* den Städten regelmäßig ertheilt worden sei. Savigny a. a. D. S. 303—305. Aber L. 12. Cod. h. t. (Anm. 41) drückt sich nicht so aus, als ob sie etwas Neues in dieser Hinsicht festsetze. Wählenbruch, S. 434, Note 53.

41) L. 12. Cod. h. t. (a. 469.)

42) Wählenbruch a. a. D. S. 434 flg. Puchta, Lehrb. S. 441, Anm. 1. Bangerow, Pand. Bb. 2, S. 93. Mayer, §. 16, Note 10. Savigny a. a. D. S. 302.

43) L. 38. Cod. h. t. Für die Judengemeinden galt das *ius singulare odiosum*, daß sie auch Vermächtnisse nicht erwerben konnten. L. 1. Cod. de Indaeis. (1. 9.) Wählenbruch, Bb. 39, S. 252 flg., S. 435.

44) Wählenbruch, S. 434—442.

45) Arg. L. 3. D. de const. princip. (1. 4.) Wählenbruch, S. 442.

46) Ulp. XXII. 6.

47) L. 1. Cod. de ss. ecclesiis. (1. 2.)

48) L. 26. Cod. l. c., eine *lex restituta*, deren wesentlicher Inhalt aber in Nov. 131. cap. 9. sich wiederholt findet.

49) L. 117. 122. pr. D. de legat. I.

sorten ⁵⁰⁾, und auch deren Fähigkeit, zu Erben eingesetzt zu werden, war und ist denn eben so entschieden, wie die der Kirche selbst, anerkannt ⁵¹⁾. Ja, zu besonderer Begünstigung solcher wohlthätiger Absichten war schon zur Zeit, als noch die Regel galt, daß *incertae personae* nicht eingesetzt werden könnten, doch die Einsetzung der Armen schlechthin, und so auch der in Gefangenschaft Befindlichen für gültig erklärt worden, mit näheren Bestimmungen, wie und durch wen in Ermangelung genauerer Festsetzung des Erblassers je nach Lage der Sache eine solche Verfügung geltend gemacht und ausgeführt werden solle ⁵²⁾. Darnach ist die Erbschaft bald einer schon bestehenden Wohlthätigkeitsanstalt zuzuweisen, bald unter Leitung der kirchlichen Autoritäten zu dem bestimmten Zwecke auf angemessene Weise zu verwenden. Diese Verwendung aber braucht nicht in gänzlicher Verausgabung des Vermögens oder Vertheilung desselben unter die Armen zu bestehen, es ist vielmehr, wo möglich, der Grundstock des Vermögens zu schonen, um fortdauernd mittelst des Ertrages den wohlthätigen Intentionen des Erblassers ihren Erfolg zu sichern ⁵³⁾. So kann denn gemäß solcher Erbeinsetzung eine Stiftung entstehen, die auch ein bleibendes Dasein als juristische Person hat ⁵⁴⁾. Unbedenklich kann

50) Savigny a. a. D. S. 267 flg.

51) L. 13. 22. 23. Cod. de ss. eccles.

52) L. 24. (Valent. et Marcian.) u. L. 49. (Justinian.) Cod. de episcop. et cler. (1. 3.) Nov. 131. cap. 11. Cf. L. 28. Cod. l. c. (Leo et Anthem.).

53) L. 49. cit. sagt zuerst (§. 2.) in Betreff der Erbeinsetzung der Gefangenen: *omnimodo in redemptionem captivorum procedat hereditas sive per annuos redditus, sive per venditionem mobilium seu se moventium rerum sit; sic bestimmt dann in §. 3. für den Fall, daß einem bestimmten Armenhause die den Armen hinterlassene Erbschaft überwiesen wird: in aegrotantes fieri patrimonii distributionem, secundum quod in captivis constitimus, vel per redditum annuorum erogationem, vel per venditionem rerum mobilium vel sese moventium, ut ex his res immobiles comparentur et annuus victus aegrotantibus accedat, und dann verfügt §. 6: sin autem nullas xenon in civitate inveniantur: tunc secundum de captivis sanctionem pro tempore oeconomus... vel episcopus hereditatem accipiat et sine Falcidia ratione pauperibus... eadem pecuniae distribuantur. Daß nun in der letzten Stelle so wenig wie in §. 3. die distributio pecuniae oder patrimonii schlechthin als eine Vertheilung des ganzen Erbvermögens zu verstehen ist, daß vielmehr in allen Fällen sive per redditum annuorum erogationem vel per venditionem rerum mobilium etc. die Verwendung zu geschehen habe, geht aus dem ganzen Zusammenhange klar genug hervor.*

54) Mühlenthal, S. 461 flg., betrachtet die Armen oder Gefangenen selbst als die eigentlichen Erben, und den Bischof oder Deconomus u. s. w. als deren Repräsentanten. Allein jene lassen sich, wie Mühlenthal selbst sagt, gar nicht zu einem bestimmten Rechtssubjecte individualisiren, um so weniger, da schlechterdings nicht die zu einer bestimmten Zeit vorhandenen Ortsarmen für eingesetzt zu halten sind. Es liegt nichts vor, als die Bestimmung des Vermögens zur Unterstützung der Armen, beziehungsweise zum Loskauf der Gefangenen, nach verständigem Ermessen der benannten Vertreter. Soll nun doch auch nicht der Bischof oder dessen Kirche der eigentliche Erbe sein, so ergibt sich ein Vermögen, zu einem gewissen Zwecke bestimmt, ohne ein außer ihm sichtbar existirendes Subject, und man kommt so nothwendig wieder zur Annahme einer ju-

nun auch der Testator selbst geradezu die Errichtung einer besonderen Anstalt mit der Eigenschaft einer juristischen Person anordnen, und soll dieser Anordnung, so weit als möglich, Folge gegeben werden⁵⁵). Ob denn aber auch die Erbeinsetzung einer solchen Anstalt, die eben dadurch erst ihr Dasein als juristische Person erhalten soll, für gültig zu halten sei, ist eine sehr streitige Frage⁵⁶). Erwägt man, wie sehr das neuere römische Recht bemüht ist, derartige letztwillige Verfügungen, ungehindert durch formelle Rücksichten, aufrecht zu erhalten und die vollständige Erreichung ihres Zweckes möglichst zu sichern⁵⁷), und wie es in Wahrheit nur ein formeller Fehlgrieff sein könnte, eine zu errichtende Anstalt selbst zum Erben einzusetzen, wenn anerkannt wird, daß man auf andere Art die Absicht, sein ganzes Vermögen zur Errichtung einer solchen mit juristischer Persönlichkeit begabten Stiftung verwendet zu sehen, sicher erreichen könne, so kann man nicht umhin, der bejahenden Beantwortung obiger Frage sich anzuschließen⁵⁸).

4) Man hat häufig auch denjenigen, welcher für *intestabilis* erklärt ist, eben deshalb für unfähig, zum Erben eingesetzt zu werden, gehalten; ja es ist die passive wie active Testamentesunfähigkeit in den Begriff der Intestabilität aufgenommen worden⁵⁹). Darnach wäre denn namentlich auch dem Pasquillanten die *testamenti factio* ganz abzusprechen⁶⁰). Diese Meinung wird auch unterstützt durch die Erklärung des Theophilus⁶¹). Allein nach den Aussprüchen der Justinianischen Rechtsquellen selbst ist man nur berechtigt zu der Behauptung, daß der *Intestabilis*, als unfähig zur Ablegung eines Solennitätszeugnisses, folgerungsweise auch für unfähig gehalten werde, sich zu einem Acte ein Solennitätszeugniß

rischen Person von der Art, wie wir sie unter Stiftungen zu verstehen pflegen.

55) Nov. 131. cap. 10. Cf. L. 15. Cod. de ss. eccles. L. 46. Cod. de episcop. (beide *leges restitutae*).

56) Sie ist lebhaft verhandelt worden in Beziehung auf die Stiftung des Stäbel'schen Kunstinstitutes in Frankfurt. Unter den vielen Streitschriften darüber ist besonders hervorzuheben Mühlensbruch, rechtliche Beurtheilung des Stäbel'schen Beerbungsfalles (1828), der die obige Frage verneinend beantwortet. Vgl. auch dessen Erläuterung a. a. D. Bd. 39, S. 467 flg., Bd. 40, S. 1—108. Ueber einen verwandten Fall vgl. Korthoff, die Gültigkeit der Erbeinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung in dem Testamente des weil. Blum (1833), als Wertheidiger der entgegengesetzten Meinung.

57) Vgl. noch Nov. 131. cap. 11: *Omnibus enim talibus piis voluntatibus.... secundum defuncti voluntatem universa procedant.*

58) Vergl. Puchta, Lehrbuch §. 95, und im Rechtslexikon Art. *Corporation*, Bd. 3, S. 67 flg., dann in der Recension von Savigny's System Bd. 2, in Richter's krit. Jahrb. Bd. 4, S. 707—712. Eine weitere Ausführung darüber ist zu erwarten im Art. *Stiftung*. Vgl. auch Riccius, System des gem. Zivilrechtes, Bd. 1, S. 150—152.

59) In diesem Sinne werden in der Quote *credentes* von Friedrich II. die Häretiker für *intestabiles* erklärt, nach dem damals vorherrschenden Sprachgebrauche.

60) L. 18. §. 1. D. qui test. fac. poss. (28. 1.)

61) Ad §. 6. J. de testam. ordin. (2. 10.) Doch sagt Theophilus eigentl. nur, der in den XII. tabb. für *intestabilis* erklärte untreue Zeuge könne nicht eingesetzt werden.

ablegen zu lassen, und daher unfähig, ein Testament zu errichten, nicht aber auch, in einem Testamente eingesetzt zu werden⁶²⁾.

5) Noch sind einige nur relative Beschränkungen in Betreff der einzusetzenden Erben anzuführen. a) Ungiltig ist die Einsetzung des Regenten *litis causa*, d. i. in der Absicht, damit er einen Prozeß fortsetze oder anfänge⁶³⁾. b) Der in zweiter Ehe lebende Ehegatte kann dem zweiten Ehegatten weder durch Erbeinsetzung noch durch Vermächtniß mehr von seinem Vermögen zuwenden, als dasjenige Kind aus früherer Ehe bekommt, welches am wenigsten bedacht ist⁶⁴⁾. c) Wer rechtmäßige Kinder hat, soll seinen im Concubinat erzeugten Kindern (*liberi naturales*) und der Concubine zusammen nicht mehr als den zwölften Theil, der Concubine allein nicht über den einundzwanzigsten Theil der Erbschaft hinterlassen können, und dieselbe Beschränkung gilt auch umgekehrt gegen den unehelichen Vater⁶⁵⁾. Die heutige Anwendbarkeit dieser Vorschrift ist zwar vielfach bestritten worden, weil der Concubinat jetzt nicht mehr erlaubt sei, und die darin erzeugten Kinder rechtlich den *spurii* oder *vulgo quaeaiti* gleichstehen, für welche jene Beschränkung nach römischem Rechte nicht gelte⁶⁶⁾. Allein die fragliche Beschränkung hat ihren Grund in der Verwerflichkeit des Concubinats⁶⁷⁾; es wäre aber wahrlich sonderbar, jene nun für aufgehoben anzusehen, nachdem diese Verwerflichkeit durch die gesetzlich ausgesprochene Unerlaubtheit des Concubinats noch gesteigert worden ist; um so mehr, als auch die Befürchtung, welche man sonst noch als wahrscheinliches Motiv jenes Gesetzes hervorgehoben hat, daß nämlich der Vater die mit einer Concubine erzeugten Kinder vor den ehelichen begünstigen möchte, bei erklärter Unerlaubtheit eines solchen außerehelichen Zusammenlebens noch jetzt eben so viel Grund hat. Mit Recht wird vielmehr von Anderen sogar die Ausdehnung jener Beschränkung auf die *spurii* behauptet; denn da nach einer entschiedenen Praxis die in derselben Novelle enthaltene günstige Bestimmung über das Intestaterbrecht der *liberi naturales* auf die unehelichen Kinder überhaupt ausgedehnt worden, so ist es consequent, auch die ungünstige über das Testamentserbrecht in demselben Umfange auf sie anzuwenden⁶⁸⁾. d) Die Frau, welche

62) L. 26. D. l. c.: *Cum lege quis intestabilis iubetur esse, eo pertinet, ut eius testimonium recipiatur, et eo amplius, ut quidam putant (also schon dieses nur eine zweifelhafte Erweiterung), neve ipsi dicatur testimonium.* Dieß Ergte kann nach classischem Rechte gewiß nicht auf den eingesetzten Erben bezogen werden. Arg. Cai. II. 108. Ulp. XX. §. 3—6, und es wäre gewagt, ihm etwa mit Rücksicht auf §. 10. J. de test. ord. (2. 10.) eine weitere Beziehung zu geben. Vgl. L. 16. §. 1. cit.: *Intestabilis... ergo nec testamentum facere potest, nec ad testamentum adhiberi.* S. Mühlensbruch a. a. D. S. 257—262. Mayer, Erbr. Bd. 1, S. 41, 42.

63) L. 91. D. h. t. §. 8. J. quib. mod. test. infirm. (2. 17.)

64) L. 6. 9. Cod. de sec. nupt. (5. 9.) Nov. 22. cap. 27.

65) Nov. 89. cap. 12. §. 2. 3. cap. 13. Cf. L. 2. 8. Cod. de matr. lib. (5. 27.) L. 6. Theod. Cod. eod. (4. 6.)

66) Mühlensbruch, S. 323—339. Wangerow, Bd. 1, S. 88.

67) L. 8. Cod. cit.: *Quia vitium paternum refracandum esse existimavimus.*

68) Puchta, Lehrbuch §. 464, Note y. Mayer a. a. D. S. 43, 44.

durch zu frühzeitige Eingehung einer anderen Ehe das Trauerjahr verlegt hat, soll dem neuen Satten höchstens ein Drittel ihres Vermögens zuwenden können⁶⁹⁾. Diese Bestimmung ist jedoch nicht mehr praktisch, nach der Bedeutung, welche die Praxis der canonisch-rechtlichen Aufhebung der Infamie wegen jener Verletzung des Trauerjahres beigelegt hat⁷⁰⁾. Uebrigens kommt es in den unter b) c) d) erwähnten Fällen auf die Zeit des Todes an, und wird also die Erbeinsetzung, welche gegenwärtig gegen jene Vorschriften verstößt, nicht als von Anfang an in so weit nichtig zu behandeln sein⁷¹⁾. So kann namentlich in dem Falle a) die Erbeinsetzung vollkommen gültig bleiben, wenn dasjenige Kind aus früherer Ehe, welches zu geringerem Theile eingesetzt ist, als der zweite Ehegatte, vor dem Testator stirbt oder durch spätere Schenkungen oder Vermächtnisse so viel mehr erhalten hat, daß jene Differenz ausgeglichen wird; und so wird auch die Erbeinsetzung der *liberi naturales* zu größerem Erbtheile bestehen bleiben, wenn die zur Zeit der Testamenterrichtung vorhandenen rechtmäßigen Kinder oder die Ehegattin des Erblassers vor demselben mit Tode abgegangen sind.

Es ist nunmehr

II. die Art und Weise der Erbeinsetzung näher zu bestimmen. Was nun hier

1) die Form der Erbeinsetzung im Allgemeinen betrifft, so erfordert dieselbe nach älterem Rechte freilich eine gewisse Solennität des Ausdrucks, welche den Willen des Erblassers energisch aussprach⁷²⁾; nach neuerem Rechte kommt aber darauf nichts mehr an⁷³⁾. Es genügt nun eine jede Erklärung, welche den Willen des Erblassers, daß eine bestimmte Person eben hierdurch zum Erben ernannt sein solle, deutlich an den Tag legt, wenn sie sich auch solcher Worte bedient, welche an sich nicht auf Erbernennung gehen, welche aber doch im Zusammenhange unzweifelhaft die Absicht einer solchen Kund geben, z. B. ich vermache dem A. mein ganzes Vermögen u. dgl.⁷⁴⁾ Nicht genügend aber ist eine Erklärung, welche die Absicht der Erbeinsetzung wohl vermuthen läßt, aber auch eine andere Auslegung gestattet, oder welche nicht selbst bestimmt ist, die Erbeinsetzung einer Person auszusprechen, sondern nur die Wahrscheinlichkeit begründet, daß eine solche vom Erblasser beabsichtigt gewesen sein möge. Daher kann man in einer Verfügung, welche den B. zum Erben ernennt, wenn der A. vor dem Testator stirbt oder nicht dessen Erbe werde, nicht zugleich eine Erbeinsetzung des A. anerkennen⁷⁵⁾. In jedem Falle muß

69) L. 1. Cod. de secund. nupt. (5. 9.)

70) Vgl. cap. 4. 5. X. de secund. nupt. (4. 21.) Puchta, Lehrbuch §. 421.

71) Mayer a. a. D. §. 17.

72) Ulp. XXI. Cal. II. 116. 117. Cf. L. 1. §. 5—7. L. 48. pr. D. h. t.

73) L. 15. Cod. de testam. (6. 23.)

74) L. 15. cit.: Quibuslibet confecta sententiis vel quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio.

75) In conditione positus non est in dispositione. Diese Regel ist an-

die Person des Erben auf solche Weise bezeichnet werden, daß sich daraus unmittelbar oder nach Maßgabe bestimmter im Testamente angegebener Umstände ⁷⁶⁾ mit Sicherheit erkennen lasse; wem der Testator die Erbschaft befehlen wollte. Im Testamente selbst braucht jedoch diese Bestimmung des Erben nicht geradezu ausgesprochen zu sein; es kann vielmehr auf eine andere Urkunde Bezug genommen werden, in welcher der Erbe genannt sein werde (sogen. *institutio mystica, testamentum mysticum* nach neulateinischem Sprachgebrauche), wo denn freilich die Erbeinsetzung nicht, wenn dieß sich wirklich so findet, bestehen kann ⁷⁷⁾. Zur Bezeichnung des Erben dient natürlich meistens der Name desselben; aber jedes andere unzweideutige Merkmal kann eben so wohl dazu dienen; nur darf die Bezeichnung nicht eine dem Eingesezten schimpfliche sein, so daß er die Erbschaft nicht in Anspruch nehmen könnte, ohne dadurch einzuräumen, ja selbst zu behaupten, daß die beschimpfende Bezeichnung auf ihn passe; denn wenn ohne Rücksicht auf dieselbe doch die Person des Eingesezten schon hinreichend kenntlich gemacht ist, so steht der Gültigkeit der Einsetzung nichts im Wege, indem alsdann jene als ein falscher unwahrer Zusatz ignoriert werden kann ⁷⁸⁾. Ein überflüssiger unwahrer Zusatz zu einer ohnehin schon vollkommen ausreichenden Demonstration des Erben, oder ein Irrthum in der Bezeichnung bei dennoch vorhandener Unzweifelhaftigkeit des Willens, kommt nämlich überall nicht in Betracht ⁷⁹⁾. Ist aber die Bezeichnung unklar oder zweideutig, indem sie z. B. auf verschiedene Personen gleich anwendbar erscheint, so ist die Erbeinsetzung ohne Wirkung, weil keiner darzuthun im Stande ist, daß er und nicht ein Anderer eingesetzt sei, es möchten denn dem Einen oder Anderen besondere

erkannt in L. 19. D. h. t. L. 16. §. 1. in f. D. de vulg. subst. (28. 6.) Nicht entgegen steht ihr L. 85. D. h. t., indem diese nicht sagt, daß die Bruder-Kinder als Testamentserben den substituirtten Sklaven vorgezogen sein sollen. Auch berechtigt L. 15. Cod. cit. nicht, ein Anderes anzunehmen, da sie mit den Pandektenstellen sich sehr wohl vereinigen läßt. Wählenbruch, Bb. 40, S. 284—247. Puchta, Lehrb. §. 466, Note 1. Mayer, §. 19, Note 3, u. X. Dagegen erklärt sich wieder Wangerow a. a. D. S. 154.

76) Vgl. oben Anm. 25.

77) L. 77. D. h. t. Cf. L. 10. D. de cond. institut. (28. 7.) Ob dasselbe bei mündlichem Testamente gelte, haben Viele bezweifelt wegen L. 21. pr. D. qui testam. fac. L. 26. Cod. h. t. und Rotariatsordnung Tit. I, §. 8; Glück, Bb. 35, S. 14 fig., aber ohne Grund. Die Stellen sagen nichts anderes, als daß der Inhalt des Testaments, der sonst niedergeschrieben werde, „was er im Testament begriffen haben wollte,“ also ad quos substantiam suam pervenire velit, beim mündlichen Testamente den Zeugen vernehmlich gesprochen werden müsse.

78) L. 9. §. 8. 9. cf. L. 48. §. 1. L. 58. D. h. t.

79) *Falsa demonstratio non nocet.* L. 48. §. 3. D. h. t. Cf. L. 33. pr. D. de cond. et demonstr. (35. 1.) §. 29. J. de legat. (2. 20.) L. 4. Cod. de testam. (6. 23.) Es kann aber wohl zweifelhaft sein, welches Merkmal die wahre demonstratio, welches der falsche Zusatz sei, so daß dadurch die Erbeinsetzung selbst zweifelhaft wird; z. B. in einem wirklich vorgekommenen Falle, wo zum Erben eingesetzt war der älteste Sohn meiner Schwester, Friedrich X., der älteste Sohn der Schwester aber Ferdinand, und der zweite, welcher aller Wahrscheinlichkeit nach gemeint war, Friedrich dieß.

Umstände zu Hilfe kommen, welche mit genügender Gewißheit ergeben, daß der Erblasser gerade diesen bei der zweideutigen Bezeichnung im Auge gehabt habe⁸⁰). Wenn hingegen der Erblasser irrtümlich einen Anderen genannt hat, den er zum Erben zu ernennen wirklich nicht die Absicht hatte, so ist die Erbeinsetzung ungültig, als dem wahren Willen des Erblassers nicht entsprechend, und es kann auch nicht etwa derjenige, den er hatte einsetzen wollen, das Erbrecht geltend machen, weil dieser nicht wirklich eingesetzt worden ist⁸¹).

2) Die Anzahl der einzusetzenden Erben ist nicht beschränkt⁸²). In Ermangelung einer näheren Bestimmung darüber wird hier natürlich angenommen, daß alle zu gleichen Theilen erben sollen⁸³). Es kann aber der Testator zugleich den einzelnen eingesetzten Erben die Erbtheile bestimmen. Bei den Römern war in dieser Rücksicht üblich die Eintheilung des Ganzen (as) in zwölf Theile (unciae), deren mehrere vereinigt je auch wieder durch besondere Namen bezeichnet wurden⁸⁴). Darnach wurde der einzige Erbe heres ex asse (scriptus, institutus) genannt, und entsprechend z. B. heres ex quadrante, ex triente etc. gesagt. Indessen ist der Testator an diese Eintheilung des as nicht etwa gebunden; er kann so viele Theile machen, als ihm beliebt, und es kommt auch gar nicht darauf an, wie er sie bezeichne, wenn nur, was er will, klar zu erkennen ist⁸⁵). Auch kann gültig auf eine anderweitig vom Testator vorgenommene oder vorzunehmende Theilbestimmung Bezug genommen werden; wenn aber diese dann sich nicht wirklich findet, so ist es im letzten Falle, bei Bezugnahme auf eine künftig erst vorzunehmende Theilbestimmung, im Zweifel so zu halten, als wenn die Erben ganz ohne Angabe der Erbtheile eingesetzt worden, im ersten Falle hingegen ist die Erbeinsetzung selbst so gut als nicht geschehen⁸⁶). Es kann auch verwiesen werden auf eine dem Testator selbst fremde Bestimmung, z. B. auf die gesetzliche Vertheilung der Intestaterbfolge, oder auf die im Testamente eines Anderen angegebenen Erbtheile⁸⁷). Nicht aber kann es nach römischem Rechte schlechthin in die Willkür eines Dritten gestellt werden, den ernannten Erben ihre Erbtheile nach seinem Belieben zu bestimmen⁸⁸).

80) L. 9. §. 9. L. 62. §. 1. D. h. t. Cf. L. 33. §. 1. D. de cond. et dem.

81) L. 9. pr. D. h. t.

82) §. 4. J. h. t.

83) §. 6. J. l. c. L. 9. §. 12. D. h. t.

84) Von zwei bis zu elf aufwärts steigend: sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx; eine halbe Unze semuncia, anberthhalb sescunx oder sescuncia. §. 5. J. h. t. L. 13. §. 1. L. 50. §. 2. D. h. t. Volusius Maecianus et Balbus de asse edid. Böcking, Bonnæ 1831. Vgl. d. Art. A s, Bd. 1, S. 460.

85) L. 13. §. 1. cit. Cf. L. 47. §. 1. L. 81. pr. D. ibid.

86) L. 2. 36. D. h. t. L. 12. D. de b. p. c. t. (37. 11.) Cf. L. 88. D. de cond. et dem. (35. 1.)

87) L. 2. in f. L. 81. §. 1. D. h. t.

88) Vgl. oben Note 26. Anderer Meinung scheint Mayer, §. 19, Note 12, der auch annimmt, daß die Wahl unter Mehreren dem Willen eines Dritten anheim gegeben werden könne. Aber L. 7. §. 1. D. de reb. dab. gibt

Andern sind in Betreff der Vertheilung der Erbfolge noch folgende Punkte zu beachten:

a) Es ist möglich, daß der Erblasser zwar allen eingesetzten Erben Theile der Erbschaft bestimmt, daß aber diese den verschiedenen Erben angewiesenen Theile zusammen genommen das Ganze überschreiten oder umgekehrt noch nicht erschöpfen. Im ersten Falle tritt unvermeidlich eine Minderung jener Erbtheile ein, und zwar erleiden in der Regel alle im Verhältniß ihrer Größe so viel Abzug, als die mathematische Reduction auf das wahre Ganze nothwendig macht, so daß z. B. aus vergebenen sechs Vierteln eben so viel Sechstheile gemacht werden⁸⁹⁾. Wenn jedoch die erkennbare Willensmeinung des Erblassers diese ist, daß der einem Erben angewiesene Erbtheil durch Einsetzung eines Anderen um so viel geschmälert werden soll, als diesem ertheilt wird, so ist das natürlich zu befolgen. Diese Willensmeinung aber soll nach einer Justinianischen Verordnung im Zweifel angenommen werden, wenn der Testator zuvor Jemanden deutlich auf das Ganze und dann hinterher einen Anderen auf einen bestimmten Theil eingesetzt hat⁹⁰⁾. In dem zweiten oben angegebenen Falle wäre es an sich denkbar, daß in Ansehung der nicht vergebenen Theile die Intestaterbfolge eintrete, wenn nicht die bekannte Regel entgegenstände: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus deo- dore potest*. Nur bei Soldatenechtschaften, für welche diese Regel überhaupt nicht gilt, kann daher jene Folge eintreten, wo nicht aus den Umständen hervorgeht, daß der Testator eine solche Concurrenz von Intestaterben und Testamentserben nicht beabsichtigt habe, sondern der Mangel nur durch einen Schreib- oder Rechnungsfehler entstanden sein müsse⁹¹⁾. Sonst aber wächst der keinem Erben angewiesene Theil der Erbschaft von selbst den angegebenen Erbtheilen der eingesetzten Erben hinzu, so daß diese in gleichem Verhältniß vergrößert, wie im ersten Falle vermindert werden⁹²⁾.

b) Es kann auch der Fall sein, daß der Erblasser einigen der genannten Erben ihre Erbtheile festgesetzt hat, anderen nicht. Adann gilt in Ansehung des nach Abzug der ersten noch übrigen Theiles der Erbschaft für diejenigen Erben, welchen ein bestimmter Theil nicht beigelegt ist, dasselbe, was in Ermangelung aller Theilbestimmung für alle Erben in Ansehung der ganzen Erbschaft Regel ist; sie sind zu gleichen Theilen dieses Theiles eingesetzt⁹³⁾. Nun kann aber durch die angewiesenen Erbtheile das Ganze schon erschöpft oder gar überschritten sein. Hat der

kein Argument dafür, so wenig wie Jemand L. 16. D. de legat. II. dazu benutzen möchte.

89) §. 7. J. h. t. L. 13. §. 4—7. D. h. t. Cf. L. 47. §. 1. *ibid.*

90) L. 23. Cod. de legatis. (6. 37.) Ueber die verschiedenen Ansichten betreffend die Erklärung dieser Stelle und deren Verhältniß zu den angeführten Pandektenstellen vgl. Schrader, *Abh. Bd. 2, §. 4.* Mühlenthal, *Bd. 40, S. 122—133.* Mayer, §. 26, Note 2. Wangerow, *Bd. 2, §. 1, S. 162—166.*

91) §. 5. J. h. t. L. 6. 17. pr. §. 1. D. de test. milit. (29. 1.) L. 1—3. Cod. eod. (6. 21.)

92) §. 5. 7. J. h. t. L. 13. §. 2. 3. D. h. t.

93) §. 6. J. l. c. L. 17. pr. §. 1. D. h. t.

Testator, nachdem er das Ganze vergeben, noch Andere ausdrücklich auf die übrigen Theile, auf den Rest eingesetzt, so wird diese Einsetzung: freilich, da kein Rest mehr da ist, illusorisch sein⁹⁴). Sonst aber muß doch für die ohne Angabe des Erbtheiles eingesetzten Erben ein solcher ermittelt werden. Nach römischer Rechnungsweise geschah dieses folgendermaßen. Hatte der Testator nach Vertheilung von zwölf Unzen (expleto asse) Andere sine parte eingesetzt, so wurde für die letzten ein zweiter as angenommen (in alium assem venire; alterum assem datum) oder mit anderen Worten, es wurde das Ganze in zweimal zwölf Theile getheilt (dupondius); und von diesen halben Unzen erhielten die cum parte eingesetzten Erben so viele als ihnen Unzen zugebacht waren, also zusammen zwölf; die übrigen Theile, also die Hälfte der ganzen Erbschaft, gehörten den sine parte Eingesetzten⁹⁵). In gleicher Weise wurden bei einer Vertheilung von mehr als zwölf Unzen die nach deren Abzug von vier und zwanzig Theilen noch übrig bleibenden Halbunzen (quod dupondio deest) den sine parte eingesetzten Erben zugetheilt⁹⁶). In beiden Fällen bestand die Operation einfach darin, daß die cum partibus Eingesetzten nur die Hälfte ihrer Nominalerbtheile erhielten, nämlich halbe Unzen statt ganzer oder nur halb so viel ganze Unzen, wodurch man denn für die anderen Erben noch Etwas erübrigte. Waren aber sogar vier und zwanzig oder mehr Unzen vergeben, so mußte man zu einem dritten as greifen und damit eben so verfahren, wie mit dem zweiten; es wurden dann dreimal zwölf Unzen des Ganzen angenommen, also die einzelnen Unzen und somit auch die darnach bestimmten Erbtheile auf ein Drittel ihres Nominalbetrages beschränkt⁹⁷); und so nöthigenfalls weiter auf ein Viertel u. s. w. (tripondius? quadripondius?). Von dieser Rechnungsweise kann nun noch jetzt unmittelbar Gebrauch gemacht werden, wenn der Testator bloß nach gewissen Verhältniszahlen, ohne Angabe der Bruchtheile des Ganzen, einigen Erben die Erbtheile bestimmt und andere ohne solche Bestimmung eingesetzt hat; z. B. den A. setze ich zu 6 Theilen ein, den B. zu 8 Theilen; auch C. soll mein Erbe sein. Denn auf den Gebrauch des Wortes unciae konnte es dabei nicht ankommen⁹⁸). Gewöhnlich aber werden die Erbtheile in beliebigen Bruch-

94) L. 17. §. 3. cf. L. 78. §. 3. L. 79. D. h. t.

95) L. 17. §. 3. cf. L. 20. §. 1. L. 53. D. h. t. §. 6. J. h. t.

96) §. 8. J. h. t. L. 18. 87. D. h. t.

97) §. 8. J. cit. L. 17. §. 5. D. h. t. Quodsi quis dupondium distribuit et tertium sine parte instituit, hic non in alium assem (nach Hal. dupondium) sed in trientem venit. Diese Stelle ist so zu verstehen: Wenn 24 Theile vergeben sind und nun noch einer sine parte eingesetzt ist, so sind nicht jene 24 Theile zusammen als ein As anzusehen und nun ein anderer As, also die Hälfte der ganzen Erbschaft dem sine parte scriptus zuzusprechen, sondern dieser bekommt nur ein Dritteltheil der Erbschaft; es sind zu den schon vergebenen zweimal zwölf Unzen noch zwölf als dritter As hinzuzudenken, und darnach ist die Vertheilung zu machen. Vgl. L. 18. D. h. t. Eadem ratio in dupondio omnique re deinceps, quae in asse, servetur.

98) L. 87. cit.: In viginti quatuor enim partes hereditate distributa, tertio ratio calculi, velut ex decem partibus instituto, quinque uncias adsignavit.

theilen des Ganzen bestimmt sein, z. B. $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$, $\frac{1}{6}$ u. s. w. In diesem Falle könnte man nur eine Reduction auf die Eintheilung des Ganzen in 12 Theile vornehmen und so denn die obige Rechnung anwenden. Aber es muß immer dasselbe Resultat geben, wenn man nur ohne Weiteres die einzelnen Erbtheile auf die Hälfte oder ein Drittel u. s. w. herabsetzt, je nachdem dieselben zusammengenommen das Ganze erschöpfen oder übersteigen, oder doppelt erschöpfen u. s. w., und das Uebrige dann den anderen Erben zuweist. Man möchte zwar glauben, wenn die Bruchtheile kleiner seien als $\frac{1}{2}$, so müßten sie nur in $\frac{1}{2}$ oder beziehungsweise in $\frac{1}{3}$ verwandelt werden und nur die dann übrig bleibenden Theile den sine parte ernannten Erben zukommen; z. B. wenn A. zu $\frac{1}{4}$, B. zu $\frac{1}{4}$, C. zu $\frac{1}{4}$, D. sine parte eingesetzt worden, so müsse D. nicht $\frac{1}{2}$, sondern nur $\frac{1}{4}$ erhalten; denn es müsse doch einerlei sein, ob man A. zu 3 Theilen, B. zu 4, C. zu 7 Theilen einsetze, oder auf obige Weise; da unter diesen doch nothwendig durch ihre Concurrenz sich Vierzehnthelle ergeben würden. Aber dieß wäre dennoch verkehrt, weil der Testator unter jener Bezeichnung sich bestimmte Bruchtheile des Ganzen dachte, die sich immer auf Zwölftheile reduciren lassen, denen aber nicht schlechthin andere Bruchtheile substituirt werden können. Es würde darnach ja auch sonderbarer Weise dasselbe Resultat herauskommen, wenn der Testator z. B. $\frac{1}{2}$, als wenn er $\frac{1}{3}$ an verschiedene Erben vertheilt und außer ihnen andere sine parte instituirt hätte.

c) In den Quellen wird ferner auch der Fall mehrfach berührt, wenn der Testator Erben nicht auf aliquote Theile der Erbschaft eingesetzt, sondern bestimmte Objecte des Erbvermögens oder Quantitäten ihnen zugewiesen hat. Solche Erben heißen heredes ex certa re scripti, instituti, certa re iussi esse contenti; die Neueren sprechen von einer pars quanta, im Gegensatz der pars quota. Die Einsetzung auf bestimmte Sachen ist zwar eigentlich überall keine wahre Erbeinsetzung, da die Erbfolge, zu welcher die wahre Erbeinsetzung beruft, nicht einzelne Sachen als solche zum Gegenstande hat, sondern das universum ius defuncti. Doch aber wäre es unangemessen, eine solche Verfügung sofort als ungiltig zu verwerfen, wovon die Ungiltigkeit des ganzen Testaments die Folge sein könnte. Vielmehr wird, wenn der einzigen im Testamente enthaltenen Erbeinsetzung eine solche Beschränkung auf eine bestimmte Sache oder Summe hinzugefügt ist, diese Beschränkung ganz unbeachtet gelassen und der Eingesezte als wahrer Erbe, und zwar als heres ex asse, angesehen, detracta rei, z. B. fundi, mentione, nicht anders, wie der auf ein Viertel eingesezte einzige Erbe quasi sine parte scriptus heres ist⁹⁹⁾. Eben so wenn Mehrere, aber alle auf bestimmte Sachen oder Summen, eingesetzt sind, so werden dieselben alle als wahre Erben angesehen, und zwar als zu gleichen Theilen eingesezte Erben, quasi sine partibus scripti heredes, indem für die universelle Erbfolge wirklich keine Theile

99) L. 1. §. 4. cf. L. 74. D. h. t. L. 41. in f. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6.)

bestimmt sind¹⁰⁰). Selbst dann wird es so gehalten, wenn Mehrere auf eine und dieselbe Sache zu verschiedenen Theilen eingesetzt sind; auch dann sind sie Erben zu gleichen Theilen¹⁰¹). Doch kann sich darin wohl auch der Wille kund geben, die Theilung der Erbfolge festzusetzen, und dies muß denn auch beachtet werden; z. B. wenn Jemand ein Landgut für sein einziges Vermögen haltend mehrere Erben darauf zu verschiedenen Theilen einsetzte, oder wenn er sein Vermögen im Ganzen zu einem gewissen Gesamtbetrag anschlug und darnach die Summen bestimmte, auf die er die Erben eingesetzt haben wollte, wo das Verhältniß dieser Summen zu einander wohl mit Recht als Maßstab der Vertheilung der Erbfolge überhaupt festgehalten werden kann¹⁰²). Außerdem aber wird in jedem solchen Falle bis den einzelnen zu Erben eingesetzten Personen zugewiesene pars quanta des Erbvermögens als Vermächtniß (Vedlegat) behandelt, während sie zu gleichen Theilen Erben sind, wie dies namentlich in Beziehung auf einen Fall ausführlich gezeigt wird, in welchem Jemand Einen zum Erben seines italischen, einen Anderen zum Erben seines Provinzialvermögens ernannt hatte¹⁰³). Anders verhält es sich, wenn außer den auf bestimmte Vermögensobjecte angewiesenen Erben noch andere Personen zu Erben eingesetzt sind, entweder ausdrücklich auf allquote Theile oder ganz ohne nähere Angabe darüber. In diesem Falle werden die letzten allein Erben im wahren Sinne; nur sie succediren in Wahrheit in universum ius; die erbschaftlichen Klagen, activ und passiv, Forderungen und Schulden, gehen auf diese allein über; jene dagegen erhalten nur dasjenige, worauf sie eingesetzt sind, sie sind legatariorum loco¹⁰⁴). Doch ist es nicht ganz gleichgiltig, daß sie zu Erben eingesetzt worden sind; sie stehen nicht schlechthin denjenigen gleich, welchen nur ein Vermächtniß hinterlassen worden. Nur wenn die Anderen; alle oder einige, die Erbschaft erwerben, sind diese allein wahre Erben, und jene wesentlich nichts anderes als Legatäre¹⁰⁵); wenn aber keine der übrigen Erbeinsetzungen wirksam wird, z. B.

100) L. 10. D. h. t.: Nec enim facile ex diversitate praediorum (so aber ex div. pretiorum ist ohne Zweifel zu lesen statt der Florent. sed diversitate pretium, oder nach Lorelli partium) portiones inveniuntur. L. 11. D. ibid.

101) L. 9. §. 13. D. h. t.

102) Cf. L. 9. §. 13. cit. in f. verb.: Si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragetur.

103) L. 35. 78. pr. D. h. t.

104) So hat Justinian in L. 13. Cod. h. t. entschieden.

105) Eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus.... nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex re certa scriptorum fieri. Allem Anschein nach liegt darin allerdings eine Neuerung. Nach älterem Rechte war der in re certa institutus immer eigentlich Erbe, ac si sine eius rei commemoratione heres institutus fuisset, er konnte nur durch das iudicium familiae erciscundae genöthigt werden, sich mit demjenigen zu begnügen, worauf der Erblasser ihn beschränkt hatte, und dadurch wurde er im Effect legatarii loco. L. 1. Gregor. Cod. fam. ercisc. Cf. L. 35. pr. D. h. t. verb.: dicebam receptum esse etc. Ipso iure aber standen ihm doch pro parte die actiones hereditariae zu als wahren Erben, die er den Miterben zu cediren hatte, und umgekehrt konnte er pro parte

durch früheren Tod der Eingesezten, oder Ausschlagung, so wird sich die Erbeinsetzung der in re certa instituti wieder als wahre Erbeinsetzung geltend machen, detracta rei certae mentione, als wäre sie vom Anfang die einzige gewesen¹⁰⁶). Von Manchen wird sogar behauptet, der in re certa institutus sei auch bei der Concurrenz mit Anderen in jeder Beziehung als Erbe zu behandeln, nur mit der Modification, daß er bloß die ihm angewiesenen Sachen erhalte und an Forderungen und Schulden keinen Theil habe¹⁰⁷), was sich jedoch nicht billigen läßt¹⁰⁸). Auch der Fall, wenn Jemand auf den Nießbrauch zum Erben eingesetzt ist, muß consequent gleich der institutio in re certa behandelt werden. Doch kann namentlich in dem vielbesprochenen Falle, wenn der Eine auf den Nießbrauch des ganzen Vermögens oder eines aliquoten Theiles zum Erben eingesetzt und nach dessen Tode ein Anderer zum Erben berufen ist, wohl eine andere Willensinterpretation zulässig sein¹⁰⁹). Uebrigens greift auch in Beziehung auf die Behandlung der institutio in rebus certis das besondere Recht der Solbatestamente ein¹¹⁰).

d) Einer besonderen Beachtung bedarf noch in Rücksicht der Bestimmung der Erbtheile die Verbindung mehrerer eingesetzten Erben zu

von den Erbschaftsgläubigern belangt werden, wogegen nur die Miterben seine Vertretung zu übernehmen hatten, indem sie ihn auf die res certa beschränkten, ohne daß sie aber im Stande gewesen wären, ihn auf solche Weise direct von den Ansprüchen der Gläubiger zu befreien. Arg. L. 2. §. 3. L. 3. D. fam. ercisc. (10. 2.) Justinian hat nun verordnet, daß mit Vermeidung aller Umwege schlechthin nur die nicht auf bestimmte Sachen angewiesenen Erben hereditaria actionibus klagen und belangt werden, d. h. allein wirklich in universum ius succediren sollten. Ob nun der in re certa institutus nicht doch noch des iud. fam. ercisc. theilhaft sei, scheint eine wenig praktische Frage. Es ist dieß gewiß nicht das geeignete Mittel, um einen singulären Rechtsanspruch geltend zu machen, für denjenigen, der an der univ. Erbsfolge (an der familia in diesem Sinne) gar keinen Theil hat, und die wahren Erben bedürfen nach L. 13. cit. dieses Mittels überall nicht mehr, um die Ansprüche des ersten auf solche Theilnahme zurückzuweisen. Actio hereditaria ist übrigens die actio fam. ercisc. nicht, so wenig wie die hereditatis petitio.

106) Mayer, Erbr. Bd. 1, §. 19, Note 6. Vergl. Mühlbruch, Bd. 40, S. 169—178.

107) Pennemann, Untersuchung zweier Rechtsfragen (Schwerin 1790), Nr. 1. Wangerow, Leif. Bd. 2, P. 1, S. 156—159, u. X.

108) Vgl. Mühlbruch a. a. D., der noch in Bd. 36, S. 353, Note 98, derselben Meinung sich geneigt erklärt, in den früheren Ausgaben seines Lehrbuches aber mit der Mehrzahl den heres in re certa institutus im fraglichen Falle schlechthin dem Legatar gleichgestellt hatte. Pennemann und Wangerow wollen in L. 13. cit. die Worte quos legatariorum loco haberi certum est gegen alle Wahrscheinlichkeit nur auf diejenigen, die certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt beziehen, nicht auf die ex re certa scripti heredes. Die ersten sind solche, welche zu Erben eingesetzt und dann angewiesen worden, in Ansehung dieser ihrer Erbeinsetzung mit gewissen Sachen sich zu begnügen; unrichtig übersetzt man: die anstatt der Erbeinsetzung mit gewissen Sachen zufrieden sein sollen. Cf. L. 10. Cod. fam. ercisc. (3. 36.)

109) Vgl. Mühlbruch a. a. D. S. 183—187.

110) Vgl. L. 6. 17. pr. §. 1. D. de test. milit. (29. 1.) Cf. L. 16. §. 6. D. ad SC. Trebell. (36. 1.)

einem gemeinschaftlichen Erbtheil. Wie nämlich die sämtlichen eingesetzten Erben zu der ganzen Erbschaft vereinigt sind, so können unter denselben wieder mehrere insbesondere zu einem Theile der Erbschaft vereinigt werden, dergestalt, daß sie zusammen gegenüber den anderen Erben nur einen Theil haben, im Gegensatz zu diesen als eine Gesamtheit auftreten (quasi in unum corpus redacti). Es hängt auch dieses, wie die ganze Vertheilung der Erbfolge, lediglich von dem Willen des Erblassers ab; und diesen Willen zu erkennen, ist Sache der Interpretation. Er kann klar ausgesprochen sein, indem der Testator mehrere Erben ausdrücklich zu einem gemeinschaftlichen Erbtheile beruft, entweder in derselben Satzverbindung, z. B. Titius soll mein Erbe sein zur Hälfte, auf die andere Hälfte setze ich den Cajus und Sempronius zu Erben ein (re et verbis coniuncti)¹¹¹⁾, oder auch in verschiedenen Sätzen, z. B. Titius soll mein Erbe sein zur Hälfte; Cajus und Sempronius sollen Jeder ein Viertel der Erbschaft haben; auch den Sejus setze ich mit dem Titius auf denselben Erbtheil ein (re, nicht verbis, coniuncti). Die Frage kann aber zweifelhafter sein. Wenn z. B. im letzten Falle gesagt wäre: den Sejus setze ich auf denselben Erbtheil ein, wie den Titius, so könnte dieses auch so ausgelegt werden, daß der Sejus nur auf einen eben so großen Erbtheil eingesetzt sein solle, als auf welchen der Titius eingesetzt worden, so daß hier die Regel sub a) anzuwenden wäre, als ob drei Hälften vergeben wären; und diese Auslegung möchte hier sogar mehr für sich haben, während dagegen der Ausdruck: den Sejus setze ich auf denselben Erbtheil ein, auf welchen der Titius eingesetzt ist, schon eher beabsichtigt zu halten, zumal wenn die Erbschaft außerdem schon ganz vergeben ist¹¹²⁾. Dieselbe Absicht kann sich auch ohne nähere Bestimmung der Erbtheile schon dadurch aussprechen, daß der Testator mehrere Erben im Gegensatz der übrigen zusammenstellt oder unter einer Collectivbezeichnung zusammenfaßt; z. B. ich setze zu Erben ein den A., B., C.; außerdem sollen auch D. und E. meine Erben sein, oder: ich setze zu Erben ein meinen Freund A., meinen Bruder B. und die Kinder meines verstorbenen Bruders C. Hier werden die Letzten zusammen ein Drittel der Erbschaft bekommen¹¹³⁾; dort D. und E. zusammen ein Vier-

111) L. 142. D. de V. S.: Velati Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunt, vel Titius cum Maevio ex parte dimidia heredes sunt.

112) L. 142. cit.: Lucius Titius ex parte dimidia heres esto. Seius ex parte, qua Lucium Titium heredem institui, heres esto. Sempronius ex parte dimidia heres esto. — Julianus, dubitari posse, tres semisses facti sint, an Titius in eundem semissem cum Caio Seio institutus sit: sed eo quod Sempronius quoque ex parte dimidia scriptus est, verisimilius esse, in eundem semissem duos coactos et coniunctim heredes scriptos esse. Cf. L. 15. pr. D. h. t. Gewiß unrichtig ist es, wenn Mayer, Bd. 1, S. 92, in diesen Fällen auch eine re et verbis coniunctio erkennen will; die Erbtheilung der beiden Erben ist ja in ganz getrennten Sätzen enthalten, und könnte mit derselben Wirkung in ganz verschiedenen Stellen des Testaments vorkommen.

113) L. 13. pr. D. h. t.: Primus et fratris mei filii .. semissem fra-

theil¹¹⁴). Es kommt jedoch darauf an, ob nicht durch irgend einen Zusatz oder aus dem ganzen Zusammenhange der Verfügung eine andere Willensmeinung des Erblassers mit Gewißheit oder überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erkennen ist, in welchem Falle die zusammen genannten bloß *verbis*, aber nicht *re coniuñoti*, d. h. in Wahrheit nicht auf einen gemeinschaftlichen Erbtheil eingesetzt sind, sondern Jeder für sich den nach der Gesamtzahl der Erben ihm zukommenden Erbtheil in Anspruch zu nehmen hat. Nach der Erklärung der römischen Juristen soll namentlich dann eine Verbindung in Ansehung des Erbtheiles nicht angenommen werden, wenn ausdrücklich bemerkt ist, daß die zusammen genannten zu gleichen Theilen erben sollen¹¹⁵). Sind einige Erben auf bestimmte Erbtheile eingesetzt, andere ohne solche Angabe oder auf den Rest, so sind deshalb allein die letzten noch nicht als verbunden zu einem gemeinschaftlichen Erbtheil anzusehen. Dies ist aber nur von Bedeutung in Betreff des Anwachsungsrechtes, wenn einer von den eingesetzten Erben wegfällt; denn was die ursprüngliche Vertheilung betrifft, so ist hier nach den unter b) angegebenen Bestimmungen kein Zweifel, daß jene zu dem nicht vergebenen Theile der Erbschaft zu gleichen Theilen berufen sind¹¹⁶). Und eben so ist auch der Fall zu beurtheilen, wenn *expleto asse* noch Andere ohne Theilbestimmung eingesetzt sind¹¹⁷).

3) Nebenbestimmungen, welche bei der Erbeinfetzung vorkommen können, sind

a) Bedingungen, *conditiones*¹¹⁸). Regelmäßig kann der Erblasser die Erbeinfetzung von einem künftigen ungewissen Ereigniß abhängig machen, d. i. eben eine wahre eigentliche Bedingung derselben wirksam hinzufügen, auch zugleich mehrere, *copulativ* oder *alternativ*¹¹⁹). Die Wirkung davon besteht darin, daß die Delation der Erbschaft durch diese Erb-

tris filii, semissem Primus haberet. Cf. L. 11. D. ibid.: Attius ... duo Titii .. heredes sunt: habebunt duo Titii semissem, Attius semissem. L. 11. Cod. de impub. et al. subst. (6. 26.) Titius una cum filiis et Semprius heredes sunt.

114) L. 59. §. 2. cf. L. 17. §. 4. D. h. t.

115) L. 13. cit.: *Primus et fratris mei filii aequae heredes sunt ... haec adiectio declarat, omnes ex virilibus partibus institutos. L. 66. D. ibid.: Titius heres esto. Caius et Maevius aequae ex partibus heredes sunt. Cf. L. 89. D. de legat. III.*

116) L. 11. §. 1. cf. L. 63. D. h. t. Vgl. den Art. Anwachsungsrecht, Bb. 1, S. 298—301.

117) L. 17. §. 4. D. h. t. ... *si expleto asse duo sine partibus scribantur .. isti duo an in unum coniungantur? ... et verius est in unum assem (sc. in alium oder secundum assem) venire; aber vgl. L. 17. §. 2. ibid.: Neque hos neque illos coniunctos. Doch soll nicht gesagt sein, daß nicht die sine partibus scripti Alle oder Einige unter ihnen auch wahrhaft coniuncti sein können. Vgl. Mayer, §. 28, Note 6.*

118) *Dig. de conditionibus institutionum. (28. 7.) Cod. de institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub conditione factis. (6. 25.) Cf. Dig. de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. (35. 1.) Mühlentbruch, der Erläuter. Bb. 41, S. 45—276.*

119) §. 9. 11. J. h. t.

einsetzung, wenn auch alle sonstigen Voraussetzungen derselben eingetreten sind, noch aufgeschoben bleibt bis zum Eintritt des zur Bedingung gestellten Ereignisses, und, sobald das Nichteintreten dieses Ereignisses entschieden ist: (conditions deficiente), die Erbeinsetzung als nichtig und wirkungslos erscheint. Sind mehrere Bedingungen verbunden (conjunctiv, copulativ) der Erbeinsetzung hinzugefügt, so müssen sie sämmtlich erfüllt sein, damit diese unbedingt werde.¹²⁰⁾ Von mehreren alternativ gestellten Bedingungen dagegen braucht nur die eine oder die andere erfüllt zu werden¹²¹⁾; die Defizienz der einen schadet nicht, wenn nur die andere früher oder später erfüllt wird¹²²⁾; dieß genügt zur vollständigen Wirksamkeit der Erbeinsetzung eben so als ob beide oder alle Alternativen eingetreten wären¹²³⁾. Gleiches gilt auch, wenn sich dieselbe Person mehrmals, aber unter verschiedenen Bedingungen auf dieselbe ganze Erbschaft oder einen und denselben Erbtheil eingesetzt findet¹²⁴⁾; so wie auch beim Zusammentreffen einer ursprünglich unbedingten und einer bedingten Erbeinsetzung die erste allein entscheidet¹²⁵⁾, während die unbedingte Einsetzung auf einen Theil und die bedingte Einsetzung derselben Person auf einen anderen Erbtheil, natürlich also auch verschiedene bedingte Einsetzungen derselben Person auf verschiedene Erbtheile, eine jede für sich in Betracht kommen¹²⁶⁾.

Was die Erfüllungen der Bedingungen betrifft, so gelten darüber die allgemeinen Grundsätze¹²⁷⁾. Zur Richtschnur dient der allgemeine Satz: in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari¹²⁸⁾. Darnach ist im einzelnen Falle zu ermessen, inwiefern buchstäblich das Eintreten der im Testamente bezeichneten Thatsache gefordert werde¹²⁹⁾, und insbesondere auch ob etwa schon die an dem Tag gelegte Bereitwilligkeit zur Erfüllung von Seiten des bedingt Eingesetzten bei zufälliger Verhinderung derselben der wirklichen Erfüllung

120) L. 5. D. h. t.: Omnibus parendum est, quia unius loco habentur. §. 11. J. cit.

121) L. 5. D. cit.: Si distinctim, cuilibet.

122) L. 78. §. 1. D. de cond. et dem. Cf. L. 26. pr. ibid.

123) §. 11. J. l. c.: Si separatim, veluti si illud aut illud factum erit, cuilibet obtemperare satis est. Ein Anderer ist in neuester Zeit behauptet und mit Scharfsinn vertheidigt worden für den Fall, daß einem Haupterben ein Anderer als Miterbe unter alternativer Bedingung abdicirt wird. Huschke, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Bd. 12, §. 11, S. 375—426. Dagegen vgl. Arnolds, in ders. Zeitschr. Bd. 13, §. 12, S. 293—321. Bangerow, in Richter's und Schneider's krit. Jahrb. Bd. 3, S. 571—588. Mayer, Erbr. Bd. 1, S. 56—58. Doch hat darauf wieder Huschke seine Ansicht vertheidigt in der Zeitschr. Bd. 15, §. 11, 12, S. 235—311.

124) L. 17. D. h. t. L. 27. §. 2. D. de hered. instit.

125) L. 27. §. 1. L. 67. D. l. c.

126) L. 17. pr. L. 56. §. 6. cf. L. 33. D. l. c.

127) Vgl. den Art. Bedingung, Bd. 1, S. 780—783. Savigny, System des heut. röm. R. Bd. 3, S. 135—143.

128) L. 19. pr. L. 101. pr. D. de cond. et dem.

129) Vgl. L. 3. Cod. h. t. L. 11. §. 11. D. de legat. III.

gleichgültigen sei. Als Regel kann dies keineswegs angenommen werden¹³⁰). Wohl aber kommen die beiden Regeln zur Anwendung: perinde haberi ac si impleta conditio fuisset, quoties per eum, cuius interest conditionem non impleri, sit quominus impleatur¹³¹), und quotiens per eum, cuius interest conditionem impleri, sit quominus impleatur¹³²). Die Bedingung, daß Jemand Kinder haben werde, kann nach singulärer Rechtsvorschrift durch das solenne Gelübde der Keuschheit unter Bestimmung des Vermögens ad pias causas erfüllt werden¹³³). Die Erfüllung kann übrigens sowohl schon bei Lebzeiten des Testators eingetreten sein, als erst nach dessen Tode stattfinden, wenn nicht dieselbe durch die eigenthümliche Beschaffenheit der Bedingung nothwendig auf jene oder diese Zeit beschränkt ist¹³⁴). Ist aber eine Willenshandlung zur Bedingung gesetzt, die ihrer Natur nach eine mehrmalige willkürliche Wiederholung zuläßt (conditio promiscua), so ist in der Regel zur Erfüllung der Bedingung erforderlich, daß jene nach dem Tode des Erblassers und mit Rücksicht auf dessen Willen, (ut testamento pareatur) vollzogen werde, es möchte denn sich erkennen lassen, daß es dem Testator nur auf das einmalige Geschehen ankam, wie bei anderen Bedingungen im Zweifel immer anzunehmen ist¹³⁵). Bei diesen ist auch genügend, wenn sie schon zur Zeit der Testamentserrichtung erfüllt waren, ohne, daß der Testator Kunde davon hatte¹³⁶). In jedem Falle aber muß die Erfüllung der Bedingung noch bei Lebzeiten des Eingesezten eintreten; den Erben desselben kann sie nicht mehr nützen¹³⁷). An eine bestimmte Beistfrist dagegen innerhalb seines Lebens ist der bedingt Eingesezte in Ansehung der Erfüllung der Bedingung, auch wenn diese von seiner Willkür abhängt, regelmäßig nicht gebunden, so daß durch Veräußerung jener Frist die Bedingung schlechthin als vereitelt anzusehen wäre; er kann nur in solchem Falle zur Erfüllung der Bedingung und dann zur Ansetzung der Erbschaft während einer gewissen Frist indirect

130) Savigny a. a. D. S. 144 fig. Vgl. Wangerow, Zeitf. Bd. 2, S. 128—132. Mühlensbuch a. a. D. S. 211 fig.

131) L. 161. D. de reg. iur., §. 3. B. durch den Substituten oder Miterben des bedingt Eingesezten oder durch den Intestaterben. Cf. L. 81. §. 1. D. de cond. et dem.

132) L. 24. D. de cond. et dem. nach der florent. Lesart, die freilich wohl nicht den Vorgang vor der Lesart non impleri verbietet. Anwendungen dieses Satzes aber enthalten L. 14. §. 1. 78. pr. D. l. c. L. 11. 23. D. h. t. Savigny, S. 138, 139. Aber immer ist im einzelnen Falle darauf zu achten, ob nicht die Meinung des Testators vielmehr diese war, daß das bezeichnete Factum wirklich eintreten solle. L. 23. cit.

133) L. 53. §. 2. Cod. de episcop. et cler. (1. 3.)

134) L. 2. 91. D. de cond. et dem. Cf. L. 10. pr. L. 19. pr. D. ibidem.

135) L. 2. 14. §. 1. D. l. c.

136) L. 10. §. 1. L. 11. pr. cf. L. 9. D. l. c.

137) L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. (6. 51.) Cf. L. 59. 101. D. l. c. L. 28. D. h. t.

auf die Weise angehalten werden, wie auch sonst die Entscheidung über Annahme einer wirklich defecirten Erbschaft betrieben werden kann¹³⁸⁾.

So lange nun nach dem Tode des Erblassers die Erfüllung der Bedingung noch zu erwarten steht, so lange bleibt es noch ungewiß, ob die Erbfolge kraft dieser Erbeinsetzung werde defecirt werden oder nicht, und kann also weder die definitive Antretung durch die bedingt Eingesezten statthaben, noch auch auf der andern Seite der Substitut desselben oder der Miterbe (iure accrescendi) oder der Intestaterbe den Erbtheil oder die Erbschaft für sich begehren. Die Agnitio der *honorum possessio* jedoch wird durch die noch schwebende Bedingung nicht gehindert, wenn nur die Einsetzung sonst gültig ist; durch sie kann sich der bedingt Eingesezte schon pendente conditione einstellen in die Lage eines Erben versehen, und dadurch dem sonst zu befluchtenden Rathselle im Falle langwierender Unentschiedenheit vorbeugen¹³⁹⁾. Diese *honorum possessio* erscheint in den betreffenden Stellen als ganz regelmäßige, *quae ex edicto competit*; nicht abhängig von einer *causae cognitio* und förmlichem *decretum*; und es ist dem auch zu behaupten, daß sie innerhalb der edictmäßigen Frist von dem bedingt Eingesezten agnosciert werden müsse¹⁴⁰⁾, damit nicht dieselbe dem Substituten als *secundo loco* bedingt eingesezten Erben defecirt werde¹⁴¹⁾, oder die *honorum possessio secundum tabulas* der Miterben *iure accrescendi* auch über den Erbtheil des nicht agnoscirenden sich erstrecke¹⁴²⁾, oder in Ermangelung beider die *honorum possessio intestati* eröffnet werde¹⁴³⁾. Wie aber diese vereitelt wird, wenn die Bedingung der Erbeinsetzung hinterher in Erfüllung geht und der Eingesezte nunmehr die Erbschaft civilrechtlich antritt, so muß umgekehrt die von dem bedingt Eingesezten agnoscierte *honorum possessio secundum tabulas sine re* werden, wenn nachher die Bedingung der Erbeinsetzung defecirt, und nunmehr die Erbschaft oder der fragliche Erbtheil demjenigen erworben wird, welche als Substituten oder Miterben oder Intestaterben nach jenem zunächst Anspruch darauf haben. Diese können nun als Civilerben gegen jenen die Erbschaftsfrage anstellen, und dadurch dessen *honorum possessio* ihres Effectes berauben¹⁴⁴⁾. Mit Rücksicht auf diesen möglichen Fall kann da-

138) L. 4. §. 2. L. 5. 23. §. 1. 2. D. de hered. instit. Mühlensbruch, S. 236—243.

139) L. 5. pr. L. 6. 10. 12. in f. D. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.)

140) L. 8. §. 13. D. de bon. poss. c. t. (37. 4.) *Honorum possessionem secundum tabulas accipere potest et debet.*

141) L. 2. §. 4. D. l. c.

142) L. 2. §. 2. 7. D. l. c. L. 5. §. 9. — L. 5. D. de bon. poss. (37. 1.)

143) L. 1. §. 2. D. si tab. test. nullae. (38. 6.) L. 1. §. 10. D. de succ. edicto. (38. 9.)

144) L. 12. D. qui satisfacere cog. (2. 8.) *Et si defecerit conditio adeuntem hereditatem substitutum ... petere hereditatem posse.* Dasselbe gilt vom Intestaterben. L. 1. §. 7. D. ad SC. Tertull. (38. 17.) Natürlich wird auch demjenigen, der bloß als prätorischer Erbe nach dem bedingt Eingesezten folgte, nun zur Erbschaft verholfen sein. Dagegen wird dieser im Besitze erhalten, wenn er selbst *deficiente conditione* der nächste Intestaterbe ist,

dem bedingt-Eingefetzten, welcher die *bonorum possessio* agnoscet hat, zur Cautionsleistung wegen der einseitigen Restitution der Erbschaft an den Berechtigten angehalten werden¹⁴⁵⁾, worüber der Prator nach Befinden der Umstände urtheilt¹⁴⁶⁾, und wozu denn auch wohl die Ertheilung der *bonorum possessio* gleich Anfangs abhängig gemacht werden mag, wenn der betreffende Antrag der Gegenpartei so frühzeitig gestellt worden ist. Der Anspruch auf Cautionsleistung wird zwar im Allgemeinen nur dem Substituten ausdrücklich beigelegt¹⁴⁷⁾; aus anderen Stellen aber läßt sich entnehmen, daß den Miterben dasselbe Recht zustehet¹⁴⁸⁾, und nach dem ganzen Zusammenhange ist auch zu Gunsten der Intestatarben Gleiches anzunehmen, wie für einen Fall einer negativen Bedingung von Justinian ausdrücklich anerkannt ist¹⁴⁹⁾. Die Anwendbarkeit der angegebenen Bestimmungen auf negative wie auf affirmative Bedingungen ist nämlich im Allgemeinen unzweifelhaft. Insbesondere hervorzuheben aber sind darunter negative Potestativbedingungen, *conditiones non faciendæ*, und zumal solche, deren eigenliche Erfüllung bis zum Tode des Eingefetzten unentschieden bleiben muß. Für den Fall, daß einem Vermächtniß eine Bedingung dieser letzten Art hinzugefügt werde, ist bekanntlich die *Muciana cautio* eingeführt worden, kraft deren der Legatar schon bei Lebzeiten das Vermächtniß, als sei es unbedingt, geltend machen kann, indem er dem Miterben die Rückertattung zusichert, falls er die Bedingung späterhin abtreten sollte¹⁵⁰⁾. Diese *Muciana cautio* ist denn auch auf Erbsetzungen unter solchen Bedingungen angewendet worden¹⁵¹⁾, so daß der Eingefetzte auch hier gegen Cautionsleistung die Erbschaft sofort erlangen

sel es auch nur nach prätorischem Rechte. L. 5. pr. L. 2. §. 1. D. de b. p. u. tab. L. 3. §. 13. D. de b. p. contra tab. — Nicht richtig scheint zu sein, was der Verf. dieses Art. an einem andern Orte angedeutet hat, daß die Ertheilung der *bonorum possessio* dem bedingt-Eingefetzten vorenthalten werde, wenn die baldige Erfüllung in seiner Gewalt stehe. Arnbt, Beiträge, Ab. 1, S. 184. Vgl. Mühlensbruch, S. 191. Die L. 23. §. 1. D. de hered. instit. betrifft den Fall, wenn der Eingefetzte die *bonorum possessio* veräußert, die er nämlich schon vor Erfüllung der Bedingung erlangen könnte, und nun auch die Erfüllung der Bedingung, also die eigentliche Delation der Erbschaft, und somit auch die Möglichkeit der Antretung verweigert.

145) L. 8. D. de stip. praet. (46. 5.) Qui sub conditione institutus est, agnita bonorum possessione cogitur substituto... cavere etc. Cf. Pauli sent. V. 9. §. 1. und Schulting ad h. l. — L. 12. D. qui satiare cog. (2. 8.) Heredem sub conditione, pendente conditione possidentem hereditatem (cf. L. 8. §. 1. D. de bon. poss.: Hereditatis bonorumve possessio) substituto cavere debere de hereditate.

146) L. 12. D. cit.: Ex causa inbere solet stipulationem interponi. Vgl. Mühlensbruch, S. 192, 193.

147) L. 8. 12. cit.

148) L. 4. §. 1. D. h. t. L. 7. §. 1. D. de cond. et dem.

149) Nov. 22. cap. 44. §. 9.

150) L. 7. pr. L. 72. §. 2. L. 73. L. 79. 101. §. 3. L. 106. D. de cond. et dem.

151) L. 7. pr. D. cit.

kann¹⁵²) und im Falle der Nichtübertretung der Bedingung unüberwiegend behält oder auf seine Erben überträgt; und dieses war, abgesehen von der Uebertretung der ohne Zweifel genau bestimmten Cautionformel auf diesen Fall, deshalb bedeutend; weil man sonst civilrechtlich die Gültigkeit einer solchen Erbeinsetzung oder der fraglichen Bedingung bestreiten konnte¹⁵³). Es ist aber der Gebrauch dieser Mucianischen Caution bei Erbeinsetzungen gewiß nicht wie bei Vermächtnissen beschränkt geblieben auf diejenigen negativen Potestativbedingungen, deren Entscheidung nicht vor dem Lebensende des Eingesezten eintreten wird, sondern auch auf solche conditiones non faciendi ausgedehnt worden, deren Erfüllung auch wohl schon früher sich entscheiden kann; da in Beziehung auf die Erbfolge die Befestigung der Unsicherheit dringender erscheint wie, als bei Vermächtnissen; und deshalb ja die bedingte Erbeinsetzung überhaupt gegen Cautionleistung zur *honorum possessio* berechtigt¹⁵⁴). Von der Mucianischen Caution nun heißt es, sie müsse denjenigen geleistet werden, welchen *deficiente conditio* die Erbschaft (beziehungsweise der Erbtheil

152) Ob civilrechtlich durch Antrittung? oder auch nur durch *honorum possessio*? Für das Erste scheint der Umstand zu sprechen, daß die Muciana cautio dem *ius civile* im engeren Sinne angehört, vgl. L. 7. §. 1. D. l. c.: *Implero conditionem*; und es widerspricht ihm nicht schlechthin, wie in den angeführten Beitr. S. 187, 188, behauptet worden ist, L. 18. D. h. t., denn *deficiente conditio* könnte erklärt werden: wenn die Bedingung weder im eigentlichen Sinne noch durch Leistung der Caution erfüllt wird. Vergl. aber Mühlensbruch, S. 208—210.

153) Vgl. Arndts, Beitr. S. 188. Mühlensbruch, S. 264, 265. Wer behauptet, daß auch Vermächtnisse im selben Falle, abgesehen von der Muciana cautio, für ungültig erklärt werden müßten, wie Mühlensbruch, S. 255, Wangerow, Zeitfaden, Bb. 2, §. 436, der muß consequent annehmen, daß in den Fällen der L. 101. §. 3. und L. 106. D. de cond. et dem., in welchen die muciana cautio nicht anwendbar ist, weil die Unmöglichkeit der Uebertretung der Bedingung möglicher Weise noch vor dem Tode des Eigatars entschieden werden kann, das Vermächtniß od. *deficientem conditionem* ungültig sei, wenn dieser Fall nicht eintritt, obwohl eine Uebertretung der Bedingung auch nicht stattgefunden hat; also wenn im Falle der L. 101. der Sohn die Schwiegerochter, im Falle der L. 106. cit. der Titius die Vermächtnisnehmerin überlebt, dort aber eine Trennung der Ehe, hier die Verheirathung mit dem Titius wirklich vermieden worden ist. Dieser Annahme aber steht L. 101. §. 3. cit. geradezu entgegen: *neq. ante diem fideicommissi cedero quam mori coeperit nupta vel maritus*, Vgl. L. 79. pr. D. ibid. Pauli sent. III. 6. §. 6.

154) Das Beispiel in L. 7. pr. D. cit.: *Si Stichum non manumiserit*, kann auf eine Erbeinsetzung bezogen werden. Cf. L. 4. §. 1. D. h. t. Bei Vermächtnissen wäre dieß Beispiel den sonst ausgesprochenen Grundsätzen (Note 150, 154) nicht entsprechend, mit denen auch L. 67. D. de cond. et dem. nicht im Widerspruche steht, da in derselben nicht von Freilassung eines bestimmten Slaven die Rede ist. Wangerow a. a. D. S. 134. Vgl. Mühlensbruch, S. 261—263. Eine sehr erklärliche Ausnahme bei Vermächtnissen, die sich aber auch als Ausnahme bezeichnet (*velut Mucianam cautionem offerri*), enthält nur L. 72. §. 1. D. de cond. et dem. — Durchaus unrichtig ist es übrigens, wenn Manche nur dem unter negativer Potestativbedingung eingesetzten Erben das Recht, gegen Caution den Besitz des Nachlasses zu erlangen, beigelegt haben. Vgl. Mühlensbruch, S. 206, und oben Note 139 fig.

des *sub conditione non faciendi* (Eingesehten) zukommen würde¹⁵⁵⁾. Diese aber sind eben zunächst die Substituten, dann die Miteingesehten, und endlich die Intestaterben, oder auch diejenigen, denen das Vermögen als erbloses Gut anfallen könnte, namentlich der Fiscus. Dennoch wird von Manchen bestritten, daß auch den Intestaterben, um wie viel mehr daß denjenigen, die auf die *bona vacantia* Anwartschaft haben, von Manchen sogar, daß den Substituten die Mucianische Caution zu leisten sei¹⁵⁶⁾; es wird behauptet, wenn Jemand unter einer negativen Potestativbedingung, allein (*ex asse*) zum Erben eingesetzt, und demselben auch kein Substitut ernannt werden, oder sogar ungeachtet dieses geschehen, so sei die Bedingung als unmögliche für nicht hinzugefügt zu achten und die Erbsetzung als unbedingte wirksam; nur eine singuläre Ausnahme sei es, daß nach Justinian's Verordnung¹⁵⁷⁾ wegen Erfüllung der Bedingung, nicht wieder zu heirathen oder im Wittwenstande zu verharren, auch den Intestaterben Caution geleistet werden solle. Diese Ansicht gründet sich hauptsächlich auf einige Stellen der Pandekten; denn die unterstützenden Nebengründe, welche außerdem noch aus der Natur der Sache hergeleitet werden, sind nur von untergeordneter Bedeutung, sie laufen zum Theil auf eine *petitio principii* hinaus und sind zum Theil schon dadurch widerlegt, daß in einem Falle ausdrücklich die Intestaterben für berechtigt die Caution zu fordern, anerkannt sind¹⁵⁸⁾. Jene Stellen aber be-

155) L. 18. D. l. c. *Is, cui sub conditione non faciendi aliquid relictum est, si scilicet cavere debet Muciana cautione, ad quem iure civili deficiente conditione id legatum eave hereditas pertinere potest.*

156) S. die Angaben in den genannten Beitr. S. 190, Note 13, 14, und bei Mühlendruck, S. 195, Note 24, auch Wangerow a. a. D.

157) Nov. 22. cap. 44. §. 9.

158) Es gilt dies namentlich von der Behauptung, die Intestaterben könnten die Caution nicht fordern, weil zur Zeit noch nicht gewiß sei, welchen Personen *deficiente conditione* die Erbschaft ab intestato defert werde. Vergl. Knöbels a. a. D. S. 202—207. Was Wangerow gegen diese Ausführung beinert, ist unbedeutend; denn auch von der Erbfolge des Substituten kann keine Rede sein, so lange der Institut noch antreten kann, so wenig wie von der Intestaterbfolge, so lange der Testamentserbe noch erwerben kann; daß aber dennoch das Recht des Substitutus sogleich berücksichtigt werden müsse, weil es auf demselben Delationsgrunde beruht, nicht aber das Recht des Intestaterben, ist eben nur eine *petitio principii*; gegen den allgemeinen Ausdruck der L. 18. cit.: *ad quem hereditas pertinere potest*. Kann doch auch sowohl der Intestaterbe wie der Substitut *ex edicto successorio bonorum possessio* erlangen, wenn der Vorgehende deren Frist versäumt, obwohl diesem dadurch das Civilrecht nicht verkhimmert wird. Note 141—143. Der Schluß ferner: durch die Cautionleistung gelte die Bedingung für erfüllt; wo also die Stellung dieser Caution unmöglich sei, weil Niemand sich finde, dem sie zu leisten sei (was fälschlich vorausgesetzt wird), da sei die Erfüllung der Bedingung unmöglich, also diese *pro non adiecta*; dieser Schluß ist offenbar falsch in Ansehung derjenigen negativen Potestativbedingungen, deren Uebertretung wirklich noch vor dem Tode des Eingesehten unmöglich werden kann. Wollte man ihn festhalten, so käme man consequent zu der Absurdität, zu behaupten: z. B. die Bedingung *si Stichum servum suum non manumisit, non alienaverit*, sei nicht erfüllt, wenn der Stichus unfrei und unveräußert geblieben, sondern es müsse auch nun erst noch *Muciana cautio de non liberando vel alienando* geleistet werden.

rechtligen deshalb nicht zur Annahme eines der Natur der Sache und dem erklärten Willen des Testators so wenig entsprechendem Satzes, weil sie sich durch die Beachtung der besondern Beschaffenheit des darin vorgelegten Falls genügend erklären. In dem einen dieser Fälle handelt es sich von einer Unterlassungsbedingung, deren Uebertretung durch den *heres ex asse* gar nicht möglich ist, und die daher mit Recht als von selbst erfüllt angesehen wird¹⁵⁹⁾; in dem andern Falle ist eine Bedingung gegeben, deren Uebertretung, nämlich durch Verküperung eines zur Erbschaft gehörenden Sklaven, erst möglich wäre nach geschehenem Erwerbe der Erbschaft, während doch dieser von der Entschiedenheit darüber, daß dieselbe nicht übertreten werde, erst abhängig sein soll, welche daher als eine in sich verkehrte Bedingung unbeachtet gelassen werden kann, insofern ihr nicht aus Rücksicht auf Miterben eine Bedeutung beizulegen ist¹⁶⁰⁾.

Dieser war die Rede von einer wahrhaft bedingten Erbschaftssetzung, deren Bestehen kraft der hinzugefügten Nebenbestimmung zur Zeit der Testamentserrichtung ungewiß ist. Es ist aber keine wahrhaft bedingte Erbschaftssetzung diejenige, welche von einem in jenem Zeitpunkte schon als

159) L. 7. §. 1. D. de cond. et dem. L. 20. pr. D. h. t. Beitr. a. a. D. S. 191—194. Daß diese Stellen die gegnerische Behauptung nicht beweisen, wird derjenige, welcher sonst dem Substituten das Recht zur Caution beilegt, ungeachtet der Gegenbemerkungen bei Wangerow, S. 139, gewiß einräumen, wenn er nur bedenkt, daß die Entscheidung in diesem Falle ganz dieselbe sein würde, wehrt auch dem *ex asse* eingesetzten Erben ein Substitut ernannt wäre. Dieser wird sich eben so wenig, wie der Intestaterbe, wenn er auch sonst berechtigt ist, zu der Combina einer ganz sinnlosen Cautionseistung, zu der nach röm. Rechte bekanntlich Stipulation erforderlich, herbeilassen, und man könnte etwa deshalb die Bedingung der Cautionseistung eine unmögliche nennen. Die eigentliche Bedingung selbst aber, *si non petierit*, ist nach Eröffnung der Erbschaft eine juristisch nothwendige "(in non faciendo impossibilis". L. 50. §. 1. D. de hered. instit.). Savigny, System, Bb. 3. S. 159.

160) L. 4. §. 1. D. de cond. institut. Die hier zum Grunde gelegte Erklärung dieser Stelle (ursprünglich von Haber aufgestellt) ist ausgeführt und gerechtfertigt in den angeführten Beiträgen S. 194—202; und stimmt dieselbe jetzt vollkommen bei Mühlendruck a. a. D. S. 195 fig., insbesondere S. 201 fig. Dagegen vergl. Wangerow, S. 138, dessen Überlegung aber auch hier nicht befriedigt. Daß unter dem *solus heres scriptus* der ohne Miterben und ohne Substituten ernannte einzige Erbe zu verstehen sei, ist nicht so „offenbar“; vielmehr bildet er offenbar nur den Gegensatz gegen den mit einem Miterben eingesetzten Erben. Es nimmt also diese Stelle auf Substituten so wenig Rücksicht, wie auf Intestaterben, und wer jenen dennoch den Anspruch auf Cautionseistung gibt, ist durch diese Stelle nicht berechtigt, den Intestaterben ihn zu versagen. Bedenkt man, daß die in L. 4. §. 1. vorkommende Bedingung eine solche ist, welche sehr wohl schon bei Lebzeiten des eingesetzten buchstäblich erfüllt werden könnte, nämlich durch den früheren Tod des Sklaven, so kann man sich noch weniger entschließen, der gegnerischen Interpretation beizustimmen. Eine jede negative Potestatsbedingung, der einzigen Erbschaftssetzung hinzugefügt, müßte man darnach als fingirt unmögliche für unwirksam erklären, wenn gleich deren wirkliche volle Erfüllung schon in kurzer Zeit sich entscheiden könnte, ja consequent, selbst wenn eine Zeit für die Unterlassung ausdrücklich festgesetzt wäre, z. B. wenn Titia bis zu ihrem zwanzigsten Jahre ihre Mutter nicht verläßt, soll sie Erbin sein; oder wenn Titus bis zum dreißigsten Lebensjahre, oder in zehn, zwölf Jahren nicht in's Militär getreten ist.

vergangen oder gegenwärtig gedachten Umstände abhängig gemacht ist (conditio in praeteritum oder in praesens collata). Allerdings wird hier die Existenz jenes Umstandes gefordert, damit die Erbeinsetzung bestehe; aber dann ist dieselbe auch von Anfang an unbedingte; und im entgegengesetzten Falle ist in keinem Momente eine wirkliche Erbeinsetzung, auch nicht einmal eine bedingte, vorhanden, und daher das Testament, in welchem keine anderen Erbeinsetzungen enthalten sind, in der That von Anfang an nichtig¹⁶¹).

Eine bedingte Erbeinsetzung ist auch diejenige nicht, der eine sich von selbst verstehende Bedingung hinzugefügt ist (conditio tacita), z. B. si ante eum mortuus ero, oder si volet, si hereditatem adibit, heres esto; in den beiden letzten Beispielen jedoch vorausgesetzt, daß der Eingesezte nicht ein solcher sei, der sonst ipso iure Erbe würde¹⁶²). Eben so wenig macht die Bedingung, deren Erfüllung im Voraus gewiß ist (sogen. necessaria conditio), wohin auch diejenige gehört, gemäß welcher ein unmögliches Ereigniß nicht eintreten soll, die Erbeinsetzung zu einer bedingten¹⁶³). Doch kann ein Ereigniß, welches jedenfalls einmal eintreten wird, bei letzten Willensordnungen wohl insofern wahrhaft bedingend sein, als der Testator dessen Eintreten bei Lebzeiten des Honorariten im Auge hatte, dieses aber ungewiß ist¹⁶⁴).

Endlich auch die unmögliche Bedingung; die physisch oder juristisch unmögliche, d. i. diejenige, deren Erfüllung aus natürlichen oder juristischen Gründen schlechthin nicht eintreten kann¹⁶⁵), wohin denn auch die zur Zeit der Testamentserrichtung bereits vereitelte Bedingung gehört¹⁶⁶), macht die Erbeinsetzung nicht bedingte; sie wird vielmehr bei dieser, wie bei letzten Willensordnungen überhaupt, pro non adiecta gehalten, und demnach die Erbeinsetzung als unbedingte angesehen¹⁶⁷). Dasselbe gilt von solchen Bedingungen, welche, wenn sie gültig, dem Eingesezten geradezu einen Antrieb zu gesetzwidriger oder unsittlicher Handlung oder Unterlassung geben¹⁶⁸), oder nur denselben lächerlich zu machen, dienen würden (derisoriae)¹⁶⁹); desgleichen von verschiedenen anderen Bedingungen, welche zwar nicht auf die Beförderung von etwas an sich Verwerflichem oder Unerlaubtem abzielen, von welchen aber gleichwohl einen Rechtsverwerb und insbesondere eine lehtwillige Zuspendung abhängig zu machen aus sittlichen oder politi-

161) L. 10. §. 1. D. h. t. L. 16. D. de inuito test. (28. 3.)

162) L. 12. D. h. t. L. 69. D. de hered. instit.

163) L. 50. §. 1. D. de hered. instit.

164) Arg. L. 79. §. 1. D. de cond. et dem. Vgl. Note 187. Aus diesem Gesichtspunkte mag sich auch L. 13. D. quando dies. (36. 2.) erklären.

165) L. 137. §. 6. D. de V. O. Vergl. Arnolds, Beiträge, S. 164—172. Savigny, System, Bd. 3, S. 157 fig.

166) L. 6. §. 1. D. de cond. et dem.

167) §. 10. J. h. t. L. 1. 6. D. h. t. L. 45. D. de hered. instit. L. 3. D. de cond. et dem.

168) L. 9, 14, 15. D. h. t. Pauli sent. III. 4 B. §. 2.

169) L. 14. D. cit.

ſchen Gründen für unpaſſend und unzuläſſig angeſehen wird¹⁷⁰⁾, wozu namentlich die auf Hinderung der Verheurathung abzweckenden Bedingungen gehören¹⁷¹⁾, und die Bedingung beſtändigen Aufenthaltes an einem beſtimmten Orte¹⁷²⁾. Etwas Beſonderes aber iſt durch das prätorische Edict feſtgeſetzt in Anſehung der einer letztwilligen Verordnung hinzugefügten Bedingung eidlicher Angelobung einer künftigen Handlung oder Leiſtung. Hier wird die Ablegung dieſes promiſſoriſchen Eides erlaſſen und die Verfügung kann als unbedingte auf prätorische Art geltend gemacht werden; ſo jedoch, daß die Erfüllung der Leiſtung als eines Modus verlangt werden kann, inſofern dieſelbe nicht ihrem Inhalte und Zwecke nach verwerflich erſcheint¹⁷³⁾.

Einige ihres Inhaltes wegen für verwerflich erklärte Bedingungen hingegen gibt es, welche nicht als unwirksam außer Acht geſaſt werden, ſondern vielmehr Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung bewirken, der ſie hinzugefügt ſind. Nach älterem Rechte nämlich waren alle diejenigen letztwilligen Zuwendungen ungiltig, durch welche nur einem Anderen zur Strafe für einen gewiſſen Fall etwas entzogen werden ſollte (*poenae nomine relicta*). Man ging dabei von der Anſicht aus, daß der letztwilligen Gabe ein freies Wohlwollen gegen den Honorirten zum Grunde liegen müſſe, und derjenige nicht in Wahrheit honorirt ſei, der gewiſſermaßen nur als Mittel, einen Anderen zu ſtrafen, gebraucht werde¹⁷⁴⁾. Aus dieſem Grunde wurde denn auch die Ernennung eines Miterben für nichtig gehalten, wenn ſie nur den Zweck hatte, einem anderen eingekerkerten Erben, für den Fall, daß er etwas dem Willen des Teſtators zuwider

170) Vgl. Arnolds a. a. D. S. 179—181, vgl. mit S. 172—179. Sie werden mit den vorgenannten als unſittliche Bedingungen paſſend zuſammengeſtellt von Savigny a. a. D. S. 122, 123.

171) Die Bedingung: *si non nupserit* oder *uxorem duxerit*. L. 22. 28. pr. 63. 64. 72. §. 4. D. de cond. et dem., ausgenommen im Falle der Nov. 22. cap. 44. (Note 157), cf. Cod. de indicta viduitate. (6. 40.)

172) L. 71. §. 2. D. de cond. et dem. — Vgl. überhaupt noch den Art. Bedingung in Bd. 1, S. 766—769. Die gewöhnliche Behauptung übrigens, daß die Bedingung, „wenn der Honorirte ſeine Confeſſion ändern oder nicht ändern werde,“ als unſittliche verwerflich ſei, iſt in ihrer Allgemeinheit gewiß ungegründet. Sollte es ungiltig ſein, dem Sohne, dem der reiche Vater Entziehung aller Unterſtützung und Beſchränkung auf den Pflichtheil broht, wenn er der gewonnenen Ueberzeugung folgend zu einer anderen Kirche ſich bekenne, für dieſen Fall des Uebertrittes etwas zu vermachen? Und ſcheint dieſe Frage überhaupt noch keineswegs befriedigend behandelt worden von Sell, Verſuche, Bd. 2, S. 142; noch von Mühlenthal a. a. D. S. 104—106. Vgl. Wangerow, Leitf. Bd. 1, S. 110.

173) L. 8. D. h. t. cf. L. 20. 26. pr. D. de cond. et dem. L. 29. §. 2. D. de testam. milit. (29. 1.) L. 63. §. 9. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) Sehr ungenau iſt, was darüber Bd. 1, S. 767; bemerkt worden. Vergl. vorzüglich Savigny a. a. D. S. 185—190, und Huſtke, in der Zeiſchr. für Civiltrecht u. Proz. Bd. 14, S. 12, S. 334—416.

174) Ulp. XXIV. 17. Cai. II. 235. 236. 288. Cf. tit. Dig. de his quae poenae causa relinquuntur. (34. 6.)

thue oder unterlasse, einen Theil der Erbschaft zu entziehen¹⁷⁵). Durch eine Justinianische Verordnung ist nun zwar diese Beschränkung im Allgemeinen aufgehoben¹⁷⁶). Indessen ist doch dieses davon übrig geblieben, daß die Erbeinsetzung wie das Vermächtniß ungiltig ist, wenn einem Andern dadurch eine Beschränkung angedroht wird für den Fall, daß er etwas Unmögliches oder Gesetzwidriges und Unfittliches nicht thun werde¹⁷⁷). Außerdem machen auch captatorische Bedingungen die Erbeinsetzung ungiltig, d. i. solche, welche die gegenwärtige Disposition davon abhängig machen sollen, daß künftig auch zu Gunsten des Testators oder eines Dritten durch den Eingesezten oder auch einen bestimmten Andern eine letztwillige Verfügung getroffen werde¹⁷⁸). Solche captatorische Dispositionen sind durch einen Senatsbeschluß allgemein für nichtig erklärt worden, wegen Gefahr des Mißbrauches derselben zu trügerischer Erbschleicherei, ohne Rücksicht darauf, ob im einzelnen Falle eine solche schändliche Absicht dabei zum Grunde liege¹⁷⁹). Daß aber auch die einer captatorischen Disposition entsprechende Erbeinsetzung oder sonstige Verfügung ungiltig sei, ist zwar wohl von einzelnen Schriftstellern behauptet worden, wird jedoch nie Recht von den meisten als ungegründet verworfen¹⁸⁰).

175) Cai. II. 243: Non immerito quibusdam placeat poenae nomine heredem institui non posse. §. 36. J. de legat. (2. 20.) Nec heredem poenae nomine adici posse Sabinus existimabat.

176) L. un. Cod. de his quae poenae nom. (6. 41.) §. 36. J. l. c.

177) L. un. cit. in f.: Quodsi aliquid facere vel legibus interdictum vel alias probrosum vel etiam impossibile iussus aliquis eorum fuerit, tunc sine ullo damno etiam neglecto testatoris praeecepto servabitur. §. 36. cit. in f. Darnach ist interpolirt L. 1. D. h. t.: Illicite vel probrose . . . talem poenam. Im Falle einer in der Bedingung liegenden gesetzwidrigen oder unfittlichen Auflage ließe sich die Ungiltigkeit der Verfügung, nicht blos der Bedingung, schon aus allgemeinen Gründen wohl behaupten, wegen ihrer unfittlichen Tendenz. Im Falle einer unmöglichen Auflage (si heres impossibile quid non fecerit) müßte man der Regel nach die Bedingung als notwendige für sofort erfüllt und die Verfügung selbst als unbedingte betrachten, wenn nicht L. un. cit. ein Anderes mit sich brächte. Krudts a. a. D. S. 172, Note 13, S. 177. Savigny a. a. D. S. 202.

178) L. 70. D. de hered. instit.: Captatorias institutiones, quarum conditio confertur ad secretum alienae voluntatis. Cf. L. 71. §. 1. D. ibid. L. 1. in f. D. de his, quae pro non scriptis. (34. 8.) Anders wenn in praeteritum, non in futurum institutio collata est. L. 71. pr. L. 81. §. 1. D. de hered. instit. L. 20. §. 2. D. de cond. institut.

179) L. 70. L. 1. in f. cit., auch in Soldatentestamenten. L. 11. Cod. de test. milit.

180) Die gemeine Meinung ist insbesondere gegen Bynkershoek, de captat. institut. §. X. (opp. tom. I. p. 370) vertheidigt von Ehibaut, Versuche, Bd. 1, §. 4. Jenem pflichtet aber bei Mühlentbruch, Lehrb. §. 649, Note 9, der sich jedoch in den Erläuter. Bd. 40, S. 227, vielmehr zu der Meinung neigt, daß dem Captans die Erbschaft als indignus zu entziehen sei. Dieß ist aber nirgendwo gesagt, und bloße Analogien genügen nicht; ganz unzulässig aber ist es, aus L. 1. pr. D. si quis aliquem testari prohib. (29. 6.) den Satz abzuleiten, daß überhaupt das captare hereditatem mit jener Folge bedroht sei, indem man aus dem Vorder Satze nur die Worte dum captat hereditatem nimmt, ohne die nähere Bestimmung legitimam vel ex testamento, sc. antea facto, etc. Das Richtige deutet an Wangerow, Bd. 2, S. 123.

Bestimmte Erbeinsetzungen endlich können gesetzlich überhaupt nicht an Bedingungen, außer rein potestativen, geknüpft werden, und da bewirkt denn wieder, einem allgemeinen Grundsatz gemäß¹⁸¹⁾, die Hinzufügung derselben völlige Nichtigkeit der Einsetzung¹⁸²⁾. Und allgemein unzulässig, außer in Soldatentestamenten¹⁸³⁾, ist die Hinzufügung einer Resolutivbedingung bei der Erbeinsetzung. Die Erbeinsetzung selbst ist hier unbedingt, wie es in der Natur einer Resolutivbedingung liegt; die Nebenbestimmung aber, wornach die einmal wirksam gewordene Erbeinsetzung, also das dadurch begründete Erbverhältniß nur bis zum Eintritte eines bestimmten Ereignisses bestehen und dann aufgelöst werden soll, ist als widerstreitend dem Grundsatz: *semel heres semper heres*; eben so nichtig, wie die Beschränkung der Dauer bis zu einem bestimmten Tage¹⁸⁴⁾. Von Manchen ist zwar behauptet worden, eine den Worten nach als Resolutivbedingung erscheinende Nebenbestimmung der Erbeinsetzung müsse stets als entgegengesetzte Suspensivbedingung aufgefaßt werden¹⁸⁵⁾. Allein obwohl man zugeben muß, daß im einzelnen Falle wohl die Absicht, Jemanden bedingt einzusetzen, klar erkennbar sein könne, wo scheinbar eine Resolutivbedingung vorliegt, und daß dann diese Absicht auch befolgt werden müsse, so kann doch nicht die Verwandlung einer wirklich beabsichtigten Resolutivbedingung in die entgegengesetzte Suspensivbedingung gestattet sein. Die Gründe, welche man für jene Behauptung anführt, beruhen auf gänzlich unpassender Benutzung verschiedener Pandektenstellen, welche von bedingter Zurücknahme unbedingt gegebener Vermächtnisse, keineswegs von Ertheilung von Vermächtnissen unter Hinzufügung einer Resolutivbedingung reden¹⁸⁶⁾.

b) Zeitbestimmungen. Diese sind in der Regel bei Erbeinsetzungen unwirksam, sowohl der sogenannte *dies ex quo* wie der *dies ad quem*; er wird *pro non adiecto* gehalten¹⁸⁷⁾, insofern er nicht eine Bedingung in sich schließt (*dies incoertus*)¹⁸⁸⁾. Von dieser Regel gilt aber eine Ausnahme bei Soldatentestamenten¹⁸⁹⁾. Es kann endlich

181) L. 77. D. de reg. iur.

182) So bei der Einsetzung des *suius heres*, vgl. den Art. Enterbung und Rotherben; aber nur civilrechtlich, nicht nach prätorischem Rechte. L. 2. §. 1. D. de b. p. sec. tab. L. 3. §. 13. D. de b. p. contra tab.

183) L. 15. §. 4. D. de testam. milit.: *Ad tempus ... vel in conditionem.*

184) Arg. L. 15. §. 4. cit. L. 88. D. de hered. instit.

185) Wening-Ingenheim, im Archiv für civ. Prax. Bd. 1, S. 9. Zimmermann, das. Bd. 7, S. 7. Mayer, Erbt. Bd. 1, §. 20, Note 5.

186) L. 10. 14. D. de adim. legat. (34. 4.) L. 107. D. de cond. et dem. L. 6. D. quando dies. Allerdings, wenn der Testator den Titius zum Erben eingesetzt hat und dann später sagt: *Titius, si ... aliquid factum non fuerit, exheres esto*, so ist er auch quasi sub contraria conditione instituit, *adema sub conditione hereditate*. Vgl. Thibaut, im Arch. Bd. 5, S. 13, und Bd. 7, S. 19. Wangerow, Bd. 2, S. 112—114. Mühlentbruch, Bd. 40, S. 190—193.

187) §. 9. J. de hered. instit. L. 34. D. eodem.

188) L. 75. D. de cond. et dem. cf. L. 23. pr. D. de hered. instit.

189) L. 15. §. 4. L. 41. pr. D. de testam. milit. (29. 1.)

110) auch ein Modus der Erbschaftszugung hinzugefügt werden. Bezw. eine Auflage, die dem Erben gemacht wird, geradezu den Vorteil eines bestimmten Dritten, so ist darin für diesen ein Vermächtniß enthalten und die Verfügung nach den Regeln der Vermächtnisse wirksam¹⁹⁰⁾. Aber auch andere Auflagen sind möglich, dergestalt, daß deren Erfüllung erwirkt werden kann, ohne daß dadurch der Erwerb der Erbschaft eigentlich bedingt wird. Vorerst kann der Testator einen indirecten Zwang zur Erfüllung ausüben, indem er für den Fall des Ungehorsams eine Mulcta androht¹⁹¹⁾; oder auch, was nach Justinianischem Rechte möglich ist, zur Strafe dem Ungehorsamen etwas auferlegt zu Gunsten eines Dritten¹⁹²⁾. Außerdem können die Aeltern durch das iudicium familiae erciscundae die Erfüllung der Auflage betreiben¹⁹³⁾; und in Ermangelung anderer Zwangsmittel kann endlich der Erbe auch durch obrigkeitliches Einschreiten extra ordinem zur Erfüllung angehalten werden¹⁹⁴⁾, namentlich dadurch, daß ihm die wirksame Geltendmachung seines Erbrechtes entzogen wird¹⁹⁵⁾; überall vorausgesetzt, daß die Auflage nichts Unmögliches, Unerlaubtes oder Unanständiges vom Erben verlangt¹⁹⁶⁾.

So viel von der Erbschaftszugung im Allgemeinen. Ueber einige besondere Arten der Erbschaftszugung vgl. den Art. Substitution (Vulgar- und Pupillar-Substitution, Quasipupillar-Substitution).

Erbloses Gut ¹⁾ heißt in der Kunstsprache der heutigen Rechtsgelehrten eine Erbschaft, zu welcher sich weder ein civilrechtlicher noch pretorischer Testaments- oder Intestaterbe gefunden hat, und von der es ge-

190) L. 2. Cod. de his quae sub modo. (6. 15.)

191) L. 6. pr. L. 27. D. de cond. et dem.

192) Bgl. Rot. 173—177.

193) L. 18. §. 2. L. 44. in f. D. fam. ercisc. (10. 2.) L. 7. D. de annuis legatis. (33. 1.)

194) L. 50. §. 1. D. de hered. pot. (5. 3.) L. 7. D. cit.

195) L. 8. §. 6. D. de cond. et dem.

196) L. 7. D. cit. in f. — Bgl. übrigens Savigny, System, Bd. 3, S. 227, 233, 236. Wächtersbruch a. a. D. S. 268—272.

1) Literatur. Unter den neueren hierher gehörigen Schriften verdienen namentlich folgende Erwähnung: Glü c, hermentutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge (2. Ausgabe), §. 206—210, S. 766—777. Blunts, über das Recht des Fiscus an erblosen und consecrirten Gütern, im rheinischen Museum für Jurisprudenz, Bd. 4, S. 212—224. Buchholz, Haftung der Fiscus über den Vermögensbetrag Jemandes, der ohne sonstige Erben starb? in dessen juristischen Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen römischen Rechtes (Königsberg 1833), Nr. 4, S. 106—111. Eivers, praktische Arbeiten (Kosack 1836), S. 42 fig. Schmidt, de successione fisci in bona vacantia ex iure Romano. Jenae 1836, 8. Schröder, zu der Lehre von den bona vacantia, in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 10, Nr. 3, S. 89—140. Einige gute Bemerkungen über diese Lehre enthält auch die anonyme Recension der zwei zuletzt genannten Schriften in Richter's kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft, Jahrgang 1837, S. 309—321.

wißt ist, daß sich auch kein solcher dazu finden werde²⁾. In den römischen Rechtsquellen wird es bald mit dem Ausdrucke *vacantia bona*³⁾ bezeichnet, bald *causua bona*⁴⁾ bezeichnet; auch finden sich beide Ausdrücke zur Bezeichnung der Sache verbunden⁵⁾. Die Erfordernisse des Begriffes⁶⁾ im Einzelnen sind folgende. 1) Es muß eine *hereditas* im Sinne des römischen Rechtes da sein. Daher leidet der Begriff weder, auf den Nachlaß der Peregrinen, noch auf die Güter der Junischen Nationen und der *Debiticii* Anwendung. 2) Der Erblasser muß im Sinne des römischen Rechtes als *intestatus* verstorben sein, unter welche Kategorie natürlich auch der Fall des destituirten Testaments zu rechnen ist. 3) Es dürfen zu dem Nachlasse auch keine gesetzlichen Erben (ohne Unterschied, ob es *civile* oder *praetorische* Erben sind) vorhanden sein⁷⁾, 4) auch nicht der Successionsfall gewisser Corporationen vorliegen, welchen die römischen Kaiser ein Recht an den Gütern des Verstorbenen vor dem *Fiscus* eingeräumt haben⁸⁾. 5) Das vorliegende Erbgut muß mehr *Activa* als *Passiva* enthalten⁹⁾. In der älteren Zeit hatte man dies Erforderniß weniger hervorgehoben, da das Jussische Gesetz erbloses Gut dem Volke *indistincte* zusprach; allein ein von *Callistratus*¹⁰⁾ erwähntes *edictum perpetuum*, welches verordnet hat, daß über insolvente Vermögen der *Concurs* mit Ausschluß der Staatscasse eröffnet werden sollte, hat zur Aufstellung dieses Erfordernisses Veranlassung gegeben¹¹⁾. — Die Geschichte solcher Güter betreffend, so galten dieselben in älteren Zeiten für herrenlos, konnten von jedem Einzelnen eigenmächtig occupirt und durch *Usucapion* erworben werden¹²⁾. Nach einer Verordnung der *lex Julia*,

2) L. 1. pr. D. de successorio edicto. (38. 9.) L. 2. D. ibid. L. 96. §. 1. D. de legatis I. (30.) L. 4. C. de bonis vacantibus. (10. 10.) Theoph. par. inst. II. 6. §. 10, ferner III. 11. §. 4, vergl. mit L. 50. pr. D. de manumissis testamento. (40. 4.) L. 1. §. 20. D. de fideicom. libertatibus. (40. 5.)

3) S. die in Note 2 angeführten Stellen. Vor der *lex Julia* findet sich dieser Ausdruck nicht.

4) L. 30. C. Th. de petitionibus (10. 10.), vergl. mit L. 4. C. Just. 10. 10.

5) Vgl. Schröder a. a. D. Th. 10, S. 92, Note 1.

6) Am gründlichsten ist hier Schmidt l. c. p. 21—29.

7) Ulp. fr. 28. §. 7. L. 1. §. 2. D. de iure fisci. (49. 14.) L. 1. C. Just. 10. 10. L. 4. C. ibid. Vgl. L. 1. pr. D. de successorio edicto. (38. 9.)

8) Tit. C. Just. de hereditatibus decurionum, naviculariorum, cohortalium, militum et fabricensium. (6. 61.) L. 6. §. 7. D. de iniusto, rupto. (28. 3.)

9) L. 11. D. de iure fisci (49. 14.) L. 1. §. 1. D. ibid.

10) L. 1. §. 1. D. 49. 14.

11) L. 1. §. 20. D. 40. 5. L. 4. §. 17 u. 20. D. ibid. L. 6. §. 3. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.)

12) Caius, inst. II. §. 52—57, vergl. mit Cic., de legibus II. 19. S. Savigny, über die *sacra privata* der Römer, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bb. 2, S. 273, und Heimbach, *comm. de sacerorum privatorum mortui continuandorum apud Romanos necessitate*. Lips. 1827.

welche beßhalb wohl auch den Verthamer erhalten hat, fielen dieselben der Volkscasse, dem populus zu¹³⁾, und zwar stellte bereits La- beo die Ansicht auf, daß dieser Erwerb ohne Väteres (ipso iure) ge- schehe¹⁴⁾. Seitdem (in des Grundfag durch ein pectorisches Edict auf- kam, daß über insolvente Vermögen concurs eröffnet werden sollte¹⁵⁾, stellte sich durch die Doctrin der schon zur Zeit der klassischen Juristen aner- kannte Grundfag heraus, die Volkscasse dürfe die ihr angefallenen Güter nur bank vindiciren, wenn sie solvent seien, sonst müsse concurs über sie eröffnet werden¹⁶⁾, und man kam durch die Vergleichung der bonorum possessio und der dabei gewöhnlichen Ausdrücke dahin, daß man der Volkscasse das Wahlrecht zwischen der Annahme und Ausschlagung der ihr zugefallenen Güter zugestand¹⁷⁾, und in dieser Beziehung von einem agnoscere, admittere, oder spemere bona vacantia sprach, wobei die Unwideruflichkeit des animus von der Annahmehbe gefaßten Beschlusses stillschweigend vorausgesetzt wird¹⁸⁾. An die Stelle der Volkscasse trat späterhin, wahrscheinlich seit den Zeiten von Caracalla¹⁹⁾, dessen Consti- tution alle Caduca dem Fideus übertrug, die kaiserliche Casse, was um so leichter geschehen konnte, da in diesen Zeiten der ohnehin nur formelle Un- terschied betrieber Cassen sich allmählig verlor. Und in dem Justinianischen Rechtsbüchlein wird ganz allgemein vorausgesetzt, daß nur der Fideus ein Vindicationsrecht an den Vacantia habe²⁰⁾, und darnach sind die Pandektenstellen, welche ursprünglich von der Berechtigung des Aemans sprachen, von den Pandektencompilatoren interpolirt worden²¹⁾. Fragt man nach der Art und Weise, in welcher die Grechtfame dieser Casse geltend gemacht wird, so tritt uns auch hier, wie bei den Creptorien und Caducen das vindicari ius entgegen²²⁾, und daß diese Vindicatio in der Form der Runtiation eingeleitet wurde, bezeugen zahlreiche Zeugnisse aus der klassischen Zeit²³⁾, wobei denn natürlich wie gewöhnlich im Nume

13) Gaius, comm. II. §. 150. Ulp. fr. 28. 7. L. 96. §. 4. D. 86 (interpolirt).

14) L. 1. §. 1. D. 49. 14.

15) L. 1. §. 1. D. 49. 14. Gaius, inst. III. §. 78. §. 4. J. de bonorum possessionibus. (3. 9.) L. 1. pr. D. de successorio edicto. (38. 9.) L. 50. pr. D. de manumissis testamento. (40. 4.) L. 8. §. 1. D. qui test. facere possunt. (28. 1.) L. 70. pr. D. de adquir. vel omit. hered. (29. 2.)

16) L. 1. pr. D. 86. 9.

17) L. 6. §. 3. D. 36. 1. L. 4. §. 17. 19 n. 20. D. 40. 5. §. 1. J. de eo, cui libertatis causa. (3. 10.) Nov. 1. cap. 1. §. 1.

18) L. 4. §. 20. D. 40. 5.

19) Ulp. fr. 17. 8.

20) L. 1. C. 10. 10. (Diocletian.) L. 4. C. ibid. (Honorius und Theo- dosius.) L. 5. C. ibid. (Theodosius u. Valentinian.) Nov. Just. 1. cap. 1.

21) Am deutlichsten ist die Interpolation in L. 96. §. 1. D. 30. (Julian.) L. 13. pr. D. 49. 14. (Ulpian.) Vgl. Heineccius, comm. ad legem Ju- liam et Papiam Poppaeam lib. III. cap. 5. §. 2. p. 401 sq.

22) 3. 8. L. 20. §. 7. D. de hereditatis petitione. (5. 3.) L. 6. §. 3. D. 36. 1. L. 1. C. Just. 10. 10.

23) L. 1. §. 2. D. 49. 14. L. 18. D. de usurpationibus et usucapio- nibus. (41. 3.)

tiationsprozeße der Nuntiant als Vertreter des Fiscus auftrat, und die Wahrheit seiner Behauptung dem Besitzer gegenüber zu erweisen hatte. Die Besignahme solcher Güter von Seiten des Fiscus wird in den römischen Rechtsquellen als ein occupari bezeichnet²⁴⁾, was man doch wohl nur mit Unrecht auf die unter dem Erwerbungsarten des Eigentums vorkommende Occupatio bezogen hat²⁵⁾, da der Kunstsatzdruck auch bei den übrigen dem Fiscus verfallenen Sachen gebraucht wird, wo von einer bloßen Besignahme derselben die Rede sein kann²⁶⁾. Ueber das Verfahren bei der Einverleibung solcher Güter in den Fiscus (incorporatio)²⁷⁾ finden sich in den Justinianischen Rechtsquellen folgende Vorschriften vor. Die Fiscibehörde soll den dem Fiscus verfallenen Sachen tituli anlegen, auch über den Bestand der Sachen ein genaues Inventar errichten. So die Kaiser Valentinian, Valens und Gratian²⁸⁾. Eine spätere Konstitution von Theodosius und Valentinian²⁹⁾ regulirt insbesondere die der Incorporation vorausgehenden Cauteilen. Nach der Nuntiation sollen nämlich ausgewählte und vereidete Palatiner von der Fiscibehörde ausgeschiedt werden, auf deren Ansuchen der Praeses Provincia mit dem Fiscaladvocaten untersuchen soll, wessen Gut erlosch geworden, wie groß und von welcher Beschaffenheit dasselbe sei; zugleich sollen von demselben Veranlassungen getroffen werden, daß Jeder, welcher ein Eigentumsrecht oder einen rechtlichen Besitz an demselben geltend machen wolle, dies binnen einer gewissen Zeitfrist thun könne, und erst dann, wenn es theils aus seiner eigenen Relation, theils aus den beigefügten Protokollen gewiß ist, daß das Erbgut dem Fiscus verfallen, dann solle die Incorporation, oder erst auf speciellem Befehl des Kaisers, in der gewöhnlichen Form vor sich gehen. Eine Bemerkung, welche manche neuere Rechtsgelahrten nur auf unhistorischem Wege so angelegt haben, als dürfe der Fiscus nach ihr den Nachlaß nur vom inventario entretten, und habe daher für die Schulden nur bis zu dem Belaufe der inventirten Masse³⁰⁾.— Fragt man ferner, in welcher Weise der Fiscus das erblasse Gut übernehme, so tritt uns hier eine Controverse entgegen, welche namentlich in der neueren Zeit mit großem Erfolge bearbeitet worden ist³¹⁾. Die ältere, bereits den Glossatoren geläufige Ansicht betrachtet den Fiscus als Unversalsuc-

24) L. 2. u. 5. C. Th. de bonis vacantibus. (10. 8.) L. 11. C. Th. de petitionibus. (10. 10.) L. 1. C. Just. de donationibus inter virum et uxorem. (5. 16.) L. 5. C. Just. de bon. vacant. (10. 10.)

25) So Blumw., im Rheinischen Museum für Jurisprudenz, Bd. 4, S. 215, 216.

26) L. 48. §. 1. D. de iure fisci. (49. 14.) L. 1. C. Th. de iure fisci. (10. 1.) Vgl. Schröder a. a. D. Th. 10, S. 186.

27) L. 3. C. Just. 10. 10.

28) L. 3. C. J. 10. 10.

29) L. 5. C. J. 10. 10. Vgl. dazu Schmidt l. c. p. 34—39. Ueber frühere Verordnungen (L. 11. C. Th. 10. 10.) vgl. Schröder a. a. D. Th. 10, S. 115—119.

30) Vgl. dagegen Schröder a. a. D. Th. 10, S. 118.

31) Die Geschichte dieser Controverse entwickelt Schmidt l. c. p. 46. Schröder a. a. D. Th. 10, S. 96—98.

cessor in die erblosen Güter³²⁾. Die Stoffe bezeichnet ihn zwar nur geradezu als Erbe (heres), aber spätere Rechtsgelehrte estimated, daß er nicht geradezu als solcher betrachtet werden könne, sondern nur heredis loco sei³³⁾. Dagegen vertheidigte Blume³⁴⁾ die Ansicht, daß der Fiscus in die erblosen Güter iure occupationis, mithin als Singularsuccesor eintrete, wozu ihn theils der Umstand, daß vom Fiscus in unsern Rechtsquellen nie gesagt werde, er sei heres über aber heredis loco, theils der Sprachgebrauch der späteren Kaiser, welche dem Fiscus ein occupare bona in diesem Falle zuschreiben, veranlaßt hat. Allein die ältere Ansicht von der Universalsuccession des Fiscus in erbloses Gut nahmen wieder Schröder³⁵⁾ und Schmidt³⁶⁾ auf, und seit dieser Zeit kann es wohl als allgemein anerkannt gelten, daß von einer Singularsuccession des Fiscus nicht mehr die Rede ist. Die Beweise für diese Ansicht liegen in folgenden Umständen zu Tage: daß dem Fiscus zur Geltendmachung seines Rechtes auf die bona vacantia die hereditatis petitio eingeräumt wird³⁷⁾; daß ferner der Fiscus nicht allein in die Obligationen des Erblassers³⁸⁾, sondern auch in dessen Schulden eintritt³⁹⁾, und daß er die ihm so angefallene Erbschaft an Dritte verkauft mit der Wirkung, daß der Käufer prätorischer Universalsuccesor wird, wie der Fideicommissar in Folge der nach der Vorschrift des SC. Trebellianum gemachten Restitution⁴⁰⁾. Von welcher Art diese Universalsuccession sei, ist freilich in unseren Rechtsquellen eines Weiteren nicht angegeben. Es ist so viel gewiß, daß Cajus⁴¹⁾ ihn zu den alii iusti successores außer dem heres und honorum possessor rechnet; daß aber dieser Ausdruck nicht auf eine dem Erbrechte entnommene Succession geendet werden darf, ergibt sich theils daraus, daß die dem Fiscus im vorliegenden Falle gestattete hereditatis petitio nur eine utilis actio sein kann, da die directe Klage dem heres gebührt, theils daraus, daß die Universalsuccession dessen, welcher den Nachlaß vom Fiscus kauft, der Succession aus dem SC. Trebellianum, welche doch unbestreitbar zu den prätor-

32) Ad const. 1. Cod. de her. decur. (6. 62.) u. ad const. 10. Cod. de inoff. test. (3. 28.)

33) So Mater, Abhandlung von der Succession des Fiscus (Mün 1786), §. 17. Glük, Intestaterbfolge (2. Aufl.), §. 206.

34) Rhein. Museum für Jurisprudenz, Jahrg. 4, Heft 2, S. 212—221.

35) J. a. D. Th. 10, S. 89—140.

36) L. c. p. 93—98.

37) L. 20. §. 7. D. de hered. petit. (5. 3.)

38) L. 1. C. de donat. int. vir. et uxor. (5. 16.) Auch setzt die Lehre von dem Verkaufe erbloser Güter von Seiten des Fiscus an Dritte dies voraus. L. 18. §. 9. D. 5. 3. L. 54. pr. D. ibid. Sgl. L. 37. D. de adquir. vel amit. hereditate. (29. 2.)

39) L. 4. §. 19. D. de fideicomm. hereditat. (40. 5.)

40) L. 13. §. 9. D. 5. 3. L. 54. pr. D. ibid. L. 41. D. 49. 14. L. 1. C. de hereditate vel actione vendita. (4. 39.)

41) Caius, inst. III. §. 78. Vergl. Schröder a. a. D. Th. 10 S. 108.

schen Successionen gehöret, in einer Pandektenstelle gleichgestellt wird⁴²⁾. Auch kann gegen die Ansicht, daß der Fiscus prätorischer Universalsuccessor sei, nicht das Bedenken geltend gemacht werden, daß diese Succession auf einer civilen Rechtsquelle, der lex Julia, beruhe, da es namentlich für die späteren Zeiten nicht an Beispielen civiler Quallen fehlt, welche prätorische Universalsuccessionen eingeführt haben, wie die bonorum possessio quibus ex legibus und die Universalsuccession des Fideicommissars ex SC. Trebelliano. — In Betreff der Auflagen, welche durch den Willen des Erblassers auf die Güter gelegt sind, gilt es als allgemeine Regel, daß dieselben von dem Fiscus anerkannt und entrichtet werden müssen. Für den Fall, daß der ohne Testament verstorbene Erblasser wußte, daß seine Güter an den Fiscus kommen würden, ist ihm die Befugniß, ihnen Fideicommissa aufzuerlegen, ganz unumschränkt eingeräumt worden⁴³⁾. Auch in anderen Fällen hat der Fiscus nach der Regel *caduca cum suo onere sunt*⁴⁴⁾ die Legate und Fideicommissa zu agnosiren, welche auf den ihm zukommenden Erbtheil gelegt worden sind⁴⁵⁾; namentlich ist er auch verpflichtet, die in einem desituirten Testamente erteilte Freiheit gelten zu lassen, ohne daß es zur Aufrechterhaltung derselben der *Codicillarclausel* bedürfte⁴⁶⁾; und die auf die Erbschaft gelegten Universal-fideicommissa zu prästiren, in welchem Falle sogar ein Zwang zur Erwerbung des erblosen Gutes nach den Vorschriften des SC. Pegasianum gegen ihn eintreten kann⁴⁷⁾. Und daß auch an diesen Regeln im neuesten Rechte nichts geändert worden, ergibt sich schon daraus, daß Justinian⁴⁸⁾ an mehreren Orten die Grundsätze des älteren Rechtes auch für seine Zeiten bestätigt. Einen Hauptgrund gegen die hier in Schutz genommene Meinung bilden zwar die Stellen, nach welchen der ganze Inhalt der desituirten Testamente ungiltig werden soll⁴⁹⁾; nach welchen die Intestaterben die in ungiltigen Testamenten errichteten *Verwächnisse*, außer wenn sie besonders darum gebeten worden, nicht zu entrichten brauchen⁵⁰⁾, oder die in denselben erteilten Freiheiten nur vermöge der *Codicillarclausel* gelten sollen⁵¹⁾. Allein diese sind in der That nur allgemeine Grundsätze, welche durch die besondere Stellung des Fis-

42) L. 54. pr. D. de hereditatis petitione. (5. 3.) Vergl. Schröder a. a. D. Th. 10, S. 136—137.

43) L. 114. §. 2. D. de leg. I. (30.)

44) Ulp. fr. 17. 3.

45) L. 60. §. 1. D. de condit. et demonstrat. (35. 1.) L. 14. D. 49. 14. L. 2. pr. u. §. 1. D. de alimentis et cibariis legatis. (34. 1.) L. 96. §. 1. D. 30.

46) L. 4. §. 17 u. 20. D. de fideicomm. libertat. (40. 5.) §. 1. J. de eo, cui libertatis causa. (3. 11.)

47) L. 6. §. 3. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) L. 2. §. 4. D. ibid.

48) L. un. §. 14. C. de caducis tollendis. (6. 50.) Nov. Just. 1. c. 1. §. 1 u. 3.

49) L. 9. D. de testam. tut. (26. 2.) L. 181. D. de R. I. (50. 17.) L. 14. C. de fideicommissis. (6. 42.)

50) L. 29. C. 6. 42.

51) L. 11. C. de testam. manumissione. (7. 2.)

cus zu den *Vacantia* ausgeschlossen werden. — Daß der *Fiscus* für die Erbschaftsschulden hafte, ist bereits dagesewen. Nur so viel ist streitig, ob er auch über die Kräfte der Erbschaft hinaus hafte oder nicht ⁵²⁾. Nach der Meinung der *Glosse* ⁵³⁾ können insolvente Erbmassen dem *Fiscus* weder beferiert noch erworben werden; ähnlich ist die Meinung *Blume's* ⁵⁴⁾, welcher annimmt, daß der *Fiscus* durch *Occupation* aus den Erbgütern nur das erwerben könne, was nach Abzug der Erbschaftsschulden übrig bleibt, während *Buchholz* ⁵⁵⁾ gerade die entgegengesetzte Meinung vertheidigt, daß der *Fiscus* auch über den Betrag der Erbschaft hinaus hafte, gleich jedem anderen *Testat*erben. Doch ist anerkannt, daß die zuerst genannten zwei Meinungen nur auf falsch verstandenen *Pandektenstellen* beruhen ⁵⁶⁾; allein auch die für die letztere angezogene *L. 5. C. de bonis vacantibus* (10. 10.) dürfte wenig beweisend sein, da in derselben unter dem dem *Fiscus* zugefügten Schaden eben so gut die *Incorporationskosten*, als die Erbschaftsschulden verstanden werden können. Indessen dürfte für ein unbeschränktes Hafsten des *Fiscus* für die Erbschaftsschulden nicht allein die Natur der *Universalsuccession* beweisen, sondern auch der Umstand, daß, wer erbloses Gut vom *Fiscus* kauft, gleichfalls unbeschränkt den Erbschaftsgläubigern hafte ⁵⁷⁾. Jedensfalls beruht es aber auf einem reinen *Anachronismus*, wenn Manche diese Meinung deshalb anfechten, weil nach *L. 3. C. 10. 10.* bei der Uebnahme der *Vacantia* ein *Inventar* angefertigt werden solle, da ja die *Rechtswohlthat* des *Inventars* weit späteren Ursprunges ist (s. den *Art. beneficium inventarii*). Durch den Verkauf der Erbschaft kann sich der *Fiscus* von den Ansprüchen der Erbschaftsgläubiger befreien, welche alsdann auf den Käufer übergehen ⁵⁸⁾. — Das Recht des *Fiscus* an erblosen Gütern wird durch den Ablauf eines Zeitraumes von vier Jahren aufgehoben. Diese *Verjährung* beruht wahrscheinlich auf einer *Verordnung* des *Antoninus Pius* ⁵⁹⁾, und wird auch von den späteren *Kaisern* ⁶⁰⁾ als ein allgemein gültiges *Recht*sinstitut anerkannt. Ihrer Natur nach ist sie eine reine *Klagenverjährung*, durch welche nicht allein die *Nuntiation* erbloser Güter an den *Fiscus* ⁶¹⁾, sondern auch die *Berechtigung* des *Fiscus*

52) Die *Literatur* dieser *Controverse* behandelt *Schmidt* l. c. p. 67—77.

53) *Glossa Acc.* ad *L. 1. §. 1. D. 49. 14.*

54) *Im rhein. Museum für Jurisprudenz*, *Bd. 4, S. 216.*

55) In dessen *juristischen Abhandlungen*, *Nr. 4, S. 106—111.*

56) *L. 1. §. 1. D. 49. 14. L. 11. D. ibid.* Vergl. über den wahren Sinn derselben v. *Schröder* a. a. *D. Th. 10, S. 108—112.*

57) *L. 41. D. 49. 14. L. 1. C. de hereditate vendita.* (4. 39.)

58) *L. 41. D. 49. 14. L. 1. C. de hereditate vel actione vend.* (4. 39.)

59) *L. 1. §. 2. D. 49. 14. L. 10. §. 1. D. de diversis temporal. praescript.* (44. 3.)

60) *J. B. von Constantin* *L. 1. C. de quadriennii praescriptione.* (10. 37.)

61) *L. 10. §. 1. D. de diversis temporalibus praescriptionibus.* (44. 3.)

auf den Erwerb bereits nuntirter Güter ausgeschlossen wird⁶²), wenn schon die meisten neueren Rechtsgelehrten, mit Ausnahme Schmidt's, sie nur auf den zuerst genannten Fall beschränken⁶³). Die Frist wird nach den Regeln der *continua tempora* berechnet⁶⁴), und läuft von dem Zeitpunkte an, wo es gewiß wird, daß zu der Erbschaft weder ein civiler noch ein prätorischer Erbe vorhanden sei, d. h. von dem Zeitpunkte an, wo die Destitution des Testaments vollendet, die Intestaterbfolge von allen Berechtigten ausgeschlagen worden und die zur Erbittung der *bonorum possessio* vorgeschriebenen Fristen abgelaufen sind⁶⁵). Sie wirkt nur gegen die *hereditatis petitio* des Fiscus, und kommt daher nur denen zu, welche das erblose Gut *pro herede* oder *pro possessore* besitzen⁶⁶). Wer etwas durch einen singulären Erwerb, z. B. durch Kauf, aus dem vacanten Nachlasse erworben hat, bedarf der gewöhnlichen Eigenthumsersitzung, daher eines *iusta causa* und *bona fide* gemachten Erwerbes und des Ablaufes von je drei, zehn und zwanzig Jahren⁶⁷); vorausgesetzt indeß, daß diese Güter dem Fiscus noch nicht angezeigt worden sind⁶⁸). Auf den, welcher eine Erbschaftsache eigenmächtig, wenn schon ohne den Fehler der Gewalt oder Heimlichkeit, in Besitz genommen hat, kann diese Eigenthumsverjährung schon deshalb nicht bezogen werden, weil er Besitzer im bösen Glauben ist⁶⁹).

Aus dem Gesagten entscheidet sich auch die Controverse, welchem Fiscus die in verschiedenen Territorien belegenen *Vacantia* gebühren. Denn da die Berechtigung des Fiscus auf solche Güter in dem Wesen der *Universalsuccession* beruht, so kann sie nur dem Fiscus des Wohnortes deferirt werden, und die Beschaffenheit der einzelnen vacanten Sachen, ob sie beweglich sind oder nicht, dabei unmöglich in Betracht kommen⁷⁰), obschon manche neuere Rechtsgelehrten zwischen diesen einen Unterschied machen und die beweglichen dem Fiscus des Wohnortes, die unbeweglichen dem Fiscus des Territorium, in welchem sie gelegen sind, zugesprochen wissen wollen, und noch andere behaupten, daß jeder Fiscus die in seinem Lande befindlichen Güter, ohne Unterschied, ob sie bewegliche oder unbewegliche sind, einzuziehen befugt sei⁷¹).

62) Darauf deutet nicht allein der Ausdruck *vacantium bonorum nuntiationem quadriennio finire* in L. 1. §. 2. D. 49. 14., sondern auch besonders *a fisco quaestionem post quadriennium continuum super bonis vacantibus inchoandam non esse* in L. 1. C. 10. 37. Vergl. L. 1. §. 5. D. 49. 14. L. 10. pr. D. 44. 3. Vgl. Schmidt l. c. p. 88—90.

63) S. Finestres Hermogenianus p. 947. Westphal, Arten von Sachen, §. 755. Glü c, Intestaterbfolge, §. 210.

64) L. 1. C. 10. 37.

65) L. 1. §. 2. D. 49. 14. L. 10. §. 1. D. 44. 3.

66) L. 6. §. 7. D. *si quis omissa causa testamenti*. (29. 4.)

67) §. 9. J. *de usucapionibus*. (2. 6.) L. 18. D. *de usurpat.* (41. 3.) Vgl. L. 37. §. 1. u. L. 38. D. *ibid.*

68) §. 9. J. 2. 6. L. 18. D. 41. 3.

69) L. 37. §. 1. L. 38. D. 41. 3.

70) Vgl. Glü c, Intestaterbfolge, §. 208, und Schröder a. a. D. Th. 10, S. 138.

71) Vgl. die Literatur dieser Controverse bei Glü c a. a. D. S. 770.

Schlägt der Fiscus die *Vacantia* aus, so tritt seit Marc Aurel zunächst die *addictio libertatum conservandarum* ein. Sonst werden die Gläubiger in die Güter mittirt und diese werden zur Befriedigung derselben verkauft. Da die *Abdiction* jetzt wegfällt, so ist bei uns über die ausgeschlagenen *Vacantia* immer das gewöhnliche Concursverfahren zu eröffnen.

Geimbach.

Erbchaftstheilung¹⁾. Das Verhältniß mehrerer civiler Miterben unter einander hatte schon das Zwölftafelgesetz einer genaueren Bestimmung für werth erachtet²⁾. Nach demselben sollten die Außenstände der Erbschaft unter denselben nach Verhältniß ihres Erbtheiles ohne weiteres (*ipso iure*) getheilt sein³⁾; ein Gleiches geschah mit den auf der Erbschaft ruhenden Schulden⁴⁾, so daß die Erbschaftsgläubiger nicht Einem von den Miterben allein, sondern jeden derselben nach Verhältniß seines Erbtheiles ihrer Forderung halber zu verklagen hatten. Auch für die Auseinandersetzung der Miterben unter einander in Betreff der zur gemeinschaftlichen Erbschaft gehörigen Sachen hat dasselbe Gesetz eine besondere Klage eingeführt⁵⁾, welche in der Kunstsprache der römischen Juristen schon zu Cicero's Zeiten⁶⁾ *familiae herciscundae* heißt und die Aufhebung der erblichen Gemeinschaft durch die Theilung der übrigen Erbschaftsachen zum Gegenstande hat⁷⁾. Diese Klage ward später durch das prätorische Edict und die Doctrin weiter ausgebildet und in ihrem Umfange genauer bestimmt, daher sich die im Justinianischen Rechte vorgelegenen Regeln über Erbschaftstheilung unmittelbar aus derselben entwickeln lassen. Man unterscheidet in der Kunstsprache der heutigen Rechtsgelehrten die gerichtliche und außergerichtliche Erbtheilung. Jene ist eine solche, welche in Folge der Anstellung der Erbtheilungsklage durch ein förmliches Urtheil des Richters geschieht; jede andere ist für eine aus-

1) *Erretum: Voss, de familia herciscunda liber singularis. Colon. 1615. Strecker, diss. de actione familiae herciscundae. Erford. 1739. Westphal, System der Lehre von den einzelnen Vermächtnissen und der Erbtheilungsklage. Leipzig 1793, 8. Stück, Erläuterung der Pandekten, Th. 11, S. 1—118.*

2) Vgl. Dirksen, Zwölftafelfragmente, S. 389—397.

3) L. 6. C. familiae herciscundae, (3. 36.) L. 1. C. de exceptionibus. (8. 36.) L. 25. §. 9 u. 13. D. familiae herciscundae, (10. 2.) L. 2. C. si unus ex pluribus hered., (8. 32.)

4) L. 1. C. si certum petatur. (4. 2.) L. 10. C. de iure deliberandi. (6. 30.) L. 26. C. de pactis. (2. 3.) L. 7. C. de hereditariis actionibus. (4. 16.)

5) L. 1. pr. D. 10. 2.

6) Cic. de Orat. I. 56., pro Caes. 7. Der Name hängt mit dem uralten *erctum* *citumque* zusammen. *Erctum* bedeutet so viel als *patrimonium*; *citum* heißt *divisum*. Festus de V. S. sub voce *erctum*, Serv. ad Virgil. Aen. VIII. vs. 642. Gell. noct. Att. lib. 1. cap. 9. Bei Cic. de Orat. I. 56. steht auch *erctum cieri*. Vgl. Salmasius exerc. Plin. ad Solinum p. 891.

7) L. 7. D. si pars hered. (5. 4.) L. 25, §. 1. D. 10. 2. L. 51. §. 1. D. eodem.

fergerichtliche zu halten. Den römischen Rechtsquellen ist die letztere nicht unbekannt, und es konnte zum Behufe derselben sogar ein arbiter von den Erben zugezogen werden⁸⁾. Doch wird dadurch die Erbtheilungsklage nicht ausgeschlossen⁹⁾, auch den Rechten der Erbschaftsgläubiger gegen die einzelnen Miterben in keiner Weise prejudicirt¹⁰⁾. Eine solche Erbtheilung kann auch in den testamentarischen Verfügungen des Erblassers ihren Grund haben, welche dann, wenn es zur Theilungsklage kommt, der Theilungsrichter in Obacht zu nehmen hat. Demnach kann der Erblasser einen Erben im Testamente giltiger Weise auf bestimmte Sachen beschränken¹¹⁾, einzelne Erbschaftsachen einzelnen von den Miterben zutheilen und andere unvertheilt lassen¹²⁾, gewisse Activa und Passiva einzelnen Erben zuschreiben¹³⁾, wodurch allerdings das rechtliche Verhältniß der Erben zu den Gläubigern und Schuldnern der Erbschaft in keiner Weise geändert, wohl aber das Verhältniß der Miterben in der Masse regulirt wird, daß diese (unter Abzug der Falcidischen Quart) die Verfügungen des Erblassers anzuerkennen schuldig sind. Eine Anwendung dieser Grundsätze auf die Intestaterbfolge ist die sogenannte *divisio parentum inter liberos*¹⁴⁾, wovon sich die ersten Spuren in einer Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian vorfinden¹⁵⁾. Die Erfordernisse derselben sind durch spätere Verordnungen Constantin's¹⁶⁾ und Justinian's¹⁷⁾ dahin genauer bestimmt worden, daß sie nur von den Eltern, welche ihre nächsten zur Intestaterbfolge berechtigten Descendenten berücksichtigen, errichtet werden könne, daß sie schriftlich errichtet werde, daß der Erblasser darin Alles klar und deutlich ausspreche, d. h. nicht allein die zu vertheilenden Sachen, sondern auch die Personen, unter welche sie vertheilt werden, genau bezeichne, und daß er diese Urkunde entweder selbst unterschreibe oder von allen Kindern unterschreiben lasse. Fehlt im letztgenannten Falle auch nur die Unterschrift eines einzigen Kindes, so ist die Urkunde ungiltig¹⁸⁾. Dabei versteht es sich freilich von selbst, daß die Erbsachen vom Erblasser auch ungleich vertheilt werden können, natürlich mit Vorbehalt des Anspruches auf den Pflicht-

8) L. 57. D. 10. 2.

9) L. 1. C. familiae erciscundae. (3. 36.)

10) L. 26. C. de pactis. (2. 3.) L. 23. C. 3. 36.

11) L. 35. pr. §. 1. D. de heredibus instituendis. (28. 5.) L. 78. pr. D. ibid. L. 13. C. de heredibus instituendis. (6. 24.)

12) L. 21. C. 3. 36. L. 10. C. communia utriusque iudicii. (3. 38.)

13) L. 1. C. de except. (8. 36.) L. 20. §. 3. D. 10. 2. L. 69. §. 2. D. de legatis I. (30.)

14) Literatur: Wildvogel, comm. de divisione parentum inter liberos. Jenae 1748. Schröder, de privilegiatis parentum inter liberos dispositionibus (Jenae 1819), §. 19. Euler, comm. de testamento et divisione parentum inter liberos (Berol. 1820), §. 79 sq.

15) L. 16. C. 3. 36. Vergl. Friß, Entwicklung der Lehre des Testamentes der Eltern unter Kindern (Gießen 1822), S. 19.

16) L. 26. C. 3. 36.

17) Nov. 18. cap. 7. und Nov. 117. cap. 3.

18) Nov. 18. c. 7.

heil¹⁹⁾, bei dessen Verletzung die gewöhnlichen Klagen gegen die Miterben eintreten werden. Im Uebrigen wird Alles nach den Regeln der Intestaterbfolge geordnet²⁰⁾, und falls es zur gerichtlichen Erbtheilung kommen sollte, der Theilungsrichter angewiesen, die Bestimmungen der Divisjon pünktlich in Obacht zu nehmen²¹⁾. Eine derartige Urkunde wird ungiltig, wenn der Parens eine capitis deminutio erleidet, oder die Urkunde durchstreicht oder sonst vernichtet, endlich auch dadurch, daß derselbe eine andere Theilungsurkunde späterhin errichtet²²⁾. Um so mehr muß ein später errichtetes Testament dieselbe vernichten, da dieses die Intestaterbfolge, also die Voraussetzung, ohne welche eine solche Theilungsurkunde nicht gedacht werden kann, ausschließt. — Was aber zweitens die gerichtliche Erbtheilung anbelangt, so kann das Wesen derselben erst richtig verstanden werden, wenn man auf die Eigenthümlichkeiten der *civilem familiae heriscundae actio* zurückgeht. Diese ist höchst wahrscheinlich eine *actio arbitraria*, wie nicht allein das Zeugniß des Cicero²³⁾, sondern auch die der Pandektenjuristen²⁴⁾ und Kaiser²⁵⁾ erweisen, welche den Theilungsrichter gewöhnlich *arbitrarius* nennen; auch hier tritt hierzu noch der Umstand, daß gerade in Bezug auf diese Klage von einem *iussus iudicis* die Rede ist²⁶⁾, welcher bekanntlich nur den *arbitrariae actiones* eigenthümlich ist (s. den Art. *actio*). Die Formula der Klage enthielt zur Zeit der classischen Juristen ebenfalls die *adiudicatio*²⁷⁾, wodurch dem Theilungsrichter die Befugniß erteilt wurde, das Eigenthum einzelner Erbschaftsachen einer von den Parteien durch sein Urtheil zuzusprechen²⁸⁾. Auch muß diese Formula die Worte *ex fide bona* enthalten haben, da die Klage zu den *bonae fidei iudicia* gezählt wird²⁹⁾. Endlich bedarf es noch einer Erwähnung, daß sie von den römischen Juristen zu den *iudicia duplicia* gezählt wird³⁰⁾. Die Voraussetzungen, unter welchen die Klage stattfindet, sind folgende. 1) Der Kläger muß Erbrecht haben, einerlei, ob dasselbe auf der civilrechtlichen Testaments- oder Intestaterbfolge beruht³¹⁾. Auch bei prätorischen Successionen auf den Todesfall, bei der *honorum possessio*, der Restitution eines *Universalfideicommisses* aus dem Trebellianischen Senatsbeschlusse findet die Klage statt³²⁾, dann aber nur als *utilis actio*³³⁾; Ingleichen

19) Vgl. Euler l. c. §. 84. p. 90—93.

20) L. 26. C. 3. 36. Nov. 18. c. 7.

21) L. 15. C. 3. 36. Nov. 18. c. 7.

22) Vgl. Euler l. c. §. 89. p. 95 sq.

23) Pro Caecina cap. 7.

24) L. 30. D. 10. 2. L. 47. pr. L. 52. §. 2. L. 57. D. *ibid.*

25) L. 18. C. 3. 36. L. 21. C. *ibid.*

26) L. 7. D. *si pars hereditatis*. (5. 4.)

27) Caius, inst. IV. §. 42. Ulp. fr. 19. 16.

28) Anwendungen in L. 12. §. 2. D. 10. 2. L. 22. §. 1. L. 44. §. 1. L. 47. L. 52. §. 2.

29) L. 9. C. 3. 36. §. 28. J. de *actionibus*. (4. 6.)

30) L. 44. §. 4. D. 10. 2. L. 2. §. 3. D. *ibid.* L. 2. §. 1. D. *communi dividendo*. (10. 3.)

31) L. 2. §. 1. D. 10. 2.

32) L. 24. §. 1. D. 10. 2.

33) L. 40. D. 10. 2.

bei der Einforderung der einem arrogirten Unmündigen gebührenden Quact³⁴⁾. 2) Dieß Erbrecht muß von dem Beklagten bereits anerkannt worden sein. Fehlt dieß Erforderniß, so ist zu unterscheiden, ob der Kläger nach seinem Erbtheile Besitzer der Erbschaft ist oder nicht. Im ersten Falle steht ihm die *exceptio praeiudicialis* zur Seite, im letzten wird der Präjudicialpunkt des Erbrechtes in demselben Prozesse als Incidentalpunkt behandelt, welcher zwar zunächst ausgemacht werden muß, nächstdem aber sogleich zur Entscheidung der Erbtheilungssache geschritten werden kann³⁵⁾. 3) Der Beklagte muß Miterbe des Klägers sein³⁶⁾. In der Anstellung der Klage liegt demnach ein Anerkenntniß des gegnerischen Miterbrechtes von Seiten des Klägers³⁷⁾. Um dieß Präjudiz zu vermeiden, steht es demnach einem Jeden frei, sein theilweises Erbrecht mit der *partiarum hereditatis petitio* geltend zu machen, und diese Klage ist sogar in manchen Fällen vorzuziehen, weil sie auch auf die Außenstände der Erbschaft gerichtet werden kann³⁸⁾. 4) Den Parteien muß ihr Erbrecht an einer und derselben Erbschaft zustehen; daher sie wegfällt, wenn Jemand den Einen für sein *castrensische* Gut, den Anderen für den Ueberrest seiner Güter zu Erben ernannt hat³⁹⁾. 5) Die Erbschaft muß nicht in bloßen Außenständen bestehen⁴⁰⁾. Dieß Erforderniß ergibt sich aus der Natur der Klage, welche nur die Theilung solcher Sachen bezweckt, die nicht bereits durch das Gesetz unter die Miterben vertheilt sind. 6) Wer die Erbtheilungsklage anstellen will, muß die freie Verfügung über sein Vermögen haben; denn die Erbtheilung enthält in sich eine Art von Veräußerung des Miteigenthums am Ganzen gegen einen abgesonderten Theil⁴¹⁾. Daher kann, wer unter Vormundtschaft steht, nicht für sich allein auf Theilung provociren, wenigstens nicht ohne Einwilligung seines Vormundes, und, wenn unbewegliche Sachen sich in der Erbschaft vorfinden, bedarf es sogar des *Decretes* der Obrigkeit⁴²⁾. Von Seiten des Beklagten bedarf es dieses Erfordernisses nicht, da Jeder, welcher zur Theilung aufgefordert wird, auch gegen seinen Willen sich auf die Klage einzulassen hat, wenn er gleich noch unmündig oder minderjährig ist⁴³⁾. Daher bedarf es auch keines obrigkeitlichen Veräußerungsdecretes⁴⁴⁾, wohl aber der Einwilligung des Vormundes, im Falle der Minderjährigkeit des Beklagten, und nur wenn dieser mit keinem Vormunde versehen ist, so muß der Kläger zugleich um die Bestellung eines solchen bitten, falls der,

34) L. 2. §. 1. D. 10. 2.

35) L. 1. §. 1. D. 10. 2.

36) *Caius*, inst. IV. 42. Ulp. fr. 19. 16.37) L. 51. §. 1. D. 10. 2. In L. 37. D. *ibid.* ist demnach den Basiliken (XLII. 3. 37. ed. Fabr. tom. V. p. 681) zufolge die Negation zu streichen.38) L. 51. §. 1. D. 10. 2. L. 7. D. *si pars hereditatis*. (5. 4.)

39) L. 25. §. 1. D. 10. 2.

40) L. 25. §. 1. D. 10. 2.

41) L. 7. pr. D. *de rebus eorum, qui*. (27. 9.)42) Arg. L. 17. C. *de praediis et aliis rebus*. (5. 71.)

43) L. 43. D. 10. 2.

44) L. 7. pr. D. *de rebus eorum*. (27. 9.) L. 17. C. 5. 71.

welchem zunächst die Pflicht dazu oblag, dieß unterlassen haben sollte⁴⁵⁾. Gleichgiltig ist aber bei der Anstellung der Klage, ob der Kläger im Besitze seines Erbantheiltes sich befindet oder nicht⁴⁶⁾; ob die jetzigen Parteien die einzigen Erben zu der Erbschaft sind oder nicht⁴⁷⁾ (im letzteren Falle bleibt natürlich dem Berechtigten die Ausführung seines Erbrechtes gegen die jetzigen Parteien unbenommen)⁴⁸⁾; ob ferner nur eine, oder mehrere gemeinschaftliche Erbschaften getheilt werden sollen (im letzteren Falle kann sogar ein Dritter als Miterbe interessirt sein)⁴⁹⁾; endlich ob der Prozeß eine ganze noch ungetheilte Erbschaft, oder einen noch ungetheilten Theil derselben oder auch nur einzelne noch zu vertheilende Stücke betrifft⁵⁰⁾. Die Klage geht auf Theilung des erbchaftlichen Vermögens, so weit es gemeinschaftlich ist und auf gewisse Personalprästationen⁵¹⁾. Was den zuerst genannten Punkt anbetrifft, so kommen zur Theilung nicht allein diejenigen Stücke, welche dem Erblasser eigenthümlich angehören⁵²⁾, sondern auch fremde Sachen, an welchen ihm dingliche Rechte zustehen, z. B. emphyteuticarische und superficiarische Grundstücke, ja sogar solche, welche von demselben nur im guten Glauben besessen werden, oder von ihm zu Vermächtnissen bestimmte sind, falls das Vermächtniß von einer noch nicht erfüllten Suspensivbedingung abhängig ist⁵³⁾; ferner Alles, was die Erben von Erbschaftshalber erworben haben, z. B. die Früchte und Accessionen der Erbschaft, Alluvionen⁵⁴⁾ u. s. w., selbst dann, wenn dieser Erwerb erst nach dem Zeitpunkte der Litiscontestation eingetreten ist⁵⁵⁾, was den Erben in Folge eines vom Erblasser abgeschlossenen Verkaufscontractes tradirt⁵⁶⁾, oder aus einer vom Erblasser herrührenden Gemeinschaft in Folge der von den Erben erhobenen Theilungsklage ihnen vom Richter eigenthümlich zugesprochen worden ist⁵⁷⁾. Auch Rechte, z. B. das Pfandrecht und der Nießbrauch, können Gegenstand der Theilungsklage werden⁵⁸⁾. Ausgeschlossen ist indeß Alles, dessen Erwerb von der Willkür eines Dritten abhängt⁵⁹⁾, oder durch ein Verbrechen des Erblassers ermöglicht worden ist⁶⁰⁾, was der Miterbe seinem Antheile nach bereits veräußert hat⁶¹⁾

45) L. 2. §. 3. D. qui petant tutores. (27. 6.) L. 4. C. qui petant tutores. (5. 31.)

46) L. 1. §. 1. L. 25. §. 2. D. 10. 2.

47) L. 2. §. 4. D. 10. 2.

48) L. 44. §. 2. D. 10. 2. L. 17. C. 3. 36.

49) L. 25. §. 3 u. 4. D. 10. 2.

50) L. 32. D. 10. 2. L. 1. u. 21. C. 3. 36. L. 9. C. communia utriusque iudicii. (3. 38.)

51) L. 22. §. 4. D. 10. 2.

52) L. 10. D. 10. 2.

53) L. 12. §. 2. D. 10. 2.

54) L. 11. L. 12. pr. §. 1. D. 10. 2. L. 16. §. 3. D. ibid.

55) L. 12. §. 1. L. 16. §. 3. D. 10. 2.

56) L. 9. D. 10. 2.

57) L. 52. pr. D. 10. 2.

58) L. 29. D. 10. 2. L. 14. §. 1. L. 15. u. 16. pr. D. ibid.

59) L. 53. D. 10. 2.

60) L. 4. §. 2. D. 10. 2.

61) L. 54. D. 10. 2. L. 3. C. comm. divid. (3. 37.)

oder aus einem anderen, als dem erbchaftlichen Grunde bereits erworben hat oder noch erwerben wird, z. B. wenn er eine Erbchafts Sache titulo pro emptore oder pro donato besitzt⁶²⁾; ferner Alles, was der Erblasser bereits unter die Miterben vertheilt hat⁶³⁾, was dem Rechte nach nicht im Privateigenthume sein soll, wie Gifte oder verbotene Bücher (diese sollen nach dem Urtheile des Richters vernichtet werden⁶⁴⁾), was dem Rechte nach unter den Miterben unvertheilt bleiben soll, wie Erbbergräbnisse (daran bleibt jedem der Theilhaber sein Recht im Ganzen zuständig⁶⁵⁾), und alle die ganze Erbchaft betreffenden Urkunden. Testamenturkunden verbleiben entweder bei dem Haupterben oder werden in einem Tempel deponirt⁶⁶⁾; andere Documente verbleiben ebenfalls bei dem Haupterben, oder werden, wenn alle Miterben gleiche Theile haben, bei einem derselben, welcher durch das Loos ernannt wird, oder in einem Tempel oder auch bei einem Dritten, welcher durch Compromiß erwählt wird, deponirt⁶⁷⁾ und, wer sie besitzt, bleibt immerhin verpflichtet, sie auf Verlangen vorzuzeigen und Abschriften davon nehmen zu lassen. Rechte an Freigelassenen⁶⁸⁾ und die Befugniß der Erben über den gewaltsamen Tod des Erblassers oder der ihm zunächst Angehörigen die Erbchaftsclaven peinlich zu befragen⁶⁹⁾, sind ebenfalls untheilbar. Auf erbchaftliche Außenstände (*nomina hereditaria*)⁷⁰⁾ und Passivschulden (*debita hereditaria*)⁷¹⁾ ist die Klage nie erstreckt worden, da Beides schon nach dem Gesetze der Zwölftafeln unter die Miterben nach dem Verhältniß ihrer Erbportion ohne Weiteres getheilt war. Selbst bei Obligationen, deren Gegenstand ein untheilbares Recht war, machte man keine Ausnahme; denn obschon auf dieselben die Vorschrift des Zwölftafelgesetzes keine Anwendung litt, so half man sich doch dadurch, daß man die Klage einem jeden der Erben auf das Ganze verstattete, und dann, wenn es zur Condemnation kam, die Condemnationssumme auf seinen Erbtheil beschränkte⁷²⁾. Doch betrifft der Ausschluß der Erbchaftsactiva und Passiva nur das Verhältniß der Miterben gegen Dritte, nicht aber das der Miterben unter einander; denn in dieser Beziehung kann der Theilungsrichter allerdings Beides Einem von den Miterben ganz oder zum Theile zuweisen, wodurch natürlich aber ihr Verhältniß gegen Dritte nicht verändert wird⁷³⁾. Was die einzelnen Miterben aus der Erbmasse besitzen, müssen dieselben

62) L. 25. §. 7 u. 8. D. 10. 2. L. 45. pr. D. ibid.

63) L. 32. D. 10. 2. L. 10. u. 21. C. 3. 36.

64) L. 4. §. 1. D. 10. 2.

65) L. 30. D. 10. 2. L. 4. C. de religiosis. (3. 44.)

66) L. 4. §. 3. D. 10. 2.

67) L. 5. u. 6. D. 10. 2.

68) L. 24. D. de iure patronatus. (38. 14.) L. 41. D. 10. 2.

69) L. 18. §. 1. D. 10. 2.

70) L. 6. C. 3. 36. L. 1. C. 8. 36. L. 2. C. 8. 32. L. 25. §. 1, 9, 10. D. 10. 2. L. 2. §. 5. D. ibid. L. 51. §. 1. D. ibid.

71) L. 1. C. 4. 2. L. 10. C. 6. 30. L. 26. C. 2. 3. L. 7. C. 4.

16. L. 23. C. 3. 36. L. 40. §. 2. D. de pactis. (2. 14.)

72) L. 25. §. 9. D. 10. 2.

73) L. 3. D. 10. 2.

einliefern⁷⁴⁾, und zwar in der heutigen Praxis nach einem von ihnen zu errichtenden Inventar; wer collationspflichtig ist, hat auch die zu conferirenden Gegenstände an die Erbmasse zu überantworten⁷⁵⁾; dann wird die Erbmasse im Ganzen zum Behufe der Theilung zu Gelde angeschlagen⁷⁶⁾, freilich nach Verabzugung gewisser Gegenstände, welche einzelnen Miterben definitiv verbleiben. Dahin gehören alle Einzelsachen, welche vom Erblasser als zum Erbtheile des Einen gehörig bezeichnet worden sind⁷⁷⁾, oder solche, worauf der Erblasser den Erbtheil einzelner Erben beschränkt hat⁷⁸⁾ (doch bedarf es hier zur Bestätigung im Einzelnen noch der Adjudication⁷⁹⁾); in Abzug kommen ferner alle Prälegate⁸⁰⁾, und zwar in der Weise, daß die zu solchen Legaten bestimmten Sachen auch von jedem auf ihnen ruhenden dinglichen Rechte befreit werden müssen⁸¹⁾; verabzugt werden ferner Schenkungen, welche der Parens an das in seiner väterlichen Gewalt befindliche Kind gemacht und nicht widerrufen hat⁸²⁾, freilich, wenn sie nicht insinuirt sind, nur insoweit, als sie das gesetzliche Maß nicht übersteigen⁸³⁾; auch erhält der in der väterlichen Gewalt des Erblassers befindliche Sohn das Heurathsgut seiner Frau und seiner Schwiegertochter im Voraus⁸⁴⁾, und zwar ganz, wenn es dem Erblasser übergeben worden ist, während dann, wenn die Uebergabe an den Sohn geschah, die Præception sich nur auf so viel erstreckt, als davon in den Nutzen des Erblassers verwendet worden ist, oder wie weit das Sondergut des Empfängers reicht; endlich soll nach einer specuellen Sanction Justinian's⁸⁵⁾ das, was der Erblasser aus einer für seine Kinder bestellten dos oder donatio propter nuptias durch Rückfall gewonnen, diesen immer bei seinem Tode als præcipuum zufallen, wenn in seinem Testamente fremde Personen zu Erben ernannt sind: falls aber eigene Kinder zu Erben eingesetzt sind, sollen die zuerst genannten Personen nur so viel als Præcipuum erhalten, als die im Testamente eingesetzten Kinder einer ihnen bestellten dos oder ante nuptias donatio oder käuflichen militia halber aus dem Vermögen des Erblassers erhalten ha-

74) L. 3. C. 3. 36.

75) L. 1. pr. D. de dotis collatione. (37. 7.)

76) L. 25. §. 20. D. 10. 2.

77) L. 3. C. de heredibus instituendis. (6. 24.) L. 35. pr. u. §. 1. D. 28. 5. L. 78. D. ibid. In Betreff solcher Sachen gelten nämlich die Erben als Legatäre, daher hier auch der Abzug der Falcidischen Quart vorkommen kann. L. 78. pr. L. 35. §. 1. D. 28. 5.

78) L. 35. pr. §. 1. D. 28. 5. L. 78. D. ibid.

79) L. 21. C. 3. 36.

80) L. 4. pr. D. 10. 2. L. 25. §. 22. L. 26. 28. 42. D. ibid. L. 7. C. 3. 36.

81) L. 28. u. 33. D. 10. 2.

82) L. 3. Greg. Cod. familiae herclisc. (3. 6.) L. 11. C. de donationibus. (8. 54.) L. 25. C. de donationibus inter virum. (5. 16.)

83) Freilich steht L. 13. C. de collationibus (6. 20.) entgegen, worüber Cuiac. obs. III. 30. nachgesehen werden kann.

84) L. 20. §. 2. D. 10. 2. L. 51. pr. D. ibid. L. 2. C. 3. 36. Rgl. L. 47. pr. D. 10. 2.

85) L. 12. C. 3. 39.

ben, so daß der Ueberfluß als Theil des väterlichen Vermögens betrachtet und unter die Testamentserben nach Verhältniß ihrer Erbportionen vertheilt wird. Für die Art und Weise der Erbtheilung finden sich in den römischen Rechtsquellen nicht viel specielle Vorschriften vor. Sie ist demnach im Allgemeinen wohl ganz dem Urtheile des Richters zu überlassen. Doch hat derselbe zu beachten, daß von allen vorhandenen Erbschaftsachen keine einzige ungetheilt bleibt⁸⁶⁾, da die Klage nur einmal angestellt werden kann⁸⁷⁾; doch hilft man, wenn einige Erbschaftsachen ungetheilt verblieben, mit der *actio communi dividundo* aus⁸⁸⁾. Ist die Theilung der Sachen im Einzelnen mit viel Schwierigkeit verknüpft, so kann der Theilungsrichter die ganzen Erbschaftsachen dem Einen adjudiciren und ihn zugleich auf Geldentschädigung für den andern Theil condemniren⁸⁹⁾; sonst kann er auch die Erbschaftsachen zum Behuf der Adjudication in natürliche Theile zerlegen⁹⁰⁾, oder ihnen eine Servitut auferlegen, vorausgesetzt, daß diese Beschränkung im Momente der Adjudication selbst ausgedrückt werde⁹¹⁾, und daß, wenn eine Prädialservitut auferlegt wird, diese nur zu Gunsten eines zur Erbschaft gehörigen Grundstückes geschieht⁹²⁾. Auch ist es die Pflicht des Theilungsrichters bei der Adjudication wegen der früher der Sache halber erhobenen Klagen, der Vergütung der auf sie verwendeten Unkosten und der Eviction halber Cautionen aufzuerlegen⁹³⁾; ja diese Cautionen verstehen sich in dem zuletzt genannten Falle, wenn sie vom Richter vergessen worden sind, von selbst, so daß die der Eviction unterliegende Partei mit der *actio praescriptis verbis* die Miterben zum Schadenersatz zwingen kann⁹⁴⁾. Denn durch die Adjudication wird ein dauerndes, definitives Verhältniß gegründet, welches der Prator durch Verleihung besonderer Klagen und Einreden schützt⁹⁵⁾. — Was aber die Personalprästationen angeht, welche ebenfalls Gegenstand der Theilungsklage sein können, so gehört hierher zunächst die Vergütung alles Schadens, welchen der Miterbe durch positive und negative Handlungen verursacht hat, was man nach den Grundsätzen der *diligentia, quam suis rebus adhibere solet* zu beurtheilen hat⁹⁶⁾, vorausgesetzt, daß der Schaden bereits nach der Erwerbung der Erbschaft von Seiten des Beschädigers und im Bewußtsein dieser Erwerbung geschehen ist (für andere Fälle helfen die gewöhnlichen Schadensklagen aus)⁹⁷⁾; ferner die

86) L. 25. §. 20. D. 10. 2.

87) L. 20. §. 4. D. 10. 2.

88) L. 20. §. 4. D. 10. 2.

89) L. 55. D. 10. 2.

90) L. 22. §. 2. D. 10. 2. L. 16. §. 1. D. *ibid.*

91) L. 22. §. 3. D. 10. 2.

92) L. 18. D. *comm. div.* (10. 3.)93) L. 25. §. 21. D. 10. 2. L. 47. *pr. D. ibid.*94) L. 14. C. 3. 36. Vergl. L. 7. C. *communis utraque iudicii*, (3. 38.)

95) L. 44. §. 1. D. 10. 2.

96) L. 16. §. 4 u. 5. D. 10. 2. L. 25. §. 16 u. 18. D. *ibid.* L. 19. C. 3. 36. *Val.* L. 45. §. 1. D. 10. 2.

97) L. 16. §. 4. D. 10. 2.

Vergütung aller Nutzungen, welche der Miterbe aus Erbschaftsachen gezogen⁹⁸⁾, der Accessionen⁹⁹⁾ und alles dessen, was ein Miterbe in Rücksicht der Erbschaftsachen durch Stipulation gewonnen hat¹⁰⁰⁾ nach Verhältniß seines Erbtheiles, vorausgesetzt auch hier, daß der, welcher den Erwerb gemacht hat, dieß im vollen Bewußtsein seines Erbrechtes, und dessen, daß die fragliche Sache zur Erbschaft gehöre, gethan habe¹⁰¹⁾; außerdem der Ersatz alles und jeden Schadens, welchen der Eine von den Miterben aus einer zur Erbschaft gehörigen Sache ohne seine Schuld erlitten hat¹⁰²⁾; endlich die Vergütung aller Unkosten und Auslagen, welche einer von den Theilnehmern auf die Erbschaftsachen gemacht hat, sammt den Zinsen derselben vom dem Augenblicke des Bezuges an getechnet¹⁰³⁾ nach Verhältniß der Erbportionen, vorausgesetzt, daß sie vom Erben im Bewußtsein seines Erbrechtes¹⁰⁴⁾ und bona fide¹⁰⁵⁾, und animo heredis¹⁰⁶⁾, d. h. in der Absicht, etwas als Erbe für die Erbschaft im Ganzen zu thun, gemacht worden sind. Dahin gehört z. B. die Bezahlung von Schulden, welche die Erbschaft anerkennen hat¹⁰⁷⁾, die Anstellung der allen Erben zusammen zustehenden und denselben gewissermaßen obliegenden Klage wegen gewaltsamen Todes des Erblassers¹⁰⁸⁾, die Vertheidigung eines Erbschaftsclaven in einer Moralklage in Verbindung mit dessen Auslösung¹⁰⁹⁾, kurz Alles, was von einem Miterben äußerer Nothwendigkeit halber in Rücksicht der Erbschaft vorgenommen wird, und seiner Natur nach keine Theilung der Handlung zuläßt¹¹⁰⁾. In andern Fällen hilft man mit der *actio negotiorum gestorum aus*¹¹¹⁾. Wegen der *impensae voluptuariae* steht keine Klage, nur ein *ius tollendi* zu.

Da durch die Erbtheilung ein definitives Verhältniß hergestellt wird, versteht es sich von selbst, daß dieselbe in der Regel nicht wegen Verletzung der einen Partei angefochten werden kann. In Betreff der gerichtlichen Theilung erhellt dieß schon aus der Natur der Rechtskraft eines richterlichen Urtheiles, welches bekanntlich schon an sich die *indebiti con-*

98) L. 19. D. 10. 2. L. 56. D. *ibid.* L. 9. C. 3. 86.

99) L. 22. D. 10. 2.

100) L. 19. D. 10. 2.

101) L. 44. §. 3. D. 10. 2.

102) L. 16. §. 6. D. 10. 2. vergl. mit L. 44. §. 5. D. 10. 2. L. 203.

D. de R. I. (50. 17.)

103) L. 18. §. 3. D. 10. 2. L. 18. §. 1. C. 3. 36. L. 3. C. de *neg. gestis.* (2. 19.) L. 18. §. 6 u. 7. D. 10. 2. L. 25. §. 15. L. 31. D. *ibidem.*

104) L. 49. D. 10. 2.

105) L. 18. §. 3. D. 10. 2. L. 16. §. 1. C. 3. 36.

106) L. 49. D. 10. 2.

107) L. 18. §. 5. L. 20. §. 1, 6, 7. D. 10. 2. L. 13. C. 3. 86. L.

78. §. 2. D. de *contrah. empt. vendit.* (18. 1.)

108) L. 39. *pr.* D. 10. 2.

109) L. 25. §. 15. D. 10. 2.

110) L. 25. §. 15. D. 10. 2. L. 18. §. 6. L. 44. §. 8. D. *ibid.*

111) L. 18. §. 1. C. 3. 86. L. 3. C. de *negotiiis gestis.* (2. 19.)

dictio ausschließt ¹¹²). Bei außergerichtlichen Theilungen, welche auf den Grundsätzen der Verträge beruhen, ist zwar eine Umstosung in der Regel ebenfalls nicht denkbar ¹¹³); doch kann sie wohl aus den nämlichen Gründen, wie alle anderen Verträge angefochten werden, nämlich wegen Arglist und Betrug des Gegners, und wenn sie wesentlichen Irrthums halber ungleich ausgefallen ist ¹¹⁴).

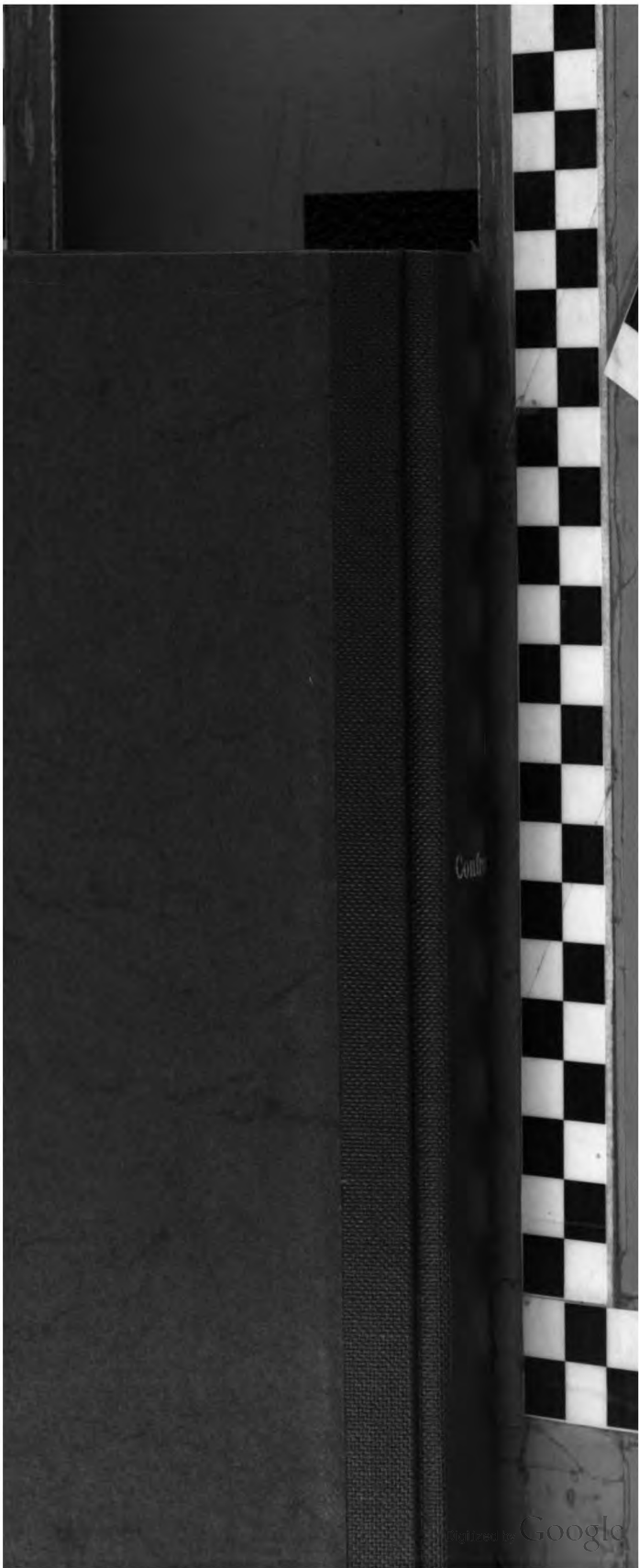
§cimach.

112) L. 1. C. de condicione indebiti (4. 5.), vergl. mit L. 36. D. 10. 2.

113) L. 3. C. 3. 38.

114) Consult. vet. iurecons. §. 2. L. 3. C. Just. 3. 38.





Conte