Handbuch

des

Pandecten-Rechts

in einer

kritischen Revision

seiner Hauptlehren.

Von

C. C. Dabelow.

Acc. 38,647.

BIBLIOTH. ACADEM. DORPAT.

Dritter Theil.

Halle

bey Hemmerde und Schwetschke.

1818.

4-IV A
Tartu Riikliku Ülikooli
Raamatukogu
6651

Personen-Recht.

XXXIII.

Berichtigung der gewöhnlichen Vorstellungen über ſtatus und perſona §. 210 und 211. — Worin beſteht das Weſen einer juriſtiſchen Perſon, und wie weit geht überall die Perſonificirung in der Römiſchen Geſetzgebung? §. 212 und 213. — Allgemeine auf die juriſtiſchen Perſonen ſich beziehende Bemerkungen §. 214 und 215. Kann die Perſonificirung auch auf dolus und culpa, überall auf menſchliche Leidenſchaften ausgedehnt werden? §. 216. — Jus *univerſitatis* et *ſingulorum* §. 217. — Wie iſt das Perſonenrecht im Sinne der Römer zu faſſen und zu begränzen? §. 218.

§. 210.

Wohl mag Feuerbach a) Recht haben, wenn er die gangbaren Vorſtellungen vom ſtatus naturalis und civilis als fehlerhaft, dazu inconſequent, angreift und verwirft. — Man kann nicht umhin, mit ihm anzunehmen, daß der Römiſche Juriſt, welcher zuerſt den Begriff von ſtatus dachte, von dem Problem ausgegangen ſey, die allgemeinen Gründe und Bedingungen der von den Römiſchen Gerichten in einer Perſon zu erkennenden Rechte zu beſtimmen, und darnach die Rechte ſelbſt zuſammen zu faſſen und zu claſſifiziren; daß er von den Fragen: Unter welcher Vorausſetzung hat der Menſch überall Rechte, und welches ſind die höchſten Gründe und Bedingungen davon, ausgegangen ſey, und ſo gefunden habe, daß ſich

a) Civiliſtiſche Verſuche n. VI.

alle auf die drey, Freyheit, Civität und Familienzustand zurückführen lassen. Allein, ob die aus der Annahme gezogene Folgerung, daß es bey den Römern nur einen status κατ' ἐξοχήν gegeben (den von unsern Juristen sogenannten status civilis) welchem der status hominis entgegen gestanden, nicht aber noch einen zweyten ihm entgegengesetzten (den sogenannten status naturalis), richtig sey, dürfte sich doch noch gar sehr bezweifeln lassen.

Daß die so gesunden einfachen und natürlichen Vorstellungen der Römer seit der Zeit wo die Philosophie in die Jurisprudenz eindrang, nicht bloß eine große Erschütterung, sondern zum Theil eine gänzliche Umschaffung und Einzwängung in die unnatürlichen und künstlichen Vorstellungen erlitten haben, wird mir mit jedem Tage klarer. Höchst unlogisch, oft ganz ungereimt muß uns jetzt vorkommen, was in seiner ursprünglichen Gestalt eben so logisch richtig als vollkommen gereimt war. Nur auf einen Hauptübelstand will ich hier aufmerksam machen, auf die Zusammenwerfung des juris gentium und des juris civilis beim Eigenthume, woraus sich die Eintheilung der Erwerbarten in modos adquirendi ex jure naturali und ex jure civili bildet; eine Theorie, die sogar der Grund-Idee des Rechts bey den Römern zuwider ist. Wäre es also nicht möglich, daß die Philosophie auch in der Lehre vom status einen Spuk angerichtet, und dem ursprünglichen status unter dem Beysatze „civilis" noch einen zweyten status, den status naturalis, zur Seite gegeben hätte? — Und woher kommt denn der status hominis, den Feuerbach doch als dem status κατ' ἐξοχήν entgegenstehend passiren lassen muß, weil er sich mit dürren Worten in Justinians Compilationen findet? Läßt dieser status nicht schon auf einen höheren und philosophischen Begriff von status schließen, den man hernach sehr wohl in status naturalis und civilis, freilich mit Verletzung des ur-

sprünglichen Begriffs vom status eintheilen kann? Spricht man erst von einem status hominis, so findet sich hernach die Sache schon von selbst. Daß man im Römischen Rechte den status naturalis so wenig, als die status, welche ihm von unsern Juristen gewöhnlich subordinirt werden, findet, thut nichts zur Sache, sobald nur die Vorstellung und der Begriff unbestritten da steht, woraus die Eintheilung in status civilis und naturalis nothwendig schon von selbst fließt. Subordinirte status sind schon in dem status κατ' ἐξοχήν nach den deutlichen Bestimmungen des Römischen Rechts nicht abzuleugnen: im statu naturali ergeben sie sich vollends von selbst.

Ob wir nicht auf folgende Art am besten aus der Sache kommen möchten? Die alte und ursprüngliche Vorstellung der Römer vom status war die von Feuerbach angegebene, und sie ist auch die ächt juristische. Die Philosophen verbanden einen andern Begriff mit dem Worte status, und verstanden darunter eine menschliche juridische Relation im Allgemeinen. — Daß diese Vorstellung schon zu Cicero's Zeiten gang und gäbe war, sieht man aus mehreren Stellen seiner Schriften. Er und andere Classiker beziehen den status auch wohl auf ordo, officium und munus auf der einen Seite, auf der andern auf aetas, mens und jede conditio sowohl des Körpers als der Seele. — So entstand die General-Vorstellung von einem status hominis. Man konnte nun die Menschen nach dem status beziehen, einmal auf jus naturale et gentium und auf jus civile. Zweytens auf die physische und auf die bürgerliche Beschaffenheit. In beider Beziehung konnte sich, wiewohl in verschiedenartigen Begriffen ein status naturalis und civilis bilden, nur mußte freilich die alte ursprüngliche Vorstellung von status dabey zur Seite gelegt, wenn nicht gar ganz aufgegeben werden. Wie es aber so zu gehen pflegt:

die Juristen adoptirten die philosophischen Theorieen und schoben die juristische Vorstellung vom status unverändert ein. So entstand die Inconsequenz, an welcher wahrlich unsere Juristen nicht schuld sind, da nicht nur so viele Indicationen in Justinians Compilationen ihnen das Wort reden, sondern auch die Römischen Juristen selbst sich der Inconsequenz mit dürren Worten schuldig machen.

Eine Inconsequenz hat gewöhnlich die andere zur Folge; so ging es auch hier. Der Ausdruck: persona wurde anfangs ausschließend auf den altjuristischen status bezogen und hatte hier einen sehr richtigen Sinn. Späterhin bezog man ihn auch auf den status hominis generell, und in dieser Beziehung erschienen nun homo und persona als gleichbedeutend. Daß diese Synonymität gegen den alten juristischen Sprachgebrauch in Justinians Pandecten-Compilation vorkomme, kann nicht geläugnet werden.

In der Justinianischen Gesetzgebung finden sich beide Vorstellungen mit einander verbunden: die altjuristische und die neujuristische und philosophische. In dem Institutionen-Titel de jure personarum und dem Pandecten-Titel de statu hominum ist doch die letztere so klar ausgesprochen, daß auch der leiseste Zweifel verstummen muß. Die letztere mußte auch um so mehr die Oberhand gewinnen, als nach Feuerbachs sehr richtiger Bemerkung die altjuristische Idee vom status unter den Imperatoren successiv an ihrer practischen Brauchbarkeit verlor, und zu Justinians Zeiten fast gar keine mehr hatte. An andern Orten werden wir dagegen an die altjuristische Vorstellung erinnert. Aber wie fangen wir es nun an, um die heterogenen Vorstellungen zu combiniren, welche in Justinians Compilationen vorliegen, und wie führen wir aus dieser Combination eine auf seine Gesetzgebung passende General-Theorie auf? Die Frage ist um so wichtiger, als aus ihrer Beantwortung sich hernach

Begriff und Umfang des Personenrechts bestimmen muß. Denn es braucht wohl nicht erst bemerkt zu werden, wie sich beides nach der Vorstellung, welche man zum Grunde legt, verändern müsse.

§. 211.

Wir wollen zuerst die mehrfache Vorstellung der Römer als Basis hersetzen.

I. Altjuristische Vorstellung. Hier ist status der Inbegriff der Bedingungen, unter welchen jemand nicht bloß als Römer, sondern auch als ein vollkommener Römer nach allen Richtungen hin angenommen werden kann, und da diese Bedingungen sind, die libertas, die civitas und die familia, so folgt, daß der status der Inbegriff des juris libertatis, civitatis und familiae ist. Nur wer diese jura hat, ist eine Person — persona. — Ohne das erstere jus in seiner Vollkommenheit zu besitzen, läßt sich die persona gar nicht als möglich denken, die beiden andern jura kann man mehr oder weniger vollkommen haben, ohne daß dadurch Begriff und Wesen einer Person beeinträchtigt würde. Aber nur durch das Beisammenseyn aller drey Rechte ist der Begriff der Person bedingt. Es ist daher keine Person in der alterthümlichen juristischen Vorstellung: 1) der Sclave. 2) Der Freygelassene, wenn er nicht durch die Freylassung zugleich jus civitatis et familiae erwirbt. 3) Der *peregrinus* —. Wenn aber res und persona einander entgegen gesetzt werden (welche Entgegensetzung nur statt findet unter Voraussetzung des alterthümlichen Begriffs von persona) so ist nur der servus zu den rebus zu zählen, nicht auch der liber-

rus und peregrinus, denn beide haben doch das jus libertatis und sind nicht in dominio.

II. Neujuristische oder philosophisch juristische Vorstellung. Der status ist überhaupt der Inbegriff menschlicher Bedingungen, oder conditio hominis. Darnach ist persona schon ein jedes Wesen mit menschlichen Bedingungen; der Sclave, Freygelassene und peregrinus also eben so gut als die persona in altjuristischer Bedeutung, nur das monstrum nicht, eben so wenig als der Affe und jedes andere Thier. Homo und persona erscheinen hier in völliger Synonymität.

Man kann den Ausdruck, conditio hominis beziehen

1) auf das jus. Wer bloß jus naturale hat, befindet sich in statu naturali, wer jus gentium auch hat, in statu juris gentium, wer vollends jus civile hat in statu civili. — In dieser Beziehung haben Sclaven bloß jus naturale, Fremde aber und Freygelassene, die nicht zugleich der Civität theilhaftig geworden sind, auch jus gentium. Wirft man, wie das auch zu geschehen pflegte, jus naturale und gentium zusammen, so bildet sich diese Vorstellung: wer nur jus naturale und gentium hat, befindet sich bloß in statu naturali, wer auch jus civile hat, in statu civili. — Wer sich in statu civili befindet, ist Person im engern und eigentlichen Sinne.

2) Auf die Beschaffenheit des menschlichen Wesens an sich, und die davon abhängenden Rechtsverhältnisse. — Die Beschaffenheit ist

hier der ſtatus. Wer eine Beſchaffenheit hat, von welcher Rechtsverhältniſſe abhängen, iſt eine Perſon. Will man hier ſtatus naturalis und civilis von einander unterſcheiden, ſo muß man mit beiden nothwendig andere Vorſtellungen verbinden, man muß ſich alsdann den ſtatus naturalis als bloß von der Natur des Menſchen, den ſtatus civilis hingegen als von ſeiner Beziehung zum Staat abhängige Beſchaffenheit denken. Beide Beſchaffenheiten müſſen in einem gewiſſen Staate geſetzt werden und muß jetzt unterſucht werden, welche Rechte jemandem mit Hinſicht auf jede dieſer Beſchaffenheiten beſonders von den Geſetzen des Staats zugeeignet worden ſind. Aber die Unterſcheidung zwiſchen ſtatus naturalis und civilis würde hier offenbar zu Ungereimtheiten führen: bei einiger Conſequenz würde ſie wegzulaſſen ſeyn: man würde ſich darauf zu beſchränken haben, den ſtatus hominis zu ſetzen: hätte man in ihm das Prädicat der Perſon gefunden, ſo würde es hinreichend ſeyn, die Perſonen nach ihren wichtigſten Verhältniſſen in der bürgerlichen Geſellſchaft einzutheilen, unbekümmert darum, ob dieſe Verhältniſſe von ihrer natürlichen oder bürgerlichen Beſchaffenheit abhängen.

Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß in der neujuriſtiſchen oder philoſophiſch-juriſtiſchen Vorſtellung überall nicht Perſonen und Sachen einander entgegengeſetzt werden können. Die Entgegenſetzung iſt bloß in der altjuriſtiſchen und auch hier nur partiell denkbar, es ſey denn, daß wir bloß homo und res einander entgegenſetzen wollten.

In Justinians Gesetzgebung, wenn wir dem Directorio derselben, den Institutionen folgen, liegt

1) ganz klar die neujuristische oder philosophisch-juristische Vorstellung von status und persona zum Grunde, und zwar vorzugsweise die II, 2. Das erhellt aus dem Titel der Institutionen de jure personarum so klar, daß ein Widerspruch zu den Ungereimtheiten geradehin verwiesen werden könnte. Der Pandecten-Titel de statu hominum unterstützt die Ansicht zum Ueberfluß.

Wenn nämlich der Titel der Institutionen überschrieben ist „de jure personarum;" es zu Anfang heißt: „summa divisio de jure personarum haec est," und nun die homines in liberos und servos und hernach Tit. VIII in sui und alieni juris eingetheilt werden, so springt in die Augen, welche Vorstellung die Gesetzgeber zu der ihrigen gemacht haben. Darnach muß also aus einem System des Justinianischen Rechts die Eintheilung des status in naturalis und civilis ganz wegbleiben, weil sie nicht darin gegründet ist. Der status hominis muß bloß als menschliche Eigenschaft, von welcher besondere Rechte abhängig sind, angesetzt, das Subject, welches mit einer solchen Eigenschaft versehen ist, Person genannt, und hernach mit der Eintheilung der Personen verfahren werden.

2) Eben so klar liegt in einzelnen Fragmenten die alte juristische Ansicht zum Grunde, z. B. wenn es heißt, der Sclave sey keine Person sondern nur eine Sache, desgleichen die neujuristische Ansicht I, 1. z. B. wenn es heißt, der Sclave habe nur jus naturale, der Fremde werde bloß nach jus naturale und gentium beurtheilt. Diese Ansichten müssen denn als beyläufige im

System aufgestellt und aus der Geschichte erläutert werden.

Es ist also durchaus falsch, wenn bey der Entwickelung des Römisch-Justinianischen Rechts der Unterschied zwischen status naturalis und civilis zum Grunde gelegt wird und unter den erstern die natürlichen unter den letztern aber die bürgerlichen oder adventizischen Eigenschaften gebracht werden, wovon besondere Rechte abhängen. Aber eben so falsch würde es seyn, wenn man von der altjuristischen Vorstellung vom status ausgehen wollte [b]). Man setze den statum hominis, und betrachte die Menschen zuerst nach ihrer natürlichen, dann nach ihrer adventizischen Beschaffenheit. Daß die erste Berücksichtigung in den Institutionen vergessen worden ist, thut nichts zur Sache, da man so vieles übersehen hat. Die Eigenschaften welche sich ohne Civität nicht denken lassen, würden nun erst den Begriff der Person begründen.

§. 212.

Die Eintheilung der Personen in physische und juristische oder moralische ist bekannt, aber man scheint darüber noch nicht ganz im Klaren zu seyn, von welchem Begriff des Worts Person man hier auszugehen habe, und was zum Wesen einer moralischen Person gehöre. Klar ist mir we-

b) Ich bitte hiernach meine früheren Ansichten in meinem System des heut. gem. oder forensischen Pandectenrechts zu berichtigen, wo sich noch die gangbaren Ansichten finden. Ich muß indeß bemerken, daß ich in jenem Buche mehr zur Absicht hatte, das Vorhandene darzustellen, als der Wissenschaft eine neue Ansicht abzugewinnen. Man thut auch unstreitig am besten, so lange bei den gangbaren Ansichten zu bleiben, bis man mit den neuen völlig im Reinen ist.

nigstens, daß wenn man so eintheilen will, vor allen Dingen derjenige Begriff gesetzt werden müsse, der dem juri gentium sowohl als dem juri civili am meisten convenirt, denn das Institut der juristischen Person ist auch dem juri gentium bekannt, daraus überall primär erkennbar. Homo und persona müssen hier zwar in der Synonymität gesetzt werden, jedoch allemal mit der Bedingung der libertas, unter welcher überall nur die Zulässigkeit zum Genuß des juris gentium anzunehmen ist. Die Zuständigkeit des juris gentium ist hier aber conditio sine qua non. Der Ausdruck: physische Person könnte leicht zum Mißverständniß führen, denn nimmt man persona und homo ganz synonym, so ist auch der Sclave eine physische Person; indeß läßt sich nicht füglich eine andere Bezeichnung finden: der Sachverständige muß hier schon wegdenken, was nothwendig wegzudenken ist. — Die Grundidee muß seyn: man setzt ein menschliches Individuum, leiht demselben jus gentium oder jus civile oder beides zusammen, und betrachtet es nun in seinen daher entspringenden Rechtsverhältnissen. Man personificirt nun andere Gegenstände, die keine eigentlichen Personen sind so, daß man ihnen Rechtsverhältnisse, welche bey einer physischen Person nur eigentlich annehmbar sind, beylegt, und man hat, was man juristische Person nennt.

Es ist keine Frage, daß man auf diese Weise personificiren könnte was man wollte, wenn nicht das jus ins Mittel träte und die Grenzen anwiese. Die Personification erstreckt sich daher nicht weiter als das jus sie annimmt und ist durch dessen Ausspruch bedingt.

Ehe ich hier weiter gehe muß ich noch Folgendes bemerken. 1) Man hat von dem Falle der geschehenen Personification den Fall zu unterscheiden, wo bloß etwas außer dem einzelnen Menschen als Subject von Rechten im Staate

anerkannt oder vielmehr gesetzt wird c). Das kann sehr wohl ohne Personificirung geschehen, z. B. es werden einem Grundstücke Rechte und Privilegien ertheilt, deren sich jeder Besitzer derselben zu erfreuen hat. 2) Man hat sich die Personificirung nie so weit zu denken, daß die juristische Person ganz der physischen gleich stände. Die Grundidee von welcher man, wie oben gezeigt worden ist, ausgehen muß, muß schon alles ausschließen, was von der physischen Person als einer solchen untrennbar ist. Eine Anomalie kommt jedoch unten beim Peculium vor, die aber, wie dort gezeigt werden wird, auch ihren ganz besondern Grund hat. Die ganze Personification besteht in weiter nichts, als daß ein Gegenstand, der keine physische Person ist, mit Hinsicht auf gewisse Zwecke handelnd und leidend gesetzt wird, als wenn er eine physische Person wäre. Diese Bestimmung ist von sehr fruchtbaren Folgen, wie wir hernach sehen werden.

§. 113.

Unter den juristischen Personen erscheinen:

I. Mehrere Personen-Gesammtheiten (universitates personarum). An sich ist eine universitates personarum weiter nichts als eine durch einen Collectiv-Namen bezeichnete Menschenmenge, oder eine Menschenmenge, die auch ohne einen solchen Collectiv-Namen als ein Ganzes betrachtet wird. Damit ist sie aber noch keine juristische Person: soll sie

c) Abweichung von der Ansicht des trefflichen Heise Grundriß eines Systems des gem. Civilrechts Seite 21 not. 13 der ich es übrigens gern verdanke, zu den Untersuchungen hingeführt worden zu seyn, welche die folgenden Seiten enthalten.

das seyn, so muß die Personificirung noch besonders geschehen.

Nach der Vorstellung der Römer sind Staat und Kirche schon jure gentium als personificirt zu betrachten [d]). Alle im Staate befindlichen universitates personarum müssen aber erst durch jus civile personificirt werden, wenn sie als juristische Personen betrachtet werden sollen.

Jure civili erscheinen als von selbst personificirt alle kirchliche, städtische und Dorf-Gemeinheiten [e]). Die sogenannten Körperschaften (corpora) und Collegien (collegia) scheinen nur dann zu den juristischen Personen gehört zu haben, wenn sie nicht bloß

d) Nirgends wird die Personificirung des Staats ausgesprochen, sondern immer schon als vorhanden oder sich von selbst verstehend gesetzt. Das ist auch nach den Vorstellungen der Römer sehr natürlich, denn ohne das würde es gar nicht möglich gewesen seyn, schon eine Menge von Sätzen als juris gentium aufzuführen, die als solche aufgeführt werden.

e) Woher möchte man fragen, läßt sich das beweisen? Ich behaupte, das folge aus der Verbindung der Stellen *Digest. III*, 4, *L.* 1 und *L.* 2, und aus einer auf diese Stellen gegründeten vernünftigen Erklärung. In der ersten Stelle wird die Personificirung des Staats, als sich schon von selbst verstehend, und im jure gentium gegründet, gedacht. Es wird gesagt, wer ein Collegium oder corpus haben wolle, das ad exemplum reipublicae personificirt seyn sollte, müsse von oben herab die Bestätigung erst erhalten. — In der zweyten Stelle wird von den Municipien gesprochen als juristischen Personen, die schon durch die Staatsgesetze bedingt sind. Auch schon aus der ersten Stelle erhellt das, denn der Ausdruck res publica muß hier ganz im Geiste der Alten genommen werden, wo er nicht blos den Staat, sondern auch jede civitas, jeden pagus und überhaupt jede sogenannte eigentliche Commüne in sich begreift. Bewilligungen sogenannter Commünenrechte, wie wir sie jetzt kennen, kannten die Römer nicht: die Commünenrechte fanden sich von selbst, sobald die Commüne substantiirt war.

bloß concessionirt, sondern auch von oben herab noch besonders waren bestätigt worden *f*).

Wenn man die universitates personarum, welche entweder jure gentium oder jure civili als juristische Personen betrachtet werden müssen, ausschließend mit dem Ausdruck: moralische Personen bezeichnet, so umgeht man manche Mißverständnisse. Die Bezeichnung hat einen Doppelsinn. Es wird einmal dadurch angedeutet, daß diese Personen-Gesammtheiten κατ' ἐξοχὴν juristische Personen sind. Zweytens, daß mehrere Menschen hier mit Hinsicht auf bestimmte Zwecke nur als eine physische Person zu betrachten sind.

Wenn man öffentliche und Privatgesellschaften einander entgegensetzt, so erhellt gleich beim ersten Anblick, daß öffentliche Gesellschaft und juristische oder moralische Person einander nicht gleich gestellt werden können. Als Prinzip kann angenommen werden, daß wo nicht jure gentium oder civili

f) Man könnte einwenden, die Behauptung laufe ja schnurstracks gegen *Dig. III*, 4, *L.* 1, §. 1. wo es heiße: quibus autem *permissum* est corpus habere collegii, societatis, sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum reipublicae habere res communes etc. wonach also die genehmigten Personen-Gesammtheiten schon allein durch die Genehmigung personificirt wurden, und es nicht noch erst einer besondern Personification durch die Bestätigung bedurfte. Allein es brauchte hier nicht erst ausgesprochen zu werden, was sich schon von selbst verstand. Ohne Erlaubniß des Staats durfte sich überall kein Collegium und keine Corporation bilden. Bildete sie sich doch, so war sie etwas Widerrechtliches. Erlaubte sie der Staat, so war sie etwas Rechtliches. Dadurch wurde sie aber noch keine juristische Person, dieß konnte sie nur dadurch werden, daß der Staat sie förmlich bestätigte, oder sie ohne solche Confirmation namentlich personificirte.

die Qualification zur juristischen Person ausgesprochen worden ist, jedesmal die besondere Erhebung zur juristischen Person ausdrücklich oder stillschweigend (durch die Bestätigung) nöthig sey. Denn öffentliche Gesellschaften sind nichts weiter als vom Staate erlaubte universitates personarum: die bloße Genehmigung erhebt sie aber noch nicht zu juristischen Personen.

II. Alle eigentliche Staatsanstalten ohne Unterschied, mögen sie die Ausübung der Hoheitsrechte oder der Privatrechte des Regenten zum Gegenstande haben. In dieser Hinsicht gehört auch der Fiscus zu den juristischen Personen und müssen alle unsere jetzigen sogenannten Landescollegien, Gemeinheits- u. s. w. Verwaltungen, Universitäten, und andere öffentliche Lehranstalten, Waisenhäuser, Hospitäler ꝛc. dahin gezählt werden.

Alle öffentliche Anstalten sind jure civili und schon ipso jure juristische Personen g). Von Privat-

g) Woher, möchte man auch hier fragen, läßt sich das beweisen? Mit den directen Beweisen aus Justinians Compilationen sieht es bekanntlich oft sehr mißlich aus, es muß zu indirecten die Zuflucht genommen werden. Der indirecte Beweis ist es auch allein, der hier zur Anwendung kommt, und so geführt werden kann.

Indem der Staat eine Anstalt stiftet, legt er schon in dieser Stiftung seine Eigenschaft hinein, denn sie ist ein Theil von ihm und können also auch seine Eigenschaften nicht von ihr getrennt werden. Es kommt bloß darauf an, daß er in der Anstalt auf irgend eine Art repräsentirt wird. Hat die Anstalt auf die Ausübung der Hoheitsrechte Beziehung, so leidet die Sache gar keinen Zweifel. Aber auch ohne das kann sie keinen leiden, denn auch in der geringsten auf gemeine Zwecke sich beziehenden Anstalt (und solche Anstalten kann der Staat nur überall treffen) spiegelt er sich schon ab.

anstalten dagegen, wenn sie auch mit dem gemeinen Besten in noch so genauer Beziehung stehen, läßt sich solches nicht behaupten, selbst auch dann nicht, wenn sie gleich von oben herab erlaubt worden seyn sollten. Ihre besondere ausdrückliche und stillschweigende Erhebung zu dem Rang juristischer Personen wird analogisch noch immer behauptet werden müssen.

Hiernach wird sich auch sehr leicht die Frage beantworten lassen, in wie fern Versicherungs-Societäten, Leihhäuser und andere dergleichen Institute mehr, als juristische Personen betrachtet werden können.

Es ist zu bemerken, daß wenn man als Grundidee bey der universitas personarum einen gewissen Zweck annimmt, mit Hinsicht auf welchen die Individuen und zwar so beysammen sind, daß jeder von ihnen im Ganzen daran gleichen Antheil nimmt, mehrere dieser Anstalten als universitates personarum zwar äußerlich erscheinen, ohne es jedoch innerlich, oder dem Wesen nach zu seyn, z. B. Waisenhäuser, Universitäten ꝛc. Denn bey Universitäten dürfte das Lehren und Lernen zusammen wohl nicht als ein Zweck betrachtet werden können, an welchem jeder von der universitas personarum gleichen Antheil nimmt, wenn auch der Lehrer so gut als der Zuhörer lernen muß. Sieht man aber in der universitas personarum nichts weiter als eine durch einen Collectivnamen verbundene Menschenmenge, so dürfen sie unstreitig dazu gezählt werden, wenn sie auch nur in dieser Hinsicht den Charakter einer universitas personarum hätten. Daß sie aber auch diesen nicht haben ist durchaus klar, weil hier nicht mehrere Individuen mit einem Collectivnamen belegt werden, sondern bloß von Anstalten ohne

Berücksichtigung der dazu gehörigen Individuen die Rede ist. Man kann sie daher bloß als mit Hinsicht auf einen bestimmten Zweck dastehende Anstalten betrachten, welche zu juristischen Personen gemacht worden sind. Eine frühere noch dunkele Vorstellung über die Sache veranlaßte mich, diese Anstalten ganz von dem Begriff der moralischen Person auszuschließen, (indem ich den Begriff der moralischen Person auf die universitates personarum beschränkte) und sie als Institute zu betrachten, welchen bloß die Rechte moralischer Personen beygelegt worden. Aber es ist nicht zu läugnen, daß sie wirkliche juristische Personen sind: nur für Personen-Gemeinheiten können sie nicht gehalten werden.

III. Mehrere universitates rerum oder Sachen-Gesammtheiten. An sich ist eine universitas rerum, welche der universitas personarum entgegengesetzt wird, nichts weiter als eine Sachenmenge, die durch einen Collectivnamen bezeichnet und als ein Ganzes gedacht wird. Damit ist sie aber noch keine juristische Person, und die Personificirung erscheint hier um so schwieriger, als res und personae einander in den Gesetzen gerade entgegengesetzt werden. Nimmt man indeß auf die Gründe dieser Entgegensetzung, und in welcher Beziehung solche Statt findet, Rücksicht, so verschwinden zwar diese Schwierigkeiten: immer erscheint jedoch die Personification als etwas höchst Unregelmäßiges, das nur durch die Staatspolitik gerechtfertiget werden mag. So folgt schon von selbst, daß es mit dieser Personification sehr strenge zu nehmen ist.

Als personificirte universitates rerum erscheinen in dem Römischen Rechte allein die hereditas und

das peculium, desgleichen das von der Person eines Bürgers abgesonderte und seinen Gläubigern entweder durch die cessio bonorum oder durch die immissio zu ihrer Disposition anheimgefallene Vermögen (Concursmasse). Ganz unrichtig wird auch von Einigen die dos hieher gerechnet. Der Grund der Personification ist die nothwendige oder von den Gesetzen angenommene Separation der Person von ihrem Vermögen h). Die Analogie ist hier unter keiner Bedingung zulässig, sondern es muß strenge bey den gesetzlichen Bestimmungen bleiben. — Wenn universitates juris und facti einander in den Gesetzen entgegengesetzt werden, so ist das nicht ausschließend auf universitates rerum zu beziehen (wie gemeinhin geschieht) sondern es findet eine gleiche Beziehung sowohl auf uni-

h) Der Grund der Personificirung einer universitas rerum ist kein anderer als der, um die universitas rerum so behandeln zu können als wenn noch die Person vorhanden wäre, welche sie besessen hat, oder wenn nie eine da war, wie z. B. beim Peculium, ihr eine solche zu geben. Ohne das würde auch das Vermögen einer physischen Person generell als universitas juris erscheinen müssen, was Schweppe (Römisches Privatrecht Th. 1. S. 69) zwar, aber ohne allen gesetzlichen Grund annimmt. Die Personificirung des Peculiums hat ihren absonderlichen Grund in dem Verhältniß des Haussohns zu dem Hausvater und dessen Gewalt: ohne sie würde es gar nicht möglich seyn, das Peculium von dem Vermögen des Vaters zu trennen, am wenigsten dem Haussohne das Recht der Testamentifaction über das peculium castrense und quasi castrense zuzugestehen. So erscheint aber der filius familias nur als Dirigent der juristischen Person: und wenn ihm hier mehrere Befugnisse als dem curator hereditatis etc. zukommen, so hat das mit der Sache selbst nichts zu schaffen; so wie auch die Verschiedenheit dieser Befugnisse, je nachdem das pelium ein adventitium, profectitium, castrense oder quasi castrense ist, die Sache nicht alterirt.

versitates personarum als rerum statt. Jede personificirte universitas, sey sie eine Personen- oder Sachenmenge, ist eine universitas juris, jede nicht personificirte hingegen ist eine universitas facti. Daß etwa die Eintheiluug vorzugsweise auf die universitates rerum, in den Gesetzen bezogen wird, kann in sehr zufälligen Umständen seinen Grund haben. Sie geht unstreitig von dem Prinzip aus, daß alles entweder juris oder facti ist.

IV. Endlich finden sich Personificirungen von Güter-Massen, welche zu einem gemeinnützigen Zweck gewidmet und unter eine besondere Verwaltung gestellt worden sind, z. B. Stipendien und anderen Stiftungen. Man wird zwischen diesen Stiftungen und den Anstalten n. II. sehr leicht den Unterschied finden können. Aber schwerer hält hier die Personificirung: das Römische Recht kennt nur die Möglichkeit, nicht auch die Wirklichkeit: die letztere ist daher nur aus einzelnen Fällen durch die besondere Ertheilung von oben herab erkennbar.

§. 214.

Die geschehene Personificirung anderer Gegenstände, welche nicht wirkliche und physische Personen sind, hat durchaus nicht einerley Zweck; der Zweck ist vielmehr sehr verschieden, und davon hängen auch sehr natürlich verschiedene Wirkungen ab. Man kann daher nicht von der einen juristischen Person prädiciren, was sich von der andern prädiciren läßt: ohnehin würde es durchaus falsch seyn, die besondern Rechte und Privilegien, welche die Gesetze der einen juristischen Person beylegen, auch auf die andere schon übertragen zu wollen, weil auch sie eine juristische Person sey.

Indeß läßt sich auch nicht läugnen, daß es gemeinsame Wirkungen der Personification und für alle juristische Personen ohne Unterschied gebe, welche aber aufs strengste von den, einer oder der andern juristischen Person allein eigenen, oder mehreren gemeinschaftlichen, zu trennen sind.

Am besten dürfte sich wohl auf folgendem Wege aus der Sache kommen lassen.

Wenn wir das Wesen der Personification darin setzen, daß der personificirte Gegenstand als physische Person in der bürgerlichen Gesellschaft auf irgend eine Weise oder durchweg, so weit es nämlich überall möglich ist, erscheinen und handeln kann, so haben wir die gemeinschaftlichen Wirkungen der Personificirung für alle juristische Personen ohne Unterschied. Weiter aber dürfen wir auch nicht gehen, weil wir sonst in das Gemeinsame bringen würden, was nur der einen oder der andern juristischen Person eigen ist. Darum müssen die einzelnen juristischen Personen nach den Classen, zu welchen sie gehören, noch besonders beurtheilt werden. Ich folge hier der oben angegebenen Eintheilung.

Erste Classe. Staat, Kirche und alle wirkliche universitates personarum, in so fern sie als juristische Personen in Betracht kommen können.

Der Staat, mit welchem hier der Anfang zu machen ist, weil er eines Theils die vorzüglichste juristische Person ist, andern Theils was von den übrigen universitatibus personarum gilt, nach der deutlichen Erklärung der Gesetze von ihm auf sie nur angewendet worden ist, steht mit vollkommener Persönlichkeit da, so weit sich nur irgend die menschliche Individualität auf die Gesammtheit anwenden läßt. In dieser Eigenschaft constituirt er sich nicht bloß, sondern regiert sich auch, und trifft alle auf die Regierung beziehende Einrichtungen. Er paciscirt mit andern Staaten und mit seinen Gliedern, contrahirt und dissolvirt Obligationen, klagt

und wird wieder verklagt, wie ein Individuum. Nur mag er sich nicht verehelichen und kein Testament machen, so nützlich auch die politischen Testamente für die Staaten seyn dürften. Man hat hier den Inhaber der Staatsgewalt von dem Staate doch gar sehr zu unterscheiden, so gern man auch sonst Regenten und Staat zusammen nehmen möchte.

Gleicher Rechte mit dem Staate hat sich die Kirche zu erfreuen. Man kann nach dem Römischen Rechte Staat und Kirche so völlig einander gleich stellen, daß auch nicht einmal das nach Außenhandeln als juristische Person für den Staat übrig bleibt. Das heidnische Recht der Römer scheint zwar die Kirche ganz auf das Handeln nach innen zu beschränken; aber das christliche hat sie auch nach außen geworfen.

Andere universitates personarum, welche zu juristischen Personen gemacht worden sind, erhalten dadurch, wie die Gesetze deutlich bestimmen, nach dem Beyspiel der res publica, res communes, eine arca communis und das Recht in Geschäften des gemeinen Lebens als physische Personen handeln zu können. Auch das Recht sich constituiren und organisiren zu können, ist in dieser Personificirung begriffen, wenn nicht etwa der Staat schon die Verfassung gegeben, oder sich vorbehalten hat. Auf die Verfassung bezieht sich auch der Syndicus zum Betrieb der gemeinsamen Angelegenheiten, dessen die Gesetze noch besonders gedenken.

Zweyte Classe. Alle öffentliche und Privatanstalten die sich auf die Ausübung der Hoheitsrechte und überall auf das gemeine Wesen beziehen. Die geschehene Personificirung kann hier nur allein zum Zweck haben, daß solche Anstalten als Individuen Eigenthum erwerben, Verträge abschließen und gerichtlich auftreten und handeln können: sie muß daher auch allein auf diesen Zweck beschränkt werden. Von einer durchgängigen Personifici-

rum ad exemplum rei publicae kann nicht die Rede seyn: bey einer personificirten universitas personarum müssen schon ganz andere Rechtsverhältnisse eintreten, als wenn bloß eine öffentliche Anstalt personificirt wird: in der Personificirung jener muß in der Regel zugleich das Recht sich zu constituiren, das jus rerum communium etc. enthalten seyn, was in der Personificirung dieser mangelt.

Dritte Classe. Die personificirten universitates rerum. Die Personification hat hier den alleinigen Zweck, daß die universitas handeln kann, als wenn die Person da wäre, der sie gehört hat oder noch gehört, doch nur in Beziehung auf sie selbst, z. B. daß durch den curator massae und hereditatis Namens der universitas beygetrieben werden kann, was zu derselben gehört, Verträge hinsichtlich ihrer abgeschlossen werden können; die universitas ganz und theilweise auf einen Andern übertragen werden kann ꝛc. Dieß ist die Regel: für das Peculium giebt es eine Ausnahme, wovon hernach noch besonders die Rede seyn wird.

Vierte Classe. Die personificirten Gütermassen, welche zu einem gemeinnützigen Zweck gewidmet worden sind. Ihre Personification hat keinen weiteren Zweck, als daß sie wie physische Personen gerichtlich sowohl als außergerichtlich handeln, Processe führen, Obligationen contrahiren, Eigenthum erwerben können u. s. w.

Man sieht hieraus, daß die Personification bald mehrere bald wenigere Rechte giebt. Die Personification der Personen-Gemeinheiten ist unstreitig die wichtigste und folgenreichste, weil sie auch das jus constituendi enthält, in so fern die Constitution nicht gleich bey der Personificirung mitgegeben wurde. Sie enthält ferner das jus arcae communis, rerum communium etc., welche Rechte man bey den übrigen juristischen Personen nicht antrifft.

Als Regel kann man annehmen, die Wirkungen der geschehenen Personificirungen erstrecken sich so weit als sich erstreckt der Zweck und die Tendenz der Personification selbst. In dieser Regel sind auch allein die obengedachten Abweichungen von der Regel bey der zweyten Classe für das Peculium zu suchen. Darum weil es der Zweck der Personificirung mit sich bringt, kann der filiusfamilias über sein peculium castrense und quasi castrense testiren: er testirt eigentlich ja nicht, sondern in seiner Disposition testirt das personificirte Peculium selbst. So neu diese Ansicht auch ist, so richtig ist sie, wenn man erwägt, daß die väterliche Gewalt überall keinen von ihr unabhängigen Act des Haussohnes zuläßt, und sich daher die Sache nothwendig auf diesem Wege machen mußte. Die ganze vom Vater unabhängige Disposition über das Peculium, überhaupt alle Eigenrechte des Haussohns an dem Peculium sind allein in der Personificirung zu suchen. Ob die Personificirung bloß auf das peculium castrense und quasi castrense gehe und nicht auch auf die übrigen Gattungen des Peculiums, dürfte gefragt werden können, wenn nicht gesetzliche Dispositionen vorkämen, die ihre Generalität anzeigten. So z. B. ist die Absonderung des profectizischen Peculiums bey Confiscationen des Vermögens des Hausvaters ganz unstreitig in der allgemeinen Personificirung des Peculiums zu suchen.

§. 215.

Man darf mit den rechtlichen Folgen und Wirkungen der geschehenen Personificirung von Gegenständen, die eigentlich keine Personen sind, nicht confundiren die sogenannten Privilegien oder singulären Rechte der juristischen Personen. Es gibt durchaus keine generellen Privilegien, oder solche, die allen juristischen Personen ohne Unterschied zukämen, sondern bloß solche, die mehreren von ihnen, oder den

meisten zustehen. Man kann nicht einmal behaupten, daß wenn auch der Grund eines juris singularis auf mehrere juristische Personen passen sollte, dasselbe ihnen schon darum zuständig sey. Es kommt allein darauf an, welchen juristischen Personen die Gesetze solche jura singularia und Privilegien verliehen haben, sey es ursprünglich, oder vermittelst der Ausdehnung Die Verordnungen des Römischen Rechts über das jus singulare lassen hier schon keine analogische Anwendung zu: die Verwechselung dieser Privilegien mit den Rechtswirkungen, welche die Personificirung selbst hervorbringt, hat dazu Veranlassung gegeben, das Wesen der juristischen Person oft auch nur nach diesen Privilegien zu bestimmen. Es könnte doch seyn, daß auch Gegenständen diese Privilegien verliehen worden, an deren Erhebung zur juristischen Person der Gesetzgeber auch nicht einmal entfernt dachte. Einige Privilegien, z. B. das der personificirten universitas rerum verliehene: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei, sind doch auch wirklich von der Art, daß sie mit der Personification übrigens in gar keiner Verbindung stehen.

Im Grunde treten hier dieselben Rücksichten ein, welche bey physischen Personen genommen werden müssen. Auch bey diesen unterscheidet man, was rücksichtlich der physischen Person selbst Rechtens ist, von den ihr ertheilten besondern Rechten und Privilegien. Auch kann die natürliche sowohl als adventizische Abhängigkeit, welche zwischen physischen Personen Statt findet, gleichfalls zwischen juristischen Personen eintreten; die letztere freylich mehr als als die erste. Es giebt hier eben so viele klare als dunkele Puncte. Zu den letzteren wollen wir jetzt übergehen.

§. 216.

Der Hauptzweck aller Personificirung von Gegenständen, die keine Personen sind, ist doch, daß sie als solche sollen auftreten und handeln können. Was ihnen daher vorzugsweise beygelegt werden muß, ist der Wille. So wie das Ganze der juristischen Person ein künstliches Product ist, so ist es auch der ihr beygelegte Wille. Aber das Product kann hier nie so künstlich seyn, daß es seine Natur ganz verleugnete: der Wille der juristischen Person muß allemal das Resultat des Willens der Einzelnen seyn, die sie entweder constituiren oder sie regieren. Bald ist es also Beschluß der Mehrheit, bald aber auch nur Einzelwille. Sowohl in der einen als in der andern Eigenschaft trift der Wille einer juristischen Person mit dem Willen der physischen zusammen, und ist von ihm durch weiter nichts verschieden, als daß was bey physischen Personen aus ihnen selbst kommt, bey juristischen aus andern hervorgeht, die sie entweder constituiren oder regieren. Daraus möchte man nun schließen: alles was sich von dem Willen der physischen Person prädiciren läßt, müsse gleichergestalt von dem der juristischen prädicirt werden. Die so streitige Frage, ob juristische Personen auch dolum und culpam begehen können, würde sich darnach von selbst beantworten: ist der Wille einer physischen Person in seinem Wesen nicht von dem der moralischen verschieden, so, möchte man mit Grunde schließen, läßt sich nicht absehen, warum auch nicht dasselbe von ihm sollte prädicirt werden können, was sich von dem Willen der physischen prädiciren läßt. Es kommt hinzu, daß die Personification bey juristischen Personen ja nirgends mit Hinsicht auf einen bestimmten Zweck, sondern bloß generell und zu dem Ende geschehen ist, damit sie als physische Personen sollen handeln können. Freylich haben dabey die Gesetze gewisse Zwecke beabsichtigt, aber es macht doch einen großen

Unterschied, ob nur gewisse Zwecke beabsichtigt oder auch wirklich zum Grunde gelegt worden sind, und dadurch die Personificirung selbst bedingt worden ist. Man kann daher bey einer juristischen Person nicht sagen, wo sie etwas über ihren Zweck hinaus will, da will sie nichts, da hört ihr Wille als der einer juristischen Person auf. Ueberdieß kann ja aber auch ein Zweck eben so gut durch erlaubte als durch gesetzwidrige Handlungen gefördert werden. Es macht allerdings einen großen Unterschied, ob man bey einer juristischen Person auch dolum und culpam annimmt, oder ob man beides nur von ihren Gliedern oder Regierern, welche ihren Willen aussprechen, prädicirt. Denn im ersten Fall wird sie selbst dafür verantwortlich, im letztern dagegen bleibt sie befreyt, und treffen die nachtheiligen Folgen bloß diejenigen, welche den Willen ausgesprochen haben. Sowohl rücksichtlich der Bestrafung als der Verbindlichkeit zum Schadensersatz als Folgen des dolus und der culpa ist also die Sache von großer Wichtigkeit.

Es ist merkwürdig, die Römische Geschichte liefert uns so viele Beyspiele, wo juristische Personen wegen Auflehnung gegen den Staat bestraft, ja ganz vernichtet worden sind. Dem juri gentium, nach welchem schon der Staat als eine juridische Person erscheint, ist ja gleichfalls ein solches Verfahren in der Züchtigung, welche sich ein Staat gegen den andern erlauben darf, bekannt. Steckt die Idee aber schon im jure gentium, so möchte man sie auch um so mehr im jure civili finden, als eines Theils die gesunde Vernunft, andern Theils die Historie ihr zur Seite steht. Ist, möchte man schließen, ein Gegenstand, der keine Person ist, einmal personificirt worden, hat man demselben einen Willen beygelegt, der das Product des Willens seiner Glieder oder seiner Regierer ist, so ist es ja auch nicht möglich, diesen Willen nach andern Grundsätzen zu

beurtheilen, als den Willen überhaupt: man muß bey der Regel schon nothwendig stehen bleiben: eben so wenig kann man bey dem Willen so unterscheiden, daß man ihn bald auf das Ganze, bald aber auch nur auf die Einzelnen bezieht, und nach dieser Beziehung die Folgen und Wirkungen verschieden empfinden läßt.

Es fehlt auch nicht an Gesetzstellen die fürs jus civile diese Ansicht zu unterstützen scheinen. *Digest. IV, 2, L. 9, §. 1.* heißt es: Animadvertendum autem est, quod praetor hoc edicto generaliter et *in rem* loquitur, nec adjicit *a quo* gestum est: et ideo sive *singularis* sit *persona*, quae *metum intulit*, vel *populus*, vel *curia*, vel *collegium* vel *corpus*: huic edicto locus est. — Der metus, von welchem hier die Rede ist, ist ein metus injustus rücksichtlich desjenigen der ihn inferirt, mithin offenbar etwas Unerlaubtes und Gesetzwidriges. Man könnte sich hier zwar durch die Ausflucht helfen, das Gesetz rede nur im Allgemeinen davon, wer die Furcht veranlaßt habe, und von der Zuständigkeit der actio quod metus, übrigens sage es ja nicht, daß die Klage gegen die juristische Person als solche gehen solle; es bestimme ja überall nicht, daß die juristische Person als solche metum inferiren könne: es rede bloß von der Masse, welche die juristische Person constituire, und nehme hier die Einzelnen für das Ganze; wenn nur nicht in dem Gesetze ausdrücklich die physische und die juristische Person einander entgegengesetzt würden, und was von der einen gilt auch auf die andere ausgedehnt würde.

Dagegen heißt es nun *Digest. IV, 3, L. 15, §. 1.* Sed an in municipes de *dolo* detur actio, dubitatur? Et puto ex *suo* quidem dolo non posse dari: *quid enim municipes dolo facere possunt?* Sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam. De *dolo* autem *decurionum* in *ipsos decuriones* dabitur de dolo

actio. Nach diesem Gesetz scheint es nun ganz klar zu seyn, daß die Personificirung eines Gegenstandes, der eigentlich keine Person ist, wenigstens jure civili nicht so weit gehen könne, daß man auch einen gesetzwidrigen Willen von ihm annähme, daß vielmehr der Wille einer juristischen Person allemal auf das Gute, Löbliche und Zweckmäßige zu beschränken sey. Es scheint angenommen werden zu müssen, daß in dem Augenblick, wo der Wille einer juristischen Person von dem vorgezeichneten Wege abweicht, er aufhöre ein solcher zu seyn, und sich in einen Einzel-Willen verwandele, wobey dolus und culpa nebst ihrem Annexum, der Strafe und dem Schadenersatz nur diejenigen treffen, welche sich schuldig gemacht haben, nicht aber die juristische Person selbst: auch nicht die einzelnen Unschuldigen in derselben. Ganz eigen dürfte sich doch die Sache ausnehmen. Wenn z. B. durch den Beschluß einer Gemeinde festgesetzt würde, dem Sempron seine Grundstücke abzukaufen, so würde es Wille der juristischen Person seyn; würde hingegen dadurch bestimmt, sie ihm mit Gewalt wegzunehmen, so wäre es nur Wille der Einzelnen, welche die Mehrheit in der Commune ausmachen. So könnte auch nach Umständen ein und eben derselbe Beschluß zum Theil Wille der juristischen Person, zum Theil aber auch Wille der Einzelnen seyn. Es ergäbe sich, daß das oben ausgeschriebene Gesetz, *Dig. IV, 2, L. 9, §. 1*, nur von der Thatsache, daß nämlich auch durch eine juristische Person metus inferirt werden könne, zu verstehen sey, nicht auch von den rechtlichen Folgen und Wirkungen, daß diese letzteren vielmehr diejenigen treffen müssen, welche als die Urheber der gesetzwidrigen Handlung zu betrachten sind. Das Gesetz wäre also von einer bloß scheinbaren Handlung der juristischen Person zu verstehen, die im Grunde nur Handlung der Einzelnen ist.

Man könnte sich versucht fühlen den Widerspruch zwischen beiden Gesetzen dadurch zu heben (wodurch denn zugleich die nothwendige Vereinigung zwischen denselben von selbst wegfallen würde) daß man annähme, der dolus wovon *Dig. IV, 3, L. 15, §. 1.* spricht, sey eine Sache, die sich nothwendig nur von einer physischen Person prädiciren lasse. Es sey ja nicht der böse Vorsatz im Allgemeinen, warum es sich in dem Titel der Pandecten de dolo malo handelt, es sey nicht einmal der grobe, sondern der feine hinterlistige Betrug „cum aliud simulatur, aliud agitur." Ein solcher Betrug lasse sich aber nur bey einer physischen Person überall als möglich denken, die nicht bloß den Willen haben kann zu betrügen, sondern auch zugleich die Handlungen unternehmen kann, die sich auf diesen Willen beziehen. Von einer universitas personarum sey doch die Rede, deren Wille nur durch den Beschluß der Mehrheit hervorgebracht werden kann. Es könne von der universitas wohl beschlossen werden, daß betrogen werden soll, aber sie könne doch nicht selbst betrügen, und die actio de dolo gehe auf die Persönlichkeit, auf den selbsteigenen Betrug. Sehr wohl habe daher Ulpian fragen können: quid enim *municipes* (die universitas darunter verstanden) dolo facere possunt: denn die juristische Person konnte nicht betrügen, sie konnte etwa nur beschließen, daß betrogen werden sollte. — Allein einer solchen Erklärung dürften doch große Bedenklichkeiten entgegenstehen. Denn einmal läßt sich nicht absehen, wie hier zwischen metus und dolus distinguirt werden könnte. So gut das Betrügen etwas Persönliches ist, ist es auch das Fürchtenmachen. Hiernächst kommt es ja bey der Zurechnung nicht allein auf den reellen Urheber der gesetzwidrigen Handlung, sondern auch und zwar vorzugsweise auf den intellectuellen an. Der reelle Urheber erscheint ja oft bloß als das Instrument, besonders wenn er mit dem intellectuellen in einer Verbindung

stand,

stand, wo er dessen Befehlen und Aufträgen nothwendig gehorchen mußte. Setzen wir nun, daß die juristische Person den Betrug beschlossen und ihn durch einen oder mehrere ihrer Diener hat zur Ausübung bringen lassen: so ist sie allemal der intellectuelle Urheber des Betrugs. Oder wir müssen annehmen, die actio de dolo habe nur gegen den reellen Urheber angestellt werden können. Dann aber läßt sich nicht einsehen, warum nicht eben dasselbe bey der actio quod metus Statt gefunden.

Es wäre möglich, sich auf die Weise aus der Verlegenheit zu helfen, daß man, wenn nicht eben den dolus, doch die actio de dolo durch den reellen Urheber des doli bedingte, welches die moralische Person doch nicht seyn kann. Indeß ist zu bedenken, daß der Jurist sagt, „quid enim municipes dolo facere possunt" und dadurch zugleich die Unmöglichkeit ausspricht, daß die juristische Person intellectueller Urheber des doli seyn könne, mithin allen Begriff des doli bey ihr ausschließt. Dann bliebe doch nur die endliche Annahme zur Vereinigung der widersprechenden Gesetze übrig, daß wohl dolus und culpa im Allgemeinen auch bey juristischen Personen annehmbar sey, nur diejenige Gattung des doli nicht, von welcher hier der Jurist redet. Den Grund davon dürfte man sich durchaus nicht klar machen können.

Klar ist es mir, daß die Stellen aus dem Römischen Recht von einer andern Seite angesehen seyn wollen, als von welcher man sie (so viel ich weiß) bis jetzt angesehen hat. Es sind zwey Fälle denkbar, wie eine juristische Person als handelnd betrachtet werden kann, durch ihre Vorsteher, oder durch ihren Beschluß. Im letztern Falle ist sie allerdings des doli sowohl als der culpa fähig, wie eine physische Person, und treffen sie daher auch alle Folgen eines wider-

rechtlichen Beschlusses. Im erstern Falle dagegen kann aller dolus und alle culpa nur auf die Vorsteher fallen, weil diese, in so fern sie sich Widerrechtlichkeiten zu Schulden kommen lassen, die Grenzen ihres Amts und ihrer Pflicht überschreiten und folglich verantwortlich werden.

Dig. IV, 2, L. 9, §. 2. setzt den ersten, *Dig. IV, 3, L. 15, §. 1.* hingegen den zweyten Fall voraus. Beide Fälle lassen sich auf der einen Seite in Beziehung auf eine und dieselbe Gattung der moralischen Person denken: denn es macht doch z. B. einen bedeutenden Unterschied: ob eine Stadtgemeinde beschließt, und nach diesem Beschlusse gehandelt wird, oder ob die Vorsteher derselben allein und für sich handeln. Auf der andern Seite wird klar, daß bey mehreren Gattungen der juristischen Personen die Frage, ob dolus oder culpa von ihnen begangen worden, gar nicht einmal als möglich gedacht werden kann. Z. B. bey Waisenhäusern, Hospitälern u. s. w., wo es sich nur um den dolus und die culpa der Vorsteher oder des Directorii fragt. Das Prinzip von welchem die Gesetzgebung ausgeht, und aus welchem sie allein richtig erklärt werden kann, ist sonach dieses. Es ist zu unterscheiden, ob der Wille der juristischen Person Product ihres Beschlusses oder nur Product des Willens ihrer Vorsteher und Regierer ist. Im erstern Falle kann sie eben so gut als eine physische Person dolus und culpa — mit einem Worte — rechtswidrige Handlungen begehen und dafür verantwortlich werden. Im letzteren Falle fallen die dadurch hervorgebrachten rechtswidrigen Handlungen bloß den Vorstehern und Regierern zur Last. Denn mögen sie von der juristischen Person selbst gewählt oder ihr von einem Oberen gegeben worden seyn: in beiden Fällen sind die Vorsteher und Regenten nur als Mandatarien zu betrachten, und ein Mandatar, welcher die Grenzen seiner Voll-

macht überschreitet, verpflichtet seinen Constituenten nicht. Von einem Mandat rechtswidrige Handlungen zu begehen, kann hier aber nicht die Rede seyn: hätte die juristische Person wirklich durch einen Beschluß ihre Vorsteher zu rechtswidrigen Handlungen ermächtigt, so würden dieselben Grundsätze eintreten müssen, die Statt finden, wenn sie rechtswidrige Handlungen überhaupt beschlossen, und nach dem Beschlusse hat zur Vollziehung bringen lassen. — Im Geiste des Römischen Rechts müssen auch die Fridericianischen Authentiken *i*) genommen und verstanden werden, nach welchen ausgemachte juristische Personen auch Verbrechen begehen können *k*). Aber die Natur des Verbrechens einer moralischen Person bringt schon eine doppelte Bestrafung mit sich: Einmal ihre eigene als solche, zweytens die ihrer Mitglieder, welche durch den Beschluß das Verbrechen begangen haben. Daß die unschuldigen Mitglieder die letztere nicht treffen kann versteht sich: die erstere muß sie frey-

i) *Authent.* Item nulla communia. *Auth.* Item quaecunque commun. *C. de episc. et cleric.* (I, 3.)

k) So dürfte sich der Dissens über die Frage: ob moralische Personen delinquiren können. (Siehe von mehreren vorzugsweise *Sam. Fr. Willenberg de universit. delinquente.* Gedan. 1720. *Nic. Hier. Gundling* de *universit. delinquent.* Hal. 1730. *Jul. Fr. Malblanc Observationes quaedam ad delicta universit.* Erlang. 1792.) allein heben lassen. Die neueren Civilisten und Criminalisten (Siehe z. B. Thibaut Pandectenrecht Th. I. §. 221. Tittmann Handbuch des p. Rechts Th. I. S. 66. Salchow Lehrbuch des CR. §. 29.) stimmen fast allgemein für die Meinung, daß eine moralische Person eben so gut wie ein Individuum als Subject eines Verbrechens gedacht werden könne, ohne die von mir angegebenen Verhältnisse zu berücksichtigen. In meinem Lehrbuche des p. R. §. 12. habe ich die delicta universitatum geläugnet, weil ich derzeit noch nicht auf die hier niedergelegten Ansichten zugekommen war.

lich in so fern mit treffen, als sie mit der universitas zugleich alle Glieder derselben trifft l).

Nach den hier entwickelten Grundsätzen muß auch unstreitig die Frage beurtheilt werden, in wie fern ein Mitglied eines zur Regierung oder Verwaltung angeordneten Collegiums für die widerrechtlichen Beschlüsse des Collegii verantwortlich sey, welchem es seine Beystimmung nicht gegeben hat. So wenig überall die Mitglieder einer juristischen Person, welche dissentirt haben, für die widerrechtlichen Beschlüsse der Mehrheit verantwortlich sind, eben so wenig sind es die einzelnen Mitglieder eines Collegiums, welche dem Beschlusse nicht beygetreten sind, möge die Frage den Schadenersatz oder die Strafe betreffen. Denn die Verbindlichkeit der Dissentirenden durch den Beschluß der Mehrheit macht sich allein dadurch, daß der Beschluß nicht aus dem gesetzlichen Gleise weicht.

§. 217.

So wie die Frage, ob juristische Personen sich des dolus und der culpa theilhaftig machen können, viel zu generell gefaßt ist, eben so trifft der Vorwurf der zu großen Allgemeinheit auch die Frage, wie man zwischen juribus singulorum und Rechten des Ganzen bey einer juristischen Person zu unterscheiden habe. Bey einigen juristischen Personen kann diese Unterscheidung nicht füglich Statt finden, z. B. bey einem

l) Man verstehe mich hier recht. In so fern die universitas nämlich wegen des begangenen Verbrechens mit dem Verlust ihrer Rechte als juristische Person, und der damit verbundenen Privilegien bestraft wird, büßen auch sehr natürlich die unschuldigen Mitglieder. Von eigentlicher Strafe für sie kann nicht die Rede seyn.

Waisenhause, Hospital ꝛc., bey anderen z. B. einer hereditas würde er sogar lächerlich seyn. Nur bey juristischen Personen, welche Personen-Gemeinheiten sind, läßt sich nach juribus singulorum und universitatis fragen. Die Frage selbst muß auch bestimmter gefaßt werden, wenn sie ihren Zweck erfüllen soll; die Sache ist doch nur, zu bestimmen, wie weit ein Beschluß der Personen-Gemeinheit selbst, oder wenn sie selbst nicht beschließt, der ihrer Regenten gehen kann. Denn ohne diese Rücksicht versteht es sich von selbst, daß das jus universitatis alle Rechte in sich begreift, welche der Personen-Gemeinheit als juristischer Person zukommen, das jus singulorum hingegen gesammte den Individuen, welche die moralische Person ausmachen competirende Gerechtsame. Frägt man aber, in wie fern sich die Einzelnen einen Beschluß der Mehrheit der Mitglieder oder der Regenten gefallen lassen müssen, so kann die Antwort nicht anders als dahin ausfallen: **Nur in so fern dieser dem Zwecke gemäß ist, welchen die Personen-Gemeinheit überall hat.** Es liegt in der Natur der Sache, daß wer Mitglied einer moralischen Person seyn will, auch seine Privatzwecke dem gemeinschaftlichen Zwecke unterordnen, und sie durch denselben beschränken lassen muß. Man würde die höchste Ungereimtheit behaupten, wenn man annehmen wollte, in einer Personen-Gemeinheit gehöre die Verfügung über den Beutel des Einzelnen ihm allein: nicht aber auch der Gesammtheit zu. Alles kommt darauf an, was der Zweck erheischt: ohne das würde auch von der moralischen Person keine Abgabe für ihre Mitglieder beschlossen, und ins Werk gesetzt werden können *m*). In so fern man jus singulorum

m) Welcher Unfug ehedem in dem lieben Deutschlande mit dem jure singulorum getrieben wurde, ist bekannt. Auf eine falsche

und jus universitatis einander entgegensetzt, kann durch das erstere nichts weiter als die Unabhängigkeit der Einzelnen von der moralischen Person bezeichnet werden, so weit nämlich der Zweck der moralischen Person diese Unabhängigkeit gestattet.

Bey dem einmal hergebrachten Unterschiede zwischen juribus singulorum und juribus universitatis thut man unstreitig am besten, wenn man die Sache so vorstellt. Alles wozu die universitas personarum als juristische Person berechtigt ist, sey es unmittelbare oder mittelbare Folge der ihr zu Theil gewordenen Personificirung macht das jus universitatis aus. Diesem ist das jus singulorum als Inbegriff der von dem jure universitatum theils ab- theils unabhängigen Einzelrechte entgegengesetzt. In die von ihr unabhängigen Rechte darf eine andere moralische Person eben so wenig eingreifen als der Staat darin einzugreifen befugt ist; in die von ihr abhängigen Rechte dagegen ist sie allerdings einzugreifen befugt. Es frägt sich, welche Rechte der Einzelnen sind von der moralischen Person abhängig, und wie weit erstreckt sich der Eingriff der moralischen Person?

Die Gesetze enthalten über beide Theile der Frage keine allgemeine Bestimmung. Indeß läßt sich doch so viel den ersten Theil betrifft aus den Verpflichtungen, welche sie den Mitgliedern einer moralischen Person auferlegen, leicht beur-

---

Theorie gründete sich ja die itio in partes beym Reichstage. Man wollte die Stimmenmehrheit in causis singulorum nicht anerkennen, und darin hatte man Recht. Aber man machte zur causa singulorum, was keine war. Denn will man alles, wobey das Interesse der Einzelnen ins Spiel kommt, zur causa singulorum machen, so dürfen die eigentlichen causae universitatis gar sehr beschränkt werden.

theilen, welche Rechte der Einzelnen sie von der moralischen Person abhängig gemacht haben. Es sind diejenigen, ohne deren Beschränkung, Leitung und Beschwerung der Zweck der moralischen Person nicht erreicht werden kann. Der zweyte Theil der Frage beantwortet sich sonach von selbst dahin, daß sich der Eingriff der moralischen Person in diese Rechte nicht weiter erstrecke, als es der Zweck derselben fordert. Die Analogie vom Staate als der ersten moralischen Person muß hier vorzugsweise leiten: sehr natürlich können die Befugnisse einer moralischen Person sich schon darum nicht weiter erstrecken, als der Zweck es fordert, weil sie durch diesen Zweck bedingt sind n).

§. 218.

Wie stellte sich der Römer das **Personenrecht** als den ersten Theil des Privatrechts vor? Diese Frage soll hier noch erörtert werden. **Justinians** Institutionen enthalten darüber sichtbar eine höchst unvollständige Idee; den Ausführungen unserer Juristen geht gleichfalls die Richtigkeit ab: aus dem Begriff des Personenrechts selbst muß zugleich der Umfang desselben bestimmt werden.

Oben ist gezeigt worden, daß die neueste und letztere Vorstellung der Römer von persona und status gar sehr von der alten und ursprünglichen verschieden war. Es liegt in der Natur der Sache, daß darnach auch die Vorstellung von dem **Begriff** und **Umfang** des Personenrechts nach den verschiedenen Zeitaltern verschieden gewesen seyn müsse. In der frühern Zeit beschränkte sich wohl das Personenrecht nur

n) Man vergleiche *J. L. Quandlitz de finibus inter jus singulorum et universitatis regundis.* Lipſ. 1804.

auf das was um den alten Begriff vom ſtatus hing, mit dem neuern Begriff davon mußte es auch ſchon umfaſſender werden. Aber alle vom ſtatus in der neueſten und letzteren Vorſtellung abhängige Rechtsverhältniſſe begriff es gewiß nicht in ſich: ſonſt würde es in das Sachen- Obligationen- und Actionen-Recht eingegriffen haben: man würde die Grenze nicht haben beſtimmen können. So z. B. fiel es gewiß dem Römer nicht ein, bey der Lehre von Minderjährigen zugleich das beneficium reſtitutionis in integrum, bey der Lehre von Weibsperſonen zugleich das beneficium SCti Vellejani abzuhandeln. Das erſtere gehört vielmehr zum Actionen-, das letztere dagegen zum Obligationen-Rechte. Die Tutel und Curatel der Minderjährigen und Frauensperſonen fand aber ganz ihren Platz im Perſonenrecht. Um die Römiſche Vorſtellung richtig zu treffen, iſt zu bemerken, daß die Römer keinen generellen und ſpeciellen Theil für die Rechtswiſſenſchaft weder im Allgemeinen, noch für eine dazu gehörige Gattung von Rechtswahrheiten annahmen o), ſondern alles auf die Eintheilung in jus publicum und privatum und in dem letzteren wieder auf jus perſonarum, rerum, obligationum und actionum beſchränkten. So mußte ſchon in jeder Parthie Generelles und Specielles zuſammen ſtehen: daß es zuſammen ſtand, beweiſen Juſtinians Inſtitutionen zur Genüge. Sondert man das Generelle nicht von dem Speciellen ab, und was Abweichungen in dem jure rerum, obligationum und actionum von der Regel ſind, wenn

o) Was wir jetzt als den allgemeinen Theil des Rechts betrachten würden, wenn wir das Jus in ſeinem ganzen Umfange abhandeln wollten, ſtellten die Römer unſtreitig an die Spitze des Privatrechts, daher es auch wohl klar iſt, daß das Jus publicum erſt dem Privatrecht folgte, wenigſtens in ſo fern vom Unterricht die Rede iſt.

auch gleich diese Abweichungen von dem status herrühren, nicht von der Regel, so bleibt für das Personenrecht übrig: 1) Die Lehre vom status selbst. 2) Die Lehre von den vom status unmittelbar abhängigen Rechtsverhältnissen. Daß dabey das jus personarum nicht auf die physischen Personen beschränkt werden darf, sondern auch die juristischen Personen zugleich umfassen muß, versteht sich: obgleich die letztern in Justinians Institutionen ganz übersehen worden sind. Indeß läßt sich über die moralischen Personen im Personenrecht nichts weiter sagen, als was zu ihrem Begriff und Wesen im Allgemeinen gehört. Ist doch das Recht der einzelnen Personen auf die Lehren vom status im Allgemeinen und der potestas, deren Entstehen, Wirkungen und Aufhören beschränkt?

XXXIV.

Welche Folgen und Wirkungen hat die capitis deminutio media nach der Vorstellung der Römer? §. 219, und wie sind solche von den Folgen und Wirkungen verschieden, welche die gänzliche Aufhebung der existimatio nach sich zieht? §. 220. — Läßt sich jetzt noch eine capitis deminutio media im Römischen Sinne behaupten? §. 221.

§. 219.

Die capitis deminutio ist bekanntlich dreyfach: maxima, media und minima. Ueber die erstere und letztere ist alles klar, nicht so über die mittlere, bey welcher es sich fragt: welches waren denn eigentlich die Folgen und Wirkungen derselben, und wie unterscheiden sich solche von denjenigen, welche die gänzliche Aufhebung der existimatio nach sich zieht? Der erste Theil der Frage soll hier, der zweyte in dem folgenden Paragraphen erörtert werden: die Vergleichung findet übrigens darin ihre Entschuldigung, daß sich homogene Wirkungen von beiden in der Römischen Gesetzgebung finden, welches leicht veranlassen könnten, was von dem einen Fall gilt, auch auf den andern in der Totalität zu erstrecken.

Die capitis deminutio media besteht hauptsächlich in dem Verluste der Civität: wer sie erlitten hat, hört auf Römischer Bürger zu seyn. Wäre das alles, so würden sich die Folgen und Wirkungen davon schon selbst bestimmen: aber durch die Civität ist ja auch der Genuß des juris civilis bedingt: die Folge ist also, daß wer die Civität eingebüßt hat, auch zugleich den Genuß des juris civilis verloren hat.

Für die Zukunft hat die Sache gar keinen Zweifel: aber wie steht es mit der Vergangenheit und den in ihr erworbenen Rechten, z. B. mit dem Eigenthume, das man jure civili erworben hatte, und als bürgerliches Eigenthum

zur Zeit der eintretenden capitis deminutio besaß. Wie mit der obligatio civilis, dem status und allen übrigen Verhältnissen des juris civilis?

Aus den Dispositionen welche wir in den uns erhaltenen Bruchstücken des Römischen Rechts über einzelne Fälle antreffen, müssen wir schließen: auch die bereits eingetretenen Rechtsverhältnisse gingen ohne Ausnahme verloren: ihre Erwerbung nicht bloß, sondern auch ihre Fortdauer sey an die Bedingung der Civität geknüpft gewesen: sowohl in activer als passiver Rücksicht. So z. B. hört die patria potestas des juris civilis nicht bloß auf, wenn der Vater capitis deminutionem mediam erleidet, sie fällt auch weg, wenn der Sohn die Civität einbüßt, denn an einen non civis der noch Libertät hat, kann kein Recht des juris civilis mehr Statt finden.

Mit diesem allgemeinen Ausspruche ist aber die Untersuchung noch nicht geschlossen. Es fragt sich nämlich: wenn nun auch alle ex jure civili entspringenden Rechtsverhältnisse durch die capitis deminutio media wegfallen, bleiben denn gar keine Rechtsverhältnisse übrig, und giebt es denn für den capite minutus durchaus kein Mittel sich bey dem einmal Erworbenen zu erhalten? — Welchen Einfluß hat die capitis deminutio auf einen Dritten, der in das bisherige Verhältniß des capite minuti verflochten war, z. B. welchen Einfluß hat die capitis deminutio, welche der eine Ehegatte erlitten hat, auf den andern?

Um die erste Frage beantworten zu können, werde ich mir schon erlauben müssen, einige im ersten Theil dieses Handbuchs aufgestellte Grundsätze dem Leser ins Gedächtniß zurückzurufen. Das Recht der Römer ist in seiner Totalität ein compositum ex praeceptis juris naturalis, gentium et civilis. Das jus naturale und gentium ist hinsichtlich seiner Zuständigkeit nicht durch die Civität bedingt: bloß das jus

civile ist es. Das jus gentium ist aber durch die Freyheit bedingt: das jus naturale competirt dagegen auch dem servus und ist allein an die humanitas gebunden. Etwas kann in seinem Grundbestande juris naturalis, gentium und civilis zugleich seyn, nämlich wenn etwas, was juris naturalis ist, auch in das jus gentium recipirt worden ist, und daraus wieder die weitere Aufnahme ins jus civile geschehen ist: es kann aber auch allein juris civilis seyn. Nirgends ist vorgeschrieben worden, daß die capitis deminutio media auch den Verlust des juris gentium und noch viel weniger des juris naturalis nach sich ziehen soll: die capitis deminutio media kann nur den Verlust des juris civilis zur Folge haben, denn dies allein cohärirte mit der eingebüßten Civität.

Ich glaube nach diesen Vordersätzen nun so zu argumentiren berechtigt zu seyn:

I. Rechtsverhältnisse, welche mere juris civilis waren, erlöschen durch die capitis deminutio media ganz. Z. B. die Verjährung ist ein ausschließend dem juri civili angehöriges Institut. Das dadurch begründete Eigenthum hört also auch mit dem Augenblick auf, wo die capitis deminutio media eingetreten ist. — Dagegen

II. Rechtsverhältnisse, welche auch schon dem juri naturali und gentium angehören, cessiren nur in so fern, als sie auch juris civilis waren. Sie bleiben in so fern sie juris naturalis und gentium sind. Die Civilqualität derselben allein ist es also, was durch die capitis deminutio media verloren gehen kann. Z. B. die Ehe und die patria potestas sind auch schon Institute des juris gentium. Die in Römischer Form abgeschlossene Ehe und die dadurch gewirkte patria potestas hören zwar durch die capitis deminutio media

auf, aber es bestehen fort das matrimonium juris gentium und die patria potestas juris gentium.

Die Frage würde demnach dahin zu beantworten seyn. Wenn durch das jure civili gestiftete Rechtsverhältniß zugleich Rechtsverhältnisse des juris gentium und naturalis gestiftet worden waren, so bleiben diese nach eingetretener capitis deminutio media zurück, waren aber bloß Rechtsverhältnisse des juris civilis gestiftet worden, so geht damit alles zu Grunde.

Wenden wir jetzt diese Grundsätze mal auf die einzelnen Rechtsverhältnisse an. Alle aus dem jure publico entstehende Rechtsverhältnisse sind mere juris civilis: sie müssen insgesammt durch die capitis deminutio media erlöschen. Diejenigen hingegen, welche aus dem Privatrecht entspringen, sind theils mere juris civilis, theils juris gentium und naturalis zugleich. Für jene tritt gleich den vorgedachten durch die capitis deminutio media der absolute Verlust ein, für diese hingegen nur der relative, d. h. in so fern sie auch juris civilis sind. Die letzteren fallen daher in die Kategorie der reinen Rechtsverhältnisse des juris naturalis und gentium zurück und bestehen in dieser Eigenschaft fort, es sey denn, daß sie von Anfang an nicht hätten Statt finden dürfen. — Nur die capitis deminutio maxima vermag auch die Rechtsverhältnisse des juris gentium aufzuheben.

Verfolgen wir die Anwendung der obenstehenden Grundsätze im Detail, so weit es überall thunlich ist, so findet sich, daß ohne eine Conversion anzunehmen, die hier überall nicht denkbar ist,

1) Im Personenrecht durch die capitis deminutio media zwar alle Rechtsverhältnisse wegfallen, welche von einem durch jus civile allein bedingten Zustande abhängen, diejenigen aber, welche von einem auch mit

jus gentium zusammenhängenden status cohäriren, nur relativ aufhören, d. h. in so fern sie Civileigenschaft haben. Die agnatio als reines Institut des juris civilis cessirt, eben so die affinitas; nicht aber die cognatio als im jure naturali schon ursprünglich begründetes und vom jure gentium anerkanntes Institut. Nur kann sehr natürlich, was über die cognatio besonders jure civili festgesetzt worden ist, nicht mehr auf einen solchen capite minutus angewendet werden. Die Ehe hört auf ein matrimonium juris civilis zu seyn: von dem Augenblicke an, wo die capitis deminutio erfolgt ist, tritt das matrimonium juris gentium zusammt seinen Folgen und Wirkungen an dessen Stelle: weil aber schon ein civis romanus und eine Römische Bürgerin nicht in einem matrimonio juris gentium leben dürfen, und ein non civis eben so wenig eine Römische Bürgerin im matrimonio juris gentium halten darf, so hört eben darum, nicht aber wegen der capitis deminutio media, das ganze Verhältniß auf, wenn die capitis deminutio media den Mann getroffen hat. Trifft sie dagegen die Frau, so besteht das eheliche Verhältniß als matrimonium juris gentium fort. — Wie das matrimonium juris civilis aufhört, so hört auch die Römische väterliche Gewalt auf: an ihre Stelle tritt aber die patria potestas juris gentium, welche bey einem civis nirgends ausgeschlossen ist. Ueberall ist ja die patria potestas juris civilis nur ein Zusatze der patria potestas juris gentium: die letztere hat ihren Grund in einer nach dem jure gentium ehelichen Zeugung; das matrimonium juris gentium ist aber schon Recht des non civis, und folglich wird durch die Aufhebung der Civität das Fundament der patria potestas juris gentium nicht zugleich de-

struirt Die der patria potestas juris gentium anhängigen Verbindlichkeiten müssen daher auch bleiben, wenn die Rechte bleiben, als da sind die Verpflichtung den erzeugten Kindern natürliche sowohl als bürgerliche Alimente zu reichen u. s. w. Aber die Verpflichtungen gegen den Ehegatten, welcher im Zustande der Civität zurückbleibt, hören auf, wenn nach den oben angegebenen Ansichten die Ehe auch nicht mehr als matrimonium juris gentium bestehen kann.

Daß einer, welcher capitis deminutionem mediam erlitten hat, weder eine Tutel oder Curatel führen, noch unter derselben ferner stehen könne, versteht sich von selbst. Aber in wie fern ein solcher die dominica potestas über die Sclaven einbüße, kann gefragt werden. Nirgends wird im Römischen Recht gesagt, daß jus civile eine eigene potestas dominica geschaffen habe, so wie eine eigene patria potestas durch dasselbe geschaffen worden ist. Trügt mich nicht alles, so ist die dominica potestas des juris gentium nur geradezu ins Civilrecht verpflanzt worden. Die Milderung ihrer Härte durch die Constitutionen der Imperatoren in der neueren Zeit kann hier nichts reliviren: dadurch ist keine abgesonderte herrliche Gewalt und keine potestas dominica juris civilis entstanden. Das Gesagte wird auch zum Ueberfluß bestätigt, wenn man Inst. I, 8, §. 1, und 9, §. 2. gehörig vergleicht. Die Folge ist, daß durch die capitis deminutio media die potestas dominica nicht nur nicht verloren gehet, sondern auch oben drein für den capite minutus die Beschränkungen wegfallen, welchen er bisher nach dem jus civile unterworfen war.

2) Im Sachenrenrecht müssen sich für den capite minutus eben so wichtige Veränderungen ereignen. Seine

bisherige possessio und sein bisheriges Dominium hören beide in so fern auf, als sie lediglich aus dem jure civili originiren: sie hören in so fern ganz auf, so daß auch nicht das mindeste Rechtsverhältniß zur Sache übrig bleibt. Wo aber beide auch schon aus dem jure gentium entspringen und nach demselben als begründet angenommen werden müssen, da dauern sie fort; das dominium juris civilis wird hier bloß in ein dominium juris gentium umgewandelt. So folgt, daß wenn sich der capite deminutus zur Zeit der eingetretenen capitis deminutio in einer Possession befindet, die nur jus civile anerkennt, sein ganzes Besitzrecht verloren geht; eben so sein ganzes Eigenthum, wenn solches nur durch modos adquirendi civiles gerechtfertigt werden konnte. Sollte hingegen beides auch schon aus dem jure gentium originiren, so würde wieder folgen, daß mit Aufrechthaltung des Eigenthums selbst die bisherige Qualität desselben nur eine Veränderung erleiden würde.

3) Im Obligationenrecht müssen schon wieder alle dem Ursprunge nach bloß bürgerliche Rechte und Verbindlichkeiten durch die capitis deminutio media wegfallen, und können bloß die des juris naturalis und gentium aufrecht erhalten werden. Man hat aber zu berücksichtigen, ob nicht auch schon in einem äußerlich und scheinbar alleinigen modus contrahendi obligationem civilis schon ein modus contrahendi obligationem naturalis steckt. So z. B. steckt in der Stipulation auch schon unstreitig ein modus contrahendi obligationem juris naturalis s. gentium, indem sich ohne Vereinbarung keine Stipulation denken läßt. Wo also eine solche natürliche Contrahirung der Verbindlichkeit in der bürgerlichen Form enthalten ist, da ist auch die obli-

obligatio der durch die capitis minutio aufgehobenen Civität ungeachtet fortdauernd.

Sehen wir endlich

4) Auf das *jus actionum*, so ist klar, daß kein Römisches Verfolgungsrecht von irgend einer Art dem capite minutus mehr zukommen kann, sondern er bloß auf die Aushülfe zurückgeführt ist, welche jus gentium verschafft.

Man sieht aus dem Vorstehenden, daß der sogenannte bürgerliche Tod (mors civilis) gar nicht so erschrecklich ist, als er beym ersten Anblick erscheint, sobald man sich nur den Rückfall aus dem jure civili ins jus naturale und gentium richtig denkt, und dabey im jure civili das, was demselben ausschließend angehört, von dem darin bloß aufgenommenen und adventizischen gehörig unterscheidet. Denn ohne diese Unterscheidung würde der bürgerliche Tod alles vernichten, und eine völlige Gleichstellung desselben mit dem natürlichen Tode anzunehmen seyn. Aeltere Juristen haben wohl in dem bürgerlichen Tode die Auflösung aller Rechtsverhältnisse finden wollen, den capite deminutus sogar seines ganzen bereiteten Vermögens für verlustig erklärt und dasselbe den Erben zugewendet.

Aber wie ist es nun mit demjenigen Vermögen zu halten, welches der capite deminutus in Folge der vorstehenden Grundsätze einbüßt, z. B. mit den durch Verjährung, Schenkung und andere modos acquirendi dominium mere civiles überkommenen Sachen? Ein Erbrecht kann hier doch nicht eintreten, denn viventis hereditas non datur, auch würden nach dem älteren Recht keine Erben anzunehmen seyn, weil durch den bürgerlichen Tod das jus agnationis aufgehoben worden ist, welches allein das Erbrecht verlieh: nach dem neueren, wo auch schon jus cognationis ein

Erbrecht giebt, wohl, aber da steht doch wieder das Prinzip entgegen, daß es keine hereditas viventis giebt? Es würde nichts übrig bleiben, als eine Herrenlosigkeit für dasjenige Eigenthum anzunehmen, welches der capite deminutus jetzt nicht mehr behaupten kann, wenn nicht die Gesetze deutlich bestimmt hätten, daß es denjenigen anheim fallen soll, welche, wenn der capite deminutus in dem Zustande der Civität mit Tode abgegangen wäre, durch das Gesetz zu seiner Erbfolge wären berufen worden.

Ich schreite jetzt zur Beantwortung der zweyten Frage: welchen Einfluß hat die capitis deminutio auf einen Andern, der in das bisherige Verhältniß des capite deminuti verflochten war? Der Ehegatte des capite deminuti und seine Kinder können es nur vorzugsweise seyn, welchen die Frage gilt. Die durch den Verlust der Civität nothwendig erfolgende Umwandelung der Rechtsverhältnisse müssen auch sie sich schon gefallen lassen, weil sie sich jeder gefallen lassen muß, welcher mit dem capite deminutus zu thun hatte: aber es fragt sich, behalten sie ihre früher rechtmäßig erworbenen jura civilia bey? Die Frage ist allerdings in ihrem ganzen Umfange zu bejahen. Die bisherige Römische uxor des capite deminuti erscheint jetzt als Römische Wittwe, und die aus der Römischen Ehe gebornen Kinder behalten fortdauernd den Zustand der ex justis nuptiis erzeugten, auch dem posthumus vel quasi kann diese Eigenschaft nicht streitig gemacht werden. Für sie ist immer doch noch genug verloren, nämlich die dereinstige Beerbung des capite deminuti und aller Zusammenhang mit ihm, welcher auf der Civität beruhte.

Es möchte scheinen, als wenn die hier vorgetragenen Grundsätze nicht ganz mit den Gesetzen übereinstimmten. In der Pandecten-Compilation wird die capitis deminutio maxima und media gewissermaaßen in ihren Folgen und Wir-

kungen zusammengeworfen, und der capitis deminutio minima entgegengesetzt [a]). Sowohl für den Fall der capitis deminutio maxima als den der media tritt der Verlust des gesammten vorhandenen Vermögens ein, und wird solches denjenigen zugewendet, welche nach den Gesetzen zur Erbfolge berufen sind, wenn es nicht etwa der Staat zur Strafe einzieht, oder bey der capitis deminutio maxima ein civis als dominus vorhanden ist [b]). Für den Fall der capitis deminutio maxima findet sich alles sehr natürlich; für den der media ist aber zu bedenken, daß die Gesetze, welche von dem Verlust des gesammten Vermögens sprechen als Bedingung unterstellen, daß das jus civitatis zur Strafe verloren gegangen ist, zugleich der Verlust des gesammten Vermögens als Annexum der Strafe von den Gesetzen ausgesprochen

a) Es wird nöthig seyn, hier auf die Oeconomie des Pandecten-Titels de capite minutis noch besonders aufmerksam zu machen. Nachdem vorher von einem Edict des Prätors *L.* 2. *seq.* gesprochen und dessen ausschließende Anwendbarkeit bey der capitis deminutio maxima gezeigt worden ist, wird *L.* 5. §. 1. die capitis deminutio media unvollständig dargestellt und dann heißt es §. 2: Nunc respiciendum, quae capitis deminutione pereant, et primo de ea capitis deminutione quae salva civitate accidit, per quam publica jura non interverti constat. Diese Materie wird auch *L.* 6. folg. bis zur *L.* 9. fortgesetzt. Welche jura durch die capitis deminutio maxima und media eigentlich verloren gehen, sind die Compilatoren der Pandecten darzustellen schuldig geblieben: bloß in *Leg.* 7. §. 2 und 3. kommt darüber etwas mit Hinsicht auf die restitutio in integrum vor, auch kann man die Vordersätze in *L.* 2. §. 2. und *L.* 8. unstreitig hieher ziehen, weil sie als Generalregel für die capitis deminutio aufgestellt worden sind. Man sehe auch *Loriot. de jur. axiom.* 13. u. 18. und *Cujac. Observat.* VII, 11.

b) So dürfte auf jeden Fall das „ad quos bona pervenerunt eorum" in der *L.* 2. *pr.* und das „qui amissis bonis, et civitate relicta nudus exulat in *L.* 7. §. 3. zu erklären seyn. Vergl. auch Bart. *Chefii Interpretat. Jur. Lib.* I. c. 2. n. 32. in der Jurispr. Rom. et Attic. Tom. II. p. 10.

worden ist c). Das ist also unstreitig als Ausnahme von der Regel zu betrachten: an sich und durch die capitis deminutio media allein kann das gesammte Vermögen des capite deminuti nicht verloren gehen, denn sein Daseyn ist ja nicht durchgehends von der Civität abhängig. Nur was davon abhängig ist, was er ohne civis fortdauernd zu seyn nicht besitzen und haben kann, wird eingebüßt.

Daß für die Fälle, wo das jus civitatis zur Strafe verloren geht, Besonderheiten eintreten, erhellt noch insbesondere aus Instit. I, 16, §. 6, wornach die deportatio in Insulam sogar das jus cognationis aufhebt. Man würde sehr fehlerhaft schließen, wenn man in Grundlage dieser Stelle behaupten wollte, die capitis deminutio media hebe durchgängig das jus cognationis auf. Aber eben so fehlerhaft würde der Schluß aus den einzelnen Stellen der Pandecten-Compilation, in welchen davon gesprochen wird, daß wer capitis deminutionem mediam erlitten universa bona einbüße, seyn, daß die capitis deminutio media durchweg von dem Verlust des gesammten Vermögens begleitet werde. Die Fälle der capitis deminutio media, von welchen Paulus Dig. IV, 5, L. 5. spricht, sind sämmtlich solche, wo die Civität zur Strafe verloren geht: davon muß denn auch sehr natürlich allein verstanden werden, was von ihm ebendaselbst L. 7. §. 3. über die Einbuße des gesammten Vermögens gesagt wird. Als einzig generelle Stelle würde sich *Dig. c. l. L. 2. pr.* anführen lassen, wenn nicht eines Theils aus den Umständen erhellte, daß auch hier solche Fälle vorausgesetzt werden, von welchen Paulus spricht, andern Theils die Natur der Sache nicht widerspräche, und endlich drittens

c) Der Verlust des Vermögens kann als Folge der Confiscation auch so gedacht werden. Von dem letzteren ist hier allein die Rede.

nicht aus der oben citirten Institutionen-Stelle sich deutlich ergäbe, daß die Wirkungen der capitis deminutio media nicht durchgängig dieselben waren. So bestätigt sich also die oben stehende Theorie in ihrem ganzen Umfange d): die Ausnahmen von der Regel werden durch die besondere Eigenschaft der capitis deminutio gegründet. Als Strafe kann die capitis deminutio media auch den Verlust des gesammten Vermögens, selbst des jus cognationis nach sich ziehen. Wir sind durchaus nicht genau davon unterrichtet, für welche Fälle, wenn die Civität zur Strafe verloren ging, damit noch der Verlust anderer von der Civität nicht abhängiger Rechte verbunden war, und am allerwenigsten können wir behaupten, was uns in der Pandecten-Compilation gesagt wird, sey die Regel für alle Fälle gewesen, wo die Ci-

d) Daß die obligationes naturales durch die capitis deminutio nicht aufgehoben werden, ist generell *Dig. IV*, 5. *L.* 8. ausgesprochen worden mit Beyfügung des Grundes „quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest." Daß die obligationes civiles auch der capitis deminutio ungeachtet fortwähren sollen, wenn sie zugleich als naturales erscheinen, ist *Dig. c. l.* L. 2. §. 2. entschieden worden. Man kann die Stelle „Hi qui capite minuuntur ex his causis qui capitis deminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter" nicht von einer Verwandelung der reinen obligatio civilis in obligatio naturalis verstehen, denn eine solche Umwandelung würde gegen allgemein angenommene Grundsätze laufen: man versteht sie aber richtig von der Fortdauer einer obligatio naturalis, die zugleich in der durch die capitis deminutio erloschenen obligatio civilis enthalten war. Nach gleichen Grundsätzen muß auch die Beybehaltung sowohl als der Verlust des Eigenthums und Besitzes beurtheilt werden. Was die Gesetze daher über den Anfall des Vermögens desjenigen der capitis deminutionem mediam erlitten hat, an seine Erben vorschreiben, muß nothwendig auf dasjenige Vermögen beschränkt werden, was er nur unter Voraussetzung der fortdauernden Civität haben kann, und darf nicht auf dasjenige ausgedehnt werden, welches überall nicht durch die Civität bedingt ist.

vität zur Strafe eingebüßt wurde e). Wir müssen vielmehr immer unterscheiden capitis deminutio media als bloßen Verlust der Civität und die unmittelbaren Folgen davon, und das Additament, welches für den einen oder den andern Fall noch besonders Statt fand, wenn jemand zur Strafe capitis deminutionem erlitten hatte. Zu generellen Dispositionen erheben zu wollen, was über das Additament in dem Titel der Pandecten de capit. min. vorkommt, dürfte selbst gegen die Absicht Justinians laufen.

§. 220.

Die capitis deminutio media besteht also nach *Dig. IV, 5, L. 11.* in dem Verlust der Civität retenta libertate. Der bisherige civis erscheint daher fortan im Staate als peregrinus und cum jure naturali et gentium vivens, wenn nicht mit der capitis deminutio zugleich eine Entfernung seiner Person aus dem Staatsgebiete verbunden ist. Als solcher kann er daher auch noch fortan Eigenthum erwerben und Obligationen contrahiren, nur werden seine Verhältnisse nicht mehr nach dem jure civili, sondern bloß nach dem jure naturali und gentium beurtheilt. Denn die Civität ist eingebüßt, und mit ihr zugleich der Genuß des daran hängenden juris civilis. Aber die Civität geht durch die capitis deminutio media auch ganz verloren, und dadurch unterscheidet sich eben die capitis deminutio media von der Läsion sowohl als gänzlichen Aufhebung der existimatio, denn durch diese wird weder die Civität ganz noch zum Theil eingebüßt; man nimmt

e) Die Wirkungen, welche hier dem bürgerlichen Tode beygelegt werden, hatte selbst die aquae et ignis interdictio nicht immer. Siehe *Pag. Gaudent.* expolit. jurid. I, 53. Es scheint daher, als hätten sie allemal noch besonders ausgesprochen werden müssen.

bloß so lange der Zustand der verletzten existimatio dauert, an den Rechten der Civität nicht Antheil, deren active sowohl als passive Ausübung durch eine unbescholtene Existimation bedingt ist. Scheinbar enthält die infamia juris als die höchste Läsion der existimatio wohl einen Verlust der Civität, reel aber nie: im Grunde ist es bloß Suspension dieser Rechte, welche eingetreten ist, weil man die Eigenschaften nicht hat, wodurch deren Ausübung bedingt ist. Uebrigens kann die infamia juris nur Rechte suspendiren, welche von der Civität abhängen, weil sie selbst sich bloß auf die Civität bezieht: die infamia facti dagegen, weil sie gar nichts mit der Civität zu schaffen hat, suspendirt auch Rechte des juris gentium.

§. 221.

Man kann nicht sowohl fragen, ob es bey uns noch eine capitis deminutio media gebe, (denn wer mögte wohl zweifeln, ob es nicht auch noch jetzt eine Civität gebe, und solche eingebüßt werden könne), die Frage kann bloß seyn, ob der Verlust der Civität, wenn er vorkommt, nach den Grundsätzen des Römischen Rechts zu beurtheilen sey, d. h.: ob, wenn der Verlust der Civität vorkommt, davon noch im Ganzen die nämlichen Wirkungen abhängen, wie bey den Römern? Die gemeine Meinung beantwortet bekanntlich die Frage bejahend, in so fern nämlich ein Unterthan wegen eines gegen den Staat begangenen Verbrechens geächtet wird. Aber man will ja wissen, ob der Verlust der Civität überall die Folgen und Wirkungen noch hat, welche die capitis deminutio media bey den Römern hatte, nicht welches die besondern Folgen und Wirkungen einer die Libertät aufhebenden Strafe sind, weil diese auch bey den Römern sehr verschieden waren. Und kann man ja capitis deminutionem mediam auch recht gut erleiden, ohne daß solche Folge einer Strafe wäre.

Ich glaube, eine capitis deminutio im Geiste des Römischen Rechts kann es jetzt überall nicht mehr geben, denn dazu wird erfordert, daß der Genuß des juris civilis abhängig sey von der Civität, welches bey uns nicht mehr der Fall ist. Die im jure civili enthaltenen jura privata stehen heutiges Tages dem Fremden so gut als dem Einheimischen zu: der Einheimische kann sie daher auch nicht verlieren, wenn er die Civität verliert. Sogar die jura publica sind dem Fremden geöffnet: selbst wo das Indigenat vorhanden ist, kann man nicht einmal annehmen, daß solches durch den Verlust der Civität aufgehoben werde, weil es nicht daran, sondern an die Thatsache des im Lande als Civis geboren worden seyn geknüpft ist. Der einzige Staat in der gegenwärtigen Welt, auf welchen sich die Lehre noch in ihrer ganzen Ausdehnung anwenden läßt, ist der französische, weil hier der Genuß des juris civilis nach Römischer Weise mit der Civität unzertrennlich verbunden ist, obgleich den peregrinis auch mehrere Rechte des juris civilis sind mitgetheilt worden.

Andere Ansichten bieten sich freylich dar, wenn die Rede ist von einer Strafe, welche den Verlust der Civität nicht bloß zur Folge hat, sondern wodurch auch noch mehr verloren geht, als was schon der Verlust der Civität mit sich bringt. Aber die hieher gehörigen Strafen der Römer sind nicht mehr anwendbar. Es frägt sich also in wie fern die bey uns übliche Aechtung damit zu vergleichen sey?

Unsere Aechtung besteht bekanntlich in einem Ausspruche der Staatsgewalt, wodurch jemand nicht bloß aller Rechte, deren er bisher im Staate theilhaftig war, für verlustig erklärt, sondern auch oben drein außer des Staats Schutz und Schirm gesetzt wird. Als Strafe ausgesprochen enthält sie in so fern mehr als irgend eine ähnliche Römische Strafe, denn auch die aquae et ignis interdictio in ihrer

höchsten Strenge entzog dem Bestraften nicht, was ihm die Aechtung bey uns nimmt. Es kommt bey dieser Strafe, wie schon oben bemerkt worden ist, gar sehr darauf an, daß man das Wesentliche von dem Zufälligen oder den Zusätzen unterscheidet: in ihren Zusätzen mag sie sich der Aechtung oft genähert haben: ganz ist sie ihr gewiß nie gleich gekommen. Unsere Aechtung hebt also nicht bloß das Staatsbürgerrecht auf: sie nimmt zugleich alle Rechte, deren sich der Verbrecher bisher im Staate zu erfreuen hatte: sie stellt ihn oben drein außer des Staates Schutz und Schirm. Er mag sich über keine Verletzung weiter beschweren, die ihm im Staate, so lange er noch in demselben verweilt, oder wenn er sich künftig wieder innerhalb dessen Grenzen betreten lassen sollte, zugefügt wird, wenn gleich damit noch nicht die Befugniß der Staatsbürger oder Einwohner des Staats ausgesprochen ist, ihn ungestraft zu mißhandeln, oder gar zu tödten. Denn etwas anders ist jemandem den Schutz des Staats zu entziehen und wieder etwas anderes, ihn der Mißhandlung eines jeden der Lust dazu hat Preiß zu geben, eine Pöbeljustiz oder einen Pöbelunfug zu privilegiren. Doch wir brechen hier billig ab, weil das Weitere darüber ins Criminalrecht gehört.

Es kann nach dem bisher Gesagten keine Frage seyn, daß die Aechtung, da sie nicht bloß die Civität, sondern auch den Genuß des juris civilis, oben drein den des juris naturalis und gentium — kurz alle Rechte aufhebt, welche ein Subject bisher im Staate sowohl hatte als überall darin haben kann, mit ähnlichen, wenn gleich viel geringeren Römischen Strafen allerdings verglichen werden könne. Indeß darf die Vergleichung nie zu dem Ende angestellet werden, um eine Römische capitis deminutio media herauszubringen, weil das Grundprinzip der Vergleichung fehlt, welches allein dieses ist, daß bey den Römern mit dem Verlust der Civität

zugleich der Verlust des juris civilis verbunden war. Es ist schon an sich grundfalsch, bey der Darstellung der Römischen capitis deminutio media von den Strafen auszugehen, welche den Verlust der Civität zur Folge hatten, weil solche meist noch immer Zusätze enthielten, welche nicht schon aus dem Verlust der Civität folgten: die Sache will in ihrer Reinheit dargestellt seyn. Das Resultat der Untersuchung ist, daß wir wohl bey uns eine capitis deminutio aber nicht im Geiste des Römischen Rechts annehmen können.

XXXV.

Genauere Untersuchung über die existimatio §. 222. — Giebt es nach dem Römischen Recht wirklich eine doppelte Infamie, die infamia juris und facti §. 223; wodurch werden beide gewirkt §. 224 — 232, und welches sind die Folgen und Wirkungen von beiden? §. 233. — Beyläufige Bemerkungen über die deutsche levis notae macula, besonders in so fern sie mit der Römischen infamia collidirt §. 234.

§. 222.

Daß zwischen capitis deminutio media und Verlust der existimatio nach dem Römischen Recht ein bedeutender Unterschied sey, ist bereits oben gezeigt worden. Es müssen aber die hieher gehörigen Gesetzstellen erklärt werden, auch ist zu zeigen, wie sich infamia und contumelia von einander unterscheiden. Die Unterscheidung ist zwar besonders nur für die Injurienlehre von Wichtigkeit: indeß findet sich auch anderwärts ihre Bedeutsamkeit.

Hauptstelle ist hier *Dig. L, 13, L. 5*, §. 1. *Existimatio* est *dignitatis illaesae* status, *legibus* ac *moribus comprobatus*, qui ex *delicto* nostro auctoritate legum aut *minuitur* aut *consumitur*. §. 2. *Minuitur* existimatio quoties manente libertate circa statum dignitatis poena plectimur, sicuti cum relegatur quis, vel cum ordine movetur, vel cum prohibetur honoribus publicis fungi, vel cum plebejus fustibus caeditur, vel in opus publicum datur, vel cum in eam causam quis incidit, quae edicto perpetuo infamiae causa enumeratur. §. 3. *Consumitur* vero, quoties magna capitis minutio intervenit, id est, cum libertas adimitur: veluti cum aqua et igne interdicitur, quae in persona deportatorum venit, vel cum plebejus in opus metalli vel in metallum datur, nihil enim refert, nec diversa poena est operis vel metalli, nisi quod refugae ope-

operis non morti sed poenae metalli subjiciuntur. Interessant ist hier der Begriff von der existimatio, noch viel interessanter aber der Unterschied zwischen dem Verringern und gänzlichen Aufheben der existimatio. Man sieht aus dem Begriff, welcher hier von der existimatio gegeben worden ist, klar, daß es einer Sache gilt, welche nicht von der Moralität des Menschen allein, auch nicht davon und und anderen Eigenschaften zusammen, sondern lediglich von dem Gesetz und der Sitte abhängt, folglich etwas rein Positives ist. Man erfährt ferner, daß die Infamia nicht, wie die gewöhnliche Vorstellung ist, die existimatio ganz aufhebt, sondern sie bloß mindert, daß sie hingegen ganz verloren geht, wenn die Freyheit eingebüßt wird. Ob immer, bleibt doch die Frage, denn es ist lediglich von dem Falle die Rede, wo die Freyheit zur Strafe verloren geht: die Freyheit kann aber bekanntlich auch auf anderem Wege eingebüßt werden. Wollten wir die in unsern Tagen gangbaren Vorstellungen über natürliche und bürgerliche Ehre hier zum Grunde legen, so dürften wir sagen können, die existimatio begreife bloß die bürgerliche Ehre in sich: die natürliche komme dabey gar nicht in Betracht. Allein die bürgerliche Ehre würde wenigstens nach Römischer Vorstellung von der Civität untrennbar seyn: der Verlust der Civität würde auch nothwendig ihren Verlust zur Folge haben: das ist nun aber mit der existimatio nicht der Fall, denn wir lesen, daß sie nur für den Fall der capitis deminutio maxima ganz verloren geht. Zwar wird unter den Fällen in quibus existimatio tantum minuitur, der capitis deminutio media nicht ausdrücklich gedacht, allein eines Theils werden doch darunter Ereignisse angegeben, die nothwendig den Verlust der Civität zur Folge haben, andern Theils folgt aus dem Gegensatze und der Beschränkung des gänzlichen Verlustes der existimatio auf capitis deminutio maxima deutlich genug, daß die

capitis deminutio media nie den gänzlichen Verlust der existimatio zur Folge haben kann. Man ist also wieder zu schließen berechtigt, die existimatio sey nicht unzertrennlich mit der Civität verbunden, überall nicht einmal davon abhängig. Das scheint nun aber wieder nicht mit den Quellen zusammenzustimmen, aus welchen die existimatio abgeleitet wird, den legibus und moribus nämlich, die doch nur auf die Civität Beziehung haben können. Wie ist hier aus der Sache zu kommen? Ich glaube auf folgende Weise.

Die existimatio ist überall die Achtung, auf welche ein Subject sowohl nach dem jure gentium als civili Anspruch machen kann. Das „legibus et moribus" darf hier nicht auf jus civile beschränkt werden. Es ist also nicht die Achtung (dignitas) worauf jemand schon als menschliches und vernünftiges Wesen Anspruch zu machen befugt ist; sondern bloß die, auf welche ein freyer Mensch Anspruch machen kann. Denken wir uns die existimatio so, so kann sie durch den Verlust der Civität — die capitis deminutio media — nie ganz aufgehoben werden: der capite minutus kann ja nur existimationem juris civilis einbüßen, nicht auch die existimationem juris gentium, wenigstens nicht nach Römischen Begriffen, weil auch die höchste Strafe, die einen Römischen Bürger treffen konnte, und die ihm sogar das jus gentium theilweise entzog, doch nie so weit gehen durfte, ihm jus gentium in der Totalität zu entziehen, wenn sie nicht namentlich auf den Verlust der Freyheit gerichtet war. Jetzt ist man über die Sache im Klaren: die ademtio libertatis hebt zugleich jus gentium sowohl als jus civile gänzlich auf, folglich auch alle existimatio, denn der Sclave hat bloß jus naturale, und im jure naturali giebt es keine existimatio. Die hier gegebene Ansicht ist von der höchsten Wichtigkeit für den unten folgenden Begriff der Infamie, der ohne sie immer schief ausfallen muß. Man kann sich jetzt erklären, wie selbst

durch die infamia juris, denn diese ist unstreitig in unserer Stelle allein gemeint, die existimatio nur verringert, nicht auch schon ganz aufgehoben wird. Nehmen wir vor der Hand an, die ganze existimatio des juris civilis gehe dadurch verloren, so bleibt noch die existimatio des juris gentium übrig; wer aber diese noch hat, von dem läßt sich nach der obigen Annahme nicht behaupten, die existimatio habe bey ihm ein Ende: denn in dem Begriff der existimatio ist die existimatio des juris civilis mit der des juris gentium unzertrennlich verbunden worden.

Ein scheinbarer Widerspruch dürfte hier noch zu heben seyn. Wenn angenommen wird, daß die existimatio in der Totalität nur verloren gehen könne, wenn man jus gentium einbüßt, warum wird denn in dem Gesetz der Verlust der integralen existimatio auf den Fall beschränkt, wenn die capitis deminutio maxima als Strafe erfolgt, und warum findet er nicht auch schon statt, wenn außer den Fall der Strafe die Freyheit eingebüßt wird. Kann doch ein Sclave nur jus naturale haben, und ist folglich bey ihm nie eine existimatio denkbar, die nur für Menschen angenommen werden kann, die im Genusse des juris civilis und gentium zusammen, oder doch im Genusse des juris gentium stehen. Es würde daher für einen, der nicht als Folge der Strafe, sondern auf andere Weise die libertas eingebüßt hat, noch fortdauernd die existimatio, wenigstens die des juris gentium angenommen werden müssen. — Allein macht das Gesetz wirklich einen Unterschied zwischen amissio libertatis ex causa poenae und aus andern Gründen? Ich glaube nicht. Man lese nur im Zusammenhange „Minuitur existimatio quoties manente libertate circa statum dignitatis poena plectimur," und hernach „Consumitur vero, quoties magna capitis deminutio intervenit i. e. cum libertas adimitur," stelle das was hinter veluti folgt, als Beyspiele der capitis deminutio maxima vor,

und bedenke, daß der Jurist hier in einer Lage redet, wo er vorzugsweise auf die Fälle Rücksicht nehmen mußte, in welchen die Freyheit zur Strafe eingebüßt wird. Wo er von der minutio existimationis spricht, konnte er schon ohnehin gar keine andern Fälle wählen. Was er hier aus Nothwendigkeit wählte, wählte er dort bloß, weil er durch den gefaßten Gesichtspunct darauf hingeleitet wurde. Unter solchen Umständen kommt in Voraussetzung des Begriffs der existimatio alles allein darauf an, was schon die Natur der Sache mit sich bringt. Ist die libertas eingebüßt, so kann auch von Zuständigkeit des juris gentium nicht mehr die Rede seyn, die existimatio aber läßt sich nur im jure civili und gentium zusammen oder doch wenigstens im jure gentium denken, im jure naturali existirt sie durchaus nicht. Die Folge ist, daß mag man die libertas eingebüßt haben wie man wolle, zur Strafe oder aus andern Gründen, man auf existimatio keinen Anspruch machen kann a).

Zu den modis minuendi existimationem wird auch die Infamia gezählt. Sie ist also schon sehr natürlich keine gänzliche Aufhebung der existimatio. Aber als Aufhebung der existimatio civilis mag sie allerdings betrachtet werden: das ist sie auch wirklich, und ich glaube mit vollem Beystande der Gesetze die Infamie als die Aufhebung der existimatio juris civilis mit Vorbehalt der Civität und der existimatio juris gentium bestimmen zu können. Es frägt sich nur noch, wie ist die contumelia unterschieden?

Die Frage ist besonders, wie schon oben bemerkt worden, für die Injurienlehre von der höchsten Wichtigkeit.

---

a) Hindeutungen auf die eine oder die andere dieser Vorstellungen findet man schon bey ältern Juristen, z. B. bey Duaren (Disputation. I, 9.), Raevard (Varior. III, 5.) und Joannett (Resolut. ad π, 17.). —

Unsere Criminalisten haben hier etwas substituirt was gar nicht in den Gesetzen enthalten ist — die Ehre nämlich — sie theilen sie bekanntlich ein in die natürliche und bürgerliche Ehre. Auf die Ehre wird die Injurie bezogen und als Ehrverletzung definirt: weil aber die Vorstellung von der Ehre sehr schwankend ist, so muß auch sehr natürlich die Frage: wenn eine Injurie begangen werde, sehr schwankend seyn. Was der Eine als Injurie ansieht, findet der Andere als etwas sehr unschuldiges oder doch Unbedeutsames. Der Römer beschränkt den Begriff der Injurie darauf, daß etwas geschieht ad infamationem oder in contumeliam alicujus, d. h. mit andern Worten, daß Handlungen von jemandem behauptet werden, worauf, wenn sie wahr wären, die minutio oder wohl gar die consumtio existimationis (denn der Ausdruck „ad infamationem" wird hier in der weitern Bedeutung genommen b) steht, oder jemand geradehin verächtlich behandelt wird, oder doch etwas geschieht, um ihm eine Verachtung zu erkennen zu geben. Die contumelia und die infamatio sind also in so fern wesentlich verschieden. Die letztere enthält ein Attentat gegen die existimatio juris civilis, die erstere

b) Man kann füglich annehmen, daß der Ausdruck „infamatio" bey den Römern in einer doppelten Bedeutung gebraucht worden sey. Einmal als Attentat gegen die existimatio juris civilis und das würde dann die infamatio in der engern Bedeutung seyn. Zweytens als Attentat gegen die existimatio überhaupt sowohl gegen die des juris civilis als des juris gentium, und da hätten wir die infamatio in der weiteren Bedeutung. Wie sich die infamatio von der diffamatio unterscheidet, ist leicht zu bestimmen: das Verbreiten macht hier allein den entscheidenden Character aus. Wo die Rede davon ist, daß ad infamiam alicujus etwas geschehen sey, sieht man wohl von selbst, daß das nichts weiter heißt als ad laedendam existimationem: der Ausdruck: infamia wird hier nicht im eigentlichen und engern, sondern im uneigentlichen und weitern Sinne gebraucht.

stere hat mit der existimatio überall nichts zu schaffen. Die contumelia und offensio sind auch wesentlich verschieden. Nicht in jeder Beleidigung spricht sich auch schon nach der Vorstellung der Römer die Verachtung aus, und daher enthält auch nicht schon jede Beleidigung eine Injurie. Es gehört nicht zu meinem Zweck, den Gegenstand hier weiter zu verfolgen c): es war mir bloß darum zu thun, die Begriffe zum Behuf des folgenden aufzuklären.

Aber, höre ich fragen, was ist denn nun die existimatio eigentlich? Die Gesetze beantworten sie schon selbst. Es ist die dignitas, welche einem Menschen nach dem jure civili oder gentium zusteht. Die dignitas ist hier nicht Würde, sondern Würdigkeit, es ist der Inbegriff der Eigenschaften welche jemanden fähig machen, sich aller Rechte und Vortheile, welche jus civile sowohl als gentium darbietet, in höchstmöglicher Vollkommenheit zu erfreuen. Die existimatio ist daher keinesweges bloße Ehre, sie begreift nur die Ehre mit in sich, in so fern das vage und schwankende Ding sich überall formen und begränzen läßt. Die alten Römischen Juristen waren zu klug, ihre Vorstellungen auf die Degenspitze zu setzen.

§. 223.

Durch das Vorstehende ist der Weg zur Erörterung der so bestrittenen Frage gebahnt worden, ob es nach dem Römischen Recht nur eine Infamie gebe oder ob eine doppelte

c) Es ist wohl nicht zu läugnen, daß wenn man diese Vorstellung bey der Injurienlehre zum Grunde legt, ganz andere Resultate hervorgehen, als bey den gewöhnlichen Vorstellungen. Ob sie nicht zum Grunde gelegt werden muß? Es kommt darauf an, ob man eine Injurien-Theorie nach den Gesetzen entwickeln oder eine machen will.

Infamie bestehe, und die Infamie in infamiam juris und facti einzutheilen sey? Ist die Infamie im eigentlichen Sinne nur eine Aufhebung der existimatio civilis, und wird der Ausdruck infamia auch im weiteren und uneigentlichen Sinne genommen, wo er nicht auf existimatio juris civilis beschränkt ist, sondern auch die existimatio juris gentium zum Vorwurf hat, so dürfte, besonders wenn man das „juris" bloß aufs Civilrecht bezöge, noch neben der Infamie als Aufhebung der existimatio juris civilis eine andere Infamie als Aufhebung der existimatio juris gentium anzunehmen und die erstere Infamia juris, die andere hingegen Infamia facti zu benennen seyn. Anders aber ist die gewöhnliche Vorstellung davon, nach welcher die infamia juris aus dem Ausspruche des Gesetzes allein, die infamia facti hingegen aus einer Handlung entspringen soll, welche in den Augen aller rechtschaffenen Menschen als höchst schlecht und nichtswürdig erscheint, wenn übrigens gleich die Gesetze darauf keine Infamie gesetzt haben [d]). Die Modificationen dieser Vorstellung, welche von Einzelnen versucht worden sind, kommen um so weniger in Betracht, als doch am Ende alles auf eins hinausläuft. Für den Kenner darf kaum erinnert werden, daß alles von einer andern als der oben gegebenen Ansicht ausgeht.

Zuförderst frägt es sich, finden wir überall zwischen infamia juris und facti in dem Römischen Recht unterschieden? Die Antwort ist; formell durchaus nicht: das war auch nicht wohl möglich, denn die Distinction zwischen Infamia juris und facti so wie die Terminologie selbst gehört ja überall erst der spätern Zeit an, und beruht oben drein auf einer ganz falschen Vorstellung der Sache. Man dachte sich die infamia juris als etwas, was das Gesetz bestimmt

d) Vergl. Thibaut Pandecten-Recht Th. 1. §. 289.

ausspreche, die infamia facti hingegen als etwas, worauf nur der Richter zu reflectiren schuldig sey, weil das Gesetz wenigstens darauf hindeute: jene schon wirksam durch den Ausspruch des Gesetzes, diese erst wirksam durch den richterlichen Ausspruch. Die Zeit hat auch hieran bekanntlich geändert, und die Vorstellung ganz verwirrt. Ganz unzusammenhängend ist hiernächst mit der gangbaren Vorstellung von der infamia juris und facti wieder die Eintheilung der infamia juris in die mediata und immediata: sollte sie überall Statt finden, so müßte unter Voraussetzung eines mehr philosophischen als juristischen Begriffs von der existimatio die unmittelbare Infamie auf die Infamia juris, die mittelbare aber auf die Infamia facti beschränkt werden. Die jetzige Jurisprudenz erscheint bekanntlich überall mehr selbstschaffend als fortbildend. Nur das Wesentliche an der Sache soll untersucht werden, alles Uebrige muß seitwärts liegen bleiben, und wird bloß im Vorbeygehen berührt e).

Das jus civile konnte es sehr natürlich nur mit der existimatio juris civilis vorzugsweise zu thun haben, wenn gleich auch die existimatio juris gentium bey ihm nicht unbeachtet bleiben durfte. Die Infamie konnte schon sehr natürlich nur in der Aufhebung der existimatio juris civilis bestehen, und in so fern es nur eine Infamie geben. Aber in Betrachtung war doch auch einmal die existimatio juris gen-

e) Bekanntlich ist auch schon von Andern die gangbare Theorie, wiewohl auf einem andern Wege angefochten worden. Siehe z. B. C. G. *Einert exerc. qua praeter unam mediatam juris infamiam nullam existere famae speciem defenditur* Lipſ. 1777. Man geht zu weit, wenn man das, was die Juristen als infamia facti aufstellen, ganz verwerfen will. Es kommt bloß darauf an, daß man sich hier wie beym status über die ursprüngliche Vorstellung gehörig verständiget, und nachher untersucht, was Zeit und Umstände hinzugebracht haben, und wie sich die Sache in der Historie gemacht hat.

tium gekommen. Als solche konnte darüber zwar jus civile nichts verfügen: es konnte sie bloß in Betrachtung ziehen, sie respectiren, zugleich verordnen, daß wenn die libertas eingebüßt worden wäre, auch die existimatio juris gentium als incompatibel mit der Sclaverey verloren gehen sollte. Besondere Verordnungen über die existimatio juris gentium, wo sie nämlich lädirt werden oder verloren gehen sollte, ließen sich nicht erwarten, waren auch nach dem bekannten Verhältniß des juris civilis und gentium zu einander überall nicht thunlich. Wo die existimatio juris gentium lädirt wurde, stand ohnehin schon herkömmlich fest: was jus civile thun konnte, war, von der existimatio juris gentium etwas zu sich hinüber ziehen, und den Richter anweisen, auch die läsionen dieser Existimation zu beachten. In mehreren Fällen trafen ja auch beyde Existimationen zusammen: oft war sogar die existimatio juris civilis durch die existimatio juris gentium bedingt. Solche Verhältnisse nun sind es, die in dem Römischen Recht neben der eigentlichen Infamie erscheinen und welche unsere Juristen durch den Ausdruck: infamia facti bezeichnen.

Die Terminologie möchte ich indeß stehen lassen: ich möchte nur andere Begriffe damit verbinden und mit Aufhebung des Adventizischen das Ursprüngliche und Gesetzliche wieder herstellen. Erlaubt muß dabey der Versuch seyn, ob sich die Sache nicht noch deutlicher geben ließe, als sie in den Gesetzen vorliegt: es kommt bloß darauf an, daß dem gesetzlichen Geiste kein Eintrag geschieht. Ich würde daher zwischen laesio oder minutio existimationis und ihrer gänzlichen Aufhebung — consumtio unterscheiden und die letztere durch Infamia (im weiteren Sinne) bezeichnen. Von beyden würde ich auf die existimatio juris gentium sowohl als juris civilis eine Anwendung machen, woraus sich denn etwa eine Tafel wie diese bilden dürfte.

Existimatio.

Juris gentium.		Juris civilis.	
laeditur tantum.	tollitur.	laeditur tantum.	tollitur.
I. Hieher würde vorzugsweise die sogenannte Infamia facti (oder uneigentliche Infamie) gehören.	I. Amissione libertatis.	I. Hieher würden die Notationen der Römischen Magistratus, insbesondere der Censoren in der ältern Zeit gehören.	I. Infamia juris (eigentliche Infamie) und darunter würden alle Fälle zu stehen kommen, wo das Gesetz die Infamie namentlich ausspricht.

Dabey verstünde es sich denn von selbst, daß wo die existimatio juris gentium ganz verloren geht, zugleich die existimatio juris civilis eingebüßt wird, weil sich ohne libertas eben so wenig nach der Vorstellung der Römer eine existimatio denken läßt, als sich der altjuristische status ohne selbige denken ließ. Es dürfte auch wohl keine Frage seyn, daß die laesio existimationis juris gentium einen nachtheiligen Einfluß auf die existimatio juris civilis hatte und hier gleichfalls eine Verletzung erfolgte. Denn es läßt sich nicht füglich denken, wie die letztere salva bleiben kann, wenn der ersteren geschadet worden ist, wogegen ganz klar ist, daß die existimatio juris gentium ganz ungekränkt bleiben kann, wenn die existimatio juris civilis entweder lädirt oder aufgehoben worden ist. Es versteht sich, daß ich hier nur von der Regel spreche, die allerdings auch ihre Ausnahmen haben kann und wirklich hat.

Es sey mir noch erlaubt am Schlusse über die gewöhnliche juristische Eintheilung der infamia juris in die mediatam

und immediatam *f*) zu sprechen. Ich habe sie oben als ganz unzusammenhängend mit der gewöhnlichen Vorstellung über die Infamia überhaupt erklärt. Der Vorwurf bedarf keiner Rechtfertigung, da er bey genauer Prüfung jener Vorstellung jedem Denker schon von selbst in die Augen springt. Aber ich bin nicht gesonnen, bey dem Vorwurfe der Inconsequenz stehen zu bleiben, sondern ich muß auch die Eintheilung selbst für durchaus falsch und gesetzwidrig erklären. Wo ist der gesetzliche Grund der Eintheilung? So viel ich weiß, sucht man ihn darin, daß nach den Gesetzen die Infamie theils schon Folge eines Factums, theils aber auch erst einer condemnatio ist *ff*). Allein ist das nicht etwas ganz Zufälliges, und

f) Die Infamie ist eine Folge des Factums, nicht Folge der auf das Factum gesetzten Strafe, wenn überall darauf eine gesetzt war, obgleich es oft genug scheint, sie sey bloß Folge der Strafe. Man muß sich nur nicht daran stoßen, daß nach dem Sprachgebrauche der Römischen Juristen oft die Strafe für das Factum genommen, und die Sache so dargestellt wird, als sey die Infamie bloß Folge der Strafe. Ein älterer Jurist, Antonius Cordubensis in seinem Tractat über die Infamie Compluti 1553. 4. pag. 36, ist der Meinung, man habe in der neueren Zeit bey den Römern oft etwas als Annexum der Strafe betrachtet, was doch eigentlich nur Annexum des facti oder des Vergehens gewesen, besonders nachdem die Strafen willkührlich angewendet worden, und besonders die Deportation, und aquae et ignis interdictio ein mächtiges Vehikel in der Hand der Usurpatoren geworden, sich bey der erlangten Herrschaft zu erhalten. Man kann das zugeben, ohne daß die Theorie etwas dadurch einbäßt: klar ist es mir wenigstens, daß die Juristen sich von den einmal angenommenen Grundsätzen nicht trennten: man kann bey den Römern keine wirklich infamirenden Strafen annehmen, wenigstens nicht in Justinians Compilationen.

ff) Westenberg (*Princ. Jur. Digest.* tit. de *his qui not. infam.*) stellt die Sache so vor. Infamia est privatio existimationis et inde dependentium jurium, propter violatam turpibus factis vitae honestatem. Eaque duplex est, *juris* et *facti*. Infamia juris est privatio existimationis propter turpe factum jure notatum. Quae vel *ipso jure*

läßt sich darauf eine Eintheilung gründen, die die Lehre offenbar nur verwirrt? Die richterliche Untersuchung und Feststellung betrifft ja für die Fälle der sogenannten Infamia juris mediata nicht die Frage, ob Infamie Statt finden soll, und ob sich überall der Fall zur Infamie qualificirt, sie begreift vielmehr bloß das Factum — das Verbrechen — auf welches das Gesetz die Infamie noch als besondere Folge setzt g). Die Infamie tritt also stets ipso jure ein, sobald über ihren Grund alles gehörig feststeht. Soll aber das: mediante judicis sententia nicht so viel heißen als: die Infamie entspringe nicht aus der richterlichen Sentenz, sondern es werde nur diese herbeygeführt, indem das Factum dadurch in Gewißheit gesetzt werde, welches die Infamie zur Folge hat, so ist der Unterschied ganz etwas bedeutungsloses. Vollends läßt sich von vorn herein nicht classificiren, was zur infamia immediata und was zur infamia mediata gehört (wie gewöhnlich geschieht) weil bey jedem in Frage gezogenen auch noch so notorischen Fall das Factum erst festgestellt werden muß. Ich finde im Römischen Recht nichts weiter

---

irrogatur (et quidem vel *Edicto praetoris* vel *jure civili*) vel *per sententiam*. Ich lasse hier absichtlich einen Juristen reden, der dafür gilt, den Geist des Römischen Rechts gehörig erfaßt zu haben.

g) Etwas anders ist es, wenn die Infamie als eigentliche Strafe für ein Vergehen durch die Gesetze ausgesprochen worden ist. Für einen solchen Fall, der gar nicht hieher gehört, kann sehr natürlich die Infamie nur erst aus der richterlichen rechtskräftigen Sentenz eintreten: was die Gesetze über die rückwirkende Kraft der eingetretenen Infamie ꝛc. vorschreiben, ist für einen solchen Fall überall nicht anwendbar. Für ihn kommt allein in Betracht, was von jeder andern Strafe als solcher gilt. Die Infamie als Strafe tritt erst mit dem Augenblick ein, wo sie durch eine richterliche rechtskräftige Sentenz zuerkannt worden ist, und alles was von der Strafe überhaupt gilt, ist auch auf sie anzuwenden.

als den einfachen Satz, daß die Infamia juris allemal ipso jure eintritt, sobald die Thatsache vorhanden ist, worauf sie gesetzt ist, daß aber um jemand für infam annehmen und behandeln zu können allemal erst eine obrigkeitliche Feststellung der Thatsache erforderlich sey, von welcher die Infamie eine Folge ist. Das ist auch etwas sehr Natürliches: ohne das würde es von der Meinung des Volks abhängen, ob jemand als infam zu betrachten oder nicht. Wie nun die obrigkeitliche Feststellung der Thatsache geschieht, ist gleichgültig: Ob von dem Richter oder einer verwaltenden Behörde (denn gar viele Fälle der Infamie gehören offenbar auch zum Ressort der verwaltenden Behörden) und ob im ersten Fall primario nach vorgängiger Untersuchung der Sache und durch einen förmlichen Urtheilsspruch z. B. bey Verbrechen, oder secundario und incidenter, wenn z. B. ein Rechtsgeschäft ex causa infamiae angefochten oder die exceptio infamiae entgegengesetzt wird, die Feststellung geschieht, ist völlig gleichgültig: es genügt, daß sie auf irgend eine Weise geschehe. So ist also das wirkliche Eintreten der Infamie allemal durch obrigkeitliche Feststellung bedingt, die Infamie selbst dagegen durch das Factum, welches sie nach den Gesetzen zur Folge hat, wenn gleich dieß, daß die notatio infamia immer nach der Natur der Sache erst später eintreten muß, nicht hindert, daß so bald solche erfolgt ist, der Eintritt der Infamie rückwärts und von der Zeit an genommen werden muß, wo sich die Thatsache zutrug, auf welche die Infamie gesetzt worden ist. Es muß also aus unserer Rechtstheorie die Eintheilung der Infamie in mediata und immediata ausgemerzt werden, aus einem zwiefachen Grunde: Einmal, weil sie mit Beybehaltung des Satzes, daß die Infamie jemanden entweder ipso jure oder erst per sententiam judicis ergreifen kann, falsch ist. Zweytens, weil das Fundament selbst falsch ist, worauf sich die Eintheilung gründet, indem niemand schon von selbst als in-

sam in der bürgerlichen Gesellschaft erscheint, sondern allemal erst von der competenten Behörde das Factum festgestellt werden muß, von welcher die Infamie abhängt, diese Feststellung aber wieder nicht immer per sententiam judicis zu geschehen braucht. Wenn die Feststellung der Thatsache zum Eintreten der Infamia juris als durchaus nothwendig erfordert wird, so frägt es sich: wie ist es denn mit der Infamia facti zu halten? Zwar scheint bey dieser alles anders genommen werden zu müssen, weil sie schon ihrem Begriff und Wesen nach von der Infamia juris so ganz verschieden ist. Wenn die existimatio juris civilis gleichfalls nur auf eben die Art gegründet werden kann, wie sie aufgehoben wird, so scheint sich doch die existimatio juris gentium von selbst zu mindern, sobald etwas geschehen ist, wodurch sie jure gentium beeinträchtigt wird, und in Ansehung ihrer Aufhebung scheinen dieselben Grundsätze Platz greifen zu müssen. Aber es ist dieß bloß scheinbar. Soll die Verminderung der existimatio juris gentium überall im Staate in Betracht kommen, so ist auch hier erforderlich, daß über die Thatsache, welche nach dem Jus Gentium die Minderung hervorbringt alles feststehe: das Gerücht kann darüber nichts entscheiden, selbst auch nicht ein allgemeiner schlechter Ruf, der, wenn auch meist verschuldet doch ungegründet seyn kann. Ohne das würde es auch an der gehörigen Basis fehlen, welche in einzelnen vorgerückten schlechten oder doch einen unmoralischen Wandel zeigenden Handlungen besteht, welche nothwendig auch erwiesen oder von der Obrigkeit als erwiesen anerkannt seyn müssen. Des Satzes ungeachtet, daß die Thatsachen, worauf die Infamie beruht, bey der infamia facti eben so gut festzustellen als bey der infamia juris, bleibt doch hinsichtlich der Feststellung selbst immer ein großer Unterschied. Denn die infamia juris ist bedingt durch einzelne bedingte Thatsachen, die infamia facti hingegen setzt, wie wir hernach

sehen werden, zu ihrem Daseyn bloß Handlungen und ein Benehmen im Allgemeinen voraus, woraus auf ein unmoralisches und schlechtes Gemüth und Wegwerfung sich schließen läßt. Wo dort alles im Einzelnen feststehen muß, braucht hier nur etwas im Allgemeinen festzustehen, und wo dort immer ien strenger juridischer Beweis erforderlich ist, müssen hier auch schon gegründete Vermuthungen zulässig seyn.

Nach dem früheren Recht der Römer hing die notatio infamia unstreitig mehr von dem Magistratus als dem Gesetz ab: nach der Justinianischen Gesetzgebung ist sie allein von dem Ausspruche des Gesetzes abhängig. Die Analogie muß hier schon nach der Natur der Sache bey der Infamia juris ausgeschlossen seyn: sobald die gesetzlich bezeichnete Handlung nicht in ihrem vollen Umfange dasteht, kann auch von der Infamia juris nicht die Rede seyn.

§. 224.

Fragen wir nach den Ursachen, wodurch sowohl die Infamia juris als facti gewirkt wird, so kommt sehr natürlich bey den ersteren alles auf die genaue Bestimmung der Gesetze an, wogegen bey den letzteren alles mehr vom allgemeinen Urtheil abhängt. So oft auch die Sache besprochen worden ist, so dürfte es sich doch die Mühe lohnen, sie von neuem in Untersuchung zu ziehen: der practische Nutzen der Lehre ist unverkennbar: in der Theorie dürfte auch noch so manches zu berichtigen und näher zu bestimmen seyn.

Die Infamia juris geht in der Pandecten-Compilation bekanntlich von dem Edict des Prätors aus: daß der Prätor nicht der einzige Magistratus war, der durch Edicte die Infamie aussprechen konnte, ist wohl klar: aber von den hieher gehörigen Edicten der anderen Magistratus ist uns bekanntlich nichts erhalten worden. An die Prätorische Infamie schließt sich nach der Oeconomie des Justinianischen

Rechts die gesetzliche an. Die umgekehrte Ordnung wird hier durch die gesetzliche gerechtfertigt: das Urtheil über die existimatio hing bey den Römern von jeher mehr von dem Magistratus als von dem Gesetz ab: würde das Recht der Constitutionen nicht auch zum jus civile gerechnet (wohin es doch nur in sehr uneigentlichem Sinne gehört) so würde die Lehre von der Infamia juris meist dem Juri honorario angehören.

Da ich oben den Unterschied zwischen Infamia juris immediata und mediata ganz verworfen habe, es auch gar nichts darauf ankommt, ob die Infamie dem juri honorario oder dem juri civili angehört, so sind hier allein die einzelnen Fälle, in welchen sie gewirkt wird, näher zu beleuchten.

Als erste Ursache der gänzlichen Aufhebung der existimatio civilis wird die missio ab exercitu ignominiae causa angegeben, welche von dem Imperator entweder selbst oder von demjenigen geschehen ist cui de ea re potestas statuendi fuerit [h]). Bey den Römern hatte auch jeder Heerführer und Befehlshaber eines Truppencorps das Recht der missio ignominiosa, doch nur bis zum Rang der Offiziere [i]):

---

h) *Dig. III, 2, L. 1. pr.*

i) So verstehe ich die Stelle *Dig. c. l. L. 2.* — Dimissum accipere debemus militem caligatum, vel si quis alius usque ad Centurionem vel praefectum cohortis vel alae vel legionis, vel tribunum sive cohortis, sive legionis dimissus est. — Der miles caligatus ist hier nicht wie das Scholion zu den Basilicis es erklärt, der νεοστὶ στρατευσάμενος oder novitius miles, sondern der schon durch den zur Fahne geschwornen Eid gebundene Soldat, denn wer noch nicht geschworen hat, kann überall nicht ignominiae causa entlassen werden. Noch ungereimter ist die Erklärung der Glosse, welche caligatus durch obscurus und infimus erklärt. Auf dem richtigen Wege ist *Pag. Gaudentius* expolit. Jur. II, 37. — Nach *Guid. Pancirol.* thes. var. lect. I, 75. ist caligatus miles

denn deren missio hing allein von dem Imperator ab, der auch selbst die einzelnen Heerführer und Befehlshaber der Truppencorps ignominiös entlassen konnte [k]). Die Infamie ist zwar bedingt durch die Handlung, welche sich der Soldat zu Schulden kommen lassen: daß aber der missus cum ignominia entlassen sey, ist erst äußerlich offenbar, einmal wenn bey der Entlassung hinzugefügt worden, daß solche ignominiae causa geschehen: zweytens wenn die Entlassung in einer exauctoratio besteht, d. h. wo jemandem die insignia militaria abgenommen worden sind, und er so von der Armee weggejagt worden ist [l]). Die Militärgewalt der Römer

so viel als ein beschuheter Soldat „a caligis quas induebant" Er beruft sich auf Quinctilian bey welchem es lib. 8. heißt: „Urbe vero egressi milites relictis togis chlamydem et saga accipiebant, caligasque induebant, ut a pulvere stirpibusque se defenderent." Darnach wären also die caligati mit calceis castrensibus angethane Soldaten, oder richtiger schon aus ihren Standquartieren ins Feld gerückte Soldaten gewesen. Die Erklärung ließe sich hören, wenn alsdann die ignominiosa missio nicht bloß auf ins Feld gerückte Soldaten beschränkt werden müßte (was nicht der Fall seyn kann) und nicht eine Stelle aus Plinius VII, 43. entgegenstünde, nach welcher deutlich das „caligatus" auf die actuell übernommene Soldatenpflicht bezogen wird. Wahrscheinlich übernahm man solche so ausgerüstet als wenn man eben ins Feld ziehen wollte, oder wenn der Soldat bey den Römern gar nicht schwur (?) geschah die Einstellung unter die Truppen in der Ausrüstung, welche ein ins Feld ziehender Soldat anzunehmen pflegte. Auf jeden Fall ist der bloß erst enrollirte Soldat noch kein miles caligatus.

i) *Dig. c. l.*

k) *Dig. c. l.* §. 2. Ignominiosa missio autem totiens est, quotiens is qui mittit addit, nominatim ignominiae causa se mittere: semper enim debet addere, cur miles mittatur. Daraus folgt denn, daß wenn auch der Soldat wegen einer Handlung entlassen ist, die zur ignominiosa missio berechtigte, er nicht als cum ignominia missus betrachtet werden kann, wenn solches nicht in dem Abschiede ausgedrückt worden ist.

l) *Dig. l. c.* Sed et si eum exauctoraverit etc.

kennt überall nicht, was man Urtheil und Recht nennt: es konnten daher auch keine Ursachen vorgeschrieben werden, wegen welcher die missio ignominiosa erfolgen sollte: der bürgerlichen Obrigkeit mußten sie in vorkommenden Fällen auch ganz gleichgültig bleiben, es kam bloß auf die geschehene missio ignominiosa an, und ob die Militärgewalt eine Ursache der missio ignominiosa gefunden hatte [m]). Was uns hindern könnte noch diese Grundsätze anzunehmen, sehe ich nicht ein: wo auch eine Militär-Jurisdiction eingerichtet ist, kann nicht darnach gefragt werden, ob die missio ignominiosa eine Folge von Urtel und Recht, oder von der Willkühr des Heerführers ist.

Die zweyte Ursache der Infamie ist das Auftreten auf der Bühne (prodire in scenam) [n]). Sie ist bedingt 1) durch das wirkliche Auftreten — das bloße Engagement reicht noch nicht zu [o]) — 2) durch das Auftreten quaestus causa oder propter praemium [p]). Ist man also aufgetreten, um seine Geschicklichkeit zu bekunden, so ist die Infamie davon noch nicht die Folge. 3) Durch das Auftreten artis ludicrae, pronunciandive causa [q]). Ob übrigens die Scene sich in publico oder privato loco befindet, ist völlig gleichgültig [r]).

---

m) Daraus folgt denn auch von selbst, daß die Handlung, welche die missio ignominiosa veranlaßt hat, gar keine infamirende Handlung zu seyn braucht, es ist hinlänglich, wenn sie nur als zu der missio ignominiosa sich eignend betrachtet werden kann.

n) *Dig. l. c. §. 5.*

o) *Dig. l. c. L. 3.*

p) *Dig. l. c. L. 2. §. 5.* Eos enim qui *quaestus* causa in certamina descendunt, et omnes propter *praemium* in scenam prodeuntes, famosos esse, Pegasus et Nerva filius responderunt.

q) *Dig. c. l. L. 3.* „Ut prodiret *artis ludicrae causa.*"

r) *Dig. c. l. L. 2. §. 5.* — Scena — — posita sit in publico, privatove. Folglich auch wenn jemand vor einer auserlesenen Zahl von Zuschauern — Privat-Comödie — auftritt.

Um die Theorie hier ganz scharf zu bestimmen, verdient besonders *Dig. III, 2, L. 4. pr.* genauer erwogen zu werden: „*Athletas* autem Sabinus et Cassius responderunt omnino artem ludicram non facere: *virtutis* enim *gratia* hoc facere. Et generaliter ita omnes opinantur, et utile videtur, ut neque Thymelici, neque Xystici, neque agitatores, nec qui aquam equis spargunt, ceteraque eorum ministeria, qui certaminibus sacris deserviunt, ignominiosi habeantur. §. 1. Designatores autem quos Graeci βραβευτας appellant, artem ludicram non facere Celsus probat, quia ministerium, non artem ludicram exercent. Et sane locus iste hodie a principe non pro modico beneficio datur" s).

s) *Perizonius* l. c. I, 46. erklärt das „Thymelici — nicht thumelici wie die Florentina liest — ganz richtig von in scenis personantibus Musicis cum choris organis, lyris, et citharis concinentibus." Was waren aber die Xystici. Das dieß die richtige Lesart sey, und nicht „exustici" wie die Florentina liest, dürfte nicht zweifelhaft seyn, besonders wenn man erwägt, daß diese Personen nur als Nebenpersonen bey dem Spiel eben so als die Thymelici vorkommen. Ich würde darunter eine Art von Ballettänzern verstehen, welche die Leere zwischen den Acten ausfüllten. Damit stimmen auch wirklich die Basilica überein, wenn man das τῶν ἐν ξυστῷ ἀγωνιζομένων" richtig übersetzt. Wirklich sagt auch die in den Scholien zu den Basilicis gegebene Erklärung „τοῦτ' ἐστιν οἱ ἐν ξυστῷ ἀγωνιζόμενοι πύκται τυχὸν καὶ τραγῳδοὶ καὶ ὅσοι τοιοῦτοι" nichts anders in so fern man nur berücksichtigt, daß hier zugleich auf eine viel spätere Ausdehnung des Ausdrucks „Xystici" Rücksicht genommen worden ist. Man sehe auch *Alciat. praetermissor.* 2. und 6. und *Parerg.* 5. *Catell. Cotta Memoral. voc. Xystici. Coras. Miscell.* c. 4. *B. Brissonius selectar.* 10. *Raevard. variorum V*, 24. Was die „qui aquam equis spargunt" gewesen, weiß Perizonius nicht zu erklären; weder die Erklärung von Alexander *ab Alexandro* (dier. genial. III, 9.) welcher darunter versteht „qui in stadio dispositi equis sponte currentibus, quo citius metam contingerent, aquam per vices spargere atque ita illos ad cursum impellere solebant," noch die Erklärungen anderer

Nicht sowohl, daß die Athletae hier von der Infamie ausgenommen werden, kommt in Betracht, denn darnach würden sie die Einzigen seyn, sondern der Grund, warum sie ausgenommen werden „virtutis enim gratia hoc facere." Alle ludi, wobey es darauf ankommt, eine besondere Geschicklichkeit zu beweisen, als Wettrennen, Fechterspiele ꝛc. machen weder die infam, die als eigentlich handelnde Personen auftreten, noch diejenigen, welche dabey assistiren oder sonst concurriren. Ohne diese Annahme hätten so viele angesehene Römer infam werden müssen, die sich auf solche Spiele als mithandelnde Personen einließen. Auf die Assistenten und Concurenten bey solchen Spielen bezieht sich das „Thymelici, Xystici etc." Infamirte das Spiel selbst nicht, so konnte auch nichts darauf ankommen, ob man es bloß zu dem Ende unternahm, um seine Geschicklichkeit zu beweisen, oder zugleich um eine Prämie zu verdienen.

Das Schauspiel war bey den Römern so beschaffen, daß es unmöglich als ein auf besonderer Kunst und Geschicklichkeit beruhendes Spiel betrachtet werden konnte. Es

---

wollen ihm gefallen. Die Meinung des Cardanus (de rer. variet. VII, 32.) dürfte doch wohl die richtigste seyn, in so fern man in dem „aquam spargere" oder „aqua aspergere," welches hier wohl gleichviel ist, kein angewandtes Zaubermittel, sondern eine sehr natürliche Cur der beym Wettrennen äußerst erhitzten Pferde durch Wasser versteht. Wahrscheinlich sind also die gemeint, welche die abgekühlten Pferde hernach öfters in die Schwemme ritten und reinigten. — Ob die βραβευται, wie Haloander meynt, die arbitratores sacrorum certaminum waren, oder wie Perizonius a. a. O. I, 47. dafür hält, nur diejenigen „qui certamen ordinant et disponunt" also verschieden von den Agonotheten, qui certamen et praemium decernunt, muß man dahin gestellt seyn lassen: nur so viel scheint aus allem hervorzugehen, daß sie mit unsern Schauspieldirectoren ganz gut verglichen werden können. Siehe auch *Catell. Cotta* Memor. voc. *designatores.*

stand mit dem Boxen, dem Streit unter den Gladiatoren und mit wilden Thieren in einer Kategorie: sehr natürlich mußten daher auch die Comödianten als ehrlos erscheinen. Ob die Assistenten und die Concurrenten bey solchen für ehrlos geachteten Spielen auch mit der Ehrlosigkeit behaftet waren? Fast sollte man es glauben, weil sie bey den andern Spielen ausgenommen werden. Allein wenn man die Sache beym rechten Lichte besieht, werden sie nicht mit besonderer Hinsicht auf diese Spiele, sondern generell und zwar darum ausgenommen, weil man von ihnen nicht sagen kann, sie erscheinen auf der Scene artis ludicrae faciendae caussa, selbst auch wenn sie bey einer ars ludicra auftreten.

Jetzt erst läßt sich der Begriff von dem prodire in scenam artis ludicrae pronuntiandive causa gehörig geben. Es ist das öffentliche Auftreten in der Absicht, nur das Volk im eigentlichen Sinne und durch seine Person, sey es durch Grimassen oder durch Geschwätz zu erlustigen, nicht um es zu belehren, oder eine gewisse Kunst und Geschicklichkeit vor demselben zu entwickeln *). Ich habe oben bemerkt, daß das Auftreten in scena artis ludicrae faciendae causa nur in so fern infamire, als es quaestus causa unternommen worden: ich füge dieser Bemerkung nur noch hinzu, daß es gleichgültig ist, ob jemand im Staate zu diesem Behuf in Dienst genommen worden ist, oder von dem Volke einzeln und für die Vorstellung bezahlt wird.

Be-

*) Darin scheint eigentlich die Pointe zu liegen. *Dig. III, 2, L. 2.* §. 5. heißt es „Spectaculum *sui* praebiturus." — Man giebt kein spectaculum sui, wenn man jemand durch seine Kunst und Geschicklichkeit vergnügt. Das spectaculum sui ist nur nach Römischen Begriffen vorhanden, wenn man den Andern durch sogenante Possenreißerey amüsirt; die Sache ist wegen des Folgenden von großer Wichtigkeit.

Bekanntlich werden unsere Comödianten nicht mehr für ehrlos gehalten, aus so manchen Gründen, wovon der wohl allein als zulänglich erscheinen dürfte, daß eine große Verschiedenheit zwischen unserm und dem Römischen Schauspiel eingetreten ist, und das Spiel gegenwärtig auf besonderer Geschicklichkeit beruht x). Im übrigen sind wir aber eben so bekanntlich über die Anwendung der Römischen Grundsätze sehr schwankend. Man lehrt gewöhnlich, Seiltänzer, Bärenleiter u. s. f. seyen bey uns noch eben so infam als bey den Römern. Warum, darüber weiß man sich nicht so genau Auskunft zu geben.

Daß der sogenannte Hanswurst, komme er als eigentlich spielende Person, oder als sogenannter Bagazzo (Lustigmacher) vor, mit der Infamie behaftet sey, kann keinem Zweifel unterworfen seyn; aber die Seiltänzer und andere Equilibristen sind es ja selbst nach dem Römischen Recht nicht. Für die welche mechanische und optische Künste, Tänze, Pantomimen ꝛc. für Geld sehen lassen, kann vollends gar nicht von Infamie die Rede seyn. Wer Thiere oder ihre Künste für Geld sehen läßt, von dem läßt sich ja überall nicht behaupten, daß er artis ludicrae faciendae causa auf die Bühne trete. Die sogenannten Bärenführer sind daher eben so ehrlich wie andere Leute. Wo exponiren sie denn ihre Personen, um das Volk zu belustigen? Der Bär möchte infam seyn, wenn von seiner Infamie etwas abhinge. Ueberall paßt ja das in scenam prodire nicht auf Leute, die umher ziehen und die Künste ihrer Thiere sehen lassen. Selbst auf die Bänkelsänger paßt es nicht, obgleich diese

x) Von unsern Comödianten kann man auch durchaus nicht sagen, sie gäben ein spectaculum sui. Freylich konnte man das auch von den Römischen nicht durchaus sagen, aber a potiori ließ es sich von ihnen sagen.

wirklich das Publicum durch Grimassen und schlechten Gesang erlustigen. Indeß würde sich für diese doch noch eher die Infamie, als für jene annehmen lassen.

§. 225.

Eine dritte Ursache der Infamie ist das Exercitium lenocinii. „Lenocinium facit (heißt es *Dig. III, 2, L. 4, §. 2.*) qui quaestuaria mancipia habuerit: sed et qui in liberis hunc quaestum exercet, in eadem causa est. Sive autem *principaliter* hoc negotium gerat, sive alterius negotiationis accessione utatur, utputa si caupo fuit vel stabularius, et mancipia talia habuit ministrantia, et occasione ministerii quaestum facientia, sive balneator fuerit, et ut in quibusdam provinciis fit, in balneis ad custodienda vestimenta conducta habeat mancipia, hoc genus observantia in officina, lenocinii poena tenebitur. §. 3. Pomponius et eum qui in servitute peculiaria mancipia prostituta habuit, notari post libertatem ait." Mit dieser Hauptstelle sind andere zu verbinden, nach welchen Ehemänner, welche ihre Weiber für Geld gebrauchen lassen [v]), und Vormünder, welche ihre Pupillen so mißbrauchen, gleichfalls ein lenocinium begehen. Unrichtig ist, wenn man, wie mehrere unserer heutigen Criminalisten [w]), das Wesen des lenocinii bloß in der Beyhülfe zur gesetzwidrigen Befriedigung des Geschlechtstriebes setzt: durch die Absicht auf einen Gewinnst oder Genuß mit dieser Beyhülfe verbunden, wird erst das Verbrechen substantiirt. Ohne diese Bestimmung würde jeder, welcher zum Beyschlaf hülflichere Hand leistet, sey es aus Freundschaft oder aus bloßer Gefälligkeit ein lenocinium begehen, was gegen die deutliche

v) *Dig.* 48, 5, *L.* 29. §. 4.
w) Z. B. Salchow Lehrb. des peinl. Rechts §. 547. u. A.

Vorschrift der Gesetze läuft *). Ueberall scheint mir der Unterschied zwischen Hurenwirthschaft treiben (lenocinium facere) und Huren verschaffen sowohl als Gelegenheit zur Hurerey machen noch nicht gehörig betrachtet worden zu seyn. Beides ist freylich lenocinium, in so fern damit die Absicht zu gewinnen verbunden ist: allein, ob die Infamie Folge eines jeden begangenen lenocinii sey, ist noch die Frage. Ich denke, es muß strenge mit den gesetzlichen Bestimmungen genommen werden: der Prätor sagt notatur infamia . . . qui lenocinium fecerit, und die Stelle aus Ulpian Digest. III, 2, L. 4. §. 2. ist der Commentar dazu. Darin kommen nun lauter Fälle vor, wo jemand im eigentlichen Sinne Huren hält, seyen es fremde Weibspersonen oder von seiner Familie oder von seinen sonst Untergebenen, um davon direct oder indirect Gewinn zu ziehen. Direct zieht er Gewinn, wenn er sich den Hurenlohn ganz oder zum Theil selbst bezahlen läßt, indirect, wenn er sich andere Vortheile dadurch stiftet, z. B. ein Wirth, welcher dadurch bewirkt, daß sein Haus mehr besucht wird. Wo also keine Huren eigentlich gehalten werden, sondern man nur um des Gewinnstes willen den gesetzwidrigen Beyschlaf begünstigt oder nachsieht, ist zwar immer lenocinium, aber kein solches lenocinium vorhanden, was nach Römischem Recht die Infamie zur Folge hat.

*) Allenthalben wo des lenocinii als eigentlichen Verbrechens gedacht wird, wird auch zum Wesen desselben die gewinnsüchtige Absicht in Betracht gezogen. Dieser Ansicht steht das not. 2 citirte Pandecten-Fragment nicht entgegen, in welchem dem Ehemann, der seine Frau bey einem Galan ertappt und gegen dieselbe nicht Feuer und Flammen speyt, ein lenocinium Schuld gegeben wird. Das lenocinium, wovon hier die Rede ist, ist nicht das wahre lenocinium, sondern die galante Hahnreyschaft, welche der Lex Julia de adulteriis zuwider ist, und durch welche sich der Mann des adulterii mit theilhaftig macht. Siehe *Barn. Brisson.* Tr. *ad leg. Jul. de adulter.* c. 10.

Mit der Infamie würden also nicht belegt werden können 1) diejenigen, welche um größere Frequenz ihrer Wirthshäuser, Schenken ꝛc. zu bewirken, es geschehen lassen, daß Fremde auch Huren mit hinein nehmen dürfen, es sey denn, daß sie den Huren eine eigentliche Niederlage daselbst gestatten, was dem wirklichen Halten der Huren gleich kommen würde. 2) Die welche gegen ein Douceur Huren schaffen oder sich als Unterhändler beym gesetzwidrigen Beyschlaf gebrauchen lassen. Beide haben noch das Meiste gemein mit denen, die wirkliche Hurenwirthschaft treiben. Endlich 3) diejenigen, welche sonst noch sich das lenocinii auf irgend eine Weise schuldig machen.

Der §. 3. Pomponius autem etc. verdient noch besondere Beachtung. Er kann nicht anders als von einem Sclaven verstanden werden, der als solcher schon Hurenwirthschaft trieb. Die peculiaria mancipia prostituta, die er im Solde hatte, oder welchen er einen Aufenthalt gestattete, können andere Sclavinnen auch Freye seyn. So lange er servus ist, kann bey ihm von keiner infamia juris die Rede seyn, denn er hatte ja überall keine existimatio und konnte also auch keine verlieren. Wird er aber frey, so muß er, wenn er auch inzwischen eine erhalten hat, solche doch sogleich wieder verlieren, denn er hatte sich früherhin Handlungen schuldig gemacht, womit die existimatio incompatibel ist. Indeß gestehe ich doch aufrichtig, daß ich den Entscheidungsgrund des Pomponius noch nicht ganz übersehe. Ich weiß wohl, daß die späterhin erst äußerlich eingetretene Infamie zurückgezogen wird auf die Zeit der begangenen, die Infamie wirkenden Handlung; indeß scheint mir immer nothwendig zu seyn, daß man derzeit, als man die infamirende Handlung beging, existimationem civilem gehabt habe. Wie hatte nun diese aber der Sclave, der die Hurenwirthschaft trieb, oder man muß annehmen, ein solcher Sclave könne hernach, wenn

er die Freyheit und Civität erhielt, die existimatio civilis überall nicht mit überkommen, weil er sich derselben schon im Sclavenstande verlustig gemacht. Die das lenocinium verdammenden Gesetze dürften als Polizeygesetze auch schon den Sclaven verbunden haben.

In wie fern beym lenocinio die Infamie des Römischen Rechts durch die peinliche Gerichtsordnung Karls V beschränkt worden y) dürfte gefragt werden, wenn nicht klar erhellte, daß dieses Gesetz die Vorschriften des Römischen Rechts durchaus nicht abändern, sondern nur für einen Fall declariren wollen, wo sie in der damaligen Zeit nicht bloß zweifelhaft waren, sondern auch wirklich nach der obigen Entwickelung zweifelhaft sind z).

Als vierte Ursache zur Infamie wird angegeben die condemnatio in judicio publico calumniae praevaricationisve causa a). Es sind jedoch die genannten Vergehungen nicht die alleinigen, wegen welcher die condemnatio in judicio publico die Infamie nach sich zieht, auch alle übrige Vergehungen, wegen welcher jemand verurtheilt worden, sobald sie nur judicii publici causam haben, infamiren. Sind sie aber ihrer Natur nach nicht judicii publici, sondern werden extraordinarie in judicio publico verhandelt, so infamiren sie nur alsdann, wenn sie auch in judicio privato die Infamie zur Folge haben würden. Dieß ist die Entscheidung von

---

y) P. G. O. Art. 122. „Item so jemand sein eheweib oder Kinder, umb eynicherley Genieß willen, wie der namen hett, willigklich zu unehrlichen, unkeuschen und schendtlichen werken gebrauchen last, der ist ehrlos und soll nach vermöge gemeyner rechten gestraft werden."

z) Nemlich mit Hinsicht auf den gemachten Unterschied zwischen Hurenwirthschaft treiben und Hurerey befördern.

a) *Dig. III, 2, L. 1. pr.*

Macer *Digest. XLVIII, 1, 7.* [b]), und es ist wohl klar, daß seine Lehre sich lange nach dem Edict des Prätors über die Infamie — gewiß nicht auf den Grund einer auctoritas prudentum, sondern einer uns unbekannten Lex — bildete.

Bekannt ist der Unterschied zwischen delictis publicis und privatis: für jene waren eigentlich die judicia publica, indeß wurden späterhin auch delicta privata in judicio publico verhandelt, woraus die extraordinaria cognitio und die crimina extraordinaria zum Theil abzuleiten sind, obgleich der allgemeine Begriff der crimina extraordinaria viel ausgedehnter ist. Die Theorie des Römischen Rechts von delictis publicis ist übrigens noch gar nicht gehörig aufgeklärt [c]): hier kann die Aufklärung nicht versucht werden; an einem andern Orte werde ich sie versuchen: hier mag die Bemerkung genügen, daß die gewöhnliche Angabe der delicta privata durchaus falsch ist, und weit mehrere dahin gehörten als gewöhnlich angenommen wird. Daß calumnia und praevaricatio wenigstens in der Zeit, als das Edict des Prätors gegeben wurde, noch nicht zu den delictis publicis gehörten, ist klar: sonst hätte das: in judicio publico nicht als Bedingung hinzugefügt werden können. So vieles was späterhin zum delictum publicum gemacht wurde, war Anfangs

b) „Infamem non ex omni crimine sententia facit, sed ex eo, quod judicii publici causam habuit. Itaque ex eo crimine, *quod judicii publici non fuit*, damnatum infamia non sequetur, nisi id crimen ex ea actione fuit, quae etiam in privato judicio infamiam condemnato importat, velut furti, vi bonorum raptorum, injuriarum.'

c) Das beste darüber ist noch unstreitig Heineccius Antiq. rom. synt. IV, 18. und Heyne *de judiciorum publ. ordine et ratione apud Romanos.* Goetting. 1788. Die Hauptsache ist indeß unbestimmt geblieben, und die historische Entwickelung des Unterschiedes zwischen delictis publicis und privatis fehlt ganz.

bloß Privatverbrechen. Hier genügt die Feststellung folgender Sätze nach Macer.

1) In Criminal-Sachen, die ihrer Natur in judicio publico verhandelt werden müssen (d. h. Verbrechen, welche gesetzlich für delicta publica erklärt worden sind) hat die rechtskräftige Verurtheilung allemal die Infamie zur Folge.

2) In andern dagegen, welche ihrer Natur nach nur Privatverbrechen sind, aber doch causam judicii publici haben, d. h. welche aus besondern Gründen auch in judicio publico verhandelt werden können, hat die condemnatio NB. in judicio publico facta nur dann eine Infamie zur Folge, wenn auch schon die condemnatio in judicio privato facta die Infamie zur Folge haben würde.

Noch kürzer kommt man aus der Sache, wenn man sagt: alle delicta publica infamiren, delicta privata aber nur, wenn namentlich die Infamie als Folge davon ausgesprochen worden ist, wobey es denn lediglich noch auf eine genaue Bestimmung, welche Verbrechen delicta publica oder privata ihrer Natur nach sind, ankommen würde.

Mit der vierten Ursache der Infamie hängt genau zusammen die

Fünfte Ursache, welche so angegeben worden ist: Qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit. Man sieht klar, daß hier die delicta privata den publicis entgegengesetzt und diejenigen ausgehoben werden, welche die Infamie zur Folge haben sollen. In sehr enger Verbindung steht damit das oben gedachte Fragment aus Macer, welches für die delicta privata auch selbst dann, wenn sie ausnahmsweise in judicio publico verhandelt worden sind, nur dann

die Infamie annimmt, wenn sie dieselbe schon als delicta privata begleitete.

Als allgemeine Bedingung der Infamie bey denjenigen delictis privatis, auf welche sie gesetzt ist, giebt **Ulpian** an: 1) daß einer **rechtskräftig** verurtheilt worden, oder sich **freywillig** verglichen hat, weil er im letztern **Fall** das Vergehen **eingeräumt**, 2) daß die condemnatio oder pactio *suo nomine* erfolgt sey. Bey delictis publicis, auf welche schwere Leibes- oder gar Lebensstrafe steht, infamirt der Transact nicht: es wird angenommen, daß der Transigent durch die Furcht wegen des bevorstehenden Uebels zu entschuldigen sey.

Unsere Criminalisten pflegen die **Infamie** nur überall mehr in so fern zu berühren, als sie als **besondere Strafe** für gewisse Verbrechen von den Gesetzen ausgesprochen worden ist, es sey direct oder indirect durch ein Verfahren, welches den Verbrecher entehrt. Die Frage: in wie fern die Römische Infamie als von der Strafe ganz abgesonderte Folge der Verbrechen eintrete, wird von ihnen ganz zur Seite geschoben. Es wird also bey der gegenwärtigen Lage der Rechtswissenschaft nothwendig sie mit im Civilrecht zu erörtern.

Bekanntlich wird die Eintheilung der delicta in delicta publica und privata jetzt verworfen, oder doch als eine Eintheilung behandelt, worauf gegenwärtig nichts mehr ankomme. Selbst der treffliche **Tittmann** [d]) meynt, die Eintheilung im Römischen Sinne sey gar nicht mehr zu brauchen, indem alle Vergehungen heutiges Tages delicta publica wären, obgleich sie selbst in der peinlichen Gerichts-Ordnung [e]) adoptirt worden. Ich sollte glauben, es komme

d) Handb. des Crim. Rechts Th. 1. §. 47.

e) Art. 157, 148 und 165. Sollte wohl nicht schon daraus, daß ein deutsches Gesetz von der Eintheilung, wiewohl in einer

auf den Unterschied noch gar viel an, wer sich über ihn hinwegsetze laufe Gefahr, das Gebäude unseres Criminalrechts gar sehr zu verrücken. Bekanntlich ist auch der Unterschied zwischen delictis publicis und privatis der ältesten deutschen Gesetzgebung eigen: ganz unstreitig ist sie mit dem Römischen Recht nach Deutschland gekommen, und in die deutsche Gesetzgebung und Gerichtspraxis verpflanzt worden. Daß bey uns alle Verbrechen in judicio publico verhandelt werden, kann ja den Unterschied nicht aufheben: selbst nach dem neuern Römischen Recht werden ja delicta privata ausnahmsweise in judicio publico verhandelt, ohne daß sie deshalb aufhören delicta privata zu seyn. Auf das Verfahren kommt es ja nicht allein an, der Unterschied zwischen delictis publicis und privatis liegt auch in andern Dingen: er liegt ja tief in der Römischen Geschichte und Verfassung. Wenn wir consequent gehen wollen, so müssen wir Verbrechen unterscheiden, die auch schon den Römern bekannt waren, und Verbrechen, die erst durch die übrige in Deutschland gültige legislation begründet worden sind. Ob die ersteren durch die Nichtrömische legislation einen Zusatz oder eine Modification erlitten haben, kann nicht in Betracht kommen: sie haben dadurch ihre ursprüngliche Natur und Eigenschaft nicht verloren. Für sie muß noch die Unterscheidung zwischen delictis publicis und privatis gelten, und folglich auch die ganze davon abhängige Theorie: für die letzteren kann man sie freylich nicht annehmen: Von diesen kann man überall nicht sagen, sie seyen delicta publica oder privata: sie sind mit Hinsicht auf die Römische Eintheilung nichts, sondern anomalische Verbrechen. Daß die Vorschriften des Römischen Rechts über die Infamie als Folge der Verbrechen bey uns

---

zufälligen Hinsicht, Gebrauch macht, folgen, daß es solche ganz adoptiren wollen.

außer Gebrauch gekommen, läßt sich nicht erweisen: ich argumentire daher so.

1) Bey Verbrechen, die aus dem Römischen Recht originiren, findet die in demselben vorgeschriebene Infamie als Folge so lange Statt, bis sie als durch particulaire Gesetze aufgehoben betrachtet werden kann. Dagegen

2) bey nicht aus dem Römischen Recht entspringenden Verbrechen kann die Infamie nicht anders als Folge angenommen werden, als wenn das Gesetz sie ausdrücklich dafür erklärt, wodurch entweder das Verbrechen angeordnet worden ist, oder welches hinterher in Ansehung desselben etwas verfügt hat.

§. 226.

Entehrungen haben, wie oben gezeigt worden ist, bey Soldaten die Infamie zur Folge: es frägt sich, ist auch bey andern Ständen die Infamie Folge der geschehenen Entehrung, z. B. einem öffentlichen Beamten wird das Amtskleid ausgezogen und er weggejagt? Nach der Analogie würde die Frage unstreitig zu bejahen seyn; ich glaube aber, sie muß verneint werden; denn wenn ich auch weit davon entfernt bin, in Criminalfällen die Analogie auszuschließen, so vermag ich doch einer gesetzlichen Verfügung keine analogische Anwendung zu gestatten, welche augenfällig auf einem besonderen Grunde beruht. Ehre und existimatio civilis sind zwey verschiedene Dinge: in der Entehrung steckt noch nicht der Verlust der existimatio civilis: das erhellt klar aus der gesetzlichen Vorschrift, daß die Entehrung beym Militär die Infamie zur Folge haben soll, welche ganz überflüssig seyn würde, wenn die Infamie schon nothwendige Folge der Entehrung wäre. Warum aber sprechen die Gesetze aus, daß beym Soldaten die Infamie Folge der Entehrung seyn soll,

und warum ist der Ausspruch nicht generalisirt und angenommen worden, daß durchgängig die Infamie als Folge der Entehrung betrachtet werden soll? Ich glaube den gesetzlichen Grund gefunden zu haben, wenn ich annehme, daß die Politik des Staats es gebietet, die Entehrung beym Militär noch mit besonderen nachtheiligen Folgen zu verknüpfen, so wie überall die militärische Disciplin und die Militärstrafen eine eigne bloß politische Tendenz haben. Die Entehrung einer Nicht-Militärperson mag daher die Infamie nicht anders zur Folge haben, als wo das Gesetz sie eben so als bey dem Soldaten ausdrücklich vorschreibt.

Dig. III, 2, L. 22. heißt es „Jctus fustium infamiam non importat, sed causa propter quam id pati meruit, si ea fuit quae infamiam damnato irrogat. In ceteris quoque generibus poenarum eadem forma statuta est." Darnach kennt das Römische Recht ganz klar keine Strafe, welche als solche schon die Infamie zur Folge hätte [i]; nicht läugnen läßt es sich übrigens, daß im Römischen Recht Strafen in Menge vorkommen, welche entehren, so wie wahrhaftig schon die Prügel nicht ehren. Aber der sichere Tact der Römer findet allenthalben den Unterschied zwischen Entehrung und Infamie: auch die entehrendsten Strafen haben keine Infamie zur Folge: sehr richtig nimmt Tittmann [k] diesen Satz auch noch für die jetzige Praxis in Anspruch: wer unter Schinders Händen gewesen ist, wer am Schandpfahl gestanden hat, oder dessen Namen an den Galgen geschlagen worden, wird dadurch zwar im höchsten Grade entehrt, aber noch nicht infam, es sey denn, daß die besondere und Landes-Gesetzgebung namentlich mit solchen Strafen die Infamie verbände.

---

i) *Coras. Miscell.* I, 16.
k) A. a. O.

Fest stehen also die Sätze:

1) Keine Strafe an sich infamirt, selbst auch die entehrendste nicht, wenn ihr nicht die Infamie als Folge besonders beygegeben worden ist.

2) Keine bloße Entehrung infamirt, es sey denn die Infamie noch besonders als Folge derselben ausgesprochen worden, wie das bey Soldaten geschehen ist.

3) Nur die Verbrechen selbst infamiren, und zwar die delicta publica des Römischen Rechts ohne Unterschied, von den delictis privatis aber bloß die, welchen die Infamie besonders als Folge beygegeben worden ist. Verbrechen, die nicht aus dem Römischen Recht erkennbar sind, infamiren ohne Unterschied nicht anders, als wo die Infamie in ihrer Gesellschaft besonders gefunden wird.

Aber die Infamie bey Verbrechen ist nothwendig bedingt, durch die völlige Constatirung des Thatbestandes des Verbrechens. Wo dieser mangelt, tritt nie die Infamie ein, wenn auch der Angeschuldigte mit einer (nach dem heutigen Gerichtsbrauch üblichen, den Römern ganz unbekannten) außerordentlichen Strafe belegt werden müßte. Etwas anderes ist, wenn wegen mildernder Umstände von der strengen gesetzlichen Strafe abgewichen wird: denn die Infamie ist durch das Factum, nicht durch die Strafe bedingt.

§. 227.

Eine sechste Ursache der Infamie ist so ausgesprochen worden: „Qui pro *socio*, *tutelae*, *mandati*, *depositi*, suo nomine, non contrario judicio damnatus erit."

Die Bedingungen dieser Infamie sind nach dem Edict des Prätors und den zur Erläuterung desselben in dem Titel der Pandecten *de his qui notantur infamia* gestellten Fragmenten, daß jemand in den angegebenen Rechtsverhältnissen 1) directo judicio [l]) und 2) suo nomine [m]) verurtheilt worden ist. Nur der damnatus, nicht auch der pactus soll mit der Infamie notirt werden [n]) denn in his causis (heißt es) sey die pactio nicht so turpis als in superioribus, nämlich bey den Privatverbrechen.

Hat jede damnatio in den gedachten Rechtsverhältnissen die Infamie zur Folge, wo ist das directum und wo das contrarium judicium anzunehmen, und kann denn die damnatio in contrario judicio nicht auch die Infamie zur Folge haben? Diese Fragen sollen hier genauer untersucht werden.

Bey der Beantwortung der ersten Frage, darf unserer Aufmerksamkeit nicht entgehen, was *Dig. III, 2, L. 6, §. 7.* gesagt wird „nam in contrariis non de *perfidia* agitur." —

---

l) *Dig. III, 2, L. 6. §. 7.*

m) *Dig. l. c. §. 6.* Dieselbe Bedingung, welche bey der fünften Ursache der Infamie gefordert wird nach *Dig. c. l. §. 2.* Auch der heres kann hier bisweilen suo nomine verurtheilt werden. Merkwürdig ist besonders *Dig. c. l. §. 6.* „Illud plane addendum est, quod interdum et heres suo nomine damnatur, et ideo infamis fit, si in *deposito* vel in *mandato* male versatus sit. Non tamen in tutela vel pro socio heres suo nomine damnari potest, quia heres neque in *tutelam* neque in *societatem* succedit, sed tantum in aes alienum defuncti." Was hier vom depositum und mandatum gesagt wird, ist so zu verstehen, daß gleich vom Anfang an in dem contractus depositi sowohl als mandati die Erben mit in die obligatio als Fortsetzer des Contracts aufgenommen worden sind. Ohne das können sie bloß auf Entschädigung wegen desjenigen, was der Erblasser versehen hat, oder was von ihnen selbst versehen worden ist, besprochen werden.

n) *Dig. c. l. L. 7.*

Klar ist mir wenigstens daraus, daß die perfidia allein den Grund abgiebt, warum die Infamie hier Statt finden soll. Warum die perfidia hier härter zu ahnden als in andern Rechtsverhältnissen, springt in die Augen: weil nämlich diese Rechtsverhältnisse auf ein besonderes wirkliches, oder doch gesetzlich angenommenes gegenseitiges Vertrauen der Contrahenten gegründet sind. Eine perfidia läßt sich ohne dolus nicht denken, folglich kann nur die Infamie den des dolus Ueberführten und wegen desselben Verurtheilten treffen. Hinsichtlich des Vormundes ist die Sache aus *Instit. I, 26, §. 6.* „Suspectus autem remotus si quidem ob *dolum* famosus est, si ob culpam non aeque" noch besonders klar, hinsichtlich der andern Personen muß sie sich nun schon von selbst finden. Die culpa lata hier mit Westenberg o) und andern dem dolus gleich stellen zu wollen, hieße den Geist der Gesetze nicht erfaßt haben: mag immerhin, wenn von Schadensersatz die Rede ist, so wie überhaupt, so auch in den gedachten Rechtsverhältnissen die culpa lata dem dolus gleich gestellt werden müssen: in so fern es sich um die Frage handelt, ob die Infamie Statt findet, muß schon der dolus allein berücksichtigt werden, weil die perfidia nothwendige Bedingung ist, und diese nie durch Nachlässigkeit begründet werden kann. Obgleich allerdings auch dolus präsumirt wird, so dürfte doch hier ohne vollständigen Beweis des doli keine zur Infamie sich eignende perfidia anzunehmen seyn. Die Frage dürfte nur seyn, wie sich das mit der oben entwickelten fünften causa infamiae reimen ließe, nach welcher ja schon jeder, der sich des doli schuldig gemacht hat und wegen des-

o) *L. c.* §. 8. Die Stellen, worauf sich W. beziehet, reden sämmtlich von der Erstattung des Schadens, wo auch bey diesen Rechtsverhältnissen sehr natürlich culpa lata dem dolus gleich geachtet wird.

selben verurtheilt worden ist, ohne Rücksicht darauf, bey welcher Veranlassung der dolus begangen worden ist, infam wird. Es dürfte daher unnütz gewesen seyn, für die Fälle der Societät, Tutel ꝛc. die Verordnung zu wiederholen, wenn man nicht annehmen wollte, daß das was vorher generell ausgesprochen worden, hier näher habe bestimmt werden sollen, welche Annahme doch gewiß zu den Ungereimtheiten gehören würde. Die Vereinigung ist wirklich sehr leicht, wenn man erwägt, daß dort vom dolus malus, also nach der Definition von Servius vom eigentlichen Betrug aus gewinnsüchtiger Absicht, hier hingegen vom bloßen Vorsatz vorsätzlicher Vernachlässigung der Pflichten zum Schaden des Andern die Rede ist. Daraus lernen wir denn zugleich, daß der dolus malus allein generell infamirt, der andere dolus nur in so fern er bey den negotiis fiduciae, der Societät, dem Mandat u. s. f. vorkommt. Zu bemerken ist, daß die vorsätzliche Vernachlässigung der Pflichten nicht allein die Treulosigkeit begründet, denn es können auch Gründe vorhanden seyn, die übernommenen Verbindlichkeiten nicht zu erfüllen, wenn man sich z. B. mit einem Menschen unwissend in einen Societäts-Contract eingelassen hat, der denselben nicht erfüllen kann.

Hinsichtlich der zweyten Frage dürfte wohl nur zu klar seyn, daß directum judicium für alle Fälle anzunehmen, wo wegen der aus den gedachten Rechtsverhältnissen eigentlich entspringenden Obligationen geklagt wird, mögen solche übrigens Haupt- oder Neben-Verbindlichkeiten seyn. Das contrarium judicium kann nur zum Gegenstande haben, was der Socius, Mandatar, Tutor und Depositarius an Entschädigung zu fordern berechtigt sind, oder wo es sich um Auseinandersetzung bey dem aufgehobenen Rechtsverhältnisse handelt.

So viel die dritte Frage begreift, scheint wirklich für die damnatio in contrario judicio die Infamie ausdrücklich und für alle Fälle ausgeschlossen zu seyn. Denn es heißt *Dig. III, 2, 6, §. 7.* „Contrario judicio damnatus non erit infamis: nec immerito: nam in contrariis *non* de *perfidia* agitur, sed de calculo qui in judicio solet dirimi." Allein gerade der gebrauchte Entscheidungsgrund scheint darauf hinzudeuten, daß der Jurist nur von den gewöhnlichen Fällen spricht, oder sich wenigstens den Fall gar nicht als möglich denkt, wo in judicio contrario über perfidia Beschwerde geführt werden könne. Schon Noodt p) hat bemerkt, daß man den Satz mit Einschränkung zu verstehen habe, und ich glaube, es muß bey der in Frage stehenden Materie vorzugsweise darauf gesehen werden, ob jemand wegen perfidia verurtheilt worden ist: die Frage, ob die damnatio in judicio directo oder contrario geschehen ist, ist wirklich etwas Zufälliges: man verfiel bloß darauf, weil die Fälle gewiß höchst selten sind, wo in contrario judicio, Verurtheilung wegen perfidia Statt haben kann. Aber sie sind doch denkbar, und wenn in den Gesetzen die Infamie für die damnatio in contrario judicio nicht absolut ausgeschlossen worden ist, so ist nicht abzusehen, warum sie für die denkbaren Fälle nicht Statt finden sollte. Gesetzt also, der Vormund forderte von seinem bisherigen Pupillen Auslagen, welche er gemacht hat, und worüber der gewesene Pupill die Bescheinigung in Händen hat, solche aber böslicher Weise ableugnet, oder wohl gar unterschlägt. Nichts desto weniger werden die gemachten Auslagen sowohl als die begangene perfidia erwiesen: wer möchte da wohl nicht behaupten, daß der gewesene Pupill eben so gut in die Infamie verfalle, als wenn der Vormund mit der actio tutelae directa belangt, verurtheilt wor-

p) *Probabil.* I, 13.

worden. Die perfidia worauf alles allein ankommt, ist in beiden Fällen dieselbe q).

Als siebente Ursache der Infamie kommt in den Gesetzen die Nichtbeobachtung des vorgeschriebenen tempus luctus vor, jedoch nur in so fern, als es von der Wittwe und hinsichtlich des Todes des Ehemannes verabsäumt worden ist. Alle andere sonst etwo vorgeschriebene Trauerzeit kommt nicht in Betracht: es gilt auch überall nicht die Frage, daß wider das Decorum gehandelt, sondern es gilt bloß dem Umstande, daß innerhalb des tempus luctus zu einer zweyten Ehe geschritten worden r). Der Zweck der Gesetzgebung ist die turbationem sanguinis zu verhüten, daher es auch ganz gleichgültig bleibt, ob der Mann überall durch die Trauer geehrt zu werden verdiente, und förmlich betrauert werden durfte oder nicht. Heyrathete die Wittwe intra tempus luctus, ohne daß davon dispensirt s) worden, es sey denn, daß durchaus keine Gefahr der turbatio sanguinis vorhanden ist t),

q) Sehr wichtig ist in dieser Hinsicht die zwar nur vom Mandats-Contract eigentlich redende, aber doch auch auf die übrigen Rechtsverhältnisse Anwendung findende Stelle *Dig. c. l. L.* 6. §. 5. Mandati condemnatus. Verbis edicti notatur non solum, qui mandatum suscepit, sed et is, qui fidem quam adversarius secutus est, non praestat: utputa fidejussi pro te et solvi, mandati te si condemnavero, famosum facio. — Offenbar gehört die Stelle nicht zum judicium directum sondern contrarium. A hatte dem B aufgetragen für ihn zu fidejubiren, B thut es, zahlt auch, hernach stellte A den gegebenen Auftrag in Abrede, als er von dem B auf Wiederbezahlung des Geldes mit der actio mandati contraria belangt wurde, wurde aber überführt und verurtheilt. Die perfidia bestand in dem böslichen Ableugnen.

r) *Dig. c. l. L.* 1. *pr.*

s) *Dig. c. l. L.* 11.

t) *Dig. c. l. L.* 10.

u) *Dig c. l. L.* 11, §. 2. Pomponius eam, quae intra legitimum tempus partum ediderit, putat statim posse nuptiis se collocare. Es frägt sich, was soll hier das legiti-

so war sie entweder sui juris oder nicht. Im ersten Fall wird sie infam v), im letztereren wird es der, in dessen potestas sie stand, und welcher die Heyrath zugegeben hat w). Ob heimliche Verheyrathung und Hurerey intra tempus luctus die Wittwe infamiren, dürfte gefragt werden. Die Gesetze enthalten darüber nichts; ich denke, die Sache muß von dem Gesichtspunct der Hurerey aus entschieden werden, weil eine eheliche Verbindung ohne Einwilligung desjenigen, in dessen potestas man steht, so gut als Hurerey ist. Der Fall scheint absichtlich übergangen zu seyn: intra tempus luctus und folglich auch gleich nach dem Tode des Mannes geschlossene Eheverlöbnisse x), die doch auch Gelegenheit zur fleischlichen Vermischung geben, sollen nicht infamiren: ich

---

mum tempus? Klar ist es wohl, daß es die ganze Zeit bis zum zehnten Monat inclus. nach dem Tode des Mannes in sich schließt, binnen welcher ein posthumus legitimus angenommen werden kann. Mag nun in dieser Zeit die Frau gebären wenn sie will, so kann sie sich gleich nach der Geburt wieder verheyrathen, ohne daß sie die Infamie zu fürchten hat.

v) *L.* 2. *C. de sec. nupt.*

w) Nach dem Edict des Prätors mußte der Vater wissen, daß der Schwiegersohn todt war, und Ulpian legt *c. l. L.* 8. darauf noch ein besonderes Gewicht, daß der Prätor hinzufügt „cum eum mortuum esse sciret, ne ignorantia puniatur." Wer nicht das Edict des Prätors in der Totalität erfaßt, möchte sich versucht fühlen, dem Prätor sowohl als Ulpian eine Ungereimtheit zur Last zu legen. Denn wußte der Schwiegervater nicht, daß sein Schwiegersohn todt war, und verheyrathete die Tochter anderweitig, so war er ja nicht bloß Theilnehmer, sondern sogar Urheber der Bigamie — eines häßlichen Verbrechens. Ganz richtig: aber es sollte auch was darüber am Ende der *L.* 1. vorkommt, von diesem Falle genau geschieden werden: ob der Vater auch für infam zu achten, wenn er die Bigamie der Tochter befördert hat, soll hernach untersucht werden. — Die bloße Natihabition einer ohne Wissen des Vaters von der Tochter intra tempus luctus eingegangenen zweyten Ehe macht ihn übrigens nach *L.* 13. nicht infam.

x) *Digest. c. l. L.* 10. §. 1.

denke man hat daher bloß die Ehe in Betracht ziehen wollen. Dadurch konnte ja auch nur allein turbatio sanguinis juristisch begründet werden, weil man nicht wissen konnte, von wem das Kind war, von dem verstorbenen oder dem jetzigen Manne: bey einer etwa intra tempus luctus begangenen Hurerey konnte es keine Frage seyn, wem das Kind gehöre, sobald es nur innerhalb der gesetzlichen Frist geboren wurde. — Auch der wird infam, welcher als homo sui juris, wissend, daß tempus luctus noch nicht verstrichen ist, die Wittwe heyrathet y); war er noch nicht sui juris, so wird derjenige infam, in dessen potestas er sich befindet, und der die Heyrath gestattet z).

Bekanntlich ist durch das kanonische Recht für die Wittwe, welche sich intra tempus luctus verheyrathet, die Infamie aufgehoben worden a). Das kanonische Recht hat dafür eine Bestrafung derselben angeordnet. Aber was von der Wittwe selbst gilt, kann nicht auch von demjenigen gelten, in dessen potestas sie stand und von ihrem zweyten Mann. Beide muß vielmehr die Infamie noch ganz nach der Vorschrift des Römischen Rechts treffen.

§. 228.

Eine achte Ursache der Infamie ist „si quis *suo nomine*, non jussu ejus, in cujus potestate esset, *ejusve nomine* quem quamque in potestate haberet, *bina sponsalia, binasve nuptias* in *eodem tempore constitutas* habuerit" b). Ich setze die Worte des Edicts absichtlich her, damit sich der Unterschied von dem vorigen Falle desto deutlicher aus-

y) *Dig. c. l. L.* 11. §. 4.
z) *Dig. c. l.* und *L.* 12.
a) *C.* 4. u. 5. *X, de Sec. nupt.*
b) *Dig. c. l. L.* 1. *in fin.*

spreche. Nach den in der Pandecten-Compilation beygebrachten Erklärungen des Edicts erstreckt sich auch offenbar der Sinn desselben weiter, als die Worte gehen. Infam soll werden 1) derjenige, welcher suo nomine sich doppelt verlobt oder verheyrathet. 2) Der, welcher denjenigen, den er in seiner Gewalt hat, doppelt verlobt oder verheyrathet, oder auch nur zugiebt, daß er sich doppelt verloben oder verheyrathen kann. Zu bemerken ist, daß hier das „Zugeben" auch schon infamirt, was im vorigen Falle nicht infamirt zu haben scheint: indeß dürfte die Gleichheit des Grundes und der Umstände doch auch wohl dort für diesen Fall die Infamie zur Folge gehabt haben, obgleich es nicht deutlich erklärt worden ist. Wer in der potestas eines Andern steht, und bina sponsalia oder binas nuptias contrahirt, wird nur für den Fall selbst infam, wenn er es eigenmächtig und ohne von dem, in dessen potestas er stand, dazu bestimmt worden zu seyn, gethan hat [c]). Die spätere Ratihabition so wenig als die Connivenz desjenigen, in dessen potestas er stand, schützt ihn, obgleich für den Fall der Connivenz derselbe zugleich mit infam wird [d]): man kann immer sagen, er habe suo nomine die bina sponsalia oder die binas nuptias contrahirt, so lange nicht ausgemacht ist, daß er von demjenigen, in dessen potestas er war, dazu eigentlich bestimmt worden ist. Das „eodem tempore constituta" wird dahin erklärt, daß so lange das erste Verlöbniß noch nicht aufgehoben worden ist, das zweyte nicht gestiftet werden darf, und daß es gleichgültig ist, ob zu dem letzteren die eheliche Verbindung hinzukam oder nicht [e]). In Absicht der Frage, ob nur bina sponsalia oder auch binae nuptiae anzunehmen, muß

c) *Dig. c. l. L.* 13. §. 1.
d) *Dig. c. l. L. et §.*
e) *Dig. c. l. et L.* §. 2.

jedoch allerdings dieser Umstand in Betracht gezogen werden. Unstreitig hat übrigens die interpretatio etwas hinzugebracht, was das Edict des Prätors nicht enthält. Ulpian sagt nämlich *Dig. III, 2, L. 13. §. 4.* „Cum autem factum notetur, etiamsi cum ea quis nuptias vel sponsalia constituat, *quam uxorem ducere* vel *non potest* vel *fas non est*, erit notatus." Wenn also auch unter den mehreren Verlobten oder Eheweibern eine ist, welche man entweder überall nicht heyrathen kann, oder mit welcher doch die Ehe gegen alle Sittlichkeit und Ordnung läuft, so wird man doch der bloßen Thatsache wegen infam. Man dürfte aber versucht seyn, den Satz nur von dem Fall zu verstehen, wo einer Anfangs gültige Sponsalien und eine gültige Ehe contrahirt hatte, und hinterher die ungültige contrahirt. Denn waren die frühern Sponsalien und die frühere Ehe ungültig, und wurden hinterher gültige contrahirt, so konnte von binis sponsalibus und binis nuptiis ja darum nicht die Rede seyn, weil das Ungültige weder galt, noch als dolus in Betrachtung kommen konnte *f*). — Zu bemerken ist noch, daß das Edict des Prätors bloß von Mannspersonen spricht, durch welche das mehrfache Verlöbniß oder die mehrfache Ehe gestiftet wird: nicht von Frauenspersonen, die sich mehrfach verloben oder verehelichen. Ob das Frauenzimmer denn hinsichtlich der Infamie in gar keinen Betracht kam, und ob man ihm die bina sponsalia oder binas nuptias wohl gar verzieh? Das letztere läßt sich zwar nicht annehmen, denn die Frauensperson kann eben so gut nach deutlicher Vorschrift der Gesetze das crimen bigamiae begehen als die Mannsper-

f) Daß es zur Aufhebung von etwas schon ipso jure Ungültigem noch erst der richterlichen Concurrenz bedürfe, davon weiß das Römische Recht nichts. Auf jeden Fall würde sich doch nur bey der ungültigen ersten Ehe, nicht auch schon bey den ungültigen ersten Verlöbnissen die Infamie annehmen lassen.

son, das erstere dagegen möchte ich fast behaupten. Wird doch auch die Wittwe, welche ohne dazu von dem, in dessen potestas sie sich befindet, bestimmt zu seyn, sich intra annum luctus wieder verheyrathet, nicht nach dem Edict des Prätors, sondern erst nach neueren Gesetzen infam. Ich schließe daraus, daß nach dem Edict des Prätors die Frauensperson, welche das mehrfache Verlöbniß und die mehrfache Ehe einzieng auch nicht infam wurde. Ich finde auch nach dem neueren Recht die Infamie für sie nirgends ausgesprochen, indeß dürfte doch solche um so weniger einem Zweifel unterworfen seyn, als die Verletzung des annus luctus nicht ein so hartes Vergehen ist wie die Bigamie. Uebrigens ist auch selbst nach den Grundsätzen des Prätors die Infamie für Weibspersonen keinesweges verworfen, da sie *Dig. III, 2, L. 15.* ausdrücklich gegen die Wittwe ausgesprochen wird, welche auf eine calumniöse Weise die missio in possessionem nachgesucht und auch erhalten hat. — Daß die Unterhändler bey binis sponsalibus oder binis nuptiis nicht infam werden sollen, ist übrigens in den Gesetzen deutlich bestimmt worden *g*).

§. 229.

Eine neunte Ursache der Infamie ist der unerlaubte Wucher, mag er begangen seyn wie er wolle: besonders ist das Nehmen der Zinsen von Zinsen in den Gesetzen ausgezeichnet worden *h*). Wenn es in unsern Tagen damit nicht so genau genommen wird, so wie man überhaupt die Infamie (wovon hernach die Rede seyn wird) zu umgehen sucht, so beweist das noch nichts gegen die fortdauernde Anwendbarkeit des Römischen Rechts.

---

g) *Dig. L. c. L.* 13. §. 1.
h) *Cod. II*, 12, *const.* 29.

Eine zehnte Ursache ist die unbefugte Anmaaßung des öffentlichen Lehrstuhls *i*). Da sich diese Verordnung des Römischen Rechts auf eine eigenthümliche Einrichtung bey den Römern in der neueren Zeit bezieht, so dürfte schwerlich von ihr noch Anwendung zu machen seyn.

Als eilfte Ursache wird der quaestus corporis angegeben, den eine freye Frauensperson macht *k*). Bey Freygelassenen schadet nicht was von ihnen im Zustande der Sclaverey geschehen ist *l*). Den Sclaven schadet bloß die getriebene Hurenwirthschaft, wenn er hinterher frey wird.

Der Zurücktritt von einem beschwornen Transact giebt die zwölfte Ursache der Infamie ab *m*). Ob man die Infamie auch auf den Rücktritt von jeder andern beschwornen Convention ausdehnen könnte, würde sehr zweifelhaft seyn, wenn nicht überall der Eidesbruch nach dem Römischen Recht infamirte.

Eine dreizehnte causa der Infamie ist das von einem Sachwald mit der Parthey eingegangenen pactum de quota litis *n*). Andere, obgleich auch den Sachwalden verbotene Verträge infamiren jedoch nicht.

Die vierzehnte Ursache, nach welcher der Richter, der von einer Parthey bestochen, ein rechtswidriges Erkenntniß abgegeben, infam wird *o*), läßt sich unstreitig nicht auf einen arbiter anwenden. Denn zwischen der Pflicht eines Richters und der eines arbiter ist ein gewaltiger Unterschied. Eine andere Frage ist es, ob der arbiter schon deswegen für infam gehalten werden muß, weil er das in ihn gesetzte Ver-

---

i) *Cod. IX*, 18, *const. un.*
k) *Dig. XXIII*, 2, *L.* 41 u. 43. §. 4.
l) *Dig. III*, 2, *L. pen.*
m) *Cod. II*, 4, *const.* 41.
n) *Cod. II*, 2, *const.* 5 u. 6.
o) *Cod. VII*, 49, *const.* 2.

trauen verletzt hat. Zwar finde ich das Receptum nirgends zu den contractibus fiduciae gezählt, aber daß es nicht darunter steht, rührt bloß davon her, daß es kein Contract ist. Man kann nach der Analogie der contractus fiduciae wohl annehmen, daß die Verletzung aller Verträge infamirt, bey deren Abschließung ein besonderes Vertrauen zum Grunde liegt. Uebrigens dürfte die Infamie, welche dem Richter für den Fall, wo er von einer Parthey bestochen, ein rechtswidriges Erkenntniß abgegeben hat, angedrohet worden, ihn auch wohl schon treffen, wenn er sonst zum Nachtheil einer Parthey in dem Verfahren böslicher Weise gehandelt hat, und überall, wenn er, auch nicht bestochen, eine Parthey aus besonderer Freundschaft gegen sie oder Haß gegen die andere Parthey rechtswidrig begünstigt hat.

Ob von einer **funfzehnten** Ursache, nach welcher Soldaten infam werden, die sich mit Hintenansetzung ihrer Dienstpflicht bürgerlichen Gewerben hingeben *p*) noch heutiges Tages Gebrauch zu machen, dürfte doch gar sehr die Frage seyn. Zwar hat die Erfahrung der vergangenen Zeit mit gelehrt, was herauskommt, wenn der Soldat von seiner eigentlichen Beschäftigung durch Handthierung abgezogen wird: indeß ist eines Theils auf diese in dem Römischen Recht ausgesprochene Infamie in Deutschland nie Rücksicht genommen worden, andern Theils ist sie auch nicht von bloßen Arbeiten, die ein Soldat leistet, sondern bloß von dem Fall zu verstehen, wo er sich einem bürgerlichen Gewerbe förmlich und völlig hingiebt.

---

p) *Cod. VI, 65, const. fin.* Eigentlich redet das Gesetz nur von Fällen, wo der Soldat Güter oder Gerechtigkeiten, z. B. Schenkgerechtigkeit pachtet. Allein es ist klar, daß darin das allgemeine Verbot der bürgerlichen Nahrung zum Grunde liegt.

Als sechszehnte Ursache der Infamie ist zu betrachten, wenn Vormünder oder Curatoren vor Ablegung der Rechnung ihre Pupillin oder Curandin mit ihrem Sohne ehelich verbinden *q*). Das Verlöbniß macht sie noch nicht infam: in Absicht der ehelichen Verbindung aber muß es gleichgültig seyn, ob solche von ihnen befördert oder nur zugelassen worden ist.

Die siebzehnte Ursache der Infamie ist, wenn jemand im Ehebruch ergriffen wird *r*). Beide Subjecte werden infam. Der Grund ist, weil die Ergreifung hier der Verurtheilung völlig gleich geachtet wird.

Daß die Kinder der Hochverräther infam seyn sollen *s*) ist der Ausspruch eines Gesetzes, das sich nur in den Codex durch einen lapsus ingenii eingeschlichen hat, und nicht mit den in andern Gesetzen über den Hochverrath vorkommenden Dispositionen gereimt werden kann *t*).

§. 230.

Noch andere Ursachen der Infamie, welche in den Gesetzen vorkommen, sind, wenn man die Sache beym rechten Lichte besieht, theils schon in den angeführten begriffen, theils nur Folgen derselben. Z. B. daß Zeugen infam werden, welche ein falsches Zeugniß ablegen. Wo delicta non publica nicht schon an sich infamiren, da infamiren sie, wenn dolus malus hinzukommt, z. B. beym cri-

q) *Cod. V, 6, const. 7.*
r) *Dig. XXIII, 2, L. 43. §. pen.*
s) *Cod. IX, 8, const. 5. §. 1.*
t) Im Codex kommen Verordnungen über den Hochverrath vor, theils aus einer Zeit, wo man es sehr strenge mit demselben nahm, theils aber auch aus einer Zeit, wo diese Strenge nachgelassen hatte. Zu den erstern gehört jene Verordnung. Die letztern als die neuern dürften unstreitig den Vorzug verdienen.

men sepulcri violati *t*) und expilatae hereditatis *v*). — Aber der Stellionat muß schon darum immer infamiren, weil er ohne dolus gar nicht gedacht werden mag *w*). Der dolus malus infamirt durchweg, komme er vor wo er wolle, wenn jemand aus demselben verurtheilt wird, nicht so der dolus generell und die einen dolus vorausseßende perfidia. Daraus wird erst recht klar, wie die Römer zwischen den Arten des dolus unterschieden, und welchen dolus sie unbedingt durch die Infamie ahndeten. Der simple dolus macht an sich nie infam: denn wo es auf besondere Treue und Glauben ankommt infamirt er bloß, in so fern er in perfidia übergeht. Wo die Verbrechen die Infamie zur Folge haben, wird allemal vorausgeseßt, daß das Verbrechen ein doloses sey: die Culpa bey Verbrechen infamirt nie. Ueberall läßt

---

t) *Dig. XLVII*, 12, *L.* 1.

v) *Cod. IX*, 32, *const.* 12.

w) *Dig. III*, 2, *L.* 13. §. *ult.* heißt es zwar generell „Crimen stellionatus infamiam irrogat damnato, quamvis publicum non est judicium. Dagegen wird *Dig. XLVII*, 20, *L.* 2. gesagt „Stellionatus judicium famosum quidem non est, sed coercitionem extraordinariam habet. Beide Stellen sind aus Ulpian, die erstere aus dem Werke über das Edict, die letztere aus dem ad Sabinum. — *Cujac. Obsery.* X. c. 26. sucht sie so zu vereinigen, daß er die erste Stelle von den Fällen versteht, wo beim Stellionat dolus vorkommt, oder vielmehr die Klage actio famosa ist; eine Vereinigung, der wohl niemand seinen Beyfall geben wird, da in beiden Stellen ganz generell über die Sache gesprochen wird, auch ihr schon der Begriff vom Stellionat widerspricht, der sich ohne dolus und zwar einen solchen, der durchweg infamirt, gar nicht denken läßt, (Man sehe *Dig. XLVII*, 20, *L.* 3 §. 1.) obgleich sie auch Westenberg in *princ. jur. sec ordin. Digest. ad Tit. de his qui not. infam.* adoptirt hat. Andere nicht glücklichere Vereinigungsversuche sehe man bey *Joa. Robertus recept. sentent.* c. 17. *Duarenus Disput.* I, 22. und *Gilbertus* Ἐναντιοφανων c. 3. — Stünden beide Stellen nicht in Titeln, wo recht eigentlich von der Sache die Rede ist, und wäre die

sich wohl von der Culpa behaupten, sie infamire nie, selbst auch nicht als culpa lata, es sey denn, daß daß Gesetz auch namentlich für sie die Infamie ausspräche.

Uebrigens ist noch zu merken, daß wenn die Gesetze für den einen oder den andern Fall der sonst eintretenden Infamie, z. B. den „si quis artis ludicrae faciendae pronuntiandive in scenam prodierit" die Infamie wegen des minderjährigen Alters abgewendet wissen wollen x), daraus noch nicht deren Abwendung für andere Fälle folgt. Denn ganz etwas anderes ist es, aus jugendlichem Leichtsinn mal auf der Bühne zu erscheinen, und sich einem Verbrechen hinzugeben. — Zwar ist auch die Minderjährigkeit ein allgemeiner Entschuldigungsgrund bey Verbrechen, doch immer nur hinsichtlich der Strafe, nicht der übrigen nachtheiligen Folgen des Verbrechens.

---

eine bloß beyläufig angebracht, so dürfte sich die eine leicht vorziehen lassen: jetzt ist an eine Vereinigung vernünftiger Weise nicht zu denken. Aber wenn wir anders lesen, so dürfte sich die Vereinigung finden. Ich bin zwar weit entfernt mit Anton Faber *Conjecturar.* IV, 2, aus *Dig. XLVII*, 20, *L.* 2. die Negation wegzustreichen, aber ich glaube, daß gelesen werden muß: stellionatus judicium *publicum* quidem non est, sed *persecutionem* extraordinariam habet. So lesen nicht nur mehrere gute alte Ausgaben und einige Handschriften, sondern auf diese Weise giebt auch das Fragment erst einen richtigen Sinn und vernünftigen Zusammenhang mit dem Vorhergehenden sowohl als Folgenden. Das Fragment erscheint alsdann auch keineswegs als eine bloße Wiederholung und Bestätigung des vorigen Fragments, sondern es besteht für sich. Zu bemerken ist, daß die Stelle *Dig. III*, 2, *L.* 13. §. *ult.* in Verbindung mit dem ihr vorher gehenden Ausspruche nothwendig so verstanden werden muß: das crimen stellionatus hat für jeden Fall die Infamie zur Folge, wie denn das auch nach der Natur der Sache nicht anders seyn konnte. Desto ungereimter würde es seyn, eben denselben Ulpian, der hier so bestimmt dem Geiste der Gesetzgebung gemäß spricht, an einem andern Orte sich gerade widersprechen und etwas Widersinniges sagen zu lassen.

x) *Dig. III*, 2, *L.* 4.

§. 231.

Bemerkenswerth mit Hinsicht auf die Infamia juris sind folgende Stellen der Justinianischen Compilationen.

Dig. III, 2, L. 13, §. 5. Ex compromisso arbiter infamiam non facit: quia non per omnia sententia est. §. 6. Quantum ad infamiam pertinet, multum interest, in causa quae agebatur, causa cognita aliquid pronunciatum sit, an quaedam extrinsecus sint elocuta; nam et his infamia non irrogatur. §. 7. Poena gravior ultra legem imposita existimationem conservat, ut et constitutum est et responsum: utputa si eum, qui parte bonorum multari debuit, praeses relegaverit, dicendum erit duriori sententia cum eo transactum de existimatione ejus, idcircoque non esse infamem. Sed si in causa furti nec manifesti in quadruplum judex condemnavit, oneratum quidem reum poena aucta (nam ex furto non manifesto in duplum conveniri debuit), verum hanc rem existimationem ei non conservasse, quamvis si poena non pecuniaria eum oneraſſet, transactum cum eo videtur.

Cod. II, 12. const. 19. Interlocutio praesidis, qua indicta est (so lese ich unter Beystimmung guter alter Ausgaben, wobey „infamia" stillschweigend vorausgesetzt wird) infamem eum de quo quaeris, feciſſe non videtur, cum non specialiter ob injuriam vel admissam vim condemnatus sit, sed ita praesidis verbis gravatus et admonitus, ut ad melioris vitae frugem se reformet." —

Cod. c. l. const. 18. Non damnatos quidem dumtaxat injuriae sed pactos quoque perpetuum edictum infamat. Verum pactos eos demum, qui ullos adversariis nummos pro mala conscientia ex transactione numeraſſent, in hac causa placuit intelligi. Caeterum simplex ejus rei gratia pactum (so muß statt des offenbar corrumpirten „inte-

gram pacti" gelesen werden) integram existimationem illibatamque conservat. Quod si jurejurando decisa contentio sit, nemo dubitaverit, quia religionem absolutio judicantis sequatur.

Fest steht darnach

I. daß die Infamie nie Folge einer schiedsrichterlichen Verurtheilung seyn kann, wenn auch die Sache so angethan ist, daß, hätte der Richter gesprochen, die Infamie sogleich eingetreten seyn würde.

II. daß gleichfalls aus einem richterlichen Interlocut, worin das Factum, welches die Infamie zur Folge hat, schon als entschieden angenommen wird, noch keine Infamie folgt, eben so wenig aus der bloßen Androhung der Infamie für den Fall, wo man sich wieder einer Gesetzübertretung sollte zu Schulden kommen lassen. Das erstere wird noch besonders durch Cod. II, 12, const. 17. bestätigt.

III. daß wenn auch die wichtigsten Anzeigen der Contravention, welche die Infamie zur Folge hat, vorhanden sind, man doch nicht infam wird, sobald man solche durch einen Eid entfernt hat.

IV. daß überall nur die Infamie, wo die Rede von Verletzung der Pflichten gegen den Staat oder die Mitbürger die Rede ist, auf den Grund einer richterlichen condemnatio eintreten kann. Und daß endlich

V. ein Vergleich mit dem Kläger, wo er überhaupt infamirt, nur dann die Infamie zur Folge hat, wenn man durch Erlegung einer Summe Geldes die weitere Betreibung der Rechtssache sistirt hat; nicht durch einen simplen Vergleich. Zwar spricht das Rescript nur von Injurien, allein die Gründe worauf es beruht, sind doch allgemein durchgreifend.

Die Hauptsache macht nun aber die gesetzliche Verfügung, daß wenn der Richter die Grenzen seiner Strafgewalt überschreitet und eine höhere Strafe erkennt, als er hätte erkennen sollen, die Infamie, welche sonst Folge der Verurtheilung gewesen wäre, jetzt ruht. Der Grund der gesetzlichen Verfügung wird darin gesetzt „duriori sententia cum eo (nämlich dem Verurtheilten) transactum videri." Die Ausnahme, welche beym furto non manifesto gemacht wird, ist sehr natürlich, denn wenn dabey in quadruplum condemnirt wird, da nur eigentlich in duplum hätte condemnirt werden sollen, so enthält die Verurtheilung nach der Vorstellung der Römer keine eigentliche und öffentliche Strafe, und davon hängt allein alles ab. — Ausgemacht ist also, wenn der Richter aus Versehen eine härtere Strafe erkannt hat, als er hätte erkennen sollen, so fällt die Infamie weg a). Nun frägt es sich aber: ist der Richter darum auch schon befugt absichtlich, und um die Infamie auszuschließen, eine härtere Strafe zu erkennen?

Die Bejahung der Frage hat, meiner Ueberzeugung nach, auch nicht das mindeste Bedenken. Vors erste würde man doch hier zwischen Versehen und Absicht des Richters schwer unterscheiden können, es wäre denn, daß der Richter die existimatio civilis in der Sentenz vorbehielte, welcher Vorbehalt nichts Vernunftwidriges enthält, sobald man nur die Ehre und die existimatio von einander unterscheidet. — Dann zweytens ist aber ausdrücklich auch dem Richter die Befugniß eingeräumt worden, nach Umständen härter und gelinder zu strafen, als das Gesetz vorschreibt. Diese Umstände sind nun gerade nicht der größere oder geringere dolus und culpa, oder andere Erschwerungs- und Milderungs-

a) Zum Ueberfluß findet sich der Satz auch *Dig. XLVIII*, 19, *L.* 10, §. 4. *Cod. II*, 12, *const.* 4.

gründe des Verbrechens: auch Umstände kommen hier in Betracht, die ganz außer dem Verbrechen liegen: politische Rücksichten können gleichfalls eintreten: es können Gründe obwalten, warum selbst dem Staate gar sehr daran gelegen ist, dem Verbrecher nicht die existimatio civilis zu entziehen. Die Gewalt, welche die Römer dem Richter gestatteten, war viel ausgedehnter, als die ist, welche wir jetzt für ihn annehmen. So ist es auch im Geringsten nicht auffallend, wenn dem Richter auch das Recht zugestanden wurde, durch Auferlegung einer härteren Strafe die Infamie abzuhalten. Haben sich auch die Gesetze darüber nicht deutlich ausgesprochen, so ist die Sache doch keinem Zweifel unterworfen.

§. 232.

Bey der infamia facti hängt, wie bereits oben (§. 224.) bemerkt worden, zwar alles mehr vom allgemeinen Urtheil ab, als von der genaueren Bestimmung der Gesetze: unmöglich kann man sich jedoch mit den Gemeinsätzen begnügen, die man darüber in der Theorie findet. Vor allen Dingen wird hier genauer zu untersuchen seyn, wodurch die infamia facti begründet werde. Gewöhnlich sucht man ihren Grund in factis turpibus, quae quidem jure non sunt notata, existimationem tamen alicujus apud graves et honestos viros onerant et fugillant, und die Sache ließe sich hören, wenn nicht ganz klar in den Gesetzen noch andere Ursachen dieser Infamie vorkämen. Darum ist auch schon oben (§. 223. am Ende) von mir eine mehr umfassende Beschreibung der Infamia facti gegeben worden. Westenberg b) sucht sich zwar dadurch zu helfen, daß er auch schon nach Römischem Recht zwischen infamia facti und levis notae macula unter-

b) c. l. §. 47.

scheidet: andere Aushülfen werden von Andern versucht. Allein durchgängig springt in die Augen, daß man sich durch den Ausdruck infamia facti verführen lassen, und gedacht hat, es müsse bey dieser Infamie allemal und nothwendig ein die moralische Würde des Menschen herabbringendes Factum zum Grunde liegen. Das ist zwar meistentheils, aber doch nicht durchgängig der Fall. Auch hier kommen, wie bey der Infamia juris, Verhältnisse vor, die nach dem jure gentium der existimatio Eintrag thun, ohne daß sie an sich und nach der Natur der Sache auf die menschliche dignitas den mindesten Einfluß haben könnten. Alles kommt ja allein auf die Frage an: welches sind die Ursachen, die eine Aufhebung der existimatio juris gentium bewirken?

So viel sich aus den Trümmern der Römischen Legislation über die Sache zusammenbringen läßt, wird die existimatio juris gentium aufgehoben 1) durch solche Handlungen, welche der völkerrechtlichen Dignität eines Menschen schnurstracks zuwider laufen, wenn sie auch gar nicht einmal durchs jus civile verpoent, am wenigsten mit der infamia juris belegt seyn sollten. Die völkerrechtliche dignitas besteht aber in solchen Eigenschaften, ohne welche ein Subject in dem Völkerleben nicht bestehen mag. Es ist nicht gerade ein Zusammenfluß solcher Handlungen nöthig: schon eine einzige genügt; es kommt vorzugsweise darauf an, daß die Handlung dem sie Begehenden allen völkerrechtlichen Werth raube. Es läßt sich nicht läugnen, daß die infamia facti hier oft mit der infamia juris zusammenfällt, aber die angegebenen Unterscheidungspuncte sind doch auch klar genug, um bestimmen zu können, wo bloß infamia juris oder auch infamia facti, oder die letztere nur allein anzunehmen ist. Alle vorsätzliche Pflichtverletzungen, Kränkung seiner Nebenmenschen und Gebrauch der letzteren als willkührliches Mittel seiner Zwecke gehören hieher.

2)

2) Wird die infamia facti auch begründet durch Handlungen, welche die moralische Dignität eines Menschen durchaus aufheben, als da sind alle naturwidrige Handlungen, Sittenlosigkeit und Laster. Es läßt sich nicht läugnen, daß auch durch die unter n. 1. angegebene Handlungenn die moralische Dignität eines Menschen durchaus vernichtet wird: allein sie erscheinen in den Gesetzen vorzugsweise als die völkerrechtliche Dignität aufhebend, und können daher auch nur in dieser Hinsicht in Betracht kommen. Es ist auch klar, daß die hier unter der n. 2. angegebenen Handlungen in der Völkerverbindung nicht in so wichtige Betrachtung kommen können, als die unter n. 1. aufgeführten. 3) Endlich giebt auch das sordidum vitae genus einen Grund zur infamia facti ab. Das sordidum vitae genus umfaßt hier alle Beschäftigungen, welchen sich kein die völkerrechtliche dignitas liebender Mensch hinzugeben pflegt. Man kann oft nicht einmal sagen, daß auch nur das geringste Unmoralische in diesen Beschäftigungen liege, aber sie werden nun einmal als der völkerrechtlichen dignitas zuwiderlaufend betrachtet.

Die Infamia facti hat ihre Grade, welche die in den Gesetzen einmal bestimmt ausgesprochene Infamia juris nicht haben kann (die von der Obrigkeit verfügte notatio hatte sie unstreitig) wornach entweder die ganze existimatio juris gentium zu Grunde geht, oder nur verletzt wird. Am klarsten ist nach meiner Ueberzeugung die Sache *Cod. III, 28, const. 27.* c) ausgedruckt, wo infamia, turpitudo und levis notae macula unterschieden werden. Die infamia begreift hier die gänzliche Aufhebung der existimatio juris civilis in sich, die turpitudo und levis notae macula dagegen machen zusammen die infamia facti aus. Die turpitudo ist die größere, die levis notae macula dagegen nur die geringere Verletzung derselben. Man

c) Siehe *Brunnemann Comment. ad Cod.* ad h. l.

kann aber die levis notae macula, nicht auf das sordidum vitae genus beschränken: sie bezeichnet generell den geringsten Grad der verletzten existimatio: wo die existimatio juris gentium mehr oder weniger lädirt oder ganz aufgehoben ist, muß dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen bleiben.

Ich bemerke nur noch, daß eine levis notae macula, welche denen die bonis cedirt haben und den spuriis nach der Meinung einiger [d]) anhängen soll, zu den Ungereimtheiten gehört, die gerade in den Gesetzen, welche zu ihrer Behauptung angezogen werden, verworfen ist [e]).

§. 233.

Nichts scheint mir noch so im Argen zu liegen, als die General-Theorie von den Wirkungen der Infamie. Es kann hier nicht damit abgethan seyn, einzelne Wirkungen sowohl der Infamia juris als facti, welche wir in den Gesetzen antreffen, aufzuführen, sondern es müssen die Prinzipien aufgesucht werden, welche dabey zum Grunde liegen, und muß daraus ein Ganzes gebildet werden.

Zuvörderst über die Effecte der Infamia juris. Oben ist gezeigt worden, daß die Civität sehr wohl auch bey dem

---

d) Siehe z. B. Westenberg *l. c.* §. 50.

e) Z. B. *Dig. L.* 2. *L.* 3. §. 2. „Spurios posse in ordinem allegi nulla dubitatio est, sed si habeat competitorem legitime quaesitum, praeferri eum oportere" spricht bloß von dem Vorzug der ehelichen Geburt vor der unehelichen bey Besetzung der Decurionat-Stellen. Daraus folgt aber für die letztere eben so wenig eine levis notae macula als daraus, daß sie bey der Erbfolge so sehr zurückgesetzt wird. Laborirten uneheliche Kinder nach dem Römischen Recht an einer wirklichen levis notae macula, so dürfte sich die Gesetzgebung schon anders darüber ausdrücken. Andere Stellen, und welche um die, so bonis cedirten, mit der levis notae macula zu bezeichnen angeführt werden, beweisen vollends gerade das Gegentheil.

gänzlichen Verlust der existimatio civilis bestehen könne. Daraus folgt unwidersprechlich, daß, so wenig die Infamia juris die Civität aufheben konnte, eben so wenig sie den ferneren Genuß des juris civilis aufhob. Gleichwohl finden wir die mit der Infamia juris Belegten unfähig zur Errichtung eines Testaments, zur Erbens-Einsetzung ꝛc. Wir dürften wohl nicht schließen können: für die ausgenommenen Fälle dürfe zwar der infamis nicht zum Genuß des juris civilis gelassen werden, für die übrigen Fälle hingegen habe er den vollen Genuß. Justinians Gesetzgebung ist bekanntlich kein so vollständiges Ganze, daß wir uns zu einem solchen Schlusse berechtigt halten könnten: dann folgt auch daraus, daß der Genuß des juris civilis in dem einen oder dem andern Fall für den infamis aufgehoben worden ist, noch nicht, daß für alle andere Fälle der volle Genuß desselben verstattet worden sey: unterstellt man ein Prinzip, und ohne solches läßt sich eine consequente Gesetzgebung nicht denken, so muß auch die Aufhebung für alle andere unter diesem Prinzip stehende Fälle Statt gefunden haben. Es dürfte sich gewiß die Mühe lohnen, die allgemeinen Grundsätze für die Wirkungen der Infamia zu finden. Die Frage ist nur, wie dieß zu erreichen? Es ist hier erlaubt a priori zu deduciren, und von den in den Gesetzen enthaltenen einzelnen Fällen zu abstrahiren, oder a posteriori zu deduciren: aber beide, die deductio a priori und a posteriori, lassen sich auch füglich mit einander verbinden, und dieser Weg ist ohne Zweifel der, welcher am sichersten zum Ziele führt.

Vom Codex muß hier wider die Regel ausgegangen werden, weil darin eine Verordnung steht, die wenigstens etwas Generelles über die Sache enthält. Infames personae (heißt es *Cod. X, 57, const. un.*) licet *nullis honoribus*, qui integrae dignitatis hominibus deferri solent, uti possint, *curialium* tamen vel *civilium* munerum vacationem non habent,

sed solennibus indictionibus ob tutelam publicam eos satisfacere necesse est. Daß hier eigentlich nur von der Infamia juris die Rede ist, ist klar, obgleich, wie wir hernach sehen werden auch diejenigen, welche unter einer Infamia facti seufzen, gleichfalls von öffentlichen Aemtern und Würden ausgeschlossen sind.

Die erste Wirkung der Infamia juris besteht also in der Ausschließung von öffentlichen Aemtern und Würden. Besaß man bereits ein öffentliches Amt, so ist der Verlust desselben eine Folge der Infamia juris, besaß man es noch nicht, so kann man als infam nicht dazu gelangen. Schwerlich ist indeß der Satz von einer gänzlichen Ausschließung von öffentlichen Aemtern zu verstehen: es giebt öffentliche Aemter, zu deren Bekleidung die existimatio juris civilis durchaus erforderlich ist, aber auch Aemter, bey welchen sie nicht in Betracht kommt. Nur von den ersteren ist das Gesetz zu verstehen, wie sich wohl klar genug aus dem Beysatze „qui integrae dignitatis hominibus deferri solent" ergiebt. Zu den ersteren muß man alle ältere Magistraturen, und die ihnen nach dem neueren System gleichgesetzten sowohl Hof- als Staatsämter rechnen, zu den letzteren dagegen alle niedere Bedienungen, in so fern sie nicht den Magistratus oder Officianten umgeben. So z. B. durften die lictores und apparitores eben so wenig infam seyn als die Beamten, welche sie umgaben. Sehr gleichgültig konnte es dagegen seyn, ob ein gewöhnlicher Zolleinnehmer oder ein andrer entfernterer Unterbedienter infam war oder nicht: giebt es doch mehrere wirkliche Aemter, welche gewissermaaßen in den Augen des Publicums infamiren? Legen wir die Eintheilung der Aemter in solche, welche sich auf die Justiz beziehen und solche, welche es bloß mit der Verwaltung zu thun haben, zum Grunde, so dürfte sich folgende Theorie sehr gut vertheidigen lassen.

I. Kein wirkliches Justiz-Amt darf von einem Ehrlosen bekleidet werden, ohne Unterschied, sey es ein höheres oder ein niederes. Zu den Justizämtern gehören nicht bloß diejenigen, welche sich mit der Instruction und Entscheidung der Rechtssachen beschäftigen, sondern auch die, welche es überall mit der Betreibung der Rechtsgeschäfte zu thun haben. So wenig ein Infamer Richter seyn darf, eben so wenig darf er als Actuar, Notar, geschworner Mäkler u. s. w. auftreten. Ob er arbiter werden könne, scheint darum zweifelhaft zu seyn, weil dabey doch im Grunde alles von den Partheyen abhängt, und diese eben so gut auf einen Infamen als auf einen homo integrae existimationis provociren mögen. Indeß ist zu bedenken, daß die Execution der von einem Schiedsrichter gesprochenen Sentenz doch von ihm nicht geschehen kann, sondern allemal von dem Richter geschehen muß, diesem aber gestattet seyn muß, den Ausspruch eines Menschen, der die existimationem civilem eingebüßt hat, nicht in Betracht zu ziehen.

II. Hinsichtlich der Administrations-Stellen dürfte man wohl zwischen höheren und niederen, und bey den letzteren wieder solche, die in einer wirklichen Geschäftsleitung und Aufsicht bestehen, oder bloß in maschinenmäßigem Handeln, zu unterscheiden haben. Von den ersteren und der ersten Gattung der letzteren Art sind ohne Zweifel die Infamen auszuschließen: zu denen der zweyten Gattung der letzteren Art mögen sie gelangen. Schon oben ist bemerkt worden, daß mehrere solcher Stellen in der Meinung des Publikums infamiren: es kann also sehr gleichgültig seyn, ob, wer sie bekleidet, existimationem civilem hat oder nicht. Es kann hier allein darauf ankommen, ob die

existimatio civilis wegen Ursachen verloren gegangen ist, die überall das Vertrauen zu solchen Menschen rauben oder nicht. Das Urtheil darüber ist aber bloß Sache des Staats. Wenn man annimmt, daß bey den Römern auch das prodire in scenam artis ludicrae faciendae, pronuntiandive causa infamirte, ein so infamirter Mensch aber der redlichste und geschickteste Mensch seyn kann, so ist klar, daß bey allen niedern Administrativ-Stellen, wo nicht von Leitung der Geschäfte und Aufsicht die Rede ist, die Infamie von der Bekleidung derselben nicht ausschließen kann. Immer hängt es freylich vom Staate ab, auch hier den Infamen zu verwerfen: die Frage kann nur seyn, ob er gesetzlich ausgeschlossen ist, und ob er eine Stelle die er bekleidet, wegen eingetretener Infamie wieder aufgeben muß.

III. Es giebt Aemter, welche eigentlich weder zu den Justiz- noch zu den Verwaltungs-Stellen gerechnet werden können, sondern sich nur an selbige anschließen, z. B. der Secretarien, Copisten ꝛc. so wie die Stellen der Executoren, Gerichts- und Verwaltungsdiener. In wie fern die Infamie davon ausschließe, dürfte gefragt werden. Verfahren wir strenge analogisch, so kann zuvörderst kein infamis eine solche Stelle alsdann bekleiden, wenn sie seine Gegenwart in judicio oder bey einem Act der Justiz- oder verwaltenden Behörde erfordert, oder es auf fides publica ankommt, die, wie wir hernach sehen werden, kein Infamer hat. Gilt es hingegen gemeinen Beschäftigungen, so dürfte die Infamie nicht schaden. Wo von einem öffentlichen Aufzuge der Justiz- oder Verwaltungs-Behörden die Rede ist, darf sich unter der sie begleitenden Dienerschaft auch kein Infamis befinden.

In der oben ausgeschriebenen Stelle des Codex wird sehr richtig ein Unterschied zwischen officiis und muneribus gemacht. Man kann nicht schließen, wer wegen Infamie nicht fähig ist, ein officium zu bekleiden, ist auch von den muneribus publicis eximirt. Das Gesetz sagt, die infames hätten nicht vacationem curialium und civilium munerum. Sehr natürlich, denn mit dem Verlust der existimatio civilis ist ja nicht auch der Verlust der Civität und des Attachements an die Corporation, zu welcher man bisher gehörte, verbunden: so lange diese dauert, dauert auch die Schuldigkeit, sich den muneribus publicis zu unterziehen. Es hat indeß der Satz auch seine sehr natürlichen Beschränkungen.

Es giebt gemeine munera publica und solche, zu deren Uebernehmung die existimatio civilis unerläßliche Bedingung ist. Die letzteren kann kein Infamis übernehmen, wenn er auch wollte, die ersteren kann er nicht bloß übernehmen, er ist auch zu ihrer Uebernahme gehalten. Zu den muneribus publicis, zu welchen die existimatio civilis unerläßliche Bedingung ist, gehört die Tutel, die Curatel, die militia sagata und togata und der Decurionat. Letzterer ist zwar auch officium aber doch munus publicum zugleich. Von solchen muneribus publicis ist natürlich der infamis ausgeschlossen, wenn er sie auch übernehmen wollte: er ist davon zu entfernen, wenn er sie übernommen hat. Die übrigen munera publica ist er nicht bloß zu übernehmen fähig, er kann sogar zu ihrer Uebernahme gezwungen werden.

Verbinden wir nun weiter andere Stellen aus der gesammten Justinianischen Gesetzgebung mit einander. Zuerst kommen uns hier drey Stellen aus der Pandecten-Compilation entgegen. *Dig. XXII, 5, L. 13.* Quaesitum scio: an in publicis judiciis calumnia damnati testimonium judicio publico perhibere possunt? Sed neque Remnia prohibentur: et Julia lex de vi, et repetundarum et pecula-

tus eos homines teſtimonium dicere non vetuerunt: verumtamen *quod legibus omiſſum eſt, non omittetur religione judicantis*, ad quorum officium pertinet, ejus quoque teſtimonii fidem, quod integrae frontis homo dixerit perpendere. — *L. 14.* Scio quidem tractatum eſſe, an ad teſtamentum faciendum adhiberi poſſit adulterii damnatus? Et ſane juſti teſtimonii officio ei interdicetur. Exiſtimo ergo, neque jure civili teſtamentum valere, ad quod hujusmodi teſtis proceſſit, neque jure praetorio, quod jus civile ſubſequitur, ut neque hereditas adiri neque bonorum poſſeſſio dari poſſit. L. 15. *Repetundarum damnatus* nec ad teſtamentum, nec ad teſtimonium adhiberi poteſt. — Der Codex enthält über den Gegenſtand nichts und die Nov. 90. verordnet bloß, daß auch darauf mit Rückſicht genommen werden ſoll, ob die Zeugen auch integrae exiſtimationis ſind. Die ausgeſchriebenen Pandecten-Stellen ſprechen bloß von einzelnen Fällen, wo der damnatus die Zeugenfähigkeit verliert, ohne ſich auch darüber beſtimmt zu erklären, ob das bloß Folge der condemnatio, oder der Infamie ſeyn ſoll. Deutlicher erklärt ſich darüber *L. 3. §. 5.* Lege Julia de vi cavetur: ne hac lege in reum teſtimonium dicere liceret, qui ſe ab eo parenteve ejus liberaverit; quive impuberes erunt; quique judicio publico damnatus erit, qui eorum in integrum reſtitutus non erit; *quive in vinculis cuſtodiave publica erit;* quive ad *beſtias ut depugnaret ſe locaverit; quaeve palam quaeſtum faciet fecerit ve;* quive *ob teſtimonium dicendum vel non dicendum pecuniam accepiſſe judicatus vel convictus* erit. Nam quidam propter reverentiam perſonarum, quidam propter lubricum conſilii ſui, alii vero *propter notam* et *infamiam* vitae ſuae *admittendi non ſunt* ad *teſtimonii fidem.*" — Die Frage, deren Erörterung die vorſtehenden Stellen zur Grundlage dienen ſollen, iſt: wird denjenigen, welche an der Infamia facti laboriren,

nach dem Römischen Recht die Zeugenfähigkeit so entzogen, daß sie weder in einer Rechtssache als Zeugen producirt, noch bey einem Rechtsgeschäft als Zeugen gebraucht werden können? Daß man sie propter infamiam facti auch wohl ganz als Zeugen verwerfen könne, wird unten gezeigt werden, aber davon ist nicht die Rede, es gilt bloß der Infamia juris und der Frage: ob durchgehends wegen der Infamia juris die Verwerfung Statt finde?

Wir können mit Grunde behaupten: Nirgends werde in der Justinianischen Gesetzgebung geradehin gesagt: der infamis könne weder ein gerichtliches Zeugniß ablegen, noch bey einem Rechtsgeschäft als Zeuge gebraucht werden. Für die gerichtlichen Zeugnisse können wir bloß zwey Stellen als generelle betrachten: die eine ist *Dig. XXII, 5, 13*, worin das officium judicis aufgefordert wird, zu berücksichtigen, ob, wer etwas als Zeuge ausgesagt hat, homo integrae frontis sey oder nicht. Damit ist aber keinesweges gesagt, daß ein homo non integrae frontis als Zeuge ganz solle verworfen werden können. Die andere ist *Dig. c. l. L. 3. §. 5*, wo dagegen das Zeugniß eines infamis in Angelegenheiten die zur lex Julia de vi privata gehören, ganz verworfen wird. Alle übrige Stellen sprechen bloß von einzelnen Fällen, wo es doch noch immer zweifelhaft bleibt, ob nicht die condemnatio vielmehr als die Infamie, welche Folge derselben war, die Verwerfung des testimonii herbeyführte.

Könnten wir Justinians Pandecten-Compilation als eine fortlaufende Legislation betrachten, und müßten wir solche nicht vielmehr als ein Repertorium, worin die einzelnen Fragmente in Verbindung gebracht worden sind, betrachten, so würden wir uns hier wirklich in arger Verlegenheit befinden. So aber können wir dreist von dem Satze ausgehen, daß wo in den angeführten Stellen die Zeugenfähigkeit verworfen worden ist, solches wegen der vorhandenen Infamie, nicht

wegen der begangenen Verbrechen und der Verurtheilung aus diesen Verbrechen geschehen sey. Wir können ferner annehmen, die einzelnen Fälle stehen bloß da, weil nicht mehrere in den Schriften der Juristen vorhanden waren, und aus ihnen müsse man, um so mehr, als sie in dem Titel de testibus vorkommen, die General-Theorie bilden. Wenn auch die Lex Julia de vi privata nur in vor dieselbe gehörigen Angelegenheiten die infames von der Ablegung eines Zeugnisses ausschließt, so erhellt doch aus dem dazu gehörigen Commentar des Callistratus, daß generell alle Infames von der Ablegung eines gerichtlichen Zeugnisses ausgeschlossen seyn sollen. Dies bestätigen noch überdieß die andern Fragmente, von welchen man wohl mit Grunde annehmen kann, daß ihre Entscheidung allein darauf beruht, weil das Subject wegen einer Handlung verurtheilt wurde, welche die Infamie zur Folge hat. Denn unmöglich kann man annehmen, daß durch die Begehung eines Verbrechens oder durch eine Strafe die Glaubwürdigkeit eines Menschen gemindert oder ganz aufgehoben werde. Die Begehung des einen oder des andern Verbrechens mag diese Wirkung zur Folge haben: allein Ehebruch und crimen repetundarum sind wenigstens nicht dazu geeignet, und gleichwohl werden die Verbrecher von der Ablegung des Zeugnisses ausgeschlossen.

Man wagt daher wohl nicht zu viel, wenn man annimmt, die Infamen wären von dem Recht ein irgend zu berücksichtigendes Zeugniß vor Gericht sowohl in Criminal- als in Civil-Fällen abzulegen, gänzlich ausgeschlossen gewesen. Daß es einen großen Unterschied macht, ob der Richter, wie bey uns, Abhörungen vornimmt, um einem Verbrechen auf die Spur zu kommen, oder ob, wie bey den Römern, von dem Ankläger ordentlich Zeugen zum Behuf des Beweises der Anklage producirt werden, braucht wohl nicht erst bemerkt zu werden. Es dürfte keinem Zweifel unterworfen

seyn, daß unsere Untersuchungs-Richter auch zur Begründung von Indicien allerdings Infame als Zeugen abzuhören befugt sind.

Man könnte entgegnen: daraus daß in Criminalsachen die Infames ganz als Zeugen verworfen worden, folge noch nicht ihre gleichmäßige Verwerfung in Civilsachen: das Zeugniß in den ersteren sey um vieles wichtiger als in den letzteren, weil ja Leib, Leben, Ehre und Gut davon abhänge: in den Gesetzen stehe daher auch nichts von der gänzlichen Ausschließung der Infamen als Zeugen in Civil-Fällen: der gänzliche Verlust der existimatio civilis könne aber nicht als Grund gebraucht werden, sie auch von der Zeugenfähigkeit in Civilsachen auszuschließen, weil sonst diejenigen auch nicht Zeugen seyn könnten, welche überall die existimatio civilis entbehren müssen, z. B. die peregrini: man sehe deutlich, daß die Römer hier überall Unterschiede beobachtet, weil in dem einen Falle der Infamis von der Zeugenfähigkeit bey Testamenten ausgeschlossen worden, in den andern Fällen dagegen nicht. Es läßt sich das Gewichtige dieser Einwürfe nicht in Abrede stellen, indeß läßt sich darauf auch mit Gründen antworten. Es macht zuvörderst einen gar großen Unterschied, ob jemand existimationem civilem verloren hat, oder ob er sie überall gehabt hat. Wer sie verloren hat, hat zugleich diejenige Glaubwürdigkeit eingebüßt, welche zur Ablegung eines gerichtlichen Zeugnisses nothwendig ist. Infamia juris und testimonii dictio coram judice bestehen durchaus nicht mit einander. Die vorzüglichere Wichtigkeit der Criminal-Fälle kann hiernächst nicht in Betrachtung kommen, wenn es sich um die Frage handelt, ob infames als Zeugen überall zuzulassen oder zu verwerfen sind. Sie würde nur bey der Frage in Betracht gezogen werden können, ob infames, wenn sie für zulässig zu achten, mehreren oder wenigeren Glauben verdienen, je nachdem sie in Civil- oder Criminal-

Fällen vernommen werden: ob in den letzteren ihre Aussagen weniger beweisen als in den ersteren, etwa gar nur Indicien begründen. Wollte man endlich bloß bey den Worten der einzelnen Fragmente in der Pandecten-Compilation stehen bleiben, so würde man selbst nur für die darin ausgedrückten Fälle in Criminalsachen die Zeugenfähigkeit der Infamen verwerfen müssen. Wer aber das Wesen der Pandecten-Compilation begriffen hat, weiß auch, daß aus den Prinzipien, welche den einzelnen Fällen zum Grunde liegen, die Theorie gebildet werden muß. Es kommt hinzu, daß die Stellen in einem Titel der Pandecten stehen, in welchem es sich generell um den gerichtlichen Beweis durch Zeugen handelt. Am meisten wird das Gesagte auch noch durch *Dig. XX, 5, L. 21, §. 2.* Si ea rei conditio sit, ubi arenarium testem, vel similem personam admittere cogimur, sine tormentis testimonio ejus credendum non est" bestätiget. Es ist die Rede von dem Fall, wo man hinter die Sache durchaus nicht anders kommen kann, als durch die Abhörung eines Infamis, denn der arenarius ist infam, und die similis persona deutet auf Subjecte von gleichem Gelichter hin. Die Stelle setzt keinen Civil- auch keinen gewöhnlichen Criminal-Fall, sondern einen ungewöhnlichen, etwa eine Verschwörung gegen den Staat voraus, wo an der Entdeckung dem Staate gar viel gelegen ist. Hier wird zwar die Abhörung eines infamis zugelassen, aber seine Deposition verdient alsdann nur überall Berücksichtigung (von Glaubwürdigkeit ist gar nicht die Rede) wenn sie durch die Folter erzwungen worden ist. Für Civilfälle kann und darf eine solche Erpressung des testimonii gar nicht angenommen werden, und wenn nun selbst für den Fall, wo dem Staate an der Erforschung einer Thatsache gar sehr gelegen ist, nur extra ordinem Infame abgehört werden können, und auch hier ihre Deposition ohne Folter nicht die mindeste Berücksichtigung verdient, so dürften sie

doch wohl in gemeinen Criminalfällen so wie in allen Civilfällen rücksichtslos als Zeugen zu verwerfen seyn.

Jetzt nun zur Untersuchung der Frage: in wie fern die Infames von der Zuziehung als Zeugen bey Rechtsgeschäften auszuschließen sind? Die Zuziehung von Zeugen bey Rechtsgeschäften kann doch nur vorzugsweise den Zweck haben, dereinst das Daseyn des Rechtsgeschäfts, und daß dabey die gesetzlichen Vorschriften beobachtet worden sind, darzuthun. Indeß hängt doch auch oft davon die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts selbst ab. Man scheint schon um deswillen nicht zu dem Schluß berechtigt zu seyn: wo die Gesetze eine Person für unfähig zur Ablegung des Zeugnisses erklärt haben, da haben sie solche auch für unfähig erklärt, einem Rechtsgeschäfte als Zeuge beyzuwohnen. Indeß finden wir doch solche Argumentationen in den Gesetzen mit besonderer Hinsicht auf infames. Nicht bloß Papinian argumentirt so *Dig. XXII, 5, 14*, sondern auch Ulpian *Dig. XXVIII, 1, L. 20, §. 6.* — Die Argumentation geht hier auch nicht von einem und eben demselben die Infamie producirenden Verbrechen, sondern von ganz verschiedenen Verbrechen aus (noch ein Beweis mehr für das eben Gesagte): woraus man ganz klar sieht, daß was hinsichtlich der gerichtlichen Zeugenfähigkeit als Regel angenommen worden, auch für die außergerichtliche gelten soll, weil die letztere doch auch eine gerichtliche werden kann, und verordnet ist, daß alle Infames von der Ablegung eines gerichtlichen Zeugnisses ausgeschlossen seyn sollen. Dieß bestätigen auch überdieß die andern Fragmente, von welchen man wohl mit Grunde annehmen kann, daß ihre Entscheidung allein darauf beruht, weil das Subject wegen einer Handlung verurtheilt wurde, welche die Infamie zur Folge hat.

Daraus daß Jemand von der gerichtlichen Zeugenfähigkeit ausgeschlossen ist, scheint freylich noch die Ausschließung von der Zeugenfähigkeit bey Rechtsgeschäften nicht unbedingt zu folgen: zwar werden Zeugen darum bey Rechtsgeschäften zugezogen, um dereinst, wenn es verlangt werden sollte, sowohl über das Daseyn des Rechtsgeschäfts, als daß dabey alles in der Ordnung hergegangen ist, deponiren zu können; indeß sind sie auch oft darum zugegen, um dem Rechtsgeschäfte selbst sein Daseyn und seine Gültigkeit zu verschaffen, wenn nämlich das Gesetz ihre Zuziehung als nothwendig verlangt. Ob das Gesetz gerade nur zwey Zeugen oder mehrere fordert, kann hier gleichgültig seyn: es kommt nur darauf an, daß es sie fordert. Oben ist gezeigt worden, daß die Gesetze gleichfalls nirgends generell die Infames von der Zeugenfähigkeit bey Rechtsgeschäften ausschließen: sie werden nicht einmal generell von der Zeugenfähigkeit bey solennen Rechtsgeschäften ausgeschlossen, sondern die Ausschließung betrifft bloß die Zeugenfähigkeit bey Testamenten, und auch hier erstreckt sie sich nicht einmal über alle und jede Infames. Gleichwohl getraue ich mir zu behaupten, Infames durften auch bey keinem rechtlichen Geschäfte, sey es ein solennes oder ein nicht solennes als Zeugen zugezogen werden, und so wie sie in der Qualität der gerichtlichen Zeugen ganz zu verwerfen, und nicht einmal abzuhören sind, so muß auch hier das Geschäft, bey welchem sie zugezogen worden sind, durchaus für nichtig erklärt werden. Es ist bereits oben bemerkt worden, daß es nach der nothwendigen Einrichtung der Pandecten-Compilation, vorzugsweise darauf ankomme, aus welchen Gründen ein Jurist entschieden hat, nicht in welchem Falle von ihm entschieden worden, denn die Compilatoren mußten geben, was sie gerade in den Schriften der excerpirten Juristen fanden. Der Grund, warum Papinian *Dig. XXII, 5, L. 16.* den adulterii dam-

natum von der Zeugenfähigkeit im Gericht ausschließt, ist kein anderer als die Infamie, woran er wegen des begangenen Verbrechens laborirt. Aus eben dem Grunde schließt er ihn auch von der Zeugenfähigkeit bey Testamenten aus. Aus eben dem Grunde werden in andern Stellen wegen anderer Verbrechen Infamgewordene von der Zeugenfähigkeit bey Testamenten ausgeschlossen Papinian verwirft sogar die bonorum possessio bey einem solchen Testament, bey welchem ein infamis zugezogen worden, also ein prätorisches Rechtsmittel, bey welchem die Billigkeit so sehr in Betracht kommt. Was kann davon der Grund seyn? gewiß kein anderer, als weil der Infamis die existimatio eingebüßt hat, ohne welche die Zeugenfähigkeit so wenig überall als insbesondere bey Testamenten denkbar ist. Hier kommt ja noch insbesondere in Betracht, daß es sich von Geschäften des juris civilis handelt, bey welchen die existimatio civilis als nothwendige Bedingung und als noch viel nothwendiger wie bey gerichtlichen Depositionen erscheint. Wo der Peregrinus als Zeuge gerichtlich auftreten kann, kann er darum doch nicht als Zeuge bey einem negotio juris civilis gebraucht werden, gleich viel, ob das Rechtsgeschäft ein solennes oder nicht solennes ist, sobald nur das Gesetz die Zuziehung von Zeugen zu dessen Gültigkeit vorschreibt. Zwar behält, wie bereits mehrmals bemerkt worden, der Infamis die Civität, aber die Civität begründet noch nicht allein die Zeugenfähigkeit bey Rechtsgeschäften: es muß auch noch die existimatio civilis hinzukommen, die hier so nothwendige Bedingung ist, daß sobald sie fehlt, die Civität so gut wie nichts ist. Ist also die existimatio civilis ganz aufgehoben, so geht auch die Zeugenfähigkeit so mit zu Grunde, daß der bey einem Rechtsgeschäfte als Zeuge zugezogene Infamis als gar nicht vorhanden betrachtet werden muß. Ob das Rechtsgeschäft ein solennes oder nicht solennes, ob es insbesondere ein Testament

oder ein anderes Rechtsgeschäft ist, kann hier durchaus keinen Unterschied machen.

Das Gesagte wird noch insbesondere durch die Betrachtung unterstützt, daß die Zuziehung der Zeugen bey Rechtsgeschäften doch allemal der größeren Glaubwürdigkeit wegen geschieht und daß wenn man keinen gerichtlichen Glauben verdient, auch keinen außergerichtlichen haben kann. Soll hiernächst der Infamis bey einem solennen Rechtsgeschäft, wie das Testament ist, nicht einmal als Zeuge auftreten können, wo doch von ihm abgesehen noch immer Zeugen genug zur Bekräftigung des Actes vorhanden sind, so kann er vollends bey einem Rechtsgeschäft nicht Zeuge seyn, bey welchem bloß diejenige Zahl von Zeugen gefordert wird, die durchaus nöthig ist, um das Rechtsgeschäft zu beglaubigen.

Am streitigsten dürfte wohl die Frage bleiben, welchen Einfluß die Infamia juris auf die eigene Verrichtung von Rechtsgeschäften hat. Da die Infamia juris die Civität nicht aufhebt, so ist klar, daß der Infamis nichts von seinen wohlerworbenen Privatrechten einbüßen kann. Es kann ihm auch um so weniger das Recht abgesprochen werden, neue privatrechtliche Verhältnisse anzuknüpfen und Rechtsgeschäfte zu verrichten, als dazu keine existimatio civilis, sondern bloß Civität und voller Genuß des juris civilis erfordert werden. Bloß hinsichtlich der Testamentifaction, sowohl der activen als passiven, scheint eine Ausnahme Statt zu finden: hinsichtlich dieser scheint angenommen werden zu müssen, daß alle, welche an der Infamia juris laboriren, davon durchaus ausgeschlossen sind. Zwar gehen die hieher gehörigen Entscheidungen auch nur auf einzelne Fälle, und scheint daher das oben angenommene Erklärungsprinzip, nach welchem darauf nichts ankommt, auch hier in seinem ganzen

Um-

Umfange Platz greifen zu müssen. Indeß ist zu bedenken, daß jenes Prinzip nur in so fern als durchgreifend erscheinen kann, als die Gründe, welche sich um dasselbe schließen, die Universalität für sich haben: nicht in so fern sie auf gewisse Spezialitäten concentrirt sind. Wenn die Zeugenfähigkeit von der existimatio civilis abhängt, so hängt darum noch nicht die Testamentsfähigkeit davon ab. Hier kann man also annehmen, daß es in vorkommenden Fällen nicht die Infamie ist, welche davon ausschließt, sondern daß andere Gründe es seyn müssen, welche die Ausschließung bewirken, und daß diese Gründe darum allein in Betracht zu ziehen sind, weil die Infamie an sich nicht von der Verrichtung der Rechtsgeschäfte ausschließt. Wo also jemand ob delictum für intestabilis erklärt worden ist, muß es bey den gesetzlich bestimmten Fällen [a]) sein Bewenden behalten und kann nicht angenommen werden, daß jede condemnatio in judicio publico oder in privato, wenn nämlich in dem letzteren die Verurtheilung die Infamie zur Folge hatte, die Intestabilität hervorbringe [b]), weil die Intestabilität keine allgemeine und nothwendige Folge der Infamie ist. Sehr richtig werden daher auch in dem Titel der Institutionen:

---

a) *Cod. IX, 8, const. 5.* — *Cod. I, 7, const. 3.* — *Cod. I, 5, const. 4.* — *Const. 6* und *Auth. Incest. Cod. de sec. nupt.* (*Cod. V, 9.*). — *Dig. XXVIII, 1, L. 10, §. 1.* und *L. 26.*

b) Am sichersten läßt sich das Gesagte beweisen durch *Dig. V, 28, L. 8, §. 4.* Hi vero, qui ad ferrum aut ad bestias, aut in metallum damnantur, libertatem perdunt, bonaque eorum publicantur: unde apparet, amittere eos testamenti factionem. Bey den capite damnatis liegt also der Grund, warum ihnen die Testamentifaction entzogen worden ist, nicht darin, daß sie die existimationem civilem einbüßen, der Grund ist allein, weil sie die Civität einbüßen, ohne welche sich die Testamentifaction, die active so wenig als die passive

Quibus non permittitur facere testament. (II, 12.) die Infames nicht mit aufgeführt, weder bedingt noch unbedingt, weil der Verlust der existimatio mit der Fähigkeit zu Rechtsgeschäften überall nichts zu schaffen hat.

Andere Rücksichten müssen freylich eintreten, wenn der Infamis nicht Rechtsgeschäfte für sich selbst, sondern für einen andern betreiben will. Dazu ist er nicht befugt, in so fern der Betrieb zugleich als ein officium oder munus publicum zu betrachten ist, z. B. das Rechtsgeschäft soll von ihm als Sachwald c), Mäkler u. s. w. betrieben werden. Die gemeine Betreibung wird indeß hier von der förmlichen und öffentlichen wohl zu unterscheiden seyn, auch wird berücksichtigt werden müssen, was ein Infamis als bloßer negotiorum gestor, und was er als Mandatar gethan hat.

So wenig die Infamia juris auch auf wohlbegründete Verhältnisse des Privatrechts einfließt, so kann doch demjenigen, welcher mit dem Infamis in einer fortwährenden oder auch nur zeitigen Verbindung stand, nicht zugemuthet werden, solche länger fortzusetzen. Nicht allein auf so enge und besondere Verhältnisse wie die Ehe und Societät ist, dürfte der Satz zu beschränken seyn, sondern auch weitere, aus welchen gemeinsame Kläger und Verklagte entstehen, dürften hier wieder in Betracht gezogen werden müssen d).

denken läßt. Bey andern Verbrechen, wo der Verbrecher nicht durch die Verurtheilung die Civität einbüßt, sind nun wieder andere Gründe vorhanden, warum er von der Testamentifaction ausgeschlossen worden ist: aber nirgends ist die Infamie davon der Grund.

c) *Dig. III, 1, L. 1.*

d) Ich behaupte daher, daß die infamia juris nicht bloß zur Ehescheidung und Aufhebung der Societät berechtigt, sondern auch zur Aufhebung jeder andern Gemeinschaft mit dem Infamen, wenn man sich gleich auf eine Reihe von Jahren zur Fortsetzung

Denn es kann keinem, der existimationem civilem hat, zugemuthet werden, mit einem, der solche verloren hat, gemeinmeinschaftliche Sache sowohl in der Person des Klägers als des Beklagten zu machen.

§. 234.

Untersuchen wir jetzt die Wirkungen der infamia facti. Kommen gleich diese in mehreren Puncten mit der Infamia juris überein, so möchten wir schon um deswillen nicht gemeinsame Wirkungen von beiden ansetzen, weil doch das Ganze so sehr von einander verschieden ist. Schon der Umstand, daß die infamia juris allemal eine gänzliche Aufhebung der existimatio civilis enthält, die infamia facti aber immer nur eine läsion, sey sie auch noch so stark, muß hier einen bedeutenden Unterschied machen. Wir wollen daher die Wirkungen der Infamia facti zuvörderst auch abgesondert betrachten, und dann die Vergleichung geben.

Daß die Infamia facti gleichfalls von Aemtern und Würden so wie von den muneribus publicis, die eine illaesa existimatio erfordern, ausschließen kann, ist keinem Zweifel

---

derselben verbunden haben sollte. In Absicht der Ehescheidung ist die Sache klar, und in Ansehung der Societät dürfte sie eben so klar seyn, besonders wenn solche eine Handlungsgesellschaft ist. Die Societät kann ja auch schon nicht mehr bestehen, sobald einer der Socii die existimatio verliert, ohne welche er im Gemeinwesen nicht wirksam handeln kann, wenn man auch davon absehen wollte, daß es den übrigen Sociis nicht zugemuthet werden kann, mit einer ehrlosen Person die Societät fortzusetzen. Alle sogenannte contractus fiduciae müssen mit der Infamie des einen der Interessenten schon ein Ende nehmen – freylich nicht ipso jure, aber doch auf den Antrag des andern Interessenten. Aber auch aus jeder Gemeinschaft muß man mit dem Infamis kommen können, die aus der Mitbeerbung, der Zusammenerwerbung einer Sache u. s. f. entspringt.

unterworfen, nur kann man das nicht von ihr in eben der Allgemeinheit behaupten, wie von der Infamia juris. Es kommt vielmehr gar sehr auf die Handlungen selbst an, wodurch diese Infamie begründet wird. Eben so wenig läßt sich von der Infamia facti generell behaupten, sie hebe die Zeugenfähigkeit auf. Sie kann sie allerdings mindern und auch ganz aufheben, aber alles kommt hier wieder auf die einzelnen Handlungen an, wodurch sie begründet wird. Bey der Infamia juris fragt man bloß nach dem Ausspruch des Gesetzes, ob jemand nämlich für infam erklärt worden sey, und ob die Bedingungen, welche das Gesetz zu der Infamie voraussetzt, in dem Subjecte vorhanden sind: das Uebrige findet sich alsdann von selbst. Bey der Infamia facti dagegen wird gefragt 1) welche facta begründen nach dem jure gentium eine laesio existimationis. 2) Sind die Bedingungen, welche das jus gentium bey der Infamia facti annimmt, in dem Subjecte vorhanden. 3) In wie weit ist die existimatio juris gentium durch diese Handlungen verletzt worden. Hier kommen also Grade vor, welche bey der Infamia juris nicht Statt finden können, obgleich die laesio existimationis juris civilis im Allgemeinen auch ihre Grade hat, worauf wir uns aber darum nicht mehr einlassen können, weil uns darüber die gesetzlichen Bestimmungen abgehen, und alles, was wir in den Gesetzen antreffen, auf die Infamia juris beschränkt ist.

Die Beurtheilung der verschiedenen Grade der Infamia facti muß, wenn es sich von Zulassung zu öffentlichen Aemtern und Würden, wie auch zum Militärdienst handelt, dem Staate; handelt es sich hingegen von der Zulassung zur Tutel und Curatel und von der Zeugenfähigkeit, dem Richter überlassen bleiben. Von eben diesen muß auch das Urtheil abhängen, ob solche Personen länger in öffentlichen officiis und

muneribus bleiben können, oder ob sie removirt werden müssen. Es lassen sich darüber keine bestimmten Vorschriften geben: nicht bloß der Grad der Verworfenheit, sondern auch die Politik müssen darüber entscheiden. Nur bloß in so fern es sich um die Zeugenfähigkeit handelt, läßt sich etwas Bestimmtes über den Gegenstand sagen.

Ob jure gentium etwas bestimmtes über die Infamia facti feststand, wissen wir überall nicht, wir kennen nur die Sache als ein Ding, welches daher originirt. Fürs Detail haben wir nur was jus civile darüber bestimmt, und dieß ist sehr dürftig. Aber aus dem Gegensatze der Infamia juris sowohl als der individuellen Eigenschaft der Infamia facti folgt wenigstens, daß auch der höchste Grad der letzteren keine absolute Zeugenunfähigkeit begründen kann, und daher Zeugen die an der infamia facti laboriren, wenigstens salvis exceptionibus des Gegentheils abgehört werden müssen. Sey es, daß wegen der Einwendungen des Gegentheils sowohl als aus eigener Ansicht der Richter auf die Deposition dieser Zeugen bey der Abfassung des Erkenntnisses gar nicht reflectirt wird: ihre Admission ist doch um so weniger zu bezweifeln, als auch der höchste Grad der Infamie noch einige fidem zurückläßt. Man kann gewiß dasselbe von der Infamia juris sagen: unter den Personen, welche an der Infamia juris laboriren, giebt es gewiß mehrere, deren Glaubwürdigkeit sich wenig, wohl gar nichts entgegen setzen läßt; aber die infames jure sind nun einmal gesetzlich ganz von aller Zeugenfähigkeit ausgeschlossen, was bey den Infamibus facto nicht der Fall ist, obgleich bey einer consequenten Gesetzgebung generell hätte ausgesprochen werden sollen, daß alle, welche durch ihre Handlungsweise alle fidem eingebüßt haben, auch als ganz unzulässige Zeugen betrachtet werden müssen. Sind die facto Infames als gerichtliche Zeugen überall admissibel, so müssen sie es um so mehr in der Qualität außergerichtlicher und der

Instruments-Zeugen seyn, als hier vorzugsweise die habilitas in Betracht kommt, und die Gesetze nirgends wegen der Infamia facti Jemand von der Zuziehung bey einem Rechtsgeschäft ausschließen e). Das Geschäft, bey welchem der facto infamis als Zeuge zugezogen wird, kann als solches füglich bestehen: es kann aber zufällig zu Grunde gehen, wenn hernach dessen Existenz bestritten wird, und die facto infames, welche dabey als Zeugen zugezogen worden sind, wegen der Handlungen, worauf sich ihre Infamie gründet, gar keine Glaubwürdigkeit genießen.

Die Infamia facti, wenn sie auch noch so hohen Grad erreicht haben sollte, behindert weder an der activen noch passiven Testamentifaction, viel weniger entzieht sie jemand irgend eins der anderen Privatrechte, welche er bereits hat, oder worauf eine gewisse Aussicht für ihn vorhanden ist. Daß für einen Fall den Intestat-Erben, wenn ihnen eine persona turpis im Testament vorgezogen worden, ist erlaubt worden, solche abzutreiben f), darf nicht auf andere Fälle ausgedehnt werden, weil die gesetzliche Vorschrift auf einem besonderen Grunde beruht. Daß hier unter persona turpis aber die an einer Infamia facti laborirende Person allein zu verstehen ist, ist daraus klar, weil eine jure infamis gar nicht eingesetzt werden durfte. Aber es fragt sich, welcher

e) Ich behaupte daher, daß der höchste Grad der menschlichen Verworfenheit einem Instrumentszeugen an seiner Fähigkeit nicht schade, selbst auch nicht bey einem Testamente, wo es die Gesetze sonst so strenge nehmen. Er gehört zu den Personen cum quibus testamentifactio est und ist auch nirgends in den Gesetzen als Zeuge ausgeschlossen. *Inst. II.* 10, § 6.

f) Ich darf wohl nicht erst erinnern, daß ich hier von *Cod. III*, 28, *const.* 27. spreche. Die consanguinei sollen nach der Vorschrift des Gesetzes zur querela inoff. testamenti berechtigt seyn „si scripti heredes vel *infamiae* vel *turpitudinis* vel *levis notae macula* asperguntur."

Grad der infamia facti ist hier gemeint: nicht schon jeder Grad derselben dürfte in Betrachtung kommen.

Wenn die Gesetze von einer persona turpis reden, überhaupt wenn sie sich des Ausdrucks „turpitudo" bedienen, so wird unstreitig der höchste Grad der infamia facti oder doch gewiß der nächste an die höchste Verworfenheit grenzende Grad dadurch bezeichnet g). Auch der höchste Grad der Infamia facti schließt zwar in der Regel nicht von dem Genuß derjenigen Emolumente aus, welche jemandem im Testament sind zugewendet worden, aber die Gesetze halten es doch der Billigkeit gemäß, die Geschwister gegen die im Testament mit ihrer Ausschließung geschehene Erbenseinsetzung einer solchen Person in Schutz zu nehmen. Da hier von der Regel nicht bloß abgewichen, sondern auch die so sehr bey den Römern geachtete testamentarische Einrichtung zerstört wird, und das alles aus bloßer Billigkeit geschieht, so ist klar, daß die Gesetzgeber hier geringere Grade der Infamia facti gar nicht in Betracht ziehen konnten und wollten, sondern allein das äußerste Ende der Verworfenheit, oder doch was zunächst daran gränzt, in Betrachtung zogen. Zu bemerken ist übrigens noch, daß der Fall, wo eine Toch-

g) Man könnte entgegen setzen, in der not. *f* citirten Constitution sey das wenigstens nicht der Fall, weil darnach sogar die dem heres scriptus anhängende levis notae macula zur querela inofficiosi testamenti berechtige, die doch gewiß viel weniger sey als der geringste Grad der infamia facti. Allein das Argument taugt darum nichts, weil auch die infamia juris hier vorkommt, die mit der infamia facti nicht verglichen werden kann. Wo ein Gesetz so heterogene Dinge in Verbindung bringt, fällt das Comparations-Prinzip durchaus weg. Ob man die levis notae macula übrigens nach der Vorstellung der Römer für einen andern Grad der infamia facti oder für etwas Eigenthümliches betrachten muß, das darum doch recht gut in der infamia facti begriffen seyn kann, wird in dem folgenden Paragraphen noch näher untersucht werden.

ter wegen verworfener Lebensart enterbt werden kann, hieher gar nicht gehört, indem er nach ganz eigenthümlichen Ansichten beurtheilt seyn will.

Ziehen wir jetzt die Parallele zwischen infamia juris und facti so ist klar, daß beide aufs strengste von einander gehalten seyn wollen, und daß wo sie auch zusammentreffen, doch die strengste Separation beobachtet werden muß. Wo ein nur geringer, gar nicht zu beachtender Grad der infamia facti vorhanden ist, tritt oft schon die infamia juris ein: Bey der höchsten Verworfenheit dagegen oder dem höchsten Grade der infamia facti kann jemand jure nicht infamis seyn, wenn gleich, wie bereits oben bemerkt worden, die existimatio civilis allemal durch die infamia facti lädirt wird, weil die existimatio juris gentium **Grundbedingung** der existimatio civilis ist.

§. 235.

Zum Schlusse noch einige Bemerkungen über die deutsche levis notae macula vorzugsweise in so fern sie mit der Römischen Infamia collidirt. Daß die Römer auch eine levis notae macula kannten, ist schon oben bemerkt worden: am bestimmtesten werden Infamia (Infamia juris) turpitudo (Infamia facti) und levis notae macula *Cod. III, 28, const. 27.* unterschieden. Daß die levis notae macula hier nicht zur infamia gerechnet und als ein sehr niederer Grad derselben betrachtet werden könne, ist so eben bemerkt worden: nichts desto weniger steht sie, wie ich auch schon oben behauptet habe, unter dem allgemeinen Begriff der Infamia facti. Jetzt erst wird sich genauer zergliedern lassen, was bisher noch übergangen werden mußte. Das Factum woraus die sogenannte Infamia facti, diesen Ausdruck in der weitern Bedeutung genommen, entspringt, begreift entweder

eine wirkliche gesetzwidrige und unmoralische Handlung in sich, oder nur eine Beschäftigung, die weder verboten noch unmoralisch genannt werden kann, welcher sich aber kein honetter Mann zu widmen pflegt (sordidum vitae genus). Die erstere ist die infamia facti im engern Sinne, von welcher bisher gesprochen, und von der behauptet worden ist, daß sie ihre Grade habe; das letztere ist die levis notae macula. Die citirte Stelle des Codex, spricht von der Infamia juris, dem höchsten Grade der infamia facti im engern Sinne — der turpitudo, und derjenigen Infamia facti, welche durch den Ausdruck levis notae macula bezeichnet wird.

Frägt man zuerst: wer laborirte denn bey den Römern an der levis notae macula, so ist die Antwort: die Hurenkinder gewiß nicht. Denn die levis notae macula lädirt ja die existimatio; alle läsionen der existimatio können aber nur aus eigenen Handlungen hervorgehen; fremde können sie nie bewirken, es sey denn, daß man als Theilnehmer betrachtet werden müßte. Eine nothwendige Folge des Satzes ist, daß wenn jemand mit der levis notae macula behaftet ist, solche auch nur ihn für seine Person, nicht zugleich seine Familie treffen kann, es sey denn, daß sich diese zu demselben vitae genus bekännte, welches den Familienvater schändet. Die levis notae macula ist ja eine eigene Gattung der Infamia facti: was von dieser im Allgemeinen gilt, muß daher auch von ihr im Besonderen gelten: nirgends findet sich in dem Römischen Recht eine Spur davon, daß die laesio existimationis über die Person hinausgienge.

Wird gefragt: welches vitae genus bringt denn die levis notae macula hervor, so muß man eingestehen, daß in der Römischen Gesetzgebung die bestimmteren data zur Beantwortung der Frage abgehen. Wo ein vitae genus schon mit der Infamia juris bezeichnet ist, kann sehr natürlich nicht mehr die Frage seyn, ob es auch levis notae maculam hervor-

bringe, denn das Größere hebt bekanntlich das Geringere auf. Es gab Gewerbe bey den Römern, deren Betreiber freylich nicht in dem besten Rufe standen, und gegen welche sogar die gesetzliche Vermuthung des doli und der Verbrechen Statt fand, z. B. die nautae, caupones und stabularii: allein sollte man daraus schließen können, die levis notae macula habe dabey Statt gefunden? Ich glaube nicht: nicht darauf kam es an, ob eine gewisse gewerbetreibende Klasse in gutem oder schlechtem Rufe stand, sondern darauf, ob das Gewerbe selbst von der Beschaffenheit war, daß es anrüchig machte oder nicht. Es giebt Gewerbe, die bey dem einen Volke anrüchig machen, bey dem andern dagegen nicht; hier wohl gar in Ehren gehalten werden: um über solche Dinge urtheilen zu können, muß man genau mit der Denkart und der Verfassung des Volks bekannt seyn. Wir können wohl annehmen, daß alle bey den Römern zunftmäßig betriebene Gewerbe keine levis notae maculam hervorbrachten: ich möchte dasselbe von den unzunftmäßigen gleichfalls behaupten, und das sordidum vitae genus bloß auf solche Beschäftigungen beschränken, die unter der Kategorie der infamia juris stehen, solche aber darum nicht schon zur Folge haben, weil sie nicht nothwendig in Ansehung ihrer ausgesprochen worden ist. Der angenommene Maaßstab dürfte in der hier undurchdringlichen Dunkelheit gewiß sicherer zum Zweck führen als jeder andere. Es ist z. B. oben gezeigt worden, für welche Fälle das lenocinium infamirt und wo sich keine eigentliche Infamie annehmen läßt. Aber für die Fälle, wo auch keine Infamie Statt findet, bleibt doch immer ein sordidum vitae genus und zwar ein solches zurück, welches die levis notae maculam zur Folge hat. Die Analogie kann hier für einzelne Fälle leicht weiter helfen, sobald nur erst das Prinzip gefunden worden ist, von welchem sie ausgeht.

Frägt man endlich: welche Wirkungen die levis notae macula nach dem Römischen Recht hervorbringe, so kann hier weder die Infamia juris noch die Infamia facti im engern Sinn als Maaßstab für die Beantwortung der Frage gebraucht werden: die erstere schon darum nicht, weil bey ihr allein die gesetzlichen Bestimmungen ohne alle weitere Rücksicht entscheiden: die letztere aber um deswillen nicht, weil es einen großen Unterschied macht, ob man durch gesetzwidrige und unmoralische Handlungen anrüchig geworden ist, oder durch eine verächtliche Beschäftigung, der man sich hingegeben hat. Concurrirt mit der Beschäftigung etwas Unmoralisches, so ist klar, daß die daraus zugleich entstehende infamia facti im engern Sinn als das Größere, die levis notae macula als das Geringere absorbirt. Lösen wir die levis notae macula in ihre eigenthümliche Beschaffenheit auf, so lassen sich davon keine andern Wirkungen behaupten, als daß die damit Behafteten zwar auch um deswillen von öffentlichen Aemtern und Ehrenstellen, so wie von der Tutel Curatel, dem Soldatenstande ꝛc. ausgeschlossen sind, weil zu deren Bekleidung und Uebernahme die integra existimatio sowohl juris civilis als juris gentium erforderlich ist, daß aber ihren übrigen Rechten nicht das Mindeste abgeht, und sie daher auch durchweg eben so gültige gerichtliche als außergerichtliche Zeugen sind, wie diejenigen, welche volle existimatio und in jeder Rücksicht genießen: daß in der angeführten Stelle des Codex die levis notae macula der Infamia facti im engern Sinne, sogar der infamia juris gleichgestellt wird, hat seinen besondern Grund, der uns hier nicht stören darf.

Hiernach wäre also hinsichtlich der Zeugenfähigkeit insbesondere zwischen infames jure, infames facto im engern Sinne und mit der levis notae macula Behafteten ein sehr bedeutender Unterschied. Die ersteren wären ganz unzulä-

sige Zeugen, möchte die Rede von ihnen als gerichtlichen oder außergerichtlichen und Instrumentszeugen seyn. Die Zweyten wären außergerichtlich völlig fähige Zeugen, auch gerichtlich zulässige, aber nicht völlig glaubwürdige, nach Umständen auch wohl ganz unglaubwürdige oder gar nicht zu beachtende Zeugen. Die Dritten dagegen würden sowohl gerichtlich als außergerichtlich nicht bloß zulässige, sondern auch völlig glaubwürdige Zeugen seyn.

Den angenommenen Grundsätzen steht nicht entgegen, daß allenthalben wo vom Zeugenbeweise die Rede ist, dem Richter zur Pflicht gemacht wird, darauf besonders Rücksicht zu nehmen an testes integrae existimationis sint. Die integra existimatio ist hier sehr natürlich nur von den Fällen zu verstehen, wo das Gesetz etwas von der existimatio abhängig macht, oder nach der Natur der Sache, wie bey der infamia facti im engern Sinne etwas davon abhängt.

Nichts anders als diese den Römern auch schon bekannte und bey ihnen von der infamia facti im engern Sinne scharf abgesonderte, wenn auch gleich übrigens zur Infamia facti im weiteren Sinne gehörige levis notae macula, ist die sogenannte levis notae macula des germanischen Rechts, welche bloß aus übel verstandenen Grundsätzen des Römischen Rechts auf Personen ehedem ausgedehnt wurde, die derselben doch nicht unterworfen sind. Es läßt sich zur höchsten Evidenz beweisen, daß unsere Vorfahren die levis notae macula gar nicht gekannt haben. Sie kannten überall die Römische Infamie nicht, weder in ihren Begriffen noch in ihren Subtilitäten; sie kannten bloß eine Ehrlosigkeit, welche durch Handlungen hervorgebracht wurde, die entweder nach den Sitten und Gebräuchen im Volke schändeten, oder durch einen Zustand, der nach eben demselben als die Ehre entziehend betrachtet wurde, und verbanden damit meist die Recht-

losigkeit. Daß in der älteren deutschen Gesetzgebung für einzelne Fälle noch die Ehrlosigkeit besonders ausgesprochen worden ist, ändert die Sache im Geringsten nicht h).

Die deutsche Legislation hat bekanntlich hinsichtlich der levis notae macula nichts Besonderes verordnet: sie hat bloß

h) Den Unterschied zwischen der deutschen Ehrlosigkeit und der Römischen Infamie hat unstreitig Hagemeister am bestimmtesten entwickelt. Ich glaube dem, was von ihm und andern trefflichen Männern über diesen Gegenstand gesagt worden ist, nur noch folgende Bemerkungen hinzufügen zu müssen.

Klar ist, daß die Ansichten unserer Vorfahren von denen der Römer ganz verschieden waren. Etwas anderes ist die Ehre und Ehrlosigkeit, und wieder etwas anderes die existimatio und die Infamie. Die sogenannte bürgerliche Ehre kann ganz verloren gegangen seyn, und doch ist die existimatio civilis nicht ganz verloren, folglich noch immer keine Römische Infamia juris vorhanden. Mit der Einführung des Römischen Rechts sind zwar die deutschen Begriffe und Vorstellungen verdrängt worden, und haben sich an ihre Stelle die Römischen gepflanzt, aber es kommen doch noch Fälle vor, wo sie die allein gültigen bleiben müssen, weil die Römischen durchaus nicht passend sind. Dieß ist der Fall bey den sogenannten entehrenden Strafen. Schon oben ist bemerkt worden, daß die exauctoratio keine Römische Infamie wirkt, den Fall ausgenommen, wo sie bey Militär-Personen geschieht. Aber sie kann und soll einen Verlust der Ehre zur Folge haben. Dieß ist ja auch mit der Stellung am Schandpfahl und anderen solchen entehrenden Strafen der Fall. Wir würden also in Deutschland anzunehmen haben 1) eine Römische Infamia juris für die in dem Römischen Recht ausgesprochenen Fälle als Verlust der gesammten existimatio civilis. 2) Eine Römische Infamia facti als Läsion der existimatio juris gentium in verschiedenen Graden, und zerfallend in Infamia facti in specie und levis notae macula, und 3) endlich eine deutsche Ehrlosigkeit als Verlust der bürgerlichen Ehre. Jetzt würde die Frage seyn: welche Folgen diese deutsche Ehrlosigkeit hat? Daß sich hier (wie gewöhnlich geschieht) nicht die Folgen der Römischen Infamia juris aufstellen lassen, oder vielmehr was von der infamia juris gilt, nicht so geradezu auf die deutsche Ehrlosigkeit übertragen läßt, ist wohl klar: aber noch viel weniger dürfte sich darauf anwen-

die übertriebene Ausdehnung derselben, welche sich eingeschlichen hatte, gehemmt [i]). Um so mehr ist es daher Pflicht, die Lehre auf ihre ursprüngliche Einfachheit zurückzuführen, und das wirkliche sordidum vitae genus von dem bloß scheinbaren zu unterscheiden, überall aber die levis notae macula strenge von der infamia facti im engern Sinne zu trennen, wenn es sich um die Folgen und Wirkungen von beiden handelt. Als Menschen die ein sordidum vitae genus führen, können doch wirklich nur betrachtet werden 1) der Schinder nebst seinen Knechten. [k]) 2) Die mendicantes validi [l]). 3) Spieler von Profession. 4) Die umherziehenden und im eigentlichen Sinne vagabondirenden Comödianten-Trupps, Marktschreier, Seiltänzer, Bärenführer ꝛc.

---

den lassen, was man in den älteren Zeiten als Folge der Ehrlosigkeit annahm. Man dürfte sich hier an das zu halten haben, was eingebüßt worden ist — die Ehre. Was von der bürgerlichen Ehre abhängig ist, geht verloren, was nicht davon abhängig ist, bleibt: auf Zeugenfähigkeit kann die Sache gar keinen Einfluß haben. Wer am Schandpfahl gestanden hat, ist eben so gut ein zulässiger Zeuge als jeder Andere: ob er wegen der durch das Verbrechen bewirkten infamia facti von seiner Glaubwürdigkeit verlieren muß oder nicht, hängt von den Umständen ab, so auch, ob er wegen der vielleicht mit dem Verbrechen vergesellschafteten Römischen Infamia juris ganz zu verwerfen ist.

i) Reichsschluß v. J. 1772, Art. 5, wodurch die Kinder der Abdecker von der levis notae macula des Vaters frey sind, wenn sie nicht dessen Handthierung fortsetzen.

k) In wie fern die sogenannten Halbmeister von der levis notae macula auszunehmen, dürfte doch noch gefragt werden können. Den Scharfrichtern sind sie wenigstens auf keinen Fall ganz gleich zu stellen.

l) *Cod. XI, 25, const. un.* bestimmt zwar nicht, daß die rüstigen Bettler als mit der levis notae macula behaftet, betrachtet werden sollen: das Gesetz enthält bloß strenge Verfügungen gegen sie, welche *Nov. 80, c. 5.* noch gewissermaaßen geschärft worden sind. Aber diese mendicantes validi erscheinen nach diesen Gesetzen doch als schlechte Subjecte und Betrüger die das

Kuppler, öffentliche Huren ꝛc. laboriren an einer infamia facti im engern Sinn: dieß ist überhaupt sogleich der Fall, als sich zu dem sordidum vitae genus noch ein unmoralischer und niedriger Wandel gesellt *m*).

Betteln dem Arbeiten vorziehen. Noch bestimmter erklärt sich darüber die Reichs-Polizey-Ordnung vom Jahr 1577 Tit. 27. Das Betteln an sich kann noch nicht als sordidum vitae genus betrachtet werden; es muß noch Müßiggang und Faullenzerey hinzukommen.

m) Man sehe darüber Danz Handbuch des deutschen Privatrechts Th. II, §. 310.

XXXVI.

Allgemeine Bemerkungen über die Römische Sclaverey §. 236. — Berichtigung der gewöhnlichen Vorstellungen über die Aufhebung der Sclaverey §. 237 — 239. — Verhältniß des Römischen Freygelassenen zum Staat sowohl als zu dem manumissor §. 240 folg.

§. 236.

Eine Erörterung über die Römische Sclaverey [a]) gehört zwar so eigentlich nicht in dieses Buch, das nach der Vorrede des ersten Theils bloß Materien zum Gegenstande hat, deren practischer Gebrauch entweder als unbestritten erscheint, oder doch behauptet werden muß. Da indeß die Römische Sclaverey durch das ganze Rechtssystem der Römer greift, und ohne sie so vieles unverständlich bleibt, so ist sie schon als nothwendige Antiquität mitzunehmen, obgleich man auch hier nach dem Zwecke des Buchs nichts weiter als Aufklärung des noch Dunkelen und Berichtigung des Vorhandenen zu erwarten hat.

Die Römische Gesetzgebung scheint sich um die Sclaverey wenig bekümmert; sie scheint dieß Institut dem juri gentium, aus welchem es originirt, vielmehr ganz überlassen zu haben. Alles was wir antreffen, sind Bestimmungen über die Manumission, die Rechte des Freygelassenen, und polizeyliche Verordnungen über die Behandlung der Sclaven

a) So viel auch bereits über den Gegenstand geschrieben worden ist, so dürfte doch eine neue Untersuchung nicht ohne Nutzen seyn. Was auch selbst von Juristen darüber gesagt worden ist, ergreift doch immer mehr die antiquarische und historische, als die eigentlich juristische Seite. Die durch das ganze Römische Rechtssystem greifende Parthie dieser Lehre dürfte das seyn, worauf noch vorzugsweise die Aufmerksamkeit zu richten wäre.

ven — letztere erst aus der späteren Zeit; dann noch Regulirung des Patronatrechts. Wir haben also ein Rechtsinstitut vor uns, das wir in seinem Begriff und Wesen nicht nur, sondern auch in der Totalität der davon geltenden Bestimmungen ganz aus dem jure gentium auffassen und entwickeln müssen.

Zweyerley vernünftige gleichsam von ihm unzertrennliche Wesen, durch welche er wirken und handeln kann, hat ein Römischer paterfamilias in seiner Hand, den servus und den filiusfamilias (ich brauche hier das Masculinum so, daß es auch das Femininum in sich begreift). Beide stehen gewissermaaßen mit ihm in unzertrennlicher Verbindung: beide gehören zu seiner familia im weiteren Sinne dieses Worts: durch beide kann er handeln und erwerben, aber für beide ist er auch zu stehen verbunden. Die noxae datio als ein Privilegium gegen die Leistung des vollen Schadenersatzes kommt hier weiter nicht in Betracht, wo es bloß der Feststellung der obligatio gilt.

Die dominica und patria potestas sind die beiden mächtigen Hebel in der Hand eines Römischen Civis. Beide können nicht mit unserer sogenannten herrlichen und väterlichen Gewalt verglichen werden: denn sie begreifen zugleich eine früher unabhängige, späterhin der Majestas des Staats untergeordnete Majestas in sich. Von der patria potestas wird weiter unten die Rede seyn: hier gilt es allein der dominica potestas, und dem was ihr coordinirt ist. Ehe sich aber darüber sprechen läßt, wird es nöthig seyn, noch die gangbaren Vorstellungen über Entstehen und Aufhören der herrlichen Gewalt zu beleuchten.

§. 237.

Die Entstehungsarten der Sclaverey bey den Römern sind zu bekannt, als daß hier noch ein Wort darüber verloren werden dürfte. In genauere Betrachtung dürften

dagegen die Aufhebungsarten derselben kommen, die man gewöhnlich in solennes und minus solennes eintheilt, und zu den ersteren die Manumissionen per censum, per vindictam und in sacrosanctis ecclesiis, zu den letzteren dagegen die per testamentum, per epistolam, inter amicos etc. zählt. Schon von andern ist bemerkt worden, daß es bey den Römern eine doppelte Manumission gegeben habe, die vollkommene und die unvollkommene. Die erstere gab die gänzliche Befreyung von der Sclaverey, die letztere befreite bloß von Sclavendiensten. Diese letztere, welche in so mancher Hinsicht den Sclaven dem filiusfamilias gleich stellt, und ohne allen Zweifel die Quelle der servilis cognatio, des contubernii, des sogenannten peculii servilis und so mancher anderer Rechtsverhältnisse ist, verdient noch mehr herausgehoben, und genauer untersucht zu werden. Aber auch in Ansehung der ersteren ist die Untersuchung von großer Wichtigkeit: was es denn mit den sogenannten modis solennibus für eine Bewandtniß hatte, wie sie sich zu den minus solennibus verhielten, und ob unter den angeblichen minus solennibus nicht einige gar nur der bloßen Befreyung von Sclavendiensten angehören, oder etwa sämmtlich davon galten?

Wenn dem Dionys von Halicarnaß [b]) zu trauen ist, so erhielt vor Servius Tullius kein Freygelassener die Civität: die Art und Weise, wie die Manumission geschah, mußte daher dem Staat um so gleichgültiger seyn, als es ihn nichts angieng, wer von den Nicht-Cives in Rom ein Freyer oder ein Sclave war. Da die Sclaverey überall nicht bloß ein Institut des juris gentium war, sondern auch in dieser alleinigen Eigenschaft und ohne weiter durch jus civile modificirt worden zu seyn in Rom bestand, so war um so weniger ein Grund vorhanden in Absicht der Manumission

b) *Ant. Rom.* IV, p. 126.

etwas gesetzlich zu bestimmen, als solche auf den Staat nicht den mindesten Einfluß hatte. Wurden aber nach der von Servius Tullius getroffenen Einrichtung die Freygelassenen Cives, so konnte zwar auch die Manumission selbst dem Staate gleichgültig seyn: aber es mußte ihm doch daran gelegen seyn, zu wissen: einmal daß solche wirklich vor sich gegangen: zweytens unter welchen Bedingungen sie geschehen war. Nicht jeder Manumissus konnte doch Civis werden: nur der, welcher die volle Freyheit unter Bedingungen, die nicht mit der Civität incompatibel waren, erhalten hatte, konnte auf die Civität Anspruch machen. So und nicht anders konnte auch nur die Absicht des Servius Tullius seyn. Wir sind also anzunehmen berechtigt: es blieb hinsichtlich der Manumission selbst bey dem bisherigen Verfahren, das wir zwar nicht genau kennen, das aber wahrscheinlich in einer bloßen Erklärung des dominus vor Zeugen, daß der servus frey seyn, und unter welchen Bedingungen er frey seyn sollte, bestand; aber der Manumission mußte eine professio publica des dominus folgen, wenn der Freygelassene unter die Cives eintreten sollte.

Diese professio ist nun das, was uns die Alten gewöhnlich als manumissio per censum darstellen: eine Erklärung des ehemaligen dominus, daß das Subject, welches er zugleich bey den mit dem Census beauftragten obrigkeitlichen Personen präsentirte, von ihm und unter welchen Bedingungen es freygelassen worden sey, damit diese, wenn der Freygelassene nun darauf antrug, in die Schatzungsrollen (worin nur Cives eingetragen werden konnten) eingetragen zu werden, darüber urtheilen konnten, ob er überall eingetragen werden dürfe. Ohne das hätte sich ja jeder Sclave oder unvollkommen Manumittirte beym Census als Civis angeben, und sich in die Schatzungsrollen eintragen lassen können. Per censum wurde also eigentlich niemand manumittirt, son-

dern die geschehene manumissio wurde nur bey der Obrigkeit, welche mit dem Census zu thun hatte, professirt: es wurden dort zugleich die Manumissions-Bedingungen einregistrirt, damit zugleich aus den Schatzungs-Tafeln hernach das Verhältniß des alten Civis und ehemaligen dominus zu dem neuen Civis und ehemaligen servus bestimmt werden konnte. Wie der Ausdruck: manumissio per censum überall aufgekommen seyn mag? Ich stelle mir die Sache so vor. Weil der manumissor indem er den manumissus beym Census präsentirte und die geschehene Manumission in ihrem ganzen Umfange professirte, es dadurch erst möglich machte, daß der Freygelassene verlangen konnte, in die Schatzungsregister eingetragen zu werden; die Civität also von dieser Profession allein abhängig war, so verwechselte man die Manumission mit der Profession und sah es so an, als wenn durch die Profession auch allererst die Manumission geschehen wäre. Es ist auch möglich, daß die sonst übliche vorhergehende Manumission ganz unterblieb, und die professio als genügend angesehen wurde: aber per censum selbst konnte doch vernünftiger Weise niemand manumittirt werden, eben so wenig durch die professio coram censu, sondern die manumissio blieb immer etwas für sich Bestehendes etwa nur in der professio selbst Enthaltenes; dazu ein Privatact, denn vor den mit dem census beauftragten Obrigkeiten als solchen, konnte kein Act der freywilligen Gerichtsbarkeit unternommen werden.

Noch klarer wird das Gesagte durch die Stelle aus Ulpian Fragm. I. §. 8. „Censu manumittebantur olim, qui lustrali censu Romae jussu dominorum inter cives Romanos censum profitebantur." Darnach würde eigentlich die sogenannte manumissio per censum in weiter nichts bestanden haben, als daß der manumissor den manumissus an die mit dem census beauftragten Obrigkeiten (versteht sich mit

der Nachricht, daß er denselben und unter welchen Bedingungen er ihn frey gegeben), und mit der Erlaubniß sich als Civis inscribiren zu lassen, geschickt habe. So erkläre ich mir wenigstens das jussu dominorum inter cives — profitebantur. Anzunehmen, daß es bloß der Erlaubniß des Herrn den censum zu profitiren bedurft habe, finde ich mich darum nicht geneigt, weil es den Staat zu sehr interessirte, zu wissen, unter welchen Bedingungen die Manumission geschehen war, und es davon abhieng, ob der manumissus zur professio zugelassen werden konnte c). Auf jeden Fall würde in dem jussus domini censum inter cives zu profitiren schon die Freylassung enthalten gewesen und solche nicht erst per censum erfolgt seyn. Die Aufnahme in die Schatzungsrollen würde nur den manumissus befugt gemacht haben, unter den civibus Sitz und Stimme zu nehmen.

Irre ich nicht, so war die manumissio per censum nichts weiter als der Act, welcher einen Freygelassenen, der durch die simple Manumission schon civis geworden war, erst befugt machte, an den sogenannten juribus publicis eines Römischen Bürgers Theil zu nehmen. Man müßte sie daher ganz unter den Manumissionsarten streichen und unter die Bedingungen zur Ausübung der vollen Civität stellen.

---

c) Wohl mehr Werth als nöthig ist, setzt Heinneccius *Antiq. Rom* I, 4 und 5, 3.) auf das Ulpianische „censu *lustrali*." Die Sache ist doch so natürlich, wir wollten denn eine provisorische und definitive Eintragung in die tabulas censuales unterscheiden. Auch die erstere angenommen, würde sich seine Behauptung „non statim enim atque eum censeri jusserat dominus plenam libertatem consequebatur, sed exspectandum erat, dum lustrum conderetur: interim enim domino poenitere licebat" nicht vertheidigen lassen. Denn auch bey der provisorischen Eintragung würde dadurch alles unwiderruflich abgemacht gewesen seyn, indem die definitive doch auch nur von einem Lustrum zum andern vorhalten sollte.

§. 238.

Mit der sogenannten manumissio per vindictam hat es, wenn wir nicht allen historischen Glauben bey Seite setzen wollen, die Bewandtniß [d]). Ursprünglich war sie nichts weiter, als die vindicatio in libertatem eines Sclaven, welche von Seiten des Staats geschah, weil der Sclave sich um denselben so große Verdienste erworben hatte, daß man ihn mit der Freyheit belohnen zu müssen glaubte [e]). Wenn dagegen das auch sonst so sehr respectirte Eigenthumsrecht eines Civis zurücktreten mußte, so forderte es doch eines Theils die Achtung gegen dasselbe, daß man nicht ohne die Formalitäten des Rechtsverfahrens wenigstens scheinbar zu beobachten mit der Freyheitserklärung hervortrat, andern Theils die Würde der Handlung, daß solche nicht bloß mit Publicität, sondern auch mit Solennität geschah. Von Seiten des Staats wurde jemand (assertor) bestellt, welcher Namens desselben die Freyheit von dem dominus servi vor dem mit

---

Anzunehmen, daß vor dem lustrum ein Termin bestimmt gewesen, binnen dessen jeder profitiren müssen, der eingetragen seyn wollte, daß binnen dieses auch der manumissus jussu domini profitiren müssen, und bis zum lustrum der manumissor jus poenitendi gehabt, hat auch seine große Schwierigkeit: durch die angeführte Stelle aus Cicero *de Orat.* I, c. 40. wird die Meinung von Heineccius gar nicht unterstützt, auch ist sie dem Geiste der sogenannten manumissio per censum durchaus zuwider.

d) Man vergleiche mit dieser Darstellung Unterholzner von den Formen der *manumissio per vindictam etc.* in der Zeitschrift für historische Rechtswissenschaft II. B. S. 140 folg.

e) Ich folge hier der Entstehung des Rechtsinstituts Liv. II, 5. *Dig. I*, 2, *L.* 2, §. 24. wornach ein gewisser Vindicius oder Vindex, ein Sclave des Vitellius, dem Senat eine Verschwörung entdeckte und dafür mit der Freyheit beschenkt wurde, die Manumission aber mit der hernach immer beybehaltenen Förmlichkeit geschah, welche die manumissio per vindictam ausmacht.

jurisdictio versehenen Magistratus forderte *f*). Gab dieser gutwillig nach, so war damit alles abgethan und es bedurfte bloß der obrigkeitlichen Würdigkeits-Erklärung: gab er nicht nach: so mußte sehr natürlich durch einen Urtheilsspruch die Zulässigkeit der vindicatio erklärt *g*) und demnächst der servus im Namen des dominus, der ja nicht zur Manumission gezwungen werden konnte, von dem Magistratus manumittirt werden. Die dabey üblichen Formalitäten kennen wir zwar nicht, aber es ist wohl klar, daß keine anderen Statt hatten, als welche die Römer bey ihren Privat-Manumissionen gebrauchten. Wir können recht gut annehmen, daß der Sclave Vindex oder Vindicius wegen der von ihm entdeckten Verschwörung zuerst zu dieser unfreywilligen Manumission Veranlassung gab, ohne daß wir nöthig haben, den Ausdruck „manumissio per vindictam" von ihm abzuleiten. Die vindicta als Ruthe, womit, auf Befehl des Magistratus, der lictor Namens des dominus, und nachdem er im Namen desselben zugleich die Freylassung ausgesprochen hatte, den servus in Freyheit setzte, und den solennen Manumissionsact vollzog, mag dem Vindicius dem Namen nach angehören, der Sache nach gehört sie ihm gewiß nicht an, sondern ist etwas von der gewöhnlichen Feyerlichkeit der Privat-Manumission Entlehntes und auf die öffentliche Manumisson Uebertragenes.

---

f) Darauf geht das vindicare in naturalem libertatem bey **Theophilus**. An eine cessio in jure ist wohl nicht zu denken.

g) An eine vis civilis und andere Dinge, die bey der eigentlichen vindicatio vorkommen, ist hier gewiß nicht zu denken. Es wurde ja bloß im Namen des Staats und wegen Verdienste um denselben die Freyheit des Sclaven von dem dominus gefordert.

Glauben wir den alten Schriftstellern *h*), daß zum Gedächtniß der Vindiciusschen Geschichte oder vielmehr um die Sclaven zu ähnlichen Handlungen zu ermuntern, jährlich einige Sclaven auf eine feyerliche Weise in Freyheit gesetzt wurden, so konnten das wohl keine andere als servi reipublicae seyn, (oder wir müssen annehmen, daß von Seiten des Staats den dominis ihre Sclaven, ohne daß sich solche ein Verdienst um den Staat erworben hatten, hätten weggenommen und freygegeben werden können), wobey das vindicare in libertatem (das imaginaire Rechtsverfahren) sehr gut hätte wegfallen können, wenn nur das Uebrige beobachtet wurde, was eigentlich die Solennität der Manumission ausmachte. Allein man behielt die einmal eingeführte Form bey, weil doch dabey auch der Staat sein Eigenthum hergeben mußte und das vindicare in libertatem in nichts weiter als in einer feyerlichen Aufforderung zur Manumission, weil der Sclave die Freyheit verdient hatte, bestand.

In dieser Vorstellung hat die sogenannte manumissio per vindictam noch gar nichts mit den gewöhnlichen Sclaven-Manumissionen oder der Manumission der Privatpersonen zu schaffen. Es dürfte die höchste Ungereimtheit seyn, anzunehmen, die cives, welche ja auf einem kürzeren Wege ihre Manumissionen bewerkstelligen konnten, hätten sich die Mühe gegeben, eine solenne Manumission vor dem Magistratus zu bewerkstelligen, der obendrein ja, wie unsere jetzigen Richter, gar nicht dazu da war, daß die Cives Handlungen vor ihm verrichten konnten, welche sie wollten. Und wo steht es geschrieben, daß eine solche öffentliche Manumission mehr Wirkung gehabt habe als die Privat-Manumission. Wer die vollen Rechte eines Civis haben wollte, mußte sich

h) Die hieher gehörigen Stellen sind bekanntlich gesammelt und zusammengestellt von *Pet. Faber semestr.* I, p. 194 seq.

doch beym Census inscribiren lassen: daß der publice manumissus dieß ohne alle Umstände auf den Grund der ihm ertheilten und notorischen öffentlichen Manumission konnte, und dazu weder des jussus domini, noch der Vorlegung der Manumissionsbedingungen bedurfte, war etwas Zufälliges, welches die Sache selbst nicht veränderte.

Entweder der Umstand, daß der Census in Verfall gerieth, und man daher keine legitimation für die volle Civität eines Manumissus hatte, oder wohl gar bey dessen Wiederherstellung sich zwar mit der Aufzeichnung in die tabulas censuales, nicht aber mit Untersuchung der Kundschaft eines Manumissus befassen wollte, und daher den privatim Manumittirten große Schwierigkeiten machte, scheint die Veranlassung zu den öffentlichen Manumissionen gegeben zu haben. Dabey gieng es denn Anfangs so zu. Man trat den mit Jurisdictio versehenen Magistratus an und bat vor ihm, den servus, den man bey sich hatte, manumittiren zu können. Die Form war dieselbe, wie sie bey den Staatsmanumissionen hergebracht war, die imaginaire vindicatio in libertatem, das (hier ganz natürliche) Nachgeben des dominus die Würdigkeits Erklärung, das Aussprechen der Manumissions Formel und der Schlag mit der vindicta — der Freyheitsschlag. Sehr natürlich konnte da die manumissio per vindictam nicht anders als in den ordentlichen Sitzungen des Magistratus geschehen. Späterhin verlor sich die vindicatio in libertatem: man hielt es für hinlänglich, wenn der manumissor sich nur mit dem servus dem Magistratus präsentirte, um die Erlaubniß bat, vor ihm manumittiren zu können, und auf die erhaltene Erlaubniß die Manumissions-Formel aussprach, und dem Sclaven den Freyheitsschlag gab. Für einen solchen Act hielt man die ordentlichen Sitzungen des Magistratus nicht nothwendig: man manumittirte, wo man ge-

rade den Magistratus antraf, vor welchem manumittirt werden konnte i). — Der Magistratus konnte dabey zwar keine causae cognitio anstellen, aber es hing ja von ihm ab, wenn er solche nöthig fand, den Manumissionsantrag zu der ordentlichen Session zu verweisen.

Hiernach wäre also die manumissio per vindictam von einer doppelten Art, und erschiene einmal als eine vom Staate ertheilte manumissio und donatio libertatis 1) für Privat-Sclaven, die sich um den Staat verdient gemacht

i) Bey dieser Erklärung, die ich über eine so dunkele Sache zwar keinesweges für die allein richtige ausgebe, die mir aber doch die Sache weit mehr zu erschöpfen scheint als die bisherigen Erklärungen, bemerke ich noch Folgendes. 1) So lange die vindicatio in libertatem noch mit der manumissio per vindictam verbunden war, konnte solche sehr natürlich nur vor einem Magistratus geschehen, der jurisdictionem contentiosam und voluntariam zusammen hatte: späterhin und als solche unterblieb, auch vor jedem Magistratus, der nur freywillige jurisdictionem oder sogenannte legis actionem hatte, wie aus Paulus *Rec. sentent.* II, 25, §. 4. erhellt, wo es heißt „Apud Magistratus municipales, si habeant legis actionem, emancipari et manumitti potest. Kam eine Staatsmanumission in der alten Art vor, so war es sehr natürlich, daß dabey die alte Form beobachtet werden müßte und solche daher auch nur vor einem Magistratus vollzogen werden konnte, der jurisdictionem voluntariam und contentiosam zugleich hatte. Denn es kam die jurisdictio vor, in so fern als es der Frage galt, ob der servus die Freyheit verdient habe. 2) Wenn es *Dig. XL*, 2, *L.* 47. heißt „Non est *omnino* necesse pro tribunali manumittere; itaque plerumque in trasintu servi manumitti solent, cum aut lavandi aut gestandi aut ludorum gratia prodierit praetor aut proconsul legatusve Caesaris" so erhellt daraus klar, daß die manumissio per vindictam eigentlich pro tribunali geschehen mußte, und daß es bloß etwas Nachgelassenes war, sie auch in transitu zu verrichten. Der Magistratus konnte ja auch dabey keine causae cognitionem vornehmen, aber man dachte vielleicht, die causae cognitio sey ja eine Sache, welche vorzugsweise den manumissor und den manumissus angehe: das Gesetz forderte sie nicht als etwas Nothwendiges zu dem Act. Anfangs als die Manu-

hatten. 2) Für servi publici, um das Andenken an die Begebenheit mit dem Vindicius zu erneuern und andere Sclaven zu gleichen löblichen Handlungen aufzumuntern. Zweytens als eine von einem Privatus vor der competenten Obrigkeit geschehene Manumission seines Sclaven. Die manumissio per vindictam stellt sich als actus contentiosae und voluntariae jurisdictionis zugleich, aber auch als bloßer actus volunt. jurisd. dar: das erstere in allen Fällen, wo die vindicatio in libertatem dabey vorkommt, das letztere dagegen in solchen, wo ohne diese vor dem Magistratus manumittirt wird. Wo sie als actus contentiosae jurisdictionis erscheint, ist sie doch nur ein Schein-, nicht ein wirklicher Act.

Als Act der freywilligen jurisdictio war die manumissio per vindictam Anfangs etwas sehr Einfaches, wobey es

---

missionen der Privaten anfingen vor dem Magistratus zu geschehen, betraf sie ja auch nur überall den Umstand, ob der Sclave, welcher in libertatem vindicirt wurde, die Freyheit verdiene, und als die vindicatio in libertatem wegfiel, fiel auch natürlich die Beurtheilung des Puncts weg. Die spätere causae cognitio betraf zwar auch die Würdigkeit des Sclaven mit, aber die Sache war mehr Privat- als öffentliche Angelegenheit. 3) Es läßt sich erklären, wie späterhin der Freyheitsschlag auch von dem manumissor selbst erfolgen konnte, der auch sehr natürlich selbst die Manumissions-Formel aussprach, weil nicht immer der Lictor zugegen war, worauf sich unter andern *Dig. c. l. L.* 8. bezieht, wo **Ulpian** sagt: Ego cum in villa cum praetore fuissem, passus sum apud eum manumitti, etsi lictoris praesentia non esset." Die virga konnte also nicht gebraucht werden, vielleicht vertrat ihre Stelle eine Ohrfeige, die der Herr dem Sclaven bey der Manumission gab: der manumissor vertrat selbst das officium lictoris. Uebrigens bin ich sehr geneigt mit *Merillius* (*Observat.* VII, 14, p. 25.) solche Freyheitsschläge meist auf Privat-Manumissionen zu beziehen: der ganze Ritus vor dem Magistratus, in so fern von dem Manumissions-Act selbst die Rede ist, scheint mir bloß der Privat-Manumission nachgebildet zu seyn.

bloß auf die Hersagung der Loslassungs-Formel und der hinzutretenden symbolischen Handlung, den Schlag mit der vindicta oder einen Schlag von dem Manumissor selbst — den Freyheitsschlag (dessen Stelle auch wohl andere Ritus vertreten haben mögen) vor dem Magistratus ankam k). Wer indeß einen Act, den er auch privatim verrichten kann, vor der Obrigkeit unternimmt, berechtigt diese schon dadurch von selbst zu der Untersuchung, ob er überall dazu befugt sey, denn es ist deren Interesse, daß nichts Ungültiges vor ihr geschehe. Als späterhin die Manumissionen so sehr beschränkt wurden, gehörte dieser Punct von selbst zur Cognition des Magistratus. Alles hing indeß von dem Magistratus ab, der wissen mußte, wo die causae cognitio noch besonders erforderlich und daher der Act vor die ordentliche Session zu verweisen war, oder wo es solcher nicht bedurfte und die Handlung daher kurz und gut abzuthun war. Besondere Vorschriften darüber gab es nicht.

Nach dem völligen Verfall des Census konnte von dieser Manumissionsart, weil sie eines Theils allein Publicität gab, andern Theils die Vermuthung für sie stritte, daß die Würdigkeit des manumittirten Subjects vor dem Magistratus in Erwägung gezogen worden, wohl nur allein der volle Genuß der Civität abhängig seyn. Um dazu zu gelangen, dürften Privat-Manumissionen noch wohl erst der Untersuchung der Obrigkeit unterworfen gewesen seyn. Schon oben ist bemerkt worden, daß die Obrigkeiten, welche den Census hielten, Dinge dieser Art von sich schoben: als der Census in Verfall gerieth, war nun schon die Concurrenz des ordentlichen Magistratus nothwendig und fast unerläßlich, besonders nachdem die Freyheit zu manumittiren war beschränkt und obendrein festgestellt worden, daß nicht jeder Freygelassene

k) Siehe die vorhergehende Note.

die Civität, sondern nach Umständen auch wohl nur die Rechte der *Latini*, oft gar nur die der *Deditii* erhalten sollte *l*). Mochte der dominus öffentlich oder privatim manumittiren, und mochte im letzteren Fall, wenn die Gesetze waren beobachtet worden, der servus eine eben so gute libertas als im ersten Fall erhalten: allemal mußte doch das öffentliche Verhältniß des Freygelassenen erst durch die Obrigkeit festgestellt werden. Was bey der manumissio per vindictam der Magistratus, vor welchem sie geschah, jetzt ohne Zweifel gleich mit regulirte, mußte bey den Privatmanumissionen noch erst besonders hinterher regulirt werden *m*).

Wie in diese Theorie die von Constantin dem Großen eingeführte manumissio in sacrosanctis ecclesiis eingreift, ist schwer zu bestimmen, wenn wir sie uns mit Gothofred und andern als ein völliges Surrogat der manumissio per vindictam vorstellen, welche Ansicht doch unstreitig richtiger ist als die von Heineccius, der sie sich als eine Stellvertreterin der manumissio per censum denkt. Die uns erhal-

---

l) Nämlich durch die Lex Aelia Sentia und Lex Junia Norbana.

m) Vielleicht verhielt sich die Sache so: 1) Manumissionen per vindictam, welche coram tribunali nach gehöriger cognitio sowohl darüber, ob die gesetzlichen Bedingungen zur Manumission vorhanden waren, als darüber, ob der manumittendus ein würdiges Subject war, geschahen, gaben unbedingten Anspruch auf volle Civität. Dagegen 2) Manumissionen per vindictam die ohne solche cognitio und nicht coram tribunali geschehen waren, so wie 3) alle bloße Privat-Manumissionen verschafften bloß volle Freyheit und Anspruch auf die Civität in so fern als hernach bey einer noch erst anzustellenden Untersuchung der Freygelassene noch als ein würdiges Subject befunden wurde. Die letztere Art der Manumission cum vindicta würde daher eigentlich nichts weiter als Publicität der Manumissions-Handlung und Präsumtion, daß der manumissus ein würdiges Subject war, gewirkt haben.

tene Constitution n) sagt „Qui *religiosa* mente in ecclesiae gremio *servulis suis meritam concesserit libertatem*, *eandem* eodem jure *donasse videatur*, quo civitas Romana *solennitatibus decursis* dari consuevit. Sed hoc duntaxat iis qui sub aspectu antistitum dederint, placuit relaxari. Clericis autem amplius concedimus, ut cum suis famulis tribuunt libertatem, non solum in conspectu ecclesiae ac religiosi populi plenum fructum libertatis concessisse dicantur, verum etiam cum postremo judicio libertates dederint, seu quibuscunque verbis dari praeceperint: ita ut ex die publicatae voluntatis, sine aliquo juris teste vel interprete competat directa libertas." Zwey Fragen sind hier zu beantworten. Erstens: im welches Verhältniß trat die neue Manumissions-Art mit der manumissio per vindictam Zweytens, was hat es mit dem der Geistlichkeit hier noch besonders verliehenen Privilegium für eine Bewandtniß.

Vorläufig ist zu merken, daß Constantin bey dieser Manumission zur Bedingung macht 1) daß sie religiosa mente geschehen und 2) daß den servis die bene merita libertas ertheilt worden. Man möchte fragen: wird auch vorausgesetzt, daß der manumissor fähig war die libertät zu geben, und daß sonst alles in gesetzlicher Ordnung war, oder brachte die religiosa mens hier schon alles ein? Fast sollte man glauben, es komme allein auf die namentlich gemachten Bedingungen an, alles andere sey vom Uebel. Indeß ist doch wohl um den wahrhaft oder politisch frommen Imperator nicht etwas Ungereimtes sagen zu lassen, anzunehmen, er habe sich die Sache durchgehends in der Ordnung gedacht, so, daß wenn die manumissio vor dem Magistratus geschähe, dieser nichts auszustellen haben könnte, sondern die Manu-

n) Sie steht *Cod. Theod. IV*, 7, und *Cod. Iust. I*, 1. *const.* 1 und 2.

mission geschehen lassen müßte. — Die erste der oben erwähnten Fragen beantwortet uns nun, in so fern es den Punct der Libertät gilt, die Constitution selbst schon zur Genüge: die manumissio in sacrosanctis ecclesiis soll eben die libertas geben, welche die manumissio per vindictam (denn diese kann nur mit dem „solennitatibus decursis" gemeint seyn) giebt. In so fern aber von der Civität die Rede ist, schweigt die Constitution darüber ganz. Unmöglich kann man annehmen, die manumissio in sacrosanctis ecclesiis habe unbedingt die Civität gegeben, denn diese gab ja auch die manumissio per vindictam nur in so fern, als der Magistratus keinen Manumissions-Act zuließ, von welchem nicht die Civität Folge war. War gleich die manumissio in sacrosanctis ecclesiis eine öffentliche und solenne Manumission, so war sie doch keine Handlung vor der Obrigkeit, keine mit causae cognitio verbundene Handlung. In Ansehung der Wirkungen mußte sie also den Privat-Manumissionen gleich gestellt werden. Privat-Manumissionen aber hatten in dieser Zeit nicht mehr wie ehedem die Civität zur Folge: sie gaben nur Anspruch darauf. Anders mochte es nach dem älteren Recht gewesen seyn, wo die Civität durchgehends Folge der vollen Manumission war, und nur die Ausübung des droit public von der Aufzeichnung beym Census abhieng: aber das System hatte sich ja geändert: das neuere Recht forderte ja Untersuchung über das frühere Betragen des manumissus und machte davon die Erwerbung der Civität abhängig. Wurde nun wohl die Untersuchung bey der manumissio per vindictam mit darüber erstreckt, so war solche doch etwas besonderes und gehörte überall nicht zu dem Manumissions-Act. Darum wurde auch dieser Punct wohl in der Constantinischen Constitution ganz übergangen: es verstand sich nach dem damals geltenden Recht wohl von selbst, daß der in sacrosanctis ecclesiis manumissus nicht zugleich die Civität erhielt,

sondern deren Ertheilung noch von einer näheren Untersuchung über sein ehemaliges Benehmen abhieng.

Aber möchte man einwenden, die Constantinische Constitution setzt ja doch die manumissio in ss. ecclesiis ganz der manumissio per vindictam gleich: entweder wir müssen annehmen, daß die manumissio per vindictam eine bessere libertas gegeben als die Privat-Manumission, was sich doch nicht annehmen läßt, oder es muß behauptet werden, daß die Gleichstellung die volle Civität mit betroffen habe, welche eine Folge der manumissio per vindictam war. Ich denke die Abfertigung des Einwandes liegt schon in den Worten „servulis suis meritam concesserit libertatem" der Constantinischen Verordnung. Constantin setzt voraus, daß in Absicht der Eigenschaften des zu Manumittirenden alles in der Ordnung ist, daß es ein Subject ist, das sich zur Civität vollkommen eignet. Unter dieser Voraussetzung soll es durch die manumissio in ss. ecclesiis die Civität eben so gut erlangen, als durch die manumissio per vindictam. Aber die Frage, ob nun auch das manumittirte Subject die vorausgesetzten Eigenschaften hatte, gehörte hinterher zur Cognition der weltlichen Obrigkeit, welche den manumissus nicht zur Civität zuließ, wenn er nicht die Eigenschaften hatte, die der Imperator voraussetzte.

Doch vielleicht schließt das „sub aspectu antistitum" — im Angesicht der Vorsteher der Gemeinde, die Concurrenz der Obrigkeit aus, indem den Gemeinde-Vorstehern dadurch gleichsam eine Concurrenz bey der Manumission eingeräumt wird, die nicht zu leiden brauchten, wenn ein schlechtes Subject an heiliger Stätte manumittirt werden sollte, und wenn sie die Manumission geschehen lassen, dadurch die Vermuthung für den manumissus begründen, daß er sich ganz zur Civität eigne. Diese Erklärung dürfte allerdings viel für sich haben, indeß waren die antistites doch immer

mer noch keine Magistratus: nirgends wird auch gesagt, daß sie die Manumission hätten behindern können: ihre Gegenwart konnte endlich auch nur der größeren Feyerlichkeit und vorzüglich des Beweises wegen nöthig seyn.

Am richtigsten dürfte sich wohl die Sache darstellen, wenn angenommen würde, die manumissio in sacrosanctis ecclesiis sey ganz dem Fall gleich gestellt gewesen, wo vor dem Magistratus außer der Zeit der Sessionen, und ohne daß eine förmliche causae cognitio von ihm angestellt wurde, war manumittirt worden. Die Manumission hatte etwa nur die Präsumtion für sich, daß der manumissus ein rechtlicher und zur Civität völlig geeigneter Mann war, allein man konnte doch gegen ihn Einwendungen machen, was man nicht mehr konnte, wenn causae cognitio der Manumission vorangegangen war.

So viel die zweyte Frage betrifft, ist klar, daß den Geistlichen hier ein außerordentliches Privilegium gestattet worden. Nicht nur ihre in ecclesia auch ohne Zuziehung der Vorsteher der Gemeinde geschehenen Manumissionen, sondern auch sogar ihre testamentarischen werden der manumissio per vindictam gleichgestellt. Der Imperator verläßt sich hier ganz auf ihre Rechtlichkeit, daß sie keinem von ihren servis die Freyheit geben werden, der nicht verdient unter den civibus seinen Platz zu nehmen. Der manumissus konnte indeß gewiß auch hier nur in so fern zur Civität gelangen, als der Staat dawider nichts zu erinnern hatte o).

o) Am besten dürfte man unstreitig thun, wenn man der manumissio in sacrosanctis ecclesiis überall nicht größere Wirkungen beylegte, als welche diejenige Art der manumissio per vindictam hatte, die ohne causae cognitio geschah. Man vergleiche übrigens mit dem von mir Gesagten *Rutg. An. van Beem* Diss. *de manumiss. inss. ecclesiis* in *Oelrichs Thes. nov. Diss. Belgic.* Vol. II. T. I. pag. 74.

Wollten wir das weltliche Einschreiten bey der manumissio in sacrosanctis ecclesiis ausschließen, so müßten wir nothwendig zu der ungereimten Behauptung kommen, daß wo extra ecclesiam nur rechtliche Leute zur Civität gelangen konnten, in ecclesia den größten Schurken der Weg dazu gebahnt werden können.

§. 239.

Die manumissio per testamentum mag in so fern zu den solennen Manumissionen gehören, als sie in einem solennen Acte geschieht, aber da sie nicht mit der Publicität verbunden ist, wie die manumissio per vindictam und in ff. ecclesiis, so kann sie auch unmöglich mit diesen Manumissionsarten in eine Klasse gestellt werden [a]). Welche libertas der Sclave haben sollte, hing hier ohnehin, wie bey den sogenannten nichtfeyerlichen Manumissionen lediglich von dem dominus ab: bey der manumissio per vindictam und in sacrosanctis ecclesiis mußte immer die volle libertas gegeben werden. Zu bekannt ist der Unterschied zwischen der im Testament direct und indirect oder per fideicommissum ertheilten libertas zusammt den davon abhängigen Folgen und Wirkungen, als daß darüber noch gesprochen zu werden brauchte. Eben so bekannt sind die sogenannten manumissiones minus solennes, per epistolam, inter amicos etc. wovon Justinian noch der ersteren eine neue Form gab [b]). Allein das darf unserer Bemerkung nicht entgehen, daß die Frage, ob der Manumissus zur Civität gelangen könne, dabey eben so gut

a) Ob diese Manumissions-Art zuerst durch die Zwölf Tafeln eingeführt wurde, wie Heineccius (*ant. rom.* I, 4 und 5. §. 6.) und andere behaupten, dürfte doch noch die Frage seyn. Ich setze sie mit Hugo Rechtsg. u. a. S. 62 schon in frühere Zeiten.

b) *Cod. VII, 6, const. un.*

wie bey allen nicht solennen Manumissionen noch erst von der Untersuchung abhieng, ob er auch solche nach den Gesetzen verdiente.

Oben ist bemerkt worden, daß unserer Ansicht nach die sogenannte cognatio servilis, das contubernium und das peculium servile mit den unvollkommenen Manumissionen zusammenhängen. Die unvollkommenen Manumissionen sollen daher noch unsere Aufmerksamkeit beschäftigen, besonders da über diesen Gegenstand noch so wenig oder fast gar nichts gesagt worden ist.

Es würde ein ganz unverdienstliches Unternehmen seyn, jetzt noch bestimmen zu wollen, welche von den zu unserer Kenntniß gekommenen nicht solennen Manumissions-Arten die vollkommene oder unvollkommene Freyheit gaben. Ueberdieß ist es ja auch möglich, daß eine und dieselbe Manumissions-Art gewählt wurde, um vollkommene sowohl als unvollkommene Freyheit zu verschaffen. Es kann nicht geläugnet werden, daß es eine doppelte libertas bey der Manumission gegeben habe, die vollkommene und die unvollkommene, und daß die letztere keine Aufhebung der Sclaverey, sondern nur Befreyung von gewöhnlichen Sclaven-Diensten verschafft habe. Die dominica potestas bestand dabey fort, aber ihre Strenge wurde gemildert: von dem dominus hieng es nun ab, den servus seiner eigenen Familie mehr zu nähern, und ihn gleichsam als seinen filiusfamilias zu behandeln c). So gab es Sclaven, die im äußern als quasi

c) Dahin glaube ich gehören auch die Handlungen, welche man gemeinhin sich als Manumissions-Handlungen vorstellt, nämlich wenn der dominus den servus bey seiner Tafel zuzog. *Plin.* Epist. VII, 16. Daß uns die Schriftsteller die Sache nicht in der nöthigen Breite aus einander setzen, kommt wohl daher, weil sie nicht für uns schrieben. Sie dürften von den Todten

filiifamilias des domini auftraten und auch in Verhältnissen des bürgerlichen Lebens dafür angesehen wurden. Irre ich nicht, so gehörten dahin alle die Sclaven, die uns als paedagogi, eigentliche Künstler und Aufseher in der Wirthschaft des domini vorgestellt werden.

Ein Sclave in der vollesten Bedeutung dieses Worts hatte nach deutlicher Vorschrift der Gesetze nur jus naturale. Als bloße Inhaber des juris naturalis konnte bey ihnen von keiner cognatio, keinem contubernio, am wenigsten von einem peculio servili die Rede seyn. Will man annehmen, daß sich ein servus und eine serva als vernünftige Wesen zu einer Ehe verbinden konnten, so war das doch kein Rechtszustand: der dominus konnte ja nach Belieben die Verbindung trennen, den servus hier, die serva dorthin verkaufen. Es ist aber zu bedenken, daß die Dinge nicht in den Gesetzen vorkommen würden, ohne zugleich einen Rechtszustand vorauszusetzen: sie mußten also schon mehr bedeuten, als daß ein Sclave mit dem andern durch die Zeugung in Verbindung stehen, und daß ein Sclave mit einer Sclavin eine Verbindung eingehen könne, welche wir mit dem Ausdruck „Ehe" bezeichnen: kurz sie müssen mehr als etwas Factisches andeuten.

Es scheint gewissermaaßen in der Natur der Sache zu liegen, daß die unvollkommene Manumission, wenn sie auch nur auf der ersten Stufe stehen blieb, eine Fortrückung des manumissus auch in rechtlicher Hinsicht zur Folge haben mußte. Durch die Manumission, wenn sie eine vollkommene war, konnte der bisherige servus zum Genuß des juris

---

erweckt, herzlich über uns lachen, daß wir uns mit ihrem Hauswesen den Kopf zerbrechen, ohne oft uns um das unsrige zu bekümmern.

gentium gelangen, es wurde ihm sogar dadurch, wenn er ein würdiges Subject war, die Gelangung zur Civität und zum Genuß des damit zusammenhängenden jus civile eröffnet. Könnte man also nicht annehmen, der unvollkommen Manumittirte werde auch selbst auf der niedrigsten Stufe dieser Manumission schon ins jus gentium hineingerückt, und befugt gemacht, sich davon Mehreres zuzueignen? vollends, wenn er die höchste Stufe dieser Freylassung erreicht hatte und in domo sowohl als extra domum den filiisfamilias war gleich gestellt worden. Ich sollte glauben. Das jus gentium war freylich als solches mit der servitus incompatibel, aber es hing ja von dem dominus ab, welche Rechtsverhältnisse er aus demselben dem servus beylegen, und wie er ihn in der Folge beurtheilt wissen wollte. Die Rechte, welche aus dem jure gentium dem Sclaven mitgetheilt wurden, standen ihm dann nicht ex jure, sondern ex concessione domini zu. Was vielleicht bey der einen oder der andern unvollkommenen Manumission besonders war ertheilt worden, konnte hernach herkömmliches Recht werden, wenn Manumissionen ähnlicher Art, aber ohne besondere Rechtsverleihung vorkamen. Man übertrug auf solche unvollkommene Freygelassene die Begriffe und Vorstellungen des juris gentium von der cognatio, der Ehe, und väterlichen Gewalt: man hielt sie sogar für fähig etwas Eigenthümliches zu besitzen, das aber, so wie sie selbst, sich in der potestas des domini befand. Man ging noch weiter: denn da diese Sclaven den filiisfamilias sowohl in domo als extra domum gleichgestellt wurden, so nahm man an, daß auch durch sie mit Hinsicht auf den Herrn für jus civile bewirkt werden könne, was eigentlich nur durch die filiosfamilias thunlich war. Von diesen Sclaven, möchte ich behaupten, galt nur allein, was uns in den Gesetzen von der adquisitio per servum etc. gesagt wird. Denn es ist wirklich fast nicht zu begreifen, wie das von allen servis durch-

gehends gelten mag, und wie die servi in dieser Hinsicht den filiisfamilias hätte gleichgestellt werden können.

Ich erblicke also in den unvollkommenen Freygelassenen eine besondere Classe von Sclaven nicht bloß mit jus gentium, sondern auch sogar mit jus civile, mit dem letzteren jedoch nur in so fern als es das Commercium gilt [d]; — nicht ipso jure, sondern durch die Zulassung des domini und ein darauf gegründetes späteres Herkommen; und das sind, wie ich glaube, allein die servi, welche im Römischen Recht eine so wichtige Rolle spielen. So kühn diese Behauptung seyn mag, so wird sie doch allenthalben durch die Gesetze unterstützt. Wie hätte auch nur in dem Titel der Pandecten de peculio (XV, 1.) das Sclaven-Peculium mit dem des Haussohns so ganz gleichgestellt werden mögen.

---

d) Ohne das sehe ich nicht ein, wie der servus hätte fidejubiren können. Oder fidejubirte er nur als Repräsentant des domini? Aber wie konnte eine einzelne Sache eine Person repräsentiren? und wenn nun aus seiner fidejussio der dominus mit der actio de peculio belangt wurde, so hatte doch wohl der servus für sich und nicht für den dominus fidejubirt? Dann mußte er doch aber jus civile haben, weil ohne jus civile keine fidejussio denkbar war.

Am besten wird wohl das Gesagte aus dem Fragm. vet. jureconf. de jur. spec. et de manum. erwiesen. Ich setze die Stellen nach der Uebersetzung in Hugo's *Jur. Antej.* T. I. p. 253 folg. her. §. 6. Primum ergo videamus, quale est, quod dicitur eos, qui inter amicos veteres manumittebantur non esse liberos: sed *domini voluntate in libertate morari*, et tantum serviendi metu liberari. Antea enim una libertas erat etc. Hi autem qui domini voluntate in libertate erant manebant servi, et manumissores audebant eos iterum per vim in servitutem ducere: sed interveniebat praetor et non permittebat manumissum servire. §. 6. Omnia autem *tamquam* servus acquirebat *manumissori*: vel si quid stipulabatur, vel per scripturam accipiebat, vel ex quacunque alia causa acquisierat, domini hoc faciebat, hoc est, manumissus omnia bona patrono acquirebat.

Hatte sich durch die unvollkommne Manumission, und die ihr folgende besondere Begünstigung des domini ein eigenes Sclaven-Verhältniß gebildet, so konnte solches auch nicht mehr willkührlich von dem dominus vernichtet werden, auch äußerte dasselbe gewissermaßen seine Wirkung im Staat. In den Zeiten der Republik mag die Aufhebung dieses Verhältnisses noch wohl mehr von der Willkühr des domini abgehangen haben, aber späterhin gewiß nicht, und die für Klagen der servi gegen ihren dominus eingeführte jurisdictio hatte gewiß nicht allein den Zweck, die Sclaven gegen Mißhandlungen zu schützen: sie war auch gewiß zu dem Ende da, um das Rechtsverhältniß, welches sich einmal durch Zulassung des domini gebildet hatte, auch ferner zu schützen und zu erhalten. Der Herr konnte daher, wenn ein contubernium unter solchen Sclaven einmal gestiftet war, solches nicht wieder aufheben und die vereheligten bey dem Verkaufe trennen: er konnte auch die noch nicht erwachsenen Kinder ihnen nicht entziehen: er mußte die gesammte Sclavenfamilie in derselben Lage, in welcher er sie selbst besaß, an einen andern überlassen. Selbst hinsichtlich des peculii servilis scheinen ihm nicht mehrere Rechte zuständig gewesen zu seyn, als er an dem Peculium der Haussöhne hatte, sobald man nur das wahre peculium servorum von dem nur scheinbaren zu unterscheiden weiß.

§. 240.

Das Verhältniß eines Römischen libertinus sowohl zum Staat als zu seinem manumissor dürfte noch eine genauere Untersuchung verdienen. In ersterer Rücksicht kam der Freygelassene ehedem in verschiedene Betrachtung. 1) als dedititius, wohin vorzugsweise die Stelle aus Ulpian Fragm. I, 11, „Dediticiorum numero sunt, qui poenae causa vincti sunt a domino: quibusve stigmata scripta sue-

runt: qui propter necem torti, nocentesque inventi sunt: quive traditi sunt, ut ferro, aut cum bestiis depugnarent, vel in custodiam conjecti fuerunt: deinde *quoquo modo* manumissi sunt, idque lex Aelia Sentia facit" gehört. Das „quoquo modo" scheint hier Anstand zu machen. Also, möchte man sagen, auch die per vindictam manumissi dürften nur dediticii geworden seyn, wenn sie in die Kategorie der hier näher bezeichneten servi gehörten, und dürfte, was oben über die causae cognitio bey der manumissio per vindictam gesagt worden, falsch seyn. Ich glaube, das „quoquo modo" läßt sich sehr gut erklären, ohne den oben aufgestellten Lehrsätzen Eintrag zu thun. Ulpian sprach als Jurist, und mußte daher wissen, welche Manumissions-Art unbedingt die Civität, und welche sie nicht gab. Oben ist bereits bemerkt worden, daß es auch manumissiones per vindictam gab, welchen die causae cognitio abgieng, und die von der Publicität abgesehen, alles mit den Privatmanumissionen gemein hatten. Das „quoquo modo" stört daher im Mindesten die oben vorgetragene Theorie nicht. Ulpian will sagen: mag die Manumission geschehen seyn wie sie will, sobald der manumissus in die angegebene Kategorie gehört, so wird er nicht civis, sondern bloß dediticius. Das konnte er sonach auch nur werden, wenn gleich causae cognitio geschehen war, dabey aber etwas war vernachlässigt und ein unwürdiges Subject für würdig war angenommen worden. Es kommt ja bloß darauf an, ob einer schon auf den Grund der geschehenen Manumission als würdig zur Civität angenommen werden kann, oder darüber noch besonders causae cognitio geschehen muß. Bey mehreren Manumissionen per vindictam fehlte ja ohnedieß die nöthige causae cognitio, und wurde bloß der Versicherung des Manumissors getraut. Aber es ist noch in wichtige Betrachtung zu ziehen, was gleichfalls Ulpian von einer andern Verordnung

der Lex Aelia Sentia a. a. O. §. 12. erwähnt „Eadem lege cautum est, ut minor triginta annorum servus vindicta manumissus civis Romanus non fiat, nisi apud consilium causa probata fuerit: ideo sine consilio manumissum (Caesaris) servum manere putat." Es ist hier ein Nachtrag zu dem oben über die manumissio per vindictam Gesagten zu machen. Klar erhellt aus der Stelle, daß wenn der manumissus per vindictam schon 30 Jahre alt war, die Manumission schon ihm die Civität gab. Warum, das vermag ich nicht zu errathen. Wegen der präsumirten Cognition über die Würdigkeit doch wahrhaftig nicht, denn diese ließ sich doch bey dem minor triginta annorum eben so gut vermuthen: bey dem dreyßigjährigen servus konnte sie aber ja auch ganz wegfallen, z. B. wenn von dem in theatrum oder in balneum gehenden Magistratus war manumittirt worden. Oder hatte etwa der Sclave von 30 Jahren eine größere praesumtionem bonitatis für sich als der unter 30 Jahren? Die Sache muß also eine eigene Bewandtniß haben, die wir nicht mehr zu erforschen vermögen. Noch auffallender ist es, daß der minus triginta annorum servus, welcher zwar per vindictam manumittirt worden ist, bey welchem aber die causa nicht zuvor apud consilium probata fuerit, nicht nur nicht civis Romanus werden, sondern auch überall keine libertät erlangen soll. Er soll Caesaris servus bleiben. Das eingeklammerte „Caesaris" werfen bekanntlich alle bis auf Petit weg, der es beybehalten wissen will. Ich habe auch „manumissoris" gefunden. In dem Hugoischen *Jus antej.* T. I. p. 9. heißt es in der Note zu der Stelle aus Ulpian „vel nomen JCti, vel nomen legis latere putaremus." Den Glauben möchte ich schwerlich theilen, denn das Ganze steht damit zu sehr im Widerspruch. Manumissoris möchte ich eben so wenig lesen: es würde nicht zu begreifen seyn, warum das bisherige Sclaven-Verhältniß

fortdauern sollte, da der Sclave doch durch einen öffentlichen Act war freygegeben worden, und wenn er auch nicht die Civität erhielt, so brauchte er doch nicht Sclave zu bleiben. Es muß also nothwendig ein anderes Auskunftsmittel versucht werden, wenn nicht die ganze Stelle „ideoque — — putat" für vitiös erklärt werden soll.

Der manumissus, welcher ungeachtet der Manumission nicht sogleich zur Civität gelangen konnte, mußte sehr natürlich in der Zwischenzeit und ehe entschieden war, ob er die Civität oder nur die Rechte der Latiner, oder endlich nur die jura dedititiorum erlangen sollte als ein Freyer cum jure gentium betrachtet werden, oder wir müssen annehmen, daß es von der causae probatio apud consilium auch noch abhing, ob ihm überall die ertheilte libertas zu statten kommen sollte. Dann aber konnte er doch nicht mehr in der Hand seines ehemaligen Herrn bleiben, der solche durch die öffentliche Manumission aufgegeben hatte.

Es ließe sich bey der oben gedachten Annahme denken, daß der manumissus in der Zwischenzeit der Obhut des Imperators vermöge seiner allgemeinen und oberaufsehenden Gewalt anheim gefallen wäre, oder wie wir es heutiges Tages nennen würden unter polizeyliche Aufsicht gesetzt worden, und da würde dann der servus Caesaris nichts weiter als ein unter polizeylicher Aufsicht stehender manumissus seyn. Weil man die Begriffe noch nicht so strenge bey den Römern schied als in unsern Tagen, so dürfte es nicht auffallen, daß er servus Caesaris genannt wird. Daß er dem Imperator mit Verpflichtung zu Sclavendiensten anheim gefallen sey, läßt sich nicht wohl begreifen. Aber der vorstehenden Erklärungsart ist doch das Wort „manere" gar sehr hinderlich. Es deutet an, daß der manumissus bleiben soll was er vor der Manumission war. Dieß bestimmt mich das „Caesaris" durchaus aus dem Text herauszuwerfen, und die Stelle so zu er-

klären. Bis zur Lex Aelia Sentia war es Prinzip, daß alle Manumittirte per vindictam, vorausgesetzt, daß causae cognitio über ihre Würdigkeit vorhergegangen war mit der Freyheit auch zugleich die Civität erhielten. Wo die causae cognitio nicht geschehen war, so wie bey allen Privatmanumissionen erhielt der Freygelassene bloß die libertas: welche Rechte ihnen aber mit Hinsicht auf die Civität zukommen sollten blieb in suspenso bis darüber entschieden war. Er wurde in der Zwischenzeit als ein homo cum jure gentium betrachtet. Aber die Sache würde ihre Inconvenienzien bey der manumissio per vindictam gehabt haben, weil diese bisher mit der libertas allemal zugleich die Civität gegeben hatte, in so fern sie cum causae cognitione geschehen war, wenn man die Frage über die Civität noch hinterher von einer besonderen Untersuchung hätte abhängig machen wollen. Man mußte also bey einem servus minor triginta annis, bey welchem man die causae cognitio des Magistratus noch nicht genügend fand, eine andere Einrichtung treffen. Die causa manumissionis mußte zuvor apud consilium probata werden, und dem zufolge die manumissio erfolgen, ohne diese Förmlichkeit hatte die Freylassung gar keine Folgen, sondern der per vindictam manumissus blieb Sclave. So sagt also Ulpian weiter nichts, als die Lex Aelia Sentia verordne, beym servus minor triginta annis solle die gewöhnliche manumissio per vindictam keine Civität, nicht einmal die libertas verschaffen, sondern beides zugleich nur dann, wenn vor der Manumission causa apud consilium probata fuerit. Worin das Consilium des Magistratus bestand, zeigt gleichfalls Ulpian a. a. O. §. 13. In consilio autem adhibentur Romae quinque Senatores, et quinque equites Romani; in provinciis viginti recuperatores, cives Romani. Es dürfte dieses Consilium nach der lex Aelia Sentia wohl generell bey allen Manumissionen über die Frage entschieden haben, ob der

manumissus zur vollen Civität oder nicht gelangen solle, und bloß bey der manumissio per vindictam wenn der manumissus schon 30 Jahre alt war, dürfte eine Ausnahme statt gefunden haben. Doch steht dieser Annahme wieder entgegen, daß nach Ulpian l. c. §. 12. der manumissus testamento schon von selbst die Rechte des Latinus erhält. — Daß die dediticii fast nichts mehr als jus gentium hatten, ist wohl klar, denn sie standen den populis dediticiis in allem gleich. Sie konnten auch in der Folge nicht zur unvollkommenen Civität, geschweige denn zur vollkommenen gelangen. Ihre Stellung gegen den Staat war daher die von Unterthanen ohne Civität. In Ansehung der Lasten und Abgaben hingen sie folglich auch ganz von der Willkühr der Regierung ab.

2) Als Latinus Junianus. Falsch scheint die Darstellung zu seyn, welche von ihnen das Fragm. vet. JCti §. 8. giebt. Darnach wären sie offenbar aus den unvollkommenen Freygelassenen erst späterhin entstanden. Aber um Latinus Junianus zu werden, war eben so gut die volle Manumission nöthig, als wenn es der Gelangung zur Civität galt. Ueberall ist bey der Frage, der es hier gilt, die volle Manumission allemal unerläßliches Requisit. Indeß scheint doch auch Ulpian Fragm. I, 10. und Cajus Instit. I, 2. beyzustimmen. Fast möchte man annehmen, nur durch die Privatmanumission, welcher hernach die Angabe beym census folgte, die manumissio per vindictam und durch die testamentarische Freylassung habe ein servus in der ältern Zeit volle libertas erhalten können, alle bloße Privat-Manumissionen hätten nur unvollkommene gegeben, und die bekannte lex Junia Norbana habe es zuerst eingeführt, daß durch die bloße Privatmanumission auch volle Freyheit habe gewährt werden können, wenn sie namentlich und ausdrücklich als solche ertheilt worden: ohne dem habe man immer unvollkommene libertas angenommen. Zugleich habe das Gesetz die künf-

tige Stellung des zwar privatim aber vollständig Manumittirten vorgeschrieben. Lassen wir indessen das und bestimmen den Begriff des Latinus Junianus und sein Verhältniß zum Staat. Es ist ein durch eine Privat-Manumission, welcher keine Publicität hinterher gefolgt ist, vollkommen Freygelassener, welcher zwar keine Makel an sich trägt, der aber doch wegen der mangelnden Publicität nicht zur vollen Civität gelangen, sondern nur der Rechte des Latinus theilhaftig werden kann. In so fern es sich um die Frage handelt, welche Rechte erhält ein durch die Privat-Manumission völlig Freygegebener, wird nach Ulpian Fragm. I, 12. die testamentarische Manumission auch nur als Privat-Manumission betrachtet. Die volle Freyheit hätte sie übrigens nach dem vorhin Gesagten auch schon vor der lex Junia Norbana verschaffen mögen. Worin die Rechte eines Latini Juniani bestanden, wissen wir so eigentlich nicht: die Rechte der Latini waren ja so verschieden, daß wir das Gesetz durchaus genauer kennen müßten, um bestimmen zu können, von welchen Rechten der Latini auf die Freygelassenen Anwendung gemacht worden. Ueber einzelne ihrer Rechtsverhältnisse giebt uns Ulpian Fragm. XVII, 1. XIX, 4. XX, 8. XXV, 6. Aufschluß: ihre volle Stellung zum Staat ist aber daraus so wenig als aus andern Nachrichten zu entnehmen, die wir über sie bey den alten Schriftstellern antreffen. Unerklärbar bleibt immer, was Justinian *Cod. VII, 6, const. un.* pr. von ihnen sagt: quis enim patiatur talem esse libertatem, ex qua ipso tempore mortis in eandem personam simul et libertas et servitus concurrant, et qui quasi liber moratus est, *eripiatur* non solum in mortem sed *etiam* in *servitutem*. Blieb es etwa bey diesen Freygelassenen der Anwendung der Rechte der Latini auf sie ungeachtet nur bey dem alten in libertate morari, wovon das Fragm. vet. JCti spricht? Aber wie war

das möglich, da auch die testamento manumissi nur die Rechte der Latini bekommen sollten und hier die volle libertät von Alters her angenommen wurde. Daß die Latini Juniani von den unvollkommen Manumittirten verschieden waren, ist mir wenigstens klar: sie hatten eine selbstständige Stellung zum Staate, die jenen abgieng: aber wie hängt nun damit was Justinian von ihnen sagte, und was mit dem Fragm. veter. JCti ziemlich übereinstimmt, zusammen? Vielleicht erklärt sich die Sache am besten so.

Die bloßen Privat-Manumissionen, wenn auch plena libertas dadurch war ertheilt worden, verschafften doch nur ein sogenanntes morari in libertate voluntate domini, das zwar der Prätor gegen willkührliche Reklamation schützte, welches aber als etwas bloß Persönliches mit dem Ableben des Manumissus endete. In Ansehung der testamentarischen Manumission wurde die Sache darum bezweifelt, weil der Manumissor nicht mehr vorhanden war, und was er im letzten Willen gegeben hatte als fortdauernd gegeben erschien: die lex Aelia Sentia aber setzt sie den übrigen privatim Manumittirten gleich, und entschied dadurch die Frage einmal für allemal. Es war nun die Frage, welche Rechte ihnen zustanden, wenn sie übrigens würdige Menschen waren, und kein Schandfleck von der Sclaverey her auf ihnen haftete Um jus civile zu haben, mußten sie cives seyn: um aber die Civität zu erwerben, war, wenn nicht die professio bey dem census und die Einregistrirung in die Schatzungsrollen geschehen war, eine mit causae cognitio verbundene manumissio per vindictam erforderlich. Sie konnten eigentlich nur jus gentium haben: man gestattete ihnen jedoch die Privatrechte eines Römischen Bürgers mit Ausnahme der Testamentifaction, die noch besonders von der Bewilligung des Manumissors abhieng, weil die ertheilte libertas bloß im Leben

ihre Wirkung äußerte a). Die lex Junia Norbana kam dazwischen, und beschränkte sie insgesammt auf die Rechte der Lateiner.

3) Als Civis. Der Civität konnten nur diejenigen theilhaftig werden, welche die volle Freyheit nicht bloß, sondern sie auch öffentlich erhalten hatten, und derselben für würdig waren erklärt worden. Die leichte manumissio per vindictam konnte sie gewiß eben so wenig, als die spätere manumissio in sacrosanctis ecclesiis verschaffen. Die Privat-Manumission vollends gar nicht.

Man pflegt gewöhnlich zu behaupten, Justinian habe in den bekannten beiden Constitutionen *Cod. VII, 5* und *6.* den älteren Unterschied zwischen dedititiis, Latinis Junia-

a) Denn ganz klar ist, daß das Vermögen eines solchen Latinus Junianus bey seinem Ableben an den Manumissor zurückfiel. Man nahm überdieß an, daß er selbst in dem Augenblicke seines Ablebens in die Sclaverey zurückfiel: doch wohl in keiner andern Absicht, als um so sicherer sein Vermögen dem Manumissor zuwenden zu können. Daraus folgte aber noch freylich nicht, daß auch seine in der Libertät erzeugten Kinder noch weniger seine Frau in die Sclaverey verfielen: eben dadurch unterschied sich ja die vollkommene Manumission von der unvollkommenen, daß sie wenigstens während des Lebens des Freygelassenen ihn von der Gewalt des Herrn unabhängig machte. Die Kinder waren ja in der vollen libertas erzeugt, und auf sie konnte der Rückfall in die Sclaverey gar keinen Einfluß haben. Aber frägt es sich: wie verhielt es sich denn mit den dedititiis? Nimmt man wie gewöhnlich an, daß die Latini Juniani keine volle Libertas hatten, die dedititii hingegen allerdings, so ist die Frage gar keine. Geht man aber von dem Grundsatze aus, den ich oben angenommen habe, die Latini Juniani hätten allerdings auch volle libertas gehabt, weil sonst gar nicht die Rede davon seyn können, ihnen auch nur die Rechte der Lateiner zuwenden zu wollen, so ist es nicht bloß eine Frage, sondern auch eine, die ihre eigenen Schwierigkeiten hat. Ich denke, man hielt die dedititios auch selbst für zu unwürdig, um in Ansehung ihrer für den Todesfall die Reviviscenz der Rechte des Manumissors zu gestatten.

nis und civibus aufgehoben und allen Freygelassenen ohne Unterschied die Civität ertheilt. Es hat seine Richtigkeit, daß der gedachte Unterschied von Justinian durchaus aufgehoben worden ist, so daß auch selbst die der Manumission hinzugefügte Bedingung, daß der Manumissus nichts weiter als die Jura dedititiorum oder der Latinorum haben soll, für nichts gilt (worüber wohl überall der Manumissor nichts bestimmen konnte). Bekanntlich hat auch Justinian den nicht testamentarischen Manumissionen eine gleichsam öffentliche Form vorgeschrieben. Man kann indeß wirklich nicht behaupten, Justinian habe allen vollkommen Freygelassenen ohne Unterschied die Civität ertheilen wollen: man kann nur sagen, es sey von ihm denselben der Weg zur Civität eröffnet worden. Von der Art und Weise, wie die volle Freyheit erlangt worden war, hing jetzt nichts mehr ab: alle vollkommen Freygelassene konnten ohne Unterschied zur Civität gelangen: aber sie gelangten nur erst dazu, wenn ihre Würdigkeit war untersucht, und richtig war befunden worden. Was die Lex Aelia Sentia über die Unwürdigkeit selbst verfügt hatte, ist nirgends aufgehoben worden: Justinian hat bloß aufgehoben den Zustand, in welchen solche Unwürdige fallen sollten. Aber daraus folgt noch nicht, daß solche unwürdige Subjecte nun auch schon der Civität theilhaftig werden sollten. Daß die Civität in Justinians Zeitalter mehr dem Unterthanen-Verhältniß als der alten Römischen Civität gleicht, kommt nicht in Betracht: sie hatte doch den ursprünglichen Character noch nicht ganz abgelegt, auch forderte es wirklich die Politik, sie nicht durchaus unwürdigen Subjecten anzueignen.

Wir können also nach Justinianischem Recht noch allerdings unterscheiden: 1) Freygelassene mit bloßem jus gentium, übrigens aber dem Staat zu allen Unterthanen-Pflichten verbunden, darum weil sie in demselben leben. Hieher ge-

gehören unstreitig alle die, welche als vollkommen Freygelassene doch nach dem älteren Recht nur dediticii wurden. 2) Freygelassene mit voller Civität und dem daran hängenden jus civile, wohin alle übrige vollkommen Freygelassene gehören, gegen deren Würdigkeit sich nichts einwenden läßt, sobald nur über die Bedingungen der Manumission alles im Klaren ist.

§. 241.

Das Verhältniß des Freygelassenen zu dem Freylasser muß nach den Graden der Manumission bestimmt werden. Bey der 1) unvollkommenen Manumission hieng solches ganz allein von den Bedingungen ab, unter welchen sie ertheilt worden war: der Prätor schützte dabey wohl den Freygelassenen gegen unbillige Reclamationen des Freylassers: indeß wenn sich der Freygelassene durch Undank und schlechtes Betragen der ihn ertheilten Wohlthaten verlustig gemacht hatte, so ließ sich gegen die Zurücknahme der Manumission um so weniger etwas einwenden, als solche sogar bey der vollkommenen wegen groben Undanks Statt fand. Wo keine Bedingungen der Manumission vorhanden waren, sondern alles von bloßer Begünstigung abhing, da mußte auch natürlich die Willkühr eintreten: bey manchen solchen unbedingten Manumissionen mag sich indeß auch die Sache durch das Herkommen regulirt haben. Fortdauernd war die potestas dominica an einen solchen Manumissus begründet: fortdauernd wirkte er nur für den dominus und dessen Familie factisch sowohl als rechtlich in dieser unvollkommenen Freyheit: in der Sclaverey konnte nur factisch für selbige gewirkt werden. Handelte er auf den jussus des dominus, so verstand es sich schon von selbst, daß er nur für denselben allein thätig war: handelte er ohne denselben, so mußte er auch nur für den Herrn als thätig angesehen werden, da ausgenommen,

wo ein peculium servile statt fand, und es bloß dessen Verwaltung und Vermehrung in Grundlage der von dem dominus erhaltenen Erlaubniß galt. Wenn mit der actio de peculio gegen den dominus verfahren werden kann, werden immer Fälle vorausgesetzt, wo der unvollkommen Manumittirte selbst verantwortlich ist, z. B. wegen ohne Concurrenz des Herrn zugefügten Schadens ꝛc. Bedingt war immer das ohne jussus des domini unternommene Geschäft durch das Prinzip der negotiorum gestio, und versio in rem, in so fern nemlich der dominus selbst dadurch verbindlich werden sollte: der Manumissus war sein natürlicher negotiorum gestor. Wo er bürgerliche Geschäfte verrichtete, da geschah solches alles ex persona domini, selbst da, wo er auch nicht gerade für denselben handelte: das einmal vorhandene Rechtsverhältniß konnte durch diese Rücksicht nicht abgeändert werden: ohne Mittheilung der Eigenschaft des dominus hätte er überall nicht mit jus civile auftreten und handeln können: für sich selbst konnte er ja kein jus civile haben. So erklärt sich völlig, wenn oben gesagt worden ist, daß ein solcher unvollkommen Manumittirter neben jus gentium auch theilweise jus civile haben könne. Das erstere hatte er permissu domini, das letztere ex persona ejus. Da die unvollkommene libertas mit dem Tode des Freygelassenen zu Ende ging, so wurde auch dem Manumissor dessen ganzes Vermögen erworben. — Ganz anders war dagegen 2) das Verhältniß des Manumissus zu dem Manumissor bey der vollen Manumission. Der Manumissus erscheint hier durchaus als selbständig und seinem Manumissor bloß in so weit verbunden, als es dessen jus patronatus mit sich bringt. Ob das, was in Justinians Compilation über dieses jus patronatus gesagt wird, nicht ein aus den Rechten des Manumissors über den unvollkommen, und denen über den vollkommen Manumittirten zusammengesetztes Ding sey, ist noch

gar sehr die Frage: einige Stellen z. B. Dig. XXXVII, 14, L. 2. deuten sichtbar auf eine solche Zusammensetzung hin. Denn wie konnte bey den vollkommen Manumittirten auch nur an die Frage gedacht werden, ob die patroni berechtigt wären sie an einer licita negotiatio zu behindern. Wohl aber konnte die Frage bey der unvollkommenen Freylassung aufgeworfen werden.

Das Patronatrecht mag richtig als eine gesetzliche Vergünstigung für den Manumissor an die Person und an das Vermögen des Freygelassenen bestimmt werden, welchen Pflichten des Freygelassenen correspondiren. Es mag durch das Höchste was der Manumissus dem Manumissor verdankte — die libertas entschuldigt werden. Außerdem setzt es den Freygelassenen, besonders nach erlangter Civität offenbar zu sehr herab, und begründet einen Nexus, der noch immer etwas ähnliches mit dem doch aufgehobenen nexus servilis hat.

Bekanntlich stand es nicht bloß demjenigen zu, welcher seinen eigenen Sclaven manumittirte, sondern auch demjenigen, welcher einem fremden Sclaven, vermöge der ihm im Testament aufgelegten Bedingung, die Freyheit gab. Bloß der Servus orcinus (der im Testament direct manumittirte) war von dem Patronatrecht befreit, oder vielmehr der Verstorbene war sein Patron, was ihm nicht lästig seyn konnte, indem das Patronatrecht für den Erben keinen Nutzen hatte. Bey der addictio bonorum libertatum servandarum causa konnte jedoch der Zustand der orcini verschlimmert werden, und konnten sie einen wirklichen Patron an dem erhalten, welchem die bona waren addicirt worden, wenn er es sich nämlich zur Bedingung gemacht hatte a). Ob auch bey der fideicommissaria libertas nach dem ältern Recht ein Patronatrecht

a) *Dig. XXXVIII, 1, L. 13, §. 1.*

statt fand, scheint mir noch sehr zweifelhaft zu seyn. Wohl lag ihr keine directe Manumission zum Grunde, und es scheint als müsse sie mit der im Testament auferlegten Manumission nach gleichen Grundsätzen beurtheilt werden, bey welcher der, welcher zufolge dieser Aufgabe manumittirte, das Patronatrecht erwarb. Indeß ist doch zu bedenken, daß die fideicommissaria libertas nicht aus einer Schuldigkeit entsprang, und daß wer der an ihn gerichteten Bitte Folge leistete so betrachtet werden mußte, als habe er bloß aus gutem Willen und nur aus Achtung gegen den Erblasser manumittirt. Dann konnte man aber auch annehmen, es sey eben so gut als wenn der Erblasser selbst manumittirt habe, wenigstens es sey darin, daß seiner Bitte Folge geleistet worden, eine stillschweigende Verzichtleistung auf das Patronatrecht enthalten. Die Entscheidung im Codex *VII, 4, const. 5*, nach welcher auch bey der fideicommissaria libertas dem Manumissor das jus patronatus zustehen soll, geht sichtbar schon von dem Grundsatze aus, daß die fideicommissarische Verfügung für den Erben oder Legatar eben so verbindlich sey als die von einem Erblasser ausdrücklich zur Pflicht gemachte. Das Gesagte scheint auch durch *Dig. XXXVII, 14, L. 3.* vollkommen bestätigt zu werden. Indeß sagt das Gesetz doch weiter nichts, als daß der Manumissor wohl ein Ehren-Patron werden, die commoda patronatus aber durchaus entbehren soll [b]). Bekanntlich äußert das Patronatrecht eine

b) Daß übrigens jemand, welchem sonst das jus patronatus unstreitig zustünde, desselben wegen Unwürdigkeit für verlustig erklärt werden kann, ist bekannt (man sehe z. B. *Dig. XXXVII, 14, L. 23.*), so auch daß das jus patronatus wegen eines Betragens des Patrons gegen den Libertus, welches die Gesetze mißbilligen, eingebüßt werden kann. Siehe z. B. *Dig. l. c. L. 9. §. ult.* und *L. 10. eod.* Interessant ist die Entscheidung *Cod. VI, 4. const. 3.*, daß wenn der Patron auch den Freygelassenen von den Verpflichtungen gegen das Patronatrecht generell

doppelte Wirkung sowohl hinsichtlich der Personen als des Vermögens der Freygelassenen. Mit Uebergehung bekannter Dinge soll nur hier das eine oder das andere daraus noch näher beleuchtet werden.

§. 242.

Auffallend ist es zuvörderst, daß das obsequium patronis praestandum mit dem den parentibus zu leistenden obsequium in eine Classe gesetzt wird; und doch ist die Sache so natürlich. Wie die Eltern den Kindern das natürliche Daseyn gegeben haben, so ist von dem Patron dem Freygelassenen die bürgerliche Existenz verliehen worden. Es ist zu merken, daß nicht von einem obsequio patri praestando insbesondere gesprochen wird, sondern von einem, beiden Eltern zu leistenden obsequio, und daß obsequium und reverentia hier synonym gebraucht werden, oder doch so, daß das erstere zugleich das letztere in sich schließt, obgleich sonst die reverentia eigentlich die Bezeugung der Ehrerbietigkeit durch äußere commissive Handlungen, und das obsequium die Unterlassung desjenigen, was gegen die Ehrerbietigkeit läuft, in sich begreift. Von einem Gehorsam und einer Folgsamkeit, wozu Kinder gegen ihre Eltern verpflichtet sind, ist übrigens nicht die Rede: es würde zu arg seyn, wenn man den Freygelassenen verbinden wollte, den Befehlen des Patrons oder auch nur seinem Rath Folge zu leisten: die vollkommene Manumission hatte ihn ja selbstständig gemacht: einen Gehorsam gegen den Patron konnte man also nicht annehmen, ohne dieser Selbstständigkeit Eintrag zu thun.

---

entbunden hat, in dieser Entbindung doch nicht die reverentia patrono debita und das jus adversus ingratum libertum competens begriffen ist.

Eine Folge dieſes obſequii war, daß gegen den Patron weder eine actio famoſa angeſtellt noch ſonſt irgend ein denſelben in den Augen der Menſchen herabwürdigendes Rechtsmittel gebraucht werden konnte, mochte es per modum actionis oder exceptionis gebraucht werden, und daß der Patron, wo es auch ſonſt ſtatt fand, kein juramentum calumniae zu leiſten brauchte, ſich auch auf die Rechtswohlthat der Competenz berufen konnte, wenn er nicht ohne zu darben die von dem Freygelaſſenen erſtrittene condemnatio erfüllen konnte. Bekanntlich wurden actiones famoſae und andere dem guten Rufe ſchadende Rechtsmittel, außer den Eltern und Patronen, auch nicht gegen Perſonen zugelaſſen, die dem Stande und der Würde nach weit über dem Kläger ſtanden. Wie der Kläger dabey doch zu Recht kam, erhellt aus *Digeſt. IV, 3, L. 11 §. 1 in fin.* „Quid ergo in horum perſona dicendum eſt? In *factum verbis temperandam actionem* dandam, ut *bonae fidei mentio* fiat" doch keinesweges ſo klar als man gewöhnlich glaubt. Hatte der Patron den Freygelaſſenen betrogen, ſo mochte die Klageformel immer in verbis gemäßigt werden, aber das Fundament der actio mußte doch bleiben, und dann mußte der geſpielte dolus nothwendig zum Grunde gelegt werden. Und wie ließ ſich gegen ein negotium ſtricti juris anders die Reſtitution gewinnen? — Was heißt das „ut bonae fidei mentio fiat? Wenn man betrogen worden iſt, wie kann man die Schlechtigkeit des Andern ſo einkleiden, daß ſie als etwas Unſchuldiges erſcheint. Wenn das Geſchäft nur um dieſer Schlechtigkeit willen angegriffen und vernichtet werden kann, ſo muß es ja beſtehen, wenn die Schlechtigkeit nicht herausgehoben, zur Schau geſtellt, und darauf die Impugnation begründet wird. Man kommt nicht anders aus der Sache als wenn man annimmt: wo eine actio famoſa ſtatt fand, da wurde von dem Prätor für ſolche Fälle, wo der Freyge-

lassene gegen den Patron klagte eine actio in factum ertheilt, die, wenn auf den Grund derselben die Verurtheilung auch erfolgte, doch keine Infamie zur Folge hatte. Aber es giebt noch eine andere Schwierigkeit: der Freygelassene soll gegen den Patron sich überall keines Rechtsmittels bedienen, das, wenn es auch nicht die Infamie zur Folge hatte, doch den guten Ruf des Patrons beeinträchtigen würde. Wie, frägt man mit Recht, war das möglich? Wenn der Patron betrogen hatte, und auch nicht actio de dolo gegen ihn, sondern nur actio in factum angestellt wurde, so beeinträchtigte doch auch schon diese Klage den guten Ruf des Patrons. Wer betrogen hat, erscheint, wenn er aus seiner Handlung verurtheilt wird, doch im Publicum immer als Betrüger, wenn man auch sagt, er habe sich bloß einen unschuldigen Scherz erlauben, er habe bloß den Scharfsinn des Andern auf die Probe stellen wollen. Das Publicum weiß auch die Taschenspielerkünste richtig zu beurtheilen, man kommt bey ihm nicht durch, wenn man auch die Spitzbüberey noch so sehr bemäntelt. Mit dem „ut bonae fidei mentio fiat" muß es also eine andere Bewandtniß haben, oder das ganze Ding ist ein Widerspruch.

Es kann, nach meiner Ansicht, hier unter der actio in factum gar nicht gemeint seyn, was sonst gewöhnlich unter diesem Ausdruck verstanden wird — eine wirkliche vom Prätor ausgehende und dem factum angemessene actio, denn auch diese mußte ihr Fundament haben, und es könnte für den Fall des vom Patron begangenen dolus ihr kein anderes Fundament untergelegt werden als das Fundament der eigentlichen actio doli. Dann bliebe aber immer die Sache dieselbe, der Unterschied läge bloß darin, daß die eine Klage infamirt, die andere nicht, und daß man bey der einen härter, bey der andern gelinder auftritt. Man kann diese actio in factum nur als eine einfache läsionsbeschwerde und daher entstehende Aufforderung zum Arrange-

ment betrachten, wenn man aus der Sache kommen will. In dieser Eigenschaft allein kann ihr das Mäntelchen der bona fides umgehangen werden, den man kann den Andern auch bona fide lädiren. Das Fundament ist alsdann, daß Patron und Freygelassener immer bona fide gegen einander handeln müssen, und keiner den Andern auch unabsichtlich verletzen darf. Mag nun der Patron, wenn er Lust dazu hat, selbst dem Freygelassenen den Weg zur actio doli eröffnen; mag er ihm entgegensetzen, das Arrangement habe nicht statt, gegen negotium stricti juris finde solche Läsionsbeschwerde nicht statt, sondern nur restitutio in integrum unter Anführung und Erweis eines gesetzlichen Grundes u. s. f.

Eine zweyte auffallende Erscheinung in dem Patronatrecht sind die operae libertorum. Ein freyer Mensch, obendrein noch ein Civis und dabey von ihm zu leistende operae scheinen mit einander durchaus unverträgliche Dinge zu seyn. Allein die Kinder sind ja auch fortdauernd den Eltern zu Dienstesleistungen verpflichtet, und das Verhältniß des Patrons und des Freygelassenen zu einander ähnelt ja, wie bereits bemerkt worden, so ganz dem Verhältniß zwischen Eltern und Kindern. Ohne dieß kann sich ja auch ein freyer Mensch dem andern zu operis noch besonders verbinden.

Die Gesetze unterscheiden operas officiales und non officiales, die man auch unschicklich artificiales nennt. Jene, behauptet man, könne der Patron fordern, wenn sie auch nicht besonders versprochen worden sind, diese hingegen nur, wenn ein besonderes Versprechen darüber vorhanden ist c). Man beruft sich auf *Dig. XII, 6, L. 26, §. 12*, worin dieser Satz so klar ausgesprochen seyn soll, daß sich dawider kein Zweifel erheben lasse. Die Stelle ist aus Ulpian, und es dürfte die Mühe

c) *Westenberg pr. jur. civil. h. f.*

lohnen, sie noch in genauere Untersuchung zu ziehen. „Libertus (heißt es) cum se putaret operas patrono debere, solvit; condicere eum non posse, quamvis putans se obligatum solvit, Julianus lib. X Digestorum scripsit: *natura* enim operas patrono libertus debet. Sed et si non operae patrono sunt solutae, sed cum officium ab eo desideraretur cum patrono decidit pecunia et solvit, repetere non potest. Sed si operas patrono exhibuit non officiales, sed fabriles, veluti pictorias vel alias dum putat se debere, videndum an possit condicere? Et Celsus Lib. VI Digestorum putat eam esse causam operarum, ut non sint eaedem, neque ejusdem hominis, neque eidem exhibeantur, nam plerumque robur hominis: aetas temporis, opportunitasque naturalis mutat causam operarum: et ideo nec volens quis reddere potest. Sed hae (inquit) operae recipiunt aestimationem et interdum licet aliud praestemus (inquit) aliud condicimus: ut puta fundum indebitum dedi et fructus condico: vel hominem indebitum et hunc sive fraude modica distruxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes: vel meis sumtibus pretiosiorem hominem feci: nonne aestimari haec debent? sic et in proposito ait posse condici, quanti operas essem conducturus. Sed si delegatus sit a patrono, apud Marcellum Lib. XX Digestor. quaeritur? Et dicit Marcellus, non teneri libertum, nisi forte in artificio sint operae: hae enim jubente patrono et alii edendae sunt: sed si solverit officiales delegatus non potest condicere neque ei cui solvit creditori (cui alterius contemplatione solutum est, quique suum recepit) neque patrono cui natura debentur." Schon der Umstand hätte mißtrauisch machen sollen, daß in dem Titel der Pandecten de operis libertorum, wo doch eigentlich über den Gegenstand gesprochen wird, mit keinem Worte gesagt wird, daß der Patron auf die operas officiales schon von selbst ein vollkom-

menes Recht haben soll, sondern dort operae officiales und non officiales hinsichtlich der Verbindlichkeit zur Prästation in eine Classe geworfen und nur dem Wesen nach unterschieden werden. Beyläufige Aeußerungen in anderen Titeln der Pandecten können schon an sich nach der Oeconomie der Pandecten nichts beweisen, wenigstens nur mit großer Vorsicht angewendet werden. Hier kann man nun geradezu behaupten, daß durch unsere Stelle gar nicht erwiesen wird, was daraus erwiesen werden soll, und daß, wenn von natürlicher Pflicht zu Diensten die Rede ist zwischen dem Patron und dem Freygelassenen kein anderes Verhältniß statt findet, als zwischen dem Vater und seinen Kindern nach aufgehobener potestas, wo zwar auch die Kinder zu Diensten verpflichtet bleiben, die obligatio aber keine vollkommene und erzwingbare Verbindlichkeit ist. Alles mußte daher über die Dienste, welche der Freygelassene ferner zu leisten hatte, regulirt werden, wenn er sie zu prästiren angehalten werden sollte. Die Manumissions-Bedingungen mußten darüber die Auskunft geben.

Doch es wird nöthig seyn die Stelle noch genauer zu beleuchten, um dem Gesagten das nöthige Gewicht zu verschaffen. Der Unterschied zwischen operis officialibus und non officialibus wird zwar allerdings zum Grunde gelegt, und mußte bey der Entscheidung zum Grunde gelegt werden. Aber nirgends wird gesagt, daß auf die erstere der Patron schon nach dem Gesetz und mit vollkommenem Recht Anspruch machen könne. Es wird auch solches nicht vorausgesetzt. Denn wie hätte sonst gefragt werden können, ob der libertus, welcher operas inofficiales indebitas geleistet, condictionem indebiti anzustellen befugt sey; man müßte denn annehmen, daß er nur zu bestimmten operis officialibus gesetzlich schuldig gewesen, für welche Annahme weder historische noch andere Gründe vorhanden sind. Wenn nun aber ent-

schieden wird, der libertus sey zur condictio indebiti nicht befugt, und als Entscheidungsgrund angegeben wird „natura enim operas patrono libertus debet" so heißt das nicht so viel, weil der Patron diese operas von dem libertus erzwingen kann, sondern es wird hier ein gewöhnliches Prinzip der condictio indebiti zum Grunde gelegt, vermöge dessen die Klage wegfällt, sobald nur obligatio naturalis non absolute reprobata vorhanden war, indem sie durch die Nicht-Existenz aller obligatio, oder doch durch die absolute Reprobation der naturalis obligatio bedingt ist. Man könnte nun zwar sagen, es sey also doch naturalis obligatio zu operis officialibus von selbst vorhanden, und mehr bedürfe es nicht: es könne also doch nur im Grunde eine obligatio juris gentium gemeynt seyn, und diese verbinde ja eben so gut als die obligatio juris civilis; der Unterschied stecke bloß in der juris persecutio. Aber darin liegt eben der Knoten, daß die obligatio auch nach dem jure gentium nicht als eine perfecta zu betrachten ist, und daß man die operae officiales zwar als Pflicht ansah, die kein libertus ohne undankbar und schlecht zu erscheinen vernachlässigen durfte, die aber doch von Rechtswegen nicht von ihm verlangt werden konnte [d]). Unterschied man aber mit Hinsicht auf die condictio indebiti im Geringsten nicht obligationem naturalem perfectam und non perfectam, so könnte man auch sehr wohl annehmen, daß operae officiales, welche (mit Hinsicht auf jus civile, weil sie nicht waren besonders versprochen worden)

d) Also weder jure civili noch jure gentium. Man wende nicht ein, dieß, daß der Freygelassene, wenn er sie nicht leistete, für undankbar und schlecht gehalten wurde, begründe schon eine vollkommene Verpflichtung. Ich läugne das durchaus, selbst wenn auch bewiesen werden könnte, daß die Verweigerung dieser operae die Zurückforderung in die Sclaverey zur Folge gehabt hätte.

als indebitae waren geleistet worden, nicht mit der condictio indebiti zurück gefordert werden könnten.

Die Stelle beweist also durchaus nicht was sie beweisen soll: dagegen finden wir in dem Titel der Pandecten de operis libertor. ehe noch von dem Unterschiede der operae gesprochen wird, den Satz angedeutet, daß die operae nicht anders von Rechtswegen gefordert werden können, als wenn sie versprochen worden sind. Es ist daher sehr natürlich, daß der Satz so gut von den operis officialibus als non officialibus gelten muß, weil, wenn die ersteren auch natura debentur, doch aus ihrer Unterlassung nichts weiter als Undankbarkeit folgt, und die Schuldigkeit sie zu leisten noch besonders begründet werden muß. Die Benennung „officiales" d. h. quae ex officio debentur darf uns hier nicht stören: es ist etwas anderes das officium pietatis, und wieder etwas anderes die erzwingbare Verpflichtung: das officium pietatis ist indeß in so fern höchst wichtig, als sich daraus nur allein der Umfang dieser operae bestimmen läßt, und daraus bestimmt werden muß. Wir sehen vermittelst des Versprechens der operae die bisherige Servitut in ein Dienstverhältniß mit Freyheit übergehen. Die operae konnten bestimmt auch unbestimmt versprochen werden: einzelne operae erscheinen schon durch die Natur der Sache bestimmt. Es konnten in Grundlage eines solchen Versprechens operae aller Art gefordert werden quae modo probe jure licito imponi poterant," d. h. operae welche mit der libertät und Civität incompatibel waren, nichts gegen Staat und Religion enthielten, und wodurch der Freygelassene nicht zu sehr beschwert wurde. Das Edict des Prätors, welches uns seinem Geiste nach in den einzelnen Fragmenten, aus welchen der Titel der Pandecten de operis libertorum besteht, gegeben worden ist, trat hier ins Mittel und verhütete, daß der Freygelassene von dem Patron nicht nach Willkühr behandelt wer-

den konnte: durch andere gesetzliche Bestimmungen war dafür gesorgt worden, daß einem im Testament Freygelassenen nicht gegen die Absicht des Erblassers operae aufgelegt werden durften. Durchs Herkommen bildeten sich hiernächst auch mehrere Sätze hinsichtlich der operae libertorum, die man in Ermangelung gesetzlicher Bestimmungen sich zur Richtschnur dienen ließ. Es dürfte sich der Mühe lohnen, die Hauptpuncte hier in kurzen Sätzen zusammenzustellen; so sehr auch die Sache jetzt Antiquität ist, so wichtig ist sie doch für die Erklärung der Römischen Gesetze.

I. Ohne ausdrückliches Versprechen des Freygelassenen läßt sich überall keine erzwingbare Verbindlichkeit desselben zu operis annehmen. Einigen Freygelassenen kann aber auch selbst durch Versprechen diese Verbindlichkeit nicht auferlegt werden z. B. denen, welche ex causa fideicommissi zur Libertät gekommen sind, welche zufolge einer lex sind manumittirt worden u. s. f. e). Es muß angenommen werden, daß der, welcher sie frey wissen wollte, auch nicht wollte, daß sie in der libertas noch sollten mit operis beschwert werden.

II. Die operae können zur Manumissions-Bedingung gemacht werden, aber sie können nicht in der Sclaverey wirklich versprochen werden f). Wer aber die ihm so bedingte Freyheit annimmt, ist hernach auch schuldig, die operas auch wirklich zu versprechen, damit durch das Versprechen die Civil-Obligation festgestellt werde. Das Versprechen kann geschehen durch Stipulation auch durch Eid. So ist die gewöhnliche neuere Vorstellung g), von der ich durch *Dig. XXXVIII,*

e) *Digest. XXXVII, 14, L. 3. XXXVIII, 1, 47.*
f) *Digest. XXXVIII, 1, L. 7.*
g) Siehe Westenberg l. c.

1, L. 7, §. 2. abzugehen veranlaßt werde. Es heißt hier: Jurare autem debet post manumissionem ut obligetur: et sive statim sive post tempus juraverit, obligatur. Daraus scheint mir wenigstens klar zu seyn, daß, mochte nach geschehener Manumission hinsichtlich der Dienste verabredet werden was da wollte, die obligatio nicht eher eintrat, als bis die Verabredung durch einen Eid war bekräftigt worden. Der Schwur bezog sich entweder auf nur generell versprochene Dienste, wohin §. 3. des angeführten Gesetzes gehört: „Jurare autem debet, operas domino munus se praestaturum: operas qualescunque quae modo probe jure licito imponuntur" oder auf bestimmt versprochene. Das „operas stipulatus in der *L. 3, c. l.* geht überall nicht auf das Stipulationsgeschäft, sondern das Wort „stipuliren" kommt hier wie an mehreren Orten mit „versprechen" als synonym vor. Die ältere Ansicht [h]) ist also wirklich der neueren vorzuziehen, weil sie durch deutliche Gesetze unterstützt wird. Es läßt sich auch ein vernünftiger Grund denken, warum hier das eidliche Versprechen gefordert wurde. Einmal schien die Dienstesleistung als etwas von der Regel Abweichendes nicht durch Stipulation allein, sondern durch einen mehr feyerlichen Act übernommen werden zu müssen. Zweytens schien ein freyer Mensch zu solchen fortdauernden Dienstverhältnissen überall nur durch den Eid verpflichtet werden zu können. Auch mag drittens in Betrachtung gekommen seyn, daß nur so die Schwierigkeiten über die Frage, ob der libertus zu dem Versprechen durch von dem Manumissor angewandte unerlaubte Mittel bestimmt

h) *Marc. Vertrarius de jur. libert.* c. 11.

worden, sich am besten umgehen ließen. Man behauptet zwar allgemein den Satz, daß nach dem Römischen Recht der zu einem Rechtsgeschäfte hinzutretende Eid keine neue Verbindlichkeit wirke, auch kein ungültiges Geschäft in ein gültiges verwandeln könne, und man hat allerdings Recht; aber es macht einen großen Unterschied, ob das Geschäft von der Eidesleistung anhebt, oder ob der Eid demselben nur hinzutritt. Im letztern Fall kann er seiner Natur nach nichts Neues wirken: er sollte ja nur das Rechtsgeschäft bestärken: die Frage über dessen Gültigkeit ist ja von ihm ganz unabhängig, und wird dasselbe ungültig befunden, so kann auch der Eid nicht weiter in Betracht kommen. Im erstern Fall dagegen ist es die juramenti religio allein, welche in Betracht kommt: es wird bloß gefragt, ob man etwas zu thun oder zu unterlassen geschworen habe, und ob das Geschworne rechtmäßig geschworen werden könne. Daraus folgt dann von selbst, daß alle Ausflüchte, welche ein Rechtsgeschäft als solches betreffen, hier wegfallen: man kann also annehmen, wenn ein libertus nach erlangter libertas entweder bestimmte oder unbestimmte Dienste dem Manumissor zugeschworen, so dürfe nicht weiter gefragt werden, wie er dazu gekommen.

III. Ob und in wie fern die versprochenen operae auf die Erben beider Theile der versprechenden sowohl als desjenigen, der sich versprechen ließ, übergingen, ist keinesweges ganz klar. Man möchte hier vorzugsweise von der Fortdauer des durch die Manumission gestifteten Verhältnisses ausgehen, indeß scheint doch nach *Dig. c. l. L. 5.* alles dabey auf den Inhalt des Versprechens angekommen zu seyn. So wie der

Manumissor sich nicht bloß für seine Person sondern auch für seine Erben die operas versprechen lassen konnte, so konnte er solche auch nicht bloß dem Freygelassenen, sondern zugleich dessen ganzer Descendenz auferlegen. Indeß gingen die bedungenen operae nicht durchgängig auf alle Erben des Patrons über, sondern nur bey den operis non officialibus war das der Fall: die operae officiales dauerten bloß in den Personen der Leibes-Erben des Patrons fort. Die letzteren konnten auch von dem Patron und seinen Leibes-Erben keinem Andern überwiesen werden, sondern waren ganz personelle Leistungen. Daß in L. 6. nicht mit der Florentina „ad heredem transeunt," sondern mit der Vulgata „ad heredem extraneum transeunt" gelesen werden müsse, ist wohl um so weniger zu bezweifeln, als die unmittelbar vorhergehende Stelle diese Lesart vollkommen unterstützt: die Stelle *Cod. VI, 3, const. 10.* läßt vollends gar keinen Zweifel übrig: durch das Gesagte entsteht auch erst die nöthige Verbindung zwischen diesem Gesetz und L. 9, §. 1. l. c. Die hier befindlichen Worte „sed officiales quidem futurae nec cuiquam alii deberi possunt quam patrono, cum proprietas earum et in edentis persona et in ejus cui eduntur constitit" dürfen nicht so gedeutet werden, als wenn die Leibes-Erben des Patrons daran keinen Theil hätten nehmen dürfen: denn deutlich ist von der persona extranea die Rede.

IV. Obgleich alles, was der libertus seinem Patron entweder ex pietate oder ex promisso schuldig ist, gemeinhin unter dem Ausdruck operae zusammengefaßt wird, so werden doch wieder im *L. 7, §. 3.* operae und munus von einander unterschieden. Sollte nicht die Stelle zugleich einen wichtigen Aufschluß über die ju-

juristische Terminologie in dem Titel der Pandecten de operis libertor. geben? wenigstens erinnere ich mich, daß schon ältere darauf aufmerksam gemacht haben. Wenn operae, donum und munus einander entgegen gesetzt werden, so sind unter munus wirkliche munera publica entweder in Beziehung auf den Patron oder seine Familie, oder solche, welche eigentlich der Patron zu übernehmen schuldig war, der Freygelassene aber an seiner Stelle übernahm, zu verstehen. Wie, wenn man annähme, es habe im Ganzen dreyerley Art von operae (dieß Wort für Leistung, wozu ein libertus seinem Patron verpflichtet ist, genommen) gegeben, 1) das munus als Inbegriff von wirklichen muneribus publicis in der obengedachten Doppel-Beziehung. 2) Das donum als Geldleistungen, etwa in der Art, was wir jetzt Zins nennen würden. 3) Die operae als eigentliche Dienste. Diese letzteren operae sind wieder theils officiales, theils fabriles, theils endlich andere, die gleich den fabrilibus zu Gelde angeschlagen werden können (quae quasi in pecuniae praestatione consistunt nach *L. 6. l. c.*). So viel ist wohl klar, daß donum und munus nicht als synonym gebraucht werden können, sondern als ganz verschiedene Prästationen auftreten: für munus wüßte ich doch wirklich keine andere Schilderung als die gegebene: besondere munera gegen den Patron lassen sich nicht annehmen. Die ächt Römische Tafel der operarum liberti würde demnach so zu bilden seyn.

Operae liberti in gen.

Munus	Donum	Operae in spec.	
Uebernahme von wirklichen muneribus publicis entweder zum Besten des Patrons und seiner Familie, oder für denselben als Stellvertreter.	Zins.	Eigentliche Dienste.	
	Officiales.	Fabriles.	l. aliae.
	Alle Dienste, welche aus der officio pietatis entspringen.	Welchen eine erlernte Kunst zum Grunde liegt. *Dig. XXXVIII*, 1, *L.* 3 *pr.* „Si libertus faber aut pictor fuerit."	Man könnte sie auch schlechthin gemeine Dienste nennen, wenn gleich zu mehreren ebenfalls eine gewisse Geschicklichkeit erfordert wurde.

Die Unterscheidung der operae in gen. nach dieser Tabelle dürfte von der höchsten Wichtigkeit seyn. Von den operis welche unter der Kategorie des munus stehen, läßt sich wohl mit Gewißheit behaupten, daß sie nicht an einen Fremden überlassen werden durften, auch nicht durch Erbrecht auf ihn übergingen. Jede zu solcher Ueberlassung und zu solchem Uebergang führende Stipulation war gewiß eben so verboten als bey operis officialibus. Ueber das donum finde ich in dieser Hinsicht zwar nichts, aber ich trage kein Bedenken zu behaupten, es müsse mit dem munus nach gleichen Grundsätzen beurtheilt werden. Freilich steht das donum in der Mitte zwischen operis officialibus und non officialibus, allein es nähert sich doch mehr

den ersteren als den letzteren: man muß sich also geneigt fühlen, was von den ersteren gilt, darauf anzuwenden. In Absicht der eigentlichen Dienste, die auch andern überlassen werden konnten, in so fern sie nicht officiales waren und in den gemeinen Erbgang fielen, war doch für die Dauer der operae ein großer Unterschied zwischen fabrilibus und gemeinen Diensten. Jene konnten nach *Dig. c. l. L. 23.* nur so lange gefordert werden, als der Freygelassene die Kunst oder das Gewerbe ausübte; diese hingegen immer fort.

V. Die Tendenz einer Menge von gesetzlichen Bestimmungen ist, daß der Freygelassene, welcher unbestimmt operas versprochen hat, dadurch nicht über die Gebühr belästigt werden soll. Der Titel der Pandecten de operis libertorum sieht in dieser Hinsicht wirklich einem Codex über die Dienste unserer jetzigen Leibeigenen ähnlich. Es ist hier zwar nicht der Ort über bekannte Dinge zu sprechen, aber es darf doch nicht unbemerkt bleiben, daß die unbestimmt versprochenen operae bey den Römern zu einem Dienstverhältniß führen konnten, welches eben so drückend war als die heutige Leibeigenschaft. Das Institut der Leibeigenschaft sollen die Römer nicht gekannt haben. Ich behaupte, sie haben es in seiner ganzen Ausdehnung gekannt und werde den Beweis noch weiter unten führen.

§. 243.

Wenn man die operas officiales eines Römischen liberti auf die bekannten Ehren-Dienste, und auf gefällige Unterstützung des Patrons in seiner Wirthschaft oder bey seiner Handthierung beschränkt, so findet sich leicht die Grenze zwi-

schen ihnen und den übrigen operis, mit welchen letzteren es nur allein der Titel der Pandecten de operis libertorum zu thun hat. Die einem Manumissor gestattete assignatio libertorum bey seiner letzten Willens-Verordnung kann auf die operas selbst keinen Einfluß haben: dadurch kann nur eine Anweisung für den libertus erfolgen, wem hinführo die Dienste zu leisten sind. — Das Patronat-Recht als der Inbegriff aller Rechte, welche dem Manumissor gesetzlich an der Person und dem Vermögen des Freygelassenen zustehen, hat unstreitig nichts zu schaffen mit den operis, die auf besonderer Verabredung beruhen: es scheint bloß eine Nachbildung des älteren zwischen Patriciern und Plebejern bestehenden Patronat-Rechts gewesen zu seyn, wodurch der libertus in ein ebenmäßiges Clientelar-Verhältniß zu dem Manumissor gesetzt wurde, wie ehedem der Plebejer zu dem Patricier, und wodurch auch wieder der Manumissor Pflichten gegen denselben überkam. Das eventuelle Successions-Recht des Manumissors an das Vermögen des Freygelassenen scheint davon ein Annexum gewesen zu seyn: so läßt es sich auch erklären, wie in den Pandecten der Titel de jure patronatus mit zur Successions-Materie gezogen worden ist. Die richtigste Ansicht dürfte wohl die seyn, daß man das jus patronatus als ein rein gesetzliches Verhältniß ganz von dem Verhältniß, welches zwischen dem Freygelassenen und seinem Manumissor durch Verträge begründet wird, absondert, und zu dem ersteren die operas officiales, zu dem letzteren aber die operas non officiales verweist. Ich würde sagen: über einen Freygelassenen competiren dem Manumissor doppelte Rechte.

I. Gesetzliche.	II. Vertragsmäßige.
Der Umfang derselben begründet das Römische Jus patronatus, und es besteht in einer Anwendung des alten Jus patronatus zwischen Patriciern und Plebejern auf den Manumissor und seinen Libertus. Die operae officiales gehören hieher zum Theil auch, und das eventuelle dem Manumissor in die bona liberti verliehene Successionsrecht ist davon ein Anhang.	Den Umfang derselben würde ich durch den Ausdruck: Römische Leibeigenschaft bezeichnen.

Bey dieser Ansicht läßt sich auch erklären, warum in dem Titel der Pandecten de operis libertorum die operae officiales so sehr im Hintergrunde erscheinen (weil weder die lex noch das Edict eigentlich mit ihnen zu schaffen hatte), und wie man zu nehmen hat, was die lex Julia und Papia Poppaea über die Befreyung der liberti von den operis *Dig. XXXVIII, 1, L. 27.*) verordnet. Ich möchte als Regel aufstellen: alle zu Gunsten eines Freygelassenen in der Pandecten-Compilation enthaltene Bestimmungen gehen nur auf das Verhältniß n. II: das Verhältniß n. I. bleibt durchaus unverändert, es sey denn, daß es in einer gesetzlichen Bestimmung namentlich und ausdrücklich berücksichtigt worden wäre. Sowohl van Alphen [i]) als Sieben [k]) scheinen diesen Umstand, der doch so wichtig ist, ganz übersehen zu haben.

---

i) Diss. *de patronor. in libertos jure.* Lugd. Bat. 1746.
k) Diss. *de libertorum patronorumque jure.* Ibid. 1750.

XXXVII.

Ueber die adscriptitii der Römer, deren verschiedene Gattungen und ihren Rechtszustand. §. 244—247. — Reflexionen über die gutsherrliche Gewalt und über Prästationen der adscriptitii. §. 248. — Nachträge zu dieser Lehre. §. 249. — Ob die Römer gekannt haben, was wir jetzt Leibeigenschaft nennen. §. 250. Eigenthümliche Differenz der Römischen und heutigen Leibeigenschaft und adscriptitia conditio und Untersuchung der Frage, welche Römische Bestimmungen noch auf unsere Leibeigene anwendbar seyn möchten. §. 251.

§. 244.

Mit Recht hält Gothofred [a]) mehreres, was in dem Römischen Recht über die adscriptitii vorkommt, auf unsere Leibeigenen anwendbar. Hätte er auch nur behauptet, daß in den Römischen Verordnungen über die liberti gleichfalls so Vieles noch für die heutigen Zeiten Anwendbares enthalten sey! — Daß die Juristen bisher nicht auf die Sache geachtet haben, dafür können Männer wie Gothofred, Senckenberg [b]) und andere nicht, die ihre Aufmerksamkeit dahin gelenkt haben. Wir beklagen uns in der Lehre von der deutschen Leibeigenschaft über den Mangel gemeinrechtlicher Entscheidungsnormen und haben deren doch so viele in der Römischen Legislation, die wir nur entweder geradezu, oder doch gewiß analogisch anwenden können. Doch darüber wird sich erst hernach sprechen lassen, wenn die Untersuchung über die adscriptitii geschlossen ist.

---

a) Am Schlusse seines Paratitlon zum Titel des Theodosianischen Codex *de fugitivis colonis inquilinis et servis* (V, 9.)

b) In der *Disquis. de usu trium ultimor. libror. Codicis* vor *Codic. Iust. illustrat.* cur. *Euseb. Begero.* Francof. et Lipf. 1767.

§. 245.

Daß es bey den Römern servi gab, welche man als Zubehör der fundi, wenigstens in so fern betrachtete, daß wenn der Erblasser den fundus als instructus vermacht hatte, sie mit an den Legatar abgegeben werden mußten, wissen wir aus mehreren Stellen der Pandecten-Compilation o). Indeß, glaube ich, lassen sich daher allein noch keine servi glebae adscripti annehmen, weil das legatum fundi instructi zu natürlich alles in sich begreift, was an Einrichtungen auf dem fundus vorhanden ist, und daher die darauf befindlichen Sclaven um so mehr dazu gezählt werden müssen, wenn der Erblasser sie für beständig zu bestimmten Functionen z. B. als Waldhüter, Garten-Knechte u. s. f. darauf angesetzt hatte. Aber es kommen im Codex Stellen genug vor, woraus man sieht, daß wenigstens in späteren Zeiten es servos glebae adscriptos gab, die theils als Inventarium fundi, theils aber auch als fest darauf angesiedelte coloni, und in so fern als pars fundi in Betracht kamen p). Sie gingen mit dem fundus von einer Hand in die andere: ob sie bey Veräußerungen ausgenommen werden konnten,

o) Z. B. *Dig. XXXIII, 7, L. 6.*

p) Ob die von Gothofred citirten Stellen, in welchen die coloni, agricolae, inquilini u. s. f. als servi aufgeführt werden, und von ihnen gesagt wird, daß sie von Geburt Unfreye wären, und sie den Freyen und hominibus sui juris entgegengesetzt werden, bloß auf diese, oder auf die adscriptitios zu beziehen sind, dürfte doch noch die Frage seyn. Gothofred bezieht sie auf die letzteren und sucht sie mit andern Stellen, in welchen die adscriptitii für freye Menschen ꝛc. erklärt werden, durch die Bemerkung zu vereinigen, daß in jenen Stellen alles figürlich und in Beziehung auf die gutsherrliche Gewalt und die glebae adscriptio zu verstehen sey. Hinsichtlich der meisten Stellen hat er unstreitig Recht, indeß läßt sich doch auch nicht in Abrede stellen, daß in einigen bloß von servis colonis die Rede ist.

dürfte die Frage seyn, besonders, wenn in Betrachtung gezogen wird, was weiter unten über die adscriptitios vorkommt.

Die adscriptitii, von welchen hier eigentlich die Rede ist, waren freye Leute, mochten sie übrigens ingenui oder liberti seyn, und für sich und ihre Descendenz keiner Person wohl aber den großen Gütern (Landgütern) so attachirt, daß sie als ein Theil davon betrachtet wurden, mit denselben auf jeden Eigenthümer und Besitzer übergingen, und sich ohne Vorwissen und Willen des zeitigen Eigenthümers oder Besitzers und ohne Genehmigung von Seiten des Staats nicht davon trennen konnten. Sie waren theils coloni d. h. Besitzer von Feldgrundstücken, die ihnen zur Cultur unter mancherley Verhältnissen, als Eigenthümern, Emphyteuten oder bloßen Nutznießern eingegeben waren, theils ohne einen solchen Besitz oder doch mit einem andern Besitz — Casarii g) auf dem Gute lebende Menschen. Die adscriptitii waren zu Diensten (operis) gegen die Eigenthümer oder Besitzer der Landgüter verpflichtet, zu welchen sie gehörten. Es herrschte hier die größte Verschiedenheit, und kam es vorzugsweise

g) Es giebt nach dem Römischen Recht sowohl unfreye als freye coloni und casarii und unter beyden Classen sind sowohl fundo adscriptiti als non adscriptiti. Die casarii mögen Leute gewesen seyn, die auf den Gütern ein Häuschen, etwas Gartenland ꝛc. besaßen. Selbst unter den inquilinis finde ich mich geneigt, die gedachte Verschiedenheit anzunehmen. Die Verschiedenheit der Benennungen rührt meist von äußeren Umständen her. Eben so kann der Römische Censite ein adscriptitius gewesen seyn, auch nicht. Im Allgemeinen war censita jeder, welcher einen census aus irgend einem Grunde zu entrichten schuldig war. Bisweilen wird auch censita und adscriptitius für gleichbedeutend gebraucht.

darauf an, unter welchen Umständen und Ereignissen die adscriptitia conditio zu Stande gekommen war r).

Man kann unstreitig eine doppelte Gattung der adscriptitii annehmen: 1) Freygelassene, welchen bey der Freylassung zur Bedingung war gemacht worden, daß sie auf den Landgütern, auf welchen sie bisher gestanden hatten, für beständig bleiben, und dem Besitzer derselben Dienste leisten sollten, und welche sich nach geschehener Manumission feyerlich und durch den Eid dazu verpflichtet hatten. Irre ich nicht, so dürften mehrere Fragmente in dem Titel der Pandecten de operis libertorum hierauf allein zu beziehen seyn s). 2) Freygebohrne, welche auf den Gütern unter dieser Bedingung waren recipirt, oder als dedititii darauf waren vertheilt worden. Der letztere Fall kam wohl nur bey Gütern des Staats, oder der Regenten-Familie vor: bey Privatgütern läßt sich wenigstens der Fall nicht gut denken, daß dedititii darauf vertheilt worden: die Möglichkeit ist übrigens nicht in Abrede zu stellen.

Wenn die Güter-Besitzer mit Hinsicht auf die adscriptitii auch wohl deren domini genannt werden t), so ist das nur figürlich zu nehmen, in so fern sie nämlich, als Eigenthümer der Güter zugleich als Proprietarien der damit zu-

r) Man kann jedoch nach dem Römischen Recht nicht so raisonniren: der adscriptitius als solcher ist der Gutsherrschaft nicht zu Diensten verpflichtet, sondern man muß sagen, er hat die Verbindlichkeit zu solchen Diensten zwar schon als adscriptitius, welche er aber leistet, das hängt von den besondern Verhältnissen ab, unter welchen sich die adscriptitia qualitas gemacht hat. Denn wenn es auch adscriptitii giebt, die gar keine Dienste leisten, so hat deren Befreyung ihre besondern Gründe.

s) Der angezogene Titel der Pandecten enthält theils allgemeine Grundsätze über die operas liberti, theils besondere. Aus einzelnen Stellen, z. B. *Dig. XXXVIII*, 1, *L.* 19. sieht man klar, daß zugleich die liberti adscriptitii berücksichtigt worden sind.

sammenhängenden Rechte — Real-Rechte — zu betrachten sind. Von einem Eigenthume, wie es die Sclaverey herbeyführt, kann sehr natürlich nicht die Rede seyn; das sogenannte dominium, wenn es doch auf die Personen bezogen werden soll, kann nichts weiter seyn, als eine gutsherrliche Gewalt, wodurch die adscriptitii zu ihrer Schuldigkeit angehalten werden, wozu sie gegen die Gutsherrschaft sich verpflichtet haben [u]). Mit Hinsicht auf eine solche herrliche Gewalt ist auch allein zu nehmen, was in den Gesetzen über coloni alieni juris vorkommt [v]). Ein colonus der keiner gutsherrlichen potestas unterworfen ist, ist ein colonus sui juris. Von der Eintheilung der Menschen in homines sui und alieni juris ist doch hier nur Nutzanwendung gemacht worden.

Alle adscriptitii kommen darin mit den libertis überein, daß sie eben so wie diese freye Menschen sind (in so fern man nämlich liberi und servi im Römischen Sinne hier einander entgegensetzt); aber sie unterscheiden sich doch gewaltig von denselben, einmal dadurch, daß der libertus an eine Person attachirt ist, der adscriptitius dagegen an ein Gut. Zweytens daß der libertus nicht nur bedungene, sondern auch pflichtmäßige operas prästirt, der adscriptitius dagegen nur vertragsmäßige und herkömmliche. Drittens daß alle operae liberti durch die Manumission bedingt sind, die operae des adscriptitii hingegen durch die Adscription, daher

t) *Cod. XI*, 47, *c* 16. und *c.* 12, 18, 19. *Cod. XI*, 49. *rubric.* — Wo sie zugleich patroni genannt werden, ist klar, daß die adscriptitii liberti waren.

u) Bey den adscriptitiis die keine liberti waren kam allein diese gutsherrliche Gewalt, bey den übrigen aber auch noch das Patronatrecht in Betracht.

v) *Cod. Theodos. V*, 9, c. 1 und 2.

auch hier nicht in Betracht kommt, ob der adscriptitius ursprünglich ein ingenuus oder ein libertus ist *w*).

§. 246.

Sowohl die dem Staate, dem princeps und den Communen gehörigen Landgüter, als die Landgüter der Privaten hatten bey den Römern ihre adscriptitios *x*). Man ist berechtigt anzunehmen, ihr Rechtsverhältniß sey im Allgemeinen durchgehends dasselbe gewesen: wenigstens finden sich keine Indicationen für die Behauptung irgend einer Verschiedenheit. Modificationen für die eine oder die andere Gattung der adscriptitii gab es allerdings, die aber hier nicht in Betracht kommen dürfen. — Ueber den Ursprung des Instituts läßt sich bey der Dunkelheit der Geschichte doch auch gar nichts sagen. Darf ich eine Conjectur wagen, so würde es die seyn, daß es Anfangs bloße servi adscriptitii gab, daß späterhin liberti adscriptitii hinzukamen, und sich noch später freygeborene gegen Vortheile, welche man ihnen auf den Gütern zugestand, dazu verstanden, sich glebae adscribiren zu lassen, andere auch wider ihren Willen zu glebae adscriptis gemacht wurden. Mit dieser Ansicht kann man das Institut schon in sehr frühen Zeiten beginnen lassen, die Erweiterung und factische Ausbildung desselben muß man gegen das Ende des republicanischen Zeit-

w) Wenn der adscriptitius zugleich ein libertus ist, so können die Verhältnisse wohl auf der einen Seite zusammenfließen, auf der andern dagegen bleiben sie immer gesondert. Wo der libertus dem adscriptitius entgegengesetzt wird, kann die Entgegensetzung einen verschiedenen Zweck haben: einmal den, um den adscriptitius ingenuus vor dem adscript. libertus auszuzeichnen: zweytens den, das Verhältniß zwischen einem libertus adscriptitius und non adscriptitius ins Klare zu setzen.

x) *Cod. XI*, 47, 67 u. 68.

alters y): seine rechtliche Ausbildung aber erst unter den Imperatoren setzen. So wie es liberti gab, die mehrere Patrone hatten, denen sie operas schuldig waren, so scheint es auch hier Menschen gegeben zu haben, die verschiedenen Landgütern adscribirt waren. Sie können aus den libertis verschiedener Personen, auch aus freyen Dorfbewohnern erwachsen seyn, die sich Landgütern, von welchen sie umgeben waren, für gewisse ihnen gestattete Vortheile adscribiren ließen z). Für solche gemeinschaftliche adscriptitios galt dann ohne Zweifel hinsichtlich der Dienste, was von gemeinschaftlichen libertis galt, und wovon noch weiter unten die Rede seyn wird.

Betrachten wir jetzt das Rechtsverhältniß dieser adscriptitii genauer. Ich spreche bloß von den oben geschilder-

---

y) Höchstwahrscheinlich geschah solche in der Zeit, wo die Römischen Vornehmen große Güter in den Provinzen theils erwarben, theils durch die Donation des Senats und des Volks erhielten. Es ist auch wohl möglich, daß bey der Donation gleich die auf den fundis wohnenden mit zu denselben geschlagen und für adscriptitii erklärt wurden: dieß Verfahren ist um so wahrscheinlicher, als die Römer bekanntlich mit den deditiis nicht viel besser umgingen als mit den Sclaven. Damit es den Donatarien nicht auf den Donationen an arbeitenden Händen fehlen möchte, wurden gleich die, welche darauf sich angesiedelt hatten, beygelegt, und als solche in die öffentlichen Verzeichnisse eingetragen: für die Güter, welche der Staat als sein Eigenthum in Anspruch nahm, fand dasselbe Verfahren statt. Man ahmte einer Einrichtung nach, die sich schon in Italien gebildet hatte: hier freylich auf andere Art, wenigstens in der Regel: vielleicht fand man sie auch bey mehreren der unterjochten Völkerschaften vor.

z) Entstanden die meisten adscriptitii in den Provinzen, wie in der vorstehenden Note angenommen worden ist, dadurch, daß man bey Creirung der Landgüter zugleich die auf den fundis angesiedelten Subjecte dazuschlug, so wird vollends klar, wie adscriptitii mehrerer Gutsherren entstehen konnten. Man brauchte nur ein Dorf zu zweyen oder mehreren Gütern zu legen.

ten freyen adscriptitiis: über die servos adscriptitios braucht weiter nichts gesagt zu werden, da hier alles klar ist. Ihr Verhältniß zur Civität mußte schon darum sehr verschieden seyn, weil sie theils freygelassen, theils freygeboren waren: auf keinen Fall konnten sie Ansprüche auf öffentliche Aemter und Würden machen [a]). Daß sie nicht zum Soldaten-Dienst genommen werden durften [b]) hatte wohl mehr in dem durch die Adscription hervorgebrachten Verhältniß als in andern Umständen seinen Grund. Daraus allein ist es auch wohl zu erklären, daß sie keine anderen munera publica z. B. die Tutel übernahmen, sich auch überall keiner fremden Geschäftsführung und Verwaltung unterziehen durften [c]), denn deutlich wird zu verstehen gegeben, sie könnten von den zu leistenden Diensten abgehalten werden. Der Landbau, welcher durch sie betrieben werden sollte, scheint daher vorzugsweise der Maaßstab zur Beantwortung der Frage zu seyn, ob und in wie fern sie munera publica übernehmen können oder nicht: ihr Zustand würde sie sonst nicht daran behindert haben. Den Steuern und Abgaben waren sie übrigens so gut als andere Staatsunterthanen unterworfen, auch waren sie unstreitig dem Staat zu Frohnen und andern Diensten verpflichtet, nur munera sordida brauchten sie nicht zu verrichten [d]). Waren die Menschen, von wel-

a) Die Uebernahme von öffentlichen Aemtern und Würden war mit dem servilen Zustand der adscriptitii schon unverträglich. *Cod. XI, 7, c. 1.*

b) *Cod. XI, 47, c. 3.* Zwar ist hier nur von adscriptitiis der fundorum und possessionum imperialium die Rede, aber die Ausdehnung auf alle adscriptitios ohne Unterschied ist um so mehr in der Ordnung, als sonst durchgehends die Gleichheit der Rechte bey dem Landbau angenommen ist.

c) *Cod. c. l. c. 2.*

d) Man sehe die hieher gehörigen Beweisstellen bey Gothofred. Die Sache hat gegenwärtig nur noch in so fern ein

chen die Rede ist, glebae und nicht personae adscripti, so ist klar, daß ihr Verhältniß dasselbe bleiben mußte, die Person des Gutsherrn mochte sich verändern so oft sie wollte. Wird gleich der dominus terrae auch der dominus adscriptitii genannt, so ist doch oben schon gezeigt worden, in welchem Sinne diese Benennung zu nehmen ist. Ohne Zweifel stand früherhin jedem Güterbesitzer das Recht zu, mit den dazu gehörigen adscriptitiis eine Veränderung vorzunehmen, welche er wollte, den bestehenden Nexus aufzuheben und sie freyzugeben, von den Diensten nachzulassen u. s. f. Aber späterhin wurden die Güterbesitzer zum Besten des Ackerbaues in dieser Befugniß gar sehr beschränkt. Die willkührliche Versetzung der adscriptitii von einem Gute zum andern wäre schon von selbst wider die Ordnung gewesen, weil dadurch vertragsmäßige Rechte wären zerstört worden, indem jeder glebae adscriptus nur Verpflichtungen gegen ein bestimmtes Gut und dessen Herrschaft übernommen hatte. Aber wenn die Transplantation mit seinem Willen und seiner Genehmigung geschah, konnte Niemand etwas dagegen haben; auch mußte es unter dieser Voraussetzung dem Gutsherrn erlaubt seyn, den adscriptitius an seine Person zu attachiren, und so die Pflicht gegen das Gut in eine Pflicht gegen seine Person, etwa wie die des liberti non adscriptitii zu verändern. Bey einem wider Willen des adscriptitius entstandenen Nexus war das nun freylich anders: da mochte er sich bey der Transplantation zwar nicht auf Verträge berufen: indeß schien doch auch hier willkührliche Aenderung des einmal eingerichteten wider die Ordnung zu laufen. Der libertus adscriptitius hatte so

Interesse, als man daraus ersieht, daß das Verhältniß der adscriptitii bey der Besteuerung nicht in Betracht kam. Nicht bloß Kopfsteuern, sondern auch nach Umständen Vermögens-, Grund- und Gewerbe-Steuern konnten von ihnen erhoben werden.

schon doppelte Pflichten, gegen die Gutsherrschaft und gegen den Patron. Auch hierin wurde in der Folge geändert. Man hielt es zum Besten des Ackerbaues für nothwendig, daß die adscriptitii bey den Gütern blieben, auf welche sie einmal waren gelegt worden *e*), sie durften daher nicht von einem Gute auf das andere transplantirt werden, als bloß zum zeitigen Dienst, und so lange die Güter von einem Herrn besessen wurden *f*): sie mußten nothwendig mit dem Gute zugleich überlassen werden, und durfte sich der Verkäufer keine adscriptitios vorbehalten *g*): sie wurden so als Zubehör des Guts betrachtet, daß nur mit einer Theilung desselben auch eine Theilung von ihnen statt fand *h*). So scheint auch keine willkührliche Freygebung von Seiten der Gutsbesitzer statt gefunden zu haben *i*). Daß mit Bewilligung der Guts-

e) *Cod. c. l. c. 7.*

f) *Cod. XI, 47, c. 13.*

g) *Cod. XI, 47, c. 2.* Si quis praedium vendere voluerit vel donare, retinere sibi transferendos ad alia loca colonos privata pactione non possit. Qui enim colonos utiles credunt, aut cum praediis eos tenere debent, aut profuturos aliis derelinquere, si ipsi praedium sibi prodesse desperant. Man sieht wohl ohne meine Erinnerung, daß nicht von Vorbehalt des einen oder des andern adscriptitius, welchem der Verkäufer besonders gewogen war, und dessen Befreiung von dem lästigen Verhältnisse er wünschte, die Rede seyn kann, sondern allein von Ausscheidung und Vorbehaltung mehrerer adscriptitii, durch deren Entziehung dem Erwerber des Guts sowohl als dem Landbau Schaden erwachsen könnte.

h) *Cod. c. l. c. 7.*

i) Auch hier ist sehr natürlich nur von einer dem Gute nachtheiligen Freylassung die Rede. Es dürfte keine Frage seyn, ob der Gutsherr einen oder den andern adscriptitius, welchem er besonders wohl wollte, von dem Verhältniß entbinden konnte: aber es ist bekannt, wie sehr die Römer, sey es nur der Ostentation wegen, zu freygebigen Handlungen geneigt waren, und wie man sich daher genöthigt sah, selbst die manumissio servorum zu beschränken. Nun könnte man zwar einwenden, da Justinian die bisher bestandenen Beschränkungen der Manumission bey

herrschaft ein adscriptitius zum geistlichen Stande übertreten konnte [k]), scheint als besonders begünstigte Ausnahme in Betracht zu kommen, wovon nicht auf andere willkührliche Freygebungen geschlossen werden möchte, besonders da auch hier noch die Freygebung an Bedingungen gebunden, und generell verordnet worden ist, daß nicht einmal Subrogation statt finden soll [l]). Man sieht klar, daß die Tendenz der neueren Römischen Gesetzgebung ist; daß die Zahl der einmal vorhandenen adscriptitii weder vermindert werden soll, noch untaugliche Subjecte den tauglichen substituirt werden sollen, damit der Landbau auf keinen Fall leiden möge. Die genaue Mitinventarisirung der adscriptitii bey der öffentlichen Inventur der Güter, hat auch gewiß mit den Zweck, zu verhindern, daß von den Gutsherrn nichts geschehen möge, was den einmal begründeten Nexus beeinträchtigen könnte [m]). Noch mehr wird das Gesagte dadurch bestätigt, daß ein adscriptitius von öconomischen Diensten, wozu er der Gutsherrschaft verpflichtet ist, durch die Verjährung nur sehr schwer, von der glebae adscriptio selbst aber und der besonders übernommenen Cultur einer Länderey als colonus gar

Sclaven aufgehoben, so lasse sich um so weniger annehmen, daß Beschränkungen der Freylassung der adscriptitiorum, wenn sie überall vorhanden gewesen, noch von ihm geduldet worden, oder im Geiste des Justinianischen Recht geduldet werden dürften. Allein zwischen Manumission der Sclaven und Freygebung der adscriptitii ist doch ein gewaltiger Unterschied. Die Beförderung des Landbaues war hier schon ein wichtiger Grund für die Staats Politik, nicht zu gestatten, was dort füglich gestattet werden konnte.

k) *Nov.* 123, *c.* 17.

l) *Cod. XI*, 62. *const.* 3. Wäre die Subrogation erlaubt gewesen, so hätte eine Gutsherrschaft nur die tüchtigsten adscriptitii dem Gute entziehen und dafür andere untüchtige zum Ackerbau nicht taugende Subjecte an deren Stelle setzen können.

m) *Cod. IX*, 49, *const.* 7.

gar nicht befreiet werden kann n). Man kann füglich behaupten, die einmal festbegründete adscriptitia qualitas gewinne des allgemeinen Nutzens wegen ein besonderes Verhältniß zum Staat, so, daß sie ohne dessen Genehmigung zwar contrahirt, nicht aber wieder dissolvirt werden könne, und könne daher von Befugnissen, worauf der dominus hinsichtlich der Manumission seiner servi Anspruch machen konnte, gar nicht die Rede seyn o).

n) Von einer Acquisitiv-Verjährung der Freyheit ist nirgends in den Gesetzen die Rede, sondern allein von einer Extinctiv-Verjährung der gutsherrlichen Reclamation, wovon die Freyheit von dem nexus adscriptitius die Folge ist. Nach *Cod. Theod. V*, 10, *const. un.* macht sich diese Verjährung bey adscriptitiis originariis sowohl als noviter receptis bey adscriptitiis männlichen Geschlechts in dreyßig, bey denen des weiblichen Geschlechts aber schon in zwanzig Jahren, wenn sie sich von dem Gute entfernt haben, dem sie adscribirt waren und binnen der gedachten Zeit keine Reclamation von der Gutsherrschaft erfolgt ist. (Man sehe darüber die ausführliche Erörterung von Gothofred zu dem citirten Gesetz). Indeß scheint mir gar nicht zweifelhaft, daß auch die Befreyung von dem nexus adscriptitius durch Acquisitiv-Verjährung erworben werden konnte, da dieser Nexus nach *Cod. XI*, 47, *const.* 18 und 23. auch durch die erwerbende Verjährung von 30 Jahren begründet werden kann. Wer also wirklich adscriptitius war, sich aber nicht als adscriptitius behandeln lassen wollte und einen dreyßigjährigen ununterbrochenen Besitz der Freyheit nachzuweisen im Stande war, wurde für frey geachtet. Indeß ist es merkwürdig, daß die erworbene Freyheit nur immer auf die Dienste, nicht zugleich auf die glebae adscriptio selbst ging. Das Gut, dem der Befreyte adscribirt war, durfte er darum doch nicht verlassen: keine Zeit-Verjährung konnte ihm hier zu statten kommen: nur dadurch konnte er von dem ganzen Nexus frey werden, wenn er davon gegangen war und die Gutsherrschaft binnen der gesetzlichen Zeit von ihrem Reclamations-Recht keinen Gebrauch gemacht hatte.

o) Vergleiche die not. *i*. Ich glaube behaupten zu können, daß wenn die Güterbesitzer die adscriptitios transplantiren, oder in der Mehrzahl freygeben wollten, dazu Erlaubniß des Staats durchaus erforderlich gewesen sey. Die Sorge des Staats für die Erhaltung des Ackerbaues und der Landwirthschaft spricht

§. 247.

Wenn wir annehmen: das adscriptizische Verhältniß sey bey den Römern begründet worden 1) durch Zulegung der auf den Gütern angetroffenen Personen bey den Eroberungen der Römer, unter Autorität des Staats; 2) durch Vertrag (bey den libertis, denen die adscriptio zur Bedingung der Libertät war gemacht worden, und bey freyen Leuten, die sich ihres Nutzens wegen unter die adscriptitios eines Guts aufnehmen ließen) und 3) durch die Verjährung

---

sich in den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen zu stark aus, als daß man annehmen könnte, die Willkühr bey der Manumission habe hier nur auf irgend eine Art eintreten können.

Selbst in Ansehung der liberti, wenn sie einmal adscriptitii geworden waren, mußte die sonstige Befugniß der Patrone, ihnen das was sie versprochen hatten zu remittiren, gegenwärtig wegfallen. Denn der Patron hatte sie in einen Nexus gebracht, dessen Aufhebung jetzt nicht mehr von seiner Willkühr abhing, sondern an die Genehmigung des Staats gebunden war.

Aber möchte man fragen, wenn es der Gutsherrschaft auch nicht erlaubt war, ohne Vorwissen und Genehmigung des Staats das einmal begründete Attachement der adscriptitii zu dem Gute ohne Vorwissen und Genehmigung des Staats aufzuheben oder zu verändern, war sie darum auch nicht berechtigt, von den Diensten und übrigen Obliegenheiten des adscriptitius etwas für sich zu erlassen? Erleichterung konnte sie freylich den adscriptitiis verschaffen, aber hätte sie die Dienste ganz oder zum Theil erlassen wollen, so wäre das ja eben so gut gewesen, als wenn sie das ganze Verhältniß aufgehoben hätte. Für die Bewirthschaftung großer Güter ist es doch eine höchstwichtige Sache, wenn dienende Hände in Menge vorhanden sind, und solche, die nicht erst von der Gutsherrschaft gesucht zu werden brauchen.

Was von der Remission der Dienste gilt, muß auch von der Verwandelung derselben gelten. Es stand daher auch gewiß der Gutsherrschaft nicht frey, ohne Genehmigung des Staats die Natural-Dienste in Geldprästationen für immer zu verwandeln. Für ihre Zeit mochte sie das wohl thun, aber der künftige Besitzer der Güter wurde durch solche Verabredung nicht genirt.

(worüber indeß nichts Bestimmtes gesagt ist) und habe einmal begründet in der Regel nicht anders wieder aufgehoben oder verändert werden können, als mit Vorwissen und Genehmigung des Staats: ferner die adscriptitii seyen zwar durchgehends freye Leute gewesen, aber doch für sich und ihre Descendenz glebae adscripti und vermittelst dieser adscriptio jedem Besitzer des Guts oder vielmehr dem Gute selbst zu Diensten verbunden gewesen: weiter durch das adscriptizische Verhältniß sey zwar eine herrliche Gewalt über sie begründet worden, aber keine potestas dominica wie über die servos, sondern nur eine gutsherrliche Gewalt: und endlich das adscriptizische Verhältniß selbst sey von demjenigen verschieden, wenn gleich damit innigst verbunden gewesen, welches sie als Besitzer von ihnen eingeräumten Grundstücken gehabt; so erscheinen die adscriptitii nicht nur als eine absonderliche Menschenclasse im Römischen Staat, die man mit andern in nexu stehenden Subjecten nicht verwechseln darf, sondern nach eigenthümlichen Rechten beurtheilen muß, sondern es ist auch zugleich dadurch der Maaßstab selbst zu Beurtheilung ihrer Rechte gegeben worden, welchen zu finden sonst seine eigenthümlichen Schwierigkeiten haben dürfte.

In so fern es bloß der adscriptitia qualitas (denn das Verhältniß wegen der den adscriptitiis eingeräumten Grundstücke konnte sehr verschieden seyn) gilt, kann angenommen werden.

1) Es vererbte diese Eigenschaft auf die gesammte Nachkommenschaft des adscriptitius zu ewigen Zeiten, und zwar in der natürlichen sowohl als Adoptiv-Descendenz p). — Mochte die Adoption Anfangs den adscriptitiis nicht gestattet seyn, so war sie es doch ge-

p) *Cod. Theodos. V*, 10, *const un.* §. 4. *XII*, 19, *c.* 1.

doch gewiß in der Folge der Zeit und in Justinians Zeitalter läßt sich die Sache gar nicht bezweifeln. Was die adscriptitia sowohl in als außer der Ehe erzeugte, erhielt gleichergestalt die Eigenschaft der Mutter, es sey denn, daß das Reclamationsrecht der Gutsherrschaft schon durch die Verjährung erloschen war. Wenn auf diese Weise das Kind immer der ärgern Hand folgt, so finden sich doch nirgends Spuren, daß die Verehelichung einer freyen Person mit einer Person adscriptizischer Eigenschaft den Zustand der ersteren verschlimmert hätte q).

2) Der adscriptitius konnte für seine Person wie jeder Freye unabhängig von der gutsherrlichen Gewalt Rechte und Eigenthum erwerben. Diese concurrirte bey der Erwerbung nur in so fern, als der adscriptitius zugleich Verpflichtungen übernahm, die sei-

q) *Cod. XI*, 47, *c.* 15. heißt es „Mulier quae fuisse *originaria* docebitur, si cujuscunque liberi hominis secuta consortium, in omnibus, vel in quibuscunque locis victura constiterit, ejus omnem sobolem secundum vetera constituta conveniet revocari. Die *const.* 21. bestätigt das hier Gesagte, und wendet nur noch insbesondere auf die natos ex servo et adscriptitia an, was von dem ex libero et serva nato gilt. Hatte ein Freyer eine adscriptitia dem Gute widerrechtlich entzogen und geheyrathet, so konnte auf den Antrag des Gutsherrn die Ehe getrennt werden: ihm selbst aber schadete die Verbindung nicht. Aber, frägt man, wie stand es denn um die freye Weibsperson, welche ein adscriptitius geheyrathet hatte? *Cod. XI*, 47, *c.* 24. ist entschieden worden, daß, mag die Verbindung ohne Vorwissen und Einwilligung der Gutsherrschaft oder mit derselben geschehen seyn, die freye Weibsperson dadurch nichts an ihrem Zustand einbüßen, sondern sowohl für ihre Person als für die erzeugten Kinder fortdauernd die Freyheit genießen soll. Die Ehe soll aufgehoben und der adscriptitius noch besonders als der Verführer bestraft werden Man sehe auch *Nov.* 22, *c.* 17, und *Nov.* 54 *praef.* u. *c.* 1.

nen Obliegenheiten gegen die Gutsherrschaft hätten in den Weg treten können.

Mit diesen Grundsätzen scheint nun gar sehr zu contrastiren, was in den Gesetzen über das Peculium der adscriptitii und die Beschränkung ihrer Befugniß darüber nach Willkühr zu verfügen vorkommt. Ueberall scheint in dieser Hinsicht eine große Verschiedenheit bey den adscriptitiis statt gefunden zu haben, daher es sich wohl der Mühe lohnen dürfte, die Sache genauer zu untersuchen, als sie bisher untersucht worden ist.

Vorläufig muß ich bemerken, daß das, was über den Gegenstand in den Gesetzen vorkommt, nur meist die colonos gilt. Es ist aber keine Frage, daß das, was in besonderer Beziehung auf sie gesagt wird, auch von allen adscriptitiis ohne Unterschied zu verstehen ist: daß von ihnen vorzugsweise die Rede ist, hat allein darin seinen Grund, weil sie die vorzüglichste Gattung der adscriptitii waren. Vollends hebt sich aller Zweifel, wenn wir die Anastasische Constitution *(Cod. XI, 47, const. 18.)*, welche Contius zuerst griechisch und lateinisch edirt hat, gelten lassen. Aber aus eben dieser Constitution erhebt sich eine andere Schwierigkeit. Es wird darin zwischen adscriptitiis, welche es durch die Verjährung geworden sind, und andern adscriptitiis unterschieden. Die ersteren sollen freye Leute zusammt ihrem Vermögen bleiben und soll sich das adscriptizische Verhältniß auf das „terram colere und canonem praestare" beschränken. In Ansehung der letztern wird gesagt „eorum peculia dominis competunt — τὰ τούτων πεκούλια τοῖς δεσπόταις ἀνήκει." Darnach würde zwar nun nicht zwischen colonis und andern adscriptitiis ein Unterschied anzunehmen seyn,

wohl aber zwischen solchen, die es durch die Verjährung, und solchen die es auf andere Art geworden.

Abgesehen von den Gründen, welche sich gegen die Aechtheit dieser Constitution noch vorbringen ließen, läßt sich selbige sehr gut mit andern Gesetzen, wovon hernach die Rede seyn wird, vereinbaren. Die Absicht des Imperators Anastasius war keine andere, als den Leuten, welche durch die Verjährung adscriptitii geworden waren einen freyern Zustand zu verschaffen als den übrigen adscriptitiis. An Eigenthum des Grundherrn über das Peculium der adscriptitii konnte der Imperator nicht denken, weil es solches überall nicht gab, sondern bloß an Beschränkung der Dispositions-Befugniß, wie sich gleich zeigen wird. Den zum Theil höchst unwissenden Concipienten der Kaiserlichen Constitutionen mag es nicht verdacht werden, wenn sie sich dieß Peculium als ein peculium servile dachten, und Ausdrücke gebrauchten, welche nicht passend waren: uns kommt es aber zu, die Sache in ihrer wahren Gestalt darzustellen. Die gerügte Ignoranz ist auch die Ursache, daß in andern Gesetzen beyläufig das Peculium der adscriptitii als Eigenthum des Grundherrn geschildert wird r).

Eine Hauptstelle würde hier *Cod. Theodos. V, 10, c. un.* seyn, wenn uns die Gothischen Gesetzgeber solche nicht so verstümmelt überliefert hätten. Die Stelle lautet bey Gothofred sowohl als Hugo so:

r) Die Concipienten der Imperatorischen Constitutionen sind oft zur Vergleichung des adscriptitii mit dem servus geneigt. Z. B. *Cod. XI, 47, c. 21*, wo es zuletzt heißt: Quae enim differentia inter servos et adscriptitios intelligatur, cum uterque in domini sui positus sit potestate et possit servum cum peculio manumittere et adscriptitium cum terra dominio suo expellere.

„Non dubium est, colonis arva quae subigunt, usque adeo alienandi jus non esse, ut et si qua propria habeant, inconsultis atque ignorantibus patronis in alterum transferre non liceat." Zur Ueberschrift des Titels „Ne colonus inscio domino suum alienet vel peculium, vel litem inferat ei civilem (bey Hugo fehlt das ei) bemerkt Gothofred „Rubrum amplius est nigro: neque enim quicquam in lege hujus tituli hac de re agitur. Allein wenn man das „vel" und „ei" aus der Inscription wegwirft, und sich den Text in dieser ursprünglichen Fassung denkt „Non dubium est colonis arva quae subigunt alienandi jus non esse, usque adeo ut et si qua propria habeant inconsultis atque ignorantibus patronis in alterum transferre et litem civilem de eis inferre non liceat" so stimmt das nigrum mit dem rubro nicht nur völlig zusammen, sondern es ist auch klar wie alles gemeynt ist. Auch ohne das stimmt das nigrum zum rubro größtentheils. Man sieht aus der Interpretatio, daß die Gothen keine richtige Vorstellung von der Sache gehabt haben. Die Imperatoren Valentinian und Valens, von welchen die Constitution ist, sagen im Grunde genommen weiter nichts als dieß: es kann nicht zweifelhaft seyn, daß der adscriptitius das Grundstück, welches ihm als colonus eingegeben ist, gar nicht zu veräußern befugt ist, aber man hat ihn auch in der Disposition über sein eigenthümliches Vermögen dahin beschränkt, daß er es ohne Wissen und Beyrath seines Gutsherrn nicht auf Andere übertragen, noch sich deshalb in einen Prozeß einlassen darf. — Und warum? weil es das Interesse der Gutsbesitzer erfordert, daß ihre adscriptitii nicht durch unbesonnene Veräußerungen und Prozesse (zu den

letzteren sind gemeine Leute, die zu einiger Wohlhabenheit gekommen sind, besonders geneigt) in Schaden kommen mögen. Ganz stimmt damit auch *Cod. XI, 49, c. 2.* zusammen. Sowohl hier als anderwärts wird das Peculium der adscriptitii als vollständiges Eigenthum derselben anerkannt. Verbindet man das oben angeführte und erörterte Anastasische Gesetz damit, so brauchten bloß die adscriptitii, welche es durch Verjährung geworden waren, sich nicht um die Gutsherren bey der Disposition über ihr Peculium zu kümmern. Das ihnen gestattete Privilegium hatte eines Theils die Billigkeit zum Grunde, andern Theils auch den politischen Zweck, daß eine zum Besten der Güter begonnene Verjährung um so weniger hintertrieben werden möchte.

Sehen wir von dem hier von den Sclaven entlehnten und uneigentlich gebrauchten Ausdruck ab, so ist das Peculium eines adscriptitii der Inbegriff des gesammten ihm von der Gutsherrschaft unabhängig mit Eigenthumsrecht zuständigen Vermögens. Dazu gehört nicht bloß, was der adscriptitius verdient, ererbt, oder geschenkt bekommt, sondern auch, was von ihm sonst auf eine irgend andere denkbare Art erworben wird: auch was von den Früchten des Guts, das er inne hat, nach Abzug des Canons, der Abgaben ꝛc. für ihn übrig bleibt s). Bloß zu Gunsten der Gutsherrschaft ist angenommen worden, daß solche bey der Veräußerung dieses Peculiums und bey Prozessen, die darüber angefangen werden sollen, concurriren müsse, und daß wenn es sich um die Zurückgabe eines adscriptitii aus fremder Hand handelt, mit seiner Re-

s) *Arg. Cod. XI, 47, const. 20. Nov. 162.*

stitution zugleich die seines Peculiums als eines von seiner Person ohne Vorwissen der Gutsherrschaft untrennbaren Vermögens gefordert werden kann [t]).

Die Hauptfrage bleibt jetzt noch: wie weit ging die Concurrenz der Gutsherrschaft bey der Alienation des Peculiums. Es kann wohl vernünftiger Weise nicht gefragt werden, ob die Gutsherrschaft bey jeder Veräußerung concurriren müssen. Von der Concurrenz bey Veräußerungen, welche das ökonomische oder andere Gewerbe des adscriptitii mit sich brachten, konnte so vernünftiger Weise gar nicht die Rede seyn: es läßt sich nur behaupten, die Concurrenz der Gutsherrschaft sey erforderlich gewesen, wenn der adscriptitius ihm gehörige Immobilien veräußern und verpfänden, Capitalien ausleihen, beträchtliche Schenkungen machen, und Prozesse über sein Vermögen anfangen wollen. Uebrigens ist wohl klar, daß die Concurrenz der Gutsherrschaft ganz unnütz gewesen seyn würde, wenn derselben nicht für den Fall, daß der adscriptitius sich nicht fügen wollen, zugleich das jus inhibendi und das Recht, die des Widerspruchs ungeachtet unternommenen Handlungen für ungültig erklären zu lassen, zugestanden hätte. Aus *Cod. XI, 49, c. 2.* erhellt das auch völlig klar.

3) Daß den adscriptitiis in der neuesten Zeit (in der älteren konnte davon wohl bey keinem von ihnen, selbst auch nicht bey dem libertus adscriptitius die Rede seyn) alle Privatrechte der Römischen Bürger, so weit sie allen lebenden freyen Unterthanen des Römi-

t) *Cod. XI, 47, const. 23, §. 2.* Unter solchen Umständen konnte sehr leicht die irrige Vorstellung entstehen, als gehöre das peculium eines adscriptitii eben so gut der Gutsherrschaft als das peculium servile dem dominus.

schen Reichs zukamen, gewährt wurden, scheint mir im Mindesten nicht zweifelhaft zu seyn. Sie scheinen daher auch das Recht der Testaments-Errichtung gehabt zu haben, obgleich dieser Punct in den Gesetzen ganz mit Stillschweigen übergangen wird. Indeß gestehe ich doch, daß der Zuständigkeit des juris testamentifactionis der adscriptitii von einer andern Seite her große Bedenklichkeiten entgegen stehen. Konnten sie 1) über ihr Peculium überall nicht veräußerungsweise ohne Concurrenz der Gutsherrschaft disponiren, so konnten sie um so weniger darüber des Todes wegen verfügen, als ein an die Einwilligung des Andern gebundenes Testament nach dem Römischen Recht gar keins ist. 2) Wollte man auch annehmen, die gesetzlichen Bestimmungen über die Concurrenz der Herrschaft bey der Alienation des Peculii seyen bloß von Verfügungen unter den Lebendigen zu verstehen, so würde sich doch entgegnen lassen, daß wenn der adscriptitius des Todeswegen frey über sein Peculium zu gebieten vermochte, er durch diese Disposition eben so viele Nachtheile für die Gutsherrschaft stiften konnte, als durch eine dispositio inter vivos. Der gesetzliche Zweck würde also vereitelt worden seyn, wenn der adscriptitius eine unbeschränkte Testamentificationsbefugniß gehabt hätte: er hätte alsdann auch Fremde zu Erben einsetzen, und sein Peculium durch Legate zersplittern können. Für die Gutsherrschaft konnte nichts wichtiger seyn, als wenn das gesammte Peculium bey der Descendenz und den Verwandten des adscriptitius blieb: besonders wichtig war das Zusammenhalten desselben bey colonis. Diese Rücksichten bestimmen mich, dem adscriptitius das Recht der Testamentifaction wenigstens in der Maaße als es in

der neuern Zeit andern freyen Unterthanen des Römischen Reichs zustand, abzusprechen. Ich glaube sie können nur etwa das jus ordinationis parentum inter liberos und in Ermangelung der Descendenz das Recht gehabt haben, einen Verwandten, welcher auch zu den glebae adscriptis bey demselben fundo gehörte, im Testament zu bedenken. Aus sehr natürlichen Gründen muß man indeß für die durch Verjährung entstandenen adscriptitios eine Ausnahme machen, und diesen das völlig freye Testamentifactionsrecht zugestehen *u*).

Gewissermaaßen in der Natur der Sache liegt die Concurrenz der Gutsherrschaft bey den Verheyrathungen der adscriptitii. Ihr liegt ja, wie sich hernach zeigen wird, eines Theils die Erhaltung des adscriptitii und seiner Familie auf, wenn der adscriptitius solche nicht selbst bewerkstelligen kann: andern Theils ist es ja auch noch ihr besonderes Interesse bey den colonis, daß der Oeconomie kundige sowohl als thätige Subjecte zusammenkommen. War man geneigt, von andern Verhältnissen der servilis conditio, die hier gar nicht paßten, eine nützliche Anwendung auf die adscriptitios zu machen, so mußte man sich hier dazu gewiß um so geneigter fühlen, als so wichtige Umstände concurrirten, welche diese Nutzanwendung rechtfertigten *v*).

u) Da für diese, wie oben gezeigt worden durch das Anastasische Gesetz die sonstige Beschränkung der adscriptitii über ihr Peculium zu disponiren generell war aufgehoben worden, so sehe ich nicht ein, warum man das ertheilte Privilegium nicht so gut von der dispositio mortis causa als der inter vivos verstehen wollte.

v) Ganz klar erhellt das auch aus der *Nov.* 162, *c.* 3. In diesem Gesetz wird zugleich über die Frage entschieden, wem die Kin-

3) Außer dem oben gedachten Fall wo es dem Peculium galt, scheint es, habe der adscriptitius das Recht gehabt, auch ohne Vorwissen und Beyrath der Gutsherrschaft Prozesse zu führen: denn man würde der *Const. un. Cod. Theod. V, 10.* Gewalt anthun, wenn man ihre Verfügung auch auf das Peculium nicht angehende Prozesse ausdehnen wollte. Indeß glaube ich doch, daß nach dem bekannten Satze: wo das eine gesetzt werde, werde das andere noch nicht ausgeschlossen, auch bey allen und jeden von dem adscriptitius zu führenden Rechtssachen die Zuziehung der Gutsherrschaft und deren Autorisation erforderlich gewesen sey. Die Gründe sind durchweg dieselben: soll einmal verhütet werden, daß der adscriptitius durch unbesonnene Prozeßführung in Schaden kommen möge, so ist es gleichgültig, ob der Prozeß das Peculium oder einen andern Gegenstand betrifft: bey andern Gestänben dürfte sich dieser Schade, wenn nicht noch eher, doch eben so gut annehmen lassen *w*).

---

der gehören, wenn ein adscriptitius des einen Guts eine adscriptitia des andern ohne Wissen und Willen des Patrons heyrathet. Der Imperator unterscheidet, ob nur ein Kind da ist oder ob mehrere vorhanden sind. Im ersten Fall folgt das Kind der Mutter, im letztern Fall ist wieder zu entscheiden, ob eine gleiche oder ungleiche Zahl von Kindern vorhanden ist. Bey gleicher Zahl werden die Kinder getheilt, bey ungleicher nimmt die Mutter eins mehr. Oportet enim (heißt es) ipsam dignari majore studio quae et parturierit et pepererit, et nutrierit, supra eum qui voluptatis superfluam pueri fecit originem.

w) Es ist eigen, daß über die Frage, daß und in wie fern die Gutsherrschaft bey Prozessen der adscriptitii zu concurriren befugt sey, in der Justinianischen Gesetzgebung völliges Stillschweigen herrscht. *Cod. XI, 48, c. 24.* war doch darüber zu sprechen eine so schöne Veranlassung: ein emblema Triboniani wäre hier in der Ordnung gewesen.

Natürlich konnte indeß die Gutsherrschaft nicht da autoriſiren, wo es einem von dem adſcriptitius gegen ſie ſelbſt zu führenden Prozeß galt. Nach dem frühern Recht ſcheinen die adſcriptitii ohne Unterſchied befugt geweſen zu ſeyn, gegen ihre Gutsherren eben ſo gut als gegen Fremde Proceß zu führen. Aber höchſt merkwürdig iſt die neuere Verordnung der Imperatoren Arcadius und Honorius (*Cod. XI, 49, c. 2.*), welche dieſe Befugniß gar ſehr beſchränkt. Es heißt darin, es ſey nicht zu ertragen, ut (ſc. adſcriptitii) eos audeant lite pulſare, a quibus ipſos, utpote dominis una cum poſſeſſionibus diſtrahi poſſe dubium non eſt, und wird verordnet „ne quis audeat domini nomen in judicio laceſſere, mit dem Memento für die adſcriptitios „ut cujus ipſi ſunt, ejusdem omnia ſua eſſe cognoſcant." Vermuthlich war der eigentliche Urheber dieſes Geſetzes einer von den großen Güterbeſitzern, welchen jede Auflehnung der adſcriptitii auch gegen das größte Unrecht als Majeſtäts-Verbrechen erſchien. Ausgenommen werden bloß (wo das gerichtliche Auftreten gegen die dominos den adſcriptitiis noch ferner erlaubt ſeyn ſoll 1) die ſuperexactio x). 2) Die accuſatio criminum publica y). Auch iſt 3) nach

x) Die ſuperexactio begreift hier wohl jede widerrechtliche Beläſtigung der adſcriptitii, ſey es durch Arbeiten oder Beſteurung in ſich. Beſonders dürfte darunter zu verſtehen ſeyn, was bey der Colligirung der landesherrlichen Abgaben ſich die Gutsherren noch als Zinſen zahlen ließen, wenn ſie ſolche vorgeſchoſſen hatten.

y) In dieſe Kategorie gehört auch die durch die Geſetze verbotene Mißhandlung der adſcriptitii. Konnten ſich in der neueren Zeit ſogar die ſervi über von ihren dominis erlittene Mißhandlungen beſchweren, ſo waren noch mehr die adſcriptitii dazu befugt.

andern Gesetzen der Rechtsgang unstreitig dem adscriptitius gegen den dominus gestattet, wenn es sich handelt um die gänzliche Befreyung von der adscriptitia qualitas oder von den Prästationen, oder endlich von dem Eigenthume der Ländereyen z).

5) Gemeinsame Schuldigkeit aller adscriptitii und zwar von der adscriptio allein abhängige Schuldigkeit waren auf den Landbau und die Oeconomie der Güter zu welchen sie gehörten, sich beziehende *Operae*. Zins, und andere Geld-Prästationen scheinen noch besondere Verhältnisse vorauszusetzen, z. B. von der Herrschaft eingeräumte Grundstücke, Wohnungen und andere utilia, oder wurden durch besondere Vereinbarungen festgesetzt. Es wird darüber noch weiter unten gesprochen werden.

§. 249.

Zwey Stücke in dieser Lehre müssen unsere Aufmerksamkeit noch einige Augenblicke fesseln: die gutsherrliche Gewalt, und die von dem *adscriptitius* zu leistenden Dienste.

Welche Rechte, kann man fragen, begriff die gutsherrliche Gewalt in sich, und wie machte sie diese Rechte geltend? Finden wir gleich vieles von der herrlichen Gewalt über die Sclaven darauf nützlicher Weise angewandt, so ist doch klar, daß beide nach ganz verschiedenen Grundsätzen beurtheilt seyn wollen. In dem Fundament war schon die höchste Verschiedenheit anzutreffen: die herrliche Gewalt gründete sich auf Eigenthum oder Besitz der Person des Sclaven, die gutsherrliche auf Eigenthum oder Besitz des

z) *Cod. XI, 47, const. 5* und *Cod. XI, 49, const. 1.*

Guts, zu welchem der adscriptitius gehörte. Hiernächst war die herrliche Gewalt eine potestas in capite non libero, die gutsherrliche dagegen auch eine potestas in capite libero. Vom jure vitae et necis über die adscriptitios konnte bey der gutsherrlichen Gewalt gar nicht die Rede seyn, eben so wenig vom jure alienandi, und noxae dandi: verkaufte der Gutsherr das Gut, so folgten die adscriptitii als deren Zubehör mit, aber von ihrer absonderlichen Veräußerung war nicht die Rede, und fügte der adscriptitius jemand Schaden zu, so that er das auf Geheiß oder mit Vorwissen des Gutsherrn, oder ohne das. Im ersten Fall war der Gutsherr verantwortlich wegen seiner Concurrenz oder doch Mitwissenschaft: im letztern der adscriptitius allein a). Konnte er nicht zahlen, so mußte der Beschädigte den Schaden tragen: an die Person des adscriptitii konnte er nicht kommen, weil selbst der Fiscus diese in Ruhe lassen mußte. Ganz ungereimt würde es gewesen seyn, wenn man der Gutsherrschaft ein jus adquirendi per adscriptitios hätte beylegen wollen: freylich konnte sie auch durch selbige erwerben, wenn sie ihnen zu Erwerbungen Auftrag ertheilte: so erwarb sie auch durch deren Dienst: aber von solchen Erwerbungen ist ja nicht die Rede, sondern bloß von der Anwendung des Prinzips bey Sclaven, daß alles was der Sclave erwirbt, dem Herrn

a) Sowohl wegen Obligationen ex contractu als delicto etc. konnte gegen den adscriptitius nur allein geklagt werden, in so fern die Gutsherrschaft nicht Theil genommen hatte, wenn sie auch gleich übrigens bey Veräußerungen des peculii concurrirte, weil sie da durch ihre Concurrenz das Geschäft nur gültig machte. Daß mit der actio de peculio und tributaria auch gegen den Gutsherrn geklagt werden können, glaube ich nicht, da zwischen dem peculium der Sclaven und dem der adscriptitii ein himmelweiter Unterschied obwaltete, und wenn man auch von dem einen auf das andere übertrug, doch nicht übertragen konnte, was vernünftiger Weise nicht übertragbar war.

in der Regel gehört. Sonach wird die gutsherrliche Gewalt beschränkt auf die Rechte, von den adscriptitiis die schuldigen Dienste und Abgaben zu verlangen, die Widerspenstigen dazu durch Zwang anzuhalten, die Alienationen ihrer Peculien und die Führung ihrer Prozesse zu autorisiren, bey ihren Verheyrathungen zu consentiren, und sie, wenn sie sich eigenmächtig von dem Gute entfernt haben, oder zwar mit Genehmigung der Gutsherrschaft aber doch nicht den Staatsgesetzen gemäß, mit ihrem Peculium und ihrer Sippschaft zu reclamiren. Die Reclamation nimmt in so fern die Gestalt einer Vindication an, als die adscriptitii einen Theil der Landgüter ausmachten, und die Gutsherrschaft in so fern sie solche zurückforderte, das Rückforderungsrecht doch im Grunde hinsichtlich eines Theils des Landguts ausübte. So allein muß man sich eine Sache erklären, die ohne diese Erklärung als Absurdität erscheinen würde.

Es läßt sich nicht behaupten, daß die gutsherrliche Gewalt eine jurisdictio in sich begriffen habe: in Streitigkeiten zwischen Gutsherren und adscriptitiis hätte sie auch doch bey vorhandener jurisdictio nach Grundsätzen des Römischen Rechts nicht competent seyn können: die Ehre solcher Verkehrtheit gebührt allein den Deutschen. Aber sie würde nichts gewesen seyn, wenn nicht das Recht, den widerspenstigen und trägen adscriptitius zu zwingen und nach Umständen zu züchtigen, darin enthalten gewesen wäre [b]). Die Beurtheilung der Frage, ob der Herr die Grenzen des ihm eingeräumten Zwangs- und Züchtigungsrechts überschritten, mußte natürlich auf die von dem adscriptitius geführte Beschwerde, der darüber erkennenden Obrigkeit überlassen bleiben.

Für die Ausübung der gutsherrlichen Reclamation wegen solcher adscriptitii, die sich selbst widerrechtlich ihrem Verhält-

b) *Cod. XI, 47, const. 4.*

hältniß entzogen hatten oder doch ungültiger Weise dem Gute waren genommen worden, sind insbesondere *Cod. XI, 47, const. 22* und *23.* von hoher Wichtigkeit. Wer von der Reclamation Gebrauch machen will, muß sich als Eigenthümer oder doch als rechtlicher Besitzer des Guts legitimiren können. Die adscriptitia conditio des Reclamirten muß hiernächst auch dargethan werden. In der *Const. 22.* heißt es „Cum scimus nostra jura nolle (in einigen Ausgaben liest man „nostro jure nullum" welches im Grunde auf eins hinausläuft) praejudicium generare cuiquam circa conditionem, neque ex confessionibus neque ex scriptura, nisi etiam ex aliis argumentis aliquod accesserit incrementum: sancimus, *solam confessionem* vel *aliam quamque scripturam* ad hoc minime sufficere, nec adscriptitiam conditionem cuiquam inferre, sed debere hujusmodi scripturae *aliquod advenire adjutorium;* quatenus vel *ex publici census adscriptione*, vel *aliis legitimis modis* talis scriptura adjuvetur. Melius etenim est in hujusmodi difficultatibus ex *pluribus capitulis* conditiones ostendi, et *non solis confessionibus neque scripturis* homines forte liberos ad deteriorem detrahi fortunam. Sin autem est scriptura et post scripturam confessio seu depositio *sine vi* et *necessitate* tamen intervenerit: quid enim si conditionale instrumentum vel aliam chartulam in qua subscripsit et intimavit, et intra acta deposuit colonum sese fuisse adscriptitium? tunc ex utroque genere obligationis, id est, tam scripturae quam confessionis, vel depositionis, talem eum esse credendum, qualem se adscripsit, et inter acta deposuit." Es ist zu bemerken, daß die Constitution allein von dem Falle spricht, wo der Reclamant sich zum Beweise der adscriptitia conditio desjenigen den er reclamirt, auf eine schriftliche Confession desselben gründet. Sie allein soll noch nichts beweisen: sie muß, wenn sie Beweis wirken soll, unterstützt werden können, durch andere Beweismittel. Die census adscriptio

wird hier besonders genannt: die alii legitimi modi können sehr verschieden seyn, Zeugen, Urkunden u. s. f. Man sieht klar, daß es eigentlich nur darauf abgesehen ist, der List der Gutsherrschaft Grenzen zu setzen, welche sich unter irgend einem Vorwande das Bekenntniß, man sey adscriptitius, zu verschaffen gewußt hatte. Das Resultat ist: das Bekenntniß der adscriptitia qualitas in so fern es gegen die Gutsherrschaft allein abgelegt worden ist, gilt für nichts, mag es abgelegt seyn wie es wolle, wenn es auch in einer feyerlichen Urkunde geschehen ist, denn man kann nicht wissen, wie der adscriptitius dazu vermocht worden ist: das Bekenntniß muß allemal durch andere Beweismittel unterstützt werden, welche Auskunft darüber geben, daß die confessio in der Wahrheit gegründet ist. Kommt indeß hinterher eine Wiederholung der confessio vor der Obrigkeit hinzu, so, daß man annehmen kann, der adscriptitius habe von allem Zwang frey die Confession wiederholt, so kann die adscriptitia qualitas als erwiesen angenommen werden.

Es ist klar, daß das Gesetz sowohl von Privat- als öffentlichen Urkunden zu verstehen ist, welche zwischen der Gutsherrschaft, und der Person, die als adscriptitius reclamirt wird, zu Stande gekommen sind, und daß der Grund seiner Disposition die Befürchtung ist, der Reclamirte sey durch Furcht oder gar Gewalt zu der Erklärung bestimmt worden. Aber wie, wenn die Confession bey Gelegenheit eines gerichtlichen Acts geschehen ist? Vor der Obrigkeit braucht man sich doch nicht zu fürchten, auch fällt bekanntlich bey gerichtlichen Handlungen die exceptio vis et metus weg, es sey denn, daß der Richter selbst die Grenzen seiner Befugnisse überschritten und durch Drohungen eine Confession erpreßt hätte, was nicht vermuthet wird. Ich denke, ein solches Bekenntniß beweist schon allein, doch muß es dem Reclamirten frey

ſtehen darzuthun, daß er ſich im Irrthume über ſeine Verhältniſſe befunden.

Die Conſtitutionen 22 und 23 enthalten demnächſt noch andere ſehr wichtige hieher gehörige Verfügungen. 1) Der angebrachten Reclamation kann nur der active adſcriptitius die Ausflucht der Verjährung entgegenſetzen, nicht der inactive. Der Satz läßt ſich jedoch ganz klar nur von colonis adſcriptitiis behaupten, nicht von allen adſcriptitiis, denn für die non colonos iſt die Activität fortdauernd begründet, wenn ſie auch von der Gutsherrſchaft in noch ſo langer Zeit nicht zum Dienſt aufgefordert worden ſeyn ſollten. — 2) Nur von dem paterfamilias adſcriptitius kann die erwähnte Ausflucht entgegengeſetzt werden: von dieſem aber auch ſowohl für ſeine Perſon als für ſeine ganze Deſcendenz: nicht ſo von der Deſcendenz weder im Ganzen noch im Einzelnen, es ſey denn, daß der Gutsherrſchaft auch hier eine beſondere Nachläſſigkeit zur Laſt gelegt werden könnte. Ganz eigenthümlich iſt hier freylich die Beſtimmung der *Conſt. 22, §. 1.* „Illud quoque non ineleganter dubitabatur, ſi coloni filius per triginta annorum curricula vel forſitan per quadraginta, ſeu ampliora adhuc vivente patre, et agriculturam peragente, ipſe in libera converſatione morabatur, et dominus terrae, quia per patrem ei ſatisfiebat, non etiam praeſentiam ejus exigebat: an poſt obitum patris, vel poſtquam forte inutilis is exiſtat et ruri non idoneus, poteſt excuſari filius longinqua libertate abutendo, et quod per multos annos neque agrum coluit neque aliquid colonarii operis celebravit, cum non poſſit dominus incuſari propter ſuam deſidiam: in omnibus itaque *hujusmodi ſpeciebus* ſatis acerbum nobis videtur domino praejudicari colonorum abſentia, qui rure nati et poſtea abſentes, per ſuos vel patres vel fratres vel cognatos agriculturam peragebant: cum *enim pars quodammodo corporis ejus per cogna-*

tionem in fundo remanebat, non videtur neque abesse neque peregrinari, neque in libertate morari: maneat itaque domino jus inconcussum, et donec ejus vel *antiquitas* vel *posteritas* vel *cognatio* in agrum remanet, ipse videatur ibi resedisse. Nach diesem Gesetz scheint der Reclamation so lange keine Verjährung entgegengesetzt werden zu können, als sich noch etwas von der Sippschaft des Reclamirten auf dem Gute befindet, was die adscriptitiam qualitatem hat, maneat itaque etc. Indeß glaube ich, muß mehr auf den Hauptsatz als auf die Schlußworte Rücksicht genommen werden, die vernünftiger Weise nicht generell, sondern mit Beschränkung auf den Hauptsatz zu verstehen sind. Die Rede war doch allein davon, in wie fern sich die Kinder eines im adscriptizischen Nexus zurückgebliebenen coloni mit der Einrede der Verjährung gegen die gegen sie angebrachte Reclamation schützen könnten, und da entschied der Imperator, daß solche nicht statt finde, weil der Gutsherrschaft keine Nachlässigkeit zur Last gelegt werden könne, weil von dem paterfamilias alle dem Gute zu leistende Dienste geleistet worden. Die Nachlässigkeit der Gutsherrschaft beginnt erst von der Zeit, wo der paterfamilias colonus wegen Abwesenheit seiner Kinder die Dienste nicht thun kann, und die Gutsherrschaft solche doch nicht reclamirt. — 3) Außer der Verjährung, der gesetzmäßigen Befreyung von dem adscriptizischen Nexus und der überhaupt nicht vorhandenen Begründung desselben findet sonst schwerlich eine Einrede gegen die Reclamation statt. Mag man, nachdem man sich unrechtmäßiger Weise von dem Gute entfernt hat, in Verhältnisse gekommen seyn in welche man wolle: immer ist man schuldig, sich in die angebrachte Reclamation zu fügen: kein Stand und keine Würde, und kein Amt befreyt davon, selbst der Gutsherr kann die einmal begonnene Reclamation für sich nicht wieder fallen lassen oder sich mit dem adscripti-

tius vergleichen, weil die Sache zugleich Angelegenheit des Staats ist. Der Dritte, welcher den fremden adscriptitius bona fide aufgenommen und seinem Gute einverleibt hat, muß auch der Reclamation, so lange sie noch nicht verjährt ist, weichen, denn eine Acquisitiv-Verjährung kann hier nicht vorgeschützt werden, weil adscriptitii als freye Menschen unverjährbar sind. Sollte auch der Nexus zwischen dem adscriptitius und der neuen Herrschaft durch die Verjährung zu Stande gekommen seyn, so würde doch diese zwischen dem neuen Herrn und dem adscriptitius statt findende Verjährung gegen die Reclamation selbst ohne alle Wirkung seyn [c].

Das Object der gutsherrlichen Reclamation ist 1) der adscriptitius selbst. 2) Seine Descendenz, so fern seine Eigenschaft auf sie übergehen kann. 3) Das Peculium von allen reclamirten, möge es schon vorhanden gewesen seyn als der adscriptitius das Gut verließ, oder erst hinterher erworben worden seyn.

So sehr die gutsherrliche Gewalt auch von den Gesetzen begünstigt worden ist, so soll doch darauf gesehen werden, daß durch die Herrschaften die adscriptitii nicht widerrechtlich belästiget werden. Alle Neuerung und Gewaltthätigkeit wird den Gutsbesitzern untersagt, und sie werden in Ansehung der Prästationen der adscriptitii in Ermangelung anderer Auskunftsnormen auf das Herkommen verwiesen [d].

c) Scheint auch schon nothwendig aus der Disposition *Cod. XI, 47. const. 23. §. 2.* zu folgen. Indeß soll doch nach *const. 14.* der bonae fidei possessor eines adscriptitius vor der Hand in seinem Besitz geschützt, und dann erst zur Untersuchung der Frage geschritten werden, welchem Gute er einverleibt ist.

d) *Cit. const. 23. §. 1.* — Caveant autem possessionum domini, in quibus tales coloni constituti sunt, aliquam innovationem vel violentiam eis inferre. Si enim hoc approbatum fuerit, et per judicem pronunciatum, ipse

Was die von den adscriptitiis zu leistenden **Dienste** betrifft, so ist schon oben (§. 248. n. 5.) deren Character im Allgemeinen bezeichnet worden. Noch weiter oben (§. 246.) ist von mir bemerkt worden, daß vieles was der Titel der Pandecten de operis libertorum enthält, unstreitig auf die liberti adscriptitii zu beziehen sey, weil sich ohne diese Beziehung davon nicht füglich Anwendung machen lasse. Was besonders zwischen der Gutsherrschaft und den adscriptitiis durch **Verträge** oder **Verjährung** feststand, oder durch das **Herkommen** regulirt war, kommt hier nicht weiter in Betracht: was für streitige Fälle und bey Ermangelung aller dieser **Entscheidungsnormen** anzunehmen, davon allein kann die Rede seyn.

Wenn also nichts über die Dienste besonders feststand, so kann die Verpflichtung der adscriptitii zu **unbestimmten** Diensten um so weniger einem Zweifel unterworfen seyn, als schon der libertus, welcher sich bloß im Allgemeinen zu Diensten verpflichtet hatte, dazu verbunden war. Ob bey der Leistung der Dienste die adscriptitii Unterhalt von der Gutsherrschaft zu verlangen berechtigt waren, läßt sich auch durchaus nicht ausmitteln: will man, was über die operae libertorum vorkommt e) hier geradehin anwenden, so waren sie ihn allerdings zu fordern befugt: fast scheint mir auch bey allen solchen Dienstesleistungen als wovon hier die Rede ist, die Leistung des Unterhalts eine nothwendige Bedingung bey den Römern gewesen zu seyn f). Aber mit Gewißheit läßt sich

provinciae moderator in qua aliquid tale fuerit perpetratum omnino provideat et laesionem si qua subsecuta est eis resarcire et sic veterem consuetudinem in reditibus praestandis eis observare etc.

e) *Digest. XXXVIII, 1, L. 50.*

f) Für die coloni möchte noch etwa die Schuldigkeit der Selbstbeköstigung bey der Dienstleistung anzunehmen seyn: für die übri-

behaupten, daß alle Dienste in der Regel nur Handdienste waren, ausgenommen bey den colonis, welche auch die Verpflichtung zu Spanndiensten auf sich hatten. Mußte der Patron dem mit unbestimmten Diensten belasteten libertus Zeit zu Besorgung seiner eigenen Angelegenheiten lassen, so kann man eine gleiche Schuldigkeit der Gutsherrschaft gegen die adscriptitios um so mehr annehmen, als deren fortdauernde Erhaltung bey dem Gute selbst zur Staatsangelegenheit war gemacht worden.

Alle gesetzliche sowohl als geschichtliche Indicationen sind vorhanden, um für die Leistung der Dienste folgendes Normativ anzunehmen. 1) Bey den colonis konnten die Dienste nur von den Hausvätern und Besitzern der Ländereyen gefordert werden: wie diese sie beschaffen wollten, mußte ihnen überlassen bleiben: ihre Kinder konnten nicht zum absonderlichen Dienst verlangt werden: sie mußten nur dann eintreten, wenn die Hausväter die Dienste nicht anders als durch die Kinder beschaffen konnten g). 2) Bey den übrigen adscriptitiis dagegen scheint sich die Dienstpflicht über die ganze Familie des adscriptitii erstreckt zu haben: die Gründe, warum man beym colonus eine auf den Hausvater beschränkte Dienstpflicht annehmen muß, fallen wenigstens hier weg. — Hier war also die Dienstpflicht eigentlich eine Personal-Last, wogegen sie bey den colonis mehr als eine Real-Last erscheint. — 3) Alle von adscriptitiis zu leistenden Dienste hatten bloß auf das Gut, dem sie beygelegt waren, Beziehung, und waren daher strenge genommen, Guts-Dienste. Auf die Person des Gutsherrn und seiner

gen adscriptitii dürfte die Annahme zu nichts nützen, weil sie doch unausführbar war.

g) Der Satz wird auch noch besonders durch das unterstützt, was oben über die Reclamation gesagt worden ist.

Familie sich beziehende Dienste hatten die adscriptitii zu thun nicht nöthig, wenn sie dazu nicht aus besondern Gründen oder durch das Herkommen verpflichtet waren. So konnte auch der Gutsherr die Dienste nicht für andere Güter brauchen oder an Andere überlassen, und war daher weit beschränkter als bey den operis libertorum. Welche Dienste übrigens mit dem Gute nur in irgend einer Beziehung standen, die mußten prästirt werden, mochten sie Bau-Frohnen, Agricultur-Frohnen oder andere Frohnen seyn.

§. 250.

Noch einige Nachträge zu einer Lehre des Römischen Rechts mögen mir erlaubt seyn, der unsere Juristen so wenige Aufmerksamkeit widmen.

Es ist bey der Darstellung der gutsherrlichen Gewalt im vorigen Paragraphen des Successions-Rechts des Gutsherrn in das Vermögen eines ohne Erben verstorbenen adscriptitii mit keinem Worte erwähnt worden. Der Grund davon ist, weil bey dem adscriptizischen Verhältnisse nach der Vorstellung der Römer daran überall nicht zu denken war. Zwar wenn man das Vermögen des adscriptitius als Peculium sich vorstellt, woran der Gutsherrschaft Rechte zustehen, so scheint nichts natürlicher zu seyn, als daß ihr ein Successions-Recht daran für den Fall zukommen müsse, wenn der adscriptitius ohne eigentliche Erben mit Tode abgeht. Allein es ist ja oben gezeigt worden, daß diese Rechte nichts weiter zu bedeuten haben, als in so fern es der Zurückforderung des ausgetretenen adscriptitius zusammt seinem Peculium, und der Erhaltung des letzteren zum indirecten Besten des Guts, damit der adscriptitius die schuldigen Dienste leisten könne, gilt. — Ist der adscriptitius mit den Seinigen dahin, so cessirt auch alles Interesse der Gutsherrschaft für das Peculium: dasselbe kommt ohne die Person, der es zugehört, für

die Gutsherrschaft durchaus nicht weiter in Betracht. Die successio in bona libertorum ist durch das Patronatrecht bedingt, was hier nicht, wenigstens in der Regel nicht, vorhanden ist, und wenn es vorhanden wäre, nach seinen eigenthümlichen Grundsätzen beurtheilt werden muß. Von Rechten eines domini an dem peculio servili ist gar nicht die Rede: fänden diese statt, so würden überall andere Verhältnisse eintreten. Eine ganz falsche Ansicht würde man ergreifen, wenn man den gesetzlichen Ausspruch, daß das Peculium der adscriptitii den Gutsherrschaften competire, so erklären wollte, als falle es ihnen wenigstens anheim, wenn der adscriptitius ohne Erben mit Tode abgehen sollte. Es läßt sich für diese Erklärung auch nicht anführen, daß auf Gütern der Landesherrschaft der Fiscus in die Verlassenschaft eines solchen adscriptitii succedirt, denn da ist die Frage, ob die successio nicht aus dem Recht des Fiscus auf bona vacantia geschieht. Es müßte daher erst dargethan werden, sie mache sich aus bloß gutsherrlichem Recht, und da würden wir wieder auf die Frage zurückkommen, quo jure sich eine solche Succession der Gutsherrschaft annehmen lasse. Daß sie aus dem Recht, welches der Gutsherrschaft an dem Peculium der Adscriptizien beygelegt worden ist, nicht abgeleitet werden könne, ist schon schon oben gezeigt worden: ein anderer Grund läßt sich aber dafür gar nicht finden *h*): das Peculium allein würde auch nur der jetzigen Gutsherrschaft, nicht dem Gute für beständig zu statten kommen, und auf das letztere ist doch alles allein abgesehen. So weiß ich nichts anders als die hereditas vacans eines adscriptitius nach

h) Zur Annahme eines Vorrechts des gutsherrlichen Jurisdictions-Fiscus würde ein hinlänglicher Grund vorhanden seyn, wenn die Patrimonial-Jurisdiction den Römern bekannt gewesen wäre. Und fiscalische Rechte für sich hatten die Gutsherren auch nicht.

den allgemeinen Grundsätzen von erbloſen Verlaſſenſchaften zu beurtheilen und ſie gleichergeſtalt dem Fiscus zuzuſprechen.

Deutlich werden in den Geſetzen ſervi originarii von den non originariis unterſchieden [i]), und es erhellt eben ſo deutlich, daß die Lage der erſteren viel drückender war als die der letzteren, wenn man gleich das Drückendere wohl nur in der Dienſtesleiſtung und darin finden kann, daß ſelbſt von dem Regenten erhaltene Privilegien und Auszeichnungen ſie gegen die Reclamationen der Gutsherrſchaft nicht ſchützen konnten [k]). Aber es frägt ſich, welche waren denn dieſe originarii. Ich glaube alle, welche urſpünglich den Gütern als adſcriptitii waren beygelegt worden, ſey es von der Gutsherrſchaft aus Freygelaſſenen oder vom Staat aus den überwundenen Völkern. Man könnte ſich in Grundlage der oben citirten Anaſtaſiſchen Conſtitution und anderer in dem Titel des Codex de agricolis et cenſitis et colonis enthaltenen Verfügungen geneigt fühlen, zwiſchen adſcriptitiis originariis und non originariis den bedeutenden Unterſchied anzunehmen, daß man die erſteren als Menſchen betrachtete, die zwar keine ſervi aber doch non multum ſupra ſervos geweſen (wodurch eine bekannte Stelle des Tacitus wovon noch weiter unten die Rede ſeyn wird, ein eigenthümliches Licht erhielte) und die zuſammt ihren Peculien als Zubehör des Guts ſich auch im Grundeigenthum befunden, welche zwar der Gutsherr nicht zu Grunde richten, ihnen daher auch von dem Erworbenen nichts entziehen konnte, bey wel-

i) Z. B. *Cod. XI, 47. conſt. 7. Conſt.* 11. u. a. m. O.

k) *Cod. l. c. conſt.* 11. Es iſt bereits oben bemerkt worden, daß keine Verhältniſſe, in welchen der adſcriptitius, der ſich dem Nexus widerrechtlich entzogen hat, ſich befindet, ihn gegen die Reclamation ſchützen können. Der originarius war bloß in ſo fern noch ſchlimmer daran, daß ihn auch Verleihungen von oben herab nicht ſchützen.

chen auch ein Vererbungsrecht hinsichtlich der Peculien statt gefunden, deren Peculien jedoch als hereditates vacantes dem Gute hätten zuwachsen müssen. Wenn man indeß wieder erwägt, daß 1) das Anastasische Gesetz gar nicht zwischen ursprünglichen Adscriptizien und hinzugekommenen generell unterscheidet, sondern nur zwischen ihnen und denen, welche durch die Verjährung in Gutsunterthänigkeit gekommen sind; 2) daß, wie oben ausführlich gezeigt worden, das „et eorum peculia dominis competunt" nur von Abhängigkeit der adscriptitii von der Gutsherrschaft bey der Veräußerung ihrer Peculien zu verstehen ist, und keinesweges auf das Verhältniß eines domini zu dem peculio servili hindeutet; und endlich 3) was wegen der originarii besonders verordnet worden ist, rein politische Gründe hat, so rechtfertigt sich vollkommen die obige Annahme von dem gleichen Verhältniß aller Adscriptizien ohne Unterschied, wobey was hinsichtlich derjenigen, welche durch Verjährung in diesen Nexus getreten sind, und der originarii besonders verordnet worden ist, nur als Modification des Regelmäßigen erscheint.

Bemerkungswerth sind die Constitutionen gegen die ausgetretenen colonos und gegen die Gutsherrschaften, welche die adscriptitios mit Dienstesleistungen und Abgaben überseßten [l]). Man ersieht daraus, daß wenn gleich von Seiten des Staats alles angewendet wurde, die adscriptitios, welche sich widerrechtlich entfernt hatten, zu den Gütern zurückzubringen, zugleich willkührliche Behandlung und Bedrückung derselben verhütet werden sollte, wodurch sie zu Auswanderungen gezwungen werden dürften. — Daß im

l) *Cod. l. c. const.* 6 u. 12. *Cod. V*, 49, *const.* 1. Die leztere Constitution erlaubt insbesondere dem adscriptitius, welcher von dem Gutsherrn übermäßig durch Dienste und Abgaben belästigt wird, sich an den ersten besten Richter zu wenden und Schutz und Hülfe bey ihm zu suchen.

Zweifel immer Natural-Abgaben angenommen werden sollen, wenn nicht im Herkommen Geldabgaben gegründet sind [m]), ist auch eine Verordnung, welche offenbar die adscriptitios begünstigt. Unklar bleibt nur, ob die adscriptitii als solche ohne Unterschied der Gutsherrschaft außer den Diensten noch zu einer Abgabe verpflichtet waren. Der Canon und Pacht derjenigen, welche Grundstücke inne hatten, kommt hier natürlich nicht in Betracht, sondern ist als eine für sich bestehende Abgabe zu betrachten. Eben so wenig können die Abgaben an den Staat in Betracht gezogen werden, die sich auch von selbst verstehen, und von der Gutsherrschaft übertragen werden müssen. Es handelt sich allein um eine an die Gutsherrschaft, vermöge der bloßen adscriptitia qualitas zu entrichtende Abgabe. Für die coloni und andere adscriptitii, die angesessen waren oder ein Gewerbe trieben, mag eine solche Abgabe statt gefunden haben [n]): generell und für alle adscriptitii gewiß nicht, weil sich nicht begreifen läßt, wie solche von ihnen hätte aufgebracht werden können, da die Abgaben an den Staat schon drückend genug waren. Wo Indicationen solcher Abgaben vorkommen, scheint es mir, als sey bloß von Abgaben an den Staat die Rede, welche die Gutsbesitzer vorschossen und hernach von den adscriptitiis wieder erhoben. Auf jeden Fall glaube ich als Regel feststellen zu können: das Abgaben-System regulirte sich nach der Verfassung und dem Herkommen eines jeden Guts besonders, und läßt sich nicht als Prinzip annehmen, daß so wie jeder adscriptitius schon von selbst zu Dien-

---

m) *Cod. V*, 47, *const.* 5. Domini praediorum id quod terra praestat accipiant, pecuniam non requirant, quam rustici optare non audent, nisi consuetudo praedii hoc exigat.

n) Nach dem Note *m* angezogenen Gesetze läßt sich die Abgabe nur für die Besitzer von Ländereyen annehmen.

sten verbunden war, er auch eben so schon zu Abgaben an die Gutsherrschaft verbunden gewesen sey.

§. 251.

Man suche in dem vorstehenden nicht eine eigentlich gelehrte und antiquarische Untersuchung über die adscriptitios der Römer, welche, so sehr sie auch zu wünschen seyn dürfte, doch von meinem Zweck ganz entfernt liegt. Bloß das noch etwa brauchbare dieser Lehre sollte ausgehoben und zusammengestellt werden. Es soll jetzt dargethan werden, daß die Römer in seinem ganzen Umfange kannten, was wir jetzt Leibeigenschaft und glebae adscriptio nennen, zugleich untersucht, was von ihren gesetzlichen Bestimmungen über liberti und adscriptitii sich noch füglich auf unsere Leibeigenen und glebae adscriptos anwenden läßt.

Ein kleiner Excurs in die Deutschen Alterthümer wird mir hier schon zu Gute gehalten werden müssen. Er soll sich bloß auf das Unerläßliche beschränken.

Die alten Deutschen kannten so gut als die Römer und Griechen die Sclaverey und die Manumission: es war nur der Unterschied, daß die erstere bey Barbaren nicht so hart war als bey Völkern, die auf hohe Civilisation Anspruch machten, auch überall anders geeigenschaftet war [a]), und die letztere nicht mit Hinsicht auf die Civität die Folgen hatte wie bey den Römern, dagegen aber auch wieder mit keinem für den Freygelassenen so lästigen Patronatrecht verknüpft war.

a) Den Zustand der servi bey den alten Germaniern hat unstreitig Pottgießer (*de condit. et statu servorum apud Germanos tam veteri quam novo.* Nov. ed. Lemgo 1736.) am besten geschildert.

So viel die Rechte des Herrn über den Sclaven betrifft, so ist hier die vollkommenste Uebereinstimmung zwischen dem Römischen und Deutschen Recht vorhanden: nur hinsichtlich der Ausübung dieser Rechte findet sich eine Verschiedenheit, die auch mehr in dem Character der Nationen als in den Gesetzen ihren Grund hat. Die Stelle des Tacitus „Servis non in noſtrum morem deſcriptis per familiam miniſteriis utuntur: ſuam quisque ſedem, ſuos penates regit. Frumenti modum dominus aut pecudis, aut veſtis ut colono injungit, et hactenus ſervus paret" *b*), würde man sehr mißverstehen, wenn man sie für eine allgemeine Schilderung des Sclaven-Wesens bey den deutschen Völkerschaften nehmen wollte. Sie gilt sehr natürlich nur von solchen Völkerschaften, die Grundeigenthum hatten, und bey welchen die Sclaven auf den Grundstücken der Herrschaft ordentlich angesiedelt waren, was man wohl noch nicht zu Tacitus Zeiten bey den Römern kannte, sondern erst späterhin einführte *c*).

b) *De Morib. German. c.* 25.

c) Die bekannte Gebauerſche Erklärung dieser Stelle (*in Veſtig. jur. germ. antiq.* p. 18 ſeq.) scheint mir ihrer Gründlichkeit und Trefflichkeit ungeachtet doch die Sache noch zu einseitig zu nehmen. Die diviſa miniſteria bey den Römern schlossen keinesweges auch schon in frühern Zeiten Sclaven-Ansiedelungen aus. Aber es ist hier die Rede von einer perpetuirlichen Ansiedelung für sich und seine Kinder und der Einräumung eines Grundstücks zur Cultur. Diese Einrichtung kannten die Römer zu Tacitus Zeiten gewiß noch nicht. Wollte man aber den Tacitus so verstehen, als habe es bey den Deutschen überall keine per familiam diviſa miniſteria gegeben, so würde man ihn eine Ungereimtheit der ersten Größe behaupten lassen: er wollte nur allenthalben die Römischen und Deutschen Sitten in einem grellen Contrast zusammenstellen, und hob daher, was er in dem Deutschen Sclavenwesen Eigenthümliches fand, zu grell heraus. Sehr richtig sagt Treſenreuter (*Antiquit. germ.* p. 187). Servi germanorum in duas optime dividi poſſunt claſſes. Una in domini familia alebatur, altera ſuos habebat lares penatesque."

lassen wir Zachariä's [d]) Hypothese gelten, so möchten die Römer eben so gut späterhin manches von den Deutschen entlehnt haben, als diese es ursprünglich von ihnen empfingen. Dem sey indeß wie ihm wolle, so bleibt so viel ausgemacht, daß sich in den Familien der Deutschen Völker eben so gut Sclavendienste als bey den Römern befanden, und daß etwa nur in der Art und Weise, wie diese Dienste geleistet, und die Sclaven gehalten wurden, ein Unterschied war.

Daß die Manumission in Hinsicht auf die Civität nicht die Folgen bey den Deutschen hatte wie bey den Römern, beweist die bekannte Stelle aus Tacitus: „Liberti non multum supra servos sunt, raro aliquod momentum in domo, nunquam in civitate, exceptis dumtaxat iis gentibus quae reguntur. Ibi enim et super ingenuos et super nobiles ascendunt. Apud caeteros impares libertini libertatis argumentum sunt [e]). — Daß die liberti noch sehr spät zu keinen öffentlichen Aemtern und Würden gelangen, und in keine Zunft und Corporation aufgenommen werden konnten, ist bekannt: unsere Vorfahren würden ihnen auch gewiß die Privatrechte der Freygebornen nicht gestattet haben, wenn sie, wie die Römer, solche connex mit der Civität, oder gar davon abhängig geglaubt hätten, überall wenn ihre Vorstellung von der Civität eine so spießbürgerliche als die der Römer gewesen wäre. In dem „raro aliquod momentum in domo, nunquam in civitate" glaube ich zugleich den Ursprung unserer jetzigen den Römern ganz unbekannten Domestiken zu erblicken. Bey den Deutschen Völkern besaßen die servi nicht die Geschicklichkeit der Römischen Sclaven. Galten sie in civitate so gar nichts und waren auch in domo

d) In dem Progr. *de Originib. Jur. Rom. e Jure German. repetund.* Heidelb. 1817.

e) *De Morib. Germ.* c. 25.

von weniger Bedeutsamkeit, so blieb für sie, wenn sie die Freyheit erhalten hatten, nichts weiter übrig als um Lohn zu dienen, wo sie bisher umsonst gedient hatten, und es verwandelte sich der bisherige servus in einen Domestiken *f*).

Ein Patronatrecht im Römischen Sinne hat bey den Deutschen nie existirt, auch mag sich ursprünglich wohl sehr selten ein Hausvater bey der Manumission eines servus Dienste vorbehalten haben. Ein solcher Vorbehalt schien den Deutschen wohl überall mit der Ertheilung der Freyheit unverträglich zu seyn.

Auch kannten gewiß unsere Vorfahren nur eine einzige und vollkommene Freyheit. Die unvollkommne libertas scheint ihnen eine ganz unbekannte Sache gewesen zu seyn.

Es ist keinem Zweifel unterworfen, daß dem Deutschen Hausvater alles zu Eigen gehörte, was sein servus besaß, und daß ihm nach dessen Ableben alles anheimfiel. Indeß ist eben so wenig zweifelhaft, daß von dem Herrn nur selten dieß Recht ausgeübt, vielmehr alles den Kindern und Verwandten überlassen wurde, und sich der Herr mit dem einen oder dem andern Stück aus der Verlassenschaft zum Behuf der Recognition seines Rechts begnügte.

Daß noch unter Carl dem Großen die Sclaverey bestand, ist eine bestimmte Sache. Noch lange nach ihm wurde förmlicher Sclaven-Handel getrieben *g*). In dieser Zeit findet man auch servi adscriptitii und liberti adscriptitii bey den Deutschen Völkerschaften unstreitig als Nachahmung der

f) Wo sich bey den Römern der Manumissor Dienste von dem libertus noch besonders stipuliren mußte, fand sich bey den Germanen alles von selbst.

g) *Capitul. C. M. Anno imperii XI*, §. 16.

der Römischen Einrichtungen, zu welchen späterhin auch die ingenui adscriptitii hinzutraten h).

Die Ausdrücke „servi" und „homines proprii" sind im Mittelalter so ganz gleichbedeutend, daß es wirklich höchst ungereimt seyn würde, eine juristische Verschiedenheit zwischen servi und homines proprii anzunehmen. Und der Leibeigene in der alten Mundart ist nichts weiter als der servus, folglich alles, servus, homo proprius und Leibeigener, ein und eben dasselbe.

Das Merkwürdigste bey der Sache aber ist, daß, wenn man die Schriften der Juristen, welche in den ersten Zeiten nach Wiederherstellung der Wissenschaften und des Rechtsstudiums lebten und schrieben, zu Rathe zieht, man durchgehends die Anwendung der oben vorgetragenen Begriffe und Grundsätze der Römer wieder findet. Erst späterhin, wo der Ausdruck homo proprius und Leibeigener in einer andern Bedeutung vorkommt, ändert sich in so fern die Scene, als von nun an sich eine eigene aus Römischen und usuellen Grundsätzen zusammengesetzte Doctrin über die Leibeigenschaft zu bilden anfängt.

Sie beginnt erst von der Zeit an, wo für Deutschland die Sclaverey als nicht existirend angenommen wurde: diese Zeit läßt sich durchaus nicht bestimmt angeben; der Satz ist ja bekanntlich bloß ein Satz der consuetudo, nicht der lex. Man sollte glauben, daß, wenn man in Deutschland jetzt

h) Man wird bey einer geschichtlichen Entwickelung der Deutschen Leibeigenschaft vorzugsweise auf drey Puncte zu sehen haben: 1) auf die genaue Absonderung der ältesten Zeit von derjenigen, wo sich schon Römische Begriffe und Vorstellungen einmischen. 2) Auf die weitere Absonderung der Zeit, wo die Sclaverey aufhört und an ihre Stelle das Ding tritt, welches wir jetzt Leibeigenschaft nennen. 3) Auf die genaueste Absonderung der adscriptitia conditio von der eigentlichen Leibeigenschaft.

alles, was vorher unfrey war, als frey betrachtete, so habe sich nur von der adscriptitia conditio her, die neue Theorie bilden können: denn diese konnte bleiben, weil sie mit der Sclaverey in keiner eigentlichen und nothwendigen Verbindung stand. Allein das geschah nicht, vielmehr bildete sich die Theorie von der Sclaverey her, indem man als Grundbegriff annahm: ein Leibeigener sey zwar ein freyer Mensch, der aber für seine Person sowohl als seine Nachkommenschaft einem andern Freyen zu Diensten und Abgaben verpflichtet sey. So ist die neuere Deutsche Leibeigenschaft eigentlich nichts weiter als eine gegebene Römische libertas i), bey welcher aber die Verpflichtung zu operas und Abgaben von selbst statt fand, in welche man aber die ingenuos adscriptitios eben so wenig hineinziehen durfte, als solche bey den Römern unter die manumissos gezählt wurden.

---

i) Mir fehlen bis dahin noch die ganz bestimmten Nachweisungen, um den Satz mit apodictischer Gewißheit behaupten zu können, daß die erste Idee der Leibeigenschaft als eines von der Sclaverey verschiedenen Instituts aus der Anwendung des Römischen Rechts originire: aber auf der Spur bin ich der Sache. Daß ein freyer Mensch sich zu Diensten verpflichten konnte, war eine den Deutschen längst bekannte Sache: aber ein Verhältniß dürften sie nicht gekannt haben, wo ein freyer Mensch für sich und die Seinigen in perpetuum die Verpflichtung zu Diensten und Abgaben übernahm. Dieß lernte man erst aus dem Römischen Rechte kennen, wo man den libertus mit solchen Verpflichtungen antraf. Die Ergreifung dieses Verhältnisses erschien als das zweckmäßigste Mittel, die Sclaverey abzuschaffen und doch den Nexus festzuhalten, welcher solche begründet hatte. Dem bisherigen Herrn des Sclaven konnte es sehr gleichgültig seyn, ob solcher fortan noch in seinem Eigenthume befindlich, oder als ein freyer Mensch erschien, wenn nur das Dienst- und Abgaben-Verhältniß fortdauerte, in welchem er bis dahin mit ihm gestanden hatte. So läßt es sich auch nur allein vernünftig erklären, wie in der Leibeigenschaft Dinge fortdauern konnten, welche sich nur unter Voraussetzung der Sclaverey eigentlich annehmen lassen, z. B. Einwilligung bey der Verheirathung des Leibeigenen, Mortuarium u. s. w.

§. 252.

Seßen wir, daß die Deutsche Leibeigenschaft der neueren Zeit nichts weiter ist, als eine Römische libertas mit Dienst- und Abgaben-Verhältniß, die hier nur nicht vom Herrn des Sclaven gegeben worden ist, sondern sich von selbst durchs Herkommen gemacht, und wobey sich noch das eine oder das andere aus dem Sclaven-Verhältniß, eigentlich mit der libertas incompatibeln erhalten hat k); und daß solche mit der adscriptizischen Eigenschaft, die sich auch bey ursprünglich Freyen machen kann, gar nichts zu schaffen hat, so ist die Differenz zwischen dem Römischen und Deutschen Rechte völlig gefunden; zugleich die Norm für die Anwendung der Vorschriften des Römischen Rechts auf die Deutsche Leibeigenschaft. Man erblickt in den gewöhnlichen Theorien von der Leibeigenschaft auch diese Anwendung ganz klar, ohne daß man vielleicht sich selbst Rechenschaft zu geben weiß, wie sie sich gemacht hat.

Seßen wir weiter, daß die adscriptitia qualitas in Deutschland die nämliche ist, wie bey den Römern, auch freye sowohl als unfreye adscriptitii sich finden, und nur statt der adscriptizischen Sclaven bey den Römern, bey uns die adscriptizischen Leibeigenen vorkommen, die Verhältnisse aber durchweg dieselben sind, so ist wieder der Maaßstab für die Anwendung der Römischen Rechtsbestimmungen gefunden worden. Die Trennung der adscriptitia qualitas von der Leibeigenschaft ist bey uns die nämliche, als deren Trennung bey der Sclaverey.

k) Man vergleiche hier auch *Just. Henn. Boehmer de jure et statu hominum propriorum a servis Germaniae, non Romanis derivando, et de usu hujus doctrinae:* in *Exercit. ad Pandect.* Tom. I ex. 18.

Laßt uns jetzt untersuchen, wie sich die Anwendung im größeren Detail macht.

I. Nichts von dem, was das Römische Recht über die Sclaverey enthält, ist mehr bey uns anwendbar. Wohl aber muß noch Mehreres zur Anwendung kommen, was in der alten Deutschen Sclaverey enthalten war. Indeß läßt sich auch davon nur anwenden, was sich bey dem Uebergange der Sclaverey zur Leibeigenschaft erhalten hat. Ich würde dahin bloß den Consens bey Verheirathungen der Leibeigenen und das Mortuarium rechnen [l]). Die anderen Verhältnisse sind mit dem Uebergange der Sclaverey zur Leibeigenschaft erloschen: Rechte des Leibherrn an dem Vermögen des Leibeigenen lassen sich außer dem Mortuarium nicht annehmen.

II. Ist der Leibeigene, wie oben gezeigt worden, ein lege oder consuetudine libertus, so ist klar, daß man nicht fragen kann, ob er sich durch promissio zu Diensten und Abgaben verpflichtet habe. Er ist dazu von selbst, vermittelst des aus der Sclaverey in den freyen Zustand übergegangenen Verhältnisses, schuldig [m]). Was oben über die promissio operarum, und daß der libertus nur zu operae unter der Voraussetzung, daß

---

l) Es kann also nicht angenommen werden, daß die dem Herrn nach alter Deutscher Verfassung über die Person und das Vermögen des servus zuständigen Rechte in ihrer Totalität geblieben sind, weil sonst keine Umschaffung der Sclaverey in Leibeigenschaft hätte erfolgen können. Aus der Geschichte muß hier allein bestimmt werden, was geblieben und was aufgehoben worden ist.

m) Wenn man setzt, der Deutsche servus sey (zu welcher Zeit, dürfte schwerlich auszumitteln seyn) in einem quasi libertus mit Sclavendiensten verwandelt worden, so müssen die Sätze davon eine natürliche Folge seyn.

solche in gesetzlicher Form versprochen worden, schuldig sey, gesagt worden ist, muß daher wegfallen. Ist das Daseyn der Leibeigenschaft erwiesen, so kann auch die Verbindlichkeit zu Diensten und Abgaben nicht bestritten werden.

III. Sind gleich die Dienste, welche der Leibeigene zu leisten hat, aus der ehemaligen Sclaverey in die Freyheit übergegangene Dienste, so versteht es sich doch von selbst, daß nur solche Dienste gefordert werden können, welche mit der Freyheit compatibel sind. In dieser Hinsicht muß also wieder dasjenige ein Normativ abgeben, was das Römische Recht über die operae liberti vorschreibt, nämlich, daß keine unanständige Dienste gefordert werden können. Wenn die Praxis in vielen Ländern Deutschlands hier mit der Theorie im Widerstreit ist, so folgt daraus noch nicht, daß die Theorie falsch sey: so viele Lehrsätze der Praxis gründen sich ja auf übel verstandene und noch übeler angewandte Theorie.

Man könnte einwenden, das Römische Recht passe hier darum nicht, weil es einmal höhere Ansichten über den libertus, zweytens eine durch promissio übernommene praestatio operarum voraussetze. Bey den Deutschen sey aber bekanntlich schon in der ältesten Zeit der libertus non multum supra servos gewesen, und habe sich die Ansicht auch späterhin erhalten; hiernächst hätten die Deutschen nie hinsichtlich der Dienste mit dem Leibeigenen es zart genommen, sondern ihn zu allerley Diensten gebraucht. Wenn also nur die Dienste nichts Gesetzwidriges enthielten, so sey es gleichgültig, welche Dienste gefordert würden.

Allein es ist zu bedenken, daß in der neueren Zeit der Zustand der Leibeigenen sich bedeutend geändert

hat, und daß ihnen nicht mehr ihre Qualität, sondern bloß das Dienstverhältniß entgegensteht, um zu allen staatsbürgerlichen Rechten zu gelangen, zu welchen nur nicht eine freye Geburt, als Statuten- oder vertragsmäßige, oder testamentarische Bedingung, vorausgesetzt wird. Weiter ist zu erwägen, daß die Bestimmungen des Römischen Rechts über die operas libertorum sich nicht durchgängig auf die promissio facta, sondern auch darauf gründen, daß die Dienste von einem freyen Menschen geleistet werden, dem man nicht Dienste anmuthen kann, welche wohl von einem servus gefordert werden können. Zugegeben auch, daß in der älteren Zeit kein Unterschied zwischen Sclaven- und Leibeigenen-Dienste gemacht wurde, um so weniger, als man die ersteren übergegangen annahm, so muß doch jetzt um so mehr ein Unterschied berücksichtigt werden, als sich die Verhältnisse so bedeutend geändert haben *).

IV. Die Hauptschwierigkeit macht die Frage über die Beschaffenheit und Quantität der Dienste. Können (frägt man) bloß Dienste gewöhnlicher Art,

*) Man könnte dieser Lehre entgegensetzen, daß ja von jeher die Leibeigenen zu den niedrigsten Diensten gebraucht worden wären, und noch jetzt gebraucht werden. Allein was geschieht, ist darum noch nicht Rechtens, und von dem ehemaligen Zustande läßt sich nicht auf den gegenwärtigen schließen. Wenn auch die Sclavendienste ein Annexum der neuen libertas sind, so folgt noch nicht, daß sie auch servilis naturae im Zustande der Freyheit bleiben müssen: es muß vielmehr angenommen werden, daß sie durch die libertas modificirt worden sind. Haben die Leibeigenen eine libertas, so kann auch nicht von ihnen angenommen werden, was mit der libertas incompatibel ist, besonders nachdem die Grundsätze des Römischen Rechts sich eingeführt haben, auch der Zustand der Leibeigenen sich so gar sehr zu ihrem Vortheil verändert hat.

oder auch operae fabriles gefordert werden, wenn der Leibeigene eine gewisse Kunst oder Handwerk erlernt hatte? Müssen (frägt man weiter) ungemessene, oder gemessene Dienste geleistet werden? Und wo ist überall der Gesichtspunct, von welchem aus die Frage über die Dienste zu entscheiden ist. Wenn man, wie gewöhnlich geschieht, die adscriptitia qualitas mit der Leibeigenschaft zusammenwirft, so ists unmöglich, sich diese Frage zu beantworten.

Der hier zu fassende Gesichtspunct ist, die geschehene Umwandelung der Sclaverey in Leibeigenschaft, wobey die ehemaligen Sclavendienste beybehalten worden sind, so weit sie mit der libertas als compatibel betrachtet werden können. Wir dürfen also nur fragen: zu welchen Diensten war der servus bey den alten Deutschen verpflichtet? Die Antwort ist: zu allen und jeden, welche er zu prästiren vermochte, indem die herrliche Gewalt hier keine Grenzen kennt. Was die Römischen Gesetze über die Dienste eines libertus bestimmen, kann folglich hier darum gar nicht zur Anwendung kommen, weil diese Dienste auf ganz anderen Gründen beruhen, und die ehemalige Sclaverey nicht für sie als Norm betrachtet werden mag. Die Dienste eines Römischen libertus sind nicht aus der servilis conditio auf den freyen Zustand übertragene: sie sind neu gestiftete Dienste, die folglich auch allein nach der Stiftung beurtheilt werden müssen. Daraus folgt zweyerley: 1) daß von einem Leibeigenen, als solchem, alle und jede Dienste, sowohl gemeine (in so fern sie nur nicht mit der libertas absolut incompatibel sind) als nicht gemeine gefordert werden können. 2) Daß jeder Leibeigene ungemessene Dienste zu leisten schuldig ist. Ob jedoch hier nützlicher Weise anzuwenden sey, was in dem Römi-

schen Rechte über die liberti, welche sich zu ungemessenen Diensten verpflichtet haben, vorgeschrieben worden ist, nämlich daß ihnen so viel Zeit gelassen werden muß, um ihre häuslichen Angelegenheiten und ihre Subsistenz zu besorgen, dürfte gefragt werden können. Sieht man von andern Verhältnissen ab, und bloß auf die Leibeigenschaft, so dürfte die Frage zu verneinen seyn, sobald angenommen wird, daß die Herrschaft schuldig ist, für den Unterhalt der Leibeigenen zu sorgen; zu bejahen aber, wenn das Gegentheil behauptet wird. Am besten kommt man hier aus der Sache, wenn man als Prinzip festsetzt, daß, da die Verpflichtung zu Diensten aus der Sclaverey, in so fern die Dienste nur irgend mit der libertas compatibel sind, in die Leibeigenschaft übergegangen ist, auch die obligatio ad alendum von Seiten der Herrschaft in den neuen Zustand mit übergegangen sey. Jetzt kann man unterscheiden, ob die Herrschaft etwa dem Leibeigenen ein Grundstück zu seinem Unterhalt eingeräumt hat oder nicht. Für den ersten Fall würde sie ihm natürlich so viele Zeit lassen müssen, als zur Bestellung desselben erforderlich ist: im letztern dagegen würde sie fordern können, daß er alle seine Zeit ihrem Dienste widme. Denn da sie ihn erhält, so muß sie auch sehr natürlich verlangen können, daß er alle seine Zeit zu ihrem Dienste verwende.

V. Die adscriptitia qualitas ist bey uns von der Leibeigenschaft eben so verschieden, als bey den Römern sie es von der servilis conditio war. Denn auch Nichtleibeigene sind adscriptitii. Man thut daher sehr unrecht, wenn man beide Verhältnisse zusammenwirft, und darauf eine Theorie begründet, die um so weniger haltbar seyn kann, als die Dinge, worüber sie aufge-

führt ist, so ganz heterogen sind. — Unwissenheit verräth es, wenn beide Verhältnisse unter dem Ausdruck: Leibeigenschaft, zusammengesteckt werden. — Kommt Leibeigenschaft und adscriptitia qualitas zusammen, so ändert das weiter in dem Verhältnisse nichts, als daß der Leibeigene, welcher sonst der Person attachirt ist, dem Gute attachirt wird: in Ansehung der Dienstesleistungen und übrigen Verpflichtungen der Leibeigenen bleibt es durchweg bey dem, was oben darüber gesagt worden ist. Die sogenannte vindicatio hominis proprii schreibt sich daher vorzugsweise von der Leibeigenschaft her, demnächst von der adscriptitia qualitas, wenn er diese zugleich hat.

Anders ist es

VI. Bey nicht-leibeigenen adscriptitiis. In Ansehung dieser ist die adscriptitia qualitas die alleinige Norm, nach welcher ihr Verhältniß zur Gutsherrschaft, ihre Dienste und übrigen Prästationen beurtheilt werden müssen. Es kommt darauf an, ob etwas darüber besonders verglichen worden ist, oder durch Herkommen feststeht, oder nicht. Im letztern Fall entsteht wieder die Frage: welche Dienste müssen geleistet werden, und sind ungemessene oder nur gemessene Dienste zu prästiren? Bey der Entscheidung über diese Fragen leistet uns das Römische Recht wichtige Dienste: es dient in Ermangelung anderer Entscheidungsnormen über die adscriptitia qualitas fast zur alleinigen Richtschnur.

Schon die Natur und das Wesen der adscriptitia qualitas bringt es mit sich, daß nur Dienste geleistet zu werden brauchen, die auf das Oeconomische des Guts Beziehung haben. Nicht-öconomische

Dienste können daher vermöge der adscriptitia qualitas nie gefordert werden. Warum nicht? Diese Frage beantwortet sich von selbst, weil der adscriptitius sich durch die glebae adscriptio bloß zu Diensten mit Hinsicht auf die Oeconomie des Guts verbunden hat. Fordert die Gutsherrschaft von ihm andere Dienste, so muß sie nachweisen, daß sie solche zu fordern besonders berechtigt sey. Mag die Gutsherrschaft den unfreyen und leibeigenen glebae adscriptus zu Diensten gebrauchen, zu welchen sie will; den freyen und nicht-leibeigenen kann sie nur zu ökonomischen beyziehen. Der Ausdruck: ökonomische Dienste, darf jedoch nicht in der höchsten Strenge genommen werden; es sind darunter auch allerdings Baufrohnen begriffen, in so fern sie auf zur Oeconomie gehörige Gebäude beschränkt bleiben.

Man könnte einwenden, der glebae adscriptus sey eben so gut zu Diensten pflichtig, welche sich bloß auf die Person und die Familie der Gutsherrschaft bezögen, indem die adscriptitia qualitas es mit sich bringe, daß er dem jedesmaligen Gutsherrn Dienste leiste: welche Dienste aber von ihm zu leisten, völlig gleichgültig bleiben müsse. Allein es ist zu bedenken, daß, wenn auch dem jedesmaligen Gutsherrn Dienste geleistet werden müssen, die Leistung nur allemal mit Hinsicht auf das Gut, mit welchem der adscriptitius, verbunden ist, geschieht: also noch keinesweges folgt, daß der Gutsherr willkührliche Dienste von dem adscriptitius, als solchem, fordern könne. In der adscriptitia qualitas liegt schon von selbst die Norm, nach welcher alle von dem adscriptitius, als solchem, zu leistende Dienste beurtheilt werden müssen.

VII. Wenn das Römische Recht noch heutiges Tages die Norm für die adscriptitia qualitas ist, so folgt, daß es auch über die Fragen, in wie fern ein nicht-leibeigener adscriptitius sich den übernommenen Verbindlichkeiten entziehen könne, und welche Mittel dem Gutsherrn zustehen, ihn zu seiner Pflicht zurückzubringen; desgleichen, in wie fern der Gutsherr berechtigt sey, die adscriptitia qualitas aufzuheben, oder sich von leibeigenen adscriptitiis beym Verkauf des Guts einige vorzubehalten. In Deutschland war freylich eben so wenig als bey den Römern zu Anfang die adscriptitia qualitas etwas nothwendig Bleibendes, sondern es hing von jedem Gutsbesitzer ab, sie aufzuheben, oder ferner bestehen zu lassen. Allein späterhin änderte sich auch hier die Sache, und hielt man bey näherer Bekanntwerdung mit dem Römischen Rechte dafür, daß der Gutsherrschaft keine Willkühr zustehe, sondern die einmal eingeführte adscriptitia qualitas als eine gemeinnützliche Anstalt aufrecht erhalten werden müsse. Indeß konnte der Satz bey der Freyheit der Deutschen Gutsbesitzer nicht so allgemein durchgreifen als bey den Römern, und in den meisten Territorien blieb es der Willkühr der Gutsherrschaften anheim gestellt, ob sie die bey den Gütern bestehende adscriptitia qualitas aufheben oder bestehen lassen wollten.

VII. Wo Leibeigenschaft und adscriptitia conditio zusammenfließen, absorbirt freylich, wie bereits oben gedacht worden, auch die erstere die letztere bey uns eben so so gut, als bey den Römern die adscriptitia conditio von der servitus absorbirt wurde. Die Verhältnisse bleiben indeß doch auch oft verschieden. Besonders ist dieß der Fall bey der manumissio, indem die manumissio bey den Leibeigenen noch nicht die adscriptitia

conditio aufhebt, eben so wenig als dieß die Manumission bey den Römischen servis that. Bey dem freyen adscriptitius muß schon die sogenannte Manumission das ganze Verhältniß aufheben, weil außer der adscriptitia conditio nichts vorhanden war, die Freygebung folglich nur allein auf die Aufhebung dieses Nexus gehen kann. Warum bey dem Unfreyen die Manumission die adscriptitia conditio nicht aufhebt, davon ist der Grund, weil jede Verzichtsleistung strenge erklärt werden muß, die Manumission aber nie Verzichtleistung auf Rechte in sich begreift, welche mit dem unfreyen Zustande nichts zu schaffen haben, und daher auch nach den Grundsätzen von Verzichtungen beurtheilt werden muß.

Ich wollte hier nur die Grundlinien für die Anwendung der Bestimmungen des Römischen Rechts über die liberti und die adscriptitia conditio auf die Deutsche Leibeigenschaft und die Deutsche adscriptitia qualitas zeichnen. Ohnedieß müßte ich mich in die Entwickelung der Lehre von der Deutschen Leibeigenschaft einlassen, was von meinem eigentlichen Zwecke ganz entfernt ist. Ich bleibe hier um so lieber stehen, als das Gesagte völlig genügt, um für das kleinere Detail die Entscheidung zu finden.

XXXVIII.

Ueber die Gründe der Römischen patria potestas §. 253, 254 und 255. — Genauere Beleuchtung der einzelnen darin enthaltenen Rechte §. 256 — 262. — Ueber Erwerbung und Verlust der patria potestas. §. 263 — 265. — Collision in der Subjectivität der patria potestas §. 266 seq.

§. 253.

Inst. I, 9, §. 2. heißt es von der patria potestas: „Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, *proprium est civium romanorum:* nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habent potestatem, qualem nos habemus," und Theophilus fügt die Bemerkung hinzu, daß sie eben darum juris civilis sey, da die potestas dominica hingegen dem juri gentium angehöre. Die Bemerkung hat allerdings ihre Richtigkeit, wenn man von dem Gesichtspuncte ausgeht, welchen die Römer bey der Unterscheidung des juris gentium von dem jure civili erfaßten (siehe Th. 1. Abschn. I und II). Uebrigens ist es keinem Zweifel unterworfen, daß die patria potestas eben so gut als die dominica potestas im Allgemeinen dem juri gentium angehört.

Laßt uns also untersuchen, worin das Eigenthümliche der patria potestas der Römer bestehe, welches sie so auszeichnet, daß sie darum als Institut des juris civilis erscheint. Ein Institut des juris gentium mußte doch gar sehr umgeschaffen worden seyn, wenn es als Einrichtung des juris civilis auftreten sollte. Das Eigenthümliche der Römischen patria potestas wird sich nur dann erst zeigen lassen, wenn über die patria potestas des juris gentium zuvor gesprochen worden ist.

Die patria potestas juris gentium ist, wie oben Th. 1. Seite 68 gezeigt worden, im Grunde nichts weiter als eine elterliche Gewalt, die vorzugsweise darum dem Vater beyge-

legt wird, weil er als Haupt der Familie erscheint. Sie ist beschränkt durch ihren Zweck, hört auf, wenn dieser erreicht ist, geht über die unmittelbar erzeugten nicht hinaus, und kann auch nur allein durch die Zeugung begründet werden. In dieser patria potestas kann daher schon nach der Natur der Sache nicht die Rede seyn von besonderen Rechten des Vaters an den Personen und dem Vermögen der Kinder, noch viel weniger von willkührlicher Behandlung derselben.

Die patria potestas der Römer dagegen ist eine eigenthümliche Mischung von verschiedenartigen Gewalten und Rechten, deren Wesen nicht sowohl aus den zu der Mischung genommenen Species, als aus der Mischung selbst erkannt werden kann. So wie überall die Species nach der Mischung aufhören etwas Selbstständiges zu seyn, und bloß die Mischung als Product in Betracht kommt, so ist das auch hier der Fall [a]).

Die Römische väterliche Gewalt scheint in der gewöhnlichen Vorstellung nicht bloß große Widersprüche, sondern offenbare Ungereimtheiten zu enthalten. Wie ist es nämlich zu reimen, wenn die unter der väterlichen Gewalt stehenden Kinder, von der väterlichen Gewalt abgesehen als freye Men-

a) Bey dieser Ansicht halte ich auch den bekannten über das Fundament der Römischen väterlichen Gewalt geführten Streit für etwas höchst Ueberflüssiges. Man kann sie weder ex dominio noch e jurisdictione domestica, noch aus etwas anderm ableiten. Sie ist ein Product, welches keinen andern Grund hat, als das Gesetz, worauf sie beruht. Man hat sich im Gegentheil gar sehr für eine Ableitung aus einem bestimmten besondern Grunde zu hüten, weil man gar sehr Gefahr läuft, die Begriffe zu verwirren. Es ist dasselbe, als wenn man eine Mixtur aus einer oder der andern Species ableiten wollte, woraus sie zusammengesetzt ist. Die väterliche Gewalt aus allen potestatibus und Rechten zusammen, aus welchen sie componirt ist, ableiten zu wollen, geht eben so wenig, als sich die Mischung aus den Species, aus welchen sie besteht, ableiten läßt.

schen, im Verhältniß zum Staate als cives und im Verhältniß zu Andern als personae dargestellt werden; mit Berücksichtigung der patria potestas aber als Sachen und Sclaven? Wie läßt sich (möchte man fragen) dieß Doppel-Verhältniß in Einklang bringen, und wie kann überall ein civis über den andern eine solche potestas haben, als den Römischen Hausvätern über ihre Kinder beygelegt wird? Indeß ist zu bedenken, daß die Politik sehr häufig in Widerspruch mit sich selbst steht, und daher schon eine Gesetzgebung, welche sich, wie hier der Fall ist, darauf gründet, des Widerspruchs gleichfalls nicht entbehren kann: davon aber abgesehen, heben sich wirklich so manche scheinbare Anstände, wenn man nur tiefer in das Wesen der Römischen Legislation über die väterliche Gewalt eindringt.

§. 254.

Als in der Römisch-väterlichen Gewalt enthaltene vorzügliche Rechte werden angegeben: das jus vitae et necis, das jus exponendi, vendendi et noxae dandi liberos, das jus adquirendi per liberos, und das jus vindicandi, wozu noch andere weniger bedeutende, z. B. jus tutorem dandi, pupillariter substituendi etc. hinzukommen. Mehrere davon trifft man freylich auch in der patria potestas bey andern Völkern an, aber im Complex kommen sie doch nur bey den Römern vor. Die Veränderungen, welche diese Rechte in der Folge der Zeit erlitten haben, sollen uns vor der Hand nicht interessiren: in ihrer ursprünglichen Beschaffenheit sollen sie vor allen Dingen unsere Aufmerksamkeit beschäftigen.

Auffallen dürfte es wohl jedem Denker, in der Aufzählung der zur väterlichen Gewalt gehörigen Rechte neben dem jus vitae et necis Rechte zu erblicken, die nur der dominus an seinen servus haben konnte. Hatte der Vater wirklich solche Rechte über seine Kinder, als

der Herr über die Sclaven, so bedurfte es eines ihm noch besonders eingeräumten jus vitae et necis nicht, indem nach dem älteren Rechts-System der Herr die Sclaven ganz als willkührliches Mittel seiner Zwecke behandeln konnte. Oder man müßte annehmen: die väterliche Gewalt habe zwar das jus exponendi, vendendi, noxae dandi und vindicandi liberos enthalten, nicht aber die übrige willkührliche Gewalt über die Sclaven, und daher habe jus vitae et necis als ein Recht der jurisdictio eintreten müssen, wo schon der Herr über die Sclaven willkührlich verfügen konnen. Das ließe sich hören, wenn darnach die filii, filiaeque familias dem Grundbegriffe nach, nur nicht immer als Sclaven erschienen. Freyheit, Civität und Sclaverey sind aber incompatible Dinge. Sollte es nicht möglich seyn, was wir bey der Römischen patria potestas mit der Sclaverey zusammenfallend antreffen, auch auf andere Weise zu erklären?

Dem Romulus wird bekanntlich das Inventum der Römischen väterlichen Gewalt beygelegt [b]). Als ausgemacht kann wohl angenommen werden, daß sie durch eine der frühesten Legislationen des Römischen Staats ihr Daseyn erhielt [c]). Von dem jure gentium dürfte der Gesetzgeber nicht ausgegangen seyn, denn sonst würde die von ihm angeordnete patria potestas eine ganz andere Stellung erhalten haben. Von der dominica potestas durfte er schon nicht aus-

b) *Dionys. Halic.* Antiq. Rom. II. p. 96.

c) Damit stimmt selbst Papinian in der *collat. leg. Mosaic. et Rom.* IV, 8. überein. Wenn Ulpian *Dig. I, 6, L. 8.* die väterliche Gewalt uns als etwas durch die Rechtssitte Eingeführtes oder als etwas Herkömmliches schildert, so mag er gern gegen andere so sprechende Zeugnisse die früheste Römische Gesetzgebung eben so bezweifelt haben, als sie von mehreren Neuern bezweifelt wird: die Wahrheit wird dadurch im geringsten nicht gefährdet.

ausgehen, wenn er nicht mit sich selbst in Widerspruch gerathen wollte. Ist überall erlaubt, über die Sache zu conjecturiren, so dürften folgende Gesichtspuncte von ihm aufgefaßt worden seyn.

1) Was von einem Wesen erzeugt ans Licht hervortritt, ist ein Theil von ihm und wird ihm zugeboren adnascitur: es ist aber nur das männliche Geschlecht der erzeugende Theil, folglich kann ihm auch nur etwas zugeboren werden d). — Bey einem Civis, der in einer vom Staate gebilligten förmlichen Verbindung etwas erzeugt, muß dieß adnasci um so mehr Statt finden, als zu der natürlichen Verbindung hier noch die bürgerliche hinzutritt. Was aber einem Wesen zugeboren wird, ist Theil von ihm, und es hat daran die Rechte, die es an sich selbst hat. Ungereimt würde es seyn, ein Eigenthum des Menschen an seinen Körper annehmen zu wollen, aber es ist doch nicht zu leugnen, daß er darüber verfügen kann wie ihm beliebt. Nur im Staat kann diese Willkühr beschränkt werden durch das Verhältniß, in welchem der Civis zum Staate steht, es kommt also allein darauf an, wie vom Staat die Beschränkung geschieht. — Die Eigenschaft welche der Civis selbst hat, muß übrigens auch demjenigen zustehen qui ei adnascitur: die Folge also ist, daß er auch frey sey und die Civität habe.

2) Alle Staatsverfassung originirt von dem häuslichen Regiment. Die Beybehaltung desselben im Staat ist daher um so natürlicher. Eigentlich soll doch nur das Ober-

d) Auf die Hypothese von den adnasci möchte ich doch wirklich einen großen Werth legen. Dem Weibe wird nach der Vorstellung der Römer nichts zugeboren, daher es auch keine potestas über das von ihm Erzeugte haben kann. Warum nicht? Weil es bloß das von dem Manne Producirte austrägt. — Der natürliche noch nicht ausgebildete Verstand muß gerade, wie ich glaube, auf solche Vorstellungen kommen.

haupt des Staats die vielen einzelnen häuslichen Regimente zusammenhalten und zum Besten des Ganzen leiten. Der Staat muß sich in Beybehaltung des häuslichen Regiments auch um so besser befinden, als ihm bey aller Aufmerksamkeit doch nicht möglich seyn würde, die Ordnung zu erhalten, die der Hausvater selbst sehr wohl erhalten mag.

3) Das jus gentium erkennt Rechte der Eltern über die Kinder an, und legt sie vorzugsweise dem Vater als Haupt der Familie bey. Die Beybehaltung dieser Rechte in jedem Staat ist um so nöthiger, als sie auf allgemein anerkannten Gründen des Bedürfnisses und der Nothwendigkeit beruhen. Zusätze zu der patria potestas des juris gentium können sich nach dem Bedürfniß des Staats machen.

Lassen wir den Römischen Gesetzgeber, der die Römische patria potestas anordnete, diesen Gesichtspunct auffassen und davon ausgehen, so darf es uns zuerst nicht befremden, darin Rechte anzutreffen, welche theilweise den Rechten eines Herrn über den Sclaven ähneln, ohne doch aus derselben Quelle zu entspringen. Wenn der Vater die Kinder aussetzen oder sogar verkaufen und noxae geben konnte, so scheint es, solches habe nur vermöge eines über die Kinder ihm zustehenden Eigenthumsrechts geschehen können. Allein freye Menschen und Cives, wie die Kinder waren und Eigenthum an ihnen stehen mit einander in dem schreiendsten Widerspruch. Denken wir aber daran, daß sich in der ältesten Zeit der paterfamilias selbst zum Sclaven ergeben konnte, so mußte es ihm auch gestattet seyn, seine Kinder als Sclaven hinzugeben, weil sie gleichsam als Theile seines Körpers erschienen, und die Rechte, welche er an seinen Körper hatte, mußten ihm auch an diejenigen zustehen, die mit ihm zusammenhingen. Wir haben also nicht nöthig, hier erst ein gar nicht zulässiges Eigenthum des Vaters über seine Kinder zu

erdichten, und demselben Rechte beyzulegen, die unter der gehörigen Voraussetzung schon von selbst folgen.

Hiernächst erhalten wir auf diesem Wege erst eine lichte Ansicht des juris adgnationis, das sich uns jetzt als die erste Bedingung aller väterlichen Gewalt darstellt, und aus welchem alle Folgen und Wirkungen fließen, welche man als Folgen und Wirkungen nicht vorhandener eigenthümlicher Verhältnisse vorgestellt hat. Denn freyer Mensch und Civis, und Eigenthum an seiner Person sind absolute Widersprüche, die in keines Gesetzgebers Sinn kommen durften, und wovon gewiß niemand weiter als der Stifter der Römischen väterlichen Gewalt entfernt war.

Endlich klärt sich auch dadurch auf, daß so Vieles, was man bey der Römischen väterlichen Gewalt auf Rechnung der Jurisprudenz setzt, z. B. die unitas inter patrem et filium schon von Anfang an vorhanden seyn mußte, und warum das jus adgnationis als der alleinige Grund der regelmäßigen Succession in der ältesten Zeit nicht bloß, sondern auch fortdauernd erscheinen mußte, so lange die väterliche Gewalt noch ungestört da stand.

Lassen wir also den Schöpfer der Römischen väterlichen Gewalt philosophiren und zugleich sanctioniren, wie folgt:

I. Was ein Civis in einem matrimonio juris gentium erzeugt, darüber kommen ihm keine größeren Rechte zu, als welche jus gentium giebt: er hat darüber nur patriam potestatem juris gentium e).

e) Es ist keine Frage, daß den ältern Römern auch das matrimonium juris gentium frey stand, wenn sie sich zu den justis nuptiis nicht entschließen wollten. Aber diese Ehe brachte dann auch keine Römische väterliche Gewalt hervor.

II. Was aber von ihm erzeugt wird in einem matrimonio juris civilis — justis nuptiis —, das wird ihm so angeboren als das Reis, welches aus einem Baume hervortreibt, dem Baume. Was von diesem gelten würde, wenn er handeln könnte, muß daher auch von ihm gelten. So wie also

1) Das Reis mit dem Baume, aus welchem es hervortreibt, ein Ganzes und Untheilbares ausmacht, bis es abstirbt, so machen auch die Kinder mit dem Vater ein Ganzes und Untheilbares aus, bis dieser Zusammenhang durch Absterben oder Ablegen aufgehoben wird. Zur

2) Ablegung des von ihm Erzeugten ist aber jeder Civis als zu einem Act der natürlichen Freyheit um so mehr befugt, als ihm das Erzeugte ja lästig, wohl gar schädlich werden kann. Und wenn

3) es einem Römischen Civis erlaubt ist, über seine eigene Freyheit zu disponiren, so muß ihm auch diese Disposition in Ansehung seiner Kinder zustehen. Er muß daher nicht bloß das jus noxae dandi, sondern auch das jus vendendi liberos haben. Er muß befugt seyn, über die Kinder völlig so zu disponiren, als er über seinen Körper verfügen kann. Da dem Römischen Civis aber der Selbstmord nicht erlaubt ist, so ist ihm auch der Mord seiner Kinder nicht gestattet*f*). —

f) Bey dieser Philosophie können also die Kinder verkauft und noxae gegeben werden, ohne daß es eines Eigenthums bedarf. Oder muß man nothwendig, um jemand als Sclaven verkaufen zu können, an ihm ein Eigenthum haben? Hatten etwa die Gläubiger, welche nach dem Zwölf-Tafelgesetz den ihnen addicirten Schuldner uls Tiberim verkaufen konnten, an dem,

Die expositio der Kinder kan ihm, weil sie der willkührlichen Tödtung gleich steht, auch in der Regel nicht gestattet seyn g).

selben ein Eigenthum durch die addictio bekommen? Ich denke nicht, denn sonst hätte es nicht erst der Verfügung bedurft, daß sie ihn uls Tiberim, NB. als servum verkaufen können. Ausgemacht ist nach Römischem Recht dazu, daß man jemanden als Sclaven verkaufen kann, nicht nöthig, daß man das Eigenthum an ihm habe. Alsdann verkauft man überall nicht einen als Sclaven, sondern man verkauft den Sclaven, die Sache. Wenn gesagt wird, daß der Vater seine Kinder verkaufen könne, so wird damit noch nicht gesagt, daß er seine Sclaven zu verkaufen befugt sey, und das mußte doch gesagt werden, oder es mußte überall von der ganzen Sache nichts gesagt werden, weil sie sich von selbst verstand. Ich lege hier wirklich auf gewisse Dinge nicht größern Werth als sie schon für sich haben.

Bey dieser Philosophie kann man auch das jus occidendi (als willkührliche Vernichtung) für die höchste Ungereimtheit erklären. Der Römische Civis darf sich selbst nicht tödten, er darf also auch nicht das Reis vernichten, welches aus ihm hervorgegangen ist, und an dessen Erhaltung dem Staate eben so viel gelegen ist als an seiner eigenen. Man möchte sagen, dann hätte auch kein jus vendendi, noxae dandi etc. statt finden können, weil dadurch ja auch der Bürger weniger wurden. Allein das brachten nun einmal die Verhältnisse mit sich, und eine Beschränkung dieser Befugnisse konnte nicht füglich geschehen, ohne nach der damaligen Ansicht der Freyheit der Cives zu sehr zu nahe zu treten.

Man wird keine einzige Stelle der Alten nachzuweisen im Stande seyn, in welcher das jus occidendi liberos als gestattete willkührliche Tödtung vorkäme. Das jus vitae et necis als Ausfluß des häuslichen Regiments und der jurisdictio sind aber davon himmelweit verschieden. Und wie würde sich die willkührliche Tödtung mit den schon sehr frühen Gesetzen über den Verwandten-Mord vereinigen lassen.

Bey so bewandten Umständen dürfte denn wohl Hadrian nicht der Erste gewesen seyn, der einen Vater, welcher seinen Sohn, den er wegen eines Ehebruchs in Verdacht hatte, auf der Jagd tödtete, deportiren ließ, sondern es dürften ähnliche Fälle früher auf ähnliche Art bestraft worden seyn.

g) Wie sehr Romulus das jus exponendi liberos beschränkte, erhellt aus *Dionys. Halic. Ant. Rom.* II, p. 88. Seine

4) Wenn aus der adgnatio schon die fortdauernde Abhängigkeit der Kinder von dem Vater folgt, so muß daraus eben so gut die unitas personae folgen [h]), denn das noch nicht vom Baume getrennte Reis läßt sich nicht als selbstständig denken. Daraus ergiebt sich denn schon von selbst die Nothwendigkeit der Concurrenz des Vaters wenigstens seine Einwilligung bey allen rechtlichen Geschäften der Kinder, das Recht des Vaters durch die Kinder zu erwerben, und die Gemeinschaft, in welcher die Kinder mit dem Vater hinsichtlich seines Vermögens und seiner andern mittheilbaren Rechte stehen, und daß sich zwischen dem Vater und seinen Kindern keine Abschließung von Rechtsgeschäften denken läßt.

III. Nichts ist natürlicher als das Haus-Regiment: auch ist es dem Staate sehr nützlich, der sich alsdann bloß um die Hausväter zu kümmern braucht. Was sich im jure adgnationis mit dem paterfamilias befindet, soll daher unter dem Hausregimente stehen, dessen Anhang ein imperium und eine jurisdictio seyn soll, etwa

---

Verordnung ging bekanntlich hernach in das Zwölf-Tafelgesetz über. Dadurch wird noch mehr bestätigt, was in der vorigen Note über das jus occidendi als willkührliche Tödtung der Kinder gesagt worden ist. Wenn der Vater seine Kinder als willkührliches Mittel seiner Zwecke überall behandeln konnte, was bedurfte es da noch Vorschrift über die expositio. Ueberall reimen sich solche Vorschriften nicht mit einem Eigenthume an den Kindern.

h) Ich läugne durchaus die Lehre von der unitas personae inter patrem et filium als der Jurisprudenz angehörig, und behaupte, daß sie von Anfang an vorhanden war. Sie mußte nothwendig von Anfang an vorhanden seyn, weil sie so ganz in der Natur der Sache liegt.

in eben der Art, wie sie der Staat über die patresfamilias ausübt. In so fern ist also jus vitae et necis in der Hand der Hausväter, nur sind diese Rechte keine despotischen, sondern müssen ausgeübt werden, wie der Staat sie auszuüben pflegt, woher das consilium propinquorum (versteht sich in der Zuziehung der Agnaten) rührt.

IV. Die patria potestas des juris gentium ist etwas zu Natürliches, zu allgemein Angenommenes, als daß sie bey dem paterfamilias fehlen könnte. Sie soll ihm daher gleichfalls gestattet seyn.

V. Die Verhältnisse II, III und IV zusammen sollen die patria potestas civium Romanorum begründen, die in dieser eigenthümlichen Zusammensetzung jetzt als etwas Neues und bisher Unerhörtes erscheint.

Die patria potestas der Römer tritt nach den angenommenen Standpuncten zugleich aus den Prinzipien der adgnatio, des häuslichen Regiments und des juris gentium hervor. Das Prinzip des Eigenthums bleibt ganz zur Seite liegen, und erscheint um so irriger, wenn man mit Heineccius i) und Andern annimmt, die Kinder wären zwar hinsichtlich Anderer als Personen, und hinsichtlich des Staats als cives, mit Hinsicht auf den paterfamilias aber ganz als servi und res betrachtet worden, weil ein so verschiedenes und widersprechendes Verhältniß zu der höchsten Verwirrung hätte führen müssen. Doch man läßt es bey der Annahme des Eigenthums nicht bewenden, die Kinder sollen sogar in dominio quiritario gestanden haben. Man will das letztere vorzugsweise aus der dem paterfamilias hinsichtlich der Kin-

i) *Antiq. Rom.* I, 11, §. 1.

der gestatteten vindicatio, und deren mancipatio als res mancipi erweisen. Betrachten wir doch die Stellen etwas genauer.

§. 255.

Die Hauptstelle welche zum Beweise der vindicatio liberorum gebraucht wird, ist *Dig. VI, 1, L. 1, §. 2.* Sie allein ist auch nur der näheren Beleuchtung werth. — Nachdem gesagt worden ist, daß nach den actionibus quae de universitatibus propositae sunt, jetzt folgen soll die actio singularum rerum petitionis, nämlich die rei vindicatio und daß solche als specialis in rem actio sowohl statt finde in omnibus rebus mobilibus, tam animalibus quam his quae anima carent, et in his quae loco continentur" heißt es: „Per hanc autem actionem liberae personae quae sunt juris nostri utputa liberi, qui sunt in potestate *non* petuntur. Petuntur igitur aut praejudiciis, aut interdictis aut cognitione praetoria: et ita Pomponius libro trigesimo septimo, nisi forte, inquit, adjecta causa quis vindicet. Si quis ita petit filium suum *vel* in potestate, *ex jure Romano*, videtur mihi et Pomponius consentire, recte eum egisse: ait enim, adjecta causa ex *lege quiritium* vindicare posse." Die Stelle ist aus Ulpian Lib. XVI ad edictum. Ich habe sie hier nach der Florentina hergesetzt. Das Wörtchen „vel" welches Haloander unter Beystimmung mehrerer alten guten Ausgaben verwirft, scheint mir doch hier allerdings am rechten Orte zu seyn, indem das „vel in potestate" doch nur als eine genauere Bestimmung des „filium suum" erscheint. — Die Interpreten des Gesetzes schlüpfen unter Autorität der Glosse meist über das „adjecta causa" weg, und betrachten mit selbiger die rei vindicatio als ein remedium extraordinarium: einige welche das „adjecta causa" in nähere Betrachtung ziehen, finden die Sache ganz in der

Ordnung, weil der Vater sich auf dominium quiritarium in liberos competens gründe. Es ist zu bemerken, daß die Glosse die rei vindicatio nicht als ausschließendes Annexum des Eigenthumsrechts, sondern auch jeder potestas darstellt, zu welcher als remedium extraordinarium die Zuflucht genommen werden kann — —. Damit wäre denn zugleich ein Fingerzeig gegeben worden, daß die Klage für Realrechte an non universitates generell statt habe, und daß die potestas auch schon ein Realrecht in sich begreife k).

Vorläufig ist zu bemerken, daß *Digest. L, 16, L. 215*, wo sich eine Erklärung der verschiedenen Bedeutungen der potestas findet, gesagt wird, der Ausdruck begreife in Beziehung auf die Obrigkeit, das imperium, in Beziehung auf die Kinder die patria potestas, und in Beziehung auf die Sclaven das dominium in sich. Damit wird zugleich deutlich zu erkennen gegeben, daß von einem Eigenthum über die Kinder bey der patria potestas eben so wenig die Rede seyn könne als beym imperio. Die Eigenschaft der patria potestas als eines realen Rechts wird übrigens damit nicht in Abrede gestellt.

Mag die rei vindicatio immerhin als generelles Rechtsmittel zur Verfolgung eines Realrechts an non universitates erscheinen, für welche es keine besondere actio giebt: immer bleibt ausgemacht, daß sie vorzugsweise sich auf das Eigenthum gründet. Nun könnte man wohl bey der Erklärung der Stelle *Dig. VI, 1, L. 1, §. 2.* sagen, Ulpian sey von dem Satze ausgegangen, die rei vindicatio als Eigenthums-

k) Obgleich die rei vindicatio sich eigentlich auf ein Eigenthumsrecht gründet, so findet sie doch auch nach deutlicher Vorschrift der Gesetze wegen der jura dominio proxima statt, und wir können sie füglich als allgemeine Klage für Realrechte betrachten, wo nicht durch besondere Klagen für deren Verfolgung gesorgt worden ist.

klage finde bey den in der väterlichen Gewalt stehenden Kindern darum nicht statt, weil dem Vater über selbige kein Eigenthum zustehe, aber sie sey ihm doch als Klage zur Verfolgung eines Realrechts gestattet, weil die patria potestas ein solches in sich begreife. Allein alsdann würde das „nisi forte adjecta causa quis vindicet" etwas Ueberflüssiges seyn, und das zur Erläuterung der Ausnahme aufgestellte Beyspiel vollends als überflüssig dastehen: die Ausnahme würde auch überall nicht passen. Man scheint also annehmen zu müssen, Ulpian habe die rei vindicatio als Eigenthumsklage auch in der Ausnahme fort betrachtet, und sey in dieser Ansicht zur Ausnahme von der Regel geschritten. Wenn man die Stelle mit Hinsicht auf die Veränderungen, welche die väterliche Gewalt in dem Verlaufe der Zeit erlitten (kann man sagen) erkläre, so sey alles in der Ordnung. Ulpian wolle sagen: In der Regel steht zwar dem Vater keine rei vindicatio wegen seiner Kinder mehr zu, weil jetzt die patria potestas regelmäßig kein Eigenthum mehr in sich begreift: aber beruft er sich auf ein Verhältniß, welches die alte väterliche Gewalt zur Folge hat, etwa auf eine strenge Römische Ehe, auf eine Ehe nach alter Form, so muß ihm die Klage darum gestattet werden, weil der alten väterlichen Gewalt wirkliches Eigenthum und zwar dominium quiritarium zum Grunde liegt.

Ich gestehe aufrichtig, daß mir diese Erklärungsart Anfangs selbst gefallen hat, ehe ich die oben angegebene Ansicht ganz ergriffen hatte. Jetzt glaube ich die Stelle so erklären zu müssen. Die rei vindicatio ist ein generelles Rechtsmittel zur Verfolgung der Realrechte an non universitates: insbesondere zur Verfolgung des Eigenthumsrechts. Auch in der erstern Hinsicht kann sie nicht zur Verfolgung der potestas, welche ein Vater über seine Kinder hat, gebraucht werden, denn die potestas allein verschafft noch kein

Realrecht. Nur dann findet sie statt, wenn die causa hinzugefügt wird, welche jure Romano ein solches Realrecht giebt, und das ist hier die adgnatio, nämlich, weil jure Romano das Kind als das Reis vom Baume betrachtet wird, und der Vater ein wohlerworbenes Recht hat, daß sich das Kind von ihm nicht wider seinen Willen trenne. Die adjectio causae ist aber darum nöthig, weil die patria potestas als Ganzes eine gar verschiedenartige Mischung ist, kein allgemeines Prinzip für sie statt findet, und die rei vindicatio besonders basirt seyn will. Der Vater kann also nicht sagen, ich vindicire aus der mir zuständigen potestas, sondern er muß sagen, ich vindicire ex jure adgnationis, weil das Kind mir zugeboren ist, und mir daran ein Realrecht ex jure adgnationis zusteht, so lange ich es noch nicht abgelegt habe [1]).

Man kann gegen diese Erklärung allerdings bedeutende Einwürfe machen. Zuerst, kann man sagen, wenn das Kind nicht als Sache betrachtet werden solle, so könne überall keine vindicatio statt finden, indem die vindicatio bloß auf Sachen gehe. Zweytens, wenn das Kind als Theil des väterlichen Körpers betrachtet werden solle, finde gleichfalls keine Vindication statt, weil Niemand seine Glied-

1) Ob jemand schon die Sache so vor mir erklärt hat, weiß ich nicht. So weit meine Kenntniß der alten und neuen civilistischen Literatur reicht, habe ich auch nicht einen Fingerzeig darüber gefunden; das Dreiste meiner Erklärung will ich gern einräumen, aber ich bitte, nicht zu glauben, daß es meine Absicht sey, nach bloßen Hypothesen zu jagen. Es kann etwas zwischen meiner Erklärung und der gewöhnlichen Erklärung in der Mitte liegen, was für die Zukunft einer unserer denkenden Gelehrten findet. Das Bezweifeln führt zur Wahrheit; davon daß dem paterfamilias bey den Römern kein Eigenthumsrecht über die Kinder zugestanden, bin ich wenigstens so gewiß überzeugt, als von meinem Daseyn.

maaßen vindiciren könne. Endlich drittens, deute das „ex jure Romano" und das „ex lege quiritium" zu sehr auf jus antiquum hin, als daß man noch einen Augenblick Anstand nehmen könne, zu zweifeln, Ulpian habe das alte Fundament der väterlichen Gewalt, das dominium quiritarium hier gemeint.

Allein läßt sich vors erste das „ex jure Romano und ex lege quiritium" nicht auch so erklären, daß nach der Vorschrift des Gesetzes auf die patria potestas angewandt worden, was eigentlich nicht dabey statt finden sollen. Dergleichen Anomalieen, dächte ich doch, hätten wir in Menge. Dieß scheint um so mehr hier der Fall zu seyn, als ja Ulpian die rei vindicatio bey der patria potestas in der Regel verwirft, und sie nur ausnahmsweise gestattet wissen will, nämlich adjecta causa, d. h. wenn man sich namentlich darauf bezieht, daß sie wegen des juris adgnationis sey gegeben worden. Bey dieser Annahme thut es dann zweytens nichts zur Sache, wenn die rei vindicatio überall nur auf res geht, und Glieder eines Körpers um so weniger vindicirt werden können, als die vindicatio nur überall das außer uns liegende angeht. — Es kommt ja alles allein darauf an, daß die rei vindicatio hier uneigentlicher Weise angewendet worden ist, und für den Fall, wenn man sich namentlich auf adgnatio bezieht, weil nach dem gegebenen Beyspiel hier gleichsam der Baum den von ihm losgerissenen Zweig in Anspruch nimmt.

Wollte man die Worte bey Ulpian „ex jure Romano" und „ex lege quiritium" vom Eigenthum des Vaters an den Kindern oder gar vom dominio quiritario erklären, so stehen dieser Erklärung noch viel wichtigere Gründe entgegen als der meinigen. Standen (kann man sagen) die Kinder im Eigenthume des Vaters, so fand entweder dieses Eigen-

thum noch zu Ulpians Zeiten statt, oder es fand nicht mehr statt. Im ersten Fall mußte er dem Vater die rei vindicatio entweder unbedingt oder doch bedingt und als remedium extraordinarium zulassen und konnte sie nicht auf eine causa adjecta beschränken. Oder es fand in der Regel nicht mehr, sondern nur dann statt, wenn die Ehe etwa durch den alten ritus confarreationis contrahirt war. Hier wäre die Beschränkung wie wir sie finden zwar denkbar gewesen: die Idee des dominii quiritarii würde zwar damit zusammenfallen: aber wie ließe sich die Sache überall nur so denken? Die patria potestas bestand ja zu Ulpians Zeiten noch ganz in ihrer alten Breite und Tiefe, in ihrem Urbegriffe und ihren Wirkungen und hatte nur theils Modificationen, theils Beschränkungen erfahren. Die Rechte, welche sie zu Ulpians Zeiten enthielt, und in welchen wir sie überall noch in Justinians Zeitalter erblicken, sind zum Theil von der Art, daß man sie nicht denken kann, ohne ein Eigenthum oder ohne die Philosophie aus der Angeborenheit zu unterlegen, welche ich oben aufgestellt habe. Werfen wir die letztere weg, so bleibt bloß das erstere übrig und die justae nuptiae der neuern Zeit müssen eben das wenigstens im Ganzen begründen, was die Confarreation der alten Zeit begründete — ein Eigenthum, wenn auch dasselbe kein strenges altes Römisches Eigenthum war. Dann bleibt aber wieder Ulpian in der Inconsequenz stecken. Besser also wir ergreifen die Philosophie aus der Angeborenheit. Der Annahme eines Eigenthums widerspricht auch nicht nur die gesetzliche Schilderung der patria potestas im Gegensatze der herrlichen Gewalt: es widerspricht ihr zugleich die gesunde Vernunft, und die gesetzliche Theorie, indem etwas nicht frey und unfrey zugleich seyn kann. Und wenn es ausgemacht ist, daß sich aus der potestas allein die rei vindicatio nicht rechtfertiget, so ist über die causa adjecta alles völlig klar.

Ich glaube erwiesen zu haben, daß der dem Vater gestatteten vindicatio seiner Kinder kein Eigenthum zum Grunde liegt. Es ist jetzt noch zu beweisen, daß auch der mancipatio keins zum Grunde liegt, wenn sie überall bey der Veräußerung der Kinder statt hatte. Als Nothwendigkeit hatte sie gewiß nicht statt: die Stelle aus Cajus (Inst. I, 6, 3.) welche man gewöhnlich anführt, beweist gar nichts: waren die unter der patria potestas stehenden Kinder überall keine Sachen, so waren sie auch gewiß keine res mancipi: nirgends kommen sie auch unter den rebus mancipi vor [m]). Allein mag die mancipatio nun als nothwendige oder freywillige Form angewendet werden, so scheint sie doch immer auf Eigenthumsübertragung zu gehen, und frägt sich: wie konnte ein Vater seine Kinder verkaufen, an denen er doch kein Eigenthum hatte, und wie kann überall etwas verkauft werden, das nicht Sache und nicht in commercio ist. Hier scheint es, müsse die oben gewagte Hypothese doch nothwendig zu Grunde gehen, wenn sie auch gegen die vindicatio gerettet worden: das jus vendendi liberos, welches man der Römischen väterlichen Gewalt nicht streitig machen kann, schließe ja nothwendig die Idee des Eigenthums in sich. Indeß glaube ich, wenn man sich nur strenge an die oben gedachte Rechtsphilosophie der Römer hält, hebt sich auch hier alle scheinbare

m) Daraus ließe sich nun eigentlich nichts beweisen, weil uns bekanntlich ein vollständiges Verzeichniß der res mancipi und non mancipi nach den verschiedenen Zeitaltern abgeht, und es also sehr wohl hätte seyn können, daß die Kinder doch res mancipi gewesen wären. Aber es läßt sich beweisen, daß sie in dem Register der res mancipi schon darum nicht mit aufgeführt werden konnten, weil sie bey der gewöhnlichen Annahme der Beschaffenheit der väterlichen Gewalt nicht generell zu den Sachen gezählt werden durften: das Verzeichniß der res mancipi aber nur auf Objecte gehen konnte, die generell und nicht speciell oder in besonderer Beziehung als res erschienen.

Schwierigkeit. Können die Gesetze nicht die Befugniß geben, etwas zu verkaufen, ohne daß man das Eigenthum des Gegenstandes hat, welchen man verkauft? Können sie ferner nicht gestatten eine Person zu verkaufen und sie im Augenblick des Verkaufs durch denselben zur Sache zu machen. Haben wir nicht das Beyspiel an dem addictus beym Schuldenwesen, den der Prätor den Gläubigern zusprach, um mit ihm zu machen was sie wollten, ihn auch jenseits der Tiber zu verkaufen? Auf diese Weise läßt sich auch hier das Verkaufen der Kinder vermöge der patria potestas sehr wohl denken, ohne daß man dem Vater ein Eigenthum über die Kinder beyzulegen braucht. Man braucht nur anzunehmen, die Gesetze hätten dem Vater die Befugniß gestattet, das vom ihm Erzeugte abzulegen, zugleich an Andere, wie eine Sache zu überlassen, so daß es durch diese Ueberlassung zugleich Sache geworden, und von ihm als Sache behandelt werden können. Die Formen, mit welchen die Uebertragung geschehen, dürften dabey um so gleichgültiger bleiben, als ja bey jeder uneigentlichen Uebertragung die Formen der eigentlichen angewendet werden können, und es im Grunde doch nur allein darauf ankommt, ob etwas geschieht, nicht wie es geschieht. Und wenn man sich nun die mancipatio als die generelle Veräußerungsform denkt, wodurch ein Civis das Wichtigste und Beste welches er hatte, an Andere überließ, und zugleich erwägt, daß die potestas über das Kind hier eben so Object der Veräußerung seyn konnte als das Kind selbst, so wird vollends klar, daß man aus der Mancipation keinen Beweis für das Daseyn des Eigenthums in der patria potestas entnehmen kann *mm*).

mm) Unter den rebus mancipi befanden sich auch bekanntlich jura. Wer sagt uns aber, daß diese jura nothwendig Rechte an Sachen (wirkliche Realrechte) seyn mußten. Konnten es

Ich will gern zugeben, daß das Loos mancher Kinder im väterlichen Hause nicht viel besser war als das der Sclaven: ist es denn nicht bey uns oft härter als das der Domestiken? — aber wie lassen sich daraus und dem jure vendendi und noxae dandi liberos zusammen die Folgen ziehen, welche Heineccius und Andere daraus gezogen wissen wollen. Es können über jemand Rechte ausgeübt werden, die als Eigenthumsartige Rechte äußerlich erscheinen, und denen doch innerlich nichts weniger als ein Eigenthum zum Grunde liegt.

Es dürfte überall noch die Frage seyn, ob die venditio und noxae datio liberorum die Wirkung hatte, daß die Kinder in das Eigenthum desjenigen, an welchen sie verkauft, und dem sie noxae gegeben wurden als wirkliche Sclaven fielen. Warum gestattete das Zwölftafel-Gesetz nicht den Verkauf des addicirten Schuldners in Rom selbst und an Römische Bürger? Der Grund war doch gewiß kein anderer, als damit nicht zur Schande der Cives ein Subject in Rom als Sclave umher laufen sollte, das ehedem auch Civis war. Etwas Anderes war es, wenn jemand zur Strafe servus geworden war, und wieder etwas Anderes, wenn er zur Sclaverey ohne Verbrechen zu begehen gekommen war. Waren aber die unter der patria potestas stehenden Kinder freye Menschen und Cives, so trat bey ihnen der nämliche Grund ein, und es ist fast unbegreiflich, wie man an dem jungen unschuldigen Civis ein Schauspiel so geduldig habe er-

---

nicht eben so gut Realrechte überhaupt seyn. Dann braucht man aber nur die potestas zur res mancipi zu machen und anzunehmen, daß bey der Veräußerung die mancipatio entweder erforderlich gewesen, oder doch um so eher angewendet worden, als ein so wichtiges Recht eines patrisfamilias in fremde Hände überging.

ertragen können, was an einem muthwilligen Banquerouteur sogar unerträglich schien. Ich möchte daher fast behaupten, die venditio und noxae datio habe in der Person des Empfängers kein dominium gewirkt, sondern nur eine potestas und eine Befugniß die Dienste des überlassenen Hauskindes zu seinem Nutzen zu verwenden. Dieß war dem Geiste des Römischen Rechts nicht zuwider, indem der libertus sich ja auch als Civis zu operis verpflichten konnte. Die Juristen scheinen mir hier alles zu sehr auf patria potestas und dominium zu reduciren, und ein Drittes nicht zu beachten, welches wohl nothwendig gesetzt werden muß, wenn Widersprüche vermieden werden sollen. Konnten die Kinder als freye Menschen und Cives unter der patria potestas stehen, so konnten sie es auch unter einer fremden potestas, ohne daß diese gerade eine dominica potestas zu seyn brauchte. Wir hätten auf diesem Wege freye Menschen und Römische Cives, welche der paterfamilias durch Verkauf und noxae datio in die (nicht patria) potestas eines andern als dienstthuende und von ihm zu ernährende Subjecte gebracht hätte.

§. 256.

Ziehen wir jetzt die einzelnen in der Römischen patria potestas enthaltenen Rechte in genauere Betrachtung, fassen sie in ihrer ursprünglichen Eigenschaft auf und verfolgen sie in den Abänderungen und Modificationen, welche sie bis auf die Justinianische Gesetzgebung und unter dieser erlitten, untersuchen endlich auch, was man davon noch für die Zeit anzunehmen und zu verwerfen hat. Der Gegenstand scheint doch noch nicht durchweg in so genaue Untersuchung gezogen worden zu seyn, als er es wohl verdienen möchte.

Zuerst soll über diejenigen in der patria potestas enthaltenen Rechte gesprochen werden, welche nach der obigen Annahme aus dem jure adgnationis (nach der gewöhnlichen

ex dominio quiritario) fließen. Es sind eigentlich nur ihrer drey, das jus vendendi liberos, das jus noxae dandi liberos und das jus adquirendi per liberos. — Das Recht die Kinder zu Arbeiten anzuhalten, dürfte als Theil der Erziehung wohl zur patria potestas juris gentium gehören.

I. Jus vendendi liberos. Sehr richtig dürfte wohl Heineccius n) gesehen haben, wenn er gegen Raevard, Aleander und Gothofred den Dionys von Halicarnaß in Schutz nimmt und den Ursprung der trina imaginaria venditio als Emancipations-Form in die Zeiten nach den Zwölf Tafeln verlegt, weil sie zur legis actio gehöre, die erst aus den Zwölf Tafeln entsprungen. Aber aus der Stelle bey Dionys von Halicarnaß läßt sich noch viel mehr entnehmen als bisher daraus entnommen worden ist. Wenn es nämlich seine Richtigkeit hat, daß erst durch den dreymaligen Verkauf eines Kindes die patria potestas ganz erlosch, und das von dem ersten und zweyten Verkäufer wieder freygegebene Kind unter die väterliche Gewalt zurückfiel, so ist wohl klar, daß das verkaufte Kind nie Sclave wurde, überall die Alienation nicht sowohl das Kind, als vielmehr die über dasselbe statt findende potestas zum Gegenstand hatte. Die patria potestas wurde zwar nicht im Ganzen alienirt aber doch in dem Theil, welcher das utile betraf: so war es auch nur möglich, daß der Gesetzgeber verordnen konnte, sie sollte reviviscren, indem bey der Freygebung des Kindes der alienirte Theil nur dem zurückbehaltenen wieder zuwuchs; von einer Reviviscenz daher nicht, sondern bloß von einer Wiedervereinigung die Rede war. Die Stelle aus Dionys von Halicarnaß, deren Quintessenz sich in dem Zwölftafelgesetz wieder findet, ist für meine obige Behauptung, daß das jus vendendi liberos kein Aus-

n) *Antiq. Rom.* l. c.

fluß des Eigenthumsrechts über die Kinder gewesen sey, und daß überall kein Eigenthum über die Kinder statt gefunden habe, von höchster Wichtigkeit, und ich muß daher noch einen Augenblick dabey verweilen.

Wenn wir das Institut der Römischen väterlichen Gewalt seinem Ursprunge nach in die früheſten Zeiten Roms setzen, wie es denn allen historischen Zeugnissen nach darin gesetzt werden muß, und mit der gemeinen Meinung annehmen, daß die Kinder sich im Eigenthume des Vaters befunden und der Verkauf der Kinder eine Eigenthums-Uebertragung enthalten habe, so mußte doch der Käufer über das Kind volles Eigenthum erhalten, die Civität des Kindes erlöschen und dasselbe jetzt völliger Sclave werden. Denn der von den Juristen vorgespiegelte Zustand, daß die Kinder hinsichtlich des Staats Freye und Cives, und hinsichtlich Anderer, Personen; bloß hinsichtlich des Vaters, Sachen gewesen, mußte nun doch aufhören, und mußten sie ganz Sachen werden. Gab nun der Käufer das Kind wieder frey, so mochte es wohl als freyer Mensch, aber nicht als Civis auftreten, denn erst späterhin kam, wie oben gezeigt worden, der Satz auf, daß die manumissi, wenn sonst nichts gegen sie einzuwenden war, zugleich zur Civität sollten gelangen können. Nun konnte aber die patria potestas civilis nur an einem Römer statt finden: das unter die väterliche Gewalt zurückfallende Kind war ja aber kein Römer? Und wie wurde es nun in der Folgezeit, als die Gelangung der manumissi zur Civität so sehr beschränkt wurde, denn das Prinzip von dem Rückfall der zweymal verkauften und freygegebenen Kinder in die väterliche Gewalt dauerte fort, so lange überall das jus vendendi liberos bestand, wenigstens finde ich es nirgends aufgehoben? Bey der gewöhnlichen Ansicht hätten wir die ganz eigenthümliche Anomalie, daß die Römische väterliche Gewalt auch über einen non civis, etwa gar über

einen dedititius statt gefunden. Lassen wir aber das jus vendendi liberos nicht aus dem Eigenthume entstehen, betrachten hiernächst die Alienation als eine bloße Entäußerung eines Theils der potestas, wobey das Kind ein freyer Mensch und Civis blieb, und sehen endlich den Rückfall in die väterliche Gewalt als eine bloße Wiedervereinigung getrennter Rechte an, so ist alles über die Sache im Klaren.

Gemeinhin läßt man (mit der Ausnahme die gleich bey der Einführung dieses Rechts gemacht wurde) das jus vendendi liberos bis zu Diocletian fortdauern, dem *Cod. IV, 43, const. 1* „Liberos a parentibus neque donationis titulo, neque pignoris jure, aut alio quolibet modo, nec sub praetextu ignorantiae accipientis in alium transferri posse, manifestissimi juris est" beygelegt wird, obgleich einige auch schon früher dieß Recht des Vaters aufgehoben wissen wollen. Daß Diocletian es nicht erst aufhob, ist aus der Constitution selbst ersichtlich: aus den Schlußworten derselben dürfte auch wohl ausgemacht zu folgern seyn, daß es schon längst vor Diocletian aufgehoben war, denn sonst hätte die Aufhebung nicht als etwas, was manifestissimi juris sey, vorgestellt werden können. Von wem es aufgehoben worden, und die Zeit der Aufhebung, beides läßt sich nicht mehr bestimmen, indeß kann man wohl als gewiß annehmen, daß sich die Aufhebung erst unter Hadrian oder nach ihm gemacht hat. Bemerkungswerth ist die verspätete Aufhebung in anderer Rücksicht. — Wäre es mit dem jure vendendi so gemeint gewesen als die Sache gemeinhin vorgestellt wird, so dürften die Imperatoren ein mit ihrer majestas so incompatibles Recht gewiß nicht so lange gelassen haben: als alienatio der potestas mochten sie es wohl lassen. Wiederum hat die const. 1. eine Seite für die Gegner die auch gar nicht zu übersehen ist. Es wird darin auch der Schenkung und Verpfändung der Kinder gedacht, als Dinge, die auch statt ge-

funden. Beide lassen sich aber fast gar nicht denken, ohne daß man die Kinder mit Beziehung auf die patria potestas als Sachen betrachtet. Indeß glaube ich, kann man sich auch hier ohne alle Spitzfindigkeiten helfen. Konnte die patria potestas rücksichtlich des darin enthaltenen utile überall alienirt werden, so kam es auf den Titel nicht an, unter welchem die Alienation geschah, und die Verpfändung war alsdann nichts weiter als eine Verpfändung der auf dieß utile gehenden Rechte.

Die bekannte Constitution von Constantin dem Großen (*Cod. c. l. const. 2.*) „Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque, victus causa filium filiamve sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente, emptor obtinendi ejus servitii habeat facultatem: liceat autem ipsi qui vendidit, vel qui alienatus est, aut cuilibet alii ad ingenuitatem eum propriam repetere: modo si aut pretium offerat, quod potest valere, aut mancipium pro ejusmodi praestet," welche den Verkauf der Kinder für arme Eltern als einzige Aushülfe und beschränkt auf neugeborne Kinder wieder erlaubt, ist für uns in der Hinsicht merkwürdig, weil sie die provocatio ad ingenuitatem gestattet, wenn dereinst das Kaufgeld zurückgezahlt oder ein anderes Mancipium prästirt wird. Wie, ist man zu fragen berechtigt, läßt sich eine provocatio ad ingenuitatem denken, wenn einmal die Sclaverey begonnen hat: es ist ja nicht einmal eine Provocation auf die ehemalige Freyheit denkbar? Aber wohl läßt sie sich denken, wenn man durch den Verkauf von seinen Rechten nichts eingebüßt hat, sondern nur in die Classe der Dienstthuenden verstoßen worden ist. Die Gewalt des Vaters, der nachdem sich seine Umstände gebessert hatten, das Kind zurücknahm, dürfte nach den oben vorgetragenen Grundsätzen keinem Zweifel unterworfen gewesen seyn.

II. Das jus noxae dandi dürfte viel später aufgehoben worden seyn, als das jus vendendi liberos. Die Sache ist doch so natürlich: bey dem jure vendendi cessirt der paterfamilias nur de lucro captando, bey dem jure noxae dandi aber de damno vitando. Ueber die Zeit der Aufhebung läßt sich bey der Dunkelheit der Geschichte nichts bestimmen: Justinian erwähnt es bloß beyläufig als aufgehoben. Die Aufhebung scheint sich doch mehr durch consuetudo als durch lex gemacht zu haben. Die Institutionen-Stelle (*Inst. IV, 8, §. 7.*) ist auch noch in einer andern Hinsicht zu wichtig als um sie hier nicht ganz herzusetzen: „Sed veteres (heißt es) quidem hoc (nämlich die noxae datio), in filiisfamilias masculis et foeminis admisere. Nova autem hominum conversatio, hujusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab usu communi hoc recessit. Quis enim patiatur filium suum, et maxime filiam, in noxam alii dare: ut pene per *filii corpus* pater magis quam filius, *periclitetur;* cum in *filiabus* etiam *pudicitiae favor* hoc bene excludat? Et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas: cum apud veteres legum commentatores invenerimus saepius dictum, ipsos filiosfamiliarum pro suis delictis posse convenire." — Wenn wir annehmen, daß die Verfasser der Institutionen doch wohl wußten, welche Folgen die Veräußerung und noxae datio mit sich brachte, so fällt wirklich der Grund gar sehr auf, den sie für die geschehene Abschaffung der noxae datio anführen. Was konnte denn das noxae gegebene Kind den Vater weiter interessiren? Erwarb doch nach der gemeinen Lehre der, welcher es noxae empfing, daran eben so gut das Eigenthum, als wenn es ihm verkauft wurde. An den möglichen Rückfall in die väterliche Gewalt konnte doch nicht gedacht werden: für die Gesetzgebung wäre der Fall offenbar zu weit aussehend gewesen. Oder war etwa die no-

xae datio hier weiter nichts als eine Ueberlassung des Kindes an den Beschädigten um die Schuld abzuarbeiten, dabey eine Entäußerung der potestas für die Zeit? Dann konnte nicht bloß der Vater eine Sittenverderbung seiner Kinder zu fürchten haben, sondern auch der Staat mit Hinsicht darauf, daß die Kinder auch seine Bürger waren, die Furcht mit dem Vater theilen.

III. Jus adquirendi per liberos. Als ausgemacht kann wohl angenommen werden, daß die in der patria potestas stehenden Kinder ursprünglich nichts Eigenes hatten, weder mit Hinsicht auf die Zuständigkeit noch mit Hinsicht auf die Benutzung, sondern alles was sie erwarben, dem Vater erworben wurde. Es ist hier ganz wie bey den Sclaven, nur die Gründe sind verschieden: wo bey den Sclaven das dominium den Grund abgab, daß der Sclave nichts Eigenes haben konnte, war es hier die agnatio. Eine Ausnahme von der Regel mußte statt haben, wo der Vater dem Sohne etwas überließ, oder ihm durch die Anwendung seines Vermögens einen Erwerb zu machen erlaubte. Die Anfänge des filialen Peculiums sind doch so dunkel, man kann nicht mit Gewißheit sagen, ob es dem servilen Peculium, oder dieses ihm nachgebildet worden ist: gewiß ist wohl, daß wenn es einmal constituirt war, der Prätor hier eben so gut schützte, als beym servilen: bey einer dem Vater gestatteten willkührlichen Ademtion dürfte die Sache überall nicht als Rechts-Institut erscheinen, vielleicht gar nicht einmal einen Namen erhalten haben. Daß der väterlichen Ueberlassung ungeachtet, das Ueberlassene nicht Eigenthum des Sohnes werden konnte, lag wohl in der Natur der Sache, aber daraus folgt noch keinesweges willkührliche Ademtion des Ueberlassenen: die dem Vater unstreitig zustehende testamentarische Ademtion kann ich nicht anders als von einer Gleichstellung des Haussohns mit den übrigen unter

der potestas stehenden Kindern verstehen, wobey das peculium nicht als ein praecipuum in Betracht kam, wie es denn als ein praecipuum durchging, wenn es nicht ausdrücklich im Testament war adimirt worden. In so fern das peculium profectitium nach *Inst. II, 9, §. 1.* nichts weiter in sich begreift als, quod ex re patris proficiscitur, konnte es sowohl ein Peculium der Haussöhne als der Haustöchter geben, denn auch die dos wird ausdrücklich in den Gesetzen hieher gerechnet *o*). Die Stellung welche das unstreitig erste und älteste peculium filiale — das peculium profectitium zu dem väterlichen Vermögen einnahm, scheint die gewesen zu seyn, daß es zwar auch im Eigenthume des Vaters stand, aber von dem übrigen Vermögen separirt war, und nicht anders dem filiusfamilias wieder entzogen werden konnte, als wenn er sich der väterlichen Begünstigung unwürdig gemacht hatte: im Testamente übrigens es ihm in so fern adimirt werden konnte, als es der Gleichstellung mit den übrigen Kindern galt.

Man wird dem, was ich hier sowohl über das peculium filiale sage, als dem, was ich oben über das serviliſche Peculium vorgebracht habe, entgegensetzen: daß es ja 1) in den Gesetzen wenigstens vom peculio servili ausdücklich heiße, der dominus könne es vermehren, verringern, auch entziehen *p*); und ein Gleiches in Ansehung des peculii filialis anzunehmen sey. 2) Daß das peculium filiale als den Kindern gelassen betrachtet werden solle, wenn es der Vater bey der Emancipation ihnen nicht ausdrücklich entzogen hat *q*), woraus ganz klar folge, daß er es ihnen zu jeder Zeit und

o) Man sehe über alles dieß die weitere Ausführung in den folgenden Paragraphen.

p) *Dig. XV, 1, L. 4, §. 1.*

q) *Dig. XXXIX, 5, L. 3, §. 2.*

nach Belieben entziehen können. Allein es dürfte nichts leichter seyn als solche Argumentationen abzufertigen. Wenn es vorerst in den Gesetzen generell heißt, der dominus könne das Peculium dem servus entziehen, so werden immer die Fälle dabey vorausgesetzt, wo die ademtio in der Ordnung ist, entweder wegen Undank, oder wo der Sclave aus dem Verhältniß herausgeworfen wird, wodurch das Peculium bedingt ist, z. B. er wird manumittirt. Eben das ist der Fall bey dem Haussohne. In der ältesten Zeit mag wohl eine willkührliche Ademtion, sowohl beym servus als filiusfamilias statt gefunden haben, gewiß aber nicht mehr späterhin, wo die von einem Hausvater selbst und freywillig constituirten Verhältnisse auch auf den Schutz des Staats Anspruch machen zu können schienen, und ihnen derselbe auch wirklich gestattet wurde. Derzeit als noch Willkühr herrschte, konnte überall das Peculium als bestimmtes Rechtsverhältniß gar nicht in Betracht kommen. Hiernächst ist es sehr natürlich, daß bey der Emancipation so gut als bey der Manumission das Peculium bey dem respectiven paterfamilias und dominus nicht nur zurückbleiben muß, sondern auch die bisherigen Rechte des filiifamilias und servi darüber wegfallen müssen. Denn beide gehen nur auf die Person, nicht aber auf das was ihr anhängt; das Peculium hängt ihr ohne dieß nur bedingt an, so lange sie nämlich in der patria und dominica potestas verbleibt. Da es nun an und für sich in dem Eigenthum des Hausvaters und Herrn sich befindet, so ist es sehr natürlich, daß es darin zurückbleiben muß, und es ist als bloße gesetzliche Begünstigung zu betrachten, daß es nicht als entzogen betrachtet werden soll, wenn es nicht ausdrücklich bey der Entlassung des Subjects aus der potestas entzogen worden ist. Argumentiren zu wollen: was der paterfamilias und dominus indirecte durch die Emancipation und Manumission bewerkstelligen können, das vermögen sie

auch directe zu bewerkstelligen, würde die höchste Ungereimtheit seyn. Denn etwas anderes ist es, jemandem unter Beybehaltung der bisherigen Verhältnisse und wieder etwas anderes unter Aufhebung derselben das Gegebene zu entziehen.

Es hat seine volle Richtigkeit, wenn gesagt wird: an dem peculio profectitio stehe dem Haussohne bloß die Verwaltung und der Nießbrauch zu, der Substanz nach befinde es sich im Eigenthume des Vaters. Aber es ist noch weiter zu bemerken, daß auch was durch das peculium profectitium gewonnen wird, demselben hinzutritt, und mit dem Grundbestande nach gleichen Rechten beurtheilt werde. Endlich ist zu bemerken, daß dessen ungeachtet das Peculium als ein separirter Theil des väterlichen Vermögens betrachtet wird, in Ansehung dessen der Staat die einmal constituirten Verhältnisse schützt, so lange noch res integra ist [r]). Aber nach dem Ableben der Hauskinder hörte auch das ihnen gestattete Peculium auf, und fiel an den paterfamilias zurück [s]).

§. 257.

Die Veränderungen, welche sich in dem Verlaufe der Zeit mit dem jure adquirendi per liberos zugetragen haben, übersieht man unstreitig am leichtesten, wenn man die doch nur doctrinelle Eintheilung des Peculiums in das paganum und militare und die Unterabtheilungen von beiden in das profectitium und adventitium, castrense und quasi castrense ganz auf sich beruhen läßt. Von der Classification ausge-

r) Diese Separation ist auch die Ursache, daß wenn das Vermögen des Vaters confiscirt wird, das peculium des Haussohns erhalten wird. *Dig. IV*, 4, *L.* 3, §. 4 *in fin.*

s) *Cod. VI*, 61, *const.* 2.

gangen wird so die Sache nie deutlich: man möchte vielmehr behaupten, die Verwirrung sey unvermeidlich. Ueberall dürften wir wohl nicht eher zu einer reinen Anschauung des Römischen Rechts gelangen, als bis wir das Doctrinelle ganz von dem Gesetzlichen absondern.

Die erste Veränderung in dem jure adquirendi per liberos ereignete sich dadurch, daß von der Erwerbung der patria potestas ausgenommen wurde alles was dem filiusfamilias als miles, und hinsichtlich der Kriegsdienste, welche er leistete, zugeflossen war. Zu welcher Zeit dieß geschehen, dürfte wohl ewig dunkel bleiben [t]: als Ermunterung zum Kriegsdienst kann die Sache eben so gut der Blüthezeit der Republik als dem späteren Zeitalter und einem Usurpator angehören: vielleicht gehört dem letzteren nur eine Erweiterung des castrensischen Peculiums an. Solche Erweiterungen mochten denn oft alle vernünftigen Grenzen überschreiten: die spätere Gesetzgebung verwirft wenigstens manchen Satz, [u] der nicht aus der bloßen Jurisprudenz entspringen kann. Nur was propter militiam gegeben oder unmittelbar durch militia erworben worden, bleibt zuletzt als peculium castrense: aller Auswuchs wird abgeschnitten: indeß bleibt man immer noch mehr geneigt, den filiusfamilias als den paterfamilias zu begünstigen. — Daß es unter den Neueren welche gegeben hat, die ohne das Prinzip, worauf sich das

t) Bekanntlich legen Einige das peculium castrense dem Cäsar, Andere dagegen dem August bey. Heineccius (*Ant. Rom. II*, 9, §. 2.) hält den Cäsar für den Urheber und meint, das peculium castrense sey unter Titus, Domitian, Nerva und Trajan erweitert worden. Allein *Dig. XXIX*, 1, *L.* 1, worauf er sich vorzugsweise beruft, spricht vom Privilegium des militärischen Testaments und beweist im Grunde nichts. Durch die neueren rechtshistorischen Untersuchungen ist die Sache auch um gar nichts weiter gebracht worden.

u) Z. B. *Cod. XII*, 37, *const.* 1.

castrensische Peculium gründet, Dinge hinein gezogen haben, woran kein Römischer Jurist dachte, ist wahr, aber gewiß dürfen wir Lehren aufgeben, denen alle Basis fehlt v).

Eine zweyte Veränderung führt das nach dem Beyspiel des castrensischen Sonderguts unstreitig eingeführte peculium quasi castrense herbey. Daß es später entstanden seyn mußte als jenes, folgt so schon ganz natürlich: unstreitig setzt man seine Entstehung am richtigsten in die Zeit, wo sich das eigentliche Advocaten-Wesen oder der Beystand der streitenden Theile um Lohn ausbildete. War von dem väterlichen Erwerbungsrecht ausgeschlossen, was propter militiam gegeben oder unmittelbar durch militia war erworben worden, so, dachte man, kann auch davon ausgeschlossen werden, was der filiusfamilias durch den Beystand, welchen er seinen Mitbürgern bey ihren Rechtsgeschäften leistet, und überall mit Hinsicht auf seine Rechtskenntniß erworben hat, denn auch durch diesen Beystand erwirbt er sich um den Staat ein eben so großes Verdienst, als durch den Kriegesdienst. Ich bin überzeugt, daß sich die Ausdehnung dieses Peculiums auf alles durch Künste und Wissenschaften erworbene erst viel später gemacht hat, und nachdem man den Gesichtspunct allmählig aus den Augen verloren hatte, von welchem die Stifter desselben ausgegangen waren. Die Ausdehnung ist denn doch auch gar noch so sicher nicht, als sie gemeinhin von unsern practischen Juristen angenommen wird. Die Gesetze beschränken dieß Peculium ganz ausdrücklich auf das in militia togata oder respectu hujus militiae erworbene: die militia togata begreift aber ausschließend Advocatur und Staatsdienst in sich. Auf keinen

v) Ich darf nur an die wirklich lächerliche Idee, daß unsere Lehngüter zum peculium castrense gehören, erinnern. Die weitere Ausführung dieses Gegenstandes sehe man weiter unten.

Fall läßt sich der Erwerb durch gemeines Handwerk hieher rechnen, und ich dürfte mich geneigt fühlen jeden extra militiam togatam gemachten Erwerb aus der Lehre vom quasi-castrensischen Peculium auszuscheiden w). Er muß auch nothwendig ausgeschieden werden, wenn die Theorie in der gehörigen Reinheit geliefert werden soll.

Für das castrensische Peculium in seinem ganzen Umfange gilt der Satz, es gebührt dem Sohne nicht nur dem Eigenthume sondern auch dem Genusse nach und ist er hinsichtlich desselben ganz als Hausvater zu betrachten, kann auch darüber als paterfamilias verfügen x). Im Grunde dürfte wohl von diesem Peculium vorzugsweise gelten, wenn das Peculium, wie oben gezeigt worden, als universitas juris dargestellt wird y).

---

w) Die weitere Ausführung darüber siehe weiter unten.

x) *Inst. II*, 12, §. 1.

y) Denn in Ansehung dieses Peculiums kam doch überall nur der Sohn als paterfamilias und eigener Disponent in Betracht. — Aber ihn behinderte doch immer die väterliche Gewalt an einer Disposition, wie er sie eigentlich haben sollte, und darum wurde das Peculium personificirt. Erschien es als persona moralis, so waren die Verhältnisse anders und konnte da der filiusfamilias als Regent der persona moralis schon anders handeln. Unerklärlich bleibt dabey immer das jus testamentifactionis, welches auf eine moralische Person bekanntlich nicht anwendbar ist. Indeß giebt es ja Anomalieen der Art mehr in jure: hier kommt insbesondere in Betracht, daß ja die physische Person wirklich vorhanden ist, der das Vermögen gehört, und es der Personificirung gar nicht bedürfen würde, wenn nicht klar wäre, daß sie den Zweck hätte, Einwendungen zu begegnen, die sich gegen das Verhältniß eines noch in der patria potestas befindlichen Menschen machen ließen.

Ich bitte indeß wohl zu bemerken, daß ich mich des Ausdrucks „vorzugsweise" bedient habe. Ich behaupte also keinesweges, es müsse, was von der Personificirung des Peculiums in den Gesetzen steht, ausschließlich von diesem Peculium gelten. Es gilt eben so gut von jedem Peculium, doch nur von den übrigen Gattungen des Peculiums in geringerm Maaße

Als dritte Veränderung betrachte ich die, deren *Cod. VI, 61, const. 1.* „Cum venerandae leges vetuerint patribus jure potestatis adquiri, quidquid eorum filiis avus avia, proavus proavia a linea materna venientes quocunque titulo contulissent" Erwähnung geschieht. Es ist hier von den bonis maternis und materni generis die Rede, an welchen *Cod. VI, 60, const. 2.* ein Gesetz der Imperatoren Arcadius und Honorius den Kindern das Eigenthum, dem Vater aber nur die Verwaltung und den Nießbrauch zugesteht und ihn in der Disposition darüber so sehr beschränkt. Es frägt sich, wie verhielt es sich mit den Sachen, welche von dem väterlichen Großvater oder Eltervater an die Hauskinder kamen? Man rechnet sie häufig auch mit zum peculium profectitium, obgleich dieß nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze auf das beschränkt ist „quod ex re patris proficiscitur." Ich glaube, stand der Vater noch unter der potestas, so war sehr natürlich dieß peculium profectitium des Enkels ganz von ihm unabhängig, und stand er nicht mehr darunter, so dürfte wohl schon eine frühere Gesetzgebung oder Rechtssitte, die an den filiusfamilias von der väterlichen Ascendenz gekommenen Sachen nach denselben Grundsätzen wenigstens, wenn nicht gar nach strengern beurtheilt haben, nach welchen Arcadius und Honorius die bona materna und materni generis beurtheilt wissen wollten. Als ausgemacht scheint mir angenommen werden zu können, daß wenigstens für den letztern Fall statt fand, was späterhin über bona materna und materni generis verordnet wurde.

Eine vierte Veränderung gehört den Imperatoren Theodosius und Valentinianus an. Fünf Constitutio-

und vorzugsweise in so fern als der Satz res succedit in locum pretii et pretium in locum rei dabey zur Anwendung kommt. Hieraus wird das oben S. 21 Gesagte erst völliges Licht erhalten können.

nen im Codex (*Cod. VI, 61, const. 1 — 6.*) haben es damit zu thun.

Zuerst wird das väterliche jus adquirendi für diejenigen Gegenstände ganz aufgehoben, welche das Hauskind durch Schenkung oder Testament des verstorbenen Gatten überkommen hat (const. 1.). Nur muß das Ueberlassene aus dem eigenthümlichen Vermögen des verstorbenen Ehegatten herrühren, denn zurückvermachte dos oder donatio propter nuptias fallen wieder an den Geber zurück „prospiciendum enim est, ne hac injecta familiae parentum circa liberos munificentia retardetur" (const. 2). Eine Ausnahme soll statt finden, wenn Kinder da sind, wo die dos und donatio ante nuptias an sie jure hereditario, und nicht an den Vater jure peculii zurückfallen soll (*const. 3.*).

Hiernächst wird (*const. 4.*) verordnet, daß das, was in Grundlage der vorigen Constitutionen an die in väterlicher Gewalt stehenden Kinder kommt, denselben mit vollem Eigenthumsrecht erworben werden, und dem Vater daran nur die Verwaltung, der Nießbrauch und ein höchstbeschränktes Dispositionsrecht zustehen soll. Und (*const. 5.*) endlich wird erklärt, daß die von Brautleuten gegen einander bewiesenen Freygebigkeiten mit Hinsicht auf die väterliche Gewalt nach gleichen Grundsätzen mit denen beurtheilt werden sollen, wodurch sich Ehegatten gegen einander ausgezeichnet haben.

Durch die fünfte und letzte von Justinian herrührende Veränderung ist das Erwerbungsrecht der väterlichen Gewalt so vernichtet worden, daß man es nach dem Justinianischen Recht fast gar nicht mehr unter die in der patria potestas enthaltenen Rechte aufführen kann.

Justinian sagt (*Cod. l. et t. c. const. 6.*), da schon früher viele Sachen quae extrinsecus ad filios veniunt, z. B. die bona materna und materni generis und die ex maritali lucro, von dem väterlichen Erwerbungsrecht ausgeschlossen

worden, so wolle er nun auch für das was den filiisfamilias ex aliis causis erworben würde, eine feste Bestimmung geben. Si quis (fährt er hierauf fort) itaque filiusfamilias vel patris sui vel avi, vel proavi in potestate constitutus, aliquid sibi acquisierit, non ex ejus substantia, cujus in potestate sit, sed ab aliis quibuscunque causis, quae ex liberalitate fortunae vel laboribus suis ad eum perveniant: eas suis parentibus non in plenum, sicut antea fuerat sancitum, sed usque ad usumfructum solum acquirat — — — dominium autem filiisfamilias inhaereat ad exemplum tam maternarum quam ex nuptialibus causis filiisfamilias acquisitarum rerum." — Ungestört läßt dabey Justinian das peculium profectitium und das peculium castrense in seinem ganzen Umfange, in Ansehung welcher er das bisher geltende Recht ausdrücklich bestätiget.

Klar ist für alle und jede Gegenstände, die der filiusfamilias nicht ex re patris erwirbt, das Erwerbungsrecht der patria potestas aufgehoben worden, in so fern es das Eigenthum gilt. Es besteht bloß noch hinsichtlich der Benutzung. In wie fern es da auch wegfallen kann, soll gleich hernach gezeigt werden.

Setzt man nun peculium profectitium und adventitium einander entgegen, so würde das erstere zu beschränken seyn, auf das quod ex re patris proficiscitur; das letztere dagegen würde alles in sich begreifen quod extrinsecus venit, oder quod non ex re patris proficiscitur. Für das erstere würde die Regel anzunehmen seyn: es steht im väterlichen Eigenthum, Verwaltung und Benutzung gehört aber dem Sohne, es sey denn, daß es militiae sagatae causa gegeben worden, wo es nach den Regeln des castrensischen Peculiums betrachtet werden müßte. In Ansehung des letzteren würde aber die Regel feststehen: es gehört dem Eigenthum nach dem Kinde, der Verwaltung und dem Nießbrauche nach

aber

aber dem Vater, in so fern es wieder nicht mit Hinsicht auf militia sagata oder togata gegeben oder erworben worden, wo es wieder nach den Grundsätzen des castrensischen Peculiums beurtheilt wird, d. h. dem Eigenthume und Nießbrauche nach den Kindern angehört z).

§. 258.

Einzelne Parthieen der Peculienlehre dürften noch eine genauere Untersuchung verlangen. Wegen des peculii profecticii der Hauskinder ist alles so klar, daß eine weitere Erörterung wahrer Ueberfluß seyn würde. In dem sogenannten castrensischen Sondergut nach seinen beiden Branchen und dem adventizischen Peculium steckt aber noch das Eine und das Andere, das herausgehoben und näher beleuchtet zu werden verdient.

I. Schon oben Seite 283 ist bemerkt worden, daß das castrensische Peculium in seinem Begriff und Wesen allein durch die militia sagata und togata beschränkt sey. Von wem, was dazu gehört, kommt, scheint ganz gleichgültig zu seyn, ob von dem Vater und aus dessen Vermögen oder von Andern. Indeß verdienen doch die hieher gehörigen Gesetzstellen noch genauer erwogen zu werden; überall dürfte es nicht unverdienstlich seyn, sowohl die Prinzipien genauer zu bestimmen, von welchen die Lehre ausgeht, als die oft fälschlich zum castrensischen Peculium gerechneten Stücke von denen, welche wirklich dazu gehören, zu scheiden. Die heutige Anwendung der Römischen Dispositionen ist auch ein höchst wichtiger, nicht aus der Acht zu lassender Gegenstand.

z) Man vergleiche mit dem hier in der nöthigen Kürze Vorgetragenen die treffliche Abhandlung von Rau: *Historia juris civilis de peculiis.* Lipl. 1770.

1) Castrensisches Peculium. Die Grundprinzipien dieses Sonderguts sind: a) daß man wirklicher miles gewesen seyn muß [a]), b) etwas erhalten haben muß, entweder α) ad castrenses vel militares res comparandas, oder β) durch die militia erworben oder sich verdient haben, oder γ) die affectio castrensis den Grund der Erwerbung abgegeben hat, oder endlich δ) nur irgend in der militia der nähere oder entferntere Grund der Erwerbung steckt. Man dürfte schwerlich finden, daß etwas zum castrensischen Peculium gezählt worden, wo nicht diese Gründe und Zwecke vorwalten. Wo es sich finden sollte, würde der Fall doch nur als ein außerordentlicher und keiner weitern Ausdehnung fähiger zu betrachten seyn.

Zuerst war wohl unstreitig nur castrensisches Peculium, was vermöge des Prinzips β dazu gehört. Erst später wurde das Prinzip α festgesetzt. Noch viel jünger ist das Prinzip γ, welchem ein höchst falsches, daß nämlich alles peculium castrense sey, was dem filiusfamilias als activem miles erwor-

a) Wer also nicht wirklicher miles war kann nach Römischem Recht kein peculium castrense haben. Es giebt also kein peculium castrense für die Regiments-Auditeure, Regiments-Quartiermeister, Regiments-Chirurgen u. s. f., kurz nicht für alle übrige Personen, die der Armee ins Feld folgen. Es kann hier nicht in Betracht kommen, daß solchen Personen, weil sie sich mit den Soldaten oft ganz in gleicher Gefahr und in gleichen Verhältnissen befinden, etwas von der Strenge des Rechts hinsichtlich der äußeren Form der Testamente nachgelassen worden ist, denn dadurch werden sie dem Soldaten noch keineswegs gleich gesetzt, am wenigsten auch wie er ein peculium castrense zu haben ermächtiget. Eher würde man noch ein solches für sie anzunehmen berechtigt seyn, wenn sie auch das militärische Privilegium der innern Testaments-Form hätten. Daß in unsern Tagen die gedachten Personen Uniform, sogar das Feldzeichen tragen, macht sie eben so wenig zu Soldaten, als die Kleidung überall keinen zu etwas machen kann, was er nicht schon von selbst ist.

ben worden, so daß alle Erbschaften, die ihm als militiam agenti anheim fielen, zu seinem castrensischen Peculium gerechnet wurden, Platz machte. Das falsche Prinzip scheint sonst selbst von oben herab unterstützt worden zu seyn: vielleicht hat dasselbe seine Entstehung dem Umstande zu danken, daß man in der einen oder der andern Periode der Aufmunterung zum Soldatenstande bedurfte [b]).

Zum castrensischen Peculium gehört demnach

a) Was dem filiusfamilias gegeben worden, ad res militares s. castrenses comparandas d. h. zu seiner Ausrüstung oder Feldequipage. Von wem es gegeben worden, ist ganz gleichgültig, von dem Vater, väterlichen Verwandten, der Mutter und mütterlichen Verwandten oder fremden Personen [c]).

b) Die Beute und die von dem Heerführer der Armee dem filiusfamilias als Belohnung der Tapferkeit gemachten Geschenke [d]).

c) Die Erbschaften, Schenkungen und Vermächtnisse, welche ihm von einem seiner Kriegscameraden oder einem Andern, der ihn im Felde liebgewann, zugeflossen sind. Dieß ist es eben, was die affectio castrensis begründet [e]).

d) Was ihm die Eltern, Verwandte und Fremde mitzunehmen erlaubt [f]) oder nachgeschickt haben, um

b) Deutlich erhellt das hier Gesagte aus *Digest. XLIX*, 17, *L.* 15.

c) *Digest. XLIX*, 17, *L.* 3. *Cod. XII*, 37, *const.* 1.

d) Wohl unstreitig das älteste peculium castrense, weil es in den Gesetzen mehr vorausgesetzt als namentlich berührt wird. Es steht übrigens unter der generellen Bestimmung von *Cod. XII*, 37, *const.* 1.

e) *Digest. XLIX*, 17, *L.* 5. — A *commilitone* vel *ab eo quem per militiam cognovit* — —.

f) *Digest. c. l. et t. L.* 4 *pr.*

ihn im Felde zu unterstützen, oder um ihm seine Lage desto bequemer zu machen, sey es Geld oder Geldeswerth g).

c) Was ihm namentlich zur Unterstützung in seinem Soldatendienst, durch Erbschaft, Vermächtniß oder auf andere Weise zugeflossen ist h).

Das ordentliche castrensische Peculium kann ausdrücklich auch stillschweigend entstehen, z. B. wenn der Vater es zuläßt, daß der filiusfamilias etwas aus dem väterlichen Hause mit ins Feld nehmen darf, als Pferde, Wagen, Geld u. s. f. Aber es ist allemal bedingt durch den Umstand, daß der filiusfamilias eben ins Feld ziehen will oder sich im Felde befindet. Bey der Eröffnung des Feldzugs oder während desselben gemachte Donationen haben allemal die Vermuthung für sich, daß sie hinsichtlich der militia gemacht worden, und treten daher ipso jure in das peculium castrense ein; nicht aber hinterher und nach beendigtem Feldzug gemachte Schenkungen i). Diese lassen sich nur alsdann zum castrensischen Sondergut rechnen, wenn sie mit ausdrücklicher Hinsicht auf

---

g) Arg. *Dig. c. l. et t. L.* 15 *pr.*

h) Durch diese Bestimmung läßt sich die Frage, ob Vermächtnisse und selbst Erbschaften zum peculium castrense gehören, am besten beantworten. Die Disposition „ut in castrensi peculio habeat" macht nach *Digest. XLIX*, 17, *L.* 8. etwas noch nicht zum peculium castrense. Ehedem mochte man wohl alle einem miles anheimgefallene Erbschaften dazu gerechnet haben.

i) *Dig. c. l. et t. L.* 15 *pr.* Pater militi filio reverso quod donat, castrensis peculii non facit, sed alterius peculii, perinde ac si filius nunquam militasset. Die Stelle ist eigentlich noch ein Ueberbleibsel der alten Lehre, nach welcher alles, was einem Hausohne, qui militabat, auch ohne nähere Bestimmung geschenkt oder verlassen wurde, schon von selbst Theil des castrensischen Sonderguts wurde.

die von dem filiusfamilias eingeerndteten Lorbeeren gemacht worden sind. Ein Gleiches ist der Fall mit Erbschaften und Vermächtnissen, die ihm hinterher zu Theil geworden sind.

Jetzt läßt sich erst der Begriff ganz übersehen, welcher *Digest. XLIX, 17, L. 11.* vom peculium castrense aufgestellt wird. Es heißt „Castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in *militia agenti donatum* est, vel quod ipse filiusfamilias in militia *adquisivit*, et quod *nisi militaret adquisiturus non fuisset.* Nam quod erat et *sine militia* adquisiturus id peculium ejus castrense non est." Daß bey dem ersten Satze die extranei ausgelassen sind, thut nichts zur Sache, indem sich die Begriffe meist nur an das Gewöhnliche anschließen: es erhellt doch aus andern Stellen deutlich genug, daß auch das von ihnen dem filiusfamilias zugewendete mit in das peculium castrense eintreten soll. Das „in militia adquisivit" bedeutet nach dem herkömmlichen juristischen Sprachgebrauch so viel als per militiam, d. h. als unmittelbare Folge des Soldatenhandwerks, und das „quod nisi militaret adquisiturus non fuisset" geht ganz klar auf alle Erwerbungen, wozu die militia die nähere oder entferntere Ursache gegeben hat. In Absicht der Beerbung eines Commilitonen ist die Stelle *Dig. l. et t. cit. L. 19.* „De hereditate ab adgnato commilitone data Scaevola noster dubitabat, quia et potuit ante notus et amicus dare: potuit et non dare *nisi commilitium caritatem auxisset.* Nobis ita videtur, si *ante commilitium* factum sit testamentum, non esse peculii castrensis eam hereditatem, si *postea* contra" besonders merkwürdig. Es ist im voraus zu bemerken, daß von einem adgnatischen Kriegscameraden, nicht von einem fremden die Rede ist. Hat der adgnatische Kriegscamerad den filiusfamilias miles erst post commilitium zum Erben eingesetzt, so gehört die Erbschaft allemal zum castrensischen Peculium, denn es wird immer

angenommen, die Einsetzung sey mit besonderer Berücksichtigung der Cameradschaft geschehen. Noch mehr muß aber diese Vermuthung bey der von einem ganz Fremden, mit welchem der filiusfamilias zusammen gedient hat, geschehenen Institution angenommen werden. Das Gesetz desiderirt nicht gerade den Beweis einer sehr genauen Bekanntschaft unter den Kriegscameraden: indeß scheint es doch, daß sie sich einander nicht ganz fremd geblieben seyn müssen. Alles dürfte wohl auf folgende zu fassende Gesichtspuncte ankommen: 1) die Kriegscameraden hatten mit einander Umgang. Hier wird allemal angenommen, die post commilitium geschehene Institution sey mit Berücksichtigung der militia und der Cameradschaft geschehen. 2) Sie hatten ihn nicht. Für diesen Fall kann man bey der von einem Verwandten geschehenen Institution wohl eher andere Rücksichten als bey der von einem Fremden geschehenen annehmen, indeß da die Erfahrung lehrt, wie sehr das gemeinschaftliche Kriegshandwerk anzieht, so dürfte in zweifelhaften Fällen, und wenn kein anderer Grund der Institution erhellt, eher für als gegen das peculium castrense zu argumentiren seyn *k*).

Das „quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset" giebt eine scharfe Bestimmung darüber an die Hand, was man zum peculium castrense rechnen und nicht rechnen darf. Eine Erbschaft, welche mit ausdrücklicher Berücksichtigung des Soldatendienstes, welchen der filiusfamilias noch wirklich leistet, oder geleistet hat, hinterlassen wird, gehört ganz unstreitig zu seinem castrensischen Peculium. Ein Gleiches ist der Fall mit allen andern Zuwendungen, die ausdrücklich

k) Man vergleiche mit diesen Ansichten *Alciati Dispunct. IV*, 17. *Corasii Miscellan.* II, 4. *Cujacii Observat.* X, 16. — Was von den Kriegscameraden hier gesagt worden ist, muß auch von jedem Andern gelten „quem filiusfamilias per militiam cognovit."

mit dieser Berücksichtigung geschehen. Was ihm aber sonst, wenn gleich in ipsa militia anheimfällt, sobald nicht die militia die wirkende Ursach des Anfalls ist, oder die Hinterlassung nicht mit ausdrücklicher Hinsicht auf die militia geschieht, kann nie zu seinem castrensischen Sondergut gerechnet werden.

Eine besondere Berücksichtigung verdient hier noch *Cod. XII, 37, const. 1.* „Peculio autem castrensi cedunt res mobiles, quae eunti in militiam a patre, vel a matre aliisque propinquis vel amicis donatae sunt: item quae in castris per occasionem militiae quaeruntur: in quibus sunt etiam hereditates eorum, qui non alias noti esse potuerunt, nisi per militiae occasionem, etiam si res immobiles in his erunt. Matris autem hereditas quamvis in militia delata sit, ad peculium castrense non pertinet. In castrensi vero peculio praedium donatum non esse constat, quamvis empta ex castrensi peculio praedia, ejus conditionis efficiantur." Mehreres, was in dieser Stelle vorkommt, bedarf keiner Erläuterung: oben ist bemerkt worden, daß mehrere Irregularitäten bey dem castrensischen Peculium sich eingeschlichen hatten, die hernach beseitigt wurden, und worauf hier angespielt wird, z. B. daß die mütterliche Erbschaft, welche dem filiofamilias in militia degenti anheimfiel, auch mit zum castrensischen Peculium gerechnet wurde: darauf wird hier angespielt, zugleich entschieden, daß sie nicht dazu gehören soll, versteht sich, wenn sie nicht ausdrücklich mit Hinsicht auf die militia ist hinterlassen worden, welcher Fall hier als bekannt verschwiegen wird. So ist auch klar, welche Erbschaften hier durch das „hereditates eorum qui non alias noti esse potuerunt, nisi per militiae occasionem" gemeint sind, nämlich die der Kriegscameraden. Aber der Punct bedarf allerdings Erläuterung, daß wenn auch sonst eine Zuwendung unstreitig zum castrensischen Sondergut ge-

hören würde, sie doch davon geschieden werden soll, wenn sie in Immobilien besteht. Ist das, muß man fragen, bloß von väterlichen oder auch von andern Zuwendungen zu verstehen, und warum werden denn, die Disposition des Gesetzes auch nur auf väterliche Zuwendungen beschränkt, Immobilien hier ausgenommen?

Daß der Imperator Alexander, dem das Rescript angehört, im Grunde nichts Neues entscheidet, sondern was schon früher feststand, hier nur wiederholt, ist mir wenigstens auch gar nicht zweifelhaft. Die Anfrage betraf verschiedene Gegenstände, worüber hier der Imperator zusammen entscheidet. Obgleich wir die Anfrage nicht mehr kennen, so erhellt doch aus der Antwort deutlich genug der Inhalt derselben. Zuerst wurde angefragt: was denn alles unter dem castrensischen Peculium begriffen sey, und ob auch namentlich die hereditas matris filiofamilias in militia degenti delata dazu gehöre *l*). Eine zweyte Frage ist: ob praedium donatum ins castrensische Peculium eintrete. Ueber beide Fragen entscheidet der Imperator. In Ansehung der ersten Frage nimmt er an, daß alle von dem Vater und von väterlichen sowohl als mütterlichen Verwandten dem filiusfamilias, versteht sich mit Hinsicht auf die militia gegebene res mobiles zum castrensischen Peculium gehören sollen, und daß gleichergestalt als solches betrachtet werden sollen die Erb-

l) Die Frage konnte noch immer aufgeworfen werden, weil das ältere Recht den Satz anerkannte: was dem filiofamilias in militia degenti anheimfällt, ist schon um dieses Heimfalls willen peculium castrense. Nachher ging man freylich von diesem Satze ab, allein es ist die Frage, ob sich die neue Lehre schon so fest gesetzt hatte, daß nicht mit Recht Zweifel dagegen erhoben werden konnten. Hier wird denn nun für sie definitiv und dahin entschieden, daß das, was nicht mit ausdrücklicher Hinsicht auf militia gegeben und verlassen worden ist, auch nicht als peculium castrense betrachtet werden kann.

schaften, welche auf den Grund soldatischer Cameradschaft, oder mit ausdrücklicher Berücksichtigung der militia hinterlassen worden sind, wobey die Bemerkung gemacht wird, daß hier nichts auf den Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien ankomme. In Ansehung der zweyten Frage wird generell erklärt, daß praedium donatum nicht unter dem peculio castrensi begriffen seyn soll, wenn es auch sonst (denn das wird hier vorausgesetzt) dazu gehören müßte. Die generelle Entscheidung wird aber sehr natürlich wieder durch das Vorhergehende beschränkt, wenn nämlich das praedium nicht etwa zu einer hereditas gehört, die Theil des castrensischen Peculiums ist. Der Fall, von welchem die Rede ist, ist der, wo etwas titulo singulari an den filiusfamilias kam. Für diesen Fall kann kein praedium zum castrensischen Peculium gehören. Klar ist, daß nicht bloß von dem Falle die Rede seyn kann, wo es beneficio patris an ihn kam, sondern daß es gleichgültig ist, durch wessen Zuwendung er es erhielt. Der Imperator spricht generell aus:

> Ein praedium welches dem filiofamilias, wenn auch mit Berücksichtigung der militia zugewendet worden, kann doch nicht peculium castrense werden, es sey denn, daß es Theil einer militiae causa zugewandten Erbschaft wäre, wo es natürlich als Theil nach dem Rechte des Ganzen beurtheilt werden muß.

Was ist nun der Grund dieser Entscheidung, von welcher ich behauptet habe, daß sie nichts Neues enthalte, sondern sich auf jus antiquum gründe? Der kann es nicht seyn, daß das peculium castrense auf Sachen beschränkt sey, die der Soldat nur im Felde brauchen kann, denn sonst dürfte auch die hereditas des Kriegscameraden und überall die hereditas nicht zum peculium castrense gehören. Der kann es auch nicht seyn, daß peculium castrense sich von Alters

her nicht auf res immobiles erstreckt habe; denn sonst müßten auch die praedia, welche Theile der hereditas sind, die zum peculium castrense gehört, nicht dazu gehören können. Es bleibt eine Annahme übrig, nämlich die, daß das jus adquirendi der patria potestas nicht zu sehr durch das castrensische Peculium beschränkt werden soll. Oder wenn man den Satz auf das vom Vater empfangene (wozu ich aber keinen Grund einsehe) beschränken will, daß die übrigen Kinder dabey nicht zu sehr verkürzt werden sollen, weil peculium castrense nicht conferirt wird.

Der Römische Militairdienst war in der Rücksicht, worauf es hier allein ankommt, unter den Imperatoren nicht von dem unsrigen verschieden. Es gab stehende Heere, geringen Sold, und Direction zum Nichtsthun und zur Faullenzerey wie bey uns, wovon Schulden die natürliche Folge sind.

Man konnte also auch schon bey den Römern fragen: Gehört, was der Vater dem Sohne zu seiner Unterstützung beym Militairdienst fortdauernd gab, oder wenn er ihm etwas, rücksichtlich seines Standes, schenkte, zu dessen peculium castrense? Ich glaube die Frage ist unbedenklich zu bejahen [m]).

---

m) Wenn man in der Lehre vom castrensischen Peculium nicht irren will, so muß man durchaus die älteren und neueren Zeiten so unterscheiden. 1) Die ältere Zeit (wo es nämlich noch kein stehendes Heer gab) bedingte das peculium castrense durch temporairen activen Dienst, und wenn dieser zu Ende war, konnte auch mit Ausnahme dessen, was dem zurückgekehrten filiusfamilias zur Belohnung seiner Dienste gegeben wurde, kein peculium castrense mehr statt haben. 2) In der neueren Zeit (wo die Soldaten auch wohl beständig unter den Waffen waren) mußte sich natürlich auch das Wesen des peculii darnach verändern, und wurde es jetzt durch die Zeit bedingt, wo der filiusfamilias als Soldat überall diente. Während die-

Schwieriger dürfte eine andere, bloß auf heutige Verhältnisse sich beziehende Frage seyn, nämlich ob Lehngüter, welche der filiusfamilias durch den Vater oder durch Andere erhält, zu seinem peculium castrense gehören oder nicht.

Sind die Lehndienste keine Kriegsdienste, so läßt sich die Frage überall nicht aufwerfen. Sie ist daher allein auf feuda militaria zu beschränken. Bey ihrer Beantwortung kommt es allein darauf an, ob man annehme kann, die feuda seyen militiae causa zugewendet worden?

In so fern gesagt wird: die Lehne seyen Concessionen unter der Verbindlichkeit zu Kriegsdiensten und hätten zugleich zum Zweck, daß die Kriegsdienste aus den Auskünften derselben bestritten werden, scheint es wirklich ganz, als müßten sie zu dem militiae causa Gegebenen gerechnet werden. Auf eine Modification kann es hier doch nicht ankommen, sobald der Gesichtspunct im Ganzen bleibt. Eine eigene Schärfe gewinnt die Ansicht, wenn man davon ausgeht, daß die feuda zugleich die Stelle der Besoldungen vertreten: denn wer möchte wohl den Sold der Soldaten vom castrensischen Peculium ausnehmen wollen. Wirklich, wenn man auf die älteren Zeiten sieht, möchte ich auch nicht wagen zu bestreiten, daß die Lehne zum castrensischen Peculium gehöre: hinsichtlich der neueren und gegenwärtigen Zeit aber getraue ich mich, ihnen diese Eigenschaft um so mehr abzusprechen, als die ganze Umschaffung des Lehnwesens, insbesondere aber die Umwandelung der Naturaldienste in Geld die feuda so weit von dem peculio castrensi entfernt hat,

---

ser ganzen Zeit konnte er etwas als peculium castrense erwerben. Natürlich muß ich hier die Theorie im Geiste der neuern Zeit entwickeln.

daß man ohne die offenbarsten Ungereimtheiten zu begehen, sie nicht mehr dazu zu rechnen vermag [n]).

2) Quasi-castrensisches Peculium. Für dasselbe finden sich nicht so deutliche Stellen in den Gesetzen als für das castrensische; da es indeß diesem nachgebildet worden ist, so läßt sich das Fehlende leicht ergänzen.

Vor allen Dingen ist jedoch zu bemerken, daß es *Inst. II, 11, §. 6.* heißt „Sciendum tamen est, quod cum ad exemplum castrensis peculii tam anteriores leges quam principales constitutiones *quibusdam* quasi castrensia dederunt peculia, et horum *quibusdam* permissum erat, etiam in potestate degentibus testari, quod nostra constitutio latius extendens permisit omnibus in hujusmodi peculiis testari quidem, sed jure communi etc. In dieser Stelle wird eine sehr wichtige doppelte Verschiedenheit zwischen dem castrensischen und quasi-castrensischen Sondergut angedeutet. Die erste ist, daß nur Einige ein quasi-castrensisches Peculium haben können, nicht aber alle. Die militia togata berechtigt also keinesweges so generell zum Haben des castrensischen Peculiums als die militia sagata. Die zweyte ist, daß die Inhaber des quasi-castrensischen Peculiums darüber nicht der privilegirten Testamentifaction, wie die Soldaten genießen [o]). Es ist also ein durchaus unrichtiges Verfahren, wenn man wie z. B. Westenberg [p]) das peculium quasi castrense als ein solches definirt „quod filiusfamilias acquirit occasione militiae togatae, und nun die Stellen als

---

n) Es hängt davon zugleich eine sehr wichtige Frage ab, nämlich, ob Lehngüter conferirt werden müssen, wovon ich an seinem Orte reden werde.

o) Wir haben hier wieder einen Beweis für die Behauptung, daß die Institutionen als Directorium der Justinianischen Gesetzgebung betrachtet werden müssen.

p) *Princ. jur. civil.* tit. de pecul. §. 16.

Beyspiele anführt, in welchen eines solchen peculii als vorhanden gedacht wird. Das peculium quasi castrense muß vielmehr als Sondergut dargestellt werden, welches vermöge eines gesetzlichen Privilegiums gewissen Ständen oder Personen mit Hinsicht auf militia togata zusteht, und müssen nun die privilegirten nicht bloß genannt, sondern es muß auch die Natur und Wesenheit dieses Peculiums noch genauer bestimmt werden. Ueberall dürfte die Analogie vom castrensischen Sondergut hier nur mit großer Behutsamkeit zur Anwendung kommen, denn wenn auch das peculium quasi castrense nach dessen Beyspiel eingeführt worden ist, so hat es doch nicht wie jenes die Allgemeinheit erhalten.

a) Haben die palatini ohne Unterschied nach *Cod. XII, 31, const. un.* das beneficium peculii quasi castrensis. Es heißt „Omnes palatinos, quos edicti nostri jam dudum privilegia superfundunt, rem si quam, dum in palatio nostro morantur, vel parsimonia propria quaesierint, vel donis nostris fuerint consecuti, ut *castrense* peculium habere praecipimus. Quid enim tam ex castris est, quam quod nobis conscüs ac prope sub conspectibus nostris aquiritur? Sed nec alieni sunt a pulvere et labore castrorum, qui signa nostra comitantur, qui praesto sunt semper actibus: quos intentos et eruditos studiis, itinerum prolixitas et expeditionum difficultas exercet. Ideoque palatini nostri, qui privilegiis edicti uti potuerunt, peculia sua praecipua retineant, quae dum in palatio nostro constituta sunt, aut labore (ut dictum est) proprio, aut donatione nostra quaesierint." — Die palatini sind hier unstreitig alle beym kaiserlichen Hofe unmittelbar engagirte Beamte, mag ihr Amt auf Staatsgeschäfte oder Verrichtungen bey der Person des Imperators und seiner Familie gehen. Man sieht klar, daß das Privilegium ihnen bloß in der Qualität als Pallastdiener gegeben worden ist, und weil sie dem Imperator für alle

Fälle und Verfügungen zu Gebot stehen müssen. Bey einer heutigen Anwendung der Lehre würde man unstreitig nicht bloß die ganze Hofdienerschaft, sondern auch die Cabinetsräthe, die Minister, ihre Büreaubedienten, und die Staatsräthe zu den Palatinen zählen müssen. Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen höhern und niedern Palatinen, folglich dürfen auch wir nicht unterscheiden, um so weniger als der Grund bey beiden völlig gleich ist. Das Peculium der Palatinen begreift in sich 1) was sie sich von ihren Einkünften ersparen. 2) Was ihnen von dem Princeps geschenkt worden ist. Was sie sonst noch erwerben, gehört nicht hieher, sondern ist der allgemeinen Regel unterworfen.

b) Ist auch den praefectianis ein peculium quasi castrense gestattet worden. *Cod. XII, 37, const. 6.* verfügt darüber Folgendes: „Jus castrensis peculii tam *scriniarios* quam *exceptores*, *caeterosque* qui in *officii tui culminis merendi licentiam habere noscuntur*, ac si in *legione prima adjutrice* nostrae reipublicae militent, inviolatum habere praecipimus." Die praefectiani (der Titel des Codex ist überschrieben: de castrensi peculio militum et praefectianorum) begreifen alle im Büreau der praefecti (sowohl der praef. praet. als urbi und magistr. milit.) angestellte Beamte in sich, und es ist klar, daß das Privilegium der Palatinen nur darauf ausgedehnt worden ist. — Daß die Büreau-Beamten der Vicarii, Rectores etc. auch das Privilegium des quasi-castrensischen Peculiums haben sollen, davon steht nichts in den Gesetzen; es kann ihnen solches auch wohl um so weniger zugestanden werden, als sich alles hier auf ein Privilegium gründet, und die Privilegien um so strenger zu erklären sind, wenn sie in einem jure singulari ihren Grund haben.

c) Nach *Cod. I, 51, const. 7.* „velut castrense peculium filiifamilias *adsessores* etiam post patris obitum vindicent, qui consiliis propriis administratores juvare

consueverunt, si quid *licitis honestisque lucris* coadunare potuerint" haben auch die adsessores — nicht die domestici und cancellarii — ein peculium quasi castrense. Obgleich die Ueberschrift des Titels des Codex nur von den adsessoribus judicum spricht, so geht doch aus dem Inhalt selbst hervor, daß sowohl die Beysitzer der Justiz- als Verwaltungs-Behörden gemeint sind. Bekanntlich gab es auch bis in die spätesten Zeiten keine solche collegialische Einrichtung bey den Römern wie bey uns: die Justiz sowohl als die Verwaltung wurde durch Einzelne besorgt, aber gescheute und kenntnißvolle Männer konnten als Beysitzer zugezogen werden und mußten zugezogen werden. So bildete sich das officium adsessorum sowohl bey den magistratibus majoribus als minoribus, das man in so fern auch wohl eher munus nennen kann, als der Magistratus diejenigen, von welchen er die meiste Belehrung erwartete, zum Beysitzen auffordern konnte. Daß die Stelle eines Beysitzers nicht ohne Einkünfte war, erhellt wohl schon deutlich genug aus *Cod. c. l. et tit. const. 14*, worin verboten wird, Sachwald und Beysitzer zusammen zu seyn: indeß bestanden die Einkünfte eines solchen Beysitzers wohl mehr in Sportuln als in wirklichem Gehalt, auch war ihnen wohl nicht untersagt, etwas von der Parthey für die Beschleunigung ihrer Angelegenheit zu nehmen. Dieß zusammen mag seyn, was durch die „licita honestaque lucra" angedeutet wird. Aber dieß Gesetz enthält eine merkwürdige Disposition über dieß peculium q. castr. in den Worten „post patris obitum vindicent." Also frägt man billig: Konnten die filiifamilias assessores den Verdienst nur bey der Erbfolge aus dem väterlichen Vermögen vorweg nehmen, wenn sie mit ihren Geschwistern zusammen erbten, und brauchten ihn nicht zu conferiren, oder konnten ihn aus der väterlichen Erbschaft vindiciren, wenn sie von dem Vater rechtmäßig von der Erbschaft waren ausgeschlossen worden?

Aber bey Lebzeiten des Vaters hatten sie daran nicht die Rechte wie an einem quasi-castrensischen Peculium? Ich würde geradehin gestehen, die Frage nicht beantworten zu können, wenn das Gesetz mehr als ein Rescript wäre. So glaube ich, sie muß verneint und müssen den filiisfamilias adlessoribus eben die Rechte an diesen Emolumenten zugesprochen werden, welche Andere hatten, denen die Gesetze ein peculium quasi castrense zugebilligt haben. Denn wir kennen die Anfrage nicht: vielleicht bezog sich solche auf den Fall, wo der filiusfamilias adlessor dem paterfamilias das peculium quasi castrense hingegeben hatte, und solches bey dessen Ableben in seinem Vermögen steckte, und ist es nicht glaublich, daß bey dem sauren Amte der adsessorum ihr Peculium weniger Rechte gehabt haben sollte als das Peculium anderer Privilegirten.

Auf die domestici und cancellarii judicum läßt sich das Privilegium des quasi-castrensischen Sonderguts nicht ausdehnen, obgleich die Ueberschrift des Titels des Codex auch von ihnen spricht, denn ihrer wird nur in anderer Hinsicht in diesen Titel gedacht, auch können sie den adsessoribus in keiner Hinsicht gleich gestellt werden.

f) Die Advocati werden *Cod. II, 7, const. 14.* in pomphaftem Styl nicht bloß mit den Soldaten ganz verglichen, sondern es wird ihnen auch *Cod. cit. l. et t., const. 8.* ausdrücklich das jus peculii quasi castrensis ertheilt, welches ihren gesammten Erwerb durch die Advocatur, nichts ausgeschlossen, in sich begreift. Ob das Privilegium auch denen zu statten kam, welche bloß de jure respondirten — nicht eigentlich advocirten — möchte gefragt werden. Ich glaube meine guten Gründe zu haben daran zu zweifeln. Denn die durchgängige Vergleichung mit den militibus, worauf sich das Privelegium gründet, paßt eines Theils auf sie durchaus nicht, andern Theils hatte in der Zeit, in welche das

das Privilegium fällt, auch schon das „de jure respondere" alles Ansehen verloren, und kam daher bey dem Gesetzgeber so wenig wie bey dem Richter in Betracht. Die Gutachten der Juristen standen derzeit etwa in dem Ansehen, wie bey uns die Privatgutachten der Facultäten und Schöppenstühle.

Es entsteht die wichtige Frage: dürfen wir das quasi-castrensische Peculium der Advocaten so ganz dem castrensischen gleich stellen, daß wir es in seinem Umfange auch analogisch nach dem letzteren zu beurtheilen vermöchten. Dann würde es nicht bloß den durch die Advocatur gemachten Erwerb in sich begreifen: es würde auch darin enthalten seyn, was dem filiusfamilias mit Hinsicht auf seine militia togata geschenkt und hinterlassen worden: die von dem Mitadvocaten — Kriegscameraden — sogar dem Clienten q) ihm hinterlassene Erbschaft würde auch dazu gehören. Ich dächte doch, man setzte das Peculium der Advocaten dem castrensischen Peculium in allem gleich, denn wenn ein Gesetzgeber die Advocaten den militibus so gleich stellt als *Cod. II, 14, const. 4.* geschehen ist, so berechtigt er wohl zu dieser Nachahmung r).

q) Der Client dürfte doch wohl unstreitig zu denjenigen gehören quos „per militiam cognovit" besonders wenn er eine scharfe Liquidation bezahlen müssen.

r) Damit man nicht glaube, ich übertreibe, mag das Gesetz hier zugleich ganz stehen: „Advocati qui dirimunt ambigua fata (nicht facta wie Haloander und Andere wollen) causarum, suaeque defensionis viribus in rebus saepe publicis ac privatis lapsa erigunt, fatigata reparant, non minus provident humano generi, quam si praeliis atque vulneribus patriam parentesque salvarent. Nec enim solos nostro imperio militare credimus illos, qui gladiis, clypeis et thoracibus nituntur, sed etiam advocatos: militant namque causarum patroni, qui gloriosae vocis confisi munimine, laborantium spem, vitam ac posteros defendunt." Entweder die Römischen Advocaten müssen andere

g) Das quasi-castrensische Peculium aller und jeder besoldeten Staatsdiener sowohl der höheren als niederen und ohne Unterschied, ob sie zum Civil- oder Militair-Stande gehören, wovon *Cod. III, 28, const. ult.* spricht, ist unstreitig eins der ältesten quasi-castrensischen Peculien. Absichtlich wird es darum zuletzt hier genommen um die wahrscheinliche Zeitfolge des quasi-castrensischen Peculiums desto besser darstellen zu können. Ich denke mir nämlich, obgleich ich die Beweise nicht beyzubringen vermag, die Sache so. Zuerst erhielten die Advocaten das Privilegium des quasi-castrensischen Sonderguts beschränkt auf ihren Erwerb. Späterhin wurde dieß Peculium dem castrensischen hinsichtlich seines Umfangs gleich gestellt. Die Conjectur wird sehr leicht durch das Ansehen unterstützt, in welchem das Amt eines Rechtsbeystandes von jeher bey den Römern stand. Dann folgt das Peculium der Palatinen, welches, da es sich generell auf den Dienst am Kaiserlichen Hofe bezog, Besoldete sowohl als Unbesoldete angieng. Es würde arg gewesen seyn, wenn man sogar den Emolumentarien am Kaiserlichen Hofe ein quasi-castrensisches Peculium hätte einräumen wollen, und nicht den besoldeten Staatsbeamten, die aber auf den Kaiserlichen Hof keine Beziehung hatten: den praefectis praetorio, urbi etc. stand es schon von selbst als zufälligen Mitgliedern des Ministerii zu. Man räumte daher allen besoldeten Staatsbeamten ohne Unterschied das Privilegium des quasi-castrensischen Peculiums ein. Nothwendig schien es, den praefectianis auch das Privilegium zu gestatten, weil

---

Menschen als die unsrigen gewesen seyn, oder die Imperatoren Leo und Anthemius, von welchen das Gesetz ist, schwärmten ein bischen, oder sie stammten selbst von Advocaten ab. Am besten würde sich die Schilderung für einen unserer kleinen Souveraine ausnehmen, wenn von einem Landesadvocaten die Rede ist, dessen Patrocinium gegen den Fiscus aufgefordert wird.

man sie doch nicht schlechter setzen durfte als die Emolumentarische Classe der Palatinen: weiter wollte man aber auch nicht gehen: die vicariani etc. blieben daher ohne Peculium. Aber die adsessores bedurften nothwendig eins zu ihrer Aufmunterung. Man werfe dieser Darstellung, die ich für nichts mehr als eine bloße Conjectur ausgebe, ja keinen Anachronismus vor. In einem bloßen Kaiserlichen Rescript kann ja einer Sache gedacht werden, die viel früher existirte: um mir einen Anachronismus nachzuweisen, müßte man mir zugleich die Constitutionen vorlegen, wodurch die Peculien nach einander gestiftet wurden s).

Das Peculium der mit Besoldung Angestellten begriff bloß die Ersparnisse von der Besoldung, und von den Emolumenten in sich, welche außer dem noch das Amt abwarf. Erwerbungen wozu das officium bloß Veranlassung gab, gehörten nicht hieher, wenn dasselbe auch als conditio sine qua non zu betrachten gewesen wäre.

Ueberall darf, wie aus dem Vorstehenden erhellt, der Umfang des quasi-castrensischen Sonderguts nicht nach einer Regel wie das castrensische bestimmt werden. Es ist vielmehr darauf allein zu sehen, was die Gesetze einer jeden Gattung desselben besonders zugelegt haben. Das Peculium der Advocaten kann als das einzige betrachtet werden, was ganz nach der Analogie des castrensischen Peculiums zu beurtheilen ist.

Es frägt sich: hatten denn Gelehrte, Künstler u. s. f. bey den Römern kein peculium quasi castrense, und berechtigte nicht überall eine gewisse Kunst oder Geschicklichkeit, das

s) Ich bitte mit dieser Darstellung die sehr davon verschiedene von *Valckenaer* (pr. *Bar. Voorda*) Diss. *de peculio quasi castrensi veteribus Jureconsultis incognito, ejusque vera origine.* Lugdun. Bat. 1780 zu vergleichen.

was man dadurch erwarb, als Peculium zu besitzen? Ich finde darüber nirgends etwas. Und da nach *Cod. II, 28, const. ult.* nicht die militia togata überhaupt, sondern ein in der militia togata verliehenes besonderes Privilegium den Grund des quasi-castrensischen Sonderguts abgiebt, das um so weniger ausdehnbar ist, als es auf einem jure singulari beruht, so sehe ich auch nicht ein, wie man es anfangen wollte ein peculium quasi castrense für alle Gelehrte, Künstler ꝛc. hinsichtlich ihres durch ihre Kenntnisse gemachten Erwerbes zu schaffen. Zwar wird bekanntlich von den meisten unserer Juristen das peculium quasi castrense auch auf sie ausgedehnt, es fehlt auch nicht an Behauptungen wie diese: daß alles was der Vater dem Sohne gebe, um sich in Wissenschaften und Künsten auszubilden und zu vervollkommnen, desgleichen Promotions- und Reise-Kosten zu dessen quasi-castrensischen Peculium gehöre, und daß was der filiusfamilias durch den Unterricht, und das Treiben einer Kunst verdiene, unstreitiges, quasi-castrensisches Peculium desselben sey; aber allen diesen Lehrsätzen fehlt es durchaus an gesetzlicher Unterstützung. Den Aerzten möchte man noch am ersten das Privilegium gewähren, wenn diese bey den Römern in dem Credit gestanden hätten, in welchem sie bey uns stehen.

Indeß bleibt noch immer die Frage, ob bey den Römern nicht manches, was es wirklich nicht war, als quasi-castrensisches Peculium ist angesehen worden, um es von der Collation zu befreyen, z. B. was der Vater dem Haussohne mit Hinsicht auf dessen wissenschaftliche Ausbildung gegeben hatte. Fast scheint es so, indeß ist zu bedenken, daß bekanntlich alle natürliche und bürgerliche Alimente von der Collation befreyet sind, und daher eben so gut dieser Gesichtspunct als der des quasi-castrensischen Sonderguts ge-

faßt worden seyn kann *). Ich würde daher rathen, streng bey den gesetzlichen Bestimmungen stehen zu bleiben.

Zwischen dem castrensischen und quasi-castrensischen Sondergut ist hinsichtlich der rechtlichen Verhältnisse selbst durchaus kein Unterschied. Nur hinsichtlich der testamentarischen Disposition darüber findet sich der filiusfamilias non miles mehr genirt als der filiusfamilias miles, indem der erstere nur jure communi, der letztere aber auch jure singulari darüber testiren kann. Das Recht des filiusfamilias non miles über das peculium quasi castrense zu testiren, scheint jedoch vor Justinian sehr zweifelhaft gewesen, und erst von ihm *Cod. III, 28, const. ult.* förmlich sanctionirt worden zu seyn. Noch ist diese Constitution nicht so beachtet worden, als sie beachtet zu werden verdient. Der Imperator stellt zwar den Grundsatz auf, daß über das peculium quasi castrense nur jure communi testirt werden könne, aber er beschränkt sichtbar gegen das Ende der Constitution den Satz nur auf die äußere Testamentsform: hinsichtlich der innern giebt er dem filiusfamilias non miles gleiche

*) Die Verwirrung scheint bey den Römern im Ganzen eben so groß gewesen zu seyn als bey uns, was sich freylich alsdann erst zeigen würde, wenn wir die Römische juristische Literatur besser kenneten. Die Compilatoren der Pandecten scheinen doch immer noch die richtigsten und besten Ansichten herausgehoben zu haben. Recht arg ist wirklich bey uns die Verwechselung der natürlichen und bürgerlichen Alimente und der elterlichen Beyhülfe mit dem peculium quasi castrense. Wie ist es vernünftiger Weise nur denkbar die Promotionskosten, die Unterstützung, welche ein filiusfamilias, der sich bey einem Justiz- oder Verwaltungs Collegium engagirt hat, oder wohl gar den sogenannten Studenten-Wechsel zum peculium quasi castrense zu machen. Ich habe selbst einmal über den Fall entschieden, wo ein sterbender Student über den eben angekommenen Wechsel zu Gunsten eines Commilitonen testirt und ein Illustris Jureconsultorum ordo das Testament als de peculio quasi castrensi factum für gültig erklärt hatte.

Rechte mit dem filiusfamilias miles. Sein Testament soll nämlich ebenfalls nicht mit der querela inofficiosi testamenti angefochten werden können, weil diese überall bey Testamenten über das Peculium unzulässig sey. So folgt, daß hinsichtlich der innern Testamentsform der filiusfamilias non miles gleichfalls das jus testamentifactionis privilegiatae wie der filiusfamilias miles genießt.

§. 259.

II. Wenn mit Hinsicht auf das vorhin Gesagte in das sogenannte adventizische Sondergut schon nothwendig gar Vieles übergehen muß, was man bey einem weniger genauen Gange zum castrensischen oder quasi-castrensischen Sondergut rechnet, das peculium profectitium sich aber schon durch seine Bedingungen von selbst von demselben scharf scheidet, so möchte es überflüssig scheinen, die Grenzen des adventizischen Sonderguts noch genauer bestimmen zu wollen. Dennoch wird diese Bestimmung nicht nur nöthig, oben drein sind noch die eigenthümlichen Verhältnisse dieses Sonderguts zu beleuchten.

Das adventizische Sondergut begreift jede von dem filiusfamilias gemachte Erwerbung in sich, die 1) nicht ex re patris kommt, 2) nicht als peculium castrense oder quasi castrense betrachtet werden kann. Aber, höre ich fragen, wie steht es denn mit solchen Sachen, die dem Hausſohne contemplatione patris anheimfallen? Bekanntlich werden diese auch von sehr vielen Juristen Arg. *Digest. VII, 1, L. 21* und *22.* zum profectizischen Sondergut gerechnet.

Ich antworte, sie gehören ganz unstreitig zum adventizischen Peculium. Einmal darum, weil sich der Institutionen-Text (*Inst. II, 8, §. 1.*) bestimmt darüber erklärt. Zweytens, weil *Digest. VII, 1, L. 21* und *22.* auch gar nichts beweisen. Es heißt in diesen Gesetzen zwar, daß

wenn etwas dem servus, welcher sich in usufructu eines Andern befindet, geschenkt oder hinterlassen worden, hinsichtlich der Frage, wem es erworben werde, zu unterscheiden sey, ob es contemplatione usufructuarii oder proprietarii geschenkt oder hinterlassen worden, allein was folgt daraus für eine Anwendung auf den in Frage stehenden Gegenstand? Doch gar keine. Wenn das Gesetz deutlich sagt, nur das soll peculium profectitium seyn, quod *ex re* patris proficiscitur, so ist damit schon alles übrige ausgeschlossen, quod non ex re patris proficiscitur, besonders wenn man noch auf die Motive der gesetzlichen Entscheidung Rücksicht nimmt. Aber es ist nicht contemplatio patris allein, wenn dem Sohne etwas auf Geheiß des Vaters gegeben wird, z. B. er verbittet ein ihm angebotenes Geschenk, und verweist zugleich den Anbietenden damit an seinen Sohn. Denn, wenn man da auch nicht sagen kann, der Sohn habe etwas ex re patris empfangen, so ist es doch eben so gut, als wenn es ihm daraus zu Theil geworden wäre.

Ich übergehe hier bekannte Bestimmungen der Gesetze über das Adventizgut, so wie ich sie oben beym profectizischen castrensischen und quasi-castrensischen übergangen habe, und bemerke bloß zum Behuf des Folgenden, daß dem Haussohne daran zwar das Eigenthum, dem Vater aber in der Regel die Verwaltung und der Niesbrauch zusteht. Die Disposition über das Adventizgut während der väterlichen Gewalt, und die Irregularität desselben sind es, welche unsere Aufmerksamkeit noch beschäftigen müssen. Von der letzteren wird zuförderst gesprochen werden müssen. Man nennt bekanntlich das irregulaire Adventizgut auch das vollkommene (plenum) und setzt das Wesen desselben darin, daß es dem filiusfamilias sowohl der Proprietät als dem Niesbrauch nach angehöre. Schon früher, und ehe durch die oben erwähnte Justinianische Verordnung das Adventiz-

gut in seiner jetzigen Gestaltung sich bildete, mögen in Grundlage dieser Bestimmung Fälle vorgekommen seyn, wo, was jetzt irregulaires Adventizgut ist, schon von der allgemeinen Regel des väterlichen Erwerbungsrechts in so fern eine Ausnahme machte, daß der filiusfamilias es wenigstens benutzen konnte. Mit mehreren Spezies des gegenwärtigen irregulairen Adventizgutes scheint das ganz klar der Fall gewesen zu seyn: als sich das Adventizgut hernach constituirte, mußte sich die Irregularität schon von selbst finden, wenn man sich keiner Inconsequenz schuldig machen wollte. So scheinen mir die Anfänge des irregulairen Peculiums gewesen zu seyn: wie sich die Sache hernach weiter machte ist doch dunkel. Fragt es sich um die einzelnen Spezies des irregulairen adventizischen Sonderguts, so werden diese zum Theil verschieden angegeben: Westenberg a) zählt dahin sogar das legatum militiae causa relictum, was doch wie schon die bloße Ansicht der Stelle *Digest. IV, 4, L. 3, §. 7*, worauf er sich beruft, zeigt, zum castrensischen Peculium gehört. Bekümmern wir uns zuvor um die Prinzipien der Irregularität des Adventizguts, wodurch sich auch schon ein richtiger Begriff desselben von selbst bildet. Es werden dem Sohne anheimgefallene Sachen vorausgesetzt, die zum unstreitigen Adventizgut gehören, woran dem filiusfamilias nach dem neuern Recht das Eigenthum, dem Vater aber die Verwaltung und der Nießbrauch gehört. Die Irregularität macht sich in dem Augenblick, wo Abweichungen von der gesetzlichen Regel vorkommen, wo also dem Vater etwas von den ihm zuständigen Rechten entzogen, oder er nur in der Ausübung derselben beschränkt wird. Die Irregularität kann auf zweyerley Weise entstehen, einmal durch die Verfügung desjenigen, der dem filiusfamilias etwas schenkte oder hinterließ.

a) *Princ. Jur. Rom. s. ord. Pandect.* tit. *de pecul.* §. 22.

Zweytens durch den Willen des Gesetzes. Einen dritten Grund für die Irregularität des Adventizgutes giebt es nicht.

Man kann in Folge dieser Sätze eine dreyfache Gattung des irregulairen Adventizguts annehmen:

1) Irregulaires Adventizgut der Verwaltung nach [b]). Die Fälle, wo

a) derjenige, welcher dem Haussohne etwas schenkt oder im Testament hinterläßt, eine eigene Verwaltung des Geschenkten oder Hinterlassenen anordnet. Entzogen wird auch durch diese Anordnung zwar keinesweges dem paterfamilias der ihm zustehende Nießbrauch, aber das Recht der Verwaltung und Verfügung über das Adventizgut wird ihm doch durch eine solche Anwendung geraubt, welches die Irregularität des Adventizguts zur nothwendigen Folge hat.

b) Wo dem Vater wegen schlechter Verwaltung des Adventizguts solche unter obrigkeitlicher Autorität genommen wird. Des Falles ist zwar nirgends in den Gesetzen gedacht worden: er ist aber um so weniger einem Zweifel unterworfen, als dem Vater bey der Verwaltung des Adventizguts die höchste Redlichkeit und Ordnungsliebe eingeschärft wird, die so schon wegen der Bande des Bluts seine Pflicht ist.

---

b) Ausführlich darüber ist *G. H. Aldringen de bonis quae liberis in potestate patris constitutis extra militiam ita acquiruntur, ut pater usumfructum non habeat, et eorum administratione.* Aug. Trev. 1786.

2) Irregulaires Adventizgut der Verwaltung und dem Nießbrauch nach. Hieher gehören

a) vor allen Dingen die donata a principe, desgleichen ab Auguſta, nach *Cod. VI, 41, conſt. penult.* „Cum multa privilegia imperialibus donationibus jam praeſtita ſunt, dignum incrementum et his conferre noſtra dignata eſt clementia. Si quis igitur a ſereniſſimo principe vel a piiſſima Auguſta, ſive maſculus ſive foemina donationes ſit conſecutus vel conſecuta, ſive mobilium ſive immobilium, ſive ſe moventium rerum, filiusfamilias tamen conſtitutus vel conſtituta, habeat hujusmodi res omni acquiſitione abſolutas et *nemini eas acquirat*, neque earum uſumfructum pater vel avus vel proavus ſibi vindicet, ſed ad ſimilitudinem *caſtrenſis* peculii omnem facultatem in eas filii vel filiaefamilias habeant. Ut enim Imperialis fortuna omnes ſupereminet alias, ita oportet et principales liberalitates culmen habere praecipuum." Die Worte der Conſtitution „omnem facultatem" dieß, daß das Beyſpiel des caſtrenſiſchen Peculiums dabey gebraucht wird, und die Tirade über die Größe und Wichtigkeit der Imperialis fortuna, legen zuſammen klar an den Tag, daß der paterfamilias weder den Nießbrauch noch die Verwaltung von dieſer Gattung des Adventizgutes haben ſoll. Es darf aber das, was hier wegen der donata a principe und ab Auguſta verordnet wird, nicht ausgedehnt werden auf die Schenkungen von andern fürſtlichen Perſonen, wogegen es, wenn das Geſchenk nur von dem princeps oder

der Augusta herrührt, ganz gleichgültig bleibt, ob der Grund desselben Verdienst des filiusfamilias um den Staat, oder Verdienst um den princeps oder die Augusta, oder endlich bloße Affection des einen oder des andern ist.

Da es nach dem Gesetz ganz gleichgültig ist, worin die donata a principe bestehen, und wie das Geschenk beschaffen ist, so folgt, daß wenn der Landesherr einen filiusfamilias mit einer Sache beliehen hat, auch das Lehn zu dieser Art des irregulairen Adventizguts gehört, vorausgesetzt nur, daß die Belehnung nicht in Folge einer Schuldigkeit c), sondern aus bloßer Gnade geschehen ist.

b) Donationen und testamentarische Verlassungen, welchen ausdrücklich die Bedingung zugesetzt worden ist, daß der paterfamilias davon weder die Verwaltung noch den Nießbrauch haben soll, oder wo doch diese Bedingung in der Disposition des Verlassers liegt (Siehe unten 3, a). Denn so gut nach den Gesetzen dem Vater die Verwaltung oder der Nießbrauch entzogen werden kann, eben so gut kann ihn auch beides genommen werden.

c) Jeder Erwerb, den ein filiusfamilias clericus macht, sobald er nur nicht aus dem Vermögen des patrisfamilias herrührt. Die *Nov. 123, c. 19.* unterscheidet nicht, ob es Ersparniß von der Pfründe, oder ein anderer Erwerb ist.

c) Hieher würden die Fälle gehören, wo das Lehn ein feudum ex pacto et providentia majorum ist, oder das Lehn durch Kauf oder andere Titel verfassungsmäßig an den filiusfamilias gekommen ist.

d) Was in Grundlage einer fideicommissarischen Disposition der Vater hätte an den filiusfamilias abgeben sollen, aber dolose nicht abgegeben hat. *Digest. XXXVI, 1, L. 50.* heißt es: „dem Vater solle propter dolum jetzt die Restitution so zur Pflicht gemacht werden „ne quid in ea pecunia quamdiu filius viveret juris haberet, woraus wohl klar folgt, daß alle sonstige väterliche Rechte hier aufgehoben sind.

3) Irregulaires Adventizgut dem Nießbrauch nach. Oben an steht hier

a) was dem Sohne mit der ausdrücklichen Bedingung geschenkt oder hinterlassen worden ist, daß dem Vater daran kein Nießbrauch zuständig seyn soll, nach *Nov. 117, c. 1 pr.* Es wird vorausgesetzt, daß auch nicht die Verwaltung und Disposition ausdrücklich oder stillschweigend dem Vater entzogen ist, weil sonst der Fall zur zweyten Kategorie gehören würde. Die stillschweigende Entziehung ist alsdann anzunehmen, wenn der Schenker oder Testator seine Wohlthat von allem väterlichen Einfluß für frey erklärt hat. Sehr zu berücksichtigen ist aber noch, was die Novelle als Nebenverfügung enthält; und was zum Theil hieher, zum Theil aber auch zu 2, b gehört. Folgende Unterscheidung liegt nämlich in dem Geiste des Gesetzes. 1) Der Schenker oder Testator hat dem Vater nicht bloß den usufructus, sondern auch die administratio namentlich entzogen. Da versteht es sich von selbst, daß der Vater sich auf keinen Fall in die Verwaltung des Adventiz-

guts einmischen darf, und ist der filiusfamilias noch in dem Alter, daß er selbst seinem Vermögen nicht vorstehen kann, so muß die Obrigkeit einen Administrator bestellen, wenn der Schenker oder Erblasser nicht selbst dafür gesorgt hatte. 2) Der Schenker oder Testator hat dem paterfamilias nicht bloß den ususfructus, sondern auch, wie das Gesetz sich ausdrückt, „omne participium" — alle Theilnahme — untersagt. Hier administrirt nichts desto weniger der paterfamilias, wenn der Sohn noch in den Jahren steht, daß er selbst seinem Vermögen nicht vorstehen kann, und administrirt es so lange, bis der Sohn es selbst zu verwalten im Stande ist. Als Grund der Entscheidung scheint angenommen worden zu seyn, daß das Verbot der Einmischung oder Theilnahme nur bedingt verstanden werden muß, in so fern nämlich der filiusfamilias selbst administriren kann.

b) Soll der paterfamilias keinen Nießbrauch von dem haben, was der filiusfamilias aus der Erbschaft seines Bruders erhält, in welche er mit dem Vater gemeinschaftlich succedirt. Die *Nov. 118, c. 2.* bestimmt das mit so dürren Worten, daß kein Zweifel statt finden kann. Aber es fragt sich, läßt sich die Verordnung des Gesetzes auch ausdehnen 1) auf Vermächtnisse, die der Vater aus der Erbschaft des Sohnes an den filiusfamilias hat abgeben müssen? 2) Auf Fälle, wo der paterfamilias mit dem filiusfamilias einen Fremden gemeinschaftlich beerbt? Alles scheint doch auf die ratio anzukommen, warum die *Nov. 118, c. 2.* den väterlichen Nießbrauch an

dem Theil der brüderlichen Erbschaft verboten hat, welcher auf den filiusfamilias fiel, und ob vermöge derselben das Gesetz ausdehnend oder beschränkt erklärt werden muß. Die ratio kann doch keine andere seyn, als das der paterfamilias kein doppeltes Lucrum haben soll, also eine ratio aequitatis. Diese ratio findet aber bey andern Zusammenbeerbungen eben so gut statt, als bey der, welche die *Nov 118, c. 2.* voraussetzt. Man möchte daher unbedenklich für die ausdehnende Erklärung des Gesetzes stimmen. Man möchte annehmen, hier sey gerade der Fall, wovon *Digest. I, 3, L. 12.* spricht, wo es erlaubt sey „propter manifestam legis sententiam ad similia procedere, atque jus dicere." Eine besondere, und versteckte ratio kann doch nicht vorhanden seyn, denn die brüderliche Erbschaft kann hier wahrlich keine Ausnahme machen.

Dieser wirklich triftigen Gründe ungeachtet glaube ich denn doch, man müsse bey den Worten des Gesetzes stehen bleiben, weil es sich hier um eine exceptio a regula handelt, und solche Exceptionen strictissimae interpretationis sind. Aus eben diesem Grunde kann ich auch das Legat, welches der Vater aus der Erbschaft des Sohnes an den filiusfamilias hat bezahlen müssen, nicht von dem väterlichen Nießbrauch frey sprechen.

Man könnte sagen, bey einer solchen Gesetzerklärung müsse man auch den väterlichen usus-fructus passiren lassen, wenn der Sohn zugleich mit dem Vater den Bruder ex testamento be-

erbte, denn das Gesetz spreche bloß von dem Fall der Intestatsuccession. Das glaube ich auch allerdings, denn das Gesetz macht bloß für den Fall der Intestatsuccession und für diesen allein eine Ausnahme von der Regel [d]).

c) Ist auch der väterliche Nießbrauch an denjenigen Sachen aufgehoben, welche der filiusfamilias mit Widerspruch des Vaters erwirbt. Der Satz bedarf unstreitig noch nähere Bestimmung.

Cod. VI, 42, const. ult. ertheilt allerdings nicht nur dem filiusfamilias das Recht, eine ihm deferirte Erbschaft wider Willen des Vaters anzutreten, sondern sie hebt auch auf diesen Fall den Nießbrauch des Vaters ganz — nicht die Verwaltung desselben — auf. Es ist zugleich bestimmt worden, daß die von dem Sohne wider Willen des Vaters geschehene Erbschaftsantretung dem Vater im Mindesten nicht präjudiciren soll, so wie hinwider aus der von dem Vater Namens des Sohnes geschehenen aditio hereditatis dem letzteren kein Nachtheil erwächst. Sämmtliche Verfügungen des Gesetzes gehen nur auf die hereditates, nicht auch auf übrige Anfälle. Bloß am Schlusse des Gesetzes wird auch der legate, Fideicommisse, und anderer Erwerbungen titulo singulari gedacht, obgleich man das Gesagte auch sehr wohl auf andere Verfügungen beziehen kann, die das Gesetz auch noch enthält, z. B. wie weit das Verfügungs-

d) Der Meynung scheint auch Thibaut System des Pandect. Rechts Th. 1. §. 364. zu seyn.

recht des Vaters über das Adventizgut gehe. Man dürfte daher auf den Grund dieses Gesetzes allein nicht zu schließen berechtigt seyn: weil an einer wider Willen des Vaters angetretenen Erbschaft der väterliche Nießbrauch wegfällt, so fällt er auch bey andern wider dessen Willen gemachten Acquisitionen weg. Zur Strafe des Vaters kann doch nicht verordnet worden seyn, daß der Nießbrauch bey Erbschaften, die der Sohn wider seinen Willen erwirbt, wegfallen soll, denn der Vater konnte ja auch seine guten Gründe haben, die Einwilligung zu verweigern. Oder gilt die gesetzliche Bestimmung überhaupt nur von dem Fall, wo der Vater mala fide den Consens verweigert? Dieß kann nicht seyn, weil das Gesetz darüber ganz wegsieht, und allein den Gesichtspunct der Consensverweigerung faßt. Es würde auch im entgegengesetzten Fall immer erst eine Untersuchung nöthig seyn, die zu nichts Gutem führen könnte. Aber die gesetzliche Bestimmung dürfte hier doch mit denselben Augen angesehen werden müssen, womit sie oben von uns angesehen worden ist, nämlich als eine exceptio a regula, und die daher nicht auf andere Fälle ausgedehnt werden kann. Um sich consequent zu bleiben, würde man das schon annehmen müssen: die Consequenz aber ist es nicht allein, die hier in Betrachtung kommt, sondern was der Consequenz als nothwendige Bedingung zum Grunde liegt. Ich glaube daher, man kann den Satz, daß alles, was der Sohn wider Willen des Vaters erwirbt, von dem väterlichen Nießbrauche befreyet bleibe, nur aus dem Ge-

Gesichtspuncte des heutigen und practischen Rechts vertheidigen: nach dem Römischen Recht muß man ihn auf hereditates beschränken e).

d) Endlich muß auch der väterliche Nießbrauch an allen einem Hausſohne oder einer Haustochter zu dem Ende gemachten Schenkungen und Vermächtnissen wegfallen, um aus den Revenüen derselben gewisse ihnen gesetzte oder angedeutete Auflagen zu erfüllen; und gleicher Gestalt an allen Sachen, bey welchen nothwendig die Intention des Gebers angenommen werden muß, daß er nicht bloß das Eigenthum, sondern auch den ausschließenden Genuß dem Hauskinde zuwenden wollen. Der Fall kann nicht wohl mit unter die Kategorie von 3, a gestellt werden, der Zuwendungen auf gewöhnliche Weise und im gewöhnlichen Wege voraussetzt; daneben Erklärungen von Seiten des Gebers, durch welche das väterliche Nießbrauchsrecht entweder ausdrücklich ausgeschlossen wird, oder nach deren Inhalt es doch als ausgeschlossen betrachtet werden muß.

e) Man kann den Satz, daß alle mit Widerspruch des Vaters von dem Sohne erworbene Sachen zu dessen irregulairem Adventizgut gehören, wohl als communis et recepta opinio betrachten. Schon in den Zeiten der Glossatoren war sie gäng und gäbe. Die Hauptbedenklichkeit gegen die Richtigkeit des Satzes ist nur, daß ohne Bewilligung des Vaters der Sohn sich nicht in Rechtsgeschäfte, wodurch er sich obligirt, einlassen kann, es sey denn, daß ihm die Gesetze solches besonders gestattet hätten, wie doch nur hinsichtlich der aditio hereditatis geschehen ist, daß also für alle andern Fälle ein Erwerb überhaupt nicht von statten gehen kann, oder wenn ihn der Vater hinterher gut heißt, sich alles wieder in die gehörige Entstehungsart des peculii adventitii ordinarii einlenkt.

Ueber die erste Art dieser Zuwendungen ist durch den angegebenen Gesichtspunct schon alles im Klaren. Es dürfte sich nur fragen, ob nicht wenigstens in der Zwischenzeit und bis die Auflage erfüllt werden kann, der väterliche Nießbrauch eintrete, oder vielmehr die Revenüen zum Capital zu schlagen sind. Ich glaube, die Frage kann nur allein aus der Art und Weise der Auflage und den dabey vorwaltenden besonderen Umständen beurtheilt werden. Wäre z. B. dem filiusfamilias ein Capital hinterlassen worden, um aus den Revenüen desselben zu studieren, so würde unstreitig anzunehmen seyn, die Zinsen desselben müßten bis zu der Zeit, wo er sein Studium antreten kann, für ihn gesammlet und zurück gelegt werden. Das väterliche Nießbrauchsrecht dürfte hier auch nach Beendigung der Studienzeit nicht eintreten, weil ein Studium nie beendigt werden kann, und anzunehmen ist, daß die Absicht des Gebers gewesen, fortdauernd den filiusfamilias zu unterstützen. Anders würde sich die Sache verhalten, wenn bloß eine Summe Geldes zum Studiren legirt worden. Ich glaube nicht, daß dem Vater bis zu der Zeit, wo der Sohn sein Studium beginnt, die Benutzung des Capitals streitig gemacht werden kann.

Mehrere Schwierigkeiten hat die zweyte Art der Zuwendungen. Wenn, kann man fragen, ist anzunehmen, daß dem Hauskinde nicht bloß das Eigenthum, sondern auch der ausschließliche Genuß zugewendet worden. Wegen der Abweichung von der Regel, läßt sich

das doch nur alsdann annehmen, wenn es aus der Zuwendung nothwendig folgt, bey der Anwendung des Gegentheils also die Disposition mit sich selbst in Widerspruch kommen würde. Ich glaube durch alle sowohl einfache als remuneratorische Donationen, welche dem filiusfamilias geschehen sind, wird schon von selbst und ipso jure der väterliche Nießbrauch ausgeschlossen *f*).

Es finden sich bey den Rechtslehrern die unverantwortlichsten Verwechselungen des irregulairen Adventizguts mit Fällen, wo der Vater aus seinem Vermögen dem Hauskinde etwas einräumt, so daß der Nießbrauch diesem dadurch anheim fällt, oder nach gesetzlicher Vorschrift zur Strafe Güter des Vaters den Kindern so anheim fallen, daß nicht bloß Eigenthum, sondern auch Nutzungsrecht auf die Kinder übergeht *g*). Da hier nach den Grundbegriffen der Peculien überall kein Adventizgut angenommen werden kann, so läßt sich um so weniger ein irregulaires Adventizgut behaupten.

Es dürfte keine Frage seyn, daß ein peculium adventitium regulare mit Bewilligung des Vaters zum irregulairen werden kann, aber der Fall gehört überall nicht in die Kategorie des irregulairen Adventizguts, bey welchem allemal vorausgesetzt wird, daß die Gesetze ein Adventizgut zum

f) Aus dem hier angegebenen Standpuncte mag auch über die Frage geurtheilt werden, in wie fern das Pathengeld zum adventizischen Sondergut gehöre. Ohne die Prinzipien zu berichtigen, läßt sich über die Sache für und wider sprechen.

g) *Nov.* 134, c. 11. Was ex re patris kommt, kann kein peculium adventitium seyn, folglich auch dieses nicht. Sonst müßte ein Unterschied gemacht werden zwischen dem was freywillig, und was gezwungen ex re patris kommt.

irregulairen machen, oder es nach der Intention des Gebers als irregulaires betrachtet werden muß. Da überdieß nach *Cod. VI, 60, const. 6. §. 2*, wie Thibaut *h*) gründlich gezeigt hat, eine solche Bewilligung erst mit dem Ableben des Vaters convaleseirt, so kann auch schon deswegen der Fall nicht unter die Kategorie des irregulairen Adventizguts gebracht werden, weil es so zu betrachten ist, als wenn an den Gerechtsamen des Vaters bey dessen Lebzeiten nichts abgeändert worden wäre, indem der filiusfamilias durch die väterliche Cession nur den Besitz des Nießbrauchs factisch erhalten kann. Aus eben diesem Grunde kann ja auch, was der filiusfamilias durch die Einräumung eines profectizischen Sonderguts erwirbt, nicht als Adventizgut betrachtet werden, weil die Erwerbung bey Lebzeiten des Vaters auch immer nur etwas rein Factisches ist *i*).

§. 260.

Für das **Dispositionsrecht** über das **Adventizgut** ist oben noch eine genauere Beleuchtung in Anspruch genommen worden. Da die **Verwaltung** einer Sache von der **Disposition** darüber verschieden ist, so fragt es sich, wer hat diese. Der Vater kann sie wenigstens als solcher nicht haben, denn die Disposition über die Sache ist ein Recht des Eigenthümers; dem Vater steht aber an dem adventizischen Peculium kein Eigenthum zu. Aber auch in der Eigenschaft eines Verwalters fremder Sachen kann sie ihm nicht zustehen, denn die administratio schließt noch keine dispositio in sich, und es läßt sich nicht darthun, daß die väterliche

h) Versuche Th. 2. No. 12.

i) Aus eben diesem Grunde kann auch was in Folge des dem filiusfamilias von dem Vater eingeräumten Nießbrauchs des Adventizguts, von demselben erworben wird, nicht peculium adventitium werden.

Verwaltung mehrere Befugniß enthalte, als jede andere. — Dem Haussohne dagegen würde unstreitig die Disposition über das Adventizgut zustehen, in so fern der väterliche Ususfructus dadurch nicht beeinträchtigt wird, oder wenn dieser nicht vorhanden ist, eine völlig freye. Aber er befindet sich unter der väterlichen Gewalt, und kann als filiusfamilias ja überall nur über Güter und Sachen verfügen, die nicht bloß seinem privativen Eigenthum überlassen worden sind, sondern woran ihm auch namentlich und ausdrücklich das Dispositionsrecht zugestanden worden ist. Man muß sich eingestehen: das Peculium, woran dem filiusfamilias das Eigenthum zusteht, ist überall etwas Anomalisches und Unregelmäßiges, und scheint daher auch für das Dispositionsrecht eine solche Anomalie und Irregularität angenommen werden zu müssen, besonders wenn man auf *Inst. II, 12, pr.* Rücksicht nimmt, wo gesagt wird, das peculium castrense befinde sich im Eigenthum des Sohnes, obgleich sonst jure civili alle Peculien der Kinder sich so gut im Eigenthume der Hausväter befänden als die Peculien der Sclaven im Eigenthume der Herren ständen, „exceptis videlicet iis quae ex sacris constitutionibus et praecipue nostris propter diversas causas non adquiruntur. Jetzt heißt es weiter: praeter hos igitur qui castrense vel quasi castrense peculium habent, si quis alius filiisfamilias testamentum fecerit inutile est, licet suae potestatis factus decesserit. — Daß unter dem gebrauchten Ausdruck „quasi castrense" hier jedes andere nicht castrensische Sondergut begriffen wird, woran dem filiusfamilias das Eigenthum zusteht, also nicht bloß das eigentlich quasi-castrensische, sondern auch das adventizische Sondergut, scheint klar zu seyn. Wir dürften also zu schließen berechtigt seyn: wo dem filiusfamilias das Eigenthum über ein Peculium zusteht, da hat er auch volle Befugniß darüber als Hausvater zu disponiren, und thut es nichts zur Sache,

daß er in der väterlichen Gewalt steht, denn die väterliche Gewalt mußte ihn ja auch behindern Eigenthum zu haben, wenn die Gesetze hier nicht eine solche Uneigentlichkeit angeordnet hatten. Bekannt sind die verschiedenen Ansichten der Rechtslehrer, in welchen bald der Haussohn allein, bald aber auch mit Zuziehung des Hausvaters über das Adventizgut disponirend erscheint, bald aber auch nur alle Disposition von dem paterfamilias entweder als Tutor oder als Inhaber der patria potestas ausgeht, und dem filiusfamilias, wenn ihm auch die Verfügung unter den Lebendigen gestattet ist, die des Todes wegen doch entweder nie oder nur alsdann eingeräumt wird, wenn ausdrücklich war erklärt worden, dem Vater solle überall kein Recht an dem Adventizgute zustehen. Man dürfte sich schwerlich selbst wegen dieser Durchkreuzung der Vorstellungen und der allenthalben zur Unterstützung zusammen geholten Beweisstellen Rede und Antwort zu geben im Stande seyn. So z. B. schließt man aus *Dig. XXXIX, 6, L. 25*, der Hausfohn dürfe über das Adventizgut weder teniren noch etwas davon des Todes wegen verschenken. Auch der oben ausgeschriebene Institutionen-Text wird zur Unterstützung dieser Behauptung gebraucht. — Es ist wohl klar, daß hier Altes und Neues sich durch einander gemischt befindet: vielleicht dürfte die folgende auf Geschichte gegründete Theorie aus der Verlegenheit helfen.

Das *peculium castrense* war doch gewiß das erste wahre Sondergut der Hauskinder, in so fern man sich Peculium als ein eigenes von dem väterlichen getrenntes Vermögen denkt. Das profectizische Sondergut ist ein Ding, welches wie das peculium servile mehr dem Namen als der Sache nach als Sondergut erscheint. — Nach dem Beyspiel des castrensischen Peculiums wurde das quasi-castrensische eingeführt. Bey beiden wurde als Prinzip angenommen, daß der filiusfamilias hinsichtlich derselben als paterfamilias be-

trachtet werden sollte, d. h. daß es nicht bloß in seinem Eigenthume stehen, sondern er sich auch aller Rechte eines Hausvaters daran, folglich auch der Verfügung sowohl inter vivos als mortis causa zu erfreuen haben sollte. Ob man dieses Dispositionsrecht in ein besonderes hinsichtlich der militia ertheiltes Privilegium setzen möchte? Ich glaube nicht, denn wenn auch die militia sagata so etwas hätte veranlassen können, so war doch gewiß die militia togata zu unbedeutend, um eine solche Anomalie zu begründen [ii]). In der Natur des Peculiums selbst, nämlich darin, daß hier ein von dem Vermögen des Hausvaters abgesondertes Vermögen, ein von seinem Eigenthume abgesondertes Eigenthum auftrat, und in der Personification des Peculiums muß daher allein diese Dispositions-Befugniß des Haussohns gesetzt werden. Das Peculium soll ein von dem väterlichen Vermögen abgesondertes Vermögen seyn, in Hinsicht dessen der filiusfamilias als paterfamilias auftritt. Die natürliche Folge ist, daß er auch als paterfamilias darüber muß verfügen können und sowohl inter vivos als mortis causa, denn sonst würde er nur ein unvollkommnes Eigenthum haben, und als ein unvollkommener paterfamilias erscheinen.

Das Adventizgut als Product der späteren Gesetzgebung erscheint ganz auf denselben Fuß gebildet wie das castrensische und quasi-castrensische Sondergut. Dem filiusfamilias wird das Eigenthum davon beygelegt, er erscheint

ii) Das befreyete soldatische Testament und die Verfügung über das peculium castrense sind zwey durchaus verschiedene Dinge, die man um so weniger verwechseln muß, als von dem einen die militia, von dem andern das dominium der Grund ist. Daß man mich recht verstehe. Von dem castrensischen Peculium selbst ist zwar auch die militia der Grund, oder vielmehr es ist durch die militia bedingt, aber daraus folgt noch nicht, daß auch die militia der Grund der Dispositionsbefugniß darüber ist.

also in Ansehung desselben gleichfalls wie paterfamilias, denn ohne diese Voraussetzung läßt sich kein von dem väterlichen abgesondertes Eigenthum desselben denken. Folgen wir dem gesetzlichen Gange mit Vernachlässigung des doctrinellen, so bildet sich alles, sowohl das eigentliche quasi-castrensische als das adventizische Sondergut nach dem castrensischen: es erscheint auch unter dem Namen peculium quasi castrense und wird nur unter der Benennung Adventizgut davon geschieden, indem man von einem andern Gesichtspuncte — dem Ursprung des Peculiums nämlich — ausgeht. Die Eintheilung des Peculiums in Profectitium und Adventitium ist überall etwas Doctrinelles, der reinen gesetzlichen Ansicht Widerstrebendes. Alles was nach dem Beyspiel des castrensischen wahres Eigenthum des Hausſohnes wird, und in Ansehung dessen er als paterfamilias in Betracht kommt, macht das quasi-castrensische Sondergut in weiterer Bedeutung des Worts aus. Von dieser Ansicht gehen auch sonnenklar die Verfasser der Institutionen in der oben ausgeschriebenen Stelle aus, wenn sie sagen, der filiusfamilias soll nur über castrensisches und quasi castrensisches Peculium testiren können *k*). Sie konnten auch nicht anders sprechen, denn der filiusfamilias hatte ja an dem quasi-castrensischen Peculium, das Adventizgut eingeschlossen, dieselben Rechte, wie an dem castrensischen Peculium, und wenn dem Vater auch an dem Adventizgut der Regel nach der Nießbrauch zustand, so endigte doch dieser mit dem Tode des Hausſohnes so wie des Hausvaters. Was ist die Folge von alle dem? Keine an-

k) Man kann dieser so deutlichen Bestimmung die Stelle *Dig. XXXIX, 6, L. 25.* um so weniger entgegensetzen, als solche einmal aus einem Zeitalter ist, wo sich das peculium adventitium noch gar nicht ausgebildet hatte: hiernächst aber auch klar erhellt, daß von Verfügung über Sachen die Rede ist, woran der filiusfamilias kein Eigenthum hatte, sondern worüber er nur mit Zulassung des Vaters gebieten konnte.

dere als die, daß dem filiusfamilias an dem Adventizgut dieselben Rechte zustehen, wie an dem castrensischen und quasi-castrensischen, daß er darüber mortis causa unbedingt, inter vivos aber nur bedingt, nämlich in so fern dem väterlichen ususfructus und der damit cohärirenden Administration nicht geschadet wird, verfügen kann *l*). Vorzugsweise kommt es sehr natürlich darauf an, ob der filiusfamilias in den Jahren ist, daß er schon selbst dispositionsfähig ist oder nicht.

§. 261.

Aus derselben Quelle, aus welcher das jus adquirendi per liberos, das jus noxae dandi etc. fließen, der agnatio nämlich, entspringt auch die unitas inter patrem et filium *m*), die daher nicht sowohl wie Rechtserdichtung als vielmehr wie nothwendige Folge aus der Voraussetzung zu betrachten ist *n*). Man hat sie, wie ich glaube, strenge, von dem jus consensus des Vaters bey Rechtshandlungen des Sohns zu unterscheiden, welches jus zwar allerdings auch juris civilis ist, aber doch eigentlich der durch jus civile modificirten patria potestas juris gentium angehört.

Ergreifen wir bey Darstellung der unitas inter patrem et filium den Gesichtspunct der agnatio, so kann es auch im Geringsten nicht schwer halten, ihre Wirkungen zu be-

l) Wegen der Allgemeinheit der Prinzipien, worauf die Entscheidung beruht, kann auch die Dispositions-Befugniß des filiifamilias, weder auf das peculium irregulare überhaupt, noch auf denjenigen Theil desselben beschränkt werden, woran dem Vater auch gar keine Rechte gestattet sind, wie Einige wollen. Man sehe Thibaut System des Pandectenrechts Th. 1, §. 362. und die daselbst angeführten Rechtslehrer.

m) *Cod. VI*, 26, *const. ult.*

n) Bekanntlich sieht man die ganze Sache gemeinhin als fictio an, was schon von Rivinus (Diss. *de figmento fictionis unitatis inter patrem et filium.* Vitemb. 1760.) mit Recht gerügt worden ist.

ſtimmen. Das aus einem Baume hervorgetriebene Reis iſt eins mit demſelben, jedoch nur in der Qualität und Quantität, in welcher das aus einer Sache Hervorgetriebene eins mit derſelben ſeyn kann. Der filiusfamilias befindet ſich mit Hinſicht auf dieſe Einheit der Perſon mit dem paterfamilias in der Gemeinſchaft des Vermögens: der paterfamilias kann ſich aber nicht mit ihm in der Communion desjenigen Vermögens befinden, was der Sohn als peculium caſtrenſe und adventitium hat, weil wohl das Reis von dem Baume, nicht aber der Baum von ſeinem Reis participirt. Daher kann auch wohl der Vater ſeinem Hauskinde abgeben und mittheilen, wie z. B. bey der conſtitutio peculii profectitii et dotis, nicht aber dieſes ihm, und was eigentliche Rechtsgeſchäfte betrifft, ſo laſſen ſich dieſe um ſo weniger zwiſchen dem paterfamilias und dem in ſeiner poteſtas ſtehenden Kinde denken, als Niemand mit ſich ſelbſt verhandeln und contrahiren kann. Es kommt hinzu, daß das Hauskind in der gewöhnlichen Lage nichts hat, worüber es verfügen und contrahiren kann. Aber wie, wenn nun das Hauskind ein caſtrenſiſches oder quaſi-caſtrenſiſches (ich nehme hier den Ausdruck ſo, daß er auch das Adventizgut in ſich begreift) Peculium hat? Das Hauskind ſtellt hinſichtlich deſſelben zwar ſowohl unter den Lebenden als des Todes wegen eine ſelbſtſtändige Perſon, ſelbſt im Verhältniß zu dem Vater vor: in Abſicht des peculii caſtrenſis iſt auch mit dürren Worten in den Geſetzen entſchieden, daß darüber zwiſchen Vater und Sohn Verträge abgeſchloſſen werden können: aber hinſichtlich des quaſi-caſtrenſiſchen Peculiums in der weiteren Bedeutung dieſes Wors findet ſich eine ſolche Entſcheidung nicht, es erhellt vielmehr aus der geſetzlichen Beſtimmung über das peculium caſtrenſe das Gegentheil. „Si ſtipulanti (heißt es *Digeſt. XLIX, 17, L. 15, §. 1.*) filio ſpondeat (nämlich der Vater) ſi quidem ex cauſa peculii *caſtrenſis* tenebit ſtipu-

latio; caeterum ex qualibet alia causa non tenebit." Die Stelle ist aus Papinian libr. XXXV Quaestion., und wenn wir unter dem gebrauchten Ausdruck „peculii castrensis" auch das quasi-castrensische Sondergut im engern Sinne begreifen möchten, so läßt sich doch die Stelle nicht auf das zu Papinians Zeiten noch ganz unbekannte Adventizgut ausdehnen. Man findet daher auch bey den meisten Rechtslehrern die Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Sohn auf das castrensische Peculium beschränkt. Allein es ist oben gezeigt worden, daß das quasi-castrensische Peculium, das Adventizgut mit eingeschlossen, ganz nach den Rechten des castrensischen peculii beurtheilt werden muß, und daß bloß der dem Vater an dem Adventizgut regelmäßig zustehende Ususfructus eine Ausnahme macht. Es ist also auch nicht abzusehen, warum hinsichtlich desselben nicht eben so gut Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Sohn sollten statt finden können, als hinsichtlich des castrensischen Sonderguts.

Man geht offenbar zu weit, wenn man die zwischen Vater und Sohn statt findende unitas personae ausdehnt auf die in derselben potestas stehenden Kinder, so, daß zwischen diesen auch propter unitatem personae keine Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden dürften. Da der Fall auf die Erklärung der berüchtigten Stelle *Digest. XII, 6, L. 38.* einen entscheidenden Einfluß hat, so wird davon ausführlicher zu sprechen seyn.

In derselben potestas stehende Geschwister können 1) in Fällen, wo der eine von ihnen nicht als paterfamilias auftritt, darum unstreitig nicht mit einander contrahiren, weil der Contract allemal so angesehen werden müßte, als wenn er mit dem Hausvater abgeschlossen worden wäre, folglich so, als wenn dieser ihn mit sich selbst abgeschlossen hätte. Die Sache ist so ganz natürlich. Wir wollen A als den Hausvater, B und C als die Hauskinder setzen. A und B

sind eins, A und C gleichfalls: von B und C im Verhältniß zu einander läßt sich das zwar nicht sagen, aber wenn B mit C contrahirt, so contrahirt er mit A auch. Jus und obligatio fallen in demselben Augenblick in dem Hausvater zusammen, und in demselben Augenblick, in welchem die obligatio geboren wäre, würde sie auch wieder erlöschen. Indeß ist sehr natürlich nur von der obligatio civilis die Rede, die obligatio naturalis trifft immer nur die contrahirenden Theile, und wird durch die unitas personae inter patrem et filium nicht verändert, die es bloß mit nexus civilis zu thun hat. Aber wie nun 2) wenn der eine Sohn als paterfamilias handelt, d. h ein peculium castrense oder quasicastrense in der weiteren Bedeutung des Worts hat, und hinsichtlich desselben mit dem Bruder contrahirt, ihm etwas daraus schenkt oder verkauft? Hier läßt sich an der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts nicht zweifeln: die Frage ist nur, wer das Geschenkte oder Verkaufte erwirbt. Nach dem ältern Recht unstreitig der Vater, nach dem neuern eben so unstreitig der Sohn als peculium castrense oder quasi castrense nach den nähern Umständen und Verhältnissen der Verabreichung. Es lassen sich aber auch andere auf das Peculium sich beziehende Geschäfte denken, und diese sind es, welche die Frage vorzugsweise angeht, z. B. wenn der filiusfamilias, welcher ein peculium castrense hat, aus demselben seinem Bruder, der gleichfalls filiusfamilias ist, etwas borgt, oder ihn mit Hinsicht auf dasselbe sonst zu etwas verpflichtet, es betreffe die Verpflichtung facta oder res. Man kann nicht sagen, das dem Bruder geborgte Geld gehöre zu dessen peculium adventitium, denn es ist ja nicht als etwas mit fortdauerndem Recht überlassen worden. Eine obligatio civilis kann hier nicht unter den beiden Brüdern entstehen, auch nicht zwischen dem borgenden Bruder und dem Vater so lange dieser nicht das Rechtsgeschäft genehmigt hat. Hat er es aber ge-

nehmigt, so ist er die in der obligatio civilis enthaltene Person.

Welcher dieser Fälle in dem berüchtigten Texte *Dig. XII, 6, §. 38.* zum Grunde liegt, dürfte noch die Frage seyn. Ich behalte mir vor, darüber an seinem Orte mit Bezug auf das hier Gesagte ausführlicher zu reden. Erst die vereinigten Grundsätze über die condictio debiti, und über das Verhältniß der in der patria potestas zusammen stehenden Geschwister zu einander, können darüber völlig Aufschluß geben.

§. 262.

Widmen wir jetzt noch eine augenblickliche Betrachtung den aus dem Hausregiment, und der patria potestas juris gentium entspringenden Rechten eines Hausvaters. Das Hausregiment scheint in der ältesten Zeit hinsichtlich der Familie oder besser der unter der potestas stehenden Personen ganz die Rechte enthalten zu haben, welche die regia potestas hinsichtlich des Ganzen enthielte, und nur mit der nöthigen Subordination gegen sie. Daraus entwickelt sich eine ganz eigene Ansicht der väterlichen Gewalt, und nur weil man sich in die alterthümlichen Begriffe und Vorstellungen nicht finden konnte, so suchte man Aushülfe in dem dominio quiritario für Verhältnisse, die sich schon sattsam aus dem häuslichen Regiment entwickeln.

Denkt man sich in einem Staate ein öffentliches Regiment und ein Privat-Regiment zusammen, wovon das letztere nach dem ersteren geht, so müssen auch alle in dem ersteren enthaltenen Rechte dem letzteren beygelegt werden, und muß, was in Beziehung auf das erstere gilt, auch in Beziehung auf das letztere, wenn gleich hier in einem verjüngten Maaßstabe, gelten. So entsteht auch der Begriff von Hausverbrechen im Gegensatze der Staatsverbre-

chen, und der Begriff der jurisdictio domestica im Gegensatze der jurisdictio des Staats. Wenn sich das Strafrecht des Staats nach der Vorstellung der Römer ohne alle weitere Deduction schon jure gentium selbst setzt, so muß sich das Strafrecht eines Hausvaters darnach um so mehr setzen, als der natürliche Zustand die Rechtsverletzungen noch um Vieles mehr zu ahnden berechtigt, wie der adventizische. In die Hände eines patrisfamilias mußte um so mehr das jus vitae et necis über die Kinder gegeben werden, als es eines Theils Annexum des Strafrechts überhaupt ist, andern Theils das Hausregiment etwas Unvollkommenes und seinen Zweck nicht Erreichendes gewesen seyn würde: man wollte aber dadurch Ruhe und Ordnung im Innern der Familien erhalten, und dem Staate die Mühe sparen, sich in die innern und häuslichen Angelegenheiten der Bürger zu mischen. Gab man dem Vater das Recht über Leben und Tod der unter seiner potestas stehenden Personen, so konnte und durfte man voraussetzen, daß bey seiner natürlichen Zuneigung zu denselben, davon kein Mißbrauch werde gemacht werden; wurde er doch gemacht, so war der Mißbrauch eine zu seltene Erscheinung um beachtet werden zu können, wenn es, wie hier, einer für das Ganze so nützlichen und nothwendigen Einrichtung galt. Das jus vitae et necis durfte ja ohnehin nicht nach Willkühr, sondern bloß in Gestalt einer jurisdictio ausgeübt werden, wobey die übrigen Agnaten, und wenn es der uxor filiafamilias galt, auch deren Verwandte, wenn nicht eine entscheidende, doch eine berathende Stimme hatten. Wo von einem filiusfamilias die Rechte des Staats verletzt waren, strafte der Staat selbst, wo er aber die Rechte des Hausvaters verletzt hatte, wurde von diesem gestraft.

Nicht bloß das jus puniendi, sondern auch das jus leges ferendi, und alle übrige in der Staatsgewalt enthal-

tenen Rechte scheinen auch in der patria potestas der Römer, wenn gleich im verjüngten Maaßstabe enthalten gewesen zu seyn. Alle diese Rechte mußten successiv entweder beschränkt oder ganz aufgehoben werden, als der Staat sich immer mehr und mehr zu einer unbeschränkten monarchischen Verfassung hinneigte. Ordentlich aufgehoben wurden sie indeß wohl nie in der Totalität, sondern sie gingen allmählig unter, wie so manches, was sich mit der Zeit und den veränderten Umständen nicht mehr vertrug; theils in partieller Aufhebung, theils in Vernachlässigung. In Justinians Gesetzgebung findet man noch kaum die Spuren des Hausregiments, und wenn, wie oben gezeigt worden, die Verfasser der Institutionen sagen, so eine väterliche Gewalt finde sich bey keinem andern Volke, so hätten sie zugleich das „ehemals" und „jetzt" dabey bemerken und unterscheiden sollen.

Der Theil der patria potestas, welcher ursprünglich juris gentium ist, kann uns nur in seinen durch das Civilrecht erhaltenen Zusätzen und Modificationen wichtig seyn: diese sind aus einer sehr späten Zeit: seit der Vernichtung des Hausregiments wurde von den Trümmern desselben der patria potestas des juris gentium so manches zugesetzt, was man füglich in einer anderen Gestaltung erhalten zu können glaubte.

Hieher zähle ich insbesondere *Cod. VIII, 47, const. 3,* wo es in Beziehung auf den filiusfamilias heißt „Quem si pietatem patri debitam non agnoscit, castigare jure patriae potestatis non prohiberis: acriore remedio usurus, si in pari contumacia perseveraverit; eumque praesidi provinciae oblaturus dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris," desgleichen Ibid *const. 4.* Congruentius quidem videtur intra domum inter te ac filios tuos, si quae controversiae oriuntur terminari. Sed si ita res fuerit, ut

pro injuriis eorum et ad jus experiendum et ad vindictam processeris, aditus praeses provinciae super disceptationibus quidem pecuniariis consuetum exerceri jubebit ordinem juris: reverentiam autem debitam exhibere matri filios cogat. Et si provectam ad inclementiores injurias improbitatem deprehenderit, laesam pietatem severius vindicabit." In der ersten Constitution wird dem Vater ein Züchtigungsrecht der ungehorsamen Kinder zugestanden, das sich von selbst verstand, wenn das Hausregiment noch in seiner alten Verfassung war. Jetzt erscheint dieses Züchtigungsrecht als ein Anhang der patria potestas juris gentium, und wenn das Gesetz dessen Grenzen auch weiter nicht bestimmt, so erhellt doch ganz klar, daß es sehr beschränkt seyn sollte. Denn bey anhaltendem Ungehorsam soll der Obrigkeit die Sache angezeigt werden, damit diese an die Stelle des Vaters trete und eine Züchtigung verfüge, die der Vater nicht verfügen konnte. Merkwürdig sind die Schlußworte der Constitution „dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris." Was wollen diese Worte eigentlich sagen? Soll die Obrigkeit bloß im Namen des Vaters und nach seinem Gutbefinden die Züchtigung erkennen und zur Ausübung bringen? Da wäre die Sache doch nur wirklich eine Farce und bestünde allein darin, daß man dem Vater das alte Hausregiment nicht mehr selbst, sondern nur durch die Obrigkeit ausüben lassen wollte. Oder will es so viel sagen: die Obrigkeit soll zwar nach dem Begehren des Vaters verfügen, aber mit Vorbehalt eigener Einsicht und wenn sie dasselbe nicht gesetzwidrig auch nicht unzweckmäßig findet? Die letztere Annahme ist unstreitig die richtigste, und um so mehr in der Ordnung, als sich zugleich in ihr der Geist der damaligen Verfassung ganz ausspricht. — Man möchte glauben, so sey doch dem paterfamilias noch immer etwas von dem alten Hausregimente verblieben, aber ganz klar erhellt aus dem

zwey-

ten oben ausgeschriebenen Gesetz die Trennung des Hausregiments und der ihm anhängigen jurisdictio von dem bloßen Correctionsrecht. Denn in allen zur jurisdictio gehörigen Sachen erscheint jetzt der paterfamilias als durchaus incompetent und sind solche an die ordentliche Obrigkeit verwiesen.

§. 263.

Es ist nicht zu läugnen, daß die agnatio das Grundprinzip der Römischen väterlichen Gewalt sey, wie oben gezeigt worden ist, keinesweges aber alle in der väterlichen Gewalt enthaltene Rechte daraus abgeleitet werden können, sondern ihre Begründung auch in den damit verbundenen beiden andern Dingen, dem Hausregimente und der patria potestas juris gentium haben. Von der agnatio geht also die Erwerbung der väterlichen Gewalt aus, und man muß sie als die Grundbedingung derselben betrachten. Nach dem was oben darüber gesagt worden ist, würde sie sich schon durch die Zeugung allein machen, allein die Gesetze erkennen sie nur alsdann erst für begründet an, wenn sich die Zeugung in justis nuptiis gemacht hat, d. h. in einer wirklichen Römischen Ehe. Daraus ist mir wenigstens klar, daß demjenigen, welcher als peregrinus in einer nach den Gesetzen seines Staats gültigen Ehe Kinder erzeugt hatte, jetzt nach Rom kam und dort die Civität erwarb, keine Römische patria potestas — wenigstens in der alten Zeit (in der neueren mochte sich hier gar Vieles ändern) — zugestanden habe. Die Civität allein konnte ihm ja kein Recht geben, welches ja in der Civität selbst von Voraussetzungen und Bedingungen abhing. Hätte er auch der Ehe hinterher eine Römische Form geben wollen, so dürfte doch diese Umschaffung keine rückwirkende Kraft gehabt haben. — Nach den Grundsätzen, welche in der frühern Zeit von der patria potestas gelten, würde die legitimatio auf keinen Fall jus agna-

tionis haben hervorbringen können: und die Umschaffung einer nicht Römischen Ehe in eine Römische wäre doch im Grunde nichts weiter als legitimatio gewesen, in so fern es sich nämlich davon handelte, die bereits erzeugten Kinder der patria potestas zu unterwerfen. — Die adoptio, welche man schon in der frühesten Zeit mit der Erzeugung in justis nuptiis gleich stellte, und von ihr als einer erdichteten Erzeugung eben so gut als von der natürlichen jus agnationis ableitete, mußte schon nach andern Grundsätzen beurtheilt werden. Hier wo sich gleichsam der Civis selbst inoculirte, war es ein ganz anderes Ding, als wenn er bloß ein uneheliches Kind zu einem ehelichen hätte machen wollen. — Die legitimatio konnte daher nur erst in einer Zeit überall eingeführt werden, wo sich die Idee der agnatio als erster Bedingung der patria potestas schon verloren hatte, und an ihre Stelle die bloße gesetzliche Zeugung und cognatio getreten war. Wurde da nur die ungesetzliche Zeugung in eine gesetzliche umgeschaffen, so schien alles in der Ordnung zu seyn, und die väterliche Gewalt schon angenommen werden zu müssen.

Eigentlich müßte die alte strenge Römische Ehe noch als besonderer modus adquirendi patriam potestatem aufgeführt werden, weil sie bewirkte, daß auch die Frau in die Familie des Mannes nicht bloß übertrat, sondern auch seiner potestas als eine filiafamilias — als ein von ihm erzeugtes Kind — unterworfen wurde. Man rechnete indeß wohl den Fall mit zur adoptio, indem adoptio im weitesten Sinne des Wortes alle Fälle in sich begriff, wo durch eine erdichtete agnatio die väterliche Gewalt hervorgebracht wurde. Ueberdieß hatte man ja die justae nuptiae schon einmal als modus adquirendi patriam potestatem aufgeführt, in so fern nämlich die darin erzeugten Kinder der väterlichen Gewalt unbedingt unterworfen wurden: man kannte aber An-

fangs keine andere Ehe als die strenge: späterhin als die laxe Ehe aufkam, hatte sich schon die Doctrin gebildet: da auch die adoptio den justis nuptiis zur Seite stand, so glaubte man nicht nöthig zu haben, die strenge Ehe hinsichtlich der Frau noch als einen besondern modum adquirendi patriam potestatem über diese aufzuführen: man hatte ja die Wahl, den Fall auch unter die Kategorie der adoptio zu bringen: es wurde daher bey den einmal angenommenen Grundsätzen gelassen. Als späterhin die strenge Ehe ganz wegfiel, die agnatio ihren Werth verlor, und die legitimatio als modus adquirendi patriam potestatem hinzutrat, konnte man um so leichter die justae nuptiae in der Generalität, die adoptio und die legitimatio als modos adquirendi patriam potestatem setzen, weil sich darin alle Erwerbung der väterlichen Gewalt vollständig auflöste.

§. 264.

Nach der ursprünglichen Stiftung der väterlichen Gewalt sollte solche lebenslang dauern: dem Vater war es bloß erlaubt, und mußte es schon aus natürlichen Gründen erlaubt seyn, das Hauskind aus derselben zu entlassen — emancipatio. Nur in der venditio und noxae datio war eine solche perpetuirliche Entlassung nicht begriffen, weil, wie oben gezeigt worden, nur die potestas über das Hauskind dadurch in so fern auf den Andern übertragen wurde, als sie nützliche Rechte in sich begriff. In Beziehung auf den Verkauf der Kinder wurde das Hauskind ja bekanntlich erst nach dem dritten Verkauf und der darauf erfolgten Entlassung von der patria potestas frey. — Früher fiel es immer in dieselbe zurück, und man kann in diesem Rückfall eher eine Consolidation als eine Reviviscenz der patria potestas finden. Bedingt war übrigens die Fortdauer der Civität sowohl des Hausvaters selbst als des Hauskindes.

Ging diese durch ein Staatsverbrechen verloren, so mußte auch sie schon nothwendig wegfallen. So hängt es zusammen, wenn gesagt wird, daß die capitis deminutio media und der natürliche Tod auch als Beendigungspuncte für die väterliche Gewalt betrachtet werden müssen.

Mit Uebergehung bekannter Sachen, ist hier nur noch zu bemerken, daß die Emancipation, mochte sie in einer bloßen Freysprechung von der väterlichen Gewalt, oder in der Hingabe zur Adoption, oder in einem Verkauf und einer noxae datio bestehen, darum alles, was von der agnatio abhing — das ganze Familien- und Erbfolgerecht aufheben mußte, weil der Vater dadurch nach der älteren Vorstellung eigentlich das Kind so von sich absondert, als wenn der personifizirte Baum das an der Wurzel aufgeschossene Reis abreißen und wegwerfen würde. So lange diese Ansicht noch fortdauerte, oder doch nicht in der Prätorischen, für den Emancipatus eingeführten bonorum possessio, eine Milderung des älteren Rechts statt fand, konnte auch nicht von Begünstigung der Emancipation die Rede seyn, weil sie dem Hauskinde allemal eher nachtheilig als vortheilhaft war. Die Begünstigungen der Emancipation beginnen also erst von der Zeit, wo selbige offenbar dem Hauskinde eher vortheilhaft als nachtheilig seyn mußte.

§. 265.

Es ist hier der Ort über einige Gegenstände noch ausführlicher zu sprechen, die in der Lehre von der väterlichen Gewalt der Römer mir noch nicht scharf genug genommen zu seyn scheinen: ich meyne nämlich, die Grenzen der Emancipations-Befugniß, die Verbindlichkeiten eines Hausvaters gegen das emancipirte Kind, das praemium emancipationis und die Fälle, wo ohne Mitwirkung des Hausvaters nach dem neueren Recht (denn nach den älteren konn-

ten es keine Verhältnisse, selbst die höchsten Staatswürden nicht) die väterliche Gewalt aufhören konnte.

I. Grenzen der Emancipations-Befugniß. Obwohl dem Römischen paterfamilias hinsichtlich der Emancipations-Befugniß gar keine Grenzen angewiesen gewesen zu seyn scheinen, so dürfte sich doch solche auf die uxor filiafamilias nicht erstreckt haben, weil sich bey dieser die agnatio und die davon abhängenden Rechte zugleich mit auf das eheliche Verhältniß gründeten. Die uxor quae in manum mariti convenerat, war ja durch eine förmliche Vereinbarung in die potestas des Mannes und die Gemeinschaft aller seiner Rechte getreten: diese von ihr erworbenen Rechte konnten erst durch den Tod und durch die Scheidung aufhören. Es war hier also ein ganz anderer Fall, wie mit den übrigen Hauskindern: trennen lassen sich wohl die Verhältnisse, die eigentlich ehelichen Rechte der Frau und die Agnationsrechte, aber sie dürfen darum nicht getrennt werden, weil sie im innigsten Zusammenhange stehen, und aus einer Quelle entspringen. Ich will damit keinesweges behaupten, sie hätten überall nicht getrennt werden dürfen (für die ältern Zeiten mag das wohl der Fall gewesen seyn) aber die Trennung hatte gewiß nicht anders als mit Einwilligung und Genehmigung der Frau statt.

II. Verbindlichkeit eines Hausvaters gegen das emancipirte Kind. Ein doppelter Gesichtspunct ist hier zu fassen, ob nämlich ein Adoptiv- oder ein natürliches Kind emancipirt wird. Von der Emancipation der natürlichen Kinder dürfte unstreitig auszugehen seyn.

Gewiß ist, daß dem paterfamilias die Emancipation seiner natürlichen Kinder zu jeder Zeit und also auch in dem frühesten Alter derselben erlaubt war. Wurde dadurch nun zwar das jus agnationis aufgehoben, so fiel doch nicht die Verpflichtung dem Kinde natürliche sowohl als bürgerliche

Alimente zu geben weg, denn diese Verbindlichkeit hing nicht von der agnatio ab, sondern war ein annexum der durch jus civile modificirten patria potestas a). Ohne die Annahme, daß der Vater dem emancipirten Kinde zu natürlichen Alimenten verpflichtet gewesen, würde man annehmen müssen, der Vater habe, was er auf directem Wege nicht thun durfte, auf indirectem bewerkstelligen, und sein Kind dem Hungertode Preis geben können. Die Verpflichtung des Vaters zu bürgerlichen Alimenten dürfte noch um deswillen bestritten werden, weil der Vater nicht nöthig hatte für eine emancipirte Tochter einen Brautschatz zu geben. Indeß ist zu bedenken, daß zwischen bürgerlichen Alimenten und Brautschatz ein himmelweiter Unterschied ist, und die Schuldigkeit des Vaters die Tochter zu dotiren, erst in einer späteren Gesetzgebung gegründet ist, und keinen andern Zweck hat als die Ehe zu fördern. So viel die natürlichen Alimente betrifft, ist wohl nicht zu läugnen, daß auch die gegenseitige Obligation der Kinder, ihre Eltern zu ernähren, ganz von der Emancipation unabhängig sey.

Dieselben Verbindlichkeiten, welche der paterfamilias gegen das emancipirte natürliche Kind hat, scheinen ihm auch gegen das emancipirte Adoptiv-Kind obzuliegen. Allein hier ist zu bedenken, daß das Adoptiv-Kind ja nur die jura agnationis erwirbt, und die Verpflichtung des Vaters die Kinder zu alimentiren, nur als eine Folge der Zeugung eben so als die patria potestas juris gentium erscheint. Träte hier nicht die cognatio civilis ins Mittel, so würde sich keine Verbindlichkeit das emancipirte Adoptiv-Kind zu erhalten, annehmen lassen. Bringt nun aber die cognatio civilis mit der cognatio naturalis in so mancher andern Hinsicht gleiche

a) Oder wenn man lieber will, diese Verpflichtung entstand aus der Zeugung allein. Siehe den Titel der Pandecten *de agnosc. et alend. liber.* (*Dig. XXV*, 3).

Rechte hervor, so ist auch nicht abzusehen, warum sie nicht auch hinsichtlich der Alimentations-Verbindlichkeit mit ihr nach gleichen Grundsätzen sollte beurtheilt werden können b). Unstreitig muß jedoch der Arrogator eines Unmündigen, wenn er denselben hernach wieder emancipirt, und ihm nach der bekannten Verordnung von Antoninus Pius das Zugebrachte zurückgiebt, von der Alimentations-Verbindlichkeit freygesprochen werden, vorausgesetzt, daß dasselbe zureichend ist, um dem emancipirten Adoptiv-Kinde daraus natürliche sowohl als bürgerliche Alimente zu verschaffen.

III. Unfreywillige Aufhebung der *patria potestas*. Bis zu Justinians Zeit wurde der Grundsatz, daß kein Amt und keine Würde die väterliche Gewalt aufheben könne, respectirt: hatte er in dem republicanischen Zeitalter gegolten, so konnte er jetzt um so eher gelten, als unter den Imperatoren die Magistraturen nur ein Schattenbild gegen die ehemaligen Zeiten waren. Justinian nahm bekanntlich zuerst die Patriciat-Würde *Cod. XII, 3, const. ult.* von der Regel aus. Als Grund wird *Inst. I, 12, §. 4.* angegeben „Quis enim patiatur, patrem quidem posse per emancipationis modum potestatis suae nexibus filium liberare, imperatoriam autem celsitudinem non valere eum quem sibi patrem elegit, ab aliena eximere potestate. Späterhin wurde durch die *Nov. 81, c. 1* und *2.* von der väterlichen Gewalt eximirt „Omnis dignitas et omne cingulum a curia liberare valens. Genannt werden insbesondere das Consulat, die Consularitas, die praefectura praetorii et urbis, das Magisterium militum, und der patronatus fisci, ohne jedoch

b) Das Adoptions-Verhältniß beruht bekanntlich auf einer erdichteten Zeugung, welches auch durch den Umstand hinlänglich angedeutet wird, daß der Adoptiv-Vater um so Vieles älter seyn muß, daß die Zeugung natürlich möglich wäre.

andere Würden auszuschließen, die eine gleiche Befreyung schon früher erhalten hatten, oder noch späterhin erhalten möchten. Zuletzt wird noch gleichfalls in der *Nov. 81, c. 3.* der Episcopat von der väterlichen Gewalt ausgenommen.

Es ist klar, daß nur noch eine dieser Exemtionen, nämlich die wegen des Episcopats direct auf unsere Zeit angewendet werden kann c). Hinsichtlich der übrigen würde nur etwa eine indirecte Anwendung statt finden können, wenn dieser nicht geradehin entgegenstünde, daß die Exemtion auf einem den Würden rücksichtlich ihrer besonderen Eigenschaft ertheilten Privilegium beruht. Mag anderwärts eine indirecte und nützliche Anwendung des Römischen Rechts statt finden: für solche Fälle als diese sind, kann sie durchaus nicht statt haben.

Ich schließe hier meine Bemerkungen über die Erwerbung und das Aufhören der väterlichen Gewalt, um mich nicht über bekannte Dinge zu verbreiten.

§. 266.

Wenn sich die männlichen Descendenten eines Römischen Hausvaters, welche noch unter seiner potestas standen, verheuratheten und Kinder erzeugten, so bildete sich neben der über sie vorhandenen väterlichen Gewalt, die ich hier zum Unterschiede — prima — nennen will, eine neue, nämlich die ihrige über ihre Kinder, welche hier secunda genannt werden soll. Wie verhielten sich beide Gewalten zu

c) Den Römischen patronatus fisci haben wir nicht mehr, wenn wir gleich die davon verschiedene advocaturam fisci noch kennen. Man kann aber nicht behaupten, schon der advocatus fisci als solcher sey von der väterlichen Gewalt frey, denn die Befreyung geht nicht auf die Unterbedienten, sondern ist auf die hohen beschränkt, welche das Ganze leiten.

einander und was war für den Collisionsfall Rechtens? Diese Frage verdient noch allerdings eine genauere Erörterung.

Wir lesen auf der einen Seite, unter der patria potestas eines Hausvaters hätten nicht nur seine unmittelbaren Descendenten, sondern auch seine mittelbaren gestanden, auf der andern wird uns wieder gesagt, die Enkel fielen nach dem Tode ihres Vaters in die Gewalt des Großvaters zurück. Wie reimt sich dieser Rückfall, wenn schon die väterliche Gewalt des Großvaters über die Enkel an sich gegründet war, oder ist solches bloß zu verstehen, die Enkel seyen jetzt der Gewalt des Großvaters unmittelbar unterworfen worden, der sie bis dahin mittelbar unterworfen waren. Mußten sie aber alsdann derselben nicht unterworfen werden, wenn sie ihr Vater emancipirte, und wenn das nicht, konnte die Emancipation ohne Consens des Großvaters geschehen? — Weiter finden wir, daß der secunda potestas ganz dieselben Rechte beygelegt werden, welche der prima potestas zukommen, und daß keine dieser Gewalten der andern Abbruch thun darf oder etwas verfügen, was der andern nachtheilig ist, z. B. daß der Großvater nicht adoptiren kann, so daß dem Sohne dadurch ein heres suus obtrudirt wird. Wie reimt sich das, möchte man fragen, mit einander: nothwendig mußten ja bey der Subordination der einen väterlichen Gewalt unter die andere Collisionen entstehen, weil nicht immer eine Uebereinstimmung des Willens in den verschiedenen Gewalten angenommen werden kann, wir müßten denn annehmen, daß jede potestas selbstständig sey, und die Subordination bloß auf das Allgemeine gehe.

Wäre die patria potestas der Römer bloß eine gewöhnliche väterliche Gewalt gewesen, d. h. eine patria potestas juris gentium, die nur durch jus civile den einen oder den andern Zusatz erhalten, so dürfte es eine sehr schwierige Auf-

gabe seyn, das Verhältniß der prima und secunda potestas zu einander zu bestimmen. So aber da sie aus drey Stücken, der agnatio, dem Hausregimente und der patria potestas juris gentium besteht, ist die Bestimmung nicht so schwierig als sie es Anfangs zu seyn scheint.

Es tritt hier etwa dasselbe Verhältniß ein, welches statt findet, wenn ein Staat nicht aus Familien und Individuen, sondern aus untergeordneten Staaten besteht. Jeder untergeordnete Staat hat da seine für sich bestehende Staatsgewalt, hinsichtlich deren Ausübung er bloß den Gesetzen und Einrichtungen, welche von der höchsten Staatsgewalt getroffen werden, unterworfen, selbiger auch von seinem Thun und Treiben Rechenschaft geben muß, übrigens aber sich frey bewegen darf. In näherer Berührung stehen die Oberhäupter der untergeordneten Staaten mit dem höchsten Oberhaupt als dessen unmittelbare, in entfernterer dagegen die Unterthanen der untergeordneten Staaten als mittelbare Unterthanen des gedachten höchsten Oberhaupts. Auf eine ähnliche Weise dürften wir uns das Verhältniß der prima und secunda patria potestas bey den Römern denken. Ich unterstehe mich, folgende Grundzüge der Lehre zu entwerfen.

I. Die patria potestas prima erstreckte sich ganz natürlich auch über die Enkel und Urenkel, überall über die ganze Descendenz bis ins Unendliche unter der Bedingung, daß sie überall noch an den Sohn selbst gegründet war (die Descendenz der Tochter konnte aus sehr natürlichen Gründen ihr nie unterworfen werden); aber sie konnte nie so eingreifen, daß die secunda dadurch in ihren Rechten und Wirkungen wäre gehemmt worden. Der Inhaber der secunda potestas übte daher über seine Kinder alle Rechte der väterlichen Gewalt privative aus, die Fälle ausgenommen, wo die

patria potestas prima mit interessirt war, z. B. bey Verheurathungen der Hauskinder, desgleichen wenn der Agnaten durch Adoptionen und Emancipationen weniger werden sollten. Die patria potestas prima neben der secunda bey Verheurathungen der Enkel war schon um so mehr in der Ordnung, als ohne das der Großvater durch eine Nachlässigkeit des Vaters so leicht in seine Familie ein unwürdiges Subject hätte bekommen können, ihm aber vor allen Dingen an der Aufrechthaltung der Ehre und Würde seiner Familie gelegen war. Bey Adoptionen und Emancipationen war seine Concurrenz schon um deswillen völlig begründet, weil er nicht nöthig hatte zu leiden, daß ein Mitglied der unter seiner Gewalt stehenden Familie weniger wurde. Eine Emancipation, welche bloß die potestas des Vaters und die besondere agnatio aufhob, war indeß wohl nicht an die Concurrenz des Großvaters gebunden, weil es da allein den Verhältnissen zwischen dem Vater und seinen Kindern galt, nicht auch den großväterlichen Verhältnissen.

II. Die patria potestas secunda erscheint hiernach theils selbstständig, theils auch nicht. Wo sie sich auch als selbstständig darstellt, konnte doch die großväterliche Gewalt dabey als eine aufsehende und einschreitende concurriren, wenn von Seiten des Vaters die potestas gemißbraucht wurde. Auch fand unstreitig eine Berufung von dem Gericht, welches der Vater, vermöge seiner potestas, über den Sohn gehalten hatte, an den Großvater statt. Die Natur des Hausregiments in Familien-Staaten bringt eine solche Einrichtung nothwendig mit sich: wozu würde überall die potestas des Großvaters gedient haben, wenn sie ihre Wirksamkeit nicht auf die vorhin beschriebene Weise hätte äußern mögen? In der ältesten Zeit scheint sich der Staat überall nicht in die Angelegenheiten der Familien gemischt zu haben:

diese Einmischung entstand erst späterhin, als das Hausregiment sein Ansehen verlor. Doch glaube ich, daß auch schon in der frühesten Zeit eine Provocation von dem Urtheile des Großvaters an den Magistratus statt gefunden habe, wenn es das Leben des Enkels galt, und die Provocation von dem judicio domestico des Vaters an den Großvater fruchtlos geblieben war. Nachweisungen für diese Behauptung fehlen zwar ganz, aber die Sache ist eben so natürlich als nothwendig. Man darf sich nur unter dieser Provocation nicht eine Appellation im heutigen Sinne denken, welche ja selbst bey der Jurisdiction des Staats für die älteren Zeiten der Römer nicht annehmbar seyn würde.

III. Durch den Consens des Großvaters in die Ehe des Hausſohns wurden schon in der frühesten Zeit mehrere Rechte des Hausvaters, welche sonst unstreitig in seiner potestas enthalten waren, aufgehoben, z. B. das Recht den Hausſohn zu verkaufen. Es ist mir nicht bloß wahrscheinlich, sondern auch gewiß, daß späterhin alle Rechte eines Vaters über den Hausſohn, in dessen Verehelichung er gewilligt hatte, wegfielen, bey deren Beybehaltung das Hauswesen sich nicht würde erhalten können, z. B. das jus adquirendi per liberos, ehe noch durch die neuere Gesetzgebung so große Vortheile für die Hauskinder begründet wurden. Ueberall scheint mir für solchen Fall die potestas des Vaters ihre nutzbaren Rechte eingebüßt, und besonders von der Zeit an, wo der Sohn Kinder bekam, sich zu seiner potestas etwa nur verhalten zu haben, wie sich verhält die höchste Staatsgewalt zu der untergeordneten. Eine genauere Untersuchung dieses Verhältnisses, welche hier zu weit führen würde, so wie eine Darstellung des ganzen Hausregiments der Römer dürfte sich trefflich für eine acade-

mische Streitschrift eignen. In der Justinianischen Gesetzgebung kommen sehr natürlich zu wenige Materialien für den Gegenstand vor, weil derzeit das Hausregiment nur noch als ein Schatten gegen die vorige Zeit da stand, und die wichtigsten Rechte eingebüßt hatte, aber die nicht juristischen Klassiker liefern doch äußerst schätzbare Beyträge.

XXXIX.

Wie müssen wir die väterliche Gewalt nach der letzten Justinianischen Gesetzgebung betrachten? §. 267. — Haben wir sie bey uns oder wie ist bey uns die väterliche Gewalt eigentlich beschaffen? §. 268. — Bemerkungen über Emancipation und Aufhebung der väterlichen Gewalt per separatam oeconomiam §. 269 folg.

§. 267.

Gewöhnlich vernachläßigt man die Darstellung der Römischen Rechtsinstitute mit Hinsicht auf die letzte Justinianische Gesetzgebung. Ich will damit nicht sagen, daß man was die letzte Justinianische Gesetzgebung geradehin ausspricht, nicht mit in Betracht ziehe, oder ihren directen Einfluß unbeachtet lasse, aber der indirecte wird desto weniger beachtet, oft gar nicht berührt. So bleibt denn oft noch etwas stehen, was nach dem besten Willen des Gesetzgebers gleichfalls als aufgehoben betrachtet werden muß.

Wenn in der *Nov. 118.* mit Verabschiedung des juris agnationis das jus cognationis allein in Betracht gezogen, und die Erbfolge aus demselben verstattet wird: sollte man da nicht richtig auf die gleichseitige stillschweigende generelle Aufhebung alles Agnations-Verhältnisses schließen können? Ich glaube doch, wenn wir nicht annehmen wollen, die Justinianische Gesetzgebung sey die unschlüssigste und habe der Gesetzgeber für geringere Gegenstände beybehalten wollen, was er für größere aufgehoben. Dem zufolge würden alle aus der agnatio dem Hausvater zustehende Rechte, oder die Rechte der väterlichen Gewalt, deren Fundament die agnatio ist, mit allen sich darauf beziehenden Folgen und Wirkungen, als der unitas personae, dem Satze, daß die in der potestas des patrisfamilias tempore mortis befindlichen Kinder ipso jure Erben des Vaters sind u. s. w. wegfallen

und würden dafür die cognatio, und die aus diesem Prinzip sich entwickelnden Rechte eintreten. Es würde sogar noch die Frage seyn, ob man das usufructuarische Recht des Vaters an dem Adventizgute der Kinder annehmen könnte, weil es auf dem jure adquirendi, das ja mit der agnatio zugleich für aufgehoben zu achten, beruht: überall ob die ganze Peculienlehre noch in dem System der patria potestas aufzuführen.

Es ließe sich zwar dagegen einwenden 1) daß ja lange vor Justinian die agnatio, in so fern es darauf bey der Erbfolge ankam, durch die Prätorische bonorum possessio untergraben war, und von Justinian bloß das Prätorische Erbrecht in ein bürgerliches verwandelt worden; und obgleich man auf der einen Seite, und in so fern es der successio gegolten, die agnatio untergraben, so habe man doch auf der andern Seite und in so fern von der patria potestas selbst die Rede gewesen, solche fortdauernd zu erhalten, und durch Künsteley z. B. durch die Erfindung der Peculien zu beschränken gesucht. 2) Daß wenn Justinian die agnatio überall aufheben wollen, solches entweder durch eine eigene Constitution, oder doch gelegentlich bey der Aufhebung der successio ex causa agnationis geschehen seyn würde; daß überall noch nicht einmal die letztere in der Totalität für aufgehoben geachtet werden könne, sondern bloß in so fern sie der Intestat-Erbfolge als Fundament diente. — Allein man kann auf beide Gründe vereinigt antworten 1) daß wenn ein Rechtsverhältniß schon auf so lockeren Füßen steht als die agnatio bey der patria potestas zu Justinians Zeiten stand, es nur eines geringen Anstoßes bedarf, um dasselbe ganz über den Haufen zu werfen. 2) Daß dieser Anstoß in der Aufhebung der successio ex jure agnationis hinlänglich gegeben worden, um so mehr als dadurch das Prinzip der agnatio selbst angetastet wurde; daß es daher 3) um so we-

niger einer besonderen auf die Aufhebung des juris agnationis gehenden Verordnung bedurft habe, als gegenwärtig, wo auch die successio aus demselben aufgehoben war, schon indirect die gänzliche Verabschiedung derselben folgte und folgen mußte.

Dabey würde ich jedoch annehmen, daß das usufructuarische Recht des Vaters an dem Adventizgut der Kinder in so fern geblieben, als solches einmal durch gesetzliche Verordnungen begründet dastand, und sich auch ohne agnatio sehr gut vertheidigen läßt. Ich würde daher im Geiste der neuesten Justinianischen Gesetzgebung die väterliche Gewalt, in der Hinsicht, daß auch das ehemals darin enthaltene Hausregiment längstens aufgehört hatte, als eine durchs Civilrecht modificirte patria potestas juris gentium darstellen, welche das usufructuarische Recht des Hausvaters an dem Adventizgut der Kinder als Annexum begleite.

Daß aber diese Ansicht aus der neuesten Justinianischen Gesetzgebung der väterlichen Gewalt nicht abgewonnen worden, vielmehr nach Wiederherstellung der Wissenschaften bis auf die heutige Zeit solche noch immer von dem Standpunct des alten Agnationsrechts beurtheilt worden, kann als ausgemacht betrachtet werden, und kommt es daher nur allein auf die Untersuchung der Frage an: Ist unsere jetzige väterliche Gewalt die Römische, oder ein eigenthümliches aus Römischen und Deutschen Vorstellungen zusammengesetztes Ding, welche jetzt unternommen werden soll.

§. 268.

Es wird nöthig seyn, hier wieder so viel aus dem Deutschen Recht mitzunehmen, als zur richtigen Beurtheilung der erwähnten Frage durchaus nöthig ist. Den Sitten der Germanen ist die Idee der Römischen patria potestas durchaus zuwider, so viel Mühe sich auch Heinecius

cius a) gegeben hat, sie in dieser Hinsicht zu romanisiren, und die ihnen bekannte patria potestas war nichts weiter als eine reine elterliche Gewalt des juris gentium, welches wohl der Umstand vor allen beweist, daß sich diese Gewalt nach dem Tode des Vaters in der Mutter fortsetzte; sie auch schon bey dessen Lebzeiten daran Theil nahm. Von der agnatio und dem Hausregimente (im Sinne der Römer) konnte der Deutsche um so weniger Folgen und Wirkungen der patria potestas ableiten, weil er beide durchaus nicht kannte. Das Deutsche Agnationsrecht, von der Abstammung durch Mannspersonen allein, ohne Berücksichtigung der potestas ausgehend, kommt hier gar nicht in Betracht, eben so wenig als das gewöhnliche jedem Volke bekannte Hausregiment: der Gesichtspunct ist hier ja allein die specifische Differenz, wie der Römer und wie der Deutsche dachte und handelte. Einen Anhang der elterlichen Gewalt gab bey unsern Vorfahren der Nießbrauch an dem Vermögen der Kinder ab, so lange bis diese zu den Jahren gekommen waren einen eignen Hausstand anfangen zu können: ein eben so natürliches als vernünftiges Aequivalent für die auf den Unterhalt der Kinder und auf ihre Erziehung verwendete Kosten und Mühe.

Es läßt sich nicht läugnen, daß als das Römische Recht in Deutschland bekannt wurde, die elenden Menschen, welche die Deutschen durchweg mit ihrem unverdaueten Römischen Recht geimpft haben, sich auch alle ersinnliche Mühe gegeben haben, unsere patria potestas zu romanisiren. Aber das Romanisiren gieng hier nicht, wo selbst das Grundprinzip widerstand. Denn kannten die Deutschen das Römische jus agnationis nicht, so konnten auch keine Grundsätze bey ihnen sich einführen, die solches als die erste Bedingung vor-

a) *Antiq. Germ.* p. 125 seq.

ausseßten. Man sieht aus dem fortdauernd beybehaltenen Ausgang der Kinder aus der patria poteſtas per ſeparatam oeconomiam, daß das Impf-System hier nicht ſobald hat gelingen wollen, weil die Impfe dem zu impfenden Gegenſtande durchaus widerſtand. Man mußte ſich begnügen anfangs aus dem Römiſchen Recht anzuwenden, was ſich, der Grundprinzipien der patria poteſtas unbeſchadet, anwenden ließ, als den Unterſchied zwiſchen den verſchiedenen Peculien und die auf dieſen Unterſchied ſich gründenden Lehrſäße. Nur die Lehrſäße, welche dabey von der agnatio abhingen, durfte man nicht mit zur Anwendung bringen, weil das Fundament derſelben fehlte, z. B. daß der unter der väterlichen Gewalt ſtehende Sohn nur über peculium caſtrenſe und quaſi caſtrenſe, nicht aber auch über peculium adventitium teſtiren können. Indeß fehlte es nicht an Juriſten, welche nicht bloß dieſe Lehren des Römiſchen Rechts von der väterlichen Gewalt, ſondern auch alle übrige einſchoben, ſogar eine unitas inter patrem et filium annahmen, und um dieſe Einheit nicht ſo folgenreich wie bey den Römern zu machen, ein Auskunftsmittel durch die Emancipation für einzelne Fälle (emancipatio particularis) erfanden, damit doch Vater und Sohn, wenn ſie wollten, Rechtsgeſchäfte mit einander verrichten konnten. Ihrer anhaltenden Bemühung iſt es zuzuſchreiben, daß wir eine väterliche Gewalt haben, die ſich ganz ſo darſtellt als ſie vor der neueſten Juſtinianiſchen Geſetzgebung in den Pandecten und dem Codex vorkommt, und welche nur rückſichtlich der Beendigung ſich von der Römiſchen patria poteſtas unterſcheidet. Wir haben, recht die Sache ausgeſprochen, Früchte des Römiſchen Rechts, welche ohne Boden wuchern.

Betrachten wir bey dieſer wahrhaften Curioſität noch den heutigen Austritt aus der väterlichen Gewalt, der ſich durch die ſogenannte ſeparata oeconomia macht, etwas ge-

nauer. Das ältere Prinzip davon ist: Sobald das Kind sich von dem Vater separirt und einen eigenen Haushalt constituirt, ist es von der *patria potestas ipso jure* befreyt. Das Prinzip geht bloß auf die Thatsache und läßt die Frage unbeantwortet, wenn das Kind zur Anlegung eines eigenen Haushalts befugt sey. Es verdienen hier zwey Fragen noch in genauere Untersuchung gezogen zu werden: die Frage, wenn ist separata oeconomia factisch, und wenn ist sie juridisch vorhanden. Denn da bekanntlich mit dieser Befreyung von der väterlichen Gewalt auch die Verbindlichkeit des Vaters, dem Kinde das Vermögen herauszugeben, welches er von demselben besitzt, verbunden ist, so muß die geaue Beantwortung beider Fragen von höchster Wichtigkeit seyn.

§. 269.

Es fehlt durchaus an gemeinrechtlichen Bestimmungen über die Aufhebung der patria potestas per separatam oeconomiam: wir wissen bloß geschichtlich aus der alten Zeit, daß Entfernung aus dem väterlichen Hause, verbunden mit Heurath und eigenem Etablissement solche begründete, und daß das Wegheurathen der Töchter aus dem elterlichen Hause ganz dem Falle gleich geachtet wurde, wo sich der filiusfamilias selbst etablirte. Beides verstand sich unter der Bedingung, daß es nicht von der väterlichen Gewalt behindert werden konnte, oder doch nicht behindert wurde. Was separata oeconomia sey, dürfte mehr aus dem Character der alten Deutschen, als aus dem Ausdrucke selbst zu bestimmen seyn: man dachte sich nicht einen unverheuratheten auf seine Hand und für sein Geld lebenden Sohn, wie in unsern Tagen: so eine Einrichtung hätte den Sitten unserer Vorfahren widersprochen: daß man mit der separata oeconomia die väterliche Gewalt aufhören ließ, hat in der Vorstellung seinen Grund, daß es einen Widerspruch enthalte, selbst

Hausvater zu seyn, d. h. in einer ehelichen Verbindung nicht bloß zu leben und Kinder zu haben, sondern auch seine eigene Wirthschaft, und doch unter väterlicher Gewalt zu stehen. War bey unseren Vorfahren gleich die väterliche Gewalt kein lebenswieriges Recht, so hörte sie doch auch nicht mit vollendeter Erziehung des Kindes auf: die Kinder, welche weder emancipirt waren, noch separatam oeconomiam hatten, standen fortdauernd darunter. Wo ein Institut nicht durch Gesetze bestimmt ist, sondern allein seine Bestimmung durch die Rechtssitte erhält, da kann es auch sehr natürlich nur im Geiste derselben aufgefaßt, verfolgt und für die jetzige Zeit anwendbar gemacht werden. Zwar ist die gemeine Lehre unserer Juristen, der Sohn gehe sogleich aus der väterlichen Gewalt, als er durch eigenen Erwerb oder durch ein Amt sich zu erhalten im Stande sey, wenn er auch noch bey dem Vater lebe: die eigenen Subsistenzmittel wären also das Zeichen der beendigten väterlichen Gewalt: einige sehen auch auch schon in der Möglichkeit durch eigenen Erwerb zu subsistiren, und in der mit Hinsicht auf diese Möglichkeit geschehenen Trennung von dem Vater das Aufhören der väterlichen Gewalt. So würde auch schon dadurch, daß ein Hausssohn oder eine Haustochter in Dienst tritt, die väterliche Gewalt beendigt werden. Daß der ursprüngliche Gesichtspunct durch diese Annahme ganz verrückt wird, ist eben so klar, als es klar ist, daß die Frage, wann der Vater seinem Kinde das von demselben in Händen habende Vermögen herauszugeben schuldig sey, nie gründlich beantwortet werden kann. Ein Sohn der mit Bewilligung des Vaters separatam oeconomiam angelegt hätte, aber dabey noch fortdauernd von dem Vater unterstützt werden müßte, oder vielleicht noch ganz durch ihn subsistirte, müßte vermittelst dieses Prinzips noch eben so gut als vorher unter der väterlichen Gewalt stehen, was doch nach älterer Verfassung nicht der Fall ist,

weil selbst väterliche Gewalt zu haben und noch unter väterlicher Gewalt zu stehen, bey unseren Vorfahren ein Widerspruch mit sich selbst zu seyn schien. Darum und weil die älteren Deutschen der Mutter eine Theilnahme an der väterlichen Gewalt beylegten, ging auch die Tochter durch die Ehe aus der väterlichen Gewalt: die Gewalt des Mannes würde auch hier mit der väterlichen Gewalt in Collision gekommen seyn: überhaupt gehört aber der Fall nicht zu der separata oeconomia. Klar ist, daß wenn die Sache eine vernünftige Bedeutung erhalten soll, und wenn dabey überall die Rechtsverhältnisse gehörig ausgeglichen werden sollen, sie wieder auf den alten Gesichtspunct zurückgeführt und darnach allein bestimmt werden muß. Ich setze daher das Wesen der separata oeconomia der Thatsache nach in die Verheurathung eines Haussohns verbunden mit der Errichtung eines eigenen Hauswesens, was gerade nicht in einem Etablissement zu bestehen braucht, sondern was schon durch die Absonderung vom väterlichen Heerde bewirkt wird, oder wie sich unsere Vorfahren darüber auszudrücken pflegten, wo der Sohn mit seinem Weibe seine eigene Hütte bezieht. Dem Rechte nach setze ich sie in die mit väterlicher wahrer oder erdichteter Bewilligung abgeschlossene Ehe. Von der Ehe als Möglichkeit der Erwerbung einer eigenen väterlichen Gewalt geht hier alles vorzugsweise aus, und da das Prinzip ist, wer selbst väterliche Gewalt hat, oder sich nur in der Lage befindet, solche zu erwerben, kann nicht mehr der väterlichen Gewalt unterworfen seyn, so ist klar, daß auch schon derjenige Sohn von der patria potestas frey seyn muß, der sich mit Erlaubniß des Vaters verheurathet hat, wenn er sich auch noch mit seiner Familie im väterlichen Hause und an dessen Tisch befindet. Die separata oeconomia ist offenbar nur als die Hauptsache hingestellt: das Prinzip greift tiefer. Es ist dieses: wer sich in einer rechtmäßigen Möglichkeit befindet,

selbst Vater zu werden, der ist von der väterlichen Gewalt frey, weil es widersprechend ist, selbst väterliche Gewalt zu haben, und unter eines Andern väterlicher Gewalt zu stehen. Daraus entwickeln sich nun nach ächt deutschen Grundsätzen die Folgen: daß separata oeconomia im Grunde nichts weiter ist, als die rechtmäßige Errichtung eines besonderen von dem väterlichen Hausstande abgesonderten Hausstandes; daß sich diese Errichtung allein schon durch die Verheurathung macht, und daß nichts darauf ankommt, ob man in ein anderes Haus zieht, oder bey dem Vater wohnen bleibt, ob man sich so zu reden etablirt oder nicht, und ob man endlich noch der väterlichen Unterstützung bedarf oder nicht. Man muß also das „separata oeconomia" nicht sowohl grammatisch als vielmehr philosophisch nehmen, und darunter nicht sowohl die Errichtung eines besonderen Haushalts als vielmehr die Errichtung eines besonderen Hausstandes verstehen. Factisch wird derselbe durch die Verheurathung, juristisch aber durch die mit väterlicher wahrer oder erdichteter (d. h. von dem Richter ergänzter) Einwilligung errichtet.

Nun umgeht man auch alle Schwierigkeiten, zu welchen die gewöhnliche Theorie führt. Daß generell Aemter und Würden von der väterlichen Gewalt befreyeten, läßt sich auch nach deutschen Rechten nicht behaupten: das dazwischen gekommene und jetzt auch in der Lehre von der väterlichen Gewalt gültige Römische Recht weiß gleichfalls nichts davon, sondern hat, wie wir oben gesehen haben, nur für gewisse Aemter und Würden eine Ausnahme gemacht. Eben so wenig läßt sich weder nach Römischen noch nach Deutschen Rechten behaupten, daß das Hauskind, welches im Stande ist durch eignen Erwerb zu subsistiren, von der väterlichen Gewalt frey sey. Nur die Verwirrung der Begriffe, und daß man Subsistenz durch eigenen Erwerb und separata oeconomia für gleichbedeutend nahm, hat es davon frey ge-

macht. Läßt sich gleich nicht läugnen, daß, um separatam oeconomiam anlegen zu können, in der Regel nöthig sey, daß man vom eigenen Erwerbe subsistiren könne, so folgt daraus doch noch keinesweges, daß Existenz durch eigenen Erwerb und separata oeconomia einerley sey. Das eine ist bloß Mittel zum andern: die separata oeconomia kann auch ohne das Mittel gedacht werden: der Sohn kann ja eigenes Vermögen haben und vom Vater oder von einem Andern unterhalten werden. Jetzt läßt sich auch leicht die Frage beantworden, wann der Vater angehalten werden könne, dem Sohne oder der Tochter das Adventizgut herauszugeben, dessen Verwalter und Usufructuar er war. In so fern nicht schon die väterliche Gewalt auf andere Weise beendigt ist, vor der Verehelichung durchaus nicht, denn damit beginnt erst die separata oeconomia und die Aufhebung der väterlichen Gewalt: zugleich werden die usufructuarischen Rechte des Vaters aufgehoben. Mag also der Sohn nach vollendeten Studien sein Brod selbst noch so reichlich erwerben und der väterlichen Unterstützung auch im Geringsten nicht bedürfen, auch wie man zu sagen pflegt, sein eigenes Haus und seinen eigenen Heerd haben, so lange er unverheurathet ist, ist nie die separata oeconomia vorhanden, welche der väterlichen Gewalt ein Ende macht.

Man wird jetzt sehr leicht im Stande seyn, meine Behauptung von der gemeinen Lehre zu unterscheiden. Die gemeine Lehre setzt ohne alles historische sowohl als philosophische Prinzip die Beendigung der väterlichen Gewalt per separatam oeconomiam in die eigene Subsistenz-Fähigkeit des Sohns, und die Verehelichung der Tochter in einer Art, wo sie durch ihren Mann subsistenzfähig wird: ich hingegen setze sie allein in die Verehelichung mit wahrer oder erdichteter Bewilligung der Eltern. Nach der gemeinen Lehre hört die väterliche Gewalt nicht auf, wenn der Vater

die verehelichten Kinder ganz oder doch zum größten Theil erhalten muß, (was in der Anwendung die ungeheuersten Schwierigkeiten hat) ich hingegen lasse sie durch die Ehe beendigen, und wenn der Vater auch die Kinder noch ganz erhalten müßte. Ich glaube die Gründe meiner Behauptung oben hinlänglich gerechtfertigt zu haben. Nicht ihr, sondern der Sache selbst, dem Austritt aus der väterlichen Gewalt per separatam oeconomiam könnte entgegengesetzt werden, daß da nach dem Römischen, jetzt bey uns auch in der Lehre von der väterlichen Gewalt angenommenen Recht, es mit einander verträglich sey, daß wer patriam potestatem habe, auch noch wohl unter der patria potestas stehen könne, wegen des wegfallenden Grundes auch der Austritt aus der väterlichen Gewalt per separatam oeconomiam nicht mehr statt finden dürfe. Allein der Zustand unseres Rechts ist nun einmal so, daß wenn auch die Gründe für ein Rechtsinstitut wegfallen, dasselbe doch besteht, und die geschichtliche Seite so häufig über die dogmatische das Uebergewicht behauptet. Etwas Anderes ist es aber, wenn ein Rechtsinstitut der früheren Zeit noch jetzt zur Anwendung gebracht werden soll: hier muß unstreitig seine Genesis in Betracht gezogen, und muß es mit Berücksichtigung derselben, in so fern nicht die spätere Zeit irgend eine Modification hervorgebracht hat, darnach zur Anwendung gebracht werden.

Eben darum läßt sich auch gar nicht einmal fragen, ob bey uns noch das Römische praemium emancipationis, (wo nämlich der Vater dafür, daß er die Kinder freywillig emancipirt, als Belohnung lebenslänglich die Hälfte des Nießbrauchs des regulairen adventizischen Sonderguts behält) statt finde. Daß vernünftiger Weise davon gar nicht die Rede seyn kann, wenn das Kind per separatam oeconomiam aus der väterlichen Gewalt geht, ist wohl klar, indem dieser Fall ganz dem gleich zu stellen ist, wo bey den Römern

auf andere Weise als durch die Emancipation die väterliche Gewalt aufgehoben wurde, und also nicht von Belohnung einer nicht existirenden Emancipation die Rede seyn kann. Zwar fällt der Grund des praemii emancipationis bey uns um so mehr weg, als die separata oeconomia von der väterlichen Gewalt befreyt, und ist die Emancipation bey den veränderten Sitten dem Kinde wirklich eher nachtheilig als vortheilhaft, weil der Vater nur durch eine frühere Emancipation sich die Hälfte des Genusses des regulairen Adventizguts sichern kann, den er sonst ganz verlieren müßte, wenn er den Eintritt der separata oeconomia, die doch bey den meisten Menschen in der Ordnung ist, abwartet. Allein darum kann doch die Sache selbst nicht als aufgehoben betrachtet werden, weil sie mit dem Römischen Recht zu uns nach Deutschland gekommen ist, und das Römische Recht sich innigst mit den deutschen Grundsätzen von der patria potestas verbunden hat. Man kann auch nicht annehmen, dieß praemium emancipationis höre hernach wieder auf, wenn das Kind separatam oeconomiam anlegt, weil dies, wenn es gleich gewöhnlich geschieht, doch immer etwas Zufälliges ist, und auch dadurch bey den Römern ja das einmal eingetretene praemium emancipationis nicht wieder wegfiel, wenn auch hinterher der Sohn zu einem Amte oder einer Würde gelangte, wodurch gesetzlich die väterliche Gewalt ein Ende nahm.

XL.

Ueber den Römischen Begriff der Ehe und die Römische sowohl als jetzige Eheform §. 270 u. 271. — Reflexionen zur Berichtigung der Theorie von Abschließung und Aufhebung der Ehe §. 272 u. 273. — Vermögensrechte der Ehegatten nach dem Römischen Recht, und heutige Anwendung der darüber vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen §. 274 — 278.

§. 270.

Es ist wohl nicht zu läugnen, daß Modestins Darstellung der Ehe (*Digest. 23, 2, L. 1.*) „nuptiae sunt conjunctio maris et foeminae, consortium omnis vitae: divini et humani juris communicatio" eine nicht bloß viel edlere, sondern auch richtigere Ansicht dieses Rechtsinstituts gewährt, als unsere gangbaren Definitionen, nach welchen die Ehe bald als eine vorzugsweise zum Behuf der Erzeugung und Erziehung der Kinder eingegangene Verbindung [a]), bald aber auch gar nur als Beyschlafsgesellschaft erscheint. Man wirft ihr zwar mit Recht vor, daß sie mehr beschreibend als definirend sey, aber es ist die Frage, ob sich überall eine scharfe Definition von der Ehe geben lasse. Eher dürfte man ihr zum Vorwurf machen, daß sie mehr auf den ältern Zustand der Dinge passe, als auf den neueren. Daß Modestin bloß die Römische Ehe im Sinne hat, ist klar: mit dem matrimonio juris gentium hat seine Darstellung auch gar nichts zu schaffen. — Will man doch das matrimonium juris civilis mit Hinsicht auf die letzte Beschaffenheit definiren, so weiß ich keine andere als diese Definition, daß es nämlich eine nach den Gesetzen des Staats errichtete gesellschaftliche Verbindung zwischen Mann und Weib sey,

a) Wie ich sie auch noch in meinem Pandecten oder Handbuch des Römisch-Deutschen Privatrechts Th. 2. §. 470. dargestellt habe.

deren Tendenz ein lebenswieriges Zusammenleben und Zusammenwirken ist. Aus diesem Begriff folgt schon alles Uebrige von selbst: wollte man alle gesetzliche Folgen und Wirkungen mit in den Begriff hineinziehen, so würde man die bekannten Regeln des Definirens eines Theils überschreiten, andern Theils würde sich auch ein Begriff bilden, der das matrimonium juris civilis nur in der Partialität, nicht aber in der Totalität in sich begriffe. Alles was sich auf den Beyschlaf und die Erzeugung und Erziehung der Kinder bezieht, muß schon deshalb aus dem Begriff der Ehe wegbleiben, weil es, wenn es gleich zur Regel, doch nicht zum Wesen der Ehe gehört. Es giebt eine gewisse leichte Manier, sich hier, wenn man die Dinge in den Begriff aufnimmt, aus der Verlegenheit zu helfen, nämlich die Ehen, wobey sich an Erzeugung und Erziehung der Kinder gar nicht, und an den Beyschlaf nur höchstens als eine Lächerlichkeit denken läßt, als Ausnahmen von der Regel hinzustellen: allein es soll hier der Begriff eines Rechtsinstituts, nicht die Regel mit ihren etwanigen Ausnahmen vorgetragen werden.

§. 271.

Wie die ursprünglich bey den Römern so feyerliche und kirchliche Eheform in dem Verlaufe der Zeit so unfeyerlich und weltlich werden, zuletzt sich in bloße Contractsform verwandeln konnte, bleibt ewig unerklärbar, wenn man sich nicht über die gewöhnliche Ansicht erhebt. Die confarreatio war doch gewiß keine bloß patrizische oder wohl gar nur priesterliche Eheform: die Revolution, welche dem Regiment der reges ein Ende machte, war ferner ja keine französische, wodurch die Ehe zum rein weltlichen Geschäft gemacht worden wäre, auch kann wahrhaftig nicht behauptet werden, das Volk sey, wenigstens in den ersten Zeiten der sogenannten republicanischen Verfassung, weniger für das ceremo-

niöse gestimmt gewesen als früher. Das matrimonium per usum erscheint in der gewöhnlichen Vorstellung überdieß als eine so gemeine Sache, daß wirklich ein recht verworfenes Volk dazu gehört, um darauf zu verfallen. Nimmt man, wie gewöhnlich an, die Confarreation sey ein zu kostbarer Ritus gewesen, den nicht jeder mitmachen können, und seyen daher die beiden andern Formen die coëmtio und der usus eingeführt worden, so läßt sich wieder nicht begreifen, wie die Römer dazu gekommen seyn sollten, mehrere Eheformen bey sich einzuführen, besonders da sich in der ganzen alten Geschichte kein Beyspiel von dem Zusammenbestehen verschiedener Eheformen bey einem Volke findet. Aber worin lag das Kostspielige der Confarreation? Ich sehe es nicht, wenn man von dem Wesentlichen des Ritus das Außerwesentliche absondert, und die Beobachtung oder Vernachlässigung desselben eines jeden Gutbefinden überläßt.

Ob nicht durch die folgende Darstellung der Sache eine richtigere Ansicht abgewonnen, zugleich alle Verlegenheit gehoben werden möchte, welche die gewöhnliche Ansicht herbeyführt? Die allgemeine Eheform der Römer bestand in weiter nichts als in einer feyerlichen und förmlichen gegenseitigen Erklärung des Eheconsenses vor Zeugen — gewöhnlich den nächsten Verwandten der Ehegatten. Die Einwilligung des Vaters in die Verheurathung seiner Tochter suspendirte seine väterliche Gewalt zu Gunsten der männlichen Gewalt potestas maritalis, so wie auch schon der Vater durch die Gestattung der Ehe eines Haussohns seine väterliche Gewalt beschränkte. Durch die Ehe an sich wurde also die Frau nicht Mitglied der Familie ihres Mannes, kam nicht unter dessen väterliche Gewalt und trat auch nicht mit ihm in die communio divini et humani juris. Sollte sie in die väterliche Gewalt des Mannes übergehen, so mußte sie von ihm erst förmlich aus der Gewalt ihres Vaters gelöst, oder vielmehr

dieſe auf ihn übertragen werden, und wollte ſie Mitglied der Familie ihres Mannes und Theilnehmerin ſeines humani juris werden, ſo war ein Schein-Einkauf dazu erforderlich. Hierauf bezieht ſich unſtreitig der gedoppelte Ritus der Coemtion, wovon der eine dem Manne, der andere der Frau angehört, und welcher zu der allgemeinen Eheform zwar hinzukam, mit ihr ſelbſt übrigens aber nichts zu ſchaffen hatte. Dieß iſt es was die Römer convenire in manum mariti nennen, und eine Ehe, zu welcher die coëmtio hinzugetreten war, war das matrimonium per coëmtionem. — Die patria poteſtas über die Frau konnte aber der Mann auch durch die uſus autoritas erwerben, wenn er ſie nämlich nach ohne coëmtio abgeſchloſſener Ehe ein Jahr hindurch ununterbrochen als ſeine filiafamilias behandelt hatte. Die patria poteſtas ließ ſich nicht denken, wenn die Frau nicht zugleich in die Familie des Mannes überging und zugleich Theilnehmerin ſeines humani juris wurde. So wurde alſo per uſum daſſelbe gewirkt, was eigentlich nur durch die coëmtio gewirkt werden konnte. Wir haben hier das ſogenannte matrimonium per uſum. Weder die coëmtio noch der uſus erſcheinen hier als Eheform, ſondern nur als etwas der abgeſchloſſenen Ehe Hinzugekommenes. Aber weder die coëmtio noch die uſus autoritas konnten auf die Frau das divinum jus des Mannes übertragen, und ſie deſſelben theilhaftig machen. Dazu wurde die Approbation des collegii pontificum erfordert, die auch in eben dieſer Hinſicht bey der Adoption nöthig war, und die feyerliche Einſetzung in die Gemeinſchaft des göttlichen Rechts macht den ritus confarreationis aus. Ihm mußte natürlich die coëmtio oder der uſus ſchon vorangegangen ſeyn, denn eine Frau, welche des divini juris theilhaftig werden wollte, mußte ſchon das humanum jus des Mannes mit überkommen haben: wahrſcheinlich verband man auch beides die coëmtio und die con-

farreatio in eine Handlung zusammen, und benannte alsdann das Ganze von dem gottesdienstlichen Act. So ist es zu erklären, wenn vom matrimonio per confarreationem gesprochen und gesagt wird, dieser ritus habe die conventio in manum mariti und die Mittheilung des ganzen divini et humani juris an die Frau zur Folge gehabt. Gesagt hätte eigentlich werden müssen, die Frau sey durch die coemtio in manum mariti gekommen, und wäre dadurch Theilnehmerin seines gesammten humani juris geworden; das divinum jus desselben sey nun aber auch durch die Confarreation auf ihn übergegangen.

Nicht alle Römer hatten divinum jus oder sacra privata: diese waren nur ein Vorzug der Reichen und der Angesehensten im Volke. Wo kein divinum jus vorhanden war, in dessen Gemeinschaft die Frau hätte treten können, da mußte der ritus confarreationis schon von selbst unterbleiben. Dabey bleibt nur noch unerklärbar, wie er in der Folge immer seltener ward und endlich ganz verschwand, selbst bey Ehen mit solchen Männern, welche unstreitig sacra privata hatten. Scheuete etwa die Frau die communionem juris divini, oder was hatte es damit sonst für eine Bewandtniß?

Klar liegt vor, daß bey den Römern das jus humanum von dem jus divinum getrennt war, und daß bey den Ehen jedes eigends auf die Frau übertragen werden mußte, wenn sie Theilnehmerin daran werden wollte. Wir wissen, daß die einmal mit Genehmigung des collegii pontificum gestifteten sacra privata auch ohne dessen Consens nicht wieder aufgehoben werden konnten, und daß sie auf der hereditas hafteten. War aber die Frau förmlich mit in die Gemeinschaft des juris divini ihres Mannes getreten, so erschien sie ja auch nach dessen Tode als die Person, welche vorzugsweise für diese sacra privata haftete, selbst auch wenn sie nur

einen Theil des Vermögens erbte, oder der Mann sie ganz im Testament ausschloß, oder endlich gar nichts hinterließ. Das Lästige des Hausgottesdienstes bey den Römern ist aus deren Geschichte bekannt: war es also wohl Wunder, daß man die Confarreation scheuete, und sich nur solche Frauenzimmer dazu entschlossen, welche recht vollständig und spießbürgerlich verheurathet seyn wollten. Je weiter die Bildung bey den Römern fortschritt, desto seltener mußte das sogenannte matrimonium per confarreationem werden, besonders da die confarreatio der Ehe keinen höheren Rang in der bürgerlichen Gesellschaft anwies, auch den aus der Ehe erzeugten Kindern keine besonderen Rechte hinsichtlich der Staatsämter und Würden, sondern bloß hinsichtlich der sacra gab. Man kann annehmen, nur solche Frauenspersonen entschlossen sich dazu, welche zur Absicht hatten, ihre Kinder dem Priesterstande zu widmen, die übrigen ließen es bey der coëmtio bewenden.

Bey der vorstehenden Darstellung scheidet sich nun die eigentliche Form der Ehe ganz scharf von hinzutretenden gar nicht mit dem Wesen der Ehe in Verbindung stehenden, sondern nur dann nöthigen Formalitäten und Requisiten, wenn die Frau in die väterliche Gewalt des Mannes und in seine Familie übergehen, und seines gesammten göttlichen und menschlichen Rechts theilhaftig werden sollte, und läßt sich erklären, wie diese Formalitäten und Requisite späterhin wegfallen konnten, ohne daß so wenig das Förmliche als das Materielle der Ehe darunter gelitten hätte, weil dieß, daß die Ehefrau in die potestas des Mannes und in seine Familie übergieng, auch seines juris divini und humani theilhaftig wurde, mit der Ehe und deren Rechten an sich gar nichts zu schaffen hatte. Man entgeht auch bey der vorstehenden Darstellung einer Menge Controversen, mit welcher sich ältere sowohl als neuere Juristen recht eigentlich abquälen,

z. B. ob die confarreatio als solche die uxor schon in die Gewalt des Mannes gebracht habe, wie das matrimonium per usum eigentlich beschaffen gewesen u. s. f. In so fern könnte noch immer ein Zweifel übrig bleiben, als man etwa sich auch bey dem matrimonio per usum die Sache so denken könnte, die Frage, welche Rechte dem Manne über die Frau zugestanden, habe sich hier nach dem Maaßstabe beantwortet, nach welchem er in dem annus usus erworben. Denn so sey es ja bey der erwerbenden Verjährung überall Regel: tantum praescriptum quantum possessum, und hier sey ja nichts anders als erwerbende Verjährung. Allein wenn wir auch eine Verjährung hier denken wollten, so würde es doch nur die alte usucapio seyn können, für welche jene Regel, die sich erst mit der prätorischen praescriptio und für selbige allein bildete, gar nicht einmal paßt, auch würde hier nichts anders präscribirt werden können, als die patria potestas über die Frau, die sich denn wohl in der Totalität, nicht aber in der Particularität denken läßt. War aber diese einmal erworben, so folgte alles Uebrige von selbst. Uebrigens bin ich der Meinung, daß bey dem sogenannten matrimonio per usum sich alles in dem ersten Jahr der Ehe regulirte: eine eigene Erscheinung wäre es, wenn die Frau fortdauernd gegen Anmaßungen des Mannes hätte kämpfen sollen.

Frägt man nun, welche Ehen waren die Regel: die wo die Frau in die väterliche Gewalt des Mannes zugleich übergieng, oder die, wo ein solcher Uebergang nicht erfolgte, so kann man um so mehr für die ersteren präsumiren, als selbst die autoritas usus unstreitig zu ihrer Begünstigung eingeführt wurde, ohne daß daraus gefolgert werden kann, der Abschluß der Ehe habe schon von selbst diese Wirkungen hervorgebracht. Wir können annehmen, es gab von Anfang an Ehen, bey welchen die Frau nicht in die Gewalt des Mannes übergieng, aber die gewöhnlichen waren die, wo

die

die coëmtio als hinzutretender Ritus diesen Uebergang bewirkte, und bey den ersteren suchte man den Uebergang durch die autoritas usus zu befördern: die Ehen, wo noch confarreatio hinzutrat, mußten ihrer Natur nach die seltneren seyn: den Zusammenhang des sogenannten matrimonii per confarreationem, per coëmtionem und per usum mit der späteren sogenannten Ehe per instrumenta dotalia dürften wir am besten auf diese Weise finden. Die dotis constitutio scheint vorzugsweise so entstanden zu seyn: man wollte die Tochter nicht der väterlichen Gewalt des Mannes unterwerfen, und theilte ihr daher von seinem Vermögen mit, was sie dem Manne ad sustinenda onera matrimonii einbringen konnte, wogegen dieser darauf verzichtete, je durch die autoritas usus eine solche Gewalt über die Frau erwerben zu wollen: man wollte aber auch die Tochter dadurch zugleich abfinden. Die dotis constitutio und die instrumenta dotalia giengen der Ehe vorauf: auf deren Grund wurde selbige hernach abgeschlossen: klar ist, daß in der confectio instrumentorum dotalium eben so wenig eine Eheform liegt, als in der coëmtio der confarreatio und dem usus: die dos und die instrumenta dotalia sind hier eben so etwas Accessorisches bey der Ehe, als es sind die coëmtio, die confarreatio und der usus. Nicht alle Väter konnten dotem constituiren, auch war die liberalität der Verwandten und der Freunde des Hauses wohl nicht oft so groß, daß sie ins Mittel trat, wenn der Vater keine dotem constituiren konnte: nicht gar viele Wittwen hatten Vermögen, welches sie bey den secundis nuptiis als dos hätten inferiren können: die Natur der Sache ergiebt also, daß die sogenannten Ehen per instrumenta dotalia nur bey den Vornehmen und Wohlhabenden vorkommen konnten. So blieben denn neben ihnen die übrigen Ehen, und mußten natürlich die häufigeren seyn, weil sich der Mann gewiß keine Ehebedingungen gefallen ließ, wo er keinen Nutzen hatte.

Doch werden deutlich die instrumenta dotalia von andern auf die Ehe sich beziehenden Urkunden abgesondert: welche diese waren, ist klar, wenn man erwägt, daß es auch Frauen gab, welche die Verfügung über ihr Vermögen und den Genuß desselben behalten wollten, wenn sie gleich dem Manne gern den Mitgenuß gestatteten, nur nicht als Recht, sondern als Beweis ihrer Zuneigung. Möglich ist auch, daß nachdem einmal die Eheberedungen aufgekommen waren, der Mann auch aus bloßer Zuneigung zu der Frau, wenn solche gleich ohne alles Vermögen zu ihm kam, sich Stipulationen gefallen ließ, welche ihn außer Stand setzten, sich eine patria potestas über die Frau durch den usus anzumaaßen. Der Hang der vornehmen Weiber in der späteren Zeit zur Ungebundenheit, mag solche Ehen gern in Menge herbeygeführt haben. Aber falsch bleibt es immer, wenn man dergleichen Ehen in so fern für bedingte hält, als das der Römischen Ehe Natürliche durch Verträge sey beschränkt worden, indem dasjenige, zu dessen Ausschließung vorzugsweise die Pacten gemacht wurden, die potestas des Mannes, nichts weniger als ein naturale der Ehe war.

Sehr merkwürdig ist Justinians Verordnung in der Novelle 74, Kap. 4 und 5. Es wird darin als geltendes Recht angenommen ut etiam nuptiae extra dotalia instrumenta ex solo affectu valeant et natae sint (das „dotalia" begreift hier auch ganz unstreitig die „instrumenta nuptialia" in sich). Der Imperator will zwar das bisher gegoltene Recht nicht aufheben, allein da es zu so vielen erdichteten Ehen Veranlassung gegeben, so wird verordnet 1) daß alle, welche sich in majoribus dignitatibus befinden, ohne instrumenta dotalia keine Ehe sollen abschließen können. Doch will die Novelle 117 die früher ohne diese Form abgeschlossenen Ehen aufrecht erhalten wissen. — 2) Die, welche sich in militiis honestioribus et negotiiset omnino professio-

nibus dignioribus befinden, d. h. nach unserm Sprachgebrauch alle Honoratioren, wenn sie keine instrumenta dotatia oder nuptialia errichten wollen, sollen doch gehalten seyn, vor dem defensor ecclesiae und mit Zuziehung von drey oder vier der angesehensten Geistlichen eine förmliche Eheskands-Acte zu errichten, oder doch wenigstens die Ehe zu erklären, damit solche Erklärung in die Kirchenbücher eingetragen und daraus erforderlichen Falls bewiesen werden könne. 3) Alle geringe Leute, wohin auch gemeine Soldaten und Ackerbauer gehören, sollen hinsichtlich der Abschließung der Ehe durchaus ungenirt seyn. — Würde aber 4) eine Frauensperson nachweisen, daß jemand sie in sein Haus genommen, und ihr geschworen, daß er sie als seine Frau betrachten wolle, so sollte die Ehe unter ihnen als vorhanden angesehen werden, und sollten der Frau und den Kindern alle Rechte der Legitimität zuständig seyn. — Man sieht klar, daß es Justinian überall mehr um den Beweis einer vorhandenen Ehe als um die Eheform selbst zu thun war, und daß ihn selbst der Beweis nur hinsichtlich solcher Ehen interessirte, die in seinen Augen einigen Werth hatten.

Klar erhellt aus derselben Novelle, welche man für die Behauptung, daß Leo der Urheber der benedictio sacerdotalis bey der Ehe sey, anführt, der Nov. Leon. 89 nämlich, daß schon viel früher dieser Brauch existirte. Offenbar behandelt ihn Leo als einen sehr alten religiösen Brauch in der christlichen Kirche, der bloß durch die überhand nehmende Irreligion der spätern Zeit abgekommen sey: mag er indeß so alt seyn als die christliche Kirche selbst, so erscheint doch als ausgemacht, daß vor Leo nicht daran gedacht wurde, ihn als bürgerliche Eheform vorzuschreiben. Justinian, dessen Gesetzgebung doch sonst einen so religiösen Character hat, war weit entfernt, mit der Eheform etwas Religiöses zu verbinden, was doch hier gerade in der Ordnung zu seyn scheint.

Ausgemacht hat zuerst Leo die Gültigkeit der Ehe von der hinzukommenden benedictio sacerdotalis zuerst abhängig gemacht: früher mochte sie bey der Ehe vorkommen auch wegbleiben, ohne daß davon etwas abhing. Aber Leos Einrichtung mußte um so mehr allgemeinen Beyfall finden, als sie einen alten christlichen Brauch nur gesetzlich machte. Die in dem kanonischen Recht geschehene Bestätigung derselben bezieht sich sichtbar theils auf die alte christliche Sitte, theils auf Leo's Verordnung, und der Pabst setzt eben so gut die Strafe der Nullität auf die Nichtbeobachtung der priesterlichen Einsegnung als Leo [a]), aber die später zum Behuf des Ehesacraments erfundene Lehre von der Eintheilung der Sponsalien in sponsalia de praesenti und de futuro, nach welcher die ersteren schon als wirkliche Ehe betrachtet werden, auch sponsalia de futuro durch den hinzutretenden Beyschlaf in matrimonium verwandelt werden [b]), hat die benedictio sacerdotalis wieder in den Hintergrund geschoben, wenigstens gehört solche nach dem neueren kanonischen Recht nur zu den unwesentlichen Stücken der Eheform. Bekanntlich hat die Tridentinische Kirchenversammlung das Wesen der Ehe an die coram parocho competenti et duobus testibus ausdrücklich geschehene Erklärung des Eheconsenses gebunden [c]), allein eben so bekanntlich haben deren Aussprüche keinen allgemeinen, sondern bloß particulairen Eingang gefunden. Fragen wir bey uns nach der weltlichen Gesetzgebung, so enthält die gemeine einheimische keine Bestimmungen über die Eheform, die fremde, das Römische kanonische Recht hat sie wohl, aber die Bestimmungen darüber stehen mit einander in Widerspruch. Wenn gesagt wird, bey Katholiken be-

a) *C. 1. Caus. 30. Qu. 5.*
b) *C. 30. X. de sponsa.*
c) *Conc. Trident. Sess. 24. de ref. matr.*

steht in Deutschland die Eheform in der Erklärung des Eheconsenses vor dem Parochus und Zeugen, bey Protestanten aber in der priesterlichen Copulation, so hat das erstere nur bedingt seine Richtigkeit, nämlich in Ländern, wo die Beschlüsse der Tridentinischen Kirchen-Versammlung angenommen sind, und das letztere zwar unbedingt, aber durchaus nur als particulair-, nicht als gemeinrechtliche Sitte, indem das gemeinrechtliche nicht durch die Uebereinstimmung der particulairen Rechte, sondern aus andern Gründen bestimmt seyn will [d]). Eine Eheform des juris communis giebt es sonach jetzt durchaus nicht.

§. 272.

In der Lehre von der Abschließung und Wiederaufhebung der Ehe enthält unsere Jurisprudenz eine Menge Inconsequenzen, die man weniger den Juristen als dem unseligen Rechtszustande — der Vermischung des Römischen und kanonischen Rechts — zur Last zu legen hat.

I. Das Römische Recht enthält den ganz einfachen Satz, daß jede Ehe, welche gegen das Verbot der Gesetze abgeschlossen wird, null und nichtig sey; ein Satz der sich auf das allgemeine Prinzip dieses Rechts über verbotene

d) Die Frage, ob bey uns die Regenten ein sogenanntes matrimonium conscientiae d. h. eine Ehe, bey welcher die recipirte Form nicht angewendet wird, abschließen können, hängt doch gar sehr davon ab, wie man sich die verbindende Kraft dieser Form denkt. Setzt man sie in die weltliche Gesetzgebung, so beantwortet sich die Frage durch die einfache Bemerkung, daß der Regent über die Gesetze erhaben sey, schon von selbst. Wird sie hingegen in die kirchliche Gesetzgebung, welcher die kirchliche Rechtssitte zur Seite geht, gesetzt, so dürfte es seine großen Schwierigkeiten haben, dem Regenten als Mitglied der Kirche das Recht einzuräumen, sich über deren Anordnungen hinauszusetzen. Selbst der sogenannte Episcopat des evangelischen Landesherrn dürfte nicht dazu berechtigen.

Rechthandlungen gründet. In wie fern der auf das kanonische Recht sich gründende Unterschied zwischen impedimentis matrimonium impedientibus tantum und dirimentibus diesen Satz gestört hat, soll jetzt genauer untersucht werden.

Ob wir *Inst. I, 10, §. 12.* in dem reinen Ausspruche der Verfasser der Institutionen, oder mit der Erklärung des Theophilus nehmen, macht schon einen wichtigen Unterschied. Nach jenem ist schon jede Ehe ungültig, welche als absolut oder bedingt verbotene erscheint, d. h. wo die Ehe entweder überhaupt untersagt ist, oder wegen Mangel des gesetzlichen Alters, der Einwilligung des Vaters u. s. w. Nach dieser beschränkt sich die Stelle auf die wegen zu naher Verwandtschaft oder Schwägerschaft verbotenen Ehen. Wir dürften wohl der Erklärung des Theophilus um so mehr trauen als er eines Theils mit zu den Concipienten der Institutionen gehörte, andern Theils seine Erklärung sich sehr wohl mit der Oeconomie des Institutionen-Titels de nuptiis verträgt. Nur dürften wir nicht dabey stehen bleiben, sondern vermittelst des allgemeinen Ausspruches *Cod. I, 14, const. 5.* annehmen müssen, daß alle Ehen nach dem Römischen Recht ipso jure nichtig sind, welche unter unfähigen Personen oder unter solchen abgeschlossen worden sind, unter welchen die Gesetze die Ehe durchaus verboten haben. Schon in der Natur der Sache liegt, daß die Ehen nicht ipso jure nichtig seyn können, wo die Gesetze nur Ehen unter gewissen Bedingungen und Voraussetzungen verboten haben, z. B. zwischen dem praeses provinciae und der Provinzialin, dem Vormunde so wie seinem in der patria potestas noch stehenden Sohn und der Pupillin, imgleichen wenn sie den Consens des Vaters zur Bedingung der Gültigkeit einer Ehe machen. Im ersten Fall ist ja offenbar nicht sowohl von der rechtlichen Möglichkeit der Abschließung der Ehe, als vielmehr von der ihres Fortbestehens die Rede: der Zustand, unter

welchem das Fortbestehen rechtlich unmöglich ist, braucht nur aufgegeben zu werden: sollte durch die Ehe bereits ein Schade angerichtet worden seyn, so läßt sich dieser ja durch die Aufhebung nicht repariren. Im letzten Fall kann es doch nur von denen, welche dabey interessirt sind, abhängen, ob die Ehe fortbestehen soll oder nicht. Im Geiste des Römischen Rechts werden also einige Ehen, und das sind die, welche contra legem prohibitivam abgeschlossen worden sind, von Rechtswegen ungültig, andere hingegen können es nur erst werden, wenn sie von dem dadurch betheiligten angegriffen worden sind, und von ihm auf deren Nichtigkeits-Erklärung gedrungen worden ist.

Verbände das kanonische Recht mit seinem zwischen impedimentis matrimonium tantum impedientibus und dirimentibus gemachten Unterschiede dieselben Begriffe, so dürfte es ganz in die Ansichten der Römer eingreifen und dürfte der Unterschied nur in den Worten liegen. Aber das kanonische Recht geht von einem ganz andern Prinzip aus. Nach demselben stehen unter den impedimentis dirimentibus alle Ursachen, welche eine abgeschlossene Ehe ungültig machen, mag nun diese Ungültigkeit ipso jure entstehen oder durch den Antrag des Betheiligten gewirkt werden. Auch damit ließe sich noch die Römische Ansicht in Einklang bringen. Aber nun stehen unter den impedimentis matrimonium tantum impedientibus auch wieder solche, welche nach dem Römischen Recht als dirimentia zu betrachten sind. Das Prinzip des kanonischen Rechts scheint zu seyn, wo contra legem prohibitivam eine Ehe abgeschlossen worden ist, betreffe das Gesetz die Fähigkeit zur Ehe, oder etwas anderes, da ist sie nichtig: wo bloß jemand durch die Abschließung der Ehe betheiligt wird, da muß die abgeschlossene Ehe mehr Begünstigung genießen, als das Interesse der betheiligten Person, und kann

diese etwa nur auf Schadenserſatz, nicht auf Aufhebung des Ehebandes antragen.

Es lohnt die Mühe, die in Grundlage der vorſtehenden verſchiedenen Anſichten, ſo verſchiedenen Diſpoſitionen des Römiſchen und kanoniſchen Rechts mit einander zu vergleichen. Bey dieſer Vergleichung wird ſich aber auch zugleich zeigen, daß in einigen Fällen, wo das ältere Römiſche Recht den Antrag auf Nichtigkeitserklärung einer Ehe geſtattet, das neuere ſolche aufrecht zu erhalten ſucht, und alſo das kanoniſche Recht von ſeinen Anſichten doch mit ausgegangen iſt.

Bekanntlich zählt das kanoniſche Recht frühere bloße Sponſalien, in ſo fern ſie überall gültig eingegangen ſind, die mangelnde Einwilligung des Vaters, in deſſen poteſtas ſich das Kind noch befand, geſchloſſene Zeiten, Trauerjahr, Privatgelübde der Eheloſigkeit und Verbot des Richters, wenn nicht zugleich die Nichtigkeit angedrohet worden e) zu den die Ehe nur behindernden Urſachen. Hinſichtlich 1) der Sponſalien bleibt es doch ſelbſt nach dem Römiſchen Recht ſehr problematiſch, ob die eine verlobte Perſon die von der andern durch die Abſchließung der Ehe mit einer dritten verletzte Treue durch Aufhebung der Ehe zu ahnden befugt war. Die alten und eigentlichen ſponſalia, wo der, in deſſen poteſtas die Frauensperſon war, nur eigentlich ſpondirte, konnten ſchon ihrer Natur nach dieſe Wirkung nicht haben, und die für den Fall, wo die ſponſio nicht erfüllt wurde, ſtatt findende actio ex ſponſu zeigt deutlich, daß es ſich bloß um Schadenserſatz handelte. Nach dem neueren Recht erſcheinen nun zwar ſponſalia als Vertrag unter den Partheyen, welche ſich in die Ehe begeben wollen, aber daß die

e) Wegen der hieher gehörigen Beweisſtellen ſiehe Thibaut Pandecten-Recht Th. 1. S. 385 folg.

Erfüllung dieses Vertrags hätte erzwungen werden können, erhellt nirgends: es scheint auch ein solcher Zwang ganz den Ansichten, welche die Römer über die Ehe hatten, zuwider zu seyn. So folgt denn von selbst, daß zwar auf Erfüllung des Vertrags geklagt, wenn aber solche verweigert wurde, sie nicht erzwungen werden konnte, sondern bloß der Antrag auf Entschädigung offen blieb. Konnte aber die Abschließung der Ehe nicht erzwungen werden, so war es auch sehr natürlich, daß, wenn sich ein Theil wider Willen des andern und ohne zuvor das Verlöbniß aufzuheben, verheurathet hatte, von dem betheiligten nicht auf Wiederaufhebung der Ehe angetragen werden konnte. Für den Fall enthält also das kanonische Recht nichts Neues, sondern bestätigt bloß die Ansicht des Römischen Rechts: 2) läßt sich nach dem ältern Römischen Recht zwar gar nicht bezweifeln, daß von Seiten des Vaters die von einem in seiner potestas stehenden Kinde wider seinen Willen abgeschlossene Ehe habe vernichtet werden können, aber nach dem neueren läßt sich diese seine Befugniß doch nur höchst beschränkt annehmen. Denn wenn eines Theils für den Fall, wo der Vater ohne gerechte Ursachen dissentirt, seine Einwilligung durch die Obrigkeit ergänzt wird, andern Theils der Consens des Vaters für den Fall, wo sich vernünftig gegen die Wahl des Kindes nichts einwenden läßt, für überflüssig geachtet wird, so kann man dem Vater nur für solche Fälle das Recht, die ohne seinen Consens abgeschlossene Ehe der Hauskinder anzufechten, gestatten, wo ganz unbestritten die Heurath entweder gegen das Interesse des Hausvaters und seiner Familie läuft, oder den Kindern selbst höchst nachtheilig ist. In so fern das kanonische Recht auch diese Fälle zu den impedimentis matrimonium tantum impedientibus zählt, folglich wenn einmal die Ehe abgeschlossen worden ist, dem Vater durchaus nicht die Anfechtung derselben gestattet, enthält es freylich etwas

Neues und von den Bestimmungen des Römischen Rechts Abweichendes; indeß war doch der Uebergang von der im Römischen Recht enthaltenen Beschränkung der väterlichen Rechte bis zu deren gänzlichen Aufhebung wirklich etwas leichtes. Ob aber diese Bestimmung des Rechts bey Protestanten anwendbar sey, dürfte sehr die Frage seyn. Offenbar beruht sie auf der Lehre vom Sacrament der Ehe, welche die Protestanten nicht anerkennen. Bekanntlich ist auch die Praxis in den protestantischen Gerichten hier verschieden, und kann man daher um so eher für die Beybaltung des Römischen Rechts stimmen. 3) Die Trauerzeit, das Privatgelübde und die richterliche Interdiction insgesammt vernichten auch schon nach dem Römischen Recht nicht die nichts destoweniger abgeschlossene Ehe.

Die vernachlässigte Form der Ehe, deren Abschließung zwischen Personen, welche zu ihrer Eingehung unfähig sind, oder unter welchen sie absolut oder relativ verboten ist, kann allein eine Nichtigkeit der Ehe begründen. Unter diesen Nichtigkeits-Ursachen erscheinen bloß die beiden letzteren Fälle als impedimenta matrimonium dirimentia: der erstere muß darum ganz von dem Begriff des Ehehindernisses ausgeschlossen bleiben, weil als Ehehinderniß allein betrachtet werden kann, was der Abschließung der Ehe entgegensteht. Zur Eheform gehört jetzt auch das Aufgebot als eine Sache, welche vorhergeht, daher die Frage wohl aufgeworfen werden mag, in wie fern dessen Vernachlässigung auf die Gültigkeit der Ehe Einfluß haben kann. Vors erste gehört das Aufgebot unstreitig zu den außerwesentlichen Stücken der Eheform: hiernächst hat es weiter keinen Zweck als solche Ehehindernisse in Erfahrung zu bringen, welche die Rechte eines Dritten betreffen, z. B. früher eingegangene Sponsalien, mangelnden Consens des Vaters, vorhandene Ehe u. s. f. — Mag man die Vernachlässigung des Aufgebots immer stra-

fen; für die Ehe selbst können daraus keine nachtheilige Folgen und Wirkungen entstehen. Gestraft können werden nicht nur die, welche sich ohne Aufgebot trauen lassen, weil es ihre Schuldigkeit war das Aufgebot auszubringen, sondern auch der, welcher traut, weil es seine Pflicht war, ehe er traute, sich das geschehene Aufgebot bescheinigen zu lassen.

II. Unter den vernichtenden Ehehindernissen mag immerhin die Unfähigkeit zum Beyschlafe stehen, in so fern solche eine absolute ist, und zur Zeit, wo die Ehe abgeschlossen wurde, vorhanden war. Aber unmöglich kann man die Ehe solcher Unmündigen, welche noch nicht mit der Zeugungskraft begabt, überall auch wohl noch nicht zum Beyschlaf tauglich sind, mit der Ehe der Castraten in eine Kategorie setzen, da das Römische Recht den Satz enthält, daß eine vor dem gesetzlichen Alter verheurathete Frauensperson erst mit dem Eintritt dieses Alters als Ehefrau erscheinen soll *f*), folglich die Ehe selbst aufrecht erhalten wissen will. Gegen die Gültigkeit der Ehe an sich läßt sich also nichts einwenden, es ist nur die Frage, wann die rechtlichen Folgen und Wirkungen der Ehe eintreten, und diese scheint sich durch den oben bemerkten Satz von selbst zu beantworten. Indeß ist zu bedenken, daß was der Jurist sagt, keinesweges als dispositiver Satz des Pandectenrechts betrachtet werden kann, daß also daraus keinesweges folgt, daß erst von dieser Zeit an die rechtlichen Folgen und Wirkungen der Ehe eintreten sollen: sie treten vielmehr mit dem Augenblick der Abschließung der Ehe ein, in so fern das unmündige Alter den Eintritt nicht unmöglich macht. Aber ist denn die Ehe nicht schon ipso jure nichtig, es ist doch unstreitig der Fall

f) *Dig. XXIII, 2, L. 4.* Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore cum apud virum expleſſet duodecim annos.

vorhanden, wo die Gesetze die Nullität für ein Rechtsgeschäft aussprechen, der Fall nämlich, wo das Geschäft von Unfähigen abgeschlossen worden ist? Die Frage würde allerdings zu bejahen seyn, wenn die Unfähigkeit eine absolute — nicht eine relative wäre. So besteht aber die Ehe allerdings, wenn nicht sonst Gründe vorhanden sind, sie anzufechten und umzustoßen g).

§. 273.

So viel die Aufhebung der Ehe betrifft, soll uns hier nur die Ehescheidung beschäftigen. Sehr wahr und characteristisch ist die Corruptheit der über die Ehescheidung bey Protestanten angenommenen Grundsätze von Thibaut dargestellt worden. Sie muß nothwendig erfolgen, wenn so verschiedenartige Rechtsquellen zusammen angewendet werden und die Philosophie aufgefordert wird, die Mißtöne in Einklang zu bringen.

Wenn man über die Ursachen, aus welchen eine Ehe geschieden werden dürfte, reflectirt, so macht es einen großen Unterschied, wie man sich überall den Begriff der Ehe denkt. Anders muß das Resultat der Reflexion ausfallen, wenn man sich die Ehe nach dem oben von mir aufgestellten Begriff als eine gesellschaftliche Verbindung zum lebenswierigen Zusammenleben und Zusammenwirken, oder als gesellschaftliche Verbindung zum Behuf der Erzeugung und Erziehung der Kinder, oder endlich als bloße Beyschlafsgesellschaft denkt. Es ist wohl nicht zu läugnen, daß die verschiedenartigen Verfügungen über die Ehescheidungsursachen von der verschiedenen Vorstellung der Gesetzgeber über Begriff und Wesen der Ehe herrühren. Es kommt also auf zwey Fragen an:

g) Ich übergehe hier die partielle Ausführung über die Ehehindernisse als eine bekannte in diese Revision nicht gehörige Sache.

1) Wie sich jeder Gesetzgeber die Ehe gedacht hat? 2) Wie die verschiedenartigen Verfügungen mit einander in Einklang zu bringen sind?

1) Nach der Vorstellung der Römer erscheint die Ehe ganz als Vereinigung von Mann und Frau zu einem lebenslänglichen Zusammenwirken und gegenseitiger Unterstützung. Mag immerhin eine Ehescheidung in der frühesten Zeit des Römischen Staats noch so sehr den guten Sitten widersprochen haben, gesetzlich war sie doch nicht untersagt: sogar bey der durch confarreatio geschlossenen Ehe war sie erlaubt: hier mußte nur die Aufhebung — nicht sowohl des Ehebandes selbst, als vielmehr der erworbenen communio juris divini durch Priesterhand geschehen, wogegen man bey andern Ehen sich mit gegenseitiger Bewilligung, wie bey allen Vereinbarungen trennen konnte. Eine einseitige Ehescheidung konnte nicht anders als durch richterliche Hülfe bewerkstelligt werden, und mußten dazu gegründete Ursachen vorhanden seyn, wie bey jeder einseitigen Aufhebung eines Vertrags. Eine eigenthümliche Erscheinung bietet sich uns aber hier in der Römischen Rechtsgeschichte dar: der Mann soll sich wohl von seiner Frau haben scheiden können, nicht aber diese von dem Manne. Plutarch, der uns in seinem Leben des Romulus diese Notiz zukommen läßt, nennt als Scheidungsursachen Ausschweifungen der Frau, Giftmischerey und Unterschleife, welche sich auf die Familie des Mannes sowohl als auf sein Vermögen bezogen. Die Untersuchung und der Urtheilsspruch sollen vermittelst des Hausregiments und der diesem anhängigen jurisdictio im Rath der Verwandten erfolgt seyn. Die Sache läßt sich hören und stimmt auch ganz mit den oben über das Hausregiment aufgestellten Prinzipien zusammen. Aber man frägt billig: konnte denn auch die Frau nicht auf Scheidung gegen den Mann antragen? Mochten auch die andern Ursachen der Scheidung nicht pas-

sen; die Giftmischerey paßte doch gewiß, in so fern wir darunter allgemeine Lebensnachstellung verstehen. Stand die Frau unter der patria potestas des Mannes, so war schon der Antrag unmöglich: bey dem Hausvater selbst ließ sich die Sache nicht einleiten, beym Staate gleichfalls nicht, weil kein Hauskind gegen den Hausvater Klage erheben konnte. So dürfte der Frau nichts als eigenmächtige Trennung übrig geblieben seyn, bey welcher ihr hernach ihre Einwendungen geltend zu machen erlaubt war, wenn sie der Mann wieder zurück verlangte. Ganz anders scheint das Verhältniß der nicht unter der patria potestas des Mannes stehenden Ehefrau gewesen zu seyn. Diese konnte durch nichts behindert werden, ihre Rechte gegen ihren Ehemann bey der Gerichtsbarkeit des Staats geltend zu machen. Wenn daher die Alten nur von der Befugniß des Mannes, sich von der Frau zu scheiden sprechen, so ist dadurch noch keinesweges die Befugniß der Frau, sich auch von ihm scheiden zu lassen, in Abrede gestellt worden; es kommt hier nur auf die besonderen Verhälnisse und Umstände an, und sprechen die Alten darum vorzugsweise von dem Manne, weil eines Theils die Ehescheidungs-Ursachen meist nur ihm zu statten kommen, andern Theils in der frühern Zeit sich meist die Frau in der väterlichen Gewalt des Mannes befand, wo die Scheidung für sie etwas Unthunliches war. Legten aber die Gesetze die Scheidung vorzugsweise in die Hand des Mannes, so war auch die ganz natürliche Folge, daß er nur vorzugsweise davon Gebrauch machte, und daß wo sich ein Mißbrauch findet, dieser gleichfalls vorzugsweise auf Rechnung des Mannes zu setzen ist. Mit dieser Ansicht findet man sich sehr leicht in die Berichte der Schriftsteller der späteren Zeit, und weiß, wie man ihre Nachrichten über die Ehescheidung zu nehmen hat. Es ist klar, daß mehrere uns genannte Fälle, zu den unerlaubten Verstoßungen — nicht zu den erlaubten

Scheidungen — gehören. Die Römischen Männer machten es auch wie unsere Juristen: sie erfanden Ehescheidungs-Ursachen, an welche die Gesetze nicht gedacht hatten, besonders nachdem der Brautschatz aufgekommen war, zugleich das Prinzip, daß der Ehemann den Brautschatz erwerbe, wenn durch Schuld der Frau die Ehe aufgehoben worden. Daß der Mann sich willkührlich von der Frau habe trennen können, läßt sich übrigens aus keinem Zeitalter des Römischen Staats beweisen: wo in der Geschichte die Trennung als eine solche willkührliche erscheint, war sie entweder etwas Gesetzwidriges, oder die Frau hatte darin gewilligt. Eben so wenig läßt sich eine willkührliche Trennung von Seiten der Frau behaupten. Bey dem überhand nehmenden Sittenverderbniß gegen das Ende der Republik, mag es indeß wohl theils von Seiten des Mannes, theils von Seiten der Frau eine Menge factischer Ehescheidungen gegeben haben, die aber hier nicht in Betracht kommen. Ein gewiß ganz falscher Gesichtspunct ist es, wenn man in der diffarreatio und remancipatio Förmlichkeiten für die Ehescheidung selbst finden will. Von der diffarreatio ist bereits oben gesprochen und gezeigt worden, daß sie bey der Scheidung eben so gut etwas Accessorisches gewesen als es die confarreatio bey der Abschließung der Ehe war, denn es wurde dadurch ja bloß die Gemeinschaft wieder aufgehoben, in welche die Frau hinsichtlich der heiligen Gebräuche des Mannes getreten war. Was es mit der remancipatio eigentlich für eine Bewandniß hatte, bleibt noch immer sehr problematisch. Man ist freylich bald mit der Erklärung fertig, wenn man die remancipatio als Aufhebung der durch die Dazwischenkunft der coëmtio contrahirten Ehe denkt, dann muß man auch wieder die coëmtio als einen ritus contrahendi matrimonium denken. Nun aber ist oben gezeigt worden, daß nicht durch die coëmtio Ehen contrahirt wurden, sondern die coëmtio nur

als etwas Accessorisches bey der Ehe zu betrachten ist, eben so als die confarreatio. Die remancipatio kann also vernünftiger Weise nichts anders gewesen seyn, als eine formelle Zurückgabe der Frau in die Gewalt ihres Vaters, weil der Mann diese Gewalt durch die coëmtio erworben hatte — nicht unbedingt, sondern unter der Bedingung der Ehe und zwar der fortdauernden Ehe. Daraus erklärt sich denn auch, warum der Mann die Frau nicht emanzipiren konnte, und warum seine väterliche Gewalt aufhören mußte, sobald die Ehe aufgehoben war. Selbst, wenn die potestas per usum war erworben worden, war doch ihre Fortdauer an die Fortdauer der Ehe gebunden; also eben so gut eine bedingte, als wenn die Erwerbung durch coëmtio geschehen war: der Unterschied war bloß, daß hier durch die Scheidung die väterliche Gewalt von selbst wegfiel, dort aber förmlich wieder zurück gegeben werden mußte. Als eigentliche Förmlichkeiten bey der Scheidung mag man nur diejenigen betrachten, welche auf die Aufhebung des Ehebandes selbst giengen, nicht auch die, welche die Aufhebung der durch die Ehe gestifteten Gemeinschaft des Vermögens und der Rechte zum Gegenstande hatten, oder die Aufhebung bloß hinzugekommener Verhältnisse, wohin ich auch das Zerbrechen der tabulae dotales, die ademtio clavium u. s. f. zähle. Octavian schrieb hier nicht sowohl besondere Förmlichkeiten vor: er war vielmehr bloß bemüht der Scheidung Publicität und Beweis zu geben. Daß er zugleich die Scheidung beschränkte, ist gewiß, ob er aber die Ehescheidungsursachen näher bestimmte, bleibt die Frage. Die erste förmliche Bestimmung der Ehescheidungsursachen ist gewiß von Theodosius und Valentinian *Cod. V, 17, const. 8*, und wohl die richtigste von allen.

Justinians Bestimmungen über die Ehescheidungsursachen enthält die *Nov. 117, c. 8* folg. Klar ist aus den

Ein-

Eingangsworten des Cap. 8, daß nicht bloß von seinen Vorgängern, sondern auch von Justinian selbst schon über die Ehescheidungsursachen auf unzureichende Art war verfügt worden; Justinian giebt hier seine letzte Gesetzgebung über den Gegenstand. Er unterscheidet zwischen Ursachen, welche den Mann, und solche, welche die Frau zur Scheidung berechtigen. Nichts ist vernünftiger als eine solche Unterscheidung, sobald man die Ehe in ihrem Begriff und Wesen erfaßt, und bey diesem den Staat so sehr interessirenden Institut auch die Staatspolitik in Betrachtung zieht. Da ich weiter unten beweisen werde, daß noch jetzt bey den Protestanten diese Justinianische Gesetzgebung berücksichtigt und der leider eingerissenen richterlichen Willkühr vorgezogen werden müsse, so mag das Gesetz selbst in seinen Hauptpuncten mit der Erklärung hier stehen.

Cap. 8. — — causas ex quibus maritus repudium mittere — — potest — — — has esse decernimus. §. 1. Si contra imperium cogitantibus aliquibus conscia est mulier, aut etiam viro suo non indicet. §. 2. Si de adulterio maritus putaverit posse suam uxorem convinci — — et si hujusmodi accusatio verax esse ostenditur. §. 3. Si quolibet modo mulier vitae viri fuerit insidiata, aut aliis hoc facientibus consentiens, viro non indicaverit. §. 4. Si cum viris extraneis nolente marito convivatur, aut cum eis lavatur. S. 5. Si nolente viro foris domum remanserit: nisi forsan apud proprios parentes. §. 6. Si circensibus, aut theatris aut amphitheatris interfuerit ad spectandum, ignorante aut prohibente viro.

Cap. 9. Causas autem pro quibus rationabiliter potest viro a muliere mitti repudium — — has esse solas disponimus. §. 1. Si contra imperium aut ipse cogitaverit aliquid, aut cogitantibus conscius non indicaverit imperio aut per se aut per quamcunque personam. §. 2. Si quo-

libet modo vir insidiatus fuerit vitae mulieris, aut aliis hoc volentibus sciens non manifestaverit uxori et studuerit secundum leges ulcisci. §. 3. Si maritus uxoris castitati insidiatus, aliis etiam eam adulterandam tentaverit tradere. §. 4. Si vir de adulterio inscripserit uxorem et adulterium non probaverit. — — §. 5. Si quis in ea domo in qua cum sua conjuge commanet, contemnens eam, cum alia inveniatur in ea domo manens; aut in eadem civitate degens, in alia domo cum alia muliere frequenter manere convincitur, et semel et secundo culpatus aut per suos aut per mulieris parentes aut per alias aliquas fide dignas personas, hujusmodi luxuria non abstinuerit: licere mulieri pro hac causa solvere matrimonium — — —.

Dieß sind die Scheidungsursachen für Mann und Frau. Das divortium bona gratia factum wird Cap. 10. ganz verboten, es sey denn, daß sich die Ehegatten castitatis concupiscentia getrennt. Ein einseitiges divortium findet aber auch aus dem angegebenen Grunde nicht statt. Merkwürdig ist dabey das Prinzip worauf die Entscheidung des Cap. 13. beruht, nämlich, daß wenn sich ein Ehegatte auch sine justa causa von dem andern trennt und bey dieser Trennung verharrt, kein directer Zwang zur Fortsetzung der Ehe, sondern nur ein indirecter statt finden soll. Ich werde weiter unten noch Veranlassung haben, über dieß Prinzip ausführlicher zu reden.

Nicht bloß durch die genaue Bestimmung der Ehescheidungsursachen hat Justinian erklärt, daß keine andern statt finden sollen; er hat dieß oben drein noch ausdrücklich ausgesprochen. Man dürfte hier gewiß auch um so weniger analogisiren wollen, als auch Cap. 14. der gedachten Novelle, selbst es nicht einmal eine Scheidungsursache ist, „si quis uxorem fustibus aut flagellis ceciderit," worunter doch gewiß alle Real-Injurien begriffen sind: es ist hier, wie bey den

Enterbungsursachen, die auch darum so bestimmt angegeben worden sind, damit alles über die Sache feststehe. Die Anwendung der für einen Theil festgesetzten Ehescheidungsursachen auf den andern Theil dürfte hier auch um so mehr auszuschließen seyn, als sonst der Absicht des Gesetzgebers entgegen gehandelt werden würde. Wir bemerken in der Justinianischen Gesetzgebung über den Gegenstand nur zwey gemeinschaftliche Scheidungsursachen; die erste ist die Conspiration gegen den Staat; und auch diese ist hinsichtlich jedes Ehegatten eigends bestimmt. Von der Frau wird vorausgesetzt, daß sie selbst nicht conspiriren könne, es ist daher für den Mann nur eine Scheidungsursache, wenn sie um die Verschwörung gewußt und solche nicht angezeigt hat: der Mann aber kann selbst conspiriren, und daher kommt für die Frau sowohl der Fall, wo er selbst conspirirt, als der, wo er bloß um die Verschwörung gewußt und solche nicht angegeben hat, in Betracht. Der Mann soll die Verschwörung dem Staat anzuzeigen schuldig seyn; bey der Frau aber genügt es, wenn sie solche bloß dem Mann angezeigt hat: sie darf eigentlich nur diesem überall die Anzeige machen, den Fall ausgenommen, wo er von der ihm gemachten Anzeige keine Notiz nimmt, wo sie, um allen Ausflüchten des Mannes zu entgehen, zur Anzeige bey dem Staat selbst schreiten muß. Daß eine Sache, die bloß den Staat angeht, hier zur Scheidungssache gemacht worden ist, darf uns um so weniger befremden, als wir auch allenthalben, selbst bey den Enterbungsursachen den Staat mit eingemischt finden, und die Politik eine solche Einmischung auch sehr gut entschuldigt. Da der Staat einem Civis auch über alles gehen muß, und es hier einer nach den Staatsgesetzen abgeschlossenen Verbindung gilt, so kann man auch um so eher behaupten, es könne einem Civis nicht angesonnen werden, mit einem Civis zusammenzuleben, der gegen Einrichtungen feindselig gedacht

hat, durch welche überall ihre Verhältnisse sowohl möglich als wirklich geworden sind. — Alle übrigen Scheidungsursachen stehen mit der Ehe selbst in genauer Verbindung: hier bemerkt man aber, außer der zweyten gemeinschaftlichen Scheidungsursache, welche in Lebens-Nachstellung oder verschwiegener Wissenschaft um eine solche Lebens-Nachstellung besteht, eine auffallende Ungleichheit der Rechte, die aber nicht mehr von der alten strengen Ehe (woran zu Justinians Zeiten niemand dachte) sondern allein von politischen Gründen herrührt.

1) Dem Manne wird wegen eines von der Frau begangenen Ehebruchs, wenn solche desselben überführt worden ist, durchweg die Scheidung gestattet, nicht aber der Frau. Für diese ist nicht Untreue des Mannes allein eine Scheidungsursache, sondern er muß sich eine Beyschläferin im Hause oder im Orte halten, und auf die an ihn ergangenen Abmahnungen nicht achten: eine eben so vernünftige als zweckmäßige Gesetzgebung. Für den Mann ist der von der Frau begangene Ehebruch harte Verletzung, weil die Legitimität der Kinder dadurch zweifelhaft gemacht wird, nicht so der von dem Manne begangene Ehebruch für die Frau: für diese muß es aber höchst kränkend seyn, wenn sie mit der Beyschläferin ihres Mannes in demselben Hause oder auch nur an demselben Orte beysammen leben soll. Es ist mir wenigstens klar, daß überall nicht einmal der Ehebruch des Mannes auch hier berücksichtigt worden, und daß es genügt, wenn sich der Mann mit Zurücksetzung der Frau nur an die fremde Frauensperson hängt und dadurch den ehelichen Frieden stört. Eine magnetische oder geistige Liebe wird daher eben so gut hier zur Scheidung berechtigen, als eine physische: eine physische dagegen überall nicht, wenn sie eine bloß vorübergehende ist. Mit wahrhaft philosophischem Blick ist hier die Verschiedenheit der Geschlechter von dem Gesetzgeber aufgefaßt

worden: nie kann auf der einen Seite der von dem Manne begangene Ehebruch allein eine Ehescheidungsursache für die Frau abgeben, sey er begangen wo er wolle, im Hause oder außer dem Hause, sobald sich der Mann nicht zugleich an die Frauensperson hängt und mit ihr zusammenlebt: auf der andern Seite dagegen braucht es gar nicht einmal zum Ehebruch zu kommen, sondern das bloße (wie man sich zu sagen pflegt) sich an eine fremde Weibsperson hängen, begründet schon eine Ehescheidungsursache. — Rücksichtlich des von der Frau begangenen Ehebruchs kommt nichts darauf an, ob die Frau desselben geständig ist, oder der Ehebruch sonst vollständig erwiesen wird; es genügt, wenn die Frau nur desselben für schuldig erklärt worden ist. In so fern scheint also eben so gut das adulterium praesumtum als das verum einen Grund zur Ehescheidung abgeben zu können: „verax ostenditur" in dem Gesetz deutet wenigstens eben so gut auf die juridische Gewißheit, als auf die juridische Wahrscheinlichkeit hin. Allein es ist zu bedenken, daß unanständiges Betragen der Frau, aus welchem auf adulterium wohl geschlossen werden könnte, zu einer besondern Scheidungsursache gemacht worden ist, und daß bey dieser Scheidungsursache von probatio adulterii die Rede ist. Der Ehebruch muß also vollständig erwiesen seyn. Dagegen ist nun aber auch die Frau zur Scheidung berechtigt, wenn der Mann mit seiner accusatio adulterii durchfällt, und zwar von Rechtswegen. Denn dieß, daß der Frau ein Ehebruch Schuld gegeben worden, ist für sie die höchste Beleidigung, und muß sie berechtigen, das fernere Zusammenleben mit dem Manne zu verweigern. — Eben darum muß auch der Frau gestattet seyn, sich von einem Manne zu scheiden, der sie zum Ehebruch verleiten wollen.

2) Das unanständige Betragen der Frau „si cum viris extraneis nolente marito convivatur etc. schließt zugleich

das adulterium praesumtum in sich: es scheint aber auch nur allein durch die in dem Gesetz näher bezeichneten Handlungen begründet werden zu können: die Lehre vom adulterio praesumto scheint außer dem zu den Chimären zu gehören. Indeß ist es nicht die praesumtio adulterii, die hier zur Scheidung berechtigt: es sind vielmehr die Handlungen allein, welche in den Gesetzen genannt worden sind. Hätte sich daher die Frau auch andere Handlungen zu Schulden gebracht, die eben so gut als die gesetzlich benannten, oder wohl gar noch eher die Vermuthung der Untreue begründen möchten, so könnte doch daraus kein Grund für die Scheidung entnommen werden. Das Gesagte liegt in dem Begriff nicht bloß bestimmter Scheidungsursachen, sondern auch in dem eines definitiven Regulativs für die bisher so unbestimmte Scheidung.

Im Justinianischen Recht wird nirgends das Unvermögen eines Ehegatten zum Beyschlaf als Ehescheidungsursache angeführt. Sehr natürlich, weil dadurch das Wesen der Ehe selbst würde herabgesetzt worden seyn. Mißhandlungen — selbst grobe, z. B. fustibus et flagellis caesio — berechtigen nicht zur Scheidung, am wenigsten aber berechtigt unversöhnlicher Haß: es soll bloß der geschehenen Trennung nachgesehen werden.

2) Das kanonische Recht erklärt bekanntlich wegen des dazwischen kommenden Sacraments die Ehe quoad vinculum für unauflöslich, und gestattet nur für den Fall des Ehebruchs die perpetuirliche Scheidung von Tisch und Bette [a]). Im Grunde würde das so ganz im Geiste der Lehre Christi sanctionirt seyn, nach welcher nur der Ehebruch eine Ursache der Ehescheidung abgeben kann [b]), wenn nur

a) *Conc. Trid. Sess.* 24 *de reformat. C.* 2. *X. de divort.*
b) Matthäi 5, V. 32. 19, V. 9.

das „wer sich von seinem Weibe scheidet" dabey beobachtet, und keine Reciprocität, welche hier die Völker der alten Welt überall nicht kennen, angenommen worden wäre.

Bekanntlich ist unsere protestantische Praxis über die Ehescheidung ein vages Ding, und daher gar keine. Man setzt sich hinweg über die Vorschriften des Römischen Rechts ohne dazu befugt zu seyn, gleichfalls über die des neuen Testaments: ein Prinzip, wovon man ausgienge, kennt man auch nicht: alles scheint sich hier theils auf Verletzung der ehelichen Treue, theils auf Handlungen des einen Ehegatten zu beschränken, womit die Fortdauer der Ehe für incompatibel erachtet wird. Man sieht hier, wie es kommen mußte, wenn der Uebergang des Römischen Rechts zu uns unterdrückt wurde, wie hier schon durch das kanonische sehr früh geschah. Es ist nur die Frage, ob nicht bey Protestanten das Römische Recht in der Lehre von der Ehescheidung eben so gut als in andern Lehren gesetzliches Ansehen erhalten muß. Ich finde nicht den geringsten Anstand die Frage zu bejahen. Man kann nicht einwenden, ihm fehle hier die Reception, denn die Novelle 117, worin die Vorschriften über die Ehescheidung stehen, gehört wenigstens in der Totalität zu den recipirten Gesetzen des Römischen Rechts. Man kann ferner nicht den Einwurf der fehlenden Anwendung machen, denn die Dazwischenkunft des kanonischen Rechts ist nur der Anwendung hinderlich gewesen: bey Protestanten fällt aber jetzt dieses Hinderniß weg. Endlich läßt sich auch nicht der bisherige Nichtgebrauch des Römischen Rechts für den in Frage stehenden Gegenstand anziehen. Denn dieser würde nur alsdenn entgegengesetzt werden können, wenn sich zugleich durch die Praxis eine feste Theorie der Ehescheidung gebildet hätte. Es kommt hiezu, daß die in dem Römischen Recht enthaltene Beschränkung der Ehescheidung ganz mit den Grundsätzen des neuen Testaments übereinstimmt, welche, wenn

wir sie auch für bloße Ansichten des Stifters unserer Religion halten wollen, uns doch auch schon in dieser Hinsicht verbinden. Dabey dürfte jedoch allerdings in Betracht zu ziehen seyn, daß unstreitig durch das Herkommen die Scheidungsursachen des Römischen Rechts auf der einen Seite erweitert, auf der andern aber auch wieder beschränkt worden sind, und daß folglich nur mit dieser respectiven Erweiterung und Beschränkung jetzt die Anwendung des Römischen Rechts zulässig seyn dürfte.

Diese unstreitige Erweiterung betrifft

1) die Gleichstellung der Rechte der Frau mit denen des Mannes hinsichtlich des Ehebruchs.

2) Daß auch wegen adulterium praesumtum die Scheidung durchgängig statt findet, und sowohl von Seiten des Mannes als der Frau dazu alle Umstände sich eignen, aus welchen vernünftiger Weise auf ein liebes-Verständniß mit einer andern Person geschlossen werden kann.

3) Daß nicht bloß die Conspiration gegen den Staat, sondern auch die mit entehrenden Strafen belegten Verbrechen, wenn der Verbrecher wirklich die entehrende Strafe erlitten hat, zur Scheidung sich eignen, nicht aber die Verbrechen, welche nach den Römischen Recht Infamie zur Folge haben.

4) Daß gleichfalls lebenswierige Einsperrung eines Ehegatten für eine gültige Ehescheidungsursache zu achten.

5) Daß lebensgefährliche Mißhandlungen den insidiis vitae structis ganz gleich stehen, und eben so wie diese zur Ehescheidung sich eignen.

Die unstreitige Beschränkung geht darauf,

daß das, was die Novelle 117 über das nächtliche Ausbleiben der Frau, ihren Besuch des Spectakels wider Willen und Wissen des Mannes ꝛc. enthält, nicht mehr als Scheidungsursache betrachtet wird, in so fern nicht zugleich die näheren Umstände ein adulterium präsumiren lassen.

Daß auch die bösliche Verlassung als Scheidungsursache betrachtet wird, ist nicht als etwas neues zu betrachten, sondern hat wirklich schon in dem Römischen Recht seinen Grund. Denn wenn dasselbe für den Fall, daß der eine Ehegatte sich eigenmächtig von dem andern ohne gegründete Scheidungsursache trennt, und nicht wieder zu demselben zurückzubringen ist, die Scheidung gut heißt, und nur mit der Scheidungsstrafe belegt, so ist klar, daß in dieser Verfügung zugleich die bösliche Verlassung als causa divortii ausgesprochen worden ist.

Als hier eigentlich zu beantwortende Frage würde folglich nur übrig bleiben, ob nicht auch Unfähigkeit zum Beyschlaf, unnatürliche oder zweckwidrige Befriedigung des Geschlechtstriebes, und unüberwindliche Abneigung und Unversöhnlichkeit als Scheidungsursachen zu betrachten?

Es ist eigen, daß das Römische Recht über alle diese Dinge das tiefeste Schweigen beobachtet. Die unüberwindliche Abneigung und die Unversöhnlichkeit ließe sich noch wohl aus Nov. 117, c. 11. herausbringen: den übrigen angeblichen Scheidungsursachen aber stehen die zu klaren Verfügungen eben dieser Novelle Cap. 8 und 9 entgegen. Warum die Römer sie wohl umgiengen? Der Grund kann kein anderer seyn, als weil eines Theils eine Untersuchung darüber die eheliche Verbindung herabwürdigt, andern Theils sich auch wirklich darüber keine so genaue Auskunft erhalten

läßt, als nöthig seyn würde, wenn sie als Scheidungsursachen hingestellt werden sollen. Mögen diese Ursachen sich immerhin dazu eignen von dem Regenten die Aufhebung der Ehe aus Macht und Gnade zu begehren, als eigentliche Ehescheidungsursachen können sie nicht betrachtet werden, weil ihnen der gesetzliche Grund mangelt. Ob man ein Gewohnheitsrecht, das sich auf rerum similiter judicatarum autoritatem bey Protestanten allgemein gründet, für sie anführen könnte, dürfte doch auch noch gar sehr die Frage seyn, auf den schlimmsten Fall würde sich doch nur ein Scheidungsgrund in dem anhaltenden und fortdauernden Laster finden lassen, die Impotenz aber gar nicht zu berücksichtigen seyn c).

§. 274.

Der bisherigen Untersuchung dürfte sich richtig eine andere über die Ehescheidungsstrafen anschließen. Sie wird hier billig beschränkt auf den Vermögensverlust, den der

c) Warum ich die Unfähigkeit zum Beyschlaf nicht als Scheidungsursache anerkennen möchte? Ich antworte, weil sie in keinem noch gültigen Gesetze als solche anerkannt worden ist. Justinian hat sie zwar früher (Cod. V, 17, const. 10.) als Ehescheidungsursache anerkannt, ist aber hernach davon abgegangen.

Die Trennung der Ehe wegen Impotenz würde sonach zu den Scheidungen aus Macht und Gnaden, nicht zu den richterlichen Scheidungen gehören. Ein Gleiches würde für den Fall des hartnäckig verweigerten Beyschlafs anzunehmen seyn. Läßt der Staat auch hier jetzt den Richter eintreten, so dürfte die Frage seyn, ob er als mit eigentlicher jurisdictio versehene Person, oder nicht vielmehr als besonderer Beauftragter des Staats eintrete, welcher eine Scheidung aus Macht und Gnaden im Namen desselben ausspricht, nachdem er die Ursache, welche diesen Ausspruch motivirt, gehörig untersucht hat. Unterscheiden wir nämlich jetzt die Scheidung aus Macht und Gnaden von der Scheidung aus bestimmten gesetzlich ausgesprochenen Ursachen, so dürfen wir auch nicht unter der Maske eines nicht erweisbaren Gewohnheitsrechts etwas in den Umfang der letzteren hineinziehen, was nicht gesetzlich ausgesprochen ist.

schuldige Ehegatte als Scheidungsstrafe erleidet: über die übrigen Scheidungsstrafen ist alles so ziemlich im Klaren.

Als die Kaiser Theodosius und Valentinian Cod. V, 17, const. 8. zuletzt die Scheidungsursachen bestimmten, verordneten sie zugleich, daß die Frau, welche sich ohne eine justa divortii causa vom Manne trennen würde, den Brautschatz, der Mann hingegen, welcher seine Frau ohne eine gesetzliche Ursache verabschieden würde, die donationem propter nuptias einbüßen sollte. Derselbe Vermögensverlust sollte als Ehescheidungsstrafe gegen denjenigen Ehegatten statt finden, der ex justa causa wäre verabschiedet worden, so daß also ein völlig gleicher Vermögensverlust statt findet, mag man sich ohne oder mit justa causa geschieden haben, nur daß er im erstern Fall denjenigen trifft, der ohne justa causa den Scheidungsbrief gegeben hat, im letztern Fall dagegen denjenigen, der ihn durch seine Handlungen veranlaßt hat. Aber wenn nun keine dos und keine donatio propter nuptias vorhanden waren? Justinian hat für diesen Fall (Cod. c. l. et t. const. 11.) bestimmt, daß der vierte Theil des Vermögens verloren gehen soll, gleichfalls theils als Scheidungsstrafe beym rechtmäßigen divortium für den schuldigen Theil, theils als Poen für den, welcher sich geschieden hat, beym unrechtmäßigen. Ob die Ehe wegen Ehebruch. oder aus einem andern Grunde aufgehoben worden, wird nicht unterschieden: in so fern der Vermögensverlust als wirkliche Ehescheidungsstrafe in Betracht kommt, findet er unbedenklich statt, sobald nur ein Ehegatte, durch seine Culpa die gesetzliche Scheidungsursache herbeygeführt hat. Darum wird auch bey der neuen von Justinian eingeführten Ehescheidungsursache (Cod. c. l. et tit. const. 10.) — dem Unvermögen des Mannes zum Beyschlaf, davon dispensirt, weil der Mann dafür nicht kann, daß er unvermögend ist, wenigstens dieß angenommen und keine Untersuchung darüber

zugelassen wird, ob er auch wohl selbst das Unvermögen veranlaßt haben dürfte.

Der Vermögensverlust als Ehescheidungsstrafe nach dem Recht des Codex ist also

1) wenn dos und donatio propter nuptias vorhanden sind, diese,
2) wenn sie nicht vorhanden sind, der vierte Theil des Vermögens, wobey jedoch zu bemerken ist, daß nach Cod. c. l. et tit. const. 11, wenn das Vermögen sich über quadringentas libras auri beläuft, der vierte Theil nie höher als centum libras auri in Anschlag gebracht werden soll,

und findet dieser Vermögensverlust für alle Fälle statt, wo culpa des Ehegatten eine gesetzliche Scheidungsursache entstand, und in Grundlage derselben die Scheidung wirklich erfolgt ist.

Nun frägt es sich: ist bey der endlichen Justinianischen Bestimmung über die Scheidungsursachen in der Nov. 117. darüber eine Abänderung erfolgt?

In der Novelle 117, Cap. 8 und 9 kommt bloß bey den beiden Fällen der Vermögensverlust als poena divortii vor, wo nämlich der Mann sich von der Frau wegen überwiesenen Ehebruchs scheidet, oder die Frau von dem Manne, weil dieser sie fälschlich des Ehebruchs nicht bloß beschuldigt, sondern auch angeklagt hat, oder sich eine Beyschläferin im Hause oder an dem Wohnort der Ehegatten gehalten hat. Im ersten Fall soll der Mann nicht bloß donationem propter nuptias zurücknehmen, sondern auch die dos behalten können, und soll ihm hiernächst noch so viel aus dem übrigen Vermögen der Frau gebühren als der dritte Theil der dos beträgt, wenn er keine Kinder aus dieser Ehe hat: hat er aber Kinder, so erwirbt er nichts, und muß alles

Vermögen der Frau mit Einschluß des Brautschatzes den Kindern erhalten werden. Im letzten Fall nimmt die Frau nicht bloß ihre dos zurück, sondern lucrirt auch die antenuptialis donatio und erhält überdem noch aus dem übrigen Vermögen des Mannes so viel als der dritte Theil der antenuptialis donatio beträgt, gleichfalls unter der Bedingung, wenn keine Kinder aus der Ehe vorhanden sind, denn sind diese vorhanden, so muß ihnen das väterliche Vermögen erhalten werden. Dort und hier gebührt für den Fall wo Kinder vorhanden sind, den Ehegatten nur der Nießbrauch an der Ehescheidungsstrafe, sonst aber, wenn keine Kinder da waren, das Eigenthum.

Daraus, daß Justinian nur für die gedachten Fälle nicht bloß den Vermögensverlust als Ehescheidungsstrafe bestimmt, sondern auch daraus, daß er ihn für diese Fälle zum Theil anders bestimmt hat, als er ehedem war bestimmt worden, scheint mir nun ganz klar zu folgen, daß er ihn für die übrigen Fälle der gesetzlich erlaubten Ehescheidung aufgehoben hat. Denn, indem er die Ehescheidungsursache von neuem und definitiv bestimmte, und die ganze frühere — auch seine eigne — Gesetzgebung über den Gegenstand aufhob, mußte er zugleich entweder die frühere legislation über die Ehescheidungsstrafen abändernd oder bestätigend wiederholen, oder er mußte es, wenn sie fortdauernd gelten sollte, bloß bey der Bestimmung über die Ehescheidungsursachen lassen. Wenn er aber das erstere nicht that und das letztere unterließ, oben drein über die Ehescheidungsursachen die Materie von dem Vermögensverlust als Ehescheidungsstrafe in Betrachtung zog, bloß bey einzelnen Ehescheidungsursachen ihn anordnete, und näher bestimmte, bey den übrigen aber wegließ, so ist klar, daß er auch über den Vermögensverlust abändernde Bestimmungen treffen wollte.

Mögen wir nun auch jetzt Ehescheidungsursachen annehmen, welche wir wollen, so ist doch klar, daß nur mit dem Vermögensverlust für solche Fälle gestraft werden kann, in welchen die Novelle 117 die Strafe zuläßt. Da nach der deutlichen Bestimmung dieser Novelle, nicht wegen jedes Ehebruches des Mannes die Ehe geschieden werden kann, überall nicht einmal der Ehebruch bey ihm in Betracht kommt, sondern das Halten einer Beyschläferin im Hause oder an dem Orte erst zur Scheidung sich eignet, so ist auch klar, daß nur für diesen Fall die gesetzliche Ehescheidungsstrafe gegen den Mann geltend gemacht werden kann. Gegen die Frau kann sie zwar wegen jedes Ehebruches geltend gemacht werden, jedoch nur, wenn das adulterium ein verum ist. Das adulterium praesumtum mag zur Scheidung berechtigen, aber nicht zur Anwendung der Ehescheidungsstrafe *f*).

f) Gewöhnlich stellt man die Sache so vor, als wenn der schuldige Theil wegen jeder wirklichen Ehescheidungsursache den Vermögensverlust erleiden müsse. So z. B. sagt Thibaut System des Pandecten-Rechts Th. 1. §. 469. „Bey jeder selbst wegen vollständiger Rechtsvermuthungen erkannten Ehescheidung verliert die schuldige Frau zur Strafe die Brautgabe, der Mann die donatio propter nuptias, oder wenn dergleichen nicht da ist, ¼tel des ganzen Vermögens ꝛc. — Diese Strafe tritt ein, der schuldige Theil mag nun einen Ehebruch oder ein anderes Verbrechen begangen haben." Man sehe auch mein Pandecten- oder Handbuch des Römisch-Deutschen Privatrechts 2 Th. §. 537, wo ähnliche Grundsätze vorkommen. Allein ich bin von der Unrichtigkeit derselben jetzt eben so überzeugt, als ich ehemals für die Richtigkeit eingenommen war. Nach dem älteren Recht, d. h. nach den Gesetzen der Pandecten und des Coder lassen sie sich allerdings vertheidigen, wiewohl auch hier doch noch manche Einschränkungen anzunehmen wären, aber nach der Novelle 117 als einer lex absolute correctoria, und welche nicht bloß hinsichtlich der Scheidungsursachen, sondern auch der Scheidungsstrafe corrigirt, durchaus nicht mehr. Von dem frühern Rechte läßt sich durchaus nichts mehr anwenden. 1) In Absicht der

§. 275.

Vermögensrechte der Ehegatten lassen sich in einer Ehe, bey welcher die Frau in manum mariti gekommen ist, nicht füglich denken, und fanden daher auch in der ältern Zeit bey den Römern nicht statt. Sie kamen erst auf, als die laxe Ehe gebräuchlich wurde, und finden hier gesetzlich nur an der dos und donatio propter nuptias statt, denn was die Frau dem Manne an ihrem übrigen Vermögen außer der dos einräumt, ist bloß conventionelles Recht, und kann um so weniger weiter in Betracht kommen, als in Absicht der Befugnisse des Ehemannes die besonderen Verabredungen, oder in deren Ermangelung die gesetzlichen Bestimmungen über den Mißbrauch eintreten. Die Untersuchung muß sich daher nothwendig auf die dos und donatio propter nuptias beschränken.

Scheidungsursachen erklärt Justinian deutlich, daß er sie ganz von neuem bestimmen wolle. Seine Bestimmung ist eigenthümlich: mehrere recht wichtige Ursachen des ältern Rechts sind ganz weggelassen worden: andere haben eine Umbildung erhalten. 2) Auch über die Scheidungsstrafe erstreckt sich nach seiner deutlichen Erklärung die neue Gesetzgebung, und kommt solche bloß beym überwiesenen Ehebruch der Frau, und wenn der Mann die Frau fälschlich des Ehebruchs anklagt oder sich eine Beyschläferin im Hause oder an dem Orte hält, vor. — Man könnte einwenden, der Eingang des Cap. 8 und 9 der Novelle 117 zeige ja deutlich genug, daß Justinian den Vermögensverlust für alle von ihm als Ehescheidungsursachen anerkannte Fälle vorschreiben wollen, denn er sage ja: Nunc autem causas ex quibus maritus repudium mittere et dotem uxoris lucrari etc. und causas autem pro quibus rationabiliter potest viro a muliere mitti repudium, ex quibus potest et dotem recipere et propter nuptias donationem exigere etc. has esse solas disponimus." Eine deutlichere Erklärung könne es wohl nicht geben, und was bey einzelnen Ehescheidungsursachen vorkam, sey nur eine Wiederholung, die man einem Concipienten Kaiserlicher Verordnungen nicht übel nehmen dürfe. Allein der Novellen-Text läßt sich auch so erklären „die Ursachen wegen welcher in der

I. Die dos. Die Entstehung des Brautschatzes bey den Römern wird wohl ewig dunkel bleiben, so lange die damit in unzertrennlicher Verbindung stehenden Partheien des älteren Rechts nicht aufgeklärt sind. Daß vermögende Eltern ihre Tochter dem Manne, auch wenn sie in die potestas desselben übergieng, nicht ohne eine Mitgabe überließen, scheint mir wenigstens ausgemacht, und wahrscheinlich war es diese Mitgabe, wodurch sich die Frau die Gemeinschaft des humani juris des Mannes erkaufte. Die Mitgabe blieb späterhin als die laxe Ehe aufkam, oder doch die allgemein gebräuchliche wurde, und was vorher Eigenthum des Mannes geworden war, daran erwarb er jetzt eigenthumsartige Rechte. So entstand die dos, ohne welche sich nicht gern ein Frauenzimmer, die sie irgend aufzubringen mochte, verheurathete, und deren Entrichtung späterhin einem Hausvater gesetzlich zur Verbindlichkeit gemacht wurde. Wenn man annimmt, daß die Töchter, wenn sie noch beym Ableben des Vaters, in dessen potestas standen, mit den Söhnen ganz

Folge Scheidung statt finden soll, sollen folgende, und die Fälle, in welchen Vermögensverlust statt finden soll, gleichfalls folgende seyn." Und diese Erklärung muß darum vorgezogen werden, weil sie ganz mit dem Inhalte zusammenstimmt. Noch mehrere Stärke gewinnt sie dadurch, daß bey dem adulterium der Frau der Vermögensverlust auf einen von dem ehemaligen Rechte verschiedene Weise bestimmt wird, so daß man nun nicht wissen würde, ob man für die übrigen Fälle jus antiquum, oder auch diese Bestimmung befolgen sollte. Ein gleicher Maaßstab ist da festgesetzt, wo der Ehemann mit Vermögensverlust bestraft wird. Etwas anderes würde es seyn, wenn Justinian bey der gleich zum Eingang des Cap. 8 und 9 enthaltenen Bestimmung stehen geblieben wäre, und bey einzelnen Scheidungsursachen nichts über den Vermögensverlust verfügt hätte. Da würde man sagen können, er hätte, was diesen Punct betrifft, bloß jus antiquum bestätigt, und bey der Beschränkung der Ehescheidungsursachen zugleich mit die Fälle beschränkt, wo der Vermögensverlust eintreten solle.

ganz gleich erbten, als verheurathet und in manum mariti conventae aber nichts erhielten, so war es schon sehr natürlich, daß der Vater, welcher seine Tochter und durch sie seinen Schwiegersohn liebte, bey der Verheurathung so viel mitgab als etwa das künftige Erbtheil der Tochter betrug. Da man einen großen Werth darauf setzte, die Töchter anständig auszustatten, sich auch dazu um so mehr geneigt finden lassen mußte, wenn der Mann sich zu der späterhin allgemein werdenden laxen Ehe entschließen sollte, so daß oft genug eine Tochter mehr erhielt als ihr Erbtheil an dem väterlichen Vermögen betrug, so ist wohl gar nicht so dunkel, was wir über die Ausschließung der Töchter von der väterlichen Erbschaft bey alten Schriftstellern so höchst unvollkommen lesen. Von unverheuratheten Töchtern kann gar nicht die Rede seyn, denn es ist nicht zu begreifen, wie die Römer in den Zeiten der Republik, wo sich doch alles mehr der Billigkeit accommodirte, auf den Einfall gekommen seyn sollten, das weibliche Geschlecht von der Erbfolge auszuschließen, das doch in der früheren Zeit nicht ausgeschlossen war. Kam es etwa in einer Zeit, wo sich Patricier und Plebejer so amalgamirten, mehr darauf an, die Familie durch Begünstigung der Söhne zu erhalten, als ehedem, wo das nicht der Fall war? Oder was konnte die Ausschließung der Töchter sonst für Gründe haben? Von verheuratheten allein könnte die Ausschließung gelten, und hier waren zwey Fälle denkbar. Die Frau war in die Gewalt des Mannes übergegangen. Hier fand sich die Ausschließung von selbst, denn der Verlust des Agnationsrechts hatte auch den Verlust des Erbrechts zur Folge. Oder sie war nicht darin übergegangen. Hier war sie entweder bey der Verheurathung emancipirt worden oder nicht. Im ersten Fall fand sich auch wieder alles von selbst, denn die Emancipation hob das Agnationsrecht zugleich das Erbrecht ebenfalls auf. Im

letzten Fall allein konnte die verheurathete Tochter noch den Vater beerben: hier aber war es politisch räthlich sie von der Erbfolge auszuschließen. Es gab ja derzeit noch keine collatio suorum: die verheurathete Tochter würde also außer ihrer ansehnlichen dos, die oft mehr als ihr Erbtheil betrug, noch ein Erbtheil aus der väterlichen Verlassenschaft, folglich aus dem väterlichen Vermögen das Doppelte vor ihren Brüdern und unverheuratheten Schwestern erhalten haben. Enthielt die berüchtigte lex Voconia überall etwas über den Gegenstand, so konnte sie vernünftiger Weise nichts mehr enthalten, als daß die dotirte Frau von der väterlichen Erbschaft ausgeschlossen seyn sollte, da sie schon durch die dos den ihr gebührenden Antheil erhalten hatte. Die Verfügung des Gesetzes mußte späterhin von selbst wegfallen, als die sogenannte collatio suorum aufkam, weil die dos jetzt zu den Sachen gehörte, welche der Collation aus dem Grunde, weil der Wille der Eltern zweifelhaft war, unterworfen wurden, und sich nun die Sache viel besser ausglich, wenn man den verheuratheten und dotirten Frauenspersonen Successionsrecht zugestand, als wenn man es ihnen nicht gestattete. Konnte zwar jedes Kind sich durch die Enthaltung von der väterlichen Erbschaft auch von der Verbindlichkeit zur Collation befreyen, so war doch sicher darauf zu rechnen, daß die verheurathete und dotirte Tochter, weil sie hoffte, noch immer mehr zu bekommen, sich auf die Erbschaft einließ, wenn sie auch hernach dabey verlor. So läßt sich erklären, wie wegen wegfallenden Grundes die Succession aller verheuratheten Frauenzimmer späterhin wieder statt finden konnte, ohne daß das Gesetz wäre aufgehoben worden, welches diese Succession vernichtet hatte. Auch noch ein anderer Grund läßt sich angeben, warum das Gesetz von selbst seine Kraft und Wirkung verlor. Bekannt ist, daß gegen das Ende der Republik der luxus, damit zugleich der Hang zum ehe-

losen Stande sehr überhand nahm. Unter den vielen Nichtswürdigkeiten der damaligen Zeit zeichneten sich die Erbschaftsfängereyen und die Jagd auf das Vermögen der Frauenzimmer aus: die letztere wurde durch die Leichtigkeit der Scheidungen gar sehr begünstigt. So wurden die Väter karg, gaben nur unbedeutende Summen oder auch wohl gar nichts mit. Für den ersteren Fall würde nun die Tochter sehr zu kurz gekommen seyn, wenn sie nicht hätte mit erben sollen: man hielt sich an den Grund des Gesetzes, welcher so wegfiel, und ließ solche Töchter zur Successsion mit den übrigen Kindern. Wirklich nichts zu schaffen hat mit dieser Sache eine andere, die testamentarische Erbens-Einsetzung der Frauenzimmer betreffende Gesetzgebung.

Ursprünglich kann die dos gar nicht als Vermögen des sich verheurathenden Frauenzimmers betrachtet werden: sie ist vollständiges Eigenthum des Mannes, mag man sie als das Kaufgeld selbst betrachten, wodurch die Frauensperson sich die Gemeinschaft des juris humani des Mannes erwirbt, oder als einen Zusatz zu demselben, der ad sustinenda onera matrimonii gegeben worden ist. Mit den Rechten des Mannes mußte freylich eine Veränderung erfolgen, als die laxe Ehe die herrschende wurde, und mußte der vollständige Uebergang der dos in sein Vermögen aufhören, aber die Frau wurde dadurch noch nicht Eigenthümerin des Brautschatzes. Es kam darauf an, wer die dos gegeben hatte, der Vater, ein Verwandter oder ein Freund des Hauses, oder die Frau selbst. Der Geber hatte die Proprietät, an ihn fiel auch nach aufgehobener Ehe die dos zurück, an die Frau also nur, wenn sie der Geber war. Erst von der Zeit an, wo angenommen wurde, jede von dem Vater oder einem Andern gegebene dos sey eigentlich der Frau gegeben, um solche dem Manne zuzubringen, und zwar unwiderruflich gegeben, wenn sich der Geber nicht den Rückfall ausbedungen

hatte, erscheint die dos als durchgängiges Eigenthum der Frau. Von jetzt an bilden sich auch erst die Vermögensrechte der Ehegatten.

Wenn sich irgend das Wesen des Römischen Eigenthums scharf ausspricht, so ist es bey der Ehe. Ueber die dos wird dem Manne das dominium civile eingeräumt, die Frau hat dagegen daran das dominium naturale: d. h. die Frau hat das bloße Eigenthum oder die Proprietät, dem Manne hingegen stehen gesammte in dem Eigenthum über die dos enthaltene Rechte ipso jure, und in Grundlage der geschehenen constitutio dotis zu. Der Frau kommt sonach bey der dos, so lange die Ehe besteht, nichts weiter als die nuda proprietas zu, und da der Mann judex und arbiter rerum domesticarum zugleich ist, so kann ihn auch die Frau unter keinem Vorwande an der Ausübung der ihm über die dos zustehenden Rechte beschränken: daß keine dem Zwecke der dos zuwider laufende Verträge gelten, ist ohnedem deutlich in den Gesetzen ausgesprochen worden. Man kann das dominium civile des Mannes an der dos als ein Ueberbleibsel ehemaliger Verhältnisse nicht mit andern ähnlichen Rechtszuständen, wo nämlich jemand die in dem Eigenthume eines Andern enthaltenen Rechte Kraft besonderer Uebertragung, oder einer ihm über denselben zustehenden potestas, z. B. der Tutel ausübt, vergleichen, weil da die Ausübung immer nomine alieno, hier aber nomine proprio geschieht, und wenn bloß die Ausübung der in dem Eigenthum eines Menschen enthaltenen Rechte auf einen Andern übertragen wird, es eben so gut ist, als wenn er selbst diese Rechte ausübte. Ob durch Vertrag diese Uebertragung bewerkstelligt wird, oder das Gesetz sie anordnet, ist hier ganz gleichgültig.

Das bürgerliche Eigenthum des Mannes ist jedoch nur anzunehmen in Ansehung solcher Dotal-Sachen, die ihm nicht käuflich überlassen worden sind, denn in Ansehung der

käuflich überlassenen erwirbt er das volle Eigenthum [a]). Von der mit dem bürgerlichen Eigenthum verknüpften Verpflichtung zur custodia und diligentia ist bereits oben gesprochen worden. Mit Uebergehung bekannter Sachen sollen hier nur die wichtigsten das dominium civile angehenden Puncte in Untersuchung gezogen werden.

Fragt man, wann das dominium civile beginnt, so ist die Antwort: von der Zeit, wo die dos dem Ehemanne überliefert worden ist. An der noch nicht überlieferten dos stehen ihm auch sehr natürlich keine Rechte zu, er ist bloß auf die Ueberlieferung derselben gerichtlich anzutragen berechtigt. Es führt dieß auf die Untersuchung, welche Klage zur Erlangung des Brautschatzes angestellt werden könne.

Thibaut [b]) will gegen den Vater, der nach dem Römischen Recht bekanntlich schon gesetzlich verpflichtet ist, der Tochter einen Brautschatz zu geben, mit der *condictio ex leg. ult. C. de dotis promiss.*, gegen jeden Andern aber, bey welchem die Verpflichtung aus einem besonderen Versprechen herrührt, mit der actio ex stipulatu geklagt wissen, mit welcher letzteren auch die hypothekarische Klage verbunden werden könne. In so fern der Vater gesetzlich zur Dotation verbunden ist, dürfte es freylich keinem Zweifel unterworfen seyn, daß gegen ihn eine condictio ex lege statt hat, aber gewiß kann keine condictio ex leg. ult. C. de dotis promiss. gegen ihn statt finden. Denn so wie der ganze Titel des Cod. V. 11. von der dotis promissio redet, eben so spricht auch besonders die const. ult. von dem Fall, wo der Vater die gesetzliche Verpflichtung noch generell durch ein besonderes Versprechen verstärkt, oder gar einen bestimmten Brautschatz

a) *Inst. II, 8. pr. Dig. XXIII, 5, L. 13. §. 2. Cod. V, 12, const. 30. Dig. XXIII, 3, L. 42. Cod. V, 12, const. 5,* und *const. 30.*

b) System des Pandecten-Rechts Th. 1. §. 446.

versprochen hat. Nach dem älteren Recht konnte bekanntlich die dotis promissio nicht ohne Dazwischenkunft der Stipulation geschehen. Cod. V, 11, const. 6. hat auch schon dieß bloße ernstliche Versprechen für genügend erklärt, um den Versprecher zur Auszahlung des versprochenen Brautschatzes zu verpflichten. Es ist also hinsichtlich des Brautschatzes zu unterscheiden, ob Stipulation oder nuda promissio dabey vorgekommen ist. Im ersteren Fall findet actio ex stipulatu statt: im letzteren muß Condict. ex leg. 6. Cod. de dotis promiss. angestellt werden, ohne Unterschied, ob ein Anderer, oder der Vater den Brautschatz versprochen hatte. Mit der Condict. ex leg. 6. Cod. de dot. promiss. concurrirt unstreitig die condictio ex lege generalis, in so fern das Versprechen auf keine bestimmte Summe gerichtet ist, sondern bloß die gesetzliche Verbindlichkeit generell wiederholt, und durch das Versprechen bestärkt wird. Von einer Hypothek wegen des versprochenen Brautschatzes ist erst in der merkwürdigen Constitution der const. un. Cod. de rei uxor. act. (V. 13.) die Rede, aber nicht von einem dem Manne an dem Vermögen desjenigen, welcher den Brautschatz versprochen hat, zuständigen Pfandrecht. Eben so wenig gesteht das Gesetz der Frau ein solches Pfandrecht zu, wenn ihr das Versprechen des Brautschatzes geschah. Das Gesetz redet bloß von einem gegenseitigen Pfandrecht zwischen Mann und Frau: an dem Vermögen des Mannes hat es die Frau pro restitutione dotis, an dem Vermögen der Frau der Mann pro ipsa dote praestanda vel rebus dotalibus evictis. Um für den letzteren Fall ein Pfandrecht annehmen zu können, wird allemal erfordert, daß die Frau die Garantie einer dos übernommen hat, mag solche aus ihrem eigenen Vermögen, oder aus dem Vermögen des Vaters, oder endlich aus fremdem Vermögen herrühren. Denn wie könnte sie ohne solche Garantie überall dazu kommen, sowohl für die Leistung des

Brautschatzes, als dessen Erhaltung einzustehen. Ich muß daher die gangbare Behauptung, daß der Ehemann wegen des versprochenen Brautschatzes an dem Vermögen des Versprechers eine gesetzliche Hypothek habe, und ihm die hypothekarische Klage concurrirend mit der condictio ex const. 6. C. de dote promissa zustehe, in Abrede stellen, und gleichfalls läugnen, daß der Frau ein solches Pfandrecht zustehe, wenn ihr das Versprechen des Brautschatzes geschehen ist. Denn ohne Gesetz läßt sich keine gesetzliche Hypothek behaupten: der Mann hat bloß an dem Vermögen der Frau ein solches Pfandrecht, wenn solche selbst die dos versprochen, oder das von Andern geschehene Versprechen durch ihren Beytritt garantirt hat.

Ueberall scheint mir genau unterschieden werden zu müssen, ob dem Ehemann das Versprechen des Brautschatzes, oder ob es der Frau geschah. Von den dem Manne zuständigen Rechtsmitteln ist oben gesprochen worden: der Frau können eigentlich keine andern Rechtsmittel als dieselben zuständig seyn, in so fern der Versprecher gegen sie in dem Verhältnisse steht, daß sie überall ein Klagerecht gegen ihn ausüben kann. Die alte rei uxoriae actio fand nach Ulpians o) bündigem Zeugniß nur statt, wo es sich um die Rückgabe des Brautschatzes, nicht wo es sich um dessen Verabreichung handelte. Gleichwohl wird in der oben citirten *const. un. C. de rei uxor. act.* gesagt, daß mit Aufhebung der rei uxoriae actio jeder Brautschatz auch durch die neueingeführte actio ex stipulatu solle beygetrieben werden können, woraus folgt, daß, da hier bloß von den Rechten der Frau die Rede ist, die rei uxoriae actio in der Folge der Zeit auch für die exactio dotis promissae gebraucht seyn muß, wir wollten denn einen Verstoß des Imperators gegen das bisher geltende Recht annehmen, und eine historische Unrichtigkeit,

o) Fragment. VI, §. 4—17.

was eben nichts Neues seyn würde. Den richtigsten Weg geht man wohl unstreitig, wenn man in der verwirrten Abfassung der Constitution die auffallende Anomalie sucht. Gewiß ist, daß die neue actio ex stipulatu die regelmäßige Klage der Frau ist, womit sie nicht bloß die Zurückgabe des Brautschatzes fordert, sondern auch dotem promissam beytreibt. Was weiter unten über die besondere Eigenschaft dieser Klage vorkommt, ist auch für den in Frage stehenden Fall anwendbar.

In Absicht der Frage, von welcher Zeit an die Früchte und Zinsen des versprochenen Brautschatzes zu leisten, verdient Justinians Constitution *Cod. V, 12, c. 31, §. 2.* noch besondere Erwägung. „Praeterea (heißt es) sancimus, si quis in dotem vel praedia, vel certum reditum vel aedes, vel panes civiles spoponderit vel promiserit: si ex tempore matrimonii biennium transactum sit, illico redituum vel pensionum, nec non panis civilis quaestum eum praestare, etiam si non fuerint adhuc res principales traditae: et si tota dos in auro sit, itidem post biennium usuras usque ad tertiam partem centesimae praestari. Sin autem aliae res praeter immobiles vel aurum fuerint in dotem datae, sive in argento, sive in muliebribus ornamentis, sive in veste, sive in aliis quibuscunque, si quidem aestimatae fuerint, simili modo post biennium, et earum usuras ex tertia parte centesimae currere: aestimatione earum, quia et hoc apertius declarari oportet, ea intelligenda quae pro singulis speciebus facta est, vel pro unoquoque genere dotalium specierum i. e. pro argento vel veste vel aliis speciebus, et non esse exspectandam post singulas aestimationes unam coadunationem totius calculi: quod satis scrupulosum et per nimiam subtilitatem pernicioſum est. Sin autem minime res mobiles fuerint aestimatae, ea post biennium observari, quae leges post litem contestatam pro omnibus

hujusmodi rebus definiunt. Sin vero res permixtae fuerint, et partim in auro, partim in aliis rebus mobilibus et immobilibus pro jam facta divisione omnia procedere: licentia minime deneganda marito, quando voluerit, dotem petere. Nec is, qui debet, putet sibi licentiam esse, reditus vel pensiones vel usuras vel alias accessiones solventi, dotis solutionem protelare: sed sive ante biennium sive postea voluerit dotem pars mariti petere, queat et secundum leges eam exigere." Wir ersehen aus diesem Gesetze zugleich, daß was wir jetzt Ingedömte Kasten- und Kisten-Pfand nennen, bey den Römern gleichfalls unter der dos mit begriffen war. In der verwirrt abgefaßten Constitution ist über die Frage, von welcher Zeit die versprochene dos gefordert werden könne, und von welcher an Früchte und Zinsen derselben verlangt werden können, zugleich entschieden worden, über die eine Frage implicite, über die andere explicite. I. Die dos kann sogleich nach Abschluß der Ehe gefordert werden, wenn nicht ein Termin zu ihrer Entrichtung bestimmt war. Das Prinzip gilt sowohl von dem nothwendigen als freywilligen Brautschatz. Wer zur Entrichtung des Brautschatzes verpflichtet ist, befreyt sich dadurch nicht von der Leistung desselben, daß er Früchte und Zinsen von der dos prästirt, er muß den Hauptstamm selbst prästiren. II. Die Verpflichtung Früchte und Zinsen von den rebus dotalibus zu entrichten beginnt, aber nicht eher als nach Verlauf von zwey Jahren von Abschließung der Ehe oder von der Zeit an gerechnet, wo die dos fällig geworden war. Es ist also die Eigenheit, daß die Verpflichtung zu Zinsen und Früchten nicht schon mit der mora commissa, sondern erst von einem gewissen Termin an eintritt. Denn wenn auch der Mann schon ante biennium auf die Auszahlung des Brautschatzes gerichtlich angetragen haben sollte, so tritt doch die Verpflichtung zu Früchten und Zinsen nicht eher ein, als bis biennium von der Zeit

Zeit der abgeschlossenen Ehe verstrichen ist, dagegen tritt sie nach dem Ablaufe dieses Termins ein, wenn auch gar nicht geklagt seyn sollte. Eben das ist der Fall bey einem für die Entrichtung des Brautschatzes gesetzten Termin. Um die Größe der zu leistenden Zinsen zu bestimmen, soll, wenn der Brautschatz abgeschätzt worden, die Abschätzung zum Grunde gelegt, sonst aber wie gewöhnlich verfahren werden. Warum Justinian bey der praestatio dotis die Obligation zu Zinsen und Früchten über den Termin des begangenen Verzuges hinaussetzte, würde sich schwer begreifen lassen, wenn hier nicht die Erinnerung an das biennium, welches bey einer andern Veranlassung, nämlich für die exceptio non numeratae pecuniae festgesetzt ist, zu statten käme d).

§. 276.

Wenn man mit den Römern strenge zwischen promissio dotis und constitutio dotis unterscheidet, so wird auch so vieles erst recht klar, was über die Verhältnisse in den Gesetzen vorkommt. Die oft bey den juristischen Classikern vorkommende Verwechselung der Ausdrücke kann hier nicht in Betracht kommen, es kommt allein darauf an, wie sich die Sache selbst macht. Das Versprechen des Brautschatzes

d) Anders erklärt das Gesetz Thibaut a. a. O. Er meint nämlich, die Früchte-Zinsen wären, wenn ein Termin zur Entrichtung des Brautschatzes festgesetzt worden, oder wenn von dem Mann interpellirt worden, schon a die termini et interpellationis zu zahlen, und komme das biennium nur für den Fall in Betracht, wo weder ein Termin zur Entrichtung des Brautschatzes festgesetzt worden, noch die Interpellation ante biennium geschehen war, sondern überall der Brautschatz erst post biennium gefordert wurde. Allein das Gesetz scheint mir doch zu klar das biennium ohne alle Rücksicht als den Termin zu bestimmen, von welchem an alle Früchte und Zinsen zu laufen anfangen sollen.

kann dem Mann sowohl als der Frau geschehen, und von der Frau, dem Vater derselben und Andern. Aber die constitutio dotis ist eine nur zwischen Mann und Frau vorkommende Sache, wobey die Frau der constituirende Theil, und der Mann derjenige ist, der sich die dos constituiren läßt. Aus der constitutio dotis entspringt eben das stillschweigende Pfandrecht des Ehemannes an dem Vermögen der Frau, von welchem oben gesprochen worden ist, nicht aus dem Versprechen, und wird es daher nöthig seyn, diese Puncte noch in genauere Untersuchung zu ziehen.

War nämlich die dos ursprünglich, wie oben gezeigt worden, ein Theil desjenigen oder ganz dasjenige, wodurch die Frau das jus humanum des Mannes sich erwarb, und blieb der Character derselbe für die Folge, so war auch ganz natürlich, daß die förmliche Bestellung von der Frau ausgehen mußte. Die constitutio dotis bestand unstreitig in dem festen Arrangement zwischen Mann und Frau über die Quantität und Qualität der dos, und machte sich dadurch, daß die bereits entweder zum Brautschatz gegebenen oder versprochenen Sachen mit den üblichen Feyerlichkeiten dafür erklärt wurden — dotis dictio — welche Declaration von der Frau selbst, auch von Anderen auf ihr Geheiß, oder vermöge Autorisation der Gesetze in ihrem Namen geschehen konnte. So erkläre ich die Stelle Ulpians (Fragm. VI.) „1) Dos aut datur, aut *dicitur* aut promittur. 2) Dotem *dicere* potest mulier, quae nuptura est, et debitor mulieris si jussu ejus dicat, institutus, parens mulieris virilis sexus per virilem sexum cognatione junctus, velut pater, avus paternus. *Dare, promittere* dotem *omnes* possunt", in welcher das Wort „institutus" seine eigenthümlichen Schwierigkeiten hat, wenn es vermittelst der Interpunction als selbstständig und ohne Verbindung mit dem folgenden parens mulieris etc. gelesen wird. Nach der feyerlichen Auslobung oder Er-

klärung wurde erst der Brautschatz als eine Gütermasse betrachtet, auf welche die jura dotis Anwendung fanden. Dabey geschah unstreitig zugleich die Abschätzung der dos, wenn solche nöthig gefunden wurde, oder man darüber übereingekommen war. Man kann in so fern die dotis dictio unstreitig als einen eignen Verbal-Contract betrachten, als die Stipulation dabey nöthiges Erforderniß war, aber eben so gut würde man auch die dotis promissio interveniente stipulatione als besondern Verbal Contract nach dem ältern Recht aufführen müssen, weil nur unter dieser Bedingung die versprochene dos eingeklagt werden konnte. Die förmliche Auslobung des Brautschatzes war gewiß schon lange vor Justinian abgekommen: ihre Stelle vertrat das instrumentum dotale, worin nicht bloß die Quantität und Qualität des Brautschatzes gehörig festgesetzt, sondern auch zugleich über dessen dereinstige Restitution das Nöthige bestimmt wurde. Aber mochte nun die Auslobung geschehen, wie sie wollte, so ist so viel klar, daß ohne solche überall von keiner dos in der Ehe, und keinen juribus dotis die Rede seyn kann. Denn das „promittere dotem" genügt eben so wenig als das „dare" um eine dos als juristisch vorhanden annehmen zu können.

Hierauf gründet sich die Frage, ob wir jetzt überall eine Römische dos annehmen und die Römischen Dotal-Rechte und Verhältnisse darauf anwenden können, wenn keine Auslobung der dos in einem eignen Dotal-Instrument oder auch in Ehepacten überhaupt geschehen ist, sondern die Frau bloß mit Rücksicht auf ein vorgängiges Versprechen der dos das Versprochene dem Manne zugebracht hat. Hat sie ohne alles vorhergehende Versprechen dem Manne etwas zugebracht, sich auch nicht mit ihm darüber bey der Zubringung als über Dotal-Gut regulirt, so würde man unstreitig nur

ein bloßes usufructuarisches Verhältniß annehmen können, und den Mann als simplen Usufructuar zu betrachten haben. Aber wenn nun die Zubringung mit Rücksicht auf ein vorgängiges Versprechen, sey es von ihr selbst oder von einem Andern gegeben worden, geschehen ist, ohne daß weiter die Erklärung darüber als Dotalgut erfolgt ist? Ich glaube auch für diesen Fall ist kein Dotalgut anzunehmen, denn woher weiß man, daß das Zugebrachte auch wirkliches Dotalgut habe seyn sollen. Die Gesetze halten die bloße Realisirung eines Versprechens nicht für genügend, sondern es soll der Realisirung auch noch die Erklärung hinzukommen, daß das Eingebrachte als Dotalgut zu betrachten sey, um die Verhältnisse darnach für die Zukunft bestimmt reguliren zu können.

Nach dem Römischen Recht können Sachen aller Art, körperliche sowohl als unkörperliche, zum Brautschatz gemacht werden, auch kann die Frau ihr ganzes Vermögen als dos inferiren. Bekanntlich unterscheidet man hinsichtlich der Rechte des Ehemannes, ob bey der constitutio dotis die dos zugleich käuflich auf den Mann übertragen worden ist, oder nicht. Im ersten Fall erwirbt er daran das volle Eigenthum mit Vorbehalt des Vindicationsrechts der Frau in Ansehung der noch vorhandenen Sachen, wenn der Mann Concurs macht, und sie wegen des Kaufpretii nicht aus der Concursmasse befriedigt werden konnte: im letzteren nur das oben bemerkte dominium civile im Gegensatz des dominii naturalis der Frau. Es frägt sich, wann eine solche käufliche Ueberlassung angenommen werden könne, und, ob sich die Uebertragung der Brautgabe unter Bestimmung ihres Werthes auf den Mann schon dafür halten lasse?

Bekanntlich sind die Rechtslehrer über die Frage in ihren Meinungen getheilt, indem ein Theil im Zweifel für die Annahme der käuflichen Ueberlassung, ein anderer Theil

aber dagegen stimmt e). Es dürfte nöthig seyn, die drey Hauptstellen in dieser Lehre noch in genauere Untersuchung zu ziehen.

Die erste Stelle ist *Cod. V, 12. const. 5.* „Quotiens res aestimatae in dotem dantur, maritus, dominium consecutus, summae velut pretii debitor efficitur. Si itaque non convenit ut soluto matrimonio restituerentur, et jure aestimatae sunt, retinebit eas, si pecuniam tibi offerat.

Die zweyte Stelle ist *const. 10. eod.* „Cum dotem te aestimatam accepisse profitearis, apparet jure communi per pactum quod doti insertum est, formato contractu ex empto actionem esse."

In der dritten und letzten Stelle endlich *const. 21. eod.* heißt es: „Si inter virum et uxorem pactum sit interpositum, ut si matrimonium intra quinquennii forte tempora quoquo modo esset dissolutum, species aestimatae doti datae pretiis quibus aestimatae sunt redderentur: manifestum est, non pretia specierum dari, sed ipsas species debere restitui, cum in placitis specierum reddendarum idcirco pretiorum nomen videatur annexum, ne si species aliqua deminuta fuisset aut perdita alio pretio quam pro quo taxata fuerat reposceretur."

Die beiden ersten Stellen bestimmen ganz klar daß der Mann das Eigenthum des Brautschatzes übernommen soll, sobald die constitutio dotis so geschehen ist, daß ihm die dos zugleich zu einem gewissen Preis angeschlagen worden, z. B. nachdem die res in dotem datae aufgezählt worden, erfolgt der Zusatz, „welche Stücke zusammen zu der Summe von 10,000 Rthlr. abgeschätzt worden sind. Es scheint das auch gewissermaaßen in der Natur der Sache zu liegen, denn zu welchem Zweck konnte anders die Abschätzung geschehen

e) Siehe Thibaut a. a. O. §. 447. und die von ihm not. t. citirten Rechtslehrer.

hen, als um dem Mann völlig freye Hand hinsichtlich der Dotalsachen zu lassen, und ihm nur dereinst zur Restitution der abgeschätzten Summe zu verbinden. Steht es aber bey ihm, sich durch die Anbietung der abgeschätzten Summe von aller Verpflichtung wegen der dos zu befreyen, so kann man auch schon annehmen, daß, wenn nicht *explicite* doch *implicite*, in der geschehenen Abschätzung die Ueberlassung des Eigenthums liegt.

Diesem scheint nun aber die letztere Stelle zu widersprechen, nach welcher bey einer geschehenen Abschätzung der Dotalsachen der Mann noch keinesweges berechtigt ist, wenn die Auflösung der Ehe erfolgt, die Sachen zurückzuhalten und nur den abgeschätzten Werth zu restituiren, sondern verbunden bleibt, die noch vorhandenen Sachen selbst zurückzugeben. Man könnte annehmen, es sey ein Unterschied, ob der Brautschatz im Ganzen oder ob jedes Stück besonders abgeschätzt worden: vom erstern Fall sprächen die beiden ersten, von dem letztern Falle das letztere Gesetz. Allein bey diesem Unterschiede würde sich kein ausreichendes Prinzip für die Entscheidung finden lassen. Denn wenn es nun bey der Bestellung des Brautschatzes hieße: welche Stücke zusammen zu 10,000 Rthlr. abgeschätzt sind und zwar so, daß das Grundstück A zu 2000 Rthlr. ꝛc. in Anschlag gebracht worden, so ließe sich nicht absehen, wie daraus ein Unterschied für die Regel entspringen könnte. Es muß daher noch nothwendig etwas im Hintergrunde liegen, wodurch sich die Absicht der Gesetzgeber aufklärt. Dieß zu finden will ich gegenwärtig versuchen.

Es kann in keiner der angeführten Stellen von dem Falle die Rede seyn, wo der Brautschatz ausdrücklich dem Mann für eine gewisse Summe käuflich überlassen worden ist, oder wo gesagt worden ist, daß es ganz bey ihm stehen solle, ob er dereinst den Brautschatz in natura oder den an-

schlagsmäßigen Werth restituiren wolle, denn da würde sich alles von selbst verstehen, und würde im erstern Falle *explicite*, im letzteren *implicite* eine Eigenthumsüberlassung anzunehmen seyn. Man könnte bey dem letzteren, die Alternative in sich begreifenden Fall, höchstens nur behaupten, die Frau habe ihr Eigenthum an der dos nicht unbedingt, sondern bloß bedingt, und wenn ihr dereinst der anschlagsmäßige Werth gezahlt würde, dem Manne überlassen wollen. Von diesem Falle dürfte auch wohl nur unstreitig *Cod. V, 12, const. 30.* zu verstehen seyn, denn wenn durch einen wirklichen und förmlichen Kauf der Brautschatz dem Manne ist überlassen worden, läßt sich die Anwendung des Gesetzes nicht denken, ohne zugleich eine Reviviscenz des Eigenthums anzunehmen, wovon es doch wirklich nicht spricht. Es kann daher in den angeführten Stellen nur allein von dem Falle die Rede seyn, wo die käufliche Ueberlassung aus der geschehenen Abschätzung geschlossen werden soll.

Dieser Schluß dürfte nun vernünftiger Weise schwerlich statt finden. Denn aus der geschehenen Abschätzung allein läßt sich nichts weiter schließen, als etwa eine Gleichgültigkeit gegen die Dotalsachen selbst und eventuelle Zufriedenheit damit, wenn nur dereinst der abgeschätzte Werth restituirt wird; und auch das nicht einmal, sondern man kann etwa nur consequent schließen, es habe aller Streit über den zu restituirenden Werth vermieden werden sollen, wenn die Restitution der Sachen in natura unthunlich seyn sollte.

Die Imperatoren hätten nun freylich anders schließen können (man hat Beyspiele von solchen Schlüssen in Menge, wo gerade gegen die Natur der Sache geschlossen wird, um auf solchen Schluß eine Verfügung zu gründen) und dann würde dieser Schluß als ein gesetzgeberischer zu respectiren seyn. Allein, daß sie nicht anders geschlossen haben, als es die gesunde Vernunft mit sich bringt, ersieht man ganz klar

aus

aus *Cod. V, 12, const. 21.* Das pactum interpositum, dessen hier gedacht wird, kann, wenn man das Gegentheil in Grundlage der beiden andern Stellen annehmen wollte, keine Abänderung des gesetzlichen Schlusses hier veranlaßt haben, weil es auf die Sache selbst gar keinen Einfluß hat, sondern der Rückforderer mit dem anschlagsmäßigen Werthe zufrieden seyn muß.

Wo Dotalsachen nicht käuflich auf den Mann sind übertragen worden, oder wegen der geschehenen Abschätzung die käufliche Uebertragung nicht schon angenommen werden muß, da läßt sich auch die eigenthümliche Erwerbung von Seiten des Mannes nicht behaupten, mögen die Sachen verzehrbare oder nicht verzehrbare seyn. Denn daraus, daß hinsichtlich der verzehrbaren zum Brautschatz gegebenen Sachen dem Ehemann die Pericel aufgebürdet worden ist [a]), und daß in der Hingabe dieser Sachen zum Brautschatz schon die Bedingung der dereinstigen Restitution nicht dieser Sachen in natura, sondern nur in eben derselben Qualität und Quantität liegt, folgt noch nicht, daß sie dem Manne eigenthümlich überlassen worden, es folgt daraus bloß, daß er darüber unbeschränkter als über die andern res dotales verfügen kann; und daß er nicht das Empfangene selbst zu restituiren angehalten werden kann, liegt in der Natur der Sache, eben so, als daß er es restituiren kann wenn er will, vorausgesetzt, daß es noch tauglich ist. Die Frage ist von hoher

a) *Dig. XXIII, 3, L. 42.* Res in dotem datae, quae pondere, numero, mensura constant, mariti *periculo sunt:* quia in hoc dantur, ut eas maritus *ad arbitrium suum distrahat*, et quandoque soluto matrimonio ejusdem generis et qualitatis alias restituat vel ipse, vel heres ejus. Wie oft ist es nicht der Fall, daß nach den Gesetzen etwas auf Jemandes Gefahr geht, und daß ihm die unbeschränkte Disposition darüber eingeräumt wird, ohne daß es deshalb von ihm eigenthümlich erworben wird.

Wichtigkeit bey Concursen der Männer: nehmen wir an, daß sie das Eigenthum dieser Dotalsachen sogleich erwerben, so kann bey einem nach erfolgter Ehe sogleich ausgebrochenem Concurse des Mannes, wo sie noch sämmtlich vorhanden sind, die Frau nicht als Vindicantin auftreten, sondern muß sich mit den Gläubigern des Mannes einlassen.

Der richtigste Gesichtspunct scheint mir der zu seyn, daß man annimmt, der Mann erwerbe an den Dotalsachen nicht anders ein Eigenthum, als wenn solche ihm ausdrücklich oder stillschweigend eigenthümlich überlassen worden sind: für alle andern Fälle werde von ihm nur ein dominium civile erworben. Aber hinsichtlich der Pericel der Dotalsachen, und der Verfügung darüber mache die Eigenschaft der Dotalsachen einen gar großen Unterschied. 1) In Ansehung der verzehrbaren zum Brautschatz gegebenen Sachen überkomme der Ehemann die Pericel, erhalte dagegen aber auch darüber ein unbeschränktes Verfügungsrecht. Was dagegen 2) die übrigen Dotalsachen betrifft, verbleibe deren Pericel der Frau, wenn gleich mit Ausnahme der fundi dotales der Mann darüber auch ohne Einwilligung der Frau verfügen könne: sein Verfügungsrecht sey hier aber nicht unbeschränkt, sondern beschränkt durch das Bedürfen in der Ehe. Nirgends wird nämlich in den Gesetzen dem Manne ein willkührliches Verfügungsrecht über Dotalsachen zugestanden, sondern es wird bloß gesagt, daß er den Genuß der Hauptsachen sowohl als der Accessionen haben soll; hiernächst werden auch von dem Manne geschehene Verpfändungen und Veräußerungen aufrecht erhalten. Dadurch wird ihm aber keinesweges die Befugniß eingeräumt, nach Willkühr über die res dotales zu verfügen: die Gesetze setzen stillschweigend voraus, daß die Verfügung ordnungsmäßig geschah, wie es nämlich das Bedürfniß in der Ehe erheischte, indem der Brautschatz ad sustinenda onera matrimonii gege-

ben wird. Auch wenn der Mann nicht mehr taugliche Dotalsachen veräußert, oder schlechtere gegen bessere umtauscht, muß seine Verfügung als gültig angesehen werden, indem er hier sichtbar zum Besten der Frau handelt. Oben Seite 21 ist geläugnet worden, daß die dos eine personificirte universitas rerum sey, aber ebendaselbst S. 27 ist auch gezeigt worden, daß man ganz unrichtig den Satz: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei als Attribut der personificirten universitates rerum betrachte, derselbe vielmehr auch bey andern universitatibus rerum vorkommen könne. Hier wäre der Fall, wo man seine Anwendung eben so gut als bey der hereditas, dem peculium etc. vertheidigen könnte, wenn es überall nöthig wäre, den Satz herbeyzuziehen, und nicht schon alles sich von selbst machte. Der Ehemann übt ja nur die in dem Eigenthum der Frau enthaltenen Rechte aus, er handelt ja nicht als Eigenthümer; er handelt auch nicht als einer, der fremdes Vermögen für seine eigenen Zwecke braucht, sondern nur für die Zwecke, wozu es gegeben worden ist. Nichts ist daher natürlicher, als daß die res pecunia dotali comparatae an die Stelle der pecunia dotalis treten, so wie auch das aus dem Verkaufe der Dotalsachen gelöfete Geld wieder res dotalis werden muß [b]). Es ist ja gerade so, als wenn die Frau selbst handelte: wer möchte aber bezweifeln, daß der Eigenthümer einer Sache, welcher selbige verkauft, das Kaufgeld nicht eben so gut wieder seinem Eigenthume einverleibe, als die verkaufte Sache sich

b) Als res pecunia dotali comparata kann indeß hier nur die Sache betrachtet werden, welche entweder mit einer ursprünglich zum Brautschatz gehörigen Summe erkauft, oder für eine res dotalis eingetauscht, oder endlich mit dem aus dem Verkaufe der res dotalis gelöseten Gelde erworben worden ist. Was der Mann mit Zinsen des Brautschatzes, oder mit Gelde, was aus den Früchten desselben gelöst worden, erwirbt, gehört ihm, weil ihm diese Zinsen und Früchte gehören.

schon darin befand. Unter solchen Umständen kann das Vindicationsrecht der Frau hinsichtlich der res pecunia dotali acquisitae, und des noch vorhandenen unvermischten, aus den Dotalsachen gelöseten Geldes, bey eintretendem Concurse des Mannes keinem Zweifel unterworfen seyn [c]).

Wenn, wie gezeigt worden, das Dispositionsrecht des Mannes über die übrigen nicht verzehrbaren Dotalsachen schon durch den Zweck, wozu sie gegeben worden, beschränkt ist, so ist es dagegen hinsichtlich des fundi dotalis theilweise ganz aufgehoben. Nach der bekannten Lex Julia de fundo dotali [d]) darf der Mann den fundus dotalis Italicus nicht ohne Bewilligung der Frau veräußern, und mit ihrer Bewilligung nicht obligiren. Justinian hat die Verfügung des Julischen Gesetzes durch die Aufhebung des Unterschiedes zwischen fundis Italicis und provincialibus nicht bloß auf alle Dotal-Grundstücke ausgedehnt [e]), sondern zugleich die Veräußerung und Obligirung des fundi dotalis absolut verboten [f]), möge die Frau ihren Consens dazu gegeben haben oder nicht. Die Frau ist also jede während der Ehe geschehene Veräußerung und Obligirung des Dotal-Grundstücks anzufechten und umzustoßen befugt. Nicht bloß bey der gewöhnlichen Brautschatzbestellung, sondern auch da findet der

c) Die Vindication bey Concursen muß der Frau aus einem doppelten Grunde zustehen. 1) Aus dem Grunde des nie aufgegebenen Eigenthums. a) In Ansehung aller Dotal-Grundstücke unbedingt. b) In Ansehung aller nicht verzehrbaren Sachen, in so fern der Mann bey deren Veräußerung die Grenzen seiner gesetzlichen Befugniß überschritten hat. c) In Ansehung der noch vorhandenen verzehrbaren, wo sie aber alsdann, wenn sie vindicirt, natürlich die Deterioration nicht besonders liquidiren kann, welche diese Sachen erlitten haben. 2) Aus dem Grunde des wiederaufgelebten Eigenthums.

d) *Paulus sententiar. XXI, 2, Dig. XXIII, 5, L. 4.*

e) *Cod. V, 13, const. unic.*

f) *Dig. XXIII, 5, 6, 7* und 16.

Satz Anwendung, wo die dos käuflich dem Manne überlassen worden ist, sobald nur der Frau zugleich die Wahl freygelassen wurde, ob sie nach aufgehobener Ehe die noch vorhandenen Dotalsachen selbst, oder den angeschlagenen Werth derselben zurückfordern wollte. Es darf aber die Vorschrift des Römischen Rechts nicht auf Sachen ausgedehnt werden, welche den unbeweglichen gleich zu achten sind (res intellectu juris immobiles): man kann nur sagen, so wenig der Mann selbst einen fundum dotalem veräußern und obligiren könne, eben so wenig sey er befugt, ein damit zusammenhängendes oder sogenanntes Realrecht zu veräußern und zu obligiren. Das Verbot der Gesetze von der Veräußerung des Dotal-Grundstücks ist indeß nur von der freywilligen zu verstehen, nicht auch auf die nothwendige auszudehnen g). Der Satz wird aber meist sehr unrichtig und auch so verstanden, daß der fundus dotalis veräußert und obligirt werden könne, wenn es die Noth im Ehestande mit sich bringt. Kein Gesetz läßt sich für die Behauptung anführen: nur in einem einzigen Falle wird die ungültige Veräußerung aufrecht erhalten, nämlich wenn der fundus dotalis gegen einen andern bessern vertauscht worden ist h), woraus sich etwa auf die Aufrechthaltung des über den fundus dotalis abgeschlossenen Kaufcontracts schließen ließe, wenn solcher über den wahren Werth hinaus verkauft, und das Geld entweder auf Zinsen angelegt, oder dafür ein anderes wichtiges Dotal-Grundstück erworben worden ist. Die Gesetze, welche man für die Behauptung, daß die aus Noth geschehene Veräußerung des Dotal-Grundstücks erlaubt sey, anzuführen pflegt, beweisen auch durchaus nichts i). Das Prinzip der Gesetzgebung

g) *Dig. XXIII, 5, L. 1. Cod. V, 23, const. 2.*

h) *Dig. c. l. et t. L. 26 u. 27.*

i) Es sind die not. g. citirten Gesetze, welche von der alienatio necessaria reden. Aber zwischen einer alienatio necessaria

ist, das Dotal-Grundstück soll durchaus entweder in natura oder in seinem Surrogate für die Frau erhalten werden: in dem Surrogate nur alsdann, wenn das Surrogat absolut oder relativ einen größern Werth hat als der inferirte fundus selbst. Die alienatio necessaria, wovon die Gesetze sprechen, ist allein von dem Falle zu verstehen, wo der fundus dotalis im Wege Rechtens zur Versteigerung kommt, wenn auch der Mann durch seine Nachlässigkeit, weil er entweder die gesetzliche Obliegenheit nicht gehörig wahrgenommen hat, oder bey dem Rechtsstreit über den fundus dotalis etwas versieht, die Versteigerung herbeygeführt haben sollte. Denn was bey der Ausübung seines dominii civilis von ihm versehen wird, das ist versehen: er bleibt bloß dafür der Frau aus seinem Vermögen verantwortlich [k]). Wahr ist dagegen, daß eine von dem Manne geschehene ungültige Veräußerung des fundi dotalis zu Recht bestehe, wenn er Erbe der Frau wird, oder sie ihn beerbt [l]).

---

und einer aus Noth geschehenen Veräußerung ist ein himmelweiter Unterschied. Die erstere macht sich im Wege des wirklichen oder bevorstehenden Rechtsverfahrens, wenn der Aufforderung nicht Genüge geleistet werden sollte, die letztere wird durch das Bedürfniß hervorgebracht.

Aber, möchte man fragen, wenn nun die Noth wirklich da ist, sollen die Ehegatten lieber verhungern als den fundus dotalis veräußern? Die Gesetze wollen den fundus dotalis einmal der Frau erhalten wissen, die Ehegatten sind daher auch darüber eigenmächtig nicht zu disponiren befugt. Forderte die Nothwendigkeit die Veräußerung, so mag die Obrigkeit nach vorgängiger Untersuchung der Sache ihren Consens dazu geben, oder mag gar der Landesherr um die Bewilligung angegangen werden, der von den Gesetzen zu dispensiren befugt ist. Ein eigenmächtiges Verfahren der Ehegatten kann ich wenigstens nicht billigen, und es dürfte Niemandem zu rathen seyn, sich mit ihnen einzulassen.

k) Hieher gehört auch unstreitig, wenn in einem Prozesse ohne Noth der Ehemann in die Abtretung des fundi dotalis willigt. Schadens-Ersatz kann die Frau deshalb unstreitig aus seinem Vermögen fordern, aber die Vindication steht ihr nicht zu.

l) *Dig. XXIII, 5, L. 13, §. ult. u. L. 17. Cod. III, 32, const. 17.*

§. 277.

Daß dem Ehemanne an dem Vermögen der Frau, welches ihm nicht als Brautschatz zugebracht, oder dessen Nießbrauch und Verwaltung ihm nicht besonders von der Frau überlassen worden ist, durchaus keine Rechte zustehen, ist bekannt. Eben so bekannt ist, daß für den letzteren Fall keine Verfügung des Ehemannes über das Vermögen, wenn es auch nur in zeitiger Ueberlassung, z. B. durch den Pacht- oder Mieths Contract besteht, ohne besondere Zustimmung und Ermächtigung der Frau gültig ist, wo im erstern Fall das dominium civile den Ehemann schon alles für sich allein zu leiten berechtigt. Aber die Materie von der Zurückforderung des weiblichen Vermögens nach aufgehobener Ehe und den Rechten und Privilegien der Frau mit besonderer Berücksichtigung der so merkwürdigen *L. un. C. de rei uxor. action.* (Cod. V, 13.) dürfte es verdienen in nähere Untersuchung gezogen zu werden. Hier wird es aber nöthig seyn, zuerst die Grundprinzipien zu berichtigen.

Zuerst setze ich als Grundprinzip: Nur erst durch die förmliche Bestellung und Auslobung kann etwas Brautschatz werden, und kann diese Auslobung nur immer von der Frau selbst, oder wenn sie von einem andern in ihrem Auftrag oder weil es das Gesetz erlaubt geschieht, in ihrem Namen geschehen. Gebe also oder verspreche nun den Brautschatz wer da wolle, so ist immer die Frau der einbringende Theil, und wird erst die dos durch die von ihr geschehene dictio realisirt. Das Prinzip ist, denke ich, oben sattsam erwiesen worden: die ältere Ansicht hält auch das Römisch Justinianische Recht fest, obgleich man zu Justinians Zeiten nichts mehr von solennis dotis dictio wußte, und wir müssen sie gleichfalls fest halten, weil wir sonst die Römischen Grundsätze nicht würden anwenden können.

Aus diesem Prinzip entwickelt sich ein zweytes: Was nämlich durch die förmliche Bestellung Brautschatz geworden ist, mag es gegeben worden seyn, von wem es wolle, befindet sich, so lange die Ehe dauert, im natürlichen Eigenthume der Frau, und im bürgerlichen des Mannes. Wenn auch (wie das bey den Römern der Fall war, und bey uns es nicht mehr seyn kann, weil die Töchter durch die Verheurathung aus der väterlichen Gewalt treten) die Frau noch unter der patria potestas steht, so bildet doch die dos eine Art von Peculium, das von dem väterlichen Vermögen für alle Fälle während der Ehe ganz getrennt und unabhängig ist, und nur erst bey Aufhebung der Ehe dann wieder damit in einige Verbindung tritt, wenn die dos eine profectitia ist. Darauf bezieht sich *Dig. XXIV, 3, L. 2*, in welchem Gesetz die dos profectitia nach Aufhebung der Ehe (also nicht während derselben) für ein gemeinschaftliches Eigenthum des Vaters und der Tochter erklärt wird.

Aus dem Vorstehenden scheint nothwendig zu folgen, daß wenn die Ehe aufgehoben worden ist, die repetitio dotis nur von der Ehefrau und denen, welche mit ihr eine Person ausmachen, oder in ihrem Namen von denen geschehen könne, die ihre beauftragten oder gesetzlichen Stellvertreter sind. Zu den letzteren kann nur der Vater gehören, unter dessen potestas sie sich befindet: hat er die dos selbst gegeben, so ist er schon ex communione dominii dazu berechtigt, welche nach Aufhebung der Ehe eintritt. Andere Geber des Brautschatzes, an welche die dos nach beendigter Ehe nur alsdann zurückkehrt, wenn sie sich den Rückfall bedungen haben, würden nur zur Zurückforderung derselben ex pacto interposito, entweder mit dem Manne oder mit der Frau, berechtigt seyn, und im ersteren Falle gegen den Mann, in dem letzteren gegen die Frau klagen müssen. So ergiebt sich schon

von selbst die Verschiedenheit der alten actio rei uxoriae von den übrigen auf die Restitution des Brautschatzes abzweckenden Klagen. Jene war das eigentliche Rechtsmittel, wodurch die Frau, ihre Erben und Stellvertreter, die dos aus dem Vermögen des Mannes zurückforderten: ihr Grund war die dotis dictio, und die gesetzliche Bestimmung über die Zurückgabe des Brautschatzes nach aufgehobener Ehe zugleich: man kann auch schon die erstere als alleinigen Grund annehmen, in so fern nämlich ja die dos nur überall für die Zeit der Ehe bestellt wurde. Diese, nämlich die übrigen auf Restitution des Brautschatzes abzweckenden Klagen, hatten ihre besondern Gründe, als die communio juris, wenn der Vater die dos profectitia zurückforderte, und das pactum interpositum, wenn die dos von dem fremden Geber zurückgefordert wurde: die actio ex stipulatu mußte im letztern Fall die ordentliche Klage, die rei vindicatio es im erstern seyn: concurrirend mit der actio rei uxoriae stand auch die rei vindicatio der Frau und ihren Stellvertretern zu: aber die rei uxoriae actio war nur und konnte auch nur allein seyn ein ausschließendes Recht der Frau und ihrer Stellvertreter, bloß dem Vater, wenn er Geber des Brautschatzes war, wurde sie, wenn er ex jure proprio klagte — jedoch nie allein, sondern gemeinschaftlich mit der Tochter — gestattet.

Bey der vorstehenden Darstellung der Sache läßt sich freylich wohl behaupten, derjenige sey zur Zurückforderung des Brautschatzes berechtigt, dem die dos nach aufgehobener Ehe anheimfällt, aber man kann nicht sagen, die repetitio dotis könne von allen auf gleiche Weise geschehen. Es macht einen großen Unterschied, nicht nur wer sie repetirt, sondern auch, aus welchem Fundamente sie repetirt wird. Was es etwa in der frühern Zeit an gesetzlichen Begünstigungen bey der repetitio dotis geben mochte, stand nur der Frau

zu, wenn diese mit der actio rei uxoriae klagte: denn für diese interessiren sich die Gesetzgeber nur generell dahin, daß sie nicht indotata werden soll. Es ist nur noch zu bemerken, daß der Ehefrau neben der rei uxoriae actio gleichfalls die actio ex stipulatu zustand, jedoch nur für den Fall, wo die Rückgabe des Brautschatzes ausdrücklich durch Stipulation war versprochen worden. Aber es machte einen großen Unterschied, welcher Klage sich die Frau bediente: die rei uxoriae actio war eine actio bonae fidei, und ließ daher eine Menge von Einreden zu, welche bey der actio ex stipulatu als einer actio stricti juris wegfielen. So war es z. B. keinem Zweifel unterworfen, daß der actio rei uxoriae das Retentionsrecht wegen auf den Brautschatz verwandter nothwendiger und nützlicher Kosten entgegengesetzt werden konnte, welches bey der actio ex stipulatu wegfallen mußte. Hiernächst hatte auch die actio rei uxoriae noch eine Menge Eigenthümlichkeiten von welchen die actio ex stipulatu nichts wußte, welche ganz nach den allgemeinen Grundsätzen der Stipulation gieng. Nur höchst unvollkommen kennen wir die ältere Beschaffenheit der actio rei uxoriae.

Ehe hier weiter gegangen werden kann, wird es nöthig seyn, die *L. un. C. de rei uxor. actione (Cod. V, 13.)* einer strengen Exegese zu unterwerfen. Justinian hat hier nicht bloß das Klagerecht, sondern auch die Lehre von der restitutio dotis überhaupt einer Reform unterworfen, zugleich noch über andere Verhältnisse verfügt. Die letztern Verfügungen haben hier für uns kein Interesse, sind auch bereits oben zum Theil vorgekommen. Es wird nöthig, den Inhalt des Gesetzes, so weit er hieher gehört abzuschreiben.

Rem (heißt es) in praesenti non minimam aggredimur, sed in omni pene corpore juris effusam, tam super rei uxoriae actione quam ex stipulatu: earum communio-

nes et differentias reſecantes, et in unum tramitem ex ſtipulatu actionis totum rei uxoriae jus, quod dignum eſſe valere cenſemus, concludentes. Rei uxoriae itaque actione ſublata, ſancimus, omnes dotes per ex ſtipulatu actionem exigi, ſive ſcripta fuerit ſtipulatio, ſive non: ut intelligatur re ipſa ſtipulatio eſſe ſubſecuta. Eodemque modo et ſi inutiliter facta eſt ſtipulatio: adjuvari enim eam magis quam evaneſcere oportet. Si enim cum una in inſtrumento ſtipulatio valida inveniatur, aliis etiam inutilibus ſuam noſcitur praeſtare fortitudinem: quare non ex noſtra lege hujusmodi ſtipulationibus robur accedat legitimum? Eſt enim conſentaneum nobis, qui cenſemus, ubi ſtipulatio ſuppoſita non eſt, intelligi eam fuiſſe adhibitam: et multo magis etiam ſi inutilis eſt, validam eam effici. §. 1. Et ut plenius dotibus ſubveniatur: quemadmodum in adminiſtratione pupillarium rerum, et in aliis multis juris articulis tacitas hypothecas ineſſe accipimus: ita et in hujusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam, ſive ex parte mariti pro reſtitutione dotis, ſive ex parte mulieris pro ipſa dote praeſtanda, vel rebus dotalibus evictis: ſive ipſae principales perſonae dotes dederint, vel promiſerint, vel ſuſceperint, ſive aliae pro his perſonae: et dos ſive adventitia, ſive profectitia ſit, ſecundum veteris juris nominationem. Ita enim et imperitia hominum et ruſticitas nihil eis poterit afferre praejudicii, cum nos illis ignorantibus et neſcientibus in hoc caſu noſtram induxerimus providentiam. Sicut enim et ſtipulationes et hypothecae ineſſe dotibus intelliguntur, et inutiles ſtipulationes emendantur: ſic et in poſterum cauſa invenietur valida et perfecta, quaſi omnibus dotalibus inſtrumentis a prudentiſſimis viris confectis. Et nemo putet nos hoc ſancire in his tantummodo dotibus quae inſtrumentis receptae ſunt. Nihil enim prohibet, et ſi ſine ſcriptis dos vel detur, vel promittatur, vel ſuſcipiatur: ſimili modo factam

ſtipulationem et hypothecam ex utraque parte, quaſi fuerit ſcripta. Et natura quidem ex ſtipulatu actionis haec intelligatur, re uxoria in poſterum ceſſante. §. 2. Sed etſi non ignoramus ex ſtipulatu actionem ſtricto jure eſſe vallatam, et non ex bona fide deſcendere: tamen quia novam naturam de dote ſtipulatio ſibi invenit, accommodetur ei natura rei uxoriae et bonae fidei beneficium: et omnes quidem eventus, quos dos ex ſtipulatu habet, maneat pro ſua natura exercens. Si quid autem optimum ex rei uxoriae actione invenimus, hoc in praeſenti ſpecialiter ei addimus; ut ſit et nova iſta ex ſtipulatu, quam compoſuimus, et non propria tantum, ſed etiam veteris actionis pulchritudine decorata. §. 3. Primum itaque quid naturale ſit ex ſtipulatu actionis, exponatur: ita ſi quid ex rei uxoriae actione ſupervenerit, addatur. Sciendum itaque eſt, Edictum praetoris, quod de alterutro introductum eſt, in ex ſtipulatu actione ceſſare: ita ut uxor et a marito relicta recipiat, et dotem conſequatur: niſi ſpecialiter pro dote ei maritus ea dereliquit: cum manifeſtiſſimum ſit, teſtatorem qui hoc non addiderit, voluiſſe eam utrumque conſequi. §. 4. Maneat ex ſtipulatu actionis jus ad ſucceſſores, et ſine mora transmiſſionis incorruptum. §. 5. Taceat in ea retentionum verboſitas. Quid enim opus eſt inducere ob mores retentionem, alio auxilio ex conſtitutionibus introducto? vel ex qua cauſa ob res donatas retentio introducatur, cum ſit donatori facultas per actionem in rem directam vel per utilem, vel per condictionem ſuo juri mederi? Sed nec retentio ob res amotas neceſſaria eſt, cum pateat omnibus maritis rerum amotarum judicium. Sileat ob liberos retentio, cum ipſe naturalis ſtimulus parentes ad liberorum ſuorum educationem hortetur, ne varium genus culpae mariti contra uxores excogitent, ut poſſint eadem retentione contra eas uti, cum et jam imperialibus conſtitutionibus ſtatutum ſit, ſi culpa

mulieris diſſolutum matrimonium fuerit, quid fieri oporteat. Sed nec ob impenſas in res dotis factas retentio nobis videtur ſatis eſſe idonea. Cum enim neceſſariae quidem expenſae dotis minuant quantitatem, utiles autem non aliter in rei uxoriae actione detinebantur, niſi ex voluntate mulieris: non abs re eſt, ſi quidem mulieris voluntas intercedat, mandati actionem a noſtra auctoritate marito contra uxorem indulgeri: quatenus poſſit per hanc, quod utiliter impenſum eſt, aſſervari: vel ſi non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res geſta eſt, negotiorum geſtorum adverſus eam ſufficere actionem. Quod ſi voluptuariae ſint licet ex voluntate ejus expenſae: deductio operis quod fecit, ſine laeſione tamen prioris ſpeciei, marito relinquatur: ut ſit omnium retentionum expeditus tractatus, et ex ſtipulatu actio merito ſecundum ſui naturam nullam accipiat retentionem. §. 6. Illo procul dubio in ex ſtipulatu actione obſervando, ut ſi deceſſerit mulier conſtante matrimonio, dos non in lucrum mariti cedat, niſi ex quibusdam pactionibus, ſed ad mulieris heredes ex ſtipulatu actio ſecundum ſui naturam transmittatur, ſive expreſſa fuerit, ſive ex hac lege ineſſe intelligatur. §. 7. Cum autem in exactione dotis ex ſtipulatu quidem actio naturaliter reſtitutionem dotis a parte mariti uxori illico, et in ſolidum fieri jubebat, rei uxoriae autem annua, bima, trima die in his, quae pondere, numero, menſura conſiſtunt, exactionem pollicebatur, et non in ſolidum, ſed in quantum maritus facere poteſt, ſi non dolo malo ſuam deminuerit ſubſtantiam: in hac parte rudem figuram ex ſtipulatu damus actioni: ut ſi matrimonium fuerit diſſolutum, nullo pacto adhibito, in tantum quidem maritus condemnetur, in quantum facere poteſt: quia hoc aequiſſimum eſt, et reverentiae debitum maritali, ſi non dolo malo verſatus eſt: cautione videlicet ab eo exponenda, quod ſi ad meliorem

fortunam pervenerit, etiam quod minus persolvit, hoc restituere procuret. Exactio autem dotis celebretur non annua, bima, trima die, sed omnimodo intra annum in rebus mobilibus, vel se moventibus, vel incorporalibus: caeteris videlicet rebus quae solo continentur illico restituendis: quod commune utriusque fuerat actionis. Sin autem superfederit res mobiles, vel se moventes, vel incorporales post annale tempus restituere, vel caeteras res statim post dissolutum matrimonium: etiam usuras aestimationis omnium rerum quae extra immobiles sint, usque ad tertiam partem centesimae ex bona fide introducendas maritus praestet: fructibus videlicet immobilium rerum parti mulieris ex tempore dissoluti matrimonii praestandis: similique modo pensionibus, vel vecturis navium sive jumentorum vel operis servorum, vel quaestu civilium annonarum et aliis quae eis sunt similia, parti mulieris restituendis. §. 8. Igitur et in sequenti capitulo sua ex stipulatu actio utatur natura: ut si mulier a marito fuerit heres instituta, et legis falcidiae ratio emerserit, etiam dotis debitum liceat ei sicuti alia debita ex substantia mariti subtrahere et sic quartam partem deducere. §. 9. Cumque ex stipulatu actio in his casibus quos enumeravimus, propriam naturam habeat: necessarium est in sequenti tractatu ea exponere, quae vel communia sunt utriusque actionis, vel quae in solam ex stipulatu actionem colligi oportet: vel propria quidem rei uxoriae actionis exinde autem ex stipulatu actioni accommodanda. Itaque partus dotalium ancillarum, id est quae aestimatae non sunt, vel quae servi dotales ex quacunque causa, nisi ex re mariti vel operis suis acquisierunt, ad mulierem pertinere, utraque actio similiter voluit. Foetus autem jumentorum, et omnia quae fructuum nomine continentur, ad lucrum mariti pertineant pro tempore matrimonii, sive aestimata sive non

aeſtimata ſint. Sed et noviſſimi anni, in quo matrimonium ſolvitur, fructus pro rata temporis portione utrique parti debere adſignari, commune utriusque actionis eſt, in rebus ſcilicet non aeſtimatis. Aeſtimatarum enim rerum maritus quaſi emptor et commodum ſentiat, et diſpendium ſubeat et periculum exſpectet. §. 10. Cautione videlicet defenſionis in ſpecie, in qua dotem ſuae uxoris vel nurus, in familiae erciſcundae judicio praecipuam filius defuncti detrahit, ſecundum propriam naturam ex ſtipulatu actionis coheredibus ſuis praeſtanda. §. 11. Videamus igitur, quali incremento ei de rei uxoriae actione accedente, formari decet ex ſtipulatu actionem. Cumque juris certi atque indubitati ſit, ſi parens per virilem ſexum aſcendens, dote pro filia vel nepte praeſtita emancipaverit eam, vel ipſe deceſſerit, in rei uxoriae actione dotem omnimodo ad mulierem pertinere, etiam ſi fuerit exheredata: quod non erat in ex ſtipulatu actione, ibi etenim velut aliae actiones in omnes coheredes actio dividebatur: aequiſſimum nobis viſum eſt, et in ex ſtipulatu actione mulierem dotem ſuam praecipuam accipere, etſi emancipata vel exheredata ſit, vel cum aliis heredibus ſcripta. §. 12. Quo a nobis recepto, et aliae multae ſpecies promptum accipient exitum: cum dos poſſit et de inofficioſo actionem excludere, maxime ſi ſufficit ad quartam, et in collationem ferri, ſi inteſtatus paterfamilias deceſſerit, et teſtamento facto, quando hoc teſtator dixerit. Quae omnia ex ſtipulatu actio a rei uxoriae actione accepit. §. 13. Accedit ei et alia ſpecies ab rei uxoriae actione: ſi quando etenim extraneus dotem dabat, nulla ſtipulatione vel pacto pro reſtitutione ejus in ſuam perſonam facto, quisquis is fuerat, mulier habebat rei uxoriae actionem: quod antea in ex ſtipulatu actione non erat. Stipulatione autem vel pacto interpoſito ſtipulator, vel is qui paciſcebatur, habebat vel ex ſtipulatu,

vel praeſcriptis verbis civilem actionem. In praeſenti autem non ſic eſſe volumus, ſed ſi non ſpecialiter extraneus dotem dando in ſuam perſonam dotem ſtipulatus ſit, vel pactum fecerit, tunc praeſumatur mulierem ipſam ſtipulationem feciſſe, ut ei dos ex hujusmodi cauſa accedat. Neque enim in hac ſpecie volumus videri extraneum tacitam ſtipulationem feciſſe: ne quod pro mulieribus introduximus, hoc adverſus mulieres convertatur. Immo magis in hujusmodi dotibus quae ab extraneis dantur, vel promittuntur ipſa mulier feciſſe videatur tacitam ſtipulationem: niſi expreſſim extraneus ſibi dotem reddere pactus fuerit vel ſtipulatus: cum donaſſe magis mulieri quam ſibi aliquod jus ſervaſſe extraneus non ſtipulando videatur. Extraneum autem intelligimus omnem, citra parentem per virilem ſexum aſcendentem et in poteſtate dotatam perſonam non habentem: parenti enim tacitam ex ſtipulatu actionem damus. §. 14. Et hoc ex rei uxoriae actione ſimili modo ex ſtipulata actioni accommodandum eſt; ſi quando etenim poſt diſſolutum matrimonium dos a patre ejus petebatur: ſiquidem rei uxoriae fuerat actio, non poterat ſolus pater ſine conſenſu filiae ſuae agere: et ſi necdum actione mota ab hac luce fuerat ſubtractus, et ſi lis conteſtata eſſet, ad filiam quaſi proprium patrimonium dos revertebatur: quod non erat in ex ſtipulatu actione: ibi enim et ſolus actionem habebat, conſenſu filiae non exſpectato: et ſi decedebat, ad ſuos heredes transmittebat. Sed rei uxoriae jus et in ex ſtipulatu actionem transponere, ſatis humanum, ſatis pium, ſatis utile matrimoniis eſt, etc.

Die Conſtitution, die hier erklärt werden ſoll, hat nicht bloß, wie auch ſchon der Titel des Codex zeigt, die Rückforderung des Brautſchatzes zum Gegenſtande, ſondern ſie verfügt auch generell über die jura dotis. Uns intereſſirt

hier

hier bloß, was das Gesetz über die Rückforderung des Brautschatzes vorschreibt.

Wir erfahren in diesem merkwürdigen Gesetze beyläufig so Manches über die Natur und das Wesen der alten rei uxoriae actio, was sowohl für das Alterthum als für die Erklärung einzelner Stellen in Justinians Gesetzsammlung von höchster Wichtigkeit ist. Es ist mir wenigstens klar, daß die rei uxoriae actio erst entstand, als die förmliche Auslobung des Brautschatzes (solennis dotis dictio) außer Gebrauch kam: denken wir uns nämlich diese immer mit Stipulation über die restitutio dotis verbunden, so konnte der Frau nur immer actio ex stipulatu zustehen. Oder wir müssen annehmen, die actio rei uxoriae habe nicht bloß die dos, sondern auch das übrige weibliche Vermögen zum Gegenstande gehabt, welches die Frau dem Manne zur Benutzung überlassen, oder dessen er sich angemaßt, wo alsdann die rei uxoriae actio auch gleichzeitig mit der actio ex stipulatu entstanden seyn könnte. Bestimmt werden in dem Gesetz actio rei uxoriae und actio ex stipulatu als der Frau nach dem bisher geltenden Recht hinsichtlich ihrer dos zuständige Rechtsmittel unterschieden, und werden diesem Rechtsmittel die des Gebers des Brautschatzes, wenn er sich den Rückfall der dos ausbedungen hatte: die actio ex stipulatu und die actio in factum praescriptis verbis entgegengesetzt, erstere für den Fall, wo der Rückfall mittelst Stipulation ausbedungen war, letztere, wo die Stipulation war vernachlässigt worden. Als die feyerliche Auslobung des Brautschatzes wegfiel, verblieb der Frau nur die actio rei uxoriae, wenn sie nicht aus der Person des Brautschatzgebers die actio ex stipulatu hatte, die ihr aber nur dann zustehen konnte, wenn selbiger ausdrücklich in ihrem Namen stipulirt hatte.

Die actio rei uxoriae als actio bonae fidei hatte manche Inconvenienzien für die Frau. Sie mußte die Aus-

flüchte gestatten, welche gegen jede actio bonae fidei statt fanden, und wohin auch die Ausflucht des zuständigen Retentionsrechts gehörte, wenn von dem Manne Unkosten auf die dos waren verwendet worden. Es durfte hiernächst mit dieser Klage überall nicht so scharf gegen den Mann genommen werden, auch hatte derselbe hinsichtlich des zu restituirenden Brautschatzes mehrere Dilationen und Benefizien: endlich fand die Klage überall bey der dos adventitia nicht statt, weil immer angenommen wurde, daß der Geber sich stillschweigend den Rückfall ausbedungen. Ohne die Folgen und Wirkungen der alten dotis dictio anzunehmen, war die Frau immer in einer mißlichen Lage: sollte diese aber angenommen werden, so mußte die dotis dictio entweder selbst wieder herbeygeführt, oder doch fingirt werden. Dem Justinian schien das letztere der bequemste Weg: es wurde daher angenommen, daß jede Brautschatz-Bestellung, und wenn sie auch von einem Fremden geschehen, in so fern sich dieser nicht ausdrücklich den Rückfall ausbedungen, als von der Frau selbst geschehen, obendrein der Brautschatz als von ihr förmlich ausgelobt und dessen Rückgabe als eben so förmlich von dem Manne bey Aufhebung der Ehe versprochen sollte angesehen werden. So konnte nun mit Aufhebung der rei uxoriae actio das ganze jus uxorium in die actio ex stipulatu zusammengefaßt werden.

Aber die actio ex stipulatu, welche Justinian hier vorzugsweise der Frau zur Wiedererlangung ihres Dotalvermögens verleiht, ist nicht die alte actio ex stipulatu, welche aus der solemnis dotis dictio entsprang: es ist vielmehr ein neues, aus der actio rei uxoriae und der actio ex stipulatu zusammengesetztes und eigends bestimmtes Rechtsmittel, dessen Tendenz die höchstmögliche Begünstigung der Frau ist. Darum ist es nothwendig, sie in ihrem Grunde und ihren Einzelheiten ge-

nau zu beleuchten, weil allein aus der Bestimmung des Gesetzgebers ihre Natur und Wesenheit begriffen werden kann.

Das Fundament der neuen von Justinian eingeführten Klage ist eine fingirte alte dotis dictio, oder förmliche Auslobung des Brautschatzes, verbunden mit einem eben so förmlichen Versprechen der dereinstigen Restitution, welche von der Zeit an als geschehen angenommen wird, wo respective das Versprechen und die Ueberweisung der zum Brautschatz versprochenen Sachen an den Ehemann geschehen ist. Die hier fingirte dotis dictio ist also von der alten wirklichen durchaus verschieden. Bey der angenommenen Fiction ist es etwas Eigenthümliches, daß auch nicht mehr darauf gesehen werden darf, was wirklich geschehen ist: eine dazwischen gekommene wirkliche Stipulation etwa bloß als Nebenberedung in Betracht kommt, oder gar nicht in Erwägung gezogen wird, wenn ihr die gehörigen Förmlichkeiten mangeln, oder ihr sonst ein Fehler anklebt. Die Sache ist von großer Erheblichkeit: mag eine förmliche Stipulation dazwischen gekommen seyn oder gar keine, eine gültige oder ungültige, so gilt das alles gleich viel: nicht diese Stipulation, sondern die fingirte ist die Basis der actio ex stipulatu.

Noch viel interessanter als das Fundament der actio ex stipulatu ist, was das Gesetz über ihre Zuständigkeit verfügt. Denn in der neuen Gestaltung steht die Klage nicht bloß der Frau gegen den Mann und dessen Stellvertreter auf Rückforderung des Brautschatzes nach beendigter Ehe zu, sondern auch dem Manne gegen die Frau, sowohl wegen Leistung des versprochenen Brautschatzes, als wegen Wiederherbeyschaffung oder Eviction der abgestrittenen Dotal-Sachen, und hat die derselben zum Grunde liegende Fiction ein gegenseitiges Hypothekenrecht zur Folge. Es ist eine (wie auch schon oben beyläufig bemerkt worden ist) durchaus un-

richtige Vorstellung, als habe der Mann ein Unterpfandsrecht an dem Vermögen des Versprechers des Brautschatzes: er hat es nach der deutlichen Bestimmung des Gesetzes an dem Vermögen der Frau, so wie es diese wegen der Restitution des Brautschatzes an seinem Vermögen hat. Es ist dies auch ganz natürlich, weil nach der gleichfalls ausdrücklichen Erklärung Justinians, wenn ein Anderer als der Vater den Brautschatz verspricht, den einzigen Fall, wo der Rückfall des Brautschatzes ausbedungen worden ist, ausgenommen, es immer so betrachtet werden soll, als sey die Frau selbst und allein der stipulirende Theil. So ist es ganz consequent, ihm nur regelmäßig an dem Vermögen der Frau ein Unterpfandsrecht beyzulegen, und kann dasselbe wider die Regel an dem Vermögen des Brautschatz-Versprechers nur für den Fall angenommen werden, wo der Rückfall besonders ausbedungen worden ist. Indeß so muß sich wegen des oben entwickelten Satzes, daß die profectizische dos allemal als beiden, dem Vater der Frau und ihr selbst gehörig, zu betrachten, auch das Unterpfandsrecht des Mannes wegen der versprochenen dos mit über das Vermögen des Vaters erstrecken. Denn hier ist der Fall vorhanden, wo zwar auch die Frau selbst, aber nicht allein als der stipulirende Theil betrachtet wird.

Die neue von Justinian eingeführte actio ex stipulatu hat nach Umständen bald die Beschaffenheit einer actio bonae fidei, und participirt in so fern von den Eigenschaften der alten actio rei uxoriae, bald hat sie die Beschaffenheit einer actio stricti juris, und nimmt wieder in so fern an den Eigenschaften der alten actio ex stipulatu Theil. Diese höchste Unregelmäßigkeit hat den Zweck, die Klage für diejenigen, welchen sie gegeben worden ist, so nützlich als möglich zu machen. Die Hauptrolle spielt dabey die stricti juris qualitas, die qualitas bonae fidei ist bloß als Zusatz zu betrach-

ten: wie viel die actio von der einen oder der andern habe, läßt sich nicht allgemein bestimmen, sondern es kommt dabey allein auf die gesetzliche Bestimmung im Einzelnen und Besonderen an. Die gesetzliche Bestimmung greift hier in das Wesen der alten rei uxoriae und ex stipulatu actio ein. Bald wird von der einen, bald aber auch von der andern Klage etwas ergriffen und angewendet. Die folgende Darstellung dürfte den Umfang der actio ganz erschöpfen.

1) Die Klage legt in ihrer Anstellung eine geschehene Stipulation zum Grunde, wenn auch daran nicht gedacht worden seyn sollte.

2) So wie sie ohne Zögerung auf die Erben übergeht, so leidet sie auch keine Einreden, welche zwar einer actio bonae fidei, nicht aber einer actio stricti juris entgegengesetzt werden können. Darum findet denn auch die Vorschützung des **Retentionsrechts**, wenn die Frau mit dieser Klage den Brautschatz zurückfordert, weder aus dem Fundament der verwandten Kosten, noch aus irgend einem andern Grunde gegen diese Klage statt. — Deutlich untersagt **Justinian** das Retententionsrecht nicht bloß wegen der **nützlichen** und **wollüstigen**, sondern auch selbst wegen der **nothwendigen Unkosten**. Wie dabey das „Cum enim necessariae quidem expensae dotis minuant quantitatem" zur Anwendung zu bringen, wenn nämlich kein baares Geld zu restituiren ist, wovon sogleich die impensae necessariae, wenn sie gehörig verificirt worden sind, abgezogen werden können, würde immer problematisch bleiben, wenn man sich die retentio wegen der impensae necessariae nicht nach jus antiquum als auf das Ganze der dos gehend denken müßte, was Justinian hinführo abgeschafft und dafür, wenn baa-

res Geld unter der Restitution begriffen ist, davon sofort den Abzug gemacht, sonst aber so viel von den zu restituirenden Dotal-Sachen inne behalten wissen will, als zur Deckung der impensae necessariae nöthig ist. Ein partielles Retentionsrecht, verbunden mit einer Aneignung, die jedoch die Frau durch die Bezahlung der nothwendigen Unkosten wieder aufheben kann, ist daher keinesweges ausgeschlossen. Ich kann dabey nicht unbemerkt lassen, daß in einigen alten Ausgaben für „minuant" gelesen wird „minuebant," wornach die ganze Stelle sich eben so gut als das was über die impensae utiles gesagt wird, auf die Beschaffenheit der ehemaligen rei uxoriae actio beziehen würde; allein der Nachsatz paßt durchaus nicht zu dieser Lesart, sondern es ist ganz klar, daß Justinian für die impensae necessariae das Retentionsrecht darum für etwas ganz Unnöthiges hält, weil durch diese Kosten schon von selbst so viel vom Brautschatz abgeht, als sie betragen. Ob das auch schon früher bey der rei uxoriae actio der Fall war, bleibt dahingestellt: nicht unwahrscheinlich ist es um deswillen, weil hier zugleich über die vorigen Verhältnisse vom Gesetzgeber referirt wird. Möglich ist, daß man unter Anerkennung des Grundsatzes doch das Retentionsrecht für die dos als etwas Ganzes und Unzertrennbares zugestand, und einzelne Stellen der Pandecten-Compilation weisen deutlich darauf hin.

3) Aus dem Grunde, aus welchem die impensae necessariae die dotis quantitatem vermindern, durfte auch unstreitig durch eine compensationsfähige Forderung eine Verminderung des Brautschatzes eintreten, besonders wenn erwogen wird, daß die Ausflucht der Compensation nach dem neuern Recht gegen actiones stricti juris eben so zulässig ist, als gegen actiones bo-

nae fidei. Nur versteht es sich von selbst, daß sich die dos so eignen muß, daß Compensation überall statt finde.

4) Für den Fall, wo die Ehepacten nichts besagen, hat Justinian der neuen Klage, wenn die Frau damit den Brautschatz zurückfordert, wie er selbst sagt rudem naturam gegeben, die darin besteht, daß

a) zwar noch wie ehedem nur der Mann verurtheilt werden kann, in quantum facere potest, vorausgesetzt, daß er nicht betrügerisch gehandelt hat, jedoch Caution leisten muß, das Ganze, wenn er zu besseren Vermögens-Umständen kommen sollte, dereinst zu restituiren.

b) Daß derselbe das unbewegliche Dotalgut sofort, als die Ehe ein Ende genommen hat, das Uebrige dagegen post annale tempus zugleich mit den Accessionen zurückzugeben schuldig ist.

c) Daß mit der Restitution der Dotal-Sachen selbst zugleich die Früchte der unbeweglichen Dotal-Sachen von der Zeit des Aufhörens der Ehe an gerechnet, desgleichen alle übrige von der dos abgeworfene Emolumente zurückgegeben werden müssen.

Verzugszinsen zahlt der Mann, wenn er nicht zur festgesetzten Zeit die dos restituirt, nur von dem Werthe der übrigen Dotal-Sachen extra immobiles, in so fern sie keine Revenüen abwerfen. Die welche Revenüen abwerfen, kommen bey der Zinsenberechnung eben so wenig als die immobiles in Betracht, weil die Revenüen mit den Sachen selbst zurückgegeben werden müssen. Der Zinsenbetrag ist zu 4 pr. Cent festgesetzt worden.

Zu bemerken ist, daß

a) Bey der restitutio dotis nicht in Anrechnung kommt, was der Mann der Frau noch etwa im Testament hinterlassen hat, es sey denn zugleich diese Anrechnung von ihm ausdrücklich bestimmt worden.

b) Beym Abzug der quarta falcidia, wenn die Frau Erbin des Manes geworden ist, die dos unter den zuvor aus der Erbschaft zu bezahlenden Schulden mit aufgeführt werden kann.

c) Hinsichtlich der mit den Dotal-Sachen zu restituirenden Accessionen, davon alles ausgeschlossen ist, was als wirkliche fructus in Betracht kommt, weil der Mann alle Früchte des Brautschatzes sich zuzueignen befugt ist, mit alleiniger Ausnahme des partus ancillae (weil dieser überall nicht zu den fructibus gezählt wird) und dem was die servi dotales so erworben haben, daß der Frau davon das Eigenthum zusteht.

d) Hinsichtlich der Früchte des letzten Jahres, in welchem die Ehe bestand, die alte gesetzliche Theilung der fructus beybehalten worden ist, so daß das, was oben generell über die Mitrestitution der Früchte gesagt worden ist, dadurch eine Modification leidet.

e) Das Gesagte überall nur zur Anwendung kommt, wenn die dos nicht dem Manne gegen einen bestimmten Kaufpreis überlassen worden. Denn ist der Mann Eigenthümer der dos geworden, so geht die Restitution bey Beendigung der Ehe nur auf die abgeschätzte Summe, welche so-

gleich als die Ehe aufhört, zurückgegeben, und im Falle des Verzuges landesüblich verzinset werden muß.

Da das Ende der Ehe der Punct ist, wo das Recht des Ehemannes auf die Früchte der dos aufhört, der Anfang der Ehe aber der Punct, wo es beginnt, und die neue von Justinian eingeführte actio ex stipulatu, das gesammte jus uxorium, in so fern es das Dotalvermögen zum Gegenstande hat, umfaßt, so folgt, daß mit derselben, wenn die dos pränumerirt worden ist, auch die vor Abschließung der Ehe von dem Manne percipirten Früchte bey Aufhebung der Ehe zurückgefordert werden können, oder die landesüblichen Zinsen bis dahin, wenn der Brautschatz dem Manne war käuflich überlassen worden, von der abgeschätzten Summe. Aber es frägt sich, ob mit dieser neuen Klage auch die Entschädigung beygetrieben werden könne, welche der Mann und seine Erben zu leisten haben, wenn die Dotal-Sachen nicht gewöhnlich abgenutzt, sondern durch eine übele Wirthschaft des Mannes verdorben worden sind. Die alte rei uxoriae actio gieng unstreitig auch auf eine solche Entschädigung, und obgleich Justinian sich bey der neuen actio ex stipulatu nicht darüber erklärt hat, so ist doch nicht abzusehen, warum diese nicht gleichfalls auf eine solche Entschädigung gehen sollte, da sie zugleich mit ganz an die Stelle der alten actio rei uxoriae getreten ist. Nur auf Gegenstände, welche nicht zum Brautschatz gehören, geht die neue Klage nicht, und wenn sich auch, wie oben bemerkt worden, annehmen ließe, daß die alte actio rei uxoriae darauf gegangen sey, so müßte doch die neue Klage nothwendig auf die dos und was derselben anhängig ist, beschränkt werden.

§. 278.

Aus dem, was über die neue von Justinian eingeführte Klage gesagt worden ist, übersieht man das ältere und das neue Dotal-Verhältniß, das erste rückwärts, das letztere vorwärts ganz klar, und kann sich auch leicht über die Beantwortung der so bestrittenen Frage wegen der Zuständigkeit des erst nach der *L. unic. C. de rei uxor. act.* eingeführten privilegii dotis entscheiden. Ich erlaube mir hier eine Zusammenstellung, an welche ich hernach die Untersuchung über die viel, zuletzt noch von Kamptz besprochene Frage reihen will.

I. Nach dem ältern Recht liegt das Dotal-Verhältniß nicht zwischen Mann und Frau in der Mitte, sondern, außer dem Mann und der Frau, nehmen auch daran dritte Personen, nämlich der Geber des Brautschatzes Antheil: die Rechtsverhältnisse sind jedoch bey allen Theilnehmern nicht ganz gleich, vielmehr gar sehr verschieden, und wo es besondere Vorrechte bey der Zurückforderung des Brautschatzes giebt, da hat man wohl auf die Person zu sehen, in Beziehung auf welche sie vorkommen. Das der Frau gestattete privilegium exigendi als ein bloß persönliches Recht, konnte so schon außer ihr Niemand zu statten kommen; nicht einmal ihren an ihre Stelle getretenen Kindern. — Nach dem neueren Recht liegt dagegen das ganze Dotal-Verhältniß recht eigentlich zwischen Mann und Frau in der Mitte, und andere Personen, welche nicht gerade Stellvertreter derselben sind, erscheinen wirklich dabey nur als Nebenpersonen entweder ex communione juris, wie z. B. der Vater, oder ex pacto, z. B. der, welcher außer dem Vater, Geber des Brautschatzes ist. Das gegenseitige gesetzliche Pfand-

recht, dessen oben gedacht worden, geht daher auch bloß das Verhältniß unter den Ehegatten an: was sich die Geber des Brautschatzes besonders bedingen wollen, hängt von ihnen ab. Hätte das privilegium exigendi der Frau fortgedauert, so würde solches dabey auch noch ferner seine bloß persönliche Eigenschaft behalten haben, weil es als solches keine andere haben konnte. Aber das gesetzliche Unterpfandsrecht, welches die L. un. C. de rei uxor. act. zwischen Mann und Frau stiftete, war als solches schon anderer Eigenschaft und mußte folglich auch auf die Erben und Stellvertreter von beiden übergehen.

II. Nach dem älteren Recht konnte, so lange die solennis dotis dictio noch im Gebrauch war, daraus keine andere Klage als die actio ex stipulatu gegenseitig entspringen, weil die feyerliche Auslobung des Brautschatzes ihrer Natur nach nicht anders als durch die Dazwischenkunft der Stipulation geschehen konnte. Mit der minder feyerlichen Brautschatzbestellung mußte sich die actio rei uxoriae einführen. Waren noch Nebenberedungen getroffen worden, so kam es hinsichtlich der Klage darauf an, ob Stipulation dazwischen getreten war oder nicht. So konnte auch noch späterhin die actio ex stipulatu vorkommen, aber nicht für die Hauptsache, wenn man nicht gerade die ältere Brautschatzbestellung und feyerliche Auslobung beliebt hatte. So gab es bis zur L. un. C. de rei uxor. act. zwey auf die repetitio dotis gehende Klagen, die actio rei uxoriae und die actio ex stipulatu; für andere Gegenstände aber, die sich gleichfalls auf das Rechtsverhältniß zwischen Mann und Frau bezogen, noch andere actiones stricti juris sowohl als bonae fidei, je nachdem nämlich die Gegenstände waren regulirt worden. Die *L. un. C. de rei ux. act.*

faßte alles was das gegenseitige Verhältniß zwischen Mann und Frau rücksichtlich des Brautschatzes betraf in der actio ex stipulatu zusammen. Die Klage geht nicht allein auf das gesetzlich regulirte Verhältniß, auch das vertragsmäßig regulirte umfaßt sie: sie geht überhaupt so weit, als sich die gesetzliche oder vertragsmäßige Regulirung der Dotal-Verhältnisse zwischen Mann und Frau denken läßt. Was aber außerhalb dieser Verhältnisse liegt, damit hat die actio ex stipulatu nichts zu schaffen.

III. Das ältere Recht gestattet alle aus dem Dotal-Verhältniß entstehende gemeine Rechte und Klagen nicht bloß den Ehegatten und deren Erben, sondern auch den übrigen betheiligten Personen, das neuere dagegen bloß dem ersteren: so wie die Verhältnisse der letzteren nach besonderen Grundsätzen beurtheilt werden, so werden es auch die ihnen zuständigen Rechtsmittel. Aber in den Privilegien, welche den Rechtsmitteln, so zwischen Mann und Frau statt finden, anhängen, hat das neuere Recht nichts abgeändert. Es kommt daher bloß darauf an, unter welchen Bedingungen und näheren Bestimmungen sie ertheilt worden sind. Das späterhin von Justinian und zwar durch *Cod. VIII, 18, const. 18.* eingeführte privilegium dotis muß daher auch nach eigenthümlichen Grundsätzen beurtheilt werden, sobald ausgemacht ist, ob es als wirkliches für sich bestehendes Privilegium, oder bloß als Zusatz des Pfandrechts zu betrachten ist. Im letztern Falle würde es doch auch noch die Frage seyn, ob der Zusatz generell und für jeden das Pfandrecht ausübenden, oder nur mit Beschränkung auf gewisse Personen gemacht worden.

Es ist durch die Nr. III. die Einleitung zu der endlichen Entscheidung der Frage gemacht worden, ob das von Justinian Cod. VIII, 18, const. 12. der Ehefrau ertheilte privilegium dotis ihr nur allein, wenn sie die dos repetirt, oder auch ihren Erben zu statten komme. Daß es den übrigen Erben der Frau nicht zustehe, ist jetzt allgemein anerkannt, nur für die Kinder und die übrigen Descendenten der Frau hat es in neueren Zeiten von Kamptz von neuem in Anspruch genommen, und sowohl aus der Geschichte der Justinianischen Gesetzgebung als aus deren Inhalt selbst zu begründen gesucht. Daß es nach einer allgemeinen Praxis bey uns auch den Descendenten der Ehefrau als deren Erben gestattet wird, ist bekannt: die Untersuchung beschränkt sich daher bloß auf die Theorie und was Justinian darüber verordnet hat a).

Daß das von Justinian eingeführte privilegium dotis von dem der Ehefrau an dem Vermögen ihres Mannes wegen der dos eingeräumten Hypothekenrecht durchaus verschieden sey, kann nicht geläugnet werden, wenn es sich gleich darauf bezieht, und folglich damit in Verbindung steht. Denn es hat in einer späteren Gesetzgebung seinen Grund, und beruht nach der deutlichen Erklärung des Gesetzgebers auf einer besonderen Begünstigung der Ehefrauen. Indeß könnte man schließen, da es ein Annexum der Hypothek ist, so müsse es auch allen denen zu statten kommen, welche von der Hypothek Gebrauch machen könnten: das sey aber nicht bloß die Frau, es seyen auch ihre Erben ohne Unterschied, wenn hier nicht

a) Die nachstehende Ausführung ist besonders gegen die Einwendungen gerichtet, welche von Kamptz in der scharfsinnigen Schrift: Versuch einer Revision der Lehre vom Uebergang des Brautschatz-Privilegiums auf die Descendenten der Ehefrau. Berlin 1811. gegen meine frühere Ausführung (Systematische Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger Seite 256) aufgestellt hat.

folgende durchaus unwiderlegbare Gründe obwalteten, es bloß auf die Ehefrau zu beschränken, wenn diese auftritt und den Brautschatz zurückfordert.

Vors erste kann nicht geläugnet werden, daß Justinian das privilegium dotis nach dem Beyspiel des ehemaligen privilegii exigendi eingeführt hat. Mit dürren Worten heißt es in der oben citirten Constitution „Cum enim in personalibus actionibus (secundum quod diximus) tali privilegio utebatur res uxoria: qua propter non in hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium etc. Schon daraus ließe sich schließen, daß es seine Kraft und Wirkung auch nicht weiter äußern sollen als das Privilegium, nach dessen Beyspiel es eingeführt worden: das alte privilegium exigendi stand aber ganz unstreitig nur allein der Frau, wenn sie den Brautschatz aus dem Vermögen des Mannes zurückforderte, zu, nicht aber ihren Kindern und übrigen Erben, obgleich diesen als Stellvertretern der Frau, Niemand die Repetition des Brautschatzes und mit denselben Klagen streitig machte, die der Frau nach dem ältern Recht waren eingeräumt worden. Um so weniger dürfte es auffallen, wenn man auch hier das privilegium dotis von der Hypothek getrennt, und letztere nicht bloß der Frau, sondern auch ihren Erben, ersteres aber bloß der Frau eingeräumt erblickt. Es ist aber auch

Zweytens zum Ueberfluß in der oben citirten Constitution, wenn gleich nicht explicite, doch implicite so deutlich, „daß das privilegium dotis nur allein der Frau, wenn sie als Repetentin des Brautschatzes auftritt, nicht aber ihren Erben zustehen soll" ausgesprochen worden, daß jeder Zweifel verstummen muß [b]). Nachdem nämlich Ju-

b) Daß Justinian besser gethan haben würde, wenn er gesagt hätte: der Frau soll ein Vorzugsrecht vor allen Gläubigern des Man-

ſtinian das privilegium dotis geſtiftet, und dadurch die Präcedenz der Ehefrau generell feſtgeſetzt hat, fügt er eine Ausnahme in den Worten: exceptis videlicet contra novercam anterioris matrimonii filiis, quibus pro dote matris ſuae jam quidem dedimus hypothecam contra paternas res, vel ejus creditores: *in praeſenti autem ſimilem praerogativam ſervamus, ne quod poſteriori datum eſt jus uxori, hoc anteriori denegetur*, ſed ſic maneat eis jus incorruptum, quaſi adhuc vivente matre eorum. Duabus enim dotibus ex eadem ſubſtantia debitis ex tempore praerogativam manere volumus" hinzu: die Ehefrau ſoll wegen ihres Brautſchatzes durchweg den Vorzug genießen, nur wenn die ſpätere dos mit einer frühern in Colliſion geräth, ſoll die frühere den Vorzug haben. Juſtinian ſetzt voraus, daß Jemand eine Frau hatte, die ihm einen Brautſchatz zubrachte und ſtarb, wo er aber den Brautſchatz nicht zurückgezahlt hat, hierauf zur zweyten Ehe ſchreitet, und die zweyte Frau auch einen Brautſchatz zugebracht hat. Er ſtirbt, und aus ſeinem unzureichenden Vermögen werden jetzt beide dotes repetirt, die erſtere dos von den Kindern der verſtorbenen Frau, die letztere von der überlebenden Frau ſelbſt. Juſtinian ſetzt voraus: eigentlich würde die jüngere dos der älteren vorgehen müſſen, indem hinſichtlich der letztern diejenige Perſon fehlt, die nur das privilegium dotis ausüben kann,

---

nes zuſtehen, wenn ſie ſelbſt den Brautſchatz repetirt, ihre Kinder und ſonſtige Erben aber ſollen, wenn ſie repetiren, ſich dieſes Vorzugsrechts nicht zu erfreuen haben, ausgenommen ꝛc. räume ich gern ein, und ich habe daher auch früher geglaubt, es fehle etwas in der Conſtitution vor den Worten „Exceptis etc.;" allein daraus folgt nichts weiter, als daß unvollſtändig verfügt iſt. Aus der geſetzten Ausnahme, die nicht anders gedacht werden kann, als daß das privilegium dotis nur ein ganz perſönliches Recht der Frau ſey, folgt ſchon alles von ſelbſt.

weil er das aber für unbillig hält, so verleiht er den Kindern des ersten Ehebettes namentlich das ihrer Mutter nur, wenn diese noch gelebt hätte, zuständige privilegium dotis, damit sie gegen die Stiefmutter die Priorität behaupten mögen. Ich vermag aus dieser Anordnung Justinians keinen anderen Schluß als den zu ziehen: das neuertheilte privilegium dotis ist eben so gut als wie das alte jus exigendi nur ein ganz persönliches Recht der Frau: wenn jedoch die Kinder des ersten Ehebettes wegen des in dem väterlichen Vermögen zurückgebliebenen Brautschatzes der Mutter, mit ihrer Stiefmutter in Collision kommen, so soll es ihnen aus besonderer Begünstigung auch zuständig seyn, damit die jüngere dos der ältern nicht vorgehe. Ich will zugeben, daß das „filiis" nicht bloß die „filias" in sich begreife, und daß das „filiis" nicht bloß von den Descendenten des erstern Grades, sondern auch von denen der folgenden Grade zu verstehen sey, aber mehr kann ich nicht zugeben. Das privilegium dotis steht daher als ein ganz persönliches Recht bloß der Frau zu, wenn diese dotem repetirt, und wird den Kindern nur ausnahmsweise und aus besonderer Gunst alsdann gestattet, wenn die Kinder des ersten Ehebettes mit der Stiefmutter in Collision bey der repetitio dotis gerathen, damit die ältere dos der jüngern nicht nachstehe. Für andere Fälle steht daher das privilegium dotis den Kindern der Frau durchaus nicht zu, und noch viel weniger ihren übrigen Erben. Das liegt implicite in dem Gesetz: denn wozu würde es denn der Verordnung erst bedurft haben, daß die ältere dos der jüngern vorgehen, und daß um diesen Vorzug zu behaupten, den Kindern des ersten Ehebettes das privilegium dotis zu statten kommen solle. Hätte Justinian gewollt, daß das privilegium dotis auch auf die Erben, oder doch wenigstens auf die Kinder übergehen solle, so würde sich ja alles von selbst verstanden haben. Und sagt nicht Justinian ausdrück-

drücklich, daß er den Kindern des ersten Ehebettes für den Fall, wo sie mit der Stiefmutter concurriren, das ihrer verstorbenen Mutter zuständig gewesene privilegium dotis ausnahmsweise erhalten wissen wolle, damit sie der Stiefmutter nicht nachstehen möchten. Die Rechtslehrer, welche hier ein odium secundarum nuptiarum im Hinterhalte erblicken, haben wirklich so unrecht nicht: ohne dasselbe anzunehmen, ist wirklich nicht zu begreifen, warum Justinian nicht generell den Kindern das privilegium dotis verliehen haben sollte, indem so die dos ja durch jeden andern Creditor zurückgedrängt, und ihres Vorzugs beraubt werden kann, sobald die Frau hingestorben ist, und nicht mehr selbst von der repetitio Gebrauch zu machen im Stande ist. — Nimmt man an, daß implicite in der oben angeführten Justinianischen Constitution für das privilegium dotis ganz dieselbe Norm ausgesprochen ist, welche für das privilegium exigendi statt findet, so hat es auch

Drittens nicht die mindeste Bedenklichkeit für die Behauptung, daß, den einzigen Fall ausgenommen, wo die Kinder mit ihrer Stiefmutter bey der repetitio dotis concurriren, das privilegium dotis ein ganz persönliches Recht der Ehefrau sey, die Stelle *Inst. IV, 6, § 29* anzuführen. Denn alsdann ist diese Stelle kein referens sine relato, sondern ein referens cum relato. Deutlicher kann wohl nichts seyn als der folgende Inhalt dieser Stelle: Sed et tacitam ei dedimus hypothecam: *praeferri* autem aliis creditoribus in hypothecis *tunc* censuimus, cum *ipsa mulier dotem suam experiatur*, *cujus solius providentia hoc induximus*. Die Institutionen gelten bekanntlich als eine große Constitution über die Justinianische Gesetzgebung der Pandecten und des Codex, so weit sie den Inhalt derselben berühren: stände auch im Codex nichts, woraus die Natur des privilegii dotis erhellete, so würden sie schon

allein beweisen. Noch mehr müssen sie jetzt beweisen, wo sie sich auf eine deutliche Constitution des Codex beziehen c).

§. 279.

II. Donatio propter nuptias. Ihr Wesen und ihr Verhältniß zur dos und deren Rechten verdienen noch allerdings genauer untersucht zu werden, so viel Gutes und Gründliches auch darüber bereits gesagt worden ist.

Aus *Inst. II, 7, §. 3.* erfahren wir so viel, daß die Sache den Alten ganz unbekannt gewesen, erst a junioribus Divis principibus eingeführt worden, ursprünglich donatio ante nuptias geheißen, weil die donatio allemal vor der Ehe geschehen müssen, und endlich, daß die Wirkung der donatio durch die Abschließung der Ehe bedingt gewesen. Ueber Ursprung und Zweck des Instituts wird uns nichts gesagt, auch nichts darüber, ob sie von andern Schenkungen unter Verlobten verschieden gewesen, und worin diese Verschieden-

c) Daß die Grundsätze, welche in dem Codex und den Institutionen über das privilegium dotis aufgestellt worden sind, durch die Novelle 91. Cap. 1. aufgehoben seyn sollten, vermag ich wenigstens nicht einzusehen. Das Gesetz enthält vielmehr ganz klar eine Bestätigung der früheren Verordnungen über den Gegenstand, und bestimmt bloß, daß dem älteren Brautschatz durchgehends der Vorzug vor dem jüngeren zustehen soll, die Frauen mögen beide verstorben seyn oder noch eine davon (welcher Fall in der oben angeführten Constitution des Codex vorausgesetzt wird) am Leben seyn. Waren beide Frauen todt, so verstand sich die Priorität des älteren Brautschatzes schon darum von selbst, weil die ältere Hypothek der jüngern vorgeht, so lange die letztere mit keinem Privilegium versehen ist, welches hier nun wegfiel, weil, wenn die Stiefmutter weg war, auch deren Kinder kein privilegium dotis genossen, und die Kinder des ersten Ehebettes das ihnen bewilligte Privilegium nicht nöthig hatten. Aber Justinian scheint seine Gründe gehabt zu haben (die freylich aus der Constitution nicht erhellen) die Kinder des zweyten Ehebettes mit den Kindern des erstern hinsichtlich des privilegii dotis gleich zu stellen.

heit bestaden: aus dem Namen selbst läßt sich nur so viel entnehmen, daß es eine wirkliche Donation war, und daß sie vor der Abschließung der Ehe geschah. Justinian giebt uns indeß, indem er die von ihm mit der donatio ante nuptias vorgenommene Reform anzeigt, zugleich einen Fingerzeig, wie sie von der übrigen donatio ante nuptias oder den Brautgeschenken verschieden gewesen, und daß sie bloß auf die geschehene Brautschatzbestellung Beziehung gehabt, wogegen die übrige donatio propter nuptias sich auf gar nichts bezieht, sondern bloß die Bezeugung der Liebe und des Wohlwollens zum Zweck hat. Der Umstand, daß sich die donatio ante nuptias auf die dos bezog, veranlaßte Justinian sie gegen die Grundsätze von der donatio inter virum et uxorem auch nach Abschluß der Ehe zuzulassen, und weil sie mit den eigentlichen Brautgeschenken gar nichts zu thun hatte, vielmehr die Ehe und die sich darauf beziehende dos ihr alleiniger Gegenstand war, sie donatio propter nuptias zu nennen.

Der Umstand, daß die donatio propter nuptias auf die Brautschatzbestellung Beziehung hat, muß nothwendig zu der Conjectur führen, daß dabey die Absicht zum Grunde lag, die dos zu sichern, welche vor Justinian durch nichts weiter als durch ein privilegium exigendi gesichert war. Eine bloße Hypothekenbestellung in dem Vermögen des Mannes (wenn man solche in den instrumentis dotalibus auch ausbedingen können) würde der Frau doch keine Sicherheit gegen ältere oder gar privilegirte hypothekarische Gläubiger gegeben haben, weil derzeit noch nicht an das privilegium dotis gedacht wurde. Aber ich glaube überall nicht an die rechtliche Möglichkeit einer solchen Hypothekenbestellung vor Justinian. War das pactum ungültig: ut fidejussores dotis dentur und aus dem Grunde „quia cui se ipsam credit mulier et merito dotem credere debet" so war es auch ge-

wiß der Vertrag, daß wegen des Brautschatzes das gesammte Vermögen des Mannes oder ein Theil desselben der Frau zum Unterpfand dienen sollte, wegen des völlig gleichen Grundes. Sollte die Frau daher gesichert werden, so mußte das auf andere Weise geschehen.

Dazu schien der Weg der donatio nicht nur der bequemste, sondern auch der einzige zu seyn, wenn man nämlich die Schenkung bedingt und so faßt. So hoch sich nämlich die Summe des ausgelobten Brautschatzes belief, so viel schenkte der Mann der Frau von seinem Vermögen dagegen, und wurde verabredet, daß mit der Rückgabe des Brautschatzes auch die geschehene Schenkung wieder rescindirt werde, überall die Frau von der donatio keine Einkünfte ziehen, sondern solche gleich den Einkünften der dos ad sustinenda onera matrimonii dienen, die geschenkten Sachen auch gleich der dos im Besitz und unter der Verwaltung des Mannes verbleiben sollten. So besaß der Mann beides, die dos und die donatio propter nuptias, und bezog die Revenüen von beiden: seine Lage wurde im Geringsten nicht verschlimmert, wohl aber die Lage der Frau jetzt gar sehr verbessert. Denn wenn der Mann vermöge des dominii civilis über den Brautschatz mit Ausnahme des fundi dotalis, die Dotal-Sachen unbeschränkt veräußern und verpfänden konnte, so durfte er sich dagegen über die donatio propter nuptias nicht die mindeste Verfügung anmaaßen, wodurch die Substanz derselben wäre verringert oder nur verschlechtert worden, denn diese besaß er der bedingten Schenkung ungeachtet nur mit usufructuarischem Recht, nicht mit dominio civili. Es ist mir sehr wahrscheinlich, daß über die donatio propter nuptias auch mit Genehmigung der Frau nicht disponirt werden konnte, auch sie selbst darüber kein Verfügungsrecht hatte. Denn da die Schenkung eines Theils die Sicherung des Brautschatzes zum Zweck hatte, andern Theils

nur eine bedingte war, so wäre der Zweck des Instituts sehr schlecht erreicht worden, wenn hier nicht alles fest und unbeweglich gestanden hätte.

Nach dem Vorjustinianischen Recht mußte ganz unstreitig die Frau ein Eigenthumsrecht an die donatio propter nuptias erhalten, wenn gleich nur ein bedingtes, und welches mit der restitutio dotis wieder aufgehoben wurde. Denn die donatio propter nuptias war eine wirkliche Schenkung, und mußte daher auch wie andere Schenkungen das Eigenthum übertragen. Nach der Natur und dem Wesen der damaligen Schenkung mußte damit die Uebergabe verbunden seyn. Vielleicht machte sich die Sache so. Bey der feyerlichen Auslobung des Brautschatzes geschah auch die Auslobung der donatio propter nuptias, die eine von der Frau, die andere von dem Manne, und wurde die Uebergabe auf imaginaire Weise vollzogen. Wäre schon die Schenkung des neuern Rechts vorhanden gewesen, so hätte sich alles auch schon durch bloße Verschreibung machen können. Nähme man an, daß die donatio propter nuptias nach dem ältern Recht bloß für solche Fälle üblich gewesen, wo die dos dem Manne käuflich überlassen wurde, so würde sich hier Manches noch leichter erklären lassen, was jetzt seine eigenthümlichen Schwierigkeiten hat.

Die Frage ist nun, welche Reform hat durch die Justinianische Gesetzgebung das Institut erlitten. Daß es auch nach abgeschlossener Ehe zulässig befunden und in donatio propter nuptias umgetauft worden, ist bereits oben vorgekommen.

In dem Wesen der donatio propter nuptias scheint von Justinian doch auch gar nichts verändert zu seyn. Den Hauptzweck derselben, die Sicherung des Brautschatzes, scheint er ganz festgehalten, sogar noch mehr verfolgt zu haben. Dieß ersieht man insonderheit aus *Cod. V, 3.*

const. 19, in welchem Gesetz gerade deswegen auch die donatio propter nuptias nach Abschluß der Ehe für zulässig erklärt wird, damit sie, wenn sie noch nicht geschehen ist, nachgetragen, oder wenn die dos während der Ehe vermehrt worden ist, auch die zu ihrer Sicherung geschehene donatio propter nuptias darnach erhöhet werden könne. Aus dieser Constitution sieht man auch ganz klar, daß die donatio propter nuptias eine bedingte Schenkung ist, welche bey der geschehenen restitutio dotis wieder rückgängig wird, und daß sich diese Rückgängigkeit sowohl schon von selbst versteht, wenn namentlich mit Rücksicht auf die Sicherung der dos geschenkt worden ist, als daß sie besonders ausbedungen werden kann. Daß noch von Justinian ein Nebenzweck (der hier unstreitig als etwas Neues erscheinen würde) nämlich der, daß wenn der Mann verarmen sollte, die donatio propter nuptias zur Ernährung der Frau und Kinder dienen solle, angenommen werden müsse (wie von mehreren behauptet wird: einige nehmen diesen Zweck sogar als den Hauptzweck an) würde ich sogleich ganz in Abrede stellen, wenn nicht *Cod. V, 12, const. 29.* darauf hinzudeuten schiene. Dieß auch von Justinian herrührende Gesetz, welches kein Rescript, sondern eine wirkliche Constitution ist, spricht 1) von Forderung der für die dos und die donatio propter nuptias verschriebenen Sachen. 2) Davon, daß auch noch bey bestehender Ehe, wenn der Mann verarmt, die donatio propter nuptias von der Frau gefordert werden kann, um für sich und ihre Kinder den Unterhalt daraus zu beziehen, daß aber die Frau nicht befugt seyn soll, etwas davon zu veräußern. Bey so bewandten Umständen wird also noch genauer zu untersuchen seyn, was es mit diesem sogenannten Nebenzwecke eigentlich für eine Bewandtniß habe.

Ich will keinesweges in Abrede stellen, daß bey der Bestellung der donatio propter nuptias auch wohl Stipula-

tionen vorgekommen seyn mögen, wodurch für eine Wittwenversorgung der Frau sowohl generell, als für ihre Unterstützung auf den Fall, daß der Mann verarmen sollte, gesorgt wurde. Es wäre sogar wohl möglich, daß nachdem für die Sicherung des Brautschatzes durch die gesetzliche Hypothek und das privilegium dotis so schon hinlänglich gesorgt war, die donatio propter nuptias überall einen andern Zweck erhalten hätte, oder ihr doch ein Nebenzweck beygelegt worden, der hinsichtlich der Wirkung von nun an als der Hauptzweck erschienen wäre. Allein aus der oben citirten Constitution geht nichts von alle dem hervor. Was ich heraus zu erklären vermag ist dieß.

Wenn der Mann verarmt und es mit ihm zum Concurse kommt, so nimmt die Frau nicht bloß die dos, sondern auch die donatio propter nuptias — also beides zusammen — gegen die Gläubiger in Anspruch. Die Gläubiger können also nicht sagen: hier ist deine dos, und mit deren Zurückzahlung ist die donatio propter nuptias erloschen. Warum? die Ehe wird ja durch den Concurs nicht aufgehoben: so lange sie dauert, dauert auch die dos, so lange aber diese dauert, dauert auch die donatio propter nuptias. Wenn die Frau aus dem Concurse des Mannes den Brautschatz fordert, so repetirt sie denselben ja nicht, wie bey der Aufhebung der Ehe, sie fordert ihn bloß, um ihn sich der Substanz oder der Proprietät nach, und dem Manne dem dominio civili nach zu retten, denn ist er gerettet, so hindert ja nichts den Mann seine alten Rechte wieder geltend zu machen, vorausgesetzt, daß er noch zu verdienen vermag, oder sonst in den Stand gesetzt ist, das Hauswesen zu erhalten. Repetirt aber die Frau die dos nicht im eigentlichen Sinne, und kann sie ihr daher auch nicht mit Hinsicht auf eine solche Repetition gezahlt werden, so können auch die Gläubiger die Herausgabe der donatio propter nuptias zugleich

nicht verweigern, weil diese eben so gut als die dos, wenn gleich durch die Rückzahlung der dos bedingtes, Eigenthum der Frau ist. Denn die Rückzahlung, welche von den Gläubigern und aus der Concursmasse geschieht, ist ja nicht eine solche Rückzahlung, welche das von der Frau an der donatio propter nuptias erlangte Eigenthum aufheben könnte: Dieß wird nur aufgehoben, wenn die Rückzahlung wegen aufgehobener Ehe und in Grundlage der förmlichen repetitio dotis geschieht. Justinian hat verordnet: die Frau soll für den gesetzten Fall, nämlich wo der Mann im Concurs geräth, dotem und donationem propter nuptias zusammen aus der Concursmasse fordern, und beides für sich und ihre Kinder zu ihrer Erhaltung benutzen, von der donatio propter nuptias aber nichts veräußern können, weil ja mit dereinstiger Aufhebung der Ehe auch die donatio propter nuptias von selbst aufhört, sobald die Frau alsdann ihren Brautschatz wieder hat, den sie jetzt ja schon vorläufig wieder in Händen hatte. Justinian setzt unstreitig den Fall voraus, wo der Mann entwichen ist, oder nichts hat, um die Familie ernähren zu können, die Frau aber gleichwohl nicht eine Scheidung zu bewirken sucht, sondern sich und ihre Kinder jetzt von den Revenüen der dos und donatio propter nuptias zusammen zu erhalten sucht.

Man hat bey dieser auf deutliche Gesetze gegründeten Ansicht also gar nicht nöthig bey der donatio propter nuptias noch einen Nebenzweck, oder eine Veränderung des ursprünglichen Zwecks anzunehmen. Es wird also bloß noch zu untersuchen seyn, was sonst Justinian noch über die donatio propter nuptias angeordnet hat, und wie sie sich zu den übrigen Begünstigungen des Brautschatzes verhält.

I. Justinian hat *Cod. V, 4, const. 20.* die donatio propter nuptias, wenn sie in der Ehe geschieht, ganz von den

übrigen donationibus inter vir. et uxor. ausgeschieden. Für die letztern wird das alte Recht in seinem ganzen Umfange bestätigt, für die erstere aber aufgehoben. Es ist sehr natürlich, daß wenn eine während der Ehe geschehene Schenkung als donatio propter nuptias betrachtet werden soll, sie einen Character haben muß, der sie dafür erkennen läßt. Die Schenkung muß also mit ausdrücklicher Rücksicht auf die dos und zu deren Sicherung geschehen seyn. Ueberall läßt sich eine donatio propter nuptias, möge sie vor oder nach der Ehe geschehen seyn, nur unter dieser Voraussetzung annehmen.

II. Seitdem zur Gültigkeit der Schenkungen, welche die Summe von 500 Solidis übersteigen, die insinuatio judicialis für nöthig gehalten wurde, wurde auch solche bey der donatio propter nuptias gefordert. Aber in der Novelle 127 Cap. 2. hat Justinian verordnet, daß der Frau kein Nachtheil daraus erwachsen soll, wenn sie auch unterblieben seyn sollte. Die Entscheidung Justinians gründet sich auf die sehr richtige Ansicht, daß man die donatio propter nuptias nicht sowohl als Schenkung als vielmehr als Sicherheitsleistung für die dos betrachten könne, und daß solche ja die Bedingung der Wiederauflöslichkeit in sich enthalte.

III. Veräußerungen und Verpfändungen der donatio propter nuptias, geschehen sie ohne Wissen und Willen der Frau von dem Manne oder mit deren Einwilligung sind in der Nov. 61. C. 1. durchaus verboten und für ungültig erklärt worden. Ohne Wissen und Willen der Frau geschehen, dürften sie nie gültig werden können. Mit ihrem Willen und Wissen geschehene

Veräußerungen und Verpfändungen sollen jedoch dadurch gültig werden, wenn sie post biennium genehmigt worden sind, und doch auch nur unter der Bedingung, wenn sonst Vermögen des Mannes da ist, wodurch die Frau anderweitig gedeckt werden kann. Nach der Nov. 134. C. 8. muß aber auch eine solche Wiederholung des Consenses für ungültig angesehen werden, weil die donatio propter nuptias unstreitiges Eigenthum der Frau, wenn gleich widerrufliches ist. Ob man hier, wie beym Brautschatz bewegliche und unbewegliche Sachen unterscheiden kann, dürfte die Frage seyn. Nach der angezogenen Novelle princ. scheint das fast der Fall zu seyn. Es heißt „si quis igitur tale aliquid fecerit et scripserit donationem in qua aliquid *immobilium* est, interdicimus ei etc. Darnach gienge das Verbot des Gesetzes bloß auf die in der donatio propter nuptias enthaltenen Immobilien: höchstens könnte man es auf die Sachen erstrecken, welche den Immobilien gleich geachtet werden — res civiliter immobiles —. Alles kommt hier auf die Frage an, welche Rechte dem Manne an die donatio propter nuptias zustehen. Die Gesetze erklären sich darüber nicht bestimmt: wir wissen nur aus ihnen so viel, daß der Mann während der Ehe die vollständige Benutzung der donatio propter nuptias eben so gut als die der dos hat. Ein dominium civile des Mannes darüber möchte ich nicht annehmen, da dieß nur der dos eigen ist, auch dem Manne zu viele Rechte einräumen würde, welche mit der Natur der donatio propter nuptias als einer zur Sicherung des Brautschatzes geschehenen constitutio wirklich unverträglich sind. Ein bloßes usufructuarisches Recht des Mannes kann ihn aber unmöglich zur Veräußerung, auch nur

der beweglichen Sachen befugt machen. Nehmen wir auch an, daß nach dem neueren Recht die donatio propter nuptias in einer bloßen Schenkungs-Verschreibung bestimmter zum Vermögen des Mannes gehöriger Sachen bestand, so bliebe doch immer die Sache dieselbe: das Eigenthum davon gieng so gut als durch die alte donatio auf die Frau über. Nehmen wir nun an, daß der Mann über die beweglichen zur donatio propter nuptias gehörigen Sachen wie bey der dos habe verfügen können, so würde für den Fall, daß die donatio propter nuptias aus lauter beweglichen Sachen bestanden hätte, die Frau so gut als gar nicht gedeckt gewesen seyn.

Ich glaube es kommt hier allein auf den zu fassenden Gesichtspunct an, unter welchem Justinian in der citirten Novelle über die Veräußerung und Verpfändung der Immobilien spricht, welche zur donatio propter nuptias gegeben worden. Die eigenmächtige Alienation und Verpfändung von Seiten des Mannes ist ja nie gültig: gewiß aus keinem andern Grunde, als weil er bloßer Usufructuar der donatio propter nuptias ist, und daran gar nicht die Rechte hat, welche ihm an der dos zustehen. Wir können mit Recht schließen, daß dasselbe in Ansehung der beweglichen Sachen der Fall sey, und daß bloß der Unterschied statt finde, daß diese mit Bewilligung der Frau veräußert und verpfändet werden konnten. Denn für die donatio propter nuptias müssen nothwendig hinsichtlich aller dazu gehörigen Sachen dieselben Grundsätze angenommen werden, welche wegen des weiblichen Vermögens statt finden. Willigt aber die Frau in die Veräußerung der beweglichen Sachen, welche zur donatio propter nuptias gehören, so läßt sich gegen die Gültigkeit der Alienation nichts einwenden, so viele Nachtheile solche

auch für sie haben mag. Gegen die Gültigkeit der Verpfändung dürften sich darum Einwendungen machen lassen, weil im Grunde doch immer die Frau durch Verpfändung des Ihrigen für den Mann intercediren würde, und diese Intercession durch das neueste Recht schlechthin verboten ist.

Wenn ich aus den oben angegebenen Gründen auf der einen Seite die donatio propter nuptias nicht als Wittwenversorgung betrachten kann, so mag ich um so weniger auf der andern Seite behaupten, alle donatio propter nuptias sey etwas Unbedingtes, und dafür so lange anzunehmen, als nicht das Gegentheil aus der Stipulation der Ehepacten erhelle. Das ältere Recht unterschied darum genau die donatio ante nuptias von der übrigen sponsalitia largitas, weil diese durch die erfolgte Ehe unwiderrufliches Eigenthum der Frau wurde, jene hingegen nur widerrufliches. Justinian hat in dieser Ansicht nichts geändert: nach dem Justinianischen Recht ist die donatio propter nuptias gleichergestalt eine Schenkung, welche durch die Zurückgabe des Brautschatzes darum bedingt ist, weil sie bloß zu seiner Sicherung geschah. Alles läßt sich dabey aus dem Prinzip, daß wenn der Eine etwas giebt, der Andere etwas dagegen setzt, so ganz natürlich und ungezwungen erklären. Die Idee einer Wittwenversorgung war den Römern fremd, auch haßten sie im Ganzen die Bereicherung des einen Ehegatten aus dem Vermögen des andern, wenn sie dieselbe gleich nicht ganz zu verhüten vermochten.

Die Frage, wie verhält sich die donatio propter nuptias zu den übrigen weiblichen Gerechtsamen der dos, läßt sich nun leicht beantworten. Wenn auch die donatio propter nuptias zur Sicherung der dos constituirt worden ist, so sichert sie doch solche nicht so, daß das stillschweigende Pfand-

recht der Frau an dem Vermögen des Mannes und das privilegium dotis dadurch überflüssig würden, und müssen daher beide — zumal als unabhängig davon ertheilte — Berechtigungen der Frau, dabey allerdings bestehen. Der Frau muß daher erlaubt seyn, bey entstehender Unfähigkeit zu zahlen von Seiten des Mannes gesammte Berechtigungen für sich in Anspruch zu nehmen, die donatio propter nuptias vorzugsweise, weil sie ihr zur Sicherung des Brautschatzes namentlich angewiesen worden, das stillschweigende Pfandrecht und das privilegium dotis aber zur Hülfe. Die oben gedachte Reviviscenz der Rechte der Frau an den käuflich überlassenen Dotalsachen kann nur für den äußersten Fall, und wenn sie sonst gar nicht wegen ihres Brautschatzes befriedigt werden mag, angenommen werden.

Die Frau ist bekanntlich nach Justinianischem Recht befugt, auf die Bestellung der donatio propter nuptias zu dringen, sobald von ihr der Brautschatz inferirt worden ist, und die Bestellung derselben ist nicht bloß dem Manne, sondern auch seinem Vater zur Pflicht gemacht worden, wenn der erste sich noch unter dessen potestas befindet. Eben so kann von der Frau, wenn die Summe des Brautschatzes in der Folge erhöhet wird, gleichergestalt auf Erhöhung der donatio propter nuptias angetragen werden. Wir nehmen zwar die Schuldigkeit zur Bestellung einer donatio propter nuptias nicht mehr an, wenn sie nicht besonders versprochen worden, es ist indeß keinem Zweifel unterworfen, daß wenn eine solche wirklich bestellt worden, ganz die oben über die donatio propter nuptias vorgetragenen Rechtsverhältnisse statt finden müssen. So muß auch unstreitig noch bey uns alsdann der Satz gelten, daß eine donatio propter nuptias nicht höher bestellt werden kann, als sich die dos beläuft, indem sich die erstere nothwendig auf die letztere bezieht, und daher ihrer

Natur nach nicht höher gedacht werden kann als diese a). Eine höher als die dos sich beläuft bestellte donatio propter nuptias würde rücksichtlich der übersteigenden Summe entweder als bloße sponsalitia largitas, wenn sie vor der Ehe bestellt worden, oder als eine donatio inter virum et uxorem betrachtet werden müssen, wenn die Bestellung während der Ehe geschehen wäre, wornach denn auch die Rechte derselben verschieden beurtheilt werden müßten.

Das Vorstehende führt mich auf die Untersuchung einer Frage, die ich nirgends beantwortet gefunden habe. In unsern heutigen Ehestiftungen kommt sehr oft der Fall vor, daß indem die Frau dem Manne eine bestimmte Summe als Brautschatz zubringt, der Mann ihr dagegen aus seinem Vermögen gewisse Güter und Sachen verschreibt oder vermacht. Das „Verschreiben" läßt sich von einer besondern Hypothekbestellung, aber auch von einer donatio propter nuptias erklären: die letztere Erklärung dürfte hier unstreitig die richtigste seyn, weil das privilegium dotis bey der generellen Hypothek die Frau schon mehr sichert als alle Special-Hypothek sie würde sichern können. Das „Vermachen" läßt sich auch von Ueberlassung auf den Todesfall erklären, allein viel vernünftiger erklärt es sich von der donatio propter nuptias. Indeß kommen auch Ehestiftungen vor, in welchen, nachdem dos wirklich inferirt und dagegen verschrieben oder vermacht worden, dem überlebenden Ehegatten zur Pflicht gemacht wird, an die nächsten Verwandten des Verstorbenen eine gewisse Summe auszuzahlen. Hier muß zwar für die Lebenszeit das gegenseitige Verhältniß

a) Wie Puffendorff (*Obs. Jur. univ.* II, 39 und III, 121.) den heutigen Nichtgebrauch dieses Satzes vertheidigen will, begreife ich wirklich nicht. Es ist hier nicht von etwas die Rede, was auf Römischen Subtilitäten, sondern was auf der Natur der Sache beruht.

der dos und donatio propter nuptias angenommen werden, allein für den Todesfall tritt ein gegenseitiges Successionsrecht in Ansehung der dos und der donatio propter nuptias ein, was jedoch auf den übrigen Nachlaß sich nicht erstreckt, auch nicht als ein wahres Erbrecht betrachtet werden kann, sondern nach den Grundsätzen von Römischen Schenkungen des Todeswegen und Vermächtnissen beurtheilt werden muß [b]).

---

b) In einer im Jahr 1778 2 Monate nach abgeschlossener Ehe errichteten Ehestiftung hieß es §. 7: „Frau N. N. bringt ihrem Ehegemahl die Summe von 11700 Rthlr. und zwar 10,000 in Conv. Geld und 1700 in Golde als Brautgift zu, wogegen §. 8. ihr Ehegemahl Herr N. N. ihr sein bey ** belegenes allodiales Rittergut N. cum omnibus appertinentibus et inventario verschreibt. §. 9. Auf den Fall, daß die Ehe kinderlos bleiben und einer der Ehegatten mit Tode abgehen sollte, ist beliebt worden, daß der überlebende nicht mehr als 2000 Rthlr. an die nächsten Intestat-Erben des Verstorbenen auszuantworten schuldig seyn solle." Die Ehe blieb kinderlos: der Mann starb im Jahre 1788 mit Hinterlassung eines Testaments, in welchem er in seinem übrigen Vermögen einen seiner nächsten Vettern zum Erben ernannt, und aus dem der Frau verschriebenem Gute noch 4000 Rthlr., der Stadtschule zu * legirt hatte. Die Frau bestritt zwar nicht die Befugniß ihres verstorbenen Mannes über sein übriges Vermögen nach seinem Belieben zu verfügen, behauptete aber, daß er nicht berechtigt gewesen, aus dem ihr in der Ehestiftung verschriebenen Gute 4000 Rthlr. an die Stadtschule zu * vermachen. Es kommt bey Beantwortung der Frage alles darauf an, wie man die Sache betrachtet. Die Verschreibung des Landguts enthält unstreitig eine donatio propter nuptias. Es war dasselbe um die Zeit wo es verschrieben wurde, unter obrigkeitlicher Autorität zum Behuf der Steuerregulirung zu 25000 Rthlr. abgeschätzt worden: der Werth desselben mußte also noch einmal so hoch als die dos sich belief angenommen werden. Jetzt wo sich der Sterbefall ereignete, stand es zum Geringsten in dem Werthe von 35 — 40000 Rthlr., der aber meiner Meinung nach nicht in Betracht kommt, sondern nur der damalige Werth als die donatio propter nuptias bestellt wurde. Legt man 1) das Römische Recht in seiner Reinheit bey der Entscheidung zum Grunde, so ist in der

Rücksicht, daß die Ehestiftung erst einige Monate nach dem Abschluß der Ehe errichtet wurde, die Verschreibung bis zum Betrag der dos wahre donatio propter nuptias, das Uebrige aber donatio inter virum et uxorem, welche erst mit dem Ableben des Ehegatten, ohne sie widerrufen zu haben, völlig gültig wird. Allerdings stand daher dem Manne die Befugniß zu 4000 Rthlr. aus dem gegen die dos verschriebenen Gute der Stadtschule zu * zu vermachen. Die von dem Ehegatten getroffene Verfügung, daß bey kinderloser Ehe, auf den Todesfall die respective dos und donatio propter nuptias bey dem Ueberlebenden verbleiben solle, und derselbe nur ein Aversions-Quantum an die nächsten Erben des Verstorbenen herauszuzahlen schuldig seyn solle, würde die Sache im Mindesten nicht ändern, indem diese Verfügung als eine zugesetzte gegenseitige donatio mortis causa ganz oder theilweise bis zum Ableben der Schenker widerruflich seyn würde. Wollte man 2) das Römische Recht in seiner heutigen und gemischten Gestalt zum Grunde legen, und die Gültigkeit und Unwiderruflichkeit der Erbverträge sowohl, als den von einigen Rechtslehrern behaupteten Satz, daß die donatio propter nuptias der dos nicht gleich zu kommen brauche, in Betracht ziehen, so würde dadurch doch die Ansicht um nichts verändert werden. Denn von einem Erbvertrage ist hier nicht die Rede: es ist immer dos und donatio propter nuptias, die hier gegenseitig stipulirt und auf den Todesfall gegenseitig geschenkt worden sind, so daß also die Grundsätze von der donatio mortis causa allemal die Entscheidungsnorm abgeben müssen. Allemal würde daher bey dem in Frage stehenden Falle die Befugniß des Mannes, der Stadtschule zu * 4000 Rthlr. zu vermachen, zu vertheidigen seyn.

LXI.

XLI.

Sponsalitia largitas und donatio inter virum et uxorem, und strenge Grenze zwischen beiden und der donatio propter nuptias §. 280. — Rechte der sponsalitia largitas §. 281 und der donatio inter virum et uxorem §. 282. — Theorie der pacta dotalia nach Römischen und heutigen Rechten §. 283 folg.

§. 280.

Nichts ist leichter als die Grenze zwischen sponsalitia largitas und donatio inter Virum et Uxorem nach Römischem Recht im Allgemeinen zu bestimmen. Was nämlich Brautleute sich gegenseitig schenken, ist allemal sponsalitia largitas, was hingegen ein Ehegatte dem andern schenkt donatio inter Virum et Uxorem. Die Ehe scheidet also die donatio inter V. et U. von der sponsalitia largitas. Die donatio propter nuptias gehört im Allgemeinen theils zu der ersteren, theils zu der letzteren, je nachdem sie vor oder nach dem Abschluß der Ehe geschieht. Vor Justinian konnte sie nur immer zu der ersteren gerechnet werden, weil sie nach dem Abschluß der Ehe durchaus nicht statt hatte. Sie unterscheidet sich von der übrigen sponsalitia largitas und von der donatio inter V. et U. bloß durch ihren Zweck, indem sie mit ausdrücklicher Rücksicht auf den inferirten Brautschatz gemacht wird, und sich nicht höher belaufen darf als dieser ist. Wollten wir der falschen Ansicht einiger Juristen folgen, daß jetzt nichts mehr darauf ankomme, ob die donatio propter nuptias der dos gleiche, oder sich höher belaufe, so würden wir ganz die gesetzlichen Grenzen verwirren, und gar nicht mehr über die Rechtsverhältnisse urtheilen können, indem ja von der donatio propter nuptias verschiedene und gleichergestalt auch verschiedene Rechte von der sponsalitia largitas und der donatio inter V. et U. gelten. Es herrscht hier offenbar eine Verwechselung der Römischen donatio propter nuptias

mit dem deutschen sogenannten Gegenvermächtniß — Gegensteuer — recompensa dotis — welche, wie Runde a) sehr richtig bemerkt hat, hauptsächlich auf die Versorgung der Wittwe nach dem Tode des Mannes gerichtet ist, also eigentlich, wenn wir die Sache strenge nehmen wollen, eine Römische donatio propter nuptias mit einem vidualitium verbunden, ist. Es ist nicht möglich, bey der Collision des fremden und des einheimischen Rechts hier die Verhältnisse auszugleichen, wenn wir nicht folgende Grundsätze gelten lassen wollen.

I. Nur was mit ausdrücklicher Beziehung auf die dos gegeben oder verschrieben worden ist, kann als donatio propter nuptias betrachtet werden, und auch nur wenn es in einer der dos völlig gleich kommenden Größe bestellt worden ist. Was die dos übersteigt, muß nach den Grundsätzen von der Römischen sponsalitia largitas, oder nach denen von der donatio inter V. et U. beurtheilt werden, je nachdem es vor oder nach der Ehe gegeben oder verschrieben worden ist. Auch selbst dann wenn es

II. namentlich als Witthum verschrieben worden seyn sollte, hört die vorgedachte Beurtheilung nicht auf: es fragt sich alsdann bloß, in wie fern die Verschreibung zum Witthum, welche weder als Schenkung auf den Todesfall oder Vermächtniß der Sachen selbst, sondern nur als Ueberlassung des Einkommens davon auf den Todesfall, und für die Zeit des Wittwenstandes betrachtet werden kann, gültig ist. Es ist also dieselbe Frage, welche statt findet, wenn

III. eine dos oder donatio propter nuptias so verschrieben worden ist, daß sie dem überlebenden Ehegatten ganz

a) Deutsches Privatrecht n. A. §. 420.

oder gegen Entrichtung eines Aequivalents an die Intestat-Erben des Verstorbenen verbleiben soll. Daß dieß auch schon nach dem Römischen Recht geschehen könne, ist keinem Zweifel unterworfen [b]), nur kann es nach einer richtigen Analogie nie unter einer captatorischen Bedingung und nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze [c]) nie in Gestalt eines successorischen Pacts geschehen. Daß es heutiges Tages in der letzteren Gestalt geschehen könne, ist keinem Zweifel unterworfen, weil bey uns alle universelle sowohl als particulaire Successions-Verträge völlig erlaubt sind. Nur dürfte man sich zu hüten haben, die Ansichten zu confundiren. Ist nur im Allgemeinen festgesetzt worden, daß die respective dos und donatio propter nuptias bey dem überlebenden Theil verbleiben solle, so muß das Römische Recht zur Anwendung kommen: gleichergestalt für den Fall, wo sich die Ehegatten ihre respective dos und donatio propter nuptias auf den Todes-Fall schenken. Heißt es dagegen, daß einer dem andern succediren oder ihn beerben solle, so würde ein mit der Ehestiftung verbundener particulairer successorischer Vertrag anzunehmen seyn. Anders läßt sich bey der Durchkreuzung der Römischen und Deutschen Vorstellungen und Begriffe wohl schwerlich die Sache bestimmen.

Der Unterschied, welcher aus dieser Vorstellung der Sache entspringt, ist wirklich sehr bedeutend. Die Verein-

b) Denn das Römische Recht untersagt nur Vereinbarungen wodurch die Frau bey ihrem Leben an ihren Rechten wegen des Brautschatzes gefährdet wird. Thibaut Pandect. Recht Th. 1. §. 479.

c) *Cod. II*, 3, *const.* 15. Bloß donationes mortis causa sind den Ehegatten, wie jedem Andern erlaubt. *Dig. XXIV*, 1, *L.* 9, §. 2. *L.* 10 und 11 *pr.*

barung, daß die respective dos und donatio propter nuptias bey dem überlebenden Ehegatten verbleiben sollen, kann nach Römischem Recht, wenn sie auch in den Ehepacten geschehen, doch immer nur als donatio mortis causa betrachtet werden, und ist daher bis an den Tod widerruflich. Unwiderruflich ist nur, was hinsichtlich der Verhältnisse unter den lebenden ist festgesetzt worden. Die Vereinbarung dagegen, daß der eine Ehegatte dem andern hinsichtlich der dos und donatio propter nuptias succediren oder ihn beerben soll, ist nach Deutschem Recht als unwiderruflich zu betrachten *d*).

§. 281.

I. Was vor der Ehe, aber nach geschehener Verlobung ein Verlobter dem andern ohne Rücksicht auf dos schenkt, ist nach den Begriffen der Römer sponsalitia largitas. Der sponsalitia largitas wird gleich geachtet, was zwar Eheleute einander schenken, aber solche, unter welchen justae nuptiae nicht statt finden können *e*). Es ist zum Wesen der sponsalitia largitas erforderlich, daß das Geschenkte auch schon vor vollzogner Ehe übergeben worden sey: was nach deren Vollziehung erst tradirt wird, wenn die Schenkung auch vor der Ehe geschehen seyn sollte, wird doch immer als donatio inter V. et U. betrachtet *f*). Dieser auf die Untrennbarkeit des titulus von dem modus adquirendi gegründete Satz des älteren Rechts dürfte jedoch durch die neueren von Schenkungen angenommenen Grundsätze als aufgehoben betrachtet werden müssen. Was übrigens Brautleute sich einander schenken, wird so lange für sponsalitia largitas an-

d) In wie fern hier der Unterschied zwischen den sogenannten pactis dotalibus simplicibus und mixtis in Betracht komme, wird sich weiter unten zeigen.

e) *Dig. XXIV*, 1, *L.* 3. §. 1.

f) *Dig. e. l. L.* 27.

gesehen, bis es ausdrücklich für arrha sponsalitia — Daraufgabe — Mahlschatz erklärt worden ist, oder auch als solche klar vorliegt. Das ältere Recht hielt solche Schenkungen unbedingt für gültig, mochte die Ehe erfolgt seyn, oder nicht: es wurde selbst die ausdrücklich hinzugefügte Bedingung, daß die Schenkung nur alsdann gültig seyn sollte, wenn die Ehe erfolgen würde, für unwirksam gehalten. Aber nach Constantins Entscheidung (*Cod. V, 3, const. 15.*) ist alle sponsalitia largitas durch den Abschluß der Ehe bedingt, und kann, wenn solche nicht erfolgt, das Brautgeschenk zurück genommen werden. Nur derjenige Geber verliert es, der muthwillig selbst die Aufhebung der Sponsalien veranlaßt hat. Wird die Ehe durch den Tod eines Verlobten an der Abschließung behindert, so ist zu unterscheiden, ob die donatio interveniente osculo geschehen war oder nicht, und hiernächst ob das Geschenk von dem Bräutigam oder von der Braut herrührte. Rührte es von dem Bräutigam her und war interveniente osculo gegeben worden, so braucht die Braut nur die Hälfte des Empfangenen zurückzugeben, die andere Hälfte lucrirt sie. War aber die Braut die Geberin, so wird, mag die donatio interveniente vel non interveniente osculo geschehen seyn, die ganze Schenkung aufgehoben und kehrt die Sache zurück s). Diese letztere gesetzliche Disposition dürfte heutiges Tages nicht mehr zur Anwendung kommen, weil die Formalität des Geschenks bey uns außer Gebrauch ist. Eben so wenig dürfte sich das auf die Römische deductio in domum beziehende Aurelianische Rescript (*Cod. V, 3, const. 6.*) noch anwenden lassen, sondern alles allein darauf ankommen, ob wirklich vor oder nach Abschließung der Ehe geschenkt worden, wie auch die Pandecten-Compilation richtiger entscheidet.

s) *Cod. V, 3, const. 16.*

Oben ist bereits bemerkt worden, daß jede Schenkung unter Verlobten so lange für sponsalitia largitas gehalten werden müsse als sie nicht für arrha sponsalitia ausdrücklich erklärt worden, oder auch klar vorliegt, daß sie als solche verabreicht werden sollen. Die rechtlichen Bestimmungen über die sponsalitia largitas dürfen nicht mit denen über die arrha sponsalitia confundirt werden. Die letztere wird nach den gemeinen Grundsätzen von der arrha beurtheilt. Wird 1) die Abschließung der Ehe durch den Tod eines der Brautleute behindert, so muß die arrha zurückgegeben werden. Dasselbe ist 2) der Fall, wenn mit gemeinschaftlicher Bewilligung das Verlöbniß aufgehoben wird, oder wegen eines entgegenstehenden Ehehinderniſſes nicht in Ehe verwandelt werden kann. Hat aber 3) einer der Verlobten die Abschließung der Ehe muthwillig hintertrieben, oder durch seine Renitenz unthunlich gemacht, so ist er nicht bloß schuldig den empfangenen Mahlschatz zurückzugeben, sondern auch eben so viel noch oben drein aus seinem Vermögen als Strafe [h]). Nur die minorenne Braut allein giebt bloß zurück, was sie empfangen hat [i]). Daß, wenn der Verlobte, durch welchen die Abschließung der Ehe hintertrieben worden ist, selbst eine arrham sponsaliciam gegeben hat, er solche oben drein verlieren müsse, versteht sich von selbst, eben so, als es sich von selbst versteht, daß wenn nicht die Braut selbst, sondern die Eltern die arrham für die Tochter empfangen haben, auf den Fall, daß die doppelte Restitution derselben geschehen muß, es nicht auf den Umstand, ob die Braut großjährig oder minderjährig war, ankommt, sondern die arrha allemal in duplo zurückgegeben werden muß [k]). Für den Fall 4) daß die Spon-

h) *Cod. V*, 1, *const.* 3.
i) *Cod. l. c. const.* 5.
k) *Cod. l. c. et c.*

salien wegen eigentlicher Repudien-Ursachen aufgehoben worden, dürfte nach Römischen Rechten nur die einfache Rückgabe der arrha sponsalitia angenommen werden können, und war 5) die arrha sponsalitia keine confirmatoria, sondern eine bloße poenitentialis, so versteht es sich nach den bekannten Grundsätzen dieser arrha von selbst, daß der Geber mit Zurücklassung derselben zu jeder Zeit das Verlöbniß aufheben kann.

Ob was das Römische Recht über sponsalitia largitas und arrha sponsalitia verordnet noch durchgehends bey uns angewendet werden kann, dürfte doch gar sehr die Frage seyn. Die doppelte restitutio der arrha sponsalitia wird aus dem allgemeinen Prinzip der bey uns wegfallenden restitutio dupli (den Fall ausgenommen, wo solche ausdrücklich bedungen worden) bestritten, und wie ich glaube mit Recht. Aber auch der durchgängigen Anwendung der Grundsätze von der sponsalitia largitas stehen wichtige Bedenklichkeiten entgegen. Wurde durch den Tod eines Verlobten die Abschließung der Ehe behindert, so war es von jeher in Deutschland Sitte, dem überlebenden zum Andenken an den ihm verstorbenen Theuren gewöhnliche Brautgeschenke zu lassen: nur die Rückgabe von Gütern und Geldern die als sponsalitia largitas zugestanden waren, wurde verfügt. Ein allgemeines Herkommen, wenn auch jetzt nur noch erweisbar durch die deutsche Territorial-Praxis streitet also gegen die Anwendbarkeit des Römischen Rechts. Es kommt hinzu, daß die sponsalitia largitas bey den Römern viel solider war als bey uns, und daß es selbst noch sehr zweifelhaft bleiben dürfte, ob ihre sponsalitia largitas überall unsere gewöhnlichen Brautgeschenke in sich begriffen habe.

§. 282.

2) Durch den Begriff, welcher im vorigen Paragraphen von der sponsalitia largitas gegeben worden ist, ist zugleich zu dem Begriff der donatio inter V. et U. hingeleitet worden. Alle Schenkungen unter wirklichen und rechtmäßigen Ehegatten, welche nicht auf die dos Beziehung haben, gehören hieher, und selbst auch die von ihnen als Brautleuten gemachten aber erst nach dem Abschluß der Ehe vollzogenen. So begünstigt die sponsalitia largitas nach dem Römischen Recht ist, und so unbedingt gültig sie ist *l*), wenn sie nur für den Fall, daß sie die Summe von 500 Solidos übersteigt, gerichtlich ist insinuirt worden, welche Schuldigkeit auch selbst bey der donatio propter nuptias von einer solchen Summe nicht verabsäumt werden darf *m*), eben so sehr ist die donatio inter Vir. et Uxor. gehaßt. Das Sonderbarste dabey ist, daß der in den Gesetzen angegebene Grund „ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate" *n*) eben so gut und noch wohl viel eher auf feurige Brautleute paßte als auf abgekühlte Eheleute, man wollte denn die Flitterwochen der Ehe abrechnen, die eine consequente Gesetzgebung so leicht hätte in Abzug bringen können. Der von Paulus *o*) hinzugefügte Grund „nec cesset eis studium liberos potius educandi" ist ein ächter Staats-Grund, was er den Sextus Cäcilius darüber sagen läßt „ne venalia essent matrimonia" dürfte eher getroffen seyn: das Verbot der donatio inter Virum et Uxorem liegt zu tief in der Schlechtigkeit der Sitten bey den Römern, in der Zeit, wo die laxe Ehe bey

l) *Dig. XXIV*, 1, *L.* 27.
m) *Cod. V*, 3, *const.* 13.
n) *Dig. XXIX*, 1, *L.* 1.
o) *Dig. c. l. L.* 2.

ihnen die herrschende wurde, als daß ein Grund oder ein paar Gründe zulänglich wären: wo es, wie Ulpian sagt, sogar moribus recipirt wird „ne inter virum et uxorem donationes valerent" da muß gewiß eine Menge von Gründen dazu vorhanden seyn. Am besten sind wohl die Gründe in dem Vortrag des Antonins zusammengefaßt worden, den uns Ulpian p) in den Worten „Majores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret" giebt.

Das Verbot der donatio inter V. et U. begreift nur wirkliche Schenkungen unter Ehegatten in sich: andere Alienationen sind erlaubt, wenn sie nur nicht versteckte Schenkungen sind, so wie auch Schenkungen unter Brautleuten q). Was an versteckter Schenkung in der

p) *Dig. c. l. L.* 3.

q) Es kommt hier auf den Zeitpunct genau an, in welchem die donatio perfecta wurde, ob vor oder nach der Ehe. *Dig. c. l. L.* 5. *pr.* heißt es: Si Sponsus Sponsae donaturus tradiderit Titio ut is Sponsae daret, deinde Titius tradiderit post nuptias secutas: siquidem eum interposuerit maritus donationem non valere quae post contractas nuptias perficiatur: si vero mulier eam interposuerit, jam dudum perfectam donationem, hoc est ante nuptias, atque ideo, quamvis contractis nuptiis Titius tradiderit donationem valere. Es ist hier von einem Geschenke die Rede, was sich Braut und Bräutigam einmal gemacht haben, was also nicht unter die Kategorie der donatio inter V. et U. gehört. Das Geschenk wird durch eine Mittelsperson, einen Bevollmächtigten überbracht, und diesem vor der Ehe zugestellt. Die Ueberbringung selbst geschieht aber erst nach abgeschlossener Ehe. Ulpian unterscheidet, ob der Ueberbringer ein Bevollmächtigter des Mannes oder einer der Frau war. Im erstern Fall nimmt er eine donatio inter Virum et Uxorem, im letztern eine donatio inter Sponsum et Sponsam an. Sehr natür-

Veräußerung liegt, ist ungültig, und kann so die ganze Assignation, auch nur zum Theil zu Grunde gehen. Interessant ist hier Ulpians Ausspruch *Dig. XXIV, 1, L. 5, §. 4.* „Circa venditionem quoque Julianus minoris factam venditionem nullius esse momenti ait: Neratius autem, cujus opinionem Pomponius non improbat, venditionem donationis causa inter Virum et Uxorem factam nullius esse momenti: si modo cum animum maritus vendendi non haberet, idcirco venditionem commentus est, ut donaret: enimvero, si cum animum vendendi haberet ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem hactenus non valere, quatenus facta est locupletior. Itaque si res quindecim ve-

---

lich. Es wird hier eine donatio juris antiqui vorausgesetzt die etwas Ganzes und Untrennbares ist. Gab der Mann seinem Mandatar Titius das Geschenk, um es der Frau zu überliefern, und dieser lieferte es erst nach Ablauf der Ehe, so mußte die Schenkung nothwendig als donatio inter vir. et uxor. betrachtet werden, denn es war ja eben so gut als wenn der Mann selbst die geschenkten Sachen übergeben hätte. Daß sie dem Bevollmächtigten vor Abschließung der Ehe war übergeben worden, thut nichts zur Sache, denn es war eben so gut, als wenn sie der Mann noch selbst in Händen hatte, und da die donatio juris antiqui etwas Ganzes und Untrennbares ist, so war es eben so gut, als wenn nach der Ehe geschenkt wurde, obgleich auch die Absicht zu schenken vor der Ehe durch Ueberlieferung des Geschenks an den Mandatar war erklärt worden. War aber von Seiten der Frauensperson der Bevollmächtigte constituirt worden, der die geschenkte Sache aus den Händen des Mannes vor Abschließung der Ehe entgegennahm, so war es ja eben so gut, als wenn die Frauensperson selbst entgegengenommen hätte: daß sie ihr erst nach der Ehe eingeliefert wurde, thut nichts zur Sache: die donatio war schon ante nuptias perfecta. — Anders dürfte man die Sache jetzt beurtheilen müssen, wo neben der donatio des alten Rechts noch das pactum donationis vorhanden ist. Denn wenn vor der Ehe wirklich der Bräutigam der Braut etwas geschenkt hat, und nach abgeschlossener Ehe allererst die Schenkung vollzieht, so muß immer die Schenkung als eine donatio inter Sponsum et Sponsam betrachtet werden.

nit quinque, nunc autem sit decem, quinque tantum praestanda sunt: quia in hoc locupletior videtur facta." Ob ein Ehegatte dem andern direct oder indirect schenkt, ist ganz gleichgültig, daher auch die von dem Schuldner des Mannes, auf dessen Geheiß der Frau geleistete Zahlungen, in so fern sie bloß den Zweck haben, dadurch der Frau etwas aus dem Vermögen des Mannes zuzuwenden, als donatio inter V. et U. betrachtet werden [r]).

In der Pandecten-Compilation *Dig. XXIV, 1*, wird bis zu *L. 32.* die alte Theorie über die donatio inter Vir. et Uxor. entwickelt: von da an folgt die neuere von Antonin aufgestellte und durch einen Senatsschluß bestätigte. Sehr falsch ist es, wenn man, wie gewöhnlich, beide Theorieen zusammenwirft.

a) Aelteres Recht. Mochte die donatio inter V. et U. geschehen seyn, wie sie wollte, und von den Ehegatten selbst oder Andern in ihrem Namen: auf jeden Fall war sie ungültig. Der Schenkgeber büßte durch die Schenkung das Eigenthum der geschenkten Sachen nicht ein: er hatte vielmehr so lange die Sache noch vorhanden war, die Vindication, war sie hingegen consumirt, die Condiction, doch nur so weit der Beschenkte bereichert worden war [s]). Seine Rechte giengen auf seine Erben über, denn die ungültige Schenkung erlangte durch seinen Tod keine Gültigkeit, und in Ansehung des Puncts, ob der Beschenkte locupletior geworden, wurde auf tempus litis contestatae Rücksicht genommen [t]). Nicht nur die geschenkte Sache selbst, sondern auch die Früchte derselben geben einen Gegenstand der respectiven Vindication und Condiction ab, weil das ganze

r) *Dig. c. l. L.* 3, §. 12.
s) *Dig. c. l. L.* 5, §. 18.
t) *Dig. c. l. L.* 7. *pr.*

Geschäft ungültig war, obgleich sonst keinem Zweifel unterworfen ist, daß sich Ehegatten gegenseitig den Genuß ihres Vermögens einräumen können. Aber hier war ja nicht der Genuß des Vermögens eingeräumt worden: es war eine Sache geschenkt worden, und die Schenkung war eine unerlaubte Handlung. Zwey Bedingungen sind es, die bey der donatio inter V. et U. in Betracht kommen. Die eine Bedingung ist, unter welcher nur überall das Verbot derselben angenommen werden kann, nämlich wenn der donans durch die donatio pauperior wird. Das wird er, so oft er etwas aus der Substanz seines schon erworbenen Vermögens verschenkt. Die andere Bedingung ist, unter welcher das Geschenkte von dem Schenknehmer zurückgefordert werden kann, nämlich wenn dieser wirklich locupletior geworden ist. Dem zu Folge kann rücksichtlich der ersten Bedingung nicht als verbotene donatio inter V. et U. betrachtet werden, 1) wenn ein Ehegatte etwas weggiebt, was noch nicht zu seinem Vermögen gehörte, wenn z. B. eine Erbschaft oder ein Vermächtniß zum Vortheil der Frau von dem Manne ausgeschlagen wird *u*). 2) Wenn er nicht aus der Substanz seines Vermögens, sondern aus dessen Revenüen etwas schenkt *v*), indem nirgends einem Ehegatten untersagt worden ist, die Einkünfte seines Vermögens dem andern zu überlassen. Hinsichtlich der zweyten Bedingung kann z. B. die Frau nicht zur Restitution angehalten werden, wenn sie das ihr Geschenkte verbraucht hat *w*). Die Revindication der noch vorhandenen Sachen muß demungeachtet immer den Ehegatten verbleiben, weil das Gesetz jede donatio inter Vir. et Uxor. für ungültig und unwirksam erklärt, und das Eigen-

u) *Dig. c. l. L.* 5, §. 13 u. 14.
v) *Dig. c. l. L.* 15, § 1, 16, 17.
w) *Dig. c. l. L.* 5, 17, *L.* 7, §. 1, *L.* 31, §. 9.

thum als nicht übergegangen betrachtet: ob aber gegen einen solchen Ehegatten nicht die exceptio doli dem dritten Besitzer im guten Glauben zustehen möchte, dürfte die Frage seyn, indem doch dadurch offenbar betrüglich gehandelt wird, daß man etwas von einem Dritten zurückfordert, was man auf seinen Bettgenossen so übertragen hat, daß man demselben zugleich die Befugniß einräumte, es an einen Dritten zu überlassen.

Bey dieser Strenge der Gesetze gegen die donationes inter Vir. et Uxor. giebt es doch auch privilegirte Schenkungen, d. h. solche, welche von dem gesetzlichen Verbot ausgenommen, und für gültig erklärt worden sind. Es gehören dahin 1) alle Geschenke, die zur Erreichung eines wohlthätigen Zwecks geschehen sind x). 2) Was von der Frau dem Mann geschenkt worden ist, um eine Würde oder ein öffentliches Amt zu erlangen y). 3) Geschenke die sich Ehegatten bey sich ereignender Veranlassung bloß zum Beweise ihrer gegenseitigen Liebe und Zuneigung gemacht haben, z. B. Geburtstags-Geschenke z). Hiernächst sind alle Schenkungen des Todes wegen von selbst von dem gesetzlichen Verbot ausgenommen a) so wie auch was der Regent seiner Gemahlin und umgekehrt diese ihm schenkt, gar nicht nach dem gemeinen Recht beurtheilt wird b). — In Ansehung der Geburtstags- und anderer erlaubten Geschenke dürfte jedoch dahin zu sehen seyn, daß nicht die Gesetze von den Ehegatten umgangen werden. Die Gesetze sprechen daher auch von einem munus modicum, als nothwendiger Bedingung der Gültigkeit einer solchen donatio inter V. et U., welche sie

x) *Dig. c. l. L.* 7, §. *ult. L.* 8., *Cod. V*, 16, *const.* 22.
y) *Dig. c. l. L.* 41, 42. Ulpian *fr. VII*, §. 1.
z) *Dig. c. l. L.* 31, §. 8. *Cod. V*, 16, *const.* 21.
a) *Dig. c. l. L.* 9, § 2, 10 u. 11. *pr.*
b) *Cod. V*, 16, *const.* 26.

nachgelassen haben c). Es dürfte hier wohl nicht so sehr auf den Gegenstand der Schenkung, als vielmehr auf den Werth, welchen sie hinsichtlich des Vermögens-Bestandes des Schenkers hat, Rücksicht zu nehmen seyn. Man kann wohl mit Recht behaupten, große Summen könnten nur durch die auch ausgenommene donatio propter nuptias weggegeben werden. Illusionen des Gesetzes würden seyn, wenn ein Ehegatte mit seinem Gelde auf den Namen des andern und für denselben etwas kauft: als solche kommen sie auch in den Gesetzen namentlich vor d).

b) Neueres Recht. Ulpian giebt aus *Dig. XXIV, 1, L. 32 pr.* und *§. 1.* und *2.* Nachricht von einem durch Antoninus Caracalla bewirkten Senatsschluß, welcher nicht nur die nomine uxoris a viro comparata, sondern auch die donationes inter V. et U. selbst angegangen, und worin alle von einem Ehegatten mit dessen Gelde für den andern geschehene Anschaffungen nicht nur, sondern auch alle donationes inter V. et U. mit Vorbehalt der Revocabilität bis an den Tod gültig seyn sollten. Man muß das Senatusconsult nothwendig beschränken auf diejenigen Schenkungen und Zuwendungen, welche nach dem bisherigen Recht als verbotene zu betrachten waren, und kann daher keinesweges annehmen, daß die facultas poenitendi auch für die nachgelassen worden, welche schon als gültige bestanden, weil durch eine solche Annahme der Zustand des beschenkten Ehegatten wäre verschlimmert worden, der doch eigentlich verbessert werden sollte e). Es steht zwar dem Schenkgeber frey, zu

c) *Dig. c. l. L.* 31. §. 8. Nach diesem Gesetz wird auch ein an einem Geburtstage verabreichtes munus immodicum als gesetzwidrige donatio inter V. et U. betrachtet.

d) Z. B. *Dig. c. l. L.* 3, §. 12.

e) *Dig. c. l. L.* 32. *pr.*

jeder Zeit die gemachte Schenkung zurückzunehmen, doch soll vorzugsweise auf seine Erklärung am Ende seines Lebens Rücksicht genommen werden, weil sich Mißhelligkeiten unter Ehegatten ereignen können, die hernach wieder beygelegt werden *f*). Wo es zweifelhaft ist, ob die Schenkung zurückgenommen oder nicht, soll immer für die Aufrechthaltung derselben gesprochen werden *g*). Uebrigens ist für den Fall, da die Schenkung zurückgenommen worden, in so fern das ältere Recht bestätigt worden, daß der Beschenkte nur, wenn die geschenkte Sache nicht mehr vorhanden war, restituirt, in quantum locupletior factus est.

Der Haupt- und bedeutendste Unterschied zwischen dem älteren und neueren Recht ist der, daß nach dem ersteren die donatio inter Vir. et Uxor. in der Regel als durchaus verboten und ungültig erscheint, das Eigenthum der geschenkten Sachen nicht auf den Beschenkten übergeht, und daher auch von ihm die Sache mit allen noch vorhandenen Früchten zurückgefordert werden kann; nach dem letzteren dagegen sich als gültig darstellt, das Eigenthum auch auf den Beschenkten, wiewohl nur widerruflich übergeht, von ihm also mit der Sache selbst nicht auch zugleich die vor dem Widerruf gezogenen Früchte zurückgefordert werden können. Das „in quantum locupletior factus est" kann folglich nur auf den Fall gehen, wo der Ehegatte das ihm geschenkte Geld zu seinem Nutzen verwendet hat: mag er aus den Früchten noch so viel gewonnen haben, was er bis zum Widerruf gewonnen hat, muß ihm verbleiben *h*).

f) Deutlich erhellt das auch aus *Dig. c. l. L.* 42. Ueberall scheint Caracalla die privilegirten donationes des ältern Rechts unter Ehegatten noch vermehrt zu haben.

g) *Dig. c. l. L.* 32, §. 15.

h) *Dig. c. l. L.* 55.

§. 283.

Die Eheſtiftungen der Römer haben das Eigenthümliche, daß ſie vorzugsweiſe auf die Vermögensrechte der Ehegatten gehen, und hiernächſt alle Verfügungen wegen der künftigen Erbfolge ausſchließen, weil überall die Erbverträge nach dem Römiſchen Recht unerlaubt ſind, mögen ſie das geſammte Vermögen der Ehegatten oder einen Theil deſſelben zum Gegenſtande haben. Wenn aber donationes mortis cauſa nicht bloß nach Römiſchen Rechten erlaubt ſind, ſondern es auch ganz gleichgültig iſt, wann und wie ſie geſchehen, ſo dürfte es keine Frage ſeyn, daß Schenkungen des Todes wegen gleichfalls in Eheſtiftungen geſchehen dürfen. Ob ſie einſeitig oder gegenſeitig ſind, dürfte auch gleichgültig ſeyn, ſobald ſie nur nicht als captatoriſch erſcheinen, indem alsdann die Grundſätze von captatoriſchen Erbens-Einſetzungen nützlicher Weiſe anwendbar ſeyn würden. Nur würde es ſich von ſelbſt verſtehen, daß, wenn in Eheverträgen, Schenkungen des Todes wegen vorkommen, ſolche nicht anders für gültig zu achten ſind, als wenn die für die Schenkungen des Todes wegen durch das neuere Römiſche Recht vorgeſchriebene Form beobachtet worden. In ſo fern liegt alſo wirklich ſchon der Sache nach im Römiſchen Recht der erſt von ſpätern Juriſten dem Namen nach aufgebrachte Unterſchied zwiſchen pactis dotalibus ſimplicibus und mixtis. Denn wenn auch ſonſt für die Eheverträge im Allgemeinen keine Form vorgeſchrieben worden iſt, ſo liegt es doch in der Natur der Sache, daß ſo oft darin eine Schenkung des Todes wegen enthalten iſt, die für dieſe beſonders vorgeſchriebene Form dabey angewendet worden ſeyn muß, wenn anders die Schenkung überall gültig ſeyn ſoll.

Ehe hier weiter gegangen und über die gegenwärtige Beſchaffenheit der Eheverträge geſprochen werden kann, ſoll noch unterſucht werden, was die Eheverträge nach dem Römi-

mischen Recht enthalten dürfen, und welche darin etwa anzutreffende Verfügungen von keiner rechtlichen Wirkung sind. Diese Untersuchung scheint um so mehr in der Ordnung zu seyn, als sich so nur erst bestimmen läßt, was davon noch jetzt gelten kann.

Zuerst sind in Eheverträgen alle Stipulationen verboten, wodurch ein Ehegatte von seinen gesetzlichen Pflichten gegen den andern entbunden, oder auch dieser nur behindert würde, die Vernachlässigung der gesetzlichen Pflichten gehörig zu ahnden. Man kann aus den einzelnen in den Gesetzen vorkommenden Beyspielen [a]) sehr wohl eine allgemeine Regel abstrahiren, besonders wenn man bedenkt, daß die Ehe eine Staatsanstalt ist, wobey den Ehegatten nicht erlaubt seyn kann, durch Verträge etwas festzusetzen, was dem Zwecke derselben zuwider laufen würde.

Hiernächst sind alle den Ehepacten inserirte Successions-Verträge für durchaus unerlaubt und verboten zu achten [b]). Der Grund kann kein anderer seyn, als weil die Successions-Verträge überall nach Römischem Recht keine rechtliche Wirkung hervorbringen: nur durch ein Testament kann die gesetzliche Erbfolge abgeändert werden. Man hat aber von einem wirklichen Successions-Vertrage wohl zu unterscheiden 1) die donatio mortis causa. 2) Die Verordnung, daß die dos oder die Paraphernalien nach dem Tode der Frau bey dem Mann verbleiben solle [c]). Die erstere ist wohl nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze erlaubt: ob aber die letztere als erlaubt zu betrachten, dürfte gar sehr die Frage seyn.

a) *Dig. XXIII, 4, L. 5. pr.* und §. 1.
b) *Cod. V, 14, const. 5.*
c) Das Wesen eines Successions-Vertrags setze ich in der einseitigen oder gegenseitigen Verabredung, daß der Eine dem Andern entweder in dem ganzen Vermögen oder einem Theil desselben succediren oder ihn ganz oder zum Theil beerben solle.

Die Gesetze verbieten bloß Stipulationen in den Ehestiftungen, wodurch die Frau indotata wird. Vernünftiger Weise läßt sich dieß Verbot nicht auch auf Stipulationen ausdehnen, wodurch auf den Todesfall der Frau der Brautschatz dem Manne anheim fällt [d]): denn man kann nicht annehmen, daß dadurch nicht sie bloß, sondern auch ihre Erben begünstigt werden sollen. Von dieser Seite würde also der Stipulation, daß die dos auf den Todesfall dem Manne verbleiben solle, nichts entgegenstehen. Ob ihr aber von einer andern Seite nichts entgegensteht, und ob die Ueberlassung der dos sowohl als der Paraphernalien an den Mann auf den Todesfall nicht als ein versteckter Successions-Vertrag angesehen werden möchte, dürfte die Frage seyn.

Zweyerley Gegenstände sind hier zuvörderst in Untersuchung zu ziehen. Der eine ist, ob nach Römischem Recht des Todes wegen überall eine solche universitas, als die dos doch ist, verschenkt werden könne? Man könnte sonst eine solche Stipulation, worüber die Gesetze schweigen, auch als stillschweigende donatio propter nuptias betrachten. Nach dem ältern Recht war unstreitig keine donatio mortis causa einer solchen universitas zulässig, als die dos ist [e]), seitdem aber die donationes mortis causa den Legaten gleich gestellt worden sind, und es sogar ein legatum partitionis giebt, dürfte die Frage um so weniger einem Zweifel unterworfen

---

d) Sehr richtig nimmt daher Thibaut Pandecten-Recht Th. 1. § 479. eine solche Vereinbarung als gültig an.

e) Die donatio mortis causa, obgleich eben so gut als die donatio inter vivos übrigens eine Schenkung, weicht doch von der Natur der Schenkungen auf eine doppelte Art ab. 1) Dadurch, daß sie revocabel ist bis in den Tod. 2) Dadurch, daß nur einzelne Sachen oder auch zwar universitates rerum, nicht aber ein Theil des Vermögens unter einem Collectiv-Titel zusammengefaßt, oder ohne solchen an Andere überlassen werden können.

seyn, ob auch nicht die dos einen Gegenstand der donatio mortis causa abgeben könnte? Indeß wenn das auch wirklich der Fall wäre, so würde doch die bloße Verabredung, daß die dos dem Manne auf den Todesfall der Frau verbleiben solle, immer ungültig seyn, wenn nicht die in den Gesetzen vorgeschriebenen Solennitäten der donatio mortis causa angewendet worden sind. Nicht so dürfte man über den Fall entscheiden, wenn die Frau stipulirt hätte, daß ihre Paraphernalien dem Manne verbleiben sollten. Die Stipulation überschreitet offenbar die Grenzen der donatio mortis causa, und kann folglich nach Römischem Recht durchaus nicht von rechtlicher Wirkung seyn.

Der zweyte hier zu erwägende Gegenstand ist *Cod. V, 14, const. 5*, worin es heißt: Hereditas extraneis testamento datur. Cum igitur adfirmes dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, ut post mortem mulieris bona ejus ad te pertinerent, *quae dotis titulo tibi non sunt obligata:* intelligis nulla te ratione posse convenire heredes seu successores ejus ut tibi restituantur, quae nullo modo debentur." Das Gesetz scheint mir noch gar nicht so beachtet worden zu seyn, als es beachtet zu werden verdient. Klar werden darin die dos und die Paraphernalien der Frau von einander unterschieden. In Ansehung der ersteren wird stillschweigend angenommen, daß eine Verabredung, Kraft welcher sie bey dem Manne auf den Todesfall der Frau verbleiben soll, gültig sey. Die „bona quae dotis titulo tibi sunt obligata" können hier keine andere seyn als die dos selbst, in Ansehung welcher verabredet worden ist, daß sie bey dem Mann zurückbleiben soll. Gerade der Gegensatz wird für das übrige Vermögen der Frau angenommen, wenn hinsichtlich desselben in den Ehepacten vice testamenti verabredet worden ist, daß es nach dem Tode der Frau dem Manne verbleiben solle. Das „vice testamenti" schließt sowohl

den förmlichen successorischen Vertrag als jede andere Verabredung, auch einseitige Erklärung in den Ehepacten in sich.

Auf die vorläufige Beleuchtung dieser Gegenstände gestützt, nehme ich an: die Frau kann wohl in den Ehepacten stipuliren, daß nach ihrem Ableben die dos dem Manne verbleibe: eben eine solche Stipulation kann der Ehemann hinsichtlich der donatio propter nuptias für seinen Todesfall treffen, aber in Ansehung des übrigen Vermögens kann kein Ehegatte eine Disposition zum Vortheil des andern machen. Daß ich für die donatio propter nuptias gleiche Rechte mit der dos annehme, dürfte sich wohl durch die völlige übrige gesetzliche Gleichstellung der dos und donatio propter nuptias rechtfertigen lassen.

Ein ferneres Verbot der Gesetze betrifft die dos. Durch in den Ehepacten angebrachte Stipulationen soll auf der einen Seite weder das Genußrecht des Mannes an der dos beschränkt, noch erschwert werden, nicht einmal soll eine Cautionsleistung ihm auferlegt werden können *f*). — Nach dem neueren Recht ist ja ohnehin die Frau gesichert genug durch das stillschweigende Pfandrecht an dem gesammten Vermögen des Mannes, die donatio propter nuptias u. s. f. *g*). — Auf der andern Seite soll nichts gegen die Rechte der lebenden Frau unternommen werden dürfen, nichts stipulirt, wodurch solche indotata werden, oder doch nur an der Substanz ihres Brautschatzes, dessen Beitreibung, und gesetzliche Sicherheit einbüßen könnte. Nicht bloß Stipulationen, wodurch dem Manne in Hinsicht auf die Rückgabe etwas erlassen wird, sondern auch solche gehören hieher,

f) *Dig. XXIII*, 4, *L.* 4. *Cod. V*, 20, *c.* 2. *Cod. V*, 14, *const.* 8.

g) *Dig. XXIII*, 4, *L.* 2, 5, 6, 15, 16 und 17.

wodurch die Frau auf die gesetzliche Sicherung ganz oder zum Theil verzichten wollte.

§. 284.

Folgende Sätze lassen sich in Grundlage der vorstehenden Untersuchung als ausgemacht nach dem Römischen Recht behaupten. 1) Schenkungen des Todes wegen in Eheverträgen sind allerdings zulässig, nur ist zu ihrer Gültigkeit erforderlich, daß auch die Förmlichkeiten einer donatio mortis causa angewendet worden sind. 2) Es kann verabredet werden, daß nach dem Ableben der Frau die dos dem Manne, und nach dem Ableben des Mannes die donatio propter nuptias der Frau verbleiben soll. Diese Verabredung, welche schon über die Grenzen der donatio propter nuptias hinausgeht, steht daher auch nicht unter der Kategorie derselben, sondern muß nach eigenthümlichen Grundsätzen beurtheilt werden. Es ist daher auch ganz klar, daß man die Förmlichkeiten der donatio mortis causa bey einer solchen Verabredung nicht fordern kann: man kann überall keine fordern, weil das Geschäft als ein privilegirtes erscheint. Der Römer betrachtete die Stipulation als eine bloße Verzichtung auf die Rückforderung des überlassenen, und rechnete daher das Geschäft zu den Handlungen unter den Lebendigen. Wohl nicht in der Sache selbst, aber doch in der äußeren Gestaltung machte es doch einen großen Unterschied, ob bedungen wurde, ut dos apud virum et donatio propter nuptias apud uxorem remaneat, oder ob die Verabredung die war, daß nach dem Ableben der Frau der Mann die dos, oder nach dem Ableben des Mannes die Frau die donatio propter nuptias erben, oder darin succediren solle. In dem ersten Fall erschien die Stipulation als eine bloße Verabredung inter vivos, im letztern als eine des Todes wegen. Daher konnte auch immer nur die erste Ueberlassungsformel

gebraucht werden. Es kommt bloß darauf an, daß durch die Verabredung dem Ehegatten gelassen wird, was er schon hat, entweder bloß dem Besitze und Genusse, oder gar dem Eigenthume nach. Geschieht nichts mehr, so inclinirt auch die Vereinbarung nicht in den Erbvertrag. Auf diese Weise läßt sich am besten die Grenze zwischen den nach Römischem Recht erlaubten und unerlaubten Uebertragungen auf den Todesfall finden, denn alles 3) was nicht in die vorstehenden Kategorieen gehört, ist als gesetzwidriger Successions-Vertrag zu betrachten.

Der Uebergang zu dem gegenwärtigen Recht dürfte sich nun leicht finden lassen. Da bey uns auch alle successorische Verträge und selbst donationes mortis causa omnium bonorum gelten, so hat man auch angenommen, daß die Ehegatten in den Ehepacten so über ihr Vermögen verfügen können, und darauf bezieht sich nun eben die Eintheilung der Eheverträge in pacta simplicia und mixta. Die Juristen haben nur bey der Definition das Römische und Deutsche zusammengeworfen, indem sie als pactum dotale mixtum jeden Ehevertrag hingestellt haben, in welchem eine Verfügung auf den Todesfall vorkommt. Richtiger sagen zwar Andere „in welchem über die Erbfolge der Ehegatten verfügt wird" aber auch damit ist die Sache nicht abgethan. Ehe sich indeß darüber eine richtige Bestimmung geben läßt, wird zuvor die Untersuchung nothwendig, was nach Germanischen Rechten zu einem gültigen Erbvertrage erforderlich sey. Bekanntlich sind hier die Meinungen sehr getheilt, indem einige zur Gültigkeit der Erbverträge nichts weiter als die schlichte Vertragsform a) andere dagegen die Römischen Testa-

a) Z. B. Runde Deutsch. Privatr. §. 660. und Danz zu diesem §. — Sogar als durch die Praxis entschieden sieht Thibaut Syst. des Pandect. Rechts Theil 2. §. 676 sq.

ments-Feyerlichkeiten, oder doch wenigstens die der *donatio mortis causâ* verlangen [b]). Sehen wir auf den Ursprung der Sache, so hat es freylich seine Richtigkeit, daß zur Gültigkeit der deutschen Erbverträge nichts weiter als die schlichte Vertragsform nöthig war, womit man jedoch in der früheren Zeit immer zwey Stücke als unzertrennlich verbunden antrifft, nämlich einen schriftlichen Aufsatz und eine symbolische Tradition. Die Zuziehung von Zeugen scheint nicht wesentliches Erforderniß gewesen zu seyn: in den alten Erbverträgen, die ich gesehen habe, kommen Zeugen (zwey, drey und mehrere) vor, auch nicht. Aber es ist die Frage, ob sich die Sache so bis auf unsere Zeit erhalten, und ob man bey dem allgemeinen Uebergewicht des Römischen Rechts noch jetzt Erbverträge ohne alle Förmlichkeit der letzten Willensverordnungen gelten lassen könne, und wenn das nicht, welche Förmlichkeiten man anzuwenden habe, die Testaments- oder die Codicillar-Förmlichkeiten.

Nimmt man auch als ausgemacht an, daß bey uns Erbverträge aller Art gegen die Vorschrift des Römischen Rechts gelten, so folgt doch noch nicht, daß auch noch wie ehedem die Erbverträge ohne Anwendung der zu den letzten Willens-Verordnungen erforderlichen Solennitäten gelten müssen. Denn das Prinzip des Römischen Rechts ist allgemein anerkannt, daß wo von letzten Willens-Verordnungen die Rede ist, auch zur größern Gewißheit derselben Förmlichkeiten bey Strafe der Nichtigkeit erforderlich sind, welche

---

es an, daß die Erbverträge nach Deutschem Recht ohne alle Förmlichkeit gelten. Von den Erbverträgen der erlauchten Personen ist das freylich bekannte Praxis, aber hinsichtlich der Eheverträge der Privatpersonen dürfte sich leicht die entgegengesetzte Praxis erweisen lassen.

b) Diese Ansicht kann man als die gemeine annehmen. Ganz verwirft die Erbverträge unter Privatpersonen Mich. Graß *Collatio jur. civil. Romani cum legib. Imperii* etc. p. 184.

bey Dispositionen unter Lebendigen nicht desiderirt werden. Dieß Prinzip mag mit dem Germanischen Prinzip, daß die Erbschaft auch ganz oder zum Theil durch Vertrag überlassen werden kann, sehr wohl bestehen: die Juristen, welche über den Gerichtsbrauch ein Zeugniß abgeben können, bestätigen nicht bloß das Zusammenbestehen, sondern auch die Zusammen-Anwendung, und können die Purifications-Bemühungen einiger Germanisten dagegen um so weniger in Betracht kommen, als ihr einziger Behelf, daß bey den Erbverträgen in der ältern Zeit nichts weiter als die schlichte Contracts-Form gebräuchlich gewesen, so gut als gar keiner ist.

Die Frage dürfte nur seyn, welche Förmlichkeiten des Römischen Rechts bey den Deutschen Erbverträgen anzuwenden: die Testaments- oder Codicillar-Förmlichkeiten. Die ersteren scheinen auch selbst bey einem allgemeinen Successions Vertrage darum nicht anwendbar zu seyn, weil sie durch die Römische Testamentifaction in ihrem ganzen Umfange bedingt sind, und nur unter Voraussetzung derselben überall angenommen werden können. Es scheinen also bloß die Codicillar-Förmlichkeiten für die Anwendung übrig zu bleiben, und ihre Anwendung scheint eben so sehr in der Ordnung zu seyn, als sie die neuere Römische Gesetzgebung selbst für die donatio mortis causa anerkannt hat. Allein gerade in dieser Anerkennung dürfte der analogische Grund zu suchen seyn, bey Successions-Verträgen über das ganze Vermögen die Testamentsfeyerlichkeiten zur Anwendung zu bringen. Sie sind ja nicht durch das Aeußere des Römischen Testaments, sondern durch das Wesen desselben bedingt, welches die Erbens-Einsetzung ist, d. h. die Bestimmung derjenigen Person, die nach dem Tode des Erblassers als Successor universalis eintreten und als solcher sein Vermögen überkommen soll. Eben eine solche Bestimmung geschieht ja durch den allgemeinen Successions-Vertrag. Man würde also, wenn

man consequent verfahren wollte, bey den allgemeinen Successions-Verträgen die Testaments-, bey den übrigen aber die Codicillar-Förmlichkeiten anzuwenden haben.

Sieht man nun aber auf die Praxis, so sind von jeher nur die Codicillar-Förmlichkeiten bey den Successions-Verträgen angewendet worden, ohne zwischen universellen und particulären zu unterscheiden. Man würde daher offenbar gegen die bisherige Rechtsitte anstoßen, wenn man den Gebrauch der Testaments-Förmlichkeiten bey den allgemeinen Successions Verträgen noch vertheidigen wollte. Als ausgemacht dürfte anzunehmen seyn, daß kein pactum successorium anders gültig sey, als wenn es vor dem Richter oder vor fünf Zeugen errichtet worden. Ob schriftlich oder mündlich dürfte gleichgültig seyn, so wie ja auch Codicille mündlich und schriftlich errichtet werden können. Privatim errichtete Successions-Verträge, bey welchen die Zuziehung der fünf Zeugen vernachlässigt worden ist, dürften durch eine spätere gerichtliche Verlautbarung völlige Gültigkeit erhalten. Es kommt ja hier bloß auf die fides judicialis an, welche auch schon durch die Verlautbarung vor dem Richter erlangt wird.

Macht man von den vorstehenden Grundsätzen über die successorischen Verträge Anwendung auf die Ehestiftungen, so kann keine darin enthaltene, die Succession der Ehegatten zum Gegenstande habende Verfügung gültig seyn, wenn nicht fünf Zeugen zugezogen worden sind c), es sey denn, daß die Ehestiftung gerichtlich aufgenommen oder hinterher vor dem Richter verlautbaret worden. Die donatio om-

c) Vergleiche *Struv Jurispr. forens.* L. 1. Tit. 8. not. o. *Lud. Mencken. ad Struv.* L. 1. Tit. V. *Sam. Stryck Cautel. Contract.* Sect. III. c. 8. *Mich. God. Wernher lect. Comment. ad Digest.* T. II. p. 370 seq. und selbst Thibaut a. a. O.

nium bonorum mortis causa ist um so mehr dem successorischen Vertrage ganz gleich zu achten, und dabey dieselbe Förmlichkeit anzuwenden, als das Römische Recht sie schon bey seiner donatio mortis causa fordert. Daraus dürfte sich nun folgende Tafel der Ehepacten und zugleich die unten folgende Regel rechtfertigen.

Pacta dotalia (nuptialia.)

Simplicia.	Mixta.
1.	1.
Hieher gehören alle Eheverträge, wodurch Personen- oder Vermögens-Verhältnisse der Ehegatten für ihre Lebenszeit regulirt worden sind, desgleichen auch die Stipulation, daß die dos nach dem Ableben der Frau bey dem Manne, oder die donatio propter nuptias bey der Frau nach dem Ableben des Mannes verbleiben solle.	Hieher gehören die Eheverträge, welche enthalten 1) eine Römische donatio mortis causa. 2) Einen förmlichen successorischen Vertrag entweder im Allgemeinen oder Besondern. 3) Eine deutsche donatio mortis causa omnium bonorum.

Der Begriff der gemischten Eheverträge würde also so zu fassen seyn. Es sind Eheverträge, worin auch entweder eine Römische oder Deutsche donatio mortis causa oder ein successorischer Vertrag enthalten ist. — Wohin die Eheverträge zu rechnen, in welchen der Frau ein Vidualitium oder Deutsches Dotalitium constituirt wird, dürfte die Frage seyn. Das Deutsche Dotalitium scheint einen Ehevertrag mehrfach qualificirt zu machen. Es wird ja bekanntlich stipulirt, daß die dos in den Gütern des Mannes zurückbleiben, dafür aber der Frau mehrfache Zinsen bis an ihren Tod gezahlt werden sollen, und man lehrt, das Dotalitium habe zugleich die Natur des vidualitii.

Ich glaube, das Dotalitium macht einen Ehevertrag noch nicht zum gemischten. Im Grunde ist die Sache

ja nichts weiter als die Römische Stipulation, daß die dos in dem Vermögen des Mannes zurückbleiben soll: die Bedingung der mehrfachen Zinsen ist bloß ein Zusatz zu derselben. Es ist bloß der Unterschied, daß eine Stipulation der Art nach Römischem Recht unerlaubt war, weil dadurch die Frau indotata wird, und bey uns bloß darum für erlaubt gehalten wird, weil die mehrfachen Zinsen den Verlust des Brautschatzes völlig vergüten. Nicht so läßt sich über das Vidualitium urtheilen, sondern in der Aussetzung desselben liegt eine wirkliche Verfügung des Todes wegen. Darum kann es auch nicht in gewöhnlichen Ehepacten gegeben werden, sondern es sind zu seiner Ertheilung pacta dotalia mixta erforderlich.

Regel ist es nun: für die pacta dotalia simplicia giebt es keine besondere Form: die allgemeine Contractsform genügt. Aber die gemischten Eheverträge können nicht anders gültig errichtet werden, als gerichtlich oder vor fünf Zeugen.

§. 285.

In welchem Verhältniß, fragt es sich, stehen die Ehepacten zu der Abschließung und Wiederaufhebung der abgeschlossenen Ehe. Ich fasse die Frage darum so weit, weil die Ehepacten meist vor Abschließung der Ehe errichtet werden: die Abschließung der Ehe muß also eben so gut als deren Wiederaufhebung dabey im Allgemeinen in Betracht kommen. Als ausgemacht kann zuvörderst angenommen werden, jede vor Abschließung der Ehe errichtete Ehestiftung sey durch den wirklichen Abschluß derselben absolut und so bedingt, daß wenn die Ehe, sey es aus welchem Grunde es wolle, nicht zu Stande kommt, auch die Ehestiftung selbst dahin fällt. Sollte auch einer der Verlobten durch seine böswliche Renitenz das Repudium herbeygeführt haben; so

dürfte doch der Andere nicht von einer zu seinem Vortheil in der Ehestiftung enthaltenen Stipulation Gebrauch machen können: alles was ihm für solchen Fall verwilligt werden kann, ist eine Entschädigung, die sich denn auch sehr natürlich weit über die eingebüßten Vortheile erstreckt, oder besser, deren Größe mit Rücksicht auf selbige bestimmt werden muß. — Man könnte hiernächst wohl sagen: alle Ehepacten sind hinsichtlich ihrer Gültigkeit bedingt durch die Gültigkeit der Ehe, und hinsichtlich der Vollziehung der darin für den Todesfall enthaltenen Stipulationen durch den natürlichen Tod eines der Ehegatten, woraus schon von selbst folgen würde, daß wenn eine Ehe für ungültig erklärt wird, auch die Ehepacten wegfallen, und daß wenn sie nicht durch den natürlichen Tod eines Ehegatten, sondern durch den bürgerlichen, oder durch die Scheidung, oder auf eine sonst bekannte unregelmäßige Weise aufgehoben wird, auch die darin auf den Todesfall festgesetzten Dispositionen ihre Kraft und Wirkung verlieren müssen. Der erste Satz hat auch seine vollkommene Richtigkeit, nicht so der letzte, weil sonst ein Ehegatte nur durch seine Handlungen böslicher Weise auf indirecte Art eine Aufhebung der Ehe hervorbringen könnte, die auf directe Weise nicht von ihm bewirkt werden kann, und so dem andern Ehegatten die für ihn festgesetzten Vortheile entziehen. Da der bürgerliche Tod dem natürlichen in Ansehung der auf den Todesfall eintretenden Rechtswirkungen völlig gleich geachtet wird, so würde ich auch in Beziehung auf die Ehepacten durchgehends dieselben Folgen und Wirkungen eintreten lassen, welche dem natürlichen Tode eigen sind. Bewirkt ein Ehegatte durch seine Schlechtigkeit die Scheidung, so kann er, mag er zur Strafe noch oben drein die dos und donatio propter nuptias verlieren oder nicht, gewiß nicht von den ihm in den Ehepacten eingeräumten Vortheilen Gebrauch machen. Zwar ist die

Scheidungsstrafe nirgends in den Gesetzen auch namentlich auf diesen Verlust ausgedehnt, allein er scheint sich um so mehr von selbst zu verstehen, als die Ehescheidungsstrafe sogar den Verlust des vorhandenen Vermögens zum Gegenstande hat, und sich in Grundlage des Römischen Rechts in den Ehepacten nichts anders als eine Ueberlassung der dos und donatio propter nuptias, höchstens eine Schenkung des Todes wegen denken läßt, wo sich alsdann das Wegfallen aller dieser bedungenen Vortheile schon von selbst versteht. Viel größere Vortheile können nun zwar von Ehegatten nach heutigen Rechten in Ehestiftungen bedungen werden, z. B. die Erbfolge, allein muß schon das bedungene Geringere wegfallen, so ist gar kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß das Größere bey Kräften bleiben müsse: eher muß noch auch dessen Wegfallen angenommen werden. Es ist nicht sowohl der Umstand, daß sich präsumtiv die Gesinnung des unschuldigen Ehegatten geändert hat, was hier in Betracht kömmt, denn sonst würde jede Veränderung der Gesinnung einen Vertrag aufheben können: es ist vielmehr die Berücksichtigung der Natur und des Wesens der Ehestiftung selbst, die, in so fern sie Vortheile auf den Todesfall verordnet, allemal voraussetzt, daß der Ehegatte, welcher sie erhalten soll, seinen Pflichten nachgekommen sey, und sonst kein Rechtsgrund vorhanden war, der einen Antrag auf Scheidung rechtfertigt. Eben darum muß auch der unschuldige Theil zum Genuß aller auf den Todesfall in der Ehestiftung bedungenen Vortheile eben so zugelassen werden, als wenn die Ehe durch den Tod aufgehoben worden wäre, weil für seinen Theil die Bedingung existirt, unter welcher die Ehestiftung realisirt werden kann.

Aus dem bisher Gesagten folgt nun nothwendig 1) daß alle Ehestiftung, in so fern sie etwas auf den Todesfall verfügt, als aufgehoben betrachtet werden muß, sobald die Ehegatten mit wechselseitiger Bewilligung die Ehe aufgeben,

oder aus Macht und Gnaden von dem Landesherrn geschieden werden, oder 2) zwar von dem Richter die Ehe geschieden wird, aber beide Ehegatten sich Scheidungsursachen zu Schulden gebracht haben, oder auch der eine Ehegatte die von dem andern begangene Scheidungsursache veranlaßt hat; oder wenn endlich 3) die Ehe wegen einer Ursache geschieden wird, die nicht in dem dolus oder der culpa des Ehegatten, sondern in einem Zufall ihren Grund hat, z. B. wegen Impotenz. Für alle diese Fälle müssen die in der Ehestiftung bedungenen Vortheile von selbst und für beide so wegfallen, als wenn sie gar nicht stipulirt worden wären.

Die Grundsätze des Römischen Rechts über die Ehestiftungen, deren Inhalt und Dauer, bleiben für uns noch immer die Richtschnur, und wenn man von ihnen ausgeht, beantworten sich mehrere Fragen von selbst, die man sonst auch wohl als controvers betrachtete, z. B., ob außer dem hohen Adel in Deutschland auch wohl sonst jemand eine morganatische Ehe ohne besondere Genehmigung der Landesherrschaft eingehen könne. Die Verabredung in den Ehestiftungen, daß die Frau und die von ihr erzeugten Kinder nicht an dem Stand und der Würde des Mannes und Vaters Antheil nehmen sollen, wodurch eben das Wesen der morganatischen Ehe begründet wird, ist durchaus dem Geiste des Römischen Rechts zuwider, und wenn das Recht einer solchen Ehe ehedem vermöge eines Privilegiums den erlauchten Personen zustand, und jetzt dem Landesherrn um so mehr zusteht, als er über den Gesetzen ist, so kann sie dem Unterthan um so weniger zustehen, als derselbe in Ansehung aller seiner Rechtsverhältnisse nach dem gemeinen Recht beurtheilt werden muß a). Die Frage, ob Ehegatten verschiedener Religion

a) Daß man den wahren Standpunct verfehlt, von welchem aus die Frage entschieden werden muß, muß schon sehr natürlich zu Fol-

in den Ehepacten bereden können, in welcher Religion die von ihnen erzeugten Kinder zu erziehen, würde selbst nach Römischem Recht zu verneinen seyn, wenn sie nicht nach dem allgemeinen Gebrauch bejahend entschieden wäre.

---

gerungen aus unterstellten falschen Prinzipien führen. So z. B. behauptet Runde Deutsch. Privatr. u. A. §. 573, daß nicht bloß der hohe, sondern auch der niedere Adel (warum denn nicht auch der Bürgerstand?) das Recht der morganatischen Ehe, und zwar aus dem Grunde habe, weil die Hauptabsicht dieser Ehe dahin gerichtet sey, einen Theil des Aufwandes zu ersparen, welchen eine standesmäßige Ehe haben würde, um dadurch die Ehre und das Ansehn einer Familie desto besser zu erhalten. Bey der jetzt üblichen gänzlichen Trennung des Römischen und Germanischen Rechts von einander, werden wir hoffentlich in der Folge noch mehr das wahre Prinzip bey Entscheidungen verfehlen als wir es bisher verfehlten.

XLII.

Wie stellten sich die Römer die Tutel vor, und wie unterschieden sie solche von der Curatel? §. 286. — Gab es außer der tutela mulierum und der Impuberum noch eine dritte Art der Tutel? §. 287. — 1) Tutela mulierum §. 288. — 2) Tutela impuberum §. 289 folg.

§. 286.

Die ächt Römische Vorstellung von der Tutel muß diese seyn. Sie ist eine Schutz- und Schirm Gewalt über homines sui juris, die sich selbst wegen Alters- oder Geschlechts-Schwäche nicht schützen und schirmen können. Die bekannte Definition des Servius „Est autem tutela vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem se defendere nequit, jure civili data ac permissa" [a]) rechtfertigt ganz diese Vorstellung, sobald man nur das „propter aetatem" nicht zur alleinigen Pointe macht, indem sich nach dem neueren Recht die Tutel auf die aetas zurückgezogen hatte. In der gegebenen Vorstellung geht die Tutel nur eigentlich die Personen an, mit dem Vermögen derselben hat sie bloß in so fern zu schaffen, als sie sich zugleich über alles erstreckt, was der Persönlichkeit anhängt. Wo nämlich die Person in der potestas steht, da befindet sich auch ihr Vermögen unter derselben, als nothwendiger Theil und Anhang ihrer Persönlichkeit, oder vielmehr nach der ältern Ansicht davon ganz untrennbar [b]).

Irre

a) *Digest. XXVI*, 1, *L.* 1. *pr. Institut. I*, 13, §. 1. Man vergleiche über den Sinn dieser so verschieden gedeuteten und doch so klaren Definition vorzüglich *G. C. Gebauer pr. de Servii Sulpicii Rufi definitione Tutelae in L.* 1. *pr. D. de tutel.* §. 1. *I. de tutelis* Goett. 1738. und in *Exercit. Academ.* T. II. pag. 689 seq. *Chr. Wagner* Lib. singul. *de genuino definitionis tutelae intellectu.* Lipsi. 1742. 8.

b) Man vergleiche mit der hier vorgetragenen Ansicht Egid. von Löhr Ueber die Römischen Begriffe von Tutel und Curatel.

Irre ich nicht, so kannten die ältern Römer die Curatel gar nicht. Sie setzt eine Trennbarkeit des Vermögens von der Person voraus, welche dem Geiste des älteren Römischen Rechts durchaus zuwider ist. Darum erkenne ich auch die Stelle des Zwölftafeln-Gesetzes nicht für ächt, in welcher die Curatel der Wahnsinnigen und öffentlich erklärten Verschwender eingeführt worden seyn soll c). Prodigalitäts-Erklärungen lassen sich überall nicht in dem Zeitalter der Zwölftafeln-Gesetze annehmen, sie würden ein zu scharfes Attentat gegen die Freyheit der Bürger gewesen seyn, davon abgesehen, daß darin wieder eine Trennung der Person von ihrem Vermögen liegt. Wegen der Wahnsinnigen ließe sich wohl die angebliche Stelle der Zwölftafeln-Gesetze vertheidigen, aber was für sie angeordnet worden, hätte nothwendig eine Tutel seyn müssen, und hätte keine Curatel seyn dürfen. Denn in der Curatel liegt, wie bereits gedacht worden, eine Trennung des Vermögens von der Person, die mit den ältesten Rechtsansichten durchaus unverträglich ist. Nun aber

---

tel. Wetzlar 1809. und in seinem und Grollmanns Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung Bd. III. Hft. 1. S. 2 — 72.

c) Bekanntlich hat Godefroi die Stelle aus *Cicero Quaest. Tuscul.* III, 11. und *de Invent.* II, 59. so restituirt: „Si *furiosus* aut *prodigus* existat, ast ei custos nec escit, agnatorum gentiliumque in eo pecuniave ejus potestas esto." Schon Heineccius hat *Antiq. Rom.* I, 23, §. 2. die sehr richtige Bemerkung dabey gemacht „quaeri adhuc posse utrum ex verbis decemvirorum an ex eorundem interpretatione nata sit curatio prodigorum" und ich finde mich durch die angeführten Gründe veranlaßt noch weiter zu gehen, und auch die Curatela furiosorum für eine Geburt der spätern Zeit zu erklären. Es dürfte bey genauerer Untersuchung wohl keinem Zweifel unterworfen seyn, daß die Classiker das, was erst lange nachher in Grundlage des Zwölf-Tafelngesetzes eingeführt worden ist, so darstellen, als wenn es schon in demselben enthalten wäre. Alle äußere sowohl als innere Gründe sind vorhanden, dieß besonders hinsichtlich der Curatel anzunehmen.

findet sich nirgends eine Spur, daß die sogenannte gegenwärtige Curatel der Wahnsinnigen je wäre zur Tutel gezählt worden, es bleibt also nichts übrig als ihre Entstehung gleichfalls in spätere Zeiten und solche zu setzen, wo man schon das Vermögen von der Person trennte, und für jedes eine besondere Obhut anordnete. Es läßt sich nicht läugnen, daß die Curatel der Wahnsinnigen die älteste Curatel ist, auf welche der Ordnung nach die Curatel der öffentlich erklärten Verschwender und die Curatel der Minderjährigen folgen, allein die Zeit zu welcher sie eingeführt wurde, läßt sich nicht mit Bestimmtheit angeben: ich setze sie nach der lex Poetilia Papiria, welche zuerst die Trennbarkeit der Person von dem Vermögen aussprach, und es dadurch zugleich möglich machte, das Vermögen unter abgesonderten Schutz zu stellen [d]).

Wenn wir uns die Curatel als einen besonderen Vermögens-Schutz denken, womit bald Personen-Schutz verbunden ist, bald nicht, nur nicht diesen Schutz als Ausfluß einer potestas setzen, so, glaube ich, haben wir die richtige Vorstellung von der Curatel. Eine potestas im eigentlichen Sinne dieses Worts kann darum in der Curatel nicht enthalten seyn, weil sich die potestas nur über Personen erstrecken kann, und immer auf diese gerichtet seyn muß, daher der mit dem Vermögens-Schutz verbundene Personen-Schutz auch nie als eine potestas betrachtet werden darf. Was in der Curatel als potestas vorkommt, ist daher nur etwas Scheinbares, nicht etwas Wirkliches: die potestas

d) Es scheint mir gewissermaaßen in der Natur der Sache zu liegen, daß wenn man nicht einmal beym Schuldenwesen das Vermögen von der Person trennte, sondern die Gläubiger nur durch die Person an deren Vermögen kommen konnten, es auch keine abgesonderte gesetzliche Vermögens-Obhut und Verwaltung geben konnte. Eine gewillkührte war wohl in jeder Zeit erlaubt und lag in der Befugniß über das Vermögen zu verfügen.

führt immer mehr oder weniger eine Einheit der Person mit demjenigen herbey, über welchen man die potestas hat, sie die potestas selbst enthält auch weit größere Rechte als der bloße Schutz. Die Benennung Tutel und Curatel deutet auf diesen Unterschied so klar hin, daß kein Zweifel über die Richtigkeit des Gesagten übrig bleiben kann. Wird gleich in den Gesetzen, was von der Tutel gilt auch auf die Curatel angewendet, so muß doch von der Anwendung allemal ausgeschlossen bleiben, was der potestas als solcher eigen ist e). Was zur potestas gehört, wird sich bey der unten folgenden Erörterung der Tutel selbst am besten zeigen lassen.

Ich würde hiernach die Tafel der Tutel und Curatel so stellen

I. Tutel.	II. Curatel.	
Schutz- und Schirmgewalt über homines sui juris.	Vermögens-Schutz	
	entweder bloßer Vermögens-Schutz.	oder mit Personen-Schutz zwar verbunden, aber ohne eigentliche Schutz- und Schirmgewalt.
	I. Reine Curatel.	I. Gemischte.

Es läßt sich nicht in Abrede stellen, daß Tutel und Curatel im Allgemeinen Institute des juris gentium sind: aber in der Beschränktheit, in welcher das Römische Recht die Tutel giebt, und in der eigenen Gestaltung, in welcher sie nach Römischem Recht erscheint, muß die Tutel wenigstens

e) Dieser Umstand ist noch nicht gehörig berücksichtigt worden. Wie ich glaube, geht man bey Anwendung der von der Tutel geltenden Grundsätze auf die Curatel sichtbar zu weit.

durchaus als Institut des juris civilis betrachtet werden, und hat daher Servius ganz recht, wenn er sie als jure civili data ac permissa schildert.

§. 287.

Gewöhnlich werden nur zweyerley Tutelen als den Römern angehörig genannt, die tutela mulierum und die tutela impuberum. Ob es noch eine dritte Art gegeben, dürfte gefragt werden, wenn man erwägt, daß der Mensch im höchsten Alter in den Zustand der Kindheit so oft zurückfällt, und für solchen Fall dieselben Gründe eintreten, ihn unter die potestas eines Andern zu stellen, welche bey den Unmündigen statt finden. Aber eben so möchte man fragen, warum standen die Wahnsinnigen nicht unter Tutel, sondern bloß unter Curatel. Es müssen hier besondere Gründe vorhanden seyn, warum die Römer die Tutel auf mulieres und impuberes beschränkt haben. Ich finde sie theils in der geschichtlichen Ausbildung der Rechtsinstitute, theils aber auch in der Sache selbst.

Erstens in der Geschichte. Es gieng hier wie mit andern Rechtsinstituten. War ihre Zahl einmal geschlossen, so war auch von Vermehrung derselben hernach nicht weiter die Rede, wenn gleich späterhin Einrichtungen entstanden, die nicht nur füglich darunter ihren Platz behaupten konnten, sondern ihn auch hätten behaupten müssen, wenn sie früher vorhanden gewesen wären. Die Tutel war von Anfang an auf die Frauenspersonen und die Unmündigen beschränkt: entstand nun gleich späterhin eine Einrichtung, z. B. die Curatel der Wahnsinnigen, welche, wenn sie früher vorhanden gewesen wäre, ganz unstreitig mit zur Tutel gerechnet worden wäre, so glaubte man sie doch lieber nach eigenthümlichen Grundsätzen beurtheilen zu müssen, und nicht mit unter die Tutel bringen

zu dürfen, obgleich sie sich unstreitig unter diese besser gepaßt haben würde, weil einmal die Tutel auf Frauenspersonen und Unmündige beschränkt war.

Zweytens in der Sache selbst dürfte sich die Beschränkung der Tutel auf diese Weise finden. Die Tutel enthält eine besondere potestas, welcher man wohl Unmündige ohne Unterschied des Geschlechts, und Weibspersonen wegen der imbecillitas sexus, nicht aber großjährige Mannspersonen unterwerfen zu können glaubte. Für diese nahm man daher nur eine curam bonorum, und diese, wo es nöthig war, mit Personen- Schutz und Schirm verbunden an, aber keine eigentliche Schutz- und Schirm-Gewalt, welche doch die Tutel ihrem Wesen nach in sich begriff. Der Zweck ließ sich auch auf diese Weise erreichen, und darauf konnte es doch nur allein ankommen. So nahm man für die Wahnsinnigen, für welche die Tutel gewiß am rechten Orte gewesen seyn würde, eben so gut eine Curatel an, als bey andern Personen, für welche die Curatel doch nur geeignet war. Selbst für wegen hohen Alters kindisch gewordene Personen konnte keine Tutel statt finden, obgleich hier dieselben Gründe eintraten, welche die Tutel der Unmündigen rechtfertigten.

§. 288.

Stellen wir jetzt genauere Untersuchungen über die tutela mulierum und impuberum an. Die tutela mulierum soll uns zuerst beschäftigen.

Ich darf wohl nicht erst bemerken, daß die gewöhnliche Eintheilung der tutela mulierum in die pupillaris und perpetua fehlerhaft ist, wenn sie gleich alte Autorität *f*) für sich

f) *Boeth. in Topic* Cic. IV.

hat. Denn vor Beendigung der Unmündigkeit konnte nach dem ältern Recht von keiner tutela mulierum die Rede seyn: die Majorennität möchte ich indeß nicht mit Einigen für den Anfang dieser Tutel festsetzen, weil, wenn in der frühern Zeit, wie sich doch so leicht beweisen läßt, die Curatel bey Mündigen in der Regel etwas Willkührliches war, die Frauensperson, welche die Curatel nicht mochte, bis zur Majorennität selbstständig gewesen seyn würde. Es dürfte aber die höchste Ungereimtheit genannt werden, jemand gerade in der Zeit, wo er am meisten des Schutzes bedarf, ohne solchen zu lassen, und hinterher, wo er ihn nicht so sehr bedarf, wieder darunter zu stellen. Man ist genöthigt anzunehmen, die tutela mulierum begann, wenn die tutela impuberum aufhörte, und fand für alle verheurathete und unverheurathete Frauenspersonen statt, welche sui juris waren. Frauenspersonen, welche unter der potestas des Mannes standen, konnten sehr natürlich nicht unter der Tutel stehen, weil die patria potestas (und dieß war ja die potestas des Mannes) die Tutel ausschließt. Aber die Tutel begann wieder, wenn sie Wittwen wurden, und konnte daher die Tutel mit der potestas des Mannes abwechseln.

So dunkel auch Vieles über die tutela mulierum ist, so lassen sich doch folgende Sätze mit Zuverlässigkeit behaupten. I. Nach Ulpian g) erhielten die Frauenspersonen aus zweyerley Gründen Vormünder, propter sexus imbecillitatem und propter rerum forensium ignorantiam. II. Die Tutel war hier eben so wie bey den Unmündigen entweder testamentaria, legitima auch dativa. Ausdrücklich sagt Ulpian h), daß die lex Atilia die tutelam dativam nicht bloß für die impuberes, sondern auch für die Frauens-

g) *Fragment. XI, 1.*
h) *L. c.*

personen eingeführt habe. III. Im Wesentlichen kam die tutela mulierum ganz mit der tutela impuberum überein, d. h. sie begriff eben so wie diese eine Schutz- und Schirmgewalt über die Pupillen in sich, denn sonst hätte sie gar keine Tutel seyn können. Aber im Außerwesentlichen fand doch ein bedeutender Unterschied statt, den uns Ulpian i) am genauesten angiebt. „Pupillorum (sagt er) pupillarumque tutores et negotia gerunt, et auctoritatem interponunt: mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt" — — —. Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus, si lege, aut legitimo judicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari, si rem mancipi alienent. Pupillis autem hoc amplius etiam in rerum nec mancipi alienatione tutoris auctoritate opus est." Man sieht daraus ganz klar, daß die mulier gar nicht so allgemein unter der Schutz- und Schirm-Gewalt des Tutors stand als der impubes, was auch der Natur der Sache nach nicht wohl möglich war. Dem Tutor scheint zuvörderst die Person der mulier, ihr Leben, Wandel ꝛc. gar nichts angegangen zu seyn. Auch die Vermögens-Verwaltung gehört nicht zu seinem Ressort. Er schützt und schirmt sie nur in gewissen von Ulpian genannten Fällen: hier ist aber die interpositio seiner autoritas eben so nothwendig als bey impuberibus, und kann ohne dieselbe das Geschäft durchaus nicht als geltend betrachtet werden — —.

Man sucht unstreitig am richtigsten die Entstehung sowohl als Ausbildung der tutela mulierum allein in dem herkömmlichen Recht. Für die Fälle, wo die auctoritatis interpositio bey der tutela mulierum nothwendig war, kam

i) *L. c.* §. 25 und 27. *Cicer. pro Caecina* XXV.

das gewiß auch schon sehr früh den Weibspersonen gestattete beneficium ignorantiae juris nicht in Betracht, weil da das ganze Geschäft ungültig war, wenn sich diese Interposition nicht fand. Aber nach der Ulpianischen Darstellung würde die tutela mulierum immer mehr als Wohlthat für das Frauenzimmer als wie Nothwendigkeit erscheinen. Wenn man damit die Nachrichten von Cato und Cicero vergleicht, so ist es die höchst degenerirte tutela mulierum, von welcher er spricht. Die ursprüngliche und älteste tutela mulierum war gewiß ganz der tutela impuberum gleich, und konnte die mulier eben so wenig als der impubes irgend etwas sie präjudicirendes ohne Interposition der auctoritas des Vormundes unternehmen. Die Stelle aus Cato [k]) „Majores nostri nullam, ne *privatam* quidem rem agere feminas sine autore voluerunt, in manu esse parentum, fratrum, virorum" zeigt ganz die ursprüngliche Beschaffenheit der tutela mulierum an. Damit stimmt auch Cicero [l]) ganz überein: er bedauert nur, daß die herrliche Einrichtung der Vorzeit durch die Juristen untergraben worden, und daß es jetzt auch Vormünder gebe, welche sich umgekehrt in der potestas der Frauenspersonen befänden. Schon in Cicero's Zeitalter hatte also die tutela mulierum eine große Veränderung erfahren: wahrscheinlich war der Gang der Veränderungen dieser. Wie es in der ältern Zeit ganz von dem Hausvater abhing, wie er de familia tutelave verfügen wollte, so konnte er auch der bisherigen Haustochter etwas von der Strenge der in dem Herkommen gegründeten tutela mulierum erlassen. Es geschah nicht nur gewöhnlich von dem Vater und Mann, sondern man überließ auch noch obendrein der Frauensperson die optio tutoris, weil man glaubte, so werde sich die Har-

k) Bey *Liv.* XXXIV, 2.
l) *Pr. Muraena* XII.

monie zwischen Vormund und Pupillin, welche hier gar nichts taugte, am besten finden. Trat bloß tutela legitima ein, oder wohl gar dativa, oder hatten Vater und Ehemann bloß den Vormund im Testament ernannt, ohne weiter seine Verhältnisse zur Pupillin zu bestimmen, so gieng es zwar in Absicht der Tutel ganz nach der Strenge des Rechts, indeß fing man doch auch an, Vieles davon nachzulassen, weil man bey der steigenden Civilisation die Frauenspersonen nicht ganz als Unmündige behandeln zu können glaubte: man befolgte die Grundsätze, welche man gemeinhin bey der testamentarischen Tutel antraf. So erschienen die Frauenspersonen nun selbstständiger: wo sie bey ihrem Alleinhandeln fehlten, kam man ihnen durch Beneficien zu Hülfe, z. B. durch das beneficium ignorantiae juris und restitutionis in integrum. So erhielt denn successiv die Tutel die Gestaltung, in welcher sie uns Ulpian darstellt, und in welcher sie wirklich einer heutigen Geschlechts-Curatel so ähnlich sieht, wie ein Ey dem andern, außer daß bey den Römern noch aus alter Zeit die interpositio auctoritatis erforderlich war, und es bey uns bloß der Consens-Ertheilung bedarf: oder kürzer, bey uns ist Curatel, was bey den Römern Tutel war.

Zu den Veränderungen, welche die Tutel der Frauenspersonen in dem Verlaufe der Zeit erlitt, kamen noch die Befreyungen davon hinzu, welche unter den Imperatoren sowohl einzelnen als ganzen Classen *m*) ertheilt wurden. — Nach der lex Julia und Papia Poppaea befreyete auch jus trium et quatuor liberorum jede ingenua von der Tutel.

m) Das bekannte Privilegium für die Vestalischen Jungfrauen ist gewiß nicht das einzige, obgleich eben keine andern bekannt sind. Was vom weiblichen Geschlecht zu der unmittelbaren Familie eines höhern Staatsbeamten gehörte, dürfte späterhin wohl durchgehends von der Tutel befreyt gewesen seyn.

Traten solche Befreyungen ein, so mußte man die Tutel der Frauenspersonen schon sehr natürlich nicht mehr für etwas Nothwendiges halten: aufgehoben wurde sie indeß wohl nie, sondern sie kam successiv außer Gebrauch n). Daß sie noch zu Ulpians Zeiten gebräuchlich war, und wie sie es war, erhellt aus den oben citirten Stellen. Noch unter Constantin und Leo dauerte sie fort, wie von Andern ausführlich erwiesen worden ist o). Daß sie unter Justinian nicht mehr im Gebrauch gewesen, schließen wir daher, weil in seiner Gesetzgebung nichts darüber vorkommt.

Daß zur Zeit, wo noch die tutela mulierum galt, die Frauenzimmer, welche in der laxen Ehe lebten, wenn sie nicht mehr unter der patria potestas standen, eben so gut einen Vormund haben mußten, als andere von der potestas befreyete, kann wohl nicht zweifelhaft seyn. Daß der Mann eben so gut als ein Verwandter und Fremder die Tutel über sie führen können, ist mir auch gar nicht zweifelhaft. Er paßte sich ja gerade zum Vormunde; daß er einen ihn selbst

n) Bekanntlich behaupten Einige unter Berufung auf **Ulpian** *Fragment.* XI, §. 8. „Quantum ad agnatos pertinet, hodie cessitia tutela non procedit: quoniam permissum erat in jure cedere tutelam feminarum tantum, non etiam masculorum: feminarum autem legitimas tutelas lex Claudia sustulit (nach Andern sustinet) excepta tutela patronorum" es sey durch das SCtum Claudianum die tutela mulierum aufgehoben worden. Allein wenn überall die Stelle nicht corrumpirt ist, so läßt sie sich nur von der Aufhebung tutela legitima verstehen, wozu gute Gründe vorhanden seyn konnten. Denn „sustulit" wird man auf jeden Fall lesen müssen; das „sustinet" giebt durchaus keinen vernünftigen Sinn.

o) Siehe *Heinecc. Antiq. Rom.* I, 13, §. 24. und die von ihm citirten Schriften.

angehenden Act nicht autorisiren konnte, versteht sich von selbst *p*).

§. 289.

Die tutela mulierum muß in den letzteren Zeiten ihres Daseyns überall nicht mehr als Tutel in Betracht gekommen seyn. Dieß zeigt besonders die obengedachte Definition des Servius, in welcher die Tutel bloß auf die impuberes bezogen erscheint. Die tutela impuberum, zu welcher ich jetzt übergehe, ist daher die alleinige Tutel des neueren Römischen Rechts. Ihre Wesenheit besteht in einer Schutz- und Schirmgewalt über einen impubes sui juris: man kann behaupten, diese Tutel habe nie eine Veränderung erlitten, sondern sey von ihrer Entstehung an bis zu Justinian, Nebenbestimmungen abgerechnet, dieselbe geblieben.

p) Das Gegentheil behauptet zwar *Heineccius l. c.* §. 19. aber ohne alle zureichende Gründe. Er hält sogar die ganze Frage, ob der Mann Tutor der Frau werden können für ein quaestio Domitiana. Denn, sagt er, die Frau befand sich entweder in manu mariti oder nicht. Im ersten Fall konnte von der Tutel gar nicht die Rede seyn, im letzten Falle stand die Frau ja unter der Tutel ihrer Agnaten, und konnte ohne deren Bewilligung nicht eines Andern Tutel unterworfen werden. Aber wie, wenn nun die Agnaten consentirten oder der Frauensperson optio tutoris im väterlichen oder männlichen Testament freygegeben worden war. Würde angenommen, daß die lex Claudia die legitimam tutelam mulierum ganz aufgehoben, so dürften die Agnaten der Tutel des Mannes um so weniger entgegengestanden haben. Sehr vernünftig läßt sich wohl erklären, daß man in spätern Zeiten lieber die Tutel über die Frau dem Manne als Andern überließ, da er am besten die Angelegenheiten der Frau besorgen konnte. Die Tutel der Agnaten ganz aufzuheben, war auch um so consequenter, als gewiß die Erfahrung gezeigt hatte, daß die Frauenspersonen durch diese Tutel gar sehr chicanirt wurden indem ein Verwandter den andern so gern despotisirt. Bey den unverheuratheten Frauenspersonen gab es nun noch so viele andere wichtige Ursachen den Agnaten die Tutel zu entziehen, z. B. die Verkuppelung mit Söhnen der Agnaten u. s. f.

Bekanntlich war diese Tutel ihrem Grunde nach in der früheren Zeit bloß entweder testamentaria oder legitima, und kam erst späterhin durch die lex Atilia, die tutela dativa hinzu, welche darauf in der lex Julia et Titia und den Constitutionen der Imperatoren ihre Erweiterung fand a). Sehr richtig sondert Haubold b) sowohl bey der Tutel der Frauenspersonen als der Unmündigen den tutor praetorianus von dem dativus ab: denn er war ja kein eigentlicher und fortdauernder, sondern nur für die Zeit und für die Ausübung gewisser Acte bestellter Vormund, wenn es den Rechtsangelegenheiten unbevormundeter Frauenspersonen und Unmündigen galt. Eine zu sehr beschränkte Vorstellung von ihm hat offenbar Heineccius, wenn er annimmt, er sey bloß vorgekommen, wenn von einem zwischen dem Tutor und Pupillen zu verrichtenden Geschäft die Rede war. In der frühern Zeit war jeder von dem Prätor nur provisorisch oder für ein gewisses Geschäft bestellte Vormund ein tutor praetorianus, weil im ersten Fall der Prätor allein keinen perpetuirlichen Vormund bestellen konnte, und im letztern wieder die gewöhnliche tutela dativa nicht statt finden konnte, weil der Tutor kein perpetuus war. Späterhin, wo auch der Prätor einen Vormund ernennen konnte, mußte sich der Begriff des tutor praetorianus schon nothwendig beschränken, und die Beschränkung fand sich von selbst in der für die mit dem Tutor selbst zu verhandelnden Geschäfte geschehenen Vormundschaftsbestellung. Darum darf aber doch nicht der allgemeinere Begriff von tutor praetorianus so beschränkt gegeben werden. — Die tutela testamentaria, welche Anfangs so frey und unbeschränkt war, wurde hernach der obrig-

a) Man vergleiche *Jo. Gottl. Seger* Diss. *Historia jur. rom. lib. reipubl. de tutel. et curis Opuscul.* I. p. 99.

b) *Instit. jur. rom. hist. dogm. pr. lin.* p. 372.

keitlichen Einsicht eben so gut als die tutela legitima unterworfen: für die letztere kann man nur in so fern Veränderungen annehmen, als was Anfangs bloß Recht und Pflicht der Agnaten war, bey veränderten Successions-Prinzipien auch späterhin Recht und Pflicht der Cognaten wurde. Alles dieß sind bekannte Dinge, die hier bloß als Uebergang zur eigentlichen Untersuchung über die tutela impuberum erwähnt werden. Mag diese Tutel entstehen wie sie will: in der Sache ist sie sich durchgängig gleich, und kommt es allein auf die Analyse der potestas an, welche ihre Wesenheit ausmacht, die jetzt versucht werden soll.

Daß diese potestas eines Tutors nach eigenthümlichen Grundsätzen beurtheilt werden muß, und nicht als eine Fortsetzung der patria potestas betrachtet werden kann, würde schon aus der von Servius gegebenen Definition klar seyn, wenn es aus der Natur der Sache nicht noch klarer würde. Nicht in der patria potestas, sondern allein in der agnatio ist der Grund der Einheit zwischen Vater und Sohn zu suchen: wäre also auch wirklich die potestas eines Tutors eine Fortsetzung der väterlichen Gewalt, so würde sie doch die Einheit schon darum nicht zur Folge haben können, weil zwischen dem Vormund und Pupillen entweder gar keine, oder doch eine solche agnatio nicht vorhanden ist, als vorausgesetzt wird, wenn die Einheit statt finden soll. Von einer Einheit zwischen Vormund und Pupillen kann sonach gar nicht die Rede seyn: die Person des Pupillen und die des Vormundes sind durchaus von einander abgesondert. Aber auch die potestas tutoris selbst ist von einer ganz anderen Beschaffenheit als die patria, und muß es schon nothwendig als potestas in capite libero seyn.

Das ganze Wesen der potestas tutoris wird in der Beschützung (tuitio) gesetzt. Diese geht sowohl auf die Person des Pupillen als auf sein Vermögen, und begreift sowohl

den gerichtlichen als außergerichtlichen Schutz in sich. Der Schutz, welchen der Vormund seinem Pupillen leistet, ist eine für sich bestehende Macht, die sich für alle Verhältnisse äußert, wo der Pupill in Schaden kommen könnte: aber er begreift nicht auch die Befugniß in sich Namens des Pupillen zu handeln und für denselben Rechtsgeschäfte zu verrichten, wie es der Vater für seinen Sohn thun konnte, denn die potestas ist ja keine väterliche, sondern eine bloße Schutzgewalt. Daß dem Vormunde gestattet ist, während der Kindheit des Pupillen, alle Angelegenheiten desselben allein zu besorgen, ist als nothwendige Ausnahme von der Regel zu betrachten: das Wesen der Schutzgewalt wird dadurch auch im Geringsten nicht geändert: es genügt, daß die Nothwendigkeit hier gebietet so und nicht anders zu handeln. Ist der Pupill in den Jahren, daß er selbst handeln kann, so ist er auch der allein Handelnde, der Vormund nur der seine Handlungen bestimmende und lenkende und zu deren Gültigkeit auctoritatem interponirende Theil. Es scheint mir nöthig, hier auf Unterschiede aufmerksam zu machen, die in der jetzigen Ausübung zwar allenthalben beobachtet, in der Theorie aber durchaus vernachlässigt werden.

Es dürfte vor allen Dingen unterschieden werden die Schutzgewalt des Vormundes selbst, von Dingen, welche ihr bloß anhängig sind, und wieder bey ihr selbst der Schutz, welcher dem Pupillen abgesehen von den Rechtshandlungen desselben und welcher mit Beziehung auf diese geleistet wird. Zu den Annexis der Schutzgewalt zähle ich die Erziehung des Pupillen und die Verwaltung seines Vermögens.

A. Schutzgewalt selbst.

a) Ohne Rücksicht auf Rechtshandlungen des Pupillen. Das Wesen derselben setze ich in der Abwendung von alle dem, was der Person oder

dem Vermögen des Mündels nachtheilig seyn kann. Alles was hier geschieht, muß schon der Natur der Sache nach von dem Vormunde allein geschehen.

b) Mit Berücksichtigung der Rechtshandlungen des Pupillen. Die Gesetze unterscheiden hier wieder ganz klar Rechtshandlungen, welche die Person des Pupillen, von solchen, die sein Vermögen zum Gegenstande haben.

a) Ueber Rechtshandlungen, welche die Person des Pupillen zum Gegenstande haben, scheint sich die potestas tutorum nicht erstreckt zu haben. Wir finden nichts über die Concurrenz des Vormundes, wenn der impubes Sponsalien oder eine Ehe abschließen will, oder sonst bloß seine Person betreffende Verbindlichkeiten übernehmen: wir treffen sie allein bey der arrogatio impuberum gewissermaaßen als Ausnahme, und auch hier nur vermöge einer neueren Gesetzgebung an c). Und doch dürfte der Pupill hier des Schutzes eben so gut als bey den sein Vermögen concernirenden Rechtshandlungen, wenn gar nicht noch mehr, bedurft haben. Vielleicht klärt sich die Sache aus den Vorstellungen der Römer über caput liberum und folgendergestalt auf. Nur eine auf agnatio sich gründende potestas, wie die väterliche Gewalt war, war bey den Römern geeignet, auch die Persönlichkeit eines Civis zu beschränken: jede andere Gewalt mußte für selbige ruhen, nur

c) Hier läßt sich die Sache auch sehr gut erklären, weil die Arrogation zugleich auf das Vermögen der Unmündigen Einfluß hatte.

die obligatio im engern Sinne konnte Gegenstand derselben seyn. War es gleich nothwendig einen impubes sui juris noch unter potestas bis zur erreichten Pubertät zu setzen, so durfte doch von der Gesetzgebung keine solche Gewalt geschaffen werden, die auch seine Persönlichkeit beschränkt hätte, weil das Fundament — die agnatio — fehlte, auf welchem die Errichtung einer solchen potestas nur überall möglich war. So kam es, daß der Tutor keine Concurrenz bey Rechtshandlungen hatte, welche bloß die Person des Pupillen zum Gegenstande hatten, und von welchen keine Wirkung auf das Vermögen zurückfloß. Glaubte man doch sogar alles, was die Erziehung und die Alimentation des Pupillen betraf, nicht dem Urtheil und der Willkühr des Vormundes überlassen zu dürfen, sondern solches von der Einsicht des Prätors abhängig machen zu müssen, wenn nicht schon der Vater darüber verfügt hatte.

Es ließe sich wohl denken, daß die Concurrenz bey Rechtshandlungen, welche die Person des Pupillen betrafen, zugleich denjenigen überlassen worden, welchen die Erziehung und damit zugleich die Leitung der pupillarischen Persönlichkeit war anvertrauet worden. Daß sich darüber keine bestimmte Nachweisungen finden, dürfte um so weniger etwas zur Sache thun, als man vielleicht glaubte, daß das, was sich von selbst schon verstand, nicht erst sanctionirt zu werden brauche. Indeß dürfte einer solchen Annahme

eben

eben das im Wege stehen, was oben über die Ansicht der Römer von den Rechten eines capitis liberi gesagt worden ist. Ich möchte annehmen, die Personen, welchen die Erziehung des Pupillen anvertraut war, z. B. die Mutter, der Agnat u. so f. konnten allerdings bloß auf die Person des Pupillen sich beziehende Rechtshandlungen behindern, wenn sie solche demselben nachtheilig fanden, aber ihr Consens war zu deren Gültigkeit nicht nöthig.

Es fragt sich: concurrirte denn der Tutor überall nicht bey der Erziehung des Pupillen. In Justinians Pandecten-Compilation wird zwar gesagt, ubi pupillus educari vel morari debeat, aber es wird nirgends bestimmt, ob der Vormund auch die Erziehung leite, oder in wie fern er sonst dabey concurrire. Ein gleiches Stillschweigen herrscht darüber im Codex. Merkwürdig ist, daß nirgends gesagt wird, der Pupill könne sich auch bey dem Tutor aufhalten und von ihm die Erziehung desselben besorgt werden, den Fall etwa ausgenommen, wo der Vater solches im Testament angeordnet hatte, woraus zu schließen seyn dürfte, daß aus politischen Gründen der Vormund von der Leitung der Pupillenerziehung nicht bloß, sondern auch von aller Concurrenz dabey ausgeschlossen gewesen. Sicherer führt indeß die folgende Vorstellung zum Ziele. Die Leitung der Pupillenerziehung im Allgemeinen, früherhin mit geringerem, späterhin mit mehrerem Einflusse der Obrigkeit hatte der Vormund, die unmittelbare Besorgung derselben aber stand denen zu, bey welchen der Pupille erzogen wurde. So

konnte denn auch der Vormund mit ihnen zusammen Rechtshandlungen, welche die Persönlichkeit des Pupillen zum Gegenstande hatten, behindern, wenn er fand, daß solche für den Pupillen von Nachtheil waren.

β) Ueber Rechtshandlungen, welche das Vermögen des Pupillen betreffen, erstreckt sich dagegen die potestas der Vormünder dergestalt, daß ohne Dazwischenkunft ihrer *autoritas* durchaus keine obligatio contrahirt werden kann. Wohl aber kann sich der Pupill Andere verbindlich machen.

B. *Annexa* der Tutoren-Gewalt.

Ich zähle dahin

a) die Verwaltung des Pupillen-Vermögens.

b) die Führung der Pupillen-Prozesse.

Daß beide Angelegenheiten von dem Vormunde allein ohne Dazwischenkunft des Pupillen besorgt werden können, ist um so weniger einem Zweifel unterworfen, als der Pupill sich ja überall nicht mit solchen Gegenständen zu befassen im Stande ist. Es kann auch nicht zweifelhaft seyn, daß auf solche Veranlassung der Tutor den Pupillen ohne dessen Zuziehung obligiren könne, und daß der Pupill, wenn z. B. von Veräußerung der Früchte, und andern gemeinen Wirthschaftsverhandlungen die Rede ist, nicht als der eigentlich handelnde Theil zugezogen zu werden brauche, weil es sonst durchaus unmöglich seyn würde, die Verwaltung des Pupillen-Vermögens so zu besorgen, als sie eigentlich besorgt werden muß. Bey Prozessen muß schon natürlich für die Transacts und andere Prozeßverträge

welche eine Veräußerung der Pupillenrechte zum Gegenstande haben, eine Ausnahme statt finden.

§. 290.

Die vorstehende Darstellung soll zu der festen Bestimmung der Frage führen: wo von dem Pupillen eigentlich gehandelt und von dem Vormunde die Handlung authorisirt werden müsse, oder deutlicher: wo ist während der Tutel der Pupill der handelnde und der Tutor der authorisirende Theil? Man muß antworten: nur da, wo es sich um Contrahirung einer obligatio im engern Sinn, und zwar so handelt, daß der Pupill dadurch verbunden werden soll. Wenn der Natur der Sache nach schon jede Contractsverbindlichkeit hieher gehört, so muß um so mehr die Veräußerung des Pupillenvermögens, wenn solche nothwendig und durch ein Decret der Obrigkeit genehmigt worden ist, als ein Geschäft betrachtet werden, das eigentlich von dem Pupillen durch die Dazwischenkunft der auctoritas tutoris verrichtet werden muß. Wie die Sache gewöhnlich vorgetragen wird, sollte man fast glauben, der Vormund betreibe alles allein, und nur da, wo der Pupill auch eine obligatio im engern Sinne contrahiren wolle, sey die interpositio auctoritatis nöthig. Allein dieß ist keinesweges die Ansicht der Römischen Gesetzgebung. So lange der Pupill noch infans ist, muß schon nothwendig der Vormund alle Angelegenheiten desselben allein besorgen, aber sind die Jahre der Kindheit zurückgelegt, so entsteht ein anderes Verhältniß und trennen sich ganz von einander die Angelegenheiten, welche der Vormund noch ferner allein zu besorgen hat, und die, welche eigentlich der Besorgung des Pupillen unter Dazwischenkunft der interpositio auctoritatis des Vormundes sind überlassen worden. Die Eigenschaft des Pupillen als eines capitis liberi duldete es nach Römischer Vorstellung nicht,

daß da, wo es der Contrahirung einer obligatio im engern Sinne galt, der Vormund allein hätte handeln können, sobald der Pupill die Kinderjahre zurückgelegt hatte und juristisch einen Willen haben konnte, sondern er mußte allemal als handelnde Person eintreten und der Vormund nur durch die interpositio seiner auctoritas die Handlung gültig machen. Ohnedas wäre ja die potestas tutoris der patria potestas gleich gewesen, was durchaus nicht der Fall war. Oft führen zwar die Gesetze bloß den Vormund als den allein handelnden Theil ein, was aber bloß davon herrührt, weil auf die Interposition seiner Autorität alles ankommt, z. B. wenn gesagt wird, daß er aus dem Pupillenvermögen nichts verschenken dürfe, keine Immobilien ohne obrigkeitliches Dekret veräußern u. s. f. Es würde überflüssig gewesen seyn noch hinzuzusetzen, was sich schon von selbst verstand und allgemein bekannt war. Daß in so fern es bloß Wirthschaftsgegenstände galt, die obligatio von dem Vormunde allein contrahirt werden konnte, war eine nothwendige Ausnahme von der Regel, wodurch die Regel um so weniger leiden konnte, als die Ausnahme gewissermaaßen in der Natur der Sache lag. Dem zufolge nehme ich an, daß in folgenden Fällen allemal der Pupill der handelnde Theil seyn mußte, und seine Handlung nur durch die Interposition der Autorität des Vormundes gültig werden konnte:

1) wo es sich von Veräußerungen, Verpfändung und Beschwerung des Pupillen-Vermögens handelte.

2) Bey Cessionen von Rechten und Forderungen, Novationen u. s. f.

3) Bey allen Transactionen und Eideszuschiebungen.

4) Bey Anleihen und andern Contracten, wodurch obligatio im engern Sinne gewirkt wurde.

5) Bey Erbschaftsantretungen und andern dergleichen einseitigen Handlungen, welche Obligationen im engern Sinne nach sich ziehen.

In keinem dieser Verhältnisse konnte der Vormund für sich allein als der handelnde Theil auftreten, sobald der Pupill die Kinderjahre zurückgelegt hatte, wenn gleich sehr natürlich der Pupill von ihm zu der Handlung bestimmt wurde, und meist bestimmt werden mußte. Unterscheidet man davon nun die Fälle, wo der Pupill für sich selbst handelte, und wo gleichfalls auctoritatis interpositio des Vormundes nöthig war, wenn überall die Handlung von Kraft und Wirkung seyn sollte, nämlich wenn es gleichfalls der obligatio im engern Sinne galt, so wie auch die, wo zwar der Pupill bloß personelle Verpflichtungen übernahm, die aber auf das Vermögen zurückfielen, oder wo er wohl gar mit seinem ganzen Vermögen in die potestas eines Andern übergieng, und wo daher auch auctoritatis interpositio nöthig war, so hat man ganz klar alle Verhältnisse vor sich, die hier nur irgend in Betracht kommen können.

Für das Gesagte dürfte der unwidersprechliche Beweis in folgenden Sätzen liegen. 1) Darin daß gesagt wird, so lange der Pupill noch ein Kind sey, handele der Tutor allein, hernach interponire er bloß seine Autorität. 2) Darin daß die Gewalt des Tutors keine patria potestas ist, und sobald caput liberum nur überall juristisch einen Willen haben kann, es auch in allen dasselbe betreffenden Geschäften als die vorzugsweise handelnde Person auftreten müsse.

Es ist Prinzip des Römischen Rechts, daß allenthalben, wo es sich um Contrahirung der obligatio im engern Sinne handelt, durchaus beide, Pupill und Tutor, zusammen wirken sollen, ersterer als die eigentlich handelnde, letzterer als die auctoritatem interponirende Person. Das „animo et

corpore praesens esse" welches vom Tutor gesagt wird, geht nicht allein auf das Förmliche, es ist auch auf das Materielle zu beziehen, denn wer nicht animo et corpore praesens ist, kann keine solche Autorität interponiren als vom Vormunde gefordert wird: welche ja keine bloße Consensertheilung ist, die auch recht gut von einem corpore absens geschehen kann: aber die auctoritatis interpositio, welche nicht nur mit der Handlung selbst, zu welcher sie hinzukommt ein Einziges und Ganzes ist, sondern auch ein tieferes Eindringen in die Natur und das Wesen des Rechtsgeschäfts und die genaueste Erwägung aller Umstände voraussetzt, kann nur allein von einem geschehen, der corpore et animo zugleich praesens ist. Die corporis praesentia ist sehr natürlich auch bey dem Pupillen erforderlich, der animi praesentia bedarf es hingegen so nicht, da doch immer der impubes nur als Figurant erscheint, wenn gleich von ihm das Geschäft ausgeht, und er als die eigentlich handelnde Person in Betracht kommt. Darauf scheint auch eigentlich *Dig. XXVI, 9, L. 13* zu deuten, wo es heißt: „Impuberes tutore autore obligantur etiamsi taceant: nam cum pecuniam mutuam acceperint, quamvis nihil dicant, auctoritate tutoris interposita tenentur: Quare etsi non debita pecunia his personis soluta fuerit, quamvis tacuerint, interposita tutoris auctoritas sufficit, ut condictione teneantur." Was das Fragment als Folgesatz enthält, geht uns nichts an: der Hauptsatz allein ist es, der uns interessirt. Ganz klar ist von dem Falle die Rede, wo der Vormund für den Pupillen ein Darlehn negotiirt hatte, und jetzt der contractus mutui selbst abgeschlossen werden sollte. Die Handlung konnte nicht anders gültig vor sich gehen, als wenn der Pupill selbst agirte und der Vormund autoritatem interponirte. Es wird indeß die Gegenwart und das Stillschweigen des Pupillen für hinlänglich gehalten: der Vormund macht hier den Mandatar und den Interponenten der Auto-

ritât zugleich: in so fern erscheint auf der einen Seite der Pupill als der vorzugsweise Handelnde, auf der andern aber bloß als der Figurant. Nur fragt es sich, wie dann, wenn er nicht schweigen sondern auch reden, sogar widersprechen sollte. Giebt es doch auch Pupillen die schon so klug sind, daß sie die Handlungen ihres Vormundes beurtheilen können, oft so gar klüger als der Vormund selbst. Hier dürfte sich doch nicht annehmen lassen, die Römer hätten das Figuriren so weit treiben wollen, um auch den Dissentienten als Consentienten anzunehmen: es liegt vielmehr in der Gesetzstelle selbst schon was für den Fall des Gegensatzes Rechtens ist, nämlich daß aus dem beabsichtigten Geschäfte nichts werden kann, wenn der Pupill dissentirt. Es bleibt nichts übrig als anzunehmen, daß für den Fall das richterliche Ansehen eintreten müsse, um einem Geschäft Gültigkeit zu verschaffen, dessen der Pupill bedürftig ist.

Ist der Pupill in den Fällen, wo es der Contrahirung einer obligatio im engern Sinne gilt, eigentlich die handelnde Person, wenn er auch nur dabey figurirt, und macht die auctoritatis interpositio von Seiten des Vormundes eigentlich nur das Geschäft erst gültig, so folgt, daß die auctoritatis interpositio nur in der Maaße erfolgen kann, wie das Geschäft abgeschlossen worden ist. Aber allemal muß die interpositio auctoritatis pure erfolgen, d. h. nach *Dig. c. l. L. 8*, der Tutor muß entweder geradezu einwilligen oder nicht, und kann seine Einwilligung nicht von Bedingungen und Umständen abhängig machen. Das Geschäft übrigens, welches der Pupill abgeschlossen hat, kann ein bedingtes seyn auch nicht, und erhält durch die interpositio auctoritatis keine andere Beschaffenheit, als welche es von Anfang an hatte. Der Tutor kann nur darum nicht bedingt auctoritatem interponiren, weil dann die Willen nicht zusammentreffen würden. Man darf hier das bedingte Geschäft mit der bedingten in-

terpositio auctoritatis nicht confundiren. — Daß, wenn mehrere Vormünder vorhanden sind, schon die auctoritatis interpositio von einem einzigen, auch bey ungetheilter Verwaltung zureicht, scheint gerade in der für diesen Fall vorhandenen Ungetheiltheit der potestas zu liegen, von der so jeder ganz Gebrauch machen kann. Aber wenn gleich gesetzlich bestimmt worden ist, daß kein Vormund zur interpositio auctoritatis soll gezwungen werden können a), so fehlt es doch an Entscheidung über die Frage: wie es zu halten, wenn mehrere Vormünder vorhanden und bey dem von dem Pupillen unternommenen Geschäfte zugegen sind, und der eine zwar auctoritatem interponirt, der andere aber die Interposition verweigert, und ob für den Fall, wenn zwar nur einer vorhanden ist und auctoritatis interpositionem widerrechtlich verweigert, die Obrigkeit an seine Stelle treten und die mangelnde auctoritatis interpositio ergänzen könne.

Der letztere Theil der Frage wird schon zuvor erörtert werden müssen, weil die Erörterung des erstern Theils davon abhängt. Zwar wird *Dig. XXVI, 8, L. 17* und *21.* gesagt, daß die Obrigkeit den Tutor nicht zwingen könne auctoritatem zu interponiren, und daß der Pupill, wenn er dadurch Schaden leiden sollte, diesem Schaden schon durch das tutelae judicium werde beykommen könne: indeß ist dadurch doch das Eintreten der Obrigkeit nicht unbedingt ausgeschlossen worden. Es kann ja Fälle geben, wo durch die Verweigerung der auctoritatis interpositio damnum irreparabile für den Pupillen entsteht. Ich will zwar gern mit Rücksicht auf das ältere Recht zugeben, daß auch für solche Fälle die Obrigkeit nicht befugt war, die verweigerte auctoritatis interpositio zu ergänzen, besonders wenn der Tutor ein

a) *Dig. XXVI, 8. L. 17 u. 21.*

testamentarius war: aber nach dem neueren Recht, wo auch selbst der testamentarische Vormund unter ihre Aufsicht und Controlle gestellt worden ist, dürfte ihr diese Befugniß nicht abzusprechen seyn. Hiernach beantwortet sich nun der erstere Theil der Frage von selbst. Es ist keinem Zweifel unterworfen, daß wenn alle Vormünder praesentes sind und einer die interpositio auctoritatis verweigert, die andern durch ihre Interposition das Geschäft nicht gültig machen können. Denn wenn auch gleich schon einer der Vormünder durch die Interposition seiner Autorität das Geschäft gültig machen kann wenn er allein concurrirt, so folgt doch daraus noch nicht, daß er solches auch kann, wenn die übrigen auch concurriren, und jetzt einer die Interposition der Autorität verweigert. Denn etwas anderes ist es, wenn alle Vormünder, und wieder etwas anderes, wenn nur einer derselben concurrirt. Für den letzteren Fall genügt schon die auctoritatis interpositio des einen, für den erstern Fall hingegen wirkt schon der Widerspruch des einen, daß das Geschäft überall nicht zu Stande kommen kann. Die Mehrheit der Stimmen kann hier nicht entscheiden, weil nicht von einer universitas, sondern von singulis die Rede ist. Aber es scheint mir auch im Mindesten nicht zweifelhaft zu seyn, daß wenigstens nach dem neuern Recht für diesen Fall die Obrigkeit eintreten und die mangelnde auctoritatis interpositio für den Fall ergänzen könne, wo sonst damnum irreparabile für den Pupillen entstehen würde.

§. 291.

Mit Uebergehung anderer aus der tutela impuberum bekannten Sachen sey es mir erlaubt, mich noch über folgende Puncte zu verbreiten.

I. Es wird gesagt, daß die Pupillen aus den Handlungen ihrer Vormünder ein Klagerecht erhielten, z. B. wenn

dieſe Pupillengelder ausgeliehen [b]) oder Pupillengüter verpachtet [c]), für Pupillengelder Güter angekauft hätten [d]) u. ſ. w., imgleichen, daß dem Pupillen actio judicati zuſtehe, wenn der Vormund für ihn einen Prozeß geführt, und darin eine obſiegliche Sentenz erſtritten hätte [e]). Weiter wird geſagt, daß wenn der Vormund für den Pupillen etwas verſprochen oder gutgeſagt [f]) oder die Angelegenheiten des Pupillen ſelbſt verwaltet oder verwalten laſſen [g]), oder endlich für den Pupillen einen Prozeß geführt, denſelben aber verloren [h]), in allen dieſen Fällen gegen den Pupillen geklagt werden könne. Dagegen heißt es nun wieder [i]), wenn der Vormund für den Pupillen Geld aufgeborgt, könne nur in ſo fern gegen den Pupillen geklagt werden, als verſio in rem nachzuweiſen ſey. Es fragt ſich, wie reimt ſich das: entweder der Pupill iſt allgemein aus den Handlungen ſeines Vormundes, in ſo fern es mit denſelben die geſetzliche Ordnung hat, berechtigt und verpflichtet, oder nicht. Es iſt zu bemerken, daß die beſchränkte Verpflichtung des Pupillen wegen des von ſeinem Vormunde aufgenommenen Darlehns in dem Codex vorkommt, wogegen die unbeſchränkte Verpflichtung deſſelben aus andern Handlungen des Vormundes in den Pandecten enthalten iſt. Es läßt ſich indeß nicht wohl behaupten, daß von der beſchränkten Verpflichtung hinſichtlich des Darlehns auch auf andere Fälle geſchloſſen werden könne.

---

b) *Dig. XXVI*, 9, *L.* 2.
c) *Dig. c. l.* u. *Cod. V*, 39, *conſt.* 4.
d) *Cod. c. l. c.* 2.
e) *Dig. c. l. L.* 26.
f) *Dig. c. l. L.* 5, §. 1. *L. ult.*
g) *Cod. II*, 19, *conſt.* 4.
h) *Dig. XXVI*, 9, *L.* 5, u. *L.* 7. *Cod. V*, 39, *L.* 1.
i) *Cod. V*, 39, *conſt.* 3. Si in rem minoris pecunia profecta ſit, quae — — tutori ejus nomine minoris mutuo data eſt, merito perſonalis in eundem minorem actio danda eſt.

Irre ich nicht, so dürfte es mit der Sache diese Bewandtniß haben. Früher wurde die allgemeine Verpflichtung des Pupillen aus Handlungen seines Vormundes unbedingt angenommen, in so fern entweder der Vormund allein handeln konnte oder durch die Dazwischenkunft seiner Autorität ein von dem Pupillen unternommenes Rechtsgeschäft gültig geworden war. Denn mit dieser Modification kann ich nur überall gelten lassen, was in der Pandecten-Compilation über die Berechtigung sowohl als Verpflichtung des Pupillen aus den Handlungen seines Vormundes gesagt wird: ich verweise hier auf die oben von mir angenommenen Grundsätze. Aber in Ansehung der im Namen des Pupillen, wenn auch mit seiner Zuziehung aufgeborgten Gelder, glaubte man unter den Imperatoren eine Ausnahme machen zu müssen, weil sich Fälle in Menge ereigneten, wo wohl für den Pupillen Geld aufgeborgt, dasselbe aber nicht zu seinem Nutzen, vielmehr zu des Vormundes Nutzen verwendet worden war. Es wurde daher verordnet, wer aus einem solchen mutuum gegen den Pupillen klagen wolle, solle gehalten seyn, zugleich versionem in rem nachzuweisen, und nur das von ihm beytreiben können, was wirklich zum Nutzen des Pupillen war verwendet worden.

Nun heißt es zwar, daß nach beendigter Tutel die Vormünder nicht mehr ex administratione tutelae von dem, mit welchem sie als solche contrahirt sollen beklagt werden können. Allein es versteht sich wohl von selbst, daß wenn nicht alles geborgte Geld zum Nutzen des Pupillen verwendet worden ist, allerdings noch gegen sie eine Klage auf den Ueberschuß statt finde. Ohne diese Annahme würden sie nur das ganze nomine pupilli aufgeborgte Capital für sich verwenden, und dem Gläubiger das leere Nachsehen lassen können. Der oben erwähnte Satz versteht sich allemal nur

unter der Bedingung, wenn gegen den Pupillen das volle Klagerecht statt findet.

Es fragt sich noch, wie es mit der versio in rem zu nehmen unter deren Nachweisung nur actio gegen den Pupillen aus einem in seinem Namen contrahirten Darlehn gestattet wird. Das gewöhnliche Prinzip von der versio in rem, nach welchem gefordert wird, ut utilitas quoque promota sit, dürfte doch hier nicht anzunehmen seyn. Es scheint mir hinlänglich zu seyn wenn nur bewiesen wird, daß das ganze geborgte Capital für den Pupillen verwendet worden.

§. 292.

II. Es ist die Frage, in wie fern der dolus und die culpa tutoris Einfluß auf den Pupillen haben. Der dolus tutoris begreift hier jede vorsätzliche Gesetzwidrigkeit in sich, welche in Angelegenheiten des Pupillen von demselben begangen wird. *Dig. XXVI, 9, L. 3, pr.* ist zwar der Satz „Dolus tutorum pupillo neque nocere neque prodesse debet, ausgesprochen werden, allein es folgt gleich die limitation: Quod autem vulgo dicitur, tutoris dolum pupillo non nocere, tunc verum est, cum ex illius fraude pupillus locupletior factus non est. Quare merito Sabinus tributoria actione pupillum conveniendum ex dolo tutoris existimavit: scilicet si per iniquam distributionem pupilli rationibus favit: Quod in depositi quoque actione dicendum est: item hereditatis petitione, si modo quod tutoris dolo desiit, pupilli rationibus illatum probetur, und wird wieder *L. 4.* die Beschränkung hinzugefügt: at si *extrinsecus* aliquid dolo admiserit, pupillo nihil nocere oportet, Was bedeutet hier das „extrinsecus"? — *Cod. V, 37, const. 6.* heißt es: non est ignotum, tutores — si nomine pupillorum — scientes calumniosas instituant actiones eo nomine condemnari oportere, ne sub praetextu nominis eorum propter suas

simultates secure lites suas exercere posse existiment." Eben ein so allgemeiner Ausspruch kommt *Dig. L, 17. L. 198.* „Neque in interdicto neque in caeteris causis pupillo nocere oportet dolum tutoris sive solvendo est sive non" vor. Wegen des dolus des Vormundes kann man diese Stelle als die Hauptstelle betrachten. Wegen der culpa kommt nur eine einzige entscheidende Stelle *Dig. XXVI, 9, L. 1.* „Ob dolum malum vel culpam tutoris Aristo ait pupillum possessorem condemnandum, sed non puto quanti actor in litem juraret. — Et tamen illud ita est, si rem a tutore pupillus servare possit" vor, welche zugleich auch über den dolus spricht. Daß hier nicht zwischen den verschiedenen Graden der culpa unterschieden werden kann, ist wohl klar, wenn es gleich scheint als sey die culpa lata hier allein gemeint, da culpa und dolus hier rücksichtlich der Folgen und Wirkungen zusammengestellt werden, und in dergleichen Fällen allemal sonst culpa lata gemeint ist, indem dolus und culpa lata in causis civilibus nach gleichen Grundsätzen beurtheilt werden. Die Worte „Et tamen — — possit" sind ganz klar ein sogenanntes Tribonianisches Einschiebsel.

Vorläufig ist zu bemerken, daß die Gesetze über den Fall gar nicht sprechen, wo der Pupill sich eigentlich einen dolus hat zu Schulden kommen lassen, und der Vormund dadurch an diesem dolus Theil nimmt, daß er den von dem Pupillen begangenen dolum kennend doch auctoritatem interponirt. Der Fall wo der Pupill einen dem auctoritatem interponirenden Vormunde ganz unbekannten dolus begangen hat, konnte füglich ganz mit Stillschweigen übergangen werden, da er sich von selbst ergiebt. Wir müssen nothwendig, wenn wir uns bey der Vormundschaft den Pupillen, sobald er juristisch einen Willen haben kann als die principaliter handelnde Person denken, die Fälle unterscheiden,

wo der begangene dolus den Vormund allein, oder ihn auch zugleich mittrifft.

1) Daß wenn dolus von dem Pupillen und dem Vormunde zusammen begangen worden ist, die Folgen des doli auch beide treffen müssen, in so fern der Pupill, wie hier vorausgesetzt wird, überall schon zu dem Alter gelangt ist, daß ihn die Folgen des bösen Vorsatzes treffen können, scheint mir auch im Geringsten nicht zweifelhaft zu seyn. Zwar ist der Vormund dazu da, um den Pupillen zu schützen, und es ist keine Frage, daß er ihn auch gegen Nachtheile zu schützen verpflichtet ist, die er sich selbst durch seinen dolus vorbereitet: indeß wenn er solches unterlassen hat, so folgt daraus nichts weiter als die Verpflichtung den Pupillen zu entschädigen, um so mehr wenn er selbst an dessen Gesetzwidrigkeiten Theil genommen hat. Aber damit wird der Pupill selbst nicht von der Entschädigungs-Verbindlichkeit gegen den Dritten befreyt, den er durch seinen dolus verletzt hat.

Wenn nun aber 2) von dem Vormunde allein dolus begangen worden ist, so kann man in Grundlage der Gesetze folgende Theorie aufstellen. a) Aus keiner absichtlich gesetzwidrigen Handlung des Vormundes kann der Pupill belangt oder gegen ihn verfahren werden, mag der Vormund die Kränkung eines Dritten oder die des Pupillen selbst beabsichtigt haben. Denn soll der dolus des Vormundes dem Pupillen durchaus nicht schaden, so darf er ihm auch nicht nachtheilig seyn, wenn er gegen ihn selbst gerichtet war. Mag daher der Vormund einen Dritten wirklich betrogen oder absichtlich verletzt haben, so findet keine Klage deshalb gegen den Pupillen statt, und hat er in dieser Absicht in einem Prozesse der den Pupillen betraf ein Urtheil rechtskräftig werden lassen oder dazu gewirkt, daß die Rechtssache verloren gieng, so findet gegen den Pupillen keine actio judicati statt. Dagegen kann aber auch b) nicht Namens des Pupillen aus einer do-

losen Handlung des Vormundes Klage erhoben werden, und kann sich der Pupill nicht mit dem Schaden eines Dritten bereichern wollen, sondern so wie ex dolo des Vormundes nicht gegen den Pupillen geklagt werden kann, eben so kann auch nicht von demselben Klage auf Erfüllung eines Contracts erhoben werden, bey welchem dolus concurrirte. In so fern läßt sich also sagen dolus tutoris pupillo nec prodest nec nocet. Aber c) in so fern der Pupill durch den dolus des Vormundes bereichert worden ist, kann allerdings gegen ihn geklagt werden, jedoch nicht aus dem Geschäfte selbst, sondern bloß auf Herausgabe der unerlaubt gemachten Erwerbung.

Ganz andere Grundsätze müssen angenommen werden, wenn 3) von der culpa des Vormundes die Rede ist. Was der Vormund bey seiner Amtsführung versehen hat, dafür ist der Pupill durchgehends verantwortlich, und kann gegen ihn ohne Unterschied geklagt werden, wenn auch der Vormund culpam latam begangen haben sollte. — Mag er sich dafür durch das tutelae judicium gegen den Vormund entschädigen. Nach *Dig. L, 17, L. 198* kommt allein beym dolus nichts darauf an, ob das tutelae judicium für den Pupillen genügend ist oder nicht: er kann durch die Einwendung, daß von seinem Vormund dolus begangen worden, die ganze Anstellung von der Hand weisen: hier hingegen muß er sie unbedingt gelten lassen. So wollte es wenigstens das ältere Recht: allein der Tribonianismus in *Digest. XXVI, 9, L. 1.* kommt auch hier dem Pupillen zu statten. Von der den Minderjährigen überhaupt und folglich auch gegen Handlungen ihrer Vormünder zuständigen restitutio in integrum kann hier nicht die Rede seyn, da die Sache hier unbestritten ist. Die Rede ist davon, in wie fern der Pupill aus einer Rechtshandlung belangt und verurtheilt werden könne, hinsichtlich welcher der Vormund culpam begangen und ihn dadurch in

Schaden gebracht hat. Und Tribonian, welcher übrigens dem ältern Recht beytritt, macht die Ausnahme, wenn der Pupill nicht durch tutelae judicium wegen seines erlittenen Schadens gedeckt werden kann. Für diesen Fall soll er befugt seyn ex culpa tutoris zu excipiren und die Klage von sich abzuwenden.

Schon oben ist bemerkt worden, daß culpa lata hier allein nicht gemeint seyn könne, sondern jede von dem Vormunde begangene culpa gemeint seyn müsse. Folglich auch die culpa, die der Vormund gar nicht einmal zu prästiren hat — nämlich culpa leviſſima. Denn für diesen Fall kann er sich ja durch tutelae judicium überall nicht einmal helfen und kommt nicht in Betracht, ob der Vormund solvendo ist oder nicht.

Die eben angezogene Stelle der Pandecten verdient wegen der scheinbaren Ausnahme, die sie für den Fall des von dem Vormunde begangenen doli enthält, hier noch genauer erwogen zu werden. Oben ist bemerkt worden, daß ex dolo des Vormundes weder direct noch indirect gegen den Pupillen geklagt werden könne, sondern daß er bloß auf Herausgabe desjenigen besprochen werden könne, was er durch den dolus des Vormundes erworben hat. Hier wird gesagt, daß der Pupill als Besitzer sowohl ex dolo als culpa des Vormundes verurtheilt werden könne, nur nicht auf das quod actor in litem juraret. Die Ausnahme ist wirklich keine Ausnahme, es ist hier bloß von dem allgemeinen Satze, daß der Pupill, wenn er dolo tutoris bereichert worden, das Empfangene herausgeben müsse, auf den bestimmten Fall, wo der Pupill durch den dolus des Vormundes eine Sache an sich gebracht hatte, Anwendung gemacht worden, in so fern als es hier der Anstellung einer Realklage galt, die nur gegen den Besitzer gerichtet werden kann. Es wird vorausgesetzt, daß das Geschäft schon aufgehoben ist, und es sich gegenwärtig um die Vindi-

dication der Sache handelt. Nur ist nicht abzusehen, wie wegen der culpa des Vormundes das Geschäft habe aufgehoben und gegen den Pupillen als Besitzer Revindication gestattet werden können: von einer Personalklage kann aber darum nicht die Rede seyn, weil sonst gegen die allgemeine Regel entweder die actio doli selbst oder die Klage aus dem Geschäft gegen den Pupillen statt haben müßte. Man muß hier bey der culpa bloß an die Fälle denken, wo einem Dritten etwas durch widerrechtliche culpa des Vormundes entzogen worden und in die Hände des Pupillen gekommen ist, zu dessen Zurückforderung vermittelst einer Realklage dieser Dritte befugt ist.

§. 293.

III. Wenn der Vormund im Namen des Pupillen handelt, so scheinen für den Pupillen durchweg aus solchem Handeln Rechte und Klagen entstehen zu müssen. Gleichwohl heißt es *Cod V, 39, const. 5.* „Per tutorem pupillo actio, nisi *certis* ex *causis* quaeri non potest", was durch *Cod. XIII, 7, L. 11, §. 6.* bestätigt wird, nach welchem Gesetz die pignoris obligatio nicht per tutorem erworben werden kann. Das „plerumque" in der Stelle macht keine Aenderung, da es bloß auf Ausnahmen von der Regel hindeutet: eben so wenig kann das Ganze als eine auf den Satz, daß per liberam personam in der Regel überall keine obligatio und actio erworben werden könne, sich gründende Ausnahme betrachtet werden, denn das Verhältniß des Vormundes zu dem Pupillen scheint schon von selbst die Ausnahme von jener Regel zu begründen. Ueberdieß werden auch in den certis causis, wo den Pupillen ex facto tutorum actiones erworben werden, ihnen solche nur immer utiliter erworben, was klar beweist, daß die certae causae, wovon das Gesetz spricht, als Ausnahmen von der Regel zu betrachten

sind. Von den certis causis kommen nun zwar Beyspiele in den Gesetzen vor, als *Dig. XXVI, 9, L. 2* u. *6. Cod. V, 39, const. 2* und *4. Dig. XIII, 5. L. 5. §. 9.*, allein man kann sich dabey nicht beruhigen, sondern muß bemühet seyn, die certae causae auf eine Generalregel zurückzuführen.

Ich glaube der oben §. 290. gemachte Unterschied zwischen den Fällen, wo von dem Vormunde allein gehandelt werden kann, und wo der Pupill zugezogen werden muß, hilft hier aus der Sache. Alle Fälle, in welchen die actio utilis dem Pupillen zusteht, gehören genau die Sache genommen zu der Administration der Vormünder, deren Besorgung ihnen allein zusteht. Der Fall, wo der Vormund mit Pupillengeldern Grundstücke kauft, *Dig. XXVI, 9, L 2.* und *Cod. V, 39, const. 2* scheint eine Ausnahme zu machen, macht sie aber wirklich nicht, indem der Ankauf von Grundstücken mit zur geschickten Verwendung des Pupillenvermögens folglich zur Administration gehört. Ich stelle daher als Regel auf: wo der Vormund etwas in Pupillen-Angelegenheiten unternimmt, was nach den oben gelehrten Grundsätzen zu seinem alleinigen Ressort gehört, da erwirbt er auch jedesmal dem Pupillen actionem utilem: wo hingegen der Pupill als der eigentlich handelnde und er nur als der auctoritatem interponirende Theil betrachtet werden muß, kann er durch seine alleinige Handlung demselben durchaus keine actio erwerben. Eine Ausnahme muß statt finden, wenn der Pupill noch ein Kind ist, und bey Rechtsgeschäften überall nicht zugezogen werden kann. Denn hier stellt der Tutor eine doppelte Person, die des Pupillen und die des Vormundes zusammen, vor: wo er aber in der doppelten Person auftritt, muß es überall so angesehen werden, als wenn der Pupill selbst gehandelt und er nur auctoritatem interponirt hätte.

§. 294.

Rücksichtlich der Gültigkeit und Wirksamkeit des von dem Pupillen unternommenen Rechtsgeschäfts scheint es doch ganz gleichgültig zu seyn, ob die auctoritatem dabey interponirende Person wirklicher Tutor war, d. h. durch das Testament des Vaters des Pupillen oder durch das Gesetz und die Obrigkeit dazu berufen, oder nicht, sondern sich nur die Tutel angemaaßt hatte. Denn daß jemand, welcher sich mit einem falsus tutor unwissend eingelassen, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachsuchen kann, thut hier nichts zur Sache, da zwischen dem, welcher sich die Vormundschaft angemaaßt hat, und dem Pupillen dieselben Verbindlichkeiten entstehen, als wenn der rechte Vormund gehandelt hätte. Auch beweist der Umstand, daß der Dritte gegen das mit einem falsus tutor abgeschlossene Geschäft Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachsuchen muß, schon die Gültigkeit desselben zur Genüge.

Man kann annehmen, jedes von einem Unmündigen abgeschlossene Geschäft, welches von einer großjährigen Mannsperson in der Qualität eines Vormundes authorisirt ist, ist gültig, mag der Großjährige zur Tutel berufen seyn oder nicht, sobald er nur überhaupt fähig war eine Tutel zu führen *l*). Es scheint dieser Satz auch noch heutiges Tages

l) Man könnte mir entgegensetzen, so weit gehe die gesetzliche Ansicht der Sache nicht. Es sey ja bloß dem Pupillen die actio protutelae gegen denjenigen gestattet, welcher sich unberufen einem zur Vormundschaft gehörigen Geschäft unterzogen und dabey den Pupillen in Schaden gebracht habe. Gleichergestalt habe man auch dem protutor wieder die actionem tutelae contrariam auf Entschädigung gestatten müssen. Aber damit sey noch nicht gesagt, daß wenn ein solcher protutor bey einem Pupillengeschäft auctoritatem interponirt, das Geschäft dadurch eben so gültig geworden, als wenn von dem wahren Vormunde die Autorität interponirt worden. Was hatten die Römer überall

gelten zu müssen, wo alle testamentarische und gesetzliche Vormünder erst von der Obrigkeit bestätigt werden müssen, ehe sie sich der Vormundschaft unterziehen dürfen; denn die obrigkeitliche Bestätigung war ja auch bey den Römern schon bekannt, und war sie gleich hier auf die tutores non jure in testamento datos beschränkt m), so hatte sie doch mit der jetzigen Confirmation in so fern einen gleichen Zweck, daß nämlich die Vormünder erst dadurch befugt gemacht wurden, sich der Tutel zu unterziehen. Daß die obrigkeitliche Bestätigung durch die deutsche Gesetzgebung auf alle Vormünder, selbst auf die jure in testamento datos ausgedehnt worden ist, scheint auch im Mindesten keinen Unterschied zu machen. Indeß glaube ich doch, ist von der Römischen Vorschrift darum kein Gebrauch zu machen, weil der Zweck der Confirmation bey den Römern ganz von der heutigen verschieden ist. Bey ihnen war nämlich der Zweck, diejenigen welche im Testament non jure zu Vormünder waren ernannt worden, fähig zu machen als jure dati auftreten zu können, bey uns hingegen ist er, sowohl bey den jure datis als legitimis zu prüfen, ob sie theils überall zur Vormundschaft fähig

nöthig einen actionem protutelae directam und contrariam zu geben, wenn sie nicht das Verhältniß zwischen einem protutor und dem Pupillen nach dem Verhältniß zwischen ihm und dem wirklichen Vormund beurtheilt wissen wollten? Reichte nicht schon die actio negotiorum gestorum vollkommen hin? und wollten sie das Verhältniß zwischen dem protutor und dem Pupillen ganz nach dem zwischen ihm und dem eigentlichen Vormund beurtheilt wissen, erklärten sie sogar die mit einem Dritten contrahirten Verbindlichkeiten für vollkommen gültig, und ließen bloß dem Dritten, der sich in Unwissenheit befunden hatte, restitutionem in integrum nach, so ist auch nicht abzusehen, warum nicht jeder protutor auctoritatem interponiren können. Ein halbes Vormundschafts-Verhältniß läßt sich hier nicht annehmen. Zum Ueberfluß wird das Gesagte auch durch *Dig. XXVII, 6, L. 1.* bestätigt.

m) *Dig. XXVI, 3. L. 5.*

sind, theils ob angenommen werden kann, daß das Beste des Pupillen auch durch sie werde gefördert werden. Es ist ausgemacht, daß kein Vormund, sey er jure in testamento datus, oder legitimus, heutiges Tages fähig ist, sich irgend einer zur Tutel gehörigen Handlung zu unterziehen, geschweige denn ein vom Pupillen unternommenes Rechtsgeschäft zu authorisiren als bis er von der Obrigkeit die Bestätigung erhalten hat n), woraus denn ganz klar folgt, daß ein zur Tutel gar nicht Berufener dazu um so weniger befugt ist. Wer also bey uns mit einem falsus tutor sich eingelassen hat, bedarf keiner restitutio in integrum, sondern das Geschäft ist, mag er sich wissentlich oder unwissentlich mit ihm eingelassen haben von Rechtswegen ungültig. Nur für den Fall, der nach Römischem Recht auch mit unter die Kategorie der mit einem falsus tutor verhandelten Geschäfte steht, nämlich wenn sich jemand unwissentlich mit einem wirklichen Vormunde, zu dessen Departement das Geschäft nicht gehörte, eingelassen hat o), muß noch gegenwärtig eine Ausnahme statt finden, und muß dieser Fall noch ganz nach der Vorschrift des Römischen Rechts beurtheilt werden.

Wenn jetzt alles, was von einem nicht bestätigten Vormunde, und um so mehr was von einem gar nicht zur Tutel berufenen — protutor — geschieht, durchaus ungültig und unverbindlich ist, so folgt, daß auch die Römische

n) In dem Reichsabschiede vom Jahr 1577 Titel 32. §. 2. heißt es mit ausdrücklichen Worten: daß auch ein jeglicher Vormunder Er seye gleich in Testamentsweise verordnet, oder durch das Recht oder Richter gegeben, sich die Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sey ihm denn von der Obrigkeit decerniret und befohlen." Daraus erhellt, daß sogar nicht einmal die obrigkeitliche Bestätigung hinreicht, sondern noch überdieß die förmliche An- und Einweisung erfordert wird, um sich als Vormund geriren zu können.

o) *Dig. XXVII*, 6, *L.* 1, §. 1 — 5.

actio protutelae directa und contraria bey uns wegfallen muß, und für den Fall, wo jemand, der nicht Vormund war, sich der Pupillen-Angelegenheiten angenommen hat, lediglich das Prinzip der negotiorum gestio eintreten muß. Es besteht also bloß noch die actio tutelae, (directa mit ihrem Anhange, der actio de rationibus distrahendis, und contraria) und die actio de magistratibus conveniendis, worüber ich mir noch einige Bemerkungen erlauben muß.

§. 295.

Bey der actio tutelae directa und contraria beruht das Meiste auf allgemein bekannten Grundsätzen. Nur der Punct, welcher Grad der culpa vermittelst der actio tutelae directa gegen den Vormund sowohl als seine Erben zu urgiren, scheint mir hier noch eine nähere Erörterung zu verdienen.

Bekanntlich nimmt man an, daß ein jeder Vormund culpam levem prästiren müsse, welche aber nur gegen ihn selbst geltend gemacht werden könne; die Erben dagegen hafteten nur für culpa lata mit einigen Ausnahmen. Die Hauptstelle wegen der Erben ist hier *Cod. V, 54, const. 1.* „Heredes tutorum ob negligentiam quae non latae culpae comparari possit condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est, neque ex damno pupilli lucrum captum aut gratis p) praestitum sit." Die Gründe, warum es mit den Erben des Vormundes leichter genommen wird als mit ihm selbst, dürften wohl nicht auszumitteln seyn: darin daß die Tutel ein munus publicum ist, können sie unmöglich gesucht werden, weil sonst, was von seinen Erben

p) Ob man „gratia" oder „gratis" liest, scheint ganz gleichgültig zu seyn.

gilt, auch dem Vormunde selbst zu statten kommen müßte. Nur die erste Ausnahme si non contra tutorem lis inchoata est, dürfte als wahre Ausnahme gelten können, die beiden andern sind es wirklich nicht. Denn haben durch irgend eine Widerrechtlichkeit des Vormundes seine Erben gewonnen, so ist es schon so ihre Schuldigkeit das Gewonnene herauszugeben, und hat der Vormund zum Schaden des Pupillen einen Dritten begünstigt, so kann dieser Begünstigung nur immer vorsätzliche widerrechtliche Handlung zum Grunde liegen. — Aber es kommen auch Stellen vor, in welchem dem Vormund selbst nicht culpa levis, sondern nur lata zugerechnet wird. Hieher gehört die merkwürdige Stelle *Cod. V, 5, const. 2.* „Nomina paternorum debitorum si idonea fuerint initio susceptae tutelae, et per *latam* culpam tutoris minus idonea tempore tutelae esse coeperunt, judex qui super ea re datus fuerit dispiciet: et si palam dolo tutoris vel *manifesta negligentia* cessatum est, tutelae judicio damnum, quod ex cessatione accidisset, pupillo praestandum esse statuere curabit." Eine falsche Lesart läßt sich in der Stelle wenigstens in deren Hauptpunct nicht annehmen: und da sie bald darauf durch *Cod. l. c. const. 7.* „Quidquid tutoris dolo vel lata culpa aut levi — — minores amiserint vel cum possent non adquisiverint, hoc in tutelae — — judicium venire non dubitatur" bestätigt wird, so ist die absichtlich gemachte Ausnahme um so weniger zu bezweifeln. Nur fragt es sich, was konnte die Gesetzgeber veranlassen, in einem so wichtigen Falle den Vormund mit der culpa lata durchkommen zu lassen, und in andern viel unwichtigern Fällen ihn zur culpa levis zu verpflichten. Ich sehe keinen andern als den einen, weil sich im vorliegenden Falle die culpa levis entweder gar nicht oder doch höchst schwer bestimmen läßt. Es kann doch nur von dem Falle die Rede seyn, wo der Vormund die ausstehenden Capita-

lien beyzutreiben unterlassen hat, und die Schuldner in ihren Vermögensumständen zurückgekommen waren. Hatte er von diesem Zurückkommen volle oder doch gegründete Ueberzeugung, und trieb die Schulden nicht bey, so begieng er allemal culpam latam: hatte er sie nicht, so war es eine schwierige Sache, auf das öffentliche Gerücht oder wohl gar auf geheime Nachrichten die Capitalien zu kündigen, besonders wenn der Schuldner bisher die Zinsen richtig abgetragen hatte. Das Unterbringen hatte auch seine großen Schwierigkeiten, und es war einem Vormund nicht zu verdenken wenn er hier Anstand nahm. Alle diese Umstände bewogen die Gesetzgeber dem Vormunde hier bloß culpam latam zuzurechnen. Es kam hinzu, daß er die Capitalien von dem Vater des Pupillen ausgethan vorfand, und nicht ohne wichtige Gründe von dem abgehen durfte, was von dem Vater einmal eingerichtet worden war.

Das Gesetz spricht von Capitalien, welche der Vormund beym Antritt der Vormundschaft als idonea untergebracht vorgefunden. Dieser Umstand sowohl als der zuletzt für die Ausnahmen angeführte Grund bestimmt mich, für alle Capitalien ohne Unterschied, welche der Vormund selbst untergebracht hat, culpam levem eintreten zu lassen.

Weiter ist in dem Gesetz bloß von Capitalien (nominibus) die Rede, welche durch Schuld des Vormundes schlecht geworden sind. Bey ausstehenden Kaufgeldern und andern Prästationen wird er daher allemal culpam levem leisten müssen, wenn durch seine Nachlässigkeit die Schulden schlecht geworden sind.

§. 296.

Für alle culpa, die an dem Vormunde selbst gerügt werden kann, haften die, welche sich für ihn verbürgt haben, und dem Bürgen gleich gestellt worden sind, als die nominatores

und affirmatores; und wie sie haften, haften auch ihre Erben. Ganz unrichtig wendet Westenberg, was von den Erben der Vormünder gilt, auch auf die Erben der fidejussores und der ihnen gleichgestellten Personen an. Denn *Digest. XXVII, 7, L. 4.*, worauf er sich beruft, spricht bloß von den Erben des Vormundes: die Erben des Bürgen und die Erben des Vormundes können aber hier nicht einander gleich gestellt werden. Dagegen können aber die Erben eines Protutors nach *Dig. c. l. L. 8.* nicht einmal propter dolum und culpam latam desselben in Anspruch genommen werden. Oben ist bemerkt worden, daß die Lehre von der Protutel ganz bey uns wegfallen müsse, und wer sich in Vormundschaftssachen eingemischt hat, nur als negotiorum gestor betrachtet und beurtheilt werden könne. Die obligatio aus der negotiorum gestio geht aber auf die Erben über: es fragt sich also, ob auch jetzt bey uns die Verpflichtung eines solchen Menschen, der sich unberufen der Tutel unterzogen hat, auf die Erben übergehe, und ich glaube, der Bejahung der Frage steht nicht das mindeste Bedenken entgegen.

Auf dem Prinzip der Protutel beruhen auch noch so viele andere Sätze, deren Anwendung sich in unsern Tagen nicht mehr behaupten läßt. Den Erben des Vormundes wird *Dig. c. l. L. 1. pr.* zur Pflicht gemacht das fortzusetzen, was der Tutor begonnen hat, z. B. er hat für den Pupillen ein Haus zu bauen angefangen, wobey sie aber nur für den begangenen dolus zu haften haben. Sie können sich auch, wenn sie wollen, pro tutore geriren, und werden alsdann nach den Grundsätzen der Protutel beurtheilt. Indem sie so die ganze Tutel fortsetzen, müssen sie aber auch nach den Grundsätzen der Protutoren beurtheilt werden, denn was *Dig. c. l. L. 4, §. 2.* steht „negligentia plane propria heredi non imputabitur" gilt nur von dem Falle, wo der Erbe schuldig war, die von dem Tutor angefangenen Geschäfte fortzusetzen.

Wo der Erbe als Protutor handelt, muß er auch nach den von Protutoren geltenden Grundsätzen beurtheilt werden: heutiges Tages nach den von Geschäftsführern. Wo er Pupillengelder, die bey dem Ableben des Tutors eingegangen waren, an sich gezogen und zu seinem Nutzen verwendet hat, haftet er nicht mehr tutelae judicio wie nach dem Römischen Recht, weil sich da alles auf das Prinzip der Protutel zurückzieht, sondern er muß nach den gemeinen Grundsätzen beurtheilt werden, welche von denen gelten, welche sich fremde Gelder angemaaßt und solche zu ihrem Nutzen verwendet haben.

Ich habe noch über die actio de magistratibus conveniendis Einiges zu bemerken, was vorzugsweise den heutigen Gebrauch dieser Klage betrifft. Vorher wird es jedoch nöthig seyn, die wahre Beschaffenheit dieser Klage, die oft genug so ganz unrichtig angegeben wird, ins Auge zu faßen.

Die magistratus sollen 1) überall nur belangt werden können, wenn der Pupill den erlittenen Schaden weder von den Vormündern noch denen, welche sie vertreten, als die fidejussores, nominatores etc. ersetzt erhalten kann. Die obligatio der magistratus ist daher eine subsidiarische. *Cod. V, 75, const. 5.* enthält die Nachweisung, daß sie zuerst unter Trajan durch ein Senatsconsult festgesetzt worden, dessen vollständigen Inhalt wir nicht mehr kennen. Uebrigens werden die dem Pupillen gestatteten Rechte auch seinen Erben gestattet [a]). Als subsidiarische Klage steht derselben immer die exceptio entgegen, daß der Pupill seinem erlittenen Schaden noch auf andere Weise beykommen könne, welche Ausflucht von dem belangten magistratus bewiesen werden muß [b]).

---

a) *Dig. XXVII, 8, u. 1, §. 4.*
b) *Dig. c. l. L. 1, §. 17.*

Die subsidiarische obligatio der magistratus ist 2) allemal bedingt durch ein von denselben begangenes Versehen, in welchem der von dem Pupillen erlittene Schaden seinen Grund hat. Es wird dahin gezählt 1) si curatores fuerunt minus idonei dati c). Ob sie selbst die Vormünder bestellt oder einem höhern Staatsbeamten die untauglichen Vormünder in Vorschlag gebracht haben, ist gleichgültig d). 2) Wenn sie nicht für die gehörige Sicherheit des Pupillen gesorgt haben, entweder gar keinen fidejussorem oder keine tauglichen Subjecte angenommen, oder bey der Verbürgung etwas versehen haben, so daß der Pupill gegen die Vormünder nicht so verfahren kann als er sonst hätte verfahren können, wenn die obligatio gehörig wäre übernommen worden e). 3) Wenn die Bestellung der Vormünder ganz vernachlässigt worden ist f). Für diesen Fall erscheint die actio de magistratibus conveniendis gar nicht einmal als Hülfsklage, weil niemand vorhanden ist, der zuerst belangt werden kann.

Endlich 3) ist diese obligatio beschränkt auf die magistratus minores im Sinne des neueren Rechts, mögen sie sich übrigens in den Hauptstädten oder in den Landstädten befinden. Alle magistratus majores, z. B. der Prätor, der Präfect ꝛc. haften nicht zur Hülfe, wenn sie auch die Vormünder selbst bestellt haben g). Es wird eines Theils immer vorausgesetzt, daß die Bestellung auf die Vorschläge der magistratus minores geschieht, andern Theils scheint es der Würde derselben zuwider zu seyn, sie in einer Sache verantwortlich zu machen, die im strengsten Sinne zum Privat-

c) *Dig. c. l. L.* 1, §. 5.
d) *Ibid.*
e) *Dig. c. l.*
f) *Dig. c. l. et L.*
g) *Dig. c. l. L.* 1, §. 1.

recht gehört. Andere Gründe dürften sich wohl schwerlich für die Beschränkung anführen lassen.

Ausgemacht können für den Fall, daß selbst die magistratus insolvent seyn sollten, diejenigen von den Pupillen nicht belangt werden, welche Amtscautionen für die magistratus geleistet haben, denn sie caviren bloß, rem publicam salvam fore [h]). Aber eben darum kann auch der Fiscus so wenig als eine Behörde, welche die Magistratus angesetzt hat, belangt werden. Selbst gegen ein Magistrats-Collegium findet die actio nicht statt, wenn ein Deputirter ernannt worden ist, und dieser etwas versehen hat [i]). Für den Fall ist allein Klage gegen diesen zu erheben.

Klar ist entschieden, daß den magistratibus culpa levis zur Last fallen soll. In wie fern aber ihre Erben zu belangen, die Frage bleibt doch immer schwierig. Deutlich ist bestimmt, daß sie nur propter dolum et culpam latam der Erblasser sollen belangt werden können. Aber die Frage ist, wegen aller oder nur wegen gewisser Versehen. Nach *Digest. XXVII, 8, L. 4.* scheint es, daß die Erben generell und wegen Versehen aller Art belangt werden können. Nach *Dig. c. l. L. 6.* scheint dagegen die Verantwortlichkeit der Erben nur auf Versehen wegen unterlassener oder nicht gehörig geleisteter Bürgschaft beschränkt zu seyn. Damit stimmt auch *Cod. V, 75, const. 2.* überein. Bey genauerer Prüfung der Sache sieht man indeß sogleich, daß in den beiden letztern Stellen nur von besondern Fällen die Rede ist, und der zu fassende Gesichtspunct allein der ist, daß es zwar nicht darauf ankomme, worin von den magistratus gefehlt worden, die Klage gegen die Erben aber nicht anders als causa cognita zu gestatten sey. Ganz klar wird diese An-

h) *Dig. c. l. L. 1, §. 15.*
i) *Dig. c. l. L. 1, §. 6.*

sicht durch *Dig. XXVII, 8, L. 6.* bestätigt, wo es zu Anfang der Stelle heißt „Quod ad heredem magistratus pertinet exstat Divi Pii rescriptum, causa cognita deberi actionem." Ueberall scheint die actio subsidiaria adversus magistratus nicht von Rechtswegen, sondern erst vermöge Zulassung der magistratus majores und causa cognita zulässig gewesen zu seyn, was um so vernünftiger war, als es das Interesse des Staats erforderte, daß auch die unteren Behörden nicht chicanirt wurden. Von der causae cognitio hiengen auch noch so manche andere Umstände bey dieser actio ab, z. B. ob sie gegen einen in solidum oder gegen alle pro rata statt finden konnte. *Dig. XXVII, 8. L. 6.* wird nämlich gesagt, wenn die magistratus dolose die Sicherstellung des Pupillen unterlassen, so solle dem Pupillen die Wahl gelassen werden, ob er einen auf das Ganze oder alle pro rata besprechen wolle; in allen übrigen Fällen aber solle actio pro rata statt finden. Wenn übrigens die Klage zulässig ist, so verfolgt der Pupill seine Entschädigung gegen die magistratus mit eben dem Nachdrucke und in eben dem Umfange als wenn er gegen die Vormünder selbst klagte [k]).

Bekannt ist der ältere Streit über die heutige Anwendbarkeit dieser Klage, den man jetzt um so eher auf sich selbst beruhen lassen kann, als die Praxis sich von jeher so bestimmt dafür entschieden hat. Die Frage ist nur über den zu fassenden Gesichtspunct bey der Anwendung.

Die ältere deutsche Reichsgesetzgebung betrachtet ganz klar die deutschen Landesherren als die magistratus majores und legt ihnen die Verpflichtung auf dafür zu sorgen, daß die Pupillen in ihren Ländern gehörig bevormundet werden. Gesammte Landesbehörden, sowohl hohe als niedere werden

k) Man vergleiche übrigens *G. Ger. Gebauer* Diss. *de actione tutelae advers. magistratus* in *Exerc. Acad.* I, p. 212 seq.

von ihr als magistratus minores betrachtet und wird ihnen besonders zur Pflicht gemacht, dahin zu sehen, daß die Pupillen und minderjährigen Kinder unbetrogen und unvernachtheilt bleiben *l*). Im Geiste dieser ältern Reichsgesetzgebung ist also jede Landesbehörde, die es mit dem Vormundschaftswesen zu thun hat, sey sie eine vorgesetzte oder eine untergeordnete dem Pupillen in subsidium verantwortlich: nur dürfte zuerst die untergeordnete Behörde und welche sich unmittelbar mit der Vormundschaft beschäftigte, zu belangen seyn, wenn nicht das Versehen, welches den Pupillen in Schaden brachte, gerade von der oberen vormundschaftlichen Behörde herrührt. Da der Fiscus und die welche die Behörden einsetzten nach dem Römischen Recht nicht für deren Vorsatz und Versehen haften, so kann man gleichfalls behaupten, daß die Landesherren und der landesherrliche Fiscus nie dem Pupillen verantwortlich werden.

l) Ref. der Pol. vom J. 1548 Tit. 31. §. 1. Polizey. Ordn. vom J. 1577 Tit. 32. §. 1.

XLIII.

Allgemeine Bemerkungen über die Curatel §. 297. — Ueber die cura impuberum §. 298. — Ist ein Unterschied zwischen der Römischen und heutigen cura impuberum? §. 299. — Ueber die cura furiosorum und prodigorum §. 300 folg.

§. 297.

Ich habe oben §. 286. die **Curatel** als einen **besonderen Vermögens-Schutz** vorgestellt, womit bald Personen-Schutz verbunden ist, bald nicht, und sie in so fern in die **reine** und **gemischte** eingetheilt. Man hat sich zu hüten unter die allgemeinen Grundsätze der Curatel zu bringen, was nur der **gemischten** angehört.

Im Grunde hat die Curatel es mit nichts weiter, als mit dem Vermögen des Curanden zu thun. Das Vermögen eines freyen Menschen ist hier unter den Schutz eines andern Freyen gestellt worden, darum weil er selbst es nicht zu schützen vermag. Die Curatel ist eben so wie die Tutel nach Römischen Rechten dreyerley Art, testamentaria, legitima und dativa: aber es ist gar keine Curatel, wenn sich jemand selbst einen sogenannten Curator annimmt oder von der Obrigkeit geben läßt; auch gehören die zu einzelnen Acten bestellten Curatoren, und die curatores bonorum zu den abusiv sogenannten Curatoren.

Wir haben auch hier zu unterscheiden den Vermögens-Schutz selbst von dem was ihm anhängig ist.

I. Der **Vermögens-Schutz** selbst giebt dem Curator das Recht, nicht nur das Vermögen gerichtlich und außergerichtlich zu vertheidigen, sondern auch alle Beschwerungen und Beeinträchtigungen desselben zu verhüten. Daraus folgt, daß ohne seinen **Consens** von seinem Curanden weder über das Vermögen verfügt, noch eine obligatio

contrahirt werden kann, welche direct oder indirect das Vermögen afficirt.

II. Ein Annexum des Vermögens-Schutzes ist die Verwaltung desselben. Sie ist, in so fern sie dem Curator von Rechtswegen gehört, ein von dem Curanden ganz unabhängiges Recht, und ist der Curator eben so wie der Vormund zu allen Geschäften für sich befugt, welche mit der Verwaltung irgend in Verbindung stehen.

Die reine Curatel leidet nicht, daß der Curator selbst ein Geschäft seines Curanden führe, was nicht zur Verwaltung des Vermögens gehört, in so fern ihm diese zugleich zusteht. Der Curande ist der allein handelnde Theil: nur wo es der Contrahirung einer obligatio im engern Sinne gilt, hat das Geschäft ohne seine Beystimmung keine Rechtsgültigkeit. Wo hier der Tutor auctoritatem interponirt, da ertheilt der Curator seinen Consens. Das Zusammenwirken ist dabey nicht nöthig, sondern das Geschäft gültig, mag der Curator vor dem Abschlusse desselben oder nachher eingewilligt haben.

§. 298.

Betrachten wir nach dieser kurzen Einleitung die einzelnen Gattungen der Curatel.

Oben an steht unstreitig die cura impuberum. Sie erscheint nicht sowohl in ihrem Ursprunge als vielmehr in ihrer nachmaligen Ausbildung [a]) als eine gemischte Curatel. Klar

a) Man hat sich zu hüten den Ursprung dieser Curatel mit ihrer späteren Ausbildung zu confundiren. Ohne mich hier weiter auf das Geschichtliche einzulassen, worüber besonders der oben §. 289. Note a. citirte Seger und L. Fr. Höpfner (*pr. de lege Laetoria et cura minor.* Giess. 1778) zu vergleichen sind, bemerke ich nur Folgendes. 1) Ausgemacht war diese Curatel in

Klar ist das *Inst. I, 23. pr.* „Masculi puberes et foeminae viri potentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt: quia licet puberes sint, adhuc tamen hujus aetatis sunt ut *negotia* sua tueri non possint" angedeutet worden. Es wird hier von Angelegenheiten des zwar Mündigen aber doch noch nicht Volljährigen generell geredet, und wird ihm die Fähigkeit abgesprochen solche selbst

in ihrem ersten Ursprunge bloß für diejenigen Minorennen angeordnet, welche durch ihr Benehmen nach der Vorschrift der lex Laetoria sich die Anordnung eines Curators zugezogen hatten. In diesem Ursprunge betrachtet, läßt sich von dem Umfange der cura minorum gar nichts Bestimmtes sagen. Alles hieng hier von dem den Curator bestellenden magistratus ab, der den Curator mit einer Bevollmächtigung bestellte, wie er es für das Beste des Minorennen geeignet fand. So weit konnte wohl der magistratus nicht leicht gehen, daß er die ganze potestas eines Tutors auf den Curator übertragen hätte, aber den beträchtlichsten Theil davon konnte er doch nach Umständen auf ihn übertragen: alles kam auf das Bedürfniß des Minorennen an. Derzeit gab es auch wohl keinen andern curator minorum als den dativus, wenn man nicht annimmt, die Minorennen hätten auch selbst einen wählen können, um gewisse Geschäfte zu betreiben, die ihnen nach der lex Laetoria untersagt waren, was noch sehr problematisch ist. 2) Die Curatel der Minderjährigen erhielt erst eine feste Gestaltung von der Zeit an, wo sie ein nothwendiges Erforderniß für alle Minderjährigen wurde. Ob das unter Marc Antonin, wie Capitolinus *in Marco* C. 10. berichtet, oder unter einem andern Imperator geschah, mag dahin gestellt seyn, nur so viel ist gewiß, daß es geschehen seyn muß. Jetzt konnten auch erst die verschiedenen Arten dieser Curatel in der cura testamentaria, legitima und dativa entstehen, und läßt sich so die Frage sehr leicht beantworten, ob es bloß nur curam minorum dativam gegeben habe. Auf die älteren Zeiten Rücksicht genommen, muß die Frage unbedenklich bejahet, mit Berücksichtigung der neueren aber verneinet werden. Mußten jetzt alle Minorennen Curatoren haben, so war es auch nothwendig, daß über deren Gewalt und Rechte gewisse Sätze angenommen wurden, und so bildete sich die Theorie der Curatel, die übrigens wohl etwas mehr Herkömmliches als etwas Gesetzliches ist.

leiten zu können. Nirgends wird zwar die Curatel der Unmündigen als eine Fortsetzung der Tutel betrachtet [b]), ihr Ursprung zeigt schon, daß sie es nicht seyn kann: aber so Vieles was von der Tutel gilt, wird doch auch auf die Curatel angewendet. Der curator impuberum erscheint zwar nur immer in der Hauptsache als zum Schutz des Vermögens angeordnete Person, aber man sieht nur zu klar, daß dem ihm übertragenen Vermögensschutz auch ein Personenschutz beygegeben ist: nur daß dieser nicht von der Kraft und Ausdehnung ist, als der, welcher dem Tutor gebührt. Wo der Vormund vermöge seiner Schutz- und Schirmgewalt auftreten und handeln kann, da kann er nur rathen, und wenn sein Rath nicht befolgt wird der Obrigkeit Anzeige machen: eben so wie der Tutor ist er übrigens alles zu behindern schuldig, was dem Curanden irgend nachtheilig seyn kann. Der eigentliche Gesichtspunct welcher bey der cura impuberum zu fassen ist, scheint mir dieser zu seyn. Mit Beendigung der Tutel geht zwar eigentlich die bürgerliche Selbstständigkeit des Menschen an, aber die minor aetas fordert doch noch die Fürsorge des Staats für ihn auf. Die Hauptsachen sind sein Vermögen und die sich darauf beziehenden Rechtsgeschäfte, welche man unmöglich seiner freyen Willkühr überlassen kann. Es ist daher eine Person zu setzen, an deren Einwilligung er bey allen solchen Rechtsgeschäften gebunden ist, und die zu-

b) Eine Ausnahme enthält jedoch *Dig. XXVI, 1, L. 1. pr.* Nach diesem Gesetz ist, wenn der Minorenne noch während der Dauer der Tutel wahnsinnig geworden ist, die nach erlangter Puberät eintretende Curatel eine bloße Fortsetzung der Tutel: es scheint sogar als wenn die bisherige Tutel fortdauern müsse, was sich aber um deswillen nicht füglich annehmen läßt, weil kein Tutor nach Römischem Recht gezwungen werden kann, auch die Curatel zu übernehmen. Man kann indeß den Ulpian auch so verstehen: die Tutel verwandele sich in eine curam furiosorum, welche, wie wir hernach sehen werden, rücksichtlich des Umfangs der Gewalt der Tutel nichts nachgiebt.

gleich sein Vermögen verwaltet. Es ist dieser Person zugleich zur Pflicht zu machen seine Person zu schützen, ohne darum eine förmliche Schutz- und Schirmgewalt über ihn auszuüben. Irre ich nicht, so hat man hier ganz den Geist der Römischen Curatel der Minderjährigen, über welche die Gesetze sich so unbestimmt erklären und ist auch im Stande darnach die Rechte des Curators festzusetzen.

Dem Curator der Minderjährigen gebührt die Vermögens-Verwaltung nach dem neuern Recht, wo die Curatel als eine Nothwendigkeit erscheint, von Rechtswegen so, daß der Minorenne, wenn er auch wollte, solche nicht übernehmen darf. Zwar wird das nirgends ausdrücklich gesagt, aber es erhellet so klar aus *Dig. XXVII, 9*, daß aller Zweifel verstummen muß c). Auch die gänzliche Unabhängigkeit des Curators von dem Curanden rücksichtlich der Vermögens-Verwaltung geht klar daraus hervor.

So stellt sich uns nun der Römische Curator der Minderjährigen in dieser Gestaltung vor.

1) Er concurrirt bey allen Rechtsgeschäften des Minderjährigen, welche auf dessen Vermögen irgend einen nachtheiligen Einfluß haben können, so daß sie ohne seinen Consens durchaus ungültig sind.

2) Er verwaltet das Vermögen desselben, und ist in dieser Hinsicht sowohl als in Ansehung aller bey der Ver-

c) Wozu würde es auch der Cautionsleistung, welche von den Curatoren eben so wie von den Tutoren und mit gleicher gesetzlicher Strenge gefordert wird, bedürfen, wenn der Curator keine Vermögensverwaltung des Curanden zu besorgen hätte? Hat er aber diese von Rechtswegen, so läßt sich auch kein Grund absehen, warum ihm solche nicht in eben dem Umfange als dem Vormunde gestattet werden sollte; besonders da die Dazwischenkunft des Curanden ihn nur behindern mußte, sein Amt gehörig zu verwalten.

waltung vorkommenden Geschäfte ganz von dem Minorennen unabhängig.

3) Er schützt nebenbey die Person des Minderjährigen ohne übrigens eine eigentliche Schutz- und Schirmgewalt über denselben auszuüben.

§. 299.

Den Deutschen ist unstreitig in der frühern Zeit der Unterschied zwischen Tutel und Curatel bey Minderjährigen nicht bekannt gewesen. Die gesammten Ueberbleibsel des ältesten Deutschen Rechts kennen nur eine bis zur Großjährigkeit dauernde Tutel [c]: daß die Großjährigkeit zuweilen unter dem Ausdrucke pubertas vorkommt, ist bekannt. Das mittlere Deutsche Recht ist diesen Grundsätzen treu geblieben [d]: und so wenig auch das neuere Recht den Gegenstand berührt, so erhellet doch aus den einzelnen beziehenden Stellen, daß es gleichfalls mit dem Römischen Unterschiede durchaus unbekannt ist [e]. Allenthalben ist bloß die Rede

c) Freylich gieng die Volljährigkeit nirgends bis bis zum fünf und zwanzigsten Jahr wie bey den Römern, aber sie trifft doch auch nirgends mit der Römischen Pubertät, auch nicht mit der Pubertät wie man sie sonst annimmt, zusammen. Die Vormundschaft dauert bis einer im Stande ist selbst über sein Vermögen zu gebieten.

d) Der Sachsen- so wenig als der Schwaben-Spiegel kennt bey Minorennen den Römischen Unterschied zwischen Tutel und Curatel.

e) Da es uns auf das neuere Deutsche Recht oder die Reichsgesetzgebung besonders ankommt, so wird es nöthig seyn, die hieher gehörigen Stellen anzugeben und näher zu beleuchten. In der goldnen Bulle Cap. 7. wird für Churfürstenthümer die Vormundschaft gerade hin bis zur Volljährigkeit angeordnet ohne zwischen Tutel und Curatel zu unterscheiden, zwischen welchen man hier wohl um so mehr hätte unterscheiden müssen, wenn man überall den Unterschied anerkennen wollte. In der übrigen Reichsgesetzgebung, wo es sich um Beeidigung und Cautionsleistung handelt,

von einer bis zur erlangten Großjährigkeit fortgehenden Tutel. Daß die Römische Lehre in einzelnen Ländern Eingang gefunden hat, ist bekannt, aber gemeinrechtlich ist sie nie geworden, nicht einmal in so fern, daß man nach erlangter Pubertät einem Tutor erlaubt hat abzugehen und einen andern wieder an seine Stelle gebracht hat *f*). So wenig man sich in den Unterschied zwischen Tutel und Curatel selbst gefunden hat, eben so wenig hat man sich in die Differenz zwischen auctoritatis interpositio und consensus gefunden, sondern man hat sich allein auf den Consens beschränkt. Kein Bevormundeter kann nach bekannten Deutschen Rechten ohne

z. B. Reform. der Polizey v. 1548 Tit. 31, und von 1577 Tit. 32, wird immer allein der Vormünder, nirgends der Curatoren gedacht. Der letzteren wäre aber gewiß gedacht worden, wenn man nicht an der alten Vorstellung von der Tutel hieng.

f) Das Gegentheil wird zwar von Mehreren behauptet, welche in dem Wahn stehen, die ganze Lehre des Römischen Rechts von der Tutel und Curatel der Minorennen sey bey uns als etwas Gemeinrechtliches recipirt. Man vergleiche *Mich. Graffi Collatio Jur. Rom. cum receff. imper.* etc. L. 1. §. 16. und die von ihm citirten Rechtslehrer. Wie schief man sich die Sache vorstellt, davon geben Grassens eigne Worte den klarsten Beweis. „De caetero vero (sagt er) quod communiter in genere dicitur, hodie tutelam non amplius pubertate sed demum existente majorennitate finiri, transfusa quasi tutela in curatelam aut saltem utraque in uno eodemque subjecto continuata, ita ut qui pupillo hactenus tutor extitit eidem jam puberi curator, etiam sine nova quadam designatione ex juris necessitate esse debeat, id juri recessuum Imperii nullatenus accepto ferendum est, quippe in quibus ne vestigium quidem aliquod *juris veteris* hac in parte mutati deprehendimus." War denn das jus Romanum das jus vetus oder war es das Germanicum? Ich dächte doch das letztere. Wenn nun aber die Reichsgesetze nichts an den von Alters bestehenden Grundsätzen von der Vormundschaft änderten, so blieben, sollte ich wieder denken, diese Grundsätze. Dazu kommt nun noch die Praxis, die sich nie um den Römischen Unterschied zwischen Tutel und Curatel bekümmert hat.

Zustimmung oder Genehmigung seines Vormundes, dessen Wirkungskreis bis zur Majorennität dauert, irgend eine obligatio im engern Sinne contrahiren, sie betreffe denn Gegenstände die seiner freyen Verfügung überlassen worden sind: wie diese Zustimmung oder Genehmigung ertheilt wird ist gleichgültig. Damit fällt denn zugleich das Prinzip, daß der Pupill von der Zeit an, wo er überall juristisch einen Willen hat, auch als die eigentlich handelnde Person erscheine, weg, und ist der Deutsche Vormund während der ganzen Zeit der Vormundschaft der eigentlich handelnde Theil, der alle Angelegenheiten seines Pupillen ohne Unterschied besorgt g). Die potestas des Deutschen Vormundes ist auch viel ausgedehnter als die des Römischen, denn sie erstreckt sich auch über alle bloß persönliche Obligationen des Pupillen dergestalt, daß auch solche ohne sein Vorwissen und seinen Consens nicht contrahirt werden können. Von jeher ist auch das Erziehungsrecht des Pupillen in Deutschland mit zu den vormundschaftlichen Rechten unter beständiger Mitwirkung und Leitung der Obrigkeit gerechnet worden.

Wenn man will, so ist die Deutsche Vormundschaft wirklich eine unter der Direction der Obrigkeit bis zur Volljährigkeit fortgesetzte patria potestas, der nur die usufructuarischen Rechte des Vaters an dem Vermögen der Kinder h) und einige andere mit der wirklichen patria potestas unzertrennlich verbundene Rechte abgehen. Nach dem älteren

g) Gerade so wie es in der ältern Deutschen Legislation auch vorgeschrieben steht, z. B. *Lex Wisigoth. Lib.* 1. *Tit.* 3. §. 3. *Lex Longobard. Lib. II. Tit.* 25. §. 4, nach welcher der Vormund allein alles that, und die Angelegenheiten des Pupillen sowohl gerichtlich als außergerichtlich besorgte.

h) Die tutela legitima der Deutschen war bekanntlich sogar usufructuaria: noch ein Beweis mehr für die aufgestellte Behauptung.

Deutschen Recht war wirklich zwischen ihr und der patria potestas gar kein Unterschied, in so fern man es mit der letzteren gleichfalls ganz nach Deutschem Recht nimmt: aber die Dazwischenkunft des Römischen Rechts hat die Sache geändert. Ich würde die Deutsche Vormundschaft als eine unter obrigkeitlicher Aufsicht und Mitwirkung sich ereignende Fortführung der durch den Tod des Vaters vacant gewordenen patria potestas bis zur Volljährigkeit oder bis zu dem Zeitpunct, wo jemand nach Deutscher Vorstellung in dem Zustande sich befindet, daß er separatam oeconomiam anlegen kann, definiren [i]).

§. 300.

Die Curatel der Wahnsinnigen und der öffentlich erklärten Verschwender, welche beide noch so bestehen, wie sie im Römischen Recht vorkommen, sind von ganz verschiedener Art, wenn gleich die eine nach dem Beyspiel der andern eingeführt worden seyn mag. Denn die Curatel der Wahnsinnigen gehört offenbar zu den gemischten Curatelen, die Curatel der öffentlich erklärten Verschwender ist dagegen eine reine Curatel.

I. *Cura furiosorum.* Diese schon durch das Zwölftafeln-Gesetz für homines sui juris [k]) angeordnete Curatel

i) Daraus würde denn folgen, daß der Vormund zu allem befugt ist, wozu der Vater befugt war, in so fern nicht von ganz persönlichen Rechten des Vaters die Rede ist, daß er aber auch nichts im Geringsten Wichtiges ohne Concurrenz der Obrigkeit unternehmen kann. — So wie hier die Vormundschaft bestimmt worden ist, ist sie wirklich, und man braucht sich nur rechts und links umzusehen, um sie in dieser Eigenschaft zu bemerken. Es ist daher bloß particulären Rechtens, wenn man hie oder da Mehreres von dem Römischen Recht aufgeführt antrifft.

k) Denn für furiosos die noch unter der patria potestas stehen sorgt der Vater selbst auch in Ansehung ihres castrensischen Peculiums. *Cod. V*, 49, *const.* 7.

kommt unstreitig der Tutel am nächsten, weil der Wahnsinnige durchaus nichts mit rechtlicher Wirkung verrichten kann: ist aber demungeachtet noch gar sehr von der Tutel verschieden. Denn sie begreift keine Schutz- und Schirm-Gewalt in sich: sie enthält bloß Vermögens-Schutz mit dem ausgedehntesten Schutz der Person verbunden. Am besten wird diese Curatel von Julian *Digest. XXVII, 10, L. 7. pr.* bestimmt, wo es heißt: „Consilio et opera curatoris tueri debet non solum *patrimonium* sed et *corpus* ac *salus* furiosi."

Ausgemacht haben die nächsten Verwandten des Wahnsinnigen ein Vorrecht auf diese Curatel: denn es wird gesagt, daß dem Sohne die Vorsorge für seine wahnsinnigen Eltern vor allen zu überlassen sey, vorausgesetzt daß sich gegen seine Redlichkeit nichts einwenden läßt *l*). Darum aber läßt sich keineswegs behaupten, daß alle Curatel der Wahnsinnigen ursprünglich bloß legitima gewesen, denn auch schon in der frühesten Zeit stand es dem Vater frey, seinem wahnsinnigen Sohne einen Curator im letzten Willen zu geben. Für den Fall, wo der Obrigkeit die Curatelbestellung anheimfällt *m*), kann sie zum Curator ernennen wen sie will, nur darf der Mann nicht zum Curator seiner wahnsinnigen Frau bestellt werden, weil man es mit ihm als Ehemann nicht so strenge als mit andern Curatoren nehmen darf.

Obgleich der furiosus sich sowohl für seine Person als für sein Vermögen ganz in dem Schutze des Curators befindet, so, daß der Curator nicht nur über sein Vermögen, sondern auch über seine Person zu gebieten hat, so sind doch alle von dem Curator unternommene Vermögens-Veräußerun-

l) *Dig. XXVII, 10, L. 1. §. 1*, und *L. 4.*

m) *Dig. c. l. L. 13*, nämlich wenn der curator legitimus oder testamentarius inhabilis ist, oder removirt werden muß, oder überall keiner von beiden vorhanden ist.

gen und Beschwerungen nur in so fern gültig, als es die Nothwendigkeit oder der Nutzen des Wahnsinnigen erheischt n). — Davon scheinen mir doch alle Alienationen, welche Folge der Verwaltung des Vermögens sind, ausgenommen zu seyn, weil sich sonst niemand mit gehöriger Sicherheit mit dem Curator würde einlassen können.

Es leidet übrigens keinen Zweifel, daß der Curator alle Rechtsgeschäfte im Namen des furiosus betreiben kann. Nur in Ansehung solcher Geschäfte die nothwendig von demjenigen welchen sie angehen selbst betrieben werden müssen, findet eine Ausnahme statt. Darum konnte auch der curator furiosi nach dem ältern Recht im Namen desselben keine Erbschaft, Legat oder Fideicommiß erwerben. Justinian hat nun zwar *Cod. V, 69, const. 6.* befohlen, daß die dem Wahnsinnigen deferirten Erbschaften oder die ihm im Testament hinterlassenen Legate und Fideicommisse den Händen des Curators auf dessen Antrag eben so gut überliefert werden sollen, als wenn sie der furiosus erworben hätte, damit der furiosus die Revenüen davon ziehen könne: die wirkliche Erwerbung dieser Stücke Namens des Wahnsinnigen ist aber dem Curator nur für die non hereditates gestattet worden. In Ansehung der hereditates ist verordnet worden, daß wenn der Wahnsinnige in dem Wahnsinn verstirbt, oder zuvor zu Verstande kommt, aber das ihm Anheimgefallene ausschlägt, dasselbe an die Intestat-Erben, welche beym Ableben des Erblassers die nächsten waren, zurückfallen soll. In so fern also der wieder zu Verstande gekommene furiosus nicht repu-

n) *Arg. Dig. c. l. L.* 11. Das Gesetz redet zwar nur von Verpfändungen, aber wenn vom Curator unternommene Oppignerationen des Vermögens des furiosi nur bedingt gültig sind, so läßt sich das um so mehr von Vermögens-Veräußerungen behaupten. Insbesondere sind Schenkungen und Manumissionen dem curator furiosi durchaus untersagt. *Dig. c. l. L.* 17.

diirt, wird angenommen, daß er erworben habe, wenn er sich auch nicht erklärt hatte. Daß, wenn er repudiirt, von ihm zugleich die in der Zwischenzeit bezogenen Früchte und Einkünfte der hereditas, des Legats ꝛc. mit restituirt werden müssen, ist deutlich von Justinian bestimmt worden. Nur eine Stelle bleibt in der Justinianischen Constitution dunkel. Es heißt nämlich §. 9. derselben: Sin autem ipse resipuerit, et ea admittere noluerit, et aperte haec respuerit, vel *heres* ejus hoc fecerit: a substantia ejus illico separandis etc. Es fragt sich, worauf geht das vel *heres ejus:* auf den Fall, wo der furiosus im Wahnsinn verstarb, oder wo er vor seinem Ende wieder zu Verstande kam. Auf den letztern Fall kann es nicht wohl gehen, ohne einen directen Widerspruch in der Justinianischen Constitution anzunehmen, denn es ist ja kurz vorher gesagt worden, daß wenn der furiosus wieder zu Verstande kommt, und nicht ausschlägt, ihm die Erbschaft vollständig erworben werden soll. Aber auch auf den erstern Fall ist die Beziehung nicht wohl thunlich, denn es heißt, wenn der furiosus im Wahnsinn verstorben, daß die Erbschaft wieder an die Intestat-Erben zurückkehren solle. Und gleichwohl muß in der Verbindung, in welcher die Worte „vel heres ejus" vorkommen, angenommen werden, daß sie auf den Fall gehen, wo der furiosus wieder zu Verstande kam, aber nicht ausgeschlagen hat. Es scheint mir, als habe Justinian den Erben des furiosus hier gegen eine nachtheilige Erbschaft zu Hülfe kommen wollen, weil sich der Fall ereignen kann, daß der furiosus, nachdem er wieder zu Verstande gekommen war, stirbt, ehe er noch die nöthigen Untersuchungen anstellen kann, ob ihm die Erbschaft auch die gehörigen Vortheile gewährt. Man muß daher annehmen, Justinian habe sagen wollen: wenn der wieder zu Verstande gekommene furiosus die Erbschaft nicht ausgeschlagen hat, so wird sie ihm zwar erworben, jedoch wenn er

zu bald versterben sollte, ehe er noch darüber einen Entschluß fassen kann, so soll sein Erbe noch das Recht haben zu repudiiren; das den Erben gestattete Recht muß daher allemal bedingter Weise angenommen werden.

Daß übrigens ein Wahnsinniger weder selbst noch durch seinen Curator Erbschaften erwerben kann, gilt nur von solchen Erbschaften, welche ihm von einem anheimfallen, in dessen potestas er nicht mehr stand. Die Erbschaft des Vaters, in dessen potestas er sich befand, wächst ihm ja ipso jure unwiderruflich zu, wenn er auch im Wahnsinn versterben sollte o). Für einen in der väterlichen Gewalt stehenden furiosus tritt der Vater die demselben deferirte Erbschaft vermöge der väterlichen Gewalt an, und für einen wahnsinnigen Pupillen ist das Recht der Antretung dem Tutor vermöge seiner Schutz- und Schirmgewalt gestattet worden, wenn der Pupill noch ein Kind ist, sonst aber muß der Pupill selbst antreten und der Tutor auctoritatem interponiren p). Der Römische Curator der Minderjährigen kann nie in deren Namen Erbschaft antreten, sondern dieß muß immer von ihnen selbst mit seiner Beystimmung und Genehmigung geschehen. Unser Deutscher Vormund der den Römischen Tutor und Curator in seiner Person vereinigt und eigentlich die väterliche Gewalt bis zur Großjährigkeit fortsetzt, kann auch unbezweifelt allein Namens seines Pupillen vor und nach erlangter Pubertät desselben die diesem deferirte Erbschaft antreten.

Es ist oben bemerkt worden, daß wenn ein Pupill während der Unmündigkeit in Wahnsinn verfällt, die nach erlangter Mündigkeit eintretende Curatel nach dem Römischen Recht als eine fortgesetzte Tutel betrachtet werden müsse.

---

o) Vergl. die citirte Justinianische Constitution §. 2.
p) *Cod. VI*, 30, *const.* 18.

Ob ein solcher prorogirter Tutor zu Handlungen der eigentlichen Tutel befugt gewesen, dürfte indeß doch noch die Frage seyn. Jetzt wo, wie oben gezeigt worden, bey Minorennen Tutel und Curatel zusammenfließen, ist die Frage eine müßige: indeß läßt sich nicht annehmen, daß die Tutel über die Jahre der Minorennität hinausdauert, weil dieß der Natur der Tutel durchaus zuwider seyn würde.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß wenn ein furiosus mehrere Curatoren hat, jedem derselben gültig von den Schuldnern des furiosi gezahlt werden kann, auch jeder dem furiosus gehörige Sachen gültig veräußern kann (in so fern deren Veräußerung überall zulässig ist). Sind aber auch die andern Curatoren gegenwärtig und widersprechen, so hat so wenig die Zahlung als die Veräußerung verbindende Kraft [q]).

§. 301.

II. Die cura prodigorum. Wer für einen Verschwender öffentlich erklärt worden ist, fällt zugleich unter Curatel, sey er eine Mannsperson oder Weibsperson, denn auch in Ansehung der Weibspersonen findet Prodigalitäts-Erklärung statt. Die Curatel der öffentlich erklärten Verschwender hält in so fern mit der Curatel der Wahnsinnigen gleichen Schritt, daß sie auch vorzugsweise dem nächsten Agnaten gebührt, nur darf dem Sohne nicht die Curatel seines für einen Verschwender erklärten Vaters übertragen werden [r]), wovon der Grund jedem sogleich in die Augen springt. In ihrem Wesen aber ist die cura prodigorum gar sehr von der cura furiosorum unterschieden, denn sie hat mit der Person des prodigi durchaus nichts zu schaffen, sondern

q) *Dig. XXVII*, 10, *L.* 7, §. 3.
r) *Dig. XXVII*, 10, *L.* 1, §. 1.

ist auf das Vermögen desselben beschränkt. In so fern als der curator prodigi dessen Vermögen schützt, scheint es nun aber, müssen ihm auch dieselben Rechte zustehen, welche dem curator furiosi gestattet sind. Im Allgemeinen ist das auch wohl der Fall, indeß läßt sich nicht behaupten, daß was von Justinian *Cod. V, 69, const. 6.* hinsichtlich der Erwerbung der Erbschaften und anderer testamentarischen Emolumente bey dem furiosus vorgeschrieben worden ist, auch hinsichtlich des prodigus statt finde. Einmal spricht die Justinianische Constitution nur von dem furiosus, nicht auch von dem prodigus, was um so wichtiger ist, als sonst die cura furiosorum und die cura prodigorum, so weit es den Vermögensschutz betrifft, nach völlig gleichen Rechten beurtheilt werden. Hiernächst paßt auch der Grund, warum dem curator furiosi gestattet wird, Namens seines Curanden die anheimgefallenen Erbschaften und Vermächtnisse anzutreten und anzuerkennen, nicht auf den curator prodigi. Der furiosus ist durch den Wahnsinn behindert, seinen Willen mit rechtlicher Wirkung zu erklären: der Curator handelt also ex praesumta ejus voluntate. Beym prodigus aber ist das nicht der Fall, welcher der Prodigalitäts-Erklärung ungeachtet, wohl befugt ist, seinen Willen mit rechtlicher Wirkung zu erklären. Weiter, wo ein homo sui juris vorhanden ist, der seinen Willen rechtlich erklären kann, kann nie Erwerbung von Erbschaften und Vermächtnissen durch einen Curator statt finden s). Endlich, wenn auch dem prodigus alle Verfügung über sein vorhandenes Vermögen entzogen ist, und er keine obligatio contrahiren kann, wodurch dasselbe auf irgend eine Weise beschweret würde, so ist ihm doch nicht das Recht

s) Einen Hauptbeweis für diese Behauptung liefert *Cod. V, 69, const. 6*, wonach es selbst bey dilucidis intervallis des furiosi dem Curator desselben nicht erlaubt ist, demselben anheimgefallene Erbschaften anzutreten.

entzogen worden, über die Vermehrung und Erweiterung desselben zu verfügen, in so fern solche nicht mit dem vorhandenen Vermögen zusammenhängt, denn alles was das vorhandene Vermögen mittelbar oder unmittelbar betrifft, geht allein den Curator an. Es muß daher auch von ihm allein abhängen, ob er ihm anheimgefallene Erbschaften und Vermächtnisse annehmen oder ausschlagen will, so wie es von ihm abhängt, ob er eine ihm angebotene Schenkung acceptiren will oder nicht.

Man hat sich daher zu hüten sich dadurch, daß die prodigi in den Gesetzen den furiosis in der Hinsicht quia furiosum exitum bonorum faciunt gleichgesetzt werden, verführen zu lassen, und die Curatel derselben nach den von der Curatel der Wahnsinnigen geltenden Grundsätzen zu beurtheilen. Ueberall wird ja nur der prodigus in Ansehung seines vorhandenen Vermögens und desjenigen zukünftigen, was durch den Curator vermöge schon vorhandener Rechte oder in Folge der Verwaltung erworben wird, außer Activität gesetzt. Das ganze zufällige künftige Vermögen hat ja mit der Prodigalitäts-Erklärung auch gar nichts zu schaffen. Der Zweck der Prodigalitäts-Erklärung ist ja allein der, daß das vorhandene Vermögen erhalten werden soll, damit der prodigus nicht dereinst dem Staate zur Last falle.

So folgt, daß Erbschaften, Vermächtnisse und Schenkungen, welche dem prodigus anheimfallen, nur allein von ihm erworben werden können. Hat er sie erworben: so läßt sich weiter nicht annehmen, daß das Erworbene unter die angeordnete Curatel fallen müsse, sondern es bleibt zu seiner Disposition gestellt, so wie dieser anheimgestellt ist, was er von seinem Taschen- oder von erborgtem Gelde erworben hat, z. B. er hätte in die Lotterie gesetzt und gewonnen. Es läßt sich auch keine zweyte Prodigalitäts-Erklärung annehmen, wenn mit dem Neuerworbenen eben wieder

so übel gewirthschaftet wurde als mit dem Vermögen gewirthschaftet worden ist, das der Staat unter seine besondere Aufsicht und Obhut gestellt hat.

Dagegen aber handelt nun der curator prodigi in Ansehung des unter seine Curatel gestellten Vermögens eben so unabhängig von dem prodigus als der curator furiosi unabhängig von diesem handelt. Die Curatoren der Wahnsinnigen und öffentlich erklärten Verschwender unterscheiden sich daher gar sehr von der Curatel der Minderjährigen, weil bey dieser in allen Rechtsgeschäften der Minderjährige der allein handelnde Theil, und der Curator der consentirende Theil ist.

§. 302.

Bekanntlich ist das judicium tutelae als utile auch auf die cura angewandt worden so, daß hier völlig gleiche Grundsätze statt finden. Es bedarf hier bloß der Beziehung auf das Obengesagte: alles Uebrige sind bekannte Dinge.

XLIV.

Die sogenannten communia der Tutel und Curatel als: die petitio tutoris und curatoris §. 303. — 2) Die Cautionsleistung und Inventarisirung §. 304 und §. 305. — 3) Die Disposition über das Vermögen der Pupillen und Curanden §. 306. — 4) Die Remotion verdächtiger Vormünder und Curatoren §. 307. — 5) Die Excusation von der Tutel und Curatel §. 308 folg.

§. 303.

Es sey mir erlaubt noch über die sogenannten communia tutelae et curatelae Einiges zu bemerken. Es gehört dahin vor allen Dingen die petitio tutoris et curatoris. Bey den Römern wollte die Obrigkeit angestoßen seyn, um ihre Pflicht der Bevormundung für den Fall zu erfüllen, wo jemand keinen Vormund oder Curator hatte und doch desselben bedürftig war. Die Sache war sehr natürlich: die magistratus majores standen in zu weiter Entfernung von dem Volke, als daß sie das Bedürfniß desselben hätten kennen sollen: die minores standen freylich dem Volke näher, aber man glaubte doch auch sie anstoßen zu müssen. So entstand die Verbindlichkeit gewisser mit dem Schutzbedürftigen in naher Verbindung stehender Personen für sie die Tutel oder Curatel bey der Obrigkeit zu urgiren.

Es ist aber wohl zu unterscheiden zwischen solchen, welche wenn sie wollen, darauf antragen können, daß der Hülfsbedürftige einen Vormund oder Curator erhalte, und solchen, welche zu diesem Antrag verbunden sind, wenn sie nicht ein Präjädiz erleiden wollen.

Zu den ersteren gehören nicht bloß alle Verwandte des Hülfsbedürftigen, sondern auch dessen vertraute Freunde und Bekannte [a]). Zu den letzteren bloß die Mutter und die Frey-

a) *Dig. XXVI, 6, L. 3.* Auch die können um Bewerbung ein kommen, welche sonst ein Interesse dabey haben, z. B. die Gläubiger. *Cod. V, 31, const. 4.*

Freygelassenen *b*). Die erstere wird zur Strafe von der Succession ausgeschlossen, wenn sie die Bevormundung ihrer Kinder nachzusuchen unterlassen hat, mögen solche eheliche oder uneheliche seyn *c*). Die Freygelassenen, welche aus Vorsatz oder Nachlässigkeit die petitionem tutorum unterlassen haben, werden willkührlich gestraft.

Die Mutter ist nicht bloß schuldig für ihre Kinder Vormünder nachzusuchen, wenn sie überall keine gehabt haben, sondern auch, wenn die vom Vater im Testament ernannten Vormünder eine rechtmäßige Entschuldigung hatten, oder verworfen worden sind *d*). Sind mehrere Vormünder vorhanden, und einer geht ab, so ist die Mutter nicht schuldig, um Ergänzung des abgegangenen durch einen andern nachzusuchen *e*). Und obgleich sie, wenn sie in Erfüllung ihrer Pflicht nachlässig ist, durchaus das Erbrecht an dem Vermögen ihres Kindes einbüßt, so verliert sie doch nicht zugleich die Vermächtnisse und Fideicommisse, die nach der Disposition des verstorbenen Vaters das Kind aus der ihm überlassenen Erbschaft an sie entrichten sollte *f*).

Aber die obligatio der Mutter und des Freygelassenen für den Hülfsbedürftigen um eine Person nachzusuchen, die denselben schützt, ist beschränkt auf die Tutel. Auf die

b) *Dig. c. l. L.* 2. §. 1.

c) *Cod. V*, 31, *const. ult.* Eine gleiche Verbindlichkeit welche der Mutter hinsichtlich ihrer Kinder obliegt, muß ihr auch in Ansehung der Enkel obliegen, weil sie auch zu deren Succession nicht bloß berufen ist, sondern auch hier dieselben Gründe eintreten. *Dig. XXXVIII*, 17, *L.* 6, §. 28.

d) *Dig. c. l. L.* 6.

e) *Dig. c. l.* Ein offenbarer Widerspruch ist übrigens zwischen dieser Stelle und *Dig. XXXVIII*, 17, *L.* 2, §. 39. nach der vulgata sowohl als nach der florentina vorhanden. Doch lesen einige alte Ausgaben auch „non imputandum," was unstreitig das richtigste ist.

f) *Dig. c. l. L.* 4, §. 3.

Curatel erstreckt sie sich nicht. Die Nachsuchung darum ist sogar nicht einmal allen erlaubt, sondern bloß denen, die daran ein besonderes Interesse haben s).

Ob noch jetzt die obligatio der Mutter einen Vormund für ihr Kind nachzusuchen angenommen werden kann, dürfte gefragt werden. Das neuere Römische Recht gesteht ihr ja die Befugniß zu, selbst, wenn sie will, die Vormundschaft ihres Kindes zu übernehmen, und wenn sie das auch nur vorläufig gethan hat, so scheint sie nichts vernachlässigt zu haben. Bey uns ist es noch durch die Reichsgesetzgebung nicht bloß den Landesherren, sondern auch den Obrigkeiten zur besondern Pflicht gemacht worden, für die Bevormundung unmündiger Kinder Sorge zu tragen. Ich glaube, weder das neuere Römische Recht noch die Deutsche Reichsgesetzgebung hat in diesem Punct etwas abgeändert. Ist auch die Pflicht der Obrigkeit für die Bevormundung zu sorgen jetzt viel strenger als ehedem, so ist doch die Verpflichtung der Mutter dadurch nicht aufgehoben worden. Auch das neuere Römische Recht hat sie nicht aufgehoben, es hat bloß der Mutter und Großmutter wider die Regel den Weg zur Vormundschaft eröffnet. Indeß dürfte die Mutter unstreitig zu entschuldigen seyn, wenn sie sich eigenmächtig die Tutel angemaaßt hat, indem sie eines Theils ein gesetzliches Recht darauf hat, andern Theils man von einer solchen Mutter nicht sagen kann, sie habe die Fürsorge für ihr Kind vernachlässigt. Hat aber eine Mutter sich um die Vormundschaft ihres ehelichen oder unehelichen Kindes gar nicht bekümmert, so kann sie noch allerdings des Erbfolgerechts an dessen Vermögen für verlustig erklärt werden.

Dagegen müssen nun aber auch der Mutter alle in dem Römischen Recht enthaltene Entschuldigungsursachen zu stat-

s) *Dig. XXVI, 6, L. 1 u. 3. Cod. V, 31, const. 6.*

ten kommen. Hieher gehört 1) wenn dem Unmündigen ein beträchtliches Vermächtniß unter der Bedingung hinterlassen war, wenn er unbevormundet bleiben sollte [h]). 2) Wenn der Vater die Mutter zur Universalerbin ernannt hatte mit der Aufgabe, daß sie dem Sohne, wenn er mündig geworden seyn sollte, die Erbschaft als Fideicommiß restituiren solle: zugleich ihr alle Cautionsleistung remittirt hatte [i]). 3) Wenn das Kind auch gar nichts im Vermögen hatte [k]). Auch sollen minderjährige Mütter wegen ihrer begangenen Nachlässigkeit entschuldigt werden [l]). — Es muß auch offenbar mehreres jetzt wegfallen, was nach Römischem Recht der Mutter zur Last gelegt wird. So z. B. wird *Dig. XXVI, L. 1, §. 1,* u *L. 6, §. 4.* es auch der Mutter zur Last gelegt „Si non idoneos tutores petiit" welche der Prätor bestellt hat, bloß um die Last der Verantwortlichkeit von dem Prätor abzuwälzen. Ob die in Vorschlag gebrachten Vormünder idonei sind oder nicht, ist jetzt bloß Sache der Obrigkeit. Es ist indeß keine Frage, daß die Mutter alsdann verantwortlich wird, wenn sie die Obrigkeit durch Zureden und Versicherungen bestimmt hat, eine Person, die nicht idonea war, als Tutor anzustellen.

Einen Einwand nicht bloß gegen die behauptete heutige, sondern überall gegen die Anwendbarkeit der in den Gesetzen der Pandecten und des Codex über die obligatio der Mutter für ihre Kinder die Bestellung der Vormünder nachzusuchen ausgesprochenen Bestimmungen könnte man etwa noch darin finden, daß das Senatus Consultum Tertullianum der Mutter ein Erbrecht nur unter gewissen Bedingungen und als blo-

h) *Dig. XXXVIII, 17, L. 2, §. 44.*
i) *Dig. c. l §. 46.*
k) *Dig. c. l. §. 26* und *45.*
l) *Cod. II, 38, const. 2.*

ßes Beneficium an dem Vermögen der Kinder verlieh, dieß Erbrecht aber durch spätere Gesetze für ein unbedingtes und vollkommenes Recht erklärt wurde. Allein der Einwand ließe sich nur etwa hören, wenn die obligatio tutores petendi damit als conditio sine qua non verbunden worden wäre. So aber ist diese obligatio bekanntlich erst durch eine spätere Constitutio Divi Marci eingeführt worden, und Justinian hat sie, als er der Mutter ein unbedingtes und vollkommenes Erbrecht verlieh, nirgends aufgehoben m).

§. 304.

Ueber die satisdatio tutorum et curatorum enthält das Römische Recht sehr gemessene Bestimmungen. Beide, Tutoren sowohl als Curatoren, sollen nicht nur beeidigt werden n), sondern auch die gehörige Sicherheit leisten „rem pupilli vel curandi salvam fore." Allein die tutores und curatores testamento und ex inquisitione dati sind davon befreyt o). Daß jedoch einer von diesen Tutoren und Curatoren, wenn er die nöthige Sicherheit anbietet, die

m) In folgendem Rechtsfalle wurde im Jahre 1793 von einem Deutschen Gerichtshofe, und wie ich glaube mit vollem Recht, der Mutter eines ehelichen Kindes die Erbfolge in dessen Vermögen aberkannt. Die Mutter hatte sich um ihr Kind nach dem Tode ihres Mannes, von welchem dasselbe einige hundert Reichsthaler geerbt hatte, nicht weiter bekümmert, sondern sich bald wieder verheurathet, und ein Verwandter hatte sich desselben angenommen, und es hernach im Testament zum Erben eingesetzt. Es starb nach erworbener Erbschaft und die Mutter meldete sich nun zur Erbfolge. Man konnte nicht sagen, daß sie das Kind eigentlich abdicirt hatte, aber sie hatte sich doch nicht um die Bevormundung des Kindes bekümmert, und die Obrigkeit hatte gleichfalls die Sache ruhen lassen. Es war ganz der Fall vorhanden, wo die Vorschrift des Römischen Rechts zur Anwendung gebracht werden konnte.

n) *Nov. 72, c. ult.*

o) *Inst. I, 24 pr.*

übrigen von der Verwaltung verdrängen kann, und daß so lange die satisdatio noch nicht geleistet worden, alles was von solchen Tutoren und Curatoren unternommen worden, null und nichtig ist, sie auch als verdächtig removirt werden können, ist bekannt *p*). Es fragt sich bloß um die satisdatio selbst und deren heutigen Gebrauch.

Eigentlich besteht die satisdatio in einer Stipulation, rem pupilli salvam fore, wobey der Vormund oder Curator sein gesammes Vermögen zum Unterpfande setzt *q*). Scheint solches der Obrigkeit zur Sicherung des Pupillen oder Curanden nicht hinlänglich, so können noch Bürgen begehrt werden, die der Stipulation entweder ausdrücklich oder stillschweigend *r*) beytreten. Die fidejussores tutorum sind also nicht etwas Nothwendiges, sondern etwas Zufälliges und ganz von dem Urtheil der Obrigkeit Abhängiges. So wie das gesammte Vermögen des Vormundes und Curators, bestehe es in beweglichen Sachen oder in Capitalien durch diese Stipulation dem Pupillen und Curanden zu seiner Sicherheit eingesetzt wird, eben so wird ihm das Vermögen der Bürgen eingesetzt, und haften beide für alle aus der Tutel und Curatel entspringenden Verbindlichkeiten ohne Unterschied. Das zukünftige Vermögen des Vormundes oder Curators und der Bürgen scheint nicht zu haften, wenn es nicht besonders in der Stipulation begriffen worden ist. Die strengen Grundsätze der Stipulation ließen solches nicht zu: zweifelten doch Einige daran, ob die nomina darin begriffen wären *s*), wenn sie nicht besonders waren genannt worden.

Bekanntlich haben alle Pupillen und Curanden späterhin ein gesetzliches Unterpfandsrecht an dem Vermögen ihrer

p) *Inst. l. c.* §. 1. *Cod. V*, 36, *const.* 2 u. 5.
q) *Dig. XLVI*, 6, *L.* 1.
r) *Dig. XXVII*, 6, *L.* 4 u. 5.
s) *Dig. XLVI*, 6, *L.* 9.

Tutoren und Curatoren erhalten t), und zwar nicht bloß an dem gegenwärtigen, sondern auch an dem zukünftigen Vermögen derselben. Die stipulatio, rem pupilli salvam fore erscheint also schon nach dem Justinianischen Recht als Ueberfluß, weil sie, in so fern nicht Bürgen beygetreten sind, Pupillen und Curanden wahrlich weniger sichert als das gesetzliche Unterpfandsrecht. Gleichwohl ist sie aus guten Gründen beybehalten worden, indem so gar keine Ausflucht den Vormund und Curator, wenn er vermittelst des judicii tutelae verurtheilt wird, gegen die Anforderungen des Pupillen und Curanden schützen kann, wenn gleich vermittelst dieser Stipulation die Rechte des Pupillen und Curanden nur immer auf das zur Zeit ihrer Eingehung vorhandene Vermögen beschränkt sind, sie also nur durch die Dazwischenkunft des verliehenen Pfandrechts auf das künftige Vermögen übertragen werden kann.

Die besondere Beeidigung und die satisdatio der Vormünder und Curatoren in Römischer Form sind beide nicht mehr im Gebrauch. Die satisdatio kann es schon um deswillen nicht mehr seyn, weil bey uns die Stipulation in der hier zum Grunde liegenden Gestaltung wegfällt. Man begnügt sich damit, die Vormünder und Curatoren entweder wirklich schwören oder nur an Eidesstatt angeloben zu lassen, daß sie für das Beste des Pupillen und Curanden nach allen ihren Kräften Sorge tragen wollen tt). Die fidejussores tutorum und curatorum kommen auch selten vor. Man verwirft lieber einen Vormund und Curator ganz, wenn man ihn schon an und für sich nicht sicher genug hält: beide stehen ja auch unter so strenger Controlle der Obrigkeit, daß die

t) *Cod. V*, 37, c. 20. *Nov.* 22, c. 40.
tt) *Wernher lect. comm. in pandectas.* II, p. 456.

Römischen Vorsichtsmaaßregeln etwas ganz Ueberflüssiges seyn würden.

Aber es ist die Frage, ob bey dem Versprechen, welches man in unsern Tagen die Vormünder und Curatoren thun und eidlich bestärken läßt, beide nicht zu einer größern diligentia verbunden werden, als ihnen nach dem Römischen Recht zur Pflicht gemacht worden ist, wo sich alles auf die stipulatio rem pupilli salvam fore beschränkt, und das Uebrige den Gesetzen überlassen worden ist. Ich glaube bey dem ganz veränderten Verfahren muß jetzt das Versprechen allein entscheiden. Der Römische Lehrsatz, daß der Vormund und Curator nur culpam levem prästiren, von Erben aber sogar nur culpa lata gefordert werden könne, muß daher in unsern Tagen durch den Inhalt des besonders bey der Uebernahme der Tutel und Curatel geleisteten Versprechens modificirt werden. Denn hat er eine besondere diligentia versprochen, so kann auch schon von seinen Erben keine geringere geleistet werden als von ihm selbst.

Es ist noch zu merken, daß nach dem Römischen Recht außer der actio tutelae und curatelae dem Pupillen und Curanden die actio ex stipulatu gegen den durch Stipulation satisdatirenden Vormund und Curator und die in der Stipulation mitbegriffenen Bürgen zustand. Daneben hatten sie noch die hypothecarische Klage wegen des ihnen in dem Vermögen der Tutoren und Curatoren eingeräumten gesetzlichen Pfandrechts. In unsern Tagen haben sie bloß actionem tutelae und curatelae und die hypothekarische Klage.

§. 305.

Ein drittes commune der Vormünder und Curatoren ist die Inventarisirung des Vermögens des Pupillen und Curanden. Nach dem Römischen Recht dürfen Tutoren und Curatoren, Geschäfte ausgenommen die sich nicht aufschie-

ben lassen, nicht nur eigentlich nichts unternehmen, was zur Führung der Tutel und Curatel gehört, sondern sie setzen sich auch dereinst dem juramento in litem des Pupillen aus, wenn ihnen Schuld gegeben wird, daß etwas vorhanden gewesen sey, was jetzt nicht mehr existirt, und sie nicht die gehörigen Beweismittel zu ihrer Entschuldigung herbeyschaffen können, indem allemal die praesumtio doli gegen einen solchen die Inventarisirung unterlassenden Vormund und Curator obwaltet, daher er auch schon allein aus diesem Grunde in dem Verlaufe der Tutel und Curatel als suspectus removirt werden kann u). Hat der Vater des Pupillen die Inventarisirung im Testament untersagt, so hat es bey diesem Verbot zwar sein Bewenden, indeß fällt es dem Vormunde doch späterhin bey der Rechnungs-Ablegung zur Last, wenn er keine Vermögens-Specification angefertigt hat.

Das Verfahren bey der Inventarisirung ist *Cod. V, 37, const. 26.* durch die Kaiser Arcadius und Honorius vorgeschrieben worden. Die Inventarisirung soll 1) sogleich nach erfolgter ordinatio der Tutoren und Curatoren geschehen; 2) in praesentia publicarum personarum (welche personae hier gemeint sind, dürfte sich wohl schwerlich jetzt mehr ausmitteln lassen); 3) so daß alle Sachen und Urkunden aufs genaueste verzeichnet werden. Dabey ist den Vormündern und Curatoren zur Pflicht gemacht worden, daß alles Gold und Silber sowohl, als jede Sache die aufgehoben werden muß, in die gehörige Sicherheit gebracht werde. Das Gesetz spricht von tutissima custodia: in so fern also hier der Curator und Vormund etwas versah, dürfte ihm vielleicht auch das geringste Versehen zur Last gelegt worden seyn.

---

u) *Dig. XXVI, 7, L. 7. Cod V, 37, const. 24. Cod. V, 51. const. ult. §. 1.*

Die heutige Anwendung der Römischen Grundsätze läßt sich zwar nicht bezweifeln, indeß wird gemeinhin schon früher und ehe noch die Bestätigung und Einweisung der Tutoren und Curatoren erfolgt, unter obrigkeitlicher Autorität das Vermögen inventirt und tritt auf den Grund dieser Inventur der Tutor oder Curator sein Amt an. Es ist auch keinem Zweifel unterworfen, daß es einer besonderen Inventarisirung nicht bedarf, wenn schon ein unter obrigkeitlicher Autorität errichtetes Erbschafts-Inventarium vorhanden seyn sollte.

§. 306.

Betrachten wir jetzt das vierte gemeinschaftliche der Tutel und Curatel, die Disposition über das Vermögen.

In wie fern Tutoren und Curatoren für sich selbst über das Vermögen der Pupillen und Curanden verfügen können, und in wie fern dazu vorzugsweise das Handeln von Seiten der letzteren und die respective auctoritatis interpositio und Consensertheilung von Seiten der ersteren erforderlich sey, ist oben gezeigt worden. Hier soll bloß noch die Frage genauer untersucht werden, wann die Concurrenz der Obrigkeit bey Verfügungen über das Pupillen- und Curanden-Vermögen erforderlich sey, und wann solche auch ohne sie bestehen könne.

Vor Sever scheint alles durch die Zusammenwirkung der Tutoren und Curatoren und ihrer Pupillen und Curanden abgemacht worden zu seyn [a]). Auf den Vorschlag dieses Imperators wurde durch ein Senatusconsult den Tutoren und Curatoren der Minderjährigen alle Veräußerung und

a) Man vergleiche hier *C. G. Haubold historia juris civilis Rom. de rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt sine decret. non alien.* Spec. 1. Lipſ. 1798.

Verpfändung der praedia ruſtica und ſuburbana unterſagt, wenn nicht zuvor die Sache an den Praetor urbanus gelangt und von ihm die Veräußerung und Verpfändung war gut geheißen worden [b]). Die Römiſche Gerichts-Praxis hat hernach das Senatusconſult auf alle Tutelen und Curatelen ohne Unterſchied ausgedehnt.

Das Geſetz geht nicht

1) auf Veräußerungen und Verpfändungen, die von dem Vater des Pupillen ſchon eingeleitet ſind, und zufolge dieſer Einleitung nur von dem Vormunde oder Curator vollzogen werden [c]).

2) Nicht auf nothwendige Veräußerungen, z. B. wenn der Pupill oder Curande mit jemand ſich in der Communion einer Sache befindet, und dieſer auf die Aufhebung der Gemeinſchaft dringt [d]).

3) Endlich auch nicht auf ſolche Grundſtücke, deren Veräußerung der Vater ſelbſt im Teſtament anbefohlen hat [e]).

Von dieſen Ausnahmen aber abgeſehen greift es allgemein durch, ſo daß wenn auch der Vater des Pupillen einen Handel mit Grundſtücken trieb, der Vormund dieſen nicht mehr ohne Zuziehung der Obrigkeit fortſetzen kann [f]).

Nur die Veräußerung und Verpfändung der praedia ruſtica und ſuburbana ohne obrigkeitliche Unterſuchung und Bewilligung, iſt verboten. Die praedia ſuburbana ſind hier Gärten, Weinberge und einzelne, Früchte tragende

b) *Dig. XXVII, 8, L. 1.*
c) *Dig. c. l. L. 1, §. 2. L. 5, §. 6. Cod. V, 72, conſt. 3.*
d) *Dig. c. l. L. 1. §. 2. Cod. V, 71, conſt. pen.*
e) *Dig. c. l. L. 1. §. 2. Cod. V, 72, conſt. 1 u. 13.*
f) *Dig. c. l. L. 1, §. 3.*

Grundstücke außerhalb der Mauern der Stadt, welche durch diese Bezeichnung von den praediis rusticis als eigentlichen Land-Gütern unterschieden werden g). Das gesetzliche Verbot ist aber durch die interpretatio hernach weiter ausgedehnt worden: wenn der Pupill Bergwerke, und Salz- und Alaunwerke hat, so dürfen auch solche ohne obrigkeitliche Genehmigung nicht veräußert oder verpfändet werden h). Man kann annehmen: die eigenmächtige Veräußerung und Verpfändung aller pupillarischen Grundstücke, die keine urbana sind, sey nicht bloß nach der interpretatio verboten, sondern auch die Veräußerung und Verpfändung der an praedia non urbana zuständigen Rechte: denn so wird dem Tutor von den Juristen auch die Alienation der usufructuarischen und emphyteutischen Rechte des Pupillen abgesprochen i). Zwar kann der usus fructus auch an praediis urbanis statt finden, aber man sieht klar, daß hier bloß praedia rustica und suburbana gemeint sind.

Ein Pupill und Curande kann praedia urbana und andere Sachen von hohem Werth besitzen. Aber sie können nach dem Recht der Pandecten unbestritten ohne obrigkeitliche Genehmigung veräußert und verpfändet werden. Dagegen wird es mit den praediis rusticis und suburbanis so strenge genommen, daß auch ein darüber abgeschlossener Vergleich, Tausch ꝛc. ohne Bewilligung der Obrigkeit nicht gültig ist, wenn er auch wirklich dem Pupillen oder Curanden Vortheil bringen sollte k).

---

g) So erkläre ich *Cod. V*, 71, *const.* 16, obgleich es scheint, daß auch die Gärten bey den Häusern in der Stadt dahin gehören. Da der Garten Zubehör des Hauses ist, so dürften solche bey den Häusern befindliche Gärten wohl ausgenommen gewesen seyn.

h) *Dig. XXVII*, 9, *L.* 3, §. 6. und *L.* 5, §. 1.

i) *Dig. c. l. L.* 3, §. 4 u. 5.

k) *Dig. XXVII*, 9. *L.* 5, §. 14.

Kann das Verbot der Veräußerung ohne obrigkeitliche Bewilligung nicht auf praedia urbana ausgedehnt werden, so kann man es noch viel weniger ausdehnen auf Sachen, welche den unbeweglichen gleich geachtet werden, z. B. auf Bibliotheken, Kramläden u. s. w. Es war vielmehr die Veräußerung aller dieser Sachen gerade den Vormündern und Curatoren der Minderjährigen zur Pflicht gemacht worden, weil man glaubte, der Minderjährige stehe sich besser bey dem baaren Gelde als bey den Sachen l).

Durch Constantins Verordnung (*Cod. V, 37, const. 22.*) hat sich die Sache gar sehr verändert. Darnach sollen die Tutoren und Curatoren der Minderjährigen umgekehrt mehr für die Erhaltung der denselben gehörigen Sachen, als dafür sorgen, daß solche ins Geld gesetzt werden, und ist die Veräußerung aller praedia urbana und Kostbarkeiten eben so wie bey den praediis rusticis und suburbanis an die Einwilligung der Obrigkeit nicht nur gebunden worden, sondern die Obrigkeit kann auch den Consens nur unter denselben Bedingungen ertheilen, als ihr die Consensertheilung bey praediis rusticis und suburbanis gestattet ist. Noch mehr: es ist verordnet worden, daß der Vormund ohne Decret der Obrigkeit überall nur diejenigen Sachen soll veräußern können, welche sich nicht erhalten lassen, so auch überflüssiges Vieh. Justinian, indem er, was Constantin nur mit Rücksicht auf die Minderjährigen vorgeschrieben hat, auf alle ausdehnt, welche sich unter Tutel und Curatel befinden, hat zugleich (*Cod. c. l. const. 28.*) vorgeschrieben, daß dem Vormunde und Curator nur erlaubt seyn soll, ohne Decret der Obrigkeit zu veräußern 1) was bey der Uebernahme der Tutel und Curatel an Sachen die sich nicht erhalten lassen, und an

l) Wie man aus dem Eingange der gleich folgenden Constantinischen Verordnung ganz klar sieht.

überflüssigen Sachen vorgefunden wird. 2) Was hernach an Früchten aus dem Vermögen des Pupillen und Curanden aufkommt, womit auch die deutsche gemeine Gesetzgebung übereinstimmt [ll]).

Es ist aber zu bemerken, daß weder in der Constantinischen noch in der Justinianischen Constitution ein Wort über die Verpfändung vorkommt, und der Geist in welchem beide Constitutionen erlassen worden sind, läßt es nicht zu, die darin enthaltenen Vorschriften auf die Verpfändung auszudehnen. Für die Verpfändung gilt also noch das ältere Recht ganz unstreitig. Ich glaube daher, man muß jetzt strenge Alienation und Verpfändung unterscheiden. Bey der 1) Veräußerung ist jetzt ohne Unterschied decretum de alienando nöthig, und nur die Sachen, welche sich nicht erhalten lassen und überflüssiges Vieh, so wie auch die Früchte, kann der Vormund und Curator ohne Decret veräußern. Bey der 2) Verpfändung hingegen bedarf es nur eines Decrets in den Fällen, wo das ältere Recht solches fordert, als bey praediis, rusticis suburbanis etc. Zwar fehlt es der gegentheiligen Meinung, nach welcher die Constantinische sowohl als Justinianische Verordnung auch von Verpfändungen und andern Beschwerungen des Pupillen- und Curanden-Vermögens zu verstehen ist, nicht an bedeutenden Autoritäten [m]), allein ich sehe nicht ein, wie sie sich vertheidigen ließe. Aus den Worten in der Constantinischen Constitution „Praecipimus itaque ut haec omnia nulli tuto-

ll) Polizey-Ord. von 1577. Tit. 32. §. 3.

m) Z. B. Thibaut Pandecten-Recht Th. 1. Seite 522. Andere z. B. *Wernher Lect. Comm. ad Pand.* Tom II, pag. un. schränken die Constantinische und Justinianische Constitution auf die unbeweglichen Güter ein, so daß hier sowohl Veräußerung als Verpfändung ohne obrigkeitliches Decret nicht geschehen kann.

rum curatorumve liceat vendere, nisi hac forte necessitate et lege qua rusticum praedium atque Mancipium vendere, vel *pignorare* — — in praeteritum licebat etc." folgt das gewiß nicht, denn der Imperator citirt hier bloß das ältere Recht und wendet es an, aber nicht in der Universalität: zwischen Citiren und Anwenden ist aber ein großer Unterschied: das ältere Recht wird bloß in der Universalität citirt, aber nur in der Particularität angewendet: die Anwendung in der citirten Universalität würde aber auch wirklich unräthlich gewesen seyn, weil dadurch die Administration würde gehemmt worden seyn.

Man erfährt indeß aus der Constantinischen Constitution noch, daß nach dem ältern Recht das Inventarium der praedia rustica mit ihnen selbst nach gleichen Grundsätzen beurtheilt wurde. Denn unter mancipium kann hier wohl nichts anders verstanden werden als Sclaven und Zugvieh, welche zu dem praedio rustico gehörten. Darum bin ich denn auch der Meinung, daß wenn dem Tutor und Curator die Verpfändung der praedia urbana und der beweglichen Pupillen- und Curanden-Sachen ohne obrigkeitliche Decrete erlaubt sey, sich doch diese Erlaubniß nicht mit über das erstrecke, was zu den Gutsinventarien gehört.

Ist es, fragt es sich, ganz dem Ermessen der Obrigkeit überlassen, in welchen Fällen sie decretum de alienando vel oppignorando ertheilen will, oder ist sie hierin an gewisse Bestimmungen und Regeln gebunden? Nach *Dig. XXVII, 9, L. 1. §. 2.* erscheint nur aes alienum — — ut ex rebus caeteris non possit exsolvi als eine gegründete Ursache, weshalb die Obrigkeit die Veräußerung und Verpfändung der praedia rustica und suburbana zulassen kann. Die interpretatio *Dig. c. l. L. 5, §. 14.* bemerkt noch dabey: si aes alienum non interveniat, tutores tamen allegent hoc expedire haec praedia vendere et alia comparare vel certe istis ca-

rere: videndum est an praetor eis debeat permittere? Et magis est ne possit: praetori enim non liberum arbitrium datum est distrahendi res pupillares, sed ita demum si aes alienum immineat. Proinde et si permiserit aere alieno non allegato, consequenter dicemus nullam esse venditionem, nullumque decretum: non enim passim distrahi jubere praetori tributum est, sed ita si urgeat aes alienum." Ich finde nirgends, daß diese Grundsätze durch das Recht der Constitutionen aufgehoben wären, vielmehr finden sie sich *Cod. V, 71, const. 12.* ausdrücklich bestätigt. Aber es ist zu bedenken, daß als diese Grundsätze aufgestellt wurden, man noch nicht daran dachte, die Veräußerung aller beweglichen und unbeweglichen Sachen der Pupillen und Curanden an das Decret der Obrigkeit zu binden. Wenn daher auch die Obrigkeit in Ansehung der praedia rustica und suburbana durch urgens aes alienum beschränkt ist, so scheint sie es doch nicht seyn zu können, wenn von Veräußerung anderer Pupillen- oder Curanden-Sachen die Rede ist. Hier scheint es, müsse es vielmehr ihrem Ermessen überlassen bleiben, ob solche nothwendig ist, und habe sie nicht bloß die Nothwendigkeit, sondern auch den Nutzen des Pupillen zu berücksichtigen. Indeß ist wirklich durch Constantin in der oben angeführten Constitution alles, was von dem Decret der Obrigkeit nach dem ältern Recht galt, auch bey der Ausdehnung auf alle unbewegliche und bewegliche Pupillen- und Curanden-Sachen beybehalten worden: wir erfahren bloß aus jener Constitution, daß auch nach dem älteren Recht erlaubt gewesen, die praedia rustica und deren mancipia so wie die praedia suburbana in dotem und donationem propter nuptias zu geben und für solche Fälle eben so gut decretum der Obrigkeit als bey Veräußerungen und Verpfändungen ob urgens aes alienum habe ertheilt werden können: überall daß die Obrigkeit zur Ertheilung ihres Consenses verbunden

gewesen, wenn die Nothwendigkeit oder das dringende Bedürfniß des Pupillen und Curanden die Veräußerung und Verpfändung dieser Güter forderte. Uebrigens sollen alle Sachen ohne Unterschied für den Pupillen aufbewahrt werden, ruinöse Gebäude sogar wieder hergestellt werden, besonders das väterliche Haus erhalten werden, das letztere darum, weil es unschicklich sey, dasselbe zu veräußern, die ersteren Stücke darum, weil es mit dem baaren Gelde doch immer etwas Mißliches sey und sicherer Sachen als baares Geld zu haben.

Ehe sich die Frage beantworten läßt, ob diese Vorschriften des Römischen Rechts von der Beschränkung der Obrigkeit noch anwendbar sind, dürfte zu untersuchen seyn, welche Obrigkeit bey den Römern das decretum de alienando ertheilte, und wie sie sich überall zu dem Vormundschaftswesen verhielt. Uns werden in den Gesetzen bloß der Prätor und der praeses provinciae als die für die Ertheilung des Decrets competenten Behörden genannt n): beide grade solche Behörden, die wie oben gezeigt worden, der actio subsidiaria de magistratibus conveniendis nicht unterworfen waren, und häufig nur auf den Grund der von dem magistratus municipalis ergangenen Berichtserstattung handelten. Für diese Behörden gilt auch nur allein die gesetzliche Beschränkung: der Imperator, wenn von ihm (was gleichfalls geschehen kann) die Erlaubniß zur Veräußerung nachgesucht wird, ist an gar keine Regel gebunden.

Bey uns ist das Gericht, von welchem die Tutel oder Curatel abhängig ist, die allein competente Behörde für die Ertheilung des Veräußerungsdecrets, wenn nicht nach der Landesverfassung diese Angelegenheit an ein besonderes vormund-

n) *Cod. V, 71, const. 1.*

mundschaftliches Collegium verwiesen ist. Die Obrigkeit, welche bey uns das Veräußerungsdecret ertheilt, ist dem Pupillen und Curanden deshalb eben so responsabel, wie wegen ihrer übrigen Concurrenz bey der Tutel und Curatel.

Schon oben ist bemerkt worden, daß bey uns die Obrigkeit in einem genaueren Verhältnisse mit dem Pupillen und Curanden stehe als bey den Römern, und daß ihr in so fern auch größere Befugnisse rücksichtlich des Vermögens des Pupillen und Curanden gestattet werden müssen. Ausgemacht kann 1) die Obrigkeit zur Veräußerung solcher Sachen der Pupillen und Curanden die Erlaubniß geben, welche für dieselben nur ein fressendes Capital sind, und große Unterhaltungskosten erfordern, besonders wenn diese Sachen für die Zukunft gar keinen Nutzen für die Pupillen und Curanden haben können. Eben so ausgemacht kann sie 2) in die Veräußerung von Sachen consentiren, die bey der Aufbewahrung nur ihren Werth verlieren würden, z. B. Mobilien u. s. f. Ob sie auch 3) Sachen wegschaffen lassen kann, deren Aufbewahrung zwar keine Kosten verursacht, die aber doch für die Zukunft für die Pupillen und Curanden von gar keinem Nutzen seyn können, ist zwar streitig: indeß nehme ich keinen Anstand denjenigen Juristen beyzupflichten, welche ihr nicht allein auch für diesen Fall die Befugniß zu consentiren gestatten, sondern auch behaupten, daß die Obrigkeit für alle Fälle das Veräußerungsdecret erlassen könne, wo irgend der Vortheil der Pupillen und Curanden eine Alienation ihrer Sachen erheischt *). Denn bey der durch die Deutsche Gesetzgebung der Obrigkeit auferlegten Pflicht in alle Wege das

*) Vergleiche hier *Wernher Lect. Comm. ad Digest.* Tom. II, p. 462 seq. — *Mollenbec thes. jur. civil.* Tit. *de reb. eor. qui sub. tut. et cur. sunt. Wernher sel. Obs. forens.* V, 6 Obs. 321.

Beste der Pupillen und Curanden zu fördern, darf sie auch nicht hinsichtlich der Veräußerungs-Erlaubniß beschränkt seyn.

Wenn das Römische Recht gegen eine, wiewohl mit Bewilligung der Obrigkeit geschehene Veräußerung des Pupillen- und Curanden-Vermögens in solchen Fällen beneficium restit. in integr. gestattet, in welchen decretum de alienando nicht ertheilt werden darf, und nach aufgehobener Veräußerung die Rücknahme der veräußerten Sachen gestattet, so weiß man, wie man jetzt diese Vorschriften zu nehmen hat. Nur dann kann der Pupill und Curande ein ertheiltes obrigkeitliches decretum de alienando anfechten, wenn er zugleich erweisen kann, daß die Obrigkeit in die Veräußerung, ohne daß irgend die Nothwendigkeit es forderte oder sein Nutzen befördert worden ist, consentirt hat. Dagegen steht noch der Satz unwandelbar fest, daß wenn die Veräußerung ohne obrigkeitliches Decret in den Fällen, wo solches erforderlich war, geschehen ist, die Alienation als ungültig betrachtet, und den Pupillen und Curanden die Reivindication gestattet werden müsse. Doch müssen die Pupillen und Curanden, von dem an ihre Vormünder und Curatoren gelangten Kauf-Pretium so viel wieder zurückerstatten, als in ihr Vermögen verwendet nachgewiesen werden kann p). Daß man auch schon bey den Römern über das decretum de alienando so dachte, wie man jetzt darüber denkt, dünkt mich, ließe sich auf folgende Weise darthun. Durfte die Obrigkeit überall nur decretum de alienando in den gesetzlich bestimmten Fällen ertheilen, so war eigentlich, wenn sie sich darüber hinweggesetzt hatte, die Veräußerung eben so ungültig, als wenn der Vormund oder Curator ohne obrigkeitliches Decret, wo er dasselbe doch be-

p) *Cod. V, 71, const.* 11

durfte, zur Veräußerung geschritten war. Gleichwohl muß die geschehene Veräußerung erst durch die Dazwischenkunft der restitutio in integrum aufgehoben werden, und diese wird nicht anders als causa cognita nach *Cod. V, 71, const. 11.* ertheilt. Daß die causae cognitio nicht auf die Thatsache selbst, nämlich darauf gehen kann, ob die Obrigkeit gesetzwidrig gehandelt hat, erhellt aus den Gesetzen deutlich, indem gerade ein Fall zur Sprache gebracht wird, wo gesetzwidrig gehandelt war. Die causae cognitio konnte folglich nur darauf gehen, ob der Pupill oder Curande durch die gesetzwidrige Handlung war lädirt worden, und war dieß der Fall, so ist klar, daß nach dem Römischen Recht eine Alienation indirect gültig werden kann, welche es direct nicht war.

Hat jemand, dessen Güter ohne obrigkeitliches Decret, wo solches doch nöthig war, veräußert worden sind, fünf Jahre von erlangter Großjährigkeit an gerechnet verstreichen lassen, ohne die geschehene Veräußerung anzufechten, so soll ihm nach Justinians q) Vorschrift nicht mehr geholfen werden können. Für den Fall jedoch, wo die Veräußerung titulo lucrativo, nicht oneroso geschehen war, soll er noch binnen zehn Jahren inter praesentes und binnen zwanzig Jahren inter absentes, von erlangter Majorennität angerechnet, das Recht der Zurückforderung haben. Eine Genehmigung der geschehenen Veräußerung nach erlangter Majorennität hebt vollends alles Klagerecht auf.

§. 307.

Die **Remotion** der Tutoren und Curatoren ist ein sechstes Commune der Tutel und Curatel, welches noch Beachtung verdient.

q) *Cod. V, 74, const. ult.*

Es ist Grundsatz des Römischen Rechts, daß tutores und curatores suspecti removirt werden können. Ein tutor oder curator suspectus ist nach *Inst. I, 26, §. 5.* derjenige „qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo est.“ Das „non ex fide gerere“ schließt hier alle und jede Verletzung der Amtspflicht in sich, mag sie ihren Grund im dolus oder in der culpa haben. Denn jeder Tutor und Curator muß angeloben „rem pupilli vel curandi salvam fore,“ und wenn er diesem Angelöbniß zuwider handelt, sey es nun aus Vorsatz oder aus Nachlässigkeit, so verletzt er allemal seine Pflicht [a]). Sogar derjenige Tutor und Curator, welcher aus Unwissenheit und Unfähigkeit den Pupillen und Curanden verletzt, erscheint im Allgemeinen als suspectus [b]).

Um als suspectus betrachtet werden zu können, muß aber die Tutel und Curatel schon wirklich angetreten worden, und die Handlung, welche suspect macht, darin vorgefallen seyn. Die Gesetze unterscheiden daher den eigentlichen tutor und curator suspectus von demjenigen, der zur Tutel zwar berufen worden ist, von derselben aber ob suspicionem, daß er nicht ex fide verwalten werde, ausgeschlossen wird. Wenn sie generell vom tutor oder curator suspectus sprechen, so kommt freylich nichts darauf an, ob sich jemand erst nach Uebernahme der Tutel und Curatel oder schon vorher suspect gemacht hat: nur nach beendigter Tutel oder Curatel kann von einem tutor oder curator suspectus nicht mehr die Rede seyn [c]).

Es macht aber einen gar großen Unterschied, aus welchen Ursachen der tutor oder curator suspectus removirt wird,

a) *Dig. XXVI, 10, L. 7, §. 1.*
b) *Dig. c. l. L. 3. §. 18.*
c) *Dig. c. l. L. 11.*

auch kann sich die Remotion auf verschiedene Art ereignen. Von dem letztern Gegenstande soll zuerst gehandelt werden.

Die Remotion geschieht nach dem Römischen Recht auf eine doppelte Art, vermöge eines ordentlichen Urtheils auf erhobene postulatio suspecti, oder bloß decreto praetoris vel praesidis provinciae. Bey beiden oder ihren Stellvertretern kann nur überall die Remotion verhandelt werden [d]).

I. Die postulatio suspecti wird ihrem Ursprunge nach schon dem Zwölftafeln-Gesetz beygelegt, und als actio quasi publica eigentlich allen gestattet [e]). Selbst Frauenspersonen sollen dazu gelassen werden, doch nur hier diejenigen quae pietate necessitudinis ductae ad hoc procedunt, als die Mutter und Großmutter, die Pflegemutter u. s. f. Ein Tutor kann seinen Collegen gleichfalls als suspectus anklagen, nur der Pupill kann es nicht, weil er überall noch nicht die gehörige Urtheilskraft zu einer solchen accusatio hat, wohl aber der Curande im Beystand seiner nächsten Verwandten. Die Hauptfrage ist nur, kann die postulatio suspecti allein propter dolum oder auch propter culpam geschehen; daß sie nicht geschehen könne, wenn der Tutor oder Curator sich bloß wegen Unwissenheit und Unerfahrenheit suspect gemacht hat, ist klar.

Als causae postulationis werden angegeben:

1) dolus in tutela admissus, si forte grassatus — est, aut sordide egit vel pernicioſe pupillo vel aliquid intercepit ex rebus pupillaribus tutor. Daß das „aut" welches in der hieher gehörigen Stelle *Dig. XXVI, 10, L. 3, §. 5.* vor „ob dolum" nicht nur in den gewöhnlichen Ausgaben, sondern auch in der Florentina steht, ein fehlerhaftes Einschiebsel ist, ist klar.

---

d) *Dig. c. l. L. 1.*
e) *Dig. c. l. et L. §. 6.*

2) Culpa lata die hier gleichfalls dem dolus nach *Dig. c. l. L. 7, §. 1.* gleich geachtet wird. Die Lesart in *Cod. V, 43, const. §.* „segniter nihil" läßt sich daher sehr gut rechtfertigen.

3) Die Species ex epistola Divi Severi ad Ariunculonium, die wir aber nicht vollständig kennen. Denn in *Dig. XXVI, 10, L. 7, §. 2.* wird bloß der eine Fall angegeben, wo der Vormund „ne decernantur alimenta pupilli" sich nicht stellt und contumax wird.

Es bleibt jedoch immer noch problematisch, ob für die Fälle n. 2 und 3 nicht bloß eigenmächtige Remotion von Seiten des Prätors oder des Präses der Provinz statt fand, und die postulatio suspecti nicht bloß auf dolus beschränkt war. In dem hieher gehörigen Titel der Pandecten sind die Stellen wirklich so durch einander geworfen, daß man nicht klar sehen kann, und der hieher gehörige Titel des Codex giebt gleichfalls nicht die gehörigen Aufschlüsse *f*).

II. Decreto praetoris vel praesidis geschieht die Remotion in allen Fällen, wo zwar keine postulatio suspecti zulässig ist, der Vormund und Curator aber doch als suspectus betrachtet werden kann. Doch hindert nichts den Prätor oder den Präses der Provinz auch für die Fälle, wo postulatio suspecti statt findet, aber kein Gebrauch davon gemacht worden ist, den tutor oder curator suspectus zu removiren.

Die Remotion von der Tutel und Curatel hat zuweilen die Ehrlosigkeit zur Begleiterin, doch nicht anders als wenn in dem Urtel oder dem Decret, wodurch die Absetzung ausge-

f) So lange die eigentlichen leges Justinianeae in unserm Corpore Juris mit Aufhebung der bisherigen Eintheilung nicht hergestellt worden sind, wird sich über diese und andere Gegenstände nicht mit Gewißheit entscheiden lassen. Vergleiche meine Rechtshistorischen Versuche Th. 1. n. 1.

sprochen wird, die Ursache angegeben worden ist, welche zur Infamie qualificirt. Nach der Pandecten-Compilation sowohl als dem Codex würde die Frage große Schwierigkeiten haben, wenn uns hier nicht *Inst. I, 26, §. 6.* aushülfe, wornach nur der propter dolum removirte Vormund und Curator infam wird, nicht auch so der propter culpam entfernte. Ich habe oben Seite 94 bereits gezeigt, daß man hier die culpa lata dem dolus nicht gleich stellen könne, und beziehe mich daher auf das dort Gesagte. Man kann daher nicht schon für alle Fälle, in welchen postulatio suspecti statt findet, und dadurch die Remotion des Vormundes bewirkt wird, eine Infamie annehmen. Nie läßt sie sich annehmen, wenn ein Vormund oder Curator noch vor Antritt seines Amtes als suspect verworfen wird, wenn auch in dem Verwerfungsdecret wirklich ein begangener dolus angeführt seyn sollte, der sich auch recht gut vor Antretung der Tutel oder Curatel denken läßt, denn ganz klar geht das was über den dolus gesagt worden ist nur auf die Remotion einer Person, die schon ihr Amt angetreten hat.

Wo postulatio suspecti nicht gebraucht wird, da hängt es von dem Prätor oder Präses der Provinz ab, ob er den tutor suspectus removiren, oder ihn nicht lieber beybehalten, und ihm einen Curator zur Seite setzen will. Gewöhnlich geschah das, wenn der Tutor oder Curator ein naher Verwandter des Pupillen oder Curanden war, den man schonen zu müssen glaubte *ff*).

Bekanntlich ist die postulatio suspecti als Römische accusatio nicht mehr bey uns im Gebrauch: man wollte denn eine Anzeige der Unbilden des Vormundes bey der Obrigkeit dafür gelten lassen, sondern die Obrigkeit verfährt gegen einen

ff) *Dig. XXVI, 10, L. 9.*

tutor suspectus ex officio. Die Anwendbarkeit der übrigen Grundsätze des Römischen Rechts läßt sich dagegen nicht bezweifeln.

§. 308.

Wir kommen jetzt auf ein siebentes Gemeinschaftliches der Tutel und Curatel, nämlich auf die excusatio. Nur das Eine oder das Andere bedarf in dieser Lehre noch einer Berichtigung.

Gewöhnlich findet man zwischen excusatio voluntaria und necessaria unterschieden, eine Unterscheidung die nicht bloß falsch, sondern wirklich vernunftwidrig ist, und daher mit Recht von bessern Juristen ist aufgegeben worden. Denn wo jemand nach den Gesetzen schon von der Tutel und Curatel ausgeschlossen ist, da bedarf es nicht erst seiner Seits eine Entschuldigung. Indeß ist die Unterscheidung zwischen excusatio necessaria und voluntaria nicht erst eine Erfindung der Juristen der neueren Zeit, sondern sie gehört wirklich schon den Römern an g).

Hinsichtlich der Ursachen, welche eigentlich von der Tutel und Curatel entschuldigen, ist es zuvörderst Prinzip des Römischen Rechts, daß niemand, welcher die Tutel über einen Minderjährigen geführt, auch die Curatel desselben zu übernehmen gezwungen werden kann. Von den Ausnahmen, welche *Dig. XXVII, 1, L. 24*, u. *Cod. V, 62, const. 5.* enthalten, ist jetzt schon darum keine Anwendung mehr zu machen, weil der Gegenstand gänzlich fehlt.

Aber es fragt sich in Ansehung des Satzes selbst: kann davon Anwendung gemacht werden in Fällen, wo die Curatel als fortgesetzte Tutel zu betrachten ist, z. B. wenn der Pupill wahnsinnig wird, oder wenn die Curatel nicht eine

g) *Inst. I, 25, §. 4, 9, 11, 12, 19.*

cura minorum, sondern majorum ist, z. B. jemand wird für einen Verschwender erklärt, und die Curatel demjenigen übertragen, welcher, als er noch minderjährig war, die Tutel über ihn führte, oder wenn es sich handelt von Uebernehmung der Curatel über einen Großjährigen, über welchen man als Minderjährigen die Curatel geführt hatte: endlich kann der Satz überall in unserer Zeit angewendet werden, wo man zwischen Tutel und Curatel nicht mehr, wie oben gezeigt worden ist, unterscheidet?

Ich glaube, nach dem Römischen Recht läßt sich behaupten, daß man nie über dieselbe Person von neuem ein munus publicum zu übernehmen braucht, sobald das erste zurückgelegt worden ist, heiße es Tutel oder Curatel. Wird gleich für den Fall, daß der Unmündige wahnsinnig war oder wurde, die Curatel über ihn nur als Fortsetzung der Tutel betrachtet, so folgt daraus noch nicht, daß der, welcher bisher die Tutel führte, auch solche fortzusetzen schuldig sey. Aber nach dem heutigen Recht muß ich das Römische Prinzip in so fern durchaus für unpractisch erklären, als jemand, der Vormund eines Unmündigen war, nicht auch seine Curatel zu übernehmen schuldig ist. Denn es ist oben gezeigt worden, daß das Deutsche Recht den Unterschied zwischen Tutel und Curatel bey Minderjährigen nicht anerkennt, sondern daß es nur eine bis zur Majorennität fortlaufende Vormundschaft giebt.

Ein anderes Prinzip des Römischen Rechts, daß nämlich eine gewisse Zahl der Kinder von Uebernahme der Tutel und Curatel dispensiren soll, halte ich in seinem ganzen Umfange nicht mehr für anwendbar, wenn gleich bisher davon immer Anwendung gemacht worden ist. Bekanntlich soll, wer zu Rom drei lebende eheliche Kinder, in Italien vier und in den Provinzen fünf hat, von Uebernahme der

Tutel und Curatel frey seyn [h]), und hat dieß Prinzip in der lex Julia und Papia Poppaea seinen Grund, welche die Beförderung der Ehe zum Zweck hatte: die Fruchtbarkeit soll also durch die Befreyung von einem so lästigen munus publicum belohnt werden. Bey dem drückenden Abgaben-System und der schlechten Staatsverwaltung in der spätern Zeit hatte man um so mehr nöthig, die Vorschriften der lex Julia und Papia Poppaea aufrecht zu erhalten, als ganze Gegenden des Römischen Reichs verödet wurden. Aber in unsern Tagen bedürfte es eher eines Entvölkerungs- als Bevölkerungsgesetzes, und gehört es daher wirklich zu den Ungereimtheiten, von einem Gesetze noch Anwendung zu machen, das gar nicht mehr zur Zeit paßt. Ein Kind mehr oder weniger kommt doch auch wahrlich gar nicht in Betracht, um etwa die Frage aufzuwerfen, ob ein Vater durch die Erziehung nicht zu sehr belästigt werde, um sich der Tutel und Curatel zu unterziehen, besonders wenn erwogen wird, daß nach Römischem Recht ja gar nichts darauf ankommt, ob die Kinder noch klein oder schon erwachsen sind; so wie dieses Recht sich nicht darum kümmert, ob der Vater durch die Tutel oder Curatel genirt werden dürfte oder nicht.

Dem dritten Prinzip, worauf sich die excusatio a tutela et cura gründet — der administratio rei fiscalis et principis [i]) möchte ich dagegen noch alle Anwendbarkeit zugestehen. Nur dürfte die Frage seyn, in welchem Umfange das Prinzip jetzt zu nehmen.

Der ursprüngliche Begriff der res fiscalis war bekanntlich beschränkt auf das, was zum Unterhalt des Regenten und seiner Familie aus dem Staatsvermögen ausgeworfen war, so wie der Begriff der res privata auf das eigenthümliche Ver-

h) *Dig. XXVII, 1, L. 2, §. 2 — 8.*
i) *Inst. I, 25, §. 1. Dig. XXVII, 1, L. 41.*

mögen des Imperators. Späterhin, wo die Vorstellung von einem abgesonderten Staatsvermögen immer mehr verschwand, veränderte sich auch der Begriff der res fiscalis und es ist eben so bekannt, daß er zuletzt alle nützliche Regalien in sich schloß. In der neuen Vorstellung scheint es auch seinen Grund zu haben, daß sogar die exactores tributorum von der Tutel und Curatel frey gesprochen werden *k*). Zu den administratoribus rei fiscalis und privatae principis müssen daher in unsern Tagen alle diejenigen gerechnet werden, welche mit der Verwaltung der landesherrlichen Domainen- und Chatoulle-Güter, dem Finanz-, Post-, Berg- und Hütten-Wesen, den landesherrlichen Fabriken — kurz alle, welche mit der Verwaltung irgend eines nützlichen Regals oder eines für den Landesherrn Nutzen habenden Gewerkes beauftragt sind. Die Communen-Verwalter genießen keiner Befreyung von der Tutel und Curatel, weil das Recht der Befreyung ein bloß fiscalisches ist *l*). Wenn es aber *Dig. XXVII, 1, L. 26, §. 1.* heißt „Hi vero quibus princeps curam alicujus rei injunxit, excusantur a tutela donec curam gerant" so ließe sich schließen, daß alle eigentlichen Staatsdiener ohne Unterschied, ob sie mit der Justiz oder mit der Administration zu thun haben, desgleichen alle Hofbedienten, und zwar beide ohne zwischen hohen und niederen zu unterscheiden, von der Tutel und Curatel befreyet sind. Wer in einem perpetuirlichen Staats- und Hof-Amte sich befindet, ist auf immer von der Tutel und Curatel befreyt, so lange er dasselbe bekleidet: derjenige hingegen, welchem der Regent nur gewisse Geschäfte übertragen hat, genießt, so lange diese Geschäfte dauern, Befreyung von der bereits übernommenen Tutel und Curatel, und muß auch befugt seyn, die Tutel und Curatel, welche

k) *Cod. V, 62, const.* 10.
l) *Dig. XXVII, L.* 15, §. 7—10. *Cod. XI, 29, const.* 2.

ihm inzwischen angetragen wird, auszuschlagen. Daß die absentia rei publicae causa noch ein Jahr nach der Rückkehr vacationem a tutela et cura gewährt, hat darin seinen Grund, damit der Zurückgekehrte seine Geschäfte ordnen könne.

Den Grundsätzen, daß alle Staatsbeamte und Hofbediente von der Tutel und Curatel befreyt sind, scheint nun aber die gesetzliche Bestimmung zu widersprechen, nach welcher bloß potestas major von der Tutel und Curatel befreyt. So viel erhellt aus *Dig. XXVII, 1, L. 6, §. 14* u. *16.* und *L. 17. §. 4.* ganz klar, daß nicht alle obrigkeitliche Personen bey den Römern von der Tutel und Curatel befreyet waren; denn selbst die Senatoria dignitas befreyt nur von der Tutel und Curatel über solche, die nicht senatorium ordinem haben. Irre ich nicht, so beschränkte sich die Befreyung auf administratio rei fiscalis et privatae, und auf potestas major: bey jener war der Grund der Befreyung, daß das gesammte Vermögen solcher Beamten, welche mit der Verwaltung der res fiscalis und privata zu thun hatten, schon jure pignoris haftete, und daher den Pupillen und Curanden keine Sicherheit mehr gewähren konnte, auch der Verwalter alle Sorgsamkeit auf die administratio verwenden möchte, und daß es mit der potestas major unverträglich war irgend ein munus publicum zu verwalten. Gegen den letztern Grund läßt sich freylich anführen, daß wer eine Tutel oder Curatel führte und hernach eine potestas überkam, keine excusatio mehr hätte. Allein es bedarf nur des Unterschiedes zwischen absoluter und relativer Incompatibilität, und der Berücksichtigung, daß es nicht wohl thunlich ist, eine Tutel und Curatel, die man einmal angenommen hat, wieder abzugeben. Ueberdieß waren sie schon in der Zwischenzeit, wo sie die Magistratur verwalteten, auf jeden Fall von der Tutel und Curatel dispensirt. — Ein magistratus der nicht potesta-

tem majorem hatte, war nicht von der Tutel und Curatel befreyet, mit alleiniger Ausnahme der magistratus civitatum, welche zwar keine potestatem majorem hatten, aber doch wegen ihrer ausgedehnten Geschäfte befreyet waren [m]). Ich glaube, man kann behaupten, ein Staatsamt als solches befreye nach dem Römischen Recht nicht von der Tutel und Curatel, eher eine vom Imperator auf seinen Hof oder auf seine Berathung sich beziehendes Amt: denn auch die, welche der Imperator in sein Consilium zog, waren von der Tutel und Curatel frey [n]). Wer in Deutschland noch einen Unterschied zwischen Staatsämtern und landesherrlichen Aemtern macht, würde diesen Unterschied auch hinsichtlich der Tutel und Curatel gelten lassen müssen: wer ihn nicht macht, sondern alle Aemter als bloß landesherrliche betrachtet, kann alsdann auch füglich behaupten, von der Tutel und Curatel befreye in unsern Tagen schon jedes öffentliche Amt, sobald es nur ein vom Landesherrn verliehenes ist. Auf den Unterschied zwischen höhern und niedern Aemtern dürfte es hier nicht ankommen: die letztern dürften so gut als die erstern von der Tutel und Curatel befreyen. Dann läßt sich behaupten, von der Uebernahme der Tutel und Curatel seyen befreyet: 1) alle landesherrliche Beamte: 2) die magistratus in den Städten, letztere schon nach deutlicher Vorschrift des Römischen Rechts, erstere hingegen vermöge der interpretatio.

§. 309.

Ein viertes Prinzip der excusatio wird durch tria onera tutelae oder curae in una domo begründet [a]). Ob der pater-

m) *Dig. XXVII, 1, L. 6, §. 16.* Ganz unrichtig zählt sie auch zu den magistr. majoribus *Westenberg pr. Jur. civ. Tit. de excus. §. 12.*

n) *Dig. c. l. L. 30.*

a) *Dig. c. l. L. 3.* und *L. 15, §. 15.*

familias alle drey Tutelen selbst führt, oder die eine oder die andere durch die in seiner Gewalt stehenden Söhne geführt wird, ist gleichgültig. Bey der Beurtheilung der Frage, ob tria onera tutelae oder curae vorhanden sind, kommt es nicht sowohl auf die Zahl der Pupillen als vielmehr auf die patrimoniorum separatio an, daher bey nicht abgesonderten Vermögen die Tutel oder Curatel über mehrere Minderjährige als eine betrachtet wird. Der Grund der angenommenen excusatio ist die Schwierigkeit, welche die Verwaltung der mehreren Tutelen und Curatelen zur Folge hat, daher auch Ulpian [b]) annimmt, daß schon eine einzige Tutel und Curatel sich zur Excusation eigene, wenn ihre Führung mit großen Difficultäten verbunden war; woraus man sehr füglich argumentiren kann, daß tria onera tutelae in una domo nicht in Betracht kommen dürften, wenn sie sämmtlich geringfügig sind, oder man sie gesucht hat [c]). Am meisten wird es indeß dabey auf das Urtheil des Richters ankommen, der zu prüfen hat, ob jemand unbeschadet seiner eignen Angelegenheiten im Stande ist, die Tutel und Curatel, welche ihm übertragen worden, zu besorgen. Ich darf wohl nicht erst mehr bemerken, daß es bey den tribus oneribus gleichgültig ist, ob alle Tutelen waren, oder sich auch eine Curatel darunter befindet, imgleichen ob die Curatelen curae impuberum oder andere curae sind.

§. 310.

Als fünftes Prinzip der excusatio wird die professio artium liberalium angegeben: man kann aber nicht behaupten, daß sie allgemein von der Tutel und Curatel befreye.

---

b) *Dig. c. l. L.* 31. §. *ult.*
c) *Dig. c. l. L.* 15. §. 15.

Nach *Dig. XXVII, 1, L. 6, §. 1.* genießen zwar nur die gramnatici, sophistae, rhetores und medici dieses Privilegium, die letzteren nur wenn sie zugleich circulatores sind, d. h. zugleich als Stadt- oder Land-Physici sind angestellt worden, alle aber auch nur noch unter näheren Bestimmungen. Auch die legum doctores haben nach §. 12 Excusation doch nur unter der Bedingung, wenn sie in Rom lehren. Ausgedehnter ist hernach das Privilegium durch *Cod. X, 51, const. 6.* allen professoribus literarum und doctoribus legum und mit Aufhebung der vorigen Beschränkungen zugestanden worden. Sogar ist ihnen und ihren Kindern noch eine Befreyung von allen übrigen Staatsabgaben und Lasten zugestanden worden. Es ist klar, daß Constantin hier doctores legum von den professoribus artium liberalium unterscheidet, und daß er nicht darauf Rücksicht nimmt, ob diese Personen angestellt sind, oder ob sie sich ohne Anstellung dem Unterrichte widmen. Bekanntlich stellte dieser Kaiser den sehr in Verfall gerathenen Unterricht wieder her, und das von ihm ertheilte Privilegium hat allgemein den Zweck, dazu taugliche Männer aufzumuntern, sich dem Unterrichte zu widmen. Daß er befiehlt den professoribus und doctoribus mercedes und salaria auszuzahlen „quo facilius liberalibus studiis et memoratis artibus multos instituant" berechtigt noch nicht, das Privilegium auf Angestellte zu beschränken: aber es läßt sich darum nicht behaupten, daß jeder, der heutiges Tages einen academischen Grad hat auch von der Tutel und Curatel befreyet sey. Die alleinige Bedingung ist, daß die gedachten Personen sich auch zugleich dem Unterricht widmen, und sich ihm mit Erfolg widmen. Ein Privatlehrer auf den Universitäten muß daher dieß Privilegium eben so gut haben als ein Professor. In wie fern man es den Schullehrern gestatten dürfe, könnte gefragt werden, wenn der Kaiser überall zwischen höherem und niede-

rem Unterricht unterschiede, und die artes liberales nicht eben so gut auf Schulen als auf Universitäten und dort oft genug noch fleißiger und gründlicher getrieben würden. Man kann wohl annehmen, wer sich dem Unterricht der Jugend und zwar mit Nachdruck widmet, ist von der Tutel und Curatel befreyt, möge solches auf hohen oder niedern Schulen seyn, möge er besonders zu diesem Unterricht als Lehrer berufen worden seyn oder nicht.

Bekanntlich dehnt man dieß Privilegium auf stark practisirende Aerzte und Advocaten aus, aber ohne alle gesetzliche Unterstützung. Der Nutzen, den diese Männer stiften, läßt sich nicht in Abrede stellen, imgleichen, daß sie durch die Tutel und Curatel in ihrem Wirkungskreise genirt werden dürften. Aber es giebt noch eine Menge andere für das Gemeinwesen eben so nützliche Subjecte, die bey dem großen Umfang ihrer Geschäfte noch viel weniger als jene eine Tutel und Curatel übernehmen können, und die demungeachtet nicht privilegirt sind. Ohne ausdrückliche Vorschrift der Gesetze läßt sich aber nicht füglich ein Privilegium annehmen, besonders wenn man erwägt, daß die Tutel und Curatel für den Staat gleichfalls so wichtige munera publica sind, welchen man taugliche Subjecte ohne Noth nicht entziehen kann.

§. 311.

Wenn Armuth, Kränklichkeit und Mangel der zu dem Amte eines Vormundes und Curators nöthigen Kenntnisse als Entschuldigungsursachen in den Gesetzen aufgeführt werden, so sollte man glauben, daß hier vorzugsweise die sogenannte nothwendige excusatio gemeint sey. Denn es ist schon Pflicht der Obrigkeit, alle solche Personen von der Tutel und Curatel auszuschließen, bey welchen der Pupill und Curande weder gehörig gesichert ist, noch die im Stande sind,

seine

seine Angelegenheiten gehörig zu besorgen. Indeß gehören diese Ursachen wirklich nach dem Römischen Recht zu der sogenannten excusatio voluntaria, wobey die Obrigkeit ex officio kein Einsehen haben darf: macht sich der Tutor und Curator hinterher suspectus, so kann er noch immer removirt werden. Der Grund dieser Ansicht liegt theils in der Beschränktheit der Römischen Obrigkeiten bey der Tutel und Curatel, theils darin, daß man von der Tutel und Curatel so wenig als möglich Befreyungen annehmen zu müssen glaubte. In unserer Zeit, wo das Gewicht der Obrigkeit bey der Vormundschaft so entscheidend ist, können die angegebenen Ursachen nicht als causae excusationis voluntariae allein betrachtet werden, sondern es muß der Obrigkeit nicht nur frey stehen, deshalb einen Vormund oder Curator zu verwerfen: sie ist sogar zu einer solchen Verwerfung verpflichtet. Denn die Verantwortlichkeit unserer Obrigkeiten erlaubt durchaus nicht, daß sie auf irgend eine Weise unfähige und unsichere Subjecte zur Tutel und Curatel verstatte.

Aus dem angegebenen Gesichtspuncte muß auch beurtheilt werden, ob die aetas noch jetzt als excusatio voluntaria betrachtet werden könne. Nur ein Alter von 70 Jahren kann von der Tutel und Curatel befreyen: nach der Vorstellung der Römer kann auch das höchste zur Kindheit zurückkehrende Alter nur excusationem voluntariam gewähren; bey uns dagegen gewährt jedes Alter excusationem necessariam, wodurch der Pupill und Curande gefährdet wird. — Mehrere Römische Excusationen, z. B. die, welche *Dig. XXVII, 1, L. 6, §. 2* und *3; L. 41, §. ult.* und *L. 26.* vorkommen, können bey uns gar nicht mehr anwendbar seyn, weil entweder die Gegenstände der Anwendung ganz fehlen, oder doch so verändert erscheinen, daß eine nützliche Anwendung nicht füglich gemacht werden kann.

Welche Ursachen von der bereits übernommenen Tutel und Curatel befreyen und die Wiederabgabe derselben gestatten, dürfte gefragt werden. Daß die bestimmte Zahl von Kindern bey den Römern nicht bloß von der Uebernahme der Tutel und Curatel befreyte, sondern auch befugt machte, die bereits übernommene wieder abzugeben, dürfte wohl nicht zweifelhaft seyn: heutiges Tages müßte hier auch gelten, was ich oben darüber gesagt habe. Eben so ist es nicht zweifelhaft, daß die von dem Landesherrn geschehene Uebertragung eines Amts oder eines Geschäfts, womit die Fortführung der übernommenen Tutel und Curatel nicht bestehen kann, selbige aufzugeben berechtigt. Dagegen mag niemand seine eignen dringenden Geschäfte vorschützen, um sich von der Uebernahme der Tutel und Curatel zu befreyen, sie seyen denn von der Art, daß damit die Tutel und Curatel unverträglich ist, und ohne diese Geschäfte die Subsistenz des Mannes und seiner Familie gefährdet wird. Nur fragt es sich, in wie fern die Veränderung des Wohnortes einen Einfluß auf die bereits übernommene Tutel und Curatel haben könne. *Dig. XXVII, 1, L. 12, §. 1.* ist entschieden, daß wenn das Domicil auf Befehl des Regenten verändert worden ist, auch die übernommene Tutel und Curatel unbedenklich abgegeben werden könne, woraus zu folgen scheint, daß die freywillige Veränderung des Wohnorts keinen Einfluß auf das bereits übernommene munus publicum haben könne. Indeß dürfte es heutiges Tages keinem Zweifel unterworfen seyn, daß jede nothwendige, auch durch das bessere Fortkommen nur veranlaßte Veränderung des Domicils, die Befugniß zur Abgabe der Tutel und Curatel schon herbeyführe. Denn eines Theils ist es schon nothwendig, daß der Tutor oder Curator fortdauernd zur Disposition desjenigen Gerichts stehe, welches ihn bestätigt hat, andern Theils würde die Entfernung des Vormundes oder Curators von dem Wohn-

orte des Pupillen oder Curanden schon nachtheilige Wirkungen für denselben hervorbringen müssen.

§. 312.

Das Römische Recht bedroht einen Tutor oder Curator, der durch falsas allegationes von der Tutel oder Curatel befreyet worden ist, mit der Pericul der Administration von der Zeit angerechnet, wo er dazu ernannt worden war. Die falsae allegationes sind hier nicht solche, welche sich auf Fälschung gründen, sondern wie *Cod. V, 63, const. 1.* deutlich bestimmt non competentes überhaupt, woraus also folgt, daß wer auch nur ungesetzliche Entschuldigungen vorgebracht und auf den Grund dieses Vorbringens befreyet worden ist, angesehen werden müsse, als wenn er wirklich gefälscht hätte. Daß die Obrigkeit gefehlt und incompetentes allegationes für competentes angenommen, kommt hier gar nicht in Betracht: das Versehen der Obrigkeit würde etwa den Pupillen oder Curanden nur zur actio subsidiaria gegen sie berechtigen können, wenn er von denen, welche die Pericul trifft, nichts sollte erhalten können. Es ist zu bemerken, daß die Pericul wovon das Gesetz spricht, nur den Zeitraum umfaßt, welchen hindurch kein Tutor oder Curator existirt hat, denn sobald dieser ernannt worden ist, und die Tutel oder Curatel übernommen hat, hört der Grund auf, aus welchem das Gesetz denjenigen mit der Pericul belegt, welcher falsas allegationes gebraucht hat. Es ist keine Frage, daß von diesen Sätzen auch noch jetzt Anwendung gemacht werden könne, indem die Verhältnisse bey uns noch dieselben sind.

Nach dem Römischen Recht sollen die Tutoren und Curatoren, welche rechtmäßige Entschuldigungsursachen haben, solche binnen einer peremptorischen Frist von funfzig

Tagen vorbringen [a]). Auf diese Frist wird jetzt nicht mehr Rücksicht genommen, sondern gefordert, daß der Vormund oder Curator sogleich als er von der Obrigkeit zur Tutel oder Curatel berufen wird, seine Entschuldigungsursachen anführe und nachweise, damit von selbiger sogleich darauf Rücksicht genommen werden könne [b]). Geschieht das nicht, so erleidet der Vormund und Curator die Nachtheile, welche denjenigen angedrohet worden sind, die den im Römischen Recht vorgeschriebenen peremtorischen Entschuldigungstermin vernachlässigten [c]).

Ich habe mich zum Schlusse dieses Capitels noch mit einem Satze des Römischen Rechts zu beschäftigen, der in seiner Eigenthümlichkeit sowohl als in seiner heutigen Anwendung Schwierigkeiten zu haben scheint.

Es heißt nämlich *Dig. XXVII, 1, L. 21, §. 2.* sowohl als *Inst. I, 25, §. 17*, daß wenn sich jemand von der Tutel excusiren wolle, die excusatio immer a tota tutela, und nicht pro parte patrimonii geschehen müsse. Zugleich wird aber eine Ausnahme für dasjenige Vermögen des Pupillen oder Curanden gemacht, welches in einem andern District belegen ist, der dem magistratus major nicht untergeordnet war, von welchem die datio tutelae eigentlich relevirt. Es fragt sich: Ist das unter Voraussetzung von gültigen Entschuldigungsursachen zu verstehen, oder ist der Umstand, daß ein Theil des Pupillen- und Curanden-Vermögens außerhalb des Districts

---

a) *Dig. XXVII, 1, L. 13, §. 1.*

b) *Wernher Lectiss. Comment. ad Pand.* II, p. 492. Daß man alle Entschuldigungsursachen, die man hat, auf einmal vorbringen müsse, versteht sich schon von selbst, indeß ist dadurch das Nachtragen einer damals noch nicht bekannten causa nicht ausgeschlossen.

c) Wernher a. a. O. räth daher, entweder auf Bestellung eines Interimsvormundes anzutragen, oder selbst interimistisch die Tutel zu übernehmen.

liegt, schon allein ein Grund, sich von der Tutel und Curatel pro parte zu excusiren. In der Verbindung, in welcher die Sache sowohl in den Pandecten als Institutionen vorkommt, scheint es wirklich, als wenn es nur unter Voraussetzung eigentlicher causae excusationis erlaubt sey, sich pro parte zu entschuldigen, allein wenn man alles genau erwägt, so ist klar, daß der Grund, der zur excusatio pro parte ertheilten Erlaubniß allein darin liegt, daß wenn der Staat in mehrere Districte getheilt ist, wovon jeder District einer besonderen Regierung untergeben ist, ein munus publicum wie die Tutel und Curatel, sich nicht über den District hinaus erstrecken darf, denn es heißt ausdrücklich in den Gesetzen, jeder praeses provinciae möge über die in seiner Provinz belegenen Güter einen besondern Vormund oder Curator bestellen. Mir scheint aus dieser Aeußerung noch besonders zu folgen, daß in solchen Fällen, wo die Güter in mehreren Provinzen lagen, wenn der Tutor ein dativus war, oder einer, der ohne obrigkeitliche Bestätigung sein Amt eigentlich nicht antreten konnte, allemal die Ernennung oder Bestätigung nur für das in dem Districte liegende Pupillen-Vermögen gegolten habe. Wer für das außerhalb des Districtes liegende Vermögen als Tutor oder Curator auftreten wollte, mußte von der dortigen Oberbehörde ernannt oder bestätigt seyn. Nur die testamentarischen und gesetzlichen Vormünder und Curatoren scheinen allenthalben durchgegriffen zu haben, weil allenthalben die Autorität des Testaments oder des Gesetzes ihnen zur Seite stand. Darnach möchte man nun aber geneigt seyn, die excusatio pro parte nur für die tutores dativos und confirmatos gelten zu lassen: denn bey dem Daseyn der tutores testamentarii und legitimi konnte auch die höchste Obrigkeit der andern Provinz keinen Vormund bestellen, wenn sie auch gern wollte. So verhält sich auch die Sache wirklich, und ist daher die Ausnahme, welche

Dig. XXVII, 1, L. 21. und *Inst. I, 25, §. 17.* enthalten, auf tutores dativos und confirmatos zu beschränken. Die excusatio pro parte, wovon das Römische Recht spricht, ist nicht sowohl eine freywillige als vielmehr eine sogenannte nothwendige excusatio. Wollte der tutor dativus auch in der andern Provinz in dieser Qualität auftreten, so würde er nicht dafür anerkannt werden. Sie ist bloß in so fern eine freywillige, als er nicht gezwungen werden kann, in der andern Provinz auch die Bestätigung nachzusuchen.

Frägt es sich um die heutige Anwendung der vorstehenden Sätze, so sollte man glauben, bey uns, wo alle Vormünder und Curatoren ohne Unterschied obrigkeitlich bestätigt werden müssen, und wo jede mit freywilliger Gerichtsbarkeit versehene Obrigkeit das Recht der Concurrenz bey den in ihrem Bezirk sich ereignenden Vormundschaften hat, müsse jeder Vormund und Curator excusationem pro parte haben, sobald ein Theil des Pupillen- und Curandenvermögens in einem andern Gerichtsbezirke belegen ist. Es ist dieß indeß keinesweges der Fall, weil unsere Verfassung von der Römischen durchaus verschieden ist. Wer bey uns von einem Gerichte als Vormund oder Curator einmal bestätigt worden ist, tritt auch in andern Jurisdictionen in dieser Qualität auf, und bedarf dort keiner neuen Anerkennung und Bestätigung. Die excusatio pro parte muß daher bey uns als ganz ungültig verworfen werden, und läßt sich auch selbst alsdann nicht behaupten, wenn ein Staat aus mehreren Provinzen bestände, wovon jede Provinz ihr besonderes Gouvernement hat. Etwa könnte man fragen, ob nicht von den Römischen Grundsätzen Anwendung zu machen sey, wenn das Vermögen des Pupillen und Curanden in verschiedener Landesherren Territorien belegen ist. Allein wenn sonst z. B. beym Concurse der Gläubiger Anomalieen hinsichtlich des in verschiedenen Territorien belegenen Vermögens eintreten,

so ist es doch hier Grundsatz, daß der in dem Territorio, wo sich das forum domicilii befindet, confirmirte Tutor und Curator auch außerhalb Landes dafür anerkannt wird. Es fällt daher auch für diesen Fall der Grund der excusatio pro parte gänzlich weg.

Uebrigens ist es keinem Zweifel unterworfen, daß wenn eine Vormundschaft oder Curatel zu ausgedehnt ist, um von einer einzigen Person übersehen werden zu können, der Vormund oder Curator entweder auf die Adjunction eines Beystandes antragen oder auch verlangen kann, daß für auswärts belegene Güter des Pupillen ein besonderer Tutor oder Curator angeordnet werde.

Bey uns findet bekanntlich ohnehin, wenn Lehn- und Stammgüter vorhanden sind, für diese schon meist eine abgesonderte Tutel statt.

XLV.

Ueber Legitimität und Paternität §. 313 und §. 314. — Untersuchungen über die bonorum possessiones ventris nomine und ex edicto Carboniano §. 315 und §. 316. — Grenzen der Alimentations-Verbindlichkeit §. 317 folg.

§. 313.

Ich spreche hier bloß von derjenigen Legitimität, welche durch die Geburt aus einer rechtmäßigen Ehe begründet wird. Die aus der Legitimation und Adoption entstehenden Legitimitäten gehen mich hier nichts an.

Aus einer rechtmäßigen Ehe wird man bekanntlich auf viererley Weise gebohren: 1) wenn man vor der Ehe empfangen, in der Ehe aber geboren worden ist. 2) Wenn das Empfangen in der Ehe, das Gebären aber erst nach deren Aufhebung geschehen ist. 3) Wenn man vor der Ehe empfangen war, und nach deren Aufhebung geboren worden ist. Endlich 4) wenn Empfängniß und Geburt zusammen während des Bestehens einer Ehe geschehen ist.

Um im erstern Falle als legitim betrachtet werden zu können, scheint Anerkenntniß des Vaters absolut nothwendig zu seyn, welches hier zwar sowohl ausdrücklich als stillschweigend abgegeben werden kann, nie aber die Geburt schon allein gegen Anfechtung ihrer Legitimität von Seiten eines Dritten, der dabey ein Interesse hat, sicher stellt. Würde daher bewiesen, daß die Frau schon vor ihrem letzten Brautstande und ihrer Bekanntschaft mit ihrem Manne schwanger gewesen, oder auch nur mit einem Andern zugleich verbotenen Umgang gehabt, so würde das Anerkenntniß des Mannes nicht vermögend seyn, die wohlerworbenen Rechte eines Dritten zu vernichten. Die Regel pater est quem justae nuptiae demonstrant ist hier durchaus nicht anwendbar, und der Vater kann durch sein Anerkenntniß dem Kinde nur Rechte zuwenden, die

von ihm allein abhängig sind. Die Erbfolge in sein gemeines Vermögen kann durch das Anerkenntniß nicht einmal bewirkt werden, sobald dargethan wird, daß solches ein falsches war.

Was von dem ersten Fall gilt, muß auch von dem dritten gelten. Es ist überall nur praesumtio hominis oder facti, daß was vor der Ehe empfangen worden ist, auch von dem nachmaligen Ehemanne herrühre — nicht einmal praesumtio juris — daher der Gegenbeweis um so zulässiger seyn muß. Man kann bloß zu Gunsten des Kindes annehmen, daß der Gegenbeweis aufs strengste geführt werden müsse.

Dagegen tritt in dem zweyten und vierten Fall die praesumtio juris et de jure in ihrer vollen Kraft und Wirkung ein, welche die Gesetze durch die Formel „pater est quem justae nuptiae demonstrant" bezeichnen, vorausgesetzt, daß im erstern Falle die Geburt noch vor dem eilften Monat nach dem Tode des Mannes erfolgt ist [a]), und im letztern im siebenten Monat nach Abschluß der Ehe [b]). Es kann in beiden Fällen die Legitimität nicht angefochten werden, wenn auch die ausschweifendste Lebensart der Mutter nachgewiesen würde: selbst ihr eignes Bekenntniß, daß das Kind nicht von ihrem Manne sey, kommt nicht in Betracht: aber es ist falsch, wenn man die gedachte Präsumtion für eine absolute und unbedingte juristische Wahrheit nimmt. Denn es wird dabey allemal die physische Möglichkeit vorausgesetzt, daß das Kind von dem Manne herrühre. Wird daher die absolute Unmöglichkeit dargethan, daß das Kind von dem Manne seyn könne, so ist die erste Bedingung gehoben, unter welcher die Präsumtion nur überall statt finden kann, sie folglich zugleich vernichtet. Eine absolute

a) *Dig. XXXVIII*, 15, *L.* 3, §. 11.
b) *Dig. I*, 5, *L.* 12.

Legitimität läßt sich folglich nur für die Fälle denken, wo die zum Beyschlafe fähigen Ehegatten zur Zeit der Conception bey einander lebten, und die Geburt entweder in noch bestehender Ehe oder zwar nach deren Trennung, aber innerhalb des gesetzlichen Termins erfolgt.

Bekanntlich wird angenommen, daß ein Kind, welches im siebenten Monat nach vollzogener Ehe geboren worden, auch in der Ehe empfangen sey, wenn es noch nicht reif zur Welt gekommen, und daß ein nach des Vaters Tode im zehnten Monat gebornes Kind als überreif erscheinen müsse, wenn es als in der Ehe empfangen betrachtet werden soll c). Man kann sagen, auch dieß seyen Bedingungen des Satzes „pater est quem justae nuptiae demonstrant" die im ersteren Falle durch das bloße Anerkenntniß des Mannes nicht so ergänzt werden können, daß ein Gegenbeweis durchaus unzulässig wäre.

§. 314.

Die Paternität wird durch die Bedingungen der absoluten Legitimität, auch durch die Anerkennung begründet: die letztere begründet sie eben so vollständig als die erstere, in so fern es sich bloß von Rechten und Verbindlichkeiten des Vaters handelt. Die Anerkennung entscheidet sowohl für die legitime als illegitime Geburt, nur ist der Unterschied, daß indem man den mit der Frau als Braut zur Zeit der Empfängniß des Kindes gepflogenen Beyschlaf einräumt, man zugleich das in der Ehe geborne Kind durchaus als das seinige anerkennt, was hingegen bey der illegitimen Geburt nicht der Fall ist, wo zur Anerkennung noch die ausdrückliche Erklärung erfordert wird, daß man das Kind erzeugt habe, oder

c) Denn mit dieser Restriction sind die not. *a* und *b* citirten zu verstehen.

daſſelbe als das ſeinige anerkennen wolle. Oben iſt bemerkt worden, daß es auch eine ſtillſchweigende Anerkennung für die in der Ehe gebornen Kinder gebe: bey unehelichen Kindern dürfte wohl nur eine ausdrückliche angenommen werden können: daß man das Kind als das ſeinige behandelt und ihm ſogar eine ſtandesmäßige Erziehung geben laſſen, dürfte nicht dafür zu halten ſeyn. Bey illegitimen Geburten entſcheidet allein Anerkennung für die Paternität: etwas anderes iſt es mit der obligatio zur Alimentation des Kindes, für welche ſchon die Einräumung des Beyſchlafs um die Zeit der Conception oder der geführte Beweis deſſelben entſcheidet. Nach gemeinem Recht würde ſich daher überall kein Fall denken laſſen, wo der Richter ſchon befugt wäre, von Amtswegen die Paternität auszuſprechen, denn wenn auch der Beyſchlaf ohne alle exceptio plurium conſtupratorum eingeräumt worden iſt, ſo iſt er doch nicht befugt, den Schwängerer für den Vater des Kindes zu erklären: er iſt bloß befugt, denſelben zur Erfüllung derjenigen Obligationen für ſchuldig zu erkennen, welche die Geſetze als Folgen der Schwängerung eintreten laſſen. Von Seiten der Mutter kann auch nicht auf eine ſolche Anerkennung gedrungen werden, denn die actio praejudicialis de partu agnoſcendo ſteht nur einer ehelichen Mutter zu: die uneheliche iſt davon ausgeſchloſſen. Eben ſo wenig iſt dem unehelichen Kinde eine Klage auf ſeine Anerkennung zuſtändig. Gern möchte ich für meinen Theil der Braut und ihrem Kinde ſolche Rechtsmittel geſtatten, allein ich ſehe keinen Grund ein, wie ſie ſich vertheidigen ließen. Denn das Brautkind iſt nach Römiſchem Recht nicht mehr privilegirt als jedes andere uneheliche Kind: eher dürfte für die aus einem erlaubten Concubinat erzeugten liberos naturales eine Klage auf Anerkennung als ſolche anzunehmen ſeyn, denn hier iſt doch ein ſolches legitimes Verhältniß vorhanden, das wenigſtens ſich zur möglichen Anwendung der

Klage eignet a). Das Recht auf Agnition des Partus anzutragen, steht eigentlich bloß der ehelichen Mutter und ihren Ascendenten väterlicher Seits zu, in deren potestas sie sich befindet. Vorzugsweise wird es dadurch begründet, wenn eine geschiedene Frau schwanger ist, und der Mann behauptet, sie sey nicht von ihm schwanger b). Indeß ist es auch in allen Fällen keinem Zweifel unterworfen, wo der Mann ein aus der Ehe gebornes Kind nicht für das seinige anerkennen will. Es findet bloß im erstern Falle das Eigenthümliche statt, daß wenn auf die Anzeige der geschiedenen Frau von ihrer Schwangerschaft der Mann nicht derselben als einer von ihm herrührenden widerspricht, auch nicht die nöthigen gesetzlichen Vorkehrungen macht, um diesen Widerspruch hernach zu unterstützen, er zur Anerkennung des Kindes schlechthin gehalten ist c), und auf den schlimmsten Fall durch Zwangsmittel zur Agnition bestimmt werden kann. Dagegen verliert aber auch die geschiedene Frau alles Recht auf Anerkennung anzutragen, wenn sie die dem Manne zu seiner Sicherung gestatteten gesetzlichen Vorkehrungsmittel declinirt, oder es verabsäumt, durch Anzeige ihrer Schwangerschaft den Mann in den Stand zu setzen, von diesen Mitteln Gebrauch zu machen.

Mag aber die Mutter ein Versehen begangen haben, welches sie wolle, so kann dieses Versehen doch nie dem Kinde hinsichtlich der Verfolgung seiner eigenen und abgesonderten Rechte nachtheilig seyn.

§. 315.

Es giebt bekanntlich zwey zu Gunsten der aus der Ehe abstammenden Geburten eingeführte bonorum possessiones,

a) Siehe auch Gmelin über die Präjudicial-Klage *de partu agnoscendo.* Tübingen 1801.
b) *Dig. XXV*, 3, *L.* 1.
c) *Dig. c. l. L.* 1, §. 7, 8 u. 9.

die ventris und die ex edicto Carboniano. Die erstere hat den Schutz des noch ungebornen: die letztere den des bereits gebornen Kindes zum Zweck.

I. Bonorum possessio ventris. Diese bonorum possessio ist bedingt 1) durch den Tod des Mannes. 2) Durch die constatirte Schwangerschaft der Frau beym Ableben des Mannes. 3) Dadurch, daß das im Mutterleibe befindliche Kind nicht im väterlichen Testamente enterbt worden d). Die letzte Bedingung scheint jetzt darum wegfallen zu müssen, weil ohne rechtmäßige Enterbungsursachen kein Notherbe im Testament ausgeschlossen werden darf, und die Enterbungsursachen, welche das Gesetz ausspricht, überall nicht bey einem Kinde, am wenigsten bey einem ungebornen statt finden können. Zwar scheint das väterliche Testament in so fern entgegen zu stehen, daß es erst auf die Seite geschafft werden muß, ehe die bonorum possessio nachgesucht werden kann: indeß bedarf es wirklich nicht erst der Wegschaffung einer Disposition, die nach dem neuern Recht überall keinen rechtlichen Grund hat. Ohne eine gesetzliche Enterbungsursache anzuführen, würde das väterliche Testament an einer unheilbaren Nichtigkeit laboriren: wäre sie angeführt worden, so würde es nicht weniger nichtig seyn, weil ja das noch ungeborne Kind sich keiner Vergehungen hat schuldig machen können, die den Vater zur Enterbung berechtigen.

Es sollen zwar bey dieser, der Frau auf ihr, im Namen des ventris, angebrachtes Gesuch, zu ertheilenden bonorum possessio alle Zweifel zur Seite gelegt werden, die über die Frage erhoben werden könnten, an id quod in utero erit inter suos heredes futurum erit e); indeß ist es keine Frage, daß überall nicht reflectirt werden kann 1) auf den Antrag

d) *Dig. XXXVII, 9, L. 1. pr.*
e) *Dig. XXXVII, 9, L. 2.*

einer Frau, die im eilften Monat nach dem Tode des Mannes schwanger ist, 2) einer Frau deren Mann notorisch vor seinem Ableben anhaltend so lange abwesend gewesen ist, daß er unmöglich als Urheber der Schwangerschaft betrachtet werden kann. Eine dissolute Lebensart der Frau, wenn sie auch notorisch wäre, kann übrigens nicht berechtigen, das Gesuch um bon. poss. abzuschlagen, weil solche der Legitimität einer aus der Ehe herrührenden Geburt überall nicht schadet.

Es soll, wenn der venter in die Possession gesetzt wird, ein curator ventris et bonorum zugleich ernannt werden, der inzwischen das Vermögen verwaltet und für den Unterhalt der Schwangern sorgt, überall die Obliegenheit eines eventuellen Vormundes erfüllt. Der venter bleibt so lange in der Possession, bis entweder die Geburt erfolgt, wo die bürgerlichen Rechte des Gebornen beginnen, oder bis er abortirt (worunter sowohl der eigentliche Abortus als das todtgeborne Kind begriffen ist, oder klar wird, daß gar keine Schwangerschaft vorhanden war *f*). Die Restitution der bezogenen Alimente findet nur statt, wenn die Schwangerschaft böslicher Weise war vorgegeben worden *g*).

Wenn man übrigens will, so ist diese bonorum possessio von einer doppelten Art. Die eine, wovon *Dig. XXXVII, 9.* die Rede ist, und welche als possessio ventris erscheint, ist gegen den Inhalt des väterlichen Testaments gerichtet, wenn nur darin nicht die Enterbung ausgesprochen worden ist. Die andere, wovon *Dig. XXV, 5.* gesprochen wird, und welche als bonor. poss. ventr. nomine vorkommt, setzt den Fall der Intestat-Succession voraus. Indeß kommt diese Unterscheidung wirklich weiter nicht in Betracht, da die Grundsätze dieselben sind, und wird immer der venter in die Pos-

f) *Dig. XXXVII, 9, L. 1, §. 27.*
g) *Dig. cit. loc. L. 1. §. ult. u. L. 3.*

session gesetzt, welcher hier wegen Inseparabilität aus Mutter und Kind zusammen besteht, doch immer so, daß das Kind dabey als die Hauptperson erscheint [h]). So dürfte sich denn auch sehr leicht erklären lassen, warum, weil die Mutter doch immer als der handelnde Theil erscheint, und zugleich durch ihr Kind besitzt, auch von ihr das Gesuch um die bonorum possessio ausgeht, sie für die custodia possessionis verantwortlich gemacht, und zum Ersatz alles Schadens verurtheilt wird, wenn durch ihren dolus oder ihre culpa der Besitz auf einen Andern übergegangen ist [i]).

II. Bonorum possessio ex edicto Corboniano. Welche von den beiden bonor. possess. die älteste ist, dürfte nicht zweifelhaft seyn, wenn auf *Dig. XXXVII, 9, L. 1, §. 14.* allein Rücksicht genommen wird, wo ausdrücklich gesagt wird, die bonorum possessio ventris sey nach dem Beyspiel des Carbonianischen Edicts eingeführt worden. Und dennoch ist nicht bloß wahrscheinlich, sondern wohl als gewiß anzunehmen, daß die bonorum possessio ventris älter ist. Man hat nur auf den oben von mir gemachten Unterschied Rücksicht zu nehmen: diejenige bonorum possessio ventris, welche

h) Gegen diese Sätze dürfte sich wohl im Allgemeinen nichts einwenden lassen, aber eine Frage ist, ob doch nicht zwischen bonor. possessio ventris nomine und b. p. ventris ein Unterschied gewesen. Ob nicht folgende Darstellung, die ich aber für nichts weiter als für eine simple Conjectur ausgebe, aus der Sache helfen dürfte. Die Wittwe oder die geschiedene Frau konnte sich durch ihren Lebenswandel des Antrags auf b. p. nomine ventris durchaus unwürdig gemacht haben, den sie doch auch mit zum Behuf ihrer Alimentation machte. Alsdann wurde auf ihren Antrag ein Curator bestellt, der für den venter die b. p. nachsuchte. Die mulier wurde alsdann nicht ventris nomine in den Besitz gesetzt, sondern bloß der venter, wobey sie freylich immer mit begriffen war, aber doch nicht als ventris nomine eingesetzte Person erschien.

i) *Dig. XXV, 5, L. 1, §. 1 u. 2.*

nicht gegen den Inhalt des väterlichen Testaments gerichtet ist, ist unstreitig älter als das Carbonianische Edict, wogegen die andere, welche gegen das väterliche Testament geht, erst nach dem Beyspiel des Carbonianischen Edicts eingeführt worden ist. Die bonorum possessio ex edicto Carboniano geht vorzugsweise eben so gut als die letztgenannte bonorum possessio ventris gegen den Inhalt des väterlichen Testaments und ist hernach auf andere Fälle ausgedehnt worden. Man könnte zwar annehmen, eben die Bewandtniß habe es auch mit der bonor. poss. ventris, allein schon die individuelle Beschaffenheit derselben macht einen solchen Schluß unzulässig. Unstreitig war der Inhalt des Carbonianischen Edicts anders als ihn Ulpian *Dig. XXXVII, 10, L. 1.* angiebt. Hier erscheint derselbe schon in seiner erweiterten Gestalt. Denn die bon. poss. ex Carboniano edicto steht unter der bon. poss. contra tabulas, auch wird §. 3. des gedachten Gesetzes gesagt, diese bon. poss. komme nur denjenigen zu, welchen die bon. poss. contra tabulas überhaupt gestattet worden. Ursprünglich gieng diese bon. poss. gewiß nur gegen den Inhalt des väterlichen Testaments, worin der impubes zwar nicht enterbt worden, welches aber doch seinem Civilerbrecht entgegenstand, wenn man ihm entgegensetzte, er sey nicht inter liberos, aber in der Folge wurde sie auch auf alle andere Fälle ausgedehnt, wo man auch, ohne daß das väterliche Testament entgegengestanden hätte, ihm quaestionem status machte. Das veränderte oder vielmehr ausgedehnte Prinzip der bon. poss. ex edicto Carboniano spricht nun Ulpian aus, wenn er sagt „si cui controversia fiet an inter liberos sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur ac si nulla de ea re controversia esset, et judicium in tempus pubertatis causa cognita differtur." Darnach geht diese bon. poss. offenbar sowohl auf den Fall der testamentarischen als der Intestat-Succession, und ist der Zweck derselben, daß der impubes

zum

zum alleinigen Mitbesitz des väterlichen Vermögens ohne Berücksichtigung der Einwendung „an etiam inter liberos sit" gelangen soll.

Es ist ganz gleichgültig, ob von den Verwandten oder dem Fiscus dem impubes die Einwendung „an etiam inter liberos sit," und ob sie bey der Intestat- oder testamentarischen Succession gemacht wird. Nur darf dem die bon. poss. nachsuchenden impubes nicht die väterliche Enterbung entgegenstehen, welche jedoch nach dem ältern Recht nur dann zu berücksichtigen ist, wenn ihr nicht die Ursache, daß der *impubes* aus einem Ehebruche erzeugt sey, hinzugefügt war. Denn in diesem Fall, wo ihm das väterliche Testament selbst es streitig macht „an inter liberos sit" kommt ihm dagegen das Carbonianische Edict eben so zu Hülfe, als wenn der Grund der Controvers von den Verwandten selbst herrührte. Nach dem neueren Recht würde der bon. poss. ex edicto Carboniano wohl nur eine väterliche Enterbung aus einer nicht bloß in den Gesetzen gegründeten Enterbungsursache, sondern auch einer solchen zustehen, die überall dem impubes nur zur Last fallen kann.

Die bon. poss. ex edicto Carboniano soll nicht anders ertheilt werden können, als nach vorgängiger Untersuchung der Sache. Die causae cognitio soll auf zwey Puncte gerichtet werden: der eine Punct ist, ob die bon. poss. überall zulässig sey, der zweyte, ob es dem impubes auch wirklichen Nutzen bringe, wenn die Untersuchung über die ihm gemachte quaestio bis zur Pubertät aufgeschoben wird.

Was den ersten Punct betrifft, so ist hier die Stelle *Dig. XXXVII, 10, L. 3, §. 4.* „Causae cognitio in eo vertitur, ut si manifesta calumnia appareret eorum qui infantibus bonorum possessionem peterent, non daretur bonorum possessio. Summatim ergo, cum petitur ex Carboniano

bonorum poſſeſſio debet praetor cognoſcere. Et ſi quidem *abſolutam cauſam* invenerit, *evidenterque probatur* filium non eſſe, negare debet ei bonorum poſſeſſionem Carboniana: ſi vero ambiguam cauſam, hoc eſt vel *modicam* pro puero facientem, *ut non videatur evidenter filius non eſſe*, dabit ei Carbonianam bonorum poſſeſſionem" entſcheidend. Man ſieht daraus, daß die cauſae cognitio bloß darauf gerichtet iſt, ob nachgewieſen worden iſt, daß derjenige, für welchen bon. poſſ. nachgeſucht wird, nicht inter liberos ſeyn könne, oder nicht. Im erſtern Fall iſt die bon. poſſ. abzuſchlagen, im zweyten zuzulaſſen. Iſt die Frage nur im Mindeſten zweifelhaft, und ſind auch nur einige Gründe für den impubes vorhanden, ſo muß zu ſeinem Beſten auf Zuläſſigkeit der b. p. erkannt werden. Ganz klar kann daher nur die nachgeſuchte bon. poſſ. ex edicto Carbon. in folgenden Fällen abgeſchlagen werden: 1) wenn erhellt, daß der impubes überall nicht aus der Ehe geboren war. Per ſubſequens matrimonium oder per reſcriptum principis legitimirten Kindern ſo wie den Adoptivkindern ſteht daher überall dieſe bon. poſſ. eigentlich nicht zu: vermöge der interpretatio kann ſie jedoch auch auf ſie angewendet werden. 2) Wenn erwieſen wird, daß der impubes erſt im eilften Monat nach Aufhebung der Ehe geboren war, oder zur Zeit der Conception keine Gemeinſchaft unter den Ehegatten ſtatt haben konnte. Da, wie oben gezeigt worden, ſelbſt die von dem Vater geſchehene Enterbung aus dem Grunde, weil das Kind aus einem Ehebruch erzeugt ſey, nicht reſpectirt wird, ſo können ſich auch die übrigen Kinder oder Verwandten auch um ſo weniger einer ſolchen Erklärung als Beweismittel gegen die Legitimität des impubes bedienen.

So viel den zweyten Punct betrifft, iſt *Dig. c. l. L. 3, §. 6.* „Hoc autem diligentiſſime Praetori examinandum eſt, an expediat pupillo repraeſentari cognitionem an po-

tius differri in tempus pubertatis: et maxime inquirere hoc a cognatis, matre, tutoribusque pupilli debet. Finge esse testes quosdam, qui dilata controversia, aut mutabunt consilium, aut decedent, aut propter temporis intervallum non eandem fidem habebunt, vel finge anum esse obstetricem vel ancillas, quae veritatem pro partu possunt insinuare, vel instrumenta satis idonea ad victoriam, vel quaedam alia argumenta, ut magis damnum patiatur pupillus quod differtur cognitio quam compendium quod non repraesentatur: finge pupillum satisdare non posse et admissos in possessionem, qui de hereditate controversiam faciunt, multa posse subtrahere, novare, moliri: aut stulti aut iniqui Praetoris erit rem in tempus pubertatis differre cum summo ejus incommodo, cui consultum velit. Divus enim Hadrianus ita rescripsit: quod in tempus pubertatis res differri solet, pupillorum causa fit, ne de statu periclitentur, antequam se tueri possint: caeterum si idoneos habeant, a quibus defendantur, et tam expeditam causam, ut ipsorum interfit mature de ea judicari et tutores eorum judicio experiri volunt, non debet adversus pupillos observari quod pro ipsis cogitatum est et pendere status eorum cum jam possit indubitatus esse" entscheidend. Das Carbonianische Edict hat bloß den Vortheil des impubes zum Gegenstande: würde also der impubes durch die Aufschiebung des Rechtsstreits bis zur Pubertät leiden durch den inzwischen möglichen Abgang der Beweismittel oder auf andere Weise, so kann der Rechtsstreit seinen Fortgang nicht nur nehmen, sondern muß ihn sogar nehmen. In unserer Zeit, wo die Abhörung der Zeugen zum ewigen Gedächtniß statt findet, läßt sich nun gar nicht der Fall denken, daß der impubes durch die Verschiebung des Rechtsstreits bis zur Pubertät wegen der Beweismittel gefährdet werden könnte. Man muß daher behaupten, die Verschiebung des Rechtsstreits

finde heut zu Tage nur dann nicht statt, wenn andere wichtige Gründe vorhanden sind, denselben fortgehen zu lassen.

Im Geiste des Carbonianischen Edicts wird die quaestio status bis auf die Zeit der Pubertät, nicht nur für den Fall der Erbschaften, sondern auch für den der Fideicommisse und Legate verschoben [a]). Von dem Verhältniß der bonor. poss. ex edicto Carbon. zu der bon. poss. ordinaria und den Verbindlichkeiten, welche hinsichtlich derselben statt finden, wird an einem andern Orte die Rede seyn.

§. 116.

Die Verpflichtung zur Alimentation hängt nach Römischem Recht vorzugsweise von der Zeugung ab, wenn nicht Vertrag oder Testament dazu verpflichten. Ob die Zeugung eine natürliche oder erdichtete ist, ist ganz gleichgültig: die obligatio ist durchgängig gegenseitig. In die Kategorie der erdichteten Erzeugungen stellen die Gesetze nicht bloß die Adoption, sondern auch die Freylassung, weil hier der Patron der Urheber der bürgerlichen Existenz des Freygelassenen ist.

In Ansehung

1) der natürlichen ehelichen Eltern und Kinder hat die obligatio reciproca ad alendum auch nicht den geringsten Zweifel. Deutlich ist in den Gesetzen ausgesprochen worden, daß nicht bloß die Eltern, sondern auch, wenn diese gestorben sind, oder nicht im Stande sind die Alimentation zu bestreiten, die Großeltern von beiden Linien zutreten sollen. Umgekehrt ist das wieder der Fall, wenn die Eltern oder Großeltern darben [b]).

Die Verpflichtung der Eltern geht nicht bloß auf die Alimente, sondern auch nach *Dig. XXV, 3, L. 5,*

a) *Dig. XXXVII, 10, L. 3, §. 1.*
b) *Dig. XXV, 3, L. 5, §. 1 u. 2.*

f. 12. auf die caetera onera liberorum. Die caetera onera können hier nichts anders seyn, als was das Kind außer den natürlichen Alimenten noch zu seiner Erziehung, Ausbildung und Forthülfe bedarf. Die praestatio dotis et subsidii paterni ist hier unstreitig zugleich gemeint: zur Dotation ist schon der Vater nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze verbunden: die väterliche Anhülfe scheint durch die Römische Gerichtspraxis gleichfalls zur Schuldigkeit erhoben worden zu seyn. Die obligatio der Eltern scheint hier ausgedehnter zu seyn, als die der Kinder, und ist es auch wirklich, was aber schon in der Natur der Sache liegt. Es dürfte indeß keinem Zweifel unterworfen seyn, daß wenn die Eltern verarmen, die vermögenden Kinder nicht bloß schuldig sind, denselben ihr Leben zu fristen, sondern auch ihnen die nöthigen Bequemlichkeiten des Lebens zu verschaffen. Vorzugsweise ist der Vater zur Alimentation verpflichtet: die Mutter nur zur Hülfe, daher wenn sie aus ihrem zu ihrer Disposition vorbehaltenen Vermögen Alimente vorgeschossen hat, sie befugt ist solche zurückzufordern c) es sey denn, daß sie bloß materno affectu etwas gegeben habe, was immer angenommen werden muß, wenn es der Vater dem Kinde an nichts hat fehlen lassen. Man ist daraus zu argumentiren wohl befugt, daß wenn die Eltern gestorben oder unvermögend geworden sind, vor allen die väterlichen Ascendenten zur Alimentation verpflichtet sind, und die mütterlichen Ascendenten nur dann erst in die obligatio eintreten, wenn sie auch nicht von den väterlichen Ascendenten erfüllt werden kann.

c) *Dig. c. l. §. 14.*

Die obligatio ad alendum findet ohne Unterschied statt, das Kind möge noch suus oder emancipatus seyn [d]): denn allein die Zeugung, nicht die patria potestas ist der Grund derselben. Umgekehrt kann eben so gut der Vater Alimente von dem emancipatus als dem suus verlangen. Aber die obligatio ad alendum darf nie so weit ausgedehnt werden, daß sie auch die Bezahlung der Schulden in sich begriffe [e]). Unter Schulden sind hier alle von Eltern und Kindern contrahirte Obligationen zu verstehen, heißen sie wie sie wollen, in so fern sie auch durch einen Andern erfüllt werden können.

Was

2) die natürlichen unehelichen Eltern und Kinder betrifft, wohin auch die gezählt werden müssen, welche zwar der Form nach eheliche sind, wo aber die Ehe durchaus nach den Gesetzen nichtig ist, so leidet es nach dem Recht der Pandecten keinen Zweifel, daß sobald die Paternität durch Anerkennung constirt, auch die obligatio ad alendum angenommen werden muß. Denn nach *Dig. XXV, 3, L. 5, §. 4.* soll auch die Mutter schuldig seyn, die vulgo quaesitos zu alimentiren. Vollends hat Justinian in der Nov. 89. c. 15. die Verbindlichkeit aller unehelichen Väter die von ihnen erzeugten Kinder zu alimentiren, mit alleiniger Ausnahme derer, welche es sind ex complexibus aut nefariis, aut incestis, aut damnatis, ausgesprochen. Denn ganz klar erhellt aus dem Eingang der Novelle sowohl als aus dem c. 15. selbst, daß

d) *Dig. l. c. §. 14.*
e) *Dig. c. l. §. 16.*

hier nicht bloß von liberis ex concubina natis, sondern von allen unehelichen Kindern die Rede ist *f*). Nur ist die Frage, ob auch ohne Anerkennung die obligatio ad alendum nach Römischem Recht statt findet, und wie weit sich die obligatio erstreckt.

Ich unterscheide, ob zwischen den Eltern notorisch ein Concubinat oder gar eine äußere Ehe fest stand, oder sonst erwiesen war oder nicht. Im ersten Fall genügte die Geburt aus dem Concubinat hinlänglich, um die Alimentation zu verlangen, und lag dem angeblichen Vater der Beweis ob, daß das Kind nicht von ihm erzeugt worden. Im letztern Fall fand ohne Anerkennung keine obligatio ad alendum statt. Einen Schwängerungs-Prozeß, wie er bey uns statt findet, scheinen die Römer wirklich nicht gekannt zu haben. Ich habe bereits oben bemerkt, daß es keine angewandte Prajudicialklage de partu agnoscendo für den Fall gebe: auf Entschädigung wegen erlittener Schwängerung konnte allerdings geklagt werden. Fand sich dabey die freywillige Agnition, so mußte sich auch die obligatio zur Alimentation von selbst finden.

Bekanntlich ist der Justinianischen Bestimmung, daß alle, welche ex complexibus nefariis aut incestis aut damnatis erzeugt worden sind, der Alimente entbehren sollen, durch das kanonische Recht *g*) derogirt worden, so daß bey uns jetzt ohne Unterschied alle un-

f) Die meisten Rechtslehrer verstehen freylich das Gesetz nur von liberis ex concubina natis, und haben in so fern den Sprachgebrauch der Römer für sich; allein in der neueren Zeit nahm man auch liberi naturales oft für alle uneheliche Kinder, und es liegt klar am Tage, daß der Ausdruck in dieser Bedeutung gebraucht worden ist.

g) *C. S. X. de eo qui duxit, quam publ.*

ehelichen Kinder auf Alimentation Anspruch machen können. Und da nach dem Herkommen bey uns der Schwängerungs-Prozeß statt findet, in welchem die Geschwächte nicht bloß auf Privatgenugthuung, sondern auch auf Alimentation ihres Kindes anträgt, so ist auch die Verpflichtung zur Alimentation zugleich so oft angenommen worden, als entweder nach dem Geständniß des Verklagten oder dem von der Geschwängerten geführten Beweis, Zeit des Beyschlafs und der Conception mit einander übereinstimmen.

Es fragt sich nur 1) was begreift hier die obligatio ad alendum in sich? 2) Ist sie gleichfalls reciprog? 3) Kann angenommen werden, daß sie eben so gut eine obligatio der entferntern Ascendenten sowohl väterlicher als mütterlicher Seits ist, als bey ehelichen Kindern?

In Absicht der erstern Frage wird bekanntlich gemeinhin behauptet, der Vater habe seinen unehelichen Kindern bloß alimenta naturalia, nicht auch civilia zu geben *h*). Man will bloß bey Kindern, die aus einem matrimonio putativo abstammen, eine Ausnahme gemacht wissen, weil solche Kinder sogar rücksichtlich der Erbfolge als legitimi vel quasi betrachtet werden. Die Verbindlichkeit der Mutter, ihren unehelichen Kindern nicht bloß alimenta naturalia, sondern auch civilia zu geben, scheint mir durch die oben citirte Pandectenstelle völlig anerkannt. In Ansehung des Vaters findet sich im Römischen Recht darüber keine Entscheidung. Hinsichtlich der aus einem Concubinat erzeugten Kinder oder der eigentlich sogenannten liberi naturales scheint

h) Siehe Thibaut System des Pandecten-Rechts Th. 1. §. 348, und die von ihm angeführten Rechtslehrer.

es mir auch gar nicht zweifelhaft, daß der Vater ihnen eben so gut zu natürlichen sowohl als bürgerlichen Alimenten verpflichtet ist. Denn daß die liberi naturales keine ehelichen Kinder sind, und auch hinsichtlich der väterlichen Erbfolge nicht volle Rechte haben, hat mit der obligatio ad alendum auch gar nichts zu schaffen. Die Frage kann also bloß in Ansehung der übrigen unehelichen Kinder statt finden.

Der obengedachte Umstand, daß die obligatio ad alendum eigentlich nichts mit der ehelichen Geburt zu schaffen hat, sondern bloß von der Zeugung abhängt, und nach ausdrücklicher Bestimmung der Gesetze bloß aus der aequitas selbst bey ehelichen Kindern abgeleitet wird, und hier nicht bloß die Schuldigkeit für die alimenta civilia, sondern auch für die übrigen Bedürfnisse der Kinder zu sorgen in sich begreift, bestimmt mich zu der Behauptung, daß derjenige, dessen Paternität juristisch constirt, allen Kindern ohne Unterschied, sie mögen eheliche oder uneheliche seyn, nicht bloß alimenta naturalia zu geben, sondern auch für ihre übrigen Bedürfnisse zu sorgen schuldig sey. Nur in Ansehung derjenigen Kinder, welche in der *Nov. 89, c. 15.* von allem Genuß der Alimentation ausgeschlossen werden, möchte ich eine Ausnahme machen. Denn das kanonische Recht billigt ihnen nur alimenta naturalia zu, für die übrige Alimentation besteht noch die Vorschrift des Römischen Rechts.

Den Beweis, daß die übrigen unehelichen Kinder auch von ihrem Vater alimenta civilia begehren können, glaube ich so zu führen. 1) Nicht die eheliche Zeugung, nicht die patria potestas, sondern die Zeugung allein und die aequitas ist das Fundament der obligatio ad alendum überhaupt. 2) Wird gleich

nur bey ehelichen Kindern diese obligatio auch in Ansehung der alimenta civilia oder der übrigen Prästationen, welche außerhalb der alimenta naturalia liegen, angenommen, so muß sie doch eben so gut bey unehelichen Kindern wegen der völligen Gleichheit des Grundes statt finden. Denn nirgends wird die gesetzliche Bestimmung ausdrücklich auf eheliche Kinder beschränkt: daß ihrer dabey vorzugsweise Erwähnung geschieht, ist sehr natürlich. 3) Es liegt klar am Tage, daß politische Gründe die obligatio ad alendum mit herbeygeführt haben, nämlich daß die Kinder tüchtige Staatsbürger werden sollen. Diese Gründe treffen eben so gut bey unehelichen als bey ehelichen Kindern zu. 4) Es ist etwas anders, standesmäßige Erziehung und Ausbildung und eine Erziehung und Ausbildung zu nützlichen Bürgern. Auf jene können nur alle eheliche Kinder, auf diese aber auch uneheliche Kinder Anspruch machen.

Freylich steht dieser Ansicht nun die bisherige Praxis entgegen, nach welcher unehelichen Kindern bloß alimenta naturalia, oft genug nur nach einem sehr kargen Zuschnitt, zugebilligt werden. Allein diese Praxis beruht auf dem Wahn, als hätten uneheliche Kinder mit Ausnahme der ex concubina nati überall keinen Anspruch auf Alimente, und seyen ihnen erst durch das Herkommen alimenta naturalia in neuerer Zeit zugebilligt worden. Aber nicht bloß das Römische Recht erkennt die Schuldigkeit des juristisch feststehenden Vaters an, den unehelichen Kindern sowohl alimenta naturalia als civilia zu geben: auch im kanonischen Recht ist sie stillschweigend dadurch anerkannt worden, daß denjenigen, welchen *Nov. 89. c. 15.* alle Alimente entzogen worden sind, wenigstens die alimenta

naturalia sind wieder gegeben worden. So sehr ich auch sonst das Herkömmliche achte, so glaube ich doch, daß man es hier um so eher verlassen könne, als es auf falscher Interpretation der Römischen Gesetze beruht.

Ich komme zur Beantwortung der zweyten oben angedeuteten Frage. Steht fest, daß der Vater bey unehelichen Kindern eben so gut als bey ehelichen außer den natürlichen Alimenten auch noch für die übrigen Bedürfnisse derselben zu sorgen schuldig ist, so läßt sich an der Reciprocität der obligatio wohl um so weniger zweifeln, als dieselben Gründe gleichfalls für diese Reciprocität wie bey ehelichen Kindern vorhanden sind. In Ansehung der Mutter ist so die Reciprocität nie zweifelhaft gewesen.

Am schwierigsten scheint die Beantwortung der dritten Frage. Nimmt man an, daß der Vater überall nicht zur Alimentation seiner unehelichen Kinder mit alleiniger Ausnahme der ex concubina nati nach dem Römischen Recht verpflichtet gewesen, sondern die Verbindlichkeit, ihnen wenigsten natürliche Alimente zu geben, erst in einem neueren Herkommen sich gründe, so ist die Frage eher zu verneinen, als die Obligation der entfernteren Ascendenten zur Alimentation wirklich etwas Unregelmäßiges ist, und nur durch eine mit ihrem Consens abgeschlossene Ehe gerechtfertiget werden zu können scheint. Nimmt man an, der Vater sey den unehelichen Kindern auch schon nach dem Römischen Recht durchgehends zu Alimenten verpflichtet, so steht doch immer wieder der Umstand im Wege, daß die Alimentation für die entfernteren Ascendenten etwas Außerordentliches und sie sehr Beläſtigendes ist, und daß solche odiosa eher eingeschränkt als ausgedehnt er-

klärt werden müssen. Daß die obligatio des unehelichen Vaters aus einer unerlaubten Handlung entsteht, kommt freylich allerdings auch in Betracht; noch mehr, daß ohne Einwilligung des Großvaters hier gehandelt worden ist. Ich bin daher der Meinung, daß die Großeltern nur alsdann zur Alimentation der unehelichen Kinder ihrer Kinder angehalten werden können, wenn sie einem ihnen bekannten unehelichen Umgang nicht gesteuert, oder gar darin förmlich gewilligt haben.

Rücksichtlich

3) der Adoptiv-Eltern und Kinder muß die obligatio ad alendum, so lange das Adoptions-Verhältniß dauert, ganz nach den Grundsätzen von natürlichen ehelichen Eltern beurtheilt werden. Ist aber solches aufgehoben worden, so läßt sich auch die Fortdauer der obligatio ad alendum nicht weiter behaupten.

4) Zwischen dem Patron und den Freygelassenen besteht eine gegenseitige obligatio ad alendum [i]), welche man nicht auf unsere Gutsherren und die von ihnen manumittirten Leibeigenen ausdehnen kann, weil durch diese Manumission keine eigentliche bürgerliche Zeugung begründet wird.

Außer der Zeugung entspringt auch noch die Verpflichtung zur Alimentation aus der ehelichen Verbindung. Die Verwandtschaft allein und die Schwägerschaft, wenn auch beide noch so nahe seyn sollten, begründen keine obligatio zu Alimenten [k]). Daß Geschwister sich gegenseitig das

i) *Dig. XXV*, 3, *L.* 5, §. 18.

k) Man vergleiche hier vorzugsweise Thibaut Versuche B. 1. Abh. 12. und Weber in den Noten zu Höpfners Commentar §. 105. not. 2.

beneficium competentiae zugestehen müssen, beweist nichts für die Schuldigkeit, sich auch gegenseitig, wenn sie es bedürfen, Alimente zu prästiren: denn es ist etwas anders einen Schuldner nicht ganz auszuziehen zu dürfen, und wieder etwas anders, ihm, wenn er darbt, Alimente prästiren zu müssen. Die Stellen aber, aus welchen man geradezu die Verbindlichkeit der Geschwister, sich gegenseitig Alimente zu leisten, ableitet, beweisen sämmtlich nichts. *Dig. XXVI, 7, L. 13, §. 2.* u. *XXVII, 3, L. 4.* reden bloß von dem Fall, wo der Vormund eines Pupillen die dessen Erblasser obliegenden Verbindlichkeiten erfüllt. Der Vater hatte seinen Sohn im Testament zum Universalerben ernannt, und die Tochter entweder mit einem unbedeutenden Vermächtniß oder mit gar nichts bedacht. Wenn auch der Vater nach dem ältern Recht frey über sein Vermögen gebieten konnte, so konnte er doch seinen Kindern nie die Alimente entziehen. Wenn also der Vormund der Tochter, welche nicht subsistiren konnte, Alimente aus der väterlichen Erbschaft verabreichte, so that er nichts weiter, als die absolute Verpflichtung des Verstorbenen erfüllen. Die Stelle aus Paulus *Lib. 38. ad Edictum (Dig. XXVI, 7, L. 12, §. 3.)*, worauf Thibaut einen besondern Werth legt, ist von völlig gleichem Gehalte. Der Vormund wird darin für schuldig erklärt, der leiblichen Schwester des Pupillen eine dos zu geben — versteht sich aus der väterlichen Erbschaft. Er erfüllt hier bloß im Namen des verstorbenen Vaters dessen Verbindlichkeit, der ja seine Tochter zu dotiren schuldig war. Von Alimenten ist übrigens in der Stelle nicht die Rede. Die Frage ist, ob Geschwister sich gegenseitig aus ihrem eigenthümlichen Vermögen, und ohne daß die vorhingedachten Verhältnisse dazwischen treten, alimentiren müssen, und zur Bejahung dieser Frage findet sich durchaus kein Grund im Römischen Recht. Wir müssen sie also um so mehr verneinen, als die Verbindlichkeit zur Ali-

mentation als etwas Außerordentliches und Lästiges angenommen worden ist, und selbst in den Fällen, wo die obligatio dazu feststeht, nach der Vorschrift der Gesetze mit möglichster Schonung gegen den Verpflichteten verfahren werden soll.

Es ist noch die Frage zu untersuchen, in wie fern die Erben des zur Alimentation Verpflichteten dessen Verbindlichkeiten zu erfüllen schuldig sind. Es heißt *Dig. XXV, 3, L. 5, §. 17.* Item rescriptum est, heredes filii ad ea praestanda quae vivus filius ex officio pietatis suae dabit, invitos cogi non oportere: nisi in summam egestatem pater deductus est. Sehr natürlich kann hier nur von heredibus extraneis oder solchen Erben, die nicht schon ex propria persona zur Alimentation verpflichtet sind, die Rede seyn. Das Gesetz redet bloß von dem der Alimente bedürftigen Vater: nur für den Fall seiner höchsten Dürftigkeit sollen sie angehalten werden können, Alimente herzugeben. Ueber den Fall, wo das Kind der Alimente bedarf, ist nirgends entschieden worden. Ich glaube, hier muß die obligatio der fremden Erben um so mehr eintreten, als ein Vater nach Römischem Recht keinem sein Vermögen so hinterlassen kann, daß er die Kinder um die Alimente und die Tochter um den Brautschatz brächte. Das letztere fällt nun zwar bey uns weg, weil ein Vater nicht mehr zur Dotation seiner Tochter gezwungen werden kann, allein das erstere muß im unveränderten Gebrauche erhalten werden. Wo bey dem Vater die dringendste Noth nur den Erben des Sohnes zur Alimentation verpflichten kann, da ist bey dem Sohne der Erbe des Vaters schon durch das Bedürfen verpflichtet.

Daß selbst die Verpflichtung des Vaters, seine Kinder zu alimentiren, wegfällt, wenn die Kinder eigenes hinlängliches Vermögen haben, ist bekannt.