

PANDEKTEN

nach Prof. v: Savigny

Berlin im Wintersemester 1824/25

EINLEITUNG

Die Auswahl der zu behandelnden Gegenstände muß planmäßig getroffen werden, theils wegen der Massa des vorhandenen Materials, theils der vielen Controversen und verschiedenen Ansichten wegen. Eine zweckmäßige Auswahl ist der Zweck dieses Collegii. Wie ist diese zu treffen? Man glaubt: eine Summe von Rechtsregeln müsse ausgehoben werden, was hinsichtl des practischen Ziels sehr wahr ist; allein dieser Zweck kann durch Erlernung der Rechtsregeln, wie man will, nicht erreicht werden, wegen der so großen Mannigfaltigkeit der Fälle, worauf diese Regeln angewendet werden sollen. Diese stets sich neu erzeugende Mannigfaltigkeit der Fälle läßt sich voraus nicht berechnen. – Die Methode müssen wir aufstellen, woraus die Regel für jeden vorkommenden Fall entwickelt werden kann.

Im römischen Recht müssen wir die Entstehung der vorhandenen Regeln aufsuchen, und uns so ihres Principis bemächtigen. Die Arbeit der römischen Juristen ist unvollendet, weil sie es in materiel- [2]
ler Hinsicht unvollendet bleiben muste; in ihrem Geiste müssen wir dieselbe fortsetzen. Dies ist die historische Methode, mit Unrecht der Practischen oft entgegengesetzt.

Betrachten wir die Art, wie sich das Recht im Großen und Ganzen entwickelt hat. Recht entwickelt sich aus Recht, wie bei dem vertragsmäßigen Verhältniß zweier Personen. In der Entwicklung ist jenes Größere und dieses Kleinere identisch.

Wie ist ein positives Recht wirklich entstanden,? historischer Sinn.

Wie soll ein positives Recht eigentlich entstehen? politischer Sinn.

Auf diese Fragen hat man 2erlei Antworten gegeben: Alles positive Recht soll und ist entstanden durch die Willkühr des Gesetzgebers. Diese Ansicht führt auf die falsch practische Methode der Behandlung des römischen Rechts.

Alles positive Recht entsteht aus einer inn'ren historischen Nothwendigkeit, Gewohnheitsrecht; historische oder genetische Methode. Die Einwirkung der Gesetzgebng weder als factum noch als Recht wird hiebei geläugnet. Aber ein positives Recht war vorhanden vor der Handlg der gesetzgebenden Gewalt, sie entwickelt, schützt, hilft nach. Diese Ansicht ist oft mißverstan- [3]
den, aber eine allg:

menschliche Richtung liegt ihr zu Grunde. Auch wird mit dieser Ansicht das philosophische keineswegs ausgeschlossen.

Auch sagen jene, das positive Recht einer Nation müsse in Gesetzbüchern aufbewahrt seyn; auf die gleichförmige Uebung u Gewißheit des Rechts wollen sie damit hinwirken. Allein dieses feste gar nicht schwankende kann nicht durch ein möglichst vollständiges Gesetzbuch erreicht werden. Eine solche Vollendung ist nicht denkbar. Nur durch Tradition läßt sich Rechtsgewißheit, Gleichförmigkeit erlangen. Das Gesetzbuch in der höchsten Vollendung würde der Rechtswissenschaft nichts mehr übrig lassen.

Drei Elemente müssen bei der Behandlg der Rechtswissenschaft zusammenwirken: 1 die systematische, 2 die historische 3. die exegetische. Ad 1. Die systematische Behandlg wird oft zu äußerlich genommen, man denkt oft blos an die Anordnung u Folge der Grundsätze, aber der innre wesentliche Zusammenhang soll dargestellt werden, u unser Streben sei uns diesem Ideal zu nähern.

Ad 2. Die historische Thätigkeit soll unsre Wissenschaft zugleich als Geschichte behandeln. Eine stete Fortbildung besteht im Rechtszustand der Nationen. Die Frage ist immer: wie ist jenes System fortschreitend gewesen; so behandeln wir es selbst als Gegenstand der Geschichte. Ad 3. Die exegetische Thätigkeit als Nachhülfe durch Interpretation bei einem dunkeln unvollkommenen Gesetze.

Ist das positive Recht nicht aus Handlgen des Gesetzgebers entsprungen, woraus erkennen wir seinen Inhalt, sein Daseyn? Beim römischen Recht ist die Nation selbst nicht mehr, obschon es selbst neu belebt ist. Aus Anschauung, Erfahrung ist hier nichts zu schöpfen, und so sind wir zurückgeführt zum Studium historischer Quellen, Gesetzesurkunden. Wie ist dies wissenschaftl Studium nun zu behandeln? Aus den vorhandenen Denkmälern den Inhalt ausziehen wäre fruchtlos; vom Rechte der Römer müssen wir uns eine Anschauung zu erlangen suchen, in ihrem Geiste denken lernen. Die Behandlg in den Geist der Rechtsquellen künstlich auf wissenschaftl Wege einzudringen, wird die Interpretation seyn, und je vollkommener die Denkmäler, desto leichter wird unsre Aufgabe seyn. – Die Römer waren Meister der Interpretation, ein großer Theil der Pandecten besteht aus Interpretation von Sclden, Beschlüssen, Verträgen pp. Auch gibts einzelne Regeln der Interp: in den Quellen, die aber lückenhaft sind. Ihre Praxis im Tacte der Interp: ist höchst wichtig. |

[5] Durch welche Art von Vorlesungen, welche Bücher soll auf diesen Zweck hingearbeitet werden? Durch ganz versch: äußere Einrich-

tungen. In den Institutionen u Rechtsgeschichte wird theils die Geschichte der Quellen, die Art der Entwicklung des Rechtszustandes, eine innre Geschichte des römischen Rechts in summarischer Uebersicht, die Urkunden u Denkmäler aus denen wir schöpfen, auseinandergesetzt.

Pandecten. Ihr Zweck ist, das Rechtssystem in der Gestalt die es zuletzt unter Justinian angenommen, in größerer Vollständigkeit auseinanderzusetzen, in Verbindung mit der Interpretation der Quellen. Diese Quellen sollen auf eine 3fache Weise benutzt werden.

1. Eine Auswahl von Stellen soll einzeln interpretirt werden.

2. Andre Stellen werden einzeln angeführt werden, um sie vollständig nachzulesen, als integrireder Theil der Vorlesung.

3. Der größere Theil der Rechtsquellen wird weder citirt noch erklärt werden können, u sie sollen in einiger Verbindung mit den Vorlesungen gesetzt werden, zum allg: summarischen Ueberblick.

Die noch ausserdem zu benutzenden Bücher sind: Heise, Uebersicht und Anordnung, zugleich mit den Quellen der einzelnen Materien.^a |

Westenberg principia juris^b

[6]

Neben diesen Vorlesungen ist der Inhalt des Corpus iuris das wichtigste. Ein zweckmäßiger Commentar existirt nicht. Die Noten des Dionysius Gothofredus sind brauchbar als Citate der parallelstellen. Ausserdem ist ein juristisches Lexicon sehr wichtig, und das beste ist

Bri[s]sonius de verb: signif. Halle. folio.^c

Ueber die inn're Rechtsgeschichte

Antiquitates Heineccii durch Haubold.^d

Commentaria jurispr: antejust: in Schulting.^e

^a Heise, Georg Arnold, Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behufe von Pandecten-Vorlesungen, 3. Ausgabe, Heidelberg 1819.

^b Joannis Ortwinii Westenbergii Principia juris secundum ordinem Institutionum Imp. Justiniani in usum Auditorum vulgata Editio Tertia, em. Lugduni Bataavorum 1766 (Sav. PB 986).

^c Barnabae Brissonii de Verborum quae ad ius civile pertinent significatione opus praestantissimum, Justus Henning Böhmer, Halle/Magdeburg 1743 (Sav. PB 2^e 44).

^d Joannis Gottlieb Heineccii Antiquitatum Romanarum jurisprudentiam illustrantium syntagma ... adiecit Christian Gottlieb Haubold Francofurti ad M. 1841 (Sav. PB 478). Vermutlich hat Savigny die editio quinta Leovardiae et Franequerae 1777 (Sav. PB 477) in seiner Vorlesung benutzt.

^e Jurisprudentia vetus ante-justiniana. Ex recensione et cum notis Antonii Schultingii Lugduni 1717; Editio nova Lipsiae 1737; beide in Sav. PB (31 und 38).

Alle Bücher sollen historisch gelesen werden d:h in Verbindg mit dem ganzen Zusammenhang der Litteratur, wohin es als Einzelnes Stück gehört.

Wie muß für unsern Zweck das Passende gewählt werden? Das was für den innren Zusammenhang das wichtigste ist, was uns mit dem wissenschaftl Zusammenhang des römischen Rechts bekannt macht. Der Allg: Theil nach Heise ist daher zu beschränken.

§ 1. BEGRIFF U UMFANG DES GEM: CIVILRECHTS.

[7] Es hat sich historisch auf folg: Weise in Deutschland gebildet; es bildete sich ein doppeltes Recht, entw aus den besondern Staatsverhältnissen, den Gewohnheiten des einzelnen Landes, oder aus dem besondern Reichsverbande, | die deutschen Reichsgesetze. Die versch: Quellen des fremden Rechts waren dabei wirkend, römisches u canonisches Recht; die Reception geschah daher allen gemeinschaftlich um ihres Verhältnisses zum deutschen Reiche wegen. Auch sehr viele Rechtssätze des einheimisches deutschen Rechts gehören dahin. Zum gem: deutschen Recht gehören: a. die Reichsgesetze, b die recipirten fremden Rechte, nämlich römisches und canonisches Recht. c. einheimische Rechtssätze.

Was hatte die Auflösung des deutschen Reichs für Folgen auf das Recht? Einige behaupten, es habe im Augenblick der Auflösung des deutschen Reichs also der bisherigen Staatsgewalt auch das Privatrecht aufgehört, und nehmen dies consequent allgemein an. Ueberall aber hat man das Privatrecht bei Auflösung der Staatsgewalt als fortdauernd angesehen; es lehrt dies die Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. Diesem nach galt das, was früher fürs ganze Reich nach Auflösung desselben für jedes einzelne Reichsland, u in diesem Sinne hat sich der Begriff des gem: deutschen Civilrechts, indem er auf die Zeit zurückweißt, wo jene ganze Summe von Rechtssätzen entstanden, erhalten.

Römisches Recht.

Es war geltendes in allen Theilen des römischen Staatsgebietes geworden, theils durch die | Verpflanzg der Römer dahin; es romanisirten sich die Völker u dies geschah eher in den westlichen als östlichen Provinzen. Bei der Verschmelzung der Römer und Deutschen wurde das römische Element vorherrschend; die Erkenntniß desselben wurde immer schwerer; das römische Recht dauerte freilich kümmerlich auch nach der Auflösung des weströmischen Reichs fort. Im Jahr 1100 wurde das römische Recht was bisher in Italien, Gallien, Spanien dunkel fortgedauert, aufs neue wissenschaftlich belebt u angewendet; viele Deutsche zogen nach Italien, sich in der dortigen Rechtsschule zu bilden, sie brachten die neu erworbene Kenntniß des römischen Rechts mit zurück u es war natürlich, dß auch da wo es früher nicht gegolten, das römische Recht sich Eingang verschaffte. Es dauerte mehrere Jahr100, ehe es practisches Recht wurde.

[8]

Justinianische Sammlung.

In welcher Form sollte das Recht in Deutschland gelten? In Italien hatte justinianisches Recht gegolten, die Lombarden ließen den Römern ihre Form, so dauerte das justinianische Recht in Italien fort, und die Schule in Bologna lehrte daher nichts anders; so mußte sich das römische Recht | in justinianischer Form bald verbreiten. In Spanien u Gallien hätte das römische Recht gut in Alaricianischer Form fortbestehen können, aber das justinianische Recht gewann auch hier die Oberhand. Auch in Deutschld galt daher die Gesamtheit der justinianischen Rechtsbücher/Corpus juris/. Alles vorjustinianische war antiquirtes Recht.

[9]

Ausgaben des Corpus juris.

Glossirte. Glossen sind Erläuterungen von Rechtsgelehrten am Ende des XII. u Anfang des XIII. Jahr100 geschrieben; in der Mitte des XIII. Jahr100 von Acursius gesammelt, erhielten die Glossen gesetzliches Ansehen, und die nicht glossirten Stellen wurden auch nicht als geltendes justinianisches Recht angenommen.

Nicht Glossirte. Die Gothofredischen. Vorbereitet werden: eine Handausgabe in Leipzig, und in Tübingen die von Schrader.^a
 Ueber cf Hasse Pand: pag 30–32^b

Ueberbleibsel des ältern Rechts:

Sammlung von Schulting.

Inst: Gaji. Berlin 1820, bald eine II. Ausgabe.^c

Die vaticanischen fragm: von Mai.^d

Die in Mailand gefundenen von Glossius.^e

cf Hasse pag 23–30

Verhältniß der versch: Gesetzgebgen zueinander:

[10] Das Territorialrecht geht dem gemeinen Recht vor, u in diesem die Reichsgesetze allen | übrigen; das canonische Recht dem römischen. Bei der Collision einzelner Theile des römischen Rechts, welcher erhält den Vorzug? Collidiren Novellen mit Novellen oder den andern Theilen der Sammlung, so geht das neueste dem ältern vor. Die Chronologie der Novellen ist daher zu kennen nothwendig.

Collidiren die übrigen Theile, so ist die Antwort schwieriger; jedes Stück hat eine doppelte Natur, entw: als Theil einer früheren Constitution oder Ausspruches und als integrireder Theil der justinia-

^a Damit ist wohl gemeint Prodrumus Corporis Iuris Civilis A *Schradero*, *Clossio*, *Tafelio* edendi Berolini 1823 (Sav. PB 240).

^b Von *Hasse*, *Johann Christian*, befindet sich in Sav. PB:

1. Beytrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft nach deutschem Privatrecht, Kiel 1808 (Sav. PB 2038).

2. Die Culpa des Römischen Rechts, Kiel 1815 (Sav. PB 1580); 2. Ausgabe, Bonn 1838 (Sav. PB 1581).

3. Das Güterrecht der Ehegatten nach Römischen Recht, Berlin 1824 (Sav. PB 1606).

^c Gaii Institutionum commentarii IV, secundum edidit *Io. Frid. Lud. Goeschen*, Berolini 1824 (Sav. PB 23).

^d Juris civilis anteiustineanei. Vaticana fragmenta e codice rescripto ab *Angelo Maio* Regimonti Berolini 1823. In Sav. PB (66) befindet sich Regimonti Borusorum 1828.

^e Von *Clossius*, *Walther Friedrich*, befindet sich in Sav. PB (162) *Commentatio juridico-literaria sistens codicum quorundam manuscriptorum digesti veteris*, Vimarise 1818 und das in Fn. a zitierte Werk.

nischen Sammlung. Es muß hier unterschieden werden: 1. Da die Absicht darauf gerichtet, daß der neuere Satz den ältern derogiren soll; hier ist natürlich das neuere vorzuziehen. In diesem Falle finden sich viele Constitutionen des justinianischen Codex. 2 Wo diese Absicht oder ein Grund dafür nicht anzunehmen ist: Auf das chronologische Verhältniß kommts hier also nicht an, wohl aber auf den innren Zusammenhang mit der Sammlung.

Woran ist der eine oder andre Fall aber zu erkennen? Der Fall wo nach innren Gründen entschieden werden muß, ist häufiger in den Pandecten, der wo nach chronologischem Verhältniß, häufiger im Codex. Es liegt nämlich der abweichenden Bestimmung eines der sich widersprechenden Juristen ein historisches factum zu Grunde, auf welches | der andre als älter sich nicht mehr beziehen konnte, oder als jünger da es seine Kraft verloren, keine Rücksicht mehr nahm; Hier muß die Geschichte entscheiden. Wo aber wirkliche Controverse unter den Juristen den Widerspruch veranlaßte, da entscheidet der innre Zusammenhang.

[11]

cf Hasse pag 34–36.

ERSTES BUCH
ALLGEMEINE LEHREN

[12]

ERSTES KAPITEL
QUELLEN DES RECHTS.

- I. Vom positiven Recht.
 - A. Begriff und verschiedene Arten
 - B. Ius scriptum
 - 1. Eigentliche Gesetze, edicta
 - 2. Privilegien / personales Const /
 - 3. Interpretation der Gesetze.

Zur Zeit der Klassiker existirten der Theorie nach noch die alten Rechtsquellen; die erste unter allen Rechtsquellen war noch damals die lex, der Volksschluß, das meiste ist gewiß darüber in Verbindung mit der Lehre über die leges von ihnen vorgetragen worden. Zur Zeit Justinians war dies anders, die lex war jetzt edictalis, Jenes wurde also in die justinianische Compilation nicht aufgenommen u ist so wahrscheinlich verloren gegangen.

Jus scriptum ist bei den Römern das in irgend einer Form buchstäblich fixirte, jus | non scriptum das in keiner Form fixirte Recht, das Gewohnheitsrecht. Die Neuern verstehen diesen Gegensatz so: ob irgend ein Rechtssatz durch Ausspruch der gesetzgebenden Gewalt Auctoritaet bekommen habe.

[13]

Das Gesetz soll als Regel für Alle Einwohner u alle Gegenstände oder Ganze Classen derselben dienen.

Die Privilegien sollen nur für bestimmte Gegenstände oder Personen [~~ver~~]gelten; sie müssen sich wie Ausnahme und Regel zum Gesetze verhalten.

Jus non scriptum.

Das Gewohnheitsrecht war ursprünglich in Rom das reichhaltigste; in Rom concentrirten sich die meisten u wichtigsten Geschäfte auf die Stadt allein, dann lag der Grund auch in der Publizität der öffentlichen namentlich der juristischen Geschäfte, und endlich trug

sehr viel die republicanische Form dazu bei. Das souveräne Volk war Gesetzgeber, der *tacitus populi consensus* konnte parallel gestellt mit der *lex* bei der *consuetudo* gar nichts ausmachen. In der republ: Form entstehen Gewohnheiten, die bei andern Staatsformen gewöhnl nicht vorkommen. Das reine Bewußtseyn über Rechtsgegenstände machte das Gewohnheitsrecht aus.

[14] Das Gewohnheitsrecht wie es damals in Rom bestand kann daher nicht mehr so bei uns vorkommen, weil ein solches gemeinsames Bewußtseyn bei uns nicht so leicht möglich wird, wohl aber werden | kann, zB im Handelsrecht, dem Gesinderecht pp. In neuerer Zeit ist an die Stelle des Gewohnheitsrechts getreten die Meinung der Juristen; die Mittheilung der juristischen Theorie ist hier das gemeinsame Band, u wissenschaftlich bildet sich hier ein neues eigenthümliches Organ des Gewohnheitsrechts. Der *Usus fori*, die *res judicatae*, der Gerichtsgebrauch hängt damit zusammen. Bei den Römern wurden durch die *res judicata* eine Menge nicht obrigkeitl Personen mit dem Rechte beschäftigt; bei uns ist dies zwar der Fall nicht, aber doch müssen die *res judicatae* ein neues Organ des Gewohnheitsrechts seyn, theils weil alle Richter juristisch gebildet, theils weil bei uns Richtercollegien bestehen. Auch der ganz eigne Charakter der Juristenfacultäten, die ein eignes Richtercollegium bildeten, kam bei der Bildung des Gewohnheitsrechts hier noch zu Hülfe.

Eine neue Theorie, welche eben so allg: als wahr erkannt worden, wie die frühere, wird deshalb gewiß auch Gültigkeit erlangen, und unumstößliches Recht kann sich auf diese Art nicht bilden. |

Recht im subjectiven Sinne ist das was durch eine allg: Regel als dem Willen des einzelnen unterworfen, anerkannt und geschützt wird.

Die Handlung nach dieser Regel heißt Ausübung des Rechts.

Ist dem Berechtigten die Ausübung nur in eigener Person, oder auch durch andre Personen, Repräsentanten erlaubt?

Allg: ist diese Frage nicht zu beantworten, und auf das jedesmalige Recht was ausgeübt werden soll, muß gesehen werden.

Erwerb der Rechte

Die Erwerb der Rechte kann sich 1. auf eine Handlg des Erwerbers selbst, 2. auf eine Handlg einer andern Person oder auf ein Ereigniß, also überhaupt: auf Etwas außer ihm liegendes. 3. auf Etwas was aus beiden gemischt ist, gründen.

Wo eine Handlung des Erwerbers ist, also im ersten u dritten Falle, entsteht die Frage: Ob fremde Handlung mich vertreten kann. Ursprünglich gabs gewisse Personen, die nicht blos für einen andern erwerben konnten, sondern mußten, nothwendige Repräsentanten, die juristisch vom andern abhängen. Jeder andre (Extraneus und Freie) konnte für einen andern gar nicht erwerben. *Per liberarum personarum quae in potestate nostra non sunt, acquiri nobis nihil potest.* Von dieser Strenge ging man späterhin ab zuerst in einem einzelnen Falle, der Erwerb des Besitzes durch freie Stellvertreter, also Eigenthum auch als Folge des erworbenen Besitzes. Man bildete nun die Regel: Ueberall wo etwas naturaliter erworben wird d:h nach *jus gentium*, da ist dieser Erwerb durch freie Repräsentanten möglich, dagegen beim civilen Erwerb immer nur durch abhängige Personen.

[16]

- cf. L. 53. de adq rer. dom: 41,1 (D.)
§ 5 Inst per quas personas 2,9
cf L 1 Cod de possessione, 7,32.
Paulus V, 2. § 2.

Verlust der Rechte.

Auch hiebei finden sich ähnliche Verschiedenheiten wie beim Erwerb. Jene 3 Fälle sind auch hier möglich. Auch die Frage: Ist schlechthin ein Handeln des Berechtigten hinsichtlich des Verlustes nöthig oder auch ein Vertreten möglich? tritt hier ein. Die Antwort ist von jener beim Erwerb verschieden. Der Sohn u Slave können ihren Vater u Herrn reicher machen aber nicht ärmer durch ihre Handlgen. So im alten Recht. Im neuern Recht ist jene Unterscheidung von naturalen u civilen Handlgen eingetreten. Bei naturalen ist die Stellvertretung zugelassen, weil das Aufgeben wie das Erwerben des Besitzes etwas blos naturales ist.

[Für] Die Fälle des Erwerbs u Verlusts können so seyn, dß der Erwerb des einen verbunden ist mit dem Verlust des andern, und dies Ereigniß ist nicht blos gleichzeitig, sondern die Fälle stehen auch oft in einem innren Zusammenhang sodß der Erwerb Folge des Verlustes ist. | *Der Erwerb* ist hier nicht die Folge des Verlustes des andern, der Erwerber erhält sein Recht aus der Hand des Gesetzgebers. *So ist es bei der Usucapio.* Anders bei der *Traditio* wo mein Recht gegründet ist auf das bisherige Recht des andern.

Die Fälle wo einer eintritt in das Recht eines andern auf die letzte Weise wie bei *Traditio* heißen *Successiones* u sie beziehen sich entweder aufs Vermögen im Ganzen, oder auf das einzelne Recht als solches. Jener Fall heißt: *Successio per universitatem*, von den neuern *Successio universalis*; dieser Fall ist von den Römern nicht besonders benannt, die neuern nennen ihn *Successio singularis*. *Successio* heißt bei den Römern bald die *Universalis* bald die *Singularis*.

L 17 § 5 de pactis. 2,14 (D.)

L 4 § 29 de doli except: 44,4 (D.)

L 9 § 1 de edendo 2,13. (D.)

Von den einzelnen Arten der Rechte.

Künftige Rechte: Die Erwartung derselben kann durchs Gesetz besonders geschützt seyn. *Jus singulare*, eine Rechtsregel die nur vorhanden ist für gewisse Personen oder gewisse Gegenstände. Die Neuern theilen sie ein in *jura singularia* im engern Sinne oder *beneficia legis*, die abweichend von der allg: Regel auf [einzel] gewisse Classen von Personen sich beziehen, [oder] und *Privilegia* die sich auf Indivi-

duen beziehen. Die Privilegia sind entw: vortheilhafte, favorabilia u nachtheilige, odiosa. Sie können nur aus dem Willen des Gesetzgebers entstehen, u zwar in gesetzlicher Form oder durch Vertrag. |

Verschiedenheit der Rechte nach ihrem Gegenstande.

[18]

III Klassen. 1. Der erste Hauptgegenstand ist: das Verhältniß der Familie; die Ehe u das Elternrecht, sie sind die einzigen Bestandtheile der natürlichen Familie abgesehen von allem positiven Recht. Dies positive Recht kann hiebei stehn bleiben oder die Grenzen der natürl Familie erweitert, wie dies im römischen Recht der Fall ist: das Slavenverhältniß u das Verhältniß der Tutel. Diese 4 Stücke kommen im justinianischen Recht als Bestandtheile der Familie vor. Im practischen römischen Recht ist das Slavenverhältniß ganz verschwunden. 2. Herrschaft der Personen über Sachen.

Sachenrecht. Der Begriff des Eigenthums liegt hier zu Grunde. Diese Herrschaft kann absolut aber auch beschränkt gedacht werden. Daher man sich das Eigenthum als theilbares Recht denken muß. So im römischen Recht. Entw: hat einer das Eigenthum überhaupt, oder ein einzelnes Stück desselben. Jus in re.

Kann der Willkühr der Personen auch eine fremde Person, den Kräfte derselben unterworfen werden? Im römischen Recht ist dies beim Slaven so, der Herr hat Eigenthum über ihn, er ist Sache u ein eignes Verhältniß entsteht dadurch nicht. 3 Auch geht dem einzelnen oft nicht seine ganze Freiheit verloren [~~nach dem römischen Recht~~] sondern eine Handlg wird ihm entzogen. Es entsteht hier ein ähnliches Verhältniß wie beim | Eigenthum. Partielle Unterwerfung der Freiheit des einen unter den Willen des andern, Obligationenrecht.

[19]

Im Eigenthum wird der Herrschaft der Person eine einzelne Sache, hier die Freiheit des Handelns eines andern unterworfen. Beides zusammen bildet den Begriff des Vermögensrechts also: Sachenrecht und Obligationenrecht im Gegensatz von Familienrecht. Die Neuern brauchten für Sachenrecht oft: jus in rem, für Obligationenrecht: jus in personam. Die Ausdrücke sind bei den Römern nicht gebräuchlich u beruhen auf einer falschen Auslegung der Stellen.

Das Erbrecht wie verhält es sich zu den angegebenen Stücken? Durch den Tod des Inhabers des Vermögens wird entw: das Vermögen seinem Schicksale überlassen ohne Einwirkung des positiven

Rechts oder dieses schreibt ihm sein Schicksal vor. Das Erbrecht ist also gewissermaßen das successive Vermögensrecht in Beziehung auf den Tod des Inhabers.

Das Actionenrecht. Die Möglichkeit der Rechtsverletzung ist denkbar. Welche juristischen Folgen hat sie? Neue Rechtsverhältnisse ergeben sich die außer dem Privatrecht liegen. Es gehört dahin das Criminalrecht, Ein Theil des Staatsrechts d:i. die Lehre von der Gerichtsbarkeit; die Lehre vom Prozeß. Innerhalb der Grenzen des Privatrechts erzeugen sich auch neue Rechtsverhältnisse. zB der Inhalt oder Umfang der Rechte kann modificirt werden – diese [20] Modifikationen zusammengefaßt, nennt | man Actionenrecht. Sie beziehen sich entw: auf Alle Rechte im Allgemeinen generelles Actionenrecht, oder auf einzelne Arten derselben, specielles Actionenrecht. Beides kann man entw: zusammen behandeln, oder das specielle Actionenrecht mit den einzelnen Rechtsinstituten verbinden, was das passendste ist. Dann muß das generelle Actionenrecht vorausgeschickt seyn.

Behandlungsart u Folge der Rechtsabschnitte.

Sehr gewöhnlich die Folge der Institutionen: jus personarum, jus rerum, jus actionum. Unter jus personarum ist in den Institutionen vorzugsweise Familienrecht behandelt. Unter jus rerum wird das Vermögensrecht gedacht, Eigenthum, Obligationen und Erbrecht.

Gajus, II, III.

Unter jus actionum ist ohne genaue wissenschaftliche Begrenzung Alles dargestellt, was nur auf Rechtsverletzung überhaupt sich bezieht.

Andre sagen das jus actionum umfasse die Obligationes mit, das jus rerum umfasse unser Sachenrecht d:h das Eigenthum u die Modification desselben, das Erbrecht.

Von der Concurrenz u Collision mehrerer Rechte.

Rechte kommen versch: Personen zu; dies läßt sich denken a. daß jeder sein Recht neben dem andern vollaus ausüben kann, concurrente Rechte, b. daß eine vollständige Ausübung der Rechte | mehrere nebeneinander unmöglich ist, Collision der Rechte. Für jeden [21]

Collisionsfall gibts eigne Regeln, wer ganz ausüben soll, oder ob sie partiell ausüben sollen. Bei collidirenden jura in re zB ist die Regel das ältere Recht geht dem neuern vor.

DRITTES KAPITEL
VON VERFOLGUNG UND SCHÜTZUNG DER RECHTE.

Ist Recht verletzt, wie, bis auf welchen Grad wird es modificirt?

Die Modificationen beziehen sich entw: auf die Thatsache der Verletzung selbst. Klagen und Einreden, oder auf die Verletzung und die Handlungen die noch zu derselben hinzutreten.

litis contestatio und res judicata.

Von den Klagen.

Klage heißt bald die Handlung vor dem Richter um sich Recht zu verschaffen, bald die Befugniß dieser Handlung, das Klagerecht; u diese Bedeutung wollen wir als richtig festhalten. Klagerecht ist das Recht gegen eine Verletzung richterlichen Schutz in Anspruch zu nehmen. Actio hat im justinianischen Recht diese allgemeinste Bedeutung. So ist zu nehmen die Definition von Actio in

pr Inst: de actionibus. (4,6)

[22] Bei jeder Actio wird vorausgesetzt ein Berechtigter, dessen Recht verletzt ist, und ein Verletzer. | Actor et reus. Jener fordert, daß dieser seine Verletzung aufhebe. Daher ist jede Actio nothwendig zu denken als eine Obligatio. zB: Als Eigenthümer eines Hauses stehe ich mit allen andern Personen in einem Rechtsverhältniß, aber in keinem obligatorischen, denn es ist blos auf Alle zusammen und auf ein negatives Verhalten derselben gerichtet, auf das Nichtkränken meines Rechts. Obligatio aber muß gerichtet seyn auf eine einzelne Person u eine *bestimmte* Handlg. Mein Eigenthum wird verletzt von einer bestimmten Person, es wird Eigenthumsklage, mein Anspruch geht jetzt gegen eine bestimmte Person auf Aufhebung der Verletzg; so ist jetzt ein obligatorisches Verhältniß da.

*Eintheilung der Klagen.**Actiones in rem, Actiones in personam.*

§ 1 Inst. de actionibus. (4,6)

Es heißt: Summa omnium actionum divisio also eine erschöpfende Eintheilg, in der nothwendig alle einzelnen Klagen enthalten seyn müssen. Entw: klage ich gegen den, der mir aus einem besondern Grunde obligirt ist, Actio in personam, oder gegen den: qui nullo jure mihi obligatus est: Actio in rem,; d:h: wo der Klaggrund in einem andern als einem obligatorischen Verhältnisse liegt, in der allg: Pflicht, mein Recht nicht zu verletzen. In:

§ 15 Inst cit

steht:

Vindicatio für jede actio in rem.

Condictio, im alten Recht eine besondere Art der legis actiones. Nicht lange nachher ging Condictio auf actio in personam.

Gaj IV § 5,18

Bei der actio in personam muß ein obligatorisches | Verhältniß schon früher da gewesen seyn, was durch die Verletzung nur noch modificirt wird. Bei den actiones in rem entsteht dies obligatorische erst im Augenblick der Verletzung.

[23]

Unter Actiones in rem gehören: die Klagen aus dem Familienrecht, jene aus den Verhältnissen des Sachenrechts, und endlich jene aus dem Erbrecht. Unter Actiones in personam gehören nur die aus den Obligationen.

Controverse. Die Neuern sagen: Actiones in rem seien die aus Eigenthum u jura in re entspringenden Klagen; dieser Begriff ist zu eng. Die Actiones in personam entsprängen aus Obligationen.

Diese Definition ist gar nicht erschöpfend. Man citirte dafür:

L 25 pr D: de obl: et act: 44,7.

In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur petimus, et semper adversus eum est, qui rem possidet.

Hatten die alten Juristen die in rem actio hier definiren wollen, so wäre dies ja *nur* die Eigenthumsklage die Stelle sagte also auch nach [ih]der Ansicht, die jene haben etwas ganz anders. In rem actio ist hier aber Prädicat, die rei vindicatio wollte man definiren.

Eine in rem actio hat oft zugleich persönliche oder obligatorische Verhältnisse beigemischt; dann hört die Klage nicht auf in rem actio zu seyn, da das letztere nur als Accessio erscheint.

Kann man nicht sagen dß das in rem oder in personam vorherrschend ist, so sind die Actiones mixtae, so die Theilungsklagen.

[24] *Actio in rem scripta*. Das individuelle gehört nicht zum Wesen der actiones in rem, wohl aber zum Wesen der Actio in personam. Diese ist aber oft | in dieser Beziehung der actio in rem gleichstellt zB die Actio quod metus causa. Dies besondere Verhältniß heißt: actio in rem scripta u sie ist wirklich eine persönliche Klage.

Actiones rei persecutoriae u poenales.

gehört ins Obligationenrecht.

Actiones bonae fidei, stricti juris, arbitrariae

[25] Diese Eintheilung ist keine allgemeine. Die ganze Entgegensetzg bezog sich auf die versch: Arten von Richterbehörden. Es wurde unterschieden ob die Privatperson die unter Leitung des Prätors richten sollte, aus der besondern Liste der Richter genommen war oder nicht. In jenem Falle urtheilte ein iudex in iudicio, in diesem Falle ein arbiter der nach aequitas weniger gebunden an die Form richten sollte. Was bei Cicero arbitrium nennt, heißt bei den Juristen actio arbitraria. Unter diesen arbitriis actionibus waren einige, bei denen der Prätor am Schlusse der Formel beifügte ex fide bona, d:i: die Autorisation des arbiters nach freier Ansicht zu sprechen. Daher die actio bonae fidei bei den Juristen, welche bei einer gewissen Anzahl persönl aus dem Civilrecht stammenden Klagen, vielleicht [nur] zufällig nur vorkommt. Ihr entgegengesetzt hieß actio s[er]icti juris die actio welche vor dem iudex in iudicio angehoben wurde. Dieser Unterschied hatte mit seinem Grunde lange vor Justinian schon aufgehört. | Die Folgen desselben blieben in consequenter Weise stehen.

Actiones directae et utiles.

Man dehnte ein Klagerecht über seine ursprüngl Grenzen aus, utilis, im Gegensatz der actio directa die so noch jetzt gegeben wird wie ursprünglich, ohne Ausdehnung.

L 47 § 1 de negotiis gestis (D. 3,5)

Actiones civiles und praetoriae honorariae

Die ersten beruhen auf irgend einer Quelle des jus civile, die andern gründen sich auf's praetorianische Recht.

Erfolg der Klagen.

Bei einer actio [d] in personam ist der allgemeinste Zweck die Verurtheilung des Beklagten; Bei einer actio in rem: dß in der Person des Klägers ein Recht als vorhanden anerkannt wird. Die Folge für den Beklagten ist dann die Nothwendigkeit die Verletzung aufzuheben.

Im römischen Recht bestand dieser Unterschied namentlich zur Zeit der classischen Juristen nicht. Alle Klagen werden auf eine GeldCondemnation zurückgeführt.

Gaj: IV. §. 48.

In manchen Fällen zog man nur scheinbar eine Geldsumme mit herein, bloß um dieser Vorschrift zu genügen / praejudicialis sponsio /. Diese Vorschrift bezog sich auf das System des Civilprozesses, was man mit formulae bezeichnet.

Im Justinianischen Recht findet sich von dieser Vorschrift keine Spur mehr, und unser Unterschied muß hier gelten. |

Erfordernisse zu einer Klage.

[26]

Zur Begründung des Klagerechts ist erforderlich a. Ein Recht an sich: b. eine Verletzung, die sich auf dieses Recht bezieht. Diese *zusammengesetzte* Bedingung des Klagerechts tritt oft nicht so sichtbar hervor. zB das Daseyn einer Obligatio wird oft mit dem Daseyn der Verletzg zusammenfallen.

Aufhebung des Klagerechts

Durch richterliches Erkenntniß.

cf unten

Durch den Tod der Partheien.

Stirbt der Kläger, geht das Rechtsverhältniß auf die Erben über; idem Stirbt der Beklagte? oder: Gehen Klagen activ und passiv auf die Erben über?

Hat sich der Beklagte auf die Klage eingelassen, so geht das Klageverhältnis auf die Erben über.

Ist es noch nicht zur litis contestatio gekommen, u der Kläger stirbt, so ist die Erblichkeit allgemeine Regel. Einige Ausnahmen gelten: zB die Injurienklage.

Stirbt der Beklagte so geht bei der actio in rem das [passive] Kla-

gerecht[~~alt~~] gar nicht über; bei der actio in personam ist zu unterscheiden: entw: entspringt sie aus erlaubten Handlgen; hier geht die Klage schlechthin über; oder sie entspringt aus unerlaubten Handlgen u ist vel actio poenalis, die gar nicht | auf den Erben übergeht, oder sie geht auf bloßen Schadensersatz so geht sie nur über, sofern der Erbe reicher geworden ist.

§ 1 Inst de perpetuis (4,12)

L 26, 35, 49 D: de obl et act: (44,7)

Tit Cod. 4,17

Das canonische Recht sagt in Bezug auf den Schadensersatz: der Erbe muß dafür haften, soweit die Erbschaft reicht.

Durch ExtinctivVerjährung:

Der Berechtigte hat versäumt sein Klagerecht zu gebrauchen. Verliert überhaupt hiedurch d:h: durch Unterlassung der Ausübung [~~sein Recht?~~] der Berechtigte sein Recht? Grade das Gegentheil versteht sich von selbst: Rechte überhaupt werden durch bloße Unterlassung des Gebrauchs nicht verloren, so auch beim Klagerecht. Für die Praxis hat dies etwas mißliches u für die Sicherheit des Rechts ist nothwendig, daß Klagen schon nach kurzer Zeit verloren gehen. Daher bestimmte der Prätor das Klagerecht auf die Zeit zB: er soll das Klagerecht haben intra annum. Späterhin dehnte man dies auf einzelne Klagen aus, dann auf eine ganze Klasse von Klagen nahm man für die auf Sachenrecht sich gründenden Klagen an, sie sollen angestellt werden können in den ersten 10 oder 20 Jahren. Dies die Lage zur Zeit der classischen Juristen, daher die Eintheilung in actiones perpetuas, womit es sich wie vorher verhielt u temporales die an jene Zeit gebunden waren. Zur Zeit der Kaiser bestimmten ihre

[28] Constitutionen, daß die temporales nach der ihnen | früher bestimmten Zeit angestellt werden könnten, die perpetuae jetzt aber nur intra XXX annos anzustellen seien, so daß der Name und jene Eintheilung stehen blieb, der alte Begriff sich aber nun insoweit änderte.

Controverse. Die Neuern sagen: es gibt ein Institut: Die Verjährg praescriptio d:i: jede Veränderg im Rechte überhpt dadurch daß der Inhaber das Recht ungebraucht läßt; entw: verliert er dadurch sein Recht, praescriptio extinctiva (erlöschende), oder ein anderer erwirbt noch außerdem ein neues Recht praescriptio acquisitiva. Jene ist die Klagenverjährung. – Im justinianischen Recht ist praescriptio iden-

tisch mit *exceptio*. Auf die Klagenverjährung kann sich gründen eine *exceptio*, so bei den Römern bedeutet *praescriptio* nur die Klagverjährung mit Hinzusetzung irgend einer Zeit. Diesen Zusatz übersah man, u nahm an: *praescriptio* allein heiße schon Verjährung. Dieser Irrthum geht weit ins Mittelalter hinein.

Man sagte weiter: Alle Rechte sind in der Regel der Verjährung unterworfen u es gibt nur einzelne Ausnahmen davon, *res merae facultatis*.

Zeit der Verjährung.

Die Grundbedingung aller Klagverjährung ist: der Kläger muß eine zeitlang ununterbrochen versäumt haben sein Klagrecht zu gebrauchen; es muß aber sein Recht klagbar (*actio nata*) seyn. Vom Augenblick der Verletzung fängt die Verjährung zu laufen an. |

Ununterbrochen d:h: die Verletzung muß fortwährend gedauert haben, u nicht eine zeitlang, wenn auch durch einen andern gegen mich aufgehört hab[en] oder: In der Zwischenzeit ist die Klage einmal angestellt worden, u der Prozeß blieb unentschieden liegen. Hier geht von der letzten Handlung in diesem unvollendeten Prozeß eine neue 40-jährige Verjährung an. [29]

Ein Zeitraum muß abgelaufen seyn. Die Regel ist 30 Jahre.

L 3 Cod de *praescriptione* XXX. (7,39)

Hievon gibts viele Ausnahmen bei einzelnen Klagen, wo der Zeitraum kürzer ist. Ein paar haben einen längern Zeitraum.

Einige allg: Ausnahme gibts:

Viele Klagen sind auf einen bestimmten Zeitraum gerichtet zB die Klagen der Kirchen. Zuerst im Jahr 528 bestimmte Justinian in

L 23 Cod de *sacrosanctis eccles*: (1,2)

Einige Klagen der Kirchen sollten 100 Jahre dauern

In Nov: 9 v J:^a 535

dehnte er dies auf Alle Klagen aus.

In: Nov: 111 v J 541 und 131 Cap 6 v J 545

bestimmte er: Alle Klagen der Kirchen sollten 40 Jahre dauern.

Das Canonische Recht bestätigt theils diese Ansicht theils ändert es sie.

In Canon I, C. 16 Q, 3 v J 451

bestimmt es alle Klagen sollten 30 Jahre dauern. |

^a vom Jahre

[30] Nach Justinian im Jahre 590 wird das ganze justinianische Recht bestätigt in:

Gratian Canon II. C. 16, Q. 4

Eine Ausnahme wurde später gemacht zum Vortheil der päpstl Kirche von 100 Jahren.

Später ist diese Regel und Ausnahme allg: anerkannt in:

Canon XVII. C. 16. Q. 3

Cap XIII, XI, XVII X de praescr:

In: Auth: quas act: Cod.de sacrosanctis eccles: (1,2)
steht die 100jährige Verjährung zum Vortheil der päpstl Kirche. Irnerius lieferte in den Authentiken zwar Auszüge aus den Novellen, aber er wollte hier das ganze practische Recht vortragen, also auch die Ausnahmen des canonischen Rechts.

Für die Städte existirt im letzten justinianischen Recht gar kein Privilegium mehr u ihre Klagen dauern nur 30 Jahre.

Aus: L 14 Cod de fundis patrimonialibus (11,61)

läßt sich kein Privilegium des fiscus auf 40 Jahre darthun, daß hier nur einer besondern Art fiscalischer Gründe dies Privilegium gegeben.

cf Unterholzner Verjährung 401, 358.^a

Manche Hindernisse am Gebrauch der Rechte entschuldigen hinsichtlich der Verjährung:

1. Die dies nefasti, Tage an welchen nicht geklagt werden konnte.

Bei den einjährigen Verjährungen wurden dem Kläger die dies nefasti zu Gute gerechnet. |

[31] Bei den längern Verjährungen geschah dies nicht.

2. In welchen Fällen soll dem Kläger ein persönliches Hinderniß die Klage auszuüben, zu gut gerechnet werden oder nicht? Man unterscheide hier:

a. Die längere Verjährung. (XXX annor:) hier gibts 2 Fälle, worin der Zeitraum ihm soviel länger angerechnet wird, als dies Hinderniß gedauert hat, und zwar α. Wenn der Klagberechtigte ein Pupill ist. β. Wenn derselbe ein Sohn in väterlicher Gewalt ist u aus seinem peculium adventitum ordinarium eine Klage hat.

L 1 § 2 Cod de annali exceptione. (7,40)

In allen andern Fällen kann gar keine Ausnahme gelten, weder ipso iure noch durch Restitutio zB der Minderjährige.

^a *Unterholzner, Karl August Dominik, Die Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz, Breslau 1815 (Sav. PB 1878).*

(Nro 4). L 3 Cod de praescript XXX vel 40 ann. 7, 59

b Die kürzere Verjährung. Jene beide Ausnahmen sub α und β gelten auch hier. Auch der Minderjährige ist hier ipso jure geschützt. Ausserdem gelten hier auch die gewöhnlichen Restitutionsen.

(Nro 5) L 5 C. In quib caus: in int: rest: 2,41

Das römische Recht hatte blos bei der longi temporis praescriptio bonae fidei possessio erfordert.

Das canonische Recht schreibt vor: jede praescriptio soll der Bedingung der bona fides unterworfen seyn.

Cap 5, 20 X de praescr:

Einige nehmen diesen Satz ganz allgemein, was für das wichtige Institut der Klagverjährung verderblich wäre.

Andre sagen richtig: die bona fides beziehe sich auf die Handlung des Beklagten beim Besitzergreifen, wenn er wisse daß er unrecht handle u ein anderer ein Klagerecht gegen ihn erhalte. |

Verhält der Beklagte sich blos leidend, unterläßt er u war sich der Unterlassung seiner Obligatio nur einmal während der Zeit bewußt, so sagen jene: er war in mala fide. Hier wo von einem Unterlassen die Rede ist, kann mala fides nicht Hinderniß der Klagverjährung seyn. [32]

Natur des guten Glaubens p. 111 ff.^a

Wirkungen der Extinctivverjährung.

Nicht ipso jure wird die Klage zerstört, sondern nur per exceptionem.

Schlußbemerkung.[en]. *Gründe dieses Instituts.*

1. Auf den Zeitablauf gründet sich eine gewisse praesumptio der Tilgung. Die Wahrscheinlichkeit der Tilgung in der langen Zeit ist wirklich meist anzunehmen. Dieser Grund paßt auf viele Fälle. Auf diesen Grund würde die strenge Forderung der bona fides gar nicht passen. Mit dieser Ansicht muß verbunden werden die der 2. poena negligentiae, ich soll bestraft werden für meine Nachlässigkeit, da es wünschenswerth ist, daß Forderungen in möglichst kurzer Zeit geltend gemacht werden. Die praesumptio der Tilgung u die poena negligentiae erklärt uns die Einführung der Verjährung. Auch für die letzte Ansicht ist der Begriff von bona fides unpassend.

^a Möllenthal, Karl August, Ueber die Natur des guten Glaubens, Erlangen 1820 (Sav. PB 1869).

Es gibt Fälle im Recht, wo durch Zeitverlauf etwas geändert u verloren wird, ohne daß der Begriff der Klagverjährung darauf anzuwenden sei. |

[33] *Durch den Concurs mehrerer Klagen:*

Wenn mehrere Klagen einen und denselben juristischen Gegenstand haben; ab[s]er es ist keiner vorhanden a. wenn mehrere Personen aus einem u demselben factum eine Klage erwerben. [Concursus subjectivus von den Neuern]. b. Wenn in einer Person verschiedene Klagen auf verschiedene Objecte zugleich entstehen. [Concursus cumulativus]. In den Fällen des wahren Concurses hat der Klagberechtigte unter den mehreren Klagen die Wahl / Concursus electivus, oder alternativus /.

In den Fällen, wo die weniger vortheilhafte Klage gewählt ist, soll man nachher noch die vortheilhaftere gebrauchen können, jedoch nur auf die Differenz. z.B. bei der actio legis Aquiliae hat er Klage aufs Schadensersatz u die actio legis Aquiliae gleichfalls auf Entschädigung, diese kann ihm vortheilhafter werden.

L 34 § 2 de oblig et act. (D. 44,7)

Von den Einreden.

Der Beklagte kann auf versch: Weise entgegenen:

1. Die Thatsache läugnen.
 2. Die Thatsache des Klägers zugeben, aber eine neue angeben, woraüß er folgert dß das Recht des Klägers aufgehört habe zu existiren.
 3. Er kann die Thatsache u die Folgerung des Klägers daraus zugeben, aber eine neue Thatsache für sich angeben, worauf er ein Recht gegen den Kläger stützt. z.B. bei einer Contractsklage, wo ich mich auf Betrug berufe. In diesem Falle steht sich ein Recht des Klägers u ein Recht | des Beklagten gegenüber, welches letztere das Recht des Klägers unwirksam macht. Dies ist der Fall, wo der Beklagte eigentlich eine exceptio hat.
- [34]

Ueber den 2ten Fall ist Streit. Der Beklagte negirt das Daseyn der juristischen Behauptg des Klägers in diesem Fall; im ersten Falle wird zugleich noch das Daseyn der faktischen Behauptung negirt. Im 2ten und 3ten Falle wird eine neue Thatsache aufgestellt, aber

die Behauptg des Klägers wird im 3ten Fall zugegeben, im 2ten Falle aber schlechthin negirt. Den 2ten Fall benennen viele irrthümlich auch als *exceptio*, was die Römer nie thaten, sondern den 1ten und 2ten Fall *blos negatio* nannten.

Im ersten Falle hat der Kläger zu beweisen

Im 2ten Falle ist der Beklagte der beweisführende Theil.

Eben so im 3ten Falle.

Die Neuern wollen nun im 2ten u 3ten Falle durch *exceptio* eben bezeichnen, daß der Beklagte zu beweisen hat.

Die Römer beziehen ihren Ausdruck mehr auf die juristische, die Neuern mehr auf die rein factische Behauptung.

Nach römischer Ansicht läßt sich sagen: Jede *Exceptio* ist eine *factio*: d:h: der Beklagte räumt das Recht des Klägers ein, behauptet aber ein Recht zu haben, ihn zu behandeln als ob er ein Nichtberechtigter wäre.

Der regelmäßige Prozeß bei den Römern beruht darauf, daß der Praetor nach kurzer | Einleitung einen oder mehrere *judices* ernannte, denen er durch seine *formulae* ein bedingtes Urtheil gab. [35] „Findet ihr das *factum* so *condemnirt*.“ Beim ersten und zweiten Fall hatte dies keine Schwierigkeit. Der dritte Fall macht Schwierigkeit. Das *factum* ist constatirt, Betrug wird nun zB entgegengesetzt; hier müßte der *judex* nach der Formel *condemniren*. Aber da fügte der Praetor eine Ausnahme hinzu: er sagte: *extra quam si .. dolo &&* Dieser Ausnahme gab man natürlich den Namen *exceptio*. Der *judex* durfte hier *nur* auf die *exceptio* Rücksicht nehmen wenn der [*judex*] Praetor sie in der Formel erwähnt, wenn die *actio stricti juris* war, also in *judiciis*. Die *arbitri* (in *arbitriis*) durften diese Rücksicht auch haben, wenn die Formel nichts von der *exceptio* enthielt. *Reus postulat, petit exceptionem*; das *dare exceptionem* war Sache des Prätors. Bei uns heißt's *opponere exceptionem*, da hier *exceptio* als eine Handlung der Parthei erscheint. Bei den Neuern nennt man *exceptio* nicht das *jus exceptionis*, sondern die Handlung des Beklagten, wodurch er seine *exceptiones* kundthun kann, nämlich in der *Exceptionsschrift*.

Im *justinianischen* Recht ist *exceptio* und *praescriptio* gleichbedeutend. Nach der ältern römischen Sitte die Formel zu schreiben, wurden manche Beschränkungen voran geschrieben, die meisten hinten. Jene hießen *praescriptiones* u darunter mögen *exceptiones* gewesen seyn. Späterhin schrieb man alle *Exceptiones* hinten, und der Name *praescriptio* wurde auf sie übertragen. Die *temporales praescriptiones* wurden gewiß ehe- | mals voran geschrieben. [36]

Gajus. IV § 130 ff.

Diejenigen Beschränkungen der Condemnationsregel die im Interesse des Klägers gemacht wurden, wurden immer vorangeschrieben.

Ueber die Form der Exceptio

Gajus IV § 119

Erfordernisse und Wirkungen der exc:

Die Erfordernisse der Exceptionen sind ähnlich jenen des Klagerechts. Man kann auch hier ein Recht was zum Grunde liegt u eine bestimmte Verletzung dieses Rechts unterscheiden. Die Verletzung wird in der widerrechtlichen Anstellung der Klage liegen. Ein und dasselbe juristische Ereigniß begründet häufig eine actio u zugleich eine exceptio.

Jeder der ein Klagrecht hat, kann aus demselben gewiß eine exceptio ableiten.

L 156 § 1 de regulis juris (D. 50,17)

Zweck der Exceptio

Die Klage abzuwehren. Entw: tritt die Wirkung der Absolution nur vorläufig unter gewissen Umständen ein, zB *fori exceptio*. / *exceptio dilatoria*, *temporalis* / oder sie tritt für jetzt und alle andern Umstände seyn / *exceptio peremptoria*, *perpetua* / zB *doli exceptio*.

Verlust der Einreden.

Jede Exceptio ist ein selbstständiges Recht, sie kann verloren werden wie die Klage; zB durch ein rechtskräftiges Urtheil. Auch durch den Tod der Partheien? Die meisten Exceptiones gehen von beiden [37] Seiten, *activ* u *passiv*, auf Successoren über. | Die Neuern unterscheiden *Exceptio realis*, und *personalis* welche an bestimmte Individuen geknüpft sind.

Doli exceptio. Geht sie *activ* u *passiv* über? Auf die *Universalsuccessoren* geht sie von beiden Seiten über. Bei den *SingularSuccessoren* geht sie *activ* über. *Passiv* auf die *SingularSuccessoren* des Klägers der sich die *Exceptio* soll gefallen lassen, geht sie in der Regel nicht über, u nur in sofern als die *SingularSuccessio* eine *lucrative causa* hat.

L 4 § 27–31 D de doli exceptione. (44,4)

Kann Exceptio durch Verjährung untergehen?

In der Regel ganz natürlich nicht, da es in meiner Willkür nicht steht, wann ich die exceptio gebrauchen will. Wenige Ausnahmen gibts, wo mit dem Gebrauch der exceptio immer ein paralell stehendes Klagrecht verbunden ist. ZB: die Exceptio non numeratae pecuniae.

Jede Exceptio ist ihrem Wesen nach nothwendig zu denken als eine Obligatio, der Beklagte steht als Creditor u verlangt, daß der Kläger sich der Klage enthalte. Der Kläger als Debitor steht von der Klage ab.

Repliken. Dupliken:

Auch bei der [Thatsache] Exceptio kann [man]:

1. Der Kläger die Thatsache läugnen
2. Die Thatsache des Beklagten, worauf er seine Exceptio gründet, angeben aber gegen sie eine neue angeben.
3. Kann der Kläger sich in ein ähnliches Verhältniß zur Exceptio stellen, wie das ist, was der Beklagte zur actio angenommen. Also eine exceptionis exceptio. Man nennt dies Replicatio. Im neuern | Prozeß. Repliktschrift, die zweite Schrift des Klägers als Entgeg- [38]
nung auf die Exceptio des Beklagten.

Hierauf kann der Beklagte wieder antworten, indem er ein neues Recht der Replicatio entgegenstellt. Man nennt dies Duplicatio. So kann dies weiter gehen, Triplicatio, Quadruplicatio.

Von den Cautionen.

Die Handlung, wodurch die Erfüllung einer schon vorhandenen Verbindlichkeit gesichert werden soll. Dies kann geschehen:

- a. Durch bloßen Vertrag
 - b. Durch reelle Mittel und zwar:
 1. Durch Bestellung eines Pfandes 2. Durch Bestellung eines Bürgen. Diese beiden Fälle sind gemeint, wenn von Caution die Rede. Satisfatio heißt bald die Bestellung eines Bürgen, bald alter-
L 1 qui satisfare (D. 2,8)
L 21 § 2 de pecunia constituta (D. 13,5)
- nativ die Bestellung eines Bürgen oder eines Pfandes. Eine solche Sicherheit kann oft aus einem vorhandenen Rechtsverhältnisse erzwungen werden. Dies Alles gehört dem Prozeß an.

Von richterlichen Erkenntnissen:

Res judicata.

Das Verhältniß des Richters zu prozeßführenden Partheien besteht darin, dem der Recht hat durch seine Auctoritaet Recht zu verschaffen, zu condemniren oder zu absolviren. „Hat er Unrecht geurtheilt, | so müßte der neue Richter das Unrecht vernichten“. Dies in aller [39] Strenge durchgeführt, würde eine Unsicherheit im ganzen Vermögenszustande u den Rechtsverhältnissen hervorbringen. Dies wäre weit schlimmer als einzelnes Unrecht. Daher der Satz im römischen Recht: *res judicata jus facit*: D:h der Inhalt des Urtheils gilt als Recht ohne Rücksicht 1. ob es mit dem materiellen Recht übereinstimmt 2. oder nicht. Im ersten Falle befestigt es das Recht noch, man braucht sich in jedem künftigen Streite nur auf das rechtskräftige Urtheil zu berufen. Im 2ten Falle heißt *jus facit res judicata*: das irrig ausgesprochene, soll Recht seyn u bleiben.

Zur *Res judicata* (rechtskräftigem Urtheil) gehört: / vorausgesetzt eine[?] Instanzenrichtung / das Fehlen der Bedingung eines Rechtsmittels; einer höheren Instanz. Neuere gebrauchen die Ausdrücke: wirkliches Recht das Recht was der Richter vorfindet; förmliches Recht was der Richter durch das Urtheil ausgesprochen. Dies letztere geht bei Widerspruch dem ersteren vor.

Der Inhalt des ausgesprochenen rechtskräftigen Urtheils soll als wahr angesehen werden. Hat das Urtheil condemnirt, dem Kläger Recht gegeben, so hat es sein Klagerecht anerkannt, und wird dasselbe Recht wieder verletzt[en], so habe ich eine Klage aus dem rechtskräftigen Urtheil, *actio rei judicatae*. Eben so habe ich die *exceptio rei judicatae*.

Hat das Urtheil absolvirt, der Beklagte gewonnen, so hat er für jeden künftigen selben Fall eine *rei judicatae exceptio*, mehr nicht. | [40] Der Satz *res judicata jus facit* läßt sich auch so ausdrücken: Es entsteht aus jedem rechtskräftigem Urtheil die fiction der Wahrheit dieses Urtheils.

Eadem quaestio. Bei der Berufung auf das rechtskräftige Urtheil muß derselbe Rechtssatz zu Grunde liegen. Ob die Klage denselben Namen führt ist gleichgültig. zB Gegen den Besitzer einer Sache klage ich mit der *publiciana actio*, werde abgewiesen weil ich die *traditio* nicht bewiesen, so kann ich nicht nachher die *rei vindicatio* anstellen.

Das Physische Object ist auch gleichgültig, wenn nur der Rechtsatz derselbe bleibt.

Muß es auch derselbe Entstehungsgrund des Rechts seyn auf das man sich beruft im ersten u im 2ten Prozeß? Bei einer actio in personam hängt die Identität ab von der Entstehung des Erwerbgrundes. (~~immer~~.) zB in Ansehung desselben Objects stelle ich die actio emti an, hier kann ich nachher aus einer Schenkung eine Klage anstellen, war ich auch mit der actio emti abgewiesen. hier ist keine Identität des Rechtssatzes, also keine Berufung auf das frühere absolu[s]torische Urtheil. Die actio in rem ist in der Regel von der Entstehung des Erwerbgrundes unabhängig. Hievon gibts 2 Ausnahmen: wenn der 1ste Prozeß nicht auf Eigenthum überhaupt sondern auf Eigenthum aus einem individuellen Entstehungsgrunde ging, (causa adjuncta /. Wenn ich früher abgewiesen, später aber mich auf einen erst erhaltenen Entstehungsgrund meines Rechts berufe. / causa superveniens /.

- Nro. 1.a L 7 § 4 Dig. de exc. rei judicatae (44,2)
 2. L 14 § 2 D. eod. L 11 § 5. Dig: eod. (44,2)
 3. L 11 § 2 D: eod. (44,2)

inter easdem personas. Es müssen dieselben Personen seyn. Bloss im Ver- | hältniß zu der früher Prozeß führenden Parthei ist durch die res judicata etwas gewonnen. Nur gegen meinen Gegner kann ich mich auf's rechtskräftige Urtheil berufen.

[41]

L 1 D. de rei judicata (42,1)

Dieser Satz ist allg: wahr bei der actio in personam und bei der actio in rem, die sich gründet auf Verhältnisse des Sachenrechts. In dem Streit über's Daseyn des Erbrechts selbst, gilt diese allgemeinste Regel. Allein hier gibt's viele wichtige secundäre Verhältnisse, als Ausnahmen: wenn entschieden ist wer Erbe sei, so gilt dies auch für Alle Legatare.

- L 12 de jurejurando ()
 L 50 § 1 de legatis I (D. 30,1)
 L 9 pr de minoribus (D. 4,4)

Bei dem Streit über Verhältnisse des Familienrechts gilt vielmehr die [allgemein] umgekehrte Regel: res judicata jus facit inter omnes.

- L 25 de statu hominum (D. 1,5)
 L 1 § 16, L 2, 3 pr de agnoscendis (D. 25,3)

Auf welche Personen gehn die Folgen des rechtskräftigen Urtheils vielleicht später über?

Auf die beiderseitigen Successoren.

Die Aufhebung der Klagen durch richterliches Erkenntniß ist hier von selbst klargeworden.

Missio in possessionem.

Eigenthümliches Institut, das sich auf die Prätur bezieht. Sie wird ertheilt auf einseitiges Anrufen als Erlaubniß einen Besitz zu ergreifen, nicht als Folge eines geführten Streites; der Character des richterlichen Erkenntnisses fehlt ihr ganz. Sie kommt in zwei versch: Graden vor:

- [42] a. Zuweilen [~~blos~~] so, dß man blos um eine Sache | vor Untergang zu verwahren die Detentio haben soll. Missio in possessionem schlechtweg oder auch naturalis, oder
- b. Wo der Prätör die Absicht hat Eigenthum zuzusprechen. Diese erscheint oft als ex secundo Decreto gegeben, indem der Prätör oft einstweilen nur bloße Detention und später nach Befund der Umstände wirkliches prätorisches Eigenthum verleiht.
- Beide Arten können sich beziehen:
 auf ein Vermögen im Ganzen, Missio in bona
 auf einzelne Sachen, Missio in rem.

Von Arresten.

Arrest heißt die richterliche Verfügung, wodurch die persönliche Freiheit jemandes überhaupt oder nur in Bezug auf Verfügung, beschränkt wird, zur Sicherstellung eines Dritten. Also eine besonders strenge Art der Caution. Personal- u RealArrest. Beide treten in Ermanglung eines geringeren Sicherheitsmittels ein. Die Bedingungen des Arrestes sind: 1. die Bescheinigung des Rechts für das er den Arrest begehrt. 2. auch die Nothwendigkeit, d:h die Gefahr, worin die Erhaltung seines Rechts sich befindet. Durch die regelmäßigen Cautionsmittel fällt der Arrest weg.

Von Sequestrationen.

- [43] Verwahrung einer streitigen Sache oder einer streitigen Person bis zur beendigten Streit- | sache. Sie kann durch Uebereinkunft der Partheien oder durch den Richter amtlich geschehen u in sofern ist sie eine Art des RealArrestes.

In integrum restitutio.

Als eine eigne Art richterl Erkenntnisses gehört sie hieher.

Begriff.

Die natürliche Bestimmung des Richters ist das Recht zu halten, wie ers findet. Die *In int: R:* ist eine Art richterl Erkenntnisses, die dazu bestimmt sind, Rechte zu ändern. (Hier ist die Aenderung der Folgen aus einem richterlichen Ausspruch Absicht.) – Sehr alt ist die *querela in officiosi*, Rescision eines gültigen Testaments, *rescinditur non rumpitur testamentum*, durch die *Centumviri*. Sie ist einer *in integr Rest:* sehr ähnlich aber keine eigentliche *Restitutio*. Denn das Recht der *in int: R:* hatte sich der Prätor in seinem *Edicte* vorbehalten. In diesem Vorbehalt lag etwas sehr bedenkliches. Doch wurde der Mißbrauch der hätte entstehn können, sehr gemindert, theils wegen der Kürze der Prätur, theils wegen der mannigfaltigen Controlle, unter der sie stand. Bis auf die Zeit Justinians erhielt sich dieser Unterschied nicht. Alle *judicia* waren da schon längst *ordinaria* geworden. Sie war ein ganz andres Institut geworden; man kannte im voraus | jetzt ihre factischen Bedingungen. Die Gefahr vor Willkühr war jetzt größtentheils aufgehoben. [44]

Bedingungen aller Restitutio:

a. *Justa causa*. Auf diese *justae causae* beziehen sich die einzelnen Arten der *Restitutio*.

b. *Laesio*. Der muß auf irgend eine Weise in seinem Rechtszustand verletzt seyn, der diese *justa causa* für sich anführt. Die römischen Ausdrücke: *captus*, *circumventus*, *circumscriptus*, *deceptus* deuten bloß auf die *laesion* hin.

Man muß also: 1. einen Verlust erlitten haben, und dieser braucht nicht bloß ein Geldverlust zu seyn; schon Versetzung in einem Rechtsstreit ist genug.

L 6 de *minoribus*. (D. 4,4)

2 muß der Verlust entsprungen seyn aus einer juristischen Handlung oder Unterlassung. *gestum vel non gestum*.

L 7 pr de *minoribus* (D. 4,4)

3. Dieser Verlust muß mit der *justa causa* in einer innren Verbindung stehen.

L 11 § 4, 5. de *minoribus*. (D. 4,4)

L 1 Cod qui et adversus quos. (2,42)

Ausnahmen von der Möglichkeit einer Restitution gibts für manche Rechtsverhältnisse.

Die Ausdehnung der Restitutio ist groß; sie geht auf's Sachenrecht, Obligationenrecht, Erbrecht, auf den Prozeß, selbst gegen ein Urtheil beim minor, so weit dies als Erfolg seines schlecht geführten

[45] | Prozesses anzusehn,

Cod II. 27.

L 7 § 9 D: de minoribus (4,4)

sogar gegen eine res judicata die ihm restitutio verweigert, wenn er neue Beweise beibringt.

Cod II. 44.

Ausgenommen von der Restitution sind:

1. Delicte u die Contracts Obligation gegründet auf einen Dolus.

L 9 § 2 de minoribus (D. 4,4)

2. Natürlich, wo eine Wiederherstellung des Rechtsverhältnisses an sich unmöglich ist.

3. Wenn der Gegenstand derselben sehr geringfügig ist, und mit einem größern zusammenhängt.

L 4 D de in int. Rest (4,1)

4. Wenn ein andres ordentliches Rechtsmittel vorhanden ist, so schließt dies die Rest: als ausserordentl Rechtsmittel aus.

L 16 de minoribus. (D. 4,4)

5. Aus persönl Gründen ist sie versagt; sie soll nicht gegen diejenigen gegeben werden, denen man eine besondere Ehrfurcht schuldig ist. Nicht gegen Eltern, den Patronus.

L 2 Cod qui et adv: quos. (2,42)

Conlli[⚡]dirt die Rest: in einer Person mit der in einer andern Person?

Wo einer laedirt ist, da ist keine Schwierigkeit. Sind aber beide laedirt, so gilt die Regel: Der Beklagte geht vor:

L 11 § 6 de minoribus (D. 4,4) |

[46] cf L 11 § 7 de minoribus. (D. 4,4)

L 12 de minoribus. (D. 4,4)

Form der Restitutio.

Nach römischer Ansicht wurde sie stets vom Prätor unmittelbar ertheilt, beruhte also nicht auf einem judicium. Später gab der ordentliche judex die Restitutio.

Bei der Rest: findet sich keine Klage; die Neuern nennen die actio: impl. actio officii iudicis. Ehe die Klage gegeben ist, ist die Restitutio schon abgemacht und entschieden. Eben so kommt in der Regel keine exceptio gegründet auf Rest: vor, denn man kann sich gleich auf die Rest: berufen. Der Prätor findet die Restitutio entw: zulässig oder nicht.

L 24 § 5 de minoribus (D. 4,4)

L 9 § 4 de iurejurando (D. 12,2)

Der Prätor stellt hier einen Richter vor und entscheidet nach Anhörung beider Partheien.

L 13 pr 29 § 2 de minoribus (D. 4,4)

Die Rest: ist hinsichtl ihrer Verjährung eigen: Im prätorischen Recht war ihr ein annus utilis gegeben, im Kaiserrecht ein quadriennium continuum.

L 7 pr Cod de temp: in int: r: (2,53)

Der Anfang ist von der Aufhebung des Hindernisses zu rechnen, auf welches als justa causa die Rest: sich begründet. zB beim Minderjährigen vom Augenblick seiner Volljährigkeit an.

L 7 Cod: cit. |

Diese Verjährung der Rest: gilt auch in einem Verhältnisse in welchem aber keine zulässig, bei der Exceptio. [47]

cf L 7 Cod cit

spricht ganz allg: von dem 4jährigen Termin. Auch gegen Contracte müsse man die Frist wahrnehmen sagen:

L 3 Cod de in: int: r: minorum. (2,22)

L 13 pr de minoribus. (D. 4,4)

Wirkungen der Restitution.

Wiederherstellung des früher veränderten Rechts u Vermögenszustandes, nach allen Seiten hin, nicht bloß einseitig zum Vortheil dessen der die Rest: begehrt. Alle Handlungen sollen auf den vorigen Zustand zurückgeführt werden.

L 24 § 4, 27 § 1, 47 § 1 de minoribus. (D. 4,4)

Einzelne Arten der Restitution

Sie gründen sich auf die versch: justae causae.

A. Wegen Minderjährigkeit.

Vielleicht der älteste Fall. Im ältern Recht war der pubes verwal-

tungsfähig; im neuern Recht kam hinzu, wenn einer pubes ist aber noch minor *25 annis*, so soll er nach Befinden für Alle seine nachtheiligen Handlgen vom Prator Restitutio begehren können. Dies war ursprünglich eingeführt, weil der minor sich da noch selbst überlassen, keinen Vormund hatte. Als die minores nachher unter Curatores kamen, so war das dringende Bedürfniß der Rest: nicht mehr so nöthig: Da hieß es: der Minderjährige erhält Rest: gegen [48] seine nachtheiligen Handlungen, auch | gegen die seines Curators, der impubes gegen den seines tutors.

Ausnahmen dieses Anspruchs auf Restitutio.

1. Wenn er [die] volljährig erklärt worden.
2. Wenn er sich dolos für einen Volljährigen ausgab.
3. Wenn er die Handlungen in seiner Minderjährigkeit, wenn er volljährig geworden, genehmigte.
4. Wenn der Minderjährige die Klage in kurzer Frist verstreichen läßt, so bedarf er der Rest: nicht, er ist ipso jure geschützt, da während seiner Minderjährigkeit keine Verjährung läuft.
5. Wenn er seinen Schuldner nicht durch Mahnen in mora setzt, so bedarf er deshalb keiner Rest: wegen des Satzes: die Schuldner des Minderjährigen sind ohnehin in mora.

Restitution der Städte und Kirchen.

für die Städte cf:

L 4 Cod quibus ex causis majores. (2,54)

L 3 Cod de jure reipublicae (11,29)

für Kirchen u ähnliche Corporationen

Cap 1, 3, 6 X de in int: Rest.

Die Verjährungszeit wird hier von der Zeit der Handlung der laesio an gerechnet.

Cap 1, de in int rest in VI^{to}

Clementina 1. de Rest |

[49] *B. Wegen Abwesenheit.*

a. Der Abwesende soll wegen Verlustes während seiner Abwesenheit geschützt werden. Anfänglich wahrscheinlich nur die milites im Dienste. Dieses Rechtsmittel geht blos gegen nachtheilige Unterlassung. Die Abwesenheit muß auch ein nothwendiger Grund der Verjährung gewesen seyn. zB: Er darf nicht Versäumt[ung] haben einen Procurator zu bestellen.

L 8 de in int. R. ()

L 28 pr. 39 ex quib: caus: majores (D. 4,6)

L 1 Cod eod:

In Anwendung auf die Usucapio ist diese Rest: gegeben, u auch darauf die publiciana in rem actio.

§ 4, 5 Inst de actionibus. (4,6)

Sie wird erwähnt, weil die ganz gewöhnliche bonae fidei publiciana in rem actio hier Anwendung finden konnte. zB gegen den bonae fidei possessor wird in seiner Abwesenheit usucapirt, hier wird ihm Rest gegen die exc: dominii gegeben, und ihm sofern die publiciana actio wieder möglich.

Im ältern Recht war die publiciana actio wahrscheinl die einzige, zu diesem Zweck brauchbare, im justinianischen Recht kann dies auch die rei vindicatio seyn.

L 35 de obl. et act. (D. 44,7)

L 57 mandati (D. 17,1)

b. Dem Gegenwärtigen soll Schutz gewährt werden (Rest:) [ge] gegen den Abwesenden, wenn ich durch seine Abwesenheit Verlust erleide.

c. Dies wurde ausgedehnt, wo andre persönliche Gründe meines Gegners mich hinderten mein Recht geltend zu machen. |

C. Wegen Capitis deminutio.

[50]

Gajus IV § 38 sagt: Die Schuld geht unter wegen Capitis deminutio des Schuldners. Dagegen wurde durch eine Rest: künstlich geholfen. Im justinianischen Recht findet sich jener Satz nicht.

D: Wegen Vis, metus, dolus.

In diesen Fällen bedarf es am seltensten der Rest: weil es hier meist ordentliche Rechtsmittel gibt.

E. Wegen Irrthums.

L 2 de in int: R. ()

Paulus I, 7 § 2.

Selten wird der Irrthum als Rest:grund erwähnt. Der Fall worauf sich der Irrthum als Rest:grund beziehen könnte ist der: wenn einer eine juristische Handlg vornahm die sich gründet auf factisch irrige Beweggründe. Darauf kann die Rest: nie gehen, und die Römer neh-

men dies auch nicht an. zB die Actio doli ist [~~viel~~] ein subsidiares Rechtsmittel, vielmehr als die Rest u diese müßte vorgehen.

In: L 38 de dolo (D. 4,3)

ist aber die actio doli ausdrücklich gegeben. Restitutio aus Irrthum kann bloß bei einer Unterlassung aus Irrthum vorkommen.

L 15 § 5 quod vi (D. 43,24)

F. Ex clausula generali.

Diese Clausel bedeutet:

[51] Wenn außer den genannten Fällen noch irgend ein anderer sich finden sollte, in welcher ich Rest: nöthig halte, so werde ich diese | gewähren. Sie [~~bez~~] gab der Prätor und auf den iudex ist sie nicht auszudehnen.

Von einigen processualischen Handlungen der Partheien.

A: Litis contestatio.

Sie besteht im neuesten Prozeß in der ersten bestimmten Erklärung des Beklagten auf den Grund der Klage, sie ist affirmativa oder negativa je nachdem er die factischen Behauptungen des Klägers einräumt oder verneint. Der eigenthüml obligatorische Character der Klagen tritt sichtbar hervor u wird wirksam mit der litis contestatio; dadurch ist das Verhältniß Quasi Contractus geworden. Sobald es zur Litis Contestatio gekommen, sind Alle Klagen erblich.

B. Beweisführung.

Die Mittel, die Form sollen hier nicht angegeben, sondern nur insofern sie Einfluß auf die Fortdauer der Rechte ausübt.

a. Beweislast. / Onus probandi /

In jedem Streit kommen von beiden Seiten factische Behauptungen vor, u sind die Partheien uneinig, welche von beiden Partheien hat die Beweislast, zu seinem Vortheil wird die Thatsache nur dann angenommen, wenn er ihre Wahrheit darthut.

Wer eine Thatsache behauptet muß sie beweisen, affirmans probat, negantis nulla probatio.

L 21, 19 pr L 2 de probationibus (D. 22,3)

L 23 Cod eod:

L 10 Cod de non numerata pecunia. (4,30) |

Jede Klage muß sich auf Thatsachen begründen. Hier beweist der Kläger, actor probat actionem, Setzt der Beklagte Exceptionen entgegen, so behauptet er u muß beweisen, reus probat exceptionem. Auch die falsch so benannte Exceptio /die bloße Negatio/ muß er beweisen. [52]

Der welcher Recht hat, u den factischen Grund desselben nicht beweisen kann, muß dennoch so behandelt werden als ob er Unrecht habe.

§ 4 Inst de interdictis. (4,15)

(Nro. 98) inf. L 3 pr D si ususfr. 7,6.

C. Confessio.

Das Eingeständniß d:h die Erklärung einer Person in einem Rechtsstreite die jetzt als Parthei auftritt, daß die Thatsache ihres Gegners wahr sei. Es ist ein aussergerichtliches oder gerichtliches. Das letztere konnte in jure oder in judicio geschehen. Die Confessio in jure, wo vor dem Prätor die Behauptg des Gegners eingestanden wurde, hatte das eigne, dß kein Urtheil gesprochen werden mußte, es wurde kein judicium gegeben. Confessiois pro judicato habebatur. Im justinianischen Recht verschwand mit dem Gegensatz von jus und judicium auch das Institut der in jure Confessio. Jetzt wirkt sie nicht selbstständig, sondern auf das Geständniß wird das Urtheil gesprochen.

D. Interrogationes in jure.

Wenn das Recht von einem dem Gegner jetzt bekannten Thatsache abhängt, so hat die berechtigte Parthei die Befugniß den Gegner darüber zu fragen. Dies geschah in jure. Seine responsio | in jure war nun verpflichtend für ihn. [53]

Von der Selbsthülfe.

Soll sie durch, mit Vorbegehung der vom Staate gesicherten Mittel, auch Einfluß auf die Rechte [~~ein~~]geübt werden? Es hat die nachtheilige Folge für den, der den förmlichen Weg umgeht, dß er sein Recht verliert. Man unterscheidet hier Angriff und Vertheidigung, wie bei der Actionenlehre.

1. Alle Selbsthülfe zum Zweck der Vertheidigg ist erlaubt.
2. Alle Selbsthülfe zum Zweck des Angriffs ist verboten.

ad. 1. L 3 D. de just: et jure. (1,1)
 L 1 Cod. unde vi (8,4)
 L 17 D. unde vi (43,16)

Ad. 2. Der welcher angreift, hat entw: Rechte gehabt oder nicht. Im 1sten Fall soll er zur Strafe dies Recht verlieren. Im 2ten Fall soll er den Werth des angefochtenen Rechts verlieren.

L 7, 10, Cod unde vi (8,4)
 L 12 § 2, L 13 quod metus (D. 4,2)
 L 7 ad L: Juliam de vi privata. ()

Die Neuern Juristen nennen diese ganze Regel das: Decretum Divi Marci. Es beruht dies auf einem Mißverständniß. Es war dies blos Entscheidung eines einzelnen Falles, nach der Natur Aller Decrete. |

Allgemeine Begriffe von Person und Status.

Person ist Subject irgend eines Rechtsverhältnisses. Im natürl Sinne ist Person identisch mit Mensch. Davon gibts im römischen Recht 2 Abweichungen.

A. Der Begriff der Persönlichkeit wird vielen Menschen abgesprochen.

B. Der Begriff der Persönlichkeit wird auf Vieles, was nicht Mensch ist, übertragen. moralische Person.

Ad 1. Dies ist im ältern römischen Recht eine sehr wichtige Lehre. Im neuern Recht sagte man: *Status* ist der persönliche Zustand in Beziehung auf Rechte. Die Neuern theilten ein in: *Status principales* u *Status minus principales*, die minder einflußreichen Eigenschaften auf die Rechte des Menschen.

Status ist aber bei den Römern etwas so allgemeines wie *Conditio*, gar nicht technisch, juristisch bestimmt.

Persönliche Eigenschaften können bald mehr bald minder Einfluß haben auf Rechtsverhältnisse u die Lehre davon gehört hieher.

Gewisse Eigenschaften gibts von denen es abhängt ob man ganz, oder beschränkt oder gar nicht rechtsfähig sei. Diese 1 wollen die Neuern mit *Status principales* bezeichnen. Auf diese Lehre bezogen die Römer den Ausdruck *Capitis deminutio*, welchen sie ganz technisch gebrauchten. Es gibt sagten sie eine dreifache *Capitis deminutio* eine *maxima*, *media* und *minima*, und diese Lehre hängt meist zusammen mit einem Verlust der Rechtsfähigkeit.

[55]

Es gibt Verschiedenheiten der Menschen:

1. In Beziehung auf Freiheit
2. Auf Civität
3. auf Etwas Anderes, von diesen beiden verschiedenes, was auf die Rechtsfähigkeit Einfluß haben kann.

Auf diese drei Verschiedenheiten beziehen sich die drei *Cap: deminutiones*, auf 1 die *maxima*, 2 die *media* und 3 die *minima*. Die Neueren nennen 1. den *Status libertatis*, 2 den *Status Civitatis* und

3. den Status familiae. Klassisch sind diese Ausdrücke nicht u nur die beiden ersten bezeichnend, der letzte aber falsch.

1. In Beziehung auf Freiheit:

Alle Menschen sind liberi aut servi. Die Capitis dem: maxima ist: Verwandlung eines Freien in einen Slaven, eine sehr wichtige Rechtsveränderung. Der Slave ist ganz rechtsunfähig. —

Die weitere Unterscheidung der liberi in ingenui aut libertini hat auf die Rechtsfähigkeit wenig oder gar keinen Einfluß. |

[56]

2. In Beziehung auf ihre Civität.

Alle Menschen sind entw: Cives oder peregrini; Ursprüngl waren jene rechtsfähig, diese gar nicht. Später machte man diese in mancher Hinsicht rechtsfähig.

Gaj: IV. § 37.

Sie waren nur beschränkt rechtsunfähig. Später schob man zwischen Cives und peregrini noch eine andere Klasse, die latini, und nun hieß jener Satz: Alle Menschen sind entw: Cives oder latini, oder peregrini. Cives sind, die in dieser Beziehung volle Rechtsfähigkeit haben. Latini, die welche Connubium, die Fähigkeit eine römische Ehe einzugehen und deren Folgen, also alle Rechtsfähigkeit in Beziehung auf Familie entbehrten; das Commercium, alle Rechtsfähigkeit in Beziehung auf Vermögen aber hatten. Peregrini hatten beides nicht; sie entbehrten Alles was zum jus civile gehörte, hatten aber dennoch Rechtsfähigkeit in Ansehung Aller Institute, die zum jus gentium gehörten.

[57] Diese ganze Unterscheidung verlor im Wesen ihre Bedeutung vor Justinian, theils dadurch daß Caracalla dem ganzen Reich die Civitaet ertheilte, theils weil die Institute des jus gentium vorherrschend geworden waren. | Auf diesen Unterschied geht der Begriff der Cap: dem: media oder minor: Verminderung der Rechtsfähigkeit in Beziehung auf die Civitätsverhältnisse, Verwandlung eines Mehrrechtsfähigen in einen Minderrechtsfähigen. Es sind hier drei Fälle: Ein Cives wird latinus, ein latinus wird peregrinus; ein Cives wird peregrinus.

3. *In Beziehung auf Etwas Anderes, was auf Rechtsfähigkeit Einfluß haben kann.*

Alle Menschen sind entweder sui oder alieni juris. Alieni juris sind die Slaven und die Kinder in Beziehung auf potestas. Die Slaven spielen nur hier hinein. Ausserdem sind Alieni juris qui in manu sunt, also: Alieni juris sunt, qui in potestate, manu mancipio sunt. Die Servitus fällt hier weg, weil sie schon in Bezug auf libertaet vorkam.

Hierauf bezieht sich die minima capitis deminutio. Was ist sie? Unter ihren Begriff gehört gewiß einmal: Verminderung der Rechtsfähigkeit, aber noch mehr: Das Kind in väterlicher Gewalt / filiusfamilias ist weniger rechtsfähig als der paterfamilias, qui sui juris est. Das Kind ist unfähig irgend ein actives Recht zu haben, was sich auf Vermögen bezieht: rechtsunfähig in Beziehung auf Alle Vermögensrechte, Eigenthümer, Creditor && kann es nicht seyn. | Es ist [58] aber fähig passiv in Vermögensverhältnissen zu stehen. Schulden kann der filiusfamilias haben; er ist in einigen Beziehungen fähig zu Familienrechten, zu connubium. In Beziehung auf potestas auch dies nicht, er hat weder seine Kinder in potestate noch seine Frau in manu, dies hat Alles sein Vater.

In Ansehung des öffentlichen Rechts ist er in der Regel grade so rechtsfähig, wie sein Vater.

Die Frau in manu hatte die Rechte einer Tochter in väterl Gewalt, sie ist filiaeloco.

Der in mancipio ist ähnlich dem in potestate. Dem Freien der zu einem mancipio wird, geht dadurch seine libertas, seine Civitas nicht verloren.

Der paterfamilias, welcher filiusfamilias wird, der Freie, welcher mancipium wird, eine Frau, die in manum kommt, – leiden alle minima capitis deminutio.

Gajus I. § 162.

Bis hierhin ist also noch alle Capitis deminutio: Verringerung an Rechtsfähigkeit. Der vom Vater emancipirte Sohn /filius emancipatus/ gewinnt an Rechtsfähigkeit, und doch heißt er capite deminutus. Dies aber nur wegen der Form bei der Emancipatio, weil er erst künstlich in mancipium kam, deducebatur in imaginariam servilem causam.

In folgendem Falle ist Cap: deminutio | uneigentlich gebraucht: [59]
Kinder in potestate, die in andre Gewalt kommen durch Arrogatio

ihres Vaters. – auch dies heißt: *Cap: deminutio*. Also ist in diesem Falle: *Capitis deminutio*: jede Veränderung in Beziehung auf Rechtsfähigkeit.

Man fragte: dies hieße *minui*, weil die Kinder ihre *Rechte* in der alten Familie verloren. Ist dies aber verminderte *Rechtsfähigkeit*, *Capitis deminutio*? Es kann dies auch der Grund nicht gewesen seyn, was der folgende Fall beweist:

Eine Jungfrau welche Vestalinn wurde, eben so ein *flamen* verloren ebendieselben Rechte, und doch ist bei ihnen nie von *Capitis deminutio* die Rede.

Gellius I. Cap 12.

Der feste allg: Begriff von *Capitis deminutio* ist Verringerung der Rechtsfähigkeit und die uneigentliche *Cap: deminutio* beim Fall der *Arrogatio* wohl eine abweichende Benennung der spätern Zeit.

(Nro. 6.)

L 3 § 4 D: de Sc. Maced: 14,6

cf Gaj. III § 114.

(Nro. 8)

L 3 pr § 1 Dig. 4,5

(7)

§ 3, 4 Inst. 1,16.

Caput; dß dies Rechtsfähigkeit gewesen, läßt sich aus den Stellen des justinianischen Rechts nicht behaupten.

cf Nro 7 dafür

Nro 8 dagegen. |

[60]

Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit

Erste Regel ist hier: *nasciturus habetur pro nato*. Gewisse Rechte werden ihm zugesichert.

Etwas gibts umgekehrt, was dem Tod gleich geachtet wird, *mors civilis* durch die *maxima cap: dem:* und die *media*, wenn ein *civis peregrinus* wird. *Capitalis poena* ist die welche eine Hinrichtung, eine *maxima* oder *media Cap: dem:* zur Folge hat.

Verschiedenheiten der Menschen:

nach der Geburt:

1. legitime und illegitime concepti

Gaj I § 89.

Legitime conceptus nach der alten Bedeutg hieß ein Kind, dessen natürl Eltern zur Zeit der Erzeugung in einer CivilEhe gelebt haben. Illegitime concepti, deren Eltern dies nicht.

Mit diesem Begriff hing die juristische Regel zusammen: der Zustand der legitime concepti wird beurtheilt nach dem Stand des Vaters und nach dem Stand zur Zeit der Zeugung. Die illegitime concepti werden beurtheilt nach dem Stand der Mutter[ø] und der Zeit der Geburt.

Gaj: I, 89

Ausgedehnt wurde der alte Begriff: auf die Zeit der Geburt oder auch auf die Zeit zwischen der Zeugung und der Geburt.

L 11 Cod de natural: liberis. <5,27>

Ueber's ältere Recht:

Ulp 5, § 10

L 11 de statu hominum. <D. 1,5> |

Die factische Bedingung der legitime concepti war die Ehe, also: [61]

1. Das Verhältniß der Paternitaet, 2. Das Verhältniß zur Mutter, 3. Das Daseyn der Ehe.

Statt des Beweises hat hier das römische Recht eine allg: praesumptio: pater est, quem nuptiae demonstrant. Es war dies nicht Bedingung für die justae nuptiae allein, sondern für alle[≠] Ehe überhaupt.

(Nro 9) L 4 § 3 D. de in jus voc: 2,4.

nuptiae demonstrant:

/ d:h: es wird von der Zeit der erweislichen Geburt an zurückgerechnet auf die Zeit der Zeugung (der regelmäßigen Schwangerschaft) die aufs kürzeste zu 182 Tagen und zum längsten auf 10 Monate angenommen wird, und hat während dieser Zeit eine Ehe bestanden, so wird angenommen, er sei der Vater. Diese praesumptio gilt sowohl zum Vortheil als Nachtheil des Vaters. Nur der Beweis der factisch absoluten Unmöglichkeit des dagegen zulässig.

L 6. de his qui/sui <D. 1,6>

Illegitime conceptis: deren Eltern nicht in einer CivilEhe gelebt haben, und ferner: liberi Naturales; sind in keiner Ehe, in einem Concubinat erzeugten Kinder. Von einem Verhältniß der paternitaet wird nur ausnahmsweise bei ihnen gesprochen.

Nach dem Geschlecht:

Ist dies zweifelhaft, so nehmen die Römer an, Eins müsse immer vorherrschend seyn.

L 10 de statu hominum (D. 1,5)

L 15 § 1 de testibus. (D. 22,5)

Nach der Gesundheit: |

[62] Krank an Körper, an Geist. /furiosi u dementes/ Diese werden hinsichtlich ihrer Rechte geschützt.

Nach dem Alter:

Impubes, puberes. Später wurde der minor noch hinzugefügt; er sollte unter Curatel stehen.

Jetzt stehen folg: Altersstufen fest:

1. Bis zur Vollendung des 7^{ten} Jahrs heißt der Mensch infans.
2. Beim vollendeten 14^{ten} Jahre ist das männl Geschlecht pubes, das weibl beim vollendeten 12^{ten} Jahre.

L 3 Cod quando tut. (5,60)

pr Inst quib mod: tutela (1,22)

Beim männlichen Geschlecht war Vor Justinian Streit darüber: Drei Meinungen: a. Auf das Alter, b auf die individuelle Beschaffenheit, c. Auf das Zusammentreffen beider soll gesehen werden.

Ulp. II, 28

Gaj. I § 196.

Es betraf dieser Streit nur die Frage: wann hört für den impubes die tutela auf? Dies natürlich mit der pubertaet.

Paulus III, 4 § 1.

Gaj. 2. § 113.

Die Ausdrücke infantiae oder pubertate proximi sind richtig buchstäblich zu nehmen.

*Nach der Verwandtschaft:**Blutsverwandschaft im Allg:*

Cognatio bezeichnet zuweilen das allg: – Man muß Cognatio civilis und naturalis unterscheiden. |

Cognatio naturalis. Sie ist das Verhältniß der Abstammung, in dem einer zum andern steht, oder mehrere zusammen zu einem andern. heißt die natürliche Abstammung durch Zeugung und Geburt. [63]

Cognatio civilis oder Agnatio ist das Verhältniß, in Bezug auf väterliche Gewalt. Der Fall wo mehrere gemeinschaftl in derselben väterl Gewalt eines Dritten stehen, gestanden haben oder stehen könnten unter gewissen Umständen. Die noch unter der väterlichen Gewalt stehen sind immer Agnati.

Die gestanden haben können Agnati, auch nicht seyn. Der erste Fall tritt dann ein, wenn der Grund der Auflösung der väterlichen Gewalt in einer natürlichen, der 2te Fall dann, wenn dieser Grund in einer juristischen Handlung lag. Das letzte zB: wenn ein Sohn emancipirt, der andre noch in potestate ist, diese sind nicht Agnati.

Begriffe der Cognation:

Die Verwandtschaft braucht nicht durch irgend eine Art der Ehe begründet zu seyn. [Die Neuern ziehen meist eine eheliche Verwandtschaft hinein, wovon die Römer nichts kennen.] Dieser Begriff der Cognatio wird *vollständig* angewendet auf das Verhältniß der Mutter zu ihren Kindern, und den Kindern untereinander.

Bei der Verwandtschaft begründet auf das Verhältniß zum Vater müssen wir Cognation annehmen zwischen den ehelichen und unehelichen Kindern, sobald sich beweisen läßt, daß er der Vater ist; sonst kann von einem ausser- | ehelichen Cognationsverhältnisse hier nicht die Rede seyn. In den Fällen wo eine Cognation auf einem bloß künstlichen Wege entsteht, nahm man an: es wird ein natürliches Verhältniß, eine Cognatio fingirt, was mit seinem Grunde, der Agnatio wieder aufhört. [64]

L 23 de adopt. (D. 1,7)

L 12 § 4 de ritu nupt: (D. 23,2)

Mehrfache Verwandtschaft:

In Gerader Linie, in der Seitenlinie. Jede einzelne Zeugung wird nach Römischen Recht gezählt. Verwandtschaft ist entw: eine vollbürtige oder halbbürtige. Sie kommt nur in der Seitenlinie vor; die Collaterales sind vollbürtige, wenn bei dem nächsten gemeinschaftl Stammvater ihnen Vater und Mutter gemein ist; halbbürtige wenn ihnen bloß Mutter oder Vater gemein ist.

Die Verwandtschaft ist weiter einfache oder mehrfache, jene wo

kein einziges Mitglied weggedacht werden kann, ohne die Verwandtschaft aufzuheben. Die mehrfache, wo dies wohl geschehen kann ohne das Band der Verwandtschaft aufzuheben. Er ist der seltner Fall.

Dig. 38, 10.

Affinitas.

Das Verhältniß eines Ehegatten zu den Blutverwandten des andern Ehegatten, (Schwägerschaft). |

[65]

Nach der bürgerlichen Ehre:

Die bürgerliche Ehre als juristischer Gegenstand stand mit mehreren Staatseinrichtungen in Verbindung. Die Censur war vorzugsweise darauf berechnet, die Censoren hatten ein Urtheil über die bürgerliche Ehre, sie konnten dem Bürger ein wirkliches Recht entziehen oder ihn bloß notiren. Dies Institut war willkürlich, aber wenig gefährlich, da immer 2 Censoren ernannt wurden, dann aber diese Wirkungen nur fortdauerten bis zur Ernennung der nächsten Censoren.

Infamia. Cicero pro Cluentio, C. 42.

Ihr Begriff war wesentlich vom vorigen verschieden u sie war gefährlicher. Infamis wurde man für immer unabänderlich. Ihr Eintreten hing von allg: aufgestellten Rechtsregeln, nicht von dem arbitrio einzelner ab. Schon in den XII Tafeln kommt Etwas davon vor. Viele einzelne Fälle stellte der Prätor auf.

Was ist eine persona infamis? Nach justinianischem Recht scheint's, als ob dies Alles auf das Repräsentationsverhältniß berechnet gewesen. Ursprüngl muß die Bedeutung eine andre gewesen seyn. Viele Sachen werden als capitis causae, capitales causae angegeben.

Cic. pro Quintio.

Von einer bonor: poss: dem Concurs war die Rede; damit war die infamie verbunden, also wurde die infamia als capitalis causa betrachtet.

L 103 de verb: signif: (D. 50,16) |

[66]

Die Infamie war nach älterem Recht gewiß eine Cap: dem: u eine media, es war damit verbunden, der Verlust *Aller politischen Rechte*,

die in der Civität enthalten waren, mit Fortdauer der privatrechtlichen Verhältnisse. Ursprünglich ging die infamia nur auf Männer, um so auffallender, da sich die [~~Ehe auf~~] infamia auf eheliche Verhältnisse bezog, und doch nur der Ehebrecher infamirt werden sollte. Die lex Julia wandte die infamie auch auf Weiber an.

L 1 de his qui not inf ()

cf L 15–19, L 24 eod.

cf L 15 Cod eod

Die Hauptfolge der [~~Ehe~~] infamia, der Verlust der politischen Rechte, verlor sich bald und somit fiel die infamia als eine Cap dem: im justinianischen Recht weg. Justinian nahm nur kleine Beschränkungen als Folge der infamia an, zB die Unfähigkeit zu postuliren.

Der neueste Zusatz zu den Fällen der infamia ist in:

Auth: Cod:

enthalten.

Die Neuern nehmen 2erlei infamia an: Die *infamia juris* u die *infamia facti*. Jene ist die ausdrücklich von den Gesetzen ausgesprochene; diese, welche sich ausspricht durch die öffentliche Meinung (fortbildet) im Volke, ohne durch ein Gesetz ausgesprochen zu seyn.

Die infamia juris theilen sie ein in:

infamia mediata, wo ein richterl Urtheil die infamie aussprechen muß.

infamia immediata, wo die infamie von selbst | ohne dieses Urtheil [67] folgt.

Endlich unterscheiden sie:

levis notae macula; dies sei[en] eine geringere Art der infamia facti.

(Nro 10) L 2 pr D. de obsequis par. 37,15

(11) L 27 Cod de inoff test. 3,28

In der letzten Stelle fallen turpitude u levis notae macula zusammen; man wollte dazwischen nicht unterscheiden, und daher ist die Eintheilung der Neuern in infamia facti und levis notae macula genauer wie bei den Römern, wo sie zusammenfällt.

Von den juristischen Personen.

Der Begriff der Persönlichkeit ist auf etwas was nicht Mensch ist übertragen.

cf p 54.

Moralische Person. Die Römer haben hier den Kunstausdruck Universitas, wir Corporation, aber beide drücken etwas weniger aus als Moralische oder juristische Person.

Das Bedürfniß des Staates [~~bedurfte~~] war nothwendig ähnliche Rechtsverhältnisse zu haben, wie Privatpersonen. Die Municipien, Colonien im Römischen Staate hatten auch solche Verhältnisse: sie waren abhängig von Rom, (res publica) und hatten für sich doch eine unabhängige Verfassung. Die Gesammtheit der Bürger in den Municipien &c nennen die Römer Universitas; wir Corporation[~~en~~]. Der Begriff: „aus Zusammensetzung vieler physischen Personen läßt sich auf juristische Person nicht immer anwenden. Solchen einzelnen Mitglieder existiren nicht immer. |

[68] Bei den wahren Universitates ist eine Verwechslung mit einem andern Begriffe nämlich Societas möglich. – Daß sie aus einzelnen physischen Personen bestehen ist juristisch ganz gleichgültig. Besteht sie aus 5 Personen u besitzt 5000 Thaler, so besitzt nicht jeder 1000, sondern keiner hat ein Theilchen davon, nur die Idee der Corporation besitzt das Ganze. Juristische Person ist bloß als ein ideales Ganze Rechtssubject. Ihre Fortdauer hängt nicht von der Privatwillkühr ab, eben so wenig wie ihr[e] Entstehen. Sie kann nur entstehen und aufhören durch den Willen der höchsten Gewalt.

Man sagte oft: „wo bei ihnen was beschlossen werden soll, müssen alle Glieder erscheinen und wenigstens zwei Drittheil für einen Beschluß seyn“ Dies ist als allgemeine Regel falsch, und bezieht sich nur auf den Municipalsenat, die Decurionen, die das Volk der Municipien vertraten. Die Municipales aber waren ja die Glieder, die Decurionen gar nicht.

L 3. quod cujusque univ: (D. 3,4)

L 3 de decretis ab ordine faciendis. (D. 50,9)

Vom fiscus.

Es heißt dies: der Staat, als Subject von Privatrechten betrachtet. Zur Zeit der Republick war der gewöhnl Ausdruck aerarium, zur Zeit der Kaiser stand der fiscus ihm zur Seite. Jener kommt später nicht mehr vor. Der fiscus ist in der Regel nach denselben Grundsätzen wie bei Privatpersonen Rechtssubject; er genießt aber eine Menge von Privilegien. |

Von der Verbindung mehrerer Personen:

[69]

Objective:

Gemeinschaftl Rechte die mehreren zukommen. Diese sind [~~1-~~] Rechte welche die einzelnen theilweise angehen. Communio; – Eine Universitas ist auf beständige Fortdauer gerichtet; dagegen: Jede Gemeinschaft ist ihrem Wesen nach auflöslich durch die actio communi dividundo.

Subjective:

Eine Person kann in vielfachen Rechtsverhältnissen stehen, die sich so berühren können, daß die Ausübung des einen Rechts die vollständige Ausübung des andern hindert. Auf solche Collisionsfälle sind Regeln gegeben.

Res in commercio und extra commercium.

Sachen sind Objecte eines möglichen Eigenthums; der Regel nach sind Alle Sachen dem Eigenthum unterworfen, davon gibts Ausnahmen, u zwar wo der Grund des ausschlieslichen Eigenthums wegfällt. Dieser Grund ist da, wo die Sache ohne das Eigenthum nicht wohl zu ihrem Zwecke zu gebrauchen ist, wodurch eine Sache extra commercium kommt, dem Privateigenthum entzogen wird. Diese sind:

1. res communes die dem gemeinsamen Gebrauch Aller Nationen unterworfen sind [res communis heißt auch res in communione, diese sind in commercio].
2. res publicae. Die dem gemeinsamen Gebrauch der Staatsgenossen unterworfen sind zB Flüsse, Heerstraßen, Canäle ppp. Fremde haben den Gebrauch nur vermöge des Gastrechts. | /res publica heißt auch eine Sache, die in dem Eigenthum unseres Staates ist.]. (patrimonium populi].
- 3 Res universitatis, eine Sache die im Gemeingebrauch steht der Mitglieder einer Corporation. (res universitatis heißt auch: eine Sache die im Eigenthum dieser Corporation ist:)]
- 4 Res divini juris. Sachen die einer gottesdienstlichen Beziehung wegen dem Privateigenthum entzogen sind./
 - α. res sacrae / res a pontifice rite consecratae.
 - β Res sanctae. Die Mauern u Thore der Stadt wegen der Einweihung.
 - γ. res religiosae. Die Begräbnißplätze. Sie waren den diis manibus geweiht

Cic. Top: §. 23.

Gaj II, § 4,7.

sind dem Privateigenthum entzogen. Es gab bei der letzten Art allerdings ausschließliches Recht, aber einen solchen Platz zu gewöhnlichen Zwecken gebrauchen sollte man nicht willkührlich dürfen. Die res sanctae sind eigentl res universitatis.

Res corporales und incorporales.

Alle Sachen sind entw: körperliche oder unkörperliche. Unkörperliche welche nicht Gegenstände der sinnlichen Wahrnehmung sind, quae tangi non possunt. – Unter res verstehen die römischen Juristen als Gattungsbegriff immer: | res corporalis. Wo das Object[s] des Rechts mit einer Sache gradezu verbunden ist, Eigenthum zB, da sieht man gewöhnlich die *Sache* als das Object des Rechts an, u der ganze Gegensatz ist also: 1: Rechte, deren Object an einer Sache haftet, 2. Rechte die keine Sache zum nächsten Object haben.

[71]

Res mobiles und immobiles.

Unbewegl Sachen sind die begrenzten Theile der Erdoberfläche, ursprüngl Begriff; damit wird manches als juristisch untrennbar angesehen.

1. Alles was über sie hervorragt und organisch mit dem Boden zusammenhängt.

2. Jedes mit dem Boden zusammenhängende Gebäude.

3. Alle sich unter dem Boden befindl: Sachen, ohne durch menschliche Willkühr dahin gekommen zu seyn. Alle diese Sachen sind Stücke der unbewegl Sache, u bleiben es so lange bis die einzelnen Theile rein bewegliche für sich bestehende Sachen werden.

Ad 1. L 40 de actione emti. (D. 19,1)

Ad 2. Superficies heißt im juristischen Sinne alles über die Oberfläche hervorragende aber mit ihr juristisch verbundene. Aedes heißt Haus u Boden zusammen. Aedes consistunt e solo et aedificio.

L 23 pr de usurpat. (D. 41,3)

L 50 ad. L: Aquil. (D. 9,2)

L 44 § 1 de oblig et act. (D. 44,7)

Ad 3. L 9 § 3 de usufructu. (D. 7,1)

L 11 pr quod vi. (D. 43,24)

Sind unkörperliche Sachen bewegl oder unbewegliche Sachen? Practisch hat die Frage nur Sinn zB: es testirte einer: Alle bewegl Sachen soll A, Alle unbewegl Sachen B haben. Hier ist die Regel: Obligationen werden nach Analogie des Eigenthums an bewegl Sachen behandelt. | Dingliche Rechte werden nach Analogie des Eigen-

[72]

thums an beweglichen und unbeweglichen Sachen behandelt, d:h. sie richten sich nach dem Objecte, woran sie existiren.

Res fungibiles.

Res, quae in genere suo functionem recipiunt.

Res, quae numero, pondere, mensura constant.

D:h: Gewisse Sachen als Gegenstände von Rechten, werden gar nicht als Individuen betrachtet, sondern nur als Quantitäten einer bestimmten Gattung.

Res non fungibiles

sind nun die Sachen, die als Individuen Gegenstände von Rechten ausmachen.

Vorzugsweise sind das res fungibiles, quae usu consumuntur, quarum usus consistit in abusu. Es ist dies aber nicht nöthig.

Streng genommen läßt sich nur sagen: in einem Rechtsverhältnisse wird eine Sache als res fungibilis oder non fungibilis angesehen. Bei den meisten Sachen aber wird vorzugsweise die fungibilitaet in den meisten Fällen, wenn sie Gegenstand eines Rechts werden, so behandelt.

Es gibt eben so: fungibile Handlungen, wo es gleichgültig, wer dieselbe vornimmt. Non fungibile Handlungen müssen von dem bestimmten Individuum vorgenommen werden.

L 26 § 12 de condict: indeb: (D. 12,6) |

[73]

Einzelne Sachen und Universitates rerum.

Theilbare und untheilbare Sachen:

Es gibt Rechte die ihrer Natur nach theilbar, andre die untheilbar sind, so Vermögens u Familienrechte. Die Theilbaren sind entw: *reell theilb[ar]*; sie besteht in einer Theilung des Gegenstand des Rechts oder *ideell theilbar*. Sie wird durch die Art der Ausübung bewirkt. Sie läßt sich ausser andern Fällen auch bei denen der reellen Theilung anwenden.

Die reellen Theile heißen partes divisae. Die ideellen: partes indivisae oder pro indiviso.

Man kann Rechte zu einem collectiven Ganzen verbinden, zB: Vermögen ist der Inbegriff derjenigen Rechte die sich in einem gewissen Zeitraum auf eine bestimmte Person beziehen.

Auch Sachen sind theilbare oder untheilbare. Theilbare sind solche, deren Theile mit dem Ganzen gleichartig sind. zB ein Grundstück. Untheilbare, deren Theile mit dem Ganzen völlig ungleichartig sind. zB: Thiere.

Wo das Object theilbar ist, da ist das Recht zugleich ein reell theilbares, wo das Object untheilbar ist, da ist das Recht nur ein ideell theilbares.

L 6 § 1 Communia praediorum.^a (D. 8,4)

Auch Sachen können zu einem künstlichen collectiven Ganzen verbunden werden.

Vom Zubehör einer Sache.

Pertinenzen:

solche Sachen die juristisch als Theile andrer Sachen betrachtet werden, ohne daß sie körperlich damit zusammenhängen. – Es ist dies darnach zu bestimmen, ob eine Sache für immer | als Theil einer andren Sache betrachtet worden, ohne daß die Verbindung mit dem Ganzen, worauf sie sich beziehen sollen, bloß zufällig und vorübergehend war.

[74]

Früchte.

Die Grundlage dieses Begriffs ist: das Verhältniß der Erzeugung einer Sache aus einer andern nach den Gesetzen der organischen Natur. Die Früchte sind entw: pendentes oder separati. Jene hängen noch körperlich mit der Hauptsache zusammen, sie können nicht Gegenstände von Rechtsverhältnissen seyn, d:h sie können kein eigenes vom Ganzen getrenntes juristisches Schicksal haben. fructus pendentes nondum sunt, futurae tantum res sunt. fructus pendens est rei pars.

^a Richtig: praediorum

L 15 pr de minor: (D. 4,4)

L 33 pro socio (D. 17,2)

L 44 de rei vind: (D. 6,1)

Diese separati sind von der Hauptsache getrennt. Separati sind ferner percepti und percipiendi/oder non percipiendi./ [Hat], je nachdem der Besitz ergriffen oder zu ergreifen versäumt worden.

Die percepti sind entw: extante[en]s oder consumti, vorhandene oder verzehrte.

Bei fruchttragenden Sachen ist die Frucht bei den meisten das wichtigste, daher die juristische Wichtigkeit. Eine alte Rechtsregel war: Die partus ancillae sind nicht Früchte. Man wandte dagegen künstlich den Begriff auf etwas an, was nicht im natürl Sinne Frucht ist. | Daher theilen die Neuern ein in: fructus civiles und fructus naturales. Unter jenen verstehen sie den künstl übertragenen Begriff. Unter diesen das organische Erzeugniß.

Die Römer brauchen umschreibende Ausdrücke: jure fructuum censentur. fructus civiles sind zB: Pacht u Miethgeld, Zinsen.

Die Arbeit der Slaven nach römischer Ansicht war fructus civilis, so wenn er seine Arbeit vermietet, der Lohn: operae servorum

§ 4 Inst per quas personas. (2,9)

L 3,4 de operis servorum. (D. 7,7)

Impensae und Expensae.

Expensae jede Art von verwendeten Kosten, beziehen sich diese Ausgaben auf eine Sache, so heißen sie impensae. Diese sind theils: necessariae, utiles, voluptuariae. Gewöhnlich bezeichnet man necessariae, wodurch der Untergang abgewendet werden soll; es sind aber die, wozu man juristisch gezwungen werden kann, oder gezwungen worden ist. Dazu gehören indirect auch jene den Untergang abwehrenden. – Utiles, wodurch die Sache verbessert worden. – voluptuariae, die blos zur Verschönerung aus Luxus angewendet worden. |

SECHSTES KAPITEL.
VON DEN HANDLUNGEN.

[76]

Die hier vorkommenden Begriffe werden am besten bei den einzelnen Lehren, vorzügl den Verträgen vorgetragen.

Von den Handlungen im allg: Begriff.

Die Handlungen sind erlaubte oder unerlaubte, rechtmäßige und rechtswidrige; Jene sind die wichtigsten, wo eine Willenserklärung besteht.

Willenserklärung ist da, wo gewollt ist, und der Wille wirklich ausgesprochen ist. Hier kommen folg: Fragen vor:

In wiefern Zwang, Furcht, Irrthum, Betrug dem juristisch vorhandenen Willen hinderlich sind, denselben ausschließen?

Beim Betrug unterscheiden die Juristen einen *dolus causam dans*, ohne welche der Wille gar nicht so ausgesprochen wäre, u *dolus incidens*, in welchen er zwar ausgesprochen aber mit andern Nebenbestimmungen.

Das Daseyn des Willens wird durch jene *facta* des Zwangs u Betrugs nicht ausgeschlossen. Jene Frage ist bei den einzelnen Materien zu beantworten.

Beim Irrthum wird unterschieden: *Error*, wenn man etwas zu wissen glaubt, und *ignorantia*. – Man kann irren über den Inhalt einer Rechtsregel *error juris*, u über eine Thatsache, *error facti*.

Beim *error juris* unterscheide man: ob jemand | sich bereichern, oder sich bloß gegen einen Verlust schützen will. Dieser letzte nur darf sich auf einen Rechtsirrthum berufen

L 7 D. h: tit

Beim *error facti* untersuche man ob der Irrthum tadelnswerth sei oder nicht, *probabilis*. Der Irrthum wird als zulässig *probabilis* betrachtet, der sich auf fremde Handlgen oder fremde Personen bezieht; *non probabilis* der sich auf eigne Handlungen bezieht.

L 6,9 § 2, L 3 pr eod:

[77]

Ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung.

Das Mittel ist entw: Ausdruck, oder eine Handlg die gerade hier ein solches Mittel abgeben kann.

Von den Rechtsgeschäften.

Rechtsgeschäfte sind theils feierliche, theils unfeierliche /civile aus jus civile oder naturale aus jus gentium/. Die Rechtsgeschäfte erhalten allmählig immer einen allgemeineren Character und werden ihrer Form nach unbestimmt. So vorzüglich in Rom durch den Uebergang in die versch: Länder und Zeiten. Im justinianischen Recht hat bei weitem das jus gentium die Ueberhand, u nur einzelne Ueberbleibsel der alten Form, des jus civile finden sich noch.

Nebenbestimmungen des Inhalts.

Bedingungen:

[78] Bedingung heißt eine zufällige als ungewiß betrachtete Thatsache, von deren künftigen Daseyn abhängig seyn soll die Gültigkeit | des Rechtsgeschäfts selbst, nach der Willkühr der Partheien.

Von dem Eintreten der [~~Thatsache~~] Bedingung kann der Anfang der Gültigkeit abhängig gemacht seyn /Conditio suspensiva von den Neuern/ bei weitem die häufigste.

Hiedurch ist noch kein Recht begründet, sondern ob irgend ein solches entstehen soll, soll vom Zufall, dem Eintreten der Bedingung abhängen; Alles ist noch ungewiß, die Partheien sind aber gebunden. Conditio pendens von den Römern: Kann die Bedingung nicht ausbleiben, so ist Conditio impleta, ein Recht ist entschieden erworben. Die Bedingung kann nicht eintreten, sie ist aufgehoben. Conditio deficit.

Von dem Eintreten der Bedingung ist das Ende der Gültigkeit abhängig gemacht. Conditio resolutiva.

Hier ists anders, ein Recht ist wirklich da, welches wieder aufhören kann.

Es Soll in einem gewissen Fall eine Bedingung die nicht eintritt so behandelt werden, als ob sie eintrete. So in:

(Nro 18).

L 161 D: de regulis juris (50,17)

- (14). L 24 D. de condicion./ 35,1.
 L 50 de contrah emp: (D. 18,1)
 L 85 § 7 de verb: oblig. (D. 45,1)

In L 161 hat derjenige der Vortheil von der Nichterfüllung hat, die Erfüllung verhindert. Hier soll's so gehalten werden, als wäre die Bedingung erfüllt. In L 24 hat derjenige die Erfüllung verhindert, umgekehrt der Vortheil hat von der Erfüllung der Bedingung. Hier soll's gehalten seyn, als wäre die Bedingung erfüllt worden. Doch hat der Jurist dies hier nicht sagen wollen, da sich dies ganz von selbst versteht, und auch hier hat der Jurist gewiß geschrieben: Cujus interest, condicionem non impleri. [79]

Von der Zeitbestimmung:

Man unterscheidet einen dies a quo, und dies ad quem. Ferner einen dies certus und dies incertus. Es kann nun ungewiß seyn, ob der Zeitpunkt je eintreten wird; (dies ist in der That eine Bedingung), oder nur wann er eintreten wird. Im 2ten Fall wird es so beurtheilt, wie ein in jeder Rücksicht genau bestimmter Tag. Das Recht was ex die gegeben, ist gleich jetzt vollständig vorhanden, die Ausübung ist nur beschränkt. dies non suspendit.

In Ansehung der letzten Willensbestimmungen ist der erste Fall besonders wichtig. Das spätere Eintreten der Bedingung [~~vor dem eingetretenen Zeitpunkt~~] macht erst[~~hts~~] das Recht vollständig.

Modus.

1. Die Art der Ausübung, 2. Die Art der Verwendung eines einem andern zugestandenem Rechts. In den meisten Fällen wird was hier Modus, als Bedingung ausgedrückt seyn. Die Existenz des Rechts beim Modus soll gleich statt finden, aber dann tritt gleich eine juristische Nothwendigkeit der Erfüllung ein. Bei der Bedingung existirt vor Erfüllung | derselben das Recht nicht. [80]

Nullität:

Oft mißverstanden. Im juristischen Sinne besteht kein Rechtsverhältniß, factisch nur scheint ein solches vorhanden zu seyn. Wegen Abgang der Form soll zB ein Testament so betrachtet werden, als sei nie daran gedacht worden.

Die Neuern brauchen den Kunstausdruck: querela nullitatis; da-

bei ist vorausgesetzt das Geschäft sei eigentlich gültig, aber durch die Willkühr einer Privatperson könne es ungültig gemacht werden, und dies solle durch Klage bewirkt werden.

Bei den Römern soll es als null behandelt werden d:h: als juristisch nicht existirend ohne alle Wirkung seyn.

Infirmation und Rescission.

Rescissio setzt etwas an sich gültiges voraus was durch eine nachher hinzutretende Handlg ungültig gemacht wird. Dies Verhältniß ist sehr selten und nie da, wo Nullität vorhanden. Der Testator konnte rescindere testamentum, damit es nicht gelten sollte. Die Centumviri sollten nun grade dasselbe Recht haben das Testament zu rescindiren.

Convalescenz.

[81] Das umgekehrte der Rescission. Etwas früher ungültig soll durch nachherige Umstände | gültig werden. Es gibt Fälle wo das was unter Bedingungen der Ungültigkeit gemacht war, wenn diese Bedingungen wegfallen, nicht gültig wird. zB das Testament eines minor nicht wenn er major wird; und umgekehrte Fälle

Conversio:

Hierunter denkt man sich die Verwandlung eines Rechtsgeschäfts in ein andres, damit es als letzteres gültig werde.

Interpretation der Rechtsgeschäfte.

Es verhält sich hiemit ähnlich wie mit der Interpretation der Gesetze. Im justinianischen Recht finden sich abstracte Regeln, die nicht befriedigend sind, aber ihre Praxis der Interpretation der Rechtsgeschäfte ist ein wahres Muster der Interpretation.

Einige einzelne Arten:

Protestation und Reservation.

Eine Erklärung darüber, wie irgend eine Handlung nicht verstanden werden soll. Bei stillschweigenden Willenserklärungen ist dies wich-

tig, wo eine Handlung als solche leicht hätte angesehen werden können.

Reservation ist eine besondere Art der Protestation. Eine Handlung soll nicht so ausgelegt werden, als ob ich dadurch die Absicht an den Tag gelegt, dem Rechte zu entsagen.

Ratihabition:

Eine nachgetragene Einwilligung wird immer zurückbezogen auf die frühere Zeit. Retrahitur ad initium negotii.

L 7 pr Cod de Scito Maced: (4,28)

L 25 Cod de donat int. vir et ux (5,16) |

Renunciatio.

[82]

Die einseitige Erklärung eines Berechtigten, das Recht wovon die Rede ist, nicht haben zu wollen. Bei vielen Rechten bleibt sie ohne Wirkung, bei vielen andern dagegen reicht sie zur vollkommenen Vernichtung seines Rechts hin. In den Obligationen ist die einseitige Entsagung in der Regel nicht bindend.

Eid.

Die religiöse Bekräftigung der Wahrheit, welche entw: in der Zukunft liegen soll, oder in der Vergangenheit. In der Vergangenheit soll die Wahrheit einer Thatsache bekräftigt werden. juramentum assertorium. Liegt das was bekräftigt werden soll in der Zukunft so heißt der Eid: juramentum promissorium. Ein Versprechen soll bekräftigt werden. Im canonischen Recht nimmt der Eid als Bestärkungsmittel eine andre Stellung ein als im römischen Recht.

Im Römischen Recht kommt der Eid auf eine eigenthümliche Weise vor; er ist aus beiden angegebenen Begriffen gemischt. Dieses jus jurandum delatum im römischen Recht besteht darin, daß jeder der mit einem andern in einen Rechtsstreit verwickelt war, im Prozesse die Entscheidung desselben von der Beschwörung des Gegentheils von dem was er [h] behauptet, abhängig machen kann. Auch vor dem Prozesse kann dies jeder der Gegner thun. Der andre kann dann schwören, | nicht schwören, oder mir den [Ich] Eid referiren. Ich muß dann das beschwören, was ich behauptet habe. Schwört Einer der Partheien so gilt der Eid als res judicata, als förmliches Recht, jusjurandum pro judicato [eines] habetur. Es wurde das Da-

[83]

seyn oder das Nichtdaseyn eines *Rechts* beschworen. So wie dies beschworen gilt sie als wahr.

L 26 § 2, L 2 de jurejurando. (D. 12,2)

Der Eid wirkt noch stärker als das Urtheil, insofern bei ihm eine Einwilligung zu Grunde liegt; er gilt als Vergleich. Diese Entscheidung der Sache ist schon dem jus gentium gemäß; die res judicata ist etwas rein positives.

In dieser Gestalt kennen wir den Eid nicht mehr, er nahm allmählig eine neue Gestalt an, schon im neuesten römischen Prozeß. Jetzt kommt er nur im Prozeß vor; er bewirkt nur ein gleichlautendes Urtheil, für sich aber ist er kein förmliches Recht. Er ist nur Beweismittel. Jetzt wird immer über eine reine Thatsache, nie übers Recht geschworen.

Im Prozeß kommt bei uns der Eid als gewöhnliches Beweismittel vor; aber auch noch als etwas was vom Richter ausgeht zur Erläuterung über eine Thatsache. jusjurandum suppletorium, und purgatorium. |

RAUM UND ZEITVERHÄLTNISSE.

Raumverhältnisse:

Vom Domicilium:

Zur Begründung eines domicilii gehört ein mit dem Willen zusammenstreichendes factum. Irgend ein Ort muß angegeben seyn, wo man sich u sein Vermögen bleibend fixiren will. Davon kommen viele Kennzeichen vor in

L 7 Cod de incolis: (10,39)

Praesentia u Absentia:

Relativ, in Beziehung auf den Aufenthalt einer andern Person, oder einer Sache. So kommt der Begriff bei der Verjährung vor. Absolut, dann heißt praesens der sich augenblicklich in seinem domicilium aufhält; absens der dies jetzt nicht thut.

*Vom Besitze.**Begriff:*

sein ursprüngl Begriff ist nahe verwandt mit dem des Eigenthums; ein Recht der absoluten Herrschaft mit Ausschließung andrer Personen.

Besitz ist auch ein Verhältniß der absoluten Herrschaft der Person über eine Sache (nicht als etwas rechtlich begründetes), sondern als factisch vorhandenes, als Thatsache. | Besitz ist Ausübung des Eigenthums. Eigenthum ist das Recht zum Besitz.

[85]

Bleibt man bei diesem Begriff stehen, so wäre es nicht nöthig eine eigne Theorie des Besitzes aufzustellen; es ginge nur hervor: der Eigenthümer hat das Recht des Besitzes, der Nichteigenthümer nicht.

Die Römer haben aber eine vollständige Theorie des Besitzes, und daher müssen wir auch fragen: Wie wird man Besitzer? wie hört man auf es zu seyn? Auch der Besitz erscheint als Grund u Quelle

der Rechte. Welche sind die Rechte des *bloßen* Besitzers d:h: desjenigen bei dem es ungewiß ist, ob er Rechte auf die Sache hat oder nicht. Wir wollen annehmen, die Verhältnisse des Eigenthums u des Besitzes seien in versch: Personen getrennt.

Welches sind dann die reinen Folgen des Besitzes?

1. Interdicte. 2. Usucapio.

1. Interdicte. In *gewissen* Fällen kann der Besitzer Anspruch auf Schutz machen, gegen diejenigen Verletzungen, die schon durch ihre Form etwas unrechtmäßiges mit sich führen. Der erste Fall ist hier: gegen Gewalt; 2. gegen Hinterlist, 3. Mißbrauch des fremden Vertrauens /vi, clam, precario/. Diese drei Verhältnisse stellen die Römer als gleichartig zusammen. Gegen diese drei Arten von Verletzungen soll der bloße Besitzer Schutz erhalten, der ihm gewährt wird, durch possessorische Interdicte. |

[86] Usucapio. Die zweite Folge des Besitzes ist die Möglichkeit der Usucapio

Aus diesen Wirkungen wird es klar, wie eine besondere Theorie möglich und nothwendig ward. Alles übrige, was man noch als Wirkung des Besitzes ausgibt, ist eine solche im strengen Sinne nicht.

Eigenthum als Folge des Besitzes zu betrachten ist falsch, der Besitz verschwindet, wenn das Eigenthum zugleich mit dem Besitze entsteht.

Zu dem Begriffe gehört noch: neben der factischen Herrschaft das Bewußtseyn dieser Herrschaft.

Absolut ausschließend und unbeschränkt muß die Herrschaft seyn. Eigenthum ist ein Recht, was eine solche unbeschränkte und ausschließende Herrschaft hat; der Besitz hat die factische Möglichkeit dieser Herrschaft. *Animus possidendi*. Er muß die Sache haben wollen; ob er zugleich glaubt ein Recht auf diese Herrschaft zu haben, Eigenthümer zu seyn ist gleichgültig. Er muß den Gedanken an die Herrschaft haben. – Es ist körperl Herrschaft vorhanden, der Inhaber ist sich derselben bewußt, aber er will sie nicht haben; oder er will sie haben, aber den Besitz eines andern aus einem höheren Rechte anerkennen. Diese Fälle sind wichtig.

Der Eigenthümer hat den Besitz.

Wenn einer sich bona fide für den Eigenthümer hält, so hat er den wahren animus domini, er besitzt. |

Wenn einer eine Sache raubt oder stiehlt, so hat er den wahren animus possidendi, also den Besitz: [87]

Fälle, wo der Inhaber zwar die Herrschaft ausübt, aber in fremden Namen; hier fehlt der animus domini. Kein Besitz ist vorhanden; diejenigen welche zum Zweck eines andern die Herrschaft ausüben.

Besitz ist unmöglich, wo das Recht eines andern vorhanden u von uns anerkannt wird. Davon gibts aber Ausnahmen.

Das Pfandrecht. Der Inhaber des Pfandes hat den wahren Besitz, obgleich er das fremde Eigenthum anerkennt.

Ager vectigalis. Der Grund ist hier historisch.

Depositum. Da können die Besitzrechte mit übertragen werden; eben so beim Precarium.

Duo in solidum possidere non possunt. Man kann ihn auch ausdrücken: der Besitz ist seinem Wesen nach ein ausschliesliches Verhältniß.

L 2 § 5 de acq et omitt: poss.^a

Wissen wir dß jemand den Besitz erworben, so wissen wir, dß ein andrer ihn verloren hat, und umgekehrt.

Terminologie dieser Lehre:

Es wird unterschieden: dasjenige Verhältniß was zu den Interdicten hinreichend ist, possessio im juristischen Sinne; u dasjenige was nicht dazu hinreicht; da heißt's non possidet; tenet, est in possessione; naturaliter possidet. |

Der Eigenthümer, der sich dafür hält, der Räuber u Dieb hat die possessio. Der Miether, Pächter Commodatar pp hat naturalis possessio d:h der animus possidendi fehlt ihnen. [88]

Unsre Juristen brauchen den Ausdruck Detentio für die naturalis possessio d:h das bos körperl Herrschaftsverhältniß

L 6 § 2. de precario (D. 43,26)

L 1 § 22 de vi (D. 43,16)

(Nro. 15) L 9 D. de rei vind: 6,1.

Es kann jemand so besitzen, daß er dadurch Anspruch erhält auf Usucapio, civiliter possidere, civilis possessio.

Und umgekehrt so dß er diesen Anspruch nicht erhält, naturaliter possidere, naturalis possessio.

^a Die Stelle D. 41,2 hat den Titel de acquirenda vel amittenda possessione. D. 41,2,2 hat keinen § 5.

Verhältnis des Interdictenbesitzes zum Usucapionsbesitz:

Zu den Interdicten besitzt man hinreichend, wenn man nur den animus possidendi hat. Zu dem Usucapionsbesitz muß ausser dem animus possidendi noch justa causa u bona fides hinzukommen.

Der Interdictenbesitz ist also viel weniger bedingt, und man kann sagen, wer den Usucapionsbesitz hat, hat auch den Interdictenbesitz, aber nicht umgekehrt.

Naturalis possessio drückt überall die Abwesenheit irgend eines juristischen Moments des Besitzes aus; ihr Begriff ist bald enger, bald weiter.

(Nro. 16) L 3 § 15 D ad exhib. 10,4

(Nro. 17) L 16 D de usurp: 41,3. |

[89] (Nro 18) L 26 pr D de dom: int. vir et ux. 24,1.

(19) L 1 § 9, 10 D de vi, 43,16.

(20) L 1 § 2 D. pro donato 41,6.

Die 3 letzten Stellen sagen: die [besch] von ihrem Ehemann beschenkte Ehefrau hat den wahren Besitz, Anspruch auf Interdicte, aber sie hat nicht civilis possessio, sie kann nicht usucapiren.

Streitig ist man über L 1 § 10 D: de vi cit. inf. Dort heißt's poterit interdicto uti: non tamen si colonus. Natürlich ist zu verstehen ea u da wird der Sinn poterit ea interdicto uti: non tamen si colonus dejectus sit, poterit ille interdicto uti aus dem Grunde: quia non possidet, laudum tenet. cf: Nro 15 inf. Da ergänzen andre statt ea maritus u lesen weiter: non tamen si colonus ac poterit maritus. (Gesucht u falsch)

Quasi possessio:

Juris quasi possessio. Der ganze Besitz wurde bisher als etwas neben dem Eigenthum hergehendes betrachtet. Ein ähnliches Verhältniß läßt sich neben manchen andern Rechten denken; so haben versch: Arten von jus in re ein solches Verhältniß zur Seite erhalten, ein Verhältniß des factischen Innehabens, der Ausübung des Rechts. Dies nennen die[æ] Römer juris quasi possessio, oder Quasi possessio; wir Rechtebesitz im Gegensatz von possessio, Eigenthumsbesitz (Sachenbesitz.)

Auch dieser Besitz kann Interdicte u Usucapio zur Folge haben; auch hier ist jener animus possidendi nöthig.

A ist Eigenthümer, B Usufructuar meines Eigenthums. Dieser hat

in Bezug auf sein jus in re, (den Ususfructus) die quasi possessio. Den Eigenthumsbesitz hat aber A, A possidet, B tenet.

Bei allen Klassen der Servituten, gibt es eine juris quasi possessio; ferner bei Superficies. Dagegen aus besondern Gründen nicht: | beim Pfandrechte und beim ager vectigalis. Hier hat der Inhaber des jus in re ja zugleich possessio (den Eigenthumsbesitz). [90]

Erwerb des Besitzes:

Aus dem Begriffe läßt sich der Erwerb bestimmen: Man muß einmal in das factische Verhältniß der Herrschaft und den animus possidendi gekommen seyn.

(Nro 22) L 153 D. de reg: juris. 50.17.

Nulla possessio adquiri, nisi animo et corpore potest.

Corpore.

Muß das factische, das körperl durch meine Handlung oder kann es auch durch Mittelspersonen erworben werden? Aus.

(Nro 1) L 53 D: de adq: rer dom: <41,1>

(Nro 23) cf L 1[8-~~p~~] C. de acq. v: omitt poss 7[1],32

geht hervor, daß der Erwerb des Besitzes durch freie Stellvertreter geschehen kann.

Corpore nennen die Neueren Apprehension. Was gehört zu einer wahren u vollständigen Apprehension?

Darüber finden sich bei den Classikern genaue Bestimmungen, wie bei Grundstücken u wie bei beweglichen Sachen Besitz erworben wird.

Bei Grundstücken erwerbe ich Besitz, indem ich das Grundstück betrete, und daran nicht verhindert werde.

L 3 § 1 L 18 § 2 D de acq v: omitt^a poss. <41,2>

Bei beweglichen erwerbe ich Besitz, indem ich sie ergreife; u daran nicht verhindert werde.

L 79 de solutionibus. <D. 46,3>

L 1 § 21 de acq v: omitt^a poss. <D. 41,2>

Aus Vergleich dieser Bestimmungen ergibt | sich folg: allg: Regel: [91]
Das gemeinsame ist a. unmittelbare Nähe und Gegenwart, sodann
b: die Abwesenheit jedes Hindernisses meiner Einwirkung auf die Sache.

^a richtig: amittenda

Ich erwerbe also Besitz dadurch daß ich mich einmal in den unmittelbaren unbeschränkten gegenwärtigen Möglichkeiten einer willkürlichen Einwirkung auf die Sache befinde[~~n~~] [~~haben~~].

Dadurch daß ich ein Wild tödlich verwundet, bin ich noch nicht Besitzer. Habe ich den Schlüssel zu einem Magazin noch nicht, so bin ich noch nicht Besitzer.

L 9 § 6 de acq rer: dom: <D. 41,1>

L 74 de contrah. emtione. <D. 18,1>

Die Neuern sagten: das Wesen der Apprehension bestehe bei beweglichen Sachen im Ergreifen mit der Hand, bei unbeweglichen das Betreten. Dies sei natürl Apprehension. Das bloße Hinlegen des Geldes, das bloße Nebenstehen an einem Grundstück sei eine künstliche symbolische Apprehension.

Dies liegt aber weder im Begriff der Apprehension noch in den Stellen. Die symbolische Apprehension würde viel wichtiger seyn und viel öfter vorkommen als die natürliche. Das Besitzrecht gehört zum praetorischen Edict. Der Besitzerwerb ist etwas bloß naturales. Symbolische Handlungen kommen aber nur beim jus civile vor; das jus gentium wozu das Besitzrecht ganz gehört, kennt solche nicht.

Dieser Gegensatz von fingirter u natürlicher Apprehension aus dem versch: Meinungen wird bedeutend.

Es gibt zwei Institute: das Constitutum possessorium u die traditio brevi manu facta.

Ueber das Constitutum possessorium:

(Nro 21) cf L 18 pr D de acq v: omitt poss 41,2.

[92] Dies Constitutum sagen die Neuern ist [~~es~~] ein bloß | symbolischer Besitzerwerb. Es folgt dies aber natürlich aus unsrer Theorie des Besitzerwerbs: ich verkaufe an A mein Haus, so kann der Besitz erwerben wenn er selbst einzöge oder einen dritten Stellvertreter als Miether einziehen ließe. So gut wie der Dritte dies kann, kann ich als Verkäufer für A aus. Es ist dies nur eine Anwendung der Sätze: man erwirbt Besitz durch Handlungen von Stellvertreter, und durch unmittelbare Nähe.

Bei der traditio brevi manu facta ist der umgekehrte Fall: ich bin Miether, der Eigenthümer verkauft mir das Haus, gibt seinen Besitz auf, u von meiner Seite tritt zum körperlichen Verhältniß, das ich habe noch animus possidendi hinzu

L 9 § 9 D de reb creditis. <D. 12,1>

L 9 § 5 de acq rer: dom. <D. 41,1>

Verlust des Besitzes:

Zum Besitz gehörte a: etwas factisches b: der animus. Herrschaft u Bewußtseyn derselben mußte zusammentreffen. Wenn beides aufhört ist also gewiß der Besitz verloren, consequenter Weise müßte sogar der Besitz aufhören, wenn nur die Verbindung beider aufhörte: d:h: wenn der animus bei unveränderter körperlicher Herrschaft oder diese Herrschaft bei unverändertem animus aufgehört habe. In einzelnen Fällen ist die Richtigkeit dieser Sätze von den römischen Juristen anerkannt. Beim Diebstahl zB verliere ich obgleich ich den animus halte, mit der körperlichen Herrschaft den Besitz; u umgekehrt auch wenn ich Eigenthümer war, u als Miether wohnen bleibe, obschon ich körperliche Herrschaft behalte, durch den unveränderten animus. |

Schwierigkeit macht:

(Nro. 22) L 153 D: de Reg juris./ 50,17

L 9 de acq v: amitt poss. 41,2 (D.)

Paulus hat sich die Frage aufgeworfen: wie wird überhaupt der Besitz verloren nach einer consequenten Behandlung; er sagt der Verlust des Besitzes muß analog dem Erwerb des Besitzes seyn, es ist nicht genug, dß etwas Drittes von diesen verschiedenes geschehen sei, es muß gegen den Erwerb des Besitzes etwas in *contrarium actum*, ein Gegentheil geschehen seyn.

Verlust durch animus.

Sobald etwas in *contrarium actum est*.

Verlust durch ein *factum contrarium*:

Der Besitz hört auf mit der körperlichen Herrschaft. Bei bewegl Sachen ist dies bestimmt ausgesprochen.

(Nro 24) L 5 § 13 D de acq: v: amitt poss 41,2

Custodia heißt besondre Anstalt zur Verwahrung, homo, Slave. id est .. pp. Ist dies Erläuterung des ersteren? Nein zB: wenn ich eine verschlossene Sache verlegt habe besitze ich sie immerfort. Der Pflug auf dem Acker ist nicht in custodia, aber si volumus, naturallem possessionem nancisci possumus. Es ist darum statt id est idem zu lesen, sonst paßt auch das folgende nicht. Bei [b] unbewegl Sachen ist eine sehr billige positive Ausnahme gemacht: wenn ohne mein[en] Wissen u Willen meine Sache occupirt [h] ist, so daurt mir der Besitz so lange fort als ich noch nichts davon erfahren. Dann

[94] sind folg: Fälle möglich: entw: vertreibe ich den andern, dann wird's so gehalten, als ob ich nie den Besitz verloren, oder ich kann ihn nicht vertreiben: dann wirds gehalten, als ob ich jetzt | erst aus dem Besitz gedrängt, oder ich thue nichts, dann wirds angesehen als ob ich den animus aufgegeben.

L 9 § 7,8 D de acq v: amitt. poss. <41,2>

Der Besitz wird fortgesetzt, wie er angefangen; dies ist aber nicht so streng zu nehmen, nicht dieselbe Gegenwart ist nöthig, sondern nur dß nichts dazwischen kommt, was mir das Wiederergreifen unmöglich macht. Hierauf bezieht sich (Nro 22) L 153 D: cit: <50,17> Durch Mittelspersonen kann ich auch den Besitz fortsetzen.

Verlust durch Mittelspersonen:

Der Stellvertreter kann a. selbst den Besitz erwerben wollen. Bei unbewegl Sachen muß er hier neben seinem animus mir noch die Herrschaft, die er für mich ausübt, verweigern.

Bei bewegl Sachen kann er mir nur unter solchen Umständen dieselbe entziehen, die einen Diebstahl ausmachen.

L 3 § 18 de acq v amitt poss. <D. 41,2>

Soll der Besitz den ich durch einen Stellvertreter ausübe, durch einen 3ten verloren gehen, so geht er dann gewiß verloren, wenn etwas vorgenommen wird, was mir den Besitz ohnehin entzöge, wenn ich selbst in Person besessen hätte.

Ist der Stellvertreter treulos, verkauft zB das Grundstück, so verliere ich den Besitz erst sobald ich etwas davon erfahre, und die allg: Grundsätze gelten dann hier.

L 12 Cod: de acq v: amitt poss.^a

[95] *Wie kam man auf die Lehre von den possessorischen Interdicten?* Erst im praetorischen Edicte ist die Rede | davon; ein älterer Ursprung scheint ihr zu Grunde zu liegen. Nach Niebuhr gab es nach der ältesten Verfassung 2erlei Grundbesitze, der ager publicus den die Patrizier als eine Art Lehen hatten; der ager privatus war das wahre Eigenthum der Plebejer. Hier waren die gewöhl Rechtsmittel. Die Rechtsmittel für den ager publicus sollen nun gerade diejenigen gewesen seyn, die jetzt unter der Form der possessorischen Interdicte bestehen. Der ager publicus wurde bald unbedeutender, u

^a Die Stelle C. 6,30 hat den Titel de acquirenda vel omittenda hereditate

man wandte diese Rechtsmittel durch Analogie auf den *ager privatus* an. So hätten sie sich erhalten, wie wir sie jetzt als possessori-sche *Interdicte* finden.

Folg: historische Gründe machen die Sache sehr wahrscheinlich. a für den *ager publicus* haben wir keine andern Rechtsmittel b. die Terminologie *possessio*, *possessor* wurde für das Lehnsverhältniß gebraucht. *Possidere* war das Recht an einem *ager publicus*.

Livius VII, 16.

Columella I, 3.

Cic. de officiis. II. 22.

Cic. in Rullum III. 3.

florus. III. 13.

Orosius. V. 18.

c. Die *juris quasi possessio* bestätigt dies auch. Sie kommt vorzüglich bei Pfand zur Sprache. Dem Pfandgläubiger werden ausnahmsweise wegen seiner beabsichtigten Sicherheit alle Besitzrechte gegeben. Warum dies beim *ager vectigalis gradeso* bestimmt war, das läßt sich ohne die Ansicht Niebuhrs nicht nachweisen, nach ihr aber sehr leicht, da der *ager vectigalis* ein Ueberbleibsel des *ager publicus* [w]ist an diesem aber *possessio* ohne Eigenthum war.

[96]

Zeitverhältnisse.

Von der Zeitrechnung:

Im römischen Recht kommen drei chronologische Systeme in Betracht, ein altes, mittleres u das neuere.

Altes romulisches. Das Jahr bestand aus 10 Monaten, alle 5 Jahre wurde Ein Jahr eingeschaltet. Es zählte 304 Tage.

Mittleres; zählte 355 Tage; alle 2 Jahre wurde ein Monat eingeschaltet.

L 98 § 1,2 de verb sign: (D. 50,16)

Neueres Julianisches Jahr; mit dem gegenwärtigen fast zusammen-treffend. Es zählt 365 Tagen; alle 4 Jahr wird ein Tag eingeschaltet. Es besteht aus 12 Monaten. Der juristische Tag wird gerechnet von Mitternacht zu Mitternacht.

Gellius III, 2.

L 8 de feriis ()

Die Länge der Stunden nahm von Tag zu Tag zu oder ab.

Diese Zeiträume lassen sich denken entw: so daß der Anfangspunct ein willkürlich[e] bestimmter /beweglicher Zeitraum/ oder ein fest bestimmter /Kalenderjahr/ ist. Bei Tagen ist es entw: der Kalendertag von Mitternacht zu Mitternacht oder 24 Stunden mit willkürlich gewählttem Anfangspunct. |

[97] Der bewegliche Monat ist eine Zeit von vollen 30 Tagen.

L 22 § 1,2 Cod de jure (6,30)

Continuum et utile tempus.

tempus continuum, wo auf einen Zeitraum die eben angegebenen Begriffe vollständig und ohne Reduction angewendet werden. tempus utile wo eine Reduction vorgenommen wird. Sie ist die Ausnahme.

Ein Recht soll eine Zeitlang ausgeübt werden, es entsteht ein Hinderniß u dies soll zu Gute gerechnet werden. Man unterscheidet tempus utile ratione initii, welche angerechnet wird von der Zeit wo der Berechtigte von der ganzen Sache etwas erfahren hat. – Ferner: tempus utile ratione cursus. Da sagt man: wenn die in den Zeitraum fallende Zeit dem berechtigten zu Gute gerechnet wird, worin er verhindert wird. Dieser Begriff ist nicht ganz wahr: zB beim annus utilis wird kein subjectives Hinderniß beachtet. Im alten Recht gab es bestimmte Tage wo der Prätor saß, andre wo er nicht Gericht hielt. Ein Annus utilis sollen nun 365 Gerichtstage seyn. Im justinianischen Recht existiert ein solcher Unterschied nicht mehr.

Jene Frage, in wiefern ein subjectives Hinderniß hierher gerechnet werden u dem Berechtigten zu Gute gerechnet wird, gehört gar nicht hierher.

cf Klagenverjährung.

Vom tempus utile ratione cursus sind im römischen Recht noch wichtige Folgen übrig geblieben, zB bei der Restitutio. Die Zeit des annus utilis wird wegen der schwierigen Berechnung | später in ein quadriennium continuum verwandelt.

[98] Von der ganzen Lehre des continuum und utile tempus gilt nur noch das, was die Neuern tempus utile ratione initii nennen.

Von der CivilComputation:

In der Regel ist sie nicht erheblich. Diese ganze Lehre hängt zusammen mit dem Umstande, daß da, wo Geschäfte getrieben werden, gewisse Zeitpunkte wann Geschäfte geführt worden, angemerkt wer-

den: Dies kann die Folge haben, daß wenn nach geraumer Zeit eine Frage über den Anfangspunct, die Stunde u Minute eines Geschäfts entsteht, Zweifel entstehen werden.

Die Römer haben die Regel angenommen: Die geringeren Theile sollen juristisch nicht beachtet werden, der Tag ist das Zeitelement.

CivilComputatio ist also die Berechnung eines Zeitraums nach welcher ein ganzer Tag als ein untheilbares Zeitstück ange[geben] nommen wird.

Nro 25. L 6 D de usurp. 41,3.

totum postremum diem d:h: der letzte Tag soll als untheilbares ganze berechnet werden, was aus dem Gegensatz: a momento ad momentum hervorgeht.

cf. L 134 de verb sign. (D. 50,16)

L 3 § 3 de minoribus. (D. 4,4)

Die kleinern Theile als ein Tag (von 24 Stunden) sollen nicht beachtet werden.

Wegen der täglich wechselnden Stundenlänge war dies bei den Römern schwierig. naturalis computatio ist die, wo auf die kleinern Zeiträume geachtet, a momento in momentum | gerechnet werden soll. [99]

Die Neuern sagen: Civilcomputatio ist die, wo zur Begünstigung der Partheien der Anfangspunct eines Zeitraums schon als vollendet angesehen werden soll. – Dies ist aber etwas bloß zufälliges. An dem Grund eines solchen Schenkens der Gesetze fehlt es durchaus.

zB. um Mittag des 1 Januar hätte Besitz angefangen, so war der natürl Ablauf der Usucapio am folg: 1 Januar wieder um Mittag. Gleich am Anfang des folg: Januar also gleich nach Mitternacht soll nach der Civilcomputation die Usucapion vollendet seyn. Hier wären dem Usucapienten 12 Stunden geschenkt. Nach dem Begriffe der Neuern ist ihre Meinung man müsse zurückgehen auf den vorigen Kalendertag u zwar auf den Anfang desselben, also hier der Anfang des 31 Decembris. Dies wäre allerdings ein vollkommenes Geschenk. Diese Civilcomputatio ist aber ganz grundlos u nirgend vorgeschrieben.

Ob zurückgerechnet werden soll auf den Anfang des 1 Januars oder des 31 Decembris dies ist die Streitigkeit:

Die Römer haben dies in mehreren Fällen bestimmt, vorzügl bei der Usucapion und der Testaments-mündigkeit. Daß sie in versch: Anwendungen versch: Civilcomputationen gehabt haben sollen, ist ganz unwahrscheinlich.

Ueber die CivilComputation bei Usucapion

cf. L 15 D de div: temporal. praescript. <44.3.>

(Nro 25) L 6 D: de usurp 41,3.

(26) L 7 D. eod. <41,3>

In L: 7. nox pridie Kalendas Januarius ist die Nacht, welche im 31 December anfängt und im ersten Januar endigt.

cf Gellius. III. Cap 2.

[100] Das trinoctium usurpandi hemmt den Usus der Frau volle drei Nächte. Die Frau, so den 29–30, 30–31, den 31 December – 1 Januar das Haus des Mannes verließ, um, da den 31–1 Mitternacht das Jahr des usus verflossen ist, zuvor drei Nächte | entfernt zu seyn, verfehlt ihren Zweck, weil die letzten Stunden der 3ten Nacht dem neuen Jahre angehören.

Manumissionen. L 1 D. de manumiss: < >

Bei Testamenten. Derjenige kann ein Testament machen der 14 Jahre alt ist. Wann ist man mündig?

Nach unserer Ansicht kann er das Testament machen in der Frühstunde seines Geburtstages, nach der Meinung der Neuern schon in der Frühstunde des vorigen Tages.

Nro. 27. L 5 D: qui test: fac. 28,1.

Nach der Mitte der Stelle von propone aliquem pp bis zu Ende scheint die Stelle für die Meinung der Neuern zu sprechen.

Die Stelle muß aber anders ausgelegt werden; die Römer haben gewiß nicht in versch: Fällen versch: Anwendungen; diese Stelle ist auch von Ulpian wie jene beiden frühern. Nro 25 u 26.

Ulpian sagt einmal: schon am Geburtstage selbst kann man's Testament machen, man braucht [~~selbst~~] den 2ten Januar nicht abzuwarten, ja noch mehr: sogar in den erweislich dem Moment der Geburt vorhergehenden Stunden des Geburtstages sobald nur Mitternacht vorüber ist, kann er's Testament machen. Genau [~~heißt~~] ist es nicht: pridie Kalendarum, sondern ipsis Kalendis; post sextam horam noctis heißt: genau am Ende der Mitternachtsstunde des 31ten December.

[101] Wie selten kamen die Fälle vor, daß grade am Geburtstage ein Testament gemacht wurde, daher schien es dem Juristen merkwürdig, grade einen solchen Fall hervorzuheben, zu erklären u dann sich aufs Zeugniß Mareians | zu berufen. Beim anniculus der lex Julia galt Civilcomputatio.

L 132, 134 D de verb: signif <50,16>

Naturalis Computatio galt bei der Rest: eines Minderjährigen. Dort wurde a momento ad momentum gezählt. Zu welcher Stunde u Minute ist er geboren.

L 3 § 9. de minoribus. (D. 4,4)

Eben so gilt dieselbe bei der Klagverjährung.

L 6 de oblig et act: ()

Aehnlich bei einer Verjährung von 2 Monaten in

L 101 de regulis juris (D. 50,17)

Das steht fest, daß in einigen Fällen bestimmt CivilComputatio gilt, so bei Usucapion und Testamentsmöglichkeit; in andern Fällen bestimmt Naturalis Computatio, so bei der Restitutio.

Es sind Fälle übrig worüber eine allg: Bestimmung fehlt: wenn die Civilcomputatio eine bloße Begünstigg wäre, so müßte naturalis Computatio eintreten, überall wo jene nicht bestimmt vorgeschrieben. Da sie aber als Fördergs u Erleichtergsmittel des Beweises gelten soll, so kann der von dessen Rechten es sich handelt, sich darauf berufen, oder auch naturaliter computiren. Es hängt dies vom Berechtigten ab, von dessen persönlicher Beschaffenheit oder Rechten die Rede ist.

Vom Schalttage.

Nach dem neuesten System der Zeitrechnung kommt der Schalttag in der Regel alle 4 Jahre vor. Er heißt bei den Römern dies intercalaris, oder bissextus. Sextus ante Calend: Martii ist der 25 Februar, der 24 heißt bissextus: er ist der eingeschaltete Tag u wird juristisch nicht gerechnet. D:h: 1 Alles was im Laufe des bissextus geschehn, | wird angesehen als ob es geschehen im ersten Augenblick des Sextus. [102]

L 98 pr de verb: sign: (D. 50,16)

L 3 § 3 de minoribus (D. 4,4)

Wenn der Schalttag[e] mitten in einen Zeitraum fällt, so wird es angesehen als ob er gar nicht vorhanden, der Zeitraum wird um den Schalttag verlängert.

(Nro 28). L 2 D. de div: temp praes. 44,3

Controverse. Durch den Schluß dieser Stelle: mihi contra videtur scheint *Alles* aufgehoben zu seyn. Sie ist aber nur von den Worten: et si quis furium pp angerechnet, auf diesen letzten Satz zu beziehen; es ist dies offenbar ein Gegensatz und statt: et si, sed si, sed et si zu lesen.

Mehrere sagten so: überall wo gerechnet wird nach Jahren oder Monaten, da verlängert der Schalttag die Zeit, wo aber nach Tagen, da thut er dies nicht. Aber grade bei dem *judicatum* wird nach Tagen gezählt, u der Schalttag wird nicht mitgezählt.

Der Grund ist vielmehr folg: überall wo ein Vertrag existirt, soll dieser wörtlich ausgelegt werden; u der Schalttag mit~~ht~~ gerechnet werden. Anders wenn der Zeitraum durch eine gesetzl Bestimmung angegeben, da soll der Schalttag nicht gerechnet werden; also die Zeit verlängern.

Ueber die Worte: *quo lis perit*
cf Gaj IV. 104

Von der unvordenklichen Zeit.

[103] *possessio immemorialis, praescriptio immemorialis.* Der Erwerb eines Rechts dadurch, daß man sich über Menschengedenken hinaus fortwährend in einem factischen Zustande befunden | habe. Vorausgesetzt wird, daß nicht auf andre, leichtere Weise das Recht schon erworben sei.

Der Beweis der Immemorialverjährg wird in der Regel geführt durch das Zeugniß alter Personen, daß sie sich keines andern Zustandes erinnern, auch von ihren Vorfahren nichts anders gehört haben.

Dies Princip findet sich nach der Meinung der Neuern im römischen Recht: es ist dies aber irrig. Im canonischen Recht u in den deutschen Reichsgesetzen ist vielmehr ihr Entstehungsgrund zu suchen. |

ZWEITES BUCH.
DINGLICHE RECHTE.

[105]

ERSTES KAPITEL.
VON DEN DINGLICHEN RECHTEN ÜBERHAUPT.

Von dem Wesen der dinglichen Rechte.

Die dinglichen Rechte im engern Sinne, *dominium u jura in re* umfaßt das Sachenrecht. Dingliches Recht [~~Eigenthum~~] ist das Recht eine bestimmte Sache auf eine bestimmte Weise zu behandeln. Das höchste Recht ist das Eigenthum. Die Sache wird der Person, ihrer Willkühr unterworfen gedacht entw: absolut unter Voraussetzung des Eigenthums, oder relativ unter Voraussetzung eines *jus in re*. Das Rechtsverhältniß besteht auf einer Seite zwischen dem Berechtigten, auf der andern Seite zwischen allen übrigen Personen, auf ihr negatives Verhalten in Bezug auf die Sache, diese ihre Verpflichtung erzeugt durchaus keine *Obligatio*.

Anzahl der dinglichen Rechte.

Es wäre denkbar, daß außer dem Eigenthum gar keine dingl Rechte vorhanden wären, allein dies finden wir im römischen Rechte nicht. Hier finden wir die Möglichkeit viele Rechte vom Eigenthum abzulösen, so daß diese als selbstständig für | sich bestehen. Im römischen Rechte kommen als solche vom Eigenthum getrennte dingl Rechte (*jura in re*) vor: 1. *Servitus*. 2 *jus in agro vectigali* 3. *Superficies*. 4 *pignus*.

[106]

Controverse. Die Neuern rechneten bis auf neuere Zeiten dazu: 1. *Servitus*. 2. *pignus*. 3. *hereditas*. Jedes dingl Recht ohne Ausschluß des Eigenthums nennen sie *jus in rem*.

Hereditas umfaßt nicht bloß manche *jura in re*; sondern auch Eigenthum und *Obligationen*. Sie kann also gewiß nicht als *jus in re* gedacht werden. Die Ausschließung des *jus in agro vectigali* u *Su-*

perfacies der Neuern liegt darin, daß sie dieselben als eine Art des Eigenthums ansehen; dies ist irrig.

Manche Neuern setzen zu ihrem jus in rem noch die possessio hinzu. Die dingl Rechte müssen von jedem respectirt werden; die Klage daraus kann nur eine actio in rem gegen den Verletzer, nie eine actio in personam seyn.

Bei der possessio habe ich nur gewisse Ansprüche gegen gewaltsame Eingriffe; hier wird nur ein rein persönl obligatorisches Verhältniß geltend gemacht. Eine besondere Art der Entschädigung wird bei Besitz nur geltend gemacht.

Von deren Collision.

Rechte die versch: Personen zustehen, können nicht vollständig nebeneinander ausgeübt werden. Dies wird nun in Bezug auf dingl: Rechte betrachtet.

1. *Eigenthum collidirt mit Eigenthum.* |

[107] Dieser Fall kann nicht vorkommen, aus dem Begriffe des Eigenthums. Es können

a. mehrere Miteigenthümer an derselben Sache seyn. Hier ist jeder Eigenthümer eines idealen Theils.

b. Es ist Rechtsstreit über Eigenthum.

In beiden Fällen ist keine Collision.

Fingirtes Eigenthum /bonae fidei possessio/ kann allerdings mit dem wahren Eigenthum collidiren.

2. *Eigenthum mit jus in re.*

Diese Collision muß vorkommen, wo irgendwo ein jus in re vorkommt. Hier steht das Eigenthum nach, das jus in re geht vor. – Das jus in re ist entstanden durch Aufhebg eines ihm entsprechenden Theils im Eigenthum. Der Theil im Eigenthum der allein hier bei der Collision einen Anspruch geben könnte, ist zerstört. Das Eigenthum steht nach: d:h: nicht allein die Person als Eigenthümer, welche das jus in re hervorgebracht hat, sondern jeder neue Eigenthümer. Die Römer sagen: res, (dominium) transit cum sua causa. (cum suo onere) (cum suo jure).

L. 67 D. de cont. emtione. (18,1)

3. *Jus in re mit jus in re.*

Sehr viele jura in re können nebeneinander gleichzeitig ohne Collision bestehen. Bei der Collision lautet die Regel: Das ältere Recht geht dem neuern vor. Diese Regel hat bei dem Pfandrecht eine positive Ausnahme /die privilegia hypothecae./

Von den dinglichen Klagen:

Actio in rem ist umfassender. Hier sollen Klagen verstanden werden, die aus Eigenthum | oder jus in re entstehen. Es sind dies Arten der Actiones in rem, die sich nicht gegen eine bestimmte Person richten, gegen einen qui nullo jure mihi obligatus est.

[108]

Das Recht selbst u eine Verletzung desselben muß vorhanden seyn.

Controverse. In der Regel sollen dingl Klagen nur möglich seyn wenn eine vergangene und jetzt noch fortdaurende Verletzg vorhanden ist. Davon gibts nur bei Servitutenklagen eine Ausnahme.

Es ist dies aber irrig:

a. Beim Eigenthum kann die rei vindicatio nur angestellt werden dessen Verletzg in die Vergangenheit u Gegenwart geht.

b. Beim Eigenthum gibts auch Klagen auf eine partielle Verletzung, gegen jeden der mir mein Eigenthum anders als durch gegenwärtigen Besitz verletzt; [gegen Störung und Drohung zu verletzen]. /negatoria actio/

Hierauf (auf b) läßt sich also obiger Satz der Römer nicht anwenden.

Beim Pfandrecht, bei der Emphyteusis u Superficies ist auch ihr Satz wahr. Die Klage geht hier paralell mit der rei vindicatio.

Bei den Servituten ist ihr Satz aber wieder falsch. Die confessoria actio umfaßt ihrem Wesen nach die rei vindicatio u die negatoria actio. Sie läuft paralell mit beiden. |

Zweck der Klagen. Das Recht soll anerkannt u ausgesprochen werden.

[109]

Wirkungen. Das Urtheil macht jus inter partes. War ich auch nicht Eigenthümer so bin ich's in jedem künftigen Rechtsstreit gegen meinen Gegner durch's Urtheil geworden.

Erwerb der dinglichen Rechte.

Controverse. Viele Neuere suchten eine allg: Theorie aufzustellen. Justus titulus u ein modus acquirendi seien die allg: Bedingungen des Erwerbs. Diese beiden Stücke müsten zusammentreffen. Die Juristen im Mittelalter gebrauchten die Ausdrücke causa remota u causa proxima. Man ging hiebei aus von der Lehre von der traditio; hier treten sagen sie 2 Stücke ein, Vertrag als justus titulus oder causa remota, traditio als modus acq: oder causa proxima. Ganz so wahr ist's nicht mal bei der traditio. Einigermäßen findet sich noch was ähnliches bei der Usucapio; bei den andern Erwerbarten aber garnicht. Diese ganze Lehre ist daher irrig u grundlos, u hat zu vielen practischen Fehlern Anlaß gegeben.

Bei der Occupatio sagten sie: das Gesetz, das erlaubt zu occupiren sei der justus titulus; dß man sich desselben bediene sei der modus acq. Consequent müsse man diese Regel auch auf die traditio anwenden, u da würden wir dann drei Stücke erhalten; a die Rechtsregel b den Titel c den modus.

Es wird Eigenthum auf versch: Arten erworben, die sich nicht unter eine allgemeine Regel bringen lassen. |

[110]

Verlust derselben.

Recht der Veräußerung.

Veräußerung /alienatio/ ist eine Uebertragung unsres Rechts auf einen andern durch unsre juristische Handlung. – Man kann also sagen: jede Veräußerung beruht auf einem freien Willensact: d:h: nicht als ob die Veräußerung zur Zeit wo sie geschieht, ganz willkürlich sei; der Richter ist oft dazu berechtigt es in seinem Namen zu thun.

Die Veräußerung ist nothwendig zu denken als eine juristische Succession d:h: derjenige der durch Veräußerung ein Recht erwirbt, gründet sein Recht auf das seines Vorgängers. Bei Occupation kommt keine Succession vor, obschon die Römer sie fingiren. Usucapion ist keine Veräußerung, wird aber in manchen Beziehungen so behandelt, als sei sie eine Veräußerung.

L 28 de verb: sign. (D. 50,16)

Veräußerung läßt sich eigentlich denken bei jedem Recht, so bei Eigenthum u jura in re, wobei es eine Reihe wichtiger Ausnah-

men gibt. Diese gründen sich: a. auf die persönliche Beschaffenheit des Berechtigten; er ist verfügungsunfähig. b. Auf das besondere Verhältniß des Berechtigten zu seinem Rechte. Hier läßt sich ein 3facher Grund denken. Das Veräußerungsverbot kann enthalten seyn:

1. In einer gesetzlichen Vorschrift. Beim Eigenthum ist eine solche am seltensten. |

pr Inst quib: alienare ()

[111]

L.11. § 15 Cod de rei ux: act. <5,13>

Die Stelle enthalten: der fundus italicus, welchen der Mann zur dos erhält, kann nicht von ihm veräußert werden, obschon er Eigenthümer wird.

Unveräußerlich ist ferner: eine res litigiosa. Wird die Veräußerung versucht, so folgte daraus im ältern Recht eine fiscalische Geldstrafe, im altern Recht noch weiter die Nichtigkeit aber nur per exceptionem; Im neuesten Recht erfolgt[e] die Nichtigkeit ipso jure.

Gaj. IV § 117

de jure fisci § 8

Dig. 44,6.

Cod. 8,37.

Bei den jura in re kommt das Verbot häufiger vor, folgt aber mehr aus der allg: Natur dieser Rechte. bei den persönl Servituten ist keine Veräußerung erlaubt. Ebenso bei den PraedialServituten, die von ihrem Grundstück nicht abgelöst werden können mit ihm aber veräußerlich sind.

Die Emphyteusis ist in der Regel veräußerlich. Die Veräußerung des Pfandrechts ist durch seine Natur sehr beschränkt; es ist Accessorium einer Schuldforderung, womit es in der Regel übergehen kann, ohne sie aber nicht.

2. In dem letzten Willen. Das bloße Verbot der Veräußerung hat keine Wirkung, wenn nicht einem 3ten zugleich ein Recht gegeben. es nicht aus einer Ursache gegeben. zB ich legire A mein Haus, er soll es nicht veräußern denn nach seinem Tode soll es an B. fallen.

L 114 § 14 de legatis I <D. 30,1>

Im ältern Recht war dies nicht so: in der Anordnung des Rechts eines Dritten lag ein fideicommiss, das die Veräußerung nicht hinderte, aber nur dem fideicommissar Anspruch auf den Ersatz des Werths | gegen die Erben gab. Nach justinianischem Recht ist das fideicommiss dem Legate gleich gestellt, u dadurch die Veräußerung ver- hindert.

[112]

3. In einem Verträge. Wenn jemand durch Vertrag sich verpflichtet ein ihm zustehendes Recht nicht zu veräußern, so ist dieser Vertrag als Vertrag gültig, Veräußerung aber dadurch nicht ausgeschlossen.

(Nro. 29) L 61 Dig de pactis, 2,14

(30) L 3 Cod. de cond ob caus. dat. 4,6.

(31) L 48 D. de pactis. 2.14.

Controverse. Aus der letzten Stelle wollte man ableiten: wenn einer beim Eigenthumserwerb sich gewissen Beschränkungen unterwirft, so sind diese gültig.

Statt traditionibus stand gewiß mancipationibus. Ob der Vertrag bloß obligatorisch wirkt, oder auch dinglich, das läßt sich gar nicht aus dieser Stelle schließen. Es spricht dagegen

L 61 Dig cit.

Controverse. Wenn der Vertrag geschlossen werde zwischen dem Eigenthümer u einem Pfandgläubiger, u ich diesem das Versprechen gebe nicht zu veräußern, so sei dies gültig behaupten viele aus:

(Nro. 32) L 7 § 2 D de distr pign: 20,5.

[113] Die alten Handschriften in Bologna laßen ganz anders grade so, dß der umgekehrte Sinn herauskommt, nämlich am Ende: et certum est, nullam esse pactionem, ut venditioni stetur. So stimmt die Stelle mit den vorigen; dann läßt sich auch hier kein Grund zu einer Ausnahme denken. Wäre die Ausnahme der Regel hinzugegeben, so würde die Regel practisch umgestoßen; man brauchte bloß einen Vertrag zu schließen dß er das Haus nicht veräußern | wolle, und den dann zum Pfandgläubiger machen. Dadurch wäre die Regel umgangen, u die Ausnahme träte an die Stelle. – Es scheint aber noch durch unsre Lesart: nullam esse pactionem der Vertrag ungültig zu seyn: er soll aber nur dinglich ungültig seyn. Die Frage war aber so gestellt. Ist der Vertrag in sofern gültig als er die Veräußerung hindert. Daß er obligatorisch als Vertrag gültig, darüber war man nicht im Zweifel. – Diese Streitfrage ist sehr alt und wurde besonders im XIV. Jahr100 angeregt.

Savigny. Gesch. des R: Rts im M:alter. III, p. 442,639.^a

Ist Veräußerung irgendwo verboten, heißt dies: ist bloß Eigenthumsübertragung verboten, oder auch Uebertragung andrer dinglicher Rechte? Die Regel für die Interpretation ist hier, dß nicht bloß das

^a v. Savigny, Friedrich Carl, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Bd. 3, Heidelberg 1822

generelle Eigenthum sondern auch das partielle, die jura in re verboten seien.

(Nro 33) L 7 Cod de reb alien non al: 4,51

Endtermine und Resolutibedingungen.

Ein uns zustehendes Recht kann ohne unsern Willen uns verloren gehen ohne unsre juristische Handlung. In der Art des Erwerbes liegt schon der Untergang. /dominium revocabile, dies gilt auch bei den andern dingl Rechten; hier liegt gewöhnl ein solcher Untergang in der besondern Natur u Bestimmung der dinglichen Rechte. Diese letzten Fälle gehören nicht hieher. Der Erwerb kann nur eine solche Eigenschaft /d:h: dß er den Grund des künftigen Untergangs schon in sich trägt/ erhalten haben:

1. Durch Gesetz.

Im alten Rechte[æ] kam dies nicht vor. Man half sich auf eine practische Weise einfacher. Bei der dos. hier hätte man die Rückgabe der dos nach Auflösung durch dominium revocabile erlangen können. |

Man machte es aber viel einfacher; man gab der Frau die rei uxoriae actio, eine persönliche Klage u brachte also nichts neues in die Lehre vom Eigenthum. Man half sich durch eine neue juristische Handlung. [114]

Wer eine Sache unter dem halben Werth verkauft, der soll sie zurückhaben. Hier gab man wieder eine persönl Klage. In beiden Fällen vermied man dominium revocabile, weil es dem Wesen des Eigenthums zu widersprechen schien. Justinian hat in den wichtigsten Fällen etwas Neues eingeführt: bei der dos soll das Eigenthum, was der Mann an derselben hat, bei der Auflösung der Ehe ipso jure zurückfallen. Die Frau kann nun auf der Stelle vindiciren.

L 30 Cod: de jure dotium (5,12)

Nov. 91. Cap. 1.

Sie kann auch noch die alte persönliche Klage, die rei uxoriae actio anstellen. Hiefür gibt Justinian den Grund an: die Frau war eigentlich auch während der Ehe naturaliter Eigenthümerinn.

Die Neuern sagen nun gleich: es gibt also: ein dominium civile und naturale (quiescens, dormiens). Es war dies aber gar nicht Justinians Absicht.

2. *Durch den letzten Willen.*

Dies ist sehr gewöhnlich und ganz unbedenklich. A hinterläßt B sein Haus mit einem dies an dem es ein 3ter haben soll. An diesem dies geht es dann ipso jure an diesen über

Diese Art des Untergangs kommt im neuesten Recht noch häufiger als im ältern vor.

L 12 § 5 de usufr: (D. 7,1)

L 17 quib mod: usufr. (D. 7,4)

(Nro 34) L 66 D de rei vind: 6,1 |

[115] 3. *Durch einen Vertrag.*

Ich verkaufe eine[ne] Sache unter einer Bedingung, tradire sie aber sogleich, so geht das Eigenthum gleich mit Eintritt der Bedingung ipso jure auf den Käufer über oder ich behalte das Eigenthum, je nachdem die *Conditio* ist.

(Nro 35) L 41 pr eod. (D. 6,1)

Die Worte: *sed et si* bezeichnen keinen Gegensatz, sondern dieser Satz ist vielmehr eine *species* des vorigen. Die *in diem addictio* ist ein solcher besondrer Fall, der durch eine bestimmte Formel ausgedrückt[e] wurde.

Aufgehobenes Recht des Ertheilens.

Resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum.

Es ist die Rede von dem *dominium revocabile*; während dies daurt hat der Eigenthümer Veräußerungen vorgenommen; jetzt tritt der Rückfall ein; gehen dann die veräußerten Rechte mit unter? d:h: wenn das Eigenthum verloren geht aus einem früher schon vorhandenen Grunde, der mit der Art des Erwerbs zusammenhängt, der also älter ist, als die in der Zwischenzeit darauf gelegten Rechte? Da gilt obiger Satz als allg: Regel, wo die *Revocation* sich auf die besondere Natur der Rechte gründet.

(Nro 36.) L 31 D. de pign: 20,1.

In den Fällen wo die *Revocation* sich gründen kann auf Gesetz, Testament oder Vertrag muß man besonders unterscheiden:

Gründet sich die *Revocation* auf Gesetz: hier muß man fragen: wie steht es mit der *dos*? als dem einzigen Beispiele. A hat auf seine *dos* Servituten gelegt, die Ehe wird aufgelöst, so soll das Eigenthum ipso jure auf die Frau zurückfallen. Hier würde die Frau nach obi-

gem Satz die Sachen, wo sie sie fände, vindiciren können. Hat Justinian dies gewollt? Dies ist eine rein | historische Frage. Justinian hat nicht mehr sagen wollen: als wenn die Ehe aufgelöst ist, so soll die Frau nicht bloß wie bisher eine persönl Klage haben, sondern auch eine vindicatio, aber nur auf alle unveräußerten Sachen; dazwischen hat sie nur die Wahl. Die Gründe sind folg: In:

[116]

L 30 Cod: de jure dotium (5,12)

ist gleich im Anfang keine Bedingg ausgedrückt: es heißt sie kann vindiciren, si tamen res extant: dies kann heißen: wenn die Sache physisch noch nicht untergegangen; dies wäre aber überflüssig zu sagen, oder: wenn die Sache noch im Vermögen des Mannes existirt. – Dies Gesetz ist vom Jahr 529; im Jahr 530 gab Justinian ein neues Gesetz, die

l.u.Cod de rei ux:act. (5,13)

u da hat er das alte Verbot der Veräußerung des fundus dotalis nicht nur bestätigt, sondern auch auf jeden fundus provincialis ausgedehnt. Die älteste lex, welche Veräußerung des fundus italicus dotalis verbot, war die lex Julia.

Gründet sich die Revocation auf letzten Willen? Da gilt obiger Satz in seiner ganzen Ausdehnung. Im Augenblick der Revocation vernichten sich alle in der Zwischenzeit vorgenommenen Handlungen von selbst.

L 11 § 1 quemad: Serv: (D. 8,6)

L 12 § 2 familiae hercis. (D. 10,2)

Gründet sich die Revocation auf einen Vertrag? Hier wird die Anwendung schwierig. Ist man klar über die Absicht der Revocation ipso jure bei Eintritt der Bedingung, so muß jene Regel angewendet werden.

Läßt sich aber die Uebereinkunft denken, daß | in einem gewissen Fall u einer gewissen Zeit das Eigenthum wieder durch eine neue juristische Handlung auf mich zurückfallen soll? wie ist dann die Regel anzuwenden. Hier müssen die Veräußerungen der Zwischenzeit fort dauern und respectirt werden.

[117]

Ueber die Frage: ob sie das Eine oder das Andre gewollt haben, wird meist Zweifel entstehen. Wie soll sich der Richter hier helfen? Untersuchen, was die Partheien gewollt, ist der Theorie nach der richtige Weg und dies wollen die neuern Juristen. Sie sagen: man untersuche ob verba directa oder verba obliqua im Vertrage gebraucht sind. Im 1ten Falle sollen die Veräußerungen der Zwischenzeit nichtig seyn, im zweiten Falle aber gelten.

Die römischen Juristen schlugen einen practischen Weg ein. Wo die genaue Bestimmung fehlt, da sagen die Römer:

1. bei der in diem addictio praesumere man: es sind verba directa gebraucht.

(Nro. 35) L 41 pr de rei vind. (D. 6,1)
 cf L. 4 § 3 de in diem addict: (D. 18,2)
 L 3. quib mod: pignus. (D. 20,6)

2. Bei den lex promissoria. (Der Verkauf wird durch nicht Zahlung nach einer gewissen Zeit rückgängig.) Hier wird wieder Resolutivbeding d:h: Nichtigkeit ipso jure angenommen. Der Vertrag soll nicht blos in personam sondern auch in rem wirken.

L 8 de lege promis: ()
 L 3 Cod de pactis int: emt: (4,54)

3. Ne prostitueretur ancilla. Beim Verkauf einer Slavinn. Das Eigenthum fällt auch hier ipso jure zurück.

L 56 D de cont: emt: (18,1)
 L 1 Cod si mancipium.^a

[118] 4. Beim Vertrag über Wiederkauf /pactum de retro vendendo/. Hier nimmt man an, nicht Resolutivbeding | sondern als Vertrag, der blos in personam wirkt.

L 12 de praescr: verbis (D. 19,5)
 L 2 Cod de pactis inter emt: (4,54)

Veräußerung durch den fiscus.

cf: Lehre vom Eigenthum bei traditio.

^a C. 4,56 oder C. 4,57

ZWEITES KAPITEL.

VOM EIGENTHUM.

Begriff des Eigenthums. – Rechte desselben.

Der Hauptgang der Geschichte des Eigenthums ist der: im ältesten Recht gabs nur Ein Eigenthum das vollständige ex jure quiritium; man mußte dies haben oder hatte keins. Die Erwerbarten desselben waren Mancipatio u in jure cessio. Bald entstand neben diesem quiritarischen Eigenthum ein in bonis, was nach jus gentium durch bloße traditio oder Occupatio p erworben werden konnte. So gabs ein duplex dominium. Der Unterschied zwischen beiden war nicht bedeutend, bloß formell. Ausserdem hatte sich die Regel gebildet: kaufe ich eine Sache von einem Nichteigenthümer der die Usucapio noch nicht vollendet, so soll er doch dem 3ten gegenüber so behandelt werden, als sei er Eigenthümer, als habe er die Usucapio vollendet. Dies war die bonae fidei possessio oder das Recht der publiciana in rem actio. So standen dominium ex jure quiritium, in bonis u bonae fidei possessio nebeneinander. Ulpian | nennt das erste nur [119] dominium, Gajus die beiden ersten. Justinian vereinfachte nun die Sache; er schmolz das ex jure quiritium u in bonis zusammen, u sagte: es soll jetzt nur noch Ein dominium bestehen; daneben ließ er die bonae fidei possessio als Surrogat stehen.

Von Dominium im Sinne des justinianischen Rechts ist hier die Rede.

Zu Dominium gehört 1. Etwas positives, 2 Etwas negatives.

Das Recht einer unbeschränkten ausschließenden Einwirkung auf die Sache.

Unbeschränkt, d:i positiv; wir können die Sache ganz nach unsrer Willkühr gebrauchen, zerstören pp *ausschließend* d:i: negativ, das Recht jeden andern von der Einwirkung auf meine Sache, ohne Rücksicht ob sie meine Einwirkung hemmt oder nicht, bloß aus meiner Willkühr, zu verhindern.

Diese Definition ist wahr, solange das Eigenthum vollständig ist, also: dominium ist unumschränkte und ausschließende Einwirkung auf die Sache in der Regel d:h: solange keine Beschränkungen, jura

in re dabei in Betracht kommen. Dann ist noch das characteristiche des Eigenthums u aller dingl Recht: die Befugnisse müssen einen dinglichen Character haben d:h: beruhen auf dem unmittelbaren Verhältnisse der Person zur Sache, so dß sie gegen jeden Verletzer durch eine actio in rem geltend gemacht werden können. zB der Pächter hat bloß kraft eines Contracts die Befugnisse, er hat immer nur die Contractsklage gegen den dominus, gegen jeden der ihn stört, hat er keine Klage.

Durch die persönl Uebereinkunft die beim Eigenthum stattfinden kann, wird der Begriff desselben nicht modificirt. Das Recht auf die Sache bleibt dasselbe. †

[120] Controverse. Die Neuern sagen: das Eigenthum bestehe aus der Proprietaet d:h: das Recht darüber zu verfügen d:h: das Recht die Substanz zu modificiren, und das Recht der Veräußerung /das letzte gehört nicht in den Begriff des Eigenthums; und aus dem Benutzungsrecht d:h: das Recht Früchte aus der Sache zu ziehen; dies hat aber juristisch nichts besonderes, gehört also auch nicht zur Definition.

Im Allgemeinen:

Subject des Eigenthums.

Wer kann Eigenthümer seyn? Im ältesten Recht konnte nur der quiritarischer Eigenthümer seyn, der eine römische Ehe hatte; dann auch der Civis u latinus, der peregrinus nicht, nur in bonis. Nach justinianischem Recht kann nun der, welcher nicht rechtlos ist, Eigenthümer seyn.

Es können Einer oder mehrere Eigenthümer oder eine moralische Person Eigenthümer seyn. Mehrere Eigenthümer sind in solidum nicht möglich.

L 5 § 15 Commodati 13,6 (D.)

Sie müssen pro parte Eigenthümer seyn. *Haben sie ungleichartige Rechte?* im ältern Recht kam dies vor; der eine konnte das quiritarische Eigenthum haben, der andere das in bonis. Im justinianischen Recht war dies nicht möglich.

Controverse. Die Neueren setzen aber doch dominium plenum u minus plenum entgegen, das letzte sagen sie sei entw: dominium directum oder utile. Dahin ziehen sie drei Fälle, die Emphyteusis u

Superficies, u dann noch das Lehen; beim letztern ists an sich ganz richtig, aber es gehört nicht hieher. Die beiden ersteren sind ganz gewöhnliche jura in re; der Eine ist vollständig Eigenthümer der andre Inhaber des jus in re. | So muß also jene Eintheilung des dominium directum u utile wegfallen. [121]

Theilung des Eigenthums unter mehreren Personen mit gleichartigen Rechten. /condominium Eigenthum mehrerer an Einer Sache nach Theilen; die Römer nennen dies Communio.

L 1 § 7 de quaestionibus. 48,18. (D.)

Regeln für dies Miteigenthum:

a. Auf dies Verhältniß der Gemeinschaft, bezieht sich ein besonders Verhältniß der Obligationen; jeder Miteigenthümer hat die actio communi dividendo auf Aufhebung der Gemeinschaft.

b. Gegen fremde Personen kann jeder sein Recht für sich geltend machen in Ansehung seines Theils, unabhängig von den andern.

c. Diese Unabhängigkeit zeigt sich auch bei der Veräußerung. Jeder kann seinen Theil an einen Dritten veräußern.

Cod. 4,52.

d. Bei Uneinigkeit geht die Negative vor. Widerspricht Einer so muß Alles unterbleiben.

L 28 commun: dividendo. 10,3. (D.)

L. 11. Si servitus. 8,5. (D.)

Objecte des Eigenthums:

Grundstücke. 1. Der Begriff des Eigenthums wird angewendet auf Grundstücke in der Ausdehnung, die oben der Sache selbst beigelegt ist, Grundstücke mit Allen integrirenden Theilen. Es kann nicht mal das Eigenthum willkürlich anders bestimmt werden. Wer Eigenthümer des Bodens, dem gehört auch das Haus, der Baum darauf. – Man ist nicht bloß Eigenthümer der unbeweglichen Sache in ihrer juristischen Aus- | dehnung; man ist auch Eigenthümer des Raumes über der Fläche. Practisch ist dies wichtig. Der Nachbar darf nicht in meinen Raum hinüberbauen pp. [122]

L 21 § 2 quod vi 43,24. (D.)

L 22 § 4 eod.

L 21 de pignorat: act: 13,7. (D.)

2. Verhältniß des Grundeigenthümers zu seinem Nachbarn. Dies Verhältniß ist ein natürliches; ich kann auf meinem Boden aufwärts u abwärts vornehmen was ich will, solange ich nur nicht über die

Grenze hinüberschreite; es mag dies dem Nachbarn schaden oder nicht, ich handle nicht unrecht.

L 15 pr D. de serv: 8,1.

L 4,6,10 Cod de serv: 3,34.

oder ein positives künstlich modifizirtes Verhältniß, was nicht aus dem allg: Princip des Eigenthums abgeleitet ist. Dahin gehört:

a. Kein Nachbar soll irgend eine künstl Anstalt treffen, wodurch der natürliche Ablauf des Regenwassers gehemmt wird.

L 1 § 13, § 23 de aqua et aquae pluviae (D. 39,3)

b. In Ansehung der Gebäude gab's manche Regeln, die im neuesten Recht verschwunden sind.

α. In der Stadt soll kein Haus hart an der Grenze sondern 2 1/2 Fuß davon gebaut werden.

β. zwischen zwei Grundstücken soll ein Stück von 3 Fuß unbebaut bleiben.

Diese Regeln haben sich zu versch: Zeiten verschieden gebildet.

γ. Auch eine Höhe der Häuser, die bald auf 60, bald 70 Fuß ange- geben wird, war bestimmt

L 1 § 17, 5 § 9 de op: novi nunc: (D. 39,1)

L 1 Cod de aed: privatis 8,10

Brisonii selectae antiq. I.C.1,2.^a

[123] Die Verbote sind in diesen Stellen nicht enthalten, sondern nur Hin- deutungen da- | rauf.

Ausführliche Bestimmungen blos für Constantinopel über das Bauen auf der Grenze gab ein Constitutio von Xeno in

L 12 Cod de aedif: privatis. 8,10

Ausgedehnt wurde diese L 12 auf Alle Städte des Reichs in:

L 13 Cod de aedif: priv: 8,10

Jene L 12 Cod war aber zur Zeit der Glossatoren verloren, und es sind daher über das Bauen keine Verbote im recipirten Recht ent- halten.

Rechtsmittel.

Im ältesten Recht gabs nur Ein Eigenthum, und dafür nur eine Klage, die Vindicatio; Später entstand für das in bonis u endlich

^a *Brissonius, Barnabas*, *Brissonii Antiquitatum ex jure civili selectarum libri qua- tuor*, Lipsiae 1741 (Sav. PB 450).

auch für die *bonae fidei possessio* eine neue Klage. Wie gestaltete sich dies im neuesten Recht Die Formel *per sponsionem* oder *per sacramentum* existirt im justinianischen Recht nicht mehr. Die *petitoria formula* Klage aus dem *in bonis*,

Gajus IV. § 91–95

wird in mehreren Stellen erwähnt. Der Name *petitorium iudicium* kommt vor im:

L 36 D de rei vind. (6,1)

§ 4 Inst de interdictis (4,15)

Specialis actio, *specialis in rem actio* ist auch gewiß diese *petitoria formula*

L 1 pr § 1 L 73 pr D de rei vind. (6,1)

Das meiste in den Pandecten als Recht der *rei vindicatio* war gewiß ursprünglich das Recht der *petitoria formula*.

Aus der *bonae fidei possessio* entsprang die *publiciana in rem actio* die noch jetzt existirt.

Im justinianischen Recht hat sich die Sache also in Ansehung der Form vereinfacht. Es existiren zwei Rechtsmittel: die *rei vindicatio* u die *publ. in rem actio*. | Im Wesen kann das Eigenthum verletzt seyn [124]

vollständig, so daß ein anderer den Besitz hat; da heißt die Klage *rei vindicatio*.

unvollständig, da können mehrere Arten möglich seyn. Die Klage heißt dann *negatoria* oder *negativa actio*; diese unvollständige Verletzung mag nun bei dem wahren oder fingirten Eigenthum stattgefunden haben. Im letzten Fall ist die Klage *publ. in R: act: neg:*

Rei vindicatio:

Kläger.

Eigenthumsrecht in seiner Person. – Besitz in einer andern Person.

Ich kann ein reeles Stück vindiciren; dies hat bei Grundstücken nichts schwieriges. Der Begriff des Ganzen u Theils ist dabei etwas willkürliches. Die Römer sagen hier *certum locum vindicare e fundo*. Bei beweglichen Sachen. Im Ganzen kann ich mit Recht vindiciren obgleich ein Theil nicht mir gehört. Umgekehrt gehört ein Theil mir so kann ich nicht vindiciren, aber wohl fordern durch die *actio ad exhibendum*, daß die Trennung dieses Theils vorgenommen werde, um so nachher diesen Theil als für sich bestehende Sachen vindiciren zu können.

(Nro 37) L 23 § 2 D: de rei vind, 6,1.

(38) L 23 § 5 eod. (D. 6,1)

(39) L 6 D ad exhib: 10,4.

[125] Ist von Baumaterialien die Rede, so wird die Sache schwieriger. Das Eigenthum wird mir durch Einbauen nicht verloren, ich kann es geltend machen, sobald der Zufall das Gebäude zertrümmert, u so die Trennung vorgenommen wird. Die actio ad exhibendum kann ich aber nicht anstellen. Wohl aber Klagen auf Ersatz, | zB: die actio pigni juncti aufs doppelte, die actio furti pp.

N. 39. L 6 D inf: cit: (10,4)

L 7 § 10,12 de acq rer: dom: 41,1 (D.)

Einen idealen Theil kann ich auch vindiciren. Der dies will muß die Größe der Quote angeben können, wenn er nicht besondere Fälle anführen kann, die ihm dies für jetzt unmöglich machen.

L 73 pr L 6, 76 § 1 de rei vind, 6,1 (D.)

L 8 § 1 communi dividundo. 10,3 (D.)

Gaj. IV § 54

Eine Universitas von Sachen aber keine Universitas von Rechten, kann man vindiciren. zB. eine Bibliothek, eine Viehherde kann man als Ganzes vindiciren.

L 1 § 3 de rei vind. 6,1. (D.)

Dagegen ein peculium, eine dos als Universitas kann man nicht vindiciren, nur die einzelnen Sachen daraus.

L 56 D. de rei vind. 6,1.

Beweis des Klägers.

Der Kläger muß Eigenthümer seyn, der Beklagte muß Besitzer seyn; diese beiden Stücke muß er beweisen, sonst verliert er den Prozeß.

Beweisen, dß er Eigenthümer sei d:h: er muß Thatfachen beweisen, woraus gefolgert werden kann, daß er (jetzt) Eigenthümer sei. Aus den Thatfachen die ich beweise, kann das *jetzt* unmöglich bewiesen werden.

[126] Im allg: gibt man die Nothwendigkeit des Beweises des gegenwärtigen Eigenthums auf; er muß nur beweisen, dß er einmal Eigenthümer gewesen; der Beklagte, wenn er die Behauptg | des gegenwärtigen Eigenthums negirt, so muß er dies beweisen. Die Neuern nennen dies falsch: Exceptio recentioris dominii.

Für diese praesumptio, dß er für Eigenthümer so lange gehalten wird, wenn er's Eigenthum für irgend eine Zeit bewies, bis der Beklagte das Gegentheil beweist, spricht

L 16 Cod de probat: 4,19.

Boetius ad Tit: de R: vind.

Kratzer Beweis des Eigenthums Wien 1810 8⁰⁰ ^a

Bei weitem die wichtigsten Erwerbe des Eigenthums beruhen auf einer Succession, da ist immer zu beweisen, daß der Vorgänger Eigenthümer gewesen u daß die gehörige Uebertragung zum Eigenthums-erwerb auf mich geschehn sei. Bei Fällen wo keine Succession stattfindet zB bei [~~Successio~~] Usucapio, da ist der Beweis leicht.

Bei Successionen würde der Beweis des dominium auctoris hinaufgehen bis ins unendliche. Der Beweis würde schwierig u oft kaum möglich. Um diese Schwierigkeit zu heben gab der Praetor die publiciana in rem actio dem bonae fidei possessor womit der Beweis des dominium auctoris unnöthig ward. Es muß weiter bewiesen werden: Der Beklagte sei *jetzt* d:h: entw: zur Zeit der litis contestatio oder zur Zeit des Urtheils, Besitzer.

L 27 § 1 de rei vind: 6,1 (D.)

Wie muß der Besitz beschaffen seyn? Jeder Besitz, auch der blos natürliche, die Detentio ohne animus possidendi reicht hin

(Nro 15.) L 9 D de rei vind: 6,1.

Darum kann ich gegen den Pächter oder gegen den dominus klagen.

In den Fällen, wenn man die rei vind: gegen Miether oder Pächter anstellt, ist dieser verpflichtet | bei fundis anzugeben, daß er aus fremden Rechte besitze, dann sollen wir gegen den Auctor den Prozeß fortführen können. [127]

L 2 Cod ubi in rem actio. 3.19.

Besitzen mehrere versch. Theile, so muß man gegen jeden die rei vind: für den Theil anstellen.

L 3 de rei vind. 6,1 (D.)

Läugnet der Beklagte, daß er Besitzer sei, so wird ihm während des Rechtsstreites der Besitz genommen u dem Kläger gegeben, wenn dieser auch nicht Eigenthümer ist: Eine Anwendung davon steht in:

(Nro 40) L 80 D: de rei vind 6,1.

Der Kläger muß natürlich beweisen, daß er Besitzer sei.

Zwei Ausnahmen davon gibts, wo man die rei vind: anstellen kann, ohne daß der Beklagte[~~n~~] Besitzer ist, /er ist fictus possessor sagen die Neuern.

a. qui dolo desiit possidere. d:h: wenn er sich aus dolus des Besitzes entäußert hat.

^a Kratzer, A., Uiber den Beweis des Eigenthums, Wien 1810 (Sav. PB. 1627)

L 27 § 3 de R: vind: 6,1. (D.)

L 131, 157 § 1 de reg juris. 50,17 (D.)

Bei diesem dolus muß aber der Kläger sein Interesse haben, sonst gilt der Satz nicht.

L 95 § 9 de solution: 46,3. (D.)

L 13 § 14 de petit: heredit: 5,3. (D.)

b. Wenn der Nichtbesitzer den Kläger glauben macht, daß er Besitzer sei, absichtlich die Sache auf sich zieht.

(Nro 41) L 25 de R. Vind 6,1 (D.)

cf L 26. eod.

Leistungen des Beklagten:

In der Hauptsache – In den Nebenpunkten.

[128] Zunächst wird der Satz ausgesprochen: Der Kläger sei Eigenthümer. Daraus folgt die Restitutio u noch manche persönliche Leistungen, Entschädigungen pp. Für alle diese Punkte gibt die litis | Contestatio die Entscheidung. Sie begründet eigentlich das obligatorische Verhältniß. Daher ist gleichgültig ob nach der litis Contestatio dem Beklagten der Besitz verlorenggeht. – In der Regel ist die litis Contestatio das einzige factum von dem Alle Wirkungen ausgehen.

L 45 de R Vind. 6,1 (D.)

Die L 25 § 7 de hered: petit 5,3. (D.) scheint von der Anstellung der Klage diese Wirkungen abhängig zu machen. Es können einzelne Wirkungen schon früher anfangen zB wenn durch die angestellte Klage der Beklagte schon überführt ist, u doch den Prozeß übernimmt zB in dem Fall wo der Besitzer dolo desiit possidere. Von einem solchen Fall spricht grade

L 25 § 7 cit.

Die Neuern sagen: Die litis contestatio mache den bonae fidei possessor zum malae fidei possessor. In manchen Fällen wird man's früher, in andern zufällig bei der litis contestatio, in andern Fällen endlich gar nicht; nicht mal durch's Urtheil; dies ist zB ungerecht oder er hält sich dennoch für possessor.

Gewisse Wirkungen, die wenn die malae fidei possessio begründet werden kann, eintreten, treten bei der litis contestatio ein. Diese ist in mancher Beziehung gewissermaßen ein Surrogat der mala fides.

Nur dies letztere ist's, was die Römer ausdrücken wollen.

Besondere Bestimmungen.

1. Vor Allem soll da wo's möglich ist, die vindicirte Sache in natura herausgegeben werde.

2. Ist durch den dolus der Beklagten dies unmöglich, so soll Entschädigung gegeben werden.

3. Dasselbe soll geschehen, wenn der Beklagte | liti se obtulit. [129]

4. Wenn die Restitutio durch Culpa unmöglich ward, so soll in gewissen Fällen Entschädigung gegeben werden.

5. Wenn weder durch dolus noch Culpa die Restitutio unmöglich ward, so soll in der Regel keine Entschädigung stattfinden; davon positive Ausnahmen.

Ad. 1. (cf: Nro 42) L 68 de R:Vind: 6,1 (D.)
cf Gaj: IV. § 48.

Gajus sagt: solange die Formeln daurten (die nach den legis retiones anfangen) wurde die Condemnatio immer auf eine Geldsumme gerichtet. Der judex durfte so nie sprechen auf Restitution der Sache; immer auf Zahlg der Geldsumme. Nun war aber die alte formula petitoria (jetzt Rei vind) eine arbitraria actio. Hatte nun der Kläger lieber seine Sache wieder, so verfügte der arbiter ex officio (d:h: neben der Formel vor dem Urtheil) versuchsweise dem Beklagten, die Sache herauszugeben. That er dies nicht u der Kläger bestand auf Restitution, so nahm der arbiter officio suo dem Beklagten vor dem Urtheil die Sache u restituirte sie dem Kläger.

Im justinianischen Recht müssen die Stellen so gedacht werden: verordnet der judex die Restitution der Sache, der Beklagte thut dies nicht, so wird er condemnirt auf Restitution.

Wenn der Kläger GeldEntschädigung annehmen will, so ist dadurch der Prozeß beendet. Es ist gleichsam ein Kauf geschehen durch eine aestimatio voluntaria.

(Nro. 43) L 46 D. de R. Vind: 6,1.

(44) L 47. eod: (D. 6,1)

Entweder kommt sie vor als Kaufgeld, da wo sie durch freie Uebereinkunft gegeben oder wegen Culpa des Beklagten nöthig wird. | oder sie kommt vor als Geldstrafe, da wo Restitution durch den dolus des Beklagten unmöglich ist. [130]

cf L 63,21. de R. vind. 6,1. (D.)

Diese Restitution kann für sich allein entw: unwirksam oder doch schädlich unsicher für den Kläger werden. zB: der Besitzer hat Usucapion vollendet, veräußert pp. Hier mußte das Eigenthum zurück-

übertragen u nebstdem Caution für etwaige Veräußerungen geleistet werden.

(Nro 45) L 18. eod. (D. 6,1)

Ad 2. Hierhin gehört der erste Fall der ficta possessio, wo der possessor sich des Besitzes entäußert hat; hier kann er seines dolus wegen nicht restituiren. Aber auch kann er als verus possessor zB nach der litis contestatio durch Zerstörung der Sache pp durch seinen dolus die Restitution unmöglich gemacht haben.

In diesen Fällen muß der Beklagte Geldersatz leisten, dessen Höhe durch den Eid des Klägers bestimmt werden soll.

Nro 42. L 68 med: cit (D. 6,1)

Dieser Ersatz hat die Natur einer Strafe, nicht des Kaufgeldes, so daß der Beklagte nie aus seinem Besitz mehr Nutzen ziehen (L 70,63,69 de Rei Vind: (D. 6,1)) kann.

Ad 3. Auch der qui dolo liti se obtulit muß Ersatz leisten, der bald vielleicht nur die Prozeßkosten, bald den ganzen Werth betragen wird. Ueberhaupt soll er den Werth ersetzen, um den ich durch seinen dolus gebracht worden bin.

L 45 de hered: pet: 5,3. (D.)

L 7 de R: vind 6,1. (D.)

[131] *Ad 4.* Geschah die Culpa vor der litis Contestatio, so leistet der Beklagte keinen Ersatz. Fiel die Culpa aber nach der litis Contestatio vor, so muß er Ersatz leiste[te].

Es richtet sich dies nicht nach dem Unterschied des bonae oder malae fidei possessor.

Nro. 42 L 68 pro fin cit:

Diese aestimatio hat durchaus die Natur eines Kaufgeldes.

L 63 de R. vind: (D. 6,1)

(Nro. 46) L 36 pr. § 1 eod: (D. 6,1)

L.21,16 § 1 de R. Vind: 6,1. (D.)

Ad 5 Casus ist der Grund des Untergangs. Hier ist in der Regel der Beklagte zu nichts verbunden.

L 16 pr de R. Vind. (D. 6,1)

Ist der Beklagte reicher geworden, u der Kläger kann die Sache nicht wiedererlangen, so soll er das herausgeben, was er reicher geworden.

- (Nro 47) L 23 D. de reb: cred: 12,1
 cf (48) L 1 Cod de reb al: non alien: 4,51.
 L 49 de negotiis gestis. (D. 3,5)

Das Rechtsmittel ist hier eine *condictio sine causa* oder eine *actio negotiorum gestorum*.

In den Nebenpunkten.

1. Herausgabe der Erweiterungen, *Accessionen*. 2. Ersatz für Verschlechterung der Sache.

Ad 1 Rem restituere cum omni causa. Dahin gehören vorzüglich die Früchte, auch die *fructus civiles*.

L 62 pr de R. vind: 6,1. (D.)

aber auch die *Accessionen*, die nicht den Namen der Früchte tragen. Einiges von diesen könnte selbstständiger Gegenstand einer *rei vindicatio* seyn, Andres hingegen nicht. zB die *fructus percepti* sind mein Eigenthum, wenn | der Acker mein Eigenthum ist. Ich kann den Acker *cum omni causa*, also mit den Früchten, aber auch jedes für sich vindiciren. – Hat der Besitzer aber Pachtgeld für den Acker eingenommen, so habe ich darauf keine eigne selbstständige Klage; hier kann ich nur auf den Acker *cum omni causa* die R: vind: richten; ebenso auf die verzehrten Früchte. Die *fructus pendentes* können auch nicht als *omnis causa* sondern nur als Theil des Ackers in Anspruch genommen werden.

[132]

Ueber die in der *omnis causa* enthaltenen *Accessionen*

(cf N 49) L 22 Cod: de rei vind 3,32

(50) § 2 Inst de off judicis, 4,17

Der *bonae fidei possessor* soll nur für die *extantes fructus* (vorräthigen Früchte) eintreten *ante litem contestatam*. Nach der *litis contestatio* soll der *bonae fidei possessor* dem *malae fidei possessor* gleich seyn und eintreten sowohl für die *extantes fructus*, für die *consumti* als auch *percipiendi*.

Ante litem contestationem fehlt es für den *bonae fidei possessor* an einem Rechtsgrund, aus dem er könnte obligirt werden. Die *fructus extantes* aber muß er herausgeben, weil ich darauf auch eine eigne *rei vind: richten* könnte. In den Gesetzen ist aber an die *fructus civiles* nicht gedacht? Ohne Zweifel müssen diese von Anfang an so behandelt werden, wie die *naturales* vom Augenblick der *Consumtion* | an. Den *fructus civiles* können also auch nicht selbstständiger Ge-

[133]

genstand einer rei vind: seyn: Sie stehen gleich den fructus naturales consumti.

Ueber die fructus extantes ist ein Satz zu merken, der als practisch unwichtig in den Stellen nicht vorkommt. Die Usucapion der geernteten Frucht kann viel eher eintreten, als die Usucapio der Hauptsache. Dann können sie nicht mehr in der Omnis causa mitbegriffen seyn. Dieser Fall ist selten.

Der Malae fidei poss: muß Alle Früchte in natura oder Geldwerth restituiren vor oder nach der litis contestatio.

Von der litis contestatio an ist auch für den bonae fidei poss: ein obligirender Rechtsgrund entstanden, ein Quasicontractus.

Die fructus percipiendi werden beurtheilt nach der Person des Klägers; die Früchte die der Kläger hätte ziehen können, sollen erstattet werden.

L 62 § 1, L 20 de R. Vind: 6,1. (D.)

Es ist Natürlich: daß der bonae fidei poss: die extantes herausgeben muß, daß der malae fidei possessor Alles herausgeben muß, daß der bonae fidei poss: nach der litis cont: obligirt wird, Alles herauszugeben.

Eigen ist aber daß der bonae fidei poss: vor der litis cont: für nichts weiter steht, als die fructus extantes; auch wenn er reicher und ich der Eigenthümer dadurch ärmer geworden ist. Ist diese Ausnahme von der Regel absichtlich geschehen?

(cf Nro 51) § 35 Inst. de rer: div: 2,1 |

[134] Wegen Mühe und Kosten soll er auf die Früchte aus besondrer aequitas ein Recht haben. Dies sagt die Stelle; nimmt aber die extantes aus: von: et ideo – non potest. Streng genommen soll der bonae fidei possessor nicht belohnt werden; durch Herausgabe der Früchte wäre es möglich, daß er verarmte. Für die cultura et cura die er auf die Sache verwendet, sollte er nun verwenden?!

Controverse. placuit fructus quos percepit, ejus esse d:h. durch die perception soll er Eigenthümer werden, so wie fructus suos facit pp; sagen die Neuern. Damit wäre aber verknüpft: daß er auch den fructus extantes nicht herausgeben müsse. Vom Erwerb des Eigenthums ist hier gar nicht die Rede. Das ejus esse, suos facere geht nur auf einen ihm ausnahmsweise gewährten Reichthum. Dies ergibt sich auch aus

L 40 de acq rer. dom: 41,1 (D.)

fructus consumptos suos facit d:h: er erwirbt die Früchte im Augenblick der Consumtion. Consumtion zerstört jedes Eigenthum, kann also nicht Grund des Eigenthumserwerbes seyn. Eben so in

L 48 de acq rer. dom 41,1. (D.)

fructus suos interim facit. Das suos facere geht in beiden Stellen auf Bereicherung.

Das Verhältniß des Reicherseyns ist auch bei der dos ausgedrückt: mulieris dos est d:h die Frau ist um den Werth der dos reicher, obgleich sie nicht Eigenthümerinn ist:

Ad 2 Ersatz für die Deteriorationen.

Nach Umständen muß sich hiefür der Besitzer | Ersatz leisten, [135]
u zwar a. wenn der Kläger ein Interesse dabei hat.

L 27 § 2 de R. Vind: 6,1. (D.)

b. Der bonae fidei poss: braucht den Werth der Deterioration nur zu ersetzen, wenn sein dolus, der malae fidei poss: wenn seine Culpa den Grund enthält: Von der litis Contestatio an gelten beide gleich.

L 45 de R: Vind. 6,1 (D.)

Gegenforderungen des Beklagten.

Der Beklagte kann fordern, daß ihm vom Kläger Etwas herausgezahlt werde. Das Kaufgeld erhält er vom Kläger, als bonae fidei possessor nach römischem Recht nicht heraus.

L 23 Cod de R: Vind 3,32.

L 2 Cod de furtis 6,2.

Die Impensae in rem factae muß der Kläger ihm ersetzen. Man unterscheidet bonae u malae fidei possessor. In Ansehung der impensae necessariae stehen beide gleich. Necessarias impensas deducunt. Für die impensae voluptuariae gilt die Regel: tolluntur, non deducuntur. Sind sie trennbar, so können sie sie wegnehmen, sonst aber keinen Ersatz fordern.

Für die Utiles kann der bonae fidei possessor Ersatz fordern, der malae fidei possessor aber nur die Trennung, wo sie möglich ist.

L 5 Cod de rei vind: 3,32.

Beschränkung wegen der utiles beim bonae fidei possessor in

L 38 D: eod: 6,1

Ein Rechtsmittel auf diese Kosten hat der Beklagte nicht, wohl aber eine doli exceptio |

Was der bonae fidei possessor gewonnen, um das er reicher geworden, wird ihm gegen die Kosten aufgerechnet. [136]

L 48 de R. Vind: 6,1 (D.)

Der Beklagte kann ferner fordern, daß ihm vom Kläger Caution geleistet werde.

Publiciana in rem actio.

Drei Hauptstellen:

(Nro 69) L 1 pr D de publ in R: act: 6,2.

Die Neuern sagten: wenn jemand das fordert was aus einer justa causa von einem Nichteigenthümer tradirt wird; von einem Nichteigenthümer, nach justinianischem Recht ist dies richtig, nach prätorischem aber nicht. Die publ: actio bezog sich da aufs bonitarische Eigenthum. Der Ausdruck non a domino paßt aber auf den quiritarischen Eigenthümer nicht. et non usucaptum kann nicht auf die näheren Bestimmungen der traditio gehen. Es soll vielmehr anzeigen, daß da wo er selbst usucapirt hat, er die publ: actio nicht bedürfe, sondern er die rei vind: hat.

Es muß das Edict so gelautet haben: si quis id quod traditur ex justa causa non a domino nondum usucaptum petet pp d:h: der Kläger wird nur gehört gegen einen *Nichteigenthümer*, wenn er noch nicht *usucapirt hat*, denn sonst kann er die rei vindicatio anstellen.

cf L.3. § 1 de publ: in rem: act: 6,2 (D.)

(Nro 68) § 4 Inst: de act: 4,6.

Gaj. IV. § 36.

Jemand hat etwas erworben, die Usucapio aber noch nicht vollendet, so soll sein Usucapionsbesitz ihm durch die publiciana actio geschützt werden.

[137] Gilt dieser Schutz des Usucapionsbesitzes | sowohl für derivativen /Erwerb durch Succession/ als auch für originaeren Erwerb?

Eine originaere Erwerbart als Grund der publ: actio kommt nicht leicht vor. Ueberall deuten die Worte auf derivative Erwerbarten. Das practische Bedürfniß ging auch meist auf Fälle der derivativen Erwerbarten. Bei den originaeren war ja das dominium auctoris nicht zu erweisen.

Die publ: actio als Surrogat der Eigenthumsklage wurde bald auch ausgedehnt auf dingliche Rechte. Neben den Klagen aus diesen dingl Rechten /ausser dem Pfandrech/ gab's immer eine publiciana actio als Surrogat, die sogar auf provincialgrundstücke ausgedehnt ward.

L 12 § 2 de publ: in R: act. 6,2. (D.)

In allen practischen Beziehungen richtet sich die publ: actio ganz nach der rei vindicatio.

L 7 § 8 eod.

Der Kläger braucht freilich hier nur zu beweisen, daß er die Usuca-

pio angefangen habe. Bei der rei vindicatio kann ferner keine Collision stattfinden, hier kann aber das Recht der bonae fidei possessio sich in mehreren Personen finden, oder einer kann bonae fidei possessor, der andre wirklich dominus seyn. Da geht das dominium vor in diesem letzten Falle. Der dominus hat gegen die publ: actio die exceptio dominii.

L 16,17 D: eod

L 1 pr. eod.

Im ersten Falle wo mehrere bonae fidei possessores collidiren, da hielt sich früher der Prätor die besondre Entscheidung vor, nachher stellten die Juristen Regeln auf, die sich zu widersprechen scheinen. Man unterscheide: |

a. beide bonae fidei possessores haben denselben Auctor; hier geht der vor, dem zuerst tradirt worden. [138]

L 9 § 4 de publ: 6,2 (D.)

L 31 § 2 de act: emti. 19,1. (D.)

b. Sie haben versch: Auctoren.

α. Hier ist einer von beiden Besitzer; da soll dieser vorgehen, also der Besitz entscheiden.

L 9 cit

L 14 D qui potiores. 20,4.

β. Keiner von beiden ist Besitzer. Da soll der vorgehen, dem früher tradirt worden.

L 31 cit

Negatoria actio.

Sie setzt eine partielle Verletzung d:h: Verletzg durch etwas geringeres als fremden Besitz, Störung pp voraus. Sie heißt bald negatoria, bald negativa. Sie unterscheidet sich von der rei vindicatio blos in der factischen Gestalt der Verletzung. Sie gründet sich auf Eigenthum u ist gegeben zum Schutz des Eigenthums wie die rei vindicatio.

(Nro 98) L 3 pr D: in med: si ususfr: 7,6.

Anwendung der negatoria actio.

Sie kann gerichtet seyn:

1. Gegen den der sich ein jus in re zuschreibt, der behauptet ein Recht der Verletzung zu haben. – Daher kommt die negatoria actio in den Pandecten in Tit: der Servituten vor. Sie ist aber gar keine

[139] Servituten sondern eine wahre Eigenthumsklage. – Ob der andre im Besitz | dieser Beschränkung ist oder nicht, ist gleichgültig. Ich habe doch die Klage gegen ihn.

L 5 § 6 si ususfr: 7,6 (D.)

L 6 § 1 si servitus 8,5 (D.)

2. Die Klage gilt auch in solchen Fällen, wo der Gegner sich keine Servitut zuschreibt, wo eine solche gar nicht vorkommen kann.

L 11,8 § 5 L 14 § 1 L 17 pr D si servitus 8,5.

sondern wo er bloß eine factische Störung meines Eigenthums sich erlaubt.

Zweck und Erfolg der Klage.

Der Kläger muß das Eigenthum beweisen, wo der Gegner dies in ihm läugnet. Da heißt der Spruch: Der Kläger sei Eigenthümer.

Wird über das Daseyn der Servitut gestritten, so hat der Richter zu sprechen, daß diese da sei oder nicht da sei.

Wird wegen Störung die Klage angestellt, so kann der Richter nach den Umständen versch: Verfügungen treffen, wodurch die Störung u der Schaden aufgehoben wird.

L 5 § 6 si ususfr. 7,6. (D.)

L 4 § 2 si servitus, 8,5. (D.)

Auch für die Zukunft kann hier etwas verfügt werden; der Richter kann dem Beklagten Caution auflegen, daß er sich künftig dieser Störung enthalten wolle.

L 12 si servitus. 8,5. (D.)

Erwerbung des Eigenthums.

Einleitung:

[140] Es werden unterschieden: originaere u derivative Erwerbarten. (Letztere wo ich mein Eigenthum auf das Eigenthum eines andern gründe, sie sind verbunden mit einer Succession. Verlust in der Person des einen und Erwerb in der | Person des andern in einem Moment findet statt)

Originaere Erwerbart, wo keine Succession stattfindet.

Dann unterscheidet man weiter: Civile und naturale Erwerbungen. An den Unterschied zwischen quiritarischem u bonitarischen Eigenthum ist hier nicht gedacht, wie die Neuern meinten.

Civile Erwerbungen sind die welche aus dem jus civile entstanden und eine rein positive Form an sich tragen. Naturale Erwerbungen sind aus dem jus gentium entstanden, und haben jene Form nicht.

Nach dieser Erklärung paßt freilich meist das quiritarische Eigenthum mit der civilen, das bonitarische mit der naturalen Erwerbung zusammen. Die Traditio aber, die juris gentium war

frag: vaticana § 47

erwarb sowohl quiritarisches als bonitarisches Eigenthum.

Erwerb durch ein zweiseitiges Geschäft. Traditio

Sie ist im justinianischen Recht die Einzige Art wie Eigenthum durch eine gewöhnliche Veräußerung übergeht. Daher ist sie hier viel bedeutender wie im alten Recht.

§ 40 Inst de acq: rer: divisione. 2,1.

Von den Personen.

Tradens u accipiens.

Tradens. Er muß selbst Eigenthümer seyn.

(Nro 52) L 20 pr D de acq rer. dom. 41,1.

inf: ad cum, qui accipit nihil transfert. Auch die Conditio usucapiendi überträgt er nicht; sie erzeugt sich nur in dem Empfänger. †

Von dieser Regel: daß keiner mehr Recht übertragen kann als er selbst hat, gibts wichtige Ausnahmen. [141]

Ueberträgt einer mehrmals seine Sache, verkauft erst sein Eigenthum an A, erhält den Besitz [B] wieder, verkauft an B u s:w: so ist der Eigenthümer dem zuerst tradirt worden, denn er allein ist Eigenthümer.

L 15 Cod de R: vind. 3,32.

a. Der fiscus kann fremde Sachen mit Erfolg verkaufen u tradiren. In den ersten 4 Jahren hat dann der Eigenthümer nur eine persönl Klage gegen den fiscus auf Schadensersatz.

L 2,3 Cod. de quadrien: praescr: 7,37.

§ 14 Inst: de usucap: 2,6.

Dieser Satz hängt gewiß mit dem uralten Princip zusammen: jede Verleihung von Seiten des populus macht zum Eigenthümer.

Harro de re rustica II, 10.

L 2. Cod. de com: rer: alien: 4,52.

Cod: 10,4.

Ausgedehnt ist jene Ausnahme auch aufs Privatvermögen des Kaisers u der Kaiserinn.

b. Wenn durch die Umstände der tradition die Sache für den bisherigen Eigenthümer so gut wie untergeht, so daß er nicht mehr vindiciren kann. Im juristischen Sinne ist hier die Sache untergegangen.

L 78 de solut: 46,3. <D.>

c. Der Pfandgläubiger soll das Recht haben, obgleich er nicht Eigenthümer ist, mit Erfolg zu tradiren. Dieser Pfandgläubiger will aber nur im Namen u Auftrag des Schuldners tradiren. Er hatte diesen Auftrag, falls der Debitor zur Zeit nicht zahlen sollte.

b u c sind scheinbar Ausnahmen. |

[142] Der Tradens muß weiter fähig seyn, über sein Vermögen verfügen zu können.

Er braucht nicht selbst, sondern kann auch durch einen Stellvertreter tradiren, da die traditio eine naturale Erwerbsart ist.

L 9 § 4 D de acq rer dom. 41,1

L 41 § 1 D. de R: Vind: 6,1

Accipiens: Auch er kann selbst empfangen, oder durch einen Stellvertreter.

Soll durch einen Stellvertreter empfangen werden, so wird der Eigenthümer, den der Tradens dazu machen will.

L 59. de acq: rer dom. 41,1 <D.>

L 7 Cod si quis alteri vel sibi 4,50

Die Traditio wird meist bewirkt durch irgend eine Gegenleistung; diese bestimmt aber nicht, wer Eigenthümer werden soll. In der Regel kommts nur auf die Absicht des Tradens an. Res non succedit in locum pretii et pretium in locum rei.

L 1,3,6,8,9 Cod si quis alteri v: sibi 4,50

L 6 Cod de R: Vind: 3,32

L 48 § 7 de furtis. 47,2 <D.>

Der Fall der letzten Stelle ist folg: Gajus stiehlt dem Sejus ein Pferd u verkauft dies Pferd, Sejus stiehlt dem Gajus das gelöbte Kaufgeld ist er Dieb? Ja, alle Folgen des Diebstahls treten bei beiden ein.

Ausnahmen von jener Regel.

[143] a. Zur Sicherheit der Unmündigen. Der Vormund welcher für sich kauft u mit seines Mündels Geld bezahlt; da soll der Mündel die Wahl haben, ob er sich am Vormund wegen Herausgabe des Geldes halten wolle, oder ob er die von ihm ge- | kaufte Sache lieber als Eigenthum haben wolle.

L 2 quando ex facto tutoris 26,9. <D.>

L 3 Cod: arb: tutelae 5,51.

b. Schenkung zwischen Ehegatten. Kauft der Mann mit dem geschenkten Gelde u bezahlt, so soll die Frau Eigenthümerinn werden, wenn der Mann insolvent wird.

L 55 de donat. int. vir. et ux. 24,1. <D.>

Controverse: Als Ausnahmen sollen noch gelten:

a. wenn der Mann mit Dotalgeld eine Sache kauft so wird diese Sache dadurch Dotal. – Es gilt dies aber nur sofern er in dieser Absicht kauft, auf das Eigenthum hat dies aber ohnehin keinen Einfluß sondern nur auf die endliche Berechnung zwischen Mann u Frau.

b. Wenn mit Erbschaftsgeld etwas gekauft u bezahlt wird, so kommt das Eigenthum an die Erbschaft, u umgekehrt wenn Sachen aus der Erbschaft verkauft sind, so kommt das gelöste Geld in die Erbschaft. – Auch dies ist irrig – Es bezieht sich dies blos auf die Uebnahme der hereditatis petitio. Vom Eigenthum handelt es sich gar nicht.

cf: L 20 pr § 1,6,17, L 22 de hered: petitione 5,3. <D.>

Von der justa causa.

Die Traditio um Eigenthum zu übertragen, muß in Verbindung stehen mit einer justa causa.

Ulp 19,7

(Nro 59) L 31 pr de acq rer: dom. 41,1. <D.>

venditio aut aliqua justa causa. Verkauf oder irgend eine justa causa d:h: irgend eine andre ausser Verkauf /nicht als ob Verkauf keine justa causa sei/

Controverse. Die Neuern sagten: es muß eine Obligation vorhergegangen seyn, worauf die traditio folgen | muß. traditio kann nur dann Eigenthum übertragen, wenn sie eine solutio ist. – [144]

Die Obligatio braucht nicht klagbar zu seyn; auf ein pactum nudum kann traditio folgen.

L 45 de pactis 2,14. <D.>

Es geben viele Fälle, wo gar keine Obligation vorhergeht u doch Eigenthum durch traditio übergeht. zB bei einer unverabredeten Schenkung, beim Allmosengeben.

Ein Darlehen das gegeben wird, ist auch gültig, ohne daß ein Vertrag, eine Obligatio vorhergegangen war.

Die *justa causa* ist also das nicht, was die Neuern mit ihrem Begriff verbinden.

Die wahre Bedingung der Eigenthumsübertragung ist die: die *Traditio* überträgt nur dann Eigenthum, wenn der *Tradens* diese Absicht hat. /*animus domini transferendi*/

§ 40 Inst de div: rerum. 2,1

Dort ist von *justa causa* nicht die Rede, wohl aber von *animus domini transferendi*, und dies ist die *justa causa*, aber nicht ganz

cf L 9, § 3 de acq rer dominio 41,1. (D.)

Jeder der die Absicht hat Eigenthum zu übertragen, kann dies wollen in Beziehung auf eine schon bestehende Obligation, überhaupt in Beziehung auf ein Rechtsverhältniß, was als Zweck der *Traditio* zu denken ist, und dies Rechtsverhältniß ist die *justa causa*.

Justa causa ist der entferntere juristische Zweck, wodurch motivirt wird die Eigenthumsübertragung.

L 31 pr cit |

[145] *praecesserit* ich muß früher wenigstens daran gedacht haben, früher den *donandi*, *obligandi animus* gehabt haben.

Von der Besitzübertragung.

Traditio ist nichts anders als Besitzerwerb, begründet auf den Willen des bisherigen Besitzers. Bloßer Wille ohne besondere Form kann im römischen Recht kein Eigenthum übertragen.

(Nro 61) L 20 Cod. de pactis, 2,3.

Die besondere Form war nun im neueren Rechte *traditio* und *Usucapio*.

Traditio hat also zwei Theile: a. *Apprehension*, /Besitzerwerb/. Hat einer schon wirklich Besitz, so kann ihm dieser Besitz angerechnet werden als eine *Traditio*. /*brevi manu facta traditio*/

L 21 § 1. de acq rer. dom 41,1 (D.)

b. Der Wille des bisherigen Besitzers.

L 5 de acq poss: 41,2. (D.)

L 33. eod.

L 1 § 5 de exc: rei venditae. 21,3 (D.)

In Einem Fall reicht die besondere Form der *traditio* zur Eigenthumsübertragung nicht hin. Beim Kauf; da muß das Kaufgeld bezahlt seyn oder Credit gestattet seyn; eher geht das Eigenthum nicht über.

§ 41 Inst de div: rer. 2,1.

L 19, 53 de contr: emtione 18,1. <D.>

Es scheint, der welcher tradiren solle, müsse bis dahin Besitzer seyn. – Da sagt man wer Besitzer sei könne ohne traditio kein Eigenthum übertragen.

Controverse. Sei er aber zufällig nicht Besitzer, so könne er doch tradiren.

Wenk Dissert: de trad:^a

Man wollte dadurch dem Eigenthümer der zufällig nicht Besitzer sei, die Möglichkeit nicht | nehmen, Eigenthum durch traditio zu übertragen. [146]

Nur der Besitzer kann nach römischem Recht tradiren; darauf gehn die Ausdrücke: rem tradere, possessionem tradere, die ganz gleich.

L 33 de acq poss: 41,2. <D.>

L 5 soluto matrimonio 24,3 <D.>

Es ist dies auch durch folg: Sätze anerkannt: ich vindicire gegen A eine Sache, die dieser während des Prozesses verliert. Da erhalte ich das Kaufgeld, u muß jenem dagegen meine Klage cediren, was nicht nöthig, wenn ich als Nichtbesitzer ihm den Besitz übertragen könnte. (Nro 43,44) L 46,47,21,63 de R. Vind: 6,1 <D.>

Weiter:

cf L 13 Cod de distract 8,28.

L 50 pr de R. Vind: 6,1 <D.>

L 5. Soluto matr: 24,3 <D.>

L 8 Cod de act. emti 4,49

Traditio heißt: Uebertragung des Besitzes /der wahren possessio/ durch den Willen des bisherigen Besitzers.

Oft heißt auch traditio die Uebertragung der bloß körperlichen Detentio, nicht des wahren Besitzes, zB: dem Miether.

L 20 Commodati 13,6 <D.>

L 1 § 36,37 Depositi 16,3. <D.>

L 31 locati. 19,2. <D.>

Wirkungen der Traditio.

Sind Alle Bedingungen vorhanden, so geht im Augenblick der traditio Eigenthum über. Eine indirecte Wirkung ist die der Exceptio

^a Carolus Fridericus Christianus Wenck, De traditione inter possessionis et proprietatis transferendae modum fluctuante, Leipzig 1809

[147] rei venditae ac traditae. Wie sie in unsern 1 Rechtsquellen vorkommt, hat sie unstreitig etwas sehr räthselhaftes. Sollten die alten Juristen etwas eine Exception genannt haben, was [sieh] blos eine Negation des Klaggrundes ist.

Es bezieht sich diese Exc: auf den Zustand des getheilten Eigenthums während zweier Jahre, des quiritarischen u bonitarischen Eigenthums. Das quiritarische war im Gegensatz zum bonitarischen ein nudum dominium. Klagte der quiritarische nun gegen ihn u vindicirte, so konnte man den bonitarischen Eigenthümer nur mit einer Exceptio, u zwar der doli Exc: schützen. Verkaufte der quiritarische Eigenthümer aber nun an einen Dritten gültig durch Mancipatio, u dieser Dritte vindicirte nun gegen den bonitarischen Eigenthümer, so reichte für diesen die Exc: doli nicht mehr, aber da hatte er die Exc: rei venditae ac traditae.

Die Exc rei venditae ac traditae ist also das Schutzmittel des bonitarischen Eigenthums in Collision mit dem nudum jus quiritium, wo die Exc: doli nicht mehr gilt u aushilft.

(Nro 70) L 3 § 1 D. de Exc. rei vend: ac trad: 21,3.

Fälle der Anwendung im älteren Recht.

1. Hatte der Veräußerer zur Zeit der Veräußerung kein Eigenthum, erwirbt dies aber nachher, entw: so daß er nachher Eigenthümer wird, oder so, daß der Eigenthümer zugleich Veräußerer /zB: als Erbe desselben/ wird.

[148] Wurde hier stillschweigend das Recht ergänzt ohne eine wiederholte Traditio? Beim bonitarischen 1 Eigenthümer läßt sich diese stillschweigende Convalescenz annehmen, und er hatte die Exc: rei venditae ac traditae.

(Nro 71) L 2. de Exc. rei. vend ac tr: <D. 21,3>

(72) L 72. de R. Vind 6,1 <D.>

(73) L 4 § 32 de doli Exc. 44,4. <D.>

cf. L 1 pr § 1. de Exc. R: vend: et trad 21,3 <D.>

L 17,73 de evictionibus. 21,2. <D.>

L 14 Cod. eod: 8,45

2. Der Veräußerer hatte wirklich Eigenthum zur Zeit der Veräußerung, es fehlte aber blos an der Form etwas. Da war der zweite bonitarische Eigenthümer u dieser hatte die Exc: rei: vend: et traditae.

L 1 § 2,3,4,5, de Exc R: vend: et tr. 21,3 <D.>

L 7 § 6 pro emtore 41,4. <D.>

Wie steht es im justinianischen Recht mit der Exc: rei venditae et traditae? Der Unterschied zwischen quiritarischem u bonitarischem

Eigenthum ist darin aufgehoben. Justinian hat zwar einen Titel de Exc: rei vend: ac traditae in seine Pandecten aufgenommen, aber nach dem Geiste der ganzen Sammlung hat sie durchaus ihre Wichtigkeit verloren.

cf. Hasse pag 282.

Fruchterwerb des Pächters, Usufructuars. &c

Wird eine fruchttragende Sache vom Eigenthümer einem andern überlassen, zum Zweck des Früchteziehen, wie u wann gewinnt dieser die Früchte?

Durch das Hervorwachsen sind sie dem Grundeigenthümer, die Trennung vom Boden hebt mein Eigenthum nicht auf, wohl aber vom Augenblick der Apprehension des Pächters, Usufructuars an. Trennung u Apprehension wird oft zusammenfallen. Die Trennung allein gibt dem Pächter u Usufructuar Eigenthum.

[149]

L 12 § 5 de usufr: 7,1 (D.)

L 25 § 1 de usuris 22,1. (D.)

L 13 quib mod: ususfr. 7,4. (D.)

Es ist dies nicht eine eigne Art des Eigenthumserwerbs, wie die Neuern meinen, sondern eine Folge der Tradition. Indem ich erlaube die Trennung vorzunehmen, erwirbt jener den Besitz kraft meines Willens, also durch Tradition.

In Einem Falle gestaltet sich die Sache etwas anders bei der Emphyteusis /dem ager vectigalis/. Der Emphyteuta erwirbt das Eigenthum schon im Augenblick der Separation, ohne Rücksicht oft die Apprehension geschehn ist oder nicht. Der Emphyteuta hat eine wahre rei, corporis possessio nicht bloß juris possessio.

Adjudicatio.

Der Name ist zweideutig: es kann heißen jede Handlung eines Richters wodurch eine Sache einem andern zugesprochen wird. Hierauf geht Adjudicatio als Erwerb des Eigenthums nicht, sondern auf die Theilungsklagen. Das Urtheil des Theilungsrichters ist da gemeint, wodurch Eigenthum unmittelbar selbst im alten Recht ohne mancipatio pp durch den bloßen Ausspruch des *judex* übergang. Schon in den XII Tafeln war dies Recht dem *judex* zuerkannt,

§ 7 Inst: de off: judicis 4,17.

aber nur da wenn der Prozeß vor einem *judicium legitimum* verhan-

[150] delte wurde. Im justinianischen Recht | fiel dieser letzte Unterschied weg.

fragm: vatic: § 47.

Durch einseitige Handlungen des Erwerbenden.

Occupatio.

Besitzergreifung an einer herrnlosen Sache vorgenommen, in der Absicht Eigenthümer zu werden.

L 3 pr de acq rer dom 41,1. (D.)

§ 12 Inst eod 2,1

Res nullius cedit primo occupanti.

a. Jagd und Fischerei.

Nach welcher Regel soll das Eigenthum an Thieren erworben werden. Das Grundeigenthum entscheidet hier nichts. Im römischen Recht sind es herrnlose Sachen. Es gibt eine unbeschränkte Jagd u Fischerei auch auf fremden Grundeigenthum, was ich freilich dadurch verletze. Dasselbe gilt in Ansehung der Fische; fischt er in Flüssen pp die in Privateigenthum sind, so verletzt er hier wieder das Eigenthum..

§ 12, 13 Inst eod

L 1 § 1,3 § 1,5, § 1,55 eod 41,1 (D.)

b. Inventio.

Finden von Sachen die von jeher herrnlos waren oder von ihrem Eigenthümer derelinquirt worden.

§ 18, 46–48 Inst

Pand. 41,7.

Res derelicta sind nicht eigentlich res nullius, sondern es wird dies als Traditio angesehen an eine mir bisher noch unbekannt Person. Sachen die bisher herrnlos sind, u doch wahrscheinlich nicht derelinquirt sind, Schätze wo der Eigenthümer nicht mehr zu finden ist.

[151] Im römischen Recht hat die Gesetzgebung darüber oft variirt. Die neueste ist folg: man unterscheide | ob der Schatz in einem fremden Grund und Boden gefunden wird oder nicht. Im letzten Falle werde ich Eigenthümer.

In fremden Boden: da wird unterschieden: habe ich nach ihm gesucht, so erwirbt allein der Grundherr Eigenthum. Habe ich ihn zufällig gefunden, so erwerbe ich die Hälfte, die Hälfte der Grundherr.

L 31 § 1 de acq rer: dom: 41,1 (D.)

§ 39 Inst de div rer 2,1.

L 31,63 D. 41,1

Cod. 10.15

Cod. Theod: 10.18

c. Beute.

Alles was einem fremden Volk gehört, ist nur dann im Eigenthum, wenn wir das Daseyn des Staates anerkannt haben. Sonst ist er u Alle seine einzelnen Bürger rechtlos. Der Grund des ganzen Beuterechts liegt nur einzig in der Rechtlosigkeit, der fremde Staat mag nun Krieg mit den Römern führen oder nur in keinem foedus mit ihnen stehen. Sind jene rechtlos, so ist das was ich für ihr Eigenthum halte eigentlich herrnlos. Da unterscheide man: unbewegliche u bewegliche Sachen. Bei Grundstücken fand kein Occupationsrecht der einzelnen statt. Die bewegl Sachen erwarb jeder als herrnlose Sachen nach den Regeln der Occupation. Die Beute als Folge der Rechtlosigkeit konnte gegen Alle Einwohner desselben Staates u von jedem Fremden auch nicht Soldaten gemacht werden. – Der Römer der in Gefangenschaft gerieht, wurde ein herrnloser Slave, servus sine domino; ebenso werden die Sachen die in die Hände der Feinde gerathen res nullius. Kehren vor beendigtem Kriege der Römer aus der Gefangenschaft zurück, so ist er postliminio reversus. Die [152] Slaverei ist dann aufgehoben. Eben so wenn die Sachen vor beendigtem Kriege zurückgebracht werden, hören sie auf jure postliminii, res nullius zu seyn.

Auch der Römer verliert das Eigenthum am Gefangenen, wenn er vor beendigtem Kriege zum Feinde zurückkehrt.

Nach manchen historischen Zeugnissen und nach manchen Stellen könnte es zweifelhaft werden: ob das Recht der Beute nicht Recht des Staates sei, und dieser gewissermaßen die Soldaten damit beschenke. Freilich macht die Republick die Beute durch ihre einzelnen Krieger, die sich in Allem müssen brauchen lassen.

L 20 § 1 de captivis 49,15. (D.)

L 5 § 7 L 7 pr 51 § 1 de acq rer dom 41,1. (D.)

d. Cultur verlassenen Landes.

Hat einer sein Grundstück nicht derelinquirt, so ists strenggenommen in seinem Eigenthum wenn er's auch noch so lange un bebaut liegen läßt. Es soll aber fingirt werden, daß ers, wenn er dasselbe zwei Jahr un bebaut habe liegen lassen, habe derelinquieren wollen.

L 8 Cod. de omni agro deserto 11,58
 Perron ad. Cod. Theod. p. 155.156.

Specificatio.

Ein Stoff wird verarbeitet. Wie kann diese Verarbeitung im Eigenthum Veränderungen hervorbringen? Die Verarbeitung ist entw: das überwiegende oder nicht. Im letzten Falle kann von einer Aenderung im Eigenthum nicht die Rede seyn.

[153] Ueber den ersten Fall waren die römischen Juristen uneinige. Einige sagten: Der Verarbeiter sei | Eigenthümer; andre der Herr des Stoffs bleibe Eigenthümer. Justinian unterscheidet: Entw: hat einer einen fremden Stoff allein bearbeitet; ist dann Wiederherstellung in den frühern Stoff möglich, so soll kein Eigenthum übergehen, oder diese Wiederherstellung ist nicht möglich; da geht Eigenthum auf ihn über, oder Einer hat den fremden Stoff mit seinem eignen gemischt und daraus verfertigt; da wird der Verarbeiter immer Eigenthümer.

Entschädigungen sind davon unabhängig. Sie gehören in die Lehre von den Obligationen.

§ 25 Inst de acq rer. dom 2,1.

L 7 § 7 D: eod 41,1

L 78 § 4 de legatis. III. 32,1. (D.)

Die Römer haben den Ausdruck Specificatio nicht. Sie umschreiben: species facta ab aliquo pp.

Auch durch fremde Handlungen kann dieser Eigenthumserwerb stattfinden.

L 25, 27 § 1 de acq rer: dom: 41,1 (D.)

Ist die Färbung der Oberfläche als eine so überwiegende Verarbeitung zum Eigenthumserwerb anzusehen? Nein.

L. 26. § 3. de acq rer: dem, 41,1 (D.)

Wird aber durch die Färbung etwas ganz Neues hervorgebracht, und sie ist nicht bloße Zierde. [zB] Die Schrift, das Mahlen

L 9 § 1. de acq rer: dom: 41,1. (D.)

§ 33 Inst eod. 2,1.

Bei der Schrift wird nach dem römischen Recht der Schreiber nicht Eigenthümer sondern der Eigenthümer des Papiers bleibt Eigenthümer.

Zur Ehre der schönen Kunst soll ausnahmsweise der Mahler Eigenthümer der Farben, der Leinwand werden.

L 9 § 2. de acq. rer: dom. 41,1 (D.)

§ 34 Inst. eod 2,1 |

Ersitzung. /Usucapio/

[154]

Eigenthumserwerb durch fortgesetzten Besitz /Usucapio, früher auch Usus, nie praescriptio/. Daher das rem praescribere, praescriptio acquisitiva der Neuern ein falscher Ausdruck.

Geschichte der Usucapio.

Sie beginnt mit den XII Tafeln. Dort macht einjähriger Besitz der beweglichen, zweijähriger Besitz der unbeweglichen Sachen (deren Eigenthümer ich nicht von Anfang war) zum Eigenthümer. Durch meine Usucapio kann ein anderer im Augenblick der Vollendung Nichteigenthümer werden; ich usucapirte nämlich als bonae fidei possessor eine fremde Sache. Ferner kann ich bisher die Sache in bonis gehabt haben ohne das jus quiritium. Es ist dies Usucapion des bonitarischen Eigenthümers an einer herrnlosen Sache.

Usucapion an einer fremden Sache, dazu bestimmt Eigenthum auf den bonae fidei possessor zu übertragen, und Usucapio an einer herrnlosen Sache, dazu bestimmt dem bonitarischen Eigenthümer die Form zu ersetzen stehen sich entgegen.

In diesem letzten Falle zuweilen Usucapion die gewissermaßen in einem fremden Eigenthum, dem nudum jus quiritium war.

Die Neuern sagen der Grund dieses Instituts ist die Ungewißheit des Rechts aufzuheben, ne rerum dominia diu in incerto essent.

Dies kann aber blos der Erklärungsgrund für die Usucapion des bonae fidei possessor seyn, nicht aber der allgemeine Grund, da beim bonitarischen Eigenthümer von Anfang an nichts | ungewiß war.

[155]

Gaj II. § 41–44

pr Inst: de usucapionibus. (2,6)

L.1. de usurpationibus 41,3. (D.)

In der letzten Stelle ist der Grund generalisirt. Die Usucapio galt bei res Mancipi u nec Mancipi und gab zugleich quiritarisches u bonitarisches Eigenthum.

Gaj. II. § 41.

Etwas später kam zur Usucapio eine höchst wichtige Ergänzung hinzu in der longi temporis praescriptio. Wer eine Sache 10 oder 20 Jahre besitzt, der soll zwar nicht Eigenthümer seyn, aber sich schüt-

zen können durch die *temporis exceptio*. Sie paßte nur, wo die *Usucapion* aus irgend einem Grund nicht statt fand.

Zur Zeit der Einführung der *longi temporis praescriptio* hatte sich gewiß die *usucapio* schon mehr ausgebildet. Gewisse Qualitäten des Besitzes wurden bei ihr erfordert, *justus titulus* und *bona fides*. Auch die *longi temporis praescr*: erforderte diese Qualitäten.

Sie war hauptsächlich für zwei Fälle eingeführt:

a. Für alle Provinzialgrundstücke, die nicht im *quiritarischen* Eigenthum seyn, also auch nicht *usucapirt* werden konnten. Hier war die *longi temporis praescriptio* Supplement. Die längere Zeit war hier wegen der größeren Entlegenheit, wobei man sein Recht nicht so schnell geltend machen konnte, eingeführt.

b. Der *peregrinus* war *usucapionsunfähig*, weil er kein *quiritarisches* Eigenthum besitzen konnte. Er bediente sich daher auch der *longi temporis praescriptio*.

[156] Zufällig kam später noch ein neues Supplement hinzu: nämlich die allg: Klagenverjährung von 30 | Jahren, für alle Klagen welche nicht schon eine bestimmte Zeit haben.

Justinian hat nun der ganzen *Usucapion* eine neue Gestalt gegeben:

L 8 Cod de praescr: XXX 7,39.

L 12 Cod de praescr longi temp: 7,33

L 11 Cod: de Usucap: transform: 7,31

1. Die *longi temp: praescr*: soll nicht mehr von der *Usucapio* getrennt, sondern mit ihr ein Ganzes bilden. In allen Fällen wo *longi temp: praescr*: erworben war, soll die *Usucapio* vollendet seyn. Es machten innre Gründe dies nöthig, da der Unterschied zwischen *dominium ex jure quiritium* und *in bonis* weggefallen war.

2. Bei beweglichen Sachen soll die *Usucapion* 3 Jahre dauern; bei unbeweglichen war die Zeit der *longi temp: praescr* für die *Usucapio* angenommen, 10 Jahre *inter praesentes*, 20 Jahre *inter absentes*.

Justinian hatte meist nur Provinzialgrundstücke in seinem Reich, wofür nur die *longi temp praescr*: galt. Justinian generalisirte dies Princip, so aber daß *longi temp: praescr*: jetzt *Usucapion* seyn sollte. Die *peregrini* waren seit Caracalla's Const: die die *Civitaet* aufs ganze Reich ausdehnte, weggefallen.

Die Mobilien konnte jetzt statt in einem in drei Jahren *usucapirt* werden, dies daher um die Zeiträume der *Usucapion* zwischen Mobilien und Immobilien sich näher zu bringen.

3. Wer keine Ansprüche auf *Usucapion* noch *longi temp: praescr*:

machen konnte, und der sich also nur mit der 30jährigen praescr: schützen konnte, der I soll auch jetzt, wenn ihm bona fides fehlt nur die praescriptio XXX annorum haben. Ist er aber bonae fidei possessor u es fehlt ihm nur der justus titulus, so soll die 30jährige Klagverjährung für ihn Usucapion geworden seyn.

[157]

Im Justinianischen Recht muß die ganze Beziehung der Usucapion auf's bonitarische Eigenthum weggefallen seyn, und nur in Beziehung auf den bonae fidei possessor konnte die Usucapio noch Anwendung finden. Der Satz: ne rerum dominia diu in incerto essent kann nur für die Usucapio, wie sie im justinianischen Recht angewendet wird, gelten.

Merkwürdig ist

(Nro 61 a). L 8 pr § 1 Cod de praescr. XXX pp 7,39

Der Verfasser hat 2 Fälle im Auge gehabt:

1. Gegen den Eigenthümer will ich mich durch die praescr: longi temporis oder durch die praescr: XXX annorum schützen.

2. Gegen die hypothecaria actio des Pfandgläubigers will ich als Eigenthümer mich schützen mit der longi temp: praescr, oder nach Umständen mit[~~m~~] der praescr: XXX vel XL. annos:

Das initium von si quis – sancimus ist klar. Er sagt: dß der, welcher longi temp: praescr: durch Besitz in gutem Glauben 10 oder 20 Jahre hindurch erworben, und nun den Besitz verliert, eine Klage haben sollte, also longi temp: praescr: in eine Usucapion verwandelt seyn soll. § 1 handelt von der 30jährigen Verjährung. Der welcher die praescr: XXX v: XL. ann: erworben, soll wenn er aus dem Besitze kommt, eine actio haben, also die praescr: in eine Usucapio verwandelt seyn, wenn er sie bona fide solange besessen hat.

Bedingungen der regelmäßigen Usucapio
/ordinaria wobei nichts fehlt/.

Fähigkeit des Objects an sich selbst.

Eigenthumsfähig muß das Object seyn. Einige I sind aber obgleich an sich eigenthumsfähig, doch in Beziehung auf die Sache, ohne Rücksicht auf die Qualität des Besitze[~~r~~]s (res vitiosae der Neuern) usucapionunfähig. So:

[158]

1. Res furtiva.

§.2,3.8 Inst de usucapionibus. 2.6

L 4, § 6,10, L 49. D: eod. 41,3.

2. Res vi possessa d:i: ein mit Gewalt in Besitz genommenes Grundstück[e].

§.2,7,8 Inst:

3. Die lex Julia repetundarum hat verboten an einen Prätor oder Stadthalter etwas zu schenken; das so Geschenke war sogar usucapionsunfähig.

L 8 de lege Julia repet: 48,11. (D.)

4. Wenn eine unbewegl Sache von einem malae f: possessor veräußert wird ohne Vorwissen des Eigenthümers, so ist die Sache usucapionsunfähig

Nov: 119. C.7.

Controverse: 5. Die quinque pedes zwischen zwei benachbarten Grundstücken sollen nicht usucapirt werden können.

Cic: de legibus I. 21

[159] Dies ist nicht genau wahr, denn hätte ich die Hälfte des benachbarten Ackers bona fide besessen und usucapirt, dann wäre die Grenze jetzt als unnütz liegen geblieben. Das ist doch nicht möglich. Es kann also nicht wie die andern Ausnahmen ein vitium rei inhaerens vorhanden seyn. Nur in der erwähnten Stelle wird dieser Usucapionsunfähigkeit erwähnt: „intra quinque pedes Usucapio fieri non potest“ dies undeutlich gesagte bezieht sich auf Grenzstreitentscheidungen vor einem arbitrium iudicium wo der Prätor also nichts zu thun hatte. Dies arbitrium soll nur gelten, wo nur Streit über die 5 Grenzfuß ist. Hiebei soll aber auch bloß die Regel des Feldmessers gelten, und gar | keine Usucapion zur Sprache kommen. Dies Alles gilt aber nur wo [gar] kein arbitrium iudicium stattfand, also der Streit ganz allein auf die quinque pedes ging. Bei einer Controversia de loco /im Gegensatz der Controversia de fine/ entschied allemal ein arbitrium iudicium. /finis heißt allemal der Grenzzwischenraum. Später änderte sich dies dahin: daß die ordinaria iudicia abgeschafft wurden; dies arbitrium über den finis blieb aber; ging aber endlich verloren u es entstand die Regel: mag von einer Grenzstreitigkeit die Rede seyn entw: über finis oder ganze Aecker so soll nie die Usucapio beachtet werden, sondern Alles nach der Regel der Meßkunst entschieden werden:

L 4 Cod Theod: finium regundorum

cf L 5 Cod eod. 3,39.

Späterhin sollte nur bei kleinern Grenzstreitigkeiten die Usucapion unbeachtet bleiben

L 5 Cod Theod eod.

Justinian hat entschieden: wenn zwischen Nachbarn Streit über die Grenze entsteht, ohne Rücksicht auf die Größe des Objects, also ob über finis oder den locus Streit ist, soll keine Usucapion und keine

longi temporis praescriptio in Anwendung kommen, wohl aber soll man sich berufen können auf die allg: 30jährige Klagverjährung.

(Nro. 62.) L 5 Cod. fin regund: 3,39

(Nro. 63) L 6 Cod eod. (3,39)

In Rücksicht des Eigenthümers.

1. Res publicae u fiscales. – Ursprüngl waren Alle Sachen im Eigenthum des römischen Volks mit res publicae gemeint, u daran sollte man durch Usucapion kein Eigenthum erwerben können.

L 9 D de usurp. 41,3

Später ging dies auf den fiscus über, und nun sollte man gegen diesen nicht usucapiren können. |

§ 9. Inst. de usucapionibus, 2,6, [160]

L 18 D: eod. 41,3

L 2 Cod. Communia de usucap. 7,30.

α. An Provinzialgrundstücken kann deswegen Usucapion nicht gelten, weil sie nicht im quiritarischen Eigenthum seyn können.

Gaj. II. § 46.

β. Res publicae civitatum sind der Usucapion entzogen, sagt:

L 9 D de usucapionibus. 41,3

Dagegen: (Nro 115): L 15 § 27 de damno infecto. 39,2.

Jene L 9 spricht von den Sachen, die im Gemeingebrauch der Bürger der Stadt sind. Diese L 15 aber von den Sachen die wahrhaft im Eigenthum der Stadt sind.

Paulus V. 2. § 4.

2. Usucapion der Pupillensachen ist gewissermaßen verboten. Im ältern Recht war dies nicht so; nur eine Frau unter Tutel ihrer Agnaten sollte sicher seyn gegen die Usucapio ihres Vermögens:

Gajus II § 47

Daraus erklärt sich:

Cicero pro flacio I. 34,

– ad Atticum I. 5

Zu Justinians Zeit ist dies Verbot verschwunden; von einem Verbot ist aber noch die Rede in:

L 48 D: de acq: rer: dom: 41,1

L 10 pr quemadm: Servitus. 8,6 (D.)

L 9 Cod pro emtore 7,26.

Dies Verbot ist keineswegs ein allgemeines, sondern in den Fällen, wo dem Vormund die Veräußerung der Pupillensachen verboten ist, soll der Käufer nicht einmal usucapiren können.

[161] Die Pupillensachen an sich sind der Usucapion | nicht entzogen, aber eine Restitution hat er auch gegen die Usucapion.

3. Usucapion des fundus dotalis ist verboten.

L 16 de fundo dotali. 23,5. (D.)

4. Eine im Testament legirte vom Erben mala fide veräußerte Sache ist der Usucapion entzogen.

L 3 § 3 Cod communia de legatis. 6,43.

Die Sicherheit einer bestimmten Person enthält in allen diesen Fällen der Grund des Verbots, daher hört das Usucapionsverbot zu wirken auf, sobald ein anderer Eigenthümer wird.

Justus titulus:

Im Allgemeinen:

Die Neuern sehen falsch diese Lehre als etwas für sich bestehendes unabhängig von der Usucapio an.

titulus ist eine solche Entstehungsart des Besitzes wodurch unter andern Umständen schon jetzt hätte Eigenthum gegeben seyn können, [das] aber jetzt aus einem besondern Hinderniß dies nicht geschehn ist. Mit der bona fides steht dies in enger Verbindung: man muß glauben Eigenthümer zu seyn und den Grund für diesen Glauben angeben können. Man muß sich eine juristische Wirkung zuschreiben die nicht vorhanden ist. Dies ist durchaus Bedingung der Usucapio.

Derjenige der Usucapiren will, soll in Beziehung auf den Besitz einen probablen Irrthum haben. Allgemein in Beziehung auf das ältere Recht ist dies nicht ganz wahr.

Diese ganze Forderung des Titels u seiner Erklärung, des error probabilis bezieht sich lediglich nur auf die Usucapio des bonae fidei possessor und ist daher im justinianischen Recht allgemein anzunehmen. |

[162] *Der titulus ist entw: singularis oder Universalis*

Der titulus singularis ist entw: derivativ oder originaer.

1. *Titulus singularis derivativus.*

Der häufigste Fall ist hier der Kauf. Zweierlei Irrthümer sind hier möglich. Der Irrthum kann sich beziehen: a auf das Recht des Auctors: b. Auf die Natur der Handlung. Jener ist der Hauptfall der Usucapion, das dominium auctoris fehlte; über dies kann ich füglich im Irrthum seyn. Usucapion ist hier regelmäßig möglich.

Für diesen Fall ist ja auch die publ: actio noch bei unvollendeter Usucapion eingeführt.

Bezieht sich der Irrthum auf die Natur der Handlung, so kann der Grund der Unvollständigkeit der Handlung wieder liegen in der persönlichen Eigenschaft des Auctors; dieser Fall macht nach Umständen die Usucapion möglich.

L 2 § 15,16 pro emtore 41,4 (D.)

Betrifft der Irrthum aber die Existenz der Handlung; ich glaube gekauft zu haben, u dies ist nicht der Fall.

Nro 64. L 27 D: de usurp. 41,3.

§ 11 Inst. 2,6.

Nach diesen Stellen ist hier Usucapion ungültig. Andre Stellen sind dagegen.

L 3,4 § 2 pro suo. 41,10 (D.)

Auch hier wirds darauf ankommen ob der Irrthum über die Existenz der Handlung ein probabler ist oder nicht; also wird nach Umständen Usucapion möglich seyn. Dafür spricht

Nro 65. L 11 D: pro emtore. 41,4

Irre ich über meine eignen Handlungen, | wird in der Regel der Irrthum ein nicht probabler seyn; Beim Irrthum über fremde Handlungen wohl. [163]

L 4 pro legato 41,8 (D.)

Einzelne Titel:

L 5 § 1 pro suo 41,10. (D.)

Pro emtore usucapiren heißt auf den Grund eines Kaufs usucapiren.

Dig. 41,4

Cod. 7,26.

Pro donato, wenn ich glaube auf den Grund einer Schenkung Eigenthümer zu seyn.

Dig. 41,6.

Cod. 7,27

Pro derelicto: Usucapion auf den Grund der quasi traditio, für welche man den Uebergang der res derelicta vom derelinquens an den reoccupans ansah.

Dig. 41,7.

Pro legato, wenn ich glaube die legirte Sache sei im Eigenthum des legirenden gewesen.

Dig. 41,8

Pro dote. wenn der Ehemann den Geber für Eigenthümer hält.

Dig. 41,9.

Cod. 7,28.

Pro soluto. Zahlt der Schuldner mit fremden Gelde oder eine andre

Sache gibt er in solutum, so gründet sich darauf eine Usucapio pro soluto.

L 46 D. de usucapionibus. 41,3

Pro judicato. War der Miteigenthümer nur scheinbar Miteigenthümer und mir wird die Sache in judicio divisorio zuerkannt, so gründe ich darauf den Usucapionsbesitz. |

[164]

L 17. Dig: eod:

L 3 § 1 de publ: act: 6,2. (D.)

Die Bezeichnung dieser Titel ist so gewählt, daß dabei[f] bloß gesehen ist auf die justa causa. Der Ausdruck ist nie auf die traditio sondern immer auf die entfernter liegende Causa traditionis gerichtet.

2. *titulus singularis originalis.*

Derjenige welcher sein Eigenthum fälschlich gründet auf einen originaleren Erwerb, usucapirt pro suo:

Dig. 41,10.

Titulus Universalis: (pro herede)

Im justinianischen Recht kommt nur die Erbschaft als solcher vor. Die Usucapio pro herede war im alten Recht von der übrigen Usucapio verschieden; die Usucapio dauerte im alten Recht nur Ein Jahr, dann hatte er das jus heredis usucapirt, er war Erbe geworden. Später sollte sich diese Usucapio nicht mehr aufs jus heredis sondern aufs Eigenthum beziehen. Bona fides und titulus war gar nicht erforderlich, fundi konnten in Einem Jahre usucapirt werden. Jeder Römer konnte sich der Erbschaft bemächtigen. Man nannte dies improba oder lucrativa possessio. Man stellte die Regel auf, um den wahren Erben zu zwingen sich bald, wenigstens binnen Einem Jahre zu erklären. Dem Effect nach hob Hadrian diese pro herede Usucapio auf, indem er verordnete, den Erben dagegen zu restituiren.

Gaj II. § 52–58. |

[165]

Gajus verschweigt denjenigen Theil der pro herede Usucapio, der sich durch Anwendung allg: Grundsätze von selbst macht.

Für den praetorischen Erben der bloß bonitarischer Eigenthümer ward, bloß als bonorum possessor beerbte, bedurfte es einer Usucapio u dies war die pro herede.

Dieser Fall war im justinianischen Recht verschwunden.

Controverse. Neuere sagen: jener habe nicht pro herede sondern pro possessore usucapirt, dies auf die Titelüberschrift gründend, die sich bloß in der florentinischen Handschrift befindet nämlich pro herede vel pro possessore.

pro possessore besitzt der, welcher ohne allen vorgeschützten Rechtsgrund durch Anmaßung den Besitz ergreift. Daher jene Ueberschrift falsch.

Die Usucapio des bonorum possessor führt keinen andern Namen als pro herede usucapio bis aufs justinianische Recht.

Die pro herede Usucapio existirt nun auch noch im justinianischen Recht. Die Usucapio in dem Falle in dem sie bei dem singularen Titel am meisten vorkam, ist hier zu verwerfen, nämlich wo der Vorgänger in male fide war.

Ich müßte pro herede usucapiren, indem ich die Usucapio meines Erblassers anfinde, die er aus Mangel des justus titulus, oder bona fides nicht hätte anfangen können. Dies ist aber nicht möglich, indem ich auch in die vitia des Erblassers succedire.

L 11 de divers: temp: praescr. 41^a,3. <D.>

Eine pro herede usucapio kann im Falle des fehlenden dominii auctoris gar nicht stattfinden.

L 4 Cod de praescr longi temp. 7,33.

L 4 Cod de usucap: pro herede, 7,29.

§ 12 Inst de usucap. 2,6

Eine Spur einer alten Controverse findet sich in

L 3 D: pro herede. 41,5.

Der Fall, wo das dominium auctoris unzweifelhaft, | aber ich mir [166]
aus Irrthum die Erbschaft zuschreibe, bleibt hier noch übrig. Hier kann ich pro herede usucapiren je nachdem ich über eine fremde Handlung oder Thatsache irre, also error probabilis vorhanden ist. Dies ist der Einzige Fall der pro herede Usucapio im justinianischen Recht

L 11 pr de hered. petit. 5,3. <D.>

L 33 § 1 de usurp. 41,3. <D.>

Bona fides.

Möllentin, Natur des guten Glaubens.^b

Sie besteht in der irrigen Ansicht: man müsse glauben, man sei Eigenthümer. – Bonam fidem habere est: ignorare rem esse alienam.

L 109 D. de verb: sign: 50,16

Wenn unter den bona fides eine positive Bedingung, eine Thatsache verstanden wäre, so müßte der, welcher usucapiren wollte, bewei-

^a richtig: 44

^b Möllenthiel, Karl August, Ueber die Natur des guten Glaubens, Erlangen 1820 (Sav. PB 1869).

sen, daß er beim Anfang der Usucapion den Glauben gehabt habe. Betrachtet man aber den Begriff negativ, so wird so lange bona fides angenommen, bis der Gegner das Gegentheil, die mala fides beweist.

L 30 Cod de eviction 8,45.

Controverse. Die Neuern sagen „deswegen müsse der Gegner beweisen, wegen der praesumption jeder sei ein redlicher Mann, quilibet praesumitur bonus.“

Bei allen Usucapionen soll die bona fides nur da seyn im Augenblick wo der Besitz anfängt. Mala fides superveniens schadet nichts.

L 11 Cod de usucap transf: 7,31

Nur bei der Usucapio pro emtore ist bona fides im Augenblick des Besitzes und des geschlossenen Kaufs nöthig.

L 2 pr pro emtore 41,4 (D.) |

[167]

L 7 § 17 de publ: 6,2. (D.)

Das canonische Recht hat bestimmt: Die bona fides müsse fort dauern während der ganzen Usucapionszeit.

Cap 20 X de praescript.

Fortgesetzter Besitz.

Wodurch wird die Usucapio unterbrochen?

Usurpatio heißt die Handlung, wodurch die laufende Usucapio unterbrochen wird.

Die stetige fortlaufende Dauer des Besitzes ist Bedingung der Usucapio. Verliere ich einen Augenblick den Besitz auf irgend eine Art, rechtmäßig oder unrechtmäßig durch Gewalt pp, so ist dadurch meine Usucapion gestört.

Nro. 66) L 5 D. de usurp: 41,3.

Naturaliter steht hier nicht im Gegensatz von civiliter. adversus drückt nur ein Verhältnis, gleichgültig ob zum Vortheil oder Nachtheil aus. heißt also: im Verhältniß, in Beziehung.

Controverse Der Ausdruck: naturaliter hat die Neuern verleitet zu glauben, daß durch Anstellung der Klage als civilen usurpation die Usucapio als unterbrochen angesehen werden müßte.

Durch Anstellung der Klage wird aber die Usucapio keineswegs unterbrochen. Sobald es zur litis contestatio gekommen ist, bin ich freilich sicher. Wird nun auch während des Prozesses vor dem Urtheil die Usucapion vollendet, so soll der Richter so sprechen, wie er zur Zeit der litis contestatio hätte sprechen müssen. Das Eigenthum muß nun zurück übertragen werden.

(Nro 45,) L 18 de rei vind: 6,1. (D.)
L 2 § 21 pro emtore 41,4. (D.)

Von diesem Satz machte Justinian eine Ausnahme: Der Prozeß soll allerdings die Usucapio unter- | brechen, wenn der Eigenthümer [168]
den Besitz entdeckt, aber gehindert ist jetzt den Prozeß anzufangen, so soll er vor gewissen höhern Behörden, oder vor drei Zeugen erklären, daß er gewillt sei den Prozeß anzufangen. Dadurch soll die Usucapio unterbrochen werden.

L 2 Cod: de annali exc: 7,40.

Accessio possessionis.

Darf ich zu meiner Besitzeszeit die Besitzeszeit meines Vorgängers hinzurechnen.

§ 12,13 Inst de usucap (2,6)

L 14,15 de div: temp praescr: (D. 44,3)

L 13 de acq possess: (D. 41,2)

1. Wenn die Rede ist von einer UniversalSuccessio so galt die Accessio in gewissem Sinne immer.

2. Wenn die Rede ist von einer SingularSuccessio so galt im ältern Recht die Accessio nicht, im Neueren Recht wohl.

Ad 1. Dies eigentlich keine Accessio possessionis sondern eine Successio in usucapionem.

(Nro 67) L 30 D ex quib: causis majores 4,6.

Ad 2. Nach altem Recht galt da die Regel: jeder der usucapiren will muß selbst die Zeit hindurch besessen haben. Bei der kurzen Usucapionszeit war die Accessio possessiones kein Bedürfnis.

Mit der longi temporis praescr: scheint man die Accessio possessionis angewendet zu haben. Später scheint man auch bei der Usucapio die Accessio angewendet zu haben.

§ 12,13 Inst de usucap. (2,6)

L 14 pr de div: temp: praescr: 44,3 (D.)

Justinian hat deutlich bestimmt, daß die Accessio bei der Usucapio überall gelten solle.

L 11 Cod: de usucap transf: 7,31

Wer muß in bona fide gewesen seyn? |

Man muß hier unterscheiden zwischen der UniversalSuccessio [169]
d:h: Successio in usucapionem; da muß der nur in bona fide gewesen der zu usucapiren anfang.

Bei der Singular Successio d:h: der wahren Accessio possessionis; hier müssen beide in bona fide gewesen. Der Besitz des Auctors muß

mit bona fide angefangen habn, und eben so mein, des Successors Besitz.

§ 12 Inst de usucap: 2,6

L 13 inf: de acq: poss. (D. 41,2)

L 11. Cod. de usucap. transf. 7,31.

Ablauf der Zeit.

Bei beweglichen Sachen drei Jahre. Bei unbeweglichen Sachen zehn u zwanzig Jahre. 10 Jahre inter praesentes, 20 Jahre inter absentes. Die praesentia u absentia wird nach dem Domicilium der Personen, nicht nach der Sache gerechnet. Praesentes sind die in Einer Provinz wohnenden.

L 12 Cod de praescr longi temp. (7,33)

Haben die Personen während der Usucapionszeit ihren Wohnort verändert? Indem man hier Alles auf Jahre der Abwesenheit oder der Gegenwart reduziert; wenn man vor beendigter Usucapio praesens oder absens wird, so wird die noch fehlende Zeit halbirt oder verdoppelt.

Nov. 119. Cap. 8.

Es gilt hier die Civilis computatio. In Ansehung der Usucapion gilt das tempus continuum, nicht utile.

L 31 § 1 de usucap. (D. 41,3)

Ausserordentliche Ersitzung:

In manchen Fällen in denen bisher nur eine dreißigjährige Klagverjährung eintrat, soll jetzt nach Justinian Usucapion eintreten.

1. Der juristische Besitz ist hier unerläßliche Bedingung..

[170] 2. Die vitia des Objects, die sonst die Usucapion un- | möglich machen, kommen hier nicht in Betracht.

3 Der Titel ist hier nicht nöthig.

4 Bona fides ist durchaus erforderlich.

L 8 § 1 Cod de praesc. XXX. vel XL, 7,39

5 Ein ununterbrochener Besitz ist hier nöthig. Was aber von der Accessio possessionis gesagt gilt auch hier.

6 Zur Vollendung der Usucapio ist Ablauf von 30 Jahren nöthig.

Wirkungen der Usucapion.

Eigenthum im strengsten Sinne wird dadurch erworben. Ueberall wo ein Restitutionsgrund vorhanden, kann die Usucapion angefochten werden. Insbesondere kann diese in integrum restitutio im Falle der Abwesenheit angestellt werden. Der Eigenthümer kann gegen

den Usucapienten durch die rei vindicatio oder die publ: in rem actio verbunden mit der Restitutio klagen.

Einige halten die publiciana actio hier für eine besondere [auf] diese[ne] Rescission[sgrund] [sieh] gründende Klage.

§ 3,5 Inst de act. <4,6>

L 35 pr de obl: et act: <D. 44,7>

Durch zufällige Umstände:

Erwerb durch Accessio.

Dahin gehört: Erzeugung aus meinem Eigenthum und Verbindung mit meinem Eigenthum.

a. Erzeugung.

Jede Sache die aus meiner Sache entsteht, nach Gesetzen der organischen | Natur wird durch ihre bloße Entstehung mein Eigen- [171]
thum. Dahin gehören die Früchte. Vom erstem Augenblick ihres Entstehens bin ich Eigenthümer, nicht erst vom Augenblick der perceptio oder Separatio an.

§ 19,37,32 Inst. de divis rerum. <2.1>

L 5 § 2 de rei vind. 6,1. <D.>

Fructus civiles muß man mit diesem Satz nicht in Verbindung bringen. Der Zins wird nicht mein Eigenthum nach den Regeln der Accession, der Fruchterzeugung, sondern nach den Regeln der Tradition. Der Eigenthümer ist Eigenthümer ohne Rücksicht darauf, ob er Schuld an der Erzeugung oder ob er selbst reparirt oder percipirt hat; darüber ist kein Zweifel.

b. Verbindung mit unserm Eigenthum.

Es gibt beschränkte Fälle, in denen durch Verbindung mit meiner Sache die fremde verbundene mein wird.

1. Verbindung einer unbewegl Sache mit einer unbeweglichen.

L 7 § 1–6 D de acq rer dom. 41,1.

§ 20–24 Inst eod 2,1.

a. Alluvio.

Wenn durch Flußwasser allmählig meinem Grundstück Land [stück] angespült wird. Dies soll mein gehören.

b. Vis fluminis.

Wenn ein Landstück meinem Grundstück angetrieben wird, so er-

werbe ich daran Eigenthum, wenn dessen Bäume pp in mein Land hinein Wurzel geschlagen haben.

c. Ein Fluß verläßt sein Bett.

Die Anschießenden werden hier stillschweigend Eigenthümer des freigewordenen Landes. Das neue Bett, wodurch er fließt wird res publica. †

[172] d. Insula in flumine nata.

Diese wird Eigenthum jener, welche ans Ufer schießende Stücke eigenthümlich besitzen.

Gewöhnlich theilt man den ganzen Fluß durch eine Linie, und theilt darnach rechts u links zu. Dies ist falsch. Liegt die Insel in der Mitte, so ist sie communis. Liegt sie einem Ufer näher, so gehört sie dem näher liegenden.

L 7 § 3, L 56 pr de acq rer dom: 41,1 (D.)

Alle diese Arten Eigenthum zu erwerben, gelten nur für solche Veränderungen die durch Flußwasser bewirkt werden.

L 7 § 3, L 12 pr eod:

Dann sollen sie nur gelten bei agri oder occupatorii nicht aber bei agri limitati.

(de acq rer dom L 16,56) pr) L 1 § 6,7 de fluminibus 43,12. (D.)

Die Neuern sagen: Dies gelte nur für die Grundstücke welche natürliche Grenzen hätten.

Diese Regel bezieht sich auf die besondere Art wie die Colonien gebildet wurden; ihnen wurde feierlich Alles zugemessen, ihr Grund hieß ager limitatus; daher ist unter ager occupatorius der ager municipalis gemeint. – Im justinianischen Recht ist dieser Unterschied weggefallen.

2. Verbindung einer beweglichen Sache mit einer unbeweglichen.

Tritt mit meinem Grundstück eine fremde bewegliche Sache [x] in [x] eine organische Verbindung, so werde ich von diesem Augenblick an Eigenthümer.

L 7 § 13,26 § 2 de acq rer dom. (D. 41,1)

[173] Nur im Fall einer wahrhaft organischen Verbindung ist der Erwerb des Eigenthums zu behaupten. † Baut daher einer auf meinem Boden so erwerbe ich kein Eigenthum, jener bleibt Eigenthümer aber die Ausübung seines Eigenthums ist ihm für den Augenblick suspendirt; er kann nicht vindiciren bis etwa die Sache zusammenfällt; dann kann er sie, wenn er nicht Entschädigung erhielt, vindiciren.

3. Verbindung zweier beweglichen Sachen:

a. Der Form nach: (Adjunctio)

Ist da Trennung möglich, so entsteht nie Eigenthum. Ist die Trennung unmöglich so gilt die Regel *Accessorium sequitur principale*. Der Eigenthümer der Hauptsache erwirbt das Eigenthum der Nebensache. Die Hauptsache richtet sich nicht nach dem höhern Werth, sondern sie ist das, was an sich dem Ganzen am ähnlichsten ist, an Gestalt am nächsten kommt.

§ 26,32 Inst: 2,1

L 23 § 15 de R: Vind 6,1. (D.)

b. Dem Stoffe nach.

1. Ist diese Verbindung oder Vermischung wieder aufzuheben, so soll kein Eigenthum übergehen, sondern jeder der einzelnen Eigenthümer soll die Trennung fordern können.

2. Ist die Trennung unmöglich, so geht Eigenthum über d:h: die einzelnen Eigenthümer werden Miteigenthümer; es entsteht *communio pro indiviso* und die Quoten eines jeden sollen nach Verhältniß der Quantität u Qualität seines Eigenthums bestimmt werden.

L 12 § 1 L 7 § 8,9 D. de acq. R. dom. (D. 41,1) |

L 3 § 2, L 4 D. de R. Vind. 6,1.

§ 27 Inst h.T.

[174]

c. Ist die Verbindung vor sich gegangen, dß sie weder der Form noch dem Stoff nach verbunden sind, aber die Separation des privativen Eigenthums eines jeden nicht möglich ist; Eigenthum soll hier nicht übergehen. Dem Effect nach entsteht aber eine *communio pro indiviso*, weil sie sonst nie auseinander kommen könnten. Jeder kann nur seine Quote zurücknehmen.

§ 28 Inst. eod.

Unsre Juristen sagen im Fall der stoffmäßigen Verbindung, heißt das ganze Verhältniß *Confusio*; im letzteren Falle *Commixtio*. Die Römer unterscheiden hier nicht genau.

Fruchterwerb des bonae fidei possessor.

Diese Lehre ist immer sehr bestritten gewesen. Klar und unbestritten in dieser Lehre, was in den Quellen liegt ist folgendes:

Ein andrer besitzt *bona fide* einen Acker woran ich Eigenthümer bin; ich werde Eigenthümer der Früchte vom Augenblick des ersten Hervorwachsens an u sie bleiben mein, wenn sie auch separirt, *percipit pp* sind. So würde es sich verhalten ohne Rücksicht auf den

[175] bonae fidei possessor. Vindicire ich mein Eigenthum und die Früchte sind noch vorhanden (fructus extantes) so muß er diese herausgeben. Die fructus consumti aber braucht er nicht zu ersetzen, auch wenn | er reicher dadurch geworden.

Controverse. Einige sagen nun: Im Augenblick der Separatio habe der bonae fidei possessor Eigenthum an den Früchten erworben, er müsse aber doch obschon er Eigenthümer geworden, dem vindicirenden Grundeigenthümer die Früchte herausgeben. Dagegen zeige sich bei den fructus consumti recht, daß er sie erworben habe.

Controverse Andre dagegen meinen: In Beziehg aufs Eigenthum sei durch den bonae fidei possessor nach allg: Grundsätzen nichts geändert. Der bonae fidei possessor habe an den Früchten die bonae fidei possessio, und daher auch darauf die publiciana; der Eigenthümer bleibe Eigenthümer der Früchte u habe die rei vindicatio darauf, auch gegen den bonae fidei possessor, daher dieser auch die fructus extantes dem vindicirenden Grundeigenthümer herausgeben muß. Hat der bonae fidei possessor die Früchte usucapirt, so hört dadurch des Grundeigenthümers Eigenthum an den Früchten auf. Hat der bonae fidei possessor die Früchte consumirt, so hört dadurch auch das Eigenthum daran auf, und hier ist nun das besondere, daß er das lucrum, das wie viel er reicher geworden, auch nicht herauszugeben braucht.

[176] Practisch sind diese Meinungen nicht wichtig; im ersten Falle wird der bonae fidei possessor die fructus extantes nicht usucapiren können, weil er durch Separation ja Eigenthümer geworden seyn soll; Also Usucapio deshalb nicht mehr stattfinden kann. Die Usucapion dieser Früchte wird übrigens selten vorkommen, da die | fructus selten solange unverändert bleiben werden, und meist früher schon consumirt seyn werden.

Die zweite Meinung ist die richtigere. Soviel steht fest: der bonae fidei possessor muß die fructus extantes herausgeben, die fructus consumti aber nicht, auch nicht in Bezug darauf quo locupletior factus est.

Auch nach den Stellen scheint diese zweite Meinung die richtigere zu seyn.

(Nro 51) § 35. Inst. de div: rer: 2,1.

fructus ejus esse, fructus suos facit geht gar nicht auf Eigenthum, nur auf den Gewinn.

L 40 inf. de acq: rer: dom. (D. 41,1)

fructus consumptos suos facit; er macht die Früchte zu den seinen,

wenn er sie consumirt. Suos facit für sich allein kann also nicht auf Erwerb des Eigenthums gehen, da vom Gewinn nur in Bezug auf Consumtion die Rede ist.

L 48 pr. eod:

fructus suos interim facit, einstweilen macht [m] er die Früchte zu den seinen, wenn er sie percipirt.

Savigny vom Besitz § 22, a.^a

Gegen diese Meinung scheinen zu sprechen:

L 25 § 1 de usuris. 22,1 (D.)

Ist der ersten Meinung günstig

L 48 pr de acq rer dom. (D. 41,1)

loco domini pene est heißt es hier.

Die römischen Juristen haben sich wahrscheinl selbst nicht klar gedacht, was unter suos facere zu verstehen sei. Streit scheint aber dennoch unter den römischen Juristen darüber nicht gewesen zu seyn.

Bezieht sich diese Begünstigung des | bonae fidei possessor auf [177] Alle Früchte?

Controverse Einige sagen: sie gehn blos auf die fructus industriales, nicht aber die naturales. Man verstand die Stelle

§ 35 Inst. de div rer. 2,1

falsch. Cultura et cura ist hier die allg: Sorge für die Sache überhaupt.

Ausdrücklich sagt dies:

L 48 pr de acq rer. dom. (D. 41,1)

Auf Alle Früchte erstreckt sich demnach diese Begünstigung.

Versäumte Zoll-Entrichtung:

Wird Zoll verfahren, so soll das Eigenthum der Waaren stillschweigend u unmittelbar an den fiscus fallen.

L 14. D de vect: et. comm: 39,4

Die Vindication des fiscus soll sich hier in 5 Jahren verjähren.

L 2 Cod. eod 4,61.

Commissum heißt eine solche zur Strafe der Zolldefraudation verfallene Waare.

^a v. Savigny, Friedrich Carl, Recht des Besitzes, 4. Aufl., Giessen 1822

Versäumte Erstattung der Reparaturkosten.

Hat ein baufälliges Haus mehrere Eigenthümer, und einer baut, so soll dieser Eigenthümer des Ganzen werden, wenn die Miteigenthümer binnen 4 Monaten ihm die Kosten nicht erstatten.

L 4 Cod. 8,10

L 52 § 10 Dig. 17,2.

Zweite Ehe.

[178] Was der eine Gatte durch die Freigebigkeit des andern verstorbenen Gatten erhielt, verliert er durch zweite Ehe zu Gunsten der Kin- | der erster Ehe.

Verlust des Eigenthums.

a. *Durch den Erwerb eines andern.* b. *ohne diesen.*

Ad. a. In allen Fällen wo einer Eigenthümer wird, muß, wenn bisher einer Eigenthum an der Sache hatte, dies Eigenthum in diesem Augenblick aufhören.

Ad. b.

1. Mit dem Willen des Eigenthümers.

α. Eine mir gehörige Sache entlasse ich aus meinem Besitz, in der Absicht nicht mehr Eigenthümer seyn zu wollen. *Derelictio*. Sie ist grade das umgekehrte der *Occupatio*.

2. Ohne den Willen des Eigenthümers.

α. Durch Untergang des Objects. Dies letztere muß wahrhaft zerstört nicht etwa nur eine andre Form angenommen haben.

Juristisch geht das Object unter, daß die Sache in ein solches räumliches Verhältniß kommt, daß ich mein Eigenthum daran nicht mehr beibehalten u verfolgen kann. zB durch Vermischung meines Geldes pp.

L 78 de solution 46,3 (D.)

§ 2. Inst de usufr: 2,4

β. Wilde Thiere die ich eingefangen, und die nun ihre Freiheit wieder erlangen: dadurch ist mir daran das Eigenthum verloren.

[179] γ. Verlust durch Beute § 12 Inst. 2,1. Dadurch hört die Sache auf mein Eigenthum zu seyn; sie wird herrnlos. |

δ. Eine Sache die bisher in meinem Eigenthum war, wird *res extra commercium*. Dadurch verliere ich das Eigenthum.

DRITTES KAPITEL
VON DEN SERVITUTEN.

Die älteste und wichtigste Klasse der jura in re bilden die Servituten.

Allgemeine Grundsätze.

Begriff und Eintheilungen.

Die Servituten als jura in re sind Modificationen oder Beschränkungen des Eigenthums, welche als selbstständige Rechte anerkannt sind.

Ist die Servitut gerichtet gegen den positiven Theil des Eigenthums die unbeschränkte Willkühr, so wird die Servitut selbst auf etwas negatives ein Unterlassen gerichtet seyn. Ist die Servitus gerichtet gegen den negativen Theil des Eigenthums, das Recht jeden auszuschließen, so wird die Servitus selbst auf etwas positives, ein Recht zum handeln, gehen.

Jene sind Servitutes in non faciendo, diese in patiendo consistentes, Negative und affirmative Servituten.

Servitutes in faciendo consistentes, wo der Eigenthümer etwas thun soll, erkennt das römische Recht nicht an. Schon durch den aufgestellten Begriff der jura in re ist die Möglichkeit einer solchen Servitus in faciendo ausgeschlossen. Dies ist ja keine Beschränkung seines Grundeigenthums !

(Nro 74) L 15 § 1 D. de serv: 8,1.

[180]

Durch Vertrag kann ich so etwas mit meinem Grundnachbarn ausmachen, daß er mir jährlich so viel Tage auf meinem Boden arbeite, oder eine Summe Geldes zahle. Diese Last haftet aber auf der Person, nicht auf dem Grundeigenthum des Schuldners. Das letztere ist nach römischem Recht nie durch eine Obligation zu erreichen.

Das deutsche Recht nimmt aber eine solche Obligation als gültig und zwar in großer Ausdehnung an. Dies nennt man nun Servitutes in faciendo consistentes.

Die Servitutes sind als selbstständige Rechte anerkannt d:h: sie haben vollkommen dieselbe dingliche Natur wie das Eigenthum; jeder Fremde muß sie absolut anerkennen.

Nicht blos der Eigenthümer muß die Servitut anerkennen, die er constituirt hat, sondern auch alle Universal und SingularSuccessoren, auch der welcher das Eigenthum erworben ohne alle Successio durch Usucapio.

L 17 § 2 de usufr. 7,1 (D.)

L 19 quib. mod: usufr: 7,4. (D.)

L 23 § 2 de Serv: praed rust: 8,3. (D.)

Das römische Recht hat den Servituten enge Grenzen gesteckt und sie sehr beschränkt. Gewisse Rechte sollen nur als persönliche gelten und nicht auf das Grundeigenthum gelegt werden; sie sollen nur obligatorisch nicht dinglich wirken.

[181] Die Servituten werden betrachtet als Ausnahmen von der reinen Regel des Eigenthums; | Sie werden im römischen Recht nur geduldet, wenn sie dem Eigenthum nicht mehr entziehen als nach dem Bedürfniß des Verkehrs nöthig ist. Sie sollen das Eigenthum nicht zu sehr beschränken. Deswegen ist zB: der Ususfructus nur auf die Lebensdauer des Usufructuars beschränkt.

L 3 § 2 de usufr: 7,1 (D.)

Ueberall wo eine Servitut wahrgenommen wird, muß irgend ein Zeitpunkt gedacht werden, wo das Eigenthum noch rein und vollkommen bestand.

§ 1 Inst de usufr: 2,4.

L 5 § 9 de op: novi: nunc: 39,1 (D.)

Folge davon ist: daß eine Servitut nur bestehen kann durch den Gegensatz zweier Personen; der Berechtigte muß dem Eigenthümer gegenüber stehen u kann mit ihm nicht Eine Person seyn.

Alle diese Bestimmungen betreffen Servitutes als jura in re?

Was ist der gemeinsame Character der Servituten? Servitutes sind diejenigen jura in re, welche das alte jus civile als möglich annehm. Jus in re u Servitus war damals identisch.

Eintheilung.

Es gibt zwei Klassen von Servituten. Die Verschiedenheit besteht in der des berechtigten Subjects.

L 1 de serv: 8,1. (D.)

Das berechtigte Subject kann seyn: Ein Individuum, eine Person im

natürl Sinne, womit die Servitut unzertrennlich verbunden ist. Als berechtigtes Subject wird ein Grundstück d:h: der jedesmalige Eigenthümer angesehen. | Jene heißen: Servitutes personales, personarum in personam, diese Servitutes rerum, in rem. [182]

L 1 de serv: 8,1 (D.)

L 8 § 3 de liberat: legata 34,3. (D.)

L 12 de annuis legatis. 33,1 (D.)

Bei den Neuern reales. – Jene Ausdrücke sind nicht die gewöhnlichsten bei den Alten. Bei den personales brauchen sie den Namen Servitutes gewöhnlich nicht, sondern gewöhnlich sprechen sie von der umfassendsten Servitut, dem Ususfructus und handeln darunter Alles ab. – Servitutes rerum brauchen sie auch nur selten, und sagen hier entw: Servitutes schlechtweg oder jura praediorum.

Wir sagen: persönliche und praedialServituten. Die Servitus ohne Zusatz oder auch jure constituta entspricht ganz dem dominium ex jure quiritium. Daneben wurde[~~n~~] ohne Namen eine Servitus ex jure gentium angenommen; wir können es nennen bonitarische Servitut; eben so kommt eine bonae fidei possessio bei den Servituten vor. Im justinianischen Recht fiel die bonitarische Servitut mit der ursprüngl Servitut zusammen.

Vom Besitz der Servituten.

Neben den Servituten gibts eine juris quasi possessio; bloße Ausübung der Servituten gibt auch schon gewisse Rechte und Ansprüche.

Hier kommt an einer u derselben Sache ein wahrer Eigenthumsbesitz, possessio und ein Servitutenbesitz eine quasi possessio oft in Betracht. zB: A | ist Eigenthümer eines Landguts, B hat den Ususfructus; B hat die quasi possessio ususfructus, A die rei oder corporis possessio. Da haben nun die Neuern sich verleiten lassen zu glauben, zwei Personen hätten denselben Besitz an Einer Sache. Der wahre Besitz corporis, rei possessio steht der quasi possessio gegenüber. [183]

Die Quasi possessio hat auch 2 Folgen wie die wahre possessio. Durch sie kann begründet seyn: a. Anspruch auf Interdicte b: Erwerb der Servituten durch fortgesetzten Besitz, Usucapio.

Beim Erwerb des Servitutenbesitzes, der quasi possessio gehört auch das animo et corpore possidere und zwar folgendermaßen:

Bei den persönlichen Servituten gehört dieselbe Handlung zur Apprehension, wie bei dem wahren Besitz.

Bei den Praedialservituten ist zu unterscheiden:

a. Einige sind so beschaffen, daß ihre Ausübung geschieht durch unabhängige selbstständige Handlung zB das Recht über meinen Acker zu fahren, reiten pp. Dadurch übt er sein Eigenthum an seinem Acker nicht unmittelbar aus.

b. Andre können nicht anders ausgeübt werden, als vermittelt des Besitzes der eignen Sache. zB. Einer hat das Recht einen Balken auf meiner Mauer ruhen zu lassen; dies ist eine Ausdehnung seines Hausbesitzes nach meiner Seite hin.

[184] *Ad a* Die Apprehension liegt hier darin, wenn ich die Handlung einmal ausübe, aber in Beziehg auf die Intention d:h: auf unser behauptetes | Recht.

Nro 75. L 20 de serv: 8,1. (D.)

Wenn ich ein jus viae kaufe was kann ich fordern? Labeo glaubt daß hier keine Traditio möglich, daher der Käufer eine Cautio fordern könne[en]. Javolenus sagt dagegen, die einmalige Ausübung sei so gut wie traditio; daher habe er auch die Interdicte.

(Nro 76) L 1 § 6 de itinere actuq priv, 43,19. (D.)

(Nro 77) L 7 eod: (D. 43,19)

L 22,25 quemadm: Servitus. 8,6. (D.)

Ad b. Der Besitz der Servituten ist bloß eine Modification des Besitzes der Hauptsache. Diese sind. 1. affirmative. 2. negative.

1. affirmative: setzen insgesamt eine fortdauernde Anstalt voraus, und man erwirbt die Quasi possessio gleich durch die Gründung dieser Anstalt.

(Nro 78) L 20 pr D. de S:P.U. 8,2.

2. Negative; zB wie erwirbt man die Quasi possessio des jus altius non tollendi. Wenn der andre versucht hat, höher zu bauen, ich's ihm verbiete, er dem Verbot Folge leistet, so besitze ich ganz gewiß.

Controverse. Wie kann ich anders den Besitz erwerben? Hier sagen einige durch eine bloße symbolische Handlung, indem der andre scheinbar zu bauen anfängt, ich's ihm nun verbiete u er absteht, so soll ich den Besitz erworben haben. Andre dagegen sagen: Schon das Unterlassen des andern setze in den Besitz, so zB das Nichthöherbauen. Dies ist ganz unwahrscheinlich, weil dann jeder ungeheuer viele Servituten besäße.

[185] Die richtige Ansicht ist folgende: Nicht der bloß zufällige factische Genuß ist [~~nicht~~] | hinreichend zum Besitz, sondern er muß in ei-

nem sichtbaren Zusammenhang stehen mit einem behaupteten Recht. Der Genuß des Vortheils muß einen juristischen Character angenommen haben zB: der Nachbar muß meinem Verbot gehorchen oder er muß wenn ich einen Vertrag mit ihm geschlossen, unmittelbar nach dem Vertrag unterlassen haben, höher zu bauen. Es wird also: Die Quasi possessio einer negativen praedialservitut erworben: a. wo das Nichtthun sich auf einen Rechtstitel gründet. b. wo der Versuch wirklich unterbrochen wurde.

Die beiden Klassen der Servituten unterscheiden sich dadurch, daß unter den Praedialservituten eine große Anzahl von Rechten, deren immer neue entstehen können, vorkommen; bei den Personal-Servituten aber nur gewisse individuelle Rechte, die ganz bestimmt abgegrenzt sind, vorkommen.

Von den Personal-Servituten.

Eigentlich gibts deren nur 2. Ususfructus und Usus.

Ususfructus.

Ususfructus est jus re aliena utendi fruendi salva rerum substantia.

L 1, de usufr: < >

pr. I: ^a T. <2,4>

Utendi, fruendi. Uti heißt gebrauchen ohne etwas zu erwerben, frui geht auf den Erwerb der Früchte. Salva rei substantia kann heißen: donec substantia rei salva sit also so lange die Sache nicht untergegangen. Dies ist aber theils ein überflüssiger Zusatz, theils auch nicht wahr, denn wenn auch Substantia noch salva est u der Usufructuar stirbt, so hört | der Ususfructus dann auf. [186]

Salva rerum substantia kann sich auch auf das uti frui, den Fruchtgenuß beziehen, der ohne Nachtheil und Veränderung der Substanz geschehen soll. Ususfructus ist das einzige theilbare Recht unter allen Servituten.

L 1 § 9 ad L: falcidiam 35,2. <D.>

L 5 de usufr. 7,1 <D.>

Man kann ihn theilweise erwerben u verlieren.

^a wohl: h

Gegenstand des Ususfructus.

Er läßt sich nur auf solche Gegenstände anwenden, woran sich ein Gebrauch ohne Zerstörung der Substanz denken läßt.

Rechte des Usufructuars.

Er darf uti, gebrauchen, u frui Früchte ziehen u zwar omnes fructus, civile u naturale Früchte gehören ihm.

L 7 pr: de usufr: 7,1 (D.)

Jedoch soll er uti frui boni viri arbitrato.

L 9 pr, 13 pr eod.

d:h: wie ein guter Hausvater; hier ist gemeint wie ein guter Hausvater die eigne Sache behandeln würde.

Rechte in Beziehg auf Häuser: Er kann sie selbst bewohnen oder sie bewohnen [~~zu~~] lassen, vermieten pp

bei landwirthschaftl Gegenständen kann er selbst die naturalen Früchte ziehen oder sie auch verpachten pp.

Die Bäume darf er nur hauen welche zum hauen bestimmt sind, aber nach forstmäßiger Regel. |

[187]

L 13 § 4, L 9 § 7 L 18 eod.

frag: vat: § 70, 71.

Der Ertrag der Bergwerke, Steinbrüche, der Jagd u Fischerei gehören bei einem Landgute dem Usufructuar.

Rechte desselben in Beziehg auf Slaven. Der Usufructuar kann uti also den Slaven zu seinen Diensten brauchen, dann erwirbt er auch durch sie: a. was ex re sua i:e: usufructuarii, b. was ex operis servi hervorgebracht wird d:h: auch das, was er wenn er ihn vermietet, erhält. – Was dem Slaven geschenkt wird, pp erwirbt der Eigenthümer, nicht der Usufructuar.

L 21 de usufr 7,1 (D.)

§ 4 I. per quas personas. 2,9.

fr. vat: § 71,72.

Die natürlichen und civilen Früchte der Thiere erwirbt der Usufructuar auch.

§ 37 In: de div: rer: 2.1.

Läßt sich der Ususfructus auch an einem Ganzen Vermögen denken? Nach dem was bis jetzt gesagt ist heißt dies nur: er hat den Ususfructus an Allen einzelnen Gegenständen die sich im Vermögen befinden.

Der Usufructuar kann diese Rechte selbst genießen oder einen andern genießen lassen.

Eine Veräußerung des Usufructus ist nicht denkbar als persönl Servitut, u doch kommt ein Verkauf vor in:

L 12 § 2 de usufr: 7,1. (D.)

fr: vat. §. 41.

Der Verkauf bezieht sich aber hier nur auf den Genuß des Ususfructus, der Usufructuar bleibt derselbe und das Ende des Ususfructus bleibt von ihm abhängig. |

Rechte in Ansehung der Disposition.

[188]

Von keiner Seite soll etwas geschehen, wodurch die Substanz der Sache wesentlich verändert wird. Dies darf der Proprietar gegen den Willen des Usufructuars nicht; der Usufructuar darf dies aber auch nicht.

Ueber Häuser:

cf: L 7 § 1 L 13 § 7 de usufr: 7,1 (D.)

Der Usufructuar soll nicht mal einen Bau vornehmen, wodurch das Haus besser wird. Dies wohl daher: weil sich das Besserwerden nicht absolut bestimmen läßt; es hängt dies von individuellen Beziehungen von Geschmack und Bedürfniß ab.

L 13 § 7 cit de usufr: (D. 7,1)

cf L 7 § 3, L 8 eod

Zur Verzierung oder Erhaltung der Sache darf er Alles vornehmen.

Ueber landwirtschaftl Grundstücke.

Der Usufructuar darf Alles thun, was zum ordentlichen regelmäßigen Landbau gehört.

L 7 § 3. de usufr: (D. 7,1)

Darf er auch die gewöhl Art der Benutzung des Grundstücks ganz verändern u verlassen. zB: Grundstücke, die bisher zum Landbau dienten, in Steinbrüche verwandeln &c.

(Nro 87) L 13 § 5 eod: (D. 7,1)

Feuerbach civilist Versuche I. Nro 4.^a

Die Emendation des letzteren ist nicht nöthig, und hängt nicht mit der Stelle zusammen.

Vielmehr ist in (Nro 87) die Ansicht ausgesprochen, daß der Usufructuar eine solche Veränderung mit dem Grundstück vorneh-

^a *Feuerbach, Paul Johann Anselm, Civilistische Versuche, Th. 1, Giessen 1803 (Sav. PB 1158)*

[189] men könne, wenn dasselbe | besser dadurch wird. Bei Grundstücken hänge das Besserwerden aber immer von dem höheren Geldertrage den Einkünften ab, und hier sei auf solche persönliche Beziehungen nicht Rücksicht zu nehmen. Bei Häusern ist dies aber gewiß der Fall; der Mehrertrag macht diese für den Eigenthümer nicht besser. Dies ist hier nur nach seinem persönl Bedürfniß anzunehmen.

Die Rechte des Proprietars in Bezug auf Veräußerung Verpfändung pp bleiben dieselben. Er darf alle Rechte ausüben die den vollständigen Genuß des Ususfructus nicht hindern.

L 2 Cod h Tit:

Der Usufructuar darf den Genuß des Ususfructus an einen andern übertragen.

Der Eigenthümer kann seinen fundus nur mit Einwilligung des Usufructuars zu einem locus religiosus machen.

L 17. de usufr: 7,1 (D.)

PraedialServituten kann der Proprietar ~~[ohne Willen]~~ nicht [des Usufructuars] der Usufructuar aber gar nicht constituiren. – Solche PraedialServituten die den Ususfructus gar nicht berühren, kann der Proprietar einseitig constituiren zB einem andern das jus altius non tollendi.

Selbst mit Einwilligung beider Theile können keine PraedialServituten die den Ususfructus berühren, constituirt werden.

(Nro 88) L 15 § 7 de usufr: (D. 7,1)

(89) L 16. eod (D. 7,1)

Einige laßen statt ne quidem, equidem, oder statt consentiente consiente in

(Nro 88) (D. 7,1)

Die folg: Stelle steht aber unmittelbar mit der vorigen in Verbindung.

cf L 17 pr de usufr. (D. 7,1)

[190] Dies ist ausnahmsweise hier religionis favore gestattet. | Man fürchtete vielleicht, daß weil der Proprietar das Eigenthum nicht voll hat, und der Usufructuar nur seine Lebenszeit hindurch Genuß hat, deswegen mit beider Einwilligung leichtsinnig eine Menge Servituten constituirt werden könnten.

Verbindlichkeiten desselben.

Jeder Ususfructus ist verbunden mit einer Obligation von Seiten des Usufructuars: a darauf daß er die Sache während des Ususfructus als guter Hausvater behandeln wolle

L 9 pr L 13 pr § 2 de usufr. 7,1. (D.)

b: daß er bei Beendigung des Ususfructus die Sache in gutem Zustande, wie er sie erhalten, restituiren wolle.

Bei Häusern muß er gewöhnl Reparaturen vornehmen, dagegen ist das Haus zusammengestür[zt]t oder abgebrannt, so ist er nicht schuldig dasselbe wieder aufzubauen, also große Reparaturen vornehmen, braucht er nicht.

L 7 § 2 eod.

Bei landwirtschaftl Grundstücken muß er das Land in gutem Bau erhalten; Bäume beisetzen wo es nöthig pp

In der Regel muß er Alle Grundabgaben abtragen.

L 7 § 2,27 § 3 eod.

Bei Thieren muß er solche unterhalten; hat er eine Heerde als Universitas in usufructu, so muß er dieselbe vollständig erhalten.

L 68–70 eod.

Der Usufructuar muß die Sache unversehrt zu- | rückgeben; ist die Sache untergegangen oder schlechter geworden, so haftet er für [191]
Culpa levis, lata und Dolus, nicht aber für Casus.

Vom Quasiususfructus.

Er entstand durch ein Sclt: es solle auch ein Ususfructus an den Sachen stattfinden, deren Gebrauch in der Zerstörung bestehe[en].

Dig 7,5

In diesem Falle geht wahrhaft Eigenthum über d:h: indem einer übernimmt in einer gewissen Zeit eine gleiche Quantität zurückzugeben. Dies Verhältniß ist nicht anders als ein Darlehen ohne Zinsen. Der Zinsgenuß ist eigentlich der Zweck des ganzen Geschäfts.

Das Sclt beruhte auf der Bestimmung der lex Julia et Papia Poppaea; sie bestimmte daß der überlebende Ehegatte an einem Drittheil des Vermögens den ususfructus haben sollte. Um diese Bestimmung nun allg: anwendbar zu machen, da wenn der Nachlaß nur in Geldvermögen bestand, daran kein Ususfructus stattfinden konnte, da nach dem Begriff desselben die Sache durch den Gebrauch nicht untergehen oder zerstört werden durfte, verordnete das Senatusconsult, daß auch an solchen zerstörbaren Sachen, also an Geld, ein Ususfructus sollte gedacht werden können. Diesen nannte es Quasi ususfructus. Für uns hatte schon zu Justinians Zeit die lex Julia keine Gültigkeit mehr, also hat der Quasi ususfructus seine alte Bedeutung verloren. | Die Proprietaet geht hier wirklich auf den [192]
Usufructuar über; die Dauer war die Lebenszeit.

L 1, L 2 § 1 L 7, L 3 de usufr: ear: rer. 7,5. (D.)

Durch dies Institut wurde in einem ganz andern Sinne wie eben, Ususfructus am ganzen Vermögen möglich.

Wie stehts mit diesem Institut im justinianischen Recht, wo die lex Julia nicht mehr existirte? In mehreren Fällen war es eingeführt, daß einer an einem Ganzen Vermögen Ususfructus haben sollte; dazu war der Begriff jenes Quasiususfructus hier nöthig. Ferner erhielt er sich bei Legaten.

Usus.

Diese Lehre ist bestritten. Der bloße Name scheint die eine Hälfte des ususfructus zu umfassen. Das bloße jus utendi soll nur gegeben werden, das Gebrauchen der Sache ohne Zerstörung, nicht aber das Früchteziehen /frui./

(Nro 91) L 1 § 1 D de usu 7,8

(92) L 2 pr D. eod: (7,8)

In diesem Begriff des Usus liegt:

1. Etwas ganz persönliches, eigener Gebrauch der Sache; der Usus an sich kann daher auch nicht mal dem Gebrauch nach einem andern überlassen werden.

§ 1,2,3. Inst eod. 2,5

Der Gebrauch ist aber doch auf jene Personen auszudehnen, die durch Familienverhältnisse mit dem Usuar verbunden sind.

L 2,3,4,6. de usu, 7,8 (D.) |

[193] 2. Weil der Usus etwas persönliches ist, läßt er sich seiner Natur nach nicht theilen; ideale Theile sind nicht möglich.

L 19 D. de usu 7,8.

Controverse. Die Neuern sind von diesem natürl Begriff abgewichen, besonders wegen folg: Stellen:

(Nro 93) L 22 pr D eod. (7,8)

(94) L 5 § 2 D de usufr ear rer. 7,5

Es gibt: A. Gegenstände, an welchen ein eigentlicher Usus sine fructu vollständig möglich ist. B. Gegenstände, woran gar kein Usus möglich ist. C. Gemischte Gegenstände, wo theilweise der Usus möglich ist, theilweise nicht.

Ad A Ist unser Begriff ganz anzuwenden.

Ad B. Wenn hier dennoch ein Usus zugesagt wäre, was ist darunter zu verstehen? Ein uti sine fructu ist nicht möglich. Ein Testament hinterläßt einem den Usus eines Landes, Waldes wie ist dies

zu interpretiren? Der Testator hat gewiß nicht sagen wollen, ich will ihm gar nichts hinterlassen, sondern ihm das hinterlassen, was dem Usus am nächsten kommt, den Ususfructus. So sind

L 22, cit

L 5 § 2 D cit

zu erklären.

Ad C. Bei Gebäuden. Da gehört zum Usus das Recht das Haus zu bewohnen mit der Familie. Ist das Haus zu groß für ihn so nimmt man an, die Theile die er nicht bewohnen kann darf er vermieten.

L 2 § 1 L 4 pr. †

Bei einem Landgute. Die Gebäude kann er bewohnen. Die Wiesen, Felder pp nicht gebrauchen? Von den Früchten nun soll er so viel nehmen dürfen, als er in seiner Haushaltung verbrauchen kann.

[194]

L 10 § 4, 12 § 1, L 15 pr de usu. 7,8 (D.)

Bei einem Slaven. Den Slaven zu eignen Diensten gebrauchen durfte der Usuar; nicht aber Miethe von seinen Diensten ziehen.

L 12, § 5, 6 de usu 7,8 (D.)

Bei Arbeitsthieren. Sie dürfen wir für uns arbeiten lassen, aber sie nicht zur Arbeit vermieten.

L 12 § 4, 5. eod.

Bei NichtArbeitsthieren. Diese werden bloß zum Fruchterwerb gehalten. Ist daher einem zB eine Heerde Schaaf hinterlassen, so soll der Usuar erst den Dünger von ihnen ziehen, dann aber auch etwas wenig Milch von ihnen nehmen.

L 12 § 2 de usu 7,8 (D.)

§ 4 Inst: eod. 2,5

Neben jedem Usus findet sich genau die doppelte Obligatio, wie beim ususfructus.

L 13. § 2 de usufr: 7,1 (D.)

L 22 § 2 de usu. 7,8 (D.)

Auch gelten alle Bestimmungen in Beziehung auf das Einwirken auf die Substanz der Sache.

L 23. eod.

Controverse. Die Ansicht der Neuern ist folg: Ususfructus † ist das Recht: Alle Früchte zu sich zu nehmen. Der Usus das Recht die Sache zu gebrauchen und die nothdürftigen Früchte zum Unterhalt des Usuars zu ziehen. Dazu paßt aber nicht: 1 Die Miethe welche der [Pächter] Usuar ziehen kann von den Theilen eines Hauses die er mit seiner Familie nicht bewohnen kann. 2. Die Früchte, deren er bei einem Landgute so[~~n~~] viel nehmen darf, als für den Haushalt sei-

[195]

ner Familie und seiner Gäste nöthig sind. Gäste gehören aber nicht zur dringenden Nothdurft.

Bei den Römern kam dies Institut besonders bei Testamenten vor; der Usus ist im römischen Recht nicht juristisch technisch fixiert, daher fand es in Deutschland keine Anwendung. Das Gebrauchsrecht, wie man ihn nennen wollte, umfaßt auch das Verhältniß des Miethers Pächters. Für den Ususfructus haben wir einen technischen bezeichnenden Ausdruck: Nießbrauch.

Habitatio.

Das Recht an einem bestimmten Hause wird im Testamente zugestanden. Früher nahm man die Habitatio als etwas beschränkteres als den Ususfructus an, nach der neuern Ansicht nahm man an, der reine Ususfructus sei darunter zu verstehen – Ferner

L 13 Cod de usufr 3,33.

§ 5 Inst: de usu et habit: 2,5

zum Vortheil des Inhabers sollen einige juristische Eigenthümlichkeiten Anders bestimmt seyn, wie beim Ususfructus.

[196] Die Habitatio soll fort dauern ohngeachtet der Capitis deminutio. Dies Recht der Habitatio soll fort dauern, auch wenn es eine zeitlang nicht | ausgeübt wird. Beim Ususfructus war dies Anders. Non utendo perit ususfructus.

(Nro 95) L 10 D. de cap. min: 4,5.

L 10 pr: de habitatione^a 7,8 (D.)

L 1 § 9 ad L falcidiam 35,2. (D.)

Der Satz in Nro 95 inf ist sehr dunkel. Streng genommen ist die Habitatio ein mehr factisches, nicht so wie Eigenthum Ususfructus und Usus ein Rechtsverhältniß. Es wird für das Bedürfniß eines Menschen factisch, nicht so durch Dazwischenkunft eines Rechts in seiner Person, seiner Willkühr gesorgt. Legate sollen so factisch behandelt werden.

Operae / Operae servorum /.

Ist einem im Testament Operae servorum hinterlassen? Auch dies sieht man als etwas mehr factisches als juristisches an [~~daher~~], daher es auch unabhängig gemacht ist von Cap: deminutio u non usus.

L 2. de operis serv: 7,7. (D.)

L 2 de usu legato. 33,2. (D.)

^a de usu et habitatione

Später haben die Römer angenommen: Das Recht der operae soll fort dauern bis zum Tode des Slaven, also auch auf die Erben des Inhabers übergehen, daher der Begriff von persönlichen Servituten ganz weggefallen ist.

L 1 § 9 ad L: falcidiam 35,2. (D.)

Die Operae der Thiere meinen die Römer hier auch.

L 5 § 3, usufr: quemod: caveat: 7,9. (D.)

Realservituten:

Jura praediorum, Servitutes schlechthin. Das berechnigte Subject ist ein Grundstück d:h: der jedesmalige Eigenthümer desselben hat das | Recht.

[197]

Dies Recht geht gegen ein Grundstück. Das berechnigte Grundstück heißt: praedium dominans, das beschwerte praedium serviens, dies ist römischer Ausdruck, jenes nicht.

L 140 de verb: obl: 45,1 (D.)

L 8 pr § 1 de act emti. 19,1 (D.)

Wie kann ein Grundstück solcher fortwährender ewiger Last unterworfen werden in Bezug auf das benachbarte Grundstück.

Dies ist mögl unter folg: Bedingungen:

1. Im alten Recht. Beide Grundstücke müssen unbedingt im Eigenthum d:h: im quiritarischen Eigenthum seyn. In neuerer Zeit nahm man an: Auch wo kein Eigenthum stattfindet soll ein Analogon der Servituten stattfinden.

L 1 § 1 communia praed: 8,4 (D.)

L 3 pr de usufr: 7,1 (D.)

Eine Servitut ist jetzt nur möglich an den Eigenthumsfähigen Grundstücken.

L 4 comun: praed: 8,4. (D.)

Gegen eine res religiosa, eine res communis ist eine Servitut nicht möglich.

(Nro 81) L 13 pr D: Com: praed: 8,4.

2. Die Servitut soll dem herrschenden Grundstück nützlich seyn. utilis esse debet praedio dominanti. Den Neuern machte hier

(Nro 82) L 8 pr D de serv 8,1

viel zu schaffen. – Es wird in diesen Fällen allerdings ein gewisser Vortheil erreicht, aber nur rein persönliche Vortheile, die ich eben so genießen | könnte, wenn ich nicht Eigenthümer des benachbarten Grundstücks wäre.

[198]

fundo utilis heißt also: Der Vortheil soll zunächst zuwachsen dem Grundstück und mittelbar durch dies der Person.

L.4,5,6. de serv: praed: rust. 8,3 (D.)

3. Die Servitut muß stattfinden zwischen benachbarten Grundstücken d:h: sie müssen in einer solchen Nähe liegen, daß die Servitut ausgeübt u genossen werden kann. Also ist dies nicht so zu verstehen, daß sie *affines seyn* müssen. Wird der Genuß durch weite Entfernung pp unmöglich, so ist die Servitut so lange suspendirt bis das Hinderniß wegfällt.

L 4 § 8, L 5,6 pr si servitus 8,5 (D.)

L 7 § 1 de serv: praed rust 8,3 (D.)

L 7 § 1 communia praed. 8,4 (D.)

4. Die Servitut muß haben eine *causa perpetua*

L 28 de serv praed urb: 8,2. (D.)

d:h: nicht in sofern sie ununterbrochen ausgeübt wird, sondern es bezieht sich dies auf die Servituten, deren Besitz unmittelbar verbunden ist mit dem Besitz der Hauptsache, nicht auf die Servituten die durch selbstständige Handlungen ausgeübt werden. zB bei der des Tropfenfalls.

[199] 5. Die Servitut soll nicht beschränkt werden können durch Bedingungen u Zeitbestimmungen. Man erwirbt jede Servitut trotz der ausgesprochenen Bedingungen absolut und auf ewige | Zeit, doch wird der Vertrag darüber durch eine *exemptio doli* oder *facti* aufrecht gehalten.

L 4 pr de serv 8,1 (D.)

L 4 de usufr 7,1 (D.)

L 1 § 3 quando dies 7,3. (D.)

Hier ist eine solche Beschränkung nur persönlich möglich. Beim *Ususfructus* ist sie auch dinglich möglich. Darüber war früher Streit.

fr: vat. § 48–50

Die *Praedialservituten* werden eingetheilt in: *jura praediorum rusticorum* u *urbanorum*.

Praedium urbanum heißt hier: ein mit einem Gebäude versehenes Grundstück

Praedium rusticum ein Grundstück ohne Gebäude

L 1 pr D. Comm: praed: 8,4.

§ 1 Inst de serv: 2,3

Servitus praedii urbani oder *rustici* heißt die *Servitus*, wobei das *praedium dominans* ein *urbanum* oder ein *rusticum* ist.

§ 1 Inst de serv. 2,3

L 1 § 1 communia praed (D. 8,4)

Im alten Recht: waren die Serv: praed: rust: Mancipi, die praed: urban: nec Mancipi

Ulp. 19,1.

Im justinianischen Recht ist der einzige Unterschied: Die praed: rust. Serv: können verpfändet werden, die Serv: praed: urb: nicht.

L 11, § 3, L 12 de pign. 20,1 (D.)

Servitutes praediorum urbanorum.

1. Einige Servituten darauf, daß man sein Gebäude in den Raum des andern hinein erweitern | darf. [200]

a so, daß ein Balken pp ruhen darf in der Wand des Nachbars.
 α. so, daß der Nachbar die Mauer worauf der Balken ruht noch ausbessern muß; dies ist jus oneris ferendi β. oder nicht, jus tigni immittendi

b. so, daß mein Balken blos in seinem Raume schwebt, ohne Unterstützung, jus projiciendi protegendi.

L 8 § 2, L 6 § 2 si serv: 8,5 (D.)

L 33, 2. de serv: pr: urb: 8,2 (D.)

Bei dem jus oneris ferendi ist das facere nicht die Hauptsache sondern blos ein Accessorium des pati.

Als Servitut ist nicht zulässig, daß ein ganzer Hügel über meinem Boden gebaut werde.

L 17 communia praed. 8,4. (D.)

c. Ein einzelnes Stockwerk auf das Haus meines Nachbarn zu setzen, ist als Servitut zulässig.

L 47 de damno infecto. 39,2 (D.)

2. Einer muß etwas aufnehmen aus des Nachbarns Haus, was ihn eigentlich beschwert.

a. jus stillicidii, servitus stillicidii avertendi, recipiendi. Das Recht was mir zusteht den Tropfenfall von mir abzuwenden, die Pflicht des Nachbarn ihn aufzunehmen

b. jus fluminis. Das Recht der Dachrinnen.

L 20 § 2–6 de serv: urb. 8,2. (D.)

c. jus stillicidii non recipiendi avertendi

L 2 D de serv: praed urb: 8,2

d. Servitus cloacae, das Recht einer Ableitung | durch des Nachbarns Boden. [201]

3. Die sich auf Luft und Aussicht beziehen:

a. Das jus altius non tollendi.

L 2 de serv pr: urb: 8,2 (D.)

Gibt's auch eine Servitut darauf, daß ein Nachbar auf einen Theil seines Bodens gar nicht baue? ein jus omnino non tollendi. Es ist dies zulässig, schon weil für das jus altius non tollendi kein Maaß angegeben ist.

L 20 pr de serv: pr: rust 8,3 (D.)

b. Servitus ne luminibus officiatur.

c. Servitus, ne prospectui officiatur; auch jus prospiciendi.

L 4,15,16 de serv praed urb. 8,2. (D.)

§ 2 Inst de actionibus. 4,6

Gajus. IV. §.3.

d. Servitus luminum – (Viel bestritten)

(cf Nro 84) L 4 D. de serv: pr: urb 8,2 (D.)

Diese Servitus ist gleich mit der Servitus fenestrae.

Westgoth: Gaj. II, 1 § 3.

Steht zwischen meinem u des Nachbars Gebäude eine gemeinschaftl Wand, so darf keiner ein Fenster brechen. Muß der Nachbar nun dulden daß ich ein Fenster breche, so ist dies eine Servitus fenestrae, eben so wenn die Wand nur sein Eigenthum ist, und er lumina nostra excipere debet, d:h: dulden muß, daß ich Fenster breche.

cf L 40 de serv: praed: urb: 8,2. (D.)

Der Grund des Zweifels liegt in der Aufzählung der Servituten bei

Gajus loc: cit.

Er spricht von einer Servitus fenestrae, dann von einer Servitus luminum; die Terminologie war aber | schwankend, und für Eine Servitus konnten verschiedene Namen vorkommen.

[202]

Paulus nimmt Servitus luminum für das, was Gajus servitus fenestrae nennt, und Gajus nennt in der angeführten Stelle Servitus luminum, was sonst Servitus, ne luminibus officiatur genannt wird.

Feuerbach übersetzt in

L 4 D. de serv: pr: urb: 8,2 (D.)

ut vicinus lumina nostra excipiat, der Nachbar müsse die uns beschwerlichen Sonnenstrahlen aufnehmen, abwenden. – Servitus luminum ist also nach ihm Schattendienstbarkeit.

e. Servitus altius tollendi d:h: das Recht auf eignem Boden über eine gewisse Grenze hinauszubauen

L 2 de serv: pr: urb: 8,2 (D.)

L 2 pr de serv pr: rust 8,3. (D.)

Gajus IV. § 3.

fr: vat. § 53

Nach dem reinen Begriff des Eigenthums habe ich das Recht als Eigenthümer so hoch zu bauen, als ich will; wie kann dies Recht Gegenstand einer Servitut seyn? Bei dem jus stillicidii non recipiendi entsteht dieselbe Frage:

Die Möglichkeit solcher Fälle konnte in ganz versch: Fällen vorkommen.

Polizeil Verordnungen beschränkten zB: allg: das Recht so hoch zu bauen als man will auf eine Grenze. Nun habe ich mit allen meinen Nachbarn die dabei interessirt sind, einen Vertrag | geschlossen etwa 10 Fuß höher zu bauen, als nach der polizeil Bestimmung erlaubt ist. Dies ist Servitus altius tollendi. – Ferner wenn eine Servitus altius non tollendi bestand; nun wieder entkräftet werden soll, so kann dies durch Aufhebung der Servitut, aber auch durch Bestellung einer Gegenservitut geschehn; dies muß da geschehen, wo die Servitut nur zum Theil entkräftet werden soll. [203]

Beim jus stillicidii non recipiendi gilt die letzte Ansicht. Eine vorige Servitus stillicidii recipiendi soll zum Theil beschränkt werden. Der Tropfenfall soll zB: von 5 Fuß auf nur 2 Fuß gesetzt werden. Für die 3 Fuß muß nun eine Servitus stillicidii non recipiendi bestellt werden.

Servitutes praediorum rusticorum.

1. Wegegerechtigkeiten

a. iter, b. actus, c. via. hiemit sind 3 versch: Grade solcher Wegegerechtigkeiten gemeint.

a. iter dazu gehört, gehen, reiten.

b. actus. gehen, reiten, fahren, Viehtreiben

c. Via, gehen, reiten, fahren, Viehtreiben, Steine u Balken schleifen, u hastam erectam ferre.

Eine Neue Ansicht ist neuerdings aufgestellt worden: Ursprüngl gab's nur iter und actus; dafür sprechen auch die Verbalausdrücke: ire, agere. Häufig nun wurde in Testamenten einem eine Servitus itineris, actus zugestanden. Nun geschah's wohl, dß man dies auch unter dem Namen via that. Via war immer ein öffentlicher Weg. Hier interpretirte man: man hat ihm das jus agendi geben wollen u noch etwas mehr. Unter hastam erectam ferre ist dann gewiß verstanden: man darf fahren | mit einem wohlbeladenen Wagen. Die [204]

Via war als öffentlicher Weg nach ihrer Breite schon in den XII Tafeln bestimmt. 8 Fuß Breite grade aus, 16 Fuß bei Biegungen. Diese Bestimmung nahm man nun später mit hinüber in die Servituten.

L 1 pr, L 7 pr, L 12 de serv: pr: rust 8,3. (D.)

L 8. D. eod

Varro de lingua latina VI.^a

Aehnliche Servituten sind: zu schiffen über den Teich, See des Nachbarn, zu dreschen auf seinem Boden, pp.

2. Leitung und Benutzung des Wassers.

a. Servitus aquaeductus. Darin liegt α . das jus aquae, das Recht des Nachbarns Wassers uns zuzueignen. β . jus itineris, das Recht, das Wasser über den Boden des Nachbarn auf unsern Boden zu leiten. Beides zusammen macht das jus aquaeductus aus

b. Servitus aquaehaustus: Das Recht Wasser auf dem Boden des Nachbarn zu haben, also zugleich über seinen Boden gehen.

Diese beiden Servituten sind nur denkbar bei einem stets fließenden Wasser, denn sonst würde die causa perpetua fehlen.

L 4 § 5,6 de aqua quotidiana. 43,20. (D.)

Dann muß das Wasser a capite i: e: aborigine geholt werden. Das Recht kann nur gegen den Eigenthümer gehen, drum zB: ists nicht möglich bei einem Flusse.

L 9 de serv: pr: rust 8,3 (D.)

L 2 communia praed. 8,4 (D.)

3. Benutzung der Früchte und Mineralien.

[205] Das Recht solche dadurch zu unserm Eigenthum | zu machen.

a. Jus pascendi. Weidgerechtigkeit

L 1 § 1, L 3 pr L 4 de serv: pr: rust. 8,3. (D.)

Nach unserer Praxis bei weitem die wichtigste Servitut; bei den Römern kam sie selten vor.

b. Das Recht Holz zu fällen, so weit die Servitut fundo utilis ist.

c. Das Recht Steine zu brechen, Sand zu holen.

Alles nur so weit dies fundo utilis ist, u kein persönlicher Vortheil dadurch erreicht wird.

^a Varro *M. Terentius*, De lingua latina qui supersunt, Berolini 1826 (Sav. PB 2929).

Rechtsmittel

Confessoria actio.

Diese ist die Klage für Alle verschiedenartigen Servituten; die Klage des Servitutberechtigten, gegen den welchen ihn in irgend einer Art verletzt.

§ 2 Inst de act 4,6.

L 2 pr si serv: 8,5. (D.)

Bei Allen Klagen muß man trennen Person des Klägers u Person des Beklagten, *petitor* u *possessor* bei den *actiones in rem*. Auch bei der *rei vindicatio* kommen diese Ausdrücke vor, und da ist *possessor* in doppelter Rücksicht wahr, theils weil der Beklagte wirkl *possessor* seyn muß, theils weil *possessor* der generische Stamm für Alle *actiones in rem* ist. Bei der *Confessoria* ist es nicht so; man kann sie auch gegen den stellen, der bloß wörtlich sich das Recht anmaßt. – Es steht hier in der Willkühr der Partheien, wenn sie wollen Kläger zu werden, je nachdem der Eigenthümer zuerst die *negatoria actio* oder der Servitutberechtigte die *Confessoria actio* zuerst anstellt. In den meisten Fällen wird jeder sein Interesse dabei haben nicht Kläger sondern Beklagter zu werden. Wie kann er dies ! bewirken? Ist man nur im Besitz, so muß der andre schon als Kläger auftreten. Bei den Klagen aus Obligationen kann diese Frage nicht vorkommen, eben so nicht bei der *rei vindicatio*, der *publ. in R. actio*.

[206]

L 5 § 6 si ususfr: 7,6 (D.)

§ 2 Inst de act: 4,6

(Nro 96) L 6 § 1 D. si serv: 8,5

possessor heißt in der letzten Stelle Beklagter. – Diese Stelle ist genommen aus *Ulpian*, *Lib XVII ad Edictum*; daraus ist auch:

L 5 § 6 si ususfr cit

und. Nro 97 L 8 § 3 eod 8,5 (D.)

genommen, wo *possessor* eben so vorkommt. – Statt *eum* muß *eundem* gelesen werden und *esse* hat in jener Stelle den Begriff von *esse posse*.

Nimmt man hier *possessor* als juristischen Besitzer so geht aus der Stelle hervor: Der Gegner erhält eine *Quasi possessio* dadurch, daß ich zufällig nicht höher bauen. Dadurch wäre jeder im Besitz unzähliger Servituten, wovon oben.

Bedingungen:

in *der Person des Klägers*. Er muß behaupten und beweisen, daß er Servitutinhaber sei. – Bei den praedialServituten ist dies zusammengesetzter; das berechnigte Subject ist der fundus. Hier zerfällt die Behauptung in zwei Stücke: a. Daseyn der Servitut zum besten des fundus. b. Eigenthum am fundus in meiner Person.

L 2 § 1. si serv: 8,5. <D.>

Die Confessoria actio ist als actio utilis auch dem Emphyteuta, Superficiar und Pfandgläubiger gegeben.

L 16 de serv: 8,1 <D.>

L 3 § 3 de op: novi: nund: 39,1. <D.>

[207] *Der Person des Beklagten*. Er muß in irgend einer Art die Servitut stören; | die Störung wird auf die ausgedehnte Weise gedacht. Einzelne Ausübungen der Servituten werden gestört, oder bloß behauptet man habe ein Recht zu stören,

L 1 pr, 5 § 1,6 si usufr: 7,6 <D.>

da kann schon die Confessoria actio angestellt werden. Ebenso bei Praedialservituten.

L 4 § 5 L 9 pr: L 10 § 1 si serv: 8,5. <D.>

Zweck und Wirkungen der Klage.

A. Der Ausspruch, die Servitut sei in der Person des Klägers vorhanden.

L 8 § 4 si serv: 8,5 <D.>

Alle übrigen Folgen ergeben sich hieraus von selbst, entw: Restitutio der Sache, Schadensersatz, und Cautionen.

L 5 § 8,4,6 si usufr: 7,6. <D.>

L 60 pr de usufr: 7,1 <D.>

L 4,6 § 6 si serv: 8,5 <D.>

Beweis.

Wer eine Thatsache behauptet muß beweisen. (affirmans probat) daraus ergibt sich:

Der Kläger muß beweisen das Daseyn der Servitut. Bei den persönl Servituten ist dieser einfach.

Bei den praedialServituten muß er beweisen: a. daß der fundus die Servitut habe, b daß er Eigenthümer des fundus sei.

Bei der *Negatoria actio* muß der Kläger zuerst sein *Eigenthum* beweisen /dies wird meist nicht bestritten werden/. Klagt der andre *confessorisch*, so brauche ich als Beklagter nicht *Eigenthum* zu beweisen. – Ferner muß bei der *negatoria actio*, wenn der andre zB gegen mein *Eigenthum* den *Ususfructus* setzt, dieser letztere als *affirmans* die Existenz des *Ususfructus* beweisen. |

In Beziehung auf das Daseyn der Servitut macht es also keinen Unterschied, ob der eine *negatorisch*, der andre *confessorisch* klagt. [208]

Ein Schein dagegen ist der Name *negatoria actio*, als ob der Kläger die Nichtexistenz positiv behaupte und also auch beweisen müsse.

(Nro 98) L 3 pr D si ususfr. 7,6. (D.)

Die Klage ist in der That gerichtet auf ein dem Kläger zustehendes Recht; es ist also eigentlich nichts als eine *Eigenthumsklage*, auf den Theil den man das *ius prohibendi* nennen kann.

Der Kläger behauptet: ich bin *Eigenthümer* der Beklagte gibt's zu, sagt aber ich habe ein dein *Eigenthum* beschränkendes Recht; dies ist also das Verhältniß der *Exceptio*, und diese muß der Beklagte beweisen.

Der Unterschied liegt blos in der *processualischen* Form; gäbe es blos eine *rei vindicatio*, so würde man sagen müssen, wie beim Pfandrecht, der Beklagte schützt eine *Exceptio servitutis* &c entgegen. Das Wesen ist ganz dasselbe und der Name *Exceptio* kommt nur nicht wegen der *negatoria actio* vor.

L 7 pr *Usufructuar: quemad: caveat.* 7,9. (D.)

Jeder also, der eine Servitut behauptet, muß sie beweisen, ohne Unterschied ob er mit der *confessoria* klagt, oder mit der *negatoria* verklagt wird.

Controverse. Die Neuern sagen: wegen der *praesumptio pro libertate* d:h der *praesumptio* dß das *Eigenthum* frei sei, müsse der welcher ein beschränkendes Recht, eine Servitut behauptet, beweisen. Falsch, denn nach | der allgemeinsten Beweistheorie ist hier der behauptende *Servitutinhaber* zu beweisen verpflichtet. *affirmans probat.* [209]

Controverse. Die Neuern sagen weiter: Der Besitz befreit den Beklagten von der Beweislast in Betreff des Erwerbs der Servitut. Die *praesumptio pro libertate* werde hier von der *praesumptio pro possessore* überwunden.

Es ist hier dieselbe Analogie wie beim Pfandgläubiger, da das Verhältniß des *Eigenthümers* zum Pfandgläubiger dasselbe ist, wie das des *Eigenthümers* zum *Usufructuar* pp Der Pfandgläubiger muß

aber, wenn die rei vindicatio gegen ihn angestellt wird, sein Pfandrecht beweisen, obschon er im Besitz ist.

L 10 Cod de pign: act. 4,24

L 1 Cod si pignoris conventio 8,33.

Dasselbe muß daher behauptet werden, wenn der Eigenthümer die actio negatoria gegen einen anstellt, der eine Servitut für sich behauptet, und im Besitz derselben ist, dieser behauptende Servitut Inhaber trotz seines Besitzes den Beweis über sein Recht führen muß.

In (Nro 99) L 15 D. de op: novi nunc: 39,1.

haben die Neuern gesagt: de jure suo probare heiße Allen Beweis übernehmen der im Prozesse vorkommt, also auch dß der Gegner die Servitut nicht habe.

De jure suo probare heißt die Klage aus seinem Eigenthum, also das Recht was man sich selbst zuschreibt beweisen; so wie in

(Nro 98) L 3 pr D: si ususfr: (7,6)

das: de suo jure agere ausschließlich von der Behauptung des Eigenthums gebraucht ist.

Negatoria actio.

[210] Sie ist eine Eigenthumsklage, wobei das allg: über | sie auch vorgekommen. Ueber ihren Beweis ist aber beim Beweis der Confessoria gesprochen worden.

Caution bei den Personalservituten.

Mit dem Ususfructus ist verbunden eine Obligatio des Usufructuars auf bescheidenen Gebrauch der Sache; dafür muß der Usufructuar zur Sicherheit des Eigenthümers Caution durch Bürgen stellen

Dig. 7,9.

L 13 pr de usufr: 7,1 (D.)

Diese Caution ist allg: vorgeschrieben für jeden Ususfructus u Usus, und sie ist vorzüglich beim Quasiususfructus, wo das Object zerstört wird. Da ist sie also die einzige Sicherheit, da das Eigenthum untergeht, also in der Natur des Rechts keine Sicherheit mehr liegt.

Die Caution kann vom Eigenthümer erlassen werden. Der Testator ist aber nicht befugt, die Caution zu erlassen.

L 7 Cod ut in poss: 6,53.

Nach der lex Julia durfte der Testator nicht proprietat hinterlas-

sen; durch Leistung der Caution wurde verhindert, daß nicht die zugegebene Bestellung des ususfructus der Proprietät fast oder ganz gleich komme. Dies also dem Grundsatz der Lex Julia ganz angemessen ließ Justinian als Inconsequenz in seinem Recht stehen.

Errichtung der Servituten

Vertrag und Tradition

Das Eigenthum kann erworben werden daß es | jetzt erst an der Sache anfängt, oder so daß es durch eine Hand in die andre geht. Jener Fall ist bei den Servituten der einzige. Mit Erwerbung der Servitut wird dieselbe auch erst erzeugt. Die Servituten sind ja entw: unzertrennlich mit einer Person oder einem fundus verbunden. [211]

Wie kann eine Servitut errichtet werden? Entw: gründet sich die Servitut auf freien Willen des Eigenthümers, Veräußerung (dieser kann auch als letzter Wille ausgesprochen seyn) oder auf eine gesetzliche Vorschrift zB Adjudicatio, Ersitzung

Freier Wille des Eigenthümers unabhängig von Testament.

Vertrag und Tradition.

Im Vertrag muß nun die Absicht auf eine Servitut hervorgehen.

L 10 Cod de usufr: 3,33.

Controverse. „Vertrag allein ohne Tradition kann keine Servitut hervorbringen. Besitzübertragung gehört mit dazu“ Dies ist allg: Meinung aber gewiß falsch. Bloßer Vertrag kann gewiß eine Servitut hervorbringen.

Was hier von einer Servitut gilt, gilt auch von der andern.

L 3 § 3 D de usufr: 7,1

L 5 de servitutibus 8,1. (D.)

Vor Justinian gabs eine allg: Form wodurch eine Servitut entstehen konnte, die in jure Cessio. Sie konnte gebraucht werden auf 2erlei Art: so indem ich das Eigenthum an einen Andern übertrage und mir die Servitut vorbehalte, deducitur Servitus oder indem ich die Servitut auf Anstellung der Confessoria actio einräume, transfertur Servitus. |

Ulp. 19 § 11

Gaj. II § 29, 33.

fr: vat. § 45,47.

[212]

Auch die Mancipatio konnte unmittelbar Servituten hervorbringen bei den *jura praed: rusticorum*, aber auch indirect um den *Ususfructus* zu gründen, indem ich das Eigenthum einer Sache mancipire und mir den *Ususfructus* vorbehalte. Also wieder *deducitur Ususfructus*.

Ulp. 19,1.

Gajus. II § 29–33.

frag. vat. 47,80.

Neben den Servituten gabs auch eine *Servitutis bonae fidei possessio*, und etwas was dem bonitarischen Eigenthum möglich war; so waren keine Servituten an Provinzialgrundstücken möglich aber ein Analogon davon.

In welcher Form wurde die *bonae fidei possessio* der Servituten erworben? Hier wendete man die Theorie der *publiciana actio* beim Eigenthum auf die Servituten an, u sagte wie dort: *bonae fidei possessio* kann durch *Traditio* erworben werden.

(Nro 101) L 1 pr D quib: mod ususfr. 7,4.

(102) L 3 pr D de usufr: 7,1.

Worin besteht die *Traditio* bei den Servituten?

(Nro 75) L 20. de serv: 8,1. (D.)

Wie wurde die bonitarische Servitut aber erworben? zB: 2 Nachbarn von Provinzialgrundstücken wollen einen *Aquaeduct* als Servitut bestellen. Man wandte hier die in *jure Cessio* ohne ihre positiven Bestandtheile [weg] an, und da blieb nichts übrig als die bloße Form des Vertrags. Dasselbe geschah nicht blos an Provinzialgrundstücken, auch in Italien in folg: | Fällen, wenn ein *Superficiar* oder *Emphyteuta* seinem Nachbarn eine Servitut bestellen wollte.

[213]

(Nro 102) L 1 pr D cit 7,4.

(101) L 3 pr D cit 7,1.

Omnium praediorum d:h: nicht blos an [Prov] italischen sondern auch an Provinzialgrundstücken. In Nro 101 inf. *proinde traditus usufr:* geht auf *bonae fidei possessio*

Zu Justinians Zeit nun konnte man sagen: bloßer Vertrag tritt an die Stelle der *Mancipatio* oder in *jure Cessio*, oder auch *Traditio* tritt an die Stelle. Das natürlichste war, weil fast Alles in seinem Reich Provinzialgrundstücke waren, bloßen Vertrag an die Stelle treten zu lassen. Justinian that dies nun auch in

(Nro 103) § 4 I: de serv: II,3

(104) § 1 I: de usufr II,4

Nur von *pactio* u *Stipulatio* ist in diesen Stellen geredet, kein Wort

aber von Traditio, auch sind fast dieselben Worte der Nro 102 u 101 gebraucht.

Die Praedialservituten sind viel wichtiger als die persönlichen; alle wichtigen Gegenstände an welchen Servituten bestellt werden konnten, waren Provinzialgrundstücke, daran konnten bisher durch bloßen Vertrag immer Servituten bestellt werden, und es war natürlich u consequent dies jetzt überhaupt für alle Servituten anzunehmen.

Die Errichtung der Servituten im justinianischen Recht geschieht durch bloßen Vertrag ohne Traditio. Insofern an einer Servitut die bonae fidei possessio erworben werden u die publ: actio begründet werden sollte, mußte zum Vertrag die Traditio hinzukommen. Dies blieb im justinianischen Recht stehen.

Nro (100). L 11 § 1 D de publ: 6,2.

(101) L 1 pr D quib mod: ususfr. 7,4. |

Eine Servitut zu erwerben geben es im justinianischen Recht jetzt [214]
zwei Wege:

a. Bloßer Vertrag, wenn der Autor das dominium hat. b. Vertrag und Tradition, wenn dem Autor das dominium fehlt.

(Nro 105) L 25 § 72 D. si usufr. 7,1.

Traditio u Stipulatio sind hier disjunctiv, für Fälle versch Art verbunden.

Daß das also was früher geltendes Recht war, generalisirt worden ist, beweist vollkommen:

Gajus II. § 31.

Gegen diese ganze Behauptung ist die einzige bedeutende Stelle:

(Nro 148) L 3 pr D. de obl: et act: 44,7.

Der Irrthum der Neuern ging vorzügl daraus hervor dß man glaubte: jedes dingliche Recht müsse erworben werden durch einen Titel u einen modus acquirendi, dann daß die Traditio in manchen Fällen /dies sind die der bonae fidei possessio wie wir gesehen/ genannt wird, und endlich durch die

L 3 pr D. cit.

Zur Zeit als Paulus die Stelle schrieb konnten auch bloße Verträge keine Servitut begründen, sondern es mußte noch hinzukommen: Mancipatio u in jure cessio.

Im justinianischen Recht müssen wir Obligatio nicht für Vertrag nehmen, sondern unter Obligatio verstehen: Das Wesen einer Obligatio besteht nicht darin &c, sondern daß ein anderer uns[er] Schuldner sei. In: Nro (105) cit in steht inf: omnia fructuario wofür

[215] omni d:h: einem jeden fructuarius, gelesen werden muß. |
Schmidtlein de serv: per pactum instituendo Göttingen 1823 8^{oo} a

Adjucatio.

Dadurch kann Eigenthum durch bloßes Zusprechen ohne Traditio in den Theilungsklagen erworben werden. Eben so kann diese Adjucatio Servituten jure constituiren.

L 6 § 1 de usufr. 7,1. (D.)

L 22 § 2 familiae herisk: 10,2. (D.)

frag. Vat. § 47–49.

Ersitzung der Servituten.

Sie kann in versch: Sinne auf Servituten angewendet werden. Gar kein Bedenken hat sie: wenn das praedium dominans durch Usucapio erworben wird; da erwerbe ich die Servitut als Accession mit.

(Nro 107) L 10 § 1 de usurp. 41,3. (D.)

Das longo tempore capi steht überall bei fundis, im justinianischen Recht. Ueberflüssig veränderte man Usucapio, u usucapere überall in longo tempore capi. – Nusquam geht auf den Gegensatz der italischen u Provinzialgrundstücke *Nirgends* d:h weder an italischen noch Provinzialgrundstücken.

Eine Errichtung der Servituten durch Ersitzung hat irgendeinmal gegolten, wann, in welcher Form wissen wir nicht, wohl aber dß eine lex Scribonia sie aufgehoben.

(Nro 106) L 4 § 29 D de usurp. 41,3.

Die Usucapio der Servituten an Grundstücken ist unmöglich.

Nro (107) L 10 § 1 cit. 41,3.

L 14 pr D de servitutibus 8,1.

L 43 D. de acq rer. dom. 41,1.

Der Grund in L 14 cit, welcher eben derselbe Paulus der L 3 pr D cit erwähnt, ist falsch. |

[216] Es gab zu der klassischen Zeit ein Surrogat der servitutum Usucapio, longo tempore, 10 oder 20 annorum possessio, non vi clam precario.

(Nro 108) L 10 pr D: si serv. 8,5.

^a Eduardus Josephus Schmidtlein, De servitutibus per pactum constituendis, Göttingae 1823

(109) L 1 Cod de serv: 3,34.

Vetus forma in Nro 109 ist: das polizeiliche Gesetz.

(110). L 2 Cod eod. (3,34)

exemplo rer: immobilium, nach derselben Rechtsregel, durch welche[?] bei fundis (hier Provinzialgrundstücke) die longi temporis praescriptio erworben wird.

Bedingungen.

1. Ein Anfang des Besitzes ohne vitium, d:h: nec vi, nec clam, nec precario. 2. Ein Fortlauf des Besitzes per longum tempus, 10 Jahre inter praesentes, 20 Jahre inter absentes. Ein anderer Rechtstitel wird nicht erfordert, als der negative, daß der Besitzer ohne eines der drei vitia den Besitz erworben habe. Das longum tempus bewirkte beim Eigenthum praescriptio, hier eine wahre utilis actio.

Wenn die alten Juristen also sagen: es gebe keine Usucapio servitutum, so heißt dies: keine wahre Usucapio von zwei Jahren.

L 5 § 3 de itinere. 43, 19. (D.)

Justinian hat dies Institut stehen lassen. Davon ist vorübergehend die Rede in

L 12 Cod de praescr. longi temp 7,33

Von der Zeit ist schon geredet; ein Titel als Anfang des Besitzes ist nicht nöthig.

Controverse Die meisten Juristen sagen: diese Lehre gelte für die Servitutes continuas, die stetig ausgeübt werden, nicht für die Servitutes discontinuas dh: die man blos in jedem Augenblick ausübt. | [217]
Im letzten Falle gelte eine unvordenkliche Zeit. Ferner sagen sie: die longa possessio gelte nur wenn ein positiver Titel vorhanden; fehle dieser so gelte die praescriptio XXX annorum, und fehle auch die bona fides, so gelte nur die unvordenkliche Zeit.

Wie ist die longa possessio auf die Servituten anzuwenden?

1. Bei persönl Servituten ist dies nicht schwierig, sie werden natürlich am seltensten durch Usucapio erworben, und hier gilt zur Usucapio die Regel von 10 u 20jährigem Besitz.

L 12 Cod cit.

2. Dieselbe Regel gilt für die Praedialservituten die in unabhängigen Handlungen bestehen.

3. Für die Praedialservituten, die nicht in unabhängigen Handlungen bestehen, sondern deren Besitz abhängt vom Besitz der Hauptsache. Diese sind theils affirmative, theils negative.

affirmative, hier ist gar keine Schwierigkeit und Besitz von 10 u 20 Jahren erwirbt hier die Servitut.

negative. Da ist der Anfang des Besitzes a. entweder ein Verbot. b oder ein positiver Rechtstitel.

Ad a Durch ein solches Verbot als etwas eigenmächtiges kann ich den Besitz nicht anfangen, also die Servitut nicht erwerben.

Ad b wohl kann ich die Servitut erwerben, wenn mein Besitz mit einem positiven Rechtstitel angefangen hat. Darauf kann sich eine longa possessio gründen.

[218] Bei diesen negativen Servituten also ist zum Erwerb der longa possessio allerdings ein positiver | Rechtstitel aber auch nur hier nöthig. Mit der longa possessio vermengten unsre Juristen die vetustas, welche von den römischen Juristen bei Wasserleitungen vorzügl erwähnt wird, die wenn sie seit Menschengedenken bestanden, auch fortbestehen sollen.

Controverse Die Neuern sagten nun: für die Servitutes continuae gelte die longa possessio, bei den Servitutes discontinuae die Vetustas.

Vetustas ist aber ein Institut, welches einen öffentlichen, landespolizeilichen Zweck hat. Es geht auf eine Entwässerungsanstalt; die Aecker, Wege sollen mit Graben versehen werden zur Ableitung des Wassers. Zu solchen Anstalten waren Magistraturen beordert. Hat nun seit Menschengedenken eine solche Anstalt bestanden, so soll dies so gut seyn, als ob sie rechtmäßig von dem gehörigen Magistratus gegründet worden.

L 1 § 23 L 2 pr § 3,7,8 L 26 de aqua pulvia 39,3 (D.)

Dies Institut gab auch durch eine sehr willkührliche Abstraction Veranlassung zu der Lehre der immemorialis praescriptio.

Besondere Fälle beim Ususfructus.

Dieser entsteht oft durch eine allgemeine Rechtsregel.

1 Der Vater hat einen Ususfructus am peculium ad ventitium ordinarium.

2. Der Vater der sein Kind emancipirt, hat an der Hälfte seines Vermögens den Ususfructus. |

[219] 3. Wenn ein Ehegatte stirbt und der Ueberlebende wieder heirathet, so verliert er an dem was jener ihm schenkte die Proprietaet u hält nur den Ususfructus.

4. Wenn ein Ehegatte stirbt, der überlebende Ehegatte aber arm ist, so soll er ein Stück der Erbschaft erhalten, und insofern er mit

eigenen Kindern concurrirt nicht die Proprietaet, nur den Ususfructus erhalten.

Aufhebung der Servituten:

Entsagung.

So wie durch Vertrag die Servituten begründet, können sie durch solchen auch wieder aufgehoben werden. Dies geschah im alten Recht durch in jure Cessio oder Mancipatio, im neuern Recht durch simplen Vertrag.

Der Inhaber der Servitut kann diese an einen Dritten nicht veräußern, das Recht bleibt immer bei ihm; nihil agitur ea cessione.

Gaj: II § 30

§ 3 Inst. de usufr., 2,4.

Die L 66 D de jure dotium 23,3. scheint dagegen zu seyn: sie sagt: cedire ich meinen Ususfructus einem andern als Eigenthümer, so soll der Ususfructus dadurch ganz untergehen. Dieses besondere Recht kann nur im alten Recht als Folge der in jure Cessio gegolten haben; im justinianischen Recht also keine Anwendung finden.

Confusio. Consolidatio.

Servitut ist Beschränkung des Eigenthums. Wird daher der Inhaber der Servitut Eigenthümer, so hört die Servitut von diesem Augenblick auf, da ich | mein eignes Recht nicht beschränken kann. Für diesen Fall kommt Confusio u Consolidatio vor. [220]

L 4 Usufr: quemad: caveat. 7,9. (D.)

§ 3 Inst de usufr: 2,4.

oder der Eigenthümer wird Inhaber der Servitut confunditur Servitus.

Es gilt dies auch für die Praedialservituten

L 1 D. quemad: Serv: 8,6

L 30 D de serv praed: urb: 8,2

Da der Ususfructus theilbar ist, so kann bei ihm auch eine partielle Confusio oder Consolidatio stattfinden.

Nichtgebrauch.

Hier hat mancher Schwierigkeit. Servituten hören auf daß der Inhaber eine Zeitlang unterläßt sie zu gebrauchen, non utendo pereunt Servitutes.

Zeit des Nichtgebrauchs. Nach altem Recht bei beweglichen Sachen Ein Jahr, bei unbeweglichen zwei Jahr.

Justinian änderte dies so: die Servitut soll aufhören durch Nichtgebrauch in 10 und 20 Jahren, ohne Unterschied der bewegl oder unbewegl Sachen. Eine Ausnahme kommt bei den Servitutes praediorum urbanorum vor; hier soll etwas eintreten, was die Alten nannten: libertatis Usucapio d:h: der Gegner soll hier die Sache besitzen.

Die alten Juristen behandelten diese Lehre als etwas ganz bekanntes, was keiner besondern Rechtfertigung bedürfe. Sie haben diese Lehre also als Folge der alten Usucapionslehre betrachtet.

L 17 § 2 de usufr, 7,1. (D.) |

[221] Kann der Eigenthümer gegen den Usufructuar usucapiren, d:h: durch Anwendung des Usucapionsprincips seine Sache von der Servitut frei machen? Dem Eigenthümer fehlt ein einzelnes Stück im Eigenthum, die Beschränkung, welche theils gegen das bloß[e] positive, theils gegen das negative im Eigenthum geht, das bloße Nichtgebrauchen der Servitut, der bloße Nichtbesitz ist hinreichend zur libertatis Usucapio. – Es war hier nach der Ansicht der alten Juristen, nur eine partielle Usucapion.

Für die Zeiträume im alten Recht

cf. Paulus I, 17 § 1,2

id III, 6. § 30

frag vat: § 89

Const 13 Cod de serv: Const 16 § 1 Cod de usufr,

Justinian hat sich nicht am Princip der Usucapionslehre beim Eigenthum gehalten; er stellte allg: 10 u 20 Jahre auf, statt dies nur bei unbewegl Sachen festzustellen, und bei [~~un~~]beweglichen 3 Jahre anzunehmen.

(Nro. 113) L 16 § 1 Cod de usufr. 3,33.

(114). L 13 Cod de serv: 3,34.

In (113) inf: nisi talis exceptio &c &c heißt; wenn er aber unterlassen hat, 10 u 20 Jahre zu gebrauchen; d:h: statt daß bisher 1 u 2 Jahre hinreichten, sollen jetzt 10 u 20 Jahre nöthig seyn. Weiter hat Justinian nichts sagen wollen, und hier nicht alle Bedingungen der longi temporis praescriptio erfordern wollen.

cf (114) (C. 3,34)

Dort heißt Non Usus soll nach wie vor allg: Bedingung des Verlustes der Servituten seyn, aber in 10 u 20 nicht in 1 u 2 Jahren. |

In gewissen Fällen soll der Non Usus nicht hinreichen, sondern es soll noch eine libertatis Usucapio hinzukommen; dies bei den jura praediorum urbanorum.

(Nro 79) L 6 D. de Serv: praed: urb: 8,2.

cf. L 7,32, D eod.

L 17 Communia praed. 8,4. (D.)

L 18 § 2 quemadm: Servitus 8,6. (D.)

Die übrigen Servituten gehen also unter durch bloßen Nichtgebrauch, auch wenn der Gegner nicht besitzt.

(Nro 80), L 32 § 1 de serv: praed urb. 8,2 (D.)

Auch wenn der non usus durch Gewaltthätigkeit herbeigeführt ist, geht die Servitut unter.

L 4 § 27 de usurpat. 41,3 (D.)

Bei der libertatis Usucapio ist dies nicht so:

cf L 17,32 de serv: praed urb: 8,2. (D.)

Die Servitutes praediorum urbanorum sind fast alle negative; eigentlich wollten die alten Juristen etwas behaupten von den negativen Servituten in deren Character es liegt, daß der Gegner etwas thun. Sie bestimmten dies aber für die Servitutes praed: urbanorum, was allerdings etwas willkürlich aussieht.

Der Non Usus soll gar nichts ausmachen bei der Habitatio u opera.

Untergang des Objects.

Wenn die Sache vernichtet wird, auch juristisch res extra commercium wird, so hört die Servitut daran auf.

L 23,24 quib mod: serv:^a 7,4. (D.)

Eine bloße Veränderung macht nichts aus.

L 20 § 2 de serv: praed: urb: 8,2. (D.)

Bei den persönl Servituten hört dieselbe auf | rei mutatione, wenn die Gestalt der Sache verändert wird. zb: ein Haus stürzt ein, so hört der Ususfructus solange auf, bis der Eigenthümer wieder ein Haus baut – So lange die Sache eine andre Gestalt hat, ist der Ususfructus suspendirt.

^a D. 7,4 hat den Titel quibus modis usus fructus vel usus amittitur

[222]

[223]

L 5 § 2, § 3 quib mod: ususfr. 7,4. (D.)

L 7 § 2 de usufr. 7,1 (D.)

§ 3 Inst de usufr 2,4

Untergang des Subjects.

Bei PraedialServituten.

Das Subject ist hier der fundus; hört dies physisch auf, oder wird es eine res extra commercium. so hört auch die Servitut auf.

Bei PersonalServituten.

1. Durch den natürlichen Tod des Inhabers.

L 3 § 3 quib: mod: ususfr: 7,4 (D.)

Ist der Inhaber eine juristische Person; da hört die Servitut auf, wenn die Corporation aufhört. An die Stelle des Todes ist übrigens hier eine 100jährige Dauer gesetzt.

L 21 quib: mod: ususfr. 7,4 (D.)

L 56 de usufr: 7,1 (D.)

Die Operae gehen auch auf die Erben über.

2. Durch Capitis deminutio des Inhabers; nach altem Recht durch jede Capitis deminutio. Nach justinianischem Recht bloß durch Capitis deminutio maxima u media.

Paulus III, 6 § 29

L 16 § 2 Cod de usufr 3,33.

Die Capitis deminutio soll nicht [~~da~~] die Habitatio und die Operae zerstören. |

VON DER EMPHYTEUSIS UND SUPERFICIES.

Zwei jura in re, die eine große innre Verwandtschaft haben. Unter Emphyteusis oder jus in agro vectigali ist zu verstehen: ein Pachtrecht an einem fruchttragenden Grundstück, welches Pachtrecht auf die Erben übergehen soll. Unter Superficies: ein Miethrecht an einem Gebäude, welches Miethrecht auf die Erben übergehen soll.

Es sind dies reine jura in re. Dasselbe Verhältniß, wie zwischen dominium und den Servituten ist auch hier vorhanden. Nur sind diese jura in re nicht mehr so geringfügig in Verhältniß zum Eigenthum, sie sind ausgedehnter wie die Servituten; das Recht des Eigenthums bleibt bloß noch ein Schein. Man war dem Wesen nach von dem alten Begriff und dem Verhältniß der jura in re zum dominium abgegangen, hatte aber die Form und den alten Namen beibehalten. /Ueber den Irrthum der Neuern, die hier zwischen dominium directum und utile unterscheiden, ist schon früher gesprochen/

Savigny Recht des Besitzes IV Ausgabe § 12 a, 22[;]a, 24^a

Von der Emphyteusis

Ursprüngl verstand man darunter diejenigen Pachtgüter, die gegeben waren vom römischen | Staat, von Municipien, Priestercollegien, kurz von juristischen Personen. In der Regel wird eine Pachtung die ausgeht von juristischen Personen eine längere Dauer haben, als die von Privatpersonen. Man ließ die Erben meist in dem Pacht, und machte die Pachtung endlich erblich und legte ihr die Natur eines dinglichen Rechts bei.

[225]

Goesius scriptores rei agricult. 7,98.^b

L 1,3,4. si ager vectigalis. 6,3. (D.)

L 15 § 26 de damno inf: 39,2. (D.)

^a v. Savigny, Friedrich Carl, Recht des Besitzes, 4. Aufl., Giessen 1822

^b Wohl Goesius, Wilhelmus, Rei agrariae Auctores legesque variae, Amstelredani 1674 (Sav. PB 2907).

Dies Recht auf den *ager vectigalis* schloß sich an an das Institut des alten *ager publicus*. In den Provinzen kommt der Name *Emphyteusis* vor für fiscalische Güter die so in Pachtung gegeben wurden.

L 1 Cod de jure emphyteutico. 4,66

§ 3 Inst de locatione 3,25

Nach justinianischem Recht soll das *jus in agro vectigali* und die *Emphyteusis* gleichbedeutend seyn; daher heißt es in den Pand: *si ager vectigalis i:e: emphyteuticarius petatur*.

cf. L 15 § 1 qui satisdare 2,8 (D.)

Wenn ein Privateigenthümer ein solches Recht an seinen Gütern einem andern überläßt, so soll dies auch ganz dieselbe Natur eines dinglichen Rechts haben.

L 71 § 5,6 de legatis I 30,1. (D.)

Unter den alten Juristen war Streit, ob der *Contract* hierüber ein Kaufcontract oder Pachtcontract sei.

Gaj. III. § 145

Er sei keiner von beiden, sondern liege in der Mitte zwischen beiden, entschied:

L 1 Cod de jure emph: 4,66.

Superficies.

heißt Alles was mit dem Boden zusammenhängt, aber über die Oberfläche des Bodens hervorragt, also ein Baum, Haus. †

[226]

L 13 pr de serv praed rust. 8,3 (D.)

Die *Superficies* ist nothwendig in demselben Eigenthum wie der Boden selbst. – An einem solchen Wohngebäude kann ein dingliches Recht durch Verpachtung gegeben werden, dies ist das *jus in superficie*.

L 1 pr § 1,3 de superficibus 43,18. (D.)

Dies Institut ist nie etwas anders als eine *Emphyteusis*, wenn von wirtschaftlichen Grundstücken die Rede ist; nie etwas anders als *Superficies*, wenn von Wohngebäuden die Rede ist.

Controverse Die Neuern bezweifelten dies, und sagten auch Wohngebäude könnten Gegenstand einer *Emphyteusis* seyn. Dafür führten sie an:

(Nro 115) L 15 § 26,27 D. de damno inf: 30^a,2

^a richtig: 39

Praedium als Gegensatz von aedes kommt nicht als Grundstück vor, sondern ist ein generischer Ausdruck. Statt aedibus ist hier vectigalibus sel: praediis zu lesen, von wirthschaftlichen Grundstücken ist hier die Rede.

Wegen Superficies, daß dies sich nicht allein auf Wohngebäude beziehe führten sie an:

L 13 de serv: praed: rust: 8,3. (D.)

Richtig als Kunstausdruck. Aber der Prätor hat nur für aedes superficiae eine Klage gegeben.

Rechte der Inhaber dieser Institute.

Alle Rechte des Usufructuars haben sie, und noch etwas mehr.

1. Jeder derselben hat ein jus in re; kein dominium.

2. Der Superficiarius hat eine juris quasi possessio |

Der Emphyteuta hat dagegen einen wahren Besitz; Eigenthumsbesitz. Dies daher, weil die ganze Lehre sich am ager publicus ausgebildet hat. [227]

L 3 § 7 uti possidetis 43,17 (D.)

cf. Savigny, Besitz IV Ausgabe pag 247.^a

3. Ueber die Substanz haben die Inhaber freiere Verfügung als der Usufructuar; sie dürfen dieselbe nur nicht verschlimmern. Dies erklärt sich aus der längern Dauer, der Erbllichkeit des Rechts.

4. Die Inhaber haben das Recht Alle Früchte zu erwerben sowohl naturale als Civile. Bei der Superficies lassen sich nur civile Früchte denken. Bei der Emphyteusis beide. Der Emphyteuta wird Eigenthümer der Früchte durch bloße separatio.

5. Die Inhaber können ihr jus in re wirklich veräußern,

§ 3 Inst de locatione, 3,25

L 1 § 7 de superficibus. 43,18 (D.)

in der Regel auch erwerben,

§ 3 Inst cit

L 10 familiae heriscundae 10,2. (D.)

Eine willkührl Beschränkung kann dieser Erbllichkeit hinzugefügt werden.

Die Emphyteusen woran die Kirche Eigenthum habe, sollen auf 2 Successionsfälle u zwar auf Descendenten eingeschränkt seyn

Nov. 7, Cap 3

^a v. Savigny, Friedrich Carl, Recht des Besitzes, 4. Aufl., Giessen 1822

Es blieb dies aber nur für die Kirchen in Constantinopel bestehen, für alle übrigen ward es aufgehoben

Nov. 120, Cap. 1,6. †

[228] 6. Auch eine partielle Veräußerung ist in der Regel erlaubt; Bestellung einer Servitut, eines Pfandrechts.

Verpflichtungen der Inhaber.

Sie ist speziell vertragsmäßig und der Willkühr der Partheien unterworfen; der Emphyteuta muß einen Canon, der Superficiar ein Solarium abtragen.

Die Verpflichtung als guter Hausvater zu verwalten, ist hier wegen der längeren Dauer der Rechte ausgedehnter, wie beim Ususfructus.

§ 3 Inst. de locatione 3,25,
L 1 Cod de jure emph 4,66.

Rechte, die beim Eigenthümer bleiben.

Er behält Eigenthum und als Schutz die rei vindicatio

L 1 § 1–4 de superficibus. 43,18. (D.)

§ 3 Inst de locat 3,25.

Der Genuß dieses Eigenthums ist zunächst ganz ausgeschlossen; der Eigenthümer hat Anspruch auf Canon u Solarium, und Hoffnung auf einstigen Rückfall, Wiederverbindung dieser Rechte mit seinem Eigenthum.

Der Canon hat die Natur eines Pachtgeldes; er muß aber bleiben, wie er einmal im Vertrag bestimmt ist. Nachlaß gilt in der Regel nicht.

L 15 § 4 locati 19,2. (D.)

spricht von Remission. Diese Stelle rührt aus einer Zeit, wo man den Erbpachtvertrag noch als einen bloßen Pachtcontract ansah.

Veräußerung der Emphyteuse.

[229] Im allgem: ist sie so frei wie die der Superficies. † Soll sie aber geschehn durch einen Verkauf, so soll dies dem Eigenthümer zuvor an-

gezeigt werden; er soll dann ein Vorkaufsrecht haben, aber nur auf zwei Monate; hat er sich dann nicht erklärt, so soll man an den Dritten verkaufen können.

L 3 Cod de jure emphyt. 4,66.

Bei jeder Veräußerung soll der Eigenthümer von dem neuen Emphyteuta, wenn nichts besonderes darüber im Vertrag ausgemacht, ein laudemium fordern können, welches zwei Prozent des Grundwerths betragen soll.

L 3 Cod. cit

Von den Klagen.

Der Eigenthümer hat die rei vindicatio; bei der Superficies die possessorischen Interdicte. Ausserdem Contractsklagen gegen den Emphyteuta und Superficiarius.

Der Inhaber hat in beiden Fällen eine in rem actio; entw: die actio vectigalis oder die actio superficiaria. Neben jeder dieser Klagen steht eine publiciana actio.

L 12 § 2,3 de publiciana 6,2. <D.>

In beiden Fällen hat er ferner possessorische Rechtsmittel.

L 1 § 5 de vi 43 [3], 16 <D.>

L 1 pr § 2 de superficibus. 43,18 <D.>

Entstehung und Untergang dieser Rechte.

Controverse Nach den Neuern entstehen sie regelmäßig durch einen Vertrag mit dem Eigenthümer, verbunden mit einer Tradition.

Dieser Satz hat hier weniger Grund für sich als bei den Servituten; diese Rechte sind ja noch viel freier u weniger streng, als bei den Servituten – In den Stellen ist auch ganz allein von Vertrag die Rede. †

L 1 § 1 si ager vectigalis 6,3 <D.>

[230]

L 1 § 3 de superficibus, 43,18. <D.>

Jene Meinung hat hier eine doppelte Veranlassung: einmal: es sei für alle jura in re Tradition möglich; dann diese Rechte seien Arten des Eigenthums, also natürlich ohne Tradition, durch bloßen Vertrag wie jenes nicht zu erwerben.

Controverse. Können diese Rechte durch Usucapion entstehen?

Die Neuern meinen ja: weil Eigenthum ja der Usucapion unterworfen sei; dann weil Usucapion ein allgemeines Erwerbmittel sei für Alle dinglichen Rechte überhaupt.

Daß die Usucapio auf diese beiden Institute gar keine Anwendung findet, sagt ganz klar:

(Nro 115) L 15 § 26,27 D de damno infecto 39,2.

Der Fall ist der: wenn das Haus pp eines Emphyteuta Gefahr droht dem Nachbarn, so kann er sich an die municipes und den Emphyteuta wenden. Thut er's beim Emphyteuta, so erfolgt wenn es nutzlos, keine missio in possessionem, da sagt Ulpian, könne er nie usucapiren, weil der Emphyteuta nicht dominus. Dem Nachbarn soll gleich das Recht der Emphyteuse gegeben werden. Eine Klagverjährung kann blos auf diese Rechte angewendet werden. A ist Eigenthümer, B hat das Recht der Emphyteusis, C besitzt dies Recht als falscher Emphyteuta; er veräußert dies Recht an D; dieser erhält nun, wenn er 30 Jahre im Besitz bleibt, gegen die Klage des wahren Emphyteuta A eine exceptio. Oder A ist Eigenthümer B besitzt dies Eigenthum und bestellt daran ein Recht der Emphyteusis an C. [231] Wenn | hier C als Emphyteuta 30 Jahre besitzt, so hat er gegen den wahren Eigenthümer A eine exceptio.

Aufhebung dieser Rechte.

- 1 Durch Confusio, indem sie mit dem Eigenthum zusammenfallen.
2. Durch Vertrag. Eine einseitige Erklärung ist hier durchaus nicht zulässig.

L 3 Cod de fundis patrimonia 11,61.

3. Können diese Rechte untergehen durch Verjährung, durch non usus oder libertatis Usucapio? Inconsequent wäre dies nicht gewesen, aber in den Quellen kommts nicht vor. Indirect durch Klagverjährung können diese Rechte untergehen.
4. Durch Zerstörung des Objects, entw: physisch oder juristisch. Durch eine partielle Zerstörung hört die Emphyteusis nicht auf. Bei der Superficies kommen versch: Arten vor den Vertrag zu schließen: a die Superficies soll gehen auf das jetzt stehende Gebäude b auf jedes künftig auch neu entstehende Gebäude. Es ist hier immer nach der Absicht die dem Vertrag zu Grunde liegt, zu entscheiden.

L 39 § 2 de damno infecto 39,2. (D.)

Untergang der Emphyteuse allein:

1. Wenn der Erbpächter das Gut schlecht baut. Gilt nicht allgemein, sondern nur wo die Kirche Eigenthümerinn ist.

Nov: 120. Cap. 8.

2. Wenn der Emphyteuta drei volle Jahre versäumt den Canon und die öffentlichen Abgaben zu zahlen.

L 2 Cod de jure emph. 4,66 |

Bei Kirchen sollen zwei Jahre hinreichen

[232]

Nov: 120. Cap. 8.

3. Zeigt der Emphyteuta den Verkauf dem Eigenthümer nicht an, so verfällt zur Strafe sein Recht dem Eigenthümer.

L 3 Cod de jure emph: 4,66.

In den Rechtsquellen im Codex ist häufig von den Colonaten die Rede; auch sie waren gewissermaßen Erbpachtsgüter, auch von ihnen wurde ein Canon bezahlt, der einmal bestimmt nicht erhöht werden durfte. Die Colonarii waren aber noch nebst dem erblich Leibeignen; also kam noch ein persönliches Verhältniß hinzu, wodurch sich dies Recht ganz wesentlich von der Emphyteusis unterscheidet.

FÜNFTES KAPITEL
VOM PFANDRECHTE.

Allg: Natur des Pfandrechts.

[233] In Allen Instituten die sich hierauf beziehen ist der gemeinsame Zweck: für eine persönliche Verbindlichkeit soll eine größere Sicherheit hervorgebracht werden, als die ist, welche mir die Person selbst und ihr Vermögen ge- | währt. –

Diese Mittel einer höheren Sicherheit können bestehen: 1. Dadurch, daß man andre Personen mit hineinzöge; Bürgschaft, fidejussio. 2. Indem man sich die Erfüllung der Verbindlichkeit sichert durch unmittelbare Verknüpfung einer Schuld mit einer oder mehreren Sachen. Man nennt dies auch Realcredit; Pfandrecht im allgemeinen Sinne.

Wie in welcher Form und durch welche Rechtsmittel ist ein solcher Realcredit hervorzubringen? In Rom geschah dies in ältester Zeit auf 2erlei Art:

a. Durch fiducia d:h: dadurch, daß das Eigenthum gleich auf den Creditor übertragen wurde. So wird der bisherige Eigenthümer verfügungsunfähig. Diese Eigenthumsübertragung geschah durch eine Mancipatio oder in jure Cessio mit der Verabredung, daß das Eigenthum zurückübertragen werde, wenn die Sicherheit nicht mehr nöthig sei. Gewöhnlich überließ der Creditor dem Eigenthümer den Genuß der Sache, entw: in einem besondern Vertrag, oder bloß precario

Gaj II § 59,60 III, § 201.

Paulus II Tit 13.

[234] b. Pignus, Ein künstlicheres Institut. Dem Creditor wurde der Besitz übertragen. In wiefern gewährt diese Besitzübertragung Sicherheit? Dadurch wird die Traditio verhindert; aber nicht alle Arten von Veräußerungen, zB Mancipatio an fundis nicht. – Zugleich | wurde dem Creditor erlaubt, wenn nicht gehörig geleistet wurde, die [A] Sache zu verkaufen, um sich aus dem gelösten Geld bezahlt zu machen.

Zu diesem Institute kam ein drittes hinzu womit wir es jetzt zu thun haben. Der Praetor stellte in seinem Edicte den Satz auf: wenn

ein unförmlicher Pfandvertrag geschlossen ist, so werde ich daraus eine in rem actio geben. Einem unfeierlichen Vertrag wurde dadurch eine ähnliche Wirkung beigelegt, wie sie bisher nur die fiducia hatte. Es war dies also die Gründung eines neuen jus in re. – Dies Institut war ursprüngl. nur für Einen Fall eingeführt; dafür daß, wenn der Verpächter mit seinem Pächter einen solchen unfeierlichen Vertrag schließt, nun der Verpächter gegen jeden daraus eine in rem actio haben sollte, die Serviana actio. Allmählig dehnte man dies Institut auf jeden unfeierlichen Vertrag aus, der zwischen Debitor und Creditor so war geschlossen worden.

§ 7 Inst de actionibus 4,6

(Nro 116) L 1 Cod de precar: 8,9.

Die Klage für das so erweiterte Institut war eine utilis serviana actio.

Die Folgen dieses Instituts waren sehr wichtig: Es mußte nun auch angenommen werden, daß für gewisse Fälle ein solcher unfeierlicher Contract geschlossen, wenn dies auch nicht | wirklich der Fall war, er wurde als abgeschlossen fingirt; man nahm also an ein pignus tacite contractum. – Ferner konnte nur ein solcher Vertrag auf ein Ganzes Vermögen gehen. Die fiducia ging nur auf einzelne Vermögensstücke.

[235]

Man hatte jetzt die Wahl sich entw: der fiducia oder des prätorischen Pfandrechts zu bedienen. Zur Zeit als die förmlichen Erwerbarten verschwanden, verschwand auch die fiducia, und im justinianischen Recht haben wir nur dies prätorische Pfandrecht. Das alte pignus war jetzt nur noch eine Modification dieses prätorischen Pfandrechts; willkürlich konnte zuweilen der Besitz übertragen seyn.

Begriff und Hauptarten des Pfandrechts.

Das Pfandrecht ist ein jus in re, dazu bestimmt die Erfüllung einer Obligation zu sichern. Es ist ein jus in re d:h: ein unabhängiges selbstständiges Verhältniß der Person zur Sache, von jedem Dritten anzuerkennen.

L 19 pr. de damno inf. 39,2. (D.)

L 30 de noxal: act. 9,4 (D.)

Die Fortdauer des Pfandrechts ist unabhängig von der Fortdauer und dem Schicksal des Eigenthums. Das Pfandrecht dauert gegen den neuen Eigenthümer eben so ungestört fort.

L 18 § 2 de pignor: act. 13,7. (D.)

L 8 § 15 quib mod: pignus. 20,6 (D.)

Von allen Veräußerungen u übrigen Veränderungen der Person des Eigenthümers so durch Usucapio ist das Pfandrecht unabhängig.

(Nro 118) L 44 § 5 D de usurpat. 41,3. |

[236] Der Jurist vergleicht dies prätorische Pfandrecht hier mit der fiducia. Sie ging nothwendig durch jede fremde Usucapio unter. usucapi . . . usucapione ne perimi non potest. Dies prätorische Pfandrecht ist nicht eine Art des Eigenthums

L 7 Cod de pignoribus. 8,14

Die Erfüllung einer Obligatio – darum ist das Pfandrecht ein accessorisches und in diesem Sinne kein selbstständiges Recht[s]. Es beschränkt sich bloß auf die Sicherheit eines andern Rechts.

Man könnte sich nun denken: Die Schuld würde von der Person weggenommen und auf die Sache übertragen. Dies ist nie die Ansicht des römischen Rechts. Die Person und ihr Vermögen ist immer Schuldner, und das Pfandrecht bloß ein accessorisches Recht.

L 1 Cod de pignoribus 8,14

L 28. D. de rebus creditis 12,1

zu sichern – Zwei Stücke sind im Pfandrecht enthalten, die auf diesen Zweck gehen: a ein jus posedendi, d.h. sich den Besitz von jedem Dritten durch eine actio in rem zu verschaffen. b. Das Recht die Sache zu verkaufen, und sich mit dem gelösten Gelde bezahlt zu machen.

Kunstausrücke:

Pignus, Hypotheca. Zuweilen werden diese Ausdrücke völlig gleich gebraucht. Pignus heißt oft, wenn nicht bloß der Vertrag geschlossen, sondern auch noch der Besitz übertragen ist, also Faustpfand.

L 5 § 1 de pign: 20,1. (D.) |

[237] L 9 § 2 de pign: act. 13,7 (D.)

L 238 § 2 de verb signif: 50,16 (D.)

Dann kommen noch vor: rem obligare, nectere, supponere, res nexa, res supposita.

Verhältniß dieses Instituts zum Eigenthum u andern jura in re

Neben dem Eigenthum bildete sich später ein bonitarisches Eigenthum und eine bonae fidei possessio. Neben den Servituten fanden wir etwas ähnliches. Bei unserm Institut steht nichts bonitarisches zur Seite; es war selbst ex jure gentium entstanden.

Steht ihm etwas was der bonae fidei possessio ähnlich ist, zur Seite? Bei dem Eigenthum ist es gleichgültig, in welcher Art mein

Vorgänger besaß; die *bonae fidei possessio* entsteht in meiner Person im Augenblick meines Besitzerwerbes, wenn *bona fides* bei mir vorhanden u ich *ex justa causa* erwerbe. So stands bei dem *Ususfructus* u andern *Servituten*, so bei der *Emphyteusis* u *Superficies*.

Bei dem Pfandrechte gibt es keine *bonae fidei possessio*; eine *pignoris bonae fidei possessio* gibt es nicht. Hat der, welcher verpfändet kein *Eigenthum*, so entsteht kein Pfandrechte, keine *publiciana in rem actio*.

Hat aber der, welcher verpfändet zwar kein *Eigenthum* aber *bonae fidei possessio*, Anspruch auf die *publiciana actio*, so erhalte ich soweit ein Pfandrechte, als sein Anspruch aus der *bonae fidei possessio* reicht; d:h: ich erhalte soweit die *Serviana actio* als jener die *publiciana actio* würde erhalten haben.

(Nro 119) L 18 D. de pign: 20,1 |

(Nro. 120) L 29 D de pign: act: 13,7. [238]

(Nro 121) L 14 D. qui potior: 20,4.

(126) L 21 § 1 D de pign. 20,1.

Hatte der Schuldner aber gar kein Recht, so erhält der Pfandgläubiger gewiß auch keins.

Bedingungen des Pfandrechts:

eine Forderung.

Das Pfandrechte ist ein bloß *accessorisches* Recht; das andre Recht, worauf es sich beziehen kann muß also da seyn. Es ist gleichgültig ob die *Obligatio* eine gegenwärtige oder künftige sei; das Pfandrechte fängt dann an, wo die Schuld zu existiren anfängt.

L 5 pr D. de pignoribus 20,1.

Auch für einen Theil einer Schuld kann ein Pfand bestellt werden.

eine fähige Sache.

Die Sache muß vor Allem in *commercio* seyn. An *res extra commercium* ist kein Pfand gültig.

L 9 § 1 de pign. 20,1 (D.)

L 1 § 2 quae res pign. 20,3. (D.)

Die Sache muß im *Eigenthum* des Verpfänders, in *bonis Debitoris* seyn. Verpfänding an einer fremden Sache gibt kein Recht.

L 3 pr 15 § 1 de pign: 20,1. (D.)

Das fremde Eigenthum an der verpfändeten Sache schadet nicht, wenn der Eigenthümer einwilligt, ob jetzt oder hinterher, ausdrücklich oder stillschweigend, ist gleichgültig.

L 20 pr. de pign act: 13,7. <D.>

L 26 § 1 de pignor: 20,1. <D.> |

[239] Die Sache darf nicht im Eigenthum des Pfandgläubigers seyn. Dies scheint eine Folge aus dem Verbot der Verpfändung fremden Eigenthums seyn. Es hat dies Sinn in Bezug auf die bonae fidei possessio des Autors, meines Debitors.

L 33 § 5 de usurpat. 41,3 <D.>

L 45 pr de regulis juris 50,17 <D.>

Ist das Eigenthum des Verpfänders beschränkt, so hindert dies nicht die Gültigkeit des Geschäfts. beschränkt: d:h: auf einen Theil der Sache, so kann ich darauf bestimmt verpfänden, oder auch auf die ganze Sache, denn da ist die Handlung nur gültig für meinen Theil, für die fremden Theile nicht oder Mein Eigenthum ist beschränkt durch fremde Rechte, durch jura in re. Bei den meisten jura in re macht sich diese Sache leicht; [~~ist~~] ich verpfände nur die nuda proprietas, das was ich noch habe.

Kann ich aber dieselbe Sache, woran einer schon ein Pfandrecht hat, noch andern als Pfand bestellen? Dies ist unbedingt erlaubt.

In welchen Verhältnissen stehen die einzelnen Pfandgläubiger? Es sind hier versch: Rechtsverhältnisse möglich:

1. Ein Verhältniß der Concurrrenz, Gleichheit ihrer Rechte. Dies kann seyn: a. Concurrrenz pro parte, d:h: A hat Pfandrecht an der Hälfte des Hauses, B auch an der Hälfte, aber auf versch: Theile. b. Concurrrenz in solidum. Jeder hat ein Pfandrecht auf die ganze Sache. |

[240] 2. Ein Verhältniß der Prioritaet, Ungleichheit ihrer Rechte.

[Bei einer Concurrrenz in solidum hat jeder gegen dritte Besitzer eine actio in rem; gegeneinander haben sie aber keine Rechtsmittel. Wer zufällig besitzt, kann die Sache verkaufen und sich bezahlt machen.]

Ad 2. Ein Recht ist besser als das andre. Das spätere Pfand gelte nur in id, quod excedit primam obligationem. D:h: das gelöste Kaufgeld soll erst die Schuld, wofür das erste Pfand bestellt ist tilgen; der Ueberrest dient dann fürs 2te Pfand.

L 15 § 2 de pign. 20,1 <D.>

L 9 § 3 qui potiores. 20,4. <D.>

Dies Pfandrecht u die Sicherheit daraus wendete man nun auf Fälle

an, worauf der Begriff des jus in re nicht mehr stattfindet. Man dehnte es aus auf den Schutz anderer Rechte als das Eigenthum, nämlich auf den der übrigen dinglichen Rechte und selbst durch Obligationen. Man wandte das Pfandrechte auf Servituten an; ein Ususfructus kann verpfändet werden, eben so die Servitutes praediorum rusticorum.

L 11 § 2 de iur. scribis 20,1 (D.)

L 15 pr de ...

Emphyteuse u Superficies können unbeschränkt verpfändet werden.

Die Verpfändung eines Pfandrechts ist auch erlaubt; hier bekommt der Creditor an dem Pfande dieselben Rechte, die ich an der Sache hatte.

L 13 § 2 de pignor: (D. 20,1) 1

L 40 § 2 de pign: act 13,7. (D.)

[241]

L 1,2 Cod si pignus pignori. 8,24.

Auch auf Obligationen wendete man das Pfandrechte an. Eine Forderung ist verpfändet; hier hat das Pfandrechte nicht mehr die Natur eines jus in re; der Creditor erhält zweierlei Rechte: a. Die Schuldforderung zu verkaufen. b zu klagen an meiner Stelle gegen den Debitor.

L 18 pr de pign act: 13,7 (D.)

L 4 Cod quae res pignori 8,17

L 7 Cod. de hered: vendita 4,39

Wegen der Ausdehnung des Pfandrechts ist folg: noch zu merken: Es konnte über ein Ganzes Vermögen geschlossen werden. Dies heißt jetzt: Alle die Rechte zum Pfand setzen, die man im Vermögen hat.

Umfang des Pfandrechts:

In Ansehung der Sachen, worauf:

Hiebei gelten gewisse Interpretationsregeln:

a. Verpfändung meines ganzen Vermögens, kann heißen: 1 Alle Rechte die in meinem Vermögen sind, quae habeo, 2. die ich künftig noch erwerben werde, habiturusque sum.

Bei Unbestimmtheit ist das Pfandrechte am ausgedehntesten, also auf gegenwärtiges u künftiges Vermögen zu beziehen.

L 9 Cod quae res pign: 8,17

L 4 eod.

l 34 § 2 de pign: 20,1 (D.)

Auch die Sachen, welche im Vermögen waren, u herauskommen, bleiben dem Pfandrechte unterworfen.

Verpfändet einer so unbestimmt sein Ganzes Vermögen, so sind ausgenommen:

1. Slaven deren er besonders bedarf, oder die ihm wegen persönlicher Verhältnisse nahe stehen. 2. Hausrath. 3 nothwendige Kleider.

fr. 6,7,8,9 de pign. L 1 Cod quae res: 8,17 |

[242] b. Verpfändung einer Universitas facti zB eine Herde Schaafe &c.

Hier ist zu interpretiren: hier ist nur verpfändet, das was zu dieser Universitas gehört in dem Augenblick wo der Creditor sein Pfandrechte geltend machen will, also die Klage anstellt.

L 13 pr 34 de pign: ()

c. Verpfändung der inducta, illata, des Mobilarvermögens. Da ist zu verstehen: Alle Sachen, die zu einem bleibenden Gebrauch hereingebracht sind, wenn sie auch zufällig nachher verkauft werden.

L 32 de pign: ()

d. Verpfändung eines fundus. – Wird ein leerer Boden verpfändet, dann ein Haus darauf gebaut, so ist dies mit Gegenstand des Pfandes, oder umgekehrt: ist ein Haus verpfändet und dies stürzt zusammen pp, so bleibt das Pfandrechte am Boden

L 16 § 2 de pignoribus (D. 20,1)

L 21 de pign: act: 13,7 (D.)

Ist ein fundus verpfändet, so geht das Pfandrechte auch auf die zu erzeugenden Früchte

L 3 Cod: in quibus c. pignus. 8,15

e. Bei Thieren geht das Pfandrechte auch auf die Frucht, die Jungen derselben

L 26 de pign: ()

L 1 Cod: de partu p: 8,25

Der Forderungen, wofür es haftet:

[243] Man kann das Pfandrechte nicht blos für ganze | Forderungen, sondern auch für einzelne Theile sich geben lassen. Ist dies unbestimmt gelassen, so haftet das Pfand für jeden, auch den kleinsten Theil der Schuld.

L 19 de pignoribus. (D. 20,1)

L 65 de evictionibus. 21,2 (D.)

Das Pfand haftet auch für die Accessionen der Schuld. zB für Capi-

tal und Zinsen, wenn die letzten nicht in einem besondern Verträge, unabhängig vom Pfande bestellt sind.

L 4 Cod de usuris. 4,32.

Erwerbung des Pfandrechts:

Errichtung eines neuen Pfandrechts:

Durch Privatwillkühr:

Dies kann geschehen: durch Vertrag oder letzten Willen.

L 26 pr de pign: act: 13,7 (D.)

L 1 Cod communia de legatis. 6,43

Durch Vertrag

Am häufigsten. Jede Form ist dabei gleichgültig; auch ob dabei die Sache übergeben wird oder nicht. In beiden Fällen, ich mag den Besitz übergeben oder nicht, erwirbt der Creditor dasselbe jus in re; Andre Vortheile gewährt die Besitzübertragung freilich.

L 4,23 § 1 de pignor: 20,1 (D.)

L 1 pr de pign: act: 13,7. (D.)

Auch die Worte sind bei diesem Verträge gleichgültig, wenn nur die Absicht klar ist.

L 3 § 2 qui potiores 20,4 (D.)

L 9,2 Cod quae res pignori. 8,17

Die Personen, die den Pfandvertrag schließen, müssen verfügungsfähig seyn.

Zeitpunct des Anfangs.

Diese Frage ist hier besonders wichtig und ihre Beantwortung hier besonders schwierig. | Es kann dieselbe Sache an mehrere Personen verpfändet seyn, wessen Recht ist da das bessere. Die Prioritaet gibt hier in der Regel den Vorrang.

[244]

Zum Anfang eines Pfandrechts durch Vertrag müssen zwei That-sachen zusammenkommen: 1 Obligatio contracta, 2. Pignus contractum.

1. Obligatio contracta. Bevor diese zu existiren anfängt ist kein Pfandrecht da, mag auch ein Vertrag geschlossen oder der Besitz übertragen seyn.

L 4 quae res pignori 20,3 (D.)

Ist die Obligatio unter einer Bedingung gegeben; ehe diese eintritt bin ich noch nicht Schuldner[s]. Sobald sie erfüllt ist, fängt das Pfandrecht an, und nun wird der Anfang zurückgerechnet auf den Augenblick der Versprechens.

L 13 § 5 de pign: <D. 20,1>

L 11 § 1 L 9 § 2 qui potiores 20,4 <D.>

Diese Bedingung muß eine wahre seyn, sonst wird nicht zurückgerechnet.

L 9 § 1,11 pr qui potiores. 20,4 <D.>

Bei einem Versprechen ex die fängt das Pfandrecht vom Augenblick des gegebenen Versprechens an. dies non suspendit; die Obligatio ist von Anfang an eine pura.

L 9 pr, 18 qui potiores 20,4 <D.>

L 14 pr de pignoribus. 20,1 <D.>

[245] 2. Pignus contractum – Die Handlung, wodurch das Pfandrecht entstehen konnte, muß noch zur Obligatio hinzukommen. – Ist unter einer Bedingung das Pfandrecht versprochen, so entsteht das Pfand-[d]recht erst mit Eintritt der Bedingung, wird | aber auf den Augenblick des Versprechens zurückgerechnet – Bei einer scheinbar bedingten Verpfändung wird nicht zurückgerechnet. – Bei einem Versprechen ex die fängt das Pfandrecht gleich an.

Fälle von scheinbaren Bedingungen enthalten:

Nro. (128). L 11 § 2 qui potiores in pign 20,4. <D.>

a Ich miethe ein Haus und verpfände die illata d:h: das was ich hineinbringe, also ich verpfände jede Sache unter der Bedingung daß ich sie hineinbringe. Dies ist nur Schein. Von meiner Willkühr hängt ja das Hineinbringen ab. Hier ist also das Pfandrecht nicht zurückzurechnen. Es ist erst da im Augenblick des Hineinbringens. Drum geht also, wenn die Sache nach der Verabredung aber vor dem Hineinbringen einem andern verpfändet ward, dieser vor.

b Ich bin im Begriff ein Haus zu kaufen, nehme Geld auf u verpfände im voraus das Haus für den Fall daß ich Eigenthümer werde. Ich erhalte das Eigenthum nach einem halben Jahre; daß ich Eigenthümer werde hängt von meiner Willkühr ab, und das Pfandrecht fängt erst an im Augenblick meines Eigenthumserwerbs.

L 16 § 7 de pignor 20,1 <D.>

L 7 § 1 qui potiores 20,4 <D.>

c Verpfände ich eine fremde Sache, die man mir zu geben schuldig ist, so heißt dies so viel: ich verpfände dir die jetzt noch fremde Sache unter der Bedingung daß sie in mein Eigenthum kommen wird;

in dem Augenblick wo dies geschieht, fängt auch erst das Pfandrecht an.

L 1 Dig. de pignoribus 20,1 (D.) |

d Verpfände ich eine Universitas facti, so geht das Pfandrecht auf die neu hinzu erworbenen Stücke. Der Anfang des Pfandrechts ist der Augenblick des jedesmaligen Erwerbs, nicht die Zeit der Verabredung. [246]

e. Verpfände ich mein Ganzes Vermögen, so heißt dies so viel als: Alles gegenwärtige u zukünftige. Drei Jahre nach dem Vertrage erwerbe ich ein Haus, dies hört sicher mit zur Verpfändung, aber wann hat das Pfandrecht daran angefangen. – Controverse. „Hier müsse das Pfandrecht auf den Augenblick des Vertrags zurückgerechnet werden“ – Für jedes künftige Vermögensstück muß das Pfandrecht vom Augenblick des Erwerbes gerechnet werden, weil die Bedingung eine scheinbare, und man zum Erwerb solcher Stücke nicht verpflichtet ist. Ferner würde man beim Zurückrechnen auf einen Augenblick kommen, wo die Sache eine fremde war, wir also nicht gültig sie verpfänden konnten. – Man muß also sagen:

Das Pfandrecht muß vom Augenblick des Vertrags gerechnet werden, für alle Sachen die sich damals im Vermögen befanden. Für Alle Sachen aber, die noch zum Vermögen hinzukommen, muß es auf den Augenblick des Erwerbes bezogen werden.

Die Folge jener irrigen Ansicht wäre: Die vorsichtigsten Pfandgläubiger kämen um ihre Sicherheit sobald das Haus in meinen Besitz käme, der ich es schon vor vielen Jahren als zukünftiges Gut verpfändete.

(Nro 129) L 7 § 1 qui potiores in pign. 20,4 (D.) |
concurrere utrumque creditorem d:h sie haben gleich gutes Recht [247]
nicht bloß in Ansehung ihrer persönlichen Schuldforderung, sondern auch in Ansehung ihres Pfandrechts. non enim multum facit &c. Mit Unrecht könnte man den Einwurf machen &c.

Ist ein Pfandrecht was ich an einer fremden Sache gegeben, von der ich später Eigenthümer werde, gültig? Convalescirt das bisher ungültige Pfandrecht?

An sich convalescirt das Pfandrecht nicht, aber der Verpfänder kann sich auf diese Ungültigkeit nicht berufen. Er würde dadurch einen dolus begehen. Die doli exceptio geht bei Concurrenz mit der doli replicatio dieser vor; der Beklagte hat also den Vorzug.

L 4 § 13 de doli Exc. 44,4 (D.)

L 154 de reg: juris. 50,17 (D.)

cf. (Nro 123) L 1 pr D. de pignoribus 20,1. <D.>

Der Creditor, wenn er wußte daß die Sache zur Zeit der Verpfändung eine fremde war, wird als Kläger gegen den Creditor, der die Sache besitzt, mit der actio hypothecaria nichts ausrichten, da ihm die doli exceptio entgegengestellt wird, und er dagegen mit der doli replica nach dem eben ausgesprochenen Sache nichts ausrichten kann.

cf. Nro (124) L 5 Cod si al: res. 8,16

Nro (125) L 41 D de pign act. 13,7.

(126) L 21 § 1 D. de pign. 20,1. <D.>

(127) L 9 § 3 D qui pot in pign, 20,4. <D.>

Durch richterliche Verfügung.

Gewöhnlich führt man nur zwei Fälle an:

[248] a. praetorium pignus. – Der Prätor gibt eine Missio in possessionem; damit ist zugleich immer verbunden ein Pfandrecht. Der Missus in possessionem hatte das Recht | die Sache zurückzubehalten, also im ältern Recht nur das Retentionsrecht

L 26 pr § 1 de pign act: 13,7. <D.>

Die Hauptwirkung, eine actio in rem fügte Justinian hinzu.

L 2 Cod: de praetorio pignore 8,22

b. Pignus giudiciale – Unrichtiger Ausdruck der nicht vorkommt.

Dies Pfandrecht bezieht sich auf die Execution im Prozesse; dem condemnirten werden einige Sachen als Pfänder weggenommen. Die Execution verfügte aber nicht der judex, nur der Prätor – die Römer umschreiben hier. Sie sagen: Pignus in causa iudicati captum.

Alle höheren römischen Magistratus hatten das Recht wegen Ungehorsams: pignora capere; dies konnte auch der Prätor. Bezahlte nun der vom judex condemnirte nicht, so nahm ihm der Prätor wegen seines Ungehorsams Pfänder weg. – Dies Institut hat mit dem vorigen pignus praetorium gar nichts gemeinschaftliches.

L 3 § 1 de rebus eorum 27,9. <D.>

Gewisse Sachen sind von dieser Execution allgemein ausgenommen, so: das Ackergeräthe.

L 7,8 Cod quae res pign 8,17

Auth: agricultores. eod

Diese beiden Pfandrechte fangen an im Augenblick der Apprehension, wo man durch die Execution in den Besitz des Pfandes kommt.

L 26 § 1 de pign act: 13,7 <D.>

L 2,3. Cod qui potiores. 8,18

C. Eine dritte Art welche sich auf die Adjudicatio bezieht, gehört noch hieher: nämlich der judex in judiciis divisoriiis kann auch | ein Pfandrecht geben.

[249]

Durch gesetzliche Vorschrift:

Pignus legale, von den Neuern, Pignus tacite contractum von den Römern. Dieses Pfandrecht ist entw: ein generelles, auf ein Ganzes Vermögen bezogen, oder ein specielles auf eine einzelne Sache bezogen. Hier ist der Anfang des Pfandrechts der Augenblick in dem die Obligatio wirklich begründet ist, also Obligatio contracta; das pignus contractum ist hier keine besondere Handlung.

In dem Augenblick wo die Obligatio contrahirt wird, wird fingirt ein gültiger Pfandvertrag/pignus contractum) und das Pfandrecht ist entstanden. – Für Alle künftige zum Vermögen hinzukommenden Sachen entsteht das Pfandrecht erst im Augenblick des Erwerbs.

Es findet hier überhaupt immer dasselbe statt, wie beim vertragsmäßigen Pfandrecht, ausser daß dabei zur Entstehung desselben Obligatio contracta und pignus contractum erfordert wird, hier aber nur Obligatio contracta.

Einzelne Fälle dieses stillschweigenden Pfandrechtes.

a. Allgemeine Pfandrechte.
(d:h am Ganzen Vermögen)

α. Des fiscus.

Er genießt ein stillschweigendes Pfandrecht für Alle seine Forderungen auf das Ganze Vermögen des Schuldners.

L 46 § 3 de jure fisci 49,14 (D.)

L 1,2 Cod in q: causis pign 8,15

In Ansehung der Strafgeelder hat er dies Pfandrecht nicht.

L 1 Cod de poenis fiscal 10,7. |

β. Der Pupillen und Curanden.

[250]

Wer unter Vormundschaft steht, hat ein Pfandrecht auf das Ganze Vermögen des Vormunds so weit die actio tutelae geht, für Alle Forderungen aus der Vormundschaft

L 20 Cod de administr: tut 5,37

L 9 § 1 Dig eod. 26,7

Anfang des Pfandrechts ist hier der Anfang der übernommenen Vormundschaft

γ. Der Kinder am Vermögen der Eltern.

Bei beiden Eltern insofern ein Ehegatte stirbt u der andre etwas geschenkt erhielt, wovon die Proprietaet auf die Kinder kommen soll. Für diese Proprietaet ist den Kindern ein stillschweigendes Pfandrecht gegeben am Ganzen Vermögen des überlebenden Ehegatten.

Cod L 6 § 2, L 8 § 4 de secundis nuptiis 5,9

Das Kind hat ein stillschweigendes Pfandrecht am Ganzen Vermögen des Vaters für das peculium adrentitium, was von mütterlicher Seite herrü[?]hrt

L 6 § 2 Cod, de bonis quae liberis 6,61

L 8 § 5 Cod de secundis nuptiis. 5,9

δ. Der Ehefrau, wegen Entrichtung der dos.

Verspricht einer eine dos, so haftet er dem Manne mit seinem Ganzen Vermögen als Pfand. Der Mann haftet mit seinem Ganzen Vermögen stillschweigend wegen Zurückgabe der dos. Ganz dasselbe gilt bei der donatio propter nuptias.

L 10. § 1 C. de rei ux: act: 5,13

L 30,29 Cod de jure dotium 5,12.

ε. Bei der Bedingung des Wittwenstandes |

[251] Es ist dem überlebenden Ehegatten unter der Bedingung etwas leigirt, daß er nicht wieder heirathe. Für Erfüllung dieser Bedingung haftet er wegen Rückgabe des Legats stillschweigend mit seinem Ganzen Vermögen.

Nov: 22. C. 44, § 2.

ζ. Der Kirche gegen den Emphyteuta

Das Ganze Vermögen des Emphyteuta ist stillschweigend der Kirche wegen Deteriorationen verpfändet.

Nov: 7 C.3. § 2.

b SpezialPfandrechte:
(d:h: an einzelnen Sachen)

α. Des locator.

1. Wenn eine Wohnung vermietet wird, so haftet stillschweigend der Miether für Alle Schulden aus dem Miethvertrage mit Allem was er hineingebracht hat, mit den *invecta et illata*. Es wurde dies ausgedehnt auf Alle Grundstücke in der Stadt.

L 3,4,6,7 in quib: causis pignus 20,2 (D.)

2. Sind Landgüter verpachtet, so haftet der Pächter stillschweigend

mit den auf diesem Boden gezogenen Früchten für alle Forderungen des Verpächters aus dem Pachtcontract.

L 7 pr in q: causis pignus. 20,2 (D.)

β. Des Crediti in restitut: aedium

Ein Haus ist eingestürzt; für das Wiederaufbauen schießt einer Geld her; hier hat dieser Creditor ein stillschweigendes Pfandrecht am neuerbauten Hause.

L 1 in q: causis pignus 20,2 (D.)

γ. Des Pupillen.

Der Vormund kauft etwas mit dessen Gelde; | er hat hier ein stillschweigendes Pfandrecht an der mit seinem Gelde gekauften Sache. (Er kann auch Eigenthum wählen)

[252]

L 3 pr de rebus eorum 27,9 (D.)

L 7 pr D. qui potiores. 20,4.

δ. Der Legatarien.

Der Erbe haftet mit Allem was er durch die Erbschaft erhalten hat dem legatar auf Auszahlung des Legats.

L 1 Cod: communia de legatis. 6,43

c. Von einigen angeblichen gesetzlichen Pfandrechten.

Mehrere Juristen behaupten noch solche, wo sie nicht stattfinden, aus Mißverstand von Stellen, wo zwar von Pfandrechte die Rede, aber vertragsmäßiges vorausgesetzt ist.

Antiquarisch hat noch ein stillschweigendes Pfandrechte Bedeutung, nämlich das:

ε Creditum ad militiam comparandam.

Einer nimmt Geld auf um eine militia zu kaufen, der Creditor hat hier auf die militia ein stillschweigendes Pfandrechte. (militia d.: eine Ehrenstelle)

L 27 Cod de pign 8,14

Uebertragung eines schon vorhandenen Pfandrechts.

Das Pfandrechte als accessorisches Rechte kann übergehen mit der Schuldforderung, zu deren Sicherheit es dienen soll:

1. Die Schuldforderung wird vererbt, da geht das Pfandrechte mit auf die Erben über.

2. Auch gilt dies bei Singularsuccessionen, soweit sie bei Obliga-

tionen möglich sind; das Pfandrecht geht durch die Cession mit der
 | Schuldforderung über.

[253]

L 6,7, Cod: de oblig: et act: 4,10

L 11,14 D de distractione. 20,5

Rechtsverhältnisse des Pfandgläubigers:

Im Allgemeinen:

Es sind zu unterscheiden: wesentliche und zufällige Rechte. Wesentliche, die nothwendig aus dem Begriff des Pfandes folgen, sind:

a. Das Recht zu besitzen d:h wenn er nicht besitzt, darf er sich desselben bemächtigen mittelst einer Klage; diese ist eine in rem actio, die actio hypothecaria. Eigenmächtig darf er sich nicht den Besitz verschaffen

L 3 Cod de pign 8,14

b. Das Recht zu veräußern d:h: er darf die verpfändete Sache verkaufen, um mit dem gelösten Gelde sich bezahlt zu machen. – In der Verpfändung liegt diese Erlaubniß, und nimmt er diese später weg, so ändert dies nichts.

Das Pfandrecht ist ein dingliches Recht, seine Bestandtheile tragen alle einen dinglichen Character an sich; der Erbe, der neue Eigenthümer muß sich jenen Verkauf des Pfandgläubigers gefallen lassen. Der Eigenthümer steht mit ihm in keiner juristischen Verbindung, und doch geht dies Veräußerungsrecht des Pfandgläubigers nicht allein gegen den Erben, den SingularSuccessor, sondern auch gegen den fremden Eigenthümer der die Sache ersessen hat. – Ferner geht der [ältere] Pfandgläubiger dem bloßen persönlichen Gläubiger vor. |

[254]

L 9 Cod qui potiores. 8,18

Auch dies ist Folge aus der eben angegebenen dingl Natur des Pfandrechts. So weit mein Recht geht, gehört die Sache schon nicht mehr zum Vermögen des Schuldners. – Auch dem persönl Schuldner haftet das Ganze Vermögen, aber erst nach Abzug des dem Pfandgläubigers zukommenden Werths.

Zufällige Rechte, die nicht nothwendig beim Pfandrecht stattfinden müssen.

a. jus possessionis. Der Pfandgläubiger hat neben seinem gewöhnl

Recht hier noch alle Schutzmittel des juristischen Besitzes, die possessorischen Interdicte. – Dies Recht hat er nur bei der vertragsmäßigen Verpfändung womit zugleich verbunden war Uebertragung des Besitzes. Also beim pignus, (Faustpfand). Der ganze Besitzschutz geht hier ungetheilt auf den Pfandgläubiger über. Bei den andern dingl. Rechten erhält der Berechtigte zwar possessorische Interdicte für seine juris quasi possessio, aber der Eigenthümer hat daneben auch noch Anspruch auf possessorische Interdicte für seine possessio. – Hier ist dies nun nicht der Fall, der Pfandgläubiger erhält die rei possessio und dem Verpfänder bleibt kein Schutzmittel aus dem Besitz. –

Die Usucapio soll aber hier doch dem Verpfänder durch das Weggeben des Besitzes nicht gestört seyn; sie läuft ihm fort.

- (Nro 17) L 16 D. de usurp. 41,3 |
 (Nro 120) de pignor: act. 13,7., L 29 D.
 L. 36 de acq: poss: 41,2 (D.)
 L 33 § 5. de usurp: 41,3. (D.)
 L 37. de pign act. 13,7. (D.)

[255]

b. Das Retentionsrecht. Das Recht die Sache zurückzuhalten für Schulden, für welche kein Pfandrecht bestellt ist, solange bis diese auch bezahlt sind. Der Pfandgläubiger also, wenn er im Besitz ist, kann die Sache zurückhalten, wenn auch die Pfandschuld getilgt ist, für andre Schulden; weiter aber soll er kein Recht haben, er darf nicht veräußern pp, nur retinere

L 11. Cod: etiam ob chirogr: pecuniam. 8,27

Rechtsverhältnisse mit dem Verpfänder.

Verkaufsrecht.

Der Pfandgläubiger hat das Veräußerungsrecht des Eigenthums nicht; der fiduciar konnte veräußern auf jede Art aus eigener Person, er war Eigenthümer.

Paulus II, 13 § 6.

Der Auftrag an den Pfandgläubiger aus dem Vertrage geht nur auf Verkauf.

Bedingungen des Verkaufsrechts.

Dies Recht des Pfandgläubigers liegt in der Verpfändung selbst, es mag ausdrücklich gesagt seyn oder nicht, und selbst ein ausdrückliches Verbot des Verkaufs soll nur die Folge haben, daß der Schuld-

ner statt sonst Einmal jetzt dreimal zur Zahlung aufgefordert werden müsse.

L 4 de pign act: 13,7 (D.) |

[256] Das Verkaufsrecht ist in derselben Ausdehnung zu nehmen wie das Pfandrecht. Für einen noch rückständigen Theil, für die Zinsen haftet die verpfändete Sache. Zwischen mehreren Pfändern hat der Creditor die Wahl welche er verkaufen will.

Das Verkaufsrecht ist aber auch bedingt, durch die Fälligkeit der Schuld, die gegenwärtige Zahlungsnothwendigkeit.

L 4 de distract 20,5 (D.)

Der nachstehende /posterior/ Pfandgläubiger kann nicht verkaufen, nur wer den ersten Rang einnimmt. Zwei mit gleichem Recht können beide verkaufen.

L 1 de dist 20,5 (D.)

Form des Verkaufs

Der Schuldner muß zur Zahlung aufgefordert, oder was diesem gleich ist, in einem Prozeß zur Zahlung verurtheilt seyn. Von da an muß der Creditor noch zwei volle Jahre mit dem Verkaufe warten.

L 3 Cod de jure domini 8,34

Die Bedingung eines gültigen Verkaufs ist keineswegs bona fides des Creditors beim Verfahren. Damit ist keineswegs Ersatz für Unredlichkeit ausgeschlossen.

L 7 Cod de distract. 8,28

Ausnahmsweise soll man, aber nur gegen den ersten Käufer klagen können, sofern dieser an dem dolus des Verkäufers theilgenommen hat.

L 1,4,5 Cod si vendito pign: 8,30. |

[257] *Wirkungen des Verkaufs.*

α Der Creditor macht sich mit dem gelösten Kaufgeld bezahlt. — Den Ueberrest zahlt er an die übrigen Pfandgläubiger nach ihrer Rangordnung, und was dann noch übrig bleibt, gibt er dem Verpfänder zurück.

L 15 §. 2 D. de pignoribus 20,1.

L 20,12 § 5 qui potiores. 20,4 (D.)

β. An den Käufer wird das verpfändete Recht übertragen; also Eigenthum durch hinzukommende Tradition wenn Eigenthum verpfändet war.

L 4 de pign act 13,7 (D.)

L 13,15,18 Cod de distract. 8,28.

Durch diesen Verkauf hört Alles Recht des Schuldners an der Sache gänzlich auf; die Schuld ist aber durch den Verkauf nicht getilgt, sondern sie wird nur getilgt, so weit das gelöste Geld hinreicht.

Ferner hören durch diesen Verkauf Alle Pfandrechte an der Sache auf. – Es würde sich ja sonst kein Käufer finden.

Findet sich kein Käufer, so soll dem Creditor das Eigenthum der Sache zugeschlagen werden können, aber nur durch unmittelbare Verfügung des Landesherrn. Sie wird ihm aber nur nach ihrem wahren Werth zugesprochen; er bekommt nur so viel vom Eigenthum als ihm nach seiner [~~Schuld~~] Forderung zukommt, und der Schuldner behält dabei noch zwei Jahre das Einlösungsrecht.

L 3 Cod de iure dominii 8,34.

γ. Der Eigenthümer verliert nicht alle Rechte. Die Früchte der verpfändeten Sache gehören dem Verpfänder, nicht dem Pfandgläubiger. Ist | diesem zugleich der Besitz überlassen, so soll er dem Verpfänder den Werth der Früchte auf Zinsen und Capital anrechnen. [258]

Auch kann durch Vertrag ausgemacht werden, daß der Creditor[en] die Früchte statt der Zinsen ziehen soll. /pactum antichreticum/

L 2 Cod de partu pign: 8,25.

L 11 § 1 D. de pignoribus 20,1.

In Einem Fall kann dieser Vertrag stillschweigend geschlossen worden; wenn einer nämlich ein Gelddarlehen gibt ohne von Zinsen etwas zu melden, dagegen ihm eine fruchttragende Sache verpfändet wird, so soll hier stillschweigend der Creditor die Früchte statt der Zinsen ziehen.

L 8 in quib: causis pign 20,2 (D.)

Der Verpfänder kann seine Sache zu jeder Zeit veräußern. Es kann darin factisch eine Rechtsverletzung gegen den Creditor liegen; bei Veräußerung von beweglichen Sachen.

L 6 pr de pign: act. 13,7 (D.)

L 66 pr de furtis 47,2 (D.)

Auch an den Creditor selbst kann der Schuldner die Sache veräußern. Nur der Vertrag ist verboten, daß ich bei der Verpfändung ausmache, daß wenn ich nicht zahle, das Haus an den Creditor verfallen seyn soll. – Ein vorläufiger Veräußerungsvertrag, der um einen schon jetzt bestimmten Preis geschlossen wird, ist verboten. – Früher war solcher Vertrag nicht verboten.

fr: vat: § 9.

Später wurde er verboten:

L Cod. de pactis pign: 8,35. |

[259] Ein solcher Vertrag hieß: *lex commissoria*; beim Pfande war er also ungültig.

Rechtsverhältnisse mit andern Pfandgläubigern.

Hier kann eine *Concurrenz pro parte* oder in *solidum* stattfinden. Hier kommt nun das Verhältniß der *Prioritaet* in Betracht.

Von der Prioritaet.

Aus der allg: Natur des Pfandrechts geht hervor: Gleichzeitig entstandene Pfandrechte sind gleich stark. Bei Ungleichzeitig entstandenen geht das ältere vor. Im ersteren Fall gilt *Concurrenz*, im zweiten Falle *Prioritaet* des ältern vor dem neuern.

Durch einzelne Privilegien gewisser Pfandrechte wurde diese Lehre etwas verwickelter. Ein stillschweigendes Pfandrecht ist kein privilegiertes, es entsteht ohne Vertrag. So braucht auch ein privilegiertes Pfandrecht kein stillschweigendes zu seyn. Es ist dies zufällig.

Die Privilegien sind folgende:

a) Der *Fiscus*:

α für seine Steuerforderungen.

L 1 Cod si propter publ. <4,46>

β für das *debitum primipilare*. Der erste *Centurio* einer Legion heißt *primipilus*, er hatte *Commissariats*Geschäfte; daher später allg: auf Alle Forderungen die der *fiscus* aus dem *Commissariat* hat.

L 8 Cod de primipilorum.^a <12,62>

b) Derjenige welcher Geld vorschießt um damit ein Amt, eine *militia* zu kaufen hat eine stillschweigende u zugleich privilegierte[s] Hypothek.

Nov: 97, Cap 4. |

[260] c) Das *privilegium der actio dotis*; derjenige der nach Auflösung der Ehe die *dos* zurückfordern soll, hat am Ganzen Vermögen eine stillschweigende zugleich privilegierte Hypothek. Die Frau hat in Ansehung der vorhandenen Sachen die Wahl zwischen der *rei vindicatio* u der *actio dotis*.

L 30 Cod de jure dotium. <5,12>

^a richtig: *primipilo*

In Ansehung der nicht vorhandenen Sachen hat sie eine privilegierte Hypothek am Vermögen des Mannes.

L 29 Cod de jure dotium. (5,12)

L 12 § 1 Cod qui potiores (8,18)

Nov: 109, C 1

Nov. 97 C. 2,3,4.

In der letzten Stelle Nov 97 cit heißt: die Hypothek der Frau soll Allen Forderungen vorgehen mit Ausnahme des Geldvorschusses zur militia.

Dies Privilegium hat nach der richtigern Meinung zu genießen: 1 die Frau selbst, 2. die Descendenten der Frau; aber Alle andern Erben haben es nicht; sie haben die dotis actio, auch eine stillschweigende Hypothek aber keine privilegierte.

L 12 Cod cit

Nov 91 prooe: Cap. 1.

Bestritten ist: ob die Descendenten der Frau es allgemein haben, oder nur in Collision mit ihrer eignen Stiefmutter. Die Descendenten aber haben dies Privilegium allgemein; es geht dies aus der allg: Begünstigung der dos hervor. Sehr gründlich hat dies bearbeitet:

[261]

v: Kamptz Revision der Lehre vom Ueberg: des BrauthPriv pp 1811⁸⁰⁰.

„Einige behaupteten, die Frau und Kinder hätten dies Privilegium nur in Collision mit andern stillschweigenden nicht aber ausdrücklichen Hypotheken. –“ Dies Privilegium ist allgemein. Collidiren Dotalforderungen so geht die ältere der neuern vor.

L 12 Cod cit

Nov. 91. cit

Das Privilegium beschränkt sich lediglich auf den Fall der Rückforderung der Dos. Bei der donatio propter nuptias existirt ein solches nicht.

L 12 § 2 qui potiores. (D. 20,4)

d) Wenn durch die Forderung worauf sich das Pfandrechte bezieht dasselbe erst möglich oder nutzbar geworden, so soll es ein Privilegium genießen. Ich gebe Gajus Geld, um sich Eigenthum an einem Landgut zu erwerben; Gajus hatte an dieser Sache schon ein Pfandrechte bestellt, nämlich dadurch daß ers an seinem Vermögen bestellte. Der Vorschießende geht hier mit seinem speciellen Pfandrechte dem generellen vor.

L 3 § 1, 6 qui potiores (D. 20,4)

L 7 Cod qui potiores. (8,18)

In den meisten Fällen dieser Art existirt ein stillschweigendes Pfandrecht nicht.

[262] α wenn mit dem Geld des Pupillen die Sache gekauft ist, und er das Pfandrecht in Anspruch nimmt, so ist dies dann ein | privilegiertes

L 7 pr qui potiores (D. 20,4)

e) Fiscalische Forderungen aus Contracten &c mit Ausnahmen jener beiden besonders privilegierten sind privilegiert. Dies Privilegium ist ein beschränktes und gilt:

1. Wenn der fiscus mit einem collidirt, der ihm nach der Zeitfolge vorgehen müßte, nicht. In diesem Sinne hat der fiscus kein Privilegium.

L 22 § 1 de jure fisci 49,4^a (D.)

L 21 pr qui potiores. 20,4 (D.)

(Nro 131)

L 8 Dig qui potiores 20,4

(132)

L 21 § 1 eod (D. 20,4)

Gehört zu 2). (133) L 28 D. de jure fisci 49,4^a

2) Der fiscus hat ein Privilegium der Concurrenz d:h: hat seine Hypothek mit der eines andern gleiches Recht, ohne Rücksicht auf Prioritaet, so soll er vorgezogen werden kraft seines Privilegii.

f) Als letztes privilegium kann noch genannt werden: der Vorzug des pignus publicum. Wenn von zwei Pfandverträgen einer auf einem öffentlichen Instrument d:i: ein solches was schriftlich vor einem Richter oder schriftlich vor drei Zeugen aufgenommen ist, beruht der andre aber nicht, so soll jene feierliche Verpfändung ohne Rücksicht auf die Zeit den Vorzug haben. Der Rechtssicherheit wegen, um Betrug zu verhüten, hält man jene öffentliche Verpfändung für wünschenswerth.

L 11 Cod. qui potiores (8,18) |

[263] Von einer richterlichen Bestätigung ist hier keineswegs die Rede, lediglich von einer Beglaubigung der Zeitangabe. Eine Verpfändung ohne diese Form kann später beglaubigt werden, aber ihr Vorzug wird dann nur gerechnet vom Augenblick der Beglaubigung an. Falsch ist an das stillschweigende gesetzliche Pfandrecht denselben Vorzug knüpfen zu wollen, wie er hier an das auf einem öffentlichen Instrument beruhende Pfandrecht geknüpft ist. Auf dem Princip des pignus publicum beruhen heute die öffentlichen Hypothekenbücher.

^a richtig: 14

Vorzug der Zeit.

Sind die Pfandrechte entstanden zu verschiedener Zeit so geht das ältere dem Neuern vor, ohne Rücksicht auf Besitz, der mit einem verbunden seyn kann. Bloss auf die Zeit der Entstehung wird gesehen.

L 12 § 10, L 2 qui potiores 20,4. (D.)

L 6 Cod eod.

Sind die Pfandrechte gleichzeitig entstanden, so haben sie gleichstarkes Recht, sie concurriren. Gründen sie sich auf dasselbe Geschäft, so soll die Concurrrenz seyn pro parte, gründen sie sich auf verschiedene Geschäfte, so soll die Concurrrenz seyn in solidum; natürlich wenn gar nichts darüber bestimmt ist, sonst gilt dies.

L 16 § 8, L 10 de pignor: 20,1. (D.)

Rühren die Pfandrechte an Einer und derselben Sache von versch: Eigenthümern her, so ists in Ansehung der Pfandgläubiger | einerlei, ob ihre Pfandrechte von Einem oder versch: Eigenthümern her-rühren. Unter ihnen entscheiden zuerst die Privilegien und wenn davon nicht mehr die Rede seyn kann, die Zeitfolge. Durch die Privilegien im römischen Recht ist eine bedeutende Unsicherheit für den Pfandgläubiger entstanden.

[264]

Uebergang des Rangverhältnisses der Pfandgläubiger auf einen andern.

Jeder Uebergang des Pfandrechts ist in der Regel verbunden mit dem Range, den es einnahm. Diese Regel ist allg: wahr, in soweit die Prioritaet von der frühern Entstehung abhängt. Mit den Privilegien verhält es sich anders; einige sind an die Person geknüpft, andre nicht; jene gehen meist über. Davon im Obligationenrecht.

Hier sind noch zu bemerken einige anomalische Fälle eines solchen Uebergangs zur Begünstigung eines Successors; dies [S] nennen die Neuern die Successio hypothecaria. 1. Eine Cessio eines Pfandes kann nicht allein bewirkt werden von dem Creditor sondern auch von dem Schuldner. Wenn dieser nämlich Geld aufnimmt, um jenen Creditor zu befriedigen, dies auch wirklich thut, so tritt der neue Creditor an die Stelle des alten als Pfandcreditor ein; es wird dies angesehen | als ob der alte Creditor seine Forderung cedirt habe.

[265]

L 12 § 8 qui potiores 20,4 (D.)

L 3 quae res pignori ()

L 1 Cod de his ()

2. Der Pfanddebitor verkauft sein Eigenthum, auf dem zwei Pfandrechte haften; den ersten Pfandcreditor macht er ab mit den Kaufschillingen. Auf dessen Stelle nun erwirbt der Käufer ein erstes Pfandrecht an seinem Eigenthum. Der Eigenthümer ist hier zugleich erster Pfandgläubiger, und geht als solcher dem andern vor. Dies, damit der zweite Pfandgläubiger nicht nach seiner Willkühr verkaufen könne. Dieser zweite kann sich auch rechtlich nicht beklagen, Nachtheil entsteht für ihn nicht.

L 3 § 1 de distracione (D. 20,5)

3. Eine Cessio des Pfandrechts ist eigentlich nur möglich, so lange die vorige Obligatio fortdauert; hört diese nun durch Novation auf, so müßte freilich die alte Schuld mit ihrer Accession dem Pfandrecht aufhören; bei dieser Novation kann man nun sich ausbedingen, daß der erste Pfandcreditor wieder in seinen alten Platz eintrete.

L 11 § 1 de pign: act (D. 13,7)

L 12 § 5, L 3 pr qui potiores. (D. 20,4)

[266] 4. Ein Pfandgläubiger erwirbt zu seinem Pfandrecht das Eigenthum; hier tritt auch eine anomalische Succession ein; er behält | seinen eignen Platz, dieselbe Prioritaet im Verhältniß zu allen nachstehenden Pfandgläubigern.

5. In manchen Fällen kann eine solche Successio erzwungen werden; gewisse Personen haben das jus offerendi d:h: das Recht den Creditor zur Cession seines Pfandrechts nebst seinem Range zu [~~cedir~~] zwingen.

α. Jeder nachstehende Creditor kann dies erzwingen von seinem vorstehenden.

L 1 Cod qui potiores (8,18)

L 4 Cod de his, qui priorum. (8,19)

Er kann die ganze Forderung nebst Zinsen auszahlen, und den Creditor ganz abfinden

L 11 § 4 D. qui potiores (20,4)

L 1. Cod. eod.

β. Hat der Schuldner für dieselbe Schuld ein Pfand und einen Bürgen gestellt hat, der Bürge das Pfand besitzt, der Pfandcreditor gegen ihn klagt, so kann der Bürge wenn er zahlt, gegen diesen das jus offerendi geltend machen.

L 2 Cod de fidejussoribus ()

γ. Der Pfandgläubiger klagt mit der actio hypothecaria gegen einen justus possessor, so hat dieser wenn er zahlt, gegen den Kläger das jus offerendi

L 19 qui potiores. (D. 20,4)

L 32 § 5 de donat: i: vir: &. ux. (D. 24,1)

Der welcher das jus offerendi geltend macht, erwirbt ganz die Rechte des frühern Pfand- | gläubigers. – Jeder der in der Lage ist, das jus offerendi geltend zu machen, wird wenn er kauft und zahlt, immer so beurtheilt, als sei seine Absicht auf ein jus offerendi gerichtet gewesen. [267]

L 2, L 5 § 1, L 6 de distractione (D. 20,5)

Rechtsmittel des Pfandgläubigers.

Hypothecaria actio.

Sie hat in unsern Rechtsquellen versch: Namen; sie heißt: Serviana actio; utilis Serviana, quasi Serviana, hypothecaria, pignoratitia. (dies ist auch der einzige Name der Klage aus einem Pfandcontract.)

Bedingungen dieser Klage.

In der Person des Klägers: er muß ein wirkliches Pfandrecht haben; es muß sich dies beziehen auf eine gültige Obligatio, der Verpfänder muß Eigenthümer gewesen seyn, und der Act der Verpfändung vorgenommen seyn. Wird eine dieser Thatsachen bestritten, so muß der Kläger sie beweisen.

Er muß also behaupten und beweisen: a. daß eine Schuld vorhanden gewesen,

L 10 Cod de pign: actione (4,24)

L 1. de non: num: pecunia (C. 4,30)

b. daß der Verpfänder Eigenthümer gewesen. c. den Act der Verpfändung, den Vertrag worauf sie sich gründet.

L 23 de probationibus ()

Läugnet der Beklagte, daß der Verpfänder Eigenthümer gewesen, und der Kläger beweist dies, so soll wenn auch der Beklagte andre Einwendungen nun macht, der Besitz einst- | weilen auf den Klä- [268]
ger gebracht werden.

Nov: 18. Cap. 10.

Auth. item Cod. qui potiores

Ferner braucht der Kläger nur zu beweisen, daß er einmal ein Pfandrecht gehabt hat; behauptet der Gegner: es sei untergegangen, so muß er dies beweisen.

In der Person des Beklagten.

cf. *Rei vindicatio*.

Possessor u fictus possessor kommen hier wie dort in Betracht.

L 16 § 3 de pign. 20,1. (D.)

Wirkungen der Klage.

Sie ist eine *arbitraria actio*; durch gewisse freiwillige Leistungen kann der Beklagte Alles von sich abwenden.

§ 31 Inst de actionibus (4,6)

L 16 § 3 de pignoribus cit

Der Beklagte hat die Wahl: entw: dem Kläger die Sache freiwillig zu restituieren, oder ihm die ganze Schuldforderung auszuzahlen.

L 12 § 1 quib: modis pignus. (D. 20,6)

In beiden Fällen wird er absolviert. Versäumt er beides, so wird er condemnirt zunächst darauf, daß dem Kläger das dingliche Recht anerkannt wird. Es kann der Richter hier auf Herausgabe der Sache, in andern Fällen auch bloß auf Geldentschädigung sprechen.

L 27 de pignoribus 20,1 (D.)

L 21 § 3 eod.

[269] Können die Sachen nun nicht mehr restituirt werden, so gelten ähnliche Regeln, wie bei der *rei vindicatio*. – Muß der Beklagte einen Geldersatz leisten, welche Natur und Wirkungen hat dies? Dadurch hat der Beklagte nicht die Sache gekauft, der Schuldner als Eigenthümer hat dadurch sein Einlösungsrecht nicht verloren, aber dieser muß ihm dann jenen Ersatz an den Creditor erstatten.

L 28 pr de pign: act: (D. 13,7)

L 2 quibus modis pignus (D. 20,6)

L 7 § 12 communi dividundo. (D. 10,3)

Verjährung dieser Klage.

Bis auf Justinian kam eine zweifache Verjährung vor, eine *longi temporis praescriptio* und [~~nach den Neuern~~] eine XXX. v: XL. annorum *praescriptio*, eine *longissimi temporis praescriptio*, wie sie die Neuern nennen. Bei der X. vel XX annorum *praescriptio* war *bona fides* in einem andern Sinne wie beim Eigenthum erforderlich. Der Verpfänder obschon Eigenthümer ist hier weniger *bonae fidei possessor* als jeder Fremde. *Bona fide* besitzen dem Pfandgläubiger gegenüber heißt so besitzen, daß man von diesem Pfandrecht nichts weiß.

L 1,2 Cod si adv: Credit: (2,37)

Nach der richtigern Ansicht existirt diese longi temporis praescriptio im justinianischen Recht nicht mehr.

Die sogenannte longissimi temporis praescriptio tritt ein, wo an den Bedingungen der longi temporis praescriptio etwas fehlt; entw: bona[?] fides, justus titulus oder beides.

In der Regel ist hier Besitz von 30 Jahren | nöthig. Vierzig Jahre [270]
Besitz sind erforderlich

1. Wenn der Schuldner besitzt.
2. Wenn die Erben des Schuldners besitzen,
3. wenn ein nachstehender Creditor besitzt, wenn der Verpfänder noch lebt, so lange dessen Besitz noch in die Lebenszeit des Verpfänders hineingerechnet werden soll.

L 3, L 7 pr § 1,2 Cod de praescr: XXX (7,39)

Anfang dieser Verjährung.

Die Zeit, wo die Schuld selbst fällig war. Der Augenblick der Kündigung bei unverzinslichen Darlehen. Bei verzinslichen Darlehen, sobald die Zinsen ausbleiben

L 7 § 4,6 L 8 § 4 Cod eod.

Unterbrechung dieser Verjährung.

Wenn der Creditor nur mit einer persönlichen Schuldklage auftritt, so unterbricht die Anstellung einer solchen Klage gegen den Schuldner schon den Lauf der Verjährung. Ebenso wenn der Schuldner nur einen neuen Schuldschein ausstellt.

L 13 Cod de annali exc. (7,40)

L 7 § 5 de praescr. XXX (C. 7,39)

Im justinianischen Recht ist hier gar nicht bona fides erforderlich, damit diese Exceptio stattfinde. Ist bona fides vorhanden, so tritt Untergang des Pfandrechts ein. Das canonische Recht erfordert bona fides durchaus.

Diese actio hypothecaria kann auch in Form einer exceptio vorkommen, für jeden der eine actio hypothecaria hat, wenn dieser selbst in Besitz ist, da er das Recht hat mit | der Actio hypothecaria den Besitz zu fordern. [271]

L 12 pr qui potiores 20,4 (D.)

L 10 de pignoribus. 20,1 (D.)

L 10 Cod de pign: act (4,24)

Einrede der Excussion:

Des Hauptschuldners

Der Creditor hat die Wahl ob er sich persönlich am Schuldner oder dessen Bürgen oder am Pfande halten will. So nach altem Recht. Nach justinianischem Recht kann der dritte Besitzer verlangen, daß man erst gegen den Hauptschuldner oder dessen Bürgen klagen solle.

L 14, 24 Cod de pignor: (8,13)

Nov.4 Cap 2.

Auth hoc. si Cod de pign:

Der dritte Besitzer hat die Exceptio Excussionis, die actio hypothecaria geht gegen ihn blos in subsidium. Diese Einrede hat ihren Namen von der Verweisung, die persönliche Schuldner anzugreifen, zu executiren.

Des Spezial-Pfandes.

Das Vermögen ist im Ganzen Einem verpfändet, ein Stück daraus einem andern. Hier geht nicht das spezielle dem generellen vor und umgekehrt. Die allg: Regel gilt hier.

(Nro 139) L 2 D. qui pot: in pign 20,4.

Es kommt nämlich immer auf die Zeitpriorität an. Davon gibts eine einzige Ausnahme: Wenn derselbe dreimal eine Sache allein und dann mit dem ganzen Vermögen und ein anderer auch diese Sache verpfändet erhielt, so muß jener erst sein generelles Pfandrecht geltend machen.

L 2 Cod: de pignoribus (8,13) |

[272]

Salvianum interdictum.

Es ist ein Interdictum adipiscendae possessionis, paralell[e] gehend mit der Serviana actio.

§ 9 Inst de interdictis (4,15)

(Nro. 116) L 1 Cod de precario. 8,9.

Dies Interdictum geht es in rem oder nur in personam? Kann man es gegen den 3ten Besitzer gebrauchen, oder nur gegen den Schuldner wenn er besitzt. Als interdictum in rem nimmt es:

L 1 D, 43,33

Als in personam

L 1 Cod cit 8,9

an.

Nach beiden Meinungen sollte der Creditor zwischen der Serviana actio und dem Salvianum Interdictum die Wahl haben; nach den Dig: in allen Fällen, nach dem Cod: nur gegen den Verpfänder.

Ursprünglich gab man gewiß bloß ein Interdict gegen die Person des Verpächters, später ein ausgedehnteres in rem, die Serviana actio, wodurch jenes Interdict in den Hintergrund trat. Im justinianischen Recht existirt zwischen beiden Rechtsmitteln kein Unterschied mehr; die Interdicte als summarische Prozesse sind weggefallen. Dies Interd: bezieht sich nur auf die hypotheca.

L 13 § 1,6,2. L 2 § 3 de interd. (D. 48,22)

Utilis actio bei Forderungen.

Nicht bloß Sachen, auch Schuldforderungen kann man verpfänden. Hier kann der Creditor entw: die Forderung verkaufen und sich mit dem gelösten Gelde bezahlt machen, oder | der Creditor kann auch [273] von dem Schuldner des Verpfänders durch eine utilis actio die Schuld einfordern, sich bezahlt machen, und den Ueberschuß dem Pfandschuldner herauszugeben.

Aufhebung des Pfandrechts.

Aus allgemeinen Gründen: wie sie auch bei andern Rechtsverhältnissen vorkommen.

Erlassung des Gläubigers.

Das Pfandrecht kann zerstört werden auf dieselbe Weise wie es entstehen kann, durch bloßen unförmlichen Vertrag.

L 2 Cod de remissionibus.^a

Beruhete die Verpfändung auf einem schriftl Instrument, u dies Pfandinstrument wird zurückgegeben, so gilt diese Rückgabe als Erlaß des Pfandes.

L 7 Cod de remissionibus.^a

Die Rückgabe des Pfandes selbst, wenn der Creditor Besitzer ist, soll an sich noch nicht als Beweis des aufgehobenen Pfandrechts angesehen werden.

^a Die Stelle de remissionibus ist D. 43,25

L 3 de pactis ()

L 3 de pignorat: act: (D. 13,7)

[274] Willigt der Creditor in neue Verpfändung der Sache ein, so wird dies interpretirt als Erlaß seines Pfandrechts. Gibt der Creditor ohne Zusatz die Erlaubniß so wird dazu gedacht: auch will ich mein Pfandrecht dir erlassen haben. Bei einer neuen Verpfändung hat der Creditor nämlich gar kein Interesse zu erlauben oder nicht zu erlauben. Der Schuldner kann | dies ohnehin thun. Gibt nun der Creditor die Erlaubniß, so nimmt man an, sie habe einen besondern Zweck, er habe was besonders thun wollen, nämlich sein Pfandrecht erlassen, um dadurch die neue Verpfändung factisch möglich zu machen.

Man[ne] kann ausmachen, daß dem alten Creditor ein neues Pfand hinter diesem neuen Creditor eingeräumt seye.

L 12 § 4 qui potiores ()

L 12 pr quib: mod: pign. (D. 20,6)

Willigt der Creditor in den Verkauf der verpfändeten Sache ein, so wird dies auch interpretirt, als ob er das Pfandrecht erlasse. Die Veräußerung könnte auch hier ohne Erlaubniß geschehen, und interpretirte man nicht so, so wäre die Einwilligung etwas völlig zweckloses.

L 4 § 1 L 8 § 6,15 quib mod pig: (D. 20,6)

Unbedingter Erlaß ist dies aber nicht, sondern nur für den Fall der wirklich erfolgten Veräußerung, und zwar in der Form wie sie ausdrücklich gestattet ist

Confusio.

Vereinigung des Pfandrechts mit dem Eigenthum einer Person. Der bisherige Pfandgläubiger wird entw: Eigenthümer, oder der bisherige Eigenthümer zugleich Pfandgläubiger.

[275] Jedes jus in re ist Gegensatz des Eigenthums, | also hört hier das Pfandrecht allg: als jus in re auf. Dieser Untergang des Pfandrechts hat durchaus keine nachtheiligen Folgen, denn genau so viel als der Eigenthümer durch den Untergang seines Pfandrechts verliert, gewinnt er durch die Reinigung seines Eigenthums.

Im practischen Zusammenhange gestaltet sich hier die Sache anders, wie bei den andern jura in re, wegen der Collision der versch: Pfandgläubiger zueinander.

(cf Nro 143) L 30 § 1 D. de exc: rei jud. 44,2.

(Nro 120) L 18 D de pignoribus, 20,1.

A verpfändete mir seyn Haus, dasselbe später an B. A stirbt, setzt mich zum Erben ein; dadurch hört mein erstes Pfandrecht auf, ich bin Eigenthümer; B ist einziger Pfandgläubiger und rückt an meine Stelle. Hier verliere ich, da das Verkaufen früher von meiner Willkühr abhing. Hier nun machten die römischen Juristen die Ausnahme: gegen die folg: Pfandgläubiger soll man dieselben Rechte behalten die man auch früher hatte. Der Eigenthümer soll trotz der Confusio durch fiction so behandelt werden gegen die nachstehenden Pfandgläubiger, als ob er noch fortwährend Pfandgläubiger sei.

(Nro 143 inf.) L 30 § 1 D. cit 44,2.

„Der erste Creditor hat die actio hypothecaria solange ihm nicht satisfactum est. So spricht für ihn der Buchstabe des Edicts u die aequitas“.

L 1 Cod si antiquior creditor (8,20) |

Bei der Ehefrau die eine dos einbrachte haben wir eben eine merkwürdige Anwendung dieser Begünstigung kennen lernen. Die überlebende Frau erhält an den vorhandenen dotalsachen Eigenthum und Pfandrecht d:h: gegen die nachstehenden Creditoren tritt für sie keine Confusio ein.

[276]

L 30 Cod de jure dotium. (5,12)

Ersitzung der Freiheit.

L 8 Cod de praescr. XXX. (7,39)

Ursprüngl war der Pfandgläubiger ausgeschlossen durch die longi temporis praescriptio, wenn der Besitzer in bona fide war; nach Justinian soll hier das Pfandrecht aufgehört haben, und der Besitzer klagen können; dasselbe soll auch bei der longissimi temporis praescriptio gelten, wenn nur bona fides vorhanden. Früher hatte also der Besitzer die exceptio temporis [~~hypothecaria~~] gegen den Pfandgläubiger. Nach Justinian hatte der Besitzer nach einer solchen Zeit eine actio, wenn er den Besitz verloren hat; der Pfandgläubiger soll hier nicht mal die exceptio hypothecaria haben. So ist hier eine Ersitzung der Freiheit aus der früheren Klagverjährung geworden.

Der Fall einer reinen Klagverjährung kommt nach den Zusätzen des canonischen Rechts nicht mehr vor, denn entw: ist man in bona fide, so tritt Ersitzung, ist[s] man es nicht, so tritt | nicht einmal die allg: Klagverjährung ein.

[277]

Untergang des Objects.

Der Untergang muß vollkommen seyn, und eine Veränderung der Form reicht nicht wie beim Ususfructus hin.

*Durch die eigne Natur des Pfandes:**Tilgung der Hauptschuld.*

Mit ihr hat das Pfandrecht seinen Zweck verloren. Die Arten dieser Schuldtilgung sind sehr verschieden. Eine Obligatio kann aufhören ipso jure oder per exceptionem, civiliter oder naturaliter. Das Pfandrecht hört auf ohne Unterschied ob die Obligatio ipso jure oder per exceptionem getilgt ist; es dauert fort so lange die Obligatio naturalis noch existirt. Der Fall der vollständigen Erfüllung gehört vor allem hieher. Novatio zerstört auch die Obligatio und mit ihr das Pfand; eben so: Acceptilatio, Compensatio und Confusio. Um eines Theiles der Obligatio wegen dauert auch noch das Pfandrecht fort.

L 14 § 1 de pignoriibus. 20,1. (D.)

Schuldverjährung ist der Hauptfall. Das Pfand dauert fort, wenn die Klage auch verjährt ist.

Verkauf des Pfandes.

Davon oben. Der Verkauf durch den Eigenthümer ändert nichts. Der Verkauf durch den ersten Pfandgläubiger hebt alle Pfandrechte an der Sache auf. |

DRITTES BUCH
VON DEN OBLIGATIONEN.

[279]

ERSTES KAPITEL.
VOM INHALT EINER OBLIGATIO.

Einleitung:

Vom Begriff der Obligatio – Hauptarten:

Hier wird eine Person der Willkühr einer andern partiell beschränkt unterworfen, so daß ihre Freiheit nicht aufhört. Es ist dies ein dem Sachenrecht coordinirter Theil; beide bilden das Vermögensrecht.

(cf: Nro 148) L 3 pr D de obl: et act. 44,7.

Ein Verhältniß zwischen zwei bestimmten Individuen, worin eine einzelne Handlung des einen der Willkühr des andern unterworfen wird, ist das Wesen der Obligatio.

Obligatio ist ein Rechtsverhältniß.

Controverse. Der Sprachgebrauch der neuern Juristen weicht hier merklich ab. Wir müssen sowohl dem Berechtigten als dem Verpflichteten eine Obligatio zuschreiben können, denn beide stehen in diesem Verhältniß. Die Neuern sagen | Obligatio sei die Sache des Verpflichteten, jus die Sache des Berechtigten. falsch.

[280]

L 46 pr de jure dotium 23,3. (D.)

§ 1 Inst de duobus reis (3,16)

Das Rechtsverhältniß muß zwischen zwei bestimmten Individuen bestehen; sie heißen Creditor und Debitor.

L 10,11,12 de verb: sig: 50,16. (D.)

Controverse. Die Neuern gebrauchen willkührlich auch bei andern Rechten das Wort Obligatio; sie sagen der Eigenthümer habe ein jus. Jeder andre eine Obligatio, die Nothwendigkeit also das fremde Eigenthum zu respectiren.

Auf dies besondere Rechtsverhältniß darf Obligatio nur bezogen werden.

L 7 de annuis legatis 33,1 (D.)

Die Unterwerfung unter die fremde Willkühr macht das Wesen dieses Verhältnisses aus. Sobald die Willkühr des einen nicht gebunden ist, existirt auch keine Obligatio, nur scheinbar.

L 108 § 1 de verb: oblig: 45,1 (D.)

[281] Die römischen Juristen haben von alter Zeit an zur Bezeichnung der wichtigsten Handlungen bei den Obligationen symbolische Ausdrücke. Das Verhältniß des gebundenseyns gehört zum Wesen; daher Obligatio obligare; durch die Handlung, der Vertrag woraus ein solches Verhältniß entsteht heißt so; nectere contrahere, contractus dies ist eigentlich eben so etwas ausgedehntes wie Obligatio, nämlich die Handlung woraus diese Unfreiheit entsteht. Contractus hat zufällig eine engere Bedeutung erhalten, u wird blos für die Art der eine Obligatio erzeugenden Handlungen gebraucht, welche auf Verträgen beruhen, und zwar auf Verträgen in einer besondern Form.

Der Ausdruck solvere, solutio gehört auch hieher, u hat später auch eine engere Bedeutung erhalten.

Obligatio civilis u naturalis.

Civilis eine solche die durchs jus civile anerkannt ist. Naturalis die sich aufs jus gentium gründet u nicht durchs jus civile anerkannt ist. Naturalis Obligatio, naturalis debitor, naturaliter debere sind synonyme Ausdrücke.

(Nro 149) L 84 § 1 D. de reg. juris. 50,17.

Civilis Obligatio ist die mit einer Klage auf Erfüllung verbundene; naturalis Obligatio die wegen Mangel der Anerkennung des jus civile ohne Klage geblieben ist. Aber auch hier sind für den Schuldner Zwangsmittel vorhanden, aber nur indirecte.

Diese indirecten Zwangsmittel bestehen hier für den Creditor in Allen Zwangsmitteln ausser der Klage; also

[282] a. der Fall wenn der Creditor aus Irrthum vom Debitor die Leistung schon erhalten hat. Hier kann der Schuldner das so irrig gezahlte nicht mit einer Condictio indebiti zurückfordern. – Die Soluti retentio oder | die Ausschließung der Condictio indebiti ist eine Folge der naturalis Obligatio.

b. Die Compensatio ist eine Folge der naturalis Obligatio.

c. Sie begründet Accessionen der Obligatio. Dahin gehören: α. Auf eine naturalis Obligatio kann sich eine Verpfändung gründen. Sie ist ganz gültig, der Creditor braucht hier keine Klage aus der Obligatio mehr, denn mit der actio hypothecaria kann er den Besitz einfor-

dern. β. Die Novatio, dazu taugt jede Obligatio. γ. Die Bürgschaft ist gültig auch für eine bloße naturalis Obligatio, sowohl eine fidejussio als ein Constitutum.

Es ist also ein großer Unterschied zwischen einer naturalis Obligatio und einer ungültigen, nulla Obligatio.

Civilis Obligatio, die anerkannt und bestätigt ist durchs jus civile. Sie kann 1. Eine bloß positive Erfindung seyn, oder 2. Ihren Grund schon im jus gentium haben, und nun durchs jus civile anerkannt seyn. Beides macht im Wesen der Civilis Obligatio kein Unterschied, auch in der Benennung nicht.

Die Neuern nennen ganz gegen den römischen Sprachgebrauch auch das was wir sub 2. unterschieden, mixta Obligatio.

Finden sich die indirecten Wirkungen auch bei der Civilis Obligatio? In der Regel, ja. | Jede Civilis obligatio ist der Wirkung nach eine Naturalis Obligatio.

[283]

In der Regel; es gibt ausgenommene Fälle, in denen der Civilis Obligatio jene naturale Kraft und Wirkung genommen ist. Eine Civilis Obligatio kann ungültig seyn oder es hinterher werden auf 2erlei Weise, ipso jure und per exceptionem; ipso jure d:h: daß sie nur scheinbar vorhanden ist; per exceptionem, daß der Schuldner ein persönliches ihr entgegenstehendes Recht hat, um sich der Obligatio dem Erfolg nach zu entziehen. Im einen Fall ist die Obligatio nicht vorhanden, im anderen Fall steht neben ihr ein andres stärkeres Recht. Dieser Unterschied hing freilich mit dem römischen alten Prozeß zusammen; der Gegensatz blieb nach Aenderung dieses Prozesses als etwas allgemeines stehen, wenn schon die practische Seite nicht mehr wichtig ist. – Auf eine Ungültigkeit ipso jure mußte der judex immer Rücksicht nehmen, darauf war er immer instruiert. Auf die Beachtung der Exceptio instruirte der Praetor den judex. Wird die Behauptung aber erst vor dem judex vorgebracht, er war also nicht darauf instruiert, so durfte der judex nie darauf Rücksicht nehmen. Dies war aber nur bei den actiones stricti juris. Bei den arbitratis actionibus durfte und mußte der judex auf die exceptio Rücksicht nehmen, auch wenn sie nicht in der formula enthalten war. |

Die per exceptionem gegründete Ungültigkeit kann so beschaffen seyn, daß nur der civile Theil angegriffen wird, salva naturali Obligatione. Dies ist der seltnere Fall: Er kommt vor bei dem Scltum Macedonianum, dann bei einer verjährten Klage, und endlich der Fall des rechtskräftigen Urtheils (wo durch Irrthum des Richters

[284]

der Schuldner absolvirt wird) oder die Ungültigkeit ist so beschaffen, daß das naturale der Obligatio zugleich mit dem civilen absorbiert ist. Dies ist die Regel. Eine solche Obligatio heißt inanis, inefficax. Diese inanis Obligatio kommt factisch einer nulla Obligatio sehr nahe, ist aber nicht damit gleichbedeutend.

L 10, L 55 de verb sig: 50,16. (D.)

L 112 de regulis juris. 50,17. (D.)

Nro 150) L 66 eod. (D. 50,17)

„Die justa exceptio muß auch eine solche seyn, die im jus gentium ihren Grund hat“

Im Fall der Obligatio nulla ist wirklich gar keine Obligatio vorhanden; der Obligatio inanis steht ein andres Recht, die exceptio entgegen im letzten Falle kann die Obligatio wieder hergestellt werden, durch Wegschaffung der exceptio. Bei einer nulla Obligatio ist nichts wiederherzustellen möglich.

Die naturalis Obligatio kann nur auf eine Weise aufhören, nämlich ipso jure. †

[285] (Nro 151) L 95 § 4 D de solut. 46,3.

Folgende Fälle können bei der Oblig: vorkommen. 1. Eine Civilis Obligatio, die ganz voll existirt. 2 Eine Civilis Obligatio, die per exceptionem aufgehoben ist, bei der das naturale aber fortdauert. 3. Eine civilis Obligatio wo auch das naturale aufgehoben ist, also eine inanis Obligatio. 4. Eine bloße naturalis Obligatio.

Der Fall der Civilis Obligatio kommt am häufigsten vor und bildet die Regel, und in Bezug darauf wird das Obligationenrecht durchgenommen. Die Römer brauchen Obligatio häufig statt civilis Obligatio, synonym mit actio, weil sie immer eine Klage erzeugt.

(Nro 152) L 7 § 4 D de pactis. 2.14.

(153) L 16 § 4 D. de fidejuss: 46,1.

Vom Gegenstand der Obligationen.

Jede Obligatio geht auf ein Thun oder Unterlassen, jenes ist das häufigste. Die Römer sagen dare, facere. Jener Ausdruck geht auf Eigenthum oder Benutzung des Eigenthums. Die Obligatio faciendi ist seltner.

Kann auf jeden denkbaren Gegenstand eine Obligatio gleichförmig gerichtet werden? Kann der Verpflichtete sich vielleicht dadurch freimachen, daß er irgend eine Arbeit vollbringt.

Jede Handlung kann Gegenstand eines Vertrags sein; es läßt sich aber für jede | eine aestimatio angeben, und darauf kann der Richter erkennen, wenn die Handlung unmöglich wurde, [286]

Controverse. Viele behaupteten: Auch der Verpflichtete könne nach seiner Willkühr, statt seiner Handlung die aestimatio leisten. Sie beriefen sich auf:

Nro 154. L 13 § 1 D de re jud. 42,1.

„Bei Obligationes faciendi geht die Condemnatio auf einen Geldwerth; das eventit kann heißen: es geschieht durchaus so oder als Hilfsmittel“. Was der Jurist hier meinte, sagt

Gajus IV § 48.

„Solange die formulae existirten wurde die Condemnatio bei *allen* Obligationen auf eine Geldsumme gerichtet. – Diese Eigenthümlichkeit ist nicht so wie die Formeln ins Justinianische Recht übergegangen. Jene Stelle ist also bloß Ueberbleibsel eines ältern Rechtsatzes, dazu kommt nun noch daß das eventit inf: ganz unbestimmt ist.

Im justinianischen Recht wird die Condemnatio bei den Obligationen auf die ursprüngliche Leistung gerichtet.

Von der Obligatio alternativa.

Ihr Gegenstand ist theils bestimmt, theils unbestimmt; er besteht in Einer von mehreren Handlungen. Drückt der Vertrag nichts genaueres aus, so hat der Schuldner die Wahl

(Nro 155) L 138 § 1 D de verb: Obl: 45,1. |

„Die wirklich getroffene Wahl bindet den Schuldner nicht einmal, sondern erst die Leistung.“ [287]

L 106 de verb: obl: 45,1. (D.)

L 34 § 6 de contrah emtione. 18,1. (D.)

Wenn die Eine von den mehreren Handlungen unmöglich geworden, fällt die Wahlfreiheit weg.

Von Geldschulden:

Allgemeine Regeln

Hufeland in Heise nota 6.

Die wichtigste Frage ist hier die: Ist von einer Geldschuld, Obligatio dandae pecuniae die Rede, was ist der wahre Gegenstand der Obligatio.

Bei Allem Geld wird 3erlei unterschieden. 1. Der innre Werth: 2. Der gesetzliche Werth, der ihr durch das Gepräge beigelegt. 3 Der Kurspreis, den die Meinung ihm beilegt. Der natürliche Zustand ist nun der, wenn diese drei Werthe miteinander harmoniren, also der gesetzliche Werth den innren nicht übersteigt, und mit dem Kurspreise stimmt.

Es ist ein Gelddarlehen gegeben; vor der Zurückzahlung ändert sich der Werth, wie muß nun das Darlehen zurückerstattet werden?

Das was dem Gelde den Werth gibt, ist die Möglichkeit es zu einem bestimmten Zweck als eine bestimmte Quantität zu gebrauchen.

[288] Controverse Viele behaupten: der innre Werth sei das entscheidende; hier muß man schon von vorne herein Metallgeld u Papiergeld unterscheiden, | welches letztere keinen innren Werth hat. Andre sagen: der gesetzliche Werth entscheide. Das Geld erhalte seinen Character durch den Willen der Regierung, wie jedes positive Gesetz. Dieser Meinung wollte man durch die erste begegnen. Durch einen Machtspruch wird die Regierung in der Regel ihren Zweck gegen die allg: Meinung nicht erreichen. Setzt sie den gesetzlichen Werth aufs doppelte des innren Werths, so wird die Waare auch noch einmal so theuer wie früher werden. Durchsetzen könnte die Regierung dies aber nur ungerechter Weise in Bezug auf Rückzahlungen von Darlehen, indem sie den Richter zwänge, nach ihrem gesetzlichen Werth zu sprechen.

[289] Die einzige rechte Behandlung ist die, daß man auf den Kurspreis sieht d:h: den Werth den man nach der allg: Meinung früher und jetzt einer Geldsorte beilegte. Zur Vermittlung muß man hier irgend ein sicheres unveränderliches annehmen. Dieser Maaßstab ist der innre Werth. Wieviel innren (Silber) Werth hatte das Darlehen damals, und wie viel Geld muß jetzt bei Zurückzahlung nach dem Kurse gegeben werden, damit es jenen Silberwerth erreiche. Wir meinen | hier immer nur Geld, insoweit es als Mittel zur Messung

des Werths anderer Objecte gebraucht wird. – Die Veränderungen im Werth des Silbers treten nie in so kurzen Zeiträumen ein, daß sie irgend einen auch nur bemerkbaren Einfluß haben könnten auf ein Schuldverhältniß[es].

Von den Zinsen.

Allgemeine Natur derselben.

Es wird hierbei vorausgesetzt: eine Obligatio, gerichtet auf fungibile Sachen. Ist eine solche Quantität fungibiler Sachen Gegenstand einer Obligatio, so kann man wie bei allen Sachen den Sach oder Eigenthumswerth, oder den Gebrauchswerth für eine gewisse Zeit unterscheiden.

In Ansehung des Gebrauchswerths fungibiler Sachen gibt es bestimmte Regel. Er kann durch andre Sachen oder in Sachen gleicher Art ausgedrückt werden. Im letzten Falle nennt man das was so zur Vergütung des Gebrauchs in gleichartiger Quote gegeben wird, Zinsen, *usurae, foenus*. Bei allen fungibilen Sachen lassen sich Zinsen anwenden; bei Gelddarlehen in baarem Gelde ist das gewöhnlichste. Die Römer rechneten nach Prozenten, *centesimae* (1 vom 100) Ein bestimmter Zeitraum muß hier hinzugedacht werden. Die römische Berechnung u Bezeichnung setzte stillschweigend voraus einen Monat, also 12 in einem Jahr. Wir nehmen die Zeit stillschweigend immer auf Ein Jahr an. Zu Justinians Zeit heißt höchst- | wahr- [290]
scheinlich *centesimae*, nicht mehr genau zwölf Prozent, sondern 12 1/2 Prozent (jährlich) weil man einen graden Theil des Capitals haben wollte, also der achte Theil. Die neuere Praxis nimmt immer 12 Prozent an, *semissae* 6 Prozent.

Godofredus ad Cod Theod I pag 271^a

de foenore et usuris II,2.

Zinsen sind Früchte, *fructus civiles, jure fructuum censentur*. Die Forderung der Zinsen ist als eine Frucht der Capitalforderung zu betrachten.

L 34 de *usuris* 22,1 (D.)

^a *Godofroy, Jacques, Prolegomena ad Codicem Theodosianum Halae Magdeburgicae 1727, in: Simonis Petri Gasseri Praelectiones ad Codicem Iustinianum (Sav. PB 918).*

Entstehung der Zinsverbindlichkeit.

Zinsen können entstehen:

1. *Aus einer allg. Rechtsregel:* benutzt jemand eine gewisse Zeit hindurch eine Summe fungibler Sachen und liegt in dieser Benutzung eine Rechtsverletzung; die Entschädigung dafür besteht hier in Zinsen. Der häufigste aber nicht der einzige Fall ist der der Verzögerung, Rechtsverletzung durch verspätete Erfüllung, er ist in mora. Dafür muß er Ersatz leisten, dieser besteht in Zinsen, usurae morae, Verzugszinsen

L 32 § 2 eod. 22,1. (D.)

Wenn man sagt, die Zinsverbindlichkeit entsteht aus mora oder Vertrag, so ist jenes zu enge. Auch von der Zeit der litis contestatio muß ja der Beklagte ohne alle Rücksicht auf mora Zinsen bezahlen.

[291] Diese Obligation gilt als bloße Accession | der Hauptschuld d:h: neben der Hauptklage sollen die Zinsen mitgefordert werden. Darauf muß neben dem Capital im Urtheil erkannt werden. Eine eigne Klage gibts auf diese Zinsen als Nebenforderung nicht; diese Zinsen sagen die Römer sind nicht in obligatione, sed officis iudicis continentur.

L 49 § 1 de act: emti. 19,1. (D.)

L 13 Cod, de usuris 4,32.

L 4 Cod depositi 4,34.

Ausnahmen, in welchen Zinsen auch im Fall der mora nicht gezahlt werden:

a. Bei einem Schenkungsversprechen.

L 22 de donationibus. 39,5. (D.)

b. Wegen der Strafgeder, die man dem fiscus schuldig ist.

L 1 Cod de fiscalibus usuris 10,8.

c. Der fiscus zahlt keine Zinsen.

L 17 § 5 h Tit 22,1. (D.)

Wie viele Prozente werden hier gegeben?

Viele sagen hier: usurae maximae oder legitimae also nach justinianischem Recht 12 proC. Durch den Ausdruck legitimae ließ man sich hier täuschen. Der Ersatz kann aber doch nicht weiter gehen als der eine entbehrt, der andre gewonnen hat, daher entscheiden hier auch die römischen Juristen, daß auf den Zinsfuß der Zeit und Gegend Rücksicht zu nehmen sei.

(Nro 176) L 1 pro de usuris 22,1 (D.)

L 37 eod.

L 26 § 1 Cod. eod. 4,32.

Für die Praxis ist diese Bestimmung nachtheilig und un- [292]
bequem.

Daher half man sich in Deutschland sehr zweckmäßig.

Im Reichsdeput: Absch: 1600 § 139

ist bestimmt. Die Verzugszinsen bei einem Gelddarlehen sollen 5 %
betragen. Die Praxis generalisirte dies auf Alle Verzugszinsen.

Schon die Römer machten von der bemerkten Quantität hier Aus-
nahmen:

a. Der fiscus bekommt immer semissae, 6 %.

L 17 § 6 de usuris 22,1. (D.)

b. Wer fremde Gelder verwaltet, und sie veruntreut, solle ohne
Rücksicht auf den Zinsfuß zur Strafe centesimae, 12 % zahlen.

L 38 de negotiis gestis. 3,5. (D.)

L 7 § 10,11, L 54 de administrat: 26,7. (D.)

c. Ist jemand Geld schuldig geworden durch ein rechtskräftiges
Urtheil, so betragen diese usurae rei judicatae auch 12 %.

d. Haben zwei Personen gemeinschaftlich ein Haus was wieder
aufgebaut werden muß, u der eine baut, der andre sich entschließt
die Kosten zur Hälfte zu vergüten, so muß er nebstem auch 12 % Zin-
sen für die Auslagen erstatten, wenn er nicht sein Eigenthum an
den andern verlieren will.

L 52 § 10 D 17,2.

L 4 Cod. 8.10 |

2. *Durch Vertrag.* Er kann in versch: Formen abgeschlossen werden [293]
u sogar nach dem ältern Recht nothwendig seyn. In Verbindung mit
dem Gelddarlehen mußte der Zinsvertrag durch eine Stipulatio ge-
schehen. Ein bloßes pactum adjectum über Zinsen konnte nicht ein-
geklagt werden.

L 3,4 Cod de usuris 4,32.

Aufhebung derselben.

1. *Durch Vertrag* kann das zinsbare Darlehen zu einem unverzinsli-
chen gemacht werden.

2. Durch eine Tilgung der Hauptschuld, des Capitals. Was von der
Zahlung hier gilt, gilt auch von jeder andern Art Aufhebung, durch
Novation, Deposition des Geldes wenn der Creditor die Zahlung
nicht annehmen wollte.

L 18 D de novat: 46,2.

L 7 D de usuris 22,1.

L 19 Cod eod. 4,32

3. Durch Verjährung. Die Verjährung der Hauptklage wirkt hier auf die verfallenen Zinsreste mit, auch die allerneuesten.

L 26 pr Cod eod, 4,32.

Bei der Tilgung (sub 2) bleiben die verfallenen Zinsreste stehen. Diese Verjährung des Capitals wirkt auch für die Vergangenheit.

4. Durch ein rechtskräftiges Urtheil. Entweder spricht dies frei von der Zinsverbindlichkeit, dies ist nichts besonderes. Aber auch ein [294] Condemnatorisches Urtheil hemmt die Zinsen; bin ich condemnirt die Zinsen zu zahlen, so habe ich 4 Monate nach der Condemnatio eine Zahlungsfrist, u brauche für diese Zeit keine Zinsen zu zahlen. Nach dieser Zeit treten UrtheilsZinsen (usurae rei judicatae) ein, die 12 % betragen

L 13 Cod, de usuris. 4,32.

L 1,2,3 Cod de usuris rei jud: 7,54

Zinsbeschränkungen:

Verbotene Prozente.

Beim Zinsvertrage ist die Willkür der Partheien sehr eingeschränkt. Schon vor den XII Tafeln bestand in Rom ein maximum; Jeder Zins höher als unica war damals verboten. Zu Ciceros Zeit waren centesimae, 12 % erlaubt, aber nicht mehr. Dies Maximum erhielt sich bis auf Justinian. Diese Zinsen nennen die alten Juristen usurae maximae oder legitimae.

frag: vat. § 11

Paulus II, 14 § 2,4.

Justinians ganz neue Bestimmungen enthält:

L 26 § 1 Cod de usuris 4,32.

Hier ist als Regel die Hälfte des bisherigen Maximums gestattet, also semisses 6 %.

[295] Davon gibts Ausnahmen: Illustres sollen nur trientes d:h: 1/3 centesimae also 4 % nehmen dürfen. | Kaufleute sollen nehmen dürfen besses d:h 2/3 centesimae, also 8 %.

Bei Geldzahlungen soll dies nur gelten, bei andern fungibilen Sachen sind centesimae erlaubt. Das canonische Recht hat die Zinsen überhaupt verboten.

Die Reichsgesetze erlauben gradezu die Zinsen. Was ist das Maximum in den Reichsgesetzen? Einige behaupten 5 %, andre 6 %.

cf Heise nota 10.

Sie [~~ver~~]sprechen von Vertragszinsen nur vorübergehend, und dafür muß also die justinianische Vorschrift noch als Regel gelten. Die Reichsgesetze sprechen hauptsächlich von Verzugszinsen.

Zinsen über das Doppelte.

Der Zinsrest soll nicht höher anschwellen können als das Capital; dann hören sie auf zu wachsen.

Justinian hat dies völlig grundlos geändert: Er sagt: dies soll nicht bloß von den rückständigen, sondern auch von den abgezahlten Zinsen gelten. Dadurch wird der Creditor dann gezwungen das Capital zu kündigen. Diese Verordnung steht in 2 nicht glossirten Novellen.

Das ältere Recht, was noch jetzt gilt, steht:

L 10,27 § 1 Cod de usuris. 4,32.

Ueber das Neuere

Nov 121, 131

L 29,30 Cod de usuris 4,32

usurae usurarum.

Zinsen sollen nur gegeben werden nach römischem Recht von einem ursprüngl Capital. !

Zu jeder Zeit war dies nicht so. Zu Ciceros Zeit galten Zinsen von [296]

Zinsen nach einem Jahr (Anadocismus anniversarius).

Nach justinianischem Recht soll die Zinsschuld nie wieder Zinsen tragen, dies gilt sowohl für die Vertragszinsen als auch für *usurae morae*.

L 29 Dig de usuris 22,1

L 28 Cod eod

L 3 pr Cod. de usur: rei jud: 7,54

In Deutschland hat sich dies ausser in kaufmännischen Rechnungen, wo Zinsen von Zinsen gelten, so ziemlich erhalten.

Wirkung unerlaubter Zinsen.

Die Obligatio ist hier ipso jure nulla; der Vertrag wirkt keine Klage pp. Hat einer verbotene Zinsen gezahlt, so wird das was er übers gesetzliche Maximum gezahlt hat, vom Capital abgerechnet, oder der Schuldner kann's zurückfordern.

L 18,26 § 1 Cod 4,32

Wer diese Zinsverbote übertritt, soll noch ausserdem eine Strafe leiden. Nach altem Recht das 4fache an den Verletzten. Nach justinianischem Recht wird ein solcher infamis

L 20 Cod ex quib causis infamia, 2,12

Diese Verbote u ihre Wirkungen gelten sowohl für offenbaren als versteckten Zinswucher.

Von Schadensersatz und Interesse:

[297] Im allg: ist hier vorausgesetzt, daß irgend I eine Obligatio verletzt sei. Ist die Handlung, die den Gegenstand der Obligatio ausmacht, noch jetzt möglich, so kann der Creditor vor dem Richter den Schuldner dazu zwingen. Ist die Verletzung aber aufzuheben unmöglich, so hat der Creditor die Wahl, es dabei bewenden zu lassen, daß die Obligatio unerfüllt bleibt, oder ein Surrogat für das was unmöglich geworden ist, anzunehmen. Dies ist Schadensersatz und Interesse.

Wie weit geht dieser Schadensersatz, dies Interesse? Die Begrenzung kommt hier noch nicht zur Sprache. Wir fragen hier nur: wenn überhaupt solcher zur Sprache kommt, was muß dann geleistet werden? wie hoch geht das Interesse? Der Unterschied eines directen (wesentlichen) oder indirecten (zufälligen) Interesses ist hier an die Spitze zu stellen. Die Folgen der Verletzung können unmittelbare, daraus entspringende seyn, oder mittelbare nicht durch die Rechtsverletzung allein sondern durch sie zusammenwirkend mit andern Umständen.

Indirectes zufälliges Interesse: Ein zufälliger Umstand tritt zu der Rechtsverletzung und verursacht mir Schaden.

Directes wesentliches Interesse: Aus der Rechtsverletzung für sich allein ohne Mitwirkung fremdartiger Umstände entsteht der Schaden.

[298] Dahin gehören folgende Fälle: Der Sachwerth der uns entgeht, bildet das directe Interesse. Ferner die Accessionen der Sache, I die mir durch Zögerung pp unrechtmäßig nicht übergeben werden. Setzt sich jemand in mora, so besteht das directe Interesse in den landüblichen Zinsen dieser Summe.

Der Hauptfall ist immer der Sach oder Eigenthumswerth: dabei wird unterschieden: der objective oder Gemeinwerth, den die Sache

für jedermann hat, der Marktpreis; ferner der subjective individuelle Werth, welchen die Sache für mich hat, vielleicht blos aus Liebhaberei /pretium affectionis)

Nach welcher Zeit soll der Sachwerth bestimmt werden? Ist die Obligatio stricti juris, so soll auf die Zeit der litis contestatio, ist sie bonae fidei auf die Zeit des rechtskräftigen Urtheils gesehen werden.

L 3 § 2 commodati 13,6. (D.)

L 22 de rebus creditis. 12,1. (D.)

Ist der Schuldner in mora so muß er den höchsten Preis der Zwischenzeit zahlen.

Nach welchem Ort soll der Werth bestimmt werden? Nach dem, woran geleistet werden soll.

L 22 cit

Die römische Terminologie ist hier schwankend: utilitas, quanti interest, geht bald nur aufs directe Interesse bald auf beides.

Practische Regeln: 1. Bei allen Delicten wird sowohl das directe als indirecte Interesse geleistet werden. So verhält es sich bei der actio legis Aquiliae. Was bei dieser actio die sich auf ein sehr geringes Delict gründet, gilt, gilt gewiß für Delicte | ex dolo pp. Dies bei den Obligationes ex maleficiis. 2. Bei andern Obligationes ex contractu, quasi ex Contractu kann nur das directe Interesse gefordert werden. 3. Tritt aber ein dolus dazu, so kann auch das indirecte Interesse gefordert werden.

(Nro 170) L 21 § 3 D de act emti 19,1

(171) L 19 D de peric: et comm: 18,6.

(192) L 45 de contr: emt: 18,1. (D.)

L 13 pr § 1,2 D. de act: emti. 19,1.

Als Beweis des Gegentheils führte man an:

L 2 § 8 de eo, quod certo loco 13,4 (D.)

„In dem Falle dieser Stelle sind ganz besondere Gründe angeführt, weswegen das indirecte Interesse gezahlt werden soll, nämlich wenn der Debitor nichts thut um sich frei zu machen u es auf die Condemnatio ankommen läßt. Bei der actio arbitraria die der Creditor hier anstellen kann ist das indirecte Interesse nur anzusehen als eine gedrohte Strafe auf den Fall der Condemnatio. Man kann daher nicht schließen, daß bei allen Obligationes ex cont: &c abgesehen von Delicten indirectes Interesse gefordert werden könne.

Justinian schreibt nun vor: in allen Fällen in welchem von einem bestimmten oder gewissen Werth die Rede ist, soll das Interesse den

doppelten Sachwerth nicht übersteigen. In allen andern Fällen, wo von Objecten ohne bestimmten Sachwerth die Rede ist, soll der Richter auch fernerhin freie Hand haben.

L 11. Cod: de sent: quae pro eo quod interest, 7,47.

Von dem Schätzungseid (jus iurandum in litem.)

[300] Derjenige der den Beweis zu führen hat, also der Kläger | hat hier ein Recht zu schwören. Dies ist eine Ausnahme von der Regel.

1. Dieser Eid gilt bei allen actiones in rem und den actiones in personam die auf eine Restitutio oder [f]exhibitio gerichtet sind.

(Nro 42 med:) L 68 de rei vind: 6,1. (D.)

(172) L 2 § 1 D: de in litem iurando, 12,3.

Alle persönl Klagen die auf eine Tradition gerichtet sind, haben diese Eigenthümlichkeit nicht, u ähnliche:

cf L 4 Cod de act emti, (4,49)

L 19 de periculo (D. 18,6)

2. Der Beklagte muß in dolo seyn; die culpa lata wird dem dolus gleichgestellt.

L 2 Cod.

Dieser Eid ist eine besondere Begünstigung des Klägers, dieser kann daher den Richter das Interesse bestimmen lassen ohne zu schwören. Ein absolutes Recht des Klägers ist der Eid nicht; der Richter kann ihn verweigern, oder sogar wenn er geschworen, aus dringenden Gründen davon abgehen.

L 4 § 1–3, L 5 § 1 de in litem jur. 12,3. (D.)

In der Regel muß der Richter auf das Interesse condemniren, welches im Eid bestimmt worden ist. Die Neuern sagen: der Eid gehe in infinitum.

(Nro 173) L 4 § 2 D eod. (D. 12,5)

D:h: die Parthei darf schwören so hoch sie will, wenn ihr der Richter kein Maaß, keine Grenze gesetzt hat. In infinitum nicht in immensum darf der Kläger schwören. Schwierigkeiten macht hier:

Nro 42 med cit. (D. 6,1)

[301] „sine ulla taxatione“ dies könnte heißen: de- | ficiente omni taxatione d:h: wenn der Richter versäumt hat eine Grenze anzugeben; oder es kann heißen: dieser Eid geht in infinitum so daß der Praetor kein Maaß dem iudex angibt.

Gajus IV § 51.

Von Privatstrafen.

Der Verletzte fordert was, was ganz ausser den Grenzen der Verletzung seines Rechts und der Wiederherstellung desselben liegt. Darauf bezieht sich der Unterschied der *actio rei persecutoriae* und der *actio poenalis*. Viele behaupten, die Privatstrafen seien im gemeinen Recht nie zur Anwendung gekommen. Die meisten Fälle sind bei uns weggefallen und Gegenstände öffentlicher Untersuchung und Strafe geworden. Sie als allgemein im gemeinen Recht aufgehoben zu betrachten, ist kein Grund vorhanden.

Actio poenalis hat einen 2fachen Sinn; a: *Actio quae poenam persequitur*, die rein auf Strafe geht, (davon ist hier die Rede). b: *Actio quae poenae causa datur*; eine Klage die gegeben wird zur Strafe. Jede poenalklage der ersten Art ist zugleich poenalis im 2ten Sinne, aber nicht umgekehrt.

L 4 § 6, L 7 de alienat: jud: mutandi. (D. 4,7)

§ 16–19 Inst de actionibus (4,6)

§ 9 Inst de lege Aquilia (4,3)

Im ersten (a) objectiven Sinne der *actiones poenales* gibt es auch Klagen die weder rein poenales noch rein rei persecutorias sind; sie heißen *actiones mixtae*. |

Die eigenthümlichen Rechtssätze über Poenalklagen gehen auf die *actiones poenales quae oriuntur ex maleficiis poenae causa*. [302]

Verbindlichkeiten des Schuldners.

In der Hauptsache: Genaue Erfüllung.

Solutio: Wenn das, was vom Creditor gefordert werden kann, geschieht, löst es die *Obligatio* auf

Es muß grade das geschehen was Gegenstand der *Obligatio* ist; dies ist die Regel.

Ausnahmen dagegen:

Bei *Obligationes in faciendo*? Daß statt der Leistung die in einem Thun besteht, eine *aestimatio* gegeben wird, ist als Regel falsch; (cf oben)

Datio in solutum: Anstatt einer Geldschuld wird an Zahlungs statt eine andre Sache gegeben. Gewöhnlich geschieht dies durch

Uebereinkunft beider Partheien und dies ist gültig, wird als Kauf betrachtet. Hat der Geldschuldner kein Geld, findet für seine Sachen auch keinen Käufer, so darf er seine Grundstücke taxiren lassen, und die besten davon seinem Creditor in solutum geben, der sie nach der Taxe annehmen muß.

Nov: 4. Cap 3.

Leistung der aestimatio: Es soll nicht willkürlich diese geleistet werden. cf oben.

Beneficium competentiae. Es soll weniger gegeben werden, als in der Obligatio enthalten ist; die Condemnatio soll nicht in solidum, sondern nur darauf gehen was er leisten kann; in quantum facere potest. Im ältern Prozeß wurden dadurch die streng persönlichen Executionen verhütet. Später wurde seine Insolvenz und somit infamia für ihn verhütet. Später interpretirte man noch hinzu: auch so viel soll man ihm lassen, was zu seinem dringendsten Lebensunterhalt gehört. Dies ist im Justinianischen Recht das einzige was als Begünstigung des Schuldners geblieben ist.

[303]

L 173 pr de reg juris. (D. 50,17)

Der Ueberrest bleibt als Obligation bestehen; nur das gegenwärtige Urtheil soll nicht weitergehen.

L 63 § 4 pro socio (D. 17,2)

L 11 § 7 Cod de rei ux act: (5,13)

Die Fälle dieses beneficium competentiae sind folg: a. Es gilt für Alle Soldaten die einen Krieg geführt haben. b. In Ansehg der Kinder gegen ihre Eltern c. Der Ehegatten gegeneinander und in Ansehg des Mannes gegen den Schwiegervater.

L 18 de re iudicata (D. 42,1)

L 16,20–22,52 eod.

Diese Fälle bezogen sich auf persönl Verhältnisse. Auf die Natur der Obligationen beziehen sich noch folg: Fälle: d. Actio pro socio.

L 63 pro socio (D. 17,2)

e. Die Schenkungsklage.

L 19 § 1 L 38 de re iudicata. (D. 42,1)

Ort der Erfüllung.

Allgemeine Regeln.

[304]

Es betrifft dies solche Handlungen, die an jedem Ort geleistet werden können. Der Ort an welchem der Kläger den Beklagten

zwingen kann zu leisten, ist auch der wo der Beklagte das Recht hat zu leisten. Der Ort kann im Vertrag bestimmt seyn.

L 9,10 D. 13,4.

Der Creditor hat kein Recht die Erfüllung an einem andern Orte zu erzwingen. – Bei den Obligationes stricti juris machte dies Schwierigkeit. Jeder Stipulationsschuldner konnte der Klage dadurch entgehen, daß er sich nicht an dem Ort einfand, wo er die Zahlung versprochen hatte. Daher gab hier der Praetor gegen den Schuldner die actio de eo, quod certo loco; an jedem Orte konnte er damit auf Zahlung belangt werden.

L 33 Inst de act. (4,6)

L 1, L 5–8 D. 13,4.

Wie wurde es bei den arbitrariae actiones gehalten? Darauf wird diese Klage nicht bezogen, weil wegen des arbitrii des iudex in diesen Fällen die Klage nicht nöthig ist.

L 7 pr D 13,4

L 16 § 1 de pecunia constituta. (D. 13,5)

Stellt der Creditor eine Klage gegen den Debitor an einem andern Orte an, und dieser sich nun bereit erklärt, an dem in der Stipulatio bemerkten Orte zu klagen, und für die Erfüllung Cautio stellt, so wird er absolvirt.

(Nro 156) L 4 § 1 D de eo quod certo loco 13,4.

Geschieht die Cautionsleistung nicht, so condemnirt der Richter auf eine Geldsumme, die nach Berechnung des Courses gleich ist dem Werth, den sie an dem Orte hat, wo die Zahlung nach dem Vertrag geschehn müßte. Auch das indirecte Interesse wird berechnet.

[305]

L 2 pr § 8 L 3 de eo quod certo loco 13,4. (D.)

Ist in der Obligatio kein Ort bestimmt? Dann ist der Ort der Erfüllung überall wo der Creditor klagt und nur für den Beklagten ein forum begründet ist.

Eine Ausnahme davon findet sich bei denjenigen bonae fidei actiones die auf eine specielle Sache (eine nicht fungibile Leistung) gerichtet sind. Hier kann man den Beklagten nur da zur Leistung zwingen, wo die Sache grade ist, vorausgesetzt daß der Beklagte sie nicht dolos dahin geschafft hat.

L 33 Inst de act: (4,6)

L 12 § 1 depositi (D. 16,3)

L 38 de iudiciis. (D. 5,1)

L 22. de rebus creditis (D. 12,1)

Zeit der Erfüllung.

Wo die Zeit nicht bestimmt ist da ist die Regel: die Erfüllung hängt von der Willkühr des Klägers ab, sobald nur die Obligatio contrahirt ist.

(Nro 195) L 41 § 1 D. de verb: obl: 45,1

Die Zeitbestimmung gewährt dem Schuldner den Vortheil, daß er bis dahin noch nicht gezwungen werden kann.

Vom Interusurium.

[306] Jemand zahlt zu frühe, dadurch erhält der Creditor mehr als ihm gebührt; dieser kann also etwas herauszahlen müssen, um nicht zu viel | zu erhalten. Dies nennen wir Interusurium, (Disconto). Es kommt dies offenbar viel seltner vor wie die usurae morae, weil man so leicht nicht zu früh wie zu spät zahlt.

Wie ist dies Interusurium die Differenz zu berechnen, um welche jetzt weniger bezahlt wird, damit richtig bezahlt wird?

Solche Fälle kommen vor: zB es hat einer im Testamente viele Legate hinterlassen, die erst nach Jahren gezahlt werden sollen; wie ist hier die Quarta falcidia zu berechnen?

Es gibt hier drei Methoden: Carpzow sagt: man soll die Zinsen die das Capital nach einer bestimmten Zeit eingebracht haben würde gleich bei der zu frühen Bezahlung des Kapitals von demselben abziehen. Diese Rechnung wird bei allen kaufmännischen Geschäften gebraucht. Bei kurzen Zeiträumen merkt man ihre Unrichtigkeit nicht. Diese Methode kommt vor in

L 88 § 3 ad L: falcidiam. (D. 35,2)

Hoffmann sucht ein Capital was mit seinen einfachen Zinsen der Zwischenzeit sich vermehrt zu dem gegebenen Capital. zB das Capital seit 1100 nach zwei Jahren zahlbar. Zahle ich nun jetzt 1000 so wird dies nach 2 Jahren 1100 ausmachen.

[307] Leibnitz sucht auch ein Capital was mit seinen Zinsen und Zinseszinsen der Zwischenzeit sich vermehrt zu dem jetzt gegebenen Capital. | Die neuern Juristen verwerfen die Carpzowsche Methode, theilen sich aber zwischen den beiden letzteren.

Schrader in Heise Nro 25

erklärt sich für die Hoffmannische Methode aus dem Grunde, weil es allg: verboten Zinsen von Zinsen zu zahlen. – Dies Verbot ist gegeben, damit nicht den Wucherern ein Mittel gelassen werde, den

Schuldner zu bedrücken. Diese Regel paßt aber nicht auf den gegenwärtigen Fall. Der Creditor wird ja die Zinsen des ihm zu früh gegebenen Capitals nicht unnütz liegen lassen, thut er dies so ist die Leibnitzische Methode vollkommen bestätigt. Läßt er sie unangewandt liegen, so ist die Hoffmannische Methode richtig. Die Leibnitzische Methode ist die wahrscheinlichste und richtigste.

Tann über's Interusurium Ulm 1823 4^{to}

In Ansehung der Gefahr und Vortheile:

Vom periculum.

Eine Obligatio bleibt unerfüllt und dadurch tritt eine materielle Verletzung ein. – Ist die Erfüllung unmöglich geworden, unter welchen Bedingungen kann hier etwas gefordert werden. Die Nichterfüllung und Verletzung kann liegen in dem Willen des Schuldners, dies ist die Lehre von dolus und Culpa. Die Ursache dieser Nichterfüllung kann auch liegen außer dem Willen des Schuldners, in einer Naturursache. Dies ist die Lehre vom Casus (neuerer Ausdruck; die Römer brauchten hier periculum | als casueller Schaden. Periculum heißt auch oft furti periculum u dies ist etwas culposes, wovor man sich hätte hüten sollen.

[308]

L 14 pr § 1 D. de peric: et com 18,6

Welche Folgen hat die Unmöglichkeit der Erfüllung, welche blos aus Natursachen abzuleiten ist? Zuförderst ist zu bemerken dß der Casus in Verbindung mit dolus u Culpa stehen kann, dies nennen die Neuern Casus dolo, culpa subordinatus. In diesen Fällen wird der Casus in den dolus u die culpa mit hineingerechnet.

L L 1 § 4 D de obl. et act. (44,7)

L 18 pr commodati (D. 13,6)

Ueberall wo von einer Verletzung die Rede ist, läßt sich diese auf eine Unmöglichkeit zurückführen und diese wird angenommen als eine casuelle, willenlose. Die Unmöglichkeit zu erfüllen ist entw: eine objective, in welcher jeder in seiner Lage sich befinden würde, oder eine blos subjective, welche blos in den individuellen Verhältnissen des Schuldners gegründet ist. Der Casus wird blos auf die objective Unmöglichkeit angewandt.

(Nro. 169) L 137 § 4 D de verb Obl: 45,1

„impedimentum naturale, objective Unmöglichkeit facultas personae pp individuelle, subjektive Unmöglichkeit. – statt aut si ist zu lesen

[309] ut sic; Ephesi daturum se ist die Formel der Stipulation, eben so das folgende dare. Ueberhaupt muß diese | causa difficultatis d:i diese subjective Unmöglichkeit dem promissor nicht dem Creditor zum Nachtheil gereichen“

Ist die Unmöglichkeit der Erfüllung (eine objective und) casuelle, welche Folgen hat dies? Bei den Obligationen auf ein Geben trifft die Folge des Zufalls den Creditor.

L 23 de Verb Obl: (D. 45,1)

L 8 pr L 7 pr de peric et com (D. 18,6)

§ 3 Inst de emptione (3,23)

Der Creditor muß es hier dabei lassen ohne Ersatz zu fordern, Creditoris est rei periculum und es ist eben so gut als hätte der Schuldner geleistet. Die casuelle Unmöglichkeit der Erfüllung wird angerechnet als eine wirklich vollzogene Erfüllung. Dieser Satz gilt so streng, daß wirklich die Gegenleistung von Seiten des [Cre] andern erfolgen muß, wenn eine solche bestimmt war.

§ 3 Inst. cit

L 6 Cod. 4,48

L 5 § 2 de rescindenda venditione (D. 18,6)

Viele Neuern haben diesen Satz unbillig gefunden u behauptet: dies könne höchstens nur als etwas allg: beim Kauf angesehen werden. Aber was für diesen vorgeschrieben gilt als allg: Grundsatz; die römischen Juristen sehen ihn als Normalgeschäft an. Daß nicht augenblicklich nach geschlossenem Kauf erfüllt wurde ist etwas zufälliges, und da der casuelle Untergang bei gleich erfolgter Erfüllung den Käufer (Creditor) getroffen haben würde, so muß er ihn auch jetzt treffen.

[310] Diese ganze Regel ist nur anzuwenden auf die Obligationen, deren Erfüllung gleich nach | geschlossenem Vertrag, durch eine augenblickliche vorübergehende Handlung geschehen konnte.

Auf Obligationen, die nicht durch solche augenblickliche vorübergehende Handlungen geschehen können, deren Erfüllung durch Zeiträume bedingt ist, gilt diese Regel nicht. zB: ich vermiethe ein Haus auf Ein Jahr; hier soll die Erfüllung das ganze Jahr hindurch geschehn, die Handlung geht durch jeden Zeittheil des Jahres hindurch. Tritt hier eine Unmöglichkeit der Erfüllung ein, so fällt auch die Gegenleistung weg.

L 19 § 6, L 30 pr § 1 locati. (D. 19,2)

Eine Ausnahme dieser Regel gibt es: Wenn der Schuldner in mora ist, so trifft nun die Gefahr nicht mehr den Creditor sondern den

Schuldner. Dieser muß nun die volle Entschädigung leisten. – Manche glaubten, dies gelte nur insofern, als der Untergang durch die Mora bedingt ist. Diese Folge der mora ist absolut, denn ich habe dem Creditor wenigstens eine fernere Veräußerung der Sache durch die mora unmöglich gemacht, wodurch der aus dem Untergang entstandene Schaden ihn nicht getroffen haben würde.

L 5 de rebus creditis ()

L 4,6 Cod 4,48.

L 47 § 6 de legatis I (D. 30,1)

Scheinbare Ausnahmen gibts noch: Der Fall der alternativen Obligatio; hier ist nur durch Untergang eines Object das Wahlrecht aber nicht die Möglichkeit der Erfüllung verlorengegangen.

[311]

Ferner wo einer schuldig ist ein genus, eine Geldsumme zu geben, welches ein casueller Untergang trifft zB beim Hintragen wirds ihm geraubt. Hier trifft der Schaden den Debitor. Die Erfüllung des Gebens der Geldsumme, diese Handlung kann nie unmöglich werden.

Bei den Obligationes auf ein Thun, facere müssen wir auch auf eine einfache Handlung Rücksicht nehmen, auf eine momentane; wird diese absolut unmöglich, so hört doch die Gegenleistung nicht auf.

L 3, § 3 L 5 pr D de cond: causa data. (12,4)

L 1 § 13 de extraord: cognit (D. 50,13)

Ist die Handlung aber eine während einer gewissen Zeit fortlaufende, und sie wird absolut unmöglich, so fällt die Gegenleistung weg für die Zeit der Unmöglichkeit zB: Lohn der Arbeitsleute, wenn sie ihre Dienstzeit nicht ausdienen können.

Die Neuern sagen: casus persona debitoris mache die Obligatio unmöglich, d:h wenn der Casus die Person des Schuldners treffe. Bei Casus in persona creditoris solle die Gegenleistung erfolgen. Per eum stetit in den Quellen heißt aber nicht: casus in persona sua est, sondern es steht in seinem Willen, ist nichts casuelles.

Vom Commodum.

Der Erfolg übertrifft die Erwartung der Partheien. Dieser unerwartete nicht berechnete Vorthiel soll zufallen dem, der nach den aufgestellten Regel das periculum trägt Cujus est periculum, ejus et commodum. Dies ist nur auf das regelmäßige Tragen des periculum, nicht auf den Fall da jemand durch mora das periculum übernommen hat, zu beziehen.

[312]

§ 3 Inst de emtione (3,23)

L 7 pr D. de peric et com. 18,6

Rechtsmittel aus einer Obligatio.

Davon schon oben bei den Klagen und gleich am Anfange der Lehre von den Obligationen über die Frage, welche Obligationen Klagen erzeugen und welche nicht sondern blos andre Rechtsmittel, nämlich bei dem Unterschied zwischen Obligatio civilis und naturalis. Alles übrige hierüber ist spezieller Art und kommt bei den einzelnen Obligationen vor.

Vom gegenseitigen Verhältniß mehrerer Obligationen

Von der Collision der Recht überhaupt ist schon geredet. Eine solche Collision kann auch bei Obligationen vorkommen. Gilt dann bei ihnen ein Vorzug u wer wird vorgezogen? In den meisten Anwendungen hat dieser Fall [κ]ein großes Interesse. Das Alter der Obligatio macht keinen Unterschied. In den meisten Fällen wird durch Geldentschädigung geholfen, vorausgesetzt daß das ganze Vermögen einer Person so weit reicht als die Summe Aller Forderungen an diese bestimmte Person. |

[313] Dies Verhältniß nennt man Insolvenz. Stehen hier mehrere Creditoren demselben Schuldner gegenüber, so heißt dies Concurs. Es kommt hier vor Allem darauf an das Vermögen des Schuldners, die Activmasse genau zu bestimmen u zu begrenzen. Das fremde Vermögen muß erst ausgeschieden werden;

Controverse. „Unsre Juristen sagen nun: Unter den versch: Creditoren können gewisse vorkommen, die besonders vorgehen, die Vindicanten oder Separatisten.“ Die Befriedigung dieser Vindicanten oder Separatisten ist aber nichts anders, als ein Theil der Constituirung der Activmassa; es geht dies also dem Concurs vorher, bereitet ihn vor. Derselbe Grund einer absoluten Absonderung muß eben so gut anerkannt werden für jeden der aus einem andern dinglichen Rechte einen Anspruch hat.

Was vom Eigenthum galt, gilt auch für jeden Anspruch aus einem dinglichen Recht.

Sind nun Alle diese Separatisten ausgeschieden, was gilt dann für die Creditoren?

Es gibt auch noch besondere positive Separationsrechte: Nach römischem Recht:

1. Ein Separationsrecht der ErbschaftsCreditoren an der Erb-

schaft; sie können verlangen aus der Erbschaft allein befriedigt zu werden.

2. Bei einer Handelssocietät die in Concurs verfällt und nun werden auch was gewöhnlich geschieht die einzelnen Personen insolvent. Hier können 3erlei Creditoren existiren: Creditoren der Societaet, Creditoren des einen | Gesellschafters, Creditoren des andern Gesellschafters. Hier ist nur ein doppelter Concurs der versch: Gesellschafter nach römischem Recht. [314]

Nach neuerem Gewohnheitsrecht nimmt man hier Concurs der Societaet als einer juristischen Person an und die Creditoren der Societät haben ein Separationsrecht an dem Vermögen der Societät vor den Creditoren der einzelnen Mitglieder.

L 24 § 2 de reb: auct: judicis. (D. 42,5)

Die reinen Creditoren bleiben nun noch übrig: es ist hier a ein Nachlaß möglich so dß dadurch der Begriff der Insolvenz aufgehoben wird. Dieser Nachlaß läßt sich absolut als Schenkung oder nur als Ausstand denken. Alle Creditoren müssen in den Nachlaß einwilligen, wovon unten Eine Ausnahme.

b. Ist eine Vertheilung des vorhandenen Vermögens unter die Creditoren möglich, wodurch das was sie weniger erhalten einstweilen nur aufgeschoben wird, die Execution dafür sistirt wird. – Hier können die materiellen und prozessualistischen Grundsätze nicht ganz getrennt werden. Die allg: G:Ord: verwechselte sie irrig ganz.

Wie geschieht diese Vertheilung? Nach römischem Recht wurde das Vermögen als Massa versteigert, und die Gebote geschahen natürlich nicht in einer runden Summe sondern in Prozenten. Er übernahm die Schulden | nicht ganz, sondern nur die gebotenen Prozente. Bei diesem Verfahren mußte die Classification ganz nach einer Regel geschehen. Jeder Creditor erhielt für seine Summe die gebotenen Prozente. Der Zuschlag brachte eine Successio per universitatem hervor aber nur eine prätorische. Der Käufer wurde wie ein bonor: possessor behandelt. War das aerarium Creditor und verkaufte das Vermögen, so succesirte der Käufer per universitatem, wie ein Civilerbe, da Alles was das römische Volk übertrug ipso jure besessen wurde. [315]

Gajus II § 98, 155. III § 77–81

IV § 35.

Ein Vorzug unter diesen mehreren Creditoren konnte nicht gedacht werden. Die fiduciarCreditoren hatten freilich nichts zu verlieren, sie erhielten gleich volles Eigenthum u wurden dadurch Separatisten. So stand die Sache noch zur Zeit der classischen Juristen

Später änderte sich die Sache. Die einzelnen Vermögensstücke wurden durch Versteigerung in baares Geld verwandelt. Dies ist der Concursprozeß im justinianischen Recht. Ein Curator wird ernannt, welcher das ganze Activvermögen in eine Geldsumme umwandelt:

Tit Inst. de success: sublatis. (3,12)

Was hat dies Verfahren nun für Folgen und wie stellt sich die Vertheilung?

Unter den Creditoren werden versch: Klassen gemacht, deren es fünf nach neuestem Concursprozeß gibt:

- [316]
1. Concurskosten: Leichenkosten
 2. [Leichenkosten] Die privilegirten Hypo- | potheken nach der Rangordnung ihrer Privilegien.
 3. Die nicht privilegirten Hypotheken nach der Zeit ihrer Entstehung.
 4. Persönlich privilegirte Schulden.
 5. Alle übrigen Schulden.

Ad 1. Ohne Abzug der Concurskosten ists nicht möglich zur Vertheilung zu schreiten. Das Gelöbte ist Brutomasse, u erst nach Abzug der Concurskosten ist die Nettomassa, das Activvermögen vorhanden. Nur was nach Abzug dieser Kosten übrigbleibt ist die wahre Massa. „Die Neuern sagen: die Concurskosten werden als Creditoren in der 1sten Klasse classifizirt.

L 8 de pa

L 72 ad L. falcidiam. (D. 35,2)

„Andre sagten: von diesen Concurskosten müsse man vor der Hand keine Rücksicht nehmen, und jeder Creditor müsse so wie er zur Hebung komme pro rata seiner Summe für die Kosten beitragen.

Die Leichenkosten sind also eigentliche der einzige Posten der 1sten Klasse. Alles was mit einer actio funeraria gefordert werden kann. Dies ist eine absolute Begünstigung.

L 45 de religiosis (D. 11,7)

[317] Ad 4. Auch diese Klasse läßt sich nicht auf ein allg: Princip zurückführen. Auch dies ist ein besondres Privilegium, das privilegium | exigendi. Solche privilegirte Forderungen sind:

- a. Die aus einem Vorschuß ein Schiff zu bauen, zu kaufen, auszurüsten.
 - b. Die aus einem Vorschuß ein Haus zu bauen
 - c. Die Forderungen einer res publica
- L 26, 34, 24 § 1 L 38 § 1 D. 42 5.

Ad. 2 u 3. Hypothecarcreditoren

Diese Begünstigung ist Folge eines Rechtsprincips u gründet sich auf die Ansicht über die Separatisten. Das Recht des Pfandgläubigers ist auch ein dingliches, und dieser Vorzug ist nur eine Folge der dinglichen Natur ihres Rechts. Genau genommen wird ihnen eine Separation zur Befriedigung ihrer Schuldforderung vorgeschrieben. Ausser dem Concurs wie die Separatisten können diese Pfandgläubigers nicht befriedigt werden, weil sie noch auf der einen Seite persönliche Rechte, Forderungen haben, auf der andern Seite ein dingliches Recht, also ihr Recht einen zweideutigen Character hat. Daher erklärt sich ihre Classification in diesen beiden Klassen.

Ad 5. Gewöhnlich Chirographarcreditoren genannt, welcher Ausdruck viel zu eng ist. Sie macht die Regel aus. Alle Creditoren werden hier befriedigt pro rata ihrer Forderungen aus dem übrig gebliebenen Vermögen.

L 6 Cod de bon: auct jud. <7,72>

L 6 § 7 quae in fraudem. <D. 42,8> |

So wie die Creditoren sich zum Concurs melden, bekommt jeder Missio in bona, und dadurch wie wir gesehen ein prätorisches Pfandrecht. Die Missio in bona wird für alle Creditoren gleichzeitig angenommen, die Pfandrechte entstehen also zugleich für die Chirographarien, und sind jünger wie die übrigen in der 2 u 3ten Klasse; Sie wurden also als neuere Pfandberechtigte behandelt

[318]

Noch ist zu merken:

a. Die Zinsen stehen immer neben dem Capital in derselben Klasse.

b. Ein Creditor in der fünften Klasse oder ein fremder kann einen Creditor in der 4ten Klasse abfinden und an seine Stelle treten.

L 24, § 3 h Tit.

L 2. de cessione bonorum. <D. 42,3>

ZWEITES KAPITEL.

VOM SUBJECT DER OBLIGATIONEN.

Von den Personen also, die bei Obligationen vorkommen können u ihren Verhältnissen.

Allgemeine Einleitung:

[319] Zu jeder Obligatio gehört ein Creditor der einem Debitor gegenübersteht. Können nun mehrere Creditoren oder Debitoren vorkommen? Nach römischem Recht gilt hier der Grundsatz: Ueberall wo eine Obligatio theilbar ist, was meist der Fall seyn wird, soll es so angesehen werden, als ob die Forderungen | getrennt seien, also als ob die Obligationen ganz unabhängig wie fremde nebeneinander beständen.

L 11 § 1,2 D de duobus reis. (D. 45,2)

Von den CorrealObligationen.

Es sind dies nur Ausnahmen von der aufgestellten Regel, wo eine Obligatio als ungetheiltes Ganze angesehen werden soll. Daher der Ausdruck duo rei, conrei, correi

L.3 § 3 D de liberatione (34,3)

Die Neueren brauchen hier Obligatio correalis, die Römer in solidum obligare.

Die Obligatio geht entweder gegen mehrere Debitoren, oder es sind mehrere Creditoren vorhanden und Ein Debitor pp. Es ist dies etwas unregelmäßiges.

Entstehung.

Diese Ausnahme kann entstehen:

a. Durch die Willkühr der Partheien.

L 9 pr 45,2. (D.)

b. Nach einer allg: Rechtsregel von Seiten mehrerer Debitoren. Einer der wichtigsten bezieht sich auf die Delicte. In sofern die Rede ist von der Strafe, wenn das Delict von mehreren begangen ist, muß jeder die volle Strafe zahlen. Haben aber mehrere das Delict begangen und es ist die Rede vom Schadensersatz, so tritt unser Verhältniß ein; sie sind in solidum als Correi obligirt zur Begünstigung des Creditors, der vom ersten besten gleich das Ganze fordern kann, wodurch dann die andern frei werden. |

L. 14 § 15 quod metus (D. 4,2).

L 1 Cod. de Cond: furtiva (4,8)

[320]

Wirkungen.

Jeder Creditor kann bei einer CorrealObligatio das Ganze fordern. Durch die Solutio desselben wird die Obligatio getilgt. Kein Creditor kann von keinem andern Debitor dasselbe fordern.

L 31 § 1 de novat: (D. 46,2)

L 16 D. h Tit 45,2.

§ 1 Inst 3,16

Wie verhalten sich die versch: Creditoren oder Debitoren zueinander? Ein Recht auf Regress folgt aus der Natur der CorrealObligatio gar nicht, aber meist erzeugen denselben andre nebenbei stattfindenden Rechtsverhältnisse. Doch ist dies nicht immer der Fall zB nicht in dem obigen Falle der Beschädigung aus Delicten. Dort hat ein Debitor gegen den andern keinen Regress.

Beneficium divisionis.

Dies gehört nicht hierhin sondern kommt unten in der Lehre von der Bürgschaft vor.

Vom Uebergang einer Obligatio auf andre.

Mit welcher Wirkung können auf derselben Seite mehrere Personen ungleichzeitig stehen, so daß die Obligatio auf einen andern übergeht? Dies läßt sich denken:

Durch Vererbung.

[321] Durch solche UniversalSuccessio ist der Uebergang der obligatorischen Verhältnisse auf | beiden Seiten möglich und sogar nothwendig, und die Art des Uebergangs auf die Erben ist unabänderlich bestimmt: Sie soll auf Alle Erben getheilt übergehen (ipso jure divisa) und zwar nach Verhältniß ihrer Erbtheile. (der Erbschaftsquote)

L 6 Cod familiae herciscundae (3,36)

L ult Cod de hereditariis act: (4,16)

L 25 § 9,13 D fam: herciscundae. (10,2)

L 26 Cod de pactis (2,3)

Eine Ausnahme tritt in den seltenen Fällen ein: wenn eine Obligatio gerichtet ist auf untheilbare Handlungen.

L 25 § 9,10 fam: hercisc: (D. 10,2)

L 78 § 2 D de contr: emtione (18,1)

Durch Cession der Forderung.

Das Eigenthum und mehrere jura in re sind in der Regel Gegenstände freier Verträge und Veräußerung. Bei den Obligationen finden wir keine Handlung die [Θ] analog wäre der Mancipatio oder in jure Cessio. Haben die Römer hier an keine Singular Successio gedacht? Bei den Obligationen hat der Debitor ein Interesse dabei zu wissen wer sein Creditor sei der etwas von ihm erzwingen kann. Davon gingen die römischen Juristen stillschweigend aus, daß eine willkürliche Uebertragung der Obligationen wie des Eigenthums, wegen des persönlichen Interesse, nicht möglich. Im Verkehr ist aber wenigstens ein Surrogat einer SingularSuccessio bei Obligationen unentbehrlich.

[322] Gibt es nun Surrogate und worin | bestehen diese? Das römische Recht hat zwei versch: Surrogate hier zur Erleichterung des Verkehrs eingeführt; das erste besteht in der Novatio; es ist dies keine SingularSuccessio, die alte Obligatio geht unter und die Errichtung einer neuen ist ganz [æ] von seinem Willen abhängig gemacht.

Das zweite Surrogat nun ist diese Cession. Der Creditor überträgt einem andern, welcher als Mandatar desselben auftritt, im Namen des Creditors die Schuld gegen den Debitor einzuklagen. Zugleich macht er mit dem Mandatar aus, daß wenn er die Leistung erhalte, er dieselbe nicht wie gewöhnlich ein procurator herausgeben, son-

dern sie für sich behalten solle. Die Ausdrücke sind hier *cessio actionis*, *mandare praestare actionem*, *procuratorem aliquem facere in rem suam* (auf seine eigne Rechnung.)

L 3 § 5 de in rem verso. (D. 15,3)

L 24 pr. de minoribus. (D. 4,4)

Nach altrömischem Recht wurde der *Procurator* bestellt bei der *litis contestatio*.

L 1,2 Cod de obl: et act: (4,10)

Im justinianischen Recht kommt nur eine einzige Art von Stellvertretern im Prozeß vor, die *Procuratores*; im ältern Recht auch noch der *Cognitor*.

Controverse: Mehrere neuere Juristen sagen: es gäbe neben dieser *Cessio actiones* auch eine *directe Uebertragung der Obligationen* | durch in *jure Cessio*. Das Wesen der in *jure Cessio* aber ist eine sym- [323]
bolische *Vindicatio*, die bei Obligationen undenkbar ist.

Unsre aufgestellte Ansicht wird durch *Gajus* vollkommen bestätigt:

Gajus II. § 38,39.

Der *Creditor* kann also sein Recht nicht *direct*, wohl aber *indirect* durch *Novatio* oder *Cessio actionis* übertragen. Dies ist der häufigste Fall. Will der Schuldner nun sein Schuldverhältnis *cediren*, so kann er dies in derselben Art wie der *Creditor* durch *Novatio* oder dadurch daß er einem andern sein Schuldverhältniß überträgt, ihn zum *procurator in rem suam* macht; es findet ein *passivCessio* statt. Dies Verhältniß kommt im Verkehr viel seltner vor wie das vorige, daher auch die römischen Juristen seiner nicht häufig erwähnen.

Nro. 214 L 11 pr de novationibus 46,2. (D.)

Sprechen die Römer von einer *Cessio* so verbinden sie damit den Ausdruck *actio*, nicht *Obligatio*; *cedere actionem*, natürlich denn die Uebertragung der *Obligatio* wird nur bewirkt durch eine *actio*.

Bei jeder *Cession* kommen nothwendig 3 Personen vor, der ursprüngl *Creditor*, *Cedens*, der *procurator in rem suam*, *Cessionarius* und der *Debitor*, *Debitor Cessus*.

Die Handlung besteht in einem Mandat wozu im ältern Prozeß noch eine *litis contestatio* hinzukommen mußte. Die Handlung kann | seyn eine freiwillige oder eine nothwendige; nothwendig entw: [324]
kraft eines vorhergegangenen Vertrags oder kraft einer allgemeinen Rechtsregel.

In welchem Augenblick ist die *Cessio* als vollendet, der Uebergang aus einem Vermögen ins andre als geschehen, zu betrachten?

Im älteren Prozeß mit der *litis contestatio*. Im neuesten Prozeß, sobald der bestimmte Wille der Uebertragung erklärt ist. Ist eine Cession nothwendig geworden so stellt sich die Sache so; habe ich versprochen zu cediren so konnte nach älterm Prozeß der andre verlangen, ihn bei der *litis contestatio* zum Procurator zu bestellen. Nach neuestem Prozeß gilt der Grundsatz: überall wo eine Cessio erzwungen werden kann ist sie nicht mal nöthig, sondern sie wird gleich als geschehn fingirt, so daß man ohne wirkliche Cessio so gleich klagen kann.

Die erste Veranlassung dieses wichtigen Satzes scheint der Verkauf der Erbschaften gewesen zu seyn. Ein Rescript von Antonius Pius hat in diesem einzelnen Fall diesen Satz anerkannt. Man dehnte ihn später aus auf den Fall, wenn eine Klage cedirt wird, und ähnlichen Fällen.

L 16 pr de pactis. (D. 2,14)

L 8,9 Cod. 4,39.

L 18 Cod de legatis (6,37)

L 57 D. de legatis I. (30,1)

[325] Dieser wichtige Satz wurde blos zur Vermeidung von Weitläufigkeiten eingeführt, daher | kann der Cessionor auf diesem Wege nicht mehr Recht erhalten, als er auf dem Wege einer förmlichen Cession auch erhalten hätte.

L 8 Cod. 4,39.

Besondre Einschränkungen der Cessio.

cf Mühlenbruch in Heise Nota. 6.

Subjective.

Man soll nicht cediren an einen potentior, einen durch dessen Ansehen die Lage des Schuldners drückender wird. Geschieht dies dennoch in böser Absicht so soll zur Strafe die ganze Obligatio getilgt seyn.

L 2. Cod ne liceat pote: (2,14)

Man soll nicht cediren dürfen an den gegenwärtigen oder gewesenen Vormund des Schuldners.

Nov 72, Cap 5.

Nach den Reichsgesetzen ist verboten, daß ein Jude eine Forderung, die er an einen Christen hat, [nicht] an einen andern Christen cedire.

Objective.

Die Klagen die sich nicht auf eigentliches Vermögensrecht beziehen können nicht cedirt werden, zB eine Injurienklage

Ferner abhängige Klagen, actiones litigiosae sollen nicht cedirt werden können.

L 2 Cod de litigiosis. (8,37)

L 4 eod.

Wirkungen.**Für den Cedenten.**

Er hat durch die Cessio sein Recht nicht aufgegeben, u kann noch nach derselben die Klage anstellen, so lange nicht der Cessionar | die Klage angekündigt, angestellt oder Zahlung erhalten hat. In Col- [326]
lision mit dem Cessionar wird der Cedens ausgeschlossen.

L 3 Cod de novat. (8,42)

L 4 Cod quae res pignori. (8,17)

L 55 D. de procuratoribus. (3,2)

„Nach der Cessio kann der Cedent klagen, heißt der Schuldner kann ihm keine Einrede machen aber was er erhält muß er dem Cessionar herausgeben.

L 23 § 1 h. Tit

Für den Cessionarius.

Dieser erhält gegen den Schuldner Alle Rechte des Cedenten.

L 6,23 pr h: Tit.

Gehen auch die mit der Obligatio verbundenen Privilegien auf den Cessionar über? Gehen sie überhaupt auf andre Personen, auf Erben über? Im letzten Fall ist zwischen dem privilegium causae u personae zu unterscheiden. Im ersten Fall wo es sich mehr auf die Natur der Forderungen bezieht geht es auf die Erben über, wo es hingegen die Person begünstigt, geht es nicht über.

L 68,190 D.de reg: juris, 50,17.

Der Cessionar kann ohne allen Unterschied die Privilegien seines Cedenten geltend machen, deswegen weil hier kein Uebergang stattfindet. Der Cessionar macht dem Schuldner gegenüber die Rechte des Mandanten geltend, sonst würde jeder Cedent dadurch | ver- [327]
lieren.

Dagegen muß sich der Cessionar Alles gefallen lassen, was dem

Cedent entgegengestellt werden konnte, namentlich die Exceptionen des Debitors. Dies ist practisch die wichtigste Seite, da durch Entziehung der Exceptionen der Schuldner am meisten gefährdet würde.

„Die Neuern sagten: wenn eine wirkliche Cession vorgegangen ist, so muß der Cessionar sich die Exceptio gefallen lassen; hat er aber bloß eine actio utilis aus einer als vollendet fingirten Cession so hat der Debitor keine exceptio.“ – falsch.

Für den Schuldner:

Seine Einwilligung ist nicht nöthig; er braucht von der Cessio nichts zu wissen u so lange dauert sein früheres Verhältniß fort. Erfährt er sie, so braucht er dem Cedenten nicht mehr zu leisten, und wenn er es thut, so wird dadurch seine Verpflichtung gegen den Cessionar nicht aufgehoben, da er ja den Cedenten mit der exceptio doli hätte abweisen können.

Von den Rechten und Verbindlichkeiten Dritter aus einer Obligatio.

Einleitung.

[328] Es kommen hier 2 Fragen vor: können obligatorische Handlungen durch Stellvertreter vorgenommen werden. Beim Erwerb der Rechte war dies im ältesten Recht durch die welche in unsrer Gewalt standen möglich; dies war bei einer Stipulation nach diesem ältern Recht auch der Fall; Verpflichtungen konnte man aber nicht so übernehmen. Nach neuestem Recht sind freie Stellvertreter bei naturalen Handlungen möglich; dies Princip ist hier nicht so consequent durchgeführt wie beim Eigenthum. Durch eine utilis actio sagen die alten Juristen sei dies bei den Obligationen angenommen, nicht durch eine directa.

L. 13 § 25 de act: emti. (D. 19,1)

Der Begriff dieser Stellvertretung ist bei den Obligationen viel schwankender wie beim Eigenthumserwerb. Der Stellvertreter ist hier ein willenloses Instrument, besonders bei Consensualcontracten, er vertritt die Stelle eines Briefes, bringt als Bote die Entschließung. Hier ließen es die alten Juristen unbedenklich zu. Soll der Stellvertreter aber nicht bloß den Willen kund thun sondern

nach seinem Ermessen handeln, so ist die Sache bedenklicher u dies erregte den Zweifel der alten Juristen.

Nach justinianischem Recht müssen wir sagen. Bei Obligationen ist freie Stellvertretung wie beim Eigenthumserwerb durchaus möglich; (sobald von [ob] naturalen Handlungen die Rede ist, also nicht bei der Stipulatio) der Unterschied ist im justinianischen Recht aber weggefallen.

Kann ein Dritter abgesehen von dieser Stellvertretung mich zum Creditor oder Debitor machen? An sich ist dies etwas ganz wirkungsloses, was die Neuern ausdrücken: *Obligatio | tertio non contrahitur.* [329]

§ 4 Inst de inutilib stip. (3,19)

(Nro 179) L 11 Dig de oblig et act. 44,7.

„ex nostra persona oblig: init sumant d:h: es muß irgend eine Zeit gewesen wo ich Creditor war“.

Diese letzte Regel wird durch eine Menge Ausnahmen beschränkt, die sich aber meist auf das Princip der Stellvertretung beziehen, und also keine Ausnahmen sind.

Eine wirkliche Ausnahme ist folgende: Nach älterm Recht konnte dem Erben keine Verpflichtung aufgelegt, ihm nichts stipulirt werden, nach justinianischem Recht ist dies zulässig.

Tit Cod. 4,11.

Andre Ausnahmen gibts wo die Handlung nicht für den 3ten sondern den Handelnden selbst wirkt: a. Wenn der Dritte gar nicht als Creditor sondern als Zahlungsempfänger gedacht ist. Fälle dieser Art enthalten:

L 141, § 3,7,8,9 de verb oblig: (D. 45,1)

Daß sich dies nie von selbst versteht, sondern immer besonders bezeichnet werden muß enthält:

L 126 § 2 eod.

Von selbst soll es sich verstehen wenn ich ein persönl Interesse habe bei der Leistung oder Zahlung die an den Dritten vorgenommen werden soll.

L 38 § 20–23 eod.

§ 20 Inst de inutil: Stip: (3,19)

Diese allg: Grundsätze sind in Beziehung auf eine Reihe besonderer Fälle theils angewendet, theils abgeändert: |

[330]

Exercitoria actio. — [§ 1 D h Tit 14,1]

Diese Klagen kommen aus dem Edict her und sind viel älter als das neuere Princip.

Die erste Klage bezieht sich auf das besondere Verhältniß der Rherei. Der Herr des Schiffes heißt Exercitor, derjenige welchen er dem Schiff vorsetzt, magister. Ist dieser letztere auf der Reise weit entfernt, u muß zB Darleihen contrahiren pp so würden die Personen sich nach der allg: Regel nur an den magister halten können, mit dem sie contrahirt haben. Hier ist angenommen, daß die Verträge welche der magister schließt, und die seine Instruction nicht übersteigen, den Herrn verbinden, der magister mag nun in einem Abhängigkeitsverhältnisse des Herrn stehen oder nicht. Den magister kann die mit ihm contrahirt habende Person mit der Contractsklage belangen, oder den Herrn mit der Exercitoria actio. Der Creditor hat hierzwischen die Wahl und es ist ein Correalverhältniß vorhanden. Die Neuern nennen diese Klagen actiones adjectitiae qualitatis, da es in den Stellen heißt: actio non transfertur sed adjicitur.

L 5 § 1 D h Tit 14,1.

[331]

Diese Klage gilt nicht umgekehrt, so daß der Exercitor sie gegen den Dritten gebrauchen | kann. Steht der magister in einem Abhängigkeitsverhältniß des Herrn ist also Stellvertreter, so hat er selbst Rechte erworben und braucht also die umgekehrte Klage gar nicht. Aber ist dies auch nicht der Fall, so tritt hier eine nothwendige Cession ein; der Exercitor kann dann den magister zwingen ihm seine Klage zu cediren.

Institoria Actio.

Sie ist nichts anders als die Exercitoria actio in einer größeren Ausdehnung gedacht. Jedes Gewerbe dem ein Aufseher vorgesetzt ist erzeugt dieselben Rechtsverhältnisse, soweit der Aufseher nicht über seine Instructionen hinausgegangen ist. Der Aufseher heißt hier institor, u von ihm ist hier die Klage genannt. Hier entstehen dieselben Verhältnisse wie bei der vorigen Klage; die früher bestand u allmählig in diese allgemeine Klage verwandelt wurde. Der specielle Fall blieb stehen.

*Wegen väterlicher oder Herrn Gewalt.**Bei erworbenen Forderungen.*

Kinder können u müssen ihrem Vater, Slaven ihrem Herrn erwerben. Dieser Grundsatz wurde später durch die peculien sehr modificirt.

Bei contrahirten Verbindlichkeiten.

Hier verhält es sich grade umgekehrt; es war allg Princip: der Sohn oder Slave kann seinen Vater oder Herrn nicht zum Debitor machen. Davon gibts spezielle Ausnahmen:

*Verpflichtung des Vaters und Herrn: |**Allgemeine Uebersicht.*

[332]

Solche Ausnahmen können sich gründen auf das Verhältniß der Institoria oder excercitoria actio, ferner auf Befehl; dann auf ein[e] peculium concessum und auf eine in rem versio.

L 6,12 Cod, 4,26.

Inst. 4,7.

Quod jussu actio.

Wenn der Vater dem Sohn befahl zu contrahiren, so erfand der Praetor diese Klage, wodurch der Vater als Debitor verklagt werden konnte. Nach dem allg: Princip des Civilrechts wäre der Vater dennoch nicht gebunden worden. Jussus heißt jede Willenserklärung in jeder Form, als Vater oder Herr.

L 1 § 1-6 D h Tit 15,4.

Es gab Fälle wo auch nach justinianischem Recht die actio quod jussu die einzige Hülfe werden konnte. Sie ist eine antiquirte Klage.

De peculio actio.

Sie ist nicht antiquirt. Der Vater hat seinem Sohn, der Herr seinem Slaven, ein Stück seines Vermögens; peculium anvertraut; peculium concessum. Der Vater oder Herr bleibt darüber Eigenthümer. Der Sohn oder Slave ist nur dadurch fähig geworden, den Vater

[333] oder Herrn ärmer zu machen; sie dürfen veräußern, den Vater oder Herrn zum Debitor machen. In dem peculium liegt, daß wenn [jeder] einer mit dem Sohn oder Slaven contrahirt, der | Vater oder Herr sich bereit erklärt, diesen Contract anzuerkennen. Gegen sie geht aber die Contractsklage nicht, aber eine actio de peculio. Der Grund dieser Verbindlichkeit liegt in der peculii concessio, die wieder unter Beschränkungen gegeben werden kann. Selbst wo eine libera administratio peculii gestattet ist, sind stillschweigend ausgenommen Delicte und jede Schenkung

L 1 § 1 quae res pignori (D. 20,3)

L 3 § 9–12, L 5 § 2, L 7 § 1 h Tit 15,1. (D.)

Die peculii concessio ist zu betrachten als limitirter Creditbrief; es liegt die Erklärung darin: aus allen Contracten oder einigen Contracten meines Sohnes oder Slaven will ich mich verklagen lassen, jedoch nicht weiter als das peculium reicht.

Was der Sohn dem Vater, der Slave dem Herrn aus einem Contract schuldig geworden ist, das wird vorweggenommen.

L 5 § 4, L 9 § 2 h Tit.

Löst die väterliche oder Herrn Gewalt sich auf, der Sohn zB stirbt so hört streng genommen im Augenblick des Todes [auf] das peculium auf; hier wird zum Vortheil des Creditors angenommen, daß die actio de peculio noch ein Jahr fortdaure.

Tit Dig. 15,2.

Tributoria actio.

[334] Treibt der Sohn oder Slave Handelsgeschäfte mit Wissen des Herrn oder Vaters, so haben diese das eben angeführte beneficium deductionis | nicht sondern sie müssen mit den Creditoren theilen.

Tit Dig 14,4.

De in rem verso actio.

Wenn der Sohn oder Slave Geld aufnimmt, um Bedürfnisse zu befriedigen die auf dem Vermögen des Hausvaters beruhen, also zum Vortheil des Vaters oder Herrn, und diese wollen den Contract nicht anerkennen, so haben die Creditoren gegen den Herrn oder Vater die actio de in rem verso.

Der Sohn oder Slave muß diesen Vortheil für den Vater oder

Herrn beabsichtigt haben, und es muß der Vortheil auch wirklich erreicht worden seyn.

Diese Klage beruht nicht auf aequitas; Ihre Veranlassung ist folgende: es war Bedürfniß wenn ein Sohn oder Slave contrahirt hatte; die gewöhnliche Contractsklage konnte hier vom Creditor nicht gegen den Sohn oder Slaven angestellt werden; auch nicht gegen den Herrn oder Vater. Auch konnte sich der Creditor nicht vom Sohn oder Slaven als negotiorum gestores die actio negotiorum gestorum übertragen lassen, da der Sohn keine Klage hatte. Hier war also eine Aushülfe nöthig. Contrahirte ein fremder als Stellvertreter für einen Dritten, so that er dies entw: als Mandatar desselben oder als negotiorum gestor und in beiden Fällen konnte der Creditor | sich helfen.

[335]

Keller Diss: d L.32.h.Tit. Göttingen 1822.^a

Wegen Vormundschaft.

Blos im ältern Recht macht hier die Sache eine Schwierigkeit; der Vormund kann dem Mündel nichts erwerben, ihn nicht verbinden als fremde Person. Er muß sich also selbst immer in die üble Lage setzen Verbindlichkeiten zu übernehmen, pp und sie nachher zu übertragen. Diesem abzuhelpen verordnete der Praetor, daß aus den Contracten welche der Vormund für den Mündel abschloß, die Klagen direct gegen letzteren gehen sollten.

Tit Dig. 26,9.

^a Fridericus Ludov. Keller, Commentatio ad L. si ex duobus 32. pr. §. 1. ff. de peculio, Gottingae 1822

DRITTES KAPITEL.
ENTSTEHUNGSGRÜNDE DER OBLIGATIONEN.

Eine allg: Uebersicht soll hier gegeben werden.

Von den Verträgen.

Einleitung – Begriff und Arten der Verträge.

Der Vertrag kommt am häufigsten und mannigfaltigsten als Entstehungsgrund der Obligatio vor. Die Neuern stellen seinen Begriff meist zu eng als Mittel zur Begründung einer Obligatio. Vertrag ist die erklärte Uebereinstimmung des Willens mehrerer gerichtet auf ein Rechtsverhältniß was zwischen ihnen da seyn soll.

L 1 § 2,3 de pactis. (D. 2,14) |

[336] Sie können sich beziehen:

a auf völkerrechtliche Verhältnisse zB Friedensschlüsse.

b. auf publicistische Verhältnisse, Verträge zwischen Fürst und Ständen; die Römer erwähnen eine actio publica.

L 5 de pactis. ()

c. auf privatrechtliche Verhältnisse und zwar in allen Theilen desselben zB im Familienrecht bei der Ehe, der Arrogatio; ferner im Sachenrecht; dahin gehört beim Eigenthum die Traditio; der Vertrag ferner wodurch Servituten, ein Pfandrecht entsteht; Endlich können Verträge vorkommen im Obligationenrecht und zwar α . Um Obligationen zu gründen, β um solche aufzulösen.

Die Neuern verwechseln den Gattungsbegriff der Verträge mit dem einer einzelnen Art als Mittel zur Begründung einer Obligatio. Dadurch kam man zu dem Irrthum die Ehe ins Obligationenrecht zu stellen, u die Natur der Verträge beim Sachenrecht zu verkennen.

In diesem Kapitel betrachten wir die Verträge als Mittel zur Gründung von Obligationen.

Die Verträge werden eingetheilt in einseitige, unilaterale u zweiseitige bilaterale, je nachdem der eine Creditor, der andre Debitor oder jeder zugleich Creditor und Debitor wird. Tritt das letztere spä-

ter zufällig ein so hört dadurch der Vertrag nicht auf unilateral zu seyn; hier entsteht dann nur eine *actio contraria*; beim | bilateral-Vertrag ist eine *actio directa*.

[337]

Ferner unterscheidet man auf einer Seite eine *Conventio lucrativa* oder *mutua*, der Vertrag welcher den Vortheil eines Theils bezweckt; und eine *Conventio onerosa* welcher den Vortheil beider bezweckt.

Eine dritte Eintheilung ist die in: Verträge nach *jus gentium* und *jus civile*, letztere die durchs *jus civile* rein erfunden sind; erstere welche im *jus gentium* entstanden u durchs *jus civile* anerkannt sind.

Endlich Verträge *bonae fidei* und *stricti juris* je nachdem die *actio* daraus *bonae fidei* oder *stricti juris* ist.

Ueber Contractus und Pacta.

Römisches Recht.

Das römische Recht geht von der Grundansicht aus: Alle Verträge sollten nur vollständig wirksam seyn, wenn sie unter gewissen Formen geschlossen seien. Die Formen der Verträge sind nicht Eigenthümlichkeit des römischen Rechts sondern überhaupt aller ursprünglichen nationalen Rechte. – Das eigentl: Wesen des Vertrags besteht in einer Willensübereinstimmung, ein innres unsichtbares *factum* was nicht unmittelbar erkannt werden kann. Den meisten Verträgen geht ein Zustand der Unentschlossenheit voraus die allmählig in einen bestimmten Entschluß übergeht. Ob der letztere vorhanden ist schwer zu unterscheiden. Ist nun eine bestimmte Form der Verträge nicht allg [~~anerk~~] vorgeschrieben, sondern allg: gekannt, so fällt jene Schwierigkeit weg; jeder weiß, daß wenn er diese Form braucht, sein Entschluß vorhanden angenommen und der | Vertrag da gewesen ist. Diese Formen regen ferner auch noch die Ueberlegung und Besonnenheit eines jeden an. Durch diese Formen wird also das Urtheil des Richters sicherer geleitet und die Verträge gründlicher geleitet. Haben solche Formen Jahrhunderte lang[e] bestanden so sieht man sie als nutzlose Subtilität an und sie verschwinden allmählig aus jedem positiven Rechte. Theilweise war dies im römischen Recht der Fall und vollends gingen sie bei seinem Uebergang nach Deutschland verloren. – Der ursprüngliche Zweck der Erfindung solcher Formen ist nicht Erleichterung und Sicherung des Beweises; in den neuern Rechten sieht

[338]

man vorzüglich darauf und erreicht diesen Zweck durch die Schrift u Zeugen pp. Im römischen Recht war dies nicht der Fall zB: bei der Stipulatio konnten Zeugen zugezogen werden oder nicht. Andre Zwecke, namentlich nicht juristische erreicht das neuere Recht noch durch diese Formen, so die Besteuerung wichtiger Geschäfte durch den Stempel.

Alle Verträge überhaupt können vollgültig gemacht werden durch Anwendung bestimmter Formen; ferner dadurch daß von einer Seite etwas wirklich gethan erfüllt geleistet ist. Einige Verträge sind besonders gegen beides privilegiert und darohne gültig.

[339] Die positiven Formen sind entw: mündliche oder schriftliche; verborum obligatio, verbis contracta obligatio; litterarum obligatio, litte- | ris contracta obligatio; von den Neuern Verbal und Litteral-Contract. Der Verbalcontract kam in zwei Gestalten vor als nexum und Stipulatio; der litteralContract hatte nur eine Gestalt.

Die Verträge werden wirksam durch Leistung eines Theils, re contrahitur obligatio; die Neuern nennen dies Contractus realis.

Endlich einige besondere Verträge sind vollgültig ohne daß Form noch einseitige Leistung hinzukommt; consensu contractae obligationes; von den Neuern Contractus consensuales. Dahin gehören nach römischer Ansicht 4 Fälle: Emtio, venditio; locatio, conductio; Societas; Mandatum; später fügte man noch die Emphyteuse, den Vertrag darüber hinzu.

In allen diesen hier angeführten Fällen entsteht eine civile (klagbare) Obligatio; Verträge dieser Art führen alle[er] den Namen Contractus d:i: klagbare Verträge.

Die Römer sagen bald: Alle Obligationen entstehen: ex contractu oder ex delicto oder ex variis causarum figuris (d:h: auf andre Art). Gajus zählt nur die beiden ersten Entstehgsarten als die wichtigsten auf.

Andre römische Juristen sagen: Obligationen entstehen: ex contractu, ex delicto, quasi ex contractu, quasi ex delicto d:h: auf eine Art die ähnlich der ex contractu oder ex delicto ist; sie bezeichnen damit dasselbe was die übrigen mit ex variis causarum figuris ausdrücken wollen.

[340] § 2 Inst de oblig: () L 1 pr D eod. | Vier Klassen von Contracten sind also bisher angegeben: Verbis, literis, re, consensu. Treffen Momente versch: Klassen zusammen, concurriren also zwei Klassen, so ist immer der Begriff des Consensualcontractes vorherrschend.

Concurriren die förmellen Contracte mit den übrigen, so ist der formelle vorherrschend.

L 71 pr pro socio (D. 17,2)

L 126 § 2 de Verb: obl: (D. 45,1)

Ist keiner der hier angeführten Fälle vorhanden, so gebraucht man den Namen: pactum, pactio, conventio; nuda pactio d:h: es ist nicht hinzugekommen, was diese zum Contractus machen könnte; die causa fehlt ihr. Die nuda pactio bewirkt eine exceptio, es entsteht durch sie eine naturalis obligatio.

L 28 Cod de pactis. (2,3)

(Nro 152) L 7 § 4 D eod 2,14.

In einigen Fällen der nuda pactio hat man auch eine Klage eingeführt. Dahin gehören a. pacta adjecta; wenn einem Contractus bonae fidei Nebenbestimmungen hinzugefügt werden, so sollen diese mit in den Vertrag eingerechnet und dadurch klagbar werden.

L 7 § 5 D de pactis (2,14)

L 13 Cod eod.

b. Pacta die klagbar wurden durchs prätorische Edict. c. Pacta die klagbar wurden durch kaiserliche Constitutionen, dahin gehört das Schenkungsversprechen, donationis pactio. Unrichtig | nennen die [341]
Neuern diese Art pacta legitima.

In diesen drei Fällen ist die Klagbarkeit dieser bloßen pactiones aus etwas ganz anderm entstanden als dem alten jus civile; daher ist jetzt der Begriff von Contractus so zu stellen. Contractus ist ein Vertrag, der nach altem jus civile klagbar ist. Alles übrige heißt, pactum, pactio, und dies ist in den drei Fällen klagbar, sonst erzeugt es nur eine exceptio. Die Juristen im Mittelalter nennen diese 3 Fälle ziemlich unpassend pacta vestita, induta.

Im altrömischen Recht gabs Eine Form der verborum Obligatio, die nexum hieß, wobei durch mündliche Fragen u Antworten in Gegenwart von 5 Zeugen u eines libripens der Vertrag gültig wurde. Neben diesem Vertrag bildete sich eine andre Form die Stipulatio, welche nichts anders als das nexum mit Weglassung der 5 Zeugen u des libripens war d:h: ihre Zuziehung war gleichgültig und willkürlich u die Gültigkeit der Form davon nicht abhängig. Es war[en] bei der Stipulatio die Gegenwart der beiden Contrahenten erforderlich, welche dann mündlich Fragen aneinander richteten: centum dare spondes? spondeo; promittis? promitto.

Es gab eine Stipulationsform die vor allen andern ausgezeichnet war[d], nämlich: centum dare spondes? spondeo. Sie war nur an-

[342] wendbar | zwischen römischen Bürgern und verpflichtete strenger.

Gajus III § 93.

Dies war höchst wahrscheinl die Formel welche beim alten nexum allein gebräuchlich war. – Alle übrigen Formeln waren jetzt auch für peregrini &c möglich. Diese Stipulatio in diesen andern Formeln war juris gentium, die in der alten Formel juris civilis. – In der freieren Stipulationsformel juris gentium konnten andre, ja versch: Sprachen gebraucht werden; auch sollte die Stipulatio gelten, wenn auch Frage u Antwort nicht buchstäblich sondern nur dem Sinne nach übereinstimmten.

L 1 § 6, 2 L 65 § 1 de verb oblig. (D. 45,1)

(cf Nro 181) L 10 Cod de contr & com stip 8,38.

„Diese letzte Constitutio ist keine plötzliche positive Bestimmung, sondern dies Rescript bestärkt nur, was früher längst anerkannt war“ Das Wesen der Stipulatio: die persönliche Gegenwart beider Contrahenten und die mündliche Rede u Gegenrede blieb im justinianischen Recht stehen. Die Stipulatio ist nothwendig ein einseitiger Vertrag.

Der eine fragt u soll Creditor werden; er heißt Stipulator; stipulari heißt also: fragen in der Stipulation, sich etwas versprechen lassen. Der andre welcher Debitor werden soll heißt promissor.

Heutige Grundsätze.

Diese Lehre wie sie hier vorgetragen gilt bei uns nicht und hat nie gegolten. Das pactum nudum wirkt bei uns gleich der römischen Stipulatio | Der bloße Vertrag ohne alle Form ist klagbar.

[343]

Die Neuern suchten dies auf versch: Weise zu erklären. Einige beriefen sich auf

Cap 1, 3 x de pactis.

Andre gaben ein allg: deutsches Gewohnheitsrecht als Grund der Abschaffung des römischen Satzes an.

Ein so abstracter Satz aber konnte nie Gegenstand einer Rechtsgewohnheit in Deutschland werden. In jedem positiven Recht ist irgend eine Form für den vollgültigen Vertrag überhaupt etwas ganz unentbehrliches. Der römische Satz nun der Stipulatio ist kein allg: Rechtssatz, er beruht auf Sitte; diese Stipulatio in ihrer eigenthümlichen Form konnte nie deutsche Sitte werden; beim Uebergang des römischen Rechts existirte also in Deutschland der Satz nicht daß

Verträge durch Stipulatio wirksam werden. Ohne diesen Satz also erschien das römische [Recht] Contractsrecht; die Ausnahme: nuda pacta sind nicht klagbar, stand ohne die Regel da. – Man überließ hier nun die Sache sich selbst ohne positiv einzuwirken; das römische Recht sagt: Vertrag werden gültig in der Regel durch Stipulatio. Das Abstractum der Stipulatio ist das nudum pactum; die symbolische Natur derselben ließ man wegfallen.

Eingehung der Verträge

Gegenstand derselben.

Sie können gerichtet seyn auf ein dare, ein facere, wie Obligationen überhaupt – 1. Ein Vertrag gerichtet auf eine fremde Handlung ist ungültig.

§ 3,21 Inst de inut: Stip. (3,19)

L 83 pr de verb Obl. (D. 45,1)

2. Bei den Verträgen auf ein Thun war es streitig ob das Versprechen gegen die Erben gehen sollte. Justinian hat diese Frage bejaht. [344]

L 13 Cod de contrah: Stip. (8,37)

Es geht dies bloß auf eine Obligatio faciendi und auch hiebei geht die Entscheidung Justinians bloß auf sogenannte fungibile, keine individuellen Handlungen. 3. Ist der Gegenstand des Versprechens absolut unmöglich, so entsteht keine Obligatio.

§ 1 Inst de inut. Stip. (3,19)

L 35 pr de Verb: oblig. (D. 45,1)

Hier ist überall die Rede von einer objectiven Unmöglichkeit; ferner muß diese Unmöglichkeit vorhanden seyn zur Zeit des geschlossenen Vertrags.

Von den paciscirenden Personen.

Alle Personen können gültig Verträge schließen, Obligationen contrahiren.

Wer ist überhaupt fähig [in] Obligationen einzugehen? Creditor kann man werden mit seinem Willen und ohne seinen Willen. Mit Willen, da ist Hauptfall der Vertrag: Auch Debitor kann man werden ohne Willen und mit Willen. Ohne seinen Willen geschieht dies entw: ohne sein Zuthun u sein Wissen oder durch eine freie Handlung ohne seinen Willen so durch ein Delict.[werden]. [345]

Die Gründe der Unfähigkeit können liegen in einem juristischen Verhältniß der Person zB der Sohn u Slave in der Gewalt. Creditor werden sie für ihren Vater u Herrn.

L 14 de obl: et act (>)

Was die passive Fähigkeit, Debitor zur werden betrifft, kann der Sohn sich vollgültig obligiren, der Slave verpflichtet sich durch Verträge nur naturaliter, durch Delicte auch civiliter.

L 14 cit. |

[345] Die Gründe der Unfähigkeit können physische seyn, die in irgend-einer Willenlosigkeit liegen.

Soll eine Forderung erworben werden, so kann dies geschehn ohne Willen. Mit Willen, also durch Vertrag kann dies auch geschehn, davon die Lehre von der Vormundschaft.

L 24 de obl et act (D. 44,7)

L 12 de rebus cred. (>)

Passiv eine Obligatio so eingehen kann mit Willen dieser Personen nicht geschehen; ohne Zuthun aber wohl. Der furiosus kann durch ein Delict nicht obligirt werden, der Unmündige aber wohl.

(Nro 182) L 46 D de obl: et act: 44,7.

Von der Einwilligung.

Diese, die erklärte Willensübereinstimmung von beiden Seiten ist Grundlage Aller Verträge.

L 1 § 2 de pactis. (>)

Auch die formellen Contracte nicht allein ConsensualContracte haben zur Grundlage Einwilligung. Obligatio verbis contrahitur heißt Obligatio consensu contrahitur accedentibus verbis.

Wird auf diese Einwilligung ein hemmender Einfluß ausgeübt, wie verhält es sich da?

Vom Einfluß des Zwanges.

Zwang, vis hat eine doppelte Bedeutung. Unsr Juristen unterscheiden einen absoluten Zwang, wobei der Gezwungene als völlig willenlos erscheint: oder: einen compulsiven Zwang, welcher gerichtet ist gegen den Willen durch Furcht und Drohung. Ein Vertrag kann nur entstehen durch compulsiven Zwang. Man könnte sagen dies ist kein freier Wille, also kein Vertrag. Die Ansicht der römischen Juri-

[346] sten | enthält:

(Nro 183) L 21 § 5 D quod metus, 4,2

(184) L 116 pr D. de reg juris 50,17

Eine solche Obligatio soll in ihren Wirkungen gehemmt werden.

Practisch stellt sich die Sache so: Im Fall eines solchen erzwungenen Vertrags ist die Obligatio ipso jure gültig also klagbar, aber per exceptionem metus ungültig. Es ist also eine Obligatio inanis.

Die Neuern Juristen nehmen an dies sei so bei den Obligationes stricti juris; bei denen bonae fidei bedürfe es gar keiner exceptio, die Obligatio sei ipso jure nulla.

Wäre dies, so wäre ja die eigne neue Klage actio quod metus causa nicht nöthig. Denn wäre die Obligatio nulla gewesen, so hätte ich ja im Fall der Veräußerung über all meine Sache vindiciren können da gar kein Eigenthum übergegangen wäre. Jene neue actio hätte ich also gar nicht nöthig.

L 4 § 3 h Tit. 4,2. (D.)

L. 3,4,5, Cod h. Tit 2,20, L 21 § 4 h Tit, 4,2. (D.)

Sollen diese Sätze wahr seyn so ist eine Furcht vor einem bedeutenden Uebel u eine gegründete Furcht nöthig.

L. 3-7 D. h. Tit

Diese Frucht muß absichtlich erregt worden seyn, um den Willen zu bestimmen. Von wem die Drohung ausgegangen ist hiebei gleichgültig.

L 14 § 3 Dig: quod metus. 4,2.

Die Unwirksamkeit geht nicht weiter als die Drohung selbst. Bin ich gar nicht geneigt den Vertrag einzugehen, so ist dies eine metus | causam dans; war ich geneigt den Vertrag überhaupt einzugehen [347] nur unter andern Bedingungen als wozu ich bewogen werde durch Drohung so ist dies metus incidens.

Des Betrugs.

Dolus heißt bald eine absichtliche Rechtsverletzung, bald absichtliche Entstellung der Wahrheit, also dasselbe was fraus.

L. 1 § 2 h Tit 4,3. (D.)

Hier gelten ganz dieselben Grundsätze wie beim Einfluß des Zwanges; die Obligatio ist ursprünzl gültig, und nur per exceptionem doli wird ihre Wirkung gehemmt. Nicht nur das ist als Betrug anzusehen, wenn durch positives Handeln des andern der Irrthum erregt wird, sondern wenn dieser den Irrthum des andern weiß u schweigt.

L 43 §. 2 L 46 § 1 de contr emt: (D. 18,1)

L 11 § de act emti. (D.)

Viele Juristen sagen: in Rücksicht der Stipulatio als Contractus stricti juris gelte das was von der doli exceptio gesagt ist.

L 36 D de verb: obl: (45,1)

Die Contractus bonae fidei würden aber durch dolus ipso jure ungültig, und die indirecte Hülfe der Exceptio sei hier nicht nöthig.

Ueber die Gegenstipulatio, die sogenannte doli stipulatio

cf: L 121 pr de verb: obl: (D. 45,1)

Daß auch bei den Contractus bonae fidei eine solche doli exceptio gilt

cf L 4 § 23 de doli exc. (D. 44,4)

[348] „dolus inest heißt nichts anders als doli promissio inest. – Freilich ist hier die Exceptio stillschweigend in der Formel mit enthalten, und ferner ist diese doli clausula die bei der Stipulatio als Gegenstipulatio erscheint, in diesen Contracten | stillschweigend enthalten.

L 11 § 5 de act: emti. (D. 19,1)

L 7 § 3 D. h Tit. 4,3.

1 Derselbe Satz findet sich sogar umgekehrt im Verhältniß des Klägers zum Beklagten, wenn dieser jenen durch Betrug [~~durch ein pactum~~] bewegt ihm eine Forderung durch ein pactum nachzulassen. Hier hat der Kläger die Contractsklage, der Beklagte die pacti exceptio, und der Kläger dann wieder die doli replicatio.

L 7 § 7,9,11, L 35 de pactis. (D. 2,14)

2. Würde der Vertrag ipso jure nicht per exceptionem null, so würden sich beide Theile darauf berufen können, und der Betrogene hätte hier kein persönliches Recht den Vertrag gelten zu lassen oder nicht nach seiner Willkühr.

L 13 § 27,28 de act: emti (D. 19,1)

3. Aus dem Vertrag habe ich nur eine Klage gegen den Contrahenten nicht gegen den dritten Besitzer; wäre der Vertrag ipso jure durch den dolus null, so wäre ja gar kein Eigenthum übergegangen.

L 37 de act: emti. (D. 19,1)

L L 4 § 27 de doli exc: (D. 44,4)

(Nro 185) L 10 Cod de resc: vend. 4,44.

[349] Auch hier muß zwischen einem dolus causam dans u incidens wie oben unterschieden werden; im ersten Falle wird der ganze Vertrag, im 2ten nur der Theil des Vertrags welcher sich durch den dolus so gestaltet hat, per exceptionem | ungültig.

L 11 § 5 L 13 § 4,5 de act: emti. (D. 19,1)

Der dolus wirkt nur in persönlichem Verhältniß zu dem Betrüger;

bei metus wird der Vertrag ungültig wenn auch ein Dritter mich durch Drohung dazu bewegte. Metus wirkt auch in rem, gegen den Dritten; Dolus wirkt nur in personam; der Vertrag wird nur ungültig wenn mein Contrahent mich betrogen hat.

(Nro 186) L 18 § 3 D de dolo 4,3.

Des Irrthums.

Irrthum und Unwissenheit stehen in Bezug auf Verträge ganz gleich. Es ist vor allem zu unterscheiden: Irrthum über den Gegenstand des Vertrags u Irrthum als Beweggrund des Vertrags.

Ueber den Gegenstand des Vertrag ist er entw: ein wesentlicher oder unwesentlicher. Im 1sten Falle ist kein Consens, also kein Vertrag u keine Obligatio vorhanden; im andern Falle aber ist ein Vertrag geschlossen.

Wesentlich ist: a. Der Irrthum in corpore.

(Nro 187) L 57 D de obl: et act. 44,7.

L 9 pr de contr: emt: (D. 18,1)

wo beide Contrahenten an verschiedene Gegenstände dachten.

b. Der Irrthum in substantia, wenn man über eine so wesentliche Eigenschaft des Gegenstandes irrt, wovon die Art, Benennung und Bestimmung desselben abhängt. Es hängt dies von der Meinung im Verkehr ab; zB man irrt über den Stoff der Geräthschaften, wenn sie metallne sind. Diese Regel gilt: α. wenn beide gemeinschaftlich in Irrthum sind; β. wenn einer allein sich geirrt hat; in beiden Fällen ist kein Vertrag geschlossen.

[350]

L 9 § 2 L 11 § 1 L 14 de contr: emt: (D. 18,1)

zB ein Käufer von Wein hält denselben für eine bessere Qualität, dies ist kein error in substantia, denn Wein von ganz versch: Qualität bildet doch immer dieselbe Gattung. Kauft er aber Essig statt Wein, so ist hier die Gattung verschieden und error in substantia vorhanden.

Folgende Fälle sind hier zu bemerken: Ist eine Summe einziger Gegenstand des Vertrags, so macht auch die geringste Summe den Vertrag gültig.

L 1 § 4 de verb obl: (D. 45,1)

Ist die Summe nicht einziger Gegenstand, sondern ist noch die Rede von einer Gegenleistung so ist bald kein Vertrag geschlossen, bald gilt die geringere Summe.

(Nro 190) L 52 D. locati 19,2.

Ist ein individueller Gegenstand des Vertrags vorhanden aber mit einer ausgedrückten Quantität, so macht hier der Irrthum bei formellen Verträgen die Stipulatio ungültig.

L 120 de verb: obl. (D. 45,1)

Bonae fidei Contractus sind in diesem Falle gültig. Hier entstehen Ansprüche auf Entschädigung.

[351] Alle andern Fälle gehören zum ausserwesentlichen Irrthum und schließen die Obligatio nicht aus. Sie sind: | a. error in nomine: beide Partheien haben aber an dieselbe Sache gedacht.

L. 9 §. 3. de contrah: emtione. (D. 18,1)

b. Irrthum über den Werth, die Qualität der Sache hindert die Gültigkeit des Vertrags nicht.

L 10,11 § 1 L 14 D de contr emtione. (18,1)

Ist dieser Irrthum zusammenhängend mit dem Betrug des andern, so entscheidet die Lehre vom dolus. Ist die bestimmte Qualität im Vertrag ausgedrückt so ist dies Gegenstand einer Evictionsleistung.

Irrthum über den Beweggrund. Man nimmt eine Thatsache als wahr an und gründet darauf einen Vertrag; er hindert die Gültigkeit des Vertrags nicht.

(Nro 193) L 65 § 2 D de cond: indeb: 12,6.

Da dieser Satz bei der Schenkung gilt, muß er gewiß bei andern Verträgen angenommen werden.

(cf Nro 186) cit. (D. 4,3)

Eine Ausnahme erleidet dieser Satz, wenn das [M] fälschlich angenommene Motiv besteht in einer Verpflichtung zu diesem Vertrag oder zu dessen Gegenstand. zB als Erbe soll ich für einen Legatar ein Haus kaufen; ich thu es; hinterher findet sich ein Codicill, welches das Legat aufhebt; in diesem Fall kann der Erbe den Vertrag anfechten, oder der Erbe soll einem Legatar 1000 zahlen u er verpflichtet sich dazu durch Ausstellung eines Wechsels, findet aber daß das Legat durch ein Codicill aufgehoben ist, so hat der Wechsel keine Kraft; er hätte ja die Condictio indebiti gehabt, hätte er die Summe schon ausbezahlt.

L 5 § 1 de act emti: (D. 19,1)

L 51 pr § 1 de pactis. (D. 2,14) |

[352] Der Rechnungsirrthum error in calculo, welche Folgen hat er; meist wird er eine unrichtige Erfüllung bewirken. Nach der Erfüllung entdeckt sich der Fehler, so kann der eine das zu wenig erhaltene mit der ursprüngl Contractsklage; der andre das zu viel bezahlte mit der Condictio indebiti fordern. Hat ein solcher Fehler einen irrigen Ver-

trag bewirkt, so gelten hier die Grundsätze der letzterwähnten Ausnahme.

Tit Cod de errore calculi. (2,5)

Der Simulation.

Ein Vertrag wird geschlossen u die Willenserklärung absichtlich anders gestellt, als die man wirklich hegt. Hier gilt das was man wirklich gewollt hat, also der gemeinte Vertrag nicht der blos vorgegebene.

Tit Cod h Tit. 4,22.

L 54, de obl: et act: (D. 44,7)

Von der Willenserklärung:

Deren Form.

Im practischen Recht gilt jetzt in der Regel die freieste Form, wie sie nach Ansicht der Römer bei der nuda pactio und den Consensual-Contracten galt.

L 2 pr de pactis (D. 2,14)

§ 1,2 Inst de obl: ex consensu. (3,22)

Diese Sätze leiden dann eine Ausnahme, wenn die Parthei ihren Verträgen eine | besondere Form geben wollte.

[353]

Justinian gab hier eine allg. Regel und sagte: überall wo von den Partheien eine conventionelle Form bezweckt sei, müsse diese Form auch eingegangen seyn; es könne also eher keine Obligatio angenommen werden, wo nicht der Zweck der bloßen Beurkundung von ihnen bestimmt ausgesprochen sei.

L 17 Cod de fide instrum: 4,21.

Angewendet ist sie auf den Kauf in

pr Inst de emtione. (3,23)

Unsre Juristen sprechen noch von einem pactum de contrahendo; dies ist meist ein wirklich geschlossener Vertrag dessen Erfüllung nur auf eine best: Zeit hinaus aufgeschoben ist. – Ein solches pactum de contrahendo läßt sich aber rein denken, wo die Erfüllung schon in dem gegenwärtigen Vertrag enthalten seyn muß, zB ein Versprechen zu leihen. Nach römischem Recht galt dies pactum nur, wenn es durch Stipulatio abgeschlossen.

L 68 de verb: obl: (D. 45,1)

Verbinden wird dies mit der Regel über die conventionelle Form so

wird dies wichtig; in jenem Fall soll nach Justinian ein solcher Vertrag vor der schriftlichen Aufzeichnung nicht mal als pactum de contrahendo gelten.

Deren Interpretation.

Die römischen Juristen stellen hier nur sehr allg: Regeln auf:

a. Bei einem undeutl Vertrag soll man die Erklärung vorziehn wodurch das Geschäft gültig erhalten wird.

L 80 de verb: obl. (D. 45,1) |

[354] b. Bei verschiedenen Verträgen ist nach dem Geiste ihrer Art zu interpretiren.

L 67 de regulis juris. (D. 50,17)

c Wenn diese beiden Regeln nicht ausreichen, so soll man unterscheiden ob von individuellen Bestimmungen oder quantitativen die Rede ist. In jenem Fall soll der Vertrag zu dessen Nachtheil interpretirt werden, der sich undeutlich ausgedrückt hat. Bei der Stipulatio sei dies der Stipulator, also der Creditor

L 99 pr D. de verb: obl: (45,1)

Bei Kauf und Miethe sei dies der Verkäufer und Vermiether.

L 39 de pactis. (D. 2,14)

d. Wenn die Quantität unbestimmt sei, so solle immer die geringere Summe angenommen werden.

L 34 D de regulis juris. (50,17)

Wirkungen der Verträge.

Unter den Partheien. Einfluß auf Dritte.

davon schon oben

Von bedingten Verträgen.

Die Bedingungen sind theils suspensive theils resolutive, Hier gelten folg: Regeln: 1. Ist die Bedingung unmöglich so ist der Vertrag null.

§ 11 Inst de inutilib: Stip. (3,19)

L 31 de obl: et act: (D. 44,7)

[355] 2. Wenn die Bedingung lediglich in die Willkühr des Schuldners gestellt ist, so ist es kein Vertrag. Ebenso wenn bei zweiseitigen Obligationen zB es in die Willkühr des Käufers gestellt ist.

L 17 de verb: obl: (D. 45,1)

L 7 pr de contr emtione (D. 18,1)

Es können hier auch Zeitbestimmungen vorkommen; es kann der Vertrag ex die u in diem geschlossen werden; das [H]erstere wird als ein Vortheil des Schuldners angesehen.

Ein Vertrag auf eine gewisse Zeit zu beschränken also ad diem abgeschlossen macht die Obligatio ipso jure ungültig und nur indirect per exceptionem gültig.

§ 2 J: de verb: obl. (3,15)

§ 3 Inst eod.

L 44 § 1 de obl: et act: (D. 44,7)

Der Fall der Miethe auf eine gewisse Zeit ist keine Conventio ad diem. Der Gegenstand der Obligatio den man verspricht, also die praestatio ist hier nur begrenzt. Es ist nur der Fall gemeint wo die Obligatio selbst ad diem beschränkt ist zB ich soll verpflichtet seyn 1000 zu zahlen, aber der andre soll nur in den ersten drei Jahren klagen können. Er kann hier auch im 4ten Jahre klagen, denn die Obligatio ist ipso jure ungültig, aber es steht ihm dann eine doli oder pacti exceptio entgegen.

Bestärkungsmittel.

Arrha.

Das was hingegeben wird um als Zinsen des abgeschlossenen Vertrags zu dienen. Dadurch wird ausser Zweifel gesetzt, daß der Vertrag wirklich vollendet sei.

pr Inst de emtione (3,23)

L 35 pr de contr: emtione. (D. 18,1)

Manche haben sich die Sache so gedacht, als ob dadurch die Gültigkeit des Vertrags geschwächt würde, indem ich durch Hingeben der Arrha darauf verzichten könnte.

Die Arrha soll nie ein Gewinn des Empfängers bleiben; bleibt der Vertrag gültig, so soll sie aufgerechnet, wird er ungültig so soll sie zurückgegeben werden.

L 8 de lege commissoria (D. 18,3)

L 11 § 6: de act: emti (D. 19,1)

Davon gibts einige Ausnahmen:

a. Ein Kauf der mit der lex commissoria geschlossen ist d:h: der Kauf soll nichtig seyn wenn der Käufer binnen einer bestimmten Zeit das Kaufgeld nicht bezahlt; geschieht dies wirklich nicht, so soll der Verkäufer die Arrha behalten.

b. Wenn mit der Verabredung eines förmlichen Vertrags eine Arrha verbunden ist, und ein Theil tritt zurück vor Abschließung dieser Form, so soll dieser Theil die Arrha verlieren.

L 17 Cod de fide instrument: (4,21)

Conventionalstrafen.

Eine bedingte Obligatio auf ein Geben, wobei die Absicht ist das Gegentheil der Bedingung zu bewirken.

In der Regel sind sie erlaubt und sie können nur indirect ungültig werden, wenn durch sie etwas unerlaubtes befördert wird. |

[357]

Wirkungen. Conventionalstrafen lassen sich nur auf zweierlei Weise denken: 1. Daß nur die Strafe in obligatione ist, die Leistung in conditione, zB ich verspreche 500 als Strafe zu zahlen wenn ich nicht die Arbeit liefere. 2. Daß Strafe und die versprochene Leistung in obligatione ist, und zwar a cumulatio daß die Strafe blos Bestärkungsmittel ist und man auf beides nebeneinander klagen kann, oder b. alternativ wo der Kläger wählen kann, auf welches von beiden er klagen wolle.

Haben sich die Partheien nicht klar ausgedrückt, so ist die Alternative anzunehmen. Doch muß man hier auf die Umstände sehen, denn wäre zB die Strafe im Verhältniß der Leistung gar gering, so ist gewiß anzunehmen, daß die Partheien die cumulative gemeint haben.

L 44 § 5,6 de obl: et act 44,7. (D.)

L 10 § 1 de pactis. (D. 2,14)

L. 41,42 pro socio (D. 17,2)

Versprechungseid.

Nur in Einem Fall kommt er nach römischem Recht als Bestärkungsmittel einer Obligatio vor: Ein Slave, der bei seiner Freilassung gewisse Dienste verspricht, soll darauf verklagt werden können, wenn er sie beschworen hat.

[358]

Im Mittelalter stritt man sich über die Frage: ob ein an sich ungültiger Vertrag durch einen Schwur Kraft erhalte. Bulgarus | behauptete er bleibe ungültig. Matinus contra, er erhalte dadurch Gültigkeit. Kaiser Friederich entschied für den letzteren in einer eignen Constitution,

Auth. sacram: puberum:

Das canonische Recht modificirte dies dahin daß der Eid nicht erzwungen, nicht durch Betrug bewirkt.

Cap X. de jure jurando.

Cap 2 de pactio in VI^{to}

Unerlaubte Verträge.

Sie sollen nicht gelten, weil sie mit irgend einem Rechtssatz in Collision kommen. Jeder Vertrag wodurch etwas verbotenes oder auch nur etwas unsittliches oder unehrbares befördert werden soll ist unwirksam.

Etwas verbotenes wird nach römischer Ansicht als etwas juristisch unmögliches angesehen, u wirkt wie das physisch unmögliche. (Nro 196) (D. 28,7,15)

Es gilt dies: a. wenn jemand selbst etwas rechtswidriges oder unehrbares übernimmt, b. wenn nur der Beweggrund etwas rechtswidriges oder unehrbares ist. c. wenn die Bedingung nur etwas rechtswidriges oder unehrbares ist.

L 26 de verb: obl: (D. 45,1)

L 27 pr L 123, L 137 § 6 eod.

In allen diesen Fällen ist die Obligatio nicht ipso jure sondern nur per exceptionem ungültig. | Das hier aufgestellte ist verwandt mit folg: Sätzen: [359]

1. Verträge contra leges sollen nicht gelten. D:h: Verträge die grade auf das Verbot gerichtet sind.

L 31 de pactis (D. 2,14)

L 7 § 14. eod:

Bei weitem die meisten Vorschriften bieten nur eine subsidiäre Hilfe; wo die Willenserklärung der Partheien undeutlich, sollen sie durch Interpretatio aushelfen. Diese Vorschriften darf man durch Verträge derogiren, nicht aber die absolut verbietenden Vorschriften.

L 27 § 4 de pactis. (D. 2,14)

L 7 § 14,16 eod

2. Keine Verträge solln gelten gegen das jus publicum.

(Nro 199) L 38 D de pactis 2,14

Nro (200) L 45 § 1 D de reg: juris. 50,17

(201) L 27 eod. (D. 50,17)

Was heißt dies: gegen's jus publicum, etwa gegen das Staatsrecht? nein! es geht hier auf wirkliche Privatrechtsverhältnisse ganz eigener Art. Was als Handlung des einen zum Vortheil des andern geschehen oder unterbleiben soll ist eine causa obligationis und soll der Willkühr der Partheien überlassen bleiben. Andre Verhältnisse zu

bestimmen zB die Art Eigenthum zu übertragen Mancipatio, Familienrechtsverhältnisse, überhaupt die Formen des jus publicum sind unabhängig von Privatwillkühr u auf sie wirkt kein Vertrag. – zB der Vertrag wodurch ich verspreche mein Haus nicht zu veräußern, ist ungültig weil es das jus publicum verletzt. Die Veräußerungsfähigkeit ist allgemein und allezeit

L 34, 42 de pactis 2,14. (D.)

Einseitige Handlungen des Verpflichteten.

Erlaubte Handlungen:

Versprechungen:

Hat einer einseitig etwas versprochen (pollicitatio) ohne daß der andre acceptirt hat, so bindet dies in der Regel nicht. Davon gibts 2 Ausnahmen:

1. Wenn einer einer res publica etwas verspricht so kann er darauf verklagt werden, jedoch unter den Bedingungen, daß entw: seinem Versprechen eine justa causa zu Grunde liegt, oder er die Erfüllung schon angefangen hat.

2. Hat einer versprochen seine Sache zu einer res sacra zu machen, so kann er dazu gezeugen werden. Es heißt dies Votum.

Andre Handlungen.

Dahin gehören höchst wichtige Fälle, die aber nichts [wichtiges] Gemeinsames haben, und daher in den allgemeinen Theil der Obligationen nicht gehören.

Einseitige unerlaubte Handlungen.

Daraus können neue selbstständige Rechtsverhältnisse hervorgehen, dies sind die Obligationes ex maleficiis. Unter Delictum pflegen [361] | 4 Fälle zusammengestellt zu werden: Diebstahl, Raub Injurie, körperliche Beschädigung. Die übrigen Fälle führen nicht den Namen Delictum; maleficium ist allgemeiner.

Einige Eigenthümlichkeiten dieser actiones ex maleficiis sind schon oben erwähnt, zB ihr Uebergang auf den Erben. Durch maleficia konnte einer einen andern obligiren. Die actio noxalis ging gegen

den Vater oder Herrn. Der letztere hatte die Wahl, das Eigenthum der Slaven hinzugeben, ihn noxae dare oder sich selbst verklagen zu lassen als ob er das Delict begangen hätte.

Aus andern unerlaubten Handlungen können Obligationen die anderswoher begründet sind, modificirt werden. Dies ist die wichtige Lehre von Dolus und Culpa. Der Fall ist folg: Jemand ist schuldig zu leisten, die Leistung geschieht nicht und kann auch nicht mehr geschehn, sie ist ganz oder theilweise unmöglich geworden? hier frags sich nun: muß er Ersatz leisten? Ein solcher ist zu leisten, wenn diese Unmöglichkeit bezogen werden kann auf den Willen des Verpflichteten, ausserdem aber nicht. Dies ist die allgste Antwort.

Damit man diese Unmöglichkeit auf den Willen des Verpflichteten beziehen könne, muß: a eine physische Causalitaet vorhanden seyn, d:h: ein äußeres Verhältniß zwischen dem Verpflichteten und der Unmöglichkeit. – Dies ist nie der Fall wenn der Berechtigte selbst Ursache der Unmöglichkeit war.

[362]

L 61 § 7^a de furtis (D. 47,2.)
L. 203 de reg: juris. (D. 50,17)

b es muß auch ferner ein äußers Verhältniß zu dem Willen des Verpflichteten stattgefunden haben d:h: er muß willensfähig seyn u in vorliegendem Falle gewollt haben.

Bei Kindern u Wahnsinnigen ist eine solche Beziehg nie möglich; bei Unmündigen soll nach Umständen es angenommen werden.

L 46 de oblig: et act: 44,7. (D.)

Die letzte Bedingung: Anwendung der vorhandenen Willensfähigkeit auf den vorliegenden Fall, ist die wichtigste. (Sind alle 3 Bedingungen vorhanden u können sie auf den vorliegenden Fall bezogen werden, so brauchen wir den Ausdruck: zurechnen, imputatio, die Römer auch Culpa)

Der Verpflichtete muß das was jetzt geschehn ist im voraus gedacht und gewollt haben; (dies wollen wir einstweilen Dolus nennen) Der absolute Gegensatz davon, wo sein Wille in gar keiner Beziehung mit der Rechtsverletzung stand, heißt Casus.

Dolus.

In diesem Begriff kommt ein innres d:i der Antheil des Willens am Ganzen, eine That und ein äußeres vor, als Folge jener That, und

^a D. 47,2, 61 hat keine Paragraphen

[363] dies kann in einem rechtswidrigen Thun oder einem rechtswidrigen Unterlassen bestehn; darnach unterscheidet man positiver und negativer dolus.

L 44 Mandati (D. 17,1).

Dolus ist also das wollen der erfolgten Rechtsverletzung.

Dolus kommt im römischen Recht in einer doppelten Beziehung vor, a in der eben gegebenen Bedeutung und b, absichtliche Entstellung der Wahrheit, fraud; darauf bezieht sich die actio und exceptio doli.

Mit dem Dolus: als absichtliche Zuwiderhandlung wider ein Recht, haben wir hier zu thun. Auch hier brauchen die Römer das Wort Dolus nicht im allg: für jede absichtliche Zuwiderhandlung wider eine Obligatio, sondern für eine solche die zugleich etwas schändliches und unsittliches in sich trägt. – Nicht jede Verletzung einer Obligatio ist schändlich. Schändlich ist freilich Wiederverkauf einer veräußerten Sache. Wo aber einer eine verwaltete Sache zum Vortheil des Herrn veräußerte oder wo ein Mann eine Dotalsache öffentlich in der besten Absicht als guter Hausvater versteigerte, da handeln beide wissentlich gegen ihre Obligatio aber nicht schändlich. Dies also ist nicht dolus im römischen Sinne; es fehlt jene sittliche Beimischung, die Schändlichkeit der That; eben so in unzähligen Fällen der ausgebliebenen Zahlung, welches so leicht einem braven Mann geschehn kann. –

Einer legt seinen Slaven in Fesseln, ein anderer bindet ihn los u der Slave entflieht. Der Slave ist hier Dieb seiner selbst, der andre Diebeshelfer. So ist die gewöhnliche Meinung. Löste ihm jener aber die Fesseln misericordia ductus, so ist er nicht in dolo sondern nur in lata culpa, darum geht auch nicht die actio furti gegen ihn, da zum furtum dolus gehört.

[364] Zwischen Dolus und Casus liegt:

Culpa.

Sie ist das schwierigste. Die Unmöglichkeit ist nicht grade hervorgegangen aus dem Wollen aber auch nicht aus dem absoluten Nichtwollen. Aus einem gewissen Grad der Besonnenheit, welcher den Verpflichteten fehlte, geht die Unmöglichkeit hervor. Der Verpflichtete hätte in jenem Augenblick die Besonnenheit anwenden müssen. Dadurch daß er dies nicht that, entsteht hier die Unmöglichkeit. Das innre in der Culpa ist immer etwas negatives ein Unterlassen, beim

Dolus immer etwas positives. Dagegen das äußere kann bald, wie beim dolus etwas positives bald etwas negatives seyn; es gibt also eine Culpa in faciendo und in non faciendo.

L. 91 pr de verb: obl. 45,1. (D.)

Die Römer gebrauchen Culpa bald allg: als Imputation so dß auch dolus darin enthalten; bald für den Mangel der Besonnenheit, der eine Unmöglichkeit der Leistung zur Folge hat

Man [€]unterscheidet: Culpa als Ursache der Corruption fremder Sachen in Beziehung auf die lex Aquilia, und: als Ursache der Unmöglichkeit der Erfüllung einer Obligatio, | obligatorische Culpa. Der Gegensatz von Culpa ist diligentia Besonnenheit. [365]

Obligatorische Culpa. Man unterscheidet hier Grade, da Culpa ja in einem Unterlassen von Kraftanwendung besteht. Dolus ist das Wollen einer Rechtsverletzung und sein Begriff läßt eine Gradeunterscheidung nicht zu.

cf. Hasse über die Culpa.^a

Controverse: Seit mehreren Jahrhunderten nahm man drei versch: Grade an: Culpa lata, levis, levissima. Ferner unterschied man im allg: in abstracto und mit Rücksicht auf die Individualität des Schuldners, in concreto. Es gibt also: sagte man einen höhern, mittleren u niedern Grad der Culpa. Erwarte der Schuldner allein Vortheil, so müsse er für levissima einstehen; erwarten sie beide Vortheil für Culpa levis, erwarte der Creditor allein Vortheil für Culpa lata, und in der Regel müsse Culpa in abstracto angenommen werden. – Dem römischen Sprachgebrauch ist der Gegensatz levis und levissima gar nicht gemäß; ferner ist diese Theorie durchaus unpractisch; auf einzelne Rechtsverhältnisse lassen sich diese drei Grade nicht anwenden.

Dieser Theorie steht entgegen die der zwei Grade, aufgestellt von Hugo Donellus, vergessen, von Löhr u Thibaut mit Verdienst wieder ins Leben gerufen, und von Hasse fester begründet, als durch Alle seine Vorgänger. | Die Theorie nimmt an; es gibt Eine Culpa und diese ist levis oder lata, je nachdem der Schuldner Vortheil hat oder bloß aus Gefälligkeit für den andern handelt. [366]

Culpa levis oder Culpa schlechthin.

Wo ist ihre Grenze zwischen levis Culpa u Casus. Dabei liegt ein römischer wichtiger Begriff zu Grunde, der des bonus pater familias, diligens oder diligentissimus oder eines homo frugi.

^a Hasse, Johann Christian, Die Culpa des Römischen Rechts, Kiel 1815 (Sav. PB 1580)

Als Culpa ist anzusehen, das was an seiner Stelle von diesem bonus paterfamilias würde abgewendet worden seyn.

Als Casus, das was an seiner Stelle selbst von dem bonus paterfamilias nicht würde abgewendet worden seyn.

Es ist dies offenbar eine Beurtheilung in abstracto.

(Nro 163) L 11 D de peric: 18,6.

(164) L 31 D. ad L. Aquil 9,2.

Andre sagten: Casus sei nur das absolut unabwendbare; dann würde sehr selten von Casus die Rede seyn, und in vielen Fällen nicht ohne Härte Culpa angenommen werden.

Diebstahl sagen sie ziehe Culpa nach sich, Raub nicht; aber doch denn er hätte sich ja immer einen solchen als möglich denken und Anstalten fortwährend dagegen treffen können.

L 137 § 2 de verb: obl: (D. 45,1)

Culpa lata.

[367]

Wann ist ein höherer Grad der Culpa anzunehmen. Wenn noch erschwerende Umstände | zur Culpa hinzukommen. Solcher gibt's zwei: Eine Culpa lata ist da bei einer Nachlässigkeit, die jene eines gewöhnlich nachlässigen und sorglosen Menschen noch übersteigt.

L 213 § 2 de verb sign: (D. 50,16)

L. 223 Dig eod.

Der zweite Fall der lata Culpa ist der, wenn einer in der Behandlung fremder Angelegenheiten weniger Fleiß angewendet hat, als bei der seiner eignen.

L 22 § 3 ad Sclt: Trebell: (D. 36,1)

(Nro 165) L 32 D depositi 16,3.

„latiorem culpam dolum esse“ heißt nicht: sei dolus, sondern habe eine dolus ähnliche Natur, sei wie dolus zu beurtheilen. Nam etsi quis pp. Ebenso ist auch in folg: ändern Falle die dolus Aehnlichkeit nicht zu läugnen: wenn einer im einzelnen Fall weniger aufmerksam war als er hätte seyn können oder den Fleiß den er auf seine Sachen anwendete, nicht auf die fremde Sache legte.

Beweis dieser Theorie. In Allen entscheidenden Stellen wird zwischen dolus und Casus nur ein Mittelglied gestellt; dies widerlegt die Theorie der drei Grade, u bestätigt unsre Theorie von zwei Graden. Die lata culpa bleibt nämlich in der practischen Beurtheilung aus dem Spiele, sie steht darin dem dolus gleich, ist mit darin enthalten.

Für dies einzige Mittelglied zwischen dolus u Casus gebrauchten die römischen Juristen in Einem u demselben Rechtsfalle ganz will-

kürrlich bald Culpa, bald levis culpa, bald levissima. Diese Willkür läßt sich nur vereinigen | mit der Voraussetzung der Theorie der zwei Grade.

[368]

Eine große Schwierigkeit bleibt übrig; in nicht gar vielen Fällen wird gesagt: es soll praestirt werden sogar die levis culpa aber mit Modificationen; nicht die höchste diligentia soll praestirt werden; die Römer drücken dies aus: diligentia, quam quis suis rebus exhibet.

Diese Schwierigkeit löste vor allen Hasse. Durch dies suis rebus ist schon auf etwas concretes in der Beurtheilung der Handlung hingewiesen. Diese concrete Beurtheilung ist in diesen Fällen schwierig. Donellus unterscheidet hier zwischen der Culpa in faciendo u non faciendo; für jene hatte man für die levis, hier für die lata culpa. Diese Art die Sache zu erklären wird durch folg: Stellen völlig widerlegt.

(Nro 386) L 1 pr D de tutelae act, 27,3
„hier steht: es soll sowohl das Thun als das Unterlassen des Tutors beurtheilt werden.“

L 52 § 11 pro socio. (D. 17,2)

Hasse sagt: in den Fällen wovon hier die Rede ist wird als Regel angenommen: man soll für jede auch die levis culpa eintreten, allein wenn derjenige von dessen Handlung die Rede ist, beweist daß er nicht mehr oder weniger that oder unterließ, als seine Gewohnheit überhaupt ist, so soll er nicht eintreten; dies ist die diligentia, quam suis rebus exhibere solet. Dieser Fall unterscheidet sich wesentlich von dem der lata Culpa; dort muß er | eintreten wenn er sich eine grobe Nachlässigkeit zu Schulden kommen ließ, wie kaum der nachlässigste Mensch, oder wenn man ihm beweisen kann daß er in der Verwaltung seine Sachen von fremden absichtlich unterschieden habe. Dieser Beweis wird in den meisten Fällen schwer zu führen seyn.

[369]

Sofern der Fall der lex Aquilia, die aquilische Culpa vorhanden ist, gilt die Berufung auf die eigne Gewohnheit durchaus nicht.

Was den geringsten Grad der Culpa betrifft, bezeichnen diesen die Römer willkürlich mit Culpa, levis culpa, levissima culpa oder omnis culpa. Ist die Frage die: ist ausser dem dolus noch eine Culpa zu leisten, so ist dies immer diese Culpa. Culpa lata ist immer im dolus enthalten. levissima culpa kommt nur in Einer Stelle ganz ausser dem Contractsverhältniß bloß bei der lex Aquilia vor.

L 44 ad L. Aquiliam (D. 9,2)

Dieser Culpa entgegen steht die Diligentia. Auch sie kommt mit

mehreren Nebenbezeichnungen vor: *Diligentia, diligentia exacta, exactissima, diligentis vel diligentissimi patris familias*. Es ist immer der Zustand in welchem *Culpa* vermieden wird.

Der Ausdruck *Custodia* kommt hier vor: Er heißt nichts anders als *diligentia in re custodienda*; davon ist nur die Rede wenn einer eine fremde Sache in Verwahr hat, wo[er] der Schuldner die *Detentio* einer fremden Sache hat. Ob er hier *custodiren* muß, hängt von Gewohnheiten ab: So gilt im allg: Grundstücke werden nicht *custodirt*.

L 55 pr locati. (D. 19,2)
Bewegliche Sachen werden *custodirt*. Dieser Satz leidet eine Ausnahme bei *Slaven*, sie werden nicht *custodirt*.

L 5 § 6 commodati. (D. 13,6)

L 21,26 § 1 de rei vind. ()^a
Für den höhern Grad der *Culpa* gilt der Ausdruck: *lata culpa*.

Wenn jemand in der Lage ist, für *Custodia* einzustehen und sie wird gestohlen, so wird *praesumirt*: er sei in *Culpa* solange bis er beweist, daß ich frei bin von *Aller Culpa* daß ich das höchste und sorgfältigste zur Aufbewahrung gethan habe. Wird die Sache geraubt, so wird das Gegentheil *praesumirt*, daß Alles *Casus fortuitus* sei.

Ist die Sache körperlich verdorben, so wird *praesumirt*: der Inhaber derselben sei dabei auser *Culpa*.

L 19 commodati (D. 13,6)

L 40,41 locati. (D. 19,2)

Alles bisher dargestellte diene bloß als Anwendung auf den eigentlichen practischen Theil unsrer Lehre:

In welchen Fällen ist man verpflichtet, für *Culpa* Ersatz zu leisten?

(Nro 166) L 5 § 2 D commodati 13,6

(167) L 108 § 12 D de leg I. 30 (1)

(168) L 23 D de reg: jur: 50,17. |

[371] 1. Jeder Schuldner ohne Ausnahme muß einstehen für seinen *dolus*. 2. Ebenso für *Culpa lata*; sie steht dem *dolus* gleich.

(Nro 165) L 32 D depositi 16,3.

L 1 § 1 si mentor (D. 11,6)

L 8 § 3 de precario (D. 43,26)

3. Was die *levis culpa* betrifft, so muß man unterscheiden zwischen den Rechtsverhältnissen woraus der Schuldner für sich Vortheil er-

^a D. 6,1,26 und C. 3,32,26 haben keinen § 1

wartet oder nicht; in jenem Falle muß er auch für die *levis culpa* eintreten; in diesem Falle nicht. —

Zuförderst ist's dabei ganz einerlei ob der Gegner Vortheil habe oder nicht.

L 17 § 2 de praescr: verbis. (D. 19,5)

L 10 § 1 Commodati (D. 13,6)

Wenn hier von Vortheil oder Nichtvortheil die Rede ist, so ist nicht davon die Rede ob ein Geschäft mich im einzelnen reicher oder ärmer macht, sondern ob ich das Geschäft abschließe, um Nutzen daraus zu ziehen.

(Nro 166 cit). (D. 13,6)

„*diligentia* kommt nie als Correlat der *levissima Culpa*, wohl aber in vielen Stellen als Correlat der *levis culpa* vor.“

Nro 167 cit (D. 30,1)

(168) cit (D. 50,17)

in his (in der letzten Stelle) geht bloß auf das vorhergehende *negotia gesta*; warum bei diesen: *et diligentiam*; dies heißt die absolute *diligentia* im Gegensatz der Milderung in andern Fällen, der *Diligentia quam quis suis rebus exhibere solet*. Warum bemerkt der Jurist dies bloß bei den *negotiiis gestis*? Wer weiß wie dies hier hineingekommen. Es ist aber doch auch wie die Stelle jetzt steht, eine gewisse Anordnung: zuerst *Contractsverhältnisse*, dann *quasiContractsverhältnisse*; oder erst *Obligationen wo omnis culpa*, dann solche wo *levis culpa praestirt* werden muß u zwar mit der *Modification: diligentia quam quis suis rebus exhibet*, und diese *Modification* gilt nun bei der *negotiorum gestio* nicht.

[372]

Wichtige Ausnahmen: 1. Gegründet auf Willkühr der Partheien: Eine Verabredung dieser Art jedoch soll nicht gelten, nämlich: *ne dolus praestetur*; dies wäre ein unerlaubter Vertrag, weil der *dolus* dadurch *indirect* bewirkt würde

Nro 168 cit in med. (D. 50,17)

L 1 § 7 D depositi. (16,3)

2. Wenn einer von beiden Theilen in *mora* ist. Dadurch wird seine Verpflichtung in Beziehung auf *Culpa* so viel möglich erhöht, die Verpflichtung seines Gegners so viel möglich vermindert. Durch meine *mora* muß ich auch für die geringste *Culpa* eintreten.

L 17 de periculo. (D. 18,6)

L 9 soluto matrimonio. ()

Wie werden diese Grundsätze auf die einzelnen Arten der Obligationen angewendet?

[373] 1. Solche Obligationen wobei man keinen Vortheil erwartet, also bloß einzustehen | braucht für *dolus et culpa*; dahin gehören *depositum* u manche *innominalContracte*; Als anomalische Fälle gehören dahin das: *Mandatum*, die *negotiorum gestio* u die *Tutel*.

2. Obligationen bei welchen man eignen Vortheil erwartet, also eintreten muß für *dolus lata* u *levis culpa*. Regelmäßige Fälle dieser Art sind: *Kauf* *Miethe*, *Pfand* *Commodat*, die meisten *innominalContracte*; ferner der *Ususfructus* und die *rei vindicatio* (durch die *litis contestatio* entsteht ein *Quasicontract* wodurch ich während des Prozesses zu meinem Vortheil den Besitz behalten soll, daher muß ich auch für *levis culpa* eintreten.) Anomalische Fälle, die hieher gehören sind: *Societas*, *rerum communio*, *dos*; (hier muß man eintreten für *levis culpa* mit der *Modification*: *diligentia quam suis pp*) *precarium*, dabei muß man bloß eintreten für *dolus et culpa lata*.

Von der Mora.

In welcher Zeit muß jede *Obligatio* erfüllt werden? Die Zeit kann besonders bestimmt seyn u wo dies nicht der Fall ist, ist die *Obligatio* gleich zu erfüllen, nachdem sie begründet ist; es ist *praesens Obligatio*; die Unbestimmtheit gereicht zum Vortheil des Creditors hier, nicht wie sie gewöhnlich zum Vortheil des Verpflichteten gereicht. Hier ist ja auch die Rede von einer Handlung des Creditors.

[374] Auf diese Zeit der Erfüllung nun kann sich | eine *Rechtsverletzung* beziehen. Es wird nicht zur rechten Zeit erfüllt. Diese *Rechtsverletzung* nennen die Neuern ausschlieslich *Mora*; die Römer gebrauchen daneben auch *frustratio* und *Umschreibungen*.

Warum mußte diese *Verletzung* noch an besonders positive Bedingungen geknüpft werden? Der allgste Fall ist der: eine *Obligatio* wird später erfüllt als sie es sollte; hier kann der Grund in etwas völlig zufälligem, ganz ausser dem Willen der Person, oder in ihrem Willen liegen so daß die Handlung ihr zugerechnet werden muß. In Bezug auf eine jede der *contrahierenden* Personen gibts eine *Mora debitoris* oder *solvendi* und *Mora creditoris* oder *accipiendi*.

Mora solvendi.

Der Grund der *Verspätung* liegt an dem Willen des Schuldners, gleichgültig ob's ihm unmöglich ist zu leisten. Der *Creditor* muß hier den Schuldner zur Erfüllung auffordern, eine *Interpellation* muß vorhergegangen seyn.

L 32 pr de usuris (D. 22,1)

L 5 de reb: creditis. ()

In den meisten Fällen ist die allerstrengste Beobachtung der Zeit der Erfüllung gar nicht einmal im Interesse des Creditors. Der Punct wo sein eigentliches Interesse anfängt, wäre nur schwer ohne jene Mahnung des Creditors auszumitteln. Der Creditor soll daher seinen Willen der gerichtet ist auf augenblickliche Erfüllung, dem Schuldner in irgend einer Art u Form zu erkennen geben. Ist die Interpellation Einmal geschehn, so ist der Debitor dadurch in moram versetzt, die Rechtsverletzung vorhanden, wenn die Erfüllung nämlich dennoch unterblieben ist und zwar ohne gehörige Ursache. Wer glaubt nicht Schuldner zu seyn, u die Sache vor den Richter bringt, wenn dies in error probalis ist, so ist er dennoch nicht in mora.

L 63 de reg juris (D. 50,17)

L 24 pr de usuris (D. 22,1)

zB der Erbe weiß nichts von einer Schuld seines Erblassers.

L 42 de reg: juris (D. 50,17)

Unrichtig ists zu sagen: die litis contestatio begründe eine mora; in den meisten Fällen steht dieselbe vor der litis contestatio; in einigen ist sie nicht mal nach derselben vorhanden, wenn der Beklagte in bona fide ist, und erst durch eine ungerechte res judicata Schuldner wird.

Practisch fehlt man nicht sehr: wenn man sagt: die litis contestatio versetzt in mora.

Fälle wo augenblicklich ohne Interpellatio eine Mora entsteht, sind:

1. Diebstahl und Dejection.

L 8 § 1, L 20 de cond: furtiva. (D. 13,1)

L 19, L 1 § 35 de vi (D. 43,16)

2. Wenn der Creditor minderjährig ist, kommt der Schuldner ipso jure ohne Interpellatio in mora.

L 3 Cod in quib: causis. ()

3. Ein ähnliches Vorrecht hat der fiscus; er braucht nicht zu interpelliren.

L 17 § 5 de usuris. (D. 22,1)

Diese Ausnahmen sind unbestritten u nicht wichtig

Andre wichtigere Ausnahmen führt man dagegen an:

a. Dies interpellat pro homine. Sie setzt voraus dß sich die Nothwendigkeit der Interpellation bloß auf die Obligationen beziehe, bei

[375]

[376]

[376]

denen die Zeit der Erfüllung unbestimmt gelassen ist. Man beruft sich auf:

(Nro 159) L 12 Cod de contr: et com stip. 8,38.

„Die poena, welche wegen Nichterfüllung stipulirt ist, muß er freilich zahlen. In der Stipulatio steht ja die Strafe aufs bloße Unterlassen der Zahlung, und nicht erst nach vorhergegangener Mahnung“.

Der Grund der Interpellation bleibt bei unbestimmt gelassener Zeit, wie bei der bestimmten derselbe[re]. Interpellirt der Creditor nicht, so ist er mit der Verzögerung zufrieden. In jenem Falle ist ja die Zeit da, gleich nach Eingehung und Gründung der Obligatio.

(Nro 160) L 17 § 4 D de usuris 22,1.

„Verzugszinsen muß der zahlen welcher sie versprochen hat; ist dies nicht der Fall, so braucht er sie in der Regel nicht zu zahlen, wenn er nicht in mora war“ Das letztere wäre aber immer der Fall, wenn die Regel gälte: dies interpellat pro homine.

(Nro 195) L 41 § 1 D. de V: 0. 45,1

[377] „pro reo esse d:h: die Hinzufügung des Tages ist immer zum Vortheil des Debtors, nicht zum Vortheil des Creditors. Das letztere ließe sich denken, nämlich ein Vortheil des Creditors, nur | bei Annahme der Regel: dies interpellat pro homine, wogegen der Jurist hier warnt.

b. Ist eine zweiseitige Obligatio da, und einer hat erfüllt, so ist von diesem Moment an der Gegner in mora, auch ohne Mahnung. – Diese Regel ist auch falsch, was bewiesen wird durch:

(Nro 161) L 5 § 1 de praescr: verbis (D. 19,5)

(Nro 161) L 5 Cod de act emti. 4,49

cf (Nro 162) L 3 Cod in q: caus: in integ 2,41.

(Nro 161) [er] ist keine mora hier vorhanden, so müssen doch Zinsen hier bezahlt werden, theils weil der Gegner ein Minderjähriger ist, theils weil er Früchte genossen hat: conjunge (Nro 162.)

Der Jurist sagt also: es kann seyn, dß wenn bei zweiseitigen Obligationen Einer erfüllt hat, eine mora vorhanden ist oder nicht, nach Umständen.

Beim Kaufe, wenn die Sache tradirt worden, müssen wegen Genusses der Früchte von da an, Verzugszinsen gezahlt werden.

L 13 § 20 de act emti (D. 19,1)

fr vat § 2

Mora accipiendi

Der Schuldner ist bereit zu erfüllen u bietet die Erfüllung an; der Creditor weigert sich, sie anzunehmen, so ist er in mora.

Wirkungen.

Gemeinschaftliche, für beide Theile

Der in mora ist, muß sogar die äusserste culpa und den Casus tragen.

Wenn der Gegner levis culpa hätte praestiren müssen, so wird er vom Augenblick meiner | mora davon frei, u braucht nur noch einzustehn für dolus u culpa lata.

[378]

Für den Schuldner.

Er muß das Interesse praestiren für die verspätete Erfüllung; zB der Verkäufer, wenn er die Tradition verzögert u ich ihn durch Mahnung in mora versetze, ist verpflichtet, den höchsten Werth der Zwischenzeit zu zahlen.

L 3 de cond: triticaria (D. 13,3)

Geldschulden werden durch die mora zinsbar.

Purgatio morae:

Ist die Aufhebung der mora mit ihren Folgen. Sie findet statt: 1. Im Fall des freiwilligen Erlasses, der in jeder Novatio liegt.

L 8 pr de novat: ()

2. Die entgegengesetzte mora des andern Theils.

L 17 de periculo (D. 18,6)

L 91 § 3 de V. O. 45,1. (D.)

Die Folgen die schon eingetreten sind für die vergangene Zeit, werden nicht getilgt, nur die zukünftigen.

Dritter Personen.

Obligationen, welche sich gründen auf Handlungen dritter Personen

Von zufälligen Gründen einer Obligatio

Beide Klassen müssen hier der Vollständigkeit des Systems wegen genannt werden; es gibt aber darüber keine allgemeine Theorie, und das Einzelne kommt nachher vor.

[379]

VIERTES KAPITEL.

VON AUFHEBUNG DER OBLIGATIONEN.

Gänzliche Aufhebung einer Obligatio.

Durch die Befriedigung des Gläubigers

d:h: dasjenige was in der Obligatio bezweckt ist, wird erfüllt.

Wirkliche (directe) Erfüllung.

Sie heißt Solutio; Zahlung ist nicht so umfassend. Die Erfüllung muß so beschaffen seyn, daß sie taugt zur Tilgung der Obligatio.

Erfordernisse.

Welche Person muß hier handeln? Vor Allem der Schuldner. Kann auch ein anderer für ihn handeln? Wo der Gegenstand eine fungibile Handlung ist, d:h: deren Werth derselbe bleibt, ohne Unterschied der Person, welche sie vornimmt, kann nicht der Schuldner allein erfüllen, sondern auch jeder andere in seinem Namen, selbst wenn er ohne Wissen und Auftrag des Schuldners handelte.

L 39 de negotiis gestis (D. 3,5)

L 23, 53 D h T 46,3

pr Inst h T. 4,13

Kann ich auch frei werden durch bloßen Zufall, indem der Creditor das bekommt, was ich als Schuldner leisten musste? Es ist dies der sogenannte Concursus causarum lucratarum (der Creditor nämlich lucrirte das, was ich leisten musste)

(Nro 210) L 61 D. de solut, 46,3

[380]

Eine Anwendung auf einen speziellen Fall:

(Nro 211) L 17 D de oblig: et act: (44,7)

§ 6 Inst de legatis. (2,20)

Was muß geschehen? In ihrem ursprüngl Umfang und Inhalt sowohl der Qualität als der Quantität nach muß die Obligatio erfüllt werden, sonst ist sie nicht getilgt.

Die meisten Obligationen sind gerichtet auf ein Geben in das Ei-

genthum eines andern; daher muß der Schuldner selbst etwas eigenthümlich ihm zugehöriges geben. Zahlt er daher mit fremden Gelde, so wird die Zahlung nur gültig, weil durch das Vermischen des Geldes mit dem des Creditors das Eigenthum des Dritten nicht mehr erkannt werden kann

Rückzahlungen sind der aequitas auch gegen den Willen des Creditors erlaubt; dann laufen aber die Zinsen des ganzen Capitals noch fort, und dieselben Pfandrechte bleiben.

L 21 de rebus creditis (D. 12,1)

L 41 § 1 de usuris. (D. 22,1)

An wen muß die Handlung gerichtet seyn? Bei den Obligationen auf ein Geben hat diese Frage Sinn.

1. Vor Allem an den Creditor selbst, sofern er Verfügung über ein Vermögen hat.

2. An einen allg: Repräsentanten dieses Creditors. Für den Mündel kann der Vormund Zahlungen annehmen, nach altem Recht unbedingt. Nach Justinian die laufenden Zinsen pp Alles was zur gewöhnl | Administration gehört. Capitalien u hohe Zinsen kann der Vormund nur gemäß einem Decrete der Obrigkeit annehmen.

[381]

L 25, 27 Cod de adm (5,37)

3. Dem Vertreter für dies einzelne Rechtsverhältniß. Die Zahlung kann hier entw: integrierender Theil der Obligatio seyn; der Dritte ist adjectus solutionis causa. Verändern sich die persönlichen Verhältnisse vor der Zahlung wesentlich, so kann der Schuldner das Recht an sie zu zahlen, nicht geltend machen.

L 12 § 1,3 L 106 h. T

L 32 pr eod

Die Neuern sagten: was von diesem Fall des adjectus gilt, muß gelten von allen Verträgen überhaupt, und es ist immer vorausgesetzt, daß die Verhältnisse dieselben sind, wie sie es ausdrücken: die clausula rebus sic stantibus.

Der Creditor nun kann auch jetzt den Schuldner beauftragen an den Dritten zu zahlen, oder diesem Dritten den Auftrag ertheilen, sie einzucassiren.

L 12 pr § 2 L 106 h T.

Jede Zahlung an einen Dritten, die nicht unter diesen Umständen vorgenommen wird, liberirt den Schuldner nicht; indirect kann dies wohl geschehn, indem dem Creditor doch zufällig diese Zahlung zu gut kommt, und der Schuldner dann eine doli exceptio gegen ihn hat.

L 6 de doli exc: (D. 44,4)

L 11 § 5 de pign act (D. 13,7)

[382] Im Augenblick der vollgültigen Erfüllung ist die Obligatio selbst mit allen ihren Accessionen ipso jure zerstört. Daher ist keine exceptio solutionis nöthig.

Bestanden mehrere Obligationen nebeneinander, und es wird eine Summe gezahlt, auf welche soll dies angerechnet, welche Obligatio soll getilgt werden. Zunächst kann dies der Debitor selbst bestimmen, thut er dies nicht, so hat der Creditor zwar die Wahl, aber er soll diese im Interesse des Schuldners vornehmen. Die Schuld ist immer getilgt, welche für den Schuldner die drückendere ist.

L 1-8 D h T.

L 1 Cod eod

Besteht die Schuld in Capital und Zinsen, so wird die Zahlung darauf immer erst auf die Zinsen abgerechnet.

L 5 § 2 h T.

Beweis der Zahlung.

Unstreitig muß ihn der Schuldner führen; er kann dies durch die gewöhnlichen Mittel thun; durch die Rückgabe des Schuldscheins, welche aber keinen vollen Beweis der Zahlung, sondern nur Vermuthung gibt. Hat der Creditor ihn zerstört, so beweist dies schon die Zahlung.

[383] Eine eigne Urkunde über die Zahlung in den Händen des Schuldners liefert unter folgenden Bedingungen den Beweis: Innerhalb dreißig Tagen soll die Quittung nichts beweisen, der Creditor soll klagen können auf Rückgabe derselben; nach Verlauf dieser Zeit soll sie aber vollständig beweisen.

L 14 § 2 de non num: pecunia. (C. 40,3)

Compensatio.

Erfordernisse:

In Ansehung der Personen.

Sie setzt voraus das Verhältniß zweier Personen, welche wechselseitig gegeneinander unabhängig obligirt sind. Hier gilt eine wechselseitige Abrechnung unter folgenden Bedingungen:

a. Es müssen dieselben Personen seyn. Mit der Forderung eines Fremden kann man nicht compensiren, selbst wenn dieser Fremde

einwilligt. Cedirt er aber die Forderung, so kann der Cessionar die cedirte Forderung gegen meine compensiren.

L 18 pr § 1 D h T.

L. 9 Cod eod.

In Ansehung der Forderungen.

Beide Obligationen müssen gleichartig, als reine Quantitäten einander gegenüberstehen. Es müssen fungibile Gegenstände derselben Art seyn. Die Quantität selbst ist gleichgültig. Ist sie ungleich, so ist die geringere vollkommen getilgt, und die größere so weit herabgesetzt.

Beide Obligationen müssen an sich gültig seyn; eine Civilis Obligatio compensirt sich gegen eine civile; eine naturale gegen eine naturale; und sogar eine bloße naturale gegen eine civile, da zur Compensatio eine bloße exceptio hinreicht.

[384]

(Nro 216) L 6 D de comp: 16,2.

Eine inanis Obligatio ist keine gültige Obligatio, und daher kein Compensationsmittel.

(Nro 217) L 14 eod. (D. 16,2)

Beide Obligationen müssen praesentes seyn. Beide Obligationen müssen liquid seyn; d:h: die Gegenforderung muß gleich klar seyn.

L 14 § 1 Cod h T.

§ 30 I: de act: (4,6)

In besondern Fällen ist beim Vorhandenseyn aller dieser Gründe doch Compensatio untersagt. So gilt keine Compensatio gegen die actio depositi.

L 14 Cod cit

Wirkungen:

Der geschehenen Compensation:

Darin liegt das Wesen der Compensation; die Schuld wird gegenseitig zerstört bis auf die concurrirende Summe. Auf welche Art ist dies Zerstören zu denken? Man könnte annehmen: die Compensation wirke per exceptionem, aber auch ipso jure d:h: es würde im Augenblick der Coexistenz zweier Schulden ohne irgend ein Zuthun beide gegeneinander zerstört.

Unsre Juristen lehren nun: ursprünglich habe die Compensatio ipso jure gewirkt bei der bonae fidei Obligatio, also der einen Hälfte der Obligationen; bei den stricti juris Obligationen aber stricti juris. Justinian habe diesen Unterschied aufgehoben, und immer Compensatio ipso jure eintreten lassen.

[385]

Vielmehr aber treten im justinianischen Recht alle Merkmale einer *Compensatio per exceptionem* ein; nämlich die Partheien können willkürlich darauf verzichten; der Richter soll nicht *ex officio* darauf Rücksicht nehmen müssen. Ferner hat der Schuldner der mehrere Gegenforderungen hat, die Wahl, welche derselben er getilgt haben will.

L 13,5 D h T.

Die *Compensatio* hat die Folge, daß nicht blos die Hauptforderungen sondern auch alle ihre *Accessionen* getilgt werden.

L 11,12 D h: T.

L 4,5 Cod h T.

Was hat Justinian eigentlich verordnet?

L 14 pr Cod h T.

(Nro 219) § 30,39 Inst de act: <4,6>

[386] „bei der *bonae fidei actio* hat der Richter überhaupt freie Hand u muß auf die Gegenforderung des Beklagten Rücksicht nehmen. Marc Aurel verordnete etwas ähnliches für die *stricti jurisjudicia*, doch so daß der Richter erst Rücksicht nehmen solle auf *Compensatio*, wenn der Praetor durch eine *doli exceptio* darauf instruiert habe. – Unsre Verordnung hat die Compensation ausgedehnt: *ut actiones ipso jure minuant*; auf das *ipso jure* legen die Neuern den Nachdruck. Der Unterschied zwischen der *Compensatio ipso jure* u *per exceptionem* war für eine eigne Constitution nicht wichtig genug. Die *bonae fidei actio* und *stricti juris actio* war keine allgemeine umfassende Eintheilung, sondern nur ein enger Kreis von Klagen. Justinian sagt also: daß statt bis jetzt den Klagen nach die *Compensatio* noch ziemlich beschränkt war, haben wir sie auf alle andern Arten von Klagen ausgedehnt, also *sive in rem, sive in personam* &c ausser auf die *actio depositi*. *ipso jure* geht auf den Unterschied des neuen und alten Prozesses. Da da Richteramt nicht mehr getheilt war, so soll nun der Richter darauf Rücksicht nehmen.

Nach Justinianischem Recht wirkt also auch die *Compensatio per exceptionem* und nicht *ipso jure*.

Der versäumten oder verworfenen Compensatio.

Ich habe nicht compensirt und zwar:
1. weil ich die Gegenforderung nicht kannte, hier habe ich mich factisch geirrt, und kann das gezahlt durch eine *Condictio indebiti* zurückfordern.

L 10 § 1 h T

2. Ich wollte[~~n~~] meine Gegenforderung nicht compensiren; daraus erlischt dieselbe nicht, sondern ich kann sie nun besonders durch eine Klage geltend machen.

L.1 § 4 de contr: tutelae. (D. 27,4)

3. Ich machte die Gegenforderung geltend | aber der Richter nahm nicht darauf Rücksicht, und zwar a. indem er sie als nicht vorhandenen erkannte; dann ist sie nur verloren durch res judicata oder b: er hielt sie für illiquid oder nahm überhaupt nicht darauf Rücksicht, dann kann ich sie besonders durch eine Klage geltend machen.

[387]

L 1 § 4 cit.

L 7 § 1 h T

L.30 de condict: indebiti (D. 12,6)

Novatio.

Begriff und Arten:

Die Natur der formellen Contracte bildet die Grundlage des Begriffs der Novatio. Die Neuern sagen gewöhnlich: Novatio ist Verwandlung einer Obligatio in eine andre Obligatio. Mit Rücksicht aufs ältere Recht müssen wir sagen: Novatio ist Verwandlung einer Obligatio in irgend einen formellen Contract. Das justinianische Recht kennt als formellen Contract nur die Stipulatio u da müssen wir sagen: Novatio ist Verwandlung irgend einer Obligatio in eine Stipulatio.

L. 1 pr h T.

Die Stipulatio muß geschlossen werden in der Absicht dß die alte Obligatio aufhöre, und diese wir dann ipso jure u nicht per exceptionem zerstört.

Die Neuern unterscheiden eine Novatio cumulativa und privativa, je nachdem die alte Obligatio noch nebenbei stehen bleibe, oder aufgehoben | werde, aber das letztere muß immer der Fall seyn: In Rücksicht der Personen bei der Novatio, treten

[388]

1. beide Personen der alten Obligatio derselben auf.

2 es tritt auf ein neuer Debitor

3 es tritt darin auf ein neuer Creditor.

4. es treten zwei neue Personen darin auf.

Expromittere, expromissor sind hier technische Ausdrücke; expromittere im Sinne des justinianischen Rechts heißt novare; expromissor heißt derjenige welcher in der neuen Obligatio Schuldner ist. In ex liegt die Auflösung der alten Obligatio, welche durch eine promissio (und dies ist ja so viel wie Stipulatio) bewirkt wird. delegare

heißt die Handlung eines Schuldners, wodurch er an seiner Statt einen andern Schuldner stellt.

(Nro. 214) L 11 pr de nov: 42,2. (D.)

„Dies kann geschehn durch Stipulatio (dies ist unsre Novatio) oder durch litis contestatio (das was wir oben passive Cessio genannt haben)

Erfordernisse.

Zwei Obligationen: a eine alte in irgend einer Form; sie muß entw: eine civilis oder naturalis gewesen seyn; eine inanis Obligatio macht die Novatio ungültig, wie in gleichem Falle die Zahlung d:h: es gilt eine condictio indebiti und doli exceptio.

b. eine neue Obligatio die nothwendig ein formeller Contract seyn muß. |

[389] Die Absicht der Novatio muß nothwendig vorhanden seyn, sonst tritt eine neue Obligatio neben die alte.

L 2 D. h T.

Eine Novatio soll nicht angenommen werden, wenn nicht die Partheien ausdrücklich sich darüber erklärt haben.

L 8 Cod h T.

§ 3 Inst q: modis tollitur. (3,29)

sonst sollen beide Obligationen nebeneinander bestehen. Justinian meint: die Nebenbestimmungen und Nebenabredungen der alten Obligatio, ihre Clauseln sollen fortbestehen neben der neuen Obligatio.

Einwilligen zur Novatio muß der, welcher ärmer werden soll durch sie, also der Creditor der alten Obligatio u der Debitor der neuen Obligatio.

L 10,25,8 § 5 h T.

L 1 Cod eod

Wirkungen.

Die alte Obligatio hört ipso jure mit allen ihren Accessionen auf.

L 1 pr L 18,15 h T.

Die neue Obligatio ist so gültig als sie ihrer Form u ihrem Inhalt nach seyn kann, und sie ist gar nicht Fortsetzung der alten Obligatio sondern unabhängig für sich.

*Ohne Befriedigung des Gläubigers:**Durch ein zweiseitiges Geschäft. |*

Remissorische Verträge:

[390]

Im Allgemeinen: Eingehung und Wirkungen.

Eine Obligatio wird aufgelöst grade wie sie entstanden ist.

L 35 de reg: juris. (D. 50,17)

L 80 de solutionibus (D. 46,3)

Dies Princip ist leicht anzuwenden auf die formellen Contracte; durch dieselbe bestimmte Form ist die Obligatio vollständig aufzulösen. Bei der Stipulatio bestand die Form in mündlicher Frage und Antwort; sie ist daher aufzulösen durch umgekehrte Frage und Antwort; der Schuldner fragt, der Creditor antwortet. Dies führt den Namen Acceptilatio (acceptum ferre) Der Debitor fragt: acceptos ne fers centum; der Creditor antwortet: acceptos fero.

Dig. 46,4

Cod. 8,44.

Dies war also eine förmliche Quittung durch Rede und Gegenrede. Dieser Vertrag konnte auch als Erlaß oder Aufhebungsvertrag gebraucht werden; acceptos ne fers heißt dann: will du es ansehen als ob du sie empfangen hätten. Für beide Arten wird die Acceptilatio gebraucht.

(Nro 213) L 19 § 1 D. de accept: 46,4

„Die apoika ist nur gemeine Quittung gegen Zahlung.

[391]

Dieselbe Anwendung unsres Principis findet sich bei den Consensualcontracten; durch eine unförmliche übereinstimmende Willenserklärung wird der Vertrag ipso jure aufgehoben.

Auf Alle andern Arten der Obligatio ist unser Princip nicht mehr anzuwenden; eine gleichartige Form der Aufhebung läßt sich dabei nicht denken. Man half sich indem man durch Novatio die alte Obligatio in eine Stipulatio verwandelte, und diese Stipulatio nun durch eine Acceptilatio tilgte. Die Neuern nennen dies: Aquiliana Stipulatio (von Aquilius Gallus, der ein Formular gegründet auf dies Princip für schwierige Rechnungsverhältnisse machte.) Es gibt indeß einige ausgenommene Fälle, wo das pactum ipso jure die Obligatio zerstört, weil es nämlich in den XII Tafeln so bestimmt ist. Diese sind:

Die actio furti und actio injuriarum wurden zufällig durch bloßes pactum ipso jure aufgehoben.

L 17 § 1 de pactis. (D. 2,14)

Beim Uebergang des römischen Rechts nach Deutschland hat sich dies Princip nothwendig sehr geändert. Eine Stipulatio Aquiliana haben wir nicht mehr, da der bloße Vertrag an die Stelle der Stipulatio trat; also bei uns der angeführte Seitenweg nicht nöthig ist. Noch ein Unterschied kommt allerdings vor beim sogenannten mutuus dissensus und beim Erlaßvertrage.

Eine zweiseitige Obligatio ist vorhanden und diese wird nach beiden Seiten hin aufgehoben (mutuus dissensus nach den Neuern); es ist durch beiderseitige Erklärung so gut, als ob der Vertrag noch nicht geschlossen. Dies wenn noch nicht erfüllt ist, oder wenn einer nur erfüllt hat | und dies nun vom andern herausgegeben wird. Haben aber beide erfüllt, so ist nun der Vertrag nicht mehr durch mutuus dissensus aufzuheben, sondern es wird dies jetzt angesehen, als ob ein umgekehrter Vertrag geschlossen worden sei.

[392]

L 7 § 6, L 58 de pactis (D. 2,14)

L 1,2, Cod quando liceat. (4,45)

[L].

Eine einseitige Obligatio ist vorhanden. Diese kann existiren als Theil eines andern Verhältnisses, welches man bestehen lassen will. So beim Kauf will man den Kauf stehen lassen, aber den Kaufpreis will man dem andern erlassen. Dies heißt pactum remissorium seu pactum de non petendo, in den Quellen pactum schlechthin.

Auf welche Personen bezieht sich ein solcher Vertrag? Ein solcher Vertrag kann durch Stellvertreter geschlossen werden, dann wird aber nicht die pacti exceptio sondern die doli exceptio erworben.

L 10 § 1 de pactis (D. 2,14)

Dieser Satz rührte aus einer Zeit her, wo man freie Repräsentation noch nicht allg. gültig anerkannte.

Man unterscheidet: pacta in personam, welche sich blos auf die Person beziehen welche das pactum geschlossen hat, u pacta in rem, welche auch auf die beiderseitigen Successoren der Abschließenden gehen, auch auf die SingularSuccessoren, wenigstens in der Gestalt einer doli exceptio. In der Regel ist jedes pactum in rem.

[393]

L 7 § 8, L 57 § 1 L 17 § 5 eod.

Auch ein Dritter kann sich auf ein pactum berufen, sobald der Abschließende dabei ein Interesse hat.

L 21 § 5, L 23 de pactis (D. 2,14)

Erzwungener Nachlaß.

Ein solches pactum wie es bisher beschrieben worden, kann in den verschiedensten Absichten vorkommen, auch auf Veranlassung eines Concurses. Hier können die Creditoren in der Regel willkührlich einen Nachlaß oder bloßen Aufschub bewilligen.

Dieser Nachlaß nun kann von den Creditoren erzwungen werden, wenn der Schuldner stirbt, Concurus vorhanden ist, und die Erben nicht eher antworten wollen bis ein Erlaßvertrag vorher gemacht ist, so sollen die Creditoren zusammen gerufen werden, und die Stimmenmehrheit soll entscheiden, daß u wie viel Nachlaß gestattet werde.

L 7 § 17, 19 L 8, L 10 pr de pactis. (D. 2,14)

Die Zahl der Personen macht nicht Stimmenmehrheit; sie wird hier nach der Größe der Forderungen bestimmt; diese Vorschrift betrifft nur die persönlichen nicht die HypothekarCreditoren.

Dieser partielle Nachlaß ist nicht als Aufschub sondern als ganze Aufhebung zu betrachten. Die Praxis mehrerer deutschen Gerichte hat diesen Satz, gefährlich genug auf allen Concurus überhaupt bezogen.

Res judicata.

Dies ist bloß Anwendung eines Principis, was oben ausgeführt worden; es ist hier ein absolutorisches rechtskräftiges und zwar materiell ungerechtes Urtheil gemeint; da gilt die Regel res judicata. Im ältern Recht sollte die res judicata bei manchen Klagen ipso jure, bei andern per exceptionem die Schuld aufheben.

Gaj. III. 180, 181.

Im justinianischen Recht wirkt eine solche res judicata nur per exceptionem

§ 5 J: de except: (4,13)

und durch diese Exceptio wird das Naturale der Obligatio nicht zerstört, sie ist nicht inanis geworden.

L 60 pr L 28 de cond indebiti. (D. 12,6)

L 8 § 1 ratam rem (D. 46.8.)

Vergleich und Eid.

Vom Vergleich wird unten gehandelt werden.

Der Eid hat in dieser Beziehung die größte Aehnlichkeit mit dem rechtskräftigen Urtheil, und ist nicht der Eid wie er bei uns vorkommt. Durch Abschwören wird der Schuldner frei durch eine juris-

jurandi exceptio, nicht ipso jure und zwar wird das Naturale der Obligatio mit zerstört, da es ja vom Creditor abhängt ihn zuzuschieben.

§ 4 J: de except: (4,13)

L 2 D de jurejurando. (12,2)

Durch einseitige Handlungen:

Anbietung und Deposition:

[395] Die Leistung ist auch denkbar, wenn der Creditor sie nicht annehmen will. Der Debitor hat dann das Recht das angebotene und nicht angenommene versiegelt vor Gericht zu deponiren, und dann treten alle Wirkungen für ihn ein, als ob er vollkommen gezahlt hätte.

L 19 Cod de usuris. (4,32)

L 9 Cod de solut: (8,42)

Aufkündigung.

D:h: einseitige Erklärung des Schuldners, daß er nicht länger Schuldner seyn woll. Allg: kann dies nicht als Regel gelten. Bei einer Klasse von Obligationen ist eine solche Aufkündigung zulässig. Es besteht zwischen zwei Personen ein fortwährendes Verhältniß aus welchen sich zufällig in jedem Augenblick versch: Obligationen entwickeln können zB ich gebe einem ein Mandat, dadurch übernimmt er die Verpflichtung der Besorgung u da können in jedem Augenblick einzelne unabhängige Obligationen entstehen.

In allen Fällen wo dies Verhältniß eintritt ist's Regel, daß der Schuldner (Mandatar) sich durch eine Einseitige Erklärung von solchen möglichen obligatorischen Verhältnissen frei machen kann. Darauf bezieht sich die Aufkündigung.

Verwirkung des Gläubigers.

Der Creditor verliert durch einen Fehler den er sich zu Schulden kommen läßt, sein Recht zB bei der Selbsthülfe.

Durch zufällige Umstände:

ResolutivBedingung und Endtermine. Schon bei den Verträgen ist dies vorgekommen.

Verjährung. Auch das Princip darüber ist schon vorgekommen; |

durch die Verjährung der Klage ist die *Obligatio per exceptionem* [396]
nicht *ipso jure* aufgehoben. Die *naturalis Obligatio* dauert fort.

Unmöglichkeit der Erfüllung.

Auch diese Lehre ist oben schon beim *Casus* vorgekommen. Die unmögliche Erfüllung gilt als geschehene und die Gegenleistung kann in der Regel gefordert werden.

Aufhebung Alles Interesse.

Manche Juristen sagen: Hört das Interesse, das der *Creditor* bei der *Obligatio* bezweckte für ihn auf, so hört auch sein Recht auf. Dieser Satz ist falsch, wenn blos der Vortheil des *Creditors* aufgehört hat, und er nun doch die *Obligatio* will gelten lassen; er gilt aber, wenn das Interesse des *Creditors* nun das eines Dritten geworden ist. Hier kann er als *Creditor* die *Obligatio* nicht mehr geltend machen.

L 38 § 17 de verb: obl: (D. 45,1).

L 32 locati. (D. 19,2)

Concurrenz und Confusion:

Wenn die Verhältnisse des *Creditors* u *Debitors* in Einer Person zusammentreffen, so wird dadurch die *Obligatio* aufgelöst. Auch in Ansehung eines Theils kann man *Creditor* u *debitor* zugleich werden; ein Theil der Forderung oder Schuld kann confundiren.

L 71 pr de fidejuss (D. 46,1)

L 7 Cod de neg: gestis (2,19)

Concurrenz: d:h: es fallen mehrere *Creditoren* | oder mehrere *Debitoren* in Einer Person zusammen, entw: so daß eine *accessorische Obligatio* vorhanden ist, wovon erst später gehandelt werden kann; oder so daß *Correi credendi* oder *debendi* vorhanden sind, wovon schon geredet ist. Stirbt ein *Correus*, dauert dann das Verhältniß in den übrigen fort?

(Nro 215) L 93 pr D. de solut: 46,3.

Die Regel ist: das Verhältniß geht nicht unter. „in § 1 ist zu lesen nach der *vulgata*: non confunditur *Obligatio*.

cf pr u § 2 inf.

Tod eines Theils.

In der Lehre von den Klagen wurde gesagt: daß die Klagen in der

Regel erblich seien, ausser einigen Fällen, namentlich poenalklagen nicht. Da hört dann die Obligatio auf mit dem Tod des Schuldners.

Erlöschen der Hauptverbindlichkeit:

Dies kann hier noch nicht vorgenommen werden.

cf: über accessorische Verbindlichkeiten unten.

Temporäre Suspension einer Obligatio:

Durch Stundungsverträge.

Er ist ein pactum de non petendo auf eine gewisse Zeit (intra certum tempus) abgeschlossen.

L 27 § 1 de pactis. (D. 2,14)

Durch Moratorien.

[398] Ein Aufschub den nicht der Creditor sondern der Landesherr bewilligt. Dies ist offenbar etwas ganz anomalisches; der Richter kann ihn nach römischem Recht nie gestatten; es ist dies ein gefährlicher Eingriff des Regenten ins Privatrecht, daher hat das römische Recht dies auch dahin beschränkt; daß der Schuldner zahlungsunfähig seyn müsse und der Creditor blos aus Eigensinn jetzt die Zahlung fordert. Dann soll aber doch nur das Moratorium bewilligt werden, wenn der Schuldner Caution stellt, daß er nach der bestimmten Zeit das ganze zahlen werden. Es ist dies also eigentlich [gewöhnlich] ein Stundungsvertrag, den der Landesherr für den Creditor schließt.

L 4 Cod de precibus 1,19.

Die Zeit ist gewöhnlich fünf Jahre. Die neuere Praxis hat die Bestimmungen des römischen Rechts über Cautio übersehen, und dem Gerichte Moratorienbewilligung gegeben.

Durch Cessio bonorum.

Der insolvente Schuldner tritt sein ganzes gegenwärtiges Vermögen durch eine freie Erklärung an die Creditoren ab, um sich von ihrer Klage zu befreien. Diese erhalten nicht Eigenthum sondern Ver-

äußerungsrechte. Der Debitor hatte den Vortheil, daß es nun nicht zum Concursverfahren gegen ihn kam.

Ein bloßer Nebenvortheil, der im neuern practischen Recht der wichtigste geblieben, war für ihn daß er dadurch einen Anspruch auf das beneficium competentiae bekam d.h: wenn künftig die alten Creditoren auf den Ueberrest gegen ihn klagen, so hat er jetzt, aber nur in Beziehung auf den schuldig gebliebenen Rückstand das beneficium competentiae. |

In Einem Fall können das Moratorium und die Cessio bonorum zusammentreffen, wenn der Schuldner seinen Creditoren zwischen beiden die Wahl läßt, so soll der Landesherr nicht eher bestimmen, bis die Creditoren durch Stimmenmehrheit sich darüber erklärt haben. Bei gleichen Stimmen soll das Moratorium vorgehen.

[399]

L 8 Cod h T.

Mit diesem Kapitel ist die allg: Obligationenlehre beendet, und wir kommen nun auf den speziellen Theil der Obligationen, die gewöhnlich nach ihrer Entstehung, in Heise nach ihrem Inhalt zusammengestellt sind.

FÜNFTES KAPITEL.

WESENTLICH ZWEISEITIGE OBLIGATIONEN.

I. KaufContract

A. Begriff und Eingehung.

Kauf heißt ein zweiseitiger Vertrag worin ein Theil Geld zu zahlen, der andre Theil ein Recht abzutreten verspricht. Das Recht kann versch: Art seyn; Eigenthum (Sach[~~ver~~]kauf) ususfructus, Obligatio, eine Erbschaft.

Sachkauf ist der welcher immer auf Eigenthum gerichtet ist; dazu ist nöthig: die Existenz der Sache, sonst ist kein Kauf geschlossen. 1.

[400]

L 15 pr L 8 pr h T.

Ist der Gegenstand als ein nicht existirender aber als ein künftiger gedacht; da kann man contrahiren. Es sind zwei Fälle möglich: man contrahirt über eine Sache, deren Existenz man sich zukünftig möglich denkt: *emptio spei* oder man kann so contrahiren daß die künftige Existenz der Sache zur Bedingung gemacht ist. *Emptio rei futurae*.

L 8 pr § 1 eod.

Ferner ist die Möglichkeit des Eigenthums an der Sache [,] nöthig; sie muß in *commercio* seyn; ist dies nun nicht der Fall so gilt folgendes:

1. Weiß der Käufer, daß die Sache *extra commercium* ist, so ist der Kauf null.
2. Weiß er's nicht aber der Verkäufer, so ist der Kauf gültig, d:h: dieser ist verpflichtet zu Schadensersatz.

L 6 pr L 34 § 1,2 L 4 L 70 h T.

3. Beide Theile sind in Unwissenheit, so ist nach allg: Principien der Kauf ungültig; es ist dies *error in substantia*. Nur bei Slaven war es anders, da hier Unwissenheit über die Qualität des Gegenstandes so leicht möglich war; so galt die Regel: der Verkäufer mußte dafür einstehen; der Fall ist der: man hielt einen Freien für einen Slaven.

L 70 L 5 h T.

L 39 § 3 de *eviction* (D. 21,2) |

Ferner: die Sache muß nicht schon im Eigenthum des Käufers stehen; dann ist der Kauf null. [401]

(Nro 226) L 16 pr D de contr emt. 18,1.

[Nro] L 45 pr de regulis juris (D. 50,17)

Anders, wenn der Eigenthümer ein einzelnes Recht in Beziehung auf seine Sache kauft; dies ist gültig.

(Nro 227) L 34 § 4 eod. (D. 18,1)

Zur Gültigkeit des Kauf ist durchaus nicht erforderlich, daß der Verkäufer Eigenthümer sei.

L 28 D h T.

D:h: nicht die fremde Sache geht ihrem wahren Eigenthümer verloren, sondern der Verkäufer ist zur Evictionsleistung verpflichtet.

Ist bezug auf das pretium (die Geldsumme) ist der Kauf ungültig: wenn überhaupt gar nichts oder so gut wie nichts versprochen ist. Wer etwas anders als Geld verspricht, der kauft nicht sondern tauscht.

Absichtlich darf man freilich den Kaufpreis unter den Wahren Werth der Sache ansetzen, um dem andern einen Vortheil zuzuwenden.

L 1 § 1 L 36, L 38 eod.

Der Kauf ist ein Consensualcontract, u seine Form der Willkühr der Partheien überlassen, u er ist geschlossen sobald diese über die wesentlichen Punkte, das pretium und den Gegenstand des Kaufs einig sind.

pr § 3 I. h T.

Das pretium kann bestimmt werden entweder absolut oder relativ zB um so viel als in diesem Beutel, oder so viel der Dritte als Preis | angeben wird. Sobald dieser Dritte nun den Preis angegeben hat [402] ist der Kauf perfect.

L 7 § 1,2 D. L 15 Cod h T.

Ferner muß völlig bestimmt seyn das verkaufte Recht. Dabei sind folg: zwei besondern Fälle möglich:

a. Emtio ad mensuram; es bezieht sich dieser auf fungibile Sachen, die nach Maaß u Gewicht verkauft werden. Die Vollgültigkeit des Vertrags wird von einem Messen, zählen abhängig gemacht. Da kann nun das pretium von dem Messen abhängig gemacht werden zB: ich verkaufe dir den Weizen, der dort liegt, den Scheffel für zwei Thaler – oder ich verkaufe dir 100 Scheffel Weizen, jeder zu zwei Thaler. [403]

L 35 § 5-7 h T

L 5 de periculo ()
fr vat: § 16.

Das Abmessen wird als Bedingung angesehen, und der Kauf ist noch nicht perfect geworden, so lange noch nicht abgemessen worden. Die Folge davon ist, daß bis zur Abmessung der Verkäufer allen Casus trägt.

L 2 Cod de periculo. ()

Emtio per aversionem nennt man den, welcher nicht ad mensuram sondern gewöhnlich abgeschlossen, wo er ad mensuram hätte geschlossen werden können.

[403] b. Emtio ad gustum. Von einer Prüfung | und Anerkennung der Sache durch den Käufer ist die Vollgültigkeit des Kaufs abhängig gemacht. Bis dahin geht die Sache noch dem Verkäufer unter.

L 34 § 5, L 4 pr § 1 h T.
§ 4 Inst eod.

Verbindlichkeiten:

Jeder der Partheien hat bestimmte Verbindlichkeiten daher auch bestimmte Rechte worauf jeder eine Klage hat, deren Namen sich nach der Person des Klägers richten, actio emti und actio venditi.

Die Verbindlichkeiten des Verkäufers werden mit der actio emti erzwungen – diese Klagen gehen nicht bloß auf Erfüllung des Vertrags, sondern auch auf alle Verbindlichkeiten, die dabei vorkommen können, ja auch auf Auflösung des Vertrags. – Will einer diese Klage anstellen aus dem Contract, selbst aber noch nicht erfüllt hat, oder jetzt gleich bei Anstellung der Klage [sieh] nicht anbietet zu erfüllen, so wird er zurückgewiesen mit einer doli exceptio, der Exceptio non impleti Contractus.

Des Verkäufers.

Gegen ihn geht die Actio emti und zwar auf Praestation, hauptsächlich auf Tradition der Sache. Diese hat dann die Folge, daß Eigenthum übergeht, wenn der Verkäufer Eigenthümer war.

(Nro. 228) L 11 § 2 D de act: emti 19,1

Man kann also auch sagen: auf Eigenthumsübertragung.

cf Nro (229) (D. 18,1) |

[404] „Der Käufer muß Eigenthum des Geldes übertragen“ Unsre Juristen sagten nun: Kauf gehe nicht auf Eigenthum, aber es ist dies ja bei

weitem der häufigste Fall! Die Stellen gehen auf den quiritarischen Eigenthümer, der die Sache nach der Natur des Kaufs bloß zu tradiren u nicht zu mancipiren oder in jure zu cediren brauche. Dann aber liegt darin noch, daß ich gegen den Nichteigenthümer nicht klagen kann wegen Tradition einer fremden Sache, und nur gegen ihn wegen Eviction Regress nehmen kann. Dies ist das practische des neuesten Recht.

Nebenverbindlichkeiten. Es wird nicht tradirt; kann ich Ersatz fordern; hier kommen die Principien von dolus und Culpa zur Anwendung.

Nach der richtigern Theorie muß der Verkäufer eintreten, für dolus, culpa lata und levis culpa d:h: für *alle* Culpa. Die Theorie der drei Grade sagt: er muß nicht eintreten für culpa levissima.

(Nro 233) L 31 § 11 D. de aedil: ed: 21,1

(234) 38 pr D de damno inf: 39,2.

(Nro 233) § 12 omnem culpam

d:h: jede Culpa reicht hin den Verkäufer zu verpflichten; in quam cunque liegt: jeder auch der geringste Grad der Culpa.

(Nro 234) omnem diligentiam, also auch levissima culpa.

Wie wirds in Ansehung der Custodia gehalten? Die Sache ist gestohlen; hier wird nun praesumirt: es sei durch seine levissima culpa geschehn, also muß er nach der richtigern Theorie der zwei Grade Custodia leisten, nach der Theorie der drei Grade aber nicht – daß er dafür eintreten muß; beweisen

[405]

(Nro 235) L 3 D. de periculo 18,6

wo es heißt: er muß die Custodia leisten wie der Commodatar, also gewiß die äusserste.

cf: L 4 § 1,2 de periculo. (D. 18,6)

und (Nro 236) L 2 § 1 eod (D. 18,6)

wo es heißt: nur wenn es reiner unabwendlicher Casus ist, ist der Verkäufer von Custodia freizusprechen.

cf L 4 § 1,2 de periculo. (D. 18,6)

Zweifel erregte: (Nro 237) L 62 § 2 D de contr emt: 18,1

„Bei einer emtio per aversionem, also dem gemeinen Kauf, ist der Verkäufer, wenn er nicht in dolo ist frei“ so erklärte man die Stelle – factum sit i: e: quo majis in aversione, d:h: wenn durch den dolus des Verkäufers die Abschließung einer emtio per aversionem bewirkt wurde und nicht die einer emtio ad mensuram, so soll es für den

Käufer so gut seyn, als sei eine emtio ad mensuram geschlossen. Geschieht dies aber nicht durch den dolus des Verkäufers, so hat der Käufer den Nachtheil davon.

(Nro 238) § 3 I: de emt. 3.24
 „im Anfang wird etwas speziell für die Slaven behauptet, daß der Verkäufer nämlich für ihre Custodia einstehen muß, was sich bei ihnen nicht von selbst versteht, da sie in der Regel nicht custodirt zu werden brauchen. Ganz gegen das Princip | nun ist das Ende der Stelle, u es ist ohne Zweifel anzunehmen, daß dies ein Versehen der justinianischen Redaction sei, und daß das idem zugesetzt ist.“

[406]

Von der Zeit des abgeschlossenen Kaufs an gehören alle Vortheile der Sache, auch die zufälligen zB der Ertrag der actio legis Aquiliae dem Käufer; vor Allem die Früchte.

Des Käufers.

Gegen ihn geht die actio venditi auf Zahlung des Kaufpreises, wofür in folg: Fällen Zinsen zu zahlen sind:

1. Wegen mora des Käufers. 2. Von der Zeit des an ihn übergebenen Besitzes an.

L 13 § 20, 21 de act: emti (D. 19,1)

L 5 Cod eod

§ 2 fr: vat

Aufhebung wegen laesio enormis

Die Gültigkeit des Kaufs ist nicht bedingt durch die Uebereinstimmung des Preises mit dem Sachwerthe, ausser: wenn die Sache verkauft ist unter der Hälfte des wahren Werths, so kann der Verkäufer mit der actio venditi die Sache zurückfordern. Dann hat der Käufer die Wahl das gezahlte zurückzunehmen und die Sache wiederzugeben, oder den vollen Werth der Sache an den Verkäufer zu zahlen.

L 2 Cod de rescind: vend: (4,44)

Der Grund lag darin: daß die Noth des Verkäufers nicht mißbraucht werden solle. |

[407]

Die Neueren wendeten dies nun auch auf den Käufer an, und sagten: wenn er mehr als die Hälfte zu viel gezahlt habe, könne er den Kauf rückgängig machen wie der Verkäufer. Völlig grundlos, und noch ungegründeter ist die Anwendung dieses Satzes auf alle andern onerosen Contracte.

*Einzelne Arten des Kaufs:**Kauf einer Forderung. (actio emta, vendita)*

Eine Forderung kann nur indirect durch Cessio der Klage übertragen werden; die actio emti ging also hier auf Cession der Klage, und wie wir gesehn haben kann die Cession auch umgangen werden indem der Käufer gleich eine utilis actio erhält.

Der Verkäufer muß einstehen für nomen verum d.:i: rechtliche Begründung der Forderung, aber in der Regel nicht für nomen bonum d.:i: die Insolvenz des Schuldners.

Eine andre Vorschrift steht in:

L 22, 23 Cod mandati (4,35)

von unsern Juristen die lex Anastasiana genannt: Keine Forderung soll anders als um ihren Nominalwerth verkauft werden, und wird sie um weniger verkauft, so soll der Schuldner nicht mehr bezahlen müssen, als eben den Kaufpreis.

Bei uns gilt diese Regel in allen kaufmännischen Geschäften gar nicht.

Gültenkauf.

Der Kauf einer auf einem Grundstück haftenden Rente (Gülte). Er war im Mittelalter sehr | gewöhnlich um dem Zinsverbot des cano- [408]
nischen Rechts zu entgehen. Es kaufte sich da nun einer für ein Capital von 1000 eine Rente von 50, hatte also doch 5 %. Diese Gülten waren wiederkäuflich; der Schuldner konnte das Capital kündigen und ablegen, der Creditor konnte dies aber nicht.

Von der Subhastation:

Eine öffentliche Versteigerung, die unter Auctoritaet der Obrigkeit vorgenommen ward. Ist darauf auch die laesio enormis zu beziehen? Nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts muß dies durchaus be-
jaht werden, denn der Grund der

L 2 Cod de resc: vendit: (4,44)

ist durchaus kein präsumirter dolus, da diese praesumptio beim Richter nicht angewendet werden könnte.

Miethcontract. (Locatio, conductio.)

Begriff und Arten.

Ein zweiseitiger Vertrag, worin Einer den Gebrauch einer Sache (locatio rei, res locuta, conducta) oder Arbeit; (operae locatae conductae, operarum conductio) der andre eine Geldzahlung (merces) verspricht.

Irgend eine Merces ist durchaus nöthig, u zwar Geld sonst ist keine locatio conductio. Eine Ausnahme davon gibt's: wenn die vermietete Sache ein fruchttragendes Grundstück ist, so darf die Vergütung auch eine Quantität der Früchte dieses Bodens seyn. |

[409]

L 25 § 6 L 19 § 3 h T.

§ 2 Inst eod

Res locata. Die Sache braucht nicht im Eigenthum des Vermiethers seyn; aber sie soll nicht im Eigenthum des Miethers seyn (nemo suam rem conducere potest; dies letzte ist wie beim Kauf zu bestimmen; ein einzelnes Recht nämlich kann er miethen.

Operae locatae. Nicht jede Handlung ist eine Arbeit, sondern die Arbeit ist eine Handlung worauf viel Kraft zu wenden, diese sei nun geistig oder mechanisch. Die Römer sagen nun: es sollen nicht seyn: operae liberales. Diese können nicht Gegenstand eines Miethcontracts seyn.

Was ist dann: operae liberales? Alle diejenige Arbeit, welche nach altrömischer Sitte unentgeltlich geleistet werden pflegt, weil sie eine Beschäftigung der höheren Stände ist:

Operae illiberales ist demnach die Arbeit, welche nach alter Sitte nicht Beschäftigung der höheren Stände und für Geld geleistet wurde. zB Arzneykunde war das Geschäft der Freigelassenen und Slaven, die Lohn dafür erhielten.

Später unter den Kaisern wurde Alle Arbeit für Geld feil, die Aemter wurden besoldet, und der Satz: operae illiberales können nur Gegenstände des Miethvertrags seyn, galt nur noch formell. D:h: über die operae liberales galt eine extraordinaria cognitio, so daß nur processualisch man sie noch unterschied.

L 1 de extr: cog: (D. 50,13)

Im justinianischen Recht verlor auch dies seinen Sinn.

[410]

Diese operae sind nun wieder zweierlei Art: Sie bestehen entw: in unbestimmten Diensten, oder die Arbeit ist gerichtet auf die Vollendung eines besondern Werks; dies heißt auch operarum | locatio,

aber noch daneben kommt der Ausdruck: *opus locatum, conductum* vor, und in Beziehung auf das Werk heißt dann der Unternehmer: *Conductor, opus conductit*. Die Ausdrücke kommen dann umgekehrt vor.

L 22 § 2 h T.

Eingehung.

Locatio, Conductio ist wie der Kauf ein *Consensualcontract*. Durch bloßen *Consens* ohne alle Form wird die *locatio Conductio* perfect, sobald man über alle wesentliche Punkte übereingekommen ist. Wenn die Größe des Lohns der Bestimmung des Arbeiters überlassen wird, so ist dies nach römischer Ansicht keine *locatio conductio*.

Verbindlichkeiten.

Es gibt eine *actio locati, conducti*, deren Name sich jedesmal nach dem Kläger richtet.

Des Vermiethers.

Gegen ihn geht also die *actio conducti*.

Bei vermiethteten Sachen.

Er muß 1) *usum rei praestare*; darauf geht die *actio conducti*, welche vom Miether angestellt wird, darauf daß er ihm den Besitz der Sache schaffe, [m]ihn darin schütze.

Verschafft er nur den Besitz nicht, so muß der Vermiether für *dolus* und *culpa* einstehen.

Für *Casus* muß er keinen Ersatz leisten. Wenn die Unmöglichkeit eine subjective ist, zB ihm vindicirt wird, so muß er Ersatz leisten. Dies ist aber nicht *Casus*. Ist sie eine objective, so braucht er keinen Ersatz zu leisten, erhält aber auch kein Miethgeld. Es ist dies eine consequente Anwendung der oben aufgestellten Grundsätze über *Casus*.

[411]

2. Der Vermiether muß die Sache als eine brauchbare und zwar gleich anfangs und die ganze Zeit hindurch schaffen; *rem habilem praestare*.

Practisch ist hier wichtig die *Remission* des Pachtgeldes bei verpachteten Grundstücken; in diesen Fällen soll wenn ein Mißjahr ein-

tritt Nachlaß eintreten. Es ist dies nicht bloß etwas auf aequitas beruhendes, wie unsre Juristen meinen, sondern Anwendung unsres Principis. Es geht dieser Nachlaß nicht auf das, was der Pächter durch Feuer, Krieg pp. verlor. Bloß gilt er bei der ganz oder theilweise verhinderten Fruchtperception. Hier ist die Regel: der Pächter kann fordern einen verhältnißmäßigen Nachlaß am Pachtgelde, keineswegs aber Schadens und Kostenersatz.

L 15 D: h T.

L 25 § 6 D L 8, 12 Cod eod.

Nebenverbindlichkeiten können hier noch vorkommen zB Erstattung von Verwendungen an den Miether.

Jeder Miether ist nach römischem Recht erlaubt wieder zu vermieten, wenn es nicht besonders im Vertrage verboten ist. Sublocatio also ist erlaubt und der subconductor hat dieselben Rechte wie der Miether.

L 6 pr D, L 6 Cod: h T.

Jeder Vermieter und seine Erben sind verpflichtet, dem Contracte nachzukommen. Die SingularSuccessoren des Vermiethers sind aber daran nicht gebunden: Kauf bricht Miethe. Dieser | Satz ist zu [412] eng, denn was vom Kauf gilt, gilt auch von jedem andern Contract, der Schenkung pp.

L 25 § 1 h T.

L 9 Cod eod.

Der Satz: Kauf bricht Miethe: sagt nicht so viel, der Miether ist nun seiner Contractsrechte verlustig; ihm muß sein Vermieter vollen Schadensersatz leisten.

Dieser Satz: Kauf bricht Miethe ist natürlich, da ja das Recht des Miethers ein persönliches Recht ist, das Recht des Käufers aber ein dingliches Recht.

Im Landrecht heißt ganz consequent: Kauf bricht nicht Miethe, da da Recht des Miethers darin als ein dingliches Recht angesehen wird.

Bei vermieteten Diensten.

Wer Arbeit vermietet, muß diese leisten und zwar in der bestimmten Qualität. Häufig wird die Prüfung (Approbatio) der Arbeit ausbedungen d.h: aber nicht die Approbatio des Miethers; in dessen Willkühr soll dies nicht liegen, sondern die Approbatio boni viri, eines billigen Schiedsrichters. Auch wo die Approbatio nicht ausbedungen, soll man sie fordern können.

L 24 pr, L 36,62 D. h T.

Der Vermiether muß einstehe für dolus, lata und levis culpa, nur nicht für Casus.

L 25 § 7 L 13 § 5 h T.

L 28 Cod eod

Ist die Arbeit im Ganzen verdungen, ist wird nur culpa praesumirt bis zur Fertigung der Ganzen Arbeit und der Approbatio; darnach wird immer Casus praesumirt. Ist die Arbeit bedungen nach bestimmten Maaßen, so wird culpa bis zur Abmessung praesumirt; nachher aber nur Casus.

[413]

L 36,62,59 h T.

Des Miethers.

Allgemeine Verbindlichkeiten.

Er zahlt das Miethgeld und zwar nicht im voraus sondern am Ende, entweder der ganzen Miethzeit oder bestimmter Termine, oder wenn nach gewissen Maaßen bedungen ist, sobald etwas abgeliefert ist. Ist die Miethe zB auf Sechs Jahre abgeschlossen für jährlich 100 Thaler, so müssen diese am Ende jedes Jahres; sind dagegen für die ganze Zeit 600 Thaler bedungen, so müssen diese nach Ablauf der 6 Jahre bezahlt werden.

(316)

L 51 § 1 L 36 D h T.

Insbesondre bei der locatio rerum.

Der Miether ist verpflichtet:

1. die Sache auf rechte Weise wie ein guter Hausvater zu gebrauchen
2. die Sache am Ende der Miethzeit zurückzugeben.
3. Wenn etwas fehlt für dolus et culpa einzustehn.

Ad 1) Hier ist nicht besondres. Ad 2.) Hat der Miether am Ende der Miethzeit Rechte an der Sache zB das Eigenthum geltend zu machen, so heißt's: er soll die Sache erst herausgeben und dann die Sache vindiciren, also als Kläger auftreten.

(Nro 242) L 25 Cod: locati. 4.65.

Weigert er sich die Sache herauszugeben, so ist dies unerlaubte Selbsthülfe, und er verliert dann sein Recht an der Sache.

[414]

L 34 Cod h T.

L 10 Cod unde vi. (8,4)

Es ist dies jedoch nicht so unbedingt zu nehmen: denn ist er wirklich Eigenthümer, so ist er gar nicht Miether (nemo suam rem conducere

potest) auch nicht Verwalter eines fremden Besitzes. In diesem Falle kann also von unerlaubter Selbsthülfe nicht die Rede seyn.

Ist er aber nicht Eigenthümer, so muß er dann nicht nur die Sache herausgeben, sondern auch noch den ganzen Werth der Sache wegen unerlaubter Selbsthülfe erstatten.

In (Nro 242) ist also nicht sowohl eine positive Vorschrift als ein guter Rath an den Miether enthalten, die Sache ~~[nicht]~~ herauszugeben und dann zu klagen; sich aber nicht der Gefahr einer ungewissen Entscheidung über sein Recht auszusetzen.

cf L 31 § 1 depositi (D. 16,3)

Ad 3) Der Miether muß einstehen für dolus und die geringste Culpa.

(Nro 243) L 28 Cod locati^a (4,65)

L 25 § 5 D h T.

§ 5 Inst eod.

Von Tragung des Zufalls und der Remission.

Davon ist pag 411 schon geredet.

Beendigung der Miethe.

Zwei Fälle sind zu unterscheiden:

[415]

1. Miethe auf unbestimmte Zeit; hier gilt von | beiden Seiten willkürliche Aufkündigung, die jedoch in Bezug auf den Gebrauch der Sache nicht zur Unzeit geschehn darf.

2. Auf bestimmte Zeit. Hier endigt sich die Miethe mit Ablauf dieser Zeit. Die Pacht kann aber auch vor der Zeit gekündigt werden, wenn die Grundstücke schlecht gebaut u verwaorlost werden, oder in zwei Jahren das Pachtgeld nicht bezahlt worden. Bei der Miethe lassen sich noch mehr Gründe anführen, wenn das Haus baufällig ist also Reparation bedarf, pp und dann höchst auffallend, wenn der Vermietter es selbst braucht.

L 54 § 1, 56 D h T.

(Nro 244) L 3 Cod eod. (4,65)

Von der Relocation.

Ist die Miethzeit zu Ende, u der Miether bleibt noch eine Zeitlang im Gebrauch, welche Folgen hat dies? Der vorige Mieth oder Pachtver-

^a C. 4,65 hat den Titel de locato et conducto

trag läuft unter denselben Bedingungen, und zwar unbedingt für die schon verlaufene Zeit. Aber wirkt diese stillschweigende Fortsetzung auch in die Zukunft? Hier ist die Regel: die früher im Pachtvertrage bestimmte Zeit ist nicht als stillschweigend erneuert anzusehen. Bei Miethwohnungen wirkt die stillschweigende Fortsetzung nur für die verlaufene Zeit, nicht für die Zukunft; Bei Landgütern gilt sie nur noch für Ein volles Jahr, weil Grundstücke nur in einzelnen Theilen eines Jahres benutzt werden, Wohnungen aber in jedem Theile des Jahres. Viele Juristen behaupteten: bei der Dreifelderwirtschaft müsten jedesmal drei volle Jahre als Fortsetzung angenommen werden, dies ist völlig falsch:

[416]

Eine andre Schwierigkeit liegt in:

(Nro 245) L 13 § 11 Dig. locati. 19.2.

Diese Stelle ist ganz klar bis auf das Ende: nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est. Es ist dies ungeschickt von Justinian hinzu gefügt „ausser wenn ein schriftlicher Contract vorhanden ist“. Soll nun in dem Falle eine stillschweigende Willenserklärung mehr Wirkung haben, als wenn der Contract blos mündlich geschlossen. Dies wäre inconsequent – Bleibt einer über seine Miethzeit hinaus wohnen, so obligirt er sich dadurch nur so lange er wohnt, es sei denn im Pachtbrief etwas anderes bestimmt darüber ausgemacht:

Von der locatio irregularis.

Ausnahmsweise kann mit einem Miethvertrag ein Uebertrag des Eigenthums verbunden seyn. zB ich gebe einem Schiffer eine Quantität Getreide, dies thun mehrere, das Getreide wird durcheinander geschüttet. Da erhält der Schiffer die ganze Quantität in Eigenthum und verpflichtet sich gleiche Quantitäten an dem bestimmten Orte abzuliefern. Hier ist also eine locatio operarum verbunden mit Eigenthumsübertragung, u die actio conducti reicht hier aus und macht die actio oneris aversi des alten Rechts für diesen Fall überflüssig.

Vom Commodatum

Ein Vertrag, in dem einer einem andern eine Sache zu unentgeltlichem Gebrauch übergibt | unter dem Versprechen nach vollende-

[417]

tem Gebrauch dieselbe Sache zurückzugeben. Die Römer sehen dies als einen Realcontract an.

Unentgeltlich erhält der Empfänger sie in Gebrauch, dies ist der Unterschied von der locatio conductio; er erhält bloß ein persönliches Recht, ist bloß der Verwalter eines fremden Besitzes. Der Empfänger hat die Verbindlichkeit die Sache unversehrt zurückzugeben, worauf der Geber die actio commodati hat. Der Commodatar muß einstehen für dolus culpa lata u levis. Der Commodans ist seinerseits nach dem Inhalt des Vertrags zu nichts verpflichtet. Zufällig ist, daß er die Verwendungen des Commodatars auf die Sache, wodurch sie verbessert worden, erstatten muß, worauf dieser die actio commodati contraria hat. Das Commodatum ist ein RealContract: d:h: wenn ich dem andern die Sache zu bloßem Gebrauch unentgeltlich übergeben habe, habe ich eine actio auf Rückgabe. Die bloße Verabredung sie unentgeltlich zu übergeben, wirkt keine Klage; bei der Miethe ist dies wohl der Fall; consensu contrahitur obligatio. Bei uns kann aus der bloßen Verabredung schon auf das Commodat geklagt werden; das Commodat hat bei uns die Natur eines Consensualcontractes angenommen.

[418] Der Commodatar muß einstehen für dolus ! und omnis culpa. Gebe ich aber einem ein Pfand, um zu meinem Vortheil eine Reise zu machen, so handelt der Commodatar ja nur aus Gefälligkeit für mich und braucht dann nicht für levis culpa einzustehen. Das Commodat bezweckt hier nur den Vortheil des Commodans.

Schwierig ist aber noch:

(Nro: 245^a) inf: (D. 13,6)

Haben beide, Commodans und Commodatar Vortheile aus dem Commodat, wie dann? Dann soll culpa mit der Beschränkung diligentia quam suis praestirt werden, da ja das ganze Verhältniß ein gemischtes ist, und ihm Societas zu Grunde liegt, wobei levis culpa mit der Beschränkung diligentia quam suis prästirt werden muß.

Mutuum.

Darlehen. Bei den Römern: res credita, pecunia credita, certa scl: pecunia credita.

Es ist ein Vertrag, worin jemand einem andern eine fungibile Sache zum Gebrauche übergibt, mit der Bedingung daß er nach gemachtem Gebrauche eine Sache derselben Gattung und Quantität zurückgeben soll.

Das Mutuum ist ein Realcontract; es steht zwischen der locatio, conductio und dem Commodatum. Bei jener ist wesentlich, daß für den Gebrauch der Sache etwas bezahlt | werde. Das Wesen des Commodats macht grade der unentgeltliche Gebrauch aus. Das Wesen des mutuum in Bezug auf Gebrauch ist unbestimmt, und es kann sich mehr dem Miethvertrage nähern, indem der Gebrauch vergütet wird, oder mehr dem Commodatum, indem er unentgeltlich gestattet wird. — Nach unserm Sprachgebrauch: Das Darlehen kann ein verzinliches oder unverzinliches seyn. [419]

Wesentlich ist nur, daß der Gebrauch einer fungibilen Sache überlassen werde. Etwas mußte gegeben seyn mit der Verpflichtung nicht individueller sondern generischer Rückgabe. An den einzelnen gegebenen Stücken geht daher Eigenthum an den Empfänger über. Daher leiten alte Juristen mutuum so ab: ex meo tuum fit; daraus sieht man wie wesentlich man Uebertragung des Eigenthums beim Darlehen ansah. Die Gefahr trägt hier daher auch der Schuldner. Die Unmöglichkeit der Rückleistung ist ja hier immer eine subjective; eine objective juristische Unmöglichkeit, Untergang dieser Summe kann nie eintreten.

L 2 § 2 L 9 § 9 h T.

Bei weitem das häufigste Darlehen ist das Gelddarlehen.

Bedingungen:

Daß das Darlehen gültig sei, muß 1 der Geber Eigenthum an der Species haben und 2 darüber verfügen können. Sonst entsteht kein Darlehen, weil hier die Möglichkeit einer völlig sichern | u willkürlichen Verfügung über die gegebene Sache der Schuldner nicht erhalten hat. Vermischt dieser bona fide diese Sache mit der seini- gen oder gibt sie aus, consumirt sie, so macht er dadurch die Vindicatio unmöglich. Thut ers mala fide, so ist er fictus possessor, (qui dolo desiit possidere) u die rei vindicatio ist nicht ausgeschlossen. [420]

L 2 § 4 L 11 § ~~11~~, L 12,13 h T

L 12,19 § 1 eod.

3. Die Sache die man hingeben kann, muß man auch wirklich hingeben, also Eigenthum übertragen.

Mögliche Fälle:

a Der Creditor gibt persönlich das Geld. Das hat keine Schwierigkeit. b. Ein anderer gibt für den Creditor das Geld; schließt für ihn das Darlehen. Dies ist gültig selbst in frühern Zeiten erlaubte man

dies Ueberbringen des Geldes durch einen Stellvertreter. c. Ein anderer gibt sein Geld einem Dritten, um mich in einem Darlehen zum Creditor zu machen. Z:B: Gajus ist mein Schuldner; ich will Sejus ein Darlehen geben, u trage nun Gajus auf, das Geld an Sejus zu geben. Hier gibt Gajus sein Geld an Sejus. – Hier nahm man an dies soll so gültig seyn, als ob Gajus erst das Geld nur gezahlt u tradirt habe, und ich es nun an Sejus als Darlehen gegeben hätte.

(Nro 247) L 15 de reb: creditis. 12.1. (D.)

[421] quam vis meos nummos non acceperis; streng genommen muß man sagen: er habe es bekommen, denn indem Gajus meinen Auftrag annahm, ging das Eigenthum auf mich über durch eine unsichtbare Tradition. d. Gajus hat mir Geld zu zahlen, hat das Geld nun vorrätzig liegen oder nicht, will das Geld aber als Darlehen behalten; ich bin zufrieden damit, so wird dies angesehen als hätte Gajus das Geld mir wirklich gegeben und es von mir wieder als Darlehen erhalten.

(Nro 247) in med. cit. (D. 12,1)

L 11 pr h T.

L 8 Cod eod.

Allmählig und nicht ohne Widerspruch kam man auf diese Sätze; dies beweist:

L 34 D mandati (D. 17,1)

wo der letzte Satz noch nicht anerkannt ist, denn sagt sie: dann würde ja der bloße Consens einen Realcontract erzeugen können, ganz gegen dessen Natur.

4. Von beiden Seiten muß die Absicht ein Darlehen zu schließen, da gewesen seyn. Fehlte diese nun partiell, so ist dies gültig: zB ich gebe 10 u sage: 8 sollst du mir schuldig seyn, so ist dies gültig u ich habe 2 geschenkt. Umgekehrt gebe ich 8 u sage: du sollst mir 10 schuldig seyn, so entsteht daraus keine Obligatio aus dem Darlehen. Das Mutuum ist ja ein Realcontract, der nur durch wirkliches geben, nicht durch bloßen Consens möglich ist.

(Nro 246) L 11 § 1 D de reb: cred. 12.1.

[422] (Nro 248) L 17 pr D de pactis. 2.14.

Als Zinsverbindlichkeit in einer besondern Stipulatio kann dies gültig seyn.

5. Das Darlehen muß nicht besonders positiv untersagt seyn. Niemand der in väterlicher Gewalt steht soll als Schuldner ein Darlehen eingehen.

Verbindlichkeiten.

Der Empfänger (Debitor) ist verpflichtet: das Empfangene in gleicher Quantität und gleicher Güte zurückzugeben. Die Frage kann hier geschehn: auf welche Weise soll die Rückgabe geschehn oder was ist der wahre Sinn einer Geldschuld? Ueber den Geldkurs u das was sich auf diese Frage bezieht, ist oben die Rede gewesen.

(Nro 249) L 3 D. de reb: cred, 12.1

Es gibt hier keine actio sondern Condictio (wovon später). Das römische Recht kennt eine Verbindlichkeit des Darleihers nicht an; aus dem bloßen Versprechen kann der, welcher das Darlehen haben wollte, nach römischem Recht nicht klagen, wohl aber wenn sie früher durch eine Stipulatio übereingekommen, ein Mutuum einzugehen. Eine Verbindlichkeit für den Darleiher kann nur durch das wirkliche Geben entstehen, weil das Darlehen ein Realcontract ist. —

Nach dem heutigen Recht kann aus dem bloßen Vertrage auf das Darlehen geklagt werden, aber in der Regel hat diese keinen Erfolg, da ja der Darleiher dann gleich wieder kündigen kann, es sei dann daß man in dem Vertrag auf eine bestimmte Zeit übereingekommen wäre.

[423]

In der Regel kann das Darlehen willkürlich von beiden Seiten gekündigt werden, wenn nichts Andres darüber ausgemacht ist.

Vom nauticum foenus.

Auch pecunia trajectitia. Es gibt einem andern Geld als Darlehen welches über Meer geschafft werden soll, und die Verbindlichkeit zur Rückgabe soll bedingt seyn durch das glückliche Hinüberkommen. Die Gefahr des Untergangs soll hier ausnahmsweise den Creditor treffen. Es war[en] dies die Form der römischen Assekuranzverträge. Foenus, Zinsen waren die Prämien, und die Gesetze über den Zinswucher wurden hierauf nicht angewandt; es gelten infinitae usurae.

Paulus II 14 § 3.

Justinian hat ziemlich unpassend bestimmt; es sollen nur centesimae 12 % erlaubt seyn.

L 26 § 1 Cod de usuris (4,32)

Centesimae beziehen sich auf einen bestimmten Zeitraum, also den Monat Ein Prozent. Eine sehr kurze Zeit der Ueberfahrt kann aber weit gefährlicher seyn als eine lange Ueberfahrt. Später wurde da-

her bestimmt, der achte Theil des Capitals soll als Prämie gegeben werden ohne Unterschied des Zeitraums der Ueberfahrt.

Nov. 106. I

[424] *Vom Scltum Macedonianum*

Wenn der Schuldner ein filiusfamilias ist, so soll das Darlehen ungültig seyn.

Von der Jugend, der Mangel an Erfahrung, wie die Neuern es oft ansahen, ist hier nicht die Rede. Ein filiusfamilias soll nicht Schulden machen auf die zu erwartende Erbschaft seines Darlehens.

Zur Zeit des Empfangs muß er in patria potestate gewesen seyn, und es muß ein Gelddarlehen geschlossen seyn. Jeden andern Contract konnte er eingehen; doch durfte ein solcher nicht gebraucht worden seyn, um das Gelddarlehen darunter zu verstecken.

Waren Alle Bedingungen da, so war das Darlehen ipso jure gültig, aber per exceptionem ungültig, doch so daß die naturalis Obligatio blieb. Jede Klage aus dem Darlehen, ohne Rücksicht auf die Zeit der Anstellung, und der Person gegen wen, wurde zurückgewiesen durch die exceptio Sclti Macedoniani.

§ 7 I: h T.

Die naturalis Obligatio bleibt stehen; ist gezahlt aus dem Darlehen, so kann dies nicht als indebitum zurückgefordert werden.

L 10 D: h T.

(Nro 250) L 14 de reb: cred: 12.1 (D.)

[425] „Wenn ein filiusfamilias gegen das Verbot des Sclts ein Darlehen einging, und nun die Schuld bezahlte, so soll [er] dem Vater, wenn er das Geld vindicirt, keine exceptio entgegen gestellt werden können; (denn auf den Creditor ist kein Eigenthum übergegangen). Hat der Creditor aber das Geld schon ausgegeben, so hat der Vater keine condictio mehr.

L 2 quae res pignori (D.)

L 20 D h T.

Ausnahmen, in welchen dennoch das Darlehen gültig ist:

1. Für beide; wenn mit Einwilligung des Vaters der Sohn das Darlehen einging. 2. Wenn das Darlehen contrahirt wurde zum Vortheil des Vaters. 3. Wenn der Creditor den Schuldner für einen paterfamilias hielt.

L 3 pr L 19 h T.

Für den Sohn allein: 1. Wenn der Sohn ein peculium castrense hat;

darauf kann er ein Darlehn eingehen. 2. Wenn der Sohn nach aufgelöster väterlicher Gewalt die Schulden anerkennt.

Ungenannte Contracte:

Unter den vier Klassen von Contracten ist Einer der Realcontract, (re contracta Obligatio) wo einer etwas geleistet hat um den andern sich zu obligiren. Vier besondere Fälle dieses Realcontracts sind im römischen Rechte aufgezeichnet: das Darlehen, das Commodatum, das depositum und pignus. Diese Fälle sind mit bestimmten Klagen versehen, und der Begriff des Realcontracts ist darauf | angewendet. Es gibt nun noch viele andre Fälle, worauf der umfassende Begriff des Realcontracts anzuwenden ist. Unsre Neuern Juristen nennen jene vier besondern Fälle, Contractus reales nominati; die übrigen Fälle Contractus reales innominati. Die Römer haben keine technischen Ausdrücke, sondern umschreiben. Einmal sagen sie Contractus incertus in: L 9 pr de reb: cred: (D. 12,1)

[426]

Das Princip ist vollständig ausgesprochen

L 7 § 2 de pactis (D. 2,14)

L 5 D de praescr: verbis (h T) (19,5)

L 1 § 2 de rer: permut: (D. 19,4)

Das Wesen dieses Principis ist: daß in Fällen dieser Art die Obligatio nicht entsteht durch den bloßen Willen, den bloßen Vertrag, sondern daß zu diesem Willen noch eine einseitige Leistung hinzutritt. Dadurch entsteht für diesen erst eine Klage, für den andern Theil eine Verbindlichkeit.

Die gemeinsame Klage bei diesen Contracten ist die actio praescriptis verbis oder in factum civilis.

L 1 pr L 2,3,4 L 22,24 h T

Bei diesen Verträgen sind hier nach dem Inhalt der Obligationen vier Fälle möglich: do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias.

Die wichtigste Stelle ist: L 5 D. de praescr: verbis. (19,5)

(Nro 252) do ut des, ich gebe etwas damit der andre verpflichtet sei auch etwas zu geben; dasselbe o/ was andres. do ut facias, ich gebe etwas damit der andre etwas thue, arbeite. facio ut des, das umgekehrte. facio ut facias; ich arbeite damit der andre etwas arbeite.

[427]

Anmerkungen. Zu irgend einer dieser 4 Formen kann der Vertrag

nur dann gerechnet werden, wenn [er] nicht schon aus andern Gründen der Begriff eines andern Contracts für ihn begründet ist. – Die vier benannten Realcontracte und alle Consensualcontracte können also nie nach einer dieser Formen beurtheilt werden.

Ueber die Form *facio ut des* war Streit; eine Stelle spricht dagegen.

(Nro 252) L 5 § 3 Dig de praescr verbis. (19,5) Die andern drei Formen sind anerkannt.

Die Ausschließung der Form *facio ut des* ist völlig inconsequent, zumal da Paulus die Form *facio ut facias* anerkennt – In allen Theilen des justinianischen Rechtsbuchs finden sich auch Entscheidungen im entgegengesetzten Sinne, und es scheint dies bloß eine singuläre Ansicht von Paulus gewesen zu seyn. zB der hatte eine Civil oder Contractsklage, welcher sich für sein Vorwort (*suffragium*) bei Hofe etwas hatte versprechen lassen, offenbar nach der Form *facio ut des*.

cf L 22, 15 Dig h T.

§ 1 I: de locatione (3,24)

L 6 Cod de transact: (2,4)

Cod IV. 3.

[428] Die Aufnahme jener Stelle in den Pandecten läßt sich dadurch rechtfertigen, daß sie wahr- scheinlich die vollständigste über die Innominalcontracte war, und um den Zusammenhang nicht zu stören, ließ man auch den § 3 so stehen.

Unsre neuern Juristen fanden nun drei Fälle, die einen Namen hatten, nämlich 1: die *permutatio* (Tausch)

Dig 19,4

Cod. 4. 64.

2. Der *Contractus aestimatorius* (Trödelcontract)

Dig: 193.^a

3. Der *Contractus suffragii*, der eben genannt worden.

Um sich hier zu helfen theilten die Neuern die Innominalcontracte ein in: regulares, die keinen Namen, irregulares die dennoch einen Namen haben. – Dies ist ungeschickt:

Es sind dies keine Namen: *permutatio* ist nicht der Name des Contracts, sondern das was erfolgt ist, wenn der Contract erfüllt und gar keine *Obligatio* mehr vorhanden ist. *Contractus aestimatorius* und *Contractus suffragii* sind nicht mal römische Ausdrücke,

^a Die Stelle de *aestimatoria* ist D. 19,3

die Römer nennen nur eine *actio aestimatoria*, reden also wieder von der Folge eines *Contracts*.

Wirkungen.

Hier entstehen zwei versch: Klagen:

1. Eine *Contractsklage auf Erfüllung*, die *actio praescriptis verbis* oder in *factum civilis*. Die Frage wegen *dolus culpa* u *Casus* wird hier ganz nach der allg: Theorie beantwortet. | Der Beklagte muß einstehe[n] für *dolus* u *culpa lata* schlechthin; für *casus* nicht; für *levis culpa* nur je nachdem er Vortheil aus dem Geschäft erwartete oder nicht.

[429]

L 17 § 2,4 D h T.

L 10 § 1 L 12 *commodati*. (D. 18,6)

2. Auch entspringt aus diesen *Contracten*, u dadurch unterscheiden sie sich von allen übrigen, eine Klage auf Rückgabe dessen was gegeben war, eine *Condictio ob causam datorum*. Damit kann ich das ganze Geschäft rückgängig machen. Dies ist das *jus repetendi* u *poenitendi*. Derjenige welcher geleistet hat, hat zwischen beiden Klagen die Wahl.

Die Neuern nehmen an, dies *jus repetendi*, *poenitendi* könne nur bei den beiden ersten Formen *do ut des* und *do ut facias* angewendet werden; bei den letzten Formen aber nicht, da man ja das geschehene (die Arbeit) nicht ungeschehn machen könne. Ganz irrig, denn juristisch ist dies wohl möglich durch eine verhältnißmäßige Taxe der Arbeit in Geldwerth. Das nähere darüber bei den *Conditionen*.

Diese *Condictio ob causam datorum* kann auf zweierlei Art vorkommen, entweder als Surrogat der *actio praescriptis verbis* (indem ich zB die Rückgabe der Leistung fordere zur Entschädigung daß der andre den Vertrag verletzt hat) oder die *Condictio* wird angestellt als Act der freien Willkühr, wenn der andre sich noch nicht die geringste Rechtsverletzung hat zu Schulden kommen lassen. In der letzten Anwendung ist die *Condictio* dadurch beschränkt, daß ich der ich sie brauche, den andern ganz in die Lage versetzen muß, in der er gewesen wäre, wenn der Vertrag gar nicht zu Stande gekommen wäre.

[430]

L 3 § 2,3 L 5 D de *cond: causa data*. (12,4)

Dies *jus poenitendi* [ge]hört in jeder Beziehung auf, wenn von der andern Seite die Leistung erfüllt ist.

Gilt das *jus poenitendi* noch bei uns? Nein, unsre Juristen geben an: es sei antiquirt, durch das Gewohnheitsrecht absorbiert.

Es hat dies aber einen tiefern Grund: Die Römer nahmen dies nur an, solange das Verhältniß auf einem reinen InnominaleContracte beruhte; sobald aber eine Stipulatio hinzugekommen war, konnte schon nach römischem Recht das jus poenitendi nicht mehr eintreten.

L 4,7 Cod h T.

Da nun bei uns der bloße Vertrag der Stipulatio gleichsteht, so kann von dem jus poenitendi gar nicht mehr die Rede seyn. An sich ist dies unbestritten, aber man verkannte meist, daß der Satz schon im römischen Recht begründet sei.

Societas.

[431]

Ein Vertrag darauf gerichtet, daß gemeinsame Mittel auf einen gemeinsamen Zweck gewendet werden.

„Gemeinsame Mittel“ trägt einer nichts bei, so ist das Geschäft für ihn keine Societas sondern Schenkung.

„Gemeinsamer Zweck“ soll der eine nichts vom Zweck haben so ist für ihn auch keine Societas. Der Zweck muß gerichtet seyn auf einen gemeinschaftlichen Erwerb von Rechten, aber nicht grade auf Gewinn oder Bereicherung zB zwei Nachbarn kaufen ein gegenüberstehendes Haus um es niederzureißen.

Jedoch lassen sich im Zweck Abstufungen denken. Der äusserste Punct ist die Societas omnium bonorum.

Eingehung.

Die Societas ist ein ConsensualContract d:h: sie konnte ohne Form, ohne daß ein Theil etwas geleistet hat, eingegangen werden. Die nähern Bestimmungen hierüber in den Rechtsquellen sind eigentlich nur Anwendungen allgemeiner Grundsätze.

Verbindlichkeiten:

actio pro socio.

1. Hauptgegenstand der actio ist die Gemeinschaft des Erwerbes. In welchem Verhältniß sollen die einzelnen am Erwerbe theilnehmen? Nach welchen Portionen soll der Verlust vertheilt werden?

L 30 D h T

Sooft es zur Vertheilung kommt, soll man erst Gewinn und Verlust von einander abziehen, und dann den reinen Gewinn und Verlust theilen. Es ist nicht zulässig, daß einer keinen Antheil habe, wohl aber die mehreren verschiedenen Antheil nach Verhältniß des Beitrags; auch kann man bestimmen daß der Nettoverlust dem einen, der Nettogewinn dem andern zugerechnet werde. Auch können sie die Bestimmung der Quote einem Dritten oder einem unter sich überlassen, doch kann der Verletzte einen unpartheiischen Sachkundigen zur Genehmigung oder Verwerfung der Vertheilung auffordern.

[432]

L 6, 75–80 pr h T.

Wo nichts ausgemacht ist, theilt man zu gleichen Quoten.

Nähere Bestimmungen: 1. Erwarb die Societas Eigenthum, so hat jeder die actio auf Antheil daran.

L 74 D eod.

2. Ebenso werden die Früchte vertheilt; wie ist es mit den Zinsen?
 a. Zog einer Zinsen im Namen der Societas, so stehen sie den Früchten gleich. b. Zog er sie auf eigne Gefahr, so erhält er die Zinsen.
 c. Veruntreute er das Kapital so zahlt er centesimae als Strafzinsen.
 d. Ausserdem gelten die allg: Grundsätze über mora.

[433]

3. Auslagen die einer trug, kann er ersetzt verlangen.

Zufällige Verpflichtungen. Der Socius muß einstehen für dolus u culpa lata. Dolus infamirt; auch nach allg: Grundsätzen für levis culpa, da jeder Socius Vortheile hat, doch hier nur mit der Beschränkung diligentia quam suis.

(Nro 259 a) § 9 Inst. 3.36

(Nro 260) L 72 Dig. 17,2.

„in dieser Stelle heißt: es ist nicht die aller- | strengste diligentia zu fordern, da jeder es sich selbst zuzuschreiben hat, wenn er sich einen zu nachlässigen Geschäftsmann zum socius wählte. Die Societas ist ein Verhältniß bei dessen Eingehung man auf Fleiß und sonstige Eigenschaften des socii zu achten hat, daher man es sich selbst zuzuschreiben hat, wenn die gewohnte Achtsamkeit desselben zu unserm Nachtheile zu gering ist.“

[433]

Bei der Societas omnium bonorum

Hier werden die schon erworbenen dinglichen Rechte ipso jure gemeinschaftlich, die Obligationen müssen übertragen werden; ebenso ist es mit den in der Folge entstehenden Rechten u Verbindlichkeiten; nur Schulden aus einem Delict werden nicht gemeinsam.

Bei der Societas particularis.

Sehr gewöhnlich ist die Gemeinschaft Alles zu erwerbenden ausgemacht, ausser was durch Glück dem Einen oder andern zu Theil wird.

L [1]7, 13 D h T

In Ansehung dritter Personen.

In dieser Beziehung bleiben die socii einzelne Personen und bilden keine Universitas, da eine solche durch Privatwillkühr nicht möglich ist. – Dies ist wichtig beim Veräußern und Schuldencontrahiren; Alles geht nur den einzelnen für seinen Theil an.

(Nro 262) L 32 pro socio. 17.2.

Betrifft das Geschäft ihre societas, so ist es dem Effect nach so gut, als wäre eine universitas vorhanden, da der socius die Klage cediren muß us:w: – Anders ist es mit unsern heutigen Handelsgeschäften.

[434]

Aufhebung der Societaet (Dissociatio)

Sie hört auf: 1. Wenn der Zweck der Societas unmöglich ward oder vollständig erreicht wird. 2. Wenn ein wesentliche Aenderung in den Personen eintritt. Stirbt einer so hört die Societaet auf; dies kann man jedoch durch Vertrag anders ausmachen; daß sie für seine Erben fortdaure, kann man nicht so ausmachen. Dem Tode gleich wirkt die maxima und media capitis deminutio, und der Concurs eines socii. 3. Durch willkührliche Kündigung, und zwar eine[~~r~~] blos einseitige (Renunciatio). Sie wirkt nur auf die Zukunft. Zu merken ist aber: a. Man kann nicht kündigen zur unrechten Zeit. b. nicht, innerhalb einer vertragsmäßig bestimmten Zeit. Eine Societaet kann auf eine bestimmte Zahl von Jahren geschlossen werden; die Kündigung binnen dieser Zeit wird als zur unrechten Zeit geschehen, angesehen. Doch ist sie aus wichtigen Gründen dennoch erlaubt.

L 14 65 § 5,6, h T

Auf das Leben kann die Societaet nicht geschlossen werden.

Der Gegner muß die Kündigung erfahren haben, eher kann der Kündigende keinen Vortheil daraus ziehen.

L 17 § 1 D h T.

Von der Theilung:

[435]

Durch sie läßt sich eine vollständige Auseinandersetzung denken: sie hat nichts eigenthümliches und tritt eben so ein wie bei der jetzt folg: zufälligen Gemeinschaft.

Communio incidens:

Eine solche kann aus einer Societas entstanden seyn wovon eben geredet worden.

Diese Gemeinschaft kann auch entstanden seyn auf eine völlig zufällige nicht aus unsrem Willen entsprungene Weise, ohne vorhergegangene Societas.

In beiden Fällen entsteht aus der Natur der Gemeinschaft eine 2fache Obligatio, 1 auf Theilung, und 2 auf persönliche Leistungen, Geldpraestation pp.

1. Von der Theilung. Sie kann vertragsweise bewirkt werden; durch getroffene Uebereinkunft; und kann auf verschiedene Weise durch Tausch, Kauf pp bewirkt werden.

L 1,7 Cod comm utriusque jud. (3,38)

Kann ein solcher Theilungsvertrag wieder angefochten werden? Nicht mehr und nicht weniger wie jeder andre Vertrag, wegen dolus &c

(Nro 264) L 3 Cod eod. 3,38.

„Diese Stelle hat blos an den Fall des dolus gedacht, was ihr Zusammenhang beweist, bei:

Schulding pag 695.

perperam nutzlos hinzugesetzt, ganz synonym.

Von den Theilungsklagen:

Ihr Zweck ist vor Allem Theilung. Das blos ausgesprochene Urtheil (Adjudatio) entzieht u gibt hier unmittelbar Eigenthum ohne Tradition. |

§ 7 J: de off jud: (4,17)

[436]

Der allg: Grund dieser Klage ist eine Obligatio aus einem Quasicontract. Diese Klagen sind ihrem Grundcharacter nach in personam; Bedingung derselben ist freilich meist ein dingliches Recht, Eigenthum.

(Nro 265) L 1 D fin reg. 10,1

In andrer Stelle[~~n~~] heißt: diese Klagen seien mixtae.

§ 20 J: de act. (4,6)

Sie sind actiones duplices, d:h: einmal: es ist gleichgültig wer die Klage anstellt u ferner: in der ganzen Behandlung der Klage ist jeder Kläger und Beklagte zugleich und der Kläger kann condemnirt werden.

Eine Verjährung dieser Klage ist unmöglich soweit sie auf bloße Theilung geht; in allen andern Beziehungen gilt eine 30jährige Verjährung.

Es gibt drei solcher Theilungsklagen: 1. Communi dividundo actio, eine allg: Theilungsklage womit es eigentlich genug wäre. 2. Actio familiae herciscundae (Erbtheilungsklage) gehört ins Erbrecht 3 actio finium regundorum (Grenzberichtigung)

Communi dividundo actio.

Sie geht auf Theilung von Gemeinschaft aller Art mit Ausnahme der Erbschaft.

[437] Sie kann gerichtet seyn: 1. Auf eine Entschädigung wegen der Theilung selbst. 2. Auf Erstattung von Auslagen. | 3. Auf die Früchte, die Einer allein aus dem gemeinschaftl Rechte gezogen hat. 4. Auf Schadensersatz gegen den, welcher dem gemeinschaftl Recht geschadet hat. Auch hier gelten dieselben Grundsätze in Bezug auf das Entstehen für dolus, lata culpa u levis culpa wie bei der Societas, nämlich letztere mit der Beschränkung diligentia quam suis.

L 10 pr comm divid (D. 10,3)

L 25 § 16 fam hercis (D. 10,2)

Actio finium regundorum:

Bei Verwirrung der Grenzen nicht städtischer Grundstücke (praedia rustica) kann jeder Grenzberichtigung mit dieser actio fordern. Es wird hier so angesehen, als ob von Theilung einer Gemeinschaft die Rede wäre.

Vergleiche:

Begriff u Eingehung:

Er setzt voraus ein ungewisses Rechtsverhältniß was durch Vertrag soll gewiß gemacht werden.

Ein ungewisses Rechtsverhältniß“; entw: juristisch zB ein Rechtsstreit; dies ist der häufigste Fall der Vergleiche; oder factisch ungewiß; Zum Begriff gehört noch wesentlich eine Theilung des möglichen Vortheils oder Nachtheils; jeder gibt von seinen äussersten Ansprüchen irgend etwas auf.

Alles dies, aber auch nicht mehr gehört zum Wesen des Vergleichs.

(Nro 270) L 38 Cod de transact: 2.4 |

In welcher Form kann der Vergleich eingegangen werden? Durch Stipulatio oder pactum. [438]

L 2 D de transact. (2,15)

Gegenstände eines Vergleichs:

1. Es gibt Beschränkungen in Bezug darauf, wenn der Anspruch sich gründet auf eine unerlaubte Handlung. Fordert jemand etwas aus einem mit dolus verknüpften Delict, so kann man sich darüber gültig vergleichen aber der Schuldner wird dadurch infam.

2. Besondere Bestimmungen sind gegeben wenn der Vergleich sich auf Alimente bezieht. zB sind solche legit, so ist ein Vergleich nur mit Zuziehung des Richters möglich.

L 8 D. eod.

3. Viele Neuern sagen: ein Vergleich der sich bezieht auf ein Testament, soll nur dann gültig geschlossen werden, wenn beide Partheien das Testament eingesehen haben. Sie gründen dies auf

(Nro 271) L 6 D eod. (2,15)

neque transigi potest kann heißen: ist juristisch unmöglich, verboten aber auch: es wird nicht leicht geschehen, ehe die Partheien das Testament eingesehen haben. Es ist hier die factische Möglichkeit gemeint, gar keine Rechtsvorschrift; es beweist dies auch: neque exquiri veritae potest; wäre also das Testament nicht mehr vorhanden, so könnte der Richter nicht mal mehr darauf sprechen, wenn neque potest eine juristische Unmöglichkeit bezeichnete.

(Nro 272) L 1 D. test: quemad: ap: 29,3 |

Wirkungen:

[439]

1 Des Vergleichs auf den vorhandenen Anspruch; ipso jure bei der Stipulatio u der Acceptilatio; per exceptionem beim bloßen pactum. Dieser Unterschied fällt bei uns weg.

Vergleich, der sich auf dolus gründet ist ungültig. Nach römischem Recht war es so: war durch dolose Acceptilatio die Obligatio zerstört, so hatte sie ipso jure aufgehört u man konnte die doli actio anstellen. War dies durch bloßes pactum geschehn, so hatte man gegen die exceptio pacti die doli replicatio. —

L 4, 9 Cod h T

Nach unserm Recht muß man hier unsern Vertrag nicht der Stipulatio gleich stellen; man kann nicht sagen die Obligatio hört dadurch ipso jure auf, sondern gegen die exceptio pacti hat man die doli replicatio.

Ueber den Irrthum gelten die allg: Principien:

2. Der Schuldner hat etwas hingegeben oder versprochen. Im ersten Fall kann er auf keine Weise zurückfordern.

(Nro 269) § 1. L 65 § 1 D. de cond ind: 12,6.

„Er kann nicht sagen dß er sine causa gegeben habe. Ist dagegen dolus vorhanden so kann er das gegebene zurückfordern, si transactio imperfecta est (dies heißt nicht: „wenn ich nicht durch Acceptilatio sondern durch pactum freigegeben bin). Sin ... detegitur, transactio imperfecta est, et repetitio dabitur. Dies ist die richtige Lesart. |

[440]

Hat der Schuldner etwas versprochen: a. durch eine Stipulatio, so kann man dies einklagen b. durch Pactum. Dann war die Hauptforderung entw: aufgehoben durch pactum; dann stelle ich die alte Klage an und habe gegen seine exceptio pacti die doli replicatio; oder die Hauptforderung war aufgehoben durch Acceptilatio, dann habe ich die alte Klage nicht mehr, aber das ganze wird als ein Innominalcontract facio ut des angesehen, und ich kann jenen nun da ich geleistet, dazu zwingen oder zurücktreten u die alte Klage wieder anstellen.

L 28, L 6 Cod h T.

Aufhebung des Vergleichs:

Diese ist möglich, obschon ziemlich inconsequent 1. Durch Vertrag.

L 40 Cod eod

2. Neu aufgefundene Beweisinstrumente vernichten den Vergleich nicht.

L 19, 29 Cod eod

L 78 § 16 ad Sclt Trebell: (D. 36,1)

Sind die aufgefundenen Urkunden neue causae obligationis, die also ganz versch: Ansprüche enthalten, so stellt sich die Sache anders.

zB über meinen Anspruch aus einem Testament habe ich mich verglichen; es entdeckt | sich später ein Anspruch aus einem Codicill; den kann ich geltend machen.

[441]

L 12, 3 § 1 D h T.

Es ist dies im Grunde keine Anfechtung des Vergleichs, sondern Geltungsmachung eines neuen Anspruchs.

Compromissum.

Vertrag der Partheien, daß ein Rechtsstreit nicht vor dem gewöhnlichen Richter, sondern vor einem von ihnen ernannten Schiedsrichter (arbitr) entschieden werden soll.

Der zweite Vertrag, der hier in Betracht kommt, ist das receptum, ein Vertrag zwischen den Partheien und dem Schiedsrichter worin letzterer sich verpflichtet, dies nach dem Willen der Partheien zu übernehmen und durchzuführen. Die Partheien können nun mehrere so zu Schiedsrichter ernennen, deren gemeinsamer Spruch gelten soll. In diesem Fall bilden sie ein Collegium und es gilt die Regel: daß Stimmenmehrheit entscheide. Bei Stimmgleichheit sind die Schiedsrichter verpflichtet, einen superarbitr (Obmann) zu ernennen, und von seinem Ausspruch die Entscheidung abhängig zu machen.

Compromissum. Wie können die Partheien sich durch Stipulatio anheischig machen zu erfüllen was der Schiedsrichter ausspreche, da dies ja eine Stipulatio auf ein ungewisses Object gerichtet gewesen, die unmöglich war.

Man half hier indirect, indem die Partheien sich wechselseitig eine Geldsumme als Strafe (poena compromissa) versprochen, wenn eine von ihnen den Spruch des Schiedsrichters nicht halten werde.

[442]

Justinian schrieb vor: die Partheien sollen schwören: den Spruch zu erfüllen und aus diesem Eid soll man klagen können.

L 4 Cod h T.

Er hob dies indeß wieder auf in

Nov 82.

Receptum. Dies ist ein unförmlicher Vertrag zwischen den Partheien und dem Schiedsrichter.

Wirkungen in Ansehung des Schiedsrichters und der Partheien.

Der Schiedsrichter muß die Sache durch Spruch zu Ende führen, ausser aus einigen Gründen: a. Wenn die Partheien sich indeß an einen andern gewendet u nun wieder zu ihm kommen. b. Wenn die poena compromissa fehlt. c. Seiner Gesundheit halber. d. Wenn die Partheien es ihm erlassen.

Verfahren. Die Partheien können ihm dies vorgeschrieben haben – Das Urtheil muß der Schiedsrichter in Gegenwart der Partheien sprechen; es ist unabänderlich; sobald er gesprochen hört er auf Schiedsrichter zu seyn. Keine Appellation kann dagegen stattfinden. Nur wegen dolus des Schiedsrichters hat die Parthei, gegen welche

[443]

man das dolose Urtheil will geltend machen, | eine exceptio doli.

L 27 § 2 L 31,32 § 14 h.T.

L 1,3 Cod eod.

Zum Urtheilsspruch konnte nach älterm Recht Genehmigung der Partheien hinzutreten, dann kann darauf geklagt werden, sonst aber nur auf die poena. Sie fand nicht allein statt zur Bekräftigung des Spruchs, sondern sie wird verwirkt durch jeden Ungehorsam gegen den Schiedsrichter zB wegen contumacia oder wenn der Gegner die Absolution nicht anerkannte. Man nahm nun an: wer einmal die Strafe verwirkt u erlegt, so hörte damit das ganze Verhältniß auf und das volle Interesse war damit praestirt.

War keine poena bestimmt, so hatte der absolvirte Beklagte gegen seinen Gegner, wenn dieser nun vor Gericht klagte eine pacti exceptio; gegen den Condemnirten hatte der Kläger aber keine actio.

Nach justinianischem Recht gilt die Regel, wenn keine poena ausgemacht ist, daß die Partheien sich binnen 10 Tagen über das schiedsrichterl Urtheil beschweren können; geschieht dies so hat es keine Wirkung. Schweigen die Partheien die 10 Tage hindurch, so kann nun aus dem Spruch geklagt werden.

L 5 pr Cod h T.

Aufhebung des Compromisses.

[444]

1. Durch den Tod des Schiedsrichters 2. In der Regel durch den Tod Einer Parthei, was aber durch Vertrag anders bestimmt | werden kann; dß nämlich der Schiedsrichter auch für die Erben gelten solle. 3. Hört es auf sobald die poena verwirkt ist, oder der Schiedsrichter gesprochen hat.

Aussergerichtlicher Eid.

Es war hier die Rede von einer Reihe von Fällen, die durch aussergerichtl Mittel geschlichtet werden sollen, namentlich durch Compromiss und Vergleich und in sofern ist dieser Eid auch gewissermaßen ein Vertrag. Von seinen Wirkungen ist im allg: Theil geredet worden. Der altrömische ProzeßEid ging allmählig in den über, wie wir ihn kennen.

Spiele und Wetten.

Spiele können nur insofern Gegenstand einer juristischen Vorschrift seyn, als mit diesem Zeitvertreib ein Vertrag verbunden ist. Jedes Spiel welches mit Geldverlust verbunden heißt alea. Das verlorne Geld konnte nicht eingeklagt werden. Das gezahlte selbst wesentlich gezahlte Geld konnte zurückgefordert werden; die Klage dauerte 50 Jahre u jeder, auch der fiscus konnte sie anstellen. Jeder Vertrag war unwirksam, wodurch das Spiel befördert wurde, zB ein Darlehen was ein Dritter dazu gab, konnte er nicht zurückfordern. – Das Spiel war verboten. Dazu kamen noch harte polizeiliche Verordnungen: Spielhäuser wurden als ehrlos behandelt; für Beleidigungen und Verletzungen die man darin erlitt, konnte man nicht klagen. |

Was ist davon in unser Recht übergegangen? Viele unsrer neueren Juristen behaupten nichts, wahrscheinlich aus eigener Neigung. Die Polizeigesetze können für uns nicht passen, dies beweist zB der Kartenstempel. Aber das privatrechtliche besteht allerdings für uns.

[445]

Wette ist ein gegenseitiges Versprechen unter entgegengesetzten Bedingungen. Sie war durchaus erlaubt, ausser in Beziehung auf Spiel und andre verbotene Handlungen.

L 3 D de aleatoribus (11,5)
L 17 § 5 de resc: verb:^a |

^a Wohl D. 19,5 de praescriptis verbis in factum actionibus

OBLIGATIONEN AUF EIN GEBEN ODER LEISTEN.

Schenkung:

Begriff und Arten:

Schenkung *donatio* ist jede juristische Handlung die aus Liberalität unternommen wird, in der Absicht den andern auf unsre Kosten zu bereichern. In diesem Sinne ist das Legat eine Schenkung.

Im engern Sinne gehört zur Schenkung, daß die absichtlich den andern bereichernde Handlung auf einem Vertrag beruhe, und daß sie dem andern einen Erwerb verschaffe.

In diesem Sinne ist hier davon die Rede. — Die Erweiterung u Bereicherung durch die Schenkung kann sich auf dingliche Rechte und auf Obligationen beziehen, und in sofern kann ich einen andern bereichern: a. durch *dare*, indem ich ihm ein dingliches Recht verschaffe, b. durch *obligare*, indem ich ihm eine Forderung entw: gegen mich selbst oder gegen einen Dritten verschaffe. c. durch *liberare*; indem ich ihn von einem Schuldverhältniß zu mir oder zu einem Dritten frei mache.

In allen diesen Fällen kann eine reine Schenkung stattfinden. Das Geschäft kann auch gemischt seyn aus Schenkung und Etwas | Anderm (einem onerösen Geschäft).

Die Schenkung kann wie andre Verträge bedingt und unbedingt geschlossen werden. Eine besonders wichtige bedingte Schenkung ist die *mortis causa donatio*, die Schenkung deren Gültigkeit bedingt ist durch den Umstand dß der Schenker früher sterbe als der Beschenkte. Sie gehört ins Erbrecht. Justinian hat bestimmt, daß sie nicht mehr als Schenkung, sondern als letzte Willenserklärung behandelt werden solle.

*Eingehung:**Im Allgemeinen:*

Zum Wesen gehört nicht mehr als überhaupt zu einem Consensualcontracte, also 1. freie Einwilligung beider Theile; die Schenkung ist unmöglich, ehe der Donatar was davon erfährt d:h: der Donator kann sie zurücknehmen. Stirbt der Donator früher, ehe der Donatar etwas davon erfuhr, so ist auch keine Schenkung vorhanden.

L 2 § 6, L 10, 19 § 2 D h T.

2. Was muß in Bezug auf die einzelnen Schenkungsmittel noch hinzutreten? Mancipation (nach älterm Rechte) Tradition (wenn auch nur *brevi manu facta*) nach Verschiedenheit des Objects.

cf L 28 Cod eod.

L 10 D. eod.

Ist das Object eine Obligatio, so kann diese durch Stipulatio u pactum geschenkt werden, und hier schrieb Justinian vor, daß auch der bloße Vertrag klagbar seyn solle.

L 35 § 5 Cod h T.

Eine Forderung gegen einen Dritten kann durch *expromissio*, *cessio* geschenkt werden. Eine *liberatio* kann geschehn durch *acceptilatio*, *pactum de non petendo*, oder wieder durch *expromissio* wenn ich ihn befreie von der Schuld gegen einen Dritten.

Im alten Recht gab es beschränkende positive Vorschriften u Formen bei der Schenkung, die ausgegangen seyn sollen von einer *lex Cincia*.

Von der Insinuation insbesondre:

Die Kaiser bestimmten, daß Schenkungen um gültig zu seyn, vor Gericht *insinuirt* werden sollen. Kleine Schenkungen waren frei u hieran nicht gebunden. Die Grenze war ursprüngl 200, dann 300 endlich 500 solidi. Nach justinianischem Recht ist eine große Schenkung also die, welche die Summe von 500 solidi übersteigt, und diese muß *insinuirt* werden um gültig zu seyn.

L 35 § 3 Cod h T:

D:h: die Absicht dieser Schenkung soll gerichtlich zu Protocoll gegeben werden. Dies sollte gegen Uebereilung und Leichtsinn schützen.

Der Satz ging auch in unser Recht über u statt solidi nahm man Ducaten an. |

[449] Die versäumte Schenkung hat die Ungültigkeit der Schenkung zur Folge.

L 34 pr Cod h T.

Wirkungen:

Ist von einem dare donationis causa die Rede, so geht Eigenthum über, wenn der Schenker Eigenthum hatte. Fehlt es an der Insinuation so geht Eigenthum zum Theil über, zum Theil nicht; in Ansehung des Werthes nicht, der 500 solidi übersteigt. Für den Werth der 500 solidi wird der Beschenkte Miteigenthümer.

L 34 § 2 Cod h T.

Habe ich einem andern zum Zweck der Schenkung eine Forderung gegen mich gegeben, so kann er mich darauf verklagen, jedoch habe ich:

1. Bei diesem Vertrag das beneficium competentiae.
2. Es treten keine Verzugszinsen ein.
3. Der Donator braucht nur einzustehen für dolus u lata culpa.

L 18 § 3 h T.

Cedirte ich eine Forderung gegen einen Dritten, so kann der Beschenkte gegen diesen klagen.

Bei der liberatio verhält es sich ganz auf ähnliche Weise, je nachdem sie expromissio Befreiung einer Schuld gegen einen Dritten, oder accepilatio ist. Doch gilt sie als Schenkung nur für 500 solidi; für das Mehr dauert die alte Obligatio fort, wenn keine Insinuation geschah. |

[450]

Wiederaufhebung:

Der Donator kann sie widerrufen: 1. wegen grober Undankbarkeit des Beschenkten; diese Regel bezog sich anfangs nur auf Patron u seinen Freigelassenen, wurde aber nachher allgemein.

L 10 Cod h T. 8,56.

2. Wenn der Donator später noch Kinder bekam; diese Regel ist nicht allgemein, sondern galt nur im Verhältniß des Patrons zu seinen Freigelassenen.

(Nro 278) L 8 Cod. eod. 8,56.

*Einzelne Arten:**Donatio omnium bonorum.*

Schenkung des ganzen Vermögens oder auch einer Quote desselben. Das Vermögen als Ganzes kann nur Gegenstand einer Schenkung werden vermittelt einer promissio. Das Geschäft ist keine UniversalSuccessio. Die Schulden gehen auf den Donatar nicht über wie auf den Erben; er übernimmt sie bloß aus Verbindlichkeit gegen den Donator.

L 72 pr D. de jure dotium (D. 23,3)

L 15 Cod

Donatio remuneratoria.

Die Schenkung, wodurch wir den Dienst, die Wohlthat eines andern belohnen wollen. Hier gelten Alle Regeln, wie bei einer völlig freien Schenkung; die Insinuation ist nöthig, u die Schenkung ist gültig, wenn ich mich auch im Motiv irrte.

[451]

Ein Fall ist ausgenommen: Belohnte Lebensrettung soll nicht beurtheilt werden nach den Regeln der Schenkung überhaupt; Insinuation ist hier nicht nöthig.

L 34 § 1 h T.

cf Paulus V. 11. § 6.

Donatio sub modo.

Bei der Schenkung wird bestimmt, daß der andre irgend etwas thue. Durch diesen hinzugefügten modus entsteht ein zusammengesetztes Geschäft aus Schenkung u Innominalcontract, ersteres in Ansehung des Gewinns, letzteres in Ansehung des dabei aufgelegten modus, auf den eine actio praescriptis verbis aus dem Contracte geht, eine Condictio.

L 18 D h T

L 9, 22 Cod eod.

Ein Fall ist schwierig: der modus ist so beschaffen daß er nicht dem Donator sondern einem Dritten zu gut kommen soll. Hier hat das neuere römische Recht diesem 3ten eine Klage auf Erfüllung gegeben, grade als ob er den Vertrag geschlossen. Eine Condictio auf Rückgabe wegen Nichterfüllung hätte der Donator allerdings.

L 3 Cod de donat, quae sub mod. (8,55)

Verbindlichkeit zur Alimentation.

[452] Diese Obligatio unterscheidet sich von den meisten andern durch eine viel freiere Behandlung und Beurtheilung des Richters. Die Bedingungen derselben sind auf der | einen Seite Bedürfniß, auf der andern hinreichendes Vermögen. Ferner ein besonderes Rechtsverhältniß; als solches kommen im römischen Recht vor:

1. Verwandschaft.

Hier ist die bloße Cognation gemeint. Zuförderst sind zur Alimentation verpflichtet u in deren Ermangelung die Descendenten. Unter den Ascendenten hat die erste Verpflichtung der Vater u dessen Linie u in dessen Ermangelung die Mutter und deren Linie. Weiter geht die Verpflichtung nicht; Geschwister sind zur Alimentation nicht verpflichtet.

L 1 § 2 de tutelae. (D. 27,3)

„Der Vormund that Recht die Schwester des Mündels zu alimentiren, er konnte nach der bonae fidei Natur der actio darauf rechnen, daß der Mündel diese natürliche Pflicht erfüllen werde. Wie bedürfte es dieses letzten künstlichen Grundes in dieser Stelle, wenn die Schwester eine actio auf alimentatio gehabt hätte.

2. Das Patronat.

Der Freigelassene ist verpflichtet, seinen Patron zu alimentiren, umgekehrt ist dies jedoch nicht unbedingt so, aber der Patron verliert dadurch sein Erbrecht an diesem, wenn er später reich wird. – In Bezug auf den Umfang ist bei dieser Verbindlichkeit dem Richter sehr freie Hand gelassen.

L 5,7,10 D. L 3,4 Cod h T. |

[453]

Verbindlichkeit zur Beerdigung.

Zunächst gilt die Bestimmung des Verstorbenen hierüber. Fehlt es an einer solchen, so sind die Erben dazu verpflichtet.

Ist ein Kind in patria potestate gestorben, so ist der Vater, ist eine Ehefrau gestorben, so ist ihr Wittwer dazu verpflichtet.

Diese Verbindlichkeit wird geltend gemacht: 1. durch die Polizei gegen die verpflichtete Person. 2. Indirect kann jeder freiwillig die Beerdigung übernehmen, und hinterher mit der actio funeraria gegen den verpflichteten klagen. Sie ist besonders privilegiert, steht in der ersten Klassen, u geht im Concurs allen andern Klagen vor.

L 45 D h T.

Verbindlichkeit zur *damni infecti* Cautio.

Diese Lehre ist wichtig wegen der einzelnen Rechtssätze darüber in den Quellen.

Verbindet das Eigenthum einer Schaden bringenden Sache den Eigenthümer zum Ersatz? In der Regel nicht. Auf einem künstlichen Wege jedoch erreicht man für dies Etwas ähnliches. Mein Grundstück droht einem andern durch Herabsturz zB: Schaden (*damnum infectum*). Hier kann der Nachbar fordern, daß der andre ihn durch einen Vertrag vor künftigem Schaden sichere.

Hier gibts nun zwei Fälle: man geht den | Vertrag ein und dies [454] ist dann *Cautio damni infecti*. Weigere ich mich aber den Vertrag einzugehen, so gibt nun der Praetor dem Nachbar eine *missio in possessionem* d:h: dieser darf nun alle Anstalten treffen um den Schaden abzuwenden, wofür ihm Ersatz geleistet werden muß. Weigert sich nun der andre weiter, Cautio zu leisten, so erklärt er dadurch, daß ihm sein Eigenthum weniger werth sei als die zu leistende Cautio. Nun erfolgt vom Praetor die *missio in possessionem ex secundo decreto*, wodurch der immittirte nun Eigenthümer wird.

Ein Grundbesitzer ist gefährdet durch ein benachbartes Grundstück; wartet er die Gefahr ab, so kann er keinen Ersatz fordern; er muß sich also, wie wir sahen durch eine Cautio &c sichern.

Der drohende Schaden kann versch: Art seyn. Er kann befürchtet werden aus dem gegenwärtigen Zustand, *vitium loci*; oder aus einer Arbeit, die der Nachbar vornimmt; *vitium operis*. Für beide Fälle kann Cautio geleistet werden; ein unabwendbares Naturereigniß ist hier aber ausgeschlossen.

Wer kann Cautio fordern?

Der welcher Schaden fürchtet, und nicht blos | der Eigenthümer [455] sondern auch der *Usufructuar*, *Superficiar*, *Pfandgläubiger*, ja auch der *Miether* u *Pächter*. Der welcher Cautio fordert, muß aber ein juristisches Interesse haben, u um die Sache nicht aufzuhalten, soll er blos darauf schwören, einen Eid de *calumnia* ablegen.

Wer muß die Cautio leisten?

Nicht blos der Eigenthümer sondern jeder der das Grundstück aus einem dinglichen Recht repräsentirt. Im Betreff eines *vitium operis* kann die Cautio von jedem gefordert werden der die Arbeit vornimmt.

L15 § 2-9 h T.) Was ist die Cautio? Worin soll die Cautio bestehen?

Suo nomine promittit, alieno satisfacit. (Nro 285)

L 7 pr eod.

Der Grundeigenthümer muß blos durch Stipulatio die Cautio versprechen. In seinem Eigenthum liegt Sicherheit genug. Ein anderer als der Eigenthümer muß Bürgen stellen.

Ist der Schaden schon eingetreten vor der Caution?

a. Ist es dazu gekommen ohne meine Schuld, so werde ich dagegen restituirt d:h: der andre wird genöthigt mir auch de praeterito damno zu caviren.

[456] b. Kann man diese Schuldlosigkeit nicht behaupten, so hat man nur ein indirectes Mittel; will der andre die actio ad exhibendum anstellen, so habe ich dagegen Exceptionen: 1. darauf gerichtet daß er Alles wegnehme, nicht blos was ihm dient. 2. daß er mir eine Caution stelle für den Schaden, der mir aus dem Abholen entsteht 3. daß er eine Cautio de damno praeterito leiste; eher lasse ich ihn nichts wegnehmen bis er mir den vergangenen Schaden ersetzt; als Exceptio gilt dies, als actio würde es nicht gelten.

(Nro 286) L 7 § 2 D de damno inf 39.2

„quam ut omnia ... erste Exceptio. (1) nec solum ... 2te u 3te Exceptio (2 u 3).

cf (Nro 287) L 8 eod. (D. 39,2)

Das Ende der Nro 286 quod si dominus ... (daß man auch klagweise einkommen könne) ist nur wahr (cf Nro 287) wenn ich nichts versäumt habe.

(Nro 288) L 9 § 3. (D. 39,2)

[457] Die Cautio geht auf den Schadensersatz; die missio in possessionem gibt mir die Befugniß selbst Anstalten gegen den zu befürchtenden Schaden zu treffen. Leistet der andre dennoch keine Cautio so erhalte ich eine missio ex secundo decreto. Der Praetor: *possidere me jubet* d:h: er trägt bonitarisches Eigenthum auf mich über, wodurch ich die actio publiciana und Usucapionsfähigkeit erhalte. Im justinianischen Recht fiel der Unterschied zwischen bonitarischem und quiritarischem Eigenthum weg, und die Missio gab Eigenthum.

L 15 § 16 L 18 § 15 L 5 pr h T.

Von der Vergeltung geleisteter Dienste.

Von der Vergeltung geleisteter Dienste.

Die Neuern Juristen nehmen an, daß bei gewissen Diensten, besonders bei operae liberales eine Verbindlichkeit das Salarium zu zah-

len vorhanden sei, welche sie aus den Gesetzen ableiten. Von einer gesetzlichen Verbindlichkeit kann aber hier nicht die Rede seyn, sondern es ist vielmehr ein stillschweigender Vertrag dazu vorhanden. Den Lohn für die Arbeit eines Handwerkers muß ich zahlen auch wenn nichts darüber ausgemacht; es ist dies hier eine stillschweigende Uebereinkunft, welches die Neuern hier auch annehmen. Die römischen Juristen machten hier einen processualischen Unterschied zwischen operae liberales u illiberales u gaben im letzterwähnten Falle eine extraordinaria cognitio. Schon bei Justinian fiel diese Unterscheidung [~~sagen,~~] weg, und wir müssen durchaus sagen:

Die Vergeltung geleisteter Dienste worüber nichts besonderes ausgemacht ist, liegt in einer stillschweigenden Uebereinkunft, einem Vertrage. [458]

Von der Schuldigkeit, eine Servitut zu bestellen:

Unsre Juristen behaupten, daß in vielen Fällen Servituten auch ohne Vertrag stillschweigend anzunehmen seien. Dies ist näher zu prüfen:

1. Wenn ich zwei nebeneinanderliegende Grundstücke habe, welche nur in Verbindung miteinander benutzt werden können, und ich eines derselben verkaufe; so findet für diese Benutzung eine stillschweigende Servitut statt. Im Allgemeinen ist dies unrichtig und nur wahr in folg: Falle: Wenn der Eigenthümer zweier Häuser eins derselben legirt, so soll dem Legatar die Benutzung des andern, wenn sie nöthig ist, gestattet werden: Es ist aber unrichtig diesen einzelnen Fall auf Geschäfte unter Lebenden auszudehnen.

2. Wenn ich meine Sache nicht benutzen kann, ohne eine Servitut gegen meinen Nachbarn zu haben, so muß er mir solche gestatten. Dies ist nur in dem Falle wahr: wenn ich auf meinem Acker ein Begräbniß habe und den Acker verkaufe, dann muß mir der Eigenthümer des Ackers gegen Vergütung den Weg zu meinem Begräbniß als Servitut zugestehn. *de religiosis* (D. 11,7) § 1

[459]

SIEBENTES KAPITEL.

OBLIGATIONEN AUF EIN ZURÜCKGEBEN.

Depositum.

Begriff und Eingehung.

Das Wesentliche des Depositum ist: ich gebe dem andern eine Sache und er verspricht sie speziell und individuell zurückzugeben; er empfängt sie aber nicht zum Gebrauche sondern blos zur Bewahrung; Bedingung ist, daß er sie unentgeltlich empfangt. Wird ein Lohn bedungen so ist es locatio conductio. Ueber den Zweck

L 1 pr depositi, 16,3. (D.)

Ueber die unentgeltliche Verwahrung:

L 1 § 8,9 eod.

Ueber die Zurückgabe in specie

L 17 § 1 eod.

Manche drücken das Verhältniß so aus: die Sache muß nicht eine fungibile seyn. Unrichtig; es muß vielmehr heißen: die Sache muß nicht als fungibel behandelt werden. Was die Eingehung betrifft, ist das Depositum ein Realcontract d:h: ich habe aus dem Geben u dem Empfang von der andern Seite eine Klage, nicht aber aus dem bloßen Versprechen. Die Handlung des Deponenten ist also das, was die Obligatio erzeugt, wobei es einerlei ist, ob er selbst, oder ein anderer in seinem Namen deponirt, die Sache darf nur nicht im Eigenthum des Empfängers seyn.

[460]

L 1 § 11,14,39 L 15 eod.

L 45 pr. de R: jud: (D. 50,17)

Wie unterscheidet sich Depositum u Mandat? Letzteres ist ein Vertrag wodurch einer für den andern ein Geschäft zu besorgen bekommt, und es ist ein ConsensualContract; es ist jedoch nicht zu läugnen, daß auch ein Mandatum rei custodiendae vorkommt. Ueber den Unterschied spricht:

L 1 § 11 ff Depositum. (D. 16,3)

Beim Depositum wird etwas negatives versprochen, das liegt schon in dem Worte. Daraus folgt, daß der andre auf keine Weise die Her-

ausgabe der Sache verweigern darf, aber er hat auch nicht versprochen irgend etwas für die Sache zu thun. Hat er aber Handlungen in Beziehung auf die Sache versprochen, so ist es ein Mandatum rei custodiendae.

L 1 § 12, 13 cit.

Verbindlichkeiten:

Des Depositars.

Seine Hauptverbindlichkeit ist die Rückgabe u darauf geht die actio depositi directa. Sie geht auf unversehrte Rückgabe u kann in jedem Augenblick erfolgen, wenn nichts besondres darüber ausgemacht ist.

L 1 § 45, 46 eod.

Nebenverbindlichkeiten: a. Hat die Sache Frucht getragen, so muß der Depositars sie mitherausgeben; Ist l er in mora, so muß er wenn Geld Gegenstand des depositi war, Zinsen zahlen. Hat ers veruntreut, so zahlt er die höheren Strafzinsen.

L 1 § 24 eod.

L 2-4 Cod depositi 4,34

b. Ausserdem kommt der Fall der Verletzung u Nichtrestitutio vor, wenn er die Sache entw: gar nicht oder verletzt restituirt. Der Depositars muß einstehen für dolus et culpa lata, nicht für levis culpa, in welchem letzten Falle wenn die Sache gestohlen wird, der Deponens die actio furti hat.

§ 3 I: quib modis re: (3,14)

L 1 Cod depositi (4,34)

L 23 de regulis juris (D. 50,17)

Nähere Bestimmungen: Der eigentliche dolus infamirt; daß der Depositars nicht für levis culpa einzustehen braucht, erleidet eine Ausnahme, wenn er dafür einzustehen versprach, oder das Depositum seinen Vortheil bezweckte.

L 4 pr D. 12.1.

Des Deponens.

Aus dem Begriff des Contracts folgt bloß eine einseitige Obligatio; oft kann sie zweiseitig werden, nämlich: Obligation des Gebers wegen Auslagen auf die Sache, weswegen der Depositars die actio depositi contraria hat.

[461]

Besondere Arten: *de rebus creditis* § 1174.

1. Depositum miserabile: *de rebus creditis* § 1174.

[462] nennen die Juristen den Fall, wo das Depositum durch einen plötzlichen Unglücksfall veranlaßt wird. Längnet der Empfänger dolose das Depositum ab, so muß er zur Strafe das Doppelte zahlen. Der Grund dieser Vorschrift ist wohl der, daß man in der Noth nicht so viel Zeit hat, einen redlichen Bewahrer zu suchen.

L 1 § 1 depositi (D. 16,3)

§ 21 I: de actionibus (4,6)

Es ist dies Einer der Fälle, wo dies Klage ursprünglich nur auf ein *simpulum* geht, aber erst auf ein *duplum* durch den *dolus* des andern.

Depositum irregulare: *de rebus creditis* § 1174.

Der gewöhnliche Fall beim Depositum ist der, daß der Empfänger nicht mal Besitzer der Sache wird. Man kann aber das Geschäft so einrichten, daß er Eigenthümer der Sache wird, zB wenn man ausmacht, daß er bloß die deponirte Summe, nicht das Genus selbst zurückgebe.

L 24, 26 § 1 depositi. (D. 16,3)

L 31 locati. (D. 19,2)

L 9 § 9, L 10 de rebus creditis (D. 12,1)

[463] Zwischen *depositum regulare* und *irregulare* besteht der Unterschied, daß der Empfänger im letzten Falle *periculum* und *Casus* trägt, wie beim Darlehen. Der Grund, weswegen wirs dennoch nicht Darlehen, nennen ist ein historischer: Aus dem Darlehen entspringt eine *Condictio*, aus dem *depositum* bloß eine *actio bonae fidei*. Der Unterschied der Klagformel verschwindet bei uns, aber das gilt noch daß der Empfänger beim *Depositum* Zinsen *ex mora* zahlen muß, woran sich noch das knüpft, daß wenn durch bloßes *simples pactum*

L 29 § 1 L 24,26 § 1 depositi. (D. 16,3)

Von der Zurückforderung ex causa:

Allgemeine Einleitung:

Wir haben hier mit einer Reihe von Obligationen zu thun, deren allg: Natur in etwas andern als in einem Verträge liegt, die gewöhnlich aus der *aequitas* entspringen; die Klage führt hier nicht den Namen *actio* sondern *Condictio* und der Grund liegt in folgendem: *Condictio* bezeichnete ursprünglich eine von den fünf Arten der *legis actiones*; verschwand aber mit diesen im neuen Rechte. Dennoch hat die *Condictio* ihre Eigenthümlichkeit nicht verloren, und bedeutet von jener Zeit an nicht sowohl *actio in personam* als vielmehr das was wir *stricti juris actio* nennen. *actio* war das allgemeine; *condictio* und *actio bonae fidei* die Unterabtheilung: der Unterschied bezog sich also nicht blos auf den Namen; sondern war practisch wichtig, verschwand aber größten theils im justinianischen Recht u es blieb blos der Sprachgebrauch. Wenn es also heißt, daß in diesen Fällen eine *Condictio* gebraucht wird, so bedeutet dies eine *stricti juris actio*. In welchen Fällen kommt nun eine *Condictio* vor? Nicht nur bei der Zurückforderung *ex causa*, sondern auch beim Darlehen und bei der strengen *Stipulation*, d:h: wenn sie auf ein bestimmtes Object geht. Für jenen Fall sprechen die Neuern von einer *Condictio ex mutuo*. Es fragt sich nun | was die beiden Contracte mit der Reihe der hier zu erörternden *QuasiContracte*[*æ*] gemein haben, d:h: mit den hier gemeinten Fällen zB: wenn ich dem Gajus etwas gebe, was ich ihm nicht schuldig bin, so kann ichs mit der *Condictio indebiti* zurückfordern aber nicht mit einer *actio*. Ich will zurückhaben, was jener aus meinem Vermögen durch mich, unverschuldet und zwar *solutionis causa* erhielt. Beim Darlehen findet sich auch das Herübergehen aus meinem Vermögen in ein andres u grade eben so viel will ich zurückhaben. Das ist das einzige gemeinsame beider Fälle, dagegen gibt man in dem einen etwas aus einem factischen Irrthum, in dem andern aus einem Vertrag: Paßt das Gesagte auch auf die *Stipulatio*? welche man als *Normal Obligatio* ansehen kann; wenn mir jemand 100 zu schenken verspricht, so habe ich auf die Erfüllung des Versprechens eine *Condictio*, obgleich nichts aus meinem Vermögen übergeht; die *Stipulatio* entsprang jedoch aus dem *nexum* dem symbolischen Darlehen und die *Condictio* die bei dem *nexum* galt, gilt auch bei der *Stipulatio*. Das Gemeinsame der *Conditionen* seit Aufhebung der *legis actiones* besteht in dem Hinübergehen eines

[464]

[465] Theils des Vermögens des einen in das des andern, mag das Uebergehn durch Vertrag oder aequitas begründet seyn. Die juristische causa ist hier ein Rechtszweck, der erreicht werden soll; zB wenn ich etwas gebe um mich von | einer Schuld frei zu machen, so ist dies ein datum ob causam u ist die causa gegründet, so kann das gegebene nicht zurückgefordert werden. War aber ein Irrthum vorhanden, so kann dies wohl geschehn. Gebe ich etwas aus Dankbarkeit, so ist keine causa vorhanden.

Die Causa kann nun seyn: eine causa futura, dann ist die conditio eine conditio ob causam datorum; oder eine causa praesens vel praeterita, dann ist die Conditio eine Conditio sine causa, und in dem Einzigsten Falle, da ich solvendi causa etwas zahle ist sie Conditio indebiti.

Vorbemerkungen:

1. Die einzelnen Arten dieser Conditio werden allerdings von den römischen Juristen unterschieden, allein sie sehen die Unterscheidung nicht als nöthig an, weil sie nur zu einem wissenschaftl Zweck erfunden ist. Sie heben nur hervor, ob es Conditio oder actio ist:

[466] 2. Die Grundlage der Conditionen ist das dare, u daher dies besonders wichtig; es findet sich beim Darlehen, und der Conditio indebiti u bedeutet in diesem Sinne: ein Uebergang aus einem Vermögen in das andre durch freien Willen, der freilich auch durch Irrthum bestimmt seyn kann. Der bei weitem häufigste Fall ist der, wenn Eigenthum übergeht; namentlich u gewöhnlich Geld; doch ist dies nicht der gewöhnl Fall, denn es kann auch eine Forderung durch Cessio übergehen, u Grund der Conditio seyn. Das datum muß also nicht immer Eigenthum sondern überhaupt ein Vermögensrecht betreffen. Bestritten | ists, ob hierhin auch das facere gehöre dh: ob es auch Gegenstand der Rückforderung seyn könne? Der richtigen Meinung nach ist dies zu bejahen, weil es von Conditio indebiti, welche Normalconditio ist, gesagt wird. Glaube ich zB durch ein Legat condemnirt zu seyn für einen andern etwas zu arbeiten u es findet sich nachher, daß ichs nicht brauchte, so kann ich die aestimatio der Arbeit u soviel zurückfordern als der andre dadurch reicher geworden ist.

L 65 § 7 L 25 § 12 de cond: indebiti. (D. 12,6)

Dagegen führt man an:

L 25 de praescr: verbis. (D. 19,5)

Diese Stelle spricht aber genau betrachtet von der actio praescriptis verbis, nicht aber von der Conditio indebiti. In Rücksicht auf die in-

nominalContracte ist dieser Fall sehr wichtig und es muß also die *Condictio* neben der *actio praescriptis verbis* gelten.

3. Alles Gesagte ist im Allg: wahr, im besondern findet es aber keine Anwendung bei der *Condictio ob turpem causam* und bei der *Condictio furtiva*, welche Fälle ganz consequent selbst die Römer als anomale behandeln.

Condictio furtiva:

Begriff des furtum:

Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus rei, possessionis ve, quod lege naturali prohibitum est admittere. – Es ist demnach nur an beweglichen Sachen möglich, obgleich darüber früher Streit war.

L 25 pr de furtis. (D. 47,2) |

Zur *Contrectatio* gehört das körperliche Wegbringen der Sache; das bloße abläugnen der detinirten Sache reicht noch nicht hin. Doch ist's gleichgültig wie die *Contrectatio* vorgenommen wird, obgleich die Römer zwischen *Contrectatio manifesta* und *nec manifesta* unterschieden, je nachdem der Dieb ertappt oder nicht wird. Ferner muß *dolus d:h: lucri faciendi animus* dabei seyn. Setze ich irrig des andern Einwilligung voraus, so bin ich nicht in *dolo*, u es kann auch nicht von *furtum* die Rede seyn.

[467]

L 46 § 7 de furtis. (D. 47,2)

Ferner gehört zum Begriff des *furtum* Gewinnsucht, dabei ist's einerlei, ob der Dieb sich oder einen andern hat bereichern wollen.

L 54 § 1 de furtis (D. 47,2)

Zuletzt gehört noch zum Begriff, daß ein bestimmtes Recht des andern verletzt werde. Willigt der andre ein, so ist kein *furtum* vorhanden, selbst wenn der Dieb nicht[s] von der Einwilligung wußte.

L 46 § 8 eod.

Die möglichen Rechtsverletzungen erzeugen eine dreifache Unterscheidung, und es gibt:

a. *Furtum rei*. D:h: Verletzung des Eigenthums, wobei gegenwärtiger Besitz des Eigenthums nicht nöthig ist.

L 76 § 1 eod.

b. *Furtum possessionis*. Es ist dies nicht Verletzung des *jus possessionis*, sondern Verletzung eines dinglichen Rechts ausser dem Eigenthum. In diesem Falle ist ein doppelter Diebstahl möglich, und

der Eigenthümer kann sogar seine eigne Sache stehlen. zB: ~~wenn der Pfandgläubiger die verpfändete]~~

[468] § 16,14 Inst. de obl: quae ex del: (4,1) |
L 15 § 1 L 20 § 1 L 74 de furtis. (D. 47,2)

c. Furtum usus. Dieser Fall ist der unbestimmteste u bedeutet: der Dieb maßt sich blos ein Gebrauchsrecht an zB: wenn der Pfandgläubiger die verpfändete Sache vermiiethet.

§ 6 I: de obl quae ex del: (4,1)
L. 40, 54 D. de furtis (47,2)

Juristische Seiten des Begriffs. 1. Durch das furtum wird die Sache usucapionsunfähig d:h: sie wird res furtiva; jedoch ist hier nur das furtum rei und possessionis gemeint; und letzteres nur mit Ausnahme des Falles wenn der Eigenthümer selbst gestohlen hat.

L 49 de usurpat: (D. 41,3)
L 20 § 1 de furtis. (D. 47,2)

zB wenn einer sein Pferd einem andern als Pfand gibt und es stiehlt; in diesem Falle wird das Pferd nicht usucapionsunfähig, dagegen wenn Gajus ein Pferd besitzt und es dem Sejus verpfändet u es ihm nun stiehlt, so wird es usucapionsunfähig.

2. Es entstehen daraus zweierlei Obligationen, die actio furti auf Strafe u die Condictio furtiva auf Rückgabe der Sache.

3. Einige criminalrechtliche Wirkungen, die schon nach den XII Tafeln bestanden, aber später durch die Prätores gemildert wurden. Noch später bestimmten die Kaiser eine poena extraordinaria.

Natur der Klage.

[469] Sie hat der Bestohl'ne gegen den Dieb auf Rückgabe; oder allgemeiner ausgedrückt: auf 1 Schadensersatz. Der eigentliche Rechtsgrund der Klage ist die aequitas, daher ist sie auch keine actio ex delicto vel maleficio sondern ex aequitate. Daraus folgt noch: daß die Condictio nur gegen den Dieb, nur gegen die Diebeshelfer geht, ganz consequent. Die actio furti geht jedoch auch gegen den Diebeshelfer. Jenes ist Regel ohne Unterschied ob es furtum rei oder possessionis ist.

L 22 pr de pign: act: (D. 13,7)
L 12 § 12, L 16 de cond: furtiva. (D. 13,1)

Ausserdem geht die Klage auch gegen die Erben des Diebes.

L 6,7 § 2 L 9 de cond furtiva (D. 13,1)

Eine große Inconsequenz ist es, daß wenn mehrere stahlen, jeder in

solidum haften sollte denn dadurch wird die Klage in diesem Falle wie eine actio ex delicto behandelt.

L 1 Cod eod 4,8.

Der Bestohlene dessen Recht verletzt wurde ist Kläger, aber nur so lange bis er sein Recht aufgibt.

L 10 § 2,3, L 11 eod.

Veräußert er also sein Eigenthum so verliert er die Klage.

L 12 pr eod.

Hieraus erklärt sich ein Ausdruck in

L 1 eod:

wo es heißt: in furtiva re soli domino conditio competit d:h: die Conditio, die der Eigenthümer durch die Verletzung erworben hat, behält er so lange er das Eigenthum behält.

Zweck und Erfolg der Klage.

Zweck ist Herausgabe der Sache selbst oder wenn sie nicht mehr vorhanden ist, ihres Werthes u zwar kann beim furtum usus u possessionis nur das Interesse gefordert werden.

L 3,12 § 2 eod. |

Ist aber die Rede vom furtum rei, so kann ausser dem Interesse noch [470] der wahre Werth gefordert werden.

L 8 pr § 1 eod.

Aufhebung.

Die Conditio hört auf: 1. wenn das Interesse aufhört u der Bestohlene seine Sache zurückerhält.

L 10 pr eod.

2. Die Klage hört dagegen nicht auf durch den Untergang der Sache oder dadurch, daß sie dem Dieb verloren geht; wäre die Klage actio ex maleficio, so wäre dies leicht zu erklären; aber noch auffallender ist es, daß in diesem Falle die Klage selbst auf die Erben übergeht. Die Sache erklären:

L 7 § 2 eod.

L 20 D. eod.

Die Sache erklärt sich auch ganz consequent dadurch, daß der Dieb vom Augenblick des Diebstahls an in mora restituendi, die unbedingt auf die Erben übergeh[1]t. Diese Ansicht bestätigen ferner:

L 8 pr, L 17 de cond: furtiva. (D. 13,1)

Paßt die Conditio furtiva auch wohl unter unsre allg: Theorie? Kei-

neswegs, denn vorerst ist gar nicht von einem datum ob causam die Rede u überhaupt ändert sich durch den Diebstahl nichts im Vermögen, es wird nur factisch der Besitz geändert. Die *Condictio* ist demnach etwas ganz anomalisches; dies gestehen auch die römischen Juristen, aber sie sagen auch daß die Anomalie in *odium furium* gegeben sei, und dadurch wird wieder unsre Theorie bestätigt. |

[471]

*Condictio indebiti:**Bedingungen*

Bedingung der *Condictio indebiti* ist, daß eine Nichtschuld aus Irrthum gezahlt worden ist. Daraus folgt ein Recht des Zahlers auf Rückforderung. Es wäre ein Contract, wenn auf die Rückforderung ein Contract geschlossen wäre; so ist es nur ein Quasi Contract.

§ 1 I: quib mod: re. (3,14)

§ 6 I: de obl: quasi ex cont: (4,5)

Die einzelnen Bedingungen sind nun: 1. Ein *indebitum* oder Nichtschuld, und zwar muß entw: gar keine Schuld oder kein Schuldverhältniß zwischen diesen Personen, oder endlich keine Schuld auf diesen Gegenstand vorhanden seyn. Der erste Fall ist der häufigste und gewöhnlich ist *ipso jure* keine Schuld da, oder sie hat schon *ipso jure* aufgehört. zB durch Novation usw: In allen diesen Fällen ist aber ein *indebitum* vorhanden, u häufig kann auch die Schuld per *exceptionem* nicht mehr daseyn.

L 26 § 3 de Cond: indeb: (D. 12,6)

fr: vat § 266.

Anwendungen finden sich in

L 34 § 11 de solut. (D. 46,3)

L 40 pr L 26 § 7 de cond ind. 12,6. (D.)

In andern Fällen ist ein wirkliches *debitum* da zB wenn die Nichtschuld sich später durch einen Rechtsgrund und namentl *res judicata* in eine Schuld verwandelt hat

L 1 Cod: de cond: ob: C: dat: 4,6.

L 65 § 1 de cond: ind: (D. 12,6)

Es ist kein *indebitum*, wenn eine *naturalis Obligatio* zum Grunde liegt, weil daraus eine *soluti retentio* entspringt. |

L 64. D. eod.

[472]

Für die einfachen Fälle dieser Art hat das auch gar kein Bedenken, aber es gibt zweifelhafte Fälle, wo die Schuld per *exceptionem* getilgt wird, *salva naturali obligatione* wie zB beim *Sctum Macedo-*

nianum, bei der res judicata und der Verjährung. Es fragt sich, was hier vorherrschen muß? Unstreitig das Princip der naturalis obligatio und die *Condictio indebiti* muß ausgeschlossen werden.

L 40 pr D de cond ind: (12,6) „in Scito de intercessionibus“ i: e: in Scito Vellejano. In dieser Stelle ist ganz deutlich dreierlei ausgesprochen: zuerst daß in einzelnen Fällen die *Condictio indebiti* gelte, in andern nicht; ferner findet sich die Anwendung auf einzelne Fälle, auf das Scitum Macedonianum, wo sie nicht gilt, und auf das Scitum Vellejanum wo sie gilt, und zuletzt sagt die Stelle, was von den einzelnen Fällen gilt, auf ein Abstractum zurückzuführen. Für den Fall des Sciti Macedoniani

L 19 pr L 26 § 3. de cond ind: (D. 12,6) Dasselbe muß auch für den Fall der verjährten Klage behauptet werden, obgleich wir keine Beweisstellen dafür haben; ebenso ist bei der res judicata die *Condictio indebiti* ausgeschlossen.

L 28, L 60 pr eod. Es gibt einige Fälle, die sich als Ausnahmen an diesen Fall unsrer Regel anschließen; d:h: solche Fälle, wo etwas indebitum ist, und man doch keine *Condictio indebiti* hat.

a. Nach altem Recht die Zinszahlung; sind Zinsen aus Irrthum gezahlt, so konnten sie nicht vindicirt werden, obgleich kein Grund angegeben ist.

[473]

L 26 pr § 1,2 de cond ind: (D. 12,6) im neuern Recht wurde dies geändert. L 18 Cod de usuris. (4,32)

b. Noch jetzt bezieht sich eine andre Ausnahme auf die *Obligatio*, wobei *lis inficiando* crescit. Hier d:h: wenn die Schuld da war u man durch bösliches Lügen in die doppelte Strafe fallen würde, soll keine *Condictio indebiti* gelten.

L 4 Cod de cond ind: (4,5) § 7 I: de obl: quae ex contr. (3,27)

Was den zweiten Fall des indebitum betrifft, nämlich die subjective Nichtschuld, so gelten bei ihr dieselben Regeln wie bei jener absoluten und sie ist Grund der *Condictio*.

L 65 § 9 de cond ind: (D. 12,6) Nähere Bestimmung: wird im Namen des Andern gezahlt, so ist kein indebitum da u kann von keiner *Condictio* die Rede seyn; zahlt aber der vermeintliche Erbe die Erbschaftsschulden, so kann er sie zurückfordern.

[474]

L 19 § 1 de cond ind: (D. 12,6)

Der dritte Fall des *indebitum* betrifft die irrige Verwechslung der Gegenstände: das tritt auch ein, wenn einer eine alternative Obligation hat, und sie für eine einfache hält; ebenso wenn man mehr gibt als man schuldig ist, womit gewöhnlich ein Rechnungsfehler verbunden ist,

L 32 § 3 de cond ind (D. 12,6)

Bei der alternativen Obligation geht die *Condictio* auf eins der beiden Objecte und der Zahlende hat die Wahl.

L 10 Cod de cond ind: (4,5)

[474]

2. Eine *Solutio d:h*: es muß etwas seyn, daß im allg: zur Form der Zahlung gehört. Gebe ich fremdes Geld in Bezug auf ein *indebitum*, so entsteht daraus keine *condictio indebiti*; ist es *bona fide* consumirt, so ist der Mangel gehoben. Diesen Fällen der *Solutio* steht die *datio in solutum* gleich.

L 40 § 2 de cond ind: (D. 12,6)

Ebenso hat dasselbe Recht hierin die *Novatio*, die als eine Art von *datio in solutum* zu betrachten ist. Wenn ich glaube an Gajus 1000 schuldig zu seyn u wir das Geschäft in eine neue Form durch *expromissio* bringen, so kann ich eben so gut mit der *Condictio indebiti* auf *acceptilatio* klagen.

3. Ein *Error d:h*: die Zahlung muß sich auf einen Irrthum gründen; wenn ich also wissentlich eine Nichtschuld bezahle, so kann ich sie nicht zurückfordern und dann wird das Geschäft als eine Schenkung angesehen, wenn es auch nicht so genannt wird.

L 1 § 1 de cond ind: ()

Der Grund dieser letzten Bedingung findet sich in:

L 53 de reg: juris. (D. 50,17)

Sehr bestritten ist die Frage, ob zur Begründung der *Condictio indebiti* ein bloß factischer Irrthum gehöre, oder ob es auch ein Rechtsirrtum seyn könne? Wollte man sich nur an

(Nro 362) (D. 24,1,10)

halten, so müste man annehmen, daß auch ein Rechtsirrtum hinreiche, aber offenbar liegt das nicht in der Stelle. Die Sache wird dadurch bedenklich, daß einzelne Stellen sagen: der Rechtsirrtum

schade nur da, wo man etwas gewinnen wolle, aber nicht wo man

[475]

bloß einem Verlust | ausweichen wolle.

L 7,8 de jur: et facti ign: ()

In unserm Fall will man nur einem Verlust vorbeugen, u man müste

also beim error juris die *Condictio* gelten lassen. Es findet sich dagegen eine andre Stelle

L 10 Cod de jur: et f: ign (1.18.) die ausdrücklich sagt: wer in jure irrt, darf wenn er gezahlt hat, keine *Condictio* anstellen. Ein anderer Fall findet sich in den Pandecten, wo Einer aus Nichtkenntniß der *lex falcidia* ein Legat auszahlt.

L 9 § 5 D. eod.

Wie ist dieser Widerspruch zu vereinigen? Das Specielle muß als Ausnahme von der Regel den Vorzug haben. Allerdings kommen in

L 7,8 D cit

Ausdrücke vor, die zu sagen scheinen, daß nur von einem Falle die Rede sei, wo das Eigenthum noch vorhanden ist; das ist aber hier schon längst verloren. — Wenn ein Zweifelnder zahlt, so soll er wie ein Irrender beurtheilt werden.

L 11 Cod de cond: ind: (4,5)

Es gibt Ausnahmen, wo auch der wissentlich Zahlende die *Condictio indebiti* hat. Solche sind:

a. Da wo überhaupt der donandi animus unwirksam oder ungültig ist u zwar entw: aus allg: Gründen, wenn der Zahlende nicht dispositionsfähig ist.

L 29 de cond ind: (D. 12,6)

oder aus speciellen die Schenkung betreffenden Gründen wegen fehlender Insinuation für die Summe, welche über 500 solidi beträgt; ebenso bei Schenkungen unter Ehegatten, wo der donandi animus gar nicht bindet.

b. Auch Spielschulden. c. Wenn jemand Zinsen versprochen hat über die Grenze der Wuchergesetze hinaus, so kann er darauf nicht nur nicht verklagt werden, sondern er kann auch die Gezahlten zurückfordern. Die Neuern haben dies häufig mißverstanden und gesagt: die *Condictio* gelte ohne Unterschied, wenn das Geschäft ungültig, wenigstens wenn es verboten sei, es möge irrhümlich oder wissentlich gezahlt seyn. Der Grund der Ausnahmen ergibt sich von selbst u sie sind streng als solche zu betrachten. — Manche haben ferner die *Condictio indebiti* auf Alle Fälle ausgedehnt, wo die Ungültigkeit sich auf den Vortheil des Schuldners beziehe, die Zahlung möge wissentlich oder irrhümlich geschehn seyn; falsch.

Processualische Bemerkungen: Wer muß den Beweis führen? D: h: wer muß beweisen, daß etwas indebitum sei? Es ist Regel, wer klagt, muß beweisen; dazu kommt noch die praesumptio: niemand werde sein Geld wegwerfen. Hieher gehören noch einige umgekehrte Fälle:

- a. Wenn der Beklagte den Empfang läugnet, muß er beweisen.
 b. Wenn der Kläger minderjährig, Soldat, Bauer oder ein Frauenzimmer ist, so wird präsumirt: er habe eine Nichtschuld bezahlt, u dem Empfänger liegt dann ob, die Schuld zu beweisen.

L 25 de probat. (D. 44,2)

Verbindlichkeiten.

Was ist zu leisten? Im allg: ist der vorige Rechtszustand wieder herzustellen; das Individuum wird in natura die Summe in genere zurückgefordert. Habe ich eine Obligation an Zahlungs statt gegeben, so kann ich Acceptilatio fordern, auch habe ich in diesem Falle anfangs eine doli exceptio. Nebenobjecte, namentlich die Früchte des individuellen Gegenstandes können auch vorkommen; Interesse u Werth der Sache, wenn sie untergegangen ist.

[477]

L 65 § 8 h T.

Wer fordert zurück? Hier verhält es sich so wie beim Darlehen u ich werde Creditor nicht nur wenn ich selbst zahle, sondern auch wenn einer in meinem Namen gezahlt hat.

L 6 Cod eod

L 6 § 3 D eod.

Wer ist Schuldner? Derjenige, der empfängt gleichgültig ob er selbst oder sein Stellvertreter empfangen hat.

In Beziehung auf diese beiden Fragen ist noch Ein Fall besonders zu beachten; es kann nämlich eine Delegation vorgekommen seyn; gesetzt ich glaube an Gajus 1000 schuldig zu seyn u delegire ihm den Sejus an Zahlungs statt. Hat nun Sejus baar bezahlt, so kann ich das gezahlte zurückfordern, aber auch ehe er gezahlt hat, habe ich Alle Rechtsmittel gegen den Gajus, nämlich die Condictio indebiti dß er den Sejus wieder freimache; dasselbe tritt ein, wenn ein falscher Debitor delegirt ist, zB wenn ich glaube dem Gajus 1000 schuldig zu seyn und dem Sejus auftrage für mich zu zahlen, so soll unterschieden werden: ob Gajus suum recepit, u dann soll er wenn er aus der expromissio gegen Sejus klagt, keine exceptio haben; aber Sejus hat ungültig gezahlt, I und kann gleich anfangs die Condictio indebiti anstellen. Auf diese Fälle beziehen sich:

[478]

L 44 D de Cond ind (12,6)

L 78 § 5 de jure dotium. (D. 23,3)

L 12,13 de novat: (D. 46,2)

L 7 pr § 1 de doli exc: (D. 44,4)

*Condictio ob causam datorum.**Erfordernisse derselben.*

Diese unterscheidet sich von der *Condictio indebiti* dadurch, daß sie nicht auf eine *causa praeterita* geht, sondern *futura*. In den Digesten heißt es: *de conditione causa data, causa non secuta*; Im Codex *de conditione ob causam datorum*. Auch hier gilt was oben im allg: gesagt wurde, daß *Delegation* usw: erlaubt sei.

L 4,10 h T 12,4. (D.)

Ferner ist zu bemerken: die *causa* muß *honest* seyn; ist sie *turpis* so gehört sie in die nächstfolgende *Condictio*. Die *causa* muß *falsa* seyn u hier besteht der Irrthum darin, daß unsre Erwartung getäuscht wurde; trifft der Grund ein, so fällt alle *Condictio* weg.

L 1 pr Cod de cond: ob: c. dat. 46.^a

L 1 § 1 D ob turpem causam (12,5)

Anwendungen:

1. Bei den *innominal Contracten*. Aus diesen entspringt eine doppelte *Obligatio*: Die *actio praescriptis verbis* und eine *Condictio*, wovon hier die Rede ist. Es findet sich dies unter andern bei der *donatio sub modo* angewendet aber bei uns findet keine Anwendung statt.

2. Bei der *Dos*. Wenn einer dem andern eine *Dos* vor Schließung der Ehe gibt und diese nicht zu Stande kommt, so gilt hier eine solche *Condictio*.

[479]

3. Wenn jemand zum Erben, *Legatar pp* ernannt ist, unter der Bedingung daß er etwas gebe u nach der Hand die Erbschaft ausschlägt, so hat er die *Condictio*:

4. Wenn zwischen mir und *Gajus* ein Darlehen durch *Stipulation* geschlossen wird und das Darlehen nicht zu Stande kommt, so habe ich die *Condictio ob causam datorum* von der *Stipulatio* durch *Acceptilatio* befreit zu werden.

Condictio ob turpem causam.

Auch diese ist, wie erwähnt worden, eine *anomalische Condictio*. Eine *turpis causa* in einem Vertrage macht ihn ungültig; hier ist

^a Richtig: 4,6

aber etwas anders gemeint; dß etwas zu einem schändlichen Zwecke gegeben sei, und es werden demnach folgende Fälle eintreten:

1. Wo das Verbotene und unsittliche allein auf Seiten des Empfängers liegt.

2. Wo es auf Seiten des Gebers liegt, wobei es nicht darauf ankommt ob auf seiner Seite allein oder auf beiden.

L 1 pr h T. 12.5. (D.)

Ad 1). Regel: das gegebene kann schlechthin zurückgefordert werden u zwar ohne Unterschied ob die Erwartung getäuscht wurde oder nicht.

L 1 § 2 L 4 § 2 eod.

[480] ZB es gibt einer dem andern Geld, dß er ein | gedachtes Verbrechen unterlasse. (zB ein Brandbrief) Hier ist unsre *Condictio* begründet. Wenn einer sich bezahlen läßt für das was er zu thun verpflichtet ist zB ein Richter läßt sich Geld geben, ohne dß dies Bestechung ist, so kann dies zurückgefordert werden.

L 2 pr § 1 L 4 § 2 L 9 pr § 1 h T.

Ad 2) Regel: Es kann hier ohne Unterschied die *Condictio* gar nicht eintreten zB wenn einer den Richter besticht ein ungerechtes Urtheil zu fällen, so ist etwas schändliches auf beiden Seiten.

L 3,8,4 pr § 1 eod.

In diesen Fällen kann also gar nicht zurückgefordert werden; damit ist aber nicht eine öffentliche Strafe ausgeschlossen und es kann namentlich dem Richter das gegebene weggenommen werden. Der Pandectentitel führt die Ueberschrift: ob turpem vel injustam causam. Dies hat die Juristen zu einer Unterscheidung geleistet. *injusta causa* ist zB die *Stipulatio* die man durch einen Brief hat schließen wollen, welche ungültig ist. Es wäre aber irrig die Grundsätze der *turpis causa* auf die der *injusta* anwenden zu wollen und wahrscheinl sind nur irrthümlich diese beiden Ausdrücke zusammengerathen.

Condictio sine causa.

Im Allgemeinen:

[481] Dies ist die *Condictio*, die sich gründet auf ein datum ob causam praesentem vel praeteritam, u sie ist das generelle von dem, was in einem einzelnen Falle die *Condictio indebiti* herbei- | führen kann. Dabei ist gleichgültig, ob die irrige causa eine factische oder durch

Rechtsgrund herbeigeführt ist. Das letzte ist die *injusta causa*, und hierauf geht namentlich:

L 6 D de cond: ob turp: (12,5) C:

Ferner ist gleichgültig ob die *Causa* gleich anfangs nicht vorhanden war, oder ob sie aufgehört hat vorhanden zu seyn. zB wenn ich glaube ein Darlehen empfangen zu haben, und darauf einen Schuldschein ausstelle, das Darlehen aber nicht zu Stande kommt, so habe ich darauf eine *Condictio sine causa*; ebenso wenn das Darlehen aufgehoben wird u der andre den Schuldschein behält, besitzt er ihn *sine causa*.

L 1 § 3 D. h T. 12.7.

L 2,4 Cod. de cond ex lege et sine 4.9.

Eine wichtige u ausgedehnte Anwendung findet sich bei einer Reihe von *Contracten*, bei denen man verpflichtet wurde wegen Verlust der Sachen *Kostenersatz* zu leisten. Findet sich nun die Sache wieder so hat der andre die *Condictio sine causa*.

L 2 de cond: sine causa. (D. 12,7)

Die *Condictio indebiti* würde hier auf keine Weise gelten, denn damals war wirklich eine Schuld da. Wenn einer eine *Arrha* gibt, so soll sie zur Verstärkung der Gültigkeit des *Contracts* dienen; ist aber nachher der *Contract* erfüllt, so soll sie wieder zurückgefordert werden.

L 11 § 6 D de act: emti. (19,1)

Die *Condictio sine causa* ist so ausgedehnt worden, daß sie sich oft auf Fälle angewendet findet, wo eigentlich von keinem datum die Rede ist, wo sie als *supplementarisches Rechtsmittel* erscheint zB wenn *Gajus* in den Besitz einer Sache kommt u als dann ihren Besitz verliert, so habe ich in der Regel keine *Vindication*; gesetzt aber er habe sie verkauft und sich so bereichert, dann habe ich ganz anomalisch in diesem Falle eine *condictio sine causa*.

L 23. de rebus creditis. (D. 12,1)

Wenn jemand meine Sache *mala fide* besitzt, und die Früchte consumirt, so habe ich auf diese consumirten Früchte eine *Condictio sine causa*.

L 3 Cod h T.

Dies wird ja aber schon durch die *rei vindicatio* erreicht, wozu denn noch diese *Condictio*? Es ist möglich daß der *judex* bei der *Vindicatio* im Urtheil die consumirten Früchte übergeht, und deswegen habe ich noch eine *Condictio* auf die beim *malae fidei possessor* vorkommenden Früchte. Diese Ausdehnung findet sich nur allein bei der *Condictio sine Causa*, bei allen andern nicht.

Von Zurückforderung der Zahlung aus nichtigen Geschäften:
Davon ist schon oben bei der *Condictio indebiti* die Rede gewesen.

**Verbindlichkeit aus Empfangscheinen
beim Darlehen und der dos:**

Allgemeine Natur derselben:

[483]

Bei den *Realcontracten* entsteht die *Obligatio* aus dem wirklichen Geben, verbunden mit einem Vertrag über das Geben. Wird nichts gegeben so ist auch der *andre ipso jure* zu nichts verpflichtet, wenn auch die Form der *Realcontracte* beobachtet wird. In diesem Falle spricht man von einer *exceptio non numeratae pecuniae*, doch falsch; wirklich kommt diese *exceptio* vor, aber sie bezieht sich auf den Fall da mit einem wirklichen *RealContract* ein formeller verbunden wird, namentlich *Stipulatio*. Bei uns kommt dies nicht vor, da bei uns der förmliche *Contract* keinen Unterschied macht. In einem solchen Falle könnte die Frage entstehen ob denn wirklich etwas gegeben worden? Das Daseyn der *Stipulatio* konnte man nicht läugnen, habe ich aber unter Voraussetzung eines gegebenen Darlehns die *Stipulatio* geschlossen u es ist nicht gegeben u der andre klagt doch, so ist er in *dolo* u ich habe die *doli exceptio* gegen ihn. Diese *doli exceptio* kann gegen den Kläger aus dem bloßen *Realcontracte* nicht vorkommen, weil dieser *ipso jure* zurücksteht. Sie ergibt sich hier nach allg: Grundsätzen von selbst u gilt ausserdem in allen Fällen dieser Art:

[484]

§ 1 I: de *except.* (4,13)
L 9 *Cod de non num: pec.* 4, 30.

Daß man in diesem Falle die *doli exceptio* mit dem besondern Namen des *non numeratae pecuniae* belegt hat, kann keine Schwierigkeit machen. Schwierig aber ist der Fall, wenn das *factum* streitig ist, sowohl wenn aus dem reinen *Realcontract* geklagt wird als wenn aus der *Stipulatio* geklagt wird.

[484]

Wer muß beweisen? Bei dem *Realcontract* muß der *Creditor* das Geben beweisen. Bei der *Stipulatio* setzt der Beklagte eine *exceptio doli* entgegen und muß beweisen, daß er nichts bekommen hat.

Wenn nun über das empfangene ein *Schuldschein* gegeben ist, so kommts sehr häufig vor, daß der *Schein* von *Uebergabe* gegeben wurde. Hierauf gründet sich die von der allg: *Beweistheorie* abwei-

chende Regel: der bloße Schuldschein soll eine Zeitlang nichts beweisen u auf Rückgabe desselben geklagt werden können; ist aber die Zeit verstrichen, so wird praesumirt, daß der eine die Schuld wirklich empfangen habe.

Bedingungen.

1. Es muß die Rede seyn von einer Obligatio die sich auf ein dare gründet; die gewöhnlichsten Fälle sind Darlehen und dos; aber es sind nicht die einzigen, sondern jede Obligatio, die auf einem dare beruht, mit Ausnahme des depositum gehört hierher.

L 14 pr § 1 L 16 Cod de non num: pec: (4,30)

2. Der Schuldschein muß eine gegenwärtige oder eine in der Zukunft zu erwartende Zahlung, nicht aber eine vergangene Schuld betreffen. Ist die Zeit des Empfangs nicht bestimmt ausgedrückt, sondern das Geben bloß als ein factum unbestimmt bezeichnet, so ist dies der Fall, worauf sich jene anomalische Beweistheorie bezieht.

L 5,6,13 Cod eod.

3. Die Zeit ist mit einer einzigen Ausnahme, von Justinian von 5 auf 2. Jahre herabgesetzt worden. Bei der dos sind die Termine anders bestimmt; dauert die Ehe höchstens zwei Jahr, | so soll die Behauptung des Nichtempfangs im ersten Jahre angebracht werden; dauert sie unter 10 Jahren, wenigstens drei Monat nach aufgelöster Ehe; dauert sie über 10 Jahre, gar nicht mehr.

L 14 pr § 4 Cod de non num: pecunia (4,30)

Nov 100.

Wie wirkt überhaupt dieser anomalische Rechtssatz? Innerhalb der vorgeschriebenen Zeit soll die Urkunde gar nichts beweisen, aber jeder andre Beweis gelten.

L 10,3. Cod eod.

Weil nur umgekehrt der Schuldner Mißbrauch von dem Satze machen könnte, so soll er zur Strafe, wenn er überführt wird, das duplum zahlen.

Nov. 18. C.8.

Dieser Satz hat eine Folge, woran Justinian nicht dachte, daß in diesem Falle die *Condictio indebiti* nie stattfinden kann.

Was erfolgt nach Ablauf der Zeit? Dann ist das ganze Verhältniß sehr controvers. Eine Meinung ist: wenn die Zeit verstrichen ist, liefert der Schuldschein vollen Beweis, aber der Gegner kann immer noch das Gegentheil beweisen. Nach einer andern Meinung ver-

schaftt der Schein, wenn die Zeit verstrichen ist, mehr als Beweis. Die letzte Meinung verdient auch nach den Rechtsquellen den Vorzug.

Tit I: de litt: obl: (3,21)

Nov: 100. C.1.

Diese Verordnung ist nicht härter wie jede Verjährung. Auf eine ähnliche Weise kommt dieser Satz bei einer Quittung vor d:h: bei einem Scheine über eine solutio. Die bloße Quittung beweist innerhalb der ersten 30 Tage nichts.

L 14 § 2 Cod de non num: pec: 4,30.

[486]

Dies letzte ist nicht allg anzuwenden sondern nur auf den Fall der Zahlung einer Capitalschuld, wofür auch ein Schuldschein gegeben und nicht zurückgegeben wurde – nicht auf den Fall einer quittirten Rechnung.

Der Grundsatz der non numerata pecunia wird in den Institutionen so dargestellt, als wenn er an die Stelle der alten Litteralcontracte getreten wäre.

cf. Savigny. A. d. A. d. W. 1816–17^a

Actio quod metus causa.

Ihr Inhalt steht in

L 1 D. quod metus causa. 4.2

wo der Prätor sagt: quod metus causa gestum erit, ratum non habeo.

Metus ist so viel wie compulsiver Zwang d:h: ein Zwang der auf den Willen des andern geht. Der metus muß gegründet seyn d:h: er darf nicht beruhen auf der ängstlichen Gemüthsart des Bedrohten. – gestum d:h: es muß von einer Aenderung im Rechtszustande des Vermögens durch eine juristische Handlung die Rede seyn.

L 12 § 2 L 14 pr eod.

Diese juristischen Handlungen können sehr versch: Art seyn: vor Allem Uebertragung des Eigenthums, ferner Uebernahme einer Obligatio durch Vertrag, ferner Aufhebung einer fremden Schuld durch

^a Ueber den Litteralcontract der Römer, vorgelesen in der Akademie der Wissenschaften zu Berlin am 14. November 1816, abgedruckt in den Abhandlungen der Akademie aus den Jahren 1816 und 1817, Berlin 1819, S. 289–306 der historisch-philologischen Klasse; wieder abgedruckt in Vermischte Schriften von *Friedrich Carl von Savigny*, Erster Band, Berlin 1850, S. 205 ff.

Acceptilation, ferner wenn ich eine Erbschaft oder ausschlage durch Drohung dazu bewogen. Es gehören also dahin nicht die Fälle, wo sich jemand Recht durch Eigenmacht verschafft.

L 12 § 1,2 L 14 pr eod. |

metus causa gestum d:h: es muß zwischen dem Rechtsgeschäft und dem metus ein Causalverhältniß bestehn und es muß die Furcht auch zu diesem Zwecke angewendet seyn. [487]

L 9 § 1 eod.

Das ist aber einerlei, wer die Furcht erregt, ob derjenige welcher aus dem Rechtsgeschäft Vortheil zieht oder ein Dritter.

Wirkung: ratum non habeo d:h: die Rechtsänderung soll auf jede dazu nöthige Weise vernichtet werden. Zu diesem Zwecke gibt der Prätor alle nöthigen Mittel und zwar ein ganz eigenthümliches, die actio quod metus causa, wenn kein andres da ist.

L 9 § 3 eod.

L 4 § 33 de doli exc: (D. 44,4)

Die Klage geht nicht nur gegen den Droher, sondern auch gegen jeden, der in dem Augenblicke den verletzten Rechtszustand wiederherstellen kann d:h: die Klage ist zwar personalis aber sie ist in rem scripta.

L 9 § 8 quod metus causa. (D. 4,2)

L 116 de reg: juris (D. 50,17)

So wie die Klage, ist auch hier die exceptio eine in rem scripta.

L 4 § 33 de doli exc: (D. 44,4)

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Klage in zweifacher Anwendung erscheint: 1. Gegen den Droher. Hier hat sie die Natur einer Obligatio ex maleficio. Ist zB: die Sache untergegangen, ohne daß der Droher Vortheil davon genossen hat, so muß er doch Ersatz leisten.

L 16 § 1,2 L 14 § 5.11 h T. 4.2. (D.)

L 1 Cod de his quae vi metus ve. 2.20.

2. Gegen den unschuldigen Dritten, verliert aber hier die Natur einer Obligatio ex maleficio. |

L 14 § 3 L 9 § 8 D h T.

In diesen Stellen heißt es: die Klage geht adversus eum ad quem aliquid pervenit d:h: nicht gegen den der reicher geworden ist, sondern gegen den, der sie hat. [488]

Anwendung auf einzelne Fälle: 1. Auf erzwungene Tradition. Hier geht die Klage gegen den Zwinger, er mag besitzen oder nicht und gegen den wirklichen Besitzer.

L 9 § 5,7 eod.

Die Klage soll jedoch nur auf Wiederherstellung des veränderten Zustandes, gehen.

L 4 Cod eod.

Ueberall also bei Tradition hat man die *actio quod metus causa*, aber wenn es nöthig ist, hat man auch eine *actio in rem*.

L 9 § 4, 6 eod.

L 3 Cod: eod.

Dies scheint etwas sonderbar, ist es aber in vielen Fällen nicht zB: im Concurs; wenn der Besitzer im Augenblick der Einklage in Concurs geräth, werde ich durch die *actio in rem* ein Separatist, mit der *actio quod metus causa* gehöre ich in die fünfte Klasse.

2. Wenn ich durch Drohung bewogen wurde, eine Obligation auszustellen, so habe ich wenn mich der andre verklagt, eine *exceptio metus*, aber ich habe auch eine *actio quod metus causa*.

L 9 § 3,7 quod met: causa. (D. 4,2)

3. War durch Acceptilation eine Schuld frei gegeben, aber durch Drohung dazu bewogen worden, so klagt man auf Wiederherstellung der vorigen Obligation.

L 9 § 3,4,7 L 21 § 4 eod.

[489] Auch in dieser Rücksicht ist die Klage in *rem scripta* u geht gegen die Bürgen.

L 14 § 3 L 10 pr L 9 § 8 eod.

4. Ebenso in andern ähnlichen Fällen zB bei Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft.

L 21 § 5,6 eod.

Nähere Bestimmung dieser Klage: Sie ist eine *actio arbitraria* u der Gegner wird gleich anfangs völlig frei, wenn er sich entschließt den veränderten Rechtszustand wiederherzustellen. Läßt er es zum Urtheil kommen, so wird er nicht nur zum Ersatz condemnirt, sondern zur Strafe noch aufs triplum. Man könnte diese Strafe als Strafe seiner Gewaltthätigkeit ansehen; dies ist aber nicht, denn sie ist nur Strafe des verzögerten Prozesses u findet auch statt, wenn gegen einen unschuldigen Dritten geklagt wird.

L 14 § 3,4 eod.

Was die Berechnung der Strafe betrifft, so gründet sie sich auf den einfachen Werth.

L 14 § 1,7,9,10 L 21 § 2 eod.

Dieser Klage zu Grunde liegt immer das Interesse; hat man dies auf anderm Wege erhalten, so fällt auch die Klage weg.

L 14 § 15 L 16 pr eod.

Die Klage soll regelmäßig nur Ein Jahr dauern d:h: man soll nur während des Jahres die regelmäßige Klage haben, nachher gibt der Prätor *causa cognita* die Klage soweit sie zur Wiederherstellung nöthig ist, aber nur in *simpulum*.

L 14 § 1,2, L 21 § 1 D eod

L 4 Cod eod |

Geht die Klage auch gegen die Erben? In sofern sie eine *actio in rem scripta* ist, ja aber nicht als Erben, sondern gegen sie als Besitzer, wie gegen jeden Dritten; insofern sie *poenae causa* gegeben ist, geht sie auch gegen den Erben, wenn er reicher geworden ist.

[490]

L 16 § 2 – L 20 eod

Interdicta recuperandae possessionis.

Der bloße Besitz ohne erweisliches Recht gibt uns einen gewissen Anspruch auf Schutz gegen solche Verletzungen, die schon in ihrer Form unrechtlich sind, nämlich die durch Gewalt (*vi*) durch Hinterlist (*clam*) u durch Misbrauch der Güte des andern (*precario*) hervorgebracht werden. Ist uns also der Besitz, der blos als solcher charakterisirt ist, entzogen, so haben wir wenn es mit Gewalt geschah, das *Interdictum unde vi*, wenn es mit Hinterlist: das *Interdictum de clandestina possessione*, und wenn bittweise: das *interdictum de precario*.

Das *interdictum de clandestina possessione* fällt jetzt weg. Diese *Interdicte* gehen nämlich überhaupt nur auf Immobilien, nicht auf bewegliche Sachen; da man nun annahm daß durch heimliche Besitzergreifung gar kein Besitz verloren gehe, so wurde das *interdictum de clandestina possessione* überflüssig, indem der Verletzte andre Mittel statt dessen hatte; er konnte nämlich den andern zurückweisen und wenn dieser nicht wich, so war Gewalt da, und der Verletzte hatte das *interdictum de vi*. |

Wegen verübter Gewalt: *Interdictum unde (de) vi.*

[491]

Bedingungen:

Man muß wirklich besitzen mit dem *animus rem sibi habendi*; die Gewalt muß eine *vis atrox* seyn, d:h: eine persönliche Gewaltthätigkeit.

L 1 § 3 de vi et de vi armata 43,16. (D.)
 Durch die Gewalt muß der Besitz entzogen seyn d:h: Dejection daraus.

L 1 § 45 eod

Wie verhält sich diese Klage zur actio quod metus causa? Bei dieser wird eine Gewalt vorausgesetzt, die auf den Willen geht, bei jener eine absolute oder körperliche.

L 5 eod

L 9 pr quod metus causa. (D. 4,2)

Die Sache muß eine unbewegliche seyn; bei beweglichen nämlich hat man andre Klagen zB Condictio furtiva, actio furti, actio vi raptorum. Die dadurch entstehende scheinbare Lücke scheint durch das Interdictum utrubi ausgefüllt gewesen zu seyn, welches im alten Recht zugleich ein Interdictum recuperandae und retinendae possessionis war.

Savigny Besitz IV. Ausg.^a

Im neuesten Recht ist der Grundsatz der Selbsthülfe hinzugekommen und hat ausgeholfen u so ist das Interdictum unde vi auch auf bewegliche Sachen ausgedehnt worden, wodurch das Interdictum utrubi als Interdictum recuperandae possessionis überflüssig wurde.

Verbindlichkeiten.

Derjenige der die Gewalt verübte soll den Besitz wieder herstellen und Alles das vergüten was der Verletzte verloren hat. |

[492]

L 1 pr § 40, 41 de vi. (D. 43,16)

In Ansehung dieser Restitution hat Kläger das Recht, sein Interesse durch einen Eid zu bestimmen, welchen man das juramentum Zenonianum genannt hat, der aber nur das allg: jusjurandum in litem ist.

L 9 Cod unde vi. 8.4.

Exceptionen: Es gilt hier die Exceptio der Einjährigen Verjährung. Was der Beklagte hat, muß er geben, aber nach Einem Jahre ist er nicht zu dem amplius verpflichtet, das aus einer Obligatio ex maleficio entspringt.

L 1 pr de vi. (D. 43,16)

Gilt hier auch die exceptio vitiosae possessionis? Im alten Recht sollte sie in der Regel gelten, nur nicht in Einem Falle, wenn bei der

^a v. Savigny, Friedrich Carl, Recht des Besitzes, 4. Aufl., Giessen 1822

letzten Gewalt Waffen gebraucht waren (*vis armata*). Dieses zu Grunde legend, hat man in neuerer Zeit von einem *Interdictum de vi quotidiana* zum Unterschied von *vi armata* gesprochen, doch falsch, denn der Ausdruck *vis quotidiana* ist nichtmal ein technischer, obgleich Cicero ihn gebraucht. Justinian hat dagegen verordnet, daß es in allen Fällen so gehalten werden soll, wie bei der *vis armata* u daß die *exceptio vitiosae possessionis* nie gelten soll.

§ 6 Inst de interdictis. (4,15)

Diese Aenderung ist als Anwendung und Entwicklung der Selbsthülfe zu betrachten.

Schlußbemerkung: Nach der Meinung vieler Juristen soll durch kaiserl Constitutionen das Recht dieses Interdicts sehr umgeändert worden seyn. Es ist jedoch kein Grund zu dieser Behauptung vorhanden, denn die letzte angeführte Aenderung ist keine wesentliche, und an den Principien der Lehre ist nichts geändert worden.

[493]

Vom Spolium

Das canonische Recht soll neben dem Interdict etwas neues eingeführt haben, die Spolienklage, welche das Interdict absorbirt haben soll. Man behauptet:

a. Es könne mit dieser Klage geklagt werden, ohne daß man wirklichen Besitz habe u zwar: b. Ohne Unterschied, ob der andre mit Gewalt oder auf andre Weise die Sache erhalten, und c. Es soll die Spolienklage auch gegen den dritten Besitzer gehen.

Wäre diese Behauptung wahr, so müßte consequenter Weise nicht nur das *Interdictum unde vi* sondern selbst ein großer Theil der *rei vindicatio* absorbirt seyn. Das

Canon III.C.3.Q.1.

wird als Grund der Spolienklage angegeben, allein hier ist von einem ganz speziellen Falle die Rede, welcher in die Kirchenverfassung einschlägt und sich gar nicht aufs Privatrecht anwenden läßt. Wahr ist, daß man analoge Anwendung macht von dem römischen Rechtsverhältnisse des Besitzes auf Rechtsverhältnisse an unbeweglichen Sachen. Eigenthümlichkeiten des canonischen Rechts sind:

1. Wenn der Dritte Besitzer in *mala fide* ist, so kann auch gegen ihn geklagt werden, was nach römischem Recht nicht möglich ist.

Cap. 1 X de rest: spol: I

2. Eine andre Aenderung liegt in der *Exceptio spoli*, welche vom De-

[494]

jecirten jeder andern Klage entgegengesetzt werden kann, jedoch unter Voraussetzung, daß er das factum der Spoliation binnen 15 Tagen beweisen kann.

Interdictum de precario.

Precarium heißt Ausübung eines dinglichen Rechts, welche ich einem andern ohne Vertrag gestattet habe. Es kann dies zweifach geschehen, entweder so daß der Andre wirklich Besitzrechte erhält, oder so daß er nur wie ein Miether erscheint.

Juristische Anwendung dieses Geschäfts: Wenn der andre die Sache nicht herausgeben will, so hat man, weil kein Vertrag geschlossen ist, auch keine Contractsklage, aber es wird angenommen, sobald der Andre mein Vertrauen mißbraucht, ist er in vitiosa possessione, welche eben so wenig wie die gewaltsame Dejection, zu dulden ist.

Nähere Bestimmungen:

1. Es kann Niemand ein precarium an seiner eignen Sache haben; es geht also in diesem Fall kein Interdictum gegen ihn.

L 45 pr de reg: jur. (D. 50,17)

2. Weil sich dies Rechtsmittel auf die vitiosa possessio gründet, so fordert man vom Andern das was er hat; ist die Sache untergegangen, so muß man sagen: daß er eigentlich nur für dolus u lata culpa einstehen müsse.

L 2 pr L 8 § 4,6. de precario. 43,26. (D.)

L 23 de reg: juris. (D. 50,17)

[495] Daraus erklärt sich die Anomalie, daß obgleich er Vortheil von der Sache zieht, er doch nicht für levissima culpa einzustehen braucht, eben weil kein Vertrag da ist.

3. Was heißt das: ich gebe Einem eine Sache ohne Vertrag? Wer einem andern seine Sache bittweise gibt, schließt im Grunde doch einen Vertrag, denn schenken will er nicht, wenn man es auch keinen Vertrag nennt. Es scheint also daß in diesem Falle wirklich ein Realcontract, ein do ut des angenommen werden muß, u es müßte auch eine actio commodati gelten. Es könnte also das precarium mit dem Commodatum gleich scheinen, und in vielen Stellen wird ausdrücklich gesagt, daß im precarium ein Contract liege, und eine actio praescriptis verbis auf Rückgabe stattfindet.

L 2 § 2 L 19 § 2 de precario (D. 43,26.)

Paulus V. 6 § 10

Dabei entsteht nun eine neue Frage: wenn die actio praescriptis verbis gilt, weswegen gilt dann nicht auch die actio commodati? Der Grund liegt wohl darin, daß ursprünglich das precarium nur auf bewegliche Sachen ging.

L 4 pr de precario (D. 43.26.)

Die actio commodati hingegen nur auf unbewegliche.

L 1 § 1 commodati (D. 13,6)

L 17 pr de praescr: verbis. (D. 19,5)

Die Begrenzung ist aber jetzt weggefallen u das Commodat findet sowohl an Grundstücken wie an beweglichen Sachen statt. Warum soll nun noch diese Grenze beachtet werden? Die Actio praescriptis verbis galt erst in später Zeit, man mußte also ein neues Rechtsmittel erfinden, und schuf dafür das Interdictum. In einigen Stellen wird wirklich gesagt, daß eine Contractsklage gelte. zB in

L 14 de precario (D. 43.26.)

und es hat sich also wohl etwas geändert.

Die häufigste Anwendung des Interdictum de precario findet sich bei der alten fiducia, indem der Eigenthümer dem andern precario den Genuß der Sache überließ.

Gaj II. § 60

Paulus V. 6 § 7

Isidor. orig: V. 25.

Daß das precarium sich noch im justinianischen Recht findet, ist höchst inconsequent, weil hier kein Fall vorkommt, wo nicht die gewöhnliche Contractsobligatio begründet wäre.

[496]

ACHTES KAPITEL.
OBLIGATIONEN AUF EIN HANDELN.

Von der Besorgung fremder Geschäfte:

Mandatum:

Begriff, Arten, Eingehung.

Mandatum heißt ein einseitiger Vertrag, worin einer des andern Geschäfte zu besorgen verspricht und zwar unentgeltlich. Es ist also ein Consensualcontract.

L 1 pr § 1,2 mandati 17,1. (D.) |

[497] Nothwendig ist die Absicht ein obligatorisches Rechtsverhältniß einzugehen, daher ist das Mandat wohl von einem bloßen Rathgeben zu unterscheiden.

L 10 § 7 L 12 § 12 eod.

Was heißt: Geschäft, negotium? Die Geschäfte können von sehr versch: Art seyn, selbst Bürgschaftsleistung, jedoch muß das versprochene Geschäft ein erlaubtes u ehrbares seyn.

L 6 § 3 L 22 § 6 eod

Das Geschäft ist gewöhnl: a ein solches das man für den besorgt, dem man es verspricht, aber dies ist nicht der einzige Fall.

L 2 § 1-6 Inst de mandatis.^a

L 2 pr § 1-6 D. mandati (17,1)

b. Es kann auch zum Theil einen Dritten betreffen. c. Es kann selbst den Mandans und den Beauftragten betreffen. d. Es kann auch das Geschäft eines Dritten allein seyn. e. Das Geschäft eines Dritten und des Beauftragten. f. Das Geschäft des Beauftragten allein.

Die fünf ersten Fälle sind möglich weil immer ein Interesse des Auftraggebenden damit verbunden ist.

L 6 § 4 L 8 § 6 eod.

L 28 de negotiis gestis. (D. 3,5)

Der letzte Fall allein ist in der Regel nicht zulässig, sondern wird

^a Inst 3,26 hat den Titel de mandato

blos als Rath interpretirt, nur mit Ausnahme des Falles, wenn das Geschäft ganz speziell begrenzt wird.

§ 6 I: de mand: (3,26) |
L 6 § 5 eod.

[498]

Zwischen dem Auftrag u der Uebernahme muß ein Causalzusammenhang bestehen, daher ist kein Mandat mehr möglich, wenn das versprochene Geschäft bereits besorgt ist.

L 12 § 14 L 20 § 1 mandati. (D. 17,1)

Das Mandat muß ein einseitiger Vertrag seyn d:h: es soll unentgeltlich versprochen seyn.

L 1 § 4 Dig. eod.
§ 13 Inst eod.

Dabei kann allerdings ein freies Geschäft bestehen; auffallend ist, daß in gewissen Fällen ein Salarium versprochen und eingeklagt werden kann.

L 7 D eod.
L 1 Cod eod.

Dies Salar erklärt sich daher, daß es blos bei Prozeßmandat, und bei einem Mandat, das sich auf ein ganzes Vermögen bezieht vorkommt, wo man gewöhnlich von einem Procurator spricht. Diese Fälle gehören nämlich zu denen die ursprüngl unentgeltlich geleistet wurden; nachher wurden sie bezahlt aber man zog den Lohn nicht mit in den Vertrag, sondern es bestand für ihn eine abgesonderte Prozeßform.

Verbindlichkeiten:

A. Des Mandatarius.

Die gegen ihn gehende Klage ist die actio mandati directa, und seine Hauptverbindlichkeit ist, das übernommene Geschäft zu besorgen. Wenn ich einen andern beauftrage, einem Dritten Geld zu leihen, so heiße ich Mandator und es besteht dann ein ähnliches Verhältniß, wie bei der Bürgschaft. Umgekehrt kann ich auch einen beauftragen für mich Mandator zu werden, wo also ein doppeltes Mandat existirt. Ebenso kann ich ihn beauftragen für mich fidejussor zu werden. Für diese beiden Fälle ist zu merken, daß sie auch stillschweigend möglich sind.

[499]

L 6 § 2 L 18 mandati. (D. 17,1)

Das Geschäft muß innerhalb der Grenze des Auftrags besorgt werden; überschreitet der Mandatar die Grenze, so kann der mandans es anerkennen, ist aber nicht dazu verpflichtet.

L 5 § 2 L 41 eod.
 Auch wenn die Ueberschreitung eine quantitative ist, ist das Geschäft nur bis auf die überschrittene Quantität gültig.

§ 8 Inst eod

L 3,4,5 § 3 D eod.
 Der Mandatar muß das Geschäft so vortheilhaft wie möglich betreiben.

Nebenverbindlichkeiten sind folgende:

a. Der Mandatar muß herausgeben was er durch das Mandat erhalten hat u vor allem Rechnung ablegen.

L 20 pr L 56 § 2 eod.

Hat er durch Novation pp Obligationen für mich erworben, so muß er sie durch expromissio herausgeben; ebenso muß er die Früchte restituiren.

L 10 § 2, 9 eod.

Ist baares Geld Gegenstand des Mandats so muß er Zinsen zahlen, u zwar vor Allem, wenn er sie in meinem Namen zog; ferner l ist er zu Verzugszinsen verpflichtet, und wenn er das Geld unterschlagen hat zu den höchsten Strafzinsen.

[500]

L 10 § 3,8 eod.

b. Wenn der Mandatar dem Mandans eine Beschädigung zugezogen hat, wofür muß er dann einstehen? Für dolus und culpa, u zwar infamirt hier der dolus.

L 1 D de his, qui not: (3,2)

In Ansehung der levis culpa sollte man glauben, daß der Mandatar für sie nicht einzustehen brauche, allein es ist anders.

L 13 Cod mandati. (4,35)

L 21 Cod eod.

L 23 D. de reg: jur. (50,17)

Der Grund dieser Anomalie liegt in den Worten: aliena vero negotia pp.

(Nro 315 a) L 21 Cod cit. (4,35)

u gründet sich auf die Interpretation daß man ein stillschweigendes Versprechen annimmt, daß er für die größte Sorgfalt einstehen wolle. Diese Verpflichtung geht jedoch nicht auf die zufälligen Gegenstände des Geschäfts.

L 5 § 4 de praescr: verbis. (D. 19,5)

Dieser Satz könnte durch

L 1 § 12 depositi (D. 16,3)

zweifelhaft werden, allein er wird im Gegentheil dadurch bestätigt.

B. Des Mandans.

Gegen ihn geht die *actio mandati contraria* u er ist verpflichtet den andern schadlos zu halten, ihm Auslagen zu ersetzen.

L 12 § 9 *mandati*. (D. 17,1)

Der Ersatz kann auf die verschiedenartigste | Weise vorkommen.

[501]

Beendigung:

Auch das Mandat gehört zu den zusammengesetzten Obligationen; in einer Beziehung ist es ein fortdaurendes Verhältniß, woraus in jedem Moment Obligationen entstehen können, in andrer Beziehung aber nicht. Hier bezieht sich die Aufhebung auf jenes erste Verhältniß und kann geschehen: 1. durch *Revocation*, d.h: durch Willensänderung des Mandans. 2. Ferner durch *Renunciation* d.h: durch veränderten des Mandatars; eben hiedurch wird es ungefährlich, daß das Mandat solo consensu entstehen kann. Die *Renunciation* muß jedoch mit Maaß u zu einer Zeit geschehn, wo sie dem Mandans nicht schadet

3. Durch den Tod des Mandans d.h: das Verhältniß geht von seiner Seite nicht auf die Erben über, doch kann hierüber etwas anders bestimmt seyn, ja es kann in der Natur des aufgetragenen Geschäfts liegen.

4. Durch den Tod des Mandatar.

§ 9, 10 *Inst de mandato*^a
L 26 pr, 27 § 3 *eod.*
(Nro 319) L 27^b D. *eod.* (17,1)

Diese Stelle hat großes Bedenken erregt. „*Venalitarius* ist ein *Scavenhändler*, u in dem angeführten Falle erscheint er als *Mandans*. Die Hauptschwierigkeit macht: *non utiliter*, welches die *exceptio dominii* zu bezeichnen scheint. Man hat auf versch: Weise zu helfen gesucht u das *non* weggelassen. Es kommt auch eine Variante | vor: *non inutiliter*, welche den Vorzug verdient. Dem *Mandans* wird in diesem Falle geholfen durch *in integrum restitutio* wegen *absentia*. Es fragt sich nun, weswegen er mit der *publiciana* und nicht mit der *rei vindicatio* klage. Es ist zuvörderst möglich, daß er selbst noch in *conditione usucapiendi* war, oder daß er lediglich für die *publiciana* den Beweis führen konnte. Allein wahrscheinl deswegen, weil die *publiciana* ursprünggl am sichersten zur *Restitution* diene, und weil

[502]

^a I. 3,26 hat den Titel *de mandato*

^b In der „Sammlung von Beweisstellen aus dem *Corpus iuris*“ ist L 57 angeführt.

sie in Verbindung mit dieser besser ist als die rei vindicatio. Causa cognita heißt: non nisi causa cognita.

Von Assignmenten insbesondere.

Assignment heißt Auszahlung einer Geldsumme, die an irgend einem bestimmten Orte in genere wieder gezahlt werden soll. Hierin liegt ein Mandat und es hat dies einige Aehnlichkeit mit dem depositum irregulare. Das Geschäft ist auf zweierlei Weise möglich; es kann eine Provision gegeben werden, dann ist's operarum locatio, oder es wird keine gegeben und dann ist's eigentliches Mandat.

Viele Juristen haben auf den römischen Begriff der Assignment ganz irrig unsern Wechsel bezogen, der aber mit dem alten Litteral-Contract weit mehr Aehnlichkeit hat.

Negotia gesta.

[503] Die negotiorum gestio schließt sich unmittelbar an das Mandat an, und unterscheidet sich dadurch | von ihm, daß hier der eine das Geschäft ohne besondern Auftrag besorgt.

Bedingungen:

1. Was besorgt wird muß ein negotium seyn, dessen Begriff hier aber so umfassend ist, wie beim Mandat.

2. Die negotia müssen negotia aliena seyn; doch kommen hier dieselben Modificationen vor, wie beim Mandat.

3. Das Geschäft muß negotium gestum seyn; das Mandat entsteht Consensu; die gestio durch das wirkliche Thun, durch die Uebernahme, also ex voluntate des Geschäftsführers. Sie kann daher nur von dem geschehn, der freien Willen hat. Hat nun kein solcher die neg: gestio übernommen zB ein Unmündiger, so ist der andre nur obligirt, sofern er reicher geworden; hat ihm die neg: gestio Kosten verursacht, so kann er auf Ersatz klagen; Hat er geschadet, so wird der Betrag ihm durch Compensation von dem abgehalten, was er bekommen soll.

L 3 § 4 de neg: gestis (D. 3,5)

4. Das Geschäft muß ohne vorhergegangenes Mandat geführt seyn.

§ 1 I: de obl: quae quasi ex cont. (3.27.)

Nähere Bestimmungen:

1. Durch *Ratihabitio* wird die *neg: gestio* nicht in ein Mandat verwandelt.

2. Die *neg: gestio* wird nicht ausgeschlossen durch das concurrirende Mandat eines Dritten.

L 3 § 11 de *neg: gestis* (D. 3,5)

3. Dies ganze ist also so zu verstehen: der Herr des Geschäfts soll sich passiv verhalten haben. Hat er sich erklärt, so entsteht *mandatum*; hat er das Geschäft verboten, so ist der Geschäftsführer obligirt, der Herr aber nicht.

[504]

L 24 Cod de *neg: gestis* 2.19.

4. Das Geschäft muß geführt seyn in der Absicht den Andern zu obligiren. Dieser Satz ist häufig mißverstanden, man sagt falsch: diese Absicht müsse noch besonders bewiesen werden; es reicht aber hin, wenn nur nicht die widersprechende Absicht bewiesen werden kann. Diese widersprechende Absicht ist vor Allem anzunehmen, wenn die Absicht zu schenken klar ist; ebenso, wenn jemand das Kind eines andern eine Zeitlang verpflegt, so kann er dazu versch: Beweggründe haben; u wird ihm bewiesen daß ers nicht in der Absicht der *neg: gestio* that, so kann er die *actio neg: gestorum* nicht anstellen.

L 12, 15. Cod eod

L 4, 34 D. eod

Der *obligandi animus* wird ferner ausgeschlossen durch die Absicht ein eignes Geschäft zu führen d:h: wenn man irrthümlich ein fremdes Geschäft für sein eignes hielt; hier sagen viele Stellen daß keine *negotiorum gestio* statt finde:

L 14 § 1 *communi divid* (D. 10,3)

L 2 § 3 de *transact*: (>)

Aber eine andre Stelle

L 49 de *neg gestis* (D. 3,5)

gestattet eine *neg: gestio*. Jene ersten Stellen sind jedoch die richtigern, weil sie am meisten dem Begriff des Geschäfts entsprechen und hier nie vom *obligandi animus* die Rede seyn kann. In der letzten Stelle hat wahrscheinl der Jurist sich in der Benennung der Klage u somit im 1 Princip geirrt; dem nämlich der auf solche Weise ein fremdes Geschäft verwaltet, steht immer noch eine *Condictio sine causa* zu u diese verwechselte der Jurist mit der *actio neg: gestorum*.

[505]

Ausgenommene Fälle sind: Vorerst ists nicht nöthig daß man

wirklich an diesen Quasicontract denke, wenn man nur einen Contract im Sinne hat.

L 5 pr D de neg: gestis. (3,5)

Ferner ist nicht nöthig, daß man an den bestimmten Herrn oder an den richtigen denke.

L 5 § 1 L 3 pr § 6 eod

L 14 § 1 comm: divid: (D. 10,3)

Gewöhnlich übernimmt man das Geschäft aus Freundschaft, aber man kann es auch aus eignem Vortheil thun, oder aus wirklicher oder vermeinter juristischer Nothwendigkeit.

L 31 pr § 7 L 3 § 8,10, de neg g: (D. 3,5)

L 3 Cod eod.

Verbindlichkeiten.

Des Geschäftsführers.

Gegen ihn geht eine actio neg: gestorum directa, die fast denselben Inhalt hat, wie die actio mandati directa. Vor allem ist er verpflichtet, zur Herausgabe Alles dessen, was er in Besitz gehalten hat und zur Rechnungsablage; ferner zur Restitution der gezogenen Früchte in natura, oder ihren Werth; auch die Zinsen, u zwar bei Veruntreuung centessimae; zog er selbst Zinsen, so werden diese wie Früchte beurtheilt.

L 38, L 19 § 4 de neg gest: (D. 3,5)

[506]

Zinsen ex mora kommen hier nicht vor, weil der neg: gestor in mancher Beziehung unter strengerer Aufsicht steht, wie der Mandatar; dazu muß er das eingegangene Geld anlegen, und wenn erst versäumt, usura percipiendae zahlen.

L 31 § 3 L 6 § 12 eod

L 24 Cod de usuris (4,32)

Schadensersatz muß er leisten, sowohl für schlechte Führung als auch bedingungsweise wegen ganz unterlassener Besorgung.

L 16 § 12 L 21 § 2 de neg gestis. ()

Hat er das Geschäft eines absens ganz zu besorgen übernommen, so muß er auch die Schulden eincassiren, und ist er selbst Schuld, so muß er die Schuld von sich selbst eintreiben.

Für was muß der gestor eintreten? Für dolus u culpa lata unbedingt; für levis culpa auch und zwar zuförderst aus einem ähnlichen Grunde wie beim Mandat, weil er sich zu dem Geschäft hinzudrang, also noch größere Verantwortlichkeit hat.

§ 1 I: eod.

L 22 Cod eod.

Ausnahmen:

Wenn der *neg*: gestor sich aus Barmherzigkeit eines Geschäfts annahm, so braucht er bloß für *dolus u lata culpa* einzustehen.

L 3 § 9 eod.

Umgekehrt wenn er ein Geschäft unternahm, was der *andre* nicht zu unternehmen pflegte, soll er auch für *Casus* eintreten.

L 11 eod.

Alle diese Forderungen des Ersatzes fallen weg durch *Approbation* von Seiten des Herrn des Geschäfts.

L 9 eod.

Des Dominus.

Gegen ihn geht die *actio negotiorum gestorum contraria*. Sie ist dieselbe wie die *actio mandati contraria*, u ihre Hauptregel findet sich in:

L 2. D. eod.

Das Geschäft muß *utiliter gestum* seyn und es kommt dabei auf die bloße Absicht und den Erfolg nichts an.

L 10 § 1 eod.

Sind die Auslagen theils verständig theils unverständlich gemacht, so kann der gestor sie theils fordern theils nicht.

L 25, § 1,4. eod.

Hat der gestor Schulden bezahlt, so muß der *dominus* sie ersetzen, wenn sie gegründet waren; ein *indebitum* braucht er nicht zu ersetzen.

L 43, 23 eod.

Von der funeraria actio.

Davon war oben die Rede.

Von der Verbindlichkeit des Sequester.

Sequestrum heißt das *depositum*, welches durch einen Rechtsstreit veranlaßt wird; wenn der streitige Gegenstand zur Sicherheit bei einem Dritten deponirt wird. Sein Wesen besteht in folgendem: der bisherige Besitz wird aufgehoben u der Sequester tritt in der Regel in das Verhältniß eines Depositars, und die streitenden Partheien

[507]

(100)

sind in solidum als Besitzer anzusehn; sie können die Besitzrechte (interdicta) auch dem Sequester zustehen.

L 17 pr § 1 L 5 § 1,2 L 6,12 § 2 depositi (D. 16,3)

L 39 de acq: poss. (D. 41,2)

Die Nebenverhältnisse des Sequesters sind nach denen des Depositars zu beurtheilen. Was durch die Partheien geschieht, kann auch der Richter thun, und dann spricht man von sequestrum necessarium. Im römischen Recht ist gewöhnlich daß die Sache in einen Tempel niedergelegt wurde.

[508] *Von der Verwaltung des Creditor in possessionem missus.*

Durch die missio in possessionem im Concurs erhalten die Creditoren das Recht der Verwaltung am Vermögen des Schuldners. Vertrag ist hier nicht vorhanden, und sind daher die Regeln der neg: gestio hier anzuwenden, und es findet wechselseitig eine actio neg: gestorum statt.

Von der Verbindlichkeit ad exhibendum.

Actio ad exhibendum.

Exhibere heißt experiundi copiam facere

L 2 D ad exhibendum 10,4.

D:h: eine Sache in körperlich sinnliche Gegenwart stellen. Die Exhibition ist also wesentl verschieden von der Restitution; welche Wiederverschaffen des Besitzes ist. Die actio ad exhibendum ist die Klage gerichtet auf die Exhibition, u zwar wenn ich an einer Sache ein Recht habe, dessen Durchsetzung an irgend ein räumliches hinderndes Verhältniß geknüpft ist, und ein anderer dieses wegschaffen kann, so ist er dazu verpflichtet. Die actio ad exhibendum ist eine actio in personam, aber auch in rem scripta gegen jeden qui exhibendi habet facultatem.

L 3 § 3. eod.

„Controverse“ diese actio ad exhibendum heiße praeparatoria zum Unterschied von der actio ad exh: principalis, welche wie die rei vindicatio auf völlige Entschädigung gehen soll. — falsch — Es gibt nur eine praeparatoria | u was man principalis nennt, ist nur eine einzelne Anwendung jener.

[509]

Bedingungen:

1. In der Person des Klägers: er muß vor Allem ein Interesse haben zur Exhibitio.

L 3 § 7 ad exhib: (D. 10,4)

nicht beweisen, daß er Nutzen davon habe;

(Nro 321) L 19 eod. (D. 10,4)

sondern irgend ein Klagerecht hat er zu beweisen an der Sache, gewöhnlich rei vindicatio, Eigenthum oder auch jedes jus in re, ja auch jus possessionis.

L 1,3 § 1,3,4,5,11,12 eod.

2. In der Person des Beklagten: dieser ist ähnlich dem Beklagten bei der rei vindicatio; er muß vor allem exhibiren können d:h: er muß in einem ähnlichen Verhältnisse stehen, wie der fictus possessor zum wahren.

L 23 § 15 L 4,5 pr ad exh: (D. 10,4)

Ist er nicht in der Lage exhibiren zu können, so muß er wenigstens fictus possessor seyn, namentlich ein solcher qui dolo desiit, quo minus possit exhibere.

L 9 pr L 14 ad exhib: (D. 10,4)

L 5 Cod eod. 3,42.

In einem solchen Falle verwandelt sich die Verpflichtung zur Exhibition in eine Obligatio ex maleficio u geht dann gegen die Erben.

L 12 § 6 L 16 ad exh: (D. 10,4)

Anwendung der actio ad exhibendum.

Worin besteht das Interesse bei der Exhibition? Einer der einfachsten denkbaren Fälle ist die fälschlich sogenannte actio ad exhibendum | praeparatoria. Wenn jemand einen Edelstein besitzt, so kann ich ihn vindiciren; läßt er ihn einfassen nicht; allein ex aequitate wird er gezwungen den Edelstein zu trennen, u dann ist Vindicatio möglich. — Mein Floß ist durch Ueberschwemmung auf den Anker eines andern getrieben. Hier kann ich weder mein Eigenthum geltend machen noch vindiciren, da der andre nichts besitzt.

Verwickeltere Fälle: gesetzt der andre zerstörte das Floß, so hat er sich bösllich in die Lage gesetzt, nicht exhibiren zu können, und ich klage ad exhibendum auf Schadensersatz. — Besitzt jemand mein Geld so kann ichs vindiciren. Hat er's absichtlich aus seinem Besitze gebracht, so kann ich ihm zuförderst dolus vorwerfen, aber ich kann auch verlangen daß er die Geldstücke exhibire. Dies ist nun nicht

[510]

[511]

möglich u ich erwidere: es ist Folge seines dolus und habe nun die Wahl zwischen rei vindicatio u actio ad exhibendum, welche hier augenblicklich denselben Erfolg und dieselben Bedingungen haben, u der andre ist verpflichtet, zu exhibiren. Dies ist die actio ad exhibendum principalis; doch das ist zufällig, daß ihr die rei vindicatio folgt. In dieser Anwendung möchte die actio ad exh: überflüssig scheinen, da die rei vindicatio zu demselben Ziele führt; historisch aber stellt es sich ganz anders: der alte Vindicationsprozeß beruht auf der symbol Handlung der manus consortae; gesetzt nun: ein | anderer besaß eine bewegliche Sache und brachte sie nicht vor den Prätor, so diente die actio ad exh dazu, ihn dazu zu zwingen; hatte aber der andre die Sache heimlich weggebracht, so konnte man mit der rei vindicatio Ersatz deshalb fördern. Nach älterm Prozeß aber nicht, da die Sache nicht vor den Prätor gebracht war; dazu diente nun die actio ad exh.; wodurch der andre zum Schadensersatz condemnirt wurde. Als die freien Formen aufkamen, konnte zu letzterem auch die rei vindicatio gebraucht werden, u so wurden beide Klagen identisch.

[511]

L 5 pr § 4 L 6,7 § 1,2. ad exhib: (D. 10,4)

Eigentlicher Gegenstand: Die actio ad exh: ist arbitraria:

§ 31 I: de act (4,6)

Exhibirt der Beklagte freiwillig, so wird er absolvirt. Auch soll der Beklagte keinen Schaden u Kostenauslagen haben, welche ihm der Kläger vergüten muß.

L 11 § 1 L 5 § 3,4. L 15 ad exh: (D. 10,4)

Exhibirt der nicht freiwillig, so wird er dazu condemnirt oder zum Ersatz, der nur bei der sogenannten ficta possessio möglich ist. Dieser Schadensersatz kann auch neben der Exhibition vorkommen, wenn diese verzögert wird u zB der Beklagte die Sache seitdem usucapirt hat.

L 9 § 6 L 10,11 pr ad exh: (D. 10,4)

Besonders bei dolus des Beklagten kann das Interesse durch jusjurandum in litem | des Klägers bestimmt werden.

[512]

L 3 § 2 ad exh: (D. 10,4)

Interdictum de libero homine exhibendo.

Diese Klage gilt bei einem anerkannt freien Menschen; wo die Freiheit streitig ist, findet ein liberale iudicium statt. Wird der freie Mensch bösllich eingehalten, so kann jeder überhaupt mit dem Interdict auf Exhibition u Vorführung desselben vor den Richter klagen.

Interdictum de tabulis exhibendis.

Ist von einem Codicill oder Testamente, dessen Verfasser gestorben ist, die Rede, so ist das Interdict gegen den Besitzer der Schrift begründet. Jedermann kann hier ohne erst sein Interesse zu beweisen gegen den Besitzer auf Exhibition klagen und nicht blos der ein Recht an der Schrift hat, denn dies kann er erst nach der Exhibition beweisen.

Von der Urkunden-Edition

Der Vollständigkeit wegen sind hier mehrere Rechtsgründe anzuführen, die concurriren können.

1. Wer ist bei einem solchen schriftlichen Instrumente Eigenthümer? Nicht der Schreiber, sondern der Eigenthümer des Materials.

L 3 § 5 de tab exh: (D. 43,5)

L 4,6 Cod ad exh: (3,42)

2. Man kann das Recht haben die Urkunde zu fordern aus einem Contractsverhältnisse zB bei der Societät mit der actio pro socio.

[513]

3. Kann man auch abgesehen von diesen Gründen die Mittheilung u Vorlegung einer Urkunde aus besonderm Interesse verlangen? In der Regel nicht. Doch gelten Ausnahmen: a. Es ist möglich, dß eine solche bei den alten Hausbüchern existirte, doch nicht wahrscheinlich, da kein Bedürfniß dazu vorhanden war, indem wenn der andre die Richtigkeit des Buchs läugnete, er ipso jure gezwungen war, sein eignes vorzulegen. b. Findet es sich ausnahmsweise beim interdictum de tabulis exhibendis. c. Ferner beim Institut der argentarii, die von jedem der mit ihnen Geschäfte machte, dazu gezwungen werden konnten.

L 4 § 1, L 10 § 1 de edendo 2,13. (D.)

d. Ferner auch im Prozeß. Der Kläger dem Beklagten, wenn jener die Urkunde besitzt, nicht umgekehrt. Dies galt nach älterm römischem Prozesse.

L 5,8 Cod de edendo (2,1)
Manche haben diese Bestimmung schon im früheren römischen Rechte suchen wollen. Doch mit Unrecht, indem man die Klagenedition mit der Urkundenedition verwechselte. Diese ältere Edition kommt vor in

L 1 § 3 de edendo (D. 2,13)

Der dritte Besitzer kann nach älterm Recht nicht zur Edition ange-

[514] halten werden, da kein Grund dazu vorhanden ist. Justinian hat die Sache anders bestimmt, indem er I sagt: im Prozeß ist jeder schuldig Beweis abzulegen und da er seine Gedanken offenbaren muß, weswegen soll er dann auch nicht angehalten werden, Urkunden vorzulegen. Dieser Grund ist jedoch nur ein scheinbarer, und überhaupt hat dieser neue Rechtssatz ein merkwürdiges Schicksal gehabt, indem die Constitution, die ihn enthielt verloren gegangen ist, also nicht in die Praxis übergang. Das alte Recht ist demnach noch jetzt gültig. Daß eine solche Constitution existirt habe, wissen wir aus den Basiliken.

L 22 Cod de fide instr: (4,21)

Von der Verbindlichkeit zu Abschließung eines Vertrags:

Im allg: ist hievon oben die Rede gewesen.

Jus protimiseos.

Gründe desselben können seyn 1. Vertrag 2. Testament 3. gesetzliche Bestimmung.

Vom Wiederkaufe.

Dies ist das pactum de retro vendendo und de retro emendo. Welche Klage gilt? Man könnte sich das Verhältniß so denken, daß man sich das Eigenthum vorbehalte, und jetzt vindiciren wolle. Dies ist aber nicht der Fall, sondern die Klage ist eine persönliche, u es gilt vor allem eine actio venditi, aber auch eine actio praescriptis verbis, nach der Formel: do ut reddas.

L 2 Cod de pact: int: emt: (4,54) |

[515] Das pactum de retro emendo ist seltner.

Von der Schuldigkeit, ein Zeugniß abzulegen.

Jeder ist schuldig die Thatfachen, die auf Entscheidung eines fremden Streitiges Einfluß haben, wenn er sie weiß, zu offenbaren.

NEUNTES KAPITEL.

OBLIGATIONEN AUF EIN UNTERLASSEN UND WIEDERHERSTELLEN.

Operis novi nunciatio.

Wenn einer an einem Gebäude etwas vornimmt, wovon ich Schaden zu fürchten glaube, so kann ich Einspruch einlegen, u er muß sein Vorhaben einstellen. Thut er dies nicht, so habe ich ein Interdictt darauf gerichtet, daß vernichten zu können, was nach dem Einspruch vorgenommen ist.

Erfordernisse.

Zuförderst ein Opus u zwar in Bezug auf ein Grundstück[e]

L 1 § 11,12 de op: novi nunc: (D. 39,1)

Der Einspruch einlegende muß einen Rechtsgrund dazu haben; dies setzt voraus:

L 1 pr de remiss: (D. 43,25)

welches folg: Sinn hat: es kommt nicht darauf an, dß er den Rechtsgrund habe; er muß ihn auch behaupten; ob er wahr ist, oder | nicht, ist einerlei. Die Rechtsgründe selbst sind dreifach.

[516]

(Nro 322) L 1 § 16,17,18 de op: novi: (D. 39,1)

1. Juris nostri conservandi causa, indem ich mein Eigenthum oder meine Servitut behaupte. 2. Damni depellendi, um die Cautio damni infecti[s] nicht zu spät zu fordern. 3. Juris publici tuendi gratia.

Ad 1) Nur der Grundeigenthümer oder sein Repräsentant kann den Einspruch thun.

L 5 pr § 9 eod

L 1 § 3 de remiss. (D. 43,25)

Die Nunciatio besteht in einem bloßen Einspruch ohne Form, entw: durch das Gericht oder aussergerichtlich veranlaßt.

L 1 § 2 L 18 de op: novi: (D. 39,1)

Das Verbot muß in Gegenwart der Sache ausgesprochen werden, gleichgültig gegen wen, ob den Herrn oder seinen Arbeitern.

L 5 § 2,4 L 1 § 5, L 10,11 eod.

[516]

Wirkungen:

Die unternommene Arbeit muß eingestellt werden; folgt der andre nicht, so habe ich ein Interdict auf die Wiederherstellung in den Zustand zur Zeit des Einspruchs.

L 1 pr, 8 § 4 L 20 pr eod.

Das Ganze ist nur provisorisch, und es liegt im Verbot, daß der Verbieter als Kläger auftreten will.

L 1 § 6 eod.

(Nro 323) L 5 § 10 eod. (D. 39,1) |

[517]

Wiederaufhebung.

Der Prätor kann bei fehlenden Bedingungen eine Remission aussprechen, aber auch ausserdem. Der Beklagte kann sich durch Cautio für Schadensersatz befreien.

L 20 § 9 L 21 § 2 eod.

Auch durch den Tod dessen der das Verbot aussprach, geht es selbst unter; eben so wenn derselbe sein Grundstück veräußert. Vom Beklagten gilt dies nicht.

L 8 § 6,7, L 23 eod.

Sonst sollte die Nunciatio nur Ein Jahr gelten; dies ist jetzt aufgehoben.

Nunciatio realis und publica.

In manchen Stellen wird der Nunciatio durch Selbsthülfe erwähnt; erlaubt bei der Vertheidigung, beim Angriff jedoch nicht. z:B: ein anderer will auf meinem Boden arbeiten, so kann ich ihn vertreiben. Eine Nunciatio realis ist der jactus u ictus lapilli, wovon nachher, u eine publica ist diejenige, welche die Obrigkeit nach den Regeln der gewöhnl Nunciatio veranlaßt. Ferner das auxilium praetoris, wenn nämlich der andre willkürlich in mein Recht eingreift, so hilft der praetor sogleich durch Execution.

Interdictum quod vi aut clam.

[518]

Die Erfordernisse desselben sind: Opus im ausgedehntesten Sinne u zwar Alles, was auf dem Boden geschieht zB Bauen, Säen pp. | Ge-

setzt es thut jemand dergleichen, ich verbiete es ihm u ohne Erfolg so ist das ein vi factum; befürchtet er mein Verbot u handelt heimlich, so ist es clam factum.

L 1 pr § 5,7 L 3 § 8,7, L 4 quod vi aut clam (D. 43,24)

Mein Verbot kann ich noch durch eine symbolische Handlung bestärken; um das vi factum besser beweisen zu können

L 1 § 6 L 20 § 6 quod vi. (D. 43,24)

L 6 § 1 si servitus (D. 8,5)

L 5 § 10 de op: nov: nunc: (D. 39,1)

Wer kann verbieten? Derjenige der ein juristisch begründetes Interesse hat, zB Eigenthum, Servitut, ferner ein contractliches Interesse; also auch Miether u Pächter.

L 11 § 14 quod vi. (D. 43,24)

Gegen den, der gegen unser Verbot handelt, haben wir ein restitutorisches Interdict.

L 1 pr L 13 § 7 eod.

Gegen den, der nicht gearbeitet hat, aber den Boden besitzt; kann ich bloß fordern, daß ich auf meine Kosten die Arbeit aufhebe.

L 7 pr L 16 § 2, L 15 pr eod.

In dieser Rücksicht hat die novi operis nunciatio Aehnlichkeit mit der Cautio, indem nicht untersucht wird, ob wirklich ein Recht dazu vorhanden ist oder nicht.

L 1 § 2 L 7 § 2 eod.

Actio aquae pluviae arcendae.

Diese Klage bezieht sich auf ein specielles Verhältniß zwischen ländlichen Grundnachbarn. Wenn nämlich ein fundus höher als das andre liegt, so soll dieses sich den Zufluß des Regenwassers gefallen lassen, u gegen Gefährdung dieses Satzes geht diese Klage.

L 1 pr D. h. T.

Dies Recht gilt nur bei fundis, nicht bei Häusern, u zwar ursprüngl nur zwischen den Eigenthümern, nachher als utilis actio auch zwischen andern.

Hauptinhalt.

Die actio bezieht sich auf damnum infectum ex praeterita causa.

L 14 § 2 L 1 § 1 eod.

Der Schaden muß eine Ursache in der Vergangenheit haben. Ur-

[519]

[522]

sprüngl ging dieser bloß auf ein opus manu factum, wurde aber später auch auf Naturereignisse ausgedehnt.

L.1 § 1,13 L 11 § 6 L 2 § 6 eod.

Verbindlichkeiten.

Man hat eine persönl Klage gegen den dominus des schadenden fundus u zwar: a. er hat selbst das opus vorgenommen, dann muß er den vorigen Zustand herstellen, u den Schaden ersetzen der während des Prozesses entstand.

L 6 § 6-8 [3 L 11 § 6 L 2 § 6] eod.

b. Hat er nicht selbst gearbeitet, so muß er leiden, dß man auf eigne Kosten den vorigen Zustand wiederherstellen läßt.

L 6 § 7 L 11 § 6 eod.

[520]

Da diese Klage auf ein zukünftiges Uebel geht, nicht auf den Ersatz des in der Vergangenheit angerichteten Schadens, so bezieht sich auf diesen Fall auch die Cautio damni infecti und es könnte daher scheinen, dß die actio pluviae überflüssig sei. Wirklich haben beide Klagen einen ähnlichen Zweck.

L 11 § 3 L 14 § 2 h T.

und unbedenklich hat der Bedrohte zwischen beiden die Wahl. Die Actio pluviae arcendae war das frühere Rechtsmittel; die Cautio damni infecti das spätere u wie in vielen andern Fällen blieb das ältere neben dem Neuern bestehen. Eine Spur der actio pluviae arcendae findet sich bei

Gajus IV. 31.

Die dort vorkommende Cautio damni infecti ist unsre actio pluviae: dß letztere eine actio legitima sei, sagen

[515]

L 22 § 2 L 3 § 3 eod.

L 2 § 6 de origine juris. (D. 1,2)

Interdicta prohibitoria.

Das wichtigste hierüber betrifft den alten Prozeß u davon spricht Gajus im IV. Buche. Sie gehen darauf daß etwas geschehe, und haben sehr verschiedene Objecte. Sie beziehn sich theils auf publicistische, theils sacratische, theils privatrechtliche Verhältnisse!

Einzelne Interdicte.

Bei rebus divini juris:

Interdictum de mortuo inferendo.

Wenn jemand das Recht hat, den Todten an einem gewissen Orte zu begraben u wird daran gehindert, so hat er dies Interdict zum Schutz.

[521]

Interdictum de sepulchro aedificando.

Dies geht auf das Recht ein Denkmal auf dem Begräbniß zu errichten.

Interdictum ne quid in loco sacro fiat:

Wenn auf einem consecrirten Grundstück irgend etwas vorgenommen wird, wodurch der Ort entstellt wird, so kann jeder in diesem Fall prohibiren, aber auch Restitution des vorigen Zustandes fordern, d:h: unser Interdict ist prohibitorisch u restitutorisch zugleich.

L 2 § 19 ne quid in loco publ. (D. 43,8)

Bei locis publicis.

Interdictum ne quid in loco publico fiat.

Locus publicus heißt sowohl ein Grundstück im Gemeingebrauch als auch Eins das zum patrimonium populi gehört: Hier bedeutet er das erste, u macht jemand auf demselben Anstalten, wodurch der Gebrauch gehindert wird, so kann jeder mit einem prohibitorischen Interdicte klagen.

Interdictum de loco publico fruendo.

Hier ist locus in patrimonio populi gemeint; wenn ein solcher verpachtet wird, so hat der Pächter dies Interdict zum Schutze, da der gewöhnliche Pächter nur eine Contractsklage hat.

Bei öffentlichen Wegen:

Zum Schutz des Gebrauchs:

Dies Interdict darauf ist eine nähere Anwendung des Interdicts: ne

[522]

quid in loco publico fiat; bei der *via rustica* hat's eine nähere Bestimmung bekommen, indem damit ein *interdictum restitutorium* verbunden war, u es auch gegen den geht, der unmittelbar den Gebrauch des Weges hindert, ohne damit andre Anstalten zu treffen.

L 2 § 35,45, ne quid in loco publ: (D. 43,8)

Zum Schutz der Reparatur:

Jeder hat die Befugniß die Straße auszubessern, und wird er gehindert, so hat er das Interdict.

Bei öffentlichen Flüssen:

Gegen Anlagen, die die Schifffahrt erschweren:

Es ist dies dasselbe in Bezug auf Flüsse wie das oben gesagte in Beziehung auf Wege:

Gegen Anlagen, die den Wasserlauf ändern:

Wenn der Lauf des Flusses geändert wird, so hat jeder dies Interdict, das prohibitorisch und restitutorisch zugleich ist.

Zum Schutz der freien Schifffahrt:

Dies Interdict bezieht sich darauf, wenn uns der Gebrauch des Flusses unmittelbar gehindert wird; es geht auch auf Seen und zwar zu jedem beliebigen Gebrauche.

Zum Schutz der Uferbesserung:

[523] Jeder hat das Recht sein Ufer gegen das Wasser zu schützen und gegen den Störer daran | das Interdict.

Gegen die Nachbarn:

Interdictum de arboribus caedendis.

Bei überhängenden Bäumen des Nachbarn gilt nach allgemeinen Grundsätzen: wenn der Baum mit Aesten und Wurzeln die Grenze überschreitet, so kann ich den Nachbarn zwingen, solche wegzunehmen, unstreitig mit der *actio negatoria*. Nun finden sich zwei Interdicte:

α. Eins bezieht sich auf Nachbarhäuser. Hier ist alles klar; ich kann nicht bloß verlangen, daß er das ueberhangende des Baumes abschneide, sondern daß er auch den Baum selbst abhaue. Sonst kann ich es selbst thun u werde dabei geschützt durch das *interdictum de arboribus caedendis*.

β. Bei Nachbaraeckern kann ich auch verlangen, daß der Nachbar das überragende abschneide, und sonst selbst Hand anlegen. Aber in quantitativer Hinsicht besteht ein Unterschied. Es sollen die Aeste abgehauen werden *quindecim pedes a terra altius*. Heißt das: Alles höher als 15 Fuß oder Alles bis 15, Fuß hoch. Die Worte lassen beide Erklärungen zu. Es fragt sich zuförderst, von welchen Aesten hier die Rede ist; wären die überhängenden gemeint, so ging auch auf sie unstreitig die Verordnung der 15 pedes, und dann wäre es eine Begünstigung der Obstcultur, nämlich des Eigenthümers. Dies könnte so seyn, steht aber in Widerspruch mit den römischen Juristen. Es heißt bei ihnen: *circumcaedere d:h: die Aeste sollen auf eine gewisse Höhe rings um abgehauen werden*. Nimmt man dies an, so muß man auch die 15 Fuß eher vom obern als vom untern Raume verstehen. — Wächst der Baum über die Grenze hinaus, so kann ich unbedingt mit der *actio negatoria* die Wegnahme des Ueberhangs fordern.

L 2 de arb: caed: (D. 43,27)

L 21 § 2 L 22 § 4 quod vi. (D. 43,24)

Für denselben Fall der überragenden Aeste gibt nun das positive Recht zwei Mittel: α. Ist die Rede von einem Hause, so muß der Baum ganz abgehauen werden.

L 1 pr § 2,8. de arb: caedendis (D. 43,27)

β. Bei Feldern kann ich verlangen: Alles was höher als 15 Fuß ist abzuhauen.

L 1 § 7-9 eod.

Gegen obige Erklärung kann man einwenden: die obern überragenden Aeste beschränken zwar unser Eigenthum, aber wozu das *Interdictum*, da eben so viel die *actio negatoria* ausrichtet. Neue Schwierigkeit erzeugt noch daß

Paulus V. 6, § 15

Aecker und Häuser gleichstellt.

Interdictum de glande legenda.

Glans heißt hier jede Baumfrucht. Wenn eine solche über die Grenze

[525] fällt, bleibt | sie mein aber ich kann sie nicht holen gehen; ich kann aber vom Nachbarn Exhibition fordern, wenn er es nicht gestattet. So nach allg: Grundsätzen und es gibt auch ein interdictum de glande legenda zu demselben Zweck.

L 1 pr D h T. 43, 28.

L 9 § 1 D ad exhib: (10,4)

Das Interdict, sagt man gewöhnlich ist nöthig, weil die actio ad exhibendum nicht summarisch ist und die Frucht während des Prozesses verderben könnte. Man hat bei diesem Interdicte gewöhnlich etwas übersehen: tertio quoque die egere, auferre licet was man so erklärt, daß man binnen drei Tagen die Früchte haben solle. Es heißt nach römischem Sprachgebrauch: je über den andern Tag.

Zum Schutz der Missio in possessionem.

Jede Missio in possessionem gibt nur ein provisorisches Recht. Gibt sie mir der Prätor und der andre weiset mich zurück, so habe ich eine actio in factum gegen jeden, der mich stört auf Schadensersatz u habe auch ein Interdict mit denselben Bedingungen und zu demselben Zwecke.

L 1 pr L 3 § 2 ne vis fiat. 43.4. (D.)

Also hat wohl der Verdrängte hier die Wahl, zwischen ordentlichem und summarischem Prozeß? Nein und wahrscheinlich galt die Actio in factum nur bei den Creditores in possessionem missi.

L 1 pr L 3 § 2 eod.

[526] und für andre spezielle Fälle das spezielle Rechtsmittel des Interdicts.

L 3 § 2 cit

L 3 pr L 4 pr eod.

Zuletzt wurden die speziellen Mittel generalisirt und für jeden Fall der Missio ein Interdict gegeben und dem Verdrängten die Wahl gelassen.

Zum Schutz der aqua ex castello.

Dies Interdict bezieht sich auf den Fall: wenn jemand das Recht hat, aus einem öffentlichen Behälter Wasser zu seinem Gebrauch zu nehmen und er daran gehindert wird; da die gewöhnlichen possessori-schen Interdicte hier nicht ausreichen.

L 1 § 38–45 de aqua quotid. (D. 43,20)

Interdictum de migrando.

Wenn jemand ein fremdes Haus bewohnt, und der Eigenthümer ihn nicht ziehen lassen will, ohne einen Rechtsgrund dazu zu haben, so findet dies Interdict statt.

Interdicta retinendae possessionis:

Auch diese Interdicte sind prohibitorisch und gehen auf Schutz des (wenn auch nicht gegründeten) Besitzes gegen gewisse Formen der Verletzung.

Interdictum uti possidetis.

Hierbei wird ein Grundstück vorausgesetzt, woran wir den Besitz haben; wird uns dieser gewaltsam gestört oder nur bedroht, | so haben wir dies Interdict, welches prohibitorisch und restitutorisch zugleich ist; jenes insofern es die Ausführung der Drohung hindert und dies insofern wir für die bereits vorgefallene Beschädigung nebenher Ersatz fordern können.

[527]

Bemerkungen:

a. Es ist eine wahre Obligatio ex maleficio gerichtet gegen ein zu befürchtendes Uebel. Bei der rei vindicatio muß ausgemacht seyn, wer possessor ist; dazu dient das Interdictum uti possidetis, und es ist also eine regulatio für die rei vindicatio. Hat jemand gewaltsam gestört, so ist das Interdict begründet. Man kann eine solche Gewalt auch fingiren und dann wird die Frage nach dem Besitze entschieden. Diese Ansicht ist jedoch von jeher sehr bezweifelt gewesen.

b. Die Klage ist eine actio duplex d:h: es ist gleichgültig wer als Kläger auftritt, und zwar kann jeder als solcher auftreten und im Prozeß selbst ist jeder Kläger und Beklagter.

c. Es gelten einige Exceptionen und zwar α. die Exceptio vitiosae possessionis. Bin ich vi, clam, precario in den Besitz gekommen, so verliere ich ihn. β. Die Exceptio der Verjährung d:h: das Interdict dauert in Beziehung auf den zugefügten Schaden nur Ein Jahr. |

Interdictum utrubi:

Es geht auf bewegliche Sachen, hatte aber im alten Recht eine ganz andre Natur. Derjenige welcher innerhalb des letzten Jahres mehr

[528]

als sein Gegner besessen hat, soll den Prozeß gewinnen, und der Besitz der auf einem vitium beruhte, wurde nicht zu Gute gerechnet. Das Interdictum utrubi vertritt also das Interdictum unde vi bei beweglichen Sachen, welche Anwendung aber mit dem Aufkommen der Grundsätze über Selbsthülfe nicht mehr nöthig war. Justinian verordnete, daß dies Interdict wie das Interdictum uti possidetis behandelt werden soll.

Besondere:

Für die Superficies:

Der Superficiar wenn er verdrängt wird, hat ein Interdictum de vi, wird er blos gewaltsam gestört, so hat er das Interdictum de superficiebus, welches dieselbe Natur hat, wie das interdictum uti possidetis.

Für die Wegerechtigkeiten:

[529]

Wenn jemand ein jus viae, actus &c. hat, so hat er: a. Ein Interdict zum Schutz des Gebrauchs, jedoch nur wenn er beweisen kann daß er innerhalb des letzten Jahres wenigstens 30 versch: Tage den Weg gebraucht hat. b. Ein Interdict zum Schutz bei der Ausbesserung des Weges, wobei er jedoch nicht nur den Besitz sondern auch das Recht beweisen muß.

Für die Wasserleitungen:

Interdictum de aqua quotidiana et aestiva.

Dies Interdict schützt den Gebrauch einer Wasserleitung, jedoch ist vorgeschrieben, daß man wenigstens Einmal im letzten Jahre oder bei nur im Sommer oder nur im Winter brauchbaren Wasserleitungen in dem letzten anderthalb Jahre die Wasserleitung gebraucht hat.

Interdictum de rivis.

Es hat die Ausbesserung der Wasserleitung zum Gegenstande.

Für die servitus aquae haustus.

Auch hiebei finden zwei Interdicte statt, die mit den beiden vorigen parallel gehen.

Interdictum de cloacis:

Dies geht auf den Fall: wenn einer gegen den andern das jus cloacae hat und er die cloaca reinigen will so hat er dafür ein eignes Interdict ausser dem Interdict uti possidetis, [~~wenn~~] bei dem (letztern) ihm [~~nicht~~] die Exceptio vitiosae possessionis entgegengesetzt werden kann.

Schlußbemerkung:

Das interdictum uti possidetis und utrubi gelten bei dem wahren Sachenbesitz und dann gab's noch andre zum Schutz von jura in re. Einige andre Rechte lassen die Frage: ob possessorischen Interdicte bei ihnen vorkommen gar nicht zu, zB: Emphyteuse u Pfand, welche doch Sachbesitz voraussetzen. Die persönlichen Servituten: usus und ususfructus werden in ähnlicher Gestalt wie das Eigenthum selbst ausgeübt, daher man ihnen dieselben possessorischen Rechtsmittel gab, wie dem Eigenthümer für seinen Sachbesitz. Zuletzt gibts noch Servituten, die nur mit der Hauptsache, der sie zustehen, besessen werden zB das jus altius non tollendi, daher denn auch dessen Besitz nicht durch ein abgesondertes Rechtsmittel sondern durch das der Hauptsache, geschützt wird, nämlich durch das interdictum uti possidetis. Es bleiben noch einige praedialServituten, die durch selbstständige Handlungen besessen werden zB: via, aquaeductus &c, die auch besondere possessorische Rechtsmittel bekommen habn. Hat hier der Besitzer die Wahl zwischen den besondern und allg: Rechtsmitteln? Nein, denn die ganze Lehre vom Besitz beruht auf einer positiven Theorie, die sich im Nothfall nur auf analoge Fälle ausdehnen ließe, was diese praedialServituten nicht sind, u weil eine Verletzung des Sachbesitzes in der steten u daurenden Verletzung besteht, hier aber eine solche nicht stattfindet. Daher fand man's nöthig, besondere Rechtsmittel einzuführen. Wenn das Gesagte aber in den erwähnten Fällen wahr ist, so muß es dies auch in den nicht erwähnten Fällen seyn, und so muß es denn auch ein Interdict zum Schutz der Weidgerechtigkeit geben.

[530]

[531]

ZEHNTES KAPITEL.

OBLIGATIONEN AUF SCHADENSERSATZ UND STRAFE.

Aus culposen Handlungen:

Auf Schadensersatz:

Legis Aquiliae actio:

Einleitung:

Die Lehre von der Actio legis Aquiliae gehört zu den wichtigsten Rechtsinstituten, weil sie besonders in sehr viele andere Lehren eingreift. Das Decret wovon hier die Rede ist, heißt *damnum injuria datum*, körperliche Verletzung einer fremden Sache[en], worüber alte Gesetze existirten, die durch das aquilische Gesetz absorbirt wurden. Die lex Aquilia hat drei Capitel, wovon das eine in L 2 pr ad Leg: Aquil 9,2 (D.) steht und auf zwei Fälle geht: a. Wenn einer des andern Slaven und b. Wenn einer des andern vierfüßiges Hausthier tödtet. Das dritte steht in

[532] L 27 § 5 eod. und geht auf alle andern Fälle körperlicher Verletzung oder Vernichtung. Dies bestimmt also das *genus* und jenes einige specielle Fälle.

Das zweite Capital, wovon es heißt, daß es *non in usu sei*, ist uns jetzt durch

Gajus III. § 215, 216 bekanntgeworden: wenn A mir aus einer *Stipulatio* etwas schuldig ist, und ich B Auftrag gebe sich dieselbe Summe versprechen zu lassen, so erscheint er als mein *Adstipulator*. Gibt B nun den A durch *Acceptilatio* frei, so ist ers wirklich, aber ich habe gegen B die *actio legis Aquiliae ex secundo capite*. Gajus bemerkt selbst, daß man nicht einsehe, wozu; da man schon unter andern Rechtsmitteln die *actio mandati* darauf habe, und wirklich ist es auffallend.

Durch die Praxis hat die *actio legis Aquiliae* große Ausdehnung erhalten; 1 ursprünglich galt sie bloß bei Verletzungen des *quiritarischen* Eigenthums, nachher auf als *utilis* für Verletzung jedes jus in

re, und das in bonis. 2. Ursprünglich war sie beschränkt auf körperliche Beschädigung der Sache durch körperliche Berührung. Später galt sie als utilis actio auch in Fällen, wo sonst keine actio utilis stattfand. In diesen Fällen galt also eine utilis actio, actio in factum legi Aquiliae accomodata.

(Nro 203) L 33 § 1 ad L: Aquil. (D. 9,2)

(204) L 11 de praescr: verbis. (D. 19,5)

Dies ist jedoch streitig; die Juristen behaupten ein stufenweises Hinzukommen: zur Actio legis Aquiliae directa sei eine actio utilis hinzugekommen; dann eine actio in factum, wozu nicht einmal eine körperliche Verletzung nöthig sei. — Diese Behauptung ist aber falsch, denn so hätte die actio legis Aquiliae kein Maaß noch Ziel und ein großer Theil des römischen Rechts würde entbehrlich seyn. Es ist vielmehr die actio in factum mit der actio utilis gleichbedeutend u synonym. Beide beziehen sich auf körperliche Verletzung einer Sache, woran wir ein dingliches Recht haben.

[533]

Bedingungen:

α. Zum damnum gehört: 1. ein Recht an der Sache, 2. eine körperliche Verletzung derselben und 3. ein Interesse bei der Verletzung.

1. Recht an der Sache, und zwar ursprüngl das Eigenthum.

L 2 pr 27 § 5 ad L: Aq: (D. 9,2)

Später jedes dinglichen Rechts.

L 11 § 10 L 12, 17 pr L 27 § 32 eod.

Weiter geht die Ausdehnung nicht und das persönliche Gebrauchsrecht zB gibt keine Actio legis Aquiliae; Wenn ich ein Pferd miethe u es mir beschädigt wird, so habe ich als Miether nicht die actio. So auch nicht der künftige Anspruch auf den Erwerb einer Sache zB wenn die Sache gekauft aber nicht tradirt ist.

L 11 § 9,7 eod.

Es findet sich Ein Fall, wo man nicht mal das dingliche Recht braucht: wenn ein Freier ver- | letzt wird, selbst der Sohn in potestate hat der Vater die legis aquiliae actio als utilis, aber auch der Verletzte selbst hat sie.

L 7 pr § 4: L 50 § 3 L 13 pr eod.

2. Körperliche Verletzung; damnum corpore corpori datum. Ursprüngl muß es eine Corruption der Sache seyn durch unmittelbare Berührung, welcher Begriff später folg: Erweiterung erlitt: a. Es wurde bezogen auf zwei Fälle, in denen nicht mal durch körperliche

[534]

Berührung Schaden zugefügt wurde zB: durch das Jagen eines Thieres.

(Nro 206^a) § 16 Inst. de lege Aq: <4,3>

b. Ursprüngl war eine eigentliche Corruption der Sache gemeint; nun ist aber möglich, daß die Sache für den Eigenthümer vernichtet ist, ohne daß man sagen kann sie sei corruptirt zB Jemand verzehrt des andern Eßwaaren, so gilt hier die actio als utilis.

L 30 § 2 eod.

c. Dies ist die stärkste Ausdehnung: es ist möglich, daß die Substanz gar nicht afficirt wird, aber mit ihr eine solche räumliche Veränderung vorgeht, daß sie wie durch Zerstörung dem Eigenthümer entzogen wird, wo auch die actio gilt. Dies ließ sich zuförderst als Diebstahl denken, aber dann wäre kein Bedürfniß zur Ausdehnung vorhanden.

Klar wird die Sache durch folg Stellen:

L 27 § 14, 19, 20, 21. ad L. Aq. (D. 9,2)

[535] Schlägt jemand dem andern Geld aus der Hand ins Wasser, oder vermischt er Sand mit dessen Getreide so gilt diese actio.

Aehnliche Fälle.

§ 11 I: de obl: ex del: <4,1>

L 14 pr § 2 de praescr verbis. (D. 19,5)

L 50 § 4 ad L: Aq: <D. 9,2>

(Es fehlt zum furtum der animus lucri faciendi.)

Die schwierigste Stelle in dieser Lehre ist:

(Nro 206^a) § 16 I: de lege Aq: <4,3>

Bis zu den Worten sed si non ... ist Alles klar. Könnte man allein diese Stelle, so müßte man sagen: die von uns bestrittene Behauptung ist doch die richtige; aber wenn wir die Reihe anderer Stellen betrachten, so ergibt sich offenbar unsre Ansicht, daß die actio in factum und actio utilis identisch ist. Der scheinbare Widerspruch gründet sich wohl bloß auf eine ungeschickte Compilation der Juristen u auf die Verbindung der beiden Sätze durch sed.

Gajus III § 219.

L 7 § 7 de dolo. <D. 4,3>

3. Es muß ein Schaden zugefügt seyn d:h: es muß ein Interesse da seyn, doch gibt es Fälle wo kein Interesse da ist, zB bei Vernichtung eines Scheins einer Schuld, die der Debitor doch anerkennt.

L 41 pr L 40 ad L: Aq: <D. 9,2>

ß. Injuria datum. Injuria heißt hier: *damnum non jure factum* u *damnum culpa datum*.

L 5 § 1 eod. |

Es liegt darin: 1. Ein positives Thun, worauf als Ursache die Beschädigung bezogen werden muß. Ein Nichtthun reicht nicht hin.

[536]

L 13 § 2 de usufr: ()

Aber wohl, wenn das Unterlassen mit einem Thun in Verbindung steht.

L 8, 27 § 9 L 30 § 3 h T:

2. Die actio legis Aquiliae findet nicht statt, wo der Verletzte allein oder mit Ursache der Beschädigung war.

L 11 pr L 31, 28 § 1 eod

L 203 de reg juris. (D. 50,17)

Der Fall in L 11 ist fast wörtlich in die C.C.C. übergegangen.

3. Die Ursache muß liegen in des Beklagten dolus u culpa; er muß imputationsfähig seyn.

§ 3 I. h T.

L 44 pr eod.

4. Wenn man aus einem positiven Rechte handelte und dann auch die andern Bedingungen vorhanden sind, so gilt dennoch nicht die actio legis Aquiliae.

(Nro 206) L 151 de reg jur (D. 50,17)

L 45 § 4, L 29 § 7 h T.

Wenn die angeführten Bedingungen da sind, so gilt die Actio legis Aquiliae u zwar immer wenn auch andre Klagen begründet seyn sollten, d:h: die Actio legis Aquiliae gilt nicht blos in subsidium.

L 18 § 1 commodati. (D. 13,6) |

Wirkungen:

[537]

1. Es wird gefordert der Werth der Sache d:h: der Werth der Verletzung, also mitunter den ganzen Sachwerth. 2. Weil es ein Delict ist, wird das ganze Interesse, sowohl das directe als das indirecte gefordert. 3. Für den Sachwerth und das Interesse gilt noch eine besondere künstliche Berechnung, die als Strafe erscheint. Der Beschädigte darf nämlich zurückrechnen auf die Zeit wo die beschädigte Sache den höchsten Werth hatte, und zwar in den Fällen des ersten Capitals[-] ist die Frist auf Ein Jahr, in den Fällen des dritten auf Einen Monat festgesetzt.

L 2 pr L 23 § 3,6 L 2 § 2 L 27 § 5 ad L.Aq: (D. 9,2)

§ 10 I: de lege Aq: (4,3)

4. Was die mögliche Erhöhung des Objects betrifft, so ists eine Klage wobei: lis inficando in duplum crescit.

L 2 § 1 L 22 § 10 h T. (9.2). (D.)

L 4 Cod. eod. 3,35

Natur der Klage:

Wenn wir auf ihren Entstehungsgrund sehen, so ist sie rein poenalis, und geht nur gegen die Erben wegen Bereicherung. Was ihr Object betrifft, so ist sie persecutorisch, wird aber auch in dieser Rücksicht als poenalis behandelt.

L 23 § 8 L 11 § 2 h T.

Was die Verjährung betrifft, so ist diese Klage perpetua, was sich wohl daher erklärt, daß sie Civilklage ist. |

[538] *Versehen des Richters.*

Das hier gemeinte bezieht sich auf zwei merkwürdige Rechtssätze, die aber auf unsere Rechtsverhältnisse keine Anwendung finden.

1. Jeder, qui litem suam facit d:h: der Richter, der durch dolus und lata culpa unrecht urtheilt. Im ersten Falle geht eine actio doli gegen ihn, im andern Falle eine eigenthümliche actio in factum aufs Interesse gerichtet.

L 15 § 1 de iudiciis. (D. 5,1)

L 6 D. de extraord. cogn: (D. 50,13)

Unsre Richter sind öffentliche Personen, daher ist auf sie dies nicht anwendbar.

2. Im

Tit. Dig. II.2

heißt: wenn ein Magistratus irgend einen ungerechten Satz oder Regel angewendet, so soll durch eine Art von Retorsio derselbe Rechtssatz gegen ihn angewandt werden, u gegen den, der die Ungerechtigkeit veranlaßt hat, u zwar soll jeder überhaupt die Retorsion anwenden können. Dies findet natürlich bei uns keine Anwendung.

Verhinderte Beerdigung:

Wer das Recht hat, den Todten an einen bestimmten Ort zu beerdigen, der hat: a ein Interdict zum Schutz und b. wenn er gehindert wird und Schaden dadurch leiden eine actio in factum auf Schadensersatz.

L 8 § 5. L 9. de religiosis. (D. 11,7) (I §

Beerdigung auf fremden Grundstücken.

[539]

Mit meinem Willen kann jeder einen Todten auf mein Grundstück begraben. Thut ers gegen meinen Willen, so wird der Ort nicht religiosus und ich habe eine Klage gegen den andern, daß er den Todten wegnehme und mir Ersatz leiste.

L 2 § 1, 2 L 7 pr eod

Viae receptae actio.

Diese Klage gründet sich auf das Verhältniß: wenn zwischen zwei Aeckern ein Weg geht, und der andre so pflügt, daß der Weg auf mein Grundstück zugedrängt wird, so habe ich die actio viae receptae auf Ersatz.

Auf reine Strafe:**Actio depositis et suspensis.**

Hier ist von einer rein polizeilichen Bestimmung die Rede: wenn einer an seinem Hause etwas anfängt oder ausstellt, so daß leicht jemand beschädigt werden kann, hat jeder eine Klage gegen ihn auf zehn solidi.

Schädliche Haltung gefährlicher Thiere.

Wenn jemand an einem Orte Thiere hält, so daß daraus Schaden entstehen kann so gilt: a. Wenn ein Freier getödtet ist, eine actio popularis auf 200 solidi; ist ein Freier beschädigt, so hat er eine Klage auf Schadensersatz, die der Richter bestimmt. Entsteht irgend ein anderer Schaden, so hat der Beschädigte eine Klage auf doppelten Werth:

Aus dolosen Handlungen:

[540]

Eigentlicher dolus:**Actio de dolo:**

Dolus hat zwei Bedeutungen: wissentliche und absichtliche Zuwerdung gegen eine Rechtsregel und absichtliche Entstellung

der Wahrheit, so beschaffen daß ein Anderer dadurch Schaden leidet; dies letztere begründet die actio doli.

Bedingungen:

1. Wirklicher dolus d:h: absichtliche Veranlassung eines Irrthums um einen andern zu beschädigen.

L 1 § 2 de dolo malo 4,3. (D.)

Vor Allem ist nöthig, daß der Betrug von dem ausgehe, den wir als Schuldner in Anspruch nehmen wollen, also findet sich hier ein auffallender Unterschied zwischen dolus u metus. Gegen den Stellvertreter, der mich ohne Wissen des Mandans betrügt, habe ich eine Klage; gegen den Mandans selbst nur insofern er etwas erhielt.

L 15 pr § 1,2. eod.

Dieser dolus muß bewiesen werden, wenn er von der andern Seite geläugnet wird. Doch gilt in einigen Fällen die actio doli, wenn auch der dolus nicht behauptet werden kann; es ist dies der Fall bei einigen juristischen Verhältnissen, die sich nicht unter den Begriff eines andern Delicts subsumiren lassen. Wenn einer meinen Slaven absichtlich tödtet, mir aber dadurch keinen Schaden thut, so habe ich
[541] keine Actio legis Aquiliae und auch der Dritte nicht, weil ich kein Interesse, er kein Eigenthum hat. Auf diesen Fall soll nun die actio de dolo gehen.

L 18 § 5 eod.

2. Die böse Absicht ist hinreichend, u es bedarf keiner näheren Bestimmung, was den Zweck und die Intention betrifft.

L 39, 40 eod.

3. Der Betrogene muß wirklich beschädigt seyn.

L 1 § 5 eod.

4. Es soll diese Klage nur in subsidium gelten, zB geht ihr wenn sie auch zum Ziele führt, die exceptio doli vor (weil die actio infamirt)

L 1 § 1, [L] 4-7, L 7 pr de dolo. (D. 4,3)

5. Auch wenn alle Bedingungen vorhanden sind, findet die actio de dolo nicht statt: bei sehr geringfügigen Gegenständen, und gegen solche Personen, denen man Ehrfurcht schuldig ist. In diesem Falle gilt eine actio in factum, die nicht infamirt.

L 1 § 1 L 9 § 5 - L 12 eod.

Gegenstand:

Dieser ist hier keine Strafe, sondern das reine Interesse; leistet der

andre freiwillig, so wird er absolvirt, läßt ers zur Condemnation kommen, so wird er infam.

L 18 pr § 1,4 L 1 § 4 eod

Die Klage ist eine Obligatio ex maleficio u geht gegen die Erben nur sofern sie zufällig reicher geworden sind. Ihrem Zweck und Inhalt nach ist sie reipersecutorisch. Jeder | der mehreren haftet in solidum; hat einer gezahlt, so werden die andern frei. [542]

L 17 pr § 1 L 26, 28 eod.

Verjährung:

Früher Ein Jahr und zwar galt ein annus utilis. Später ein biennium continuum, und der ganze Prozeß soll sonderbarer Weise in biennis beendet seyn, und soll beginnen mit dem Zeitpunkt des Betrugs. Diese Bestimmung ist scheinbar richtiger, als sie es wirklich ist, denn nach zwei Jahren ist die actio in factum gestattet, welche nicht Infamie zur Folge hat.

L 8 Cod de dolo. (2,21)

L 28, 29 eod.

Exceptio doli.

In Verbindung mit der actio doli steht die exceptio doli. Die doli obligatio kann auch als exceptio geltend gemacht werden. Der ursprünglichen Ansicht nach haben beide denselben Rechtsgrund. Kann ich den Schaden aus Betrug sonst nicht ersetzt erhalten, so habe ich die actio doli; klagt er aber gegen mich, die exceptio. Diese exceptio ist sehr ausgedehnt worden, weil sie nicht infamirt und sie ist practisch Eins der wichtigsten Rechtsmittel.

Anwendung.

Beim Aufkommen des jus gentium kam es oft vor, daß man sich dolos auf den Buchstaben des strengen jus civile berief; solchen Rechtschicanen wirkte das Institut der exceptio doli | entgegen. [543]

L 1 § 1 de doli exc: (D. 44,4)

Ihren gemeinschaftl Grund mit der actio doli zeigt

L 2 pr eod.

Unsre Juristen unterscheiden: exceptio doli generalis und specialis, wovon diese sich auf einen wirklichen Betrug beziehen soll.

2. Wenn jemand ohne Recht gegen mich klagt, so habe ich oft die

doli exceptio, so zB neben der pacti exceptio bei einem früher bestandenem Debitum.

L 2 § 5 eod.

L 36 de verb: obl: (D. 45,1)

3. Wenn durch das Zusammentreffen zweier Momente ein innerer Widerspruch bei dem Kläger entstand zB: er ehemals Eigenthum übertragen wollte aber nicht mancipirte, und er nun vindicirt, so habe ich die Exceptio doli. Die actio de dolo infamirt; sie gründet sich rein auf ein Delict, u es ist gleichgültig, ob der andre einen Vortheil dabei hat; die Exceptio doli infamirt nicht, und gründet sich auf den Fall da der Kläger einen Vortheil sucht, und sie beruht auf aequitas u bona fides. Gegen wen geht die doli exceptio? Gegen den, der dolos handelte und den, welcher ihn repräsentirt.

L 4 § 17, 18, 23 de doli exc. (D. 44,4)

Auch gegen Successoren? Unbedingt auf den UniversalSuccessor,

L 6 de except: () |

[544] Bei SingularSuccessoren ex lucrativa causa auch; – ex onerosa causa nicht.

(Nro 208) L 4 § 31 de doli exc: (D. 44,4)

Die replicatio doli hat dieselbe Natur; was geht vor bei Collision der doli exceptio und replicatio; davon sprechen

(Nro 209) L 4 §. 13 eod. (D. 44,4)

L 154 de reg: juris. (D. 50,17)

Es soll der Beklagte dem Kläger vorgezogen werden nach der allg: Regel: daß der bei gleichen Ansprüchen geschützt wird, der Ruhe will.

Actio in factum gegen den mensor.

Wenn ein mensor durch falsche Messung Schaden that, so hatte man gegen ihn bei dolus und culpa lata eine actio in factum. Dies dehnte man aus auf verschiedene Verhältnisse.

3. Alienatio iudicii mutandi causa.

Wenn jemand irgend ein Recht überträgt, um einem Dritten zu schaden. so daß der Kläger nun gegen einen andern mit Nachtheil klagen muß, so hat er gegen jenen eine actio auf Schadensersatz.

L 1 pr L 3 § 4 L 4 § 5,6 de act:^a iudicii mut: causa. (D. 4,7)

^a Richtig: alienatio

Actio in factum de calumnia:

Im Prozeß kommen drei Fälle vor: einer hat eines versprochenen Vortheils halben einen Prozeß gegen Gewissen angefangen, nicht angefangen oder fallen lassen. Der zu dessen Nachtheil dies geschah hat dann gegen ihn eine *actio in quadruplum*.

[545]

L 1 pr L 3 § 3 L 5 § 1 L 7 pr de calumniatoribus (D. 3,6)

Von dolosen Rathschlägen:

Fälschlich behauptet man für diesen Fall des *dolus* eine besondere Klage; es gilt die allg: *actio doli*:

Injuriae.

Begriff der injuria:

Injuria heißt hier: Ehrenverletzung. Wesentlich dabei ist: eine beleidigte Person, eine beleidigende Handlung und die Absicht zu beleidigen.

1. Beleidigte Person; eine juristische oder physische; eine uns bekannte oder unbekante, der von uns gemeinten oder aus Verwechslung beschimpften, Alles dies ist gleichgültig. Bei Schutzverhältnissen trifft die Beleidigung ausser dem Beschützten auch den Beschützer, und es gilt eine doppelte Klage.

[546]

2. Die beleidigende Handlung: Häufig unterscheidet man *Verbal* und *Realinjurie*. Jene ist die durch Rede und Schrift bewirkte, diese durch irgend eine andre Handlung, namentlich Verletzung von Rechten, wodurch die Ehre mit verletzt wird. Wichtiger ist die römische Eintheilung in: *subjective* und *objective Injurie*; jene geht hervor aus der unmittelbaren Verachtung selbst, diese aus einer Thatsache, die den Grund der Verachtung enthält. Diese Eintheilung ist wichtig, weil wenn die bloße Thatsache als *Injurie* gelten soll, sie auch schändlich seyn muß; was sich aber auf das Handeln usw des andern bezieht, kann nie *objective Injurie* seyn. Die *objective Injurie* wird ausgeschlossen durch die *exceptio veritatis*,

[546]

(Nro 325) cf L 18 pr de injuriis (D. 47,10) (326) L 5 Cod eod. (9,35) *fides veri* ist ein synonymer Ausdruck für die Behauptung, daß er nicht in *dolo* war.

Ein Fall der *objectiven Injurie* ist besonders wichtig, nämlich der

famosus libellus. Dazu gehört eine anonyme Schrift und Darstellung eines wirklichen Verbrechens; er ist immer sehr hart bestraft worden.

3. Die Absicht zu beleidigen d:h: nur durch dolus ist Injurie möglich. Diese Bedingung wird häufig mißbraucht und dem Kläger aufgelegt den animus injuriandi zu beweisen. Dieser Beweis kann sich nur auf zweideutige Handlungen beziehen; einen solchen Fall enthält

L 5 § 3 ad leg: Aquil. (D. 9,2)

Injuriarum actio.

Schon die XII Tafeln haben bestimmt: 1. Wenn einer dem andern ein Glied abschneidet, soll Talion eintreten. 2. Bei sonstigen Beschädigungen erfolgt bei einem Freien eine Strafe von 300 Ass, bei einem Sklaven von 150 Ass. 3. In allen andern Fällen der Injurie soll eine Strafe von 25 Ass erfolgen.

Gaj III. 223.

Später stellte der Prätor etwas ganz andres auf: der Beleidigte soll nämlich auf eine Summe, die er selbst angibt, klagen können, welche den Namen *actio aestimatoria contraria* führt. Unter den Kaiser wurde jede Injurie als *extraordinarium crimen* behandelt, und der Beleidigte hat jetzt die Wahl ob/er das Ganze als Obligation oder als *Crimen extraordinarium* behandeln will. Mit der *actio aestimatoria* ist jedes mal Infamie verbunden.

[547]

L 1 de his qui not: (D. 3,2)

§ I: I: de injuriis IV.4.

Der Klage gegenüber stehn folg: Exceptionen: a. *Exceptio veritatis*. b. Vor allem Einjährige Verjährung.

L 5 Cod eod. 9,55.

c. *Exceptio pacti*. L 17 § 1 de pactis. (D. 2,14)

d. Ein solcher Erlaß kann auch stillschweigend geschehen, wenn Beklagter beweist, daß er keinen Groll mehr habe.

L 11 § 1 L 17 §.6 de injuriis. (D. 17,10)

e. Die Klage fällt weg durch den Tod des Beleidigers, dagegen ist es etwas besonderes, daß sie auch nicht auf die Erben des Beleidigten geht.

L 13 pr eod.

Im gemeinen Deutschen Recht sind diese Bestimmungen erweitert

worden, dadurch daß man eine Forderung der Abbitte und des Widerrufs annahm, d:h: bei objectiver Injurie kann die Klage auf Widerruf gerichtet werden; auf die subjective bezieht sich die Abbitte und eine Modification derselben ist die Ehrenerklärung. Der Beleidigte hat hier die Wahl zwischen der actio aestimatoria u der Klage auf Abbitte.

Raub und Diebstahl.

[548]

Furti actio.

Beklagter ist hier immer der eigentliche Dieb, also derselbe der auch der *Condictio furtiva* unterworfen ist; ferner auch der Diebeshelfer, gegen den die *Condictio furtiva* nicht geht.

Kläger oder Creditor ist der durch den Diebstahl Verletzte, insofern er interessirt ist. Ist er dies nicht, so ist derjenige Kläger, der das Interesse dabei hat zB wegen Diebstahls des Pfandes haben Eigenthümer u Gläubiger beide die *actio furti*. Bei einer vermietheten Sache hat nur der Miether die *actio furti*. Dieser Punct ist wichtig, denn es heißt nämlich in Stellen: wer die *actio furti* hat muß haften für *levis culpa*.

§ 13, 15 I: de obl: quae ex. del: 4.1.

Ein rechtliches und ehrbares Interesse ist hier erfordert, sonst gilt keine *actio furti* zB A stiehlt B ein Pferd und C dem A dasselbe wieder, so hat A keine *actio furti*.

L 11, 76 § 1 L 14 § 3,8,9 de furtis, 47,2. (D.)

Die *Actio furti* geht auf's vierfache beim *furtum manifestum*, aufs doppelte beim gewöhnlichen Diebstahl.

§ 5; 19 I. 4,1.

welches *quadruplum* und *duplum* als reine Strafe erscheint. Im ältern Recht fand eine größere Abstufung der Strafen statt. Das einfache Object ist grade das der *Condictio furtiva*, u macht *duplirt* oder *quadruplirt* den Gegenstand der *actio furti*.

L 80 § 1 L 7 pr § 1,2 de furtis: (D. 47,2)

[549]

Die *Actio furti infamirt*.

L 1 de his qui not: (D. 3,2)

Sie hört auf: a. Durch ein *pactum* und zwar *ipso jure*. b. Die *Actio furti nec manifesti* verjährt in Einem Jahr, die *actio furti manifesti* ist *perpetua*.

pr I: de perpetuis. (4,12)

c. Durch den Tod des Diebes; geht aber auf die Erben des Klägers über.

L 1 cit?

Dies Recht bildete sich zur Zeit der Republick so aus. Früher u später war es anders. Nach den XII Tafeln sollte der Dieb beim *furtum manifestum* des Andern Slave werden, aber der Prätor setzte die Geldstrafe fest. Unter den Kaiser wurde es wieder schärfer, sie gaben die Wahl zwischen der *Condictio furtiva* und der *extraordinaria accusatio*. So kam die Sache nach Deutschland, aber die Praxis bildete sie ganz um, und der Diebstahl wird lediglich als Gegenstand der öffentlichen Bestrafung angesehen.

Actio arborum furtim caesarum.

Wenn jemand des andern Baum umhaut, um ihn zu stehlen, so ist dies Diebstahl. Ist die Absicht zu stehlen nicht da oder nicht erwiesen, so gilt unstreitig wenn es aus Bosheit geschah, die *Actio legis Aquiliae*; doch auch noch die erwähnte besondere Klage aufs doppelte Interesse; der Beschädigte hat die Wahl. |

[550] *Actio vi bonorum raptorum.*

In den Rechtsquellen kommen hier zwei verschiedene Handlungen vor: Gewaltsamer Raub und körperliche Beschädigung einer Sache, entw: mit gewalthätiger Handlung oder mit einer Zusammenrottung verbunden.

L 2 pr § 7,9. Vi bon rapt. et de turba 47,8. (D.)

Erfolg: es entsteht daraus eine Klage aufs vierfache Interesse, jedoch so daß darin der Schadensersatz schon mit begriffen ist. Die Klage dauert so nur Ein Jahr, nachher geht sie aufs *simplum*.

Kläger ist jeder der ein Interesse hat, wie bei der *actio furti*. Hieraus ergibt sich daß die Klage einestheils mit der *actio furti*, anderntheils mit der *Condictio furtiva* concurrirt, denn der Raub ist nur eine andre Gestalt des Diebstahls und man hat die Wahl zwischen den Klagen. Hat man eine gewählt, so kann man doch immer noch eine andre auf die Differenz anstellen. So ergibt sich die Sache aus den Pandecten, allein durch ein neu aufgefundenes Fragment einer Rede Cicero's (*pro*) hat das historische dieser Klage mehr Licht erhalten. Ohne Zweifel ist sie in den Bürgerkriegen eingeführt, um die damals neu entstandenen Verbrechen (sg: *corpus delicti*) besser fassen zu können. Unter den Kaisern wurde das prätorische Edict

ziemlich unnöthig, weil nicht leicht mehr ein durch einen bewaffneten Haufen begangenes Verbrechen vorkam. |

Damnum in turba datum:

[551]

Eine Beschädigung im Tumulte; die Klage geht aufs duplum.

L 4 vi bon: rapt: ()

Entwendung und Beschädigung zur Zeit der Noth:

Wenn bei einer Feuersbrunst, einem Schiffbruche u dgl Jemand sich eines Raubes, Diebstahls oder einer Beschädigung schuldig macht, so hat man gegen ihn eine Klage aufs quadruplum.

Actio adversus Publicanos.

Wenn ein Zollpächter bei Erhebung bei Erhebung des Zolls etwas mit Gewalt nimmt, so geht gegen ihn eine Klage auf den doppelten Werth. Der Kläger hat jedoch die Wahl.

L 1 § 2 de publicanis 39,4. (D.)

Actio sepulchri violati.

Diese Klage bezieht sich auf Verletzung eines Grabmahls; sie geht aufs Interesse und auf eine Geldstrafe von 100 bis zu 200 aurei.

Vergehen gegen die richterliche Gewalt

Ungehorsam gegen den Richter:

In jedem Falle des Ungehorsams gegen den judex geht eine Klage auf das quanti res est, d:h: auf so viel, als das Object des Processes beträgt.

Actio de albo corrupto:

Wenn das Edict eines Magistratus in böser Absicht verletzt worden ist, so kann jeder gegen den Verletzer auf 500 aurei klagen. |

L 7,8,9. de iurisdic: (D. 2,1)

[552]

Gewaltsame Zurückhaltung eines Vorgeladenen:

Wenn man den vor dem Prätor geladenen gewaltsam zurückhält,

setzt man sich einer actio ebenfalls auf quanti res est, aus. Der Prozeß wird dadurch natürlich nicht geendet.

L 5 § 1,3,4 L 6 ne quis eum, qui in j. 2,7. (D.)

Verhinderte Erscheinung im Termin:

Hier geht gegen den Hindernden eine Klage auf das Interesse, dies auf die Höhe des Objects.

Aus zufälligen Gründen.

Verbindlichkeit der Schiffer und Wirthe:

Es ist hier die Rede von solchen Personen, denen wir unsre Sachen anzuvertrauen veranlaßt werden. Diese treten zu uns in ein Rechtsverhältniß, das nicht sowohl durch einen Contract begründet ist, als durch das wissentliche Aufnehmen durch den Wirthen usw und dessen Vertreter, worin ein pactum liegt.

L 1 § 1,6,8. nautae, caupones, 4,9. (D.)

In einem solchen Falle entsteht eine ganz eigne actio in factum auf Rückgabe der aufgenommenen Sache. Im allg: spricht davon:

L 1 pr L 3 § 1 L 5, § 1 eod.

[553]

In den meisten Fällen dieser Art ist eine locatio Conductio geschlossen, doch ist diese Klage umfassender als die Contractsklage. Wenn ich eine Sache in einen Gasthof bringe so könnte es zweifelhaft seyn, ob der Wirth wegen Verlust pp | wie der Miether, mir Ersatz schuldig sei, da wir beide darauf achten mußten. Eine allgemeine Präsumtion auf dolus und culpa des Wirthes findet dabei allerdings statt, und es nützt ihm daher nichts, wenn er auch beweist, daß die Sache gestohlen ist. Das damnum fatale befreit ihn einzig.

L 1 § 8 L 2,3 pr § 1 eod.

Dies ist hier die regelmäßige Obligation: Eine Nebenobligation erzeugt noch erweisliche Schuld an der Verletzung der Dienstleute des Wirthes pp, dann geht gegen ihn eine Klage auf Ersatz des doppelten Werths, weil er für die Treue seiner Leute stehen muß.

Die erste Obligation gründet sich auf den größten Theil des

Tit de receptis 4,8, (D.)

die zweite findet sich in

Tit furti adv: soc. 47,5. (D.)

wo der Fall des Diebstahls erwähnt ist, aber dasselbe gilt auch bei körperl Beschädigung. Die Straferhöhung findet sich in
L 6,7. nautae, caupones. (D. 4,9)

Beschädigung durch fremde Thiere:

Actio de pauperie:

Regel ist, daß die Beschädigung meiner Sache an einer andern mich nicht zum Ersatz zwingt. Hierauf bezieht sich nun als Ausnahme die Actio de pauperie und der Fall ist: Wenn mein Thier einen andern beschädigt, so hat er in gewissen Fällen die actio de pauperie. Sie geht auf Alle Thiere, mit Ausnahme der wilden und | reissenden, weil ein damnum contra naturam von ihnen verlangt wird. [554]

pr I. si quad: paup: 4,9.

Etwas der Imputation ähnliches wird hier bei Thieren angewendet; aber es folgt daraus nicht, daß wer ein reissendes Thier hält nicht Schadensersatz leisten müsse; dann gilt aber eine andre Klage.

Ferner wird vorausgesetzt, daß bei der Beschädigung keine menschliche culpa vorgekommen sei, die Klage selbst gilt nur in subsidium.

L 1 § 3,6 eod. 9,1. (D.)

Die Actio de pauperie ist eine Actio personalis aber in rem scripta und geht aufs Interesse. Gibt der Eigenthümer dem Beschädigten das Thier hin (noxae dare) so wird er frei.

Actio de pastu:

Wenn das fremde Thier auf meinem Boden weidet, so habe ich die Klage auf Ersatz. Hat der andre das Thier selbst auf den Acker getrieben, so gilt die Actio legis aquiliae.

L 14 § 3 de praescr: verbis (D. 19,5)

Paulus I. 15 § 1

Actio de effusis et dejectis

Wenn öffentlich etwas ausgegossen oder ausgeworfen und dadurch jemand beschädigt wird, so entsteht daraus eine eigne Klage.

Wer ist hier verpflichtet? zuerst der Thäter, allein auch der Hausherr ist für seine Hausbewohner responsabel, weil der Thäter oft schwer zu finden ist. Hausherr ist hier nicht | der jedesmalige [555]

Eigenthümer des Hauses, sondern derjenige, der das Hausrecht hat.

L 6 § 2 de his qui effud: 9.3. (D.)

Das Vergehen ist ein Quasidelict d:h: der Herr wird behandelt nach der Natur des Delicts. Die Klage geht zuörderst auf 50 solidi; ist dabei ein Freier verwundet worden, so bestimmt der Richter die Strafe; zuletzt zieht jeder andre Schaden noch Strafe des zweifachen Werths nach sich. Kläger kann jeder seyn; ist jemand beschädigt worden, so ist es dieser.

Vortheil aus dem Verlust fremden Eigenthums:

Durch Accession und Specification:

Wenn meine Sache mit einer andern so verbunden ist, daß sie unzertrennlich, so geht eine Veränderung im Eigenthum vor. Dann entstehen folgende obligatorischen Verhältnisse: zB Meine Sache ist verbunden mit fremden Boden (dies ist der gewöhnlichste Fall) wodurch mein Eigenthum daran so gut wie verloren geht. Habe ich selbst bona fide auf fremdem Boden gebaut, so werde ich entschädigt und kann seiner rei vindicatio die exceptio doli entgegenstellen, bis er mich entschädigt.

L 7 § 10,12 de acq rer dom: (D. 41,1)

Etwas ähnliches tritt ein, wenn ich auf fremdem Boden einen Baumpflanze

L 9 pr eod,

ebenso wenn ich auf fremden Stoff schrieb oder druckte.

L 9 § 1 eod.

[556] bona fides ist zur doli exceptio erforderlich. | Wenn einer wissentlich fremdes Material verbaute, so geht gegen ihn die actio tigni juncti und die actio ad exhibendum.

Dig. 47,3.

L 1 § 2 de tigno juncto. (D. 47,3)

Der Andre hat nur in Beziehung auf das Object keine Eigenthumsklage; auf den Werth des verbauten Materials hat er allerdings eine Condictio sine causa.

§ 26. de div. rer. ()

L 23 § 5 D de rei vind: (6,1)

Die Grundsätze der Accessio gelten auch bei der Specification:

L 9 § 2 D. de acq: rer dom (41,1)

Lex Rhodia de jactu.

Vorausgesetzt wird hier eine Seegefahr, wobei Waaren über Bord geworfen wurden, und das Schiff gerettet wurde. Derjenige, welcher dadurch verloren hat, wird hier pro rata von den Andern entschädigt. Dies ist nicht etwas rein positives; Alles in Tit: de lege Rhodia de jactu beruht auf den gewöhnlichen Contractsgrundsätzen. Der Beschädigte hat gegen den, welcher die Sachen über Bord warf, eine Klage daß er mehr hinauswarf, als auf seinen Theil kam, und der Capitän klagt nun gegen die Andern. Indirect hat nun der Beschädigte nun auch eine Klage gegen die übrigen socii. Bei der Berechnung wird Werth und Verlust pro rata getheilt.

Nähere Bestimmungen: a. Wenn das Schiff dennoch untergeht, so findet keine Berechnung statt.

L 5 pr de lege Rh. (D. 14,2)

[557]

b. Der Beschädigte hat eine doppelte Klage:

cf L 2 pr § 2 eod.

Die lex Rhodia ist nicht, wies gewöhnlich geschieht auf andre Fälle auszudehnen, denn in jedem einzelnen Falle wird sich die Anwendung aus allg: Contractsansichten leicht machen. zB bei einer gemeinschaftl Reise, auf der die Reisenden durch Räuber angefallen werden.

L 2 § 3 eod

Veräußerung fremden Eigenthums bona fide.

Der fiscus kann fremdes Eigenthum mit Erfolg veräußern; der Eigenthümer hat aber gegen ihn eine Klage, die in vier Jahren verjährt. Das Nähere:

cf Traditio und rei vindicatio.

EILFTES KAPITEL.

ACCESSORISCHE OBLIGATIONEN

Dies sind solche Obligationen, die nur in Verbindung mit andern stehend Sinn und Bedeutung haben.

Vom PfandContract:

Begriff und Eingehung.

[558] Dies ist: Hingeben einer Sache an einen andern zu seiner Sicherheit, damit er sie behalte, so lange meine Schuld dauert. Ist sie getilgt, so klage ich auf Rückgabe mit der Formel: do ut reddas. Es ist nämlich ein NominalRealcontract. Bei Versprechen eines Pfandes bindet bei uns das bloße pactum; es kommt aus eine Verpfändung durch pactum hypothecae vor, sogar eine stillschweigende Hypothek aber in allen diesen Fällen finden die Regeln der Pfandklage Anwendung. Nach dem Neuen Recht ist mit dem Pfandcontract immer ein jus in re vorhanden, aber auch darohne entsteht doch die Pfandklage, zB wenn eine fremde Sache verpfändet oder die Schuld schon getilgt ist. Dieses obligatorische Verhältniß ist also von jus in re unabhängig.

Verbindlichkeiten:

Des Gläubigers:

Gegen ihn geht die actio pignoratitia directa auf Rückgabe des Pfandes nach getilgter Obligation, wobei es gleichgültig ist, ob das Pfand ein gültiges war oder nicht. Auch muß der Gläubiger die Früchte herausgeben, sei es in natura oder durch Berechnung. Hat er die verpfändete Sache veräußert, so muß er das herausgeben, was den Werth der Schuld übersteigt.

L 42 de pignor: act: 13,7. (D.)

Er haftet für dolus und omnis culpa.

L 19 Cod de pignoribus. (8,14)

(Nro 327) § 4 I: quib mod: re. (3,14)

(328) *L 13 § 1 de pignor. act.* (D. 13,7) | Dies ist grade sehr streitig und man schlägt vor statt *ut in commo-* [559]
dato zu lesen *at in commo-*
dato.

Des Verpfänders:

Gegen ihn gegen die *actio pignoratitia contraria* auf Ersatz der Verwendungen des Gläubigers.

L 8 pr L 25 de pign. act. (D. 13,7)

Sie kann aber auch ein eigenthümliches Object haben, zB das Geben einer zum Pfande tauglichen Sache, wenn zB eine fremde gegeben war.

L 16 § 1 L 36 § 1 eod.

Diese *actio* gilt jedoch nicht, wenn der Gläubiger wußte, daß die Sache eine fremde war. So ist die römische Ansicht. — Bei uns aber ist die Klage erweitert und geht zB auf Bestellung des versprochenen Pfandes.

Von der Antichresis.

Davon ist schon oben die Rede gewesen. — Die Früchte gehören dem Verpfänder, daher muß der Creditor sie *in natura* herausgeben, oder sich dieselben anrechnen lassen. Auch können die Früchte statt der Zinsen gegeben werden.

Vom *Constitutum debiti proprii*:

Sowohl dieser Ausdruck als auch das Wort *Constitutum* als Bezeichnung einer eignen Art Verträge ist unrömisch. Die Römer sprechen immer von *constituta pecunia*.

Römische Grundsätze:

Die Römer verstehen unter *constituere* das | Versprechen einer [560]
 Handlung, die schon in *obligatione* war. Das *Constitutum* hat die Wirkung, daß auf ein solches Versprechen eine eigne prätorische Klage geht; und es findet statt, wenn eine *naturalis obligatio* *constituitur* wird, ebenso wenn die Art der *Obligatio* verändert ist; besonders wichtig ist aber das *Constitutum*, wenn die Personen verändert

werden, nicht ist dies aber der Einzige Fall. Den nämlichen Zweck konnte auch schon Stipulatio erreichen; diese war aber nicht so freier Form und immer Auflösung der alten Obligatio, dahingegen beim Constitutum diese neben der neuen bestehen blieb.

Bedingungen:

1. Ein wirkliches und gültiges Debitum; die alte Obligatio darf nicht nulla seyn, wohl aber bloße naturalis.

L 1 § 7 L 3 § 1 de pec: const: 13,5. (D.)

2. Der Gegenstand durfte früher nur eine fungibile Sache, nachher jede seyn.

L 2 Cod eod. 4.18.

3. In Beziehung auf die vorhandene Schuld muß jetzt schon etwas, gleichgültig in welcher Form versprochen seyn.

L 14 § 3 eod.

4. Der Gegenstand des Versprechens ist höchst willkürlich; es können in der Obligatio Nebenbestimmungen, ja selbst die Haupt-

[561]

Obligatio kann in ihrem Object geändert werden.

L 3 § 2 L 5 pr L 1 § 5 eod.

Doch das letzte nicht, wenn beide Objecte reine Quantitäten sind zB: kann ich nicht 2000 statt 1000 versprechen.

L 11 § 1 L 12 eod.

Wirkungen.

Die eigenthümliche actio constitutoria.

L 20 eod.

Sie ist bloß accessoria; man hat die Wahl zwischen der alten und neuen Obligatio. Ist eine getilgt so ist damit auch die andre.

L 15 § 4 eod.

Heutige Anwendung:

Für uns hat es keine Gültigkeit, denn bei uns ist der freie Vertrag an die Stelle der Stipulatio getreten. Allein auch nach Ansicht des justinianischen Rechts gelten für das Constitutum dieselben Regeln wie bei der Novatio und so ist auch das Constitutum debiti proprii bei uns ganz dasselbe, was Novatio ist.

Von den Intercessionen.

*Im Allgemeinen:**Begriff und Eintheilungen:*

Intercessio heißt jedes Geschäft, wodurch die Obligation einer andern Person als Schuld übernommen wird.

a. Vor allem muß die fremde Obligation gültig seyn, wenn sie auch naturalis ist. Sie braucht aber nicht in der Vergangenheit begründet zu seyn, ja die Intercession ist für | eine künftige und selbst für eine Obligation möglich, deren Entstehen durch sie verhindert werden soll, also für eine nie entstehende Obligation. [562]

b. Ich muß mit Rücksicht auf die andre Obligation eine neue contrahiren zB es ist keine Intercession, wenn ich eine Schuld zahle.

c. Das ganze muß auf einer freiwilligen Handlung beruhen zB: Gajus besorgt als Mandatar meine Geschäfte und ich befreie ihn für die für mich übernommene Obligation, so ist dies keine Intercession.

Man theilt die Intercession ein in: Intercessio privativa und cumulativa, welcher Sprachgebrauch neu ist. Jene hebt die schon bestehende Obligation des andern auf oder verhindert die, so noch entstehen würde, – diese tritt nur der bestehenden zur Seite.

Rechtliche Wirkungen:

1. Es kann aus der Intercession geklagt werden, wie das hängt vom einzelnen Geschäft ab.

2. Hat der Intercedent den Regress gegen den Hauptschuldner? Dies ist streitig.

Dies kann streng genommen nicht im Allg: beantwortet werden, doch gelten meist folgende Regeln: Wußte der andre davon, so werde ich als Mandatar behandelt, sonst meist als negotiorum gestor. Doch hat diese ihre Ausnahmen, nach der Natur der negotiorum gestio und des Mandats; zB wenn ich donandi animo intercedire, so habe | ich keinen Regress. [563]

3. Im alten Recht hat der Intercedent in manchen Fällen Sicherheitmittel. Gajus III. § 127.

4. Die Intercession ist den Frauen untersagt.

*Einzelne Arten:**Bürgschaft:***Begriff und Erfordernisse:**

fidejussio, ist Intersessio cumulativa in Form der Stipulation.

(Nro 329) L1 § 7,8 de obl: et act: (D. 44,7)

Die Benennung des alten Rechts weicht von dieser des justinianischen ab. Dort hieß Bürgschaft sponsio und fidejussor war der, so unter der Formel fide jubeo Bürgschaft geleistet hatte.

Bedingungen der Bürgschaft sind: Die der Intersessio im Allg: – ferner muß die alte[n] und neue Obligatio übereinstimmen zB nicht diese auf ein Haus, jene auf Geld oder diese auf eine durior causa gehen.

Wirkung der Bürgschaft ist Klage aus der Stipulatio auf das übernommene Object, so daß der Hauptschuldner und der oder die Bürgen correi debendi sind.

Exceptionen.

a. Der Bürge hat alle Exceptionen, die der Hauptschuldner hat, ausser der streng persönlichen zB des beneficium competentiae.

L 7 pr § 1 de except. ()

[564]

b. Ferner hat er: aa beneficium excussionis d:h: vorläufige Verweisung an den Haupt- | schuldner. Dies galt nach altem Recht gegen die Natur des Correalverhältnisses.

L 5,9 Cod de fidejus: 8.41.

cf: Nov: 4. Cap. 1.

bb. beneficium divisionis. CorrealBürgen hafteten ursprünglich (nach der Regel) in solidum, aber eine epistola divi Hadriani gibt jedem das Recht, die übrigen zur Theilnahme prorata aufzufordern, so daß er erst, wenn alle insolvent sind, in solidum haftet.

Gaj. 121, 122.

Nach Justinian haften Alle nur pro parte, wenn sie nichts anderes ausmachten.

Nov. 99.

cc. beneficium cedendarum actionum. Der Bürge kann die Cession der Klage gegen den Hauptschuldner vom Creditor fordern, obwohl er meist schon eine andre Klage hat.

Aufhebung. Die Bürgschaft hört auf: a. Durch Vertrag. b. Durch jede Befreiung des Hauptschuldners.

L 43 de solut: (D. 46,3)

c. Insbesondere durch Confusio und zwar: aa. Wenn der Schuldner Erbe des Gläubigers wird. bb. Wenn es der Bürge wird.

L 71 pr de fidejuss: 46,1. (D.)

cc. Auch ist Confusio des Hauptschuldners mit dem Bürgen denkbar; dann fällt die Nebenobligation weg, ausser wenn diese Vorzüge vor der Hauptobligation hat.

L 13 de duobus reis. (D. 45,2)

L 21 § 2 de fidejuss: (D. 46,1)

[565]

Mandatum qualificatum:

Wenn A dem B 1000 als Darlehen gibt, und C als Bürgen verlangt, so kann er das thun indem er C den Auftrag gibt an B die 1000 zu geben. Hier kann C mit der actio mandati contraria beklagt werden.

Constitutum debiti alieni

Dies ist das unfeierliche Versprechen: eine fremde Schuld zu übernehmen.

L 5 § 2,8, de pecunia const: (D. 13,5.)

Blos in der Form von der fidejussio verschieden, daher für uns mit ihr identisch. — Die Eigenthümlichkeiten dieser Institute müssen überhaupt jetzt als vereinigt angesehen werden. Das beneficium excussionis gilt jetzt für Alle Intercession, sei es fidejussio, mandatum oder constitutum, überall haften die Mitbürgen nur pro parte, wenn nichts besonders ausgemacht, und dann auch haben sie noch das beneficium divisionis. In allen Fällen haben sie das beneficium cendarum actionum.

L 3 Cod de pecunia const: (4,18)

Expromissio.

Dies ist der Hauptfall der Intercessio privativa; es liegt darin: Tilgung der einen und Begründung einer neuen Obligatio.

Von den Intercessionen der Weiber:

Das Scltum Vellejanum bestimmte:

[566] 1. Eine Frau soll nicht intercediren d:h: es ist dies ungültig; sie mag verheirathet seyn oder | nicht, minderjährig oder großjährig seyn. Der Grund davon ist wohl die Gefährlichkeit der Bürgschaft.

2. Es muß die Intercession wahre Intercession seyn; auch darf sie ihre Sachen nicht für eine Schuld verpfänden.

L 8 pr L 29 pr ad Scit Vellej. 16.1. (D.)

L 5,7 Cod eod. 4, 29.

Ein Geschäft in fraudem Sciti Vellejani steht der Intercession gleich.

3. Dagegen darf sie eine fremde Obligation tilgen, ferner auch sonst zum Vortheil eines Dritten eine Obligation contrahiren, doch nur ohne Mitwissen des Dritten, weil sonst Umgehung des Scits zu fürchten wäre.

L 11,12,4 pr ad Scit: Vellej: ()

Endlich darf sie in ihren eignen Geschäften zB für ihren Mandatar intercediren.

Wirkungen:

1. Die Obligation der Frau war nach altem Recht per exceptionem ungültig, so daß auch die naturalis Obligatio nicht einmal besteht. Nach Neuerm Recht ist die Intercession der Frau für ihren Mann ipso jure nullo.

Nov. 134. C.8.

Auth si qua mulier Cod ad Sc: Vellej: (4,29)

2. Die Intercessio die nicht in einem öffentlichen Instrumente geschieht, ist ipso jure nulla. Ausserdem bleibt bei den Regeln des Scits, welches auch die naturalis Obligatio aufhebt.

L 23 § 2 D ad Sc: Vellej: (16,1)

3. Die alte Obligatio besteht bei cumulativer Intercession fort, bei privativer sollte sie eigentlich aufgehoben seyn, doch ist dies nicht.

L 1 § 2 L 8 § 7-15, L 9, 29 pr eod.

[567] Ausnahmsweise fällt die Ungültigkeit weg: a. wenn die Frau in dolo ist zB dem Creditor sagt: es sei ihr eignes Geschäft.

L 2 § 3 L 30 eod.

b. Wenn sie auf andre Weise gegen Verlust gesichert ist.

L 16 pr eod.

c. Wenn sie sich für die Intercession etwas bezahlen ließ. d. Wenn die Hauptobligation auf die Bestellung einer dos gerichtet ist.

L 23 pr 25 Cod eod.

e. Unrichtig nimmt die Praxis gewöhnlich an, daß die Frau auf das Scit verzichten könne.

Von der Gewähr für die Eviction und Fehler veräußerter Sachen:

Gemeinschaftliche Grundsätze:

Allgemeine Einleitung:

Die Lehre von der Evictionsleistung und dem aedilitischen Edict gehören eigentlich zusammen, obgleich sie in den Pandecten getrennt sind.

Die Eviction ist: die Vindication einer von mir gekauften Sache durch den Eigenthümer. Das aedilitium Edictum bestimmt, was ich fordern kann, wenn eine von mir gekaufte Sache Fehler hat. Im Deutschen befaßt der Ausdruck: Gewährleistung beides. Die Fälle sind nämlich: da eine gekaufte Sache sei's eines juristischen, sei's eines physischen Mangels wegen unbrauchbar oder schlechter für den Käufer ist.

Bedingungen der Verbindlichkeit zur Gewähr:

1. Nach der Art der Veräußerung:

Das Geschäft muß eine onerose Veräußerung seyn zB Kauf, Tausch. I L 19 § 5 de aedilit ed: (D. 21,1) oder L 29 Cod de societate.^a oder datio in solutum;

L 4 Cod de evict: (8,45)

Bei Schenkung also gilt die Eviction nicht, ausser wenn sie versprochen ist,

L 2 Cod de evict: (8,45)

oder ihr ein dolus zu Grunde liegt, so kann auf dem Grund des dolus[?] das Interesse gefordert werden,

L 18 § 3 de donat: (D. 39,6)

L 62 D de aedilit Ed: (21,1)

ferner wenn das Schenkungsversprechen auf ein genus geht u nachher die species evincirt wird, denn dies ist ähnlich der datio in solutum.

L 45 § 1 L 46 de legatis I (D. 30,1)

Dies reicht aus für die bonae fidei Contractus; wie steht es aber bei der Stipulatio? Da gilt dieselbe Regel, doch mit einem Zusatze; wenn

^a Die Stelle de societate ist I. 3,25

in der Stipulatio ein dare versprochen, so geht dies gradezu auf Eigenthumsverschaffung; gebe ich nun aber eine fremde Sache, so kann immer noch auf Erfüllung geklagt werden.

L 131 § 1 de verb obl: (D. 45,1)

L 33 pr L 27 de solut: (D. 46,3)

Nach dem Gegenstande:

Davon wird in den folg: §§ geredet.

Personen, die für Gewähr haften:

Es haftet: der Veräußerer d:i: der wirkliche, nicht etwa der Mandatar. Wenn Gajus dem Sejus sein Haus verpfändet, Sejus es dem Titius verkauft u es diesem evincirt wird, so haftet Gajus für die Gewähr, doch auch Sejus in folgenden Fällen: a. wenn ers versprach, b

[569]

wenn er in l dolo ist, und c wenn sein Pfandrech ungültig war.

L 11 § 16 de act emti (D. 19,1)

L 12 § 1 de distract: (D. 20,5)

L 38 de evict: (D. 21,2)

Vollständig stellt sich also das Verhältniß des Creditors so, daß ich gegen ihn klage auf Herausgabe seiner actio contraria gegen den Verpfänder. Ist die Sache in andre Hände gekommen, so muß der, welcher sie jetzt besitzt auf seinen Autor zurückgehen; ich kann aber fordern, daß derjenige der mir obligirt ist, mir seinen Regress gegen den vorigen Autor cedire, damit ich gegen ihn die Klage als utilis anstellen könne. Auf ein solches Verhältniß geht:

(Nro 330) L 43 pr de evict: (D. 21,2)

Wo aber statt *cavisset cavissem* zu lesen ist.

Ausnahmen:

Wenn der *fiscus* der Veräußerer ist, so leistet er keine Gewähr; beim *aedilitium Edictum* ist dies besonders bestimmt in

L 1 § 3 de aedilitio. (D. 21,1)

Bei der *Eviction* findet sich keine solche Bestimmung; sie ist deshalb schon unmöglich, weil durch die Veräußerung des *fiscus* immer Eigenthum übergeht.

Von der Evictionsleistung:

Darunter begreift man jede Forderung die sich gründet auf die Unbrauchbarkeit einer Sache wegen juristischen Mangels.

Bedingungen.**Ueberhaupt:**

1. Es muß dem Kläger die Ausübung des Rechts entzogen seyn und zwar der Grund in dem Mangel | des Rechts des Autors liegen. Ein zu befürchtender Mangel reicht nicht hin. [570]

L 3 Cod de evict. 8.45.

L 1 pr de rer permut: (D. 19,4)

Dieser Satz war ehemals für den Käufer nicht so hart wie nach heutigem Recht, da ehemals die Usucapionszeit so kurz und bona fides ab initio hinreichend war, hingegen die Usucapionszeit später weit länger wurde u das canonische keine mala fides superveniens zuließ.

– Die Usucapion schließt alle Eviction aus und wenn der Käufer das possessorische Rechtsmittel verloren hat, so bleibt ihm noch das petitorische, und wenn er in der untersten Instanz durchfiel, so bleibt ihm noch die höhere und im Gebrauch der Sache kann er nicht gestört werden.

L 54 pr L 39 § 1 de evict. 21.2. (D.)

Die bloße Entdeckung des fremden Eigenthums gibt keinen Anspruch auf Eviction, aber vor Zahlung des Kaufpreises gibt diese Entdeckung mit Anhebung des Vindicationsprozesses schon das Recht der Nichtbezahlung, ausser wenn der Verkäufer Caution-leistet.

L 18 § 1 de periculo (D. 18,6)

L 24 Cod de evict: (8,45)

cf: fr vat § 12. (abweichend)

2. Also der Grund des Mangels muß in dem Recht des Autors liegen. Gewöhnlich ist der Dritte evincirende Eigenthümer, aber auch der Pfandgläubiger kann mit seiner hypothecaria, der Usufructuar mit seiner confessoria klagen.

L 1, 34 § 2 de evict: (D. 21,2)

Es ist gleichgültig ob der Verkäufer von dem Recht des andern wußte.

Andre Gründe geben nicht das Recht der | Evictionsforderung, diese können nämlich liegen: a. In der Schuld des Käufers zB wenn er die Sache nachlässig behandelt oder schlecht prozedirt hat. b. Im Irrthum oder bösen Willen des Richters. c. Im zufälligen Untergang der Sache. [571]

L 19 § 1, L 51 pr, 21 pr eod.

Von der litis denunciatio.

Der in Anspruch genommene Käufer muß es seinem Autor anzeigen, damit dieser ihn im Prozeß beistehen könne.

L 74 § 2 eod.

Thut er dies nicht, so soll ihm dies nach

L 8 Cod eod

immer, hingegen nach

L 53 § 1 D eod

nur dann schaden, wenn es wirklich seiner Sache nachtheilig war.

Umfang der Leistung:

Es heißt: *evictionem vel auctoritatem praestare*. *Evictio* ist die *Vindicatio cum effectu* und nicht wie unsre Practiker sagen: die Forderung von dem Verkäufer.

1. Ist die *Eviction* verabredet, so kann im Allg: daraus geklagt werden, und zwar bei *Mancipatio* ist stillschweigende Verabredung.

Varro de re rustica II. 10 § 5.

Paulus II. 17. § 3.

[572]

War dagegen blos tradirt, so war es | gewöhnlich, die Verabredung vorzubereiten durch *duplex Stipulatio*; es wurde eine *Stipulation* hinzugefügt, daß der Käufer auch Vorthiel von der Sache haben müsse und so ist es denn natürlich, daß ihm für *Eviction* gehaftet wird u zwar nahm man dafür eine runde Summe, das *duplum*. Hierauf bezieht sich der so oft vorkommende Ausdruck *promittitur Stipulatio*; zuletzt wurde selbst bestimmt, daß wenn diese *duplex Stipulatio* nicht geschehen, man mit der *actio emti* noch später darauf klagen könne.

(Nro 331) L 37 pr de evict: (D. 21,2)

Zuletzt nahm man sie immer stillschweigend an.

(Nro 332). L 2 eod (D. 21,2)

Paulus. II. 17 § 2

fr: vat: § 8

Doch dies Alles nur bei bedeutenden Gegenständen, nicht denen des täglichen Verkehrs

(Nro 331) L 37 § 1 de evict. (D. 21,2)

Diese Sätze sind jetzt unpractisch, denn die Regeln der *Eviction* werden wir eben so beim *aedilitium Edictum* wiederfinden, wo der Grund besonders ausgedrückt ist;

(Nro 333) L 31 § 20 de aedil: Ed. (D. 21,1)

Dieser ist: daß in Rom die duplex Stipulatio so gewöhnlich war; bei uns aber kommt fast nie doppelte Gewährleistung vor.

2. Wenn nichts über die Eviction bedungen ist, so gilt im Allg: die actio emti. L 11 § 2 de act: emti. (D. 19,1)

[573]

Diese geht nur auf das Interesse, also meistens den Kaufpreis. (wenn nicht der Werth der Sache sich unterdeß geändert hat.

L 70^a,60,8 de evict: (D. 21,2) Nicht aber wenn ich die Sache zu theuer kaufte). Die Entsagung von dieser actio schützt den Verkäufer nur wenn er dabei in bona fide war.

L 11 § 18 de act: emti. (D. 19,1) L 14 § 9 de aedit: ed: (D. 21,1)

Stillschweigende Verzichtleistung liegt im Mitwissen des Käufers zur Zeit des Contracts.

L 27 Cod de evict: (8,44)

Vom Aeditium Edictum.

Verbindlichkeit des Autors.

Das aedil: Edictum bezieht sich auf zwei an sich ganz versch: Fälle:

1. Auf den Fall eines wirklich verborgenen Mangels. Das Edict wurde von vitium und morbus an Slaven und Thieren auf andre Sachen ausgedehnt; zB auf Grundstücke.

L 1 pr L 63,49 de aedil Ed. 21.1. (D.)

Doch ist das Object nur in Einer Rücksicht noch beschränkt nach:

(Nro 334) L 48 § 8 eod. (D. 21,1)

auf: Simplariae venditiones, geringe Gegenstände. – Vorausgesetzt ist, daß der Mangel nicht unbedeutend sei und daß er verborgen u nicht leicht zu entdecken sei.

L 48 § 4 L 14 § 10 eod. |

Der Mangel muß zur Zeit des Kaufs daseyn Dabei ist in der Regel die fides des Verkäufers gleichgültig.

[574]

2. Auf den Fall nicht vorhandener versprochener Vorzüge; dies steht dem vorigen gleich.

L 19 pr § 1–3 L 18 pr L 52 eod.

Auch hier ist die fides gleichgültig. Irrthum in der Substanz ist etwas diesen Regeln ganz fremdes, dann ist ja gar kein Contract vorhanden. Davon schon oben.

* D. 21,2 reicht nur bis L 65

Rechtsmittel: *actio redhibitoria* und *actio quanti minoris* sind die beiden Rechtsmittel, welche dem Käufer in Folge eines heimlichen Mangels oder eines falschen Vorzugs zufließen.

Im Allgemeinen:

Hier gelten die *Contractsklagen*, insofern sie in diese Regeln eingreifen. Es kann wegen heimlichen Mangels nur dann die *actio emti* stattfinden, wenn der Verkäufer in *dolo* war.

L 4 § 4 de aedil: ed. (D. 21,1)

Das *aedilitium edictum* ist also ausgedehnter; unbedingt gilt hier die *actio emti* im Fall eines fälschlich versprochenen Vorzugs.

L 13 § 3 de act: emti. (D. 19,1)

Dahin gehört auch die *Quantität*, zB ich sage: der Hof hat 100 und er hat nur 70 Morgen.

Von *Redhibition* insbesondere:

Leistungen des Beklagten:

Es gilt hier eine ganz eigne *Obligation* und *Klage*, derer Verhältnis zur *Contractsklage* ein *electives* ist. (Der Kläger hat die Wahl.

L 19 § 2 de aedil: ed. (D. 21,1)

[575]

Das *Edictum* selbst gibt nun wieder ein doppeltes *Rechtsmittel*, die *actio redhibitoria* | und die *Actio quanti minoris* und so concurriren hier immer drei *Klagen*. Jene geht auf völligen Rückgang des Kaufs, diese darauf daß verhältnißmäßig das Kaufpretium vermindert werde. Diese beiden *Klagen* gelten sowohl beim heimlichen Mangel als beim fehlenden Vorzug, und stehen wieder unter sich in *electiven* Verhältnis. Die *redhibitoria* verjährt in sechs, die *actio quanti minoris* in zwölf Jahren.

L 19 § 6 de aedil: ed. (D. 21,1)

L 25 § 1 de exc: rei jud: (D. 44,2)

Falsch behauptet man gewöhnlich: die *redhibitoria* gelte, wo die Sache ganz unbrauchbar geworden sei, die *quanti minoris* wo sie verschlechtert sei. Nach den *Rechtsquellen* zu verwerfen, denn es ist ganz *subjectiv*, wie der Mangel der Sache zu betrachten ist.

Ueber die Wirkung der *redhibitoria*

cf L 60, L 23 § 7 de aed: Ed. (D. 21,1)

Der Zustand vor dem *Contract* wird hergestellt, das *pretium* also nebst *Zinsen* herausgegeben, von *Interesse* ist dabei gar nicht die Rede, daher ist Rom die *Stipulatio* auf den doppelten Werth neben der *actio redhibitoria* so üblich war.

L 31 § 20 eod.

Nur insofern man durch den Besitz der Sache Schaden gelitten hat,

kann hier von Interesse die Rede seyn zB wegen Kosten. Der Käufer muß auch die Sache mit allen Accessionen herausgeben, da der Kauf vollständig rückgängig wird. Dies ist die:

Gegenleistung des Klägers

L 21 pr L 23 § 1,9 eod.

L 29 pr eod.

Hierauf hat der Verkäufer eine Klage und deswegen Retentionsrecht am pretium. Wenn ers schon herausgegeben eine *Condictio ob causam datorum* auf Rückgabe.

[576]

Nebenverträge über die Wiederaufhebung einer Obligatio.

In diem addictio.

Davon war schon oben im allg: die Rede. Es ist die Verabredung, daß der Kauf ungültig werde, wenn irgend ein anderer später noch vortheilhaftere Bedingungen anbietet. Dies läßt sich sowohl als suspensiv wie als Resolutivbedingung denken nach der Uebereinkunft der Partheien. Da sie blos den Vortheil des Verkäufers bezweckt, so kann er darauf verzichten. Die Klage ist die *actio emti et venditi*.

Lex commissoria.

Sie ist die Verabredung der Contrahenten [d]über Rückgängigkeit des Kaufs bei Nichtzahlung des ganzen oder eines Theils des pretii binnen einer gewissen Zeit. Auch hier kann der Verkäufer darauf verzichten.

fr vat § 3,4,11.

Pactum displicentiae.

Die Verabredung, daß ein Contrahent ein- | seitig vom Vertrag ab-
gehen könne; sie ist nur gegen die Regel beim Kaufe zulässig, und
ein Gegenstück zu dem oben erwähnten, wo die Beendigung des Ge-
schäfts von der Willkühr des Käufers abhängt. Hier gilt die *actio*
emti, u wird auch *actio in factum, proxima actioni emti* genannt.

L 6 de rescind: vend: ()

L 31 § 21,22 de edendo. ()

[577]

Ganz eigenthümlich kann hier auch die actio redhibitoria angewendet werden.

**L 4 Cod de aedil: Ed.^a
fr. vat § 14.**

Das pactum displicentiae kann der Zeit nach auf ganz beliebige Weise geschlossen werden. Ist aber über die Zeit gar nichts bestimmt worden, so kann das Vorrecht nur binnen zwei Monaten ausgeübt werden.

L 31 § 21,22 de aedil: Ed: (D. 21,1)

^a Die Stelle de aedilicio edicto ist D. 21,1

VIERTES BUCH.

[579]

DINGLICH PERSÖNLICHE RECHTE ODER FAMILIENRECHT.

EINLEITUNG.

Diesen Abschnitt des Privatrechts nannte man früher Personenrecht. Zum römischen Familienrecht gehören zwei Bestandtheile die sich in jedem positiven Recht wiederfinden müssen; die Römer sagen sie seien *juris naturalis*, nämlich Ehe und väterliche Gewalt.

Wie kommen diese beiden Bestandtheile als Rechtsverhältnisse im römischen Rechte vor? In einem streng monarchischen Character.

An diese beiden Theile knüpft sich analogisch ausgebildet, vorerst das *Scavenverhältniß* u diesem analog das *mancipium* und endlich die *Tutel*, welche als *Surrogat* der mangelnden juristischen Gewalt erscheint, wo diese factisch nöthig ist.

Bei der Entwicklung des Familienrechts sind zwei Wege möglich, indem man das historische voranschicken oder nachfolgen lassen kann. Nach ursprüngl römischer Ansicht gibts *potestas*, *manus* u *mancipium*. Zur *potestas* rechnen sie die *patria* u *dominica potestas*, zur *manus* die Ehe, und das *mancipium* sahen sie als etwas dem *Scavenverhältniß* analoges an. Nach dieser Ansicht wird die *Vormundschaft* ausfallen und zwar aus dem natürlichen Grunde, weil bei dieser Eintheilung immer nur von den versch: Graden und Erwerbsgründen einer persönlichen Abhängigkeit die Rede ist. Will man jedoch die *Vormundschaft* classifiziren, so muß man sie zur *patria potestas* stellen. Noch bleibt für uns übrig: die Ehe, die väterliche Gewalt und die *Vormundschaft* als Analogon der *patria potestas*. Die ursprüngl Aehnlichkeit dieser versch: Verhältnisse hat sich im Lauf der Zeit sehr verloren.

[183]

[580]

ERSTES KAPITEL.

EHERECHT.

Erster Titel.

Begriff und Gründung der Ehe.

Quellen. Inst I, 10
Dig XXXII. 1,2.
Cod V. 1,2,4-8.
Gaj. I. 4.
Paulus sent rec. II. 19
Ulp. V. 9 |
Cod Theod. 3,7,10-12,14,5.
Cod: Gregor: V. 1
Cod Hermog: 13.
Collat: leg: mos: atq: rom. 6.

[581]

§. 1.

I. Begriff der Ehe.

Ihm liegt ein Verhältniß zwischen Mann und Weib zu Grunde. Er ist sehr bestritten, wovon die Ursache in den zwei versch: Definitionen der römischen Juristen liegt. In

§ 1 Inst de patria pot: (1,9)

heißt: Ehe ist die Geschlechtsverbindung zwischen Mann und Weib, wenn sie auf die Dauer des ganzen Lebens eingegangen ist. Ist dies historisch richtig? Die Ehe war in Rom nie absolut unauflöslich, sondern konnte durch einseitigen Willen getrennt werden. Manche suchten sich hier so zu helfen: sie unterschieden zwischen dem was die Partheien intendirten und was nachher erfolgte. Dies ist jedoch eine willkürliche Interpretatio und widerspricht dem, was dem Rechte und der Sitte in Rom gemäß war. Die

L 1 de ritu nupt: (D. 23,2)

dagegen sagt: Ehe sei consortium omnis vitae. Dies kann heißen: sie ist eine Vereinigung, die fortdauern soll das ganze[en] Leben hin-

durch; aber es kann auch abstrahirt seyn von der Dauer, u damit die Vereinigung aller Lebensverhältnisse gemeint seyn, welche letzte Meinung | auch durch das *divini atque humani juris communicatio* [582] bestätigt wird. Nach beiden Stellen heißt *individua vitae consuetudo* nichts anders als *consortium omnis vitae*, und heißt nicht: unzertrennliche Vereinigung, sondern eine solche, in welcher beide Personen zusammen verbunden in allen Lebensverhältnissen erscheinen, ganz abstrahirt von der Dauer der Vereinigung, wodurch sich die Ehe von allen andern Geschlechtsverbindungen unterscheiden sollte.

cf. Columella XII. praef § 8.

Canon 3. C. 27 Q. 2

Die Römer dachten also: die Geschlechtsverbindung zwischen Mann u Weib sei nur dann eine eheliche wenn sie in Verbindung stehe mit der ausschlieslichen Gemeinschaft an allen Verhältnissen des Lebens.

Das positive Recht kann die Gestalt, wie die Vereinigung als juristische vorkommen soll, und kann die Bedingungen angeben, unter welchen sie geschützt werde. Die Ehe in diesem Sinne ist unstreitig ein Vertrag, ein beiderseitig ausgesprochenes Wollen, und es wird dadurch der Würde der Ehe nicht geschadet, daß man sie als einen Vertrag angibt, wenn man nur nicht sie als ein obligatorisches Verhältniß ansieht. Die römischen Juristen nennen sie sowohl *matrimonium* wie *nuptiae*, welches letztere ursprünglich unser Hochzeit bezeichnet.

Ein der Ehe ähnliches ihr gegenüberstehendes Verhältniß ist das Concubinatus. Durch diesen Gegensatz wird der Begriff der Ehe ganz deutlich werden. [583]

L 49 § 4 de legatis III. (D. 32,1)

Hier heißt: zwischen Ehefrau und Concubine ist kein Unterschied als in Bezug auf die *dignitas*, denn beide leben mit dem Manne zusammen. Der Sinn ist also: die Frau nimmt Theil an dem Stande u der Würde des Mannes d. i. der *dignitas*. Durchs Christenthum hat der Begriff der Ehe allerdings eine Aenderung erlitten, aber die Aeußerungen und Definitionen des römischen Rechts sind keineswegs dadurch vernichtet sondern vielmehr begründet worden.

Nach unsrer Ansicht gehört zur Gültigkeit der Ehe: der Anfang derselben unter Mitwirkung der Kirche, was das römische Recht durchaus nicht erforderte. Dies verleitete viele zu sagen: zum Begriff der Ehe gehöre die Mitwirkung der Kirche, was grundfalsch ist;

denn die Kirche schafft keine Ehe, wo sie nicht schon durch Vertrag unter den Partheien anerkannt ist, wenngleich sie die Zulässigkeit derselben versagen kann. Daher ist streng genommen unrichtig von einer Ehe zur linken Hand zu sprechen, denn diese ist nichts anders als das römische Concubinatus. Es ist also inconsequent, wenn wir sagen, daß unter diesen Verhältnissen eine Ehe gültig seyn könne, wenn nur die Kirche etwas dazu thue. |

[584] Ueber das historische der Ehe mag folg: genügen. In der ältesten Zeit gabs nur Eine Form der Ehe, die mit der strengsten Abhängigkeit verbunden war, die Ehe mit manus. Sehr frühe trat hinzu eine wesentliche Verschiedenheit, schon zur Zeit der XII Tafeln, nämlich die Ehe ohne manus. Beide Formen standen in der Wahl der Eheschließenden. Nicht unwahrscheinlich hing diese Mannigfaltigkeit mit den Bestandtheilen des römischen Volks zusammen, und jene war gewiß die patrizische, diese die plebejische Form.

So dauerte es fort bis in die Kaiserzeit, namentlich bis zu Cicero u Gajus Zeit. Allmählig wurde die strenge Form seltner, da sie den Sitten weniger entsprach, so daß endlich die freie Ehe allein übrig blieb, u so stand es unter Justinian. Für alle diese Zeiten bestimmte das römische positive Recht die Grenzen u Bedingungen, unter welchen die Ehe zulässig sei, und darauf gründete sich der Unterschied zwischen justae und injustae nuptiae. Jene erkennt das römische Civilrecht nur als zulässig an; jede andre Ehe war injusta d:h: die Personen erkannten sie zwar als gültig an, aber nicht das Civilrecht. Die Bedingungen der Ungültigkeit konnten entw: juris gentium oder positiv seyn, und waren es letztere, so war die Ehe immer noch eine Ehe nach jus gentium. Versetzen wir uns zB in Ulpian's Zeit, so finden wir:

[585] 1. Die Ehe konnte vollgültig seyn mit manus. | 2. Sie konnte vollgültig seyn ohne manus. 3. Die Ehe konnte ungültig seyn im Sinne des römischen positiven Rechts, doch so daß das jus gentium sie anerkannte, zB die Ehe zwischen Latini u peregrini oder zwischen diesen u einem Römer. 4 Die Ehe konnte ungültig seyn nach jus gentium zB zwischen Vater u Tochter. 5. Finden wir den Fall des Concubinatus, wo nicht mal in der Absicht der Personen eine Ehe liegt.

Worin unterscheidet sich das justum matrimonium vom injustum am vollständigsten? Aus dem ersten werden Kinder geboren, die den Stand des Vaters annehmen, qui patrem sequuntur. Die Kinder aus dem injustum matrem sequuntur. Die Kinder ex justo matrimonio stehen von der Geburt an in patria potestate und zugleich (das ist

wichtig) in römischer Familienverbindung. Was ist also das Verhältniß, was als Ehe dargestellt werden soll? Die *justae nuptiae* in der Gestalt, wie sie im justinianischen Rechte vorkommen.

II. Begründung der Ehe.

Zur Begründung der Ehe sind gewisse Bedingungen erforderlich, und zwar Bedingungen der Möglichkeit und der Wirklichkeit. Jene ersteren heißen auch Eehindernisse, *impedimenta matrimonii*. Die Neuern unterscheiden zwischen *impedimenta matrimonii dirimentia* u. *impedientia*. Letztere Hindernisse sind solche, welche den Handlungen | entzogen sind, wodurch die Ehe entstehen soll u. [586] [Erstere solche wodurch die Ehe aufgelöst wird. Im römischen Recht sind alle *impedimenta dirimentia*, eine in solchen Fällen intendirte Ehe ist *matrimonium nullum*. Die Bedingungen einer gültigen Ehe sind theils absolute: d:h: gewisse Personen sollen gar keine Ehe schließen, theils relative d:h: es ist zwischen Personen ein Verhältniß denkbar wodurch die Ehe zwischen ihnen ungültig ist, mit einer dritten Person aber nicht.

α. Absolute Bedingungen.

§ 2.

A. Ehelosigkeit

D:h: der Mann welcher jetzt in der Ehe lebt, darf so lange sie dauert, keine andre schließen. Von der Strafe der Bigamie kann hier nicht die Rede seyn; hieher gehört nur: daß eine solche Ehe juristisch gar keine Ehe ist. Eben so verhält es sich mit der Frau.

§ 6,7 Inst. de nupt: (1,10)

§ 3.

B. Pubertäet.

D:h: Minderjährigkeit. Die Ehe setzt ein gewisses Alter voraus, u wird sie vor demselben geschlossen, so ist sie null. Mit dem Eintritt des erforderl Alters geht das Verhältniß in eine gültige Ehe über.

pr Inst de nuptiis (1,10)

L 4 D de ritu nupt: (23,2)

[587] Für den Mann waren 14, für die Frau 12 Jahre vorgeschrieben. Hohes Alter ist kein Ehehinderniß, obgleich Stellen eine im hohen Alter geschlossene Ehe verbieten, welches Verbot sich auf die lex Julia et Papia Poppaea bezieht u auf die Strafe des Coelibats, wovon im justinianischen Recht keine Rede mehr ist.

Ulp. 16

L 27 Cod de nuptiis (5,4)

§. 4.

C. Körperliche Fähigkeit.

welche jedoch nur gewissermaßen Bedingung ist. Regel: Für Castraten ist die Ehe juristisch unmöglich.

L 39 § 1 de jure dotium (D. 23,3)

Dagegen alle andern Fälle werden bei der Möglichkeit der Ehe nicht berücksichtigt, und ist davon nur bei der Scheidung die Rede.

§. 5.

D. Consens des Vaters

D:h: wenn der Mann oder die Frau, die in eine Ehe treten wollen, in väterl Gewalt stehen, so ist Einwilligung des Vaters nöthig. Hört die väterl Gewalt auf, so fällt dies weg. Das Alter der Ehelustigen macht dabei keinen Unterschied.

pr Inst de nuptiis (1,10)

L 25 Cod. eod

Beschränkungen sind: 1. Beim Wahnsinn des Vaters, dann kann er nicht consentiren sondern dies thut die Obrigkeit statt seiner.

pr Inst & L 25 cit.

[588] 2. Bei Abwesenheit des Vaters kann ohne seinen Consens die Ehe gültig seyn, wenn man denselben vermuthen kann. Sonst wird eine so geschlossene Ehe erst nach drei Jahren gültig.

L 9 § 1 L 10, 11 D de ritu nupt: (23,2)

3. Durch die lex Julia ist eingeführt, dß wenn der Vater ohne Grund die Einwilligung verweigert, die Obrigkeit ihn suppliren könne.

L 19 de ritu nupt. (D. 23,2)

β. Relative Bedingungen.

Der juristische Kunstausdruck hiefür ist *Contubernium*, das sowohl die Ehe als die Möglichkeit derselben von dieser Seite bezeichnet.

Ulp 5 § 3–6

§ 6.**A. Nicht Verwandtschaft.**

Eine Ehe geschlossen gegen die Regeln der Verwandtschaft kann ein Verbrechen seyn.

Justinians Regel ist: die Ehe in gerader Linie ist schlechthin verboten ohne Rücksicht auf Nähe oder Entfernung. In der Seitenlinie ist sie verboten zwischen Geschwistern u zwischen einem derselben mit den Descendenten des andern.

§ 1 Inst de nuptiis (1,10)

L 17 Cod eod

Verwandtschaft durch Zeugung steht der künstlichen durch Adoption gleich, und auf das Band der väterl Gewalt kommt dabei nichts an.

Eigenthümlich ist, daß die Adoptivverwandtschaft selbst dann beachtet wird, wenn sie durch *Emancipatio* wieder aufgelöst ist.

[589]

In der Seitenlinie ist die Ehe verboten zwischen Bruder u Schwester.

§ 2 I: de nupt: (1,10)

L 17 pr de ritu nupt. (D. 23,2)

Ob die beiden Geschwister gemeinschaftl Vater und Mutter haben ist gleichgültig, eben so ob sie durch Zeugung oder *Adoptio* Geschwister sind; doch hebt hier *Emancipatio* das Verbot auf.

Dies Verbot gründet sich auf das Verhältniß eines der Geschwister mit den Descendenten des andern.

§ 3,5 Inst de nuptiis (1,10)

L 17 Cod eod.

Unsre Juristen sagen: hier stehe der Ehe der *respectus parentelae* entgegen. Unter diesen Hauptfall gehören vier untergeordnete, je nachdem das eine oder andre der Geschwister männlich oder weiblich ist u diese sind:

- a. Zwischen dem Manne und seines Bruders Tochter
- b. Zwischen dem Manne u seiner Schwester Tochter
- c. Zwischen der Frau und ihres Bruders Sohn.
- d. Zwischen der Frau und ihrer Schwester Sohn.

wobei zu bemerken, daß das was hier von Sohn u Tochter auch von Enkel u Enkelinn gilt. Diese Regel galt im justinianischen Rechte, aber vorher hatte Claudius den hier genannten letzten Fall erlaubt, weil er selbst in der | Lage war ihn zu gebrauchen.

[590]

Suetonius in Claudio, 26

Tacitus 12,7

Ulp. 5,6.

Gaj: 1,62.

Die Erlaubniß der Ehe für diesen Fall hat lange bis unter Diocletian gedauert.

Collatio, 6,4.

Constantius verbot ihn zuerst wieder.

Cod Theod. 3,12,1.

und:

(Nro 338). L 17 Cod de nuptiis (5,4)

muß demnach unstreitig als interpolirt betrachtet werden. Die übrigen Fälle sind stets verboten gewesen und geblieben.

§ 3,5 I: de nupt: (1,10)

Jede andre u entferntere Verwandtschaft ist kein Ehehinderniß, also Geschwisterkinder, consobrini können eine gültige Ehe schließen, wengleich dies früher nicht gewöhnlich war.

Ulp 5 § 6.

L 3,67 § 1 de ritu nupt. (D. 23,2)

Unter Theodos dem Großen war sie eine Zeitlang verboten, unter Justinian aber wieder erlaubt.

L 19 Cod de nuptiis (5,4)

§ 4 I: eod.

Es ist zu bemerken, daß in der letzten Stelle viele Varianten vorkommen, und viele Manuscripte lesen statt possunt, non possunt. Aber diese Stelle mit vielen andern, namentlich mit

(Nro 338). L 17 Cod de nuptiis (5,4) |

[591]

verglichen, bestätigen die Leseart: possunt.

Modificationen des spätern Rechts.

Das canonische Recht ging so weit, selbst die Ehe bis auf acht Generationen hinaus zu verbieten. Späterhin ging das Verbot nur bis auf die vierte Generation d:h: bis zum 4^{ten} Grade römischer und bis zum 8^{ten} Grade der Civilcomputation.

Im protestantischen Kirchenrecht ist gesetzlich nie ein allg: Princip hierüber aufgestellt worden, aber man hat auch nie das streng

canonische Recht beachtet. Bei der Schwägerschaft (affinitas) ist zu bemerken:

1. In der graden Linie gilt hier das Verbot der Ehe unbedingt d:h: der Mann darf nicht heirathen seine Stief- und Schwieger-Tochter und -Mutter.

§ 6,7 I: de nuptiis (1,10)

L 17 Cod eod.

Auch hier geht das Verbot per omnes gradus d:h: auf Enkel und Enkelinnen.

L 14 § 4 de ritu nupt. (D. 23,2)

2. In der Seitenlinie geht das Verbot bloß bis auf den nächsten Grad: d:h: zwischen dem Manne und seiner Frau Schwester u seines Bruders Frau ist keine Ehe gültig.

L 5 Cod de incestis. (5,5)

Allgemeine Bemerkungen.

1. Die wirklichen Verbote gehen nicht weiter als auf die erwähnten Fälle, u doch gibt es Fälle die nicht verboten sind u doch als unsittlich gelten zB die Ehe zwischen dem Manne u der Braut seines Vaters oder seines Sohnes.

§ 9 Inst de nupt: (1,10) I

2. Es ist hier überall Blutverwandschaft gemeint. Daher ist väterl Gewalt gleichgültig, ebenso, ob die Verwandschaft eine eheliche oder uneheliche ist. Doch findet sich eine Ausdehnung rücksichtl der durch Emancipatio aufgehobenen Adoptio u eigenthümlich ist, daß selbst servilis cognatio beachtet wird.

[592]

§ 10 I. de nupt. (1,10)

Ferner ist's merkwürdig, daß obgleich zwischen dem Manne u seinen unehelichen Kindern keine Verwandschaft denkbar ist, diese hier doch die Ehe verhindern solle.

L 14 § 2 cit

3. Die Wirkung einer gegen diese Verbote geschlossenen Ehe ist, daß das Verhältniß weder nach jus civile noch nach jus gentium als Ehe betrachtet wird.

§ 12 de nuptiis (J. 1,10)

Diese Wirkung gilt auch in den Fällen, die sonst nur als unsittlich betrachtet werden.

[405]

§ 9,12 I de nuptiis (1,10)

L 12 pr § 1,2. de ritu nupt. (D. 23,2)

4. Im römischen Recht kommen Spuren von Dispensationen vor, die jedoch auf keiner Form u Regel beruhen. So eine von Marc Aurel.

L 57 § 1 eod.
Später wurde durch ein Gesetz sowohl Dispensation zu geben als sie nachzusuchen, verboten.

L 9 Cod de nuptiis. (5,4)

L 2 Cod si nuptiae (5,8)

[593] 5. Die Schwägerschaft als Ehehinderniß hat | im canonischen Recht eine versch: Bedeutung erhalten. Das römische Recht nimmt bloß eine eheliche Schwägerschaft an, das canonische Recht unbestritten auch eine uneheliche. Nun sagten viele: das canonische Recht sehe lediglich auf das factum des coitus, was gewiß falsch ist, denn das canonische Recht ist in Beziehung auf die Ehe stets strenger gewesen, wie das römische.

Cap 3 X de sponsalibus.

Canon 1–6,9,10,35 C. 27,Q.2.

Einige unächte Stellen sind gegen unsre Meinung.

Canon, 16,17,18 C. 27 Q.2.

§ 7.

B. Civitaet.

Dies bezieht sich lediglich auf's römische Recht, das von beiden Seiten Civitaet zur Gültigkeit der Ehe verlangte.

pr Inst de nuptiis (1,10)

Ulp 5,4.

Eine Ehe eines Römers mit einer latina ist zwar erlaubt aber nicht als justae nuptiae. Ebenso umgekehrt. Eine solche Ehe ist etwas ungewöhnliches und unregelmäßiges, aber nicht strafbar. Auch sehen die Römer Ehe unter peregrini und unter latini nicht als etwas unrechtliches, nicht mal als etwas ungewöhnliches an, aber im Sinne ihres jus civile ist's keine Ehe.

Von jener Regel jedoch gibts Dispensationen, die die Wirkung hatten, daß die aus einer sonst ungültigen Ehe entsprungenen Kinder in patria potestate kamen.

[594] Mit Slaven sind keine justae nuptiae möglich, allein diese Ehe ist auch nach jus gentium unmöglich, | denn der Slave hat keine freie Verfügung über seine Person u seine Ehe heißt Contubernium. Die Ehe eines Freien mit einem Slaven, auch nur die versuchte

wird bestraft. Auch die Ehe mit barbaris ist politisch genug, streng verboten.

§ 8

C. Gleichheit des Standes

Die Ehe zwischen Patrizier u Plebejer war ungültig, wenn auch nicht verboten. Die Kinder wurden Plebejer. Dieser Satz ist in den XII Tafeln anerkannt, aber nicht als strenges Verbot. Die lex Canuleja hob es bekanntlich auf. Die Ehebeschränkungen zur Zeit der freien Republik in dieser Hinsicht kennen wir nicht. Nachher hat eine lex Julia Beschränkungen aufgestellt und positiv zwei Stände unterschieden nämlich: die Personen des Senats und der freigebornen Bürger. Für jene u ihre Stämme war die Ehe mit einer Freigelassenen ungültig.

L 44 de ritu nupt. (D. 23,2)

Ulp, 13,1.

Für die Freigebornen war die Ehe verboten mit einer ehrlosen Frau d:h: mit solchen die wegen Verbrechen verurtheilt waren oder mit solchen die ein schändliches Gewerbe trieben, kurz mit einer mulier famosa

Ulp. 13,2–16,2.

L 7 Cod de incest: nupt: (5,5)

Justinian hat dieses umgeändert und verordnet, daß Ehrlose ehelich gemacht werden können, und dann hat er das Gesetz ganz allgemein aufgehoben.

Nov. 117. Cap 6.

[595]

§ 9.

D. Verbot für den Vormund.

Dieser darf nicht eine Frau nehmen, worüber er Tutor oder Curator ist oder war, welches Verbot selbst auf den Sohn des Vormunds geht. Eine gegen das Verbot geschlossene Ehe ist null und zieht infamia nach sich. Das Verbot dauert jedoch nur so lange, bis die unmündige Frau 26 Jahr alt ist, und der Vormund Rechnung abgelegt hat. Ebenso, wenn die Ehe dennoch eingegangen ist, wird sie von selbst gültig, wenn die Frau jenes Alter erreicht hat.

L 6 Cod de interd: patr:^a

^a Wohl C. 5,6 de interdicto matrimonio

L 66 pr de ritu nupt. (D. 23,2)

L 28 § 3 de liberis (D. 28,2)

§ 10

E. Verbot für den Praeses und andere.

1. Das Verbot für den Präses bezieht sich auf die römische Provinzialadministration u lautet: wer in einer Provinz ein Amt verwaltet, soll mit keiner Frau aus derselben eine Ehe schließen.

L 38 pr § 1 L 63 de ritu nupt. (D. 23,2)

2. Eehinderniß ist Ungleichheit der Religion, sofern ein Jude eine Christinn heirathen will.

L 6 Cod de judaeis. (1,9)

3. Ferner ist ein frührer Ehebruch Hinderniß.

Nov 134. Cap 12.

4. Gewaltsame Entführung.

Nov. 143, 150.

[596]

2. Form der Ehe.

§ 11.

A Einwilligung überhaupt, Consens.

Die Ehegatten selbst müssen consentiren, und es ist dies selbst in den Fällen war, wo Mann oder Frau oder beide in väterl Gewalt stehen, denn der Vater kann hiezu nicht zwingen.

L 2,21,22 de ritu nupt. (D. 23,2)

Hier ist die Frage wichtig: Ob beim Consens in die Ehe nicht dieselben Einflüsse auf den Willen vorkommen, wie bei obligatorischen Verträgen, nämlich: Zwang, Betrug, Irrthum.

1. Zwang. – Ueber den Fall wo jemand durch Drohung zur Ehe bestimmt wird, sprechen:

L 21 de ritu nupt. (D. 23,2)

L 22. eod

Viele sagten: diese Stellen bezögen sich auf den metus reverentialis; es würde aber keine Ehe da seyn, wenn der Vater gedroht hätte. Vergleicht man

(Nro 341) L 22 Dig de ritu nupt. 23,2.

mit

L 21 § 5 quod metus (D. 4,2) so ergibt sich die Unrichtigkeit dieser u die Richtigkeit der Behauptung, daß Ehe in einem solchen Falle vorhanden ist. Von der prätorischen restitutio war die Rede.

2. Dolus. Wenn jemand durch Betrug die Ehe einging so ist Ehe da, und ebenso ist !

3. Beim error Ehe vorhanden, wenn im Motiv geirrt wird, und keine wenn in substantia geirrt ist.

[597]

4. Eine simulirte Ehe ist keine Ehe.

L 30 de ritu nupt. (D. 23,2)

Eine in integrum restitutio oder doli exceptio ist in allen diesen Fällen nicht denkbar, und es kann also einer in solcher Form geschlossenen Ehe nicht entgegengewirkt werden. Das Nöthige lag im Recht der freien Scheidung; im Kaiserrecht hat sich dies sehr verändert, jedoch ohne Aufstellung besondrer Normen.

§ 12.

B. Form der Einwilligung.

Im alten Recht gabs zwei gültige Formen der Ehe nebeneinander, nämlich entw: mit oder ohne in manum conventio; sie hießen Confarreatio und Coemtio u man hatte zwischen ihnen die Wahl. Fehlten beide, so wurde durch Usus in Einem Jahr dasselbe erreicht. So entstand also die Ehe entw: confarreatione, coemtione oder usu. Die freie Ehe selbst entstand durch die Absicht zusammen leben zu wollen, zu deren Erkennung gewisse Förmlichkeiten dienen ohne jedoch nothwendig zu seyn. Die geschilderte Ansicht dauerte im wesentl fort bis ins justinianische Recht.

L 13 Cod de nuptiis. (5,4)

L 31 pr de donationibus. ()

Das wesentliche bei der Ehe ist also eine wirkliche factische Vereinigung beider Personen im oben beschriebenen Sinne.

[598]

L 30 de reg: juris (D. 50,17)

L 15 de conduct: ()

Wenn nun ein Streit über das Vorhandenseyn der Ehe entsteht, so kann er zweifach seyn: 1. Ob in der gegebenen Zeit irgend eine eheliche Vereinigung vorgekommen sei d:h: es kann nach der genauen Bestimmung des Anfangspunctes der Ehe gefragt werden, und 2. Läßt es sich denken, daß die Vereinigung notorisch stattfand, aber

[599]

man streitet über ihre Natur u ihren Character, ob sie Ehe oder etwas anderes sei.

Ad. 1. diese Frage kommt am häufigsten bei Vermögensverhältnissen vor, zB bei Schenkungen. Dabei ist als entscheidender Umstand angegeben; das Hinüberziehen der Frau in des Mannes Haus.

(Nro 342) L 5 de ritu nupt: (D. 23,2)

L 6,7, eod

L 9 Cod de nuptiis (5,4)

L 9 Cod de donat ante nup: (5,3)

wobei man von der Ansicht ausgeht, dß dieses Haus auch das Haus der Ehe sei. Dieser Satz kann Zweifel erregen, indem in einigen Stellen gesagt wird: „Die Frau könne eine Ehe eingehen ohne in des Mannes Haus zu seyn:

L 32 § 13 de don: i: vir & ux. (D. 24,1)

L 15 pr: rer amotarum. (D. 25,2)

[599] Hier ist aber nicht vom Anfange sondern von | der Fortdauer der Ehe die Rede. Noch wichtiger sind die Zweifel, welche aus andern Stellen entstehen können, wo es ausdrücklich heißt: daß die deductio nicht da sei. Der Beischlaf ist nach römischer Ansicht ganz gleichgültig für den Anfang der Ehe nach:

L 15 de conduct: ()

L 30 de reg: juris (D. 50,17)

L 7 de ritu nupt: (D. 23,2)

in welcher letzten Stelle sogar von virgo uxor die Rede ist, daher ists auch gar nicht inconsequent, wenn die persönliche Zeugungsfähigkeit zu den Bedingungen einer Ehe nicht gerechnet wird.

Ad. 2. Gewöhnlich ist Streit darüber, ob die Vereinigung Concubinats oder Ehe sei. Hier soll auf alle Umstände gesehen werden, und vorzüglich darauf, ob die Frau die dignitas des Mannes habe. Wenn sie eine ehrbare ist, so wird immer das Vorhandenseyn der Ehe praesumirt.

L 24 de ritu nupt: (D. 23,2)

Vorzügl wichtig sind in dieser Rücksicht die Formeln bei Eingehung der Ehe, die jedoch juristisch nicht nothwendig sind. Diese Formen sind: a die pompa nuptialis, die Hochzeit mit feierlicher deductio in domum mariti, wovon ausdrücklich gesagt wird, dß sie unnöthig sei.

L 66 pr § 1 de don: i: vir et ux. (D. 24,1)

L 22 Cod de nupt: (5,4)

Dies scheint dem zu widersprechen, was früher von der deductio gesagt wurde, aber hier wird die deductio nur als feierlicher Zug betrachtet u dort als Veränderung des domicilii. Wo jedoch die Ehe in

[600]

diesem Sinne vorkommt, da kann man auch das Vorhandenseyn derselben annehmen.

b. wo es darauf ankam die Absicht der Ehe zu constatiren, war die Sprachformel: *uxorem ducere liberorum quaerendorum causa* gebräuchlich, die aber nichts anders bezeichnete, als *uxorem ducere* im Gegensatz der *Concubina*. Ueber die erste Ehescheidung in Rom cf Abhdlgen d: Berl Acad: d: W. 1815–1824.^a

Ganz auf ähnliche Weise ist das Daseyn der *dos* u der auf sie sich beziehenden Verträge zu beurtheilen, welche zwar nicht vorkommen müssen, die aber wo sie vorkommen auf eine Ehe schließen lassen.

L 13 Cod de nuptiis. (5,4)
Im justinianischen Recht wird ein ganz besonderes Gewicht auf diesen letzten Punct gelegt, indem Justinian oft von *instrumenta dotalia* redet. Dies hat den Sinn: dß die alten Form zu jener Zeit nicht mehr vorkommen, und es ist auch ein sichres Zeichen, dß damals die kirchliche Einsegnung noch nicht regelmäßig beobachtet wurde.

Nov: 117, Cap 4.

Im neuesten gemeinen Rechte, setzte sich die Ansicht fest, dß die Ehe nur mit kirchlicher Einwirkung anfangen könne; doch haben neuere Gesetzgebungen den bürgerlichen Contract als Grundlage des juristischen Verhältnisses angesehen, u die kirchliche Einwirkung dem Gewissen überlassen.

[601]

§ 13

C. Sponsalien.

Hierunter versteht man die Verabredung einer künftigen Ehe. Ein solcher Vertrag ist nur unter gewissen Bedingungen möglich, die aber meist dieselben sind, wie die Bedingungen der Ehe. So wird erfordert: Ehelosigkeit, Consens des Vaters.

L 7 § 1 de sponsalibus. (D. 23,1)

Nicht Verwandtschaft, Civitaet, Standesgleichheit, kein vormundschaftliches Verhältniß.

L 15,16 D. eod

^a Die Abhandlung Savignys „Ueber die erste Ehescheidung in Rom“ wurde gelesen in der Akademie der Wissenschaften zu Berlin am 21. Juli 1814. Sie erschien in erster Ausgabe in den Abhandlungen der Akademie von 1814 und 1815, Berlin 1818, S. 61–66 der historisch-philologischen Classe und in zweiter Ausgabe in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 5 (1825), S. 269–279. Wiederabgedruckt in Friedrich Carl von Savigny, Vermischte Schriften, 1. Bd., Berlin 1850, S. 81 ff.

Religionsgleichheit, kein vorhandener Ehebruch und keine gewaltsame Entführung, u es fallen also nur zwei Bedingungen der Ehe als vorübergehende Verhältnisse der Ehe hier weg, nämlich Pubertät, da nur verlangt wird, daß die Partheien über die Kindheit hinaus sind;

L 14 eod u es macht kein Hinderniß, wenn ein Praeses in seiner Provinz Sponsalien schließen will.

L 34 pr de ritu nupt. (D. 23,2) L 1 Cod si rector. (5,2)

Was die Form der Sponsalien betrifft, so können sie wie nudum pactum in jeder beliebig eingegangen werden; was ihre Wirkung betrifft, so folgt daraus keine Klage auf Vollziehung, obgleich sie früher in Latium galt.

Gellius 4,4.

[602]

Die Wirkungen im römischen Rechte sind folgende: Solange die Sponsalien dauern, dürfen keine andern eingegangen werden, was infamia nach sich zieht.

L 1 D. de his qui not: (3,2)

Es ist möglich, daß bei den Sponsalien eine Arrha gegeben ist, wo wenn der Geber kündigt, er dieselbe verliert, und der Empfänger in gleichem Falle sie doppelt herausgeben muß.

L 5 Cod de sponsal. (5,1)

Das ganze Sponsalienverhältniß ist also juristisch betrachtet nicht sehr wichtig. Die Sponsalien hören auf: durch freie Aufkündigung, repudium, mit der Formel: *conditione tua non utor*.

L 1 Cod eod

L 2 § 1 de divortiis. (D. 24,2)

Von selbst hören sie dagegen nicht auf.

Zweiter Titel.

Rechte in der Ehe.

I. Persönliche Rechte.

§. 14.

Das römische Recht stellt hierüber die besonders wichtige Wirkung auf, daß die Kinder in die Familie des Vaters kommen; diese Wir-

kung ist jedoch eine bloß indirecte, und wir finden ausserdem noch folgende:

a. Die Frau nimmt Theil am Stande des Mannes und behält denselben, bis sie eine neue Ehe schließt.

L 9 Cod de incolis. (10,39)

L 22 § 1 ad municipalem. (D. 50,1)

b. Die Frau nimmt Theil an des Mannes domicilium und forum.

L 9,22 l: cit.

Auf den ersten Blick sieht man, daß diese Verhältnisse sehr beschränkt sind, und dennoch reduciren sich die Bestimmungen der römischen Juristen nur auf diese. Von Gehorsam der Frau gegen den Mann ist nicht die Rede, obgleich etwas ähnliches in

L 14 § 1 soluto matrim. (D. 24,3)

vorkommt; auch soll kein Ehegatte gegen den andern eine infamirende Klage anstellen.

L 2 Cod rer: amot: (5,21)

L 2 Dig: eod:

Allerdings ist auffallend, daß die persönlichen Rechte in der Ehe von den römischen Juristen so wenig beachtet worden sind; der Grund liegt in der Schwierigkeit der Behandlung dieses Punctes, da er sich seinem Hauptgegenstande nach fast ganz der richterlichen Beurtheilung entzieht, und der Richter hier kein Mittel in Händen hat, seinen Ausspruch beim Vermögensrecht zu erzwingen. Das römische Recht hat nun schon in ältester Zeit dieser Schwierigkeit dadurch zu begegnen gesucht, daß es dem Manne allein alle Rechte in der Ehe gab und der Frau Alle absprach. Dabei ging man von der praesumptio aus, daß der Mann nicht ungerecht seyn würde, und wirklich gibt es wenige Nationen, bei denen das weibliche Geschlecht so geehrt wurde, wie in Rom, u so hat das Vertrauen, was man dem Manne schenkte gar nicht getäuscht. Ein andrer Weg, wie man sich noch zu helfen suchte war der, daß man beiden Ehegatten gleiche Rechte gab und ihnen das Recht der freien Scheidung ließ, welches Princip auch Jahrelang sittlich in Rom bestanden hat. Jedes dieser beiden Principien hat also seinen Werth aber nicht allein sondern ergänzt durch die Sitte, und das letzte hat bis zur Zeit der Kaiser fortgedauert; die christlichen Kaiser haben es immer mehr beschränkt und nachher so gut wie vernichtet, wodurch das römische Eherecht höchst inconsequent wurde; so kam es auf uns herüber; allein auch bei uns ist noch sehr wenig dafür geschehn, so daß die Ehe zu den schwierigsten Theilen des Rechts gehört.

[603]

[604]

[605]

II. Einfluß auf das Vermögen

1. Allgemeine Uebersicht.

§.15.

Bei der in manum conventio ist die Frau wie eine Tochter[s] in ihres Mannes Gewalt u ihr ganzes Vermögen sowohl das gegenwärtige wie das zukünftige fällt dem Manne zu; in der freien Ehe gilt dagegen der Grundsatz: das Vermögen ist an sich betrachtet von der Ehe ganz unabhängig; daraus folgt unter andern, dß zwischen beiden Ehegatten in Beziehung auf das Vermögen so mannigfaltige Verhältnisse möglich sind, wie zwischen Dritten, nur mit einigen wenigen Ausnahmen. |

[605] Modificationen dieses Grundsatzes sind folgende:

1. In Beziehung auf das gemeinsame Leben ist ein getrenntes Leben auf eigne Kosten nicht möglich. Römischer Grundsatz ist hier: onera matrimonii sunt apud maritum, daher ist es seine natürliche Last die Frau zu ernähren, die Kinder zu erziehen und das Vermögen der Frau ist als ruhend zu betrachten. Hiebei wird vorausgesetzt, dß der Mann auch Vermögen haben könne zB wenn ein Sohn dessen Vater noch lebt in die Ehe tritt, so hat er kein Vermögen, und dann gilt die Regel dß der die Lasten der Ehe zu tragen habe, welcher die väterliche Gewalt ausübt.

L 26 § 2 de iure dot: ()
L 20 § 2 L 46 fam hercisc: (D. 10,2)

Dieser Satz ist jedoch nicht so zu verstehen, als bestände eine Obligatio zwischen den Ehegatten, denn der Mann ist nur aus natürlichen Gründen dazu verpflichtet, und es geht deswegen keine Klage gegen ihn, weil die Frau das Mittel der Scheidung hat; was den Erwerb eines neuen Vermögens betrifft, so erwirbt die Frau für sich, und nur für den Mann, wenn sie in dessen Geschäften etwas erwirbt.

2. Eine willkürliche Modification ist, dß dem Manne für die Last ein Ersatz verschafft werden könne, nämlich durch die dos.

3. Etwas ähnliches ist die donatio propter nuptias.

4. Das Vermögen der Frau, wenn sie keine dos in die Ehe bringt, kann als Paraphernalvermögen in ein besonderes Verhältniß zum Manne treten.

[606] 5. In der Regel sind in der Ehe alle Verträge | möglich, doch ist die Schenkung zwischen Ehegatten verboten. – Zum Schluß ist noch zu bemerken:

a. Bei der Lehre von den *pactis nuptialibus* wird davon die Rede seyn, ob die aufgestellten Regeln willkürlich modificirt werden können.

b. Bei der *in manum conventio* können alle genannten Institute nicht vorkommen.

c. Im deutschen Recht ist ein ganz abweichendes Rechtinstitut aufgekommen durch die Gütergemeinschaft, *communio bonorum*; im französischen Recht spricht man hier von *régime dotale* und *en communauté*; etwas ähnliches findet sich jedoch auch im römischen Recht.

L 32 § 24 de donat: int: vir: et ux: (D. 24,1)

2. Dos.

Quellen. Dig XXIII, 3–5, XXIV. 3, XXV.1.
Cod. [XX]IV. 11–15, XVIII.20. XXII.23.
Ulpian VI.
Paulus II. 21,22.
Cod Theod III, 13, II. 21

A. Begriff

§ 16.

Dos ist Alles dasjenige, was dem Ehemann gegeben wird, um damit die Lasten der Ehe zu bestreiten; die dos kann in diesem Sinne nur bei der freien Ehe vorkommen, wengleich nicht zu läugnen, daß auch bei der strengen Ehe etwas der Art vorkommen kann. Das Gegebene kann so mannigfach seyn, wie überhaupt die Vermögensrechte, und es ist | ganz einerlei wer die dos gibt. Auf die Person des Gebers bezieht sich die Eintheilung in: *dos profectitia*, quae a patre profecta est, welche vom Vater oder einem väterlichen Ascendenten gegeben ist, u wobei nichts auf das Daseyn oder Nichtdaseyn der väterlichen Gewalt ankommt.

L 5 pr § 8 § 11 de jure dot: (D. 23,3)

Ulp. 6 § 3.
In die *dos adventitia*, welche das negative von jener ist, also namentlich die dos; welche die Frau aus ihrem eignen Vermögen gibt; Im allg: ist der durchs ganze Privatrecht durchgreifende Grundsatz zu bemerken, daß die dos eine besondre Begünstigung genießen soll.

L 2, L 70 de jure dot: (D. 23,3)
 L 1 soluto matr: ()
 L 85 pr de reg: juris (D. 50,17)

u diese Begünstigung geht in der Regel soweit, als die dos ihrer Bestimmung nach reicht.

B. Bedingungen ihrer Möglichkeit

§ 17.

Die dos bezieht sich ihrem Begriff nach auf das Daseyn einer gültigen Ehe, u daraus folgt:

1. Wo keine juristisch gültige Ehe ist, ist auch keine dos vorhanden.

L 3 de jure dot: ()
 L 1 § 3,4 pro dote. (D. 41,9)

[608] Vor Allem ist im Falle der verbotenen Ehe zu bemerken: das dabei als dos gegebene ist keine dos, die Ehe mögen wissentlich oder nicht diese verbotene Ehe eingegangen seyn.

§ 12 de nuptiis (I. 1,10)
 L 39 § 1 L 67, 59 § 2 de jure dot: (D. 23,3)

aber auch wenn die Ehe zwar nach jus gentium gültig ist, so ist doch nach römischem Recht keine dos da.

2. Vor Anfang der Ehe ist noch keine dos da.

3. Am Ende der Ehe hört alle dos auf.

Constitutio.

§ 18.

a: *Obligatio*

Es ist dies ähnlich wie bei der Schenkung, womit die dos überhaupt große Aehnlichkeit hat, denn es kann eine *Obligatio* der dos vorhergehen. Die Schenkung konnte in den versch:artigsten juristischen Handlungen bestehen, u eben so können auch diese Handlungen zur dos werden, wenn die Absicht dos ist. Die *Obligatio* zur dos kann entstanden seyn:

1. Kraft einer allg: Rechtsregel; dies bestimmen Kaiserl Constitutionen, dß der Vater seine Tochter dotiren müsse.

L 19 D de ritu nupt: (23,2)

Die Mutter ist nur aus besondern Umständen dazu verpflichtet.

L 14 Cod de jure dotium. (5,12)

zB wenn sie sehr reich ist, oder wegen einer causa specialiter expressa; eine solche steht in

L 19 § 1 Cod de herediticis^a (1,5)

Grund dieses Satzes ist die Verpflichtung zur Alimentation. Die Seitenverwandten sind nicht zur dos verpflichtet. Die Verpflichtung der Frau ist eine naturalis Obligatio.

L 32 § 2 de cond: indebiti 12,6 (D.) |

2. Durch den Willen des Schuldners zB: kraft seines Testaments

L 41 § 3 eod

Gewöhnl aber durch Vertrag u zwar entw: durch Stipulatio oder durch dotis dictio, welche letztere jedoch nur die Frau selbst, ihr Vater oder Großvater, oder ein von ihr beauftragter Schuldner vornehmen konnte.

Ulp. VI. 1,2.

Westgot: Gaj II, 9 § 3

fr: vat § 99,100.

Die dotis dictio war gewiß ein Verbalcontract wie die Stipulatio, aber es kann dabei nicht Frage und Antwort vor, wahrscheinlich deswegen, weil die dotis dictio ein bonae fidei contractus seyn sollte. Im Justinianischen Rechte besteht die Sache anders, u es kommen da nur Stipulatio u bloße pactio vor.

L 6 Cod de dotis promis. (5,11)

D:h: jeder der eine dos versprechen will, kann sich dazu unter der Form der Stipulatio oder unter der freiern Form der nuda pactio verpflichten, daher hier auch nicht mehr die Rede von dotis dictio seyn kann, indem kein Bedürfniß mehr dazu da war. Aus diesem dotalVertrage, wie wir ihn nennen wollen, entspringen folg: Verhältnisse:

a. Wer kann Creditor seyn? In der Regel der Ehemann, und ist er noch in potestate sein Vater.

L 59 pr, 57 D. de jure dot. (23,3)

b. Wer kann Debitor seyn? Ueberhaupt jeder. |

L 41 pr eod.

c. Dem Vertrage können Bedingungen beigefügt seyn, wo nicht so versteht sich die conditio nuptiarum immer von selbst.

(Nro 343) L 21 eod. (D. 23,3)

^a Richtig: haereticis

(Nro 344) L 22. eod. (D. 23,3)
L 4 § 2 de pactis (D. 2,14)

Dort heißt's: solange pendet conditio, wird die Klage durch exceptio ausgeschlossen.

d. Auch kann die Zeit willkürlich bestimmt werden, nur darf die dos nicht vor dem dies nuptiarum gegeben werden.

(Nro 346) L 20 de jure dotium. (D. 23,3)

(Nro 347) L 76 eod. (D. 23,3)

Im alten Rechte galt darüber etwas anderes: wenn nämlich fungibile Sachen, baares Geld versprochen waren, so verstanden sich dreizehn monatliche Termine von selbst. Nach justinianischem Rechte ist dies umgeändert.

L 31 § 2 Cod de jure dotium. (5,12)

Eine Begünstigung der dotalobligatio daß hier das Scltum Vellejanum nicht gilt, und eine Beschränkung daß bei ihr daß beneficium competentiae gelten soll: jedoch nur wenn die Frau oder der Schwiegervater die dos versprochen haben.

L 84 de jure dotium (D. 23,3)

L 17 pr § 1 soluto matr: (D. 24,3)

b. Datio.

§ 19.

α: Object

[611] Der Gegenstand der dos kann so mannigfach seyn, als die Vermögensrechte überhaupt, also:

1. Eigenthum oder ein dem Eigenthum ähnliches dingliches Recht.

L 66, 78 de jure dot: (D. 23,3)

L 57 soluto matr: (D. 24,3)

2. Eine Obligatio, entw: dessen, der die dos constituirt,

L 44 § 1 soluto matr (D. 24,3)

oder es kann auch eine Obligatio gegen einen Dritten als dos verschafft werden, nämlich durch expromissio oder Cessio.

3. Auch kann eine Befreiung zur dos verwendet werden, sowohl gegen mich durch eine acceptilatio oder pactum de non petendo, als auch gegen einen Dritten durch expromissio.

L 41 § 2, L 43 de jure dotium (D. 23,3)

L 29 § 1 L 12 § 2 de pactis dotal: (D. 23,4)

4. Kann nicht ein Ganzes Vermögen oder eine Quote desselben Ge-

gegenstand der dos seyn? Allerdings, u es ist dies analog der Schenkung eines ganzen Vermögen, deren Regeln dabei galten.

L 72 pr. D. de jure dotium. (23,3)

L 4 Cod eod

§ 20.

β *Form.*

Sie richtet sich nach dem Gegenstande der dos u es gelten darüber dieselben Regeln der Schenkung. Hier fragt es sich:

1. Wer ist dotem constituens? Immer derjenige aus dessen Vermögen dies dos kam, u nicht der, welcher scheinbar als solcher auftritt. Gab ein Fremder die dos, so wird dies so betrachtet, als habe er zuerst | der Frau das Capital geschenkt u diese habe es zur dos verwendet, sei also dadurch dotem constituens. Dies wird praesumirt, [612] wenn der Fremde nichts darüber bestimmt hat.

2. Wer kann dies dos empfangen? Der Ehemann u sein Vater, aber kein Dritter obgleich der Mann die Zahlung an einen 3^{ten} anweisen kann.

L 56 § 1,2 L 59 pr de jure dotium. (D. 23,3)

L 22 § 12 soluto matrimonio. (D. 24,3)

Der Bestellung der dos kann ganz willkürlich wie oben bei der dotis obligatio eine Bedingung und Zeitbestimmung hinzugefügt werden. Auch kann die zur dos bestimmte Sache entw: vor oder nach dem Anfange der Ehe gegeben werden.

Paulus 21, b. 1

Allein erst mit dem Anfang der Ehe wird sie eine wahre dos. (Nro 345)

L 23. de jure dotium (D. 23,3)

Diese Stelle muß in Verbindung mit den beiden vorigen, und also gelesen werden: quia autem in stipulatione dotis non est necessaria adjectio pp. Wird die dos vor Anfang der Ehe gegeben, so ist:

1. Sie zunächst noch nicht dos geworden.

L 74 de jure dotium. (D. 23,3)

allein es ist damit keineswegs etwas richtiges, nur etwas geschehn, dessen juristischer Character einstweilen unentschieden ist. Der Vater kann jedoch die dos wieder zurückfordern, was schon aus seinem Rechte hervorgeht, dß er seine Einwilligung zur Ehe verweigern kann.

L 8 de condict: causa data (D. 12,4)

L 10 de sponsalibus (D. 23,1)

2. Kommt die Ehe nachher zu Stande, so wird die dos gültig.

[612]

[613]

3. Stirbt eine der beiden Personen, oder tritt ein sonstiges Ehehinderniß ein, deficit conditio; so ist von der dos keine Rede mehr und folg: Wirkungen treten ein: a. Wenn das Ganze nur in obligatione war, so ist dadurch das Versprechen ungültig geworden.

L 36, 37 de jure dot: (D. 23,3)

b. Wenn Eigenthum gegeben war, so muß dies mit der *condictio ob causam datorum* zurückgefordert werden, u zwar wenn die Frau selbst die dos gab, unbestritten, nicht so wenn ein Fremder sie gab, wo es jedoch so anzusehn ist, als wenn die Frau Eigenthümerinn der gegebenen Sache werden soll, versteht sich dß nichts näheres darüber bestimmt wurde.

L 59 § 2 de jure dotium (D. 23,3)

L 7 pr L 9 pr de cond: causa data. (D: 12,4)

Noch sind zwei Verhältnisse bei Bestellung der dos herauszuheben.

1. Ein eigenthüml Vorkommen der *bona fides*; bei der dos soll nicht *circumscriptio* wie bei andern *bonae fidei Contracten* gelten.

(Nro 348) L 6 § 2 de jure dotium (D. 23,3)

cf L 12 § 1 eod

L 9 § 1 de minoribus (D. 4,4)

L 11 Cod si adv: dotem. (2,34)

2. Liegt in der Dotation eine wirkliche Schenkung? Hier muß unterschieden werden:

[614]

a. Die dos ist dem Manne gegeben; es scheint also er sei beschenkt, da er dadurch reicher geworden. Es wird dies jedoch nicht so angesehen, denn die dos hat den Zweck, dß der Mann etwas erhalte, um damit die Kosten der Ehe zu bestreiten. Dem Manne wird also nichts geschenkt, ohne Unterschied von wem die dos kommt.

L 19 de oblig: et act: (D. 44,7)

L 9 pr § 1 de condict: causa data. (D. 12,4)

L 21 § 1 de donat: i: vir: et uxor: (D. 24,1)

Dieser Satz hat [die] folg: practisch wichtige Folgen, daß die dos auch während der Ehe dem Manne von der Frau bestellt werden kann, und ferner, daß dieselbe durchaus keiner *Insinuation* bedarf.

L 31 pr Cod de jure dot: (5,12)

b. Die Frau indem sie die dos gibt, schenkt durchaus nichts.

c. Wenn dagegen ein Fremder die dos gibt, so liegt darin zweierlei: α. Das Geben an die Frau und β. die Bestellung der dos von dieser, u also auch eine Schenkung, indem die Frau durch den Anspruch den sie aufs Capital erhält, bereichert wird.

L 33 de jure dot. (D. 23,3)

L 11 Cod de rei ux: act: (5,13)

Zur Unterscheidung dieser beiden möglichen Fälle kommt ein eigenthümlicher Ausdruck vor in

L 44 § 1 de jure dotium. (D. 23,3)

Die Insinuation für diesen Fall ließ Justinian nach:

L 31 pr Cod de jure dot: (5,12)

d. Wenn die dos vom Vater bestellt wird, so erhält der Ehemann natürlich keine Schenkung, aber wie stehts mit der Tochter? Die Früchte sind nie als Schenkung zu betrachten, da die Regel galt: der Vater muß seine Tochter dotiren; das Capital aber erscheint als Schenkung, wenn der Vater es nicht ausdrücklich anders bestimmte. Justinian änderte jedoch aus dies, u man kann sagen, daß in der väterlichen dos nie eine Schenkung liege.

[615]

L 49 § 1 soluto matr. (D. 24,3)

fr: vat § 94

L 11. § 11,14 Cod de rei ux: act: (5,13)

D: Rechte an der dos in ihrer ursprünglichen Gestalt.

§ 21.

aa. Rechte des Mannes.

Gewöhnlich wird dem Manne Eigenthum an der dos gegeben, und nicht bloße Administratio oder etwas ähnliches, obgleich er sie in der Regel zurückgeben muß! Daraus folgt:

[616]

1. Die dos ist im vollständigen Vermögen des Mannes, was deutlich hervorgeht aus

(Nro 350) L 75 D. de fundo dotali (D. 23,5)

L 9 § 1 D. eod

(L 23 Cod eod.

Der Mann hat also: das Recht zu vindiciren sowohl gegen fremde als auch gegen die Frau; diese aber hat keine Vindication.

L 24 rer amot:^a

L 9 Cod de rei vind. (3,32)

2. Wenn dem Manne etwas als dos gegeben ist, was dem Geber nicht gehörte, so kann der Mann usucapiren; Usucapio pro dote.

[616]

(Tit Dig pro dote (41,9)

^a C. 5,21 rerum amotarum reicht nur bis L 3.

3. Wenn zur dos ein Slave gehört, so erwirbt er dem Ehemanne.

L 58 soluto matr: (D. 24,3)
L 3 pr. de fundo dotali (D. 23,5)

Betrachten wir nun den Erwerb u Verlust der zur Dos gehörenden Rechte, so ergibt sich:

a. In Betreff des Erwerbes; wird die dos vor der Ehe bestellt, so ließe sich denken, daß man auch das Eigenthum daran bis zum Anfang der Ehe suspendiren wolle, allein der Mann soll gleich Eigenthum daran haben.

L 7 § 3, L 8,9 pr de jure dot. (D. 23,3)
L 1 § 2 pro dote (D. 41,9)

Practische Folgen dieses Satzes sind: wenn die Ehe nicht zu Stande kommt, so kann man das Eigenthum mit der *Condictio* zurückfordern, was nicht nöthig wäre, wenn nicht gleich Eigenthum übergehen sollte. Ist die dos aber eine dos aestimata, so wird praesumirt, daß das Eigenthum erst mit dem Anfang der Ehe übergehen solle

L 2 pro dote (D. 41,9)
L 10 § 4,5. de jure dot: (D. 23,3)

b. In Betreff des Verlustes; das zur dos gehörige Recht geht wieder aus dem Vermögen des Mannes heraus, theils durch Universal, theils durch SingularSuccessio.

[617] α. Durch UniversalSuccessio, also durch Beerbung, wenn der Mann stirbt, wenn gleich die Dotalsache dann die Natur der dos verliert.

L 1 § 1 de fundo dot: (D. 23,5)
L 62 de acq rer dom (D. 41,1)

Dieser Satz erleidet eine *Modificatio*, wenn nämlich nicht der Mann sondern sein Vater die dos erhält. Stirbt dieser so fällt die dos nicht auf seine Erben, sondern *extra ordinem* allein auf den Sohn.

L 56 § 1,2 de jure dot. (D. 23,3)
L 7, L 1 § 9, 10 de dote praeleg: (D. 33.4.)

L 4,6 familiae hercisc. ()

β. Durch SingularSuccession, und zwar 1. durch ein Legat.

L 13 § 4 de fundo dotali (D. 23,5)

2. Durch Manumissio des DotalSlaven

[619] L 3 Cod de jure dotium (5,12)

3. Durch eine eigentliche und wahre Veräußerung, wodurch *dominium* übergeht; ja der Mann kann sogar an die Frau selbst veräußern, welches vollkommen allen Zweifel löst, daß der Mann nicht Eigenthümer der dos wäre.

L 58 soluto matr. (D. 24,3)

Hievon gibts Eine wichtige Ausnahme, die die Regel bestärkt: der fundus dotalis soll unveräußerlich seyn; eingeführt ist dies durch eine lex Julia de adulteriis, oder nach den Pandecten durch die lex Julia defundo dotali.

Tit Dig., L 1 pr L 4 de fundo dot: (D. 23,5)

pr Inst. quib: alienare (2,8)

L 11. § 1 Cod de rei ux: act: (5,13)

Paulus II. 21. b. § 2.

Nähere Bestimmungen.

Hier ist die Rede von einem fundus in italico | solo, woran der Mann quiritarisches Eigenthum hat, und woran ihm Alienatio als auch Obligatio namentlich Verpfändung verboten ist.

[618]

L 16 de fundo dotali. (D. 23,5)

Diese Bestimmungen gehen jedoch nur auf den Fall wenn der Mann Eigenthum am Grundstücke hat.

L 13 § 2 eod.

Justinian dehnte dies Verbot auf alle Provinzialgrundstücke aus.

L 11 § 1 Cod de rei ux act: (5,13)

Sinn u Zweck der Verordnung ist: Sicherstellung der Frau, wegen ihrer Ansprüche an der dos, u sie konnte in allen Fällen durch ihre Einwilligung die Veräußerung, aber nicht die Verpfändung gültig machen. Justinian hat dem Consens aber diese Wirkung abgesprochen.

[620]

§ 22.

bb: Rechte der Frau.

1. In

(Nro 350)^a L 75 de fundo dotali

heißts: dos mulieris tamen est, u in andern Stellen auf gleiche Weise: mulieri adquiretur, ejus proprium matrimonium est.

L 7 de pactis dotal: (D. 23,4)

L 3 § 5 de minor: (D. 4,4)

Diese Ausdrücke erklären sich also: die Frau hat in der That kein Recht auf die dos, sie hat nur factisch den Genuß u in der Regel die

^a In der „Sammlung von Beweisstellen aus dem Corpus iuris“ ist unter 350) D. 23,3,75 aufgeführt:

Aussicht auf den Rückfall des Capitals. Durch das Recht der freien Scheidung hat sie ein indirectes Mittel zu ihrer Sicherstellung, weswegen es auch heißt, mulieris est pp. |

[619] L 21 § 4 ad municipalem (D. 50,1)

Dies Verhältniß ist also ein ganz eigenthümliches im römischen Rechte und es hat sich Justinian einmal darüber nämlich in

L 30 Cod de jure dotium (5,12)

ausgesprochen, aber viele Mißverständnisse dadurch erzeugt, indem er den Rechtsgrund seiner Bestimmung hinzufügte, daß die dos ex legum subtilitate auf den Mann übergehe.

Auf letztere Stelle bauten unsre Juristen auch eine eigne Eintheilung des Eigenthums, in dominium naturale vel quiescens, das der Frau, und dominium civile, das des Mannes – irrig.

2. Eine andre Frage, die sich an jene anschließt ist: wie gehts mit der Collatio der dos? Als Regel gilt: die Frau muß die dos conferiren.

Tit D: de dotis collatione 37,7.

3. Eine andre Frage betrifft die Eviction. Wenn die Dotalsache evincirt wird, wer hat die Evictionsklage?

a. Gründet sich die Eviction auf einen Kauf, so hat die Frau den Evictionsanspruch, denn sie hat gekauft.

L 75. de jure dot. (D. 23,3)

L 22 § 1 de evict: (D. 21,2)

b. Gründet sich die Evictionsklage auf die Dotation selbst, so kann der Mann in der Regel seine Klage darauf nicht begründen; ausnahmsweise jedoch, wenn ihm Evictionsleistung versprochen ist; wenn der Besteller | in dolo war, und ihm vorher die dos versprochen war u gewissermaßen darin eine datio in solutum lag u besonders wenn eine res aestimata in dote war.

[620]

L 1 Cod de jure dot: (5,12)

L 16, 52 D. eod:

§ 23.

b. Rechte an der Dos und deren Zuwachs.

Die Lasten der Ehe sollen vom Fruchtertrag der dos bestritten werden, also ist zwischen zufälligem und natürlichem Fruchtertrag zu unterscheiden: 1. Alle zufälligen Accessionen der dos d:h: Nicht Früchte derselben, werden als Accessionen beurtheilt die das Capital erhöhen zB: Alles was durch Usucapio; durch Anstellung der

furti actio zur dos hinzukommt, bei fundis was durch Alluvion pp hinzukommt; bei Slavinnen die Kinder derselben.

L 18 § 1 soluto matr. <D. 24,3>

L

L 12 § 9 Cod de rei ux act: <5,13>

2. In Betreff der andern Früchte ist zu merken: Alle Früchte die während der Ehe entstehen gehören dem Manne; Alle die vor oder nach der Ehe entstehen sind dotal, d:h: jene braucht er nie zurückzugeben, denn durch sie wird der Zweck der dos erfüllt, vor allen gehören fructus naturales hieher, die Civilfrüchte, die Zinsen u Alles was der Dotalslave durch seine Arbeit gewinnt.

(Nro 351) <D. 23,3,7> |

L 20 Cod de jure dotium. <5,12>

[621]

Kann man den Satz, daß der Mann durch die Früchte der dos lucriren soll, nicht durch Vertrag abändern? Nein, denn einmal wäre dies eine Schenkung unter Ehegatten, und dann würde auch ein solcher Vertrag dem Zweck der dos widersprechen. In Einem Falle ists zulässig:

cf L 4 de pactis dotal: <D. 23,4>

Jetzt sind die Regeln anzugeben, wornach die Grenzscheide der zur dos gehörenden und nicht dazu gehörenden Früchte bestimmt wird.

Vorerst sind zu bemerken:

L 6 soluto matr. < >

L 47 de jure dotium. <D. 23,3>

Die Römer haben das Princip der hier stattfindenden Berechnung sehr einfach aufgestellt, und doch haben es unsre Juristen zu subtil genommen, wengleich ein specieller darauf Bezug habender Rechtsfall dunkel ist, und daher Streit veranlassen kann. Die Regel ist folg: Von Anfang der Ehe an soll man vollständig die Ehejahre berechnen; fällt nun das Ende der Ehe mit dem Ende des Ehejahres zusammen, so ist die Berechnung leicht. Ist aber das letzte Ehejahr nicht vollständig vollendet, so ist sie schwieriger, und es wird dann die Gesamtheit der Früchte des letzten nicht vollendeten aber als vollständig fingirten Ehejahres zusammengerechnet.

Grund dieser Regel ist wohl der: Wenn | die Früchte gleichmäßig wie zB die Zinsen vorkommen, so ist keine Berechnung nöthig; die Früchte des Bodens werden aber blos zur Zeit der Erndte gewonnen, u da ist eine Vertheilung derselben aufs ganze Jahr durch künstliche Berechnung nöthig. Was den Anfangspunct des Rechnungsjahres betrifft,

cf L 5,6 soluto matrimonio < >

[622]

wie über die Vertheilung der Früchte des letzten Jahres

L 31 § 4 eod

L 11 § 9 Cod de rei ux act: (5,13)

Die Hauptstelle, die zugleich die Anwendung enthält ist:

L 7 pr – § 3 soluto matr (D. 24,3)

und grade diese Stelle enthält auch in

§ 1

den angeführten streitigen Rechtsfall, der sich aber durchaus nicht auf das Princip bezieht, sondern lediglich auf den einzelnen Fall.

Recht an der Dos nach der Ehe.

Wer bekommt sie? Zuvörderst ist zu bemerken, daß die Ursache der Trennung der Ehe liegen kann entw: im Tode des Mannes, oder der Frau, oder in einer Scheidung.

§ 24

[623]

Wenn die Frau die Trennung überlebt, so fällt an sie die Dos, ohne Unterschied | von wem sie herkam. Dies wird nicht als Gewinn betrachtet, sondern als Rückkehr eines Vermögensstücks in das Vermögen der Frau, welcher Satz sowohl im alten wie im neuen Rechte gilt.

Ulp VI § 6

L 2 pr soluto matr (D. 24,3)

L 11 Cod eod

L 11 § 11,13 Cod de rei ux act (5,13)

L 31 pr Cod de jure dot: (5,12)

Nähere Bestimmungen.

Hat die Frau vor der Ehe eine Stipulatio geschlossen, so klagt sie mit der Stipulationsklage, sonst mit der actio rei uxoriae. Stirbt die Frau früher ehe sie ihren Anspruch geltend machte, so geht dieser wenn sie stipulirt hat auf die Erben über, sonst nicht.

Ulp VI. § 7

fr vat § 95,97

Justinian hob diesen Unterschied auf und die Vererbung für allgültig erklärt.

L 11 § 4 Cod de rei ux: act (5,13)

Wenn die Frau zur Zeit der Trennung noch in patria potestate steht,

so fällt der Anspruch auf die dos auf ihren Vater. Dies Princip ist jedoch modificirt und zwar als eine der wichtigsten Begünstigungen der dos. Diese soll communis patris et filiae seyn.

L 22 § 1 L 3 soluto matr: (D. 24,3)

Die Modificatio will nicht sagen: eine Hälfte gehöre dem Vater, die andre der Tochter, sondern der Anspruch auf die dos kann nur von beiden gemeinschaftl geltend gemacht werden; keiner von beiden kann einseitig klagen. Daher sagt

Ulp VI § 6

pater adjuncta filiae persona habet actionem.

fr vat: § 269

L 3,34,2 § 1 soluto matr: (D. 24,3)

L 2 Cod eod.

L 28 de jure dot. ()

(Nro 353) L 22 § 1 soluto matr (D. 24,3)

„Consumat“ weil wenn die dos noch vorhanden ist, der Vater gar nicht zu klagen braucht. Gesetzt nun, in dem Verhältniß des Vaters u der Tochter tritt eine Aenderung durch Tod oder Emancipatio ein, was wirkt diese in Ansehung der dos? Stirbt der Vater, so fällt das ganze Recht auf die Tochter, unabhängig von aller Erbschaft u eben so bei Emancipatio der Tochter.

L 11 § 11 Cod de rei ux: (5,13)

L 31 § 2 L 66 § 2 soluto matr: (D. 24,3)

Stirbt dagegen die Tochter, so fällt blos die Beschränkung des väterl Rechts weg.

L 22 § 1 cit.

Betrachten wir die angeführten merkwürdigen Sätze genauer, so erscheint schon sehr früh die väterl Gewalt beschränkt, und zwar zu keinem andern Zwecke, als um der Tochter die Aussicht auf die dos zu sichern. Hierbei tritt der sonderbare Umstand ein, daß man an dies gemischte Verhältniß nur denken könnte in den Fällen, wo der Vater die dos selbst gegeben hat; dies wäre inconsequent, denn die dos profectitia und adventitia sollen gleich behandelt werden. Im justinianischen Recht sieht's aus, als bezöge sich die Anomalie blos auf die dos profectitia; dies ist aber blos deswegen geschehn, weil mit dem Aufkommen der Regeln über die peculien dies für die dos adventitia nicht mehr möglich war.

Ulp. VI § 6

L 2 § 1 soluto matr (D. 24,3)

[624]

[625]

[730]

§. 25.

Ueberlebt die Frau die Trennung nicht:

1. Dos adventitia. Nach altem Recht soll der Mann dann diese erhalten, d:h: das Recht der Rückforderung soll nicht auf die Erben fallen.

Ulp VI. § 5

fr vat § 100.

Nach justinianischem Recht soll der Anspruch auf die Erben übergehen,

L 11 § 6 Cod de rei ux: act. (5,13)

welche Aenderung des Rechtssatzes mit der Aenderung der Rechtsmittel zusammenhängt.

2 Dos profectitia. Sie soll auf den Vater zurückfallen solatii loco, auch nach justinianischem Recht.

fr vat § 109

Ulp. VI § 4

L 6 pr de jure dotium (D. 23,3)

[626]

Nähere Bestimmungen.

Sehr bestritten ist es, ob dieses Recht des Vaters durch väterl Gewalt bedingt sei? Nach der richtigen Meinung ist väterl Gewalt nicht nöthig, wie sie auch nicht zum Begriff der dos gehört.

L 59 L 10 pr sol: matr: (D. 24,3)

(Nro 354) L 5 de divortiis (D. 24,2)

In diesem Falle nämlich, wo sich die Frau zum Scheine scheiden läßt, hat sie die actio rei uxoriae. Die Stelle selbst ist deutlich, nur ist durch

(Nro 355) L 4 Cod soluto matr: (5,18)

Zweifel entstanden, indem man durch ein argumentum a contrario, den Gegensatz dessen was die Stelle sagt, auch als gültig hat beweisen wollen, welche Interpretation jedoch bei allen Rescripten des Codex sehr gefährlich ist. Die Stelle ist vielmehr so zu erklären, daß man Alles Gewicht auf matrimonium und nicht auf filiafamilias legt.

Ferner ist bestritten der Fall, wenn Kinder aus der Ehe da sind; auch deswegen darf keine Ausnahme gemacht werden, der Mann darf aber für jedes Kind 1/5 der dos zurückbehalten.

Ulp VI § 4

fr vat § 109

Im justinianischen Rechte kommt von dieser Beschränkung | nichts vor.

[627]

b. *Wie werden diese Rechte durchgesetzt?*

§ 26.

Allgemeine Einleitung.

Es sind hier zwei Fälle denkbar: der Mann ist nämlich in Besitz der dos, oder er ist nicht in Besitz:

1. Wenn der Mann in Besitz ist, so kann er entw: die dos lucriren sollen, wo kein besonderes Rechtsmittel nöthig ist, oder er soll die dos herausgeben, und dann findet Dotalklage statt.

2. Besitzt der Mann die Dos nicht, so ist möglich daß er sie entweder behalten oder sie herausgeben soll. In jedem Fall hat er die dotis petitio Gesetz ein Verwandter der Frau bestellt die dos, liefert sie aber nicht ab; die Frau stirbt; ihre Erben haben nun das Recht vom Manne die dos einzuklagen, u dieser kann sie vom Besteller herausfordern. Gewöhnlich wird Besteller u Erbe dieselbe Person seyn, und sich dann die Klagen compensiren.

L 30 § 1 soluto matr. (D. 24,3)

L 25 de pactis dot: (D. 23,4)

Actio dotis:

§: 27.

Natur und Bedingungen der Klage.

Sie heißt actio dotis oder de dote, u im alten Rechte actio rei uxoriae, worin sie eine ganz anomalische Natur hat, u nicht auf die Erben übergehen soll. Noch konnte damals daneben eine actio praescriptis verbis vorkommen, wenn der Geber sich die Rückgabe versprechen ließ.

(Nro 356) L 6 Cod. de jure dot. (5,12)

Nro 356

Die Actio praescriptis verbis ging auf die Erben über und es bedurfte dabei keiner Stipulatio; doch wird beim Vater immer eine Stipulation erfordert. Auch soll noch besonders eine actio ex stipulatu möglich seyn. Justinian nahm die bedeutende Veränderung vor, daß er die actio ex stipulatu u die actio rei uxoriae zusammenschmolz, so daß daraus ein gemischtes Verhältniß entstand, indem so aus der actio rei uxoriae die bona fides u aus der actio ex stipulatu die Erblichkeit der Klage überging.

L 11 Cod. 1: cit

§ 29 I: de actionibus. (4,6)

Diese Klage hat wichtige Verstärkungsmittel erhalten; im alten Recht war damit ein besonderes privilegium exigendi verbunden, das später in eine stillschweigende privilegierte Hypothek verwandelt wurden. Ferner soll die Frau das Eigenthum durch Vindication geltend machen können, tamdiu res exstant i: e apud maritum, also gegen den Mann geht die rei vindicatio, nicht auch gegen den Dritten, was wichtig ist, wenn der Mann in Concurs geräth, denn dann tritt die Frau als Separatistinn auf.

Nähere Bestimmungen.

[629]

1. Kläger ist derjenige auf den die dos zurückfällt, also die Frau und deren Erben.

2. Beklagter ist der Mann oder seine Erben, ausnahmsweise sein Vater.

L 22 § 12 sol: matr. (D. 24,3)

fr vat § 102.

Gesetzt also der Mann ist noch in väterl Gewalt und die Ehe wird aufgelöst, so klagt man in der Regel gegen den Vater oder dessen Erben, unter denen dann der Mann seyn kann, oder auch nicht zB wenn er exheredit ist, wo die Klage ausschließlich gegen die Erben geht.

L 1 § 10 de dote praeleg: (D. 33,4)

In diesem Falle ist's allerdings möglich, daß der Sohn die dos empfangen hätte, u dann könnte man sagen: er erwirbt ipso jure dem Vater; dieser ist also auch obligirt, allein die Dos ist kein reiner Erwerb, u der Sohn ist daher in diesem Falle nur einseitig obligirt, der Vater nicht, ausser wegen in rem versis, actio de peculio oder actio quod jussu

L 53, 22 § 12 sol matr: (D. 24,3)

fr vat: § 102

3. Der zu führende Beweis ist die Thatsache des Empfanges der dos, und ein gewöhnlicher, häufig durch eine Urkunde, das Dotalinstrument, wogegen die Exceptio non numeratae pecuniae gilt.

[630]

4. Wann muß die dos zurückgegeben werden? Nach getrennter Ehe, u zwar in der Regel sogleich. Nach altem Recht jedoch nur die nicht fungibilen Sachen. Die fungibilen sollten in drei zehnmönatlichen Terminen zurückgegeben werden.

Ulp VI § 8.

Justinian sonderte Grundeigenthum und andre Dotalsachen; jenes muß sogleich, Alles Andre binnen Einem Jahre zurückgegeben werden. *L 11 § 7 Cod 1. cit*

In Ansehung dieses Aufschubs ist zu bemerken, daß er für den Mann oft von großem Interesse seyn kann, theils wenn baares Geld Gegenstand der Dos ist, er's vielleicht nicht gleich aufbringen könnte; theils aber u besonders wenn von andern Sachen die Rede ist, weil er während des Jahres die Früchte und Zinsen für sich genießen kann, indem er blos die Dotalsumme herauszugeben braucht.

Ausnahmsweise muß der Mann oft während der Ehe die dos herausgeben, namentlich wenn er verarmt, was jedoch nur so zu verstehen ist, daß die Frau Sicherstellung der dos bewirken kann. Der Fruchtgenuß des Capitals bleibt dem Manne nach wie vor zum Unterhalt der Ehe.

L 29,30 de jure dot. ()
Nov: 97. Cap. 6.

Zuweilen kann aber auch der Mann zur Rückgabe der Dos berechtigt seyn, wovon unten.

§ 28.

Zweck und Wirkung der Actio dotis.

Die Hauptobligatio ist die Rückgabe der Dos selbst, welche Rückgabe so mannigfach ist, wie die Constituirung der dos. [631]

L 78 de jure dot. (D. 23,3)

L 57 soluto matr. (D. 24,3)

Bestand die Dos in einer Stipulatio, so kann Beklagter fordern, daß er durch Acceptilation frei gemacht werden.

L 41 § 4 de jure dot. (D. 23,3)

Bestand die Dotatio selbst in einer liberatio, so gilt die Rückforderung auf die Geldsumme wovon Beklagter liberirt ist, oder auf Herstellung der alten Obligatio.

L 43 § 1 L 12 § 2 eod.

Alle diese Handlungen können erzwungen werden, wenn der Schuldner sie nicht freiwillig leistet. Dabei ist zu merken:

1. Die freiwillige Rückgabe kann vom Manne der Frau im Testamente legirt werden, dos legata vel praelegata, u es liegt in einem solchen Legat der Vortheil, daß dadurch die Fristen, annua, binia, trinia die wegfallen. Gesetzt nun der Mann bestellte der Frau ein Legat ohne zu sagen, daß es auf die dos angerechnet werden soll, so

wurde nach altem Rechte unterschieden, ob die Frau eine actio ex stipulatio oder eine actio rei uxori~~æ~~ habe. Hatte sie letztere, so verstand sich die Anrechnung auf die Dos tacite von selbst, hatte sie aber die actio ex stipulatu, so konnte sie auf beides klagen, nach dem Edictum de alterutro. Justinian hat, | verordnet, daß die Regel die früher die früher bei der Stipulation galt, allg gelten sollte.

[632] L 11. §.3. Cod. cit.

2. Wenn die dos vor Auflösung der Ehe zurückgegeben wird, so frags sich, ob der Mann dies thun könne? Natürlich gilt dies in den Fällen, wo die Rückgabe erzwungen werden kann, in Allen andern Fällen ist aber diese Rückgabe ungültig, d:h: der Mann stellt sich dadurch nicht sicher vor einer Nachforderung. Es treten jedoch Ausnahmen ein: 1. Wenn die Frau die dos nöthig braucht, um sich und die ihrigen zu unterhalten. 2. Wenn sie sie braucht, um drückende Schulden zu zahlen, oder 3. Wenn sie sie nöthig hat, um ein solches Grundstück zu kaufen, wodurch sie in den Stand gesetzt wird, für eine drückende Schuld Bürgschaft zu leisten.

L 20,21 sol: matr (D. 5,18)

L 73 § 1 L 85 de jure dot. (D. 23,3)

Die Hauptbedeutung der Regel ist also die: die frühere Rückgabe soll den Mann nicht frei machen, worüber

cf L 11 Cod si dos. (5,19)

Nov. 22. Cap 39.

die Nebenobligationen, die hier zur Sprache kommen können, bestehen 1. In Früchten u Zinsen. Die Früchten nach Trennung der Ehe gehören als Acces- | sionen zum Capital. Das baare Geld trägt erst Zinsen vom Augenblick des Ablaufs der Termine an und zwar 4%. Es ist also eine besonders constituirte mora. Alle übrigen Sachen, die nicht fundi sind, werden taxirt und ihr Geldwerth trägt Zinsen.

[633]

L 11 § 7 Cod de rei ux. (5,13)

2. Ausserdem kommen hier noch dolus u Culpa zur Sprache, u jede Differenz zwischen dem jetzigen und dem ursprüngl Gehalt der dos kann Gegenstand derselben seyn, und gew: Nebenforderungen veranlassen. Der Mann muß demnach stehen: a für dolus u Alles ihm ähnliche b. für lata culpa und c. für diligentia quam in suis. Daß er hafte für dolus u lata culpa macht kein Bedenken, aber auch für Alles dolus ähnliche, wenn nur durch seine freie Handlung die Möglichkeit der Restitution abgeschnitten wird zB wenn er den DotalSclaven freiließ, ohne Einwilligung der Frau; dann muß er obgleich nicht in dolo, den Werth ersetzen.

L 61 sol: matr. (D. 24,3)

Manumittirte er den Slaven mit Einwilligung der Frau, so kann sie nur das ersetzt verlangen, was der Mann als Patron durch die Freilassung gewonnen hat.

L 64 pr. § 6–8 eod.

Für die levis culpa muß der Mann in | der Regel einstehn, da er die [634]
dos zu seinem Vortheil erhält, doch ist dies auf die diligentia quam suis beschränkt, und zwar aus demselben Grunde wie bei der Societas.

(Nro 357) L 17 pr de jure dot. (D. 23,3)

(Nro 358) L 24 § 5. sol: matr: (D. 24,3)

Die diligentia quam suis reicht nicht aus, wenn sich die Handlung materiell unter die Regeln der actio legis Aquiliae stellen läßt; ein merkwürdiger Rechtsfall

cf L 66 pr sol matr: (D. 24,3)

Für Casus braucht der Mann nie einzustehn:

Anwendung auf einzelne Fälle.

1. Alle fungibilen Sachen sind mariti periculo u er haftet für Casus, wie beim Darlehen.

L 42 de jure dot. (D. 23,3)

2. Ist dem Ehemann eine Obligatio als Dos gegeben, u diese durch Insolvenz des Schuldners untergeht, wie dann? Hat er sich die Obligation an Zahlungen statt geben lassen, so muß er dafür einstehen, denn dann ists so gut, als habe er baares Geld erhalten. Ist dagegen die Rede von dotis promissio, so braucht der Mann in der Regel nicht dafür einzustehen, wenn er nicht nachlässig bei der Eincassirung war, oder wenn er juristisch den Schuldner befreite.

L 33, 35, 49, 71 de jure dot (D. 23,3)

L 44 § 1 L 49 pr sol: matr. (D. 24,3)

3. Bei der Dos aestimata kommts darauf | an, zu welchem Zwecke [635]
die Taxe beigefügt ist; ob zB dß wenn das DotalGrundstück deteriorirt wird, die Verschlechterung ausgemittelt werden könne. Ist nichts hinzugefügt, so wird dies so angesehen, als sei dem Manne die Sache verkauft, und als sei ihm die Kaufsumme als baares Geld in dotem gegeben. Daher trifft auch jeder zufällige Schaden, den die Sache erleidet, den Mann.

L 10 § 4,5 L 15 L 16 de jure dot. (D. 23,3)

L 5, 10 Cod. eod.

Folge dieses Satzes ist, dß wenn die gegebene Sache eine fremde ist, er sie nicht pro dote sondern pro emtore usucapirt.

L 2 pro dote. (D. 41,9)

Ferner wenn von Grundstücken die Rede ist, so sind sie keine dotal-Grundstücke, also auch zu veräußern, u ebenso wenn durch die Sache Accessionen erworben werden, die nicht Früchte sind, so erwirbt der Mann sie in sein Eigenthum.

L 11 § 9,15 Cod de rei ux: act. (5,13)

[636]

Die beiden Theile woraus das ganze Geschäft besteht, stehen in innerer Verbindung, nämlich Dotation und Kauf. Der Kauf ist jedoch durch die Ehe bedingt u kommt diese nicht zu Stande, so ist auch nicht zu Stande gekommen. Die Alten sprechen auch von dos non aestimata, aber nicht als einer besondern Art, sondern als der regelmäßigen Dotation. Durch Bestimmung der Partheien | kann jedoch die Taxation eine andre Bedeutung haben.

L 69 § 7 de jure dotium. (D. 23,3)

§ 29.

Exceptionen.

Im alten Recht kommen gewisse Retentiones vor, die Justinian aufgehob.

Ulp VI. 9.

L 11 § 5 Cod de rei ux: act: (5,13)

Fand eine solche Gegenforderung statt, und bestand die dos in baarem Gelde, so trat Compensation ein, was Justinian stehn ließ; aber in allen Fällen wo Compensation nicht denkbar ist, soll jetzt auch kein Retentionsrecht mehr gelten:

Einzelne Retentionen sind folgende: 1. Retentio propter liberos 2. Propter mores, wovon bei der Scheidung 3 propter res donatas, wenn der Mann während der Ehe der Frau etwas schenkte, so kann er dies zurückfordern, hat aber keine Retention der dos. 4 propter res amotas; aus dem Diebstahl der Frau entsteht keine actio furti; der Mann hat hier das Recht die dos zu retiniren, bis die Frau die Sache herausgab. 5. propter impensas. Wenn der Mann ungewöhnliche Kosten auf die Substanz der dos und nicht auf ihre Früchte oder die laufenden Reparaturen verwendet hat, so kann er sie erstattet verlangen.

L 3 § 1, L 12,15,16 de imp: dotal: (D. 25,1) |

[637]

Die impensae necessariae sind als solche zu behandeln, quae minuent ipso jure dotem. Die Utiles vermindern die dos nicht, sind aber zu ersetzen; im alten Recht galt eine Retention; für die impensae vo-

luptuariae hat Justinian nichts besonderes verordnet und es bleibt beim jus tollendi. Für die necessariae u utiles soll alle Retention aufhören aber der Mann soll unbedingt ein Klagerecht darauf haben, auch wenn die Frau nicht in die utiles eingewilligt hat.

L 11 § 5 Cod l cit:

§ 37 Inst de actionibus. (4,6)

§ 30.

Bona paraphernalia.

Die Frau kann ihr Vermögen ganz oder theilweise zur dos machen; immer ist aber eine besondre Bestellung derselben möglich. Das Vermögen, das sie nicht zur dos macht, hieß früher: bona receptitia, nachher paraphernalia; die Ehe hat hierauf keinen Einfluß; die Frau behält daran während der Ehe, wie vorher, Alle Rechte.

L 9 § 3 D. h T.

L 31 § 1 de donat: ()

L 8 Cod de pactis conv: (5,14)

Es ist zu bemerken, daß es nebenher doch Rechtsverhältnisse in Bezug auf dies Vermögen zwischen Mann u Frau gibt. zB: letztere kann jenen administriren lassen, u zwar in versch: Formen und Abstufungen, so daß sie ihm selbst das Eigenthum daran übertragen kann, wo sie dann am Ende der Ehe eine Condictio auf Rückgabe des Eigenthums hat. Ausserdem ist auch ein Mandat möglich, u es ist mit der Uebertragung des Eigenthums immer ein Mandat verbunden.

[638]

L 9 § 3 h T.

Ausserdem ist noch ein Depositum möglich. Insofern der Mann die Sache besitzt, hat die Frau eine rei vindicatio; wo nicht eine actio ad exhibendum.

L 9 § 3 cit.

Justinian bestimmte folg: Fall besonders: Schuldforderungen, die sich unter dem Paraphernalvermögen befinden, und die von der Frau dem Manne übergeben sind, sollen als dotal angesehen, und die Zinsen zur Ehe verwendet werden; der Mann soll hier wie bei der dos für dolus, culpa lata u diligentia quam suis einstehen.

L 11 Cod de pact: conv: (5,14)

§ 31. *Donatio propter nuptias*. **§ 31.** *Donatio propter nuptias* ist eine Schenkung, die dem Brautigam von der Braut oder von deren Verwandten vor der Eheschließung gemacht wird. *Donatio propter nuptias*:

Quellen. § 3 I: de donat. (2,7) *de donat. l. 3 § 1*
 Cod V. 3 *de donat. l. 3 § 1*
 Cod Theod III. 5.

[639]

Dies Institut hat im Laufe der Zeit nicht nur sein Recht, sondern auch seinen Namen verloren, denn sonst hieß es: *donatio ante nuptias* oder *sponsalitia largitas* d:i: Brautgeschenk. Im allg: ist eine solche *donatio* | gültig d:h: es wirkt auf sie das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten nicht ein. Ursprüngl wurde sie wie gemeine Schenkung betrachtet, also erforderte sie gerichtliche Insinuation. Gesah die *donatio* am Tage der Hochzeit, so mußte untersucht werden, ob sie vor oder nach der Stunde der Eingehung der Ehe geschahn war.

L 27 de don: i: V: et ux. ()

L Cod. de donat ante nup: (5,3)

Nähere Bestimmungen.

Man sagt: die *donatio ante nuptias* ist eine *donatio nuptiarum causa facta*, u muß also wie ein *datum ob causam* beurtheilt werden, was irrig ist. Die Regeln des *datum ob causam* hat man freilich auf diesen Fall angewendet, u bestimmt, dß solche Schenkungen als etwas eignes sollten behandelt werden; man nennt sie *sponsalitia largitas*, aber es ist gleichgültig ob Sponsalien vorhergingen. Das eigenthümliche ist, dß die *donandi causa* als Bedingung der Ehe angesehen wird, daher die Schenkung in der Regel ungültig wird, wenn die Ehe unterbleibt, jedoch mit folg: Beschränkungen:

1. Wenn der Mann *interveniente asculo* geschenkt hat, soll er nur die Hälfte zurückfordern.

L. 16. Cod. de don: ante.nup. (5,3)

2. Unterbleibt die Ehe, so kann nur der Unschuldige zurückfordern |

L 15 Cod eod.

[640]

3. Unterbleibt sie wegen eingetretener Unmöglichkeit so kann Alles zurückgefordert werden, ausgenommen wenn eine an sich verbotene Ehe sollte geschlossen werden, wo das gegebene vom *fiscus* confiszirt wird

L 32 § 28. de donat. i: V: (D. 24,1)

L 4 Cod de incestis (5,5)

Ist die Ehe zu Stande gekommen, so ist das Gegebene gültig u unwiderrufflich.

Aus dieser Donatio ante nuptias ist unsre Donatio propter nuptias entstanden. Jene kam gewöhnl vom Bräutigam, u man gewöhnte sich allmählig daran, sie als etwas der dos entgegenstehendes anzusehen, und gab ihr den andern Namen.

Donatio propter nuptias heißt nun Alles das, was vom Manne der Frau der Ehe wegen als Gegensatz der dos gegeben wird. Eine solche donatio propter nuptias kann auch in der Ehe gegeben werden.

L 19, 20 Cod de don: ante nup. (5,3)
Die alte Donatio ante nuptias war also jede Schenkung zwischen Ehegatten nuptiarum causa facta; dagegen die Schenkung die vom Manne oder einem Dritten in seinem Namen gegeben wird, heißt donatio propter nuptias, u bildet den Gegensatz zur dos. Sie ist also nicht reine Schenkung, u ist also nicht mehr Insinuation dabei nöthig.

Nov: 119. C.1. 1

Später verlangte Justinian die Insinuation in einer Nebenbeziehung wieder, wenn der Mann in Zukunft das *lucrum dotis* will geltend machen.

[641]

Nov: 127 Cap 2.

Verhältniß dieser donatio zur dos. Früher konnte eine donatio ohne dos, u eine dos ohne donatio vorkommen. Zuerst wurde bestimmt, daß wenn Nebenverträge wegen des *lucrum dotis* geschlossen wären, so sollten die Quoten auf beiden Seiten gleich seyn. Justinian verordnete weiter, daß im Falle ungleich bedingener Verträge die kleinste als gleiche Quote behandelt werden solle.

L 9,10 Cod de pact: dotal:^a

Ferner verordnete er: daß nicht nur die Quoten gleich seyn sollten, sondern auch willkührlich genug, die Summen.

Nov. 97 pr Cap 1.

Was geschehn solle, wenn ungleiche Summen geschenkt sind, ist nirgends erwähnt. Doch ist dieser Fall nach Analogie der ungleichen Quoten zu behandeln. Dabei fragt es sich, wie es gehen soll, wenn Eins der beiden Institute fehlt? Auch darüber ist nichts bestimmt, aber der Analogie nach muß auch das einseitig gegebene Institut als ungültig behandelt werden, was bestätigt:

Nov 127 Cap 2 inf

^a Die Stelle de pactis dotalibus ist D. 23,4

Regeln, nach welchen die Donatio propter nuptias behandelt wird:

[642] 1. Kommt die Ehe nicht zu Stande, so wäre es inconsequent sie nach Analogie der dos in diesem Falle zu behandeln. Nichts ist darüber bestimmt, u es bleibt daher bei den früheren Revocations-Grundsätzen.

2. Wenn die Ehe zu Stande kommt. L 20 Cod de don: antenup. (5,3) „Gleiches Recht soll gelten für die donatio wie für die dos“; wollte man dies streng durchführen, so würde der Sinn der dos ganz zerstört. Gleichheit in der Behandlung ist nur gemeint für die Zeit nach getrennter Ehe; während der Ehe behält der Mann an der geschenkten Sache das Eigenthum, Besitz, Administratio u Fruchtgenuß. Dies scheint sonderbar, aber es ist wirklich so gemeint, denn gestattete man der Frau den Fruchtgenuß, so würde der Sinn der dos zerstört, u es folgt auch aus der besonderen Anwendung in dem Falle, wenn der Mann verarmt, indem dann die donatio, wie die dos sicher gestellt wäre.

L 29 Cod de jure dotium (5,12) Daraus folgt auch, daß der Mann Besitz und Administration behält. Was am meisten bezweifelt werden könnte ist das Eigenthum. Doch, daß die Frau dies nicht haben solle, folgt aus der Verordnung Justinians, daß der fundus donationis causa wie der fundus dotalis unveräußerlich seyn solle, u wenn man dem Mann die Veräußerung verbietet, muß er doch nothwendig Eigenthum haben; und wenn er veräußert so fällt das Eigenthum unmittelbar auf die Frau.

Nov: 61.

Rechte der Donatio propter nuptias nach aufgelöster Ehe. |

[643] 1. Wenn Verträge geschlossen sind, so bleibts dabei, jedoch mit der Beschränkung der Gleichheit.

2. Sind blos für die dos Verträge geschlossen, so werden sie auf gleiche Weise auf die donatio angewendet

L 20 pr Cod: h.T.

3. Sind keine Verträge geschlossen, so soll die Donatio gleiches Schicksal haben nach der Seite des Mannes wie die Dos nach der Seite der Frau hin.

Nov 22 Cap 20 § 1

Wenn ein Fremder die dos gibt u nichts besonderes ausbedungen wird, so fällt sie am Ende der Ehe auf die Frau, ebenso die donatio auf den Mann.

L 31 § 1 Cod de jure dot. (5,12)

Das Institut der Donatio ist etwas rein durch Sitte u Gewohnheit entstandenes, aber die Gesetzgebung betrachtete sie als nützlich, weil sie als Capital zu einem bessern Witthum diene. Darin liegt der Grund der genauen Bestimmungen bei der Donatio, zB das Vorhandenseyn der Gleichheit, indem dadurch sowohl die dos als auch der Unterhalt der Familie wenn der Mann verarmte, sichergestellt, und das *lucrum nuptiale* dadurch vergrößert wurde.

Besondre Schicksale hat das Institut im neuern Rechte gehabt; nie ists bei uns in römischer Form u Art als nöthig erachtet worden, obgleich das römische Eherecht ziemlich vollständig zu uns herüberkam.

[644]

Donatio inter virum et uxorem.

Paulus II. 23.

Ulp. VII, § 1

Dig. 24,1.

Cod. 5,16.

Nach allg: Regel sind zwischen Ehegatten Alle rechtlichen Geschäfte möglich, nur die Schenkung nicht.

§ 32.

Begriff und Bedingungen.

Hier ist ein Verbot der Schenkung schlechthin gemeint, jedoch unter gewissen Bedingungen; der Ursprung des Verbots liegt nicht in neuerem Rechte, sondern gründet sich auf alte Sitte u Ansicht über Wesen u Bestimmung der Ehe. Die römischen Juristen haben den Grund auf versch: Weise anzugeben gesucht; der wahre ist wohl der: man befürchtete, durch die Schenkung könne der Eigennutz schädlichen Einfluß auf das Verhältniß ehelicher Liebe ausüben.

L 3 pr de donat i: V: et ux. ()

Das Verbot gilt sowohl für die Frau wie den Mann, allein man geht vorzügl: von der Schenkung des Mannes an die Frau aus, welches sich bei der *retentio propter res donatas* zeigt, u darin, dß die Schenkung der Frau an den Mann nicht so gefährlich war, da sie fortwährend unter Vormundschaft stand.

[645]

Bedingungen.

1. Eine gegenwärtige Ehe; also ist die Schenkung erlaubt, wenn die Ehe zwar intendirt aber juristisch unmöglich ist; auch ist sie gültig wenn die Ehe eine verbotene ist, wenn dies die Eheleute nicht wissen, sonst wird das Geschenke confiscirt.

L 3 § 1 L 65, 32 § 28 h T

Ebenso ist im Concubinate eine Schenkung gültig u erlaubt, aber auch da wo wirklich Ehe vorhanden ist, ist die Schenkung vor u nach der Ehe erlaubt, selbst dann wenn die juristische Handlung, wodurch das Gegebene die Natur einer Schenkung annehmen soll, in der Ehe angefangen hat.

(Nro 361) L 9 § 2 h T (D. 24,1)

(Nro 362) L 10 D. eod: (24,1)

Folgen des letzten Satzes sind: a. Es lassen sich Schenkungen in Beziehung auf die Dos denken, zB dß der Mann dem Genuß der Früchte entsagt; dies ist ungültig.

L 21 § 1 L 54 D h T

L 8 Cod eod:

Dagegen wenn etwas ausgemacht ist, was das Recht an den Früchten nach der Ehe betrifft, so ist dies gültig.

(Nro 360) L 31 de pact: dot: (D. 23,4)

b. Die Mortis causa donatio ist immer gültig, denn sie fängt erst nach Trennung der Ehe zu wirken an.

L 9 § 2 h T.

c. Daher ist auch gültig die donatio divortii causa facta.

L 60–62, L 11 § 11 h T. |

[646] 2. Es ist eine wirkliche ernstliche Schenkung nöthig, so dß der eine Ehegatte Schenker, der andre der Beschenkte ist, daher ist gültig jede Dotatio, denn darin liegt nie eine Schenkung; ferner Alles das was als Folge des gemeinsamen Lebens zu betrachten ist.

L 18, 28 § 2 eod.

Ebenso was der Mann der Frau ihres Unterhalts wegen, selbst übermäßig gibt.

L 33 pr § 1 L 15 pr h T.

L 22 de pactis dot: (D. 23,4)

Aber nicht nur die Schenkung unter den Ehegatten selbst ist ungültig, sondern auch die eines derselben an einen Dritten, womit er in einer Vermögensverbindung steht. Es bezieht sich dies aufs Verhältniß der patria potestas.

L 3 § 2–6 L 32 § 16 h T.

fr vat: § 269.

Dahin gehört unter andern auch der Fall, wenn die Frau ihrem eigenen Kinde etwas schenkt.

3. Es wird ferner erfordert, daß der Schenker ärmer, der Beschenkte reicher werde.

L 5 § 16, L 8, L 25 eod.

D:h: der Beschenkte muß nicht nur durch die Schenkung reicher geworden, sondern es auch noch wirklich zur Zeit der Klage seyn, u hat er zB das Geschenke durchgebracht, so braucht er nichts zu restituiren; wohl aber kann er dazu angehalten werden, wenn er etwas für die geschenkte Sache | erhalten hat u dies noch da ist.

[647]

L 28 pr L 5 § 17, 18 L 50 L 7 § 1 eod

Eine Einzige Ausnahme gibt es hier: wenn der Beschenkte die Sache dolose durchgebracht hat, so wird es angesehen als habe er sie noch im Vermögen.

L 37 h T

L 14 ad exhibendum. (D. 10,4)

Der Schenker muß ärmer geworden seyn, d:h: nicht [eh]er muß die Aussicht auf einen Gewinn sondern er muß ein wirkliches Recht aufgegeben haben.

L 5 § 13,14 h T.

Anwendung des zuletzt gesagten ist: Wenn Geld geschenkt ist, so wird dies ohne Zinsen zurückgefordert, ferner wenn der Mann das Geld der Frau schuldig ist und es einige Jahre zu früh bezahlt, so ist dies erlaubt.

L 15 § 1 L 16, 30, 31 § 6 h T.

§ 33.

Wirkungen.

Grundsatz ist: jede juristische Handlung, die den Character einer Schenkung hat, ist ipso jure nulla.

L 3 § 10 h T.

Anwendungen.

Wird die Schenkung durch Mancipatio, Traditio in jure Cessio bewirkt so geht kein Eigenthum über. Wie verhält es sich mit der Usucapio? Kann der Beschenkte nicht usucapiren? Es kommt darauf an, ob der Schenker ärmer ward oder nicht. In jenem Falle kann nicht, in diesem wohl usucapirt werden. Daraus ergeben sich folg: prac-

[648] tische Sätze: Schenkt der Mann der | Frau ein Haus durch Traditio so wird er ärmer u es gibt keine Usucapio. Hat der Mann kein Eigenthum am Hause, so konnte schon, wenn auch nicht von einer Schenkung zwischen Ehegatten die Rede wäre, der bona fides wegen usucapirt werden. Allein auch hier hindert nichts der Usucapio, da der Mann nicht ärmer wird.

Im justinianischen Recht steht nichts der Anwendung der Usucapio im Wege; dies folgt aus allg: Grundsätzen u wird bestätigt durch (Nro 367) L 25 D. h T. (24,1)

L 3 pro donato (D. 41,6) obgleich andre Stellen sagen: Usucapio gelte nicht.

L 1 § 1, L 3 pro donato (D. 41,6)

die jedoch nur auf den Fall gehen, wo bloß bonitarisches Eigenthum übertragen wird, u auf den Fall, wo Usucapio die verbotene Schenkung ergänzen soll. Ist die Schenkung wegen einer Obligatio eingegangen, so sind Alle Handlungen ungültig, wodurch dies bewirkt wird.

L 3 § 10 h T

Ebenso sind die zweiseitigen Contracte zu beurtheilen, denen eine Schenkung zu Grunde liegt.

L 5 § 5 L 7 § 6 h T

L 23 § 25, 26, L 31 § 3 eod:

fr vat § 273

Rechtsmittel.

[649] Wenn Eigenthum geschenkt werden soll, so findet rei vindicatio statt; ist bloß ein Vermögens- | stück geschenkt, so gilt eine Condictio,

L 5 § 18 h T.

L 11 § 5 Cod eod:

und was im allg: vom Ganzen, gilt auch insbesondere von den Theilen. Ehemals kam zu diesen Rechtsmitteln noch eine retentio propter res donatas hinzu, die Justinian aufhob.

L 11 § 5 Cod. cit.

§ 34.

Ausnahmen.

1. Gleich von Anfang an gültig sind: a. Die Schenkung zwischen Kaiser und Kaiserinn.

L 26 Cod de don: i: V: et ux. (5,16)

b. Wenn die Schenkung zu einem bestimmten Zwecke gemacht ist, zB um ein abgebranntes Haus wieder aufzubauen; wenn der Mann deportirt wird, zu seinem Unterhalt; und wenn die Frau dem Manne honoris causa was schenkt.

2. Die Schenkung wird hinterher gültig: a. Durch Compensation d:h: was gegenseitig geschenkt ist, soll gegeneinander aufgerechnet werden, diese Compensation ist jedoch nicht die gewöhnliche, sonst wäre sie nicht speziell genannt. Auch ist nicht nöthig, dß das Geschenke von einer Seite noch vorhanden ist.

L 7 § 2 eod.

b. Jede Schenkung wird bestätigt durch den Tod des Schenkers in der Ehe, was ein Scltum unter Severus anerkannte. |

cf L 32 eod

fr: vat § 276.

[650]

wo dies so angesehen wird, als habe die Schenkung mortis causa stattgefunden.

L 32 § 10,14 eod.

L 18 Cod eod.

L 8 de dubiis ()

Dieser Satz ist jedoch nur anzunehmen, wenn er in der Ehe nicht widerrufen ist, wenn es auch ganz formlos geschehn wäre.

L 32 § 2,3,4 h T.

Sind Alle diese Bedingungen da, so wird die Schenkung ganz so behandelt, wie eine mortis causa donatio.

L 32 § 1,8 h T.

Pacta nuptialia.

Dig. 23,4.

Cod. 5,14

Paulus II. 22.

Die früheren Lehren beruhten theils auf einer Möglichkeit, dos, theils auf einer Vorschrift, donatio inter virum et uxorem, u es fragt sich ob diese nicht durch Verträge, pacta dotalia vel nuptialia abgeändert werden können. Solche sind unter gewissen Bedingungen möglich.

§ 35.

Allgemeine Grundsätze.

Für die Form der Verträge gilt hier nichts besonderes, sondern das oben im allg: gesagte. Was aber ihren Inhalt betrifft, so gibts Gründe der Ungültigkeit: |

[651] 1. In sofern dadurch Rechte eines Dritten verletzt werden, was hier in einer wichtigen Anwendung vorkommt.

2. Insofern sie das jus publicum d:h: eine der Privatwillkühr entzogene Regel, verletzen.

(Nro 368) L 12 § 1 de pactis dot (D. 23,4)

L 5 § 1 eod

Paulus I, 1, § 6

Const. § 4

Solche Fälle, wobei das jus zur Sprache kommt, sind folgende:

a. Jeder Vertrag, wodurch das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten verletzt wird.

b. Jeder Vertrag, wodurch bei der dos die Lage der Frau ungünstiger gestellt wird, als nach allg: Regeln, wovon jedoch ausgenommen: wenn die Beschränkung der Rechte der Frau die Kinder bevorzuehlt.

(Nro 370) L 1 pr § 1. de dot: praeleg: (D. 33,4)

c. Jeder Vertrag, der die Würde der Ehe verletzt, zB: dß das beneficium competentiae nicht gelten solle.

d. Jeder Vertrag gegen die Verbote zur Verhütung schlechter Sitten u Handlungen.

§ 36

Einzelne Pacta.

1. Ueber den Haushalt u die Verwendung der dos insofern darin nicht eine Schenkung liegt.

L 12 § 1 de pact dot: (D. 23,4) |

[652] L 21 § 1 de don: i: v. (D. 24,1)

2. Ein Vertrag darüber dß die versprochene dos nicht ausgezahlt werden soll, ist ungültig; denn erläßt der Mann die Verbindlichkeit, so schenkt er ja die Früchte.

3. Ueber Verwendung u Behandlung der Früchte ist abweichend von obigen Regeln ein Vertrag gültig.

4. Häufig ist der Vertrag, wodurch das Recht an der dos nach aufgelöster Ehe anders gestellt wird, wie nach allg. Regeln:

a. daß der Mann sie ganz oder theilweise behalten solle, in den Fällen wo er sie herausgeben müste. Dies ist nicht erlaubt, sofern die Frau, erlaubt sofern ein Dritter dabei verliert.

(Nro 369) L 16 de pact: dot: (D. 23,4)

L 27 eod.

L 69 § 9 de jure dotium. (D. 23,3)

Eine Ausnahme findet statt, wenn der Vertrag mit Rücksicht auf die Kinder geschlossen wäre.

(Nro 370) L 1 pr § 1 de dot: prael: (D. 33,4)

L 2 D, L 3 Cod de pact: dot^a

Daß ein solcher Vertrag zum Nachtheil eines Dritten gültig ist, sagt:

L 6 Cod de pact: conv: (5,14)

L 12 pr de p: dotal. (D. 23,4)

b. Irgend jemand solle am Ende der Ehe die dos einfordern, der ausserdem es nicht darf; dies ist gültig wenn dadurch das Recht eines Dritten nicht verletzt wird. Zur Zeit wo die dos gegeben wird, kann der Geber sich jede Clausel dabei ausbedingen zB daß sie auf ihn zurückfalle (dos receptitia) u dies ist erlaubt.

(Nro 371) L 20 § 1 de pact: dot: (D. 23,4)

L 1 § 1 L 7 eod.

Er kann selbst jedem Fremden erlauben, sich die Rückgabe zu stipuliren, u zwar so, daß dieser Fremde, der sonst kein Recht hätte, es als Mandatar des Constituens thut, oder in der Absicht diesem Dritten etwas zu schenken, u zwar wird immer die Absicht des Mandats praesumirt, nicht die der Schenkung.

L 1 § 1 de dot: coll: (D. 37,7)

L 11 de dote praeleg. (D. 33,4)

L 72 § 2 de jure dot: (D. 23,3)

Die Form eines solchen Vertrags ist im alten Recht die Stipulation, aber sie kann auch vom Geber ohne Stipulation geschlossen werden nach den Grundsätzen der actio praescriptis verbis; vom 3ten in der Regel nur durch Stipulation, ausgenommen wenn der Großvater der Frau die dos gibt u die Enkel stipuliren, so sollen sie eine actio utilis haben.

L 7 Cod de pact: conv: (5,14)

L 1 § 1 de dot: coll: (D. 37,7)

L 11 de dote praeleg. (D. 33,4)

L 72 § 2 de jure dot: (D. 23,3)

Die Stelle de pactis dotalibus ist D. 23,4

[653]

[654]

[654] Diese Grundsätze auf den Vater als Geber der dos angewandt, folgt: Nach altem Rechte konnte er die dos zur receptitia machen, u dies in jedem Augenblick bis zur geschlossenen Ehe ausbedingen. Justinian bestimmte | dß immer ein Vertrag fingirt werden soll, wenn keiner geschlossen wäre.

L 11 § 11,14 Cod de rei ux act: (5,13)

5. Der abändernde Vertrag könnte etwas anders über die Zeit der Restitutio der dos bestimmen; ein solcher ist aber nur gültig zum Vortheil der Frau.

L 14–18 de P: dot: (D. 23,4)

Dagegen kann jeder Fremde die Frist willkührl anders durch Vertrag bestimmen.

6. Ein Vertrag ist denkbar in Beziehg auf dolus culpa u Casus. Der Vertrag über nicht praestatio des dolus ist im allg: ungültig; wollte der Mann nicht für levis culpa eintreten, so würde deterior mulieris conditio; der Mann kann seine Lage verschlimmern u levisima culpa u Casus übernehmen.

L 6 de pact dot: (D. 23,4)

7. Bei der dos aestimata sehen wir[e], dß sie eigentlich aus zwei Geschäften bestehn, und die dort vorkommende Art der Dotatio ist schon ein abändernder Nebenvertrag, aber eine solche dos aestimata kann nachher wieder aufgehoben werden; jede Uebervortheilung ist dabei untersagt.

[655] 8. Was die impensae dotales betrifft, kann man ausmachen, dß der Mann sie gar nicht in Rechnung zu bringen brauche, was durchaus keine Schenkung ist. Doch ist die Entsagung des Mannes auf die nothwendigen Impensae | als gegen die Natur der dos unerlaubt.

L 5 § 2 de pact: dot. (D: 23,4)

9. Der Vertrag dß das beneficium competentiae nicht gelten solle ist ungültig.

L 14 § 1 sol: matr. (D. 24,3)

10. Auch können Verträge über die Behandlung der donatio propter nuptias vorkommen. Diese sollen theils nach Regeln der dos behandelt werden, nämlich bei Betracht der Rechte eines Dritten; theils eigenthümlich nämlich wenn sie auf Grundsätzen einer Schenkung beruhen. Der Grundsatz der deterior mulieris conditio gilt hier nicht. Wohl aber erstrecken sich die über die dos geschlossenen Verträge tacite auch auf die donatio propter nuptias u beide müssen gleich seyn.

11. Was die verbotene Schenkung zwischen Ehegatten betrifft, so

ist natürlich jeder Vertrag direct oder indirect gegen das Verbot ungültig.

L 5 § 1 L 20 pr de P: dot: (D. 23,4)

Es versteht sich von selbst, daß ein solcher Vertrag nach aufgelöster Ehe gültig ist.

Dritter Titel.

Trennung der Ehe.

I. Trennung selbst.

§ 37.

Nothwendige Trennung.

Diese ist eine solche, die nicht von der Willkür der Partheien ausgeht, u es gilt als Regel: | Sobald Einer der Ehegatten in eine solche Lage kommt, die vor der Ehe dieselbe würde verhindert haben, hört die Ehe auf, also: a. Durch den Tod Eines Theils b. Dadurch daß der Eine Theil seine Freiheit verliert. – Slaven können nicht in einer Ehe seyn, u zwar nicht bloß aus Mangel der Civitaet, sondern weil sie nicht über ihre Person verfügen können.

L 1 de divortiis. (D. 24,2)

L 56 sol: matr. (D. 24,3)

Geräth Einer der Ehegatten in Gefangenschaft? Nach altem Recht war hier die Ehe consequent aufgelöst, u der zurückbleibende konnte frei eine neue Ehe schließen; kehrte der Gefangene zurück, so trat in dieser Beziehung kein postliminium ein, aber er konnte ebenfalls eine neue Ehe schließen.

L 1,6 de divortiis. (D. 24,2)

L 12 § 4, L 8, L 14 § 1 de captivis (D. 49,15)

Erneuerten sie die alte Ehe, so gingen sie eine neue Ehe ein. Die Erneuerung wird aber als etwas natürliches betrachtet, u so sind die scheinbar widersprechenden Stellen:

L 8 de captivis (D. 49,15)

L 6 de divortiis (D. 24,2)

zu erklären.

Justinian aber hat bestimmt: die Ehe solle so lange fortdauern, als der Gefangene lebe, und der Zurückgebliebene darf sich selbst

[657] nicht scheiden. Ist, ob der Gefangene lebt ungewiß, so soll der andre doch erst nach 5 Jahren eine neue Ehe eingehen dürfen. |

Nov 22. C. 7.

c. Einer beider Theile verliert die Civitaet; dann bleibt die Ehe nur nicht justae nuptiae, hört aber nicht nothwendig auf. Inconsequent soll aus aequitas in Bezug auf die dos die Ehe als fortdauerend betrachtet werden.

L 5 § 1 de bonis damn: (D. 48,20)

L 1 Cod de repudiis (5,17)

Nov 22. C. 13.

d. Hinterher tritt ein Hinderniß durch Aufhören der Standesgleichheit ein z:B: der Mann hat eine Freigelassene zur Frau u wird nachher Senator. Was dann geschehn sollte, war ehemals streitig; Justinian bestimmte: die Ehe solle gültig bleiben.

L 28 Cod de nuptiis (5,4)

e. Der Incestus superveniens macht die Ehe ungültig zB der durch Adoption bewirkte.

L 67 § 3 de ritu nupt. (D. 23,2)

§ 38

Freiwillige Trennung.

Dig. 24,2.

Cod. V. 17.

Die Ausdrücke für Scheidung sind *divortium* und *repudium*; jenes kommt bloß bei der Ehe, dies gemeinschaftlich bei der Ehe und den Sponsalien vor, und ursprünglich gebrauchte man *divortium* bloß von der Frau, *repudium* vom Manne.

A. Altes Recht.

[658] 1. Bedingungen der Trennung sind: ein ernstlicher besonnener Wille auf Scheidung gerichtet, nicht ein bloßer Zank! Dieser Wille spricht sich aus durch factische lange Trennung, | durch eine neue Ehe und dergleichen.

L 3 de divortiis. (D. 24,2)

L 64 de donat: i V: (D. 24,1)

(Nro 373) L 33. de ritu nupt (D. 23,2)

Wer von beiden muß den Willen haben? Der Wille von einer Seite reicht hin; steht der eine oder der andre in väterl Gewalt, so sollte

ursprüngl der Vater seinen Widerspruch auch während der Ehe einlegen und sie trennen können. Sever u Antonin hob dies auf, wenn nicht sehr triftige Gründe vorhanden seien.

L 32 § 19, 20 de don: i V: (D. 24,1)

L 5 Cod de repudiis (5,17)

L 4 de divortiis (D. 24,2)

Umgekehrt kann auch das Kind in patria potestate selbst gegen des Vaters Willen sich trennen. Dies gilt auch noch im neuen Rechte. Aber insofern die Eltern eine dos gegeben haben, soll ihr Dissens sie vor Nachtheil bewahren.

Nov 22 C. 19

2. Form. Das alte Recht sagt davon nichts u zwar ganz consequent, da die freien Ehen auch ohne Form geschlossen werden. Fürs praktische Recht war dies sehr nachtheilig, denn da bei der Trennung nicht so feierliche Gebräuche vorkommen, wie bei den nuptiae, so konnte es oft zweifelhaft seyn, ob Trennung da war oder nicht; daher bestimmte Aug über die Trennung eine Erklärung durch einen libertus vor sieben Zeugen mit römischer Civität.

L 9 de divortiis (D. 24,2)

L 1 § 1 unde vir. (D. 38,11)

L 35 de donat i: v. (D. 24,1)

Dadurch wollte man das ganze an eine gewisse Sol[?]ennität binden und ihm Publizität geben. Es machte dabei nichts aus, ob der andre Theil etwas von der Trennung erfahren hatte oder nicht, zB wenn er wahnsinnig war.

L 4 de divortiis (D. 24,2)

L 22 § 7 soluto matr. (D. 24,3)

Die Wirkung eines in solcher Form ausgesprochenen Willens ist Vernichtung der Ehe,

L 1 de divortiis (D. 24,2)

welche Erklärung aber nicht als Veranlassung der Scheidung zu betrachten ist.

B. Neues Recht.

Im neuern justinianischen Rechte hat sich dies nach der richtigern Ansicht nicht geändert, u es gilt der Grundsatz: die Trennung geht nicht vom Richter sondern vom Willen der Partheien aus, und selbst die grundlose Trennung ist gültig, wenngleich sie bestraft wird.

Beschränkungen.**§ 39.****A. Altes Recht.**

Vor der christl Zeit kommen einzelne Institute vor, die als beschränkend betrachtet werden könnten es aber nicht sind, nämlich die *Mores* und *Retentio propter liberos*.

1. Mores.

[660]

Hier galt allerdings die Rede von Strafen; diese bezogen sich aber nicht auf leichtsinnige | Trennung, sondern vielmehr auf Unsittlichkeiten und Unrechtlichkeiten, die in Beziehung auf das eheliche Verhältniß standen, namentlich Ehebruch. Man unterschied: *mores majores vel graviores* und *minores vel leviores*.

Hatte der Mann sich *mores majores* zu Schulden kommen lassen, so ist seine Strafe: Verlust der ihm aus der *dos* zukommenden Früchte, die durch Verlust eines Theils am *Capital* der *dos* (bei *majores* 1/6, bei *minores* 1/8) der Mann verlor.

Bei *majores* die drei Termine und bei den *leviores* musste er schon nach einem halben Jahr die *dos* herausgeben.

Ulp 6 § 12,13

Dies konnte nun in versch: Formen vorkommen, so dß der Mann etwas zurückbehält, *retentio propter mores*, oder in Form einer Klage *actio pro moribus*. Von der Strafe einer leichtsinnigen Scheidung ist hier nicht die Rede.

2. Retentio propter liberos.

Sie beruht auf folg: Grundsatz: wenn die Frau oder ihr Vater ohne Unterschied die Scheidung verursachen, so hat der Mann das Recht für jedes seiner Kinder 1/6 der *dos* zurückzuhalten, aber nie mehr als 3/6, wenn er auch mehrere Kinder hätte.

Cicero Topica § 4

Ulpian 6, § 10

Schulting pag 536. |

[661]

fr vat § 105, 107

Wie verhält sich nun diese *Retentio* zu den *Mores*? Beide können zusammenfallen zB: wenn die Frau Ehebruch begangen hat, oder auch nicht zB wenn sie sich ohne besondern Grund trennt, in welchem

Falle Retentio begründet war. Auf die Retentio propter liberos bezieht sich der Ausdruck: bona gratia divortium factum d:h Trennung durch gütliche Uebereinkunft. Bei dieser Retentio scheint eine Strafe der leichtsinnigen Trennung beabsichtigt zu seyn; doch dies ist nicht, denn es ist ja schon verboten, eine Privatstrafe auszumachen, u die Retentio hat also nothwendige keine andre Bedeutung als die: vom Manne einen Nachtheil und Verlust des Vermögens abzuwenden, indem wenn die Frau sich trennt, ihm die Kinder bleiben, u er daher billigerweise einen Theil der dos behält.

Justinian hat beide Institute aufgehoben, indem sie durch härtere Strafen überflüssig wurden.

L 11 § 5 Cod de rei ux: act. (5,13)

L 11 Cod de repudiis inf. (5,17)

3. Ausser jenen beiden Instituten komt noch ein drittes vor, wenn eine Freigelassene an einen patronus verheirathet ist, so kann sie sich nach altem Rechte scheiden lassen, aber eine lex Julia bestimmte, dß sie nicht die Vortheile der Scheidung genießen solle.

L 11 pr de divortiis. (D. 24,2)

§ 40.

[662]

B Neues Recht

Hier änderte sich die Ansicht des alten Rechts durchaus. Die Fortdauer der ehelichen Verhältnisse sah man so wichtig an, dß man der leichtsinnigen Scheidung durch Strafen entgegenwirkte, die sich anfangs aufs Vermögen bezogen, nachher aber so hart wurden, daß der sich Scheidende alle Vorrechte durch die Scheidung verlor, die er dadurch intendirte. Nachher wurde auch noch der bestraft, der bei der grundlosen Scheidung die Schuld trug.

Einzelne Gesetze.

1. Den Anfang machte eine Constitutio Constantin's.

L 1 Cod Theod de repudiis

2. Eine Constitutio von Honorius.

L 2 eod

3. Aufhebung dieser Verordnungen und Herstellung des alten Rechts.

Nov: Theod: Tit 17.

4. Wenige Jahre nachher Wiederherstellung der früheren Constitutionen.

L 8 Cod de repudiis (5,17)

In allen diesen Gesetzen war nur die Rede davon, wenn einer gegen des andern Willen sich scheiden wollte, indem man eine solche Scheidung wenngleich für unsittlich, doch nicht für strafbar hielt.

L 9 Cod de repudiis (5,17) |

[663] Man übersah dabei die Fälle, in welchen die Scheidung blos aus zufälligen Gründen, nicht aus Leichtsinn bewirkt wurde. Daher hat 5 Justinian einen solchen Fall zufälliger Scheidung, nämlich Zeugungsunfähigkeit (welche kein Ehehinderniß ist) beachtet.

L 10 Cod de repudiis (5,17)

Nov.22. Cap 6.

6. Bald nachher bestimmte Justinian, da alle bisherigen Strafgesetzgebungen eine dos voraussetzten, so solle, wenn keine dos gegeben sei, der Scheidende 1/4 seines Vermögens, doch nie mehr als 100 ℔ Goldes einbüßen.

L 11 § 1 Cod de repudiis (5,17)

7. Ein ganz neues Gesetz Justinians, das die Ehescheidung zusammenfaßt, ist:

Nov 22.

Sie sagt: Ehescheidung kann in vier Fällen erfolgen: a durch Einwilligung beider Theile, und dann ist sie straflos.

Nov 22 C. 4

b. bona gratia d:h: kein Theil ist deswegen zu tadeln. c. Auf leichtsinnige grundlose Weise. d. Dadurch, daß der andre Theil, Veranlassung gab, u zwar beziehen sich auf die beiden letzteren Fälle die Strafen.

8. In einem neuen Gesetze gab Justinian selbst materiell neue Bestimmungen, nämlich in

Nov: 117.

[664] a. Ehescheidung wird verboten durch | Consens.

Cap 10 ibid.

b. Die Scheidung bona gratia blieb erlaubt. Die Strafen wurden neu bestimmt. Sonderbar ist, daß die Scheidung durch Consens verboten, aber nicht bestraft wurde, so daß bald

9. Ein neues Gesetz nöthig war, und zwar wurden zuerst die Strafen geändert in

Nov 127 C 4

10 und abermals geändert in

Nov 134

u auch die erwähnten Lücken ausgefüllt.

11. Allerdings existirt noch ein neues Gesetz, *Nov 140* die Scheidung erlaubt, aber nicht glossirt ist.

Allg: Resultat ist:

1. Ehescheidung durch Consens ist dadurch bestraft, daß beide Theile ins Kloster müssen u ihr Vermögen confiscirt wird.
2. Die Ehescheidung *bona gratia* ist straflos.
3. In bestimmten Fällen ist einseitige Scheidung erlaubt. Wer sich aber ohne Grund scheidet muß ins Kloster u sein Vermögen wird confiscirt.

Sind Ursachen der Scheidung da, so treffen die Strafen den schuldigen Theil, doch sind sie gelinder wie bei der leichtsinnigen Scheidung; man verliert nämlich nur die *dos* u die *donatio* u die Frau auf 5 Jahre ihr *Connubium*. Hat die Frau die Ehe gebrochen, so kommt sie ins Kloster.

[665]

II Einfluß der Trennung auf das Vermögen.

Die wichtigsten Folgen der Trennung aufs Vermögen beziehen sich auf *dos* u *donatio*, wovon schon die Rede war; hier sind noch folgende Fälle zu merken.

§ 41.

Trauerjahr.

Nach getrennter Ehe soll die neue für die Frau eine zeitlang unterbleiben.

L 10,11 § 1 de his qui not. (D. 3,2)

Ursprüngl war blos die Rede vom Fall des Todes, allmählig wurde die Vorschrift auch auf den Fall der Scheidung ausgedehnt. Der Zeitraum war anfangs ein romulisches Jahr von 10 Monden, nachher ein gewöhnliches von 12.

L 1,2 Cod de secund: nupt. (5,9) *Nov 22. C.22.*
 Ueberschreitet die Frau diese Vorschrift so ist nicht die neue Ehe ungültig, aber es folgte nach dem Edict die Infamie für den Mann u nachher auch für die Frau.

L 1 de his qui not. (D. 3,2)

L 15 Cod eod.

Spezielle auf das Vermögen wirkende Strafen sind folgende:

1. Die Frau soll nichts durch ein Testament erwerben können

2. Selbst nicht durch Intestaterbfolge, mit Ausnahme von den nächsten Verwandten. |

[666] 3. Soll die Frau bei Bestellung der dos beschränkt seyn.

§ 42.

Lucrum nuptiale.

Cod V. 9,10

Cod Hermog III, 8,9.

Für die durch die Ehe begründeten Vermögensstücke sind besondere Vorschriften gegeben. Dahin gehörte Alles, was der eine Theil durch den andern während der Ehe erwirbt, und wodurch er bereichert wird d:h: wenn am Ende der Ehe die dos auf den Mann fällt, u die Frau die *donatio propter nuptias* behält; ebenso ist jede *Successio* des einen Ehegatten von Todes wegen *lucrum nuptiale*.

L 5 § 2 L 7 Cod. de sec: nuptiis. (5,9)

Nov 22. Cap 23,20 § 1

Beschränkungen. Bleibt derjenige, der so etwas gewinnt, ehelos, so soll es ihm unbeschränkt bleiben; nur wenn er eine neue Ehe schließt, gilt der Grundsatz, daß die *Proprietaet* des erworbenen auf die Kinder erster Ehe fallen u nur der *Ususfructus* dem *lucrIREnden* bleiben soll. Dies galt früher nur bei der Frau, wurde nachher auch auf den Mann angewandt.

L 3 pr L 5 pr L 7 Cod de sec: nupt. (5,9)

Nähere Bestimmungen. |

[667] Ursprüngl konnte der *lucrIREnde* über die *Proprietaet* unter den Kindern bestimmen; nachher nicht mehr.

Nov 2 C.1,2 § 1.

Nov: 22. Cap. 25.

Verwaltung und *Ususfructus* bleiben dagegen dem *lucrIREnden*, u deswegen haben die Kinder an seinem Vermögen eine stillschweigende Hypothek. Tritt in dem persönlichen Verhältnisse eine Aenderung ein, so consolidirt der *Ususfructus* mit der *Proprietaet*, wenn der *lucrIREnde* stirbt; stirbt eins der Kinder u hat *Descendenten*, so treten diese ein.

Außerdem sollen nach altem Rechte seine Geschwister *jure accre-*

scendi eintreten; nach neuerem Recht tritt gewöhnliche Erbfolge ein, jedoch soll dem lucrirenden, was ihm im Falle der Kinderlosigkeit versprochen war, als Proprietaet mit seinem Ususfructus consolidiren.

Nov 2 Cap 2 pr. C. 1

Nov 22 C. 26 pr

Nov: 68

In Bezug auf den Fall da der lucrirende ehelos bleibt hat das Recht sehr geschwankt, und Justinian selbst änderte darüber oft seine Meinung. Das Resultat steht in:

Nov 127 Cap.

welche bestimmt, daß der lucrirende an einer portio virilis die Proprietaet, am Ueberrest nur den Ususfructus haben soll. Practisch stellt sich das Verhältniß so, wenn der Ehemann stirbt und seiner Frau ein Legat von 1000 hinterläßt, so ist dies *lucrum nuptiale*. Hat sie drei Kinder, so bekommt sie an der portio virilis i:e: 250 die Proprietaet und an den übrigen 750 den Ususfructus: Schließt sie dagegen eine neue Ehe, so fällt die Proprietaet der 1000 auf die Kinder.

[668]

§ 43.

Liberalität gegen den einen Ehegatten.

Wenn durch die Liberalität des einen Ehegatten der andre etwas erhalten hat oder erhalten soll zB er schenkt ihm etwas, was durch den Tod gültig wird, und schließt ein solcher eine neue Ehe, so soll der neue Ehegatte nicht mehr von dem Gegebenen bekommen wie ein Kind erster Ehe, und wenn diese ungleiche Theile bekommen, so soll er selbst nur soviel erhalten, wie dasjenige Kind, welches mit dem geringsten Theile bedacht ist. Den Ueberrest erhalten dann die Kinder. Die Absicht des schenkenden Ehegatten war nur auf die Person des andern gerichtet.

L 6 pr Cod de sec. nuptiis (5,9)

Nov: 22. Cap. 22

§ 44

Actio rerum amotarum.

Dig. 25,2.

Cod. 5,21.

[669]

Diese Klage bezieht sich auf den Fall des Diebstahls zwischen Ehegatten, wo Modificationen des gewöhnlichen Rechts eintreten sollen. Diese gingen jedoch nie so weit, die | Handlung nicht als Diebstahl anzusehen.

L 1,29,15 § 1 rer: amotarum.^a

Nur treten nicht die gewöhnlichen Folgen desselben ein. Die Regel bezieht sich nur auf den Fall, da mit Rücksicht auf eine bevorstehende Scheidung der Diebstahl geschah,

L 25 loc: cit

weil für diesen Fall zuerst eine factische Ursache da war, und man dadurch die Infamie als Folge der actio furti verhüten wollte. Die actio rerum amotarum ist rein rei persecutorisch, bloß aufs Interesse u die Sache selbst.

L 21 § 5 l: cit.

Das Bedürfnis dieser Klage ist nicht recht klar; die actio furti wollte man ausschließen, allein auch die condictio furtiva infamirt nicht, u hätte dasselbe bezwecken können. Vielleicht wollte man sogar den Ausdruck furtum verhüten. Auf diesen Fall bezieht sich eine retentio propter res amotas; in allen verwandten Fällen ohne Rücksicht auf bevorstehende Scheidung bleibt die Regel, daß die actio furtiva gelte.

L 3 § 2 L 25 eod.

Anhang.

§ 45.

Coelibat.

Cod VIII.58,59; Ulp 13–18.

Diese Lehre ist mit ihren wichtigen Folgen zuerst durch die Lex Julia et Papia Poppaea aufgestellt u durch eine Reihe von Gesetzen

^a C. 5.21 rerum amotarum reicht nur bis L 3

ausgebildet worden. Die lex Julia wollte der Ehelosigkeit durch Mittel versch: Art | steuern, theils durch Belohnungen, theils Strafen, die sich auf den Erwerb eines Vortheils gründen, den man aus einer auf letzten Willen beruhenden Erbschaft hätte ziehen können. Um daraus etwas gewinnen zu können, sollte man sich den Vorschriften des Gesetzes unterwerfen. Später wurde auch noch der Erwerb durch fideicommissa u mortis causa donationes dahin gezogen. Damit stand in Verbindung der Begriff der Capacitaet d:h: die Fähigkeit so etwas erwerben zu können; ferner der Begriff von Caducitaet d:h: das was der Erbe nicht erwerben konnte oder wollte, wurde Caducum.

[670]

Nähere Bestimmungen.

1. Der Coelebs ist ganz unfähig zu solchem Erwerb
 Ulp 17 § 11, 22 § 3
 Gaj II. 286.

[670]

ausgenommen wegen großer Jugend und hohen Alters; ferner nach Trennung der Ehe soll der Mann eine Zeitlang Vacatio haben.

Ulp l. cit § 14.

Der zum Erben eingesetzte darf noch binnen der nächsten 100 Tage dem Gebote genügen u endlich ist ausgenommen die Succession naher Verwandten.

2. Geringe Strafen trafen den, der keine Kinder im gesetzlichen Sinne hatte; er sollte die Hälfte des zgedachten verlieren.

Gaj II. 286. |

Etwas andre Bestimmungen galten zwischen Ehegatten.

[671]

Ulp. 14,16 § 1

3. Was ist der justus numerus liberorum? Die Frau musste dreimal geboren haben, ohne Unterschied, ob in oder ausser der Ehe, ob die Kinder lebten oder nicht. Der Mann musste wenigstens Ein Kind in seiner väterlichen Gewalt haben. Ueber den Fall wo einer gesetzliche Kinder hat, aber nicht mehr in der Ehe lebt, ist nichts bestimmt; wahrscheinlich ist gegenwärtige Ehe nicht nöthig.

Ist dem Gesetz Genüge geleistet, so kann auf alle Weise mortis causa succedirt werden, und man erwirbt das, was andre nicht bekommen; was sonst caducum geworden wäre, und endlich hat man das jus caduci d:h: das caducum fällt vor Allem auf die liberos habentes in testamento, u zwar nicht jure accrescendi sondern durch ein ganz besonderes beneficium, welches jedoch nur aufs männliche Geschlecht geht.

[671]

Gaj II § 206–208
 fr: de jure fisci § 3.
 fr vat § 195
 Ulp I § 21,25 § 17.
 Juvenal IX. Vers 88,89

Waren im Testamente keine solche *liberos habentes* vorhanden, so soll das *caducum* aufs *aerarium* fallen, welches aber nachher durch eine Constitution Caracalla's

Ulp 17 § 2

[672] wahrscheinlich eine Aenderung erlitten hat. | Durch Constitutionen der spätern Kaiser ist dies Alles aufgehoben und zwar erst die Strafe des *Coelibats* und der *Arbitaet* zwischen fremden Personen, u dann auch zwischen Ehegatten.

Schon im ältern Recht wurden oft *Dispensationes* vom Gebote gegeben (*jus liberorum*) und darauf bezieht sich eine Constitution die allen *Cives* das *jus liberorum* ertheilte. Die Aenderungen stehen in

Cod Theod VIII. 16,17.

Cod Just VIII. 58,59

§. 46.

Concubinatus.

Dig XXV.7.

Cod V.26.

Paulus II.20.

Concubinatus ist, wie wir oben sahen, Ehe ohne *dignitas d:h*: unsre Ehe zur linken Hand, auch *inaequale Connubium* genannt.

L 3 Cod de nat: liberis (5,27)

Was den Ausdruck betrifft, so heißt es in

L 3 § 1 D de concubinis (25,7)

Concubinatus per leges nomen assumpsit, und daraus erklären sich die Ausdrücke in

L 144 de verb: sig: (D. 50,16)

nämlich: *pellex d:i*: Beischläferinn, wurde nachher nur von der Beischläferinn eines Ehemannes gebraucht, denn von der Concubine des Ehelosen hieß es *amica*. |

[673] Bedingungen:

1. Das Alter ist das auch bei der Ehe erforderliche.

L 1 § 4 de concubinis. (D. 25,7)

2. Ehelosigkeit.

Paulus II. 20

L 1 Cod de concubinis. (5,26)

3. Zu gleicher Zeit ist nur Ein Concubinatus möglich.

Nov: 18. Cap 5.

4. Die Regeln der Verwandtschaft bei der Ehe gelten auch hier.

L 56 de ritu nuptiarum. (D. 23,2)

5. Was die Standesverhältnisse betrifft, so gilt die Bedingung der Civität, Standesgleichheit aber gar nicht. Bei dem Slavenstande ist es anders wie in der Ehe und der freie Mann kann eine Slavinn zur Concubine haben aber nicht umgekehrt.

L 8 de pignor: ()

L 38 de rebus auct: jud (D. 32,5)

Nov 18. Cap 13.

Wirkungen:

Das Concubinatus entsteht wie die freie Ehe durch freien Willen ohne bestimmte Form und wo Concubinatus stattfindet, ist kein Stuprum vorhanden, also auch Straflosigkeit.

L 3 § 1 de concubinis (D. 25,7)

Allein an diesen negativen Rechtssatz schließt sich wahrscheinlich noch der an, daß das Concubinatus frei machen soll von den Strafen des Coelibats; dies versteht sich aber nur für besondere Fälle, nicht allgemein; zB ein Römer war so arm geworden, daß er nicht standesmäßig heirathen konnte, so war es natürlich | ihm das Concubinatus zu erlauben und ihn dadurch von den Folgen des Coelibats frei zu machen. Dafür sprechen:

L 14 § 1 de ritu nupt: (D. 23,2)

L 13 pr ad L: Jul: de adult: (D. 48,5)

Es ist inconsequent, anzunehmen, daß das römische Concubinatus nach Deutschland gekommen sei, denn schon im justinianischen Rechte konnte das Concubinatus nur mit der aufgestellten negativen Seite vorkommen, und nach den Reichsgesetzen wurde jede Geschlechtsverbindung verboten, die nicht Ehe war. Auch ist unrichtig, daß man jetzt noch von liberi naturales spricht.

[674]

§ 47.

Contubernium.

Es ist dies **Slavenehe** d:h: ein Geschlechtsverhältniß, das nicht Ehe ist. An sich ist ein solches erlaubt, ja es war nicht einmal zwischen Freien und Slaven verboten

Paulus II, 19 § 6.

Nur im Fall des **Scltum Claudianum** war es verboten, wenn nämlich eine Frau mit einem fremden Slaven in ein solches Verhältniß tritt, so soll der Herr desselben sie mahnen, und läßt sie dann nicht ab, so soll sie **Slavinn des Herrn** werden.

ZWEITES KAPITEL.

VON DER VÄTERLICHEN GEWALT.

Inst. I,9,11,12. II,9.

Dig. I,6,7. IX,17

Cod IV,43. V,27. VI,61,62. XII,21. 37. VIII,47.

Gajus I,3,5,6.

Paulus II,24,25.

Ulp VIII,10

Cod Theod: III,3. V,8. VIII,14,18,19.

Erster Titel.

Begriff – Geschichte – Entstehung.

§.1.

Begriff und Geschichte.

Väterliche Gewalt heißt: das Recht des Hausvaters über die Glieder der Familie. Characteristisch dabei ist: das ausschliesliche Recht des Vaters, das Recht eines einzigen in einer Familie und die regelmäßige Fortdauer desselben. Der Ausdruck ist: pater auf der einen und filiusfamilias auf der andern Seite; in besondrer Beziehung auf Erbrecht kommt noch der Ausdruck suus vor.

Bedingung[en] der väterlichen Gewalt ist: Civität von beiden Seiten.

Gajus I,128

Ulp. X. § 3

Dieser Satz scheint practisch nicht wichtig. Doch hat er eigenthümliche Folgen, wenn nämlich ein Peregrinus Kinder bekommt und die beiden Ehegatten cives werden, so erhält jener nicht gleich die väterliche Gewalt.

Gaj III,20.

[179]

[676]

§.2.

Entstehung

Kinder in justae nuptiae gezeugt, werden geboren in väterlicher Gewalt ihres Erzeugers, vorausgesetzt daß dieser selbst frei davon ist, sonst kommen sie in die väterliche Gewalt desjenigen unter dem der Erzeuger steht.

pr: § 3 I: de patr: pot. (1,9)

L 3 de his qui sui: (D. 1,6)

Es wird also vorausgesetzt: erweisliche Erzeugung zwischen zwei Eltern und das Vorhandenseyn einer gültigen Ehe, justae nuptiae. Letzter Punct wird nicht streitig seyn, und im ersteren kommen zwei Thatsachen vor, nämlich: die Mutter ist stets gewiß, aber der Vater wird präsumirt u zwar gilt diese praesumptio als voller Beweis, ausgenommen im Falle der absoluten Unmöglichkeit. Zur Begründung dieser Präsumtion reicht *jede* Ehe hin, aber zur Begründung der väterlichen Gewalt gehören justae nuptiae. Auf die so entstandene väterliche Gewalt beziehen sich verschiedenartige Rechtsmittel.

[677]

1. Behauptet der Vater diese Gewalt und wird sie vom Kinde bestritten, so bedarf es in vielen Fällen nicht einmal eines Rechtsmittels, indem schon das Interdictum de liberis exhibendis hinreichen kann.

Die Rechtsfrage selbst kann zur Entscheidung kommen durch eine bloße notio oder Cognitio eines iudex, ohne daß eine ordentliche Klage nöthig ist.

Dig.43,30.

L 3 § 3,4. de agnos: liberis. (D. 25,3)

L 1 Cod de patr: potest: (8,47)

Aber die Frage kann auch auf dem Wege einer ordentlichen Klage, praejudicium entschieden werden, ja es konnte im alten Rechte eine rei vindicatio mit dem Zusatze ex jure quiritium hinreichen.

L 1 § 2 de rei vind: (D. 6,1)

Practisch genommen hat der Vater die Wahl, ob er sich der extraordinaria cognitio oder der ordentlichen Klage bedienen will.

2. Lägnet umgekehrt der Vater die väterliche Gewalt, so findet die gewöhnliche Präjudizialklage statt.

L 1 § 16 L 2,3 pr § 1–6 de agn: lib: (D. 25,3)

3. Wird der Streit vom Kinde und einem Dritten geführt, so geht darauf der Grundsatz des Edictum Carbonianum, daß der Prozeß bis

zur Zeit der Mündigkeit des Kindes, wenn es noch nicht mündig ist, ausgesetzt bleiben solle.

L 3 § 5 de agn: lib: (D. 25,3) |

Diese Rechtsmittel dürfen nicht mit einigen andern, die eine bloß provisorische Natur haben, verwechselt werden, nämlich

[678]

1. *Scilum Plaucianum*

L 1 pr § 1–15 de agn lib: (D. 25,3)

welches sich auf den Fall der Ehescheidung bezieht. Wenn nämlich die Frau bei der Scheidung sich schwanger glaubt, so soll sie binnen 30 Tagen dem Manne Anzeige davon machen, und unterläßt sie dies, so braucht der Mann das Kind nicht anzuerkennen; thut sie es, so kann der Mann Wächter schicken oder stillschweigen und dann muß er das Kind anerkennen und ihm Alimente geben.

2. Der Grundsatz ist nachher auf den umgekehrten Fall angewendet worden; wenn die Frau die Schwangerschaft läugnet,

L 1 pr § 1–9 de inspic: ventre. (D. 25,4)

3. Verschieden von jenen beiden Rechtssätzen ist eine im praetorischen Edict aufgestellte Regel: wenn der Mann stirbt und die Frau ihre Schwangerschaft behauptet, so soll sie bewacht werden.

L 1 § 10–15 L 2–4 de insp ventre. (D. 25,4)

§.3.

Adoptio.

Sie ist Erwerb der väterlichen Gewalt durch eine freiwillige juristische und zwar feierliche Handlung des alten Rechts. Es sind | dabei zwei Fälle denkbar: entw: das Kind war nicht oder es war in der väterlichen Gewalt eines andern. Der erste Fall heißt *Arrogatio*, der zweite *Adoptio* im engern Sinne. Für beide gemeinschaftl Bedingungen und Voraussetzungen sind:

[679]

1. Wer adoptiren will muß wenigstens 18 Jahre älter seyn wie der zu adoptirende.

L 40 § 1 de adopt: (D. 1,7)

2. Wer adoptiren will, muß männlichen Geschlechts seyn. Ein Analogon davon ist die *Adoptio* der Frau mittelst kaiserl Erlaubniß u mit den Wirkungen einer gewöhnl *Cognatio*.

§ 10 I: eod.

L 5 Cod eod.

3. wer adoptiren will muß *sui juris* seyn.

Recht der Arrogatio.

Sie konnte nach altem Recht nur in einer Volksversammlung (comitiis curiatis) geschehn, und zwar durch eine lex autorisirt; adoptio quae fit per populum. Ihre Form war beschränkt: 1. Sie war nur möglich in Rom 2. Nur gegen Personen männlichen Geschlechts, weil Frauen nicht in der Volksversammlung auftreten konnten. 3. Nur gegen Mündige. 4. Beide Theile mußten persönlich erscheinen; Einige dieser Beschränkungen waren zur Zeit der klassischen Juristen gemildert. Im neuesten Recht ward die Arrogatio durch kaiserl Rescript bestätigt, daher alle Beschränkungen wegfallen.

L 2,8,10 § 5 Cod eod.

Nähere Bestimmungen.

A. Bei jedem Rescript dieser Art wurde eine causae cognitio vorausgesetzt, die besonders streng seyn sollte im Falle der Arrogatio eines Unmündigen, wo eine besondere Caution nöthig war. Bei dieser Caution war's schwierig, wem sie geleistet werden sollte? wenn der nächste Intestaterbe bekannt gewesen wäre, diesem; doch so war's Vorschrift, sie einem servus publicus zu stellen.

L 17 § 1-4 D de adopt. (1,7)

L 2 Cod eod.

B. Ferner ist nöthig die Einwilligung des Vaters u des Sohnes, und zwar nicht bloß eine negative.

(Nro 377) L 5 eod (D. 1,7)

Wirkungen der Arrogatio.

Dadurch entsteht: potestas über den Arrogirten nebst seinen Kindern, die er in potestate hat; zugleich eine Successio per universitatem d:h das Vermögen ging in Massa auf den Arrogans über. Die Schulden gingen wegen Eintreten der Capitis deminutio streng genommen unter; doch ließ man sie practisch gelten.

Durch das justinianische Recht hat sich dies natürlich sehr geändert, und das Vermögen des Sohnes wurde nun wie wir es nennen, peculium | adventitium.

[681]

Tit: J: de acq: p arrog: (3,10)

Recht der Adoptio im engern Sinne.

Sie entsteht durch den Consens beider Väter, u durch den Consens des Kindes, aber der bloß negative reicht hin.

(Nro 377) (D. 1,7,5)

denn es können ja auch eigentliche Kinder adoptirt werden.

L 42 de adopt. (D. 1,7)

Die Form der Adoptio war im alten Recht sehr zusammengesetzt, und bestand aus einer oder mehreren Mancipationen oder in jure Cessionen, weswegen viele und versch: Personen dabei vorhanden seyn mussten. Im neuesten Rechte ist nur die Gegenwart eines judex und der drei Personen zwischen denen das Geschäft vorgeht, erforderlich.

L 11 Cod eod.

Wirkungen.

Nach altem Rechte wurde durch die Adoptio die bisherige väterl Gewalt aufgelöst, u es entstand eine neue; nach justinianischem Recht gilt dies nur, wenn der AdoptivVater zugleich ein natürlicher Ascendent des Kindes ist. In allen andern Fällen soll nur ein persönl Intestaterbrecht zwischen AdoptivVater und Kinde stattfinden.

L 10 Cod eod.

§ 2 I. eod.

§ 4.

Legitimatio.

Sie ist die juristische Handlung, wodurch unehelichen Kindern das Recht ehelicher beigelegt wird. Im alten Recht kam dies nicht vor, und war auch überflüssig, indem der Mann das uneheliche Kind arrogiren konnte. Im neuesten Recht galt die Legitimatio bloß bei liberi naturales, u geschah: 1 per subsequens matrimonium, wenn der Mann die Concubine heirathete.

L 10,11 Cod de nat: lib: (5,27)

2. per obligationem curiae.

L 9 Cod eod

3. per rescriptum principis, jedoch so beschränkt: wenn keine ehelichen Kinder da sind, und nur auf Bitte des Vaters.

Nov. 74

Nov. 89 C. 9,10.

Zugleich wurde dadurch auch für alle unehelichen Kinder die Arrogatio verboten. Alle diese Fälle der legitimatio beziehen sich auf liberi naturales, setzen also Concubinatus voraus, daher ist sehr inconsequent, die Legitimatio für Deutschland anerkannt zu haben. Hier

[682]

unterschied man zwischen *legitimatio plena* u *minus plena*, welche letztere bloß die Makel der unehelichen Geburt tilgen sollte.

§ 5.

Uebrige Fälle.

1. *In manum Conventio*; war zweifach; entw: *matrimonii causa* oder aus andern Gründen.
- [683] 2. Die *Causae probationes*, die sich auf zwei | Fälle beziehen. a. *Erroris causae probatio*. Wenn man sich bei Eingehung der Ehe factisch im Stande irrte, so soll das nicht schaden. b. *Causae probatio latini*.
Diss: Hollweg: de causae probatione.^a
c.^b Aufgehobene *Emancipatio*, die statt findet, wenn ein Kind undankbar ist.
L 11 Cod de ingr: lib: (8,50)
4. Bei den versch: *Mancipationen* des Sohnes, wenn er *emancipirt* wird.

Zweiter Titel.

Rechte.

§ 6.

Persönliche:

Ursprünglich war das Recht des Vaters über seine Kinder sehr absolut, und dem Rechte des Herrn über seine Slaven zu vergleichen. So hatte er a. das Recht sie tödten. Unter den Kaisern ward dies Recht beschränkt u zwar zuerst unter Alex: Sever in

L 3 Cod de p: potestate. (8,47)

Dem Vater wurde ein Züchtigungsrecht gestattet; sollte er aber eine härtere Strafe, namentl Leibesstrafe nöthig finden, so soll er zuerst

^a Bethmann-Hollweg, Augustus: De causae probatione, Berolini 1820. Diese Schrift, 1818 als Göttinger Dissertation benutzt, wurde erst vollendet und gedruckt zum Zwecke der Habilitation in Berlin. Im Jahre 1818 erschien lediglich Augustus Hollweg, Theses, Göttingae 1818, 4 S.

^b Die Zahl 3 ist hier mit dem Buchstaben c überschrieben worden.

einem Magistratus den Antrag machen, der die Strafe zu bestimmen hat.

b. Das Recht des Verkaufs. Dies ward ihm später genommen; im justinianischen Recht findet sich | nur eine Anwendung für den Fall der aussersten Noth. [684]

L 2 Cod de patre^a, qui fil: (4,43)

L 11 Cod: de his qui sanguino ()

Bei der Ausdehnung der Rechte des Vaters kann natürlich nicht von einzelnen Rechten die Rede seyn; auch ist zu bemerken, daß sein Recht sich blos auf die häuslichen Verhältnisse beschränkt, und nicht auf die öffentlichen. Bekleidete zB der Sohn eine hohe Magistratur, so war für die Zeit die väterl Gewalt, wo nicht aufgehoben, doch suspendirt.

Einfluß der väterl Gewalt aufs Vermögen:

§ 7.

Allg: Grundsätze des alten Rechts:

Dies Verhältniß wurde schon mehrmals erwähnt. Die Regel ist: solange jemand in patria potestate steht, erwirbt er dem Vater nothwendig und unvermeidlich. Vor Allem gilt diese Repräsentation für bereichernde Handlungen, nicht aber für ärmer machende. Die Vermögensverhältnisse, die der Sohn haben kann, können nicht Eigenthum, Forderungen pp seyn, aber er kann Schulden haben. Dies ist die Regel, die nur wenige Ausnahmen u diese Folgen hat:

1. Da der Sohn Schulden haben kann, so kann auch gegen ihn geklagt werden.

L 39 de obl: et act (D. 44,7)

L 141 § 2 de verb: obl: (D. 45,1)

L 57 de judiciis. (D. 5,1) |

Man erwirbt dadurch eine actio iudicati gegen den Sohn. [685]

2. Ein Sohn in patria potestate konnte keine Erben haben, und seine Schulden starben mit ihm ab.

L 18 ad Sclt: Maced. (D. 14,6)

L 11 de fidej: ()

^a Richtig: patribus

§ 8.

Peculium profectitium.

Gibt der Vater dem Sohne etwas (peculium concessum) so hat dies folg: Bedeutung: zunächst verwaltet der Sohn dies Vermögen, und dadurch wird der Satz modificirt, daß der Sohn den Vater nicht soll ärmer machen können, denn der Sohn kann das peculium veräußern, Schulden darauf machen und verklagt werden.

§. 9.

Peculium castrense und quasi castrense.

Das peculium castrense ist durch Constitutionen unter August eingeführt u begreift Alles was der Sohn des Militärdienstes wegen erwirbt, also namentlich was er zu seiner Ausrüstung bekommt, ferner was er erbeutet oder sonst im Kriege erhält. In Ansehung dieses Erwerbes wird der Sohn als pater familias betrachtet, kann deshalb verklagt werden, u es gilt dabei nicht die Bestimmung des Scltum Macedonianum.

L 15 § 3 de castr peculio. (D. 49,17)

[686] Stirbt der Vater so ändert sich am peculium | castrense nur der Namen. Stirbt aber der Sohn, was dann? Ursprüngl sollte der Sohn nur ein testamentum militare über dies peculium machen können, nachher auch ein andres Testament. Machte er das letztere, so wurde das Ganze wie gewöhnliche hereditas behandelt. Starb er ohne Testament, so fiel das Ganze auf den Vater jure antiquo.

Justinian hat auch hierauf gemeinschaftl Intestaterbfolge angewandt.

Das peculium quasi castrense begreift Alles, was der Sohn durch einen Civilerwerb erhielt; es galten dafür ganz dieselben Regeln, wie fürs castrense.

L 11. Cod de inoff test: (3,28)

L 12 Cod qui test: ()

§ 6 I: de mil: test: (2,11)

§.10. **Peculium adventitium.**

Eine wichtigere Beschränkung der patria potestas wie die vorige ist die durch das *peculium adventitium* (der Ausdruck ist analog der *dos adventitia*) d:h: Alles das, was der Sohn abgesehen vom Vater erwirbt.

Das Geschichtliche ist: 1. Die erste Ausnahme betraf die *bona materna*; das Kind soll Erbe werden, wenn die Mutter starb, u so wäre eigentl der Vater Erbe geworden, aber es galt die Regel, dß das Eigenthum des Vermögens auf die Kinder fallen solle.

L 1 Cod de bonis maternis. (6,60)

L. 1 Cod Theod eod

[687]

2. Dies wurde nachher ausgedehnt[e] auf die *bona materni generis*.

L 6,7 Cod Theod eod:

L 2 Cod eod:

3. Dieselbe Regel wurde nachher angewandt auf das *lucrum nuptiale*.

L 1 Cod de bon: quae lib: (6,61)

Alle diese Ausnahmen gingen auf bestimmte Fälle. Durch Justinian wurde die Regel allgemein, dß Alles was das Kind erwerbe, ihm gehören solle, mit Ausnahme dessen, was der Vater selbst dem Kinde gibt.

L 6 Cod eod.

§ 12 I: p quas personas. ()

Nähere Bestimmungen:

1. Wie entsteht das *peculium adventitium*? Durch jeden Erwerb überhaupt mit der eben erwähnten Ausnahme. In jenen Fällen, wo der Vater dem Erwerbe widerspricht, der Sohn ihn aber will, bekommt dieser u ebenso umgekehrt, wenn der Sohn nicht will, bekommt der Vater das Vermögen. Ist der Sohn noch unmündig, so tritt theils eine *Restitutio* ein, theils wird der Erwerb aufgeschoben.

L 8 pr § 1,6, Cod de bon: quae lib: (6,61)

2. Rechte. a. des Kindes: dies hat *Proprietaet*, jedoch beschränkt theils durch die väterl Rechte, theils durch seinen Stand als *filiusfamilias*.

b. des Vaters. Er hat vor Allem freie Verwaltung, ohne Rechnungsablage u *Cautionsleistung*. Dann hat er den *Ususfructus*. Darf er auch veräußern? In der Regel nicht, ausser im Fall der Noth, zB

[688]

wenn die Erbschaft Schulden hat, Legate daraus bezahlt werden müssen pp. Sind Prozesse zu führen, so thut dies der Vater, jedoch nur mit Einwilligung des Kindes wenn es mündig ist.

L 6 § 2 L 8 § 3,4,5 Cod eod.

Ausnahmen:

a. Wenn der Vater selbst in den Erwerb nicht einwilligt:

b. wenn dem Sohn etwas legirt oder geschenkt ist, unter der Bedingung, daß der Vater keine Rechte daran haben solle.

Nov 117. C.1.

c. Wenn Eins der Kinder stirbt, und vom Vater und den Geschwistern zugleich beerbt wird, so sind die Erbtheile der Geschwister frei.

Nov: 118.C.2.

Hier ist das Verhältniß wie beim peculium castrense zu bestimmen. Der Sohn hat die Verwaltung u nur in Ansehung der Testamente besteht ein Unterschied, wovon unten mehr. Diese ausgenommenen Fälle nennen unsre Juristen: peculium adventitium irregulare, die Regel: regulare.

3. Wenn das Verhältniß der patriapotestas sich auflöst, welche Verhältnisse treten ein? Stirbt der Vater, so macht sich Alles von selbst;

[689] | Stirbt das Kind, so kann es kein Testament über sein Vermögen, auch nicht nach dem neuesten Rechte machen.

L 11 Cod qui test: ()

Es war daher etwas eigenthümliches für die Intestaterbfolge nöthig u dies findet sich in

L.6 § 1 Cod de bonis quae lib: (6,61)

Aber Justinian verordnete gewöhnliche Intestaterbfolge.

Nov 118.C.1,2.

§.11

Neuestes Recht der Peculien.

Regel ist: das Kind erwirbt für sich u der Vater hat daran Ususfructus (peculium adventitium ordinarium) und Verwaltung. Ausnahmen sind: 1. Wenn der Erwerb sich gründet auf den Vater, u da ist es beim alten Recht geblieben. 2. Wenn der Erwerb sich auf Militär u Staatsdienst gründet wird das Kind freier Eigenthümer. 3. Andre spezielle Fälle.

Anwendung auf einige wichtige Fälle:

I. Recht der Erbfolge an den Peculien?

1. Am peculium profectitium kann von Erbfolge nicht die Rede seyn.

2 Am pec: adv: ordinarium oder extraordinarium darüber kann das Kind nicht testiren, aber es tritt Intestaterbfolge ein.

3. Am peculium castr: oder quasi castrense, darüber kann das Kind testiren, u hat es dies gethan, so fällt das Vermögen jure antiquo an den Vater. Im justinianischen Recht kann dies aber nicht behauptet | werden, u in der That ist es auch anders, nur nicht deutlich ausgedrückt.

[690]

pr I: quib non est: perm: (2,12)

II. Wie steht's mit der Fähigkeit des Sohnes in Beziehung auf die Vornahme eines Geschäfts namentlich mit dem Vater?

Schon im alten Rechte hatte der Sohn eine ausgedehnte Handlungsfähigkeit. Bei Rechtsgeschäften zwischen Vater u Sohn ist zu merken, daß die alten Juristen an eine Unitas personarum dachten.

L 16 Cod de imp: et al: sub: (6,26)

Darin liegt: 1. Die allg: angenommene Repräsentationsfähigkeit des Sohnes und 2. die Unmöglichkeit eines strengen Rechtsgeschäfts zwischen Vater und Sohn; also ist a. die Veräußerung zwischen Vater und Sohn nach altem u neuen Recht unmöglich, u was der Sohn so erhält ist peculium concessum.

b. Eine Obligatio civilis ist zwischen beiden nicht möglich; da jedoch die PersonenEinheit eine streng juristische ist, so ist naturalis Obligatio allerdings möglich. Dieser wichtige Satz läßt sich in doppelter Anwendung denken: entw: so daß der Sohn Schuldner des Vaters werden soll, was er civiliter nicht werden kann, oder umgekehrt, daß der Vater Schuldner des Sohnes werden soll, da in einem solchen Fall schon gleich die Schuld durch Confusio untergehen würde. Die Meinung über diesen Punct | ist also diese: Rechtsgeschäfte, auch obligatorische Verhältnisse sind zwischen Vater u Sohn möglich, nur kann nie eine Klage dadurch unter ihnen begründet werden.

[691]

L 4, 11 de judiciis ()

L 16. de furtis. ()

Anwendung des letztern findet statt:

1. Auf die Möglichkeit einer Stipulatio, die nur gilt in Beziehung auf castrense peculium.

L 15 § 1,2,3 de castr. pec: (D. 49,17)

2. Bei der Bürgschaft eines 3^{ten} für den Sohn beim Vater, so ist dieser verpflichtet; umgekehrt wenn der Vater dem Sohne etwas verspricht, so kann der Dritte nicht als Bürge verklagt werden, denn dann wird der Vater Creditor u Debitor in einer Person.

L 56 § 1 de fidejus: (D. 46,1)

3. Ein Kaufcontract zwischen beiden ist unmöglich.

L 2 pr de contr emt: (D. 18,1)

Damit ist gewiß der Fall gemeint, wo der Vater verkauft; ist der Sohn Verkäufer, so ist dies als Contract nicht schlechthin ungültig, denn es findet ja beim Slaven statt.

L 11 § 8 eod

4. Die Schenkung ist von Seiten des Vaters an den Sohn nach altem Recht durchaus null, mit Ausnahme der castrensis causa. Das so geschenkte ist peculium concessum.

L 15 pr de castr: pec. (D: 49,17)

Nähere Bestimmungen.

1. Emancipirt der Vater den Sohn, ohne ihm das peculium zu nehmen so bleibt es ihm, also auch die hier erwähnte Schenkung.

L 31 § 2 de donat: ()

[692] L 17 Cod eod

fr vat.

2. Stirbt der Vater so war die Schenkung null ohne letzte Gültigkeitserklärung desselben. Später nahm man an: sie solle ohne Widerruf des Vaters gültig seyn. Dieser Satz ist nicht gesetzlich bestimmt, und daher schwankend.

L 18 pr Cod fam: herc: (3,36)

fr. vat: 271,274,278,281

Justinian endlich hat bestimmt: Bloßes Stillschweigen solle die Schenkung bestätigen; beträgt sie über 500 solidi, so muß Insinuation eintreten, oder sie muß wenigstens in einem Codicill erwähnt seyn.

L 25 Cod: de donat i: V: (5,16)

Dritter Titel.

Auflösung der väterlichen Gewalt.

§ 12.

Nothwendige.

Die väterliche Gewalt hört auf: 1. Durch den Tod des Kindes unbedingt, aber durch den Tod des Vaters nur insofern er selbst nicht in patria potestate steht. 2. Dasselbe gilt für den Fall der verlorenen Civität. 3. Wegen gewisser Standeserhöhungen des Kindes; im alten Rechte nur wegen der Würde eines flamen dialis u einer Vestalinn, nicht einmal wegen der eines pontifex maximus. Im neuern Rechte löste die patria potestas: das Patriziat u das Consulat, die Würde eines praefectus praetorio, magistri militum und praefectus urbi; auch jede Bischoffswürde.

Nov.81 pr.C.1,3.

Diese Würden wirkten nur persönlich, nicht auf die Agnaten.

Nov: 81.C.2.

Anders war's in den analogen Fällen des alten Rechts:

Gellius I,12.

§ 13

Freiwillige.

Diese erfolgt: 1. durch datio in adoptionem 2. durch in manum conventionem. 3. durch Emancipatio, Entlassung aus der väterlichen Gewalt in dieser Absicht.

Bedingungen der Emancipatio.

a. Der Wille des Vaters.

§ 10 I. quib: mod: p: p: (1,12)

L 31 Cod de emancip. (8,49)

b. Der Wille des Sohnes; sein blos negativer reicht hin.

Paulus II 25 § 5

Nov. 85 C.11 pr

L 5 Cod de emancip: (8,49)

[693]

225

Form der Emancipatio.

a. Im alten Recht sehr complizirt. Der Sohn wird mancipium u zuletzt per vindictam manumittirt, wozu beim Sohne eine dreifache, bei der Tochter u dem Enkel eine einfache Manumissio nöthig war.

[694]

b. Eine neue Form ist die Emancipatio Anastasiana. c. Justinian erlaubte Emancipatio vor jedem judex.

L 5,6 Cod

§ 6 I: quib: modis. ()

Die Folgen der Emancipatio sind sehr verwickelt:

1. Persönliche Verhältnisse. a. Der Vater erwirbt am Sohne ein Patronatsrecht u daher auch Erbrecht. b. Der Emancipatus hat andre Ansprüche wie der Freigelassene; darauf gründet sich sein eigenthümliches Erbrecht am Vermögen des Vaters, das auf einer sehr begünstigten Cognatio beruht. c. Alle Agnatio hört durch Emancipatio auf.

L 13 § 1 Cod de leg: hered: (6,58)

Im allerneuesten Rechte ist davon so gut wie gar nichts übrig; das Patronat hat aufgehört u der Vater succedirt als Vater; der Emancipatus als Descendent u auch die Aufhebung der Agnatio ist gleichgültig, weil sie kein besondres Recht gibt. Besonders ist zu merken: wenn ein Adoptivsohn emancipirt wird, so wird dadurch selbst seine Cognation vernichtet, u er tritt dann zu seinem natürlichen Vater in dasselbe Verhältniß, als hätte dieser ihn emancipirt.

2. Einfluß auf's Vermögen. a. Hat der Sohn ein peculium profectitium | so hängt's vom Vater ab, ob er's ihm lassen will oder nicht. b. Das peculium castr: wird völlig freies Vermögen. c. Beim peculium adventitium hat der Vater ein sogenanntes praemium emancipationis, u zwar nach altem Recht 1/3 der Proprietaet, nach neuern Recht die Hälfte des Ususfructus.

[695]

L 6 § 3 Cod. de bon: quae lib: (6,61)

DRITTES KAPITEL

CURATEL UND TUTEL

Inst: I, 13–26.

Dig XXVI, XXVII

Cod V.28.75.

Nov: 118.C.5

Gaj: I § 7,8:

Ulp. XI § 12.

Paulus II, 27–30

Cod: Gregor: I.

Cod.Theod. III 17–19

Erster Titel.

Einleitung

§.1.

Begriff von Tutel und Curatel.

Diese Institute sind Surrogate der fehlenden väterlichen Gewalt, u Schutzverhältnisse für solche die nicht in einer potestas stehen, welches Schutzverhältnis wir auf Frauen u Unmündige angewendet findet. Ausdrücke: tutela, tutor; – Cura, Curatio, Curator.

Der Unterschied beider Begriffe ist kein factischer u liegt an folg: Umstände:

Gewisse Handlungen des alten Rechts zB: Mancipatio hätten unterbleiben müssen, da sie nicht durch Stellvertreter vorgenommen werden konnten, daher ernannte man gewissermaßen Stellvertreter, die gemeinschaftlich mit den Unfähigen jene Handlungen vornahmen, u dies ist die alte auctoritas. Demnach wäre tutela Schutz mit auctoritas, Cura ohne dieselbe.

Mit dem Aufhören jener feierlichen Handlungen verlor auch die auctoritas ihre Wichtigkeit u es ging der Unterschied zwischen Tutel u Curatel allmählig unter, u es ist sehr inconsequent, daß im justinia-

nischen Recht noch ein Unterschied dazwischen gemacht wird. So kam das Recht nach Deutschland, wo man Tutel u: Curatel als synonyme Ausdrücke annahm.

§ 2.

Arten der Tutel.

[697]

Sie kommt in zwei Fällen vor: bei Unmündigen und bei Frauen; es war ein alter Grundsatz: die Frau solle entw: unter einer Gewalt oder einer Tutel stehen, u zwar braucht sie den Tutor nicht zu demselben Zwecke wie der Unmündige sondern nur zum Zweck der auctoritas in einzelnen Fällen zB: zu gerichtlichen Handlungen und zur Uebernahme einer Schuld. Allmählig milderten Constitutionen diese Frauentutel, und es blieb nur noch die AgnatenTutel und die des Patronus über seine freigelassenen Slaven stehen. Jene fiel auch bald weg. Im justinianischen Recht findet sich von der Frauentutel keine Spur mehr, aber nirgend ist sie bestimmt aufgehoben.

Zweiter Titel.

Entstehung der Tutel.

§ 3.

Entstehungsart.

Die Tutel entsteht:

1. durch Testament. Der Vater der ein Unmündiges Kind in seiner potestas hat, kann ihm in einem Testamente oder in einem confirmirten Codicille einen Tutor ernennen, u dieser testamentarius tutor geht allen übrigen vor. Sie findet auch statt, wenn der Vater seinen Sohn enterbt.

2. durch Gesetz. tutela legitima. War der Mündel freigeboren, so gebührte die Tutel seinem nächsten Agnaten, war er ein Freigelassener dem Patron; über den emancipatus hatte der Vater die Patronatstutel; in allen diesen Fällen war die Tutel an das Intestaterbrecht geknüpft, u Justinian hat endlich die nächsten Intestaterben zur Tutel berufen.

[698]

Nov. 118.C.5

3. durch Ernennung von Seiten der Obrigkeit. In Rom anfangs durch den praetor urbanus, u die Tribunen; nachher durch die Consuln usw: In der Provinz durch die Stadthalter.

Tit I. de ~~test. tut.~~: tutor.

L 1 Cod de episcop: aud: (1,4) Diese drei Arten der Tutel standen genau in demselben Verhältniß zueinander, wie sie in der Darstellung aufeinander folgen. An sie schließt sich noch eine gemischte Art, nämlich:

L 4: der Tutor confirmatus decreto in folg: Fällen: a. Wenn der Vater seinem emancipirten Sohne im Testamente einen tutor gibt. b. Wenn der Vater dies nicht in der gehörigen Form that. c. Wenn die Mutter oder ein Fremder einen Mündel zum Erben einsetzen, so können sie ihm auch einen tutor ernennen, der bestätigt wird.

L 1 § 1,2 L 8,9,10 de conf: tut: (D. 26,3)

L 4. de test. tut. () §. 4

Fähigkeit des Vormunds.

Gründe der Unfähigkeit sind:

1. Das weibliche Geschlecht. Durch kaiserl Constitutionen wurden zuweilen die Mütter zugelassen und Justinian hat die Mutter und Großmutter vor allen andern Verwandten dazu berechtigt. Nov 118.C.5.

2. Alter. Der Minderjährige konnte Tutel haben und verwalten, nur konnte er sich wegen seines Alters entschuldigen. Auch der Unmündige konnte Tutel haben aber sie nicht verwalten. Justinian hat jedoch Volljährigkeit vorgeschrieben.

[699

L 5 Cod de leg: tut (5,30) § 13 I. de excus: (1,25)

Die mögliche Tutel des Unmündigen des alten Rechts bezieht sich bloß auf ein Abhängigkeitsverhältniß, und es konnte der Bruder nicht Tutor seines Bruders wohl aber seiner Schwester seyn.

3. Die gewöhnlichen physischen Mängel. Das Verhältniß eines filiusfamilias schloß nicht von der Tutel aus.

4. Unfähig ist jeder, der mit dem Mündel in einem Schuldverhältnisse steht.

Nov.72.

§ 5.

Verbindlichkeit zur Tutel.

Das alte Recht darüber ist dunkel. Wahrscheinlich führte die Testamentstutel keine Nothwendigkeit der Uebernahme mit sich.

Ulp. XI.17.

Im neuesten Recht erscheint Alle Tutel als gleich nothwendig und verpflichtend, jedoch mit einigen Ausnahmen. Ueberhaupt war im alten Rechte die Frage nach der Verpflichtung der Uebernahme nicht so wichtig, wie im neuern Recht, da damals Tutel nicht so wohl als eine Last sondern viel mehr als ein Recht betrachtet wurde. Daher haben sich später die Ausnahmen Excusationes tutelae gebildet, die von der Uebernahme frei machen, wenn auch sonst alle Fähigkeiten vorhanden sind. Solche sind: 1. Eigne Kinder u zwar in Rom 3, in Italien 4 u in den Provinzen 5. 2. Wer drei Tutelen führt, braucht keine 4^{te} anzunehmen, vorausgesetzt, daß er nicht jene suchte um dieser zu entgehen. 3. Wer eine eigentliche Magistratur bekleidete, 4. fiscalischer Rentbeamte, 5. In Diensten des Staates abwesend 6. Wer professor, insbesondere prof: juris, ist.

Inst I.25.

Dig 27,1.

Cod V. 62-69

fr vat pag.37 ff:

Für diese Excusationes galt ein eignes Prozeßverfahren, u mußte die Berufung binnen 50 Tagen vorgebracht werden, wenn man in Rom selbst oder im Bezirke der Stadt lebte; sonst war für jede 20 Meilen Ein Tag zugesetzt. Der Beweis über den Excusationsgrund muß jedoch binnen 4 Monden vollendet seyn.

§ 16 Inst de exc: tut. (1,25)

L 13 § 38 de excusat: (>)

Dritter Titel.

Rechte.

§ 6.

In der Person des Pupillen:

Die Untersuchung über die Rechte in der Person des Pupillen führen uns auf die genauere Bestimmung des Begriffes der Tutel. Die Eigenthümlichkeit der Tutel von der Curatel ist bereits angegeben. Unsre Juristen haben aber die Sache anders angesehen, indem sie auf das bloß persönliche Verhältniß bauten, und gesagt: Tutor sei ein solcher der vorzugsweise für die Person des Pupillen, namentl seine Erziehung und nebenher für sein Vermögen, Curator dagegen ein solcher der vorzugsweise für das Vermögen und nur nebenher für die Erziehung zu sorgen habe. Diese Ansicht ist nicht grundlos und liegt in:

L 12 de test: tut. (Nro 383.) (D. 26,2)

(Nro 384) L 13. eod (D: 26,2)

(Nro 385) L 14. eod (D. 26,2)

Betrachtet man die Stellen genauer, so ist diese Ansicht doch zu verwerfen; es ist nämlich ganz bestimmt gesagt: wie es mit der Erziehung des Mündels gehalten werden soll, u es liegt dem Tutor keine Verpflichtung dazu ob, sondern sie wird am natürlichsten gewöhn der Mutter übertragen, wenn sie dieses Vertrauens nicht unwürdig ist. |

L 1,5, ubi pupillus (D. 27,2)

Cod.5.49.

Nov.

Der Prätor bestimmte immer die Kosten der Erziehung und der Tutor hat sie nur auszuzahlen.

L 3 pr ubi pupillus (D. 27,2)

Cod.5.50.

Was heißt nun *personae, non rei datur*. Der Unterschied liegt eben in der Fähigkeit zur Vornahme juristisch feierlicher Handlungen u in der Ergänzung dieser persönl Fähigkeit durch den Tutor. Dies rechtfertigt der Zusammenhang der angeführten Stellen.

In Deutschland hat sich auch hierin die Sache sehr geändert und es ist die Tutel bei uns nicht sehr verschieden vom Erziehungsrecht.

[701]

[702]

Noch bemerke man: Sind nach einer allg: Rechtsregel die Agnaten zur Tutel berufen, so könnte dies für den Mündel gefährlich seyn, da wegen der Intestaterbfolge diese durch seine Nichtexistenz Vortheil haben könnten. Dieser Vorwurf verschwindet, wenn man jene Ansicht als richtig annimmt, daß die Person des Pupillen selbst den Tutor nicht so viel angehe.

Rechte am Vermögen des Pupillen:

§ 7.

Einleitung.

[703]

Die Unfähigkeit des Pupillen bezieht sich nicht etwa auf seine Rechte. Im Gegensatz gegen Sklaven und den *filiusfamilias* ist er im höchsten Grade rechtsfähig. Seine Unfähigkeit bezieht sich nur auf seine juristischen Handlungen und daher thut es Noth, auf künstliche Weise für ihn zu sorgen. So steht der Pupill in einem ganz umgekehrten Verhältniß mit dem *filiusfamilias*.

§ 8.

Handlungen des Pupillen.

Im allg: kann man sagen: der Mündel kann Alle Handlungen vornehmen, die ihn bereichern, nicht die, welche ihn ärmer machen. Dieser Grundsatz steht in folg: Stellen:

pr § 1 I: de auct: (1,21)

L 9 pr 1-4 D. eod:

§ 2 I: quib: alienare (2,8)

L 11 de acq: rer dom: (D. 41,1)

L 14 § 8, L 15 de solut: (D. 46,3)

L 8 pr de acq: hered: (D. 29,2)

Also eine Handlung, wodurch der Mündel Eigenthum erwirbt, ist gültig zB *Traditio*. Schenkung. Ebenso kann er gültig *Creditor* werden, selbst in Form einer *Stipulatio* aber er kann nicht *promittiren*!

Einzelne Fälle:

1. Wie wird es bei zweiseitigen Geschäften gehalten? Bei solchen Geschäften, die gemischt sind aus einem Erwerb und Verlust? Regel ist: der Mündel selbst ward *Creditor* aber nicht *Schuldner* d:h: der

Vormund hat die Wahl ob er das Geschäft will gelten lassen oder nicht. 2. Bei einer Erbschaft gilt als Regel: der Antritt ist immer ein ungültiger von Seiten | des Mündels. 3. Jeder Zahlungsempfang ist als oneroses Geschäft ungültig, dagegen wenn der Mündel zahlt tilgt er nicht seine Schuld, verliert aber auch nicht Eigenthum. [704]

Eine Modification des Satzes dß der Mündel sich nicht ärmer machen solle, ist da wenn er auf der andern Seite reicher wird.

L 5 pr de auct: ()

L 47 pr § 1 L 66 de solut: (D. 46,3)

Schlußbemerkung. Ein Recht, das dem Mündel und dem Minderjährigen zusteht ist die in integrum restitutio, welche man wohl auf jene Sätze beziehen könnte. Dies wäre aber falsch, denn die Ungültigkeit ist eine absolute.

Handlungen des Tutors.

§ 9.

Wer handelt?

Ist Einer da, so handelt dieser; von mehreren soll nur Einer wirklicher Verwalter seyn, der entweder durch das Testament bestimmt ist, oder der freiwillig aufgetreten ist u Bürgschaft geleistet hat. Ausserdem können die Mehreren Einen aus sich zum Verwalter erwählen, sonst thut dies der Prätor.

§ 1 I: de satisdat. ()

Die übrigen die nicht Verwalter sind, sind dennoch wahre Tutoren, und müssen eine Controlle führen. Hier kommt auch ein honorarius tutor vor: ein solcher, den der | Vater erwählt, ihm aber seiner Honorigkeit wegen die Last der Verwaltung erlassen hat. [705]

L 14 § 1,6 de solut. (D. 46,3)

L 3 § 2 de administr: (D. 26,7)

Dieses ist die Regel. Doch kann der Prätor auch bestimmen, daß die mehreren collegiatisch verwalten sollen; oder daß die Verwaltung unter ihnen nach Regionen und Objecten getheilt werde.

L 3 § 9 L 4 de adm: (D. 26,7)

L 2 Cod de div: tut: (5,52)

Es gibt Einen Fall in den Rechtsquellen wo über Einen und densel-

ben Mündel verschiedene Tutoren vorkommen können, wenn nämlich das Vermögen desselben theils in einem, theils in einem andern souveränem Gerichtssprengel liegt.

L 27 pr de tut et cur: (D. 26,5)
L 39 § 8 de adm. (D. 26,7)

§ 10.

Was geschieht?

Die Handlungen des Tutors sind begrenzt und bestimmt theils in Beziehung auf ihren Inhalt, theils in Beziehung auf ihre Form. Von jener Begrenzung zuerst:

Allgemeine Vorschriften:

1. Der Tutor soll nach seinem Gewissen verwalten, so daß er in dieser Verwaltung einer großen Freiheit genießt, namentl ist er nicht gebunden durch eine mögliche Vorschrift des Testators, welche viel mehr als guter Rath zu behandeln ist.

L 27, L 5 § 9 L 47 § 1 de adm: (D. 26,7)

[706]

2. Der Tutor muß gleich beim Anfang der Tutel ein gerichtliches Inventar machen, mit Ausnahme des Falles, wenn es ihm im Testament verboten ist.

L 7 pr eod.

L 24 Cod eod.

L 13 Cod arbit: tut. (5,51)

3. Der Tutor muß gleich im Anfang schwören, die Tutel redlich und gewissenhaft zu führen.

Nov. 72. C 8.

4. Der Tutor muß Rechnung führen, welche als Grundlage der künftigen Rechnungsablage zu betrachten ist.

L 1 § 3 de tut: ()

5. Der Tutor muß Caution stellen.

Wichtige spezielle Handlungen:

1. Vor allem ist der Tutor verpflichtet, Alles das zu besorgen, was zu den laufenden Ausgaben des Vermögens gehört.

2. Schwieriger ist die Beurtheilung der Handlungen, die eine Veränderung im Capital des Vermögens hervorbringen. Diese können

a. das Eigenthum betreffen; solches erwerben kann der Tutor;

aber auch veräußern? nach altem Recht ja, nur nicht durch Schenkung.

L 22,46 § 7 de adm: (D. 26,7)

α. Wenn baares Geld da ist, so darf der Tutor nicht bloß sondern soll es auch ausgeben, u zwar wo möglich soll er Grundstücke dafür ankaufen, u bis sich dazu Gelegenheit findet, soll er das Geld deponiren. Findet sich gar keine Gelegenheit dazu, so soll er es auf Zinsen ausleihen; versäumt er dies, so soll er nach altem Recht selbst Zinsen zahlen.

β. Wichtig ist das Veräußerungsverbot mancher Gegenstände, worauf sich die sogenannte Oratio Severi bezieht.

Dig. 27.9 Cod. 5.71-74.

und wo die Regel aufgestellt ist: praedia rustica et suburbana dürfen nicht veräußert werden, wenn die Veräußerung nicht im Testament befohlen oder sie Schuldenhalber nöthig ist. Für diese Veräußerung ist eine besondere Verjährung vorgeschrieben, ursprünglich longi temporis praescriptio; im neuesten Recht ist aber bestimmt, daß die Veräußerung gültig werden solle, wenn der Mündel nach seiner Volljährigkeit fünf Jahre schweige. Schenkungen dagegen sollen der longi temporis praescriptio unterliegen.

L 3 Cod si major factus. (5,74)
Für die obigen Sachen war wahrscheinlich im Edict der Verkauf sogar befohlen. Constantin änderte die Regel um:

L 22 Cod de administr (5,37)
L 28 § 5 D eod

und dehnte das Verbot auf Alle Sachen überhaupt aus; mit Ausnahme derer, die sich abnutzen und deren Verwahrung kostspielig und gefahrvoll ist. Diese letzten Bestimmungen fanden jedoch in Deutschland keinen Eingang und in praxi ist die Oratio Severi aufgenommen.

b. Insofern die Handlungen Obligationen betreffen, darf der Tutor Creditor und Debitor für den Pupillen werden; auch unbedenklich Schulden für ihn zahlen, und Zahlungen für ihn annehmen, und zwar ursprünglich ganz unbedingt; im neuern Recht wurde aber bei Abtragung einer Capitalzahlung vorherige Anzeige bei der Obrigkeit vom Tutor verlangt.

L 25, 27 Cod: de adm: (5,37)
§ 2 Inst: quib: alienare. (2,8)

§.11

In welcher Form?

Wenn im römischen Recht die Vornahme juristischer Handlungen durch freie Stellvertreter möglich gewesen wäre, so würde sich die Sache leicht machen, aber das alte Recht nimmt an, daß grade bei wichtigen Rechtsgeschäften dies nicht möglich sei, und so kann die Pupillentutel als zusammengesetzt angesehen werden aus auctoritas und Gestio.

Ulp.11,25.

I. Auctoritas.

Sie hat den Zweck das practische Bedürfniß mit dem formellen Grundsatz des alten Rechts zu vereinen, und setzt folgende Bedingungen voraus:

1. Der Mündel muß infantia major seyn.

L 1 § 2 de administr. (D. 26,7)

§ 9 Inst: de inut stip. (3,19)

[709]

2. Sind mehrere Tutoren da, so gilt bei der testamentarischen Tutel die Regel, wer allein administrirt, auctorirt auch allein, und administriren sie alle, so auctoriren sie auch alle. Die übrigen Tutoren dagegen sollen alle collegialisch auctoriren.

L.4 de auctor: ()

Ulp: 11,26.

Im neuen Recht ist das, was im alten von den Testamentstutoren galt, allg: gemacht worden.

L 5 Cod de auct: (5,59)

3. Die Form der auctoritas erfordert Gegenwart des Tutors d:h: der Tutor und Mündel müssen persönlich gegenwärtig seyn, und mündliche ihre Erklärung geben. Ob aber der andre Contrahent dabei ist, ist gleichgültig.

§ 2 Inst de auct (1,21)

L 9 § 5,6 L 3 L 20 eod

Schlußbemerkung. In der auctoritas liegt zugleich eine Anleitung des Mündels zur Führung seiner Geschäfte, u daher sahen viele diese Rücksicht als Grundlage des Instituts an.

II. Gestio.

In vielen Fällen ist diese das einzig mögliche, u zwar in allen denjenigen wo der Mündel noch in den Jahren der Kindheit ist. Neben

der auctoritas ist sie möglich in Beziehung auf die Verwaltung des Vermögens, bei den currenten Geld-Einnahmen und Ausgaben.

Die Gestio kann aber ferner helfen:

1. Bei Naturalerwerb durch freie Stellvertreter und bei[n] Veräußerung der res nec mancipi. [710]

L 1 § 20 de acq: pos: (D. 41,2)

Erwerben konnte der Tutor den Slaven des Mündels, lassen, aber bei der Veräußerung war dies nicht möglich.

2. In Beziehung auf Naturalobligatio galt wieder eine Gestio; sollte aber durch Stipulatio erworben werden, so mußte wieder der Slave aushelfen. Die gewöhnliche Ansicht ist: daß bei uns noch Auctoritas und Gestio vorkommen; doch dies ist falsch, denn es existirt bei uns kein Bedürfniß der Auctoritas u die Gestio reicht überall aus.

Vierter Titel.

Ende der Tutel.

§.12.

Ende selbst.

Tutel hört auf:

1 Durch den Tod des Tutors u Mündels. [711]

2. Durch Verlust der Freiheit u gewissermaßen auch der Civitaet.

3. Wie stehts mit der minima capitis deminutio? a. Bei dem Mündel wäre nur eine Arrogatio vermittelst der Auctoritas des Tutors denkbar; ist die Arrogatio aber vollzogen so hört die Tutel auf. [712]

§ 4 Inst quib mod: tut. (1,22)

b. Erleidet der Tutor eine Cap: deminutio minima, so verliert er als Tutor testamentarius nicht sein Recht, wohl aber bei der legitima tutela. [711]

Ulp XI § 9 ff.

§ 4 I: cit

Im neuesten Recht gilt dieser Satz nicht mehr.

4. Durch die Mündigkeit (pubertas) des Mündels; darauf bezog sich die Verschiedenheit des Anfangs der pubertaet beim weiblichen und männlichen Geschlechte.

L 3 Cod: quando tut: (5,60)

pr I: quib: mod: tut: (1,22)

5. Durch Absetzung des unredlichen oder sorglosen Vormunds, worauf jeder klagen kann. Liegt ihr dolus zu Grunde, so hat sie infamia zur Folge.

Inst I.26.

Dig.26.10

Cod.5,43

6. Kann der Tutor auch freiwillig die Tutel niederlegen? Im alten Recht gab es ein solches Recht der Abdicatio bei der testamentarischen Tutel; im neuen Rechte galt sie aber nicht. Alle Tutoren haben das Recht der Berufung auf eine Excusatio superveniens.

§ 6 I: quib mod tut. (1,22)

§ 13.

Actio tutelae directa.

Gewohnl wird die Ansicht aufgestellt, daß man durch die Uebernahme einer Tutel in obligatione komme; irrig denn die Tutel ist ein publicum officium und enthält nur den Grund einer künftigen Obligatio, die da eintritt wo die Tutel aufhört.

L 4 pr L 1 § 16,17 de tutelae. (D. 27,3)

[712]

Bei dieser actio tritt ein ähnliches Verhältniß wie zwischen Mandans und Mandatarius | ein; der Tutor ist principaliter verpflichtet.

Waren mehrere Tutoren da so gilt als Regel: a. Der ist responsabel dem die Verwaltung übertragen, die übrigen nur durch ihre Culpa. b. Beruht die Verwaltung auf Privatwillkühr oder hat keine Vertheilung stattgefunden, so sind die mehreren verpflichtet.

L 2 Cod: div: tut. (5,52)

2. Erfolg der Klage ist derselbe wie bei der actio mandati directa:

a. Der Tutor muß Rechnung ablegen u Alles herausgegeben, was er auf den Grund dieser Rechnung u des Inventars in Händen hat.

L 8 pr de administr. ()

Ferner muß er Zinsen zahlen u zwar aus verschiedenen Gründen: aa. Er muß die Zinsen herausgeben die er eingenommen hat. bb. Hat er Gelder heimlich zu seinem Vortheil verwendet, so muß er die bekannten höheren Strafzinsen zahlen.

L 7 § 41, L 54 eod.

cc. Verzugszinsen muß er zahlen d:h: wenn er das Capital nicht nach der actio tutelae herausgegeben hat. Mora tritt ipso jure ein wenn die Klage vom Mündel angestellt wird.

Udd. Es kommen noch ganz besondere Pupillarzinsen vor, nämlich wenn der Tutor versäumt, das Geld seines Mündels gehörig anzulegen. Doch hat er für das vorfindliche baare Geld 6 Monat, für jede andre Geldsumme die später eingeht, zwei Monat Zeit.

L 1 § 9–11, L 15 eod

L 3 Cod de usuris pupilli (5,56)

Justinian hat jedoch diese Regel umgeändert, und dem Tutor freigestellt, ob er das Geld anlegen will oder nicht.

Nov.72.Cap.6.7.

b. Der Tutor muß Ersatz leisten: α. Für dolus und lata culpa. β. Für levis culpa, jedoch mit der Beschränkung: diligentia quam suis.

(Nro. 386) L 1 pr de tutelae (D. 27,3)

(388) L 10 de adm: (D. 26,7)

(389) L 33 pr eod. (D. 26,7)

Man sollte glauben: der Tutor müsse nach Analogie des Mandats für levis culpa überhaupt einstehen; dies braucht er aber nicht, weil sein Geschäft ein höchst unfreiwilliges ist. Doch kommt hier die große Begünstigung des Pupillen in Betracht, und daher muß er einstehen für die levis culpa mit der Beschränkung: diligentia quam suis.

Wenn Capitalien verloren gehen, so ist eine zweifache culpa möglich: αα. Der Tutor kann unvorsichtig ausgeliehen haben, in welchem Falle er responsabel ist, nach analoger praesumptio wie beim furtum.

L 16 D. L 18 Cod de administr. (5,37)

Nov 72.C.6

Doch kann durch Gegenbeweis diese praesumptio entfernt werden.

(Nro 390) L 50. de administr: (D. 26,7)

ββ. Der Tutor versäumt das Geld zu gehöriger Zeit wieder einzuziehen. Hier bleibt es bei den gewöhnlichen Beweismitteln.

§.14

Bestärkungsmittel bei der actio tutelae.

1. Eine stillschweigende Hypothek. 2. Eine actio de rationibus distrahendis; wenn der Tutor etwas unterschlagen hat, kann man gegen ihn auf den doppelten Werth klagen, und zwar hat man die Wahl zwischen dieser und der gewöhnlichen Klage.

L 55 § 1 de administr (D. 26,8)

L 1 § 19–23 L 2 de tutelae. (D. 27,3)

[713]

[714]

3. **Cautiones und Satisfationes, welche im Anfang der Tutel bestellt werden und am Ende derselben wirken, sich aber blos auf die legitima tutela beziehen.**

pr Inst de satisfat: ()

L 4 Cod de tut: v: curat: (5,42)

L 5 § 1 de leg: tut: (C. 5,30)

4. In subsidium gilt noch eine Klage gegen die Magistratsperson, jedoch nur gegen die magistratus municipales, und zwar nur, wenn sie versäumt hatten, die zuletzt erwähnte Caution einzufordern.

Dig.27.8.

Cod.5.75.

Unsre Juristen beziehen willkürlich diese Klage auf Alle Magistrate. Streng genommen kann diese Regel bei uns gar nicht mehr in Anwendung gebracht werden.

[715]

§ 15.

Actio tutelae contraria.

Diese Klage geht auf Schadloshaltung des Vormunds, Ersatz seiner Auslagen. Es ist jedoch zu bemerken, daß auch ein Honorar für den Tutor vorkommen kann, wenn die Obrigkeit es angemessen findet.

L 33 § 3 de administr (D. 26,8)

L 1 § 6 u 7 de tutelae (D. 27,3)

§ 16.

Actio protutelae.

Dig.27.5.

Wer eine Tutel führt, die ihm nicht gebührt, soll in ähnlichen obligatorischen Verhältnissen stehen wie der wirkliche Tutor, er mag wissen oder nicht, daß ihm die Tutel nicht zukommt. In beiden Fällen gilt die actio protutelae. Wenn er weiß daß er nicht Tutor ist und als solcher auch gerirt, so hat der so hintergegangene eine Klage auf Schadloshaltung.

L. 7-12 quod falso. (D. 27,6)

Fünfter Titel.

Curatel.

§ 17

Einleitung.

Curatel heißt jedes Verhältniß der Pflege eines Schutzbedürftigen, das nicht mit auctoritas verknüpft ist. Die Fälle der Veranlassung dazu sind sehr verschieden, daher keine erschöpfende Theorie möglich. Ausgezeichnet ist die Cura der Wahnsinnigen, Verschwen- [716]
der u Minderjährigen, die beiden ersten kommen schon in den XII Tafeln vor; die andre ist im höchsten Grade wichtig.

§ 18.

Cura minorum.

Dies Verhältniß ist sehr dunkel.

Aeltestes Recht.—: jedem Unmündigen fehlte Handlungsfähigkeit, daher stand er unter einem Tutor. So wie er mündig wurde, wurde er auch vollkommen Herr seines Vermögens. Wegen der schon sehr früh eintretenden Mündigkeit sah man diesen Zustand als sehr gefährlich an, daher errichtete man dagegen verschiedene Institute. Das erste Institut dieser Art ist die lex pleatoria folg: Inhalts: Wenn jemand mündig aber noch nicht 25 Jahr alt war, und in einem Geschäft das er schließt übervorthelt wird, so soll derjenige der ihn so mißbraucht zur Strafe gezogen und infam werden. In einem solchen Fall sagen unsre Juristen, wurde das Geschäft ungültig, doch ist dies falsch; das Geschäft blieb und der andre erlitt nur eine harte Strafe. Man modificirte diese lex zugleich folgendermaßen: will der dritte Contrahent vorwurfsfrei handeln, so kann er vom Prätor verlangen, daß er dem Minderjährigen zu dem einzugehenden Geschäft einen Curator bestimmen, der ihm mit Rath zur Hand geht. Zu diesem Gesetz kam ziemlich früh die prätorische Regel der restitutio in integrum des Minderjährigen gegen Schaden aus seinen Handlungen, hinzu. Diese prätorische Restitutio wäre gar nicht nothwendig gewesen, wenn die lex pleatoria etwas über die Gültigkeit der vom Minderjährigen eingegangenen Geschäfte bestimmt hätte. [717]

Marc Aurel endlich gab dem Verhältniß die heutige Gestalt, und verordnete, daß der Curator der in einzelnen Fällen gegeben werden könne, immer für die ganze Vermögensverwaltung bestellt werden solle.

Capitolinus in M: Aurel: C. X.

Practisches Recht ist nun folgendes, obgleich viele Stellen widersprechen. Bald heißt: Alle Minderjährigen sollen Curatoren haben:

(Nro 391) L 1 § 3 de minor: (D. 4,4)

(392) L 2 eod (D. 4,4)

(393) L 3 pr eod (D. 4,4)

(394) pr § 2 I: de curatoribus. (1,23)

Der Schluß in der letzten Stelle macht besonders jene Behauptung bedenklich, und folg: Stellen sagen dasselbe:

L 13 § 2 de tut: & curat datis. (D. 26,5)

L 6 Cod qui petant. (5,31)

welche noch durch die in

(Nro 394) pr et § 2 I: de curat: 1,23.

[718] ausgedrückte Ausnahme „praeterquam in litem bestätigt zu werden scheinen.

L 11 Cod qui dare tutor. (5,34)

Diesen Widerspruch suchte man auf versch: Weise zu lösen. Vermuthlich liegt er darin, daß die erste Klasse der Stellen nur negativ ausdrücken, daß die Minderjährigen nicht ohne Curatoren zur Verwaltung ihres Vermögens gelangen sollen, und daß der Praetor am Ende der Tutel sorgen soll, daß der Minor ihn um einen Curator bitte. Direct gezwungen wird er nicht. Wenn nun ein Curator bestellt ist, so hat er:

1. Insofern er allein handelt genau dieselben Rechte der Gestio bei der Tutel, also das Recht Zahlungen zu leisten u zu empfangen, im Prozeß aufzutreten, aber nicht zu veräußern.

L 1 § 2 de rebus eor. (D. 27,9)

L 14 § 7 de solut. (D. 46,3)

L 7 § 2 de minor: (D. 4,4)

L 1 § 3,4 de adm: (D. 26,7)

2. Insofern er gemeinschaftl mit dem Minor handelt kommt sein Consensus (die auctoritas in der Tutel nur in speciellen Fällen vor.)

a. Bei einer Prozeßführung

L 1 § 3,4 cit

L.2 Cod. qui leg: pers: (3,6)

b. Wenn der Minderjährige sich will arrogiren lassen.

L 8 de adopt. ()

c. Der Consens bedingt nicht die Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer Restitution. |

3. Was kann der minor für sich allein thun? Veräußerungen an dem Vermögen, das der Curator verwaltet, darf er nicht vornehmen, denn er gilt in Ansehung dieses Vermögens als Interdicirter. (Nro 395) L 3 Cod de in integr rest. 2,22

[719]

Diese Stelle sagt jedoch nicht: die Contracte die ein unter Curatel stehender minor eingeht, sind null; sie will nur sagen: das Eigenthum ist nicht übergegangen und es bedarf dabei keiner Restitution. Wir kommen hier auf die Frage: Ob ein Minderjähriger sich obligiren könne, welches bejaht:

(Nro 396) L 101 D de verb: obl: 45,1.

Diese Stelle ist sehr deutlich, und Nro 395 cit (C. 2,22)

ist also bloß von der Veräußerung zu verstehn. Die Gegner unsrer Meinung haben zu ihrer Rechtfertigung obligare statt obligari ganz gewaltsam gelesen. Ausdrückl widerlegt sie:

(Nro 397) L 141 § 2 de verb: obl: (D. 45,1)

(398) L 43 de oblig et act: (D. 44,7) fr: vat: § 110.

Zur Unterstützung unsres Rechtssatzes dient noch der Umstand, daß die Restitutio als etwas auf Alle Rechtsverhältnisse anwendbares erscheint, und daher überflüssig wäre, wenn die Handlungen des Pupillen wodurch er sich obligirt, ipso jure null wären. Daß man lediglich die Veräußerung für unmöglich erklärte liegt wohl in der großen Gefahr | bei ihrer Vornahme, die nicht bei Contracten stattfindet. Von diesem Verhältnisse gibts jedoch Ausnahmen:

[720]

a. Durch ertheilte venia aetatis. L 3 pr de minor (D. 4,4) Cod 2,45.

Ihr Begriff liegt darin, daß man dem minor wegen seiner besondern Geschäftsgewandheit freie Gewalt gab über sein Vermögen zu disponiren, u darin liegt das Wegfallen der Restitutio in einem solchen Falle.

b. Aus factischen Gründen kann in unzähligen Fällen die Curatel fehlen, zB: aus Nachlässigkeit des Magistratus oder weil kein Bedürfniß dazu vorhanden.

In diesen beiden ausgenommenen Fällen kann der minor selbst veräußern.

Nro 395 cit (C. 2,22) aber das Verbot der Veräußerung der Immobilien gilt auch hier.

L 3 Cod quando decreto. (5,72)

L 2 § 1 L 3 Cod de his, qui veniam. (2,45)

Uebersicht:

1. Wie entsteht die Curatel?

a. Durch das Testament des Vaters, jedoch nur mit Confirmation.

§ 1 I: de curator. (1,23)

L 1 § [1] de tut: et curat: (D. 26,5)

b. Durch die Obrigkeit, doch nur auf Bitte des minor u es kommt daher legitima Curatio nicht vor.

[721] 2. Rechte aus der Cura sind abgehandelt.

3. In Ansehung ihres Endes stimmt die Curatel mit der Tutel überein; sie endet mit dem 25^{ten} Jahre des minor. Ist sie beendet, so treten Obligationen und Klagen ein mit derselben Natur wie jene aus der Tutel.

So stand die Sache zur Zeit der classischen Juristen; als sich die Wichtigkeit der auctoritas verlor, wurden Tutel und Curatel Eins, und im justinianischen Recht erscheint die Curatel bloß als fortgesetztes Verhältniß der beendigten Tutel.

L 30 Cod de episcop: audientia (1,4)

Unterschieden wird nur noch die zufällige Verschiedenheit der Entstehung, die auctoritas bei der Tutel und der Consens bei der Curatel. Daher ist sehr natürlich, daß sich in Deutschland der Unterschied ganz verlor und in den Reichsgesetzen werden beide Ausdrücke als synonym behandelt.

Reform: der Polizei 1548 T.31.

Polizei Ord. 1577. T.32.

Uebrig geblieben ist im practischen Rechte nur noch die versch: Handlungsfähigkeit des Pupillen und Minderjährigen bei den Testamenten wie im römischen Rechte. Bei den Obligationen ist der römische Grundsatz nicht anerkannt, sondern dem einen sowohl wie dem andern die Fähigkeit sich zu Schuldnern zu machen abgesprochen worden.

§ 19.

Uebrige Fälle. I

1 Die beiden uralten Fälle der *Cura prodigi et furiosi*. Beide sollen unter einer *legitima Curatio* ihrer Agnaten stehen. [722]

Dig.27,10.

Cod.5,70.

§ 3 I: de curat: (1,23)

Solche Curatoren haben eine sehr ausgedehnte Gestio, mehr aber nicht. Ueberhaupt begünstigte man dies weniger, als die *Cura minorum*, sondern in Collision wurde der letzten der Vorzug gegeben.

L 3 pr § 1 de tutelis. (D. 26,1)

2. Uebrige Fälle der *Cura* sind: Taub und Stummheit; Schwangerschaft der Frau beim Tode des Mannes. Der in *Concurs* gefallene erhält einen *Curator*. Endlich noch der *Pupill*, dessen Tutor aus besondern Gründen in einzelnen Fällen selbst nicht handeln kann, zB: wenn Tutor u Mündel in Prozeß gerathen.

§ 5,6 I: de curator. (1,23)

... ..

11.

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

... ..

BEWEISSTELLEN

1) L. 53. D. de acqu. rer. dom (XLI. 1.) (Modestin.) Ea quae civiliter adquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus: veluti stipulationem: quod naturaliter acquiritur, *sicuti* est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus.

1 a) L. 7. §. 4. D. de except. rei jud. (XLIV. 2.) (Ulp.) Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel *alio genere iudicii*. Et ideo, si hereditate petita singulas res petat, vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur.

2) L. 14. §. 2. D. eod. (XLIV. 2.) (Paulus.) Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt: quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur; at cum in rem ago, non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur: neque enim amplius quam semel res mea esse potest: saepius autem deberi potest.

3) L. 11. §. 5. D. eod. (XLIV. 2.) (Ulp.) Itaque acquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit. Ut puta opinabatur ex causa hereditaria, se dominum habere: mutavit opinionem, et coepit putare ex causa donationis: haec res non parit petitionem novam: nam quaecumque et undecumque dominum acquisitum habuit, vindicatione prima in iudicium deduxit.

4) L. 3. C. de praescript. 30. vel 40 ann. (VII. 59.) (Honor. et Theodos.) ... (Quae ergo antea non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo jure competere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem) ... non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra *hanc legem defendenda*, sed pupillari aetate duntaxat, quamvis sub tutoris defensione consistat, huic *eximenda* sanctioni. Nam cum ad eos annos pervenerint, *qui ad sollicitudinem pertinent curatoris*, nec cessario eis similiter ut aliis, annorum triginta intervalla servanda sunt.

5) L. 5. C. In quib. caus. in int. rest. (II. 41.) (Justinian.) Sancimus favore *imperfectae aetatis*, exceptionem non numeratae pecuniae ab initio minoribus non currere: ne, dum in integrum restitutionem expectamus, vel aliquid emergat obstaculum, per quod hujusmodi beneficio minor uti non possit, vel

a. zB.

b. eine andre Klage

c. allg. Regel.

d. soll als Grund angesehen werden diese allg. Regel eine Restitutio zu bekommen, eximenda an sich ausgenommen ohne Rücksicht auf Rest: soll der Pupill seyn

e. 1. Minderjährige.

f. 1 Die Zeit der Minderjährigkeit.

substantia^a ejus subvertatur. Sed humanius est, latius eandem legis interpretationem extendere, in omnibus casibus, in quibus vetera jura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per *in integrum autem restitutionem* eis subveniebant, *eas ipso jure non currere*: melius etenim intacta eorum jura servari, quam post causam vulneratam remedium quaerere: videlicet exceptionibus triginta, vel quadraginta annorum in suo statu remanentibus.

b. 6) L. 3. §. 4. D. de Sc. Maced. (XIV. 6.) (Ulpian.) Si a filio familias stipulatus sim, et patri familias factio crediderim, *sive capite deminutus sit*, sive morte patris, *vel alias sui juris sine capite deminutione fuerit effectus*, debet dici cessare Senatusconsultum: quia mutua jam patri familias data est.

c. 7) §. 3. 4. J. de cap. deminut. (I. 16.) Minima capitis deminutio est, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur. Quod accidit in his, qui cum sui juris fuerunt, coeperunt alieno juri subjecti esse, vel contra. Servus autem manumissus, capite non minuitur, quia nullum caput habuit.

d. 8) L. 3. pr. §. 1. D. de cap. minut. (IV. 5.) (Paulus.) Liberos, qui adrogatum parentem sequuntur, placet minui caput cum in aliena potestate sint, et cum familiam mutaverint. Emancipato filio, et ceteris personis capitis minutio manifesto accidit: cum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus. Aliter atque *cum servus manumittitur*: quia servile caput nullum jus habet: ideo nec minui potest.

9) L. 4. §. 3. D. de in jus voc. (II. 4.) (Ulp.) Parentes etiam eos accipi Laheo existimat, qui in servitute susceperunt: nec tamen, ut Severus dicebat, ad solos justos liberos, sed et si *vulgo quaesitus* sit filius, matrem in jus non vocabit. L. 5. (Paul. lib. 4. ad ed.) Quia semper certa est, etiamsi vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant.

[3] 10) L. 2. pr. D. de obsequ. par. (XXXVII. 15.) (Julian.) Honori parentum ac patronorumtribuendum est, ut quamvis per procuratorem iudicium accipiant, nec actio de dolo, aut injuriarum in eos detur; licet enim verbis Edicti non habeantur infames ita | condemnati, re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam.

11) L. 27. C. de inoff. test. (III. 28.) (Constantinus.) Fratres vel sorores uterini, ad inofficiosi actione contra testamentum fratris, vel sororis penitus arceantur: consanguinei autem, durante agnatione, vel non, contra testamentum fratris sui, vel sororis, de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae, vel turpitudinis, vel levis notae macula adspersantur: vel liberti, qui prtrprtram, et non bene merentes, maximisque beneficiis suum patronum adsecuti, instituti sunt: excepto servo necessatio herede instituto.

12) L. 103. D. de verb. sign. (L. 16.) (Modestinus.) Licet capitalis latine loquentibus omnis causa existimationis videatur, tamen appellatio capitalis, mortis, vel amissionis civitatis intelligenda est.

a. ipso jure geschützt.

b. Durch emancipatio

c. der Fall des flamen u der Vestalinn

d. leidet keine Cap dem, er kann nicht minuirt werden.

13) L. 161. D. de reg. juris. (L. 17.) (Ulp.) In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest, condicionem non impleri, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset, quod ad libertatem et legata, et ad heredem institutiones perducitur: quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret.

14) L. 24. D. de condicion. (XXXV. 1.) (Julianus.) Jure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem impleri, fit quo minus impleatur: ut perinde habeatur, ac si impleta condicio fuisset. Quod plerique et ad legata et ad heredum institutiones perduerunt. Quibus exemplis stipulationes quoque comitti quidam recte putaverunt, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret.

15) L. 9. D. de rei vind. (VI. 1.) (Ulp.) Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat. Nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non objecit aliquam exceptionem. Quidam tamen, ut Pegasus, eam solem possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis, vel utrobi. Denique ait, ab eo, apud quem deposita commodata, vel qui conduxerit, aut legatorum servandorum causa, vel dotis, ventrisve nomine in possessione esset, vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem, ad omnibus qui tenet, et habent restituendi facultatem, peti posse. A 2 |

16) L. 3. §. 15. D. ad exhib. (X. 4.) (Ulp.) Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum: non solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni. Denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet. [4]

17) L. 16. D. de usurp. (XLI. 3.) (Javolenus.) Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore, agendum est: quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet: quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet: adeo ut addici possit et possessio eius, qui pignori dedit.

18) L. 26. pr. D. de don. inter vir. et uxor. (XXIV. 1.) (Paulus.) Si eum, qui mihi vendiderit, jusserim eam rem uxori meae donationis causa dare, et is possessionem jussu meo tradiderit, liberatus erit: quia licet illa iure civili possidere non intellegatur, certe tamen venditor nihil habet, quod tradat.

19) L. 1. §. 9. 10. D. de vi. (XLIII. 16.) (Ulp.) Dejicitur is, qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. Denique et si maritus uxori donavit, eaque deiecta sit: poterit^a interdicto uti: non tamen, si colonus.^b

20) L. 1. §. 2. D. pro donato. (XLI. 6.) (Paulus.). Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. Item si vir uxori rem donaverit,

a. (ea)

b. dejectus sit, poterit ille interdicto uti quia non possidet tantum tenet. cf

Nro (15) inf.

- a. et divortium intercesserit, cessare usucapionem, Cassius respondit: quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare: alias ait, post divortium ita usucapturam, si eam maritus concesserit, quasi nunc donasse intellegatur. Possidere autem uxorem rem a viro donatam, Julianus putat.

21) L. 18. pr. D. de adqu. vel amitt. poss. (XLI. 2.) (Celsus.) Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere, et alium possessorem ministerio meo facio: nec idem est, possidere, et alieno nomine possidere. Nam possidet, cujus nomine possidetur. Procurator alienae possessioni praestat ministerium.

22) L. 153. D. de R. J. (L. 17.) (Paulus.) Fere quibuscunque modis obligamur, hisdem in contrarium actis liberamur: cum quibus modis adquirimus, hisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio adquiri, nisi animo, et corpore potest: ita nulla amittitur, nisi in qua *utrumque* in contrarium actum.

- [5] 23) L. 1. C. de adquir. poss. (VII. 32.) (Serverus et Antoninus.) Per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem, et postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis, quam juris prudentia receptum est.

24) L. 5. §. 13. D. de adqu. vel amitt. poss. (XLI. 2.) (Paulus.) Nerva filius, res mobiles, excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri: id est, *quatenus si velimus*, naturalem *possessionem nancisci* possumus. Nam pecus simul atque aberraverit, aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur: dissimiliter atque si sub custodia mea sit, nec inveniatur: quia praesentia ejus sit, et tantum cessat interim diligens inquisitio.

25) L. 6. D. de usurp. (XLI. 3.) (Ulp.) In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus.

- c. 26) L. 7. eod. (Ulp.) Ideoque qui *hora sexta diei* Kalendarum Januariarum possidere coepit, *hora sexta* noctis pridie Kalendas Januarias implet usucapionem.

27) L. 5. D. qui testam. fac. (XXIIX. 1.) (Ulp.) A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus? Verius est, in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit: an sufficit complesse? Propone aliquem Kalendis Januariis natum, testamentum ipso natali suo fecisse quatuodecimo anno: an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitror, etiam si pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum: jam enim complesse videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur.

a. Andre sagen: poterit maritus, dann non tamen si colonus, poterit maritus interdicto ut:

b. statt: id est, zu lesen idem

c. am Mittag des 1 Januars vollendet sie in der Nacht des 31 December d:h. die anfäng mit dem 31 Xber u endigt mit dem 1 Jan.

28) L. 2. D. de div. temp. praescr. (XLIV. 3.) (Marcellus.) In tempore constituto judicatis, an intercalaris dies proficere iudicato, nec de debeat, quaeritur: item de tempore, quo lis perit? Sic sine dubio existimandum est, ut auctum litis tempus intercalari die existimetur: veluti si de usucapione sit quaestio, quae tempore constituto expleri solet: aut de actionibus, quae certo tempore finiuntur, ut aediliciae pleraeque actiones: et si quis fundum ea lege vendiderit, ut nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemptus esset fundus, dies intercalaris proficiet tempori: mihi contra videtur.

29) L. 61. D. de pactis. (II. 14.) (Pompon.) *Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat: aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat: aut ne vicino invito praedium alienet.*

30) L. 3. C. de cond. ob caus. dat. (IV. 6.) (Valerian. et Gallion.) Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandae | suae portionis facultas ulla [6] competeret, id^a efficit, ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet: *vel ut donatori, vel ejus heredi conditio, si non fuerit conditio servata, quaeratur.* b.

31) L. 48 D. de pactis. (II. 14.) (Gajus.) In traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est.

32) L. 7. §. 2. D. de distr. pign. (XX. 5.) (Marcian.) Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere, vel pignus, quid juris sit: et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita: ideoque venire possit? Et certum est, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur.

33) L. 7. C. de reb. alienis non alien. (IV. 51.) (Justinianus.) Sancimus, sive lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum domini alienationem, vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam usufructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi. Similique modo et servitutes minime imponi, nec emphyteuseos contractum, nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionum auctoritas, vel testatoris voluntas, vel pactionum tenor, qui alienationem interdixit, aliquid tale fieri permiserit.

34) L. 66. D. de rei vind. (VI. 1.) (Paulus.) Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur, si condicio legati vel libertatis extiterit. d.

35) L. 41. pr. eod. (Ulpianus.) Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem condicionem attulerit, recedat ab emptione, post allatam conditionem, iam non potest in rem actione uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest: postea non poterit.

36) L. 31. D. de pign. (XX. 1.) (Scaevola.) Lex vectigali fundo dicta erat, ut, si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat: postea is fundus a possessore pignori datus est. Quaesitum est, an recte pignori datus est? Respondit, si pecunia intercessit, pignus esse. Item quaesitum, si cum in exsolutione vectigalis tam debitor, quam creditor,

a. so hat dies zur Folge daß keiner veräußern kann, oder

b. Klage erworben wird.

c. pactionem, venditioni

d. Die Eigenthumsklage steht solange zu bis die Bedingung eintritt.

cessassent, et propterea pronuntiatum esset, fundum secundum legem domini esse, cujus potior causa esset? Respondit, si, ut proponeretur, vectigali non soluto, iure suo dominus usus esset, etiam pignoris jus evanuisse.

[7] 37) L. 23. §. 2. D. de rei vind. (VI. 1.) (Paulus.) Si quis rei suae alienam rem ita adiecerit ut pars eius fieret: veluti, si quis statuae suae brachium aut pedem alienum adiecerit, aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum, aut mensae pedem, dominum eius totius rei effici, vereque statuum suam dicturum, et scyphum, plerique recte dicunt.

38) L. 23. §. 5. eod. (Paulus.) Item quaecumque aliis juncta, sive adiecta, accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest: sed ad exhibendum agere potest, ut separentur, et tunc vindicentur: ... in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem: ut singuli homines, singulae oves: ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus: sed et te arietem vindicare posse. Quod non idem in cohaerentibus corporibus evenit: nam si statuae meae brachium alienae statuae addideris, non posse dici brachium tuum esse: quia tota statua uno spiritu continetur.

39) L. 6. D. ad exhib. (X. 4.) (Paulus.) Gemma inclusa auro alieno, vel sigillum candelabro, vindicari non potest; sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest. Aliter atque in tigno juncto aedibus: de quo nec ad exhibendum agi potest, quia lex duodecim tabularum solvi vetaret: sed actione de tigno juncto ex eadem lege in duplum agitur.

a. 40) L. 80. D. de rei vind. (VI. 1.) (Furius Anthianus.) In rem actionem pati non compellimur; quia licet alicui dicere, se non possidere: ita ut si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per iudicem, licet suam esse non adprobaverit.

41) L. 25. eod. (Ulp.) Is qui se optulit rei defensionis sine causa, cum non possideret, nec dolo fecisset, quo minus possideret, si actor ignoret, non est absolvendus, ut Marcellus ait, quae sententia vera est: sed hoc post litem contestatam. Ceterum ante iudicium acceptum non decipit actorem, qui se negat possidere, cum vere non possideret: nec videtur se liti optulisse, qui discessit.

42) L. 68. eod. (Ulp.) Qui restituere iussus, iudici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari, officio iudicis, ab eo possessio transfertur: et fructuum dumtaxat, omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, siquidem dolo fecit, quo minus possit, is quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quo minus possit, non pluris, quam quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet.

[8] 43) L. 46. D. de rei vind. (VI. 1.) (Paul.) Eius rei, quae per in rem actionem petita tanti aestimata est, quanti in litem actor juraverit, dominium statim ad possessorem pertinet: transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit.

a. wir sind gezwungen pati pp, weil wir sagen können wir besäßen.

44) L. 47. eod. (Paul.) Haec si res praesens sit: si absens, tunc, cum possessionem ejus possessor nactus sit, ex voluntate actoris: et ideo non est alienum, non aliter litem aestimari a iudice, quam si caverit actor, quod per se non fiat, possessionem ejus rei non traditum iri. a.

45) L. 18. eod. (Gajus.) Si post acceptum iudicium possessor usu hominem cepit, debet eum tradere, eoque nomine de dolo cavere: periculum est enim, ne eum vel pigneraverit, vel manumiserit.

46) L. 36. pr. §. 1. eod. (Gajus.) Qui petitorio iudicio utitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is, cum quo instituat actionem, possessor sit, vel *dolo* desit possidere. §. 1. Qui in rem convenitur, etiam culpa nomine condemnatur. Culpa autem reus est possessor, qui per insidiosa loca servum misit, si is periit: et qui servum a se petitem, in arena esse concessit, et is mortuus sit: sed et qui fugitivum a se petitem non custodit, si is fugit: et qui navem a se petitam adverso tempore navigatum misit, si ea naufragio perempta est. b.

47) L. 23. D. de reb. cred. (XII. 1.) (Africanus.) Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim, et vendiderim, mortuo eo, posse te mihi pretium condicere, Julianus ait: quasi ex re tua locupletior factus sim.

48) L. 1. C. de reb. alien. non alien. (IV. 51.) (Alexander.) Si praesidi provinciae probatum fuerit, Julianum nullo jure munitum servos tuos scientibus vendidisse: restituere tibi emptores servos jubebit. Quod si ignoraverint, et eorum facti sunt, pretium eorum Julianum tibi solvere jubebit.

49) L. 22. C. de Rei Vind. (III. 32.) (Diocl. et Maxim.) Certum est, malae fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare: bonae fidei vero, extantes: post autem litis contestationem, universos.

50) §. 2. J. de off. iudicis (IV. 17.) ... Et si hereditas petita sit: eadem circa fructus interveniunt, quae diximus intervenire in *singularum rerum petitione*. Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, in utraque actione^d eadem ratio pene habetur si praedo fuerit. Si vero bona fide possessor fuerit, non habetur si praedo fuerit. Si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum, neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem, etiam illorum | fructuum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt vel percepti consumpti sunt. c. [9]

51) §. 35. J. de div. rerum. (II. 1.) Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet justa causa aequae bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura. Et ideo si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei vero, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est. Itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.

a. **dominium transit**

b. **casus und culpa verpflichtet**

c. **rei vindicatoriae**

d. **in beiden Klagen (der R. V u : petitio) wird derselbe Grundsatz fast beobachtet**

52) L. 20. pr. D. de adq. rer. dom. (XLI. 1.) (Ulp.) Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, fundo habuit, id tradendo tranfert: si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert.

53) L. 21. D. de pact. dot. (XXIII. 4.) (Jul.) Si mulier dotis causa promiserit certam summam, et pro ea mancipia in dotem dederit ea condicione, ut periculo ejus essent, et si quid ex his natum esset, ad eam pertineat: stari pacto convento oportebit. Nam constat posse inter uxorem et virum conveniri, ut dos, quae in pecunia numerata esset, permutaretur, et transferatur in corpora, cum mulieri prodest.

54) L. 25. D. de jure dot. (XXIII. 3.) (Paul.) Si ei nuptura mulier, qui Stichum debebat, ita cum eo pacta est, pro Sticho, quem mihi debes, decem tibi doti erunt: secundum id, quod placuit rem pro re solvi posse, et liberatio contingit, et decem in dotem erunt: quia et permutatio dotium conventionione fieri potest.

55) L. 26. eod. (Modestinus.) Ita constante matrimonio permutari dotem posse dicimus, si hoc mulieri utile sit: si ex pecunia in rem, aut ex re in pecuniam: idque probatum est.

56) L. 27. eod. (Ulp.) Quod si fuerit factum, fundus vel res dotalis efficitur.

57) L. 12. D. de jure dot. (V. 12.) (Diocl. et Maxim.) Ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus, non tibi quaeritur, cum neque maritus uxori actionem empti possit adquirere: at dotis tantum actio tibi competit. Unde aditus Praeses provinciae, si non te transegissee repererit, sed ex majore parte dotem consecutem, residuum restitui providebit.

58) L. 54. D. de jure dot. (XXIII. 3.) (Gajus ad ed. Praetoris urbani titulo Praedictoribus.) Res quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur. |

[10] 59) L. 31. pr. D. de adq. rer. dom. (XLI. 1.) (Paul.) Numquam nuda traditio transfert dominium: sed ita, si venditio, aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

60) L. 45. D. de pactis (II. 14.) (Hermog.) Divisionis placitum, nisi traditione, vel stipulatione sumat effectum, ad actionem, ut nudum pactum, nulli prodesse poterit.

61) L. 20. C. de pactis (II. 3.) (Diocl. et Maxim.) Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

61 a) L. 8. pr. §. 1. C. de praescr. XXX. etc. (VII. 39.) (Justin.) Si quis emptionis, vel donationis, vel alterius cuiuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem, vel viginti annos possederit, et longi temporis exceptionem contra dominos eius, vel creditores hypothecam eius praetendentes sibi adquisierit, posteaque fortuito casu possessionem eius rei perdidit: posse eum etiam actionem ad vicicandem rem eandem habere sancimus: hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant. §. 1. – Quod si quis eam rem desierit possidere cuius dominus, vel is, qui suppositam eam habebat, exceptione triginta, vel quadraginta annorum expulsus est: praedictum auxilium non indiscrete, sed cum moderata divisione ei praestari censemus: ut si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti praesidio: sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur: ita tamen, ut novus possessor, si quidem ipse rei dominus ab initio

fuit, vel suppositam eam habebat, et memoratae exceptionis necessitate expulsus est: commodum detentionis sibi acquirat. Sin vero nullum jus in eadem re quocunque tempore habuit, tunc licentia sit priori domino, vel creditori, qui nomine hypothecae rem obligatam habuit, et heredibus eorum ab injusto detentatore eam vindicare: non obstante ei, quod prior possessor triginta, vel quadraginta annorum exceptione eum removerat: nisi ipse injustus possessor triginta, vel quadraginta annorum, ex eo tempore computandorum, ex quo prior possessor, qui evicit, ea possessione cecidit, exceptione munitus est.

62) L. 5. C. Fin. reg. (III. 39.) (Val. Theod. et Arcad.) Quinque pedum praescriptione submota, finalis jurgii, vel locorum libera peragatur intentio.

63) L. 6. C. eod. (Theod. Arcad. et Honor.) Cunctis molitionibus et machinationibus amputatis, decernimus, in finali quaestione non longi temporis, sed triginta tantum annorum praescriptionem locum habere.

64) L. 27. D. de usurp. (XLI. 3.) (Ulp.) Celsus trigesimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cujus rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse: nihil referre, emerit, nec ne, donatum sit, nec ne, si modo emptum, vel donatum sibi existimaverit: quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit. Idem et in litis aestimatione placet, ut nisi vere quis litis aestimationem subierit, usucapere non possit.

65) L. 11. D. pro emptore. (XLI. 4.) (African.) Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse pro emptore usucapere: hactenus verum esse ait, si nullam justam causam ejus erroris emptor habeat: nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse, atque ita tradiderit: magis esse, ut usucapio sequatur.

66) L. 5. D. de usurp. (XLI. 3.) (Gajus.) Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi deicitur, vel alicui res eripitur: quo casu non adversus eum tantum qui eripit, interrumpitur possessio: sed adversus omnes: nec eo casu quicquam interest, is, qui usurpaverit, dominus sit, nec ne. Ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat, an ex lucrativa causa.

67) L. 30. pr. D. ex quib. causis maj. (IV. 6.) (Paul.) Cum miles, qui usucapiebat, decesserit, et heres impleverit usucapionem, aequum est rescindi, quod postea usucaptum est: ut eadem in heredibus, qui in usucapionem succedunt, servanda sint: quia possessio defuncti, quasi juncta descendit ad heredem: et plerumque nondum hereditate adita completur.

68) §. 4. J. de act. (IV. 6.) Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum, necdum eius rei dominus effectus est: si eius rei possessionem casu amiserit, nullam habet directam in rem actionem ad eam persequendam: quippe ita proditae sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est a Praetore ac-

a. Die Vorschrift über die pedes soll hiemit aufgehoben sein

b. vindiciren frei von allen Exceptionen.

c. im Verhält: zu dem, der pp

tio, in qua dicti is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, et ita vindicat suam esse: quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio Praetore in edicto proposita est.

69) L. 1. pr. D. de public. in rem act. (IV. 2.) (Ulp.). Ait Praetor: si quis id, quod traditur^a ex justa causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.

70) L. 3. §. 1. D. de exc. rei vend. (XXI. 3.) (Hermogenianus.) Pari ratione venditoris etiam successoribus nocebit: sive in universum jus, sive in eam dumtaxat rem successerint. |

[12]

71) L. 2. eod. (Pomponius.) Si a Titio fundum emeris, qui Sempronii erat, isque tibi traditus fuerit: pretio autem soluto Titius Sempronii heres extiterit, et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Julianus ait, aequius esse, priorem te tueri: quia, et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione summovertetur, et si ipse Titius eum possideret, Publiciana peteres.

72) L. 72. D. de rei vind. (VI. 1.) (Ulp.) Si a Titio fundum emeris Sempronii, et tibi traditus sit, pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem alii vendiderit et tradiderit, aequius est, ut tu potior sis. Nam et si ipse venditor eam rem a te peteret, exceptione eum summovertes. Sed et si ipse possideret, et tu peteres, adversus exceptionem dominii replicatione uteris.

73) L. 4. §. 32. D. de doli exc. (XLIV. 4.) (Ulp.) Si a Titio fundum emeris, qui Sempronii erat, isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit, et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Julianus ait, aequius esse Praetorem te tueri: quia, et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata, vel doli mali summovertetur: et si ipse eum possideret, et Publiciana peteres, adversus excipientem, si non suus esset, replicatione uteris: ac per hoc intellegeret eum fundum rursum vendidisse, quem in bonis non haberet.

74) L. 15. §. 1. D. de serv. (VIII. 1.) (Pomp.) Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis: veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat: sed ut aliquid patiat, aut non faciat.

75) L. 20. eod. (Javolenus.) Qoutiens via aut aliquid jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quo minus eo jure uti possit: quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. Ego puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque et inderdicta veluti possessoria constituta sunt.

76) L. 1. §. 6. D. de itin. actuque priv. (XLIII. 19.) (Ulp.) Vivianus recte ait, eum qui propter incommoditatem rivi, aut propterea quia via publica interrupta erat, per proximi vicini agrum iter fecerit: quamvis id frequenter fecit, non videri omnino usum; itaque inutile esse interdictum, non quasi precario usum, sed quasi *nec usum*: ergo secundum hoc nec utro usus videtur: multo enim minus illo usus est, per quem non iit, propter incommoditatem rivi, aut propterea, quia via praerupta erat. Idem erit dicendum, et si non erat via publica, sed iter privatum: nam et hic eadem quaestio est. |

a. [durchgestrichenes unleserliches Wort]

77) L. 7. eod. (Celsus.) Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis: non tamen tamquam id suo jure faceret, sed, si *prohibetur, non facturus*: inutile est ei interdictum de itinere actuque: nam ut hoc interdictum competat, jus fundi possedissee oportet.

78) L. 20. pr. D. de S. P. U. (VIII. 2.) (Paul.) Servitutes quae in superficie consistunt, possessione retinentur. Nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero hoc ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem. Idem eveniet et si moenianum in tuum immissum habuero, aut stillicidium in tuum proiecero: quia in tuo aliquid utor, et sic quasi facto quodam possideo.

79) L. 6. eod. (Gajus.) Haec autem jura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt: nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo: sed ita, si vicinus simul libertatem usucipiat: veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiantur, et ego per statutum tempus fenestras meas perfixas habuero vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris: alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum, si tu foramen unde exemptum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris: alioquin, si nihil novi feceris, integrum jus suum permanet.

80) L. 32. §. 1. eod. (Jul.) Libertas servitutis usucapitur, si aedes possidentur: quare, si is, qui altius aedificatum habebat, ante statutum tempus aedes possidere desiit, interpellata usucapio est: is autem, qui postea eadem aedes possidere coeperit, integro statuto tempore libertatem usucipiet: natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint: sed intellegatur possessionem earum habere, qui aedes possidet.

81) L. 13. pr. D. Comm. praed. (VIII. 4.) (Ulp.) Venditor fundi Geroniani, fundo Botroiano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. Quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium, aut in jus eorum succedentium, per stipulationis vel venditionis legem obligantur.

82) L. 8. pr. D. de serv. (VIII. 1.) (Paulus.) Ut pomum decerpere liceat, et ut spatari, et ut cenare in alieno possimus, servitus imponi non potest.

83) L. 14. §. 3. D. de alim. leg. (XXXIV. 1.) (Ulp.) Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aquam quoque, per fideicommissum reliquerat. Consulebar de fideicommisso: cum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est. Dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non: ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus: nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta. Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam adpulsus, est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur: In eadem causa erunt gestandi, vel in tuo uvae premendi, vel areae tuae ad frumenta

a. nicht in der Intention, ein Recht auszuüben

[13]

a.

[6]

[14]

ceteraque legumina exprimenda utendi: haec enim aqua personae relinquitur.

84) L. 4. D. de serv. praed. urb. (VIII. 2.) (Paulus.) Luminum servitute constituta, id adquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat. Cum autem servitus imponitur, ne luminibus officiat, hoc maxime adepti videmur, ne jus sit vicino, invitis nobis altius aedificare, atquesita minuere lumina nostrorum aedificiorum.

85) L. 9. §. 7. D. de usufr. (VII. 1.) (Ulp.) Instrumenti autem fructum habere debet: vendendi tamen facultatem non habet. Nam et si fundi ususfructus fuerit legatus, et si ager, unde palo in fundum, cujus ususfructus legatus est, solebat paterfamilias uti, vel salice, vel harundine, puto fructuarium hactenus uti posse, ne ex eo vendat: nisi forte salicti ei, vel silvae palaris, vel harundineti ususfructus sit legatus: tunc enim et vendere potest. Nam et Trebatius scribit, silvam caedeam et harundinetum posse fructuarium caedere; sicut paterfamilias caedebat: et vendere, licet paterfamilias non solebat vendere, sed ipse uti: ad modum enim referendum est, non ad qualitatem utendi.

86) L. 58. pr. eod. (Scaevola.) Defuncta fructuaria mense Decembri, jam omnibus fructibus, qui in his agris nascuntur, mense Octobri per colonos sublatis: quaesitum est, utrum pensio heredi fructuariae solvi deberet: quamvis fructuaria ante Kalendas Martias, quibus pensiones inferri debeant, decesserit, an dividi debeat inter heredem fructuariae, et Rempubicam, cui proprietates legatae est? Respondi, Rempubicam quidem cum colono nullam actionem habere: fructuariae vero heredem sua die, secundum ea, quae proponerentur, integram pensionem percepturum.

[15]

87) L. 13. §. 5. eod. (Ulp.) Inde est quaesitum, an lapidicinas, vel credifodinas, vel harenifodinas ipse instituere possit? Et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidicinarum, et huiusmodi metallorum inquirere poterit: ergo et auri, et argenti, et sulphuris, et aeris, et ferri, et ceterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. Et si forte in hoc, quod instituit, plus redditus sit, quam in vineis, vel arbustis, vel olivetis, quae fuerunt, forsitan etiam haec deicere poterit: siquidem ei permittitur meliorare proprietatem.

88) L. 15. §. 7. eod. (Ulp.) Sed nec servitatem imponere fundo potest propriarius, nec amittere servitatem. Acquirere plane servitatem eum posse, etiam invito fructuario, Julianus scripsit. Quibus consequenter, fructuarius quidem acquirere fundo servitatem non potest, retinere autem potest: et si forte fuerint, non utente fructuario, amissa, hoc quoque nomine tenebitur: Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitatem imponere potest.

89) L. 16. eod. (Paulus.) Nisi qua deterior fructuarii condicio non fiat, veluti si talem servitatem vicino concesserit, jus sibi non esse altius tollere.

90) L. 27. §. 4. 5. eod. (Ulp.) Si qua servitus imposita est fundo, necesse habebit fructuarius sustinere: unde et si per stipulationem servitus debeatur, idem puto dicendum. §. 5. Sed et si servus sub poena emptus sit, interdictis certis quibusdam, an, si ususfructus ejus fuerit legatus, observare

haec fructuarius debeat? et puto debere eum observare, alioquin non boni viri arbitrato utitur et fruitur.

91) L. 1. §. 1. D. de usu. (VII. 8.) (Gajus.) Constituitur etiam nudus usus, id est, sine fructu: qui et ipse iisdem modis constitui solet, quibus et usus-fructus.

92) L. 2. pr. eod. (Ulp.) Cui usus relictus est, uti potest: frui non potest. Et de singulis videndum.

93) L. 22. pr. D. eod. (Pomp.) Divus Hadrianus, cum quibusdam usus silvae legatus esset, statuit fructum quoque eis legatum videri: quia nisi liceret legatariis caedere silvam, et vendere, quemadmodum usufructuariis licet, nihil habituri essent ex, eo legato.

94) L. 5. §. 2. D. de usufr. ear. rer. (VII. 5.) (Ulp.) Quae in usufructu pecuniae diximus, vel ceterarum rerum, quae sunt in abusu, eadem et in usu dicenda sunt: nam idem continere usum pecuniae, et usumfructum, et Iulianus scribit, et Pomponius libro octavo de stipulationibus.

95) L. 10. D. de cap. minut. (IV. 5.) (Modestinus.) Legatum in annos singulos, vel menses singulos relictum, vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capiti deminutione tamen interveniente, perseverat: videlicet, quia tale legatum *in facto* potius, quam *in iure*, consistit.

96) L. 6. §. 1. D. si serv. (VIII. 5.) (Ulp.) Sciendum tamen, in his servitutibus *possessorem* esse eum iuris et petitorum, et, si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus *possessor* est: nam eum nihil sit innovatum, ille possidet, et aedificantem me prohibere potest, et civili actione, et interdicto quod vi aut clam. Idem et si lapilli jactu impedierit. Sed et si patiente eo, aedificavero, ego *possessor* ero effectus.

97) L. 8. §. 3. eod. (Ulp.) Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum, qui servitutem sibi deberi ait: si vero non sunt immissa, eum qui negat.

98) L. 5. pr. D. si ususfr. (VII. 6.) (Ulp.) Uti frui jus sibi esse, solus potest intendere, qui habet usumfructum: dominus autem fundi non potest: quia, qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet: nec enim potest ei suus fundus servire: de suo enim, non de alieno jure, quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo jure agere videatur, quam alieno: cum, invito se, negat jus esse utendi fructuario, vel sibi jus esse prohibendi. Quod si forte qui agit dominus proprietatis non sit quamvis fructuarius jus utendi non habet, vincet tamen jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant.

99) L. 15. D. de op. novi nunt. (XXXIX. 1.) (Afric.) Si priusquam aedificatum esset, ageretur, jus vicino non esse aedes altius tollere, nec res ab eo

- a. factischer
- b. [Das Wort Beklagter ist durch das Wort Kläger ersetzt]
- c. possidem
- d. kann Beklagter werd'n.
- e. juristischer possessor

[16]

a.

b.

d.

e.

defenderetur: partes iudicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere juberet, non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, jus sibi esse altius tollere. Idemque e contrario, si cum quis agere vellet, jus sibi esse invito adversario altius tollere, eo non defendente, similiter, inquit, officio iudicis continebitur, ut cavere adversarium juberet, nec opus novum se nuntiaturum, nec aedificanti vim facturum. Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, puniatur, ut de jure suo probare necesse haberet: id enim esse, petitoris partes sustinere.

100) L. 11. §. 1. D. de public. (VI. 2.) (Ulp.) Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci: item rusticorum, nam et hic traditionem, et patientiam tuendam constat. 101) |

[17] 101) L. 1. pr. D. quib. modis ususfr. (VII. 4.) (Ulp.) Non solum usumfructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu: et parvi refert, utrum iure sit constitutus ususfructus, an vero tuitione Praetoris. Proinde traditus quoque ususfructus, item in fundo vectigali, vel superficie, non iure constitutus, capitis minutione amittitur.

102) L. 3. pr. D. de usufr. (VII. 1.) (Gajus.) Omnium praediorum iure legati potest constitui ususfructus, ut heres jubeatur dare alicui usumfructum. Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium eumve patiat uti frui. Et sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.

103) §. 4. J. de serv. (II. 3.) Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam testamento quis heredem suum damnare, ne altius tollat aedes suas, ne luminibus aedium vicini officiat: vel ut patiat, eum tignum in parietem immittere, vel stillicidium habere: vel ut patiat, eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere.

104) §. 1. J. de usufr. (II. 4.) Ususfructus a proprietate separationem recipit: idque pluribus modis accidit. Ut ecce, si quis usumfructum alicui legaverit: nam heres nudam habet proprietatem, legatarius usumfructum. Et contra, si fundum legaverit, deducto usufructu: legatarius nudam habet proprietatem, heres vero usumfructum. Item alii usumfructum, alii deducto eo fundum legare potest. Sine testamento vero si quis velit usumfructum alii constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet. Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu: placuit certis modis extingui usumfructum, et ad proprietatem reverti.

105) L. 25. §. 7. D. de usufr. (VII. 1.) (Ulp.) Quod autem diximus, ex re fructuarii, vel ex operis posse acquirere, utrum tunc locum habeat, quotiens iure legati ususfructus sit constitutus, an et si per traditionem, vel stipulationem, vel alium quemcunque modum, videndum. Et vera est Pegasi sententia, quam et Julianus libro sexto decimo secutus est, omnia fructuario acquiri.

106) L. 4. §. 29. D. de usurp. (XLI. 3.) (Paulus.) Libertatem servitutum usucapi posse, verius est: quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituerebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute. Itaque sicut tibi servitutem deberem, ne mihi (puta) lice-

ret altius aedificare, et per statutum tempus altius aedificatum habuero, sublata erit servitus. |

107) L. 10. §. 1. eod. (Ulp.) Hoc jure utimur, ut servitutes per se nusquam [18] longo tempore capi possint, cum aedificiis possint.

108) L. 10. pr. D. si serv. (VIII. 5.) (Ulp.) Si quis diuturno usu, et longa quasi possessione, jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo: sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedissee.

109) L. 1. C. de serv. (III. 34.) (Antonin.) Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas: more solito per judicem exercere non prohiberis: is, qui judex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet: modo si is, qui pulsatur, nec vi, nec clam, nec precario possidet.

110) L. 2. eod. (Antonin.) Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitatem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti. Quod si ante id spatium eius usus tibi interdictus est, frustra sumptus in ea re factos praestari tibi postulas: cum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertineat, cujus est possessio.

111) §. 3. J. de usufr. (II. 4.) Finitur autem usufructus morte fructuarii, et duabus capitibus deminutionibus, maxima et media, et non utendo per modum et tempus. Quae omnia nostra statuit Constitutio. Item finitur usufructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam cedendo extraneo, nihil agit) vel ex contrario, si fructuarius proprietatem rei adquisierit: quae res consolidatio appellatur. Eo amplius constat, si aedes incendio consumptae fuerint, vel etiam terrae motu, vel vitio suo corruerint, extingui usumfructum, et ne arae quidem usumfructum deberi.

112) vide Num. 80.

113) L. 16. §. 1. C. de usufr. (III. 33.) (Justinian.) ... sancimus, non solum actionem, quae de usufructu nascitur, sed nec ipsum usumfructum non utendo cadere, nisi tantummodo morte usufructuarii, et ipsius rei interitu: sed usumfructum quem sibi aliquis acquisivit, hunc habeat, dum vivit, intactum: cum multae et innumerabiles causae rebus incidant mortalium, per quas homines jugiter retinere, quod habent, non possunt. Et est satis durum, per hujusmodi difficultates amittere, quod semel possessum est: nisi talis exceptio usufructuario opponatur: quae, etiam si dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere. 530. |

114) L. 13. C. de serv. (III. 34.) (Justinian.) Sicut usumfructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus diminuebatur: non passi sumus hujusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium: ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur, non biennio, quia tantummodo soli rebus annexae sunt, sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes: ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis, explosis differentiis. 531. |

115) L. 15. §. 26. 27. D. de damno infecto. (XXXIX. 2.) (Ulp.) Si de vectigalibus aedibus non caveatur, mittendum in possessionem dicemus, nec juben-

dum possidere: nec enim dominium capere possidendo potest, sed decernendum, ut eodem jure esset quo foret is, qui non caverat: post quod decretum vectigali actione uti poterit. (§. 27.) Sed in vectigali praedio, si municipes non caverint: dicendum est, dominium per longum tempus adquiri.

116) L. 1. C. de precar. (VIII. 9.) (Gordian.) Si te non remittente pignus, debitor tuus ea, quae tibi obnoxia suut, venundedit: integrum tibi jus est ea persequi, non interdicto Salviano, id enim tantummodo adversus conductorem, debitoremve competit, sed Serviana actione, vel quae ad exemplum ejus instituitur, utilis adversus emptorem exercenda est.

117) L. 6. C. si aliena res pign. (VIII. 16.) (Diocl. et Maxim.) Quae praedium in filios a se titulo donationis translatum, creditori suo dat pignori, se magis contrario pignoratitio obligat iudicio, quam quicquam dominis noceat: cum Serviana etiam actio declaret evidenter, jure pignoris teneri non posse, nisi quae obligantis in bonis fuerint: et per alium rem alienam invito domino pignori obligari non posse, certissimum est.

118) L. 44. §. 5. D. de usurp. (XLI. 3.) (Papin.) Non mutat usucapio superveniens pro emptore, vel pro herede, quo minus pignoris persecutio salva sit: ut enim usufructus usucapi non potest, ita persecutio pignoris, quae nulla Societate domini conjungitur, sed sola conventionie constituitur, usucapione rei non perimitur.

118 a) L. 1. §. 2. D. de pign. (XX. 1.) (Papinian.) Cum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit. Eos consumptos bona fide emtor utili Serviana restituere non cogetur: pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit: quoniam quaestio pignoris ab intentione domini separatur: quod in fructibus dissimile est, qui numquam debitoris fuerunt.

119) L. 18. D. de pign. (XX. 1.) (Paul.) Si ab eo, qui publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam Praetor, quemadmodum debitorem per publicianam.

120) L. 29. D. de pignor. actione. (XIII. 7.) (Julian.) Si rem alienam bona fide emeris, et mihi pignori dederis, ac precario rogaveris, deinde me dominus haeredem instituerit: desinit pignus esse, et sola precarii rogatio supererit: idcirco usucapio tua interpellabitur.

121) L. 14. D. qui pot. (XX. 4.) (Paul.) Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneraverit, prior potior est: quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit.

122) L. 3. §. 2. eod. (Papinian.) Post divisionem regionibus factam inter fratres convenit, ut, si frater agri portionem pro indiviso pignori datam, a creditore suo non liberasset, es divisione quaesitae partis partem dimidiam alter distraheret: pignus intelligi contractum existimavi, sed priorem secundo non esse potioem, quoniam secundum pignus ad eam partem directum videbatur, quam ultra partem suam frater non consentiente socio non potuit obligare.

123) L. 1. pr. D. de pignor. (XX. 1.) (Papinian.) Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventionie, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, debita debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur: sed facilius erit possidenti retentio.

124) L. 5. C. si al. res (VIII. 16.) (Diocl. et Maixm.) Cum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis eius esse incipiat: ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est: sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoratitiae detur.

125) L. 41. D. de pign. act. (XIII. 7.) (Paul.) Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse coepisti: datur utilis actio pigneratitia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero: ... Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur.

126) L. 21. §. 1. D. de pign. (XX. 1.) (Ulp.) Si debitor servum, quem a non domino bona fide emerat et pignoravit, teneat, Servianae locus est, et si adversus eum agat creditor, doli replicatione exceptionem elidet: et ita Julianus ait, et habet rationem.

127) L. 9. §. 3. D. qui pot. in pign. (XX. 4.) (Africanus.) Titia praedium alienum Titio pignori dedit: post Maevio: deinde domina eius pignoris facta marito suo in dotem aestimatum dedit. Si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat. Tunc enim, priore dimisso, sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur: in proposito autem maritus emptoris loco est: atque ideo, quia neque tunc, cum Maevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit: nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit: haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit: id est, si ignoravit Maevio obligatum esse.

128) L. 11. §. 2. eod. (Gaius.) Si colonus convenit, ut inducta in fundum, illata, ibi nata, pignori essent, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit: quia non ex conventionem priori obligatur, sed ex eo quod inducta res est: quod posterius factum est.

129) L. 7. §. 1. eod. (Ulpian.) Si tibi, quae habiturus sum, obligaverim, et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium eius adquisiero, putat Marcellus, concurrere utrumque creditorem et in pignore. Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit: quippe cum res ex nummis pigneratis empta, non sit pignerata ob hoc solum, quod pecunia pignerata erat.

130) L. 10. §. 1. D. quib. mod. pign. (XX. 6.) (Paul.) Creditor quoque si pignus distraxit, et ex venditione recessum fuerit, vel homo redhibitus, dominium ad debitorem revertitur. Idemque est in omnibus, quibus concessum est rem alienam vendere: non enim quia dominium transferunt, ideo ab emptore jus ejus recipiunt, sed in pristinam causam res redit, resoluta venditione.

131) L. 8. D. qui pot. (XX. 4.) (Ulpianus.) Si pignus specialiter *Respublica* accepit, dicendum est, praeferrri eam fisco debere, si postea fisco debitor obligatus est: quia et *privati praeferruntur*.^b

a. Stadtgemeinde

b. dies ist also allg: Regel, die nicht blos bei der res publ: gilt.

[21]

[182]

a.

- [22] 132) L. 21. §. 1. eod. (Scaevola.) Negotiatori marmorum creditor sub pignore lapidum, quorum pretia venditores ex pecunia creditoris acceperant, numeravit: idem debitor conductor horreorum Caesaris fuit, ob quorum pensiones aliquot annis non solutas, Procurator exactioni praepositus, ad lapidum venditio- | nem officium suum extendit. Quaesitum est, an jure pignoris eos creditor retinere possit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, posse.
- 133) L. 28. D. de iure fisci (XLIX. 14.) (Ulp.) Si, qui mihi obligaverat, quae habet, habiturusque esset, cum fisco contraxerit: sciendum est, in re postea acquisita fisco potiore esse debere, Papinianum respondisse: quod et constitutum est: praevenit enim causam pignoris fisco.^a
- 134) L. 5. §. 1. D. de distr. pign. (XX. 5.) (Marc.) Si secundus creditor, vel fidejussor, soluta pecunia, pignora susceperint, recte eis offertur, quamvis emptionis titulo ea tenuerunt.
- 135) L. 6. eod. (Modestinus.) Cum posterior creditor a priore pignus emit, non tam acquirendi dominii quam servandi pignoris sui causa intelligitur pecuniam dedisse: et ideo offerri ei a debitore potest.
- 136) L. 2. eod. (Papin.) Fidejussor conventus, officio iudicis adsecutus est, ut emptionis titulo praedium creditori pignori datum susciperet: nihilo minus alteri creditori, qui postea sub eodem pignore contraxit; offerendae pecuniae, quam fidejussor dependit, cum usuris medii temporis, facultas erit: nam huiusmodi venditio, transferendi pignoris causa, necessitate juris fieri solet.
- 137) L. 29. D. famil. ercisc. (X. 2.) (Paul.) Si pignori res data defuncto sit, dicendum est, in familiae erciscundae iudicium venire: sed is, cui adiudicabitur, in familiae erciscundae iudicio pro parte coheredi erit damnandus: nec cavere debet coheredi, indemnem eum fore adversus eum, qui pignori dederit: quia pro eo erit, ac si hypothecaria vel Serviana actione petita litis aestimatio oblata sit, ut et is, qui obtulerit, adversus dominum vindicantem exceptione tuendus sit. Contra quoque, si is heres, cui pignus adiudicatum est, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est. Non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit: adiudicatio enim necessaria est, emptio voluntaria: nisi si objiciatur creditori, quod animose licitus est, sed huius rei ratio habebitur: quia quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset: et eius, quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori.
- 138) L. 12. §. 1. D. quib. mod. pign. (XX. 6.) (Paul.) Qui pignoris jure rem persequuntur, a vindicatione rei eos removeri solere, si qualiscumque possessor offerre vellet: neque enim debet quaeri de jure possessoris, cum jus petitoris removeatur soluto pignore. |
- [23] 139) L. 2. D. qui pot. in pign. (XX. 4.) (Papinian.) Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est, cui postea praedium ex his bonis datur: quamvis ex ceteris pecuniam suam redigere possit. Quod si ea conventio prioris fuit, ut ita demum cetera bona pignori haberentur, si pecunia de his, quae *generaliter* accepit, servari non potuisset: deficiente secunda conventionione secundus creditor in pignore postea dato non tam potior quam solus invenietur.

a. der fisco war hier früher da mit s: Pfrt als die causa pignoris

b. specialiter

140) L. 12. §. 4. eod. (Marcian.) Si tecum de hypotheca paciscatur debitor, deinde idem cum alio tua voluntate, secundus potior erit: pecunia autem soluta secundo, an rursus teneatur tibi, recte quaeritur? erit autem facti quaestio agitanda, quid inter eos actum sit: utrum ut discedatur ab hypotheca in totum cum prior concessit creditor alii obligari hypothecam: an ut ordo servetur, et prior creditor secundo loco constituatur.

141) L. 12. pr. D. quib. mod. pign. (XX. 6.) (Paulus.) Paulus respondit, Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, jus suum pignoris remisisse videri, non etiam tertium in locum ejus successisse: et ideo medii creditoris meliorem causam effectam. Idem observandum est, et si Respublica tertio loco crediderit.

142) L. 9. §. 1. eod. (Modest.) Titius Seio pecuniam sub pignore fundi dederat, qui fundus cum esset Reipublicae ante obligatus, secundus creditor pecuniam Reipublicae eam solvit: sed Maevius exstitit, qui dicebat, ante Rempublicam sibi fundum obligatum fuisse: inveniebatur autem Maevius, instrumento cautionis cum Republica facto a Seio interfuisse, et subscripsisse: quo caverat Seius, fundum nulli alii esse obligatum. Quaero, an actio aliqua in rem Maevio competere potest? Modestinus respondit, pignus, cui is, de quo quaeritur, consensit, minime cum retinere posse.

143) L. 30. §. 1. D. de exc. rei jud. (XLIV. 2.) (Paulus.) ... In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris jus extinctum sit dominio adquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore: actio tamen pigneraticia competit: verum est enim, et pignori datum, et satsfactum non esse: quare puto non obstare rei judicatae exceptionem.

144) L. 6. pr. D. quib. mod. pign. (XX. 6.) (Ulp.) Item liberatur pignus sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est. Sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus: vel si qua ratione obligatio eius finita est.

145) L. 2. C. de luit. pign. (VIII. 31.) (Gordian.) Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota.

146) L. 13. D. quib. mod. pign. (XX. 6.) (Tryphon.) Si deferente creditore iuravit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur: quia perinde habetur, atque si iudicio absolutus esset: nam et si a iudice, quamvis per injuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur.

147) L. 27. D. de pign. (XX. 1.) (Marcellus.) Servum, quem quis pignori dederat, ex levissima offensa vinxit, mox solvit: et quia debito non satisfacere, creditor minoris servum vendidit: an aliqua actio creditori in debitorem constituenda sit. quia crediti ipsius actio non sufficit ad id, quod deest, persequendum? Quid si eum interfecisset, aut eluscasset? Ubi quidem interfecisset, ad exhibendum tenetur: ubi autem eluscasset, quasi damni injuriae dabimus actionem ad quantum interest, quod debilitando aut vinciendo, persecutionem pignoris exinanierit. Fingamus nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat: non existimo indignam rem animadversione et auxilio Praetoris. Ulpianus notat: si ut creditori noceret, vinxit, tenebitur: si merentem, non tenebitur.

148) L. 3. pr. D. de obl. et act. (XLIV. 7.) (Paul.) Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram fa-

ciat: sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.

149) L. 34. §. 1. D. de regul. iur. (L. 17.) (Paul.) Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus.

150) L. 66. eod. (Julianus.) Marcellus: desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem justam, nec ab aequitate naturali abhorrentem.

151) L. 95. §. 4. D. de solut. (XLVI. 3.) (Pap.) Naturalis obligatio, ut pecuniae numeratione, ita justo pacto, vel jurejurando ipso jure tollitur: quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur, ideoque fidejussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur.

152) L. 7. §. 4. D. de pactis (II. 14.) (Ulp.) Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.

[25] 153) L. 16. §. 4. D. de fidejuss. (XLVI. 1.) (Julianus.) Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit; verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest. Nam licet minus proprie debere dicantur naturale, | debitores, per abusionem intelligi possunt debitores: et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.

154) L. 13. §. 1. D. de re jud. (XLII. 1.) (Celsus.) Si quis promiserit prohibere se, ut aliquid damnum stipulator patiatur et faciat: neque ex ea re damnum stipulator patietur et faciat: ita habeatur facit, quod promisit: si minus, quia non facit, quod promisit: in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus.

155) L. 138. §. 1. D. de V.O. (XLV. 1.) (Venulsius.) Cum pure stipulatus sum, illud aut illud dari, licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo quod praestaturus sis: quia diversa causa est voluntatis expressae, et ejus quae inest.

156) L. 4. §. 1. D. de eo quod certo loco. (XIII. 4.) (Ulp.) Interdum iudex, qui ex hac actione cognoscit, cum sit arbitraria, absolvere reum debet, cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est. Quid enim, si ibi vel oblata pecunia actori dicatur, vel deposita, vel ex facili solvenda? Nonne debet interdum absolvere? in summa, aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus est.

157) L. 32. pr. D. de usuris (XXII. 1.) (Marcian.) Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco, non solverit: quod apud iudicem examinabitur. Nam, ut et Pomponius libro duodecimo epistolarum scripsit, difficilis est huius rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque juris auctorum quaestione decidi posse: cum sit magis facti, quam juris.

158) L. 5. D. de reb. cred. (XII. 1.) (Pomp.) Quod te mihi dare oporteat, si id postea perierit, quam per te factum erit, quo minus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. Sed cum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debet, non solum in potestate tua fuerit id, necne, aut dolo malo feceris, quo minus esset vel fuerit, necne, sed etiam, si aliqua justa causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere.

159) L. 12. C. de contr. et comm. stip. (VIII. 38.) (Justinian.) Magnam legum veterum obscuritatem, quae protrahendarum litium magnam occasio-

nem usque adhuc praehebat, amputantes, sancimus: ut si quis certo tempore facturum se aliquid vel daturum stipuletur, vel quae stipulator voluit, promiserit, et adjecerit, quod si statuto tempore minime haec perfecta fuerint, certam poenam dabit: sciat minime se posse debitor ad evitandam poenam adjicere, quod nullus eum admonuit: sed etiam citra ullam admonitionem eidem poenae pro stipulationis tenore fiet obnoxius: cum ea quae promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere.

160) L. 17. §. 4. D. de usuris (XXII. 1.) (Paul.) Ex locato qui convenitur, nisi convenerit ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, non nisi ex mora usuras praestare debet.

161) L. 5. C. de act. emti. (IV. 49.) (Diocl. et Maxim.) Curabit praeses provinciae, compellere emptorem, qui nactus possessionem fructus percepit, partem pretii, quam penes se habet, cum usuris restituere: quas et perceptorum fructuum ratio, et minoris aetatis favor, licet nulla mora intercesse- rit, generavit.

162) L. 3. C. in quib. caus. in int. (II. 41.) (Diocl. et Maxim.) In minorum persona re ipsa, et ex solo tempore tardae pretii solutionis, recepto iure moram fieri creditum est: in his videlicet, quae moram desiderant, id est, in bonae fidei contractibus, et fideicommissis, et legatis.

163) L. 11. D. de peric. (XVIII. 6.) (Alf. Varus.) Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? Respondit quia sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit: quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi ac diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.

164) L. 31. D. ad L. aquil. (IX. 2.) (Paul.) Si putator, ex arbore ramos cum dejiceret, vel machianrius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat, nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi; culpam autem esse, quod, cum a diligente provideri poterit, non esset provi- sum, aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. Secun- dum quam rationem non multum refert, per publicum, an per privatum iter fieret: cum plerumque per privata loca volgo iter fiat. Quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est: cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.

164 a) L. 137. D. §. 2. de V.O. (XLV. 1.) (Venelejus.) Cum ita stipulatus sum, Ephesi dari? inest tempus: quod autem accipi debeat, quaeritur? et magis est, ut totam eam rem ad judicem, id est, ad virum bonum remitte- mus, qui aestimet quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit quod facturum se promiserit: ut, qui Ephesi daturum se sponderit, neque diplomate, diebus ac noctibus, et omni tempestate contempta iter con- tinuari cogatur: neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat: sed habita ratione temporis, aetatis, sexus, valetudinis: cum id agat, ut mature perveniat, id est, eodem tempore quo plerique ejusdem condicionis homines solent pervenire, eoque transacto, quamvis Romae re- manserit, nec possit Ephesi pecuniam dare, nihilo minus ei recte condicetur,

[26]

[27]

vel quia per ipsum steterit, quo minus Ephesi daret, vel quoniam per alium Ephesi possit dari, vel quia ubique potest solvere; nam et quod in diem debetur, ante solvi potest, licet peti non potest: quod si diplomate usus, aut felici navigatione, maturius quem quisque pervenerit Ephesum, confestim obligatus est: quia in eo quod tempore atque facto finitum est, nullus est conjecturae locus.

165) L. 32. D. depositi. (XVI. 3.) (Celsus.) Quod Nerva diceret, latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat: mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit.

166) L. 5. §. 2. D. commod. (XIII. 6.) (Ulp.) Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione: utrum dolus, an et culpa? an vero et omne periculum? Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum, in deposito: nam, quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus, nisi forte et merces accessit: tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur: aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam, et periculum praestet is, penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate: et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur: et ideo verior est Quinti Mucii sententia, existimantis, et culpam praestandam, et diligentiam.

167) L. 108. §. 12. D. de leg. 1. (XXX.) (Africanus.) Cum quid tibi legatum, fidei tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum dumtaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere, existimavit: sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unus solius, dolus malus solummodo praestetur.

[28] 168) L. 23. D. de reg. iur. (L. 17.) (Ulp.) Contractus quidam dolum malum solum recipiunt, quidam et dolum, et culpam: dolum tantum, depositum et precarium: dolum et culpam, | mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta, in his quidem, et diligentiam: societas, et rerum communio, et dolum, et culpam recipit: sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus, vel minus, in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit: legem enim contractus dedit: excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. Animalium vero casus, mortes, quaeque sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum, a nullo praestantur.

[29] a. 169) L. 137. §. 4. D. de V. O. (XLV. 1.) (Venul.) Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit, confestim teneatur, an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit? quid ergo, si neque domi habet, neque inveniat creditorem? Sed haec recedunt ab *impedimento naturali*, et respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas, personae commodum incommodum-
a. object unmögl

que, non rerum quae promittuntur: et alioquin, si quis Stichum dari sponderit, quaeremus ubi sit Stichus: aut si non multum referre videatur, Ephesi daturum se. an quod Ephesi sit, cum ipse Romae sit, dare spondeat: nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet: quia in pecunia et in Sticho illud commune est, quod promissor in praesentia dare non potest. Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet: ne incipiat dici, eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit.

170) L. 21. §. 3. D. de act. emti. (XIX. 1.) (Paul.) Cum per venditorem steterit quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit: neque enim, si potuit ex vino, puta, negotiari, et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum, consequitur: nec major fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat si vinum hodie pluris sit: merito: quia sive datum esset, haberem emptor, sive non: quoniam saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit.

171) L. 19. D. de peric. et comm. (XVIII. 6.) (Hermog.) Venditori si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras dumtaxat praestabit: non omnino, quod venditor, mora non facta, consequi potuit, veluti si negotiator fuit, et, pretio soluto, ex mercibus plus, quam ex usuris, quaerere potuit.

172) L. 2. §. 1. D. de in litem jur. (XII. 5.) (Paulus.) Interdum quod interest agentis, solum aestimatur: veluti cum culpa non restituentis, vel non exhibentis punitur: cum vero dolus, aut contumacia non restituentis, vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor.

173) L. 4. §. 2. D. eod. (Ulp.) Jurare autem in infinitum licet. Sed, an iudex modum iurijurando statuere possit, ut intra certam quantitatem juretur ne arrepta occasione, in immensum juretur, quaero? et quidem in arbitrio esse iudicis, deferre jusjurandum, necne, constat. An igitur, qui possit jusjurandum non deferre, idem possit et taxationem iurijurando adjicere, quaeritur. Arbitrio tamen bonae fidei iudicis etiam hoc congruit.

174) L. 3. eod. (Ulp.) Nummis depositis, iudicem non oportet in litem jusjurandum deferre, ut juret quisque, quod sua interfuit: cum certa sit numerorum aestimatio: nisi forte de eo quis juret, quod sua interfuit, nummos sibi sua die redditos esse: quid enim, si sub poena pecuniam debuit, aut sub pignore, quod, quia deposita ei pecunia abnegata est, distractum est?

175) L. 1. §. 3. D. de usuris. (XXII. 1.) (Papin.) Papinianus: circa tutelae restitutionem pro favore pupillorum latior interpretatio facta est: nemo enim ambigit hodie, sive iudex accipiatur in diem sententiae, sive sine iudice tutela restituntur, in eum diem, quo restituit, usuras praestari: plane, si tutelae iudicio nolentem experiri, tutor ultro convenerit, et pecuniam optulerit, eamque obsignatam deposuerit, ex eo tempore non praestabit usuras.

176) L. 1. pr. eod. (Pap.) Cum iudicio bonae fidei disceptatur, arbitrio iudicis usurarum modus ex more regionis, ubi contractum est, constituitur: ita tamen, ut legi non offendat.

177) L. 76. D. de solut. (XLVI. 3.) (Modest.) Modestinus respondit, si post solutum sine ullo pacto omne, quod ex causa tutelae debeatur, actiones post

aliquod intervallum cessae sint: nihil ex cessione actum, cum nulla actio superfuert: quod si ante solutionem hoc factum est, vel cum convenisset, ut mandarentur actiones, tunc solutio facta esset, mandatum subsecutum est: salvas esse mandatas actiones, cum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum, quam actio, quae fuit, perempta videatur.

[30] 178) L. 4. §. 27. D. de doli except. (XLIV. 4.) (Ulp.) De auctoris dolo exceptio emtori non obicitur. Si autem accessione auctoris utitur, aequissimum visum est eum, qui ex persona auctoris utitur accessione, pati dolum auctoris; et peraeque traditur, rei quidem cohaerentem exceptionem etiam emptori non obicere: eam autem, quae ex delicto personae oriatur, nocere non oportere.

179) L. 11. D. de oblig. et act. (XLIV. 7.) (Paul.) Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt; et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.

180) L. 2. pr. D. de admin. et peric. (XXVI. 7.) (Ulp.) Si tutor condemnavit, sivi ipse condemnatus est: pupillo, et in pupillum potius actio iudicati datur: et maxime si non se liti optulit, sed cum non posset vel propter absentiam pupilli, vel propter infantiam auctor ei esse ad accipiendum iudicium: et hoc etiam Divus Pius rescripsit: et exinde multis rescriptis declaratum est, in pupillum dandam actionem iudicati semper, tutore condemnato: nisi abstineatur: tunc enim nec in tutorem, nec in pupillum, nec pignora tutoris capienda esse, saepe scriptum est.

181) L. 10. C. de contr. de comm. stip. (VIII. 38.) (Leo.) Omnes stipulationes, etiamsi non solemnibus, vel directis, sed quibuscunque verbis consensu contrahentium compositae sunt, vel legibus cognitae, suam habeant firmitatem.

182) L. 46. D. de O. et A. (XXXIV. 7.) (Paul.) Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur, etiam sine curatore, vel tutoris auctoritate: veluti si communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impeudero, vel damnum in eo pupillus dederit. Nam iudicio communi dividendo obligabuntur.

183) L. 21. §. 5. D. quod metus (IV. 2.) (Paul.) Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui: sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.

184) L. 116. pr. D. de R. J. (L. 17.) (Ulp.) Nihil consensui tam contrarium est, qui ac bonae fidei iudicia sustinet, quam vis, atque metus: quem comprobare, contra bonos mores est.

185) L. 10. C. de resc. vend. (IV. 44.) (Dioclet. et Max.) Dolus emtoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. Quem si fuerit intercessisse probatum: non adversus eum, in quem emtor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit.

186) L. 18. §. 3. D. de dolo. (IV. 3.) (Paul.) De eo, qui sciens commodasset pondera, ut venditor emtori merces adpenderet, Trebatius de dolo dabat actionem. Atquin si majora pondera commodavit: id quod amplius mercis datum est, repeti conditione potest: si minora, ut reliqua merx detur, ex emto

potest: nisi si ea condicione merx venit, ut illis ponderibus traderetur: cum ille decipiendi causa affirmasset, se aequa pondera habere. [31]

187) L. 57. D. de O. et A. (XLIV. 7.) (Pomp.) In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint, sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat, puta, qui emit, aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit: nihil valet, quod acti sit. Et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut si dissentiant, aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit.

188) L. 11. §. 1. D. de contr. emt. (XVIII. 1.) (Ulp.) Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset jam mulier, emptio valebit: in sexu enim non est erratum. Ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est.

189) L. 14. eod. (Ulp.) Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent? Ut puta si et ego me vendere aurum putarem, et tu emere, cum aes esset? Ut puta coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni haeredi vendidissent, eaque inventa esset magna ex parte aenea? Venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit: nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio: si autem aes pro auro veneat, non valet.

190) L. 52. D. locati (XIX. 2.) (Pomp.) Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur. Sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi.

191) L. 10. D. de contr. emt. (XVIII. 1.) (Paul.) Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem quam emptor existimaret, tunc enim emptio valet.

192) L. 45. eod. (Marcian.) Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere, ita emptori praestandum, quod interest, si ignorans interpola emerit: quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Julianus est: qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri: si sciebat, etiam damni, quod ex eo contingit: quemadmodum, si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum, quod vendidit, praestet.

193) L. 65. §. 2. D. de cond. indeb. (XII. 6.) (Paul.) Id quoque quod ob causam datur, puta quod negotia mea adjuncta ab eo putavi, licet non sit factum: quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse.

194) L. 5. §. 1. D. de actione emt. (XIX. 1.) (Paul.) Sed si falso existimans se damnatum vendere, vendiderit dicendum, est | agi cum eo ex emto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest: quemadmodum si falso existimans, se damnatum dare, promisisset, agentem doli mali exceptione summoveret. Pomponius autem incerti condicere eum posse sit, ut liberetur. [32]

195) L. 41. §. 1. D. de V. O. (XLV. 1.) (Ulp.) Quotiens autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur: nisi si locus adjectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. Verum dies adjectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur. Ex quo apparet, diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore.

196) L. 15. D. de cond. instit. (XXVIII. 7.) (Pap.) Filius qui fuit in postestate, sub conditione scriptus heres, quam senatus aut Princeps improbant,

testamentum infirmet patris, ac si conditio non esset in ejus potestate: nam quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt: nec facere nos posse credendum est.

197) L. 7. §. 3. D. de pactis. (II. 14.) (Ulp.) Si ob maleficium, ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventionione.

198) L. 27. §. 4. eod. (Paul.) Pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda: veluti si paciscar, ne furti agam, vel injuriarum, si feceris: expedit enim timere furti vel injuriarum poenam. Sed post admissa haec, pacisci possumus. Item ne experiar interdicto unde vi, quatenus publicam causam contingit, pacisci non possumus. Et in summa si pactum conventum a re privata remotum sit, non est servandum. Ante omnia enim animadvertendum est, ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re, aliave persona noceat.

199) L. 38. eod. (Pap.) Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.

200) L. 45. §. 1. D. de R. I. (L. 17.) (Ulp.) Privatorum conventio juri publico non derogat.

201) L. 27. eod. (Pomp.) Nec ex praetorio, nec ex solemn: jure, privatorum conventionione quicquam immutandum est, quamvis obligationum causae pactione possint immutari, et ipso jure, et per pacti conventi exceptionem: quia actionum modus, vel lege, vel per praetorem introductus, privatorum pactionibus non infirmatur, nisi tunc, cum inchoatur actio, inter eos venit.

202) L. 2. D. de inut. stip. (VIII. 39.) (Imp. Alex.) Libera matrimonia esse antiquitus placuit: ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere, et stipulationes, quibus poenae irrogarentur ei, qui quaeve divortium fecisset, ratas non haberi constat.

[33] 203) L. 33. §. 1. D. ad L. Aquil. (IX. 2.) (Paul.) In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur acito.

204) L. 11. D. de praescr. verb. (XIX. 5.) (Pomp.) Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque in factum actiones desiderantur. Sed et eas acitone, quae legibus proditae sunt, si lex justa ac necessaria sit, supplet praetor in eo, quod legi deest: quod facit in lege Aquilia, reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae: idque utilitas ejus legis exigit.

205) L. 40. D. ad L. Aqu. (IX. 2.) (Paul.) In lege Aquilia, si deletum chirographum mihi esse dicam, in quo sub condicione mihi pecunia debita fuerit, et interim testibus quoque id probare possim, qui testes possunt non esse, eo tempore, quo condicio extitit, et si summam re exposita, ad suspicionem judicem adducam, debeam vincere: sed tunc condemnationis exactio competit, cum debiti condicio extiterit: quod si defecerit, condemnatio nullas vires habebit.

206) L. 151. D. de R. J. (L. 17.) (Paul.) Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet.

206 a) §. 16. I. de lege Aquilia. (IV. 3.) Ceterum placuit, ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis praecipue corpore suo damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum, aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur: aut jumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur: aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur: aut si quis alieno servo persua-

serit, ut in arborem ascenderet, vel in puteum descenderet, et is ascendendo vel descendendo, aut mortuus, aut aliqua corporis parte laesus fuerit: utilis actio in eum datur. Sed si quis alienum servum, aut de ponte, aut de ripa in flumen dejecerit, et is suffocatus fuerit: eo quod projecti, corpore suo damnum dedisse non difficulter intelligi poterit: ideoque ipsa lege Aquilia tenetur. Sed si non corpore damnum datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigerit: cum non sufficiat, neque directa, neque utilis Aquilia: placuit eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: veluti si quis misericordia ductus, alienum servum compenditum solverit, ut fugeret.

207) L. 7. §. D. de dolo (IV. 3.) (Ulp.) Idem Labeo quaerit, si compendium servum meum, ut fugeret, solveris, an de dolo actio danda sit? Et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia, in factum actionem dari debere.

208) L. 4. §. 31. D. de doli exc. (XLIV. 4.) (Ulp.) Auctoris autem dolus, sicut diximus, emptori non objicitur. Sed hoc in emptore solo servabimus: item in eo qui permutaverit, vel in solutum accepit: item in similibus qui vicem emptorum continent. Ceterum si noxae deditus quis sit, Pomponius putat passurum exceptionem, quam ille pateretur, qui noxae dedit. Proinde ex quacunque alia causa, quae prope lucrativam habet acquisitionem, quaevisse quis videatur, patietur exceptionem doli ex persona eius in cuius locum successit. Sufficit enim, si is qui pretium dedit, vel vice pretii, cum sit bona fide emptor, ut non patiatu[r] doli exceptionem ex persona auctoris: utique si ipse dolo caret. Ceterum, si ipse dolo non careat, pervenietur ad doli exceptionem, et patietur de dolo suo exceptionem.

[34]

209) L. 4. §. 13. D. eod. (Ulp.) Marcellus ait, adversus doli exceptionem non dari replicationem doli. Labeo quoque in eadem opinione est: ait enim iniquum esse, communem malitiam petitori quidem praemio esse, ei vero cum quo ageretur, poenae esse: cum longe aequum sit, ex eo quod perfide gestum est, actionem nihil consequi.

210) L. 61. D. de solut. (XLVI. 3.) (Paul.) In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit, et tibi nihil absit, nec quod solutum est, repeti possit, competit liberatio.

211) L. 17. D. de O. et A. (XLIV. 7.) (Jul.) Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset.

212) L. 38. pr. D. de solut. (XLVI. 3.) (Afric.) Cum quis sibi aut Titio dari stipulatus sit, magis esse ait, ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit, si in eodem statu maneat, quo fuit, cum stipulatio interponeretur: ceterum sive in adoptionem, sive in exilium ierit, vel aqua et igni ei interdictum, vel servus factus sit, non recte ei solvi dicendum: tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur, si in eadem causa maneat.

213) L. 19. §. 1. D. de acceptil. (XLVI. 4.) (Ulp.) Inter acceptilationem et apocham hoc interest, quod acceptilatione omnimodo liberatio contingit, licet pecunia soluta non sit: apocha non alias, quam si pecunia soluta sit.

213 a) L. 29. D. de nov. (XLVI. 2.) (Paulus) Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel

post pubertatem tutelae actio novetur, si in specialiter actum est, quod nemo dixit lite contestata: neque enim deteriore causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem: ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt. |

[35]

214) L. 11. pr. eod. (Ulp.) Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui iusserit. §. 1. Fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem.

215) L. 93. pr. D. de solut. (XLVI. 3.) (Scaev.) Si duo rei sint stipulandi et alter alterum heredem scripsit, videndum, an confundatur obligatio? Placet non confundi. Quo bonum est hoc dicere? Quod si intendat dari sibi oportere, vel ideo dari oportet ipsi, quod heres exstitit: vel ideo quod proprio nomine ei deberetur: atquin magna est hujus rei differentia: nam si alter ex reis pacti conventi temporali exceptione summoveri poterit, intererit, is qui heres exstitit, utrumve suo nomine an hereditario experiat: ut ita possis animadvertere, exceptioni locus sit, nec ne. §. 1. Item si duo rei sint promittendi, et alter alterum heredem scripsit: confunditur obligatio. §. 2. Sed et si reus heredem fidejussorem scripserit, (non) confunditur obligatio: et quasi generale quid retinendum est, ut, ubi ei obligationi, quae sequelae locum obtinet, principalis accedit, confusa sit obligatio: quotiens duae sint principales, altera alteri potius adjicitur ad actionem, quam confusionem parere.

216) L. 6. D. de compens. (XVI. 2.) (Ulp.) Etiam, quod natura debetur, venit in compensationem.

217) L. 14. eod. (Javol.) Quaecumque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt.

218) L. 2. C. eodem. (IV. 31.) (Imp. Antonin.) Ex causa quidem iudicati si debitum solutum repeti non potest, ea propter nec compensatio ejus admitti potest. Eum vero, qui iudicati convenitur, compensationem pecuniae sibi debita implorare posse nemini dubium est.

219) §. 30. Inst. de act. (IV. 6.) In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut si quid invicem praestare actorem oporteat: eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in strictis iudiciis ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra Constitutio eas compensationes, quae jure aperto nituntur, latius introduxit; ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascumque: excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi, satis impium esse credimus: ne sub praetextu compensationis, depositarum rerum quis exactione defraudet.

[36]

220) L. 4. D. de compens. (XVI. 2.) (Paul.) Verum est quod et Neratio placebat, et Pomponius ait: ipso jure eo minus | fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut enim cum totum peto a reo, male peto, ita et fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem, quam reus condemnari potest.

221) L. 30. D. de cond. indeb. (XII. 6.) (Ulp.) Qui invicem creditor, idemque debitor est, in his casibus, in quibus compensatio locum non habet, si solvit, non habet conditionem, veluti indebiti soluti, sed sui crediti petitionem.

222) L. 60. pr. eod. (Paul.) Julianus verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc iudicio, negabat solventem repetere posse: quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset: licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet: similemque esse ei dicit, qui ita promisit, sive navis ex Asia venerit, sive non venerit: quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur.

223) L. 28. eod. (Paul.) Iudex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest.

224) L. 8. §. 1. D. rat. r. hab. (XLVI. 8.) (Venulejus.) Si procurator a debitore pecuniam exegerit, et satisdederit, dominum ratam rem habere, mox dominus de eadem pecunia egit, et litem amiserit: committi stipulationem: et si procurator eandem pecuniam domino sine iudice solverit, conducturum: sed cum debitor ex stipulatu agere coeperit, potest dici dominum, si defensionem procuratoris suscipiat, non inutiliter doli mali exceptione adversus debitorem uti: quia naturale debitum manet.

225) L. 1. pr. D. de contr. emt. (XVIII. 1.) (Paul.) Origo emendi vendendique a permutationibus coepit: olim enim non ita erat nummus: neque aliud merx, aliud pretium vocabatur: sed unusquisque secundum necessitatem temporum, ac rerum, utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut, quod alteri superest, alteri desit: sed quia non semper, nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum, aequalitate quantitatis subveniret: eaque materia forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate: nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur.

226) L. 16. pr. eod. (Pomp.) Suae rei emtio non valet, sive sciens, sive ignorans emi: sed si ignorans emi, quod solvero repetere potero, quia nulla obligatio fuit.

227) L. 34. §. 4. eod. (Paul.) Rei suae emtio tunc valet, cum ab initio agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit: et in iudicio possessionis potior esset.

228) L. 11. §. 2. D. de act. emt. (XIX. 1.) (Ulp.) Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est, tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum: si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat: si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. Emtor autem nummos venditoris facere cogitur.

229) L. 25. §. 1. D. de contr. emt. (XVIII. 1.) (Ulp.) Qui vendidit, necesse non habet fundum emptoris facere: ut cogitur, qui fundum stipulanti spondit.

230) L. 16. D. de cond. causa data (XII. 4.) (Cels.) Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est? an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus si tuus est Stichus, et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim.

231) L. 75. §. 10. D. de V. O. (XLV. 1.) (Ulp.) Haec stipulatio, Fundum Tusculanum dari? ostendit se certi esse: continetque, ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo.

232) L. 50. D. de act. emti. (XIX. 1.) (Labeo.) Bona fides non patitur, ut, cum emtor alicujus legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelleretur, et re sua careret: possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aequae amitteret, utpote cum petenti eam rem (emtor exceptionem rei venditae et traditae objiciat, ut perinde habeatur, ac si) petitor ei neque vendidisset, neque tradidisset.

233) L. 31. §. 11. D. de aedil. ed. (XXI. 1.) (Ulp.) Si mancipium, quod redhiberi oportet, mortuum erit, hoc quaeretur numquid culpa emptoris, vel familiae eius, vel procuratoris homo demortuus sit: nam si culpa eius decessit, pro vivo habendus est: et praestentur ea omnia, quae praestarentur, si viveret. §. 12. Culpam omnem accipiemus non utique latam: propter quod dicendum est, quamcumque occasionem morti emptor praestitit, debere eum: etiam si non adhibuit medicum, ut sanari possit, vel malum adhibuit, sed culpa sua.

[38] 234) L. 38. pr. D. de damno inf. (XXXIX. 2.) (Paul.) Emptor aedium ante traditam sibi possessionem ideo inutiliter stipulatur, quia venditor omnem diligentiam ei praestare debet: | tunc certe utiliter stipulatur, cum omnis culpa a venditore aberit: veluti si precario emptori in his aedibus esse permisit, custodiamque ei a futuro tradidit.

235) L. 3. D. de peric. (XVIII. 6.) (Paul.) Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi, quibus res commodata est: ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet.

236) L. 2. §. 1. eod. (Gajus.) Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum dumtaxat, videamus? Et puto, eam diligentiam venditorem adhibere debere, ut fatale damnum, vel vis magna, sit excusatum.

237) L. 62. §. 2. D. de contr. emt. (XVIII. 1.) (Modest.) Res in avertione emta, si non dolo venditoris factum sit, ad periculum emptoris pertinet: etiam si res adsignata non est.

238) §. 3. Inst. de emt. (III. 24.) ... Quod si fugerit homo, qui venit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim si suscepit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non suscepit, securus est. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intelligimus. ...

239) L. 22. §. 1. D. locati (XIX. 2.) (Paul.) Quotiens autem faciendum aliquid datur, locatio est. §. 2. Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est: locat enim artifex operam suam, id est, faciendi necessitatem.

240) L. 25. §. 7. eod. (Gajus.) Qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius, eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observatu-

rus fuisset. Idem scilicet intelligemus, et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit. Idemque etiam ad ceteras res transferri potest.

241) L. 30. eod. (Florentin.) Opus, quod aversione locatum est, donec adprobetur, conductoris periculum est. Quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, catenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur, vel admetiatur. Si tamen vi majore opus prius interciderit, quam adprobaretur, locatoris periculo est: nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset.

242) L. 25. C. eod. (IV. 65.) (Diocl. et Maxim.) Si quis conductionis titulo agrum, vel aliam quamcunque rem accepit: possessionem prius restituere debet, et tunc de proprietate litigare.

243) L. 28. C. eod. (Diocl. et Maxim.) In iudicio tam locati quam conducti, dolum et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat.

244) L. 3. C. eod. (Antonin.) Aede, quam te conductam habere dicis, si pensionem domino in solidum solvisti, invitam te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus eam necessariam esse probaverit, aut corrigere domum maluerit, aut tu male in re locata versata es.

245) L. 13. §. 11. D. eod. (XIX. 2.) (Ulp.) Qui impleto tempore conductionis, remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. Sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat: huius enim novus consensus erit necessarius. Eadem causa erit, et si Reipublicae praedia locata fuerint. Quod autem diximus, taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis: et si lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum: sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse: hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur, et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. In urbanis autem praediis alio jure utimur: ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur: nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est.

245 a) L. 18. pr. commod. (XIII. 6.) (Gajus.) In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet: ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit: veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa ejus accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent. Quod autem de latronibus, et piratis, et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat: alioquin si cui ideo argentum commoda-verim, quod is amicos ad cenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione, etiam piratarum, et latronum, et naufragii casum praestare debet. Haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res. At si utriusque, veluti si communem amicum ad cenam invitaverimus, tuque ejus rei curam suscepisses, et ego tibi argentum commoda-verim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas. Sed videndum est, ne et culpa praestanda sit: ut ita

[39]

[40]

culpae fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet.

246) L. 11. §. 1. D. de reb. cred. (XII. 1.) (Ulp.) Si tibi dedero decem sic, ut novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso jure debere, quam novem. Sed si dedero, ut undecim debeas, putat Proculus, amplius quam decem condici non posse. §. 2. Si fugitivus servus nummos tibi crediderit, an condicere tibi dominus possit, quaeritur? Et quidem si servus meus, cui concessa est peculii administratio, crediderit tibi, erit mutua. Fugitivus autem, vel alius servus, contra voluntatem domini credendo, non facit accipientis. Quid ergo? Vindicari nummi possunt, si extant: aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi. Quod si sine dolo malo consumpsisti, condici tibi poterunt.

247) L. 15. eod. (Ulp.) Singularia quaedem recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est: ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta.

248) L. 17. pr. D. de pactis. (II. 14.) (Paul.) Si tibi decem dem, et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem. Re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.

249) L. 3. D. de reb. cred. (XII. 1.) (Pomp.) Cum quid mutuuum dederimus, etsi non cavimus, ut aequae bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem, quae ex eodem genere sit, reddere: veluti, vinum novum pro veteri, nam in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum est: id autem agi intelligitur: ut ejusdem generis, et eadem bonitate solvatur, qua datum sit.

250) L. 14. eod. (Ulp.) Si filiusfamilias contra Senatusconsultum mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio objicietur: sed si fuerint consumpti a creditore nummi, Marcellus ait, cessare conditionem: quoniam totiens condicatio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset: in proposito autem non esset. Denique per errorem soluti contra Senatusconsultum crediti magis est cessare repetitionem.

[41] 251) L. 1. §. 1. D. de praescr. verb. (XIX. 5.) (Papin.) Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum | navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam, Laeo scribit.

252) L. 5. D. de praescr. verb. (XIX. 5.) (Paulus). Naturalis meus filius servit tibi, et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres, et ego tuum: ego manumisi: tu non manumisisti: qua actione mihi teneris, quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspicitur: qui in his competit speciebus. Aut enim do tibi, ut des: aut do, ut facias: aut facio, ut des: aut facio, ut facias. In quibus quaeritur, quae obligatio nascatur. §. 1. Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emtionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem: in qua actione id veniet, non ut reddas, quod acceperis, sed ut damneris mihi; quanti interest mea, illud, de quo convenit, accipere: vel, si meum recipere

velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum, re non secuta. Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit: ac tu dumtaxat culpam praestare debes. Explicitus est articulus ille, do, ut des. §. 2. At cum do, ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data, locatio erit: sicut superiore casu emtio: si res, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc, quod mea interest, vel ad repetendum condictio. Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adjectum est, intra quod manumittatur, idque, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive finitum non fuit, et tantum temporis consumptum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest, vel praescriptis verbis agi. Quod his, quae diximus, convenit. Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti, et is, quem dedi, evictus est: si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Julianus scribit: si ignorans, in factum civilem. §. 3. Quod si faciam, ut des, et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur. §. 4. Sed, si facio, ut facias, haec species tractatus plures recipit. Nam si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae: vel, ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego aedificavi, et tu cessas, in priorem speciem mandatum quodammodo intervenisse videtur: sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest: quamvis enim et impendia sequantur, tamen mutuam officium praestamus: et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere. Possum enim tibi mandare, ut et custodiam mihi praestes, et non plus impendas in exigendo, quam decem: et si eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio est: sin autem alter fecit, ut et hic mandatum intervenisse videatur, quasi refundamus invicem impensas: neque enim de re tua tibi mando. Sed tutius erit, et in insulis fabricandis, et in debitoribus exigendis, praescriptis verbis dari actionem: quae actio similis erit mandati actioni; quemadmodum in superioribus casibus, locationi et emtioni. §. 5. Si ergo haec sunt, ubi de faciendi ab utroque convenit, et in proposita quaestione idem dici potest: et necessario sequitur, ut ejus fiat condemnatio, quanti interest mea, servum habere, quem manumisi. An deducendum erit, quod libertum habeo? Sed hoc non potest aestimari.

[42]

253) L. 1. §. 1. De. de aestimat. (XIX. 3.) (Ulp.) Aestimatio autem periculum facit ejus, qui suscepit: aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit.

254) L. 3. §. 2. D. de condict. causa data (XII. 4.) (Ulp.) Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, si non facis, possum condicere: aut si me poeniteat, condicere possum. §. 3. Quid, si ita dedi, ut intra certum tempus manumittas? si nondum tempus praeteriit, inhibenda erit repetitio, nisi poeniteat: quod si praeteriit, condici poterit. Sed si Stichus decesserit, an repeti, quod datum est, possit? Proculus ait, si post id temporis decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse: si minus, cessare.

255) L. 5. pr. eod. (Ulp.) Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum condicio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quo minus profiscisceris, an condici possit, videndum? Et cum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare: sed cum liceat poenitere ei, qui dedit, procul dubio repetetur id quod datum est: nisi forte tua

intersit, non accepisse te ob hanc causam pecuniam: nam si ita res se habeat, ut licet nondum profectus sis, ita tamen composueris ut necesse habeas proficisci, vel sumptus, qui necessarii fuerunt ad profectionem, jam fecisti, ut manifestum sit te plus forte, quam accepisti erogasse, condictio cessabit: sed si minus erogatum sit, condictio locum habebit: ita tamen, ut indemnitas tibi praestetur ejus, quod expendisti.

[43] 256) L. 30. D. pro soc. (XVII. 2.) (Paul.) Mucius libro quarto decimo scribit, non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat. Servius in notatis Mucii ait, nec posse societatem ita contrahi: neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto: neque damnum, nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societas ita, ut ejus lucri, quod reliquum in societate sit, omni damno deducto, pars alia feratur: et ejus damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur.

257) L. 74. eod. (Paul.) Si quis societatem contraxerit, quod emit ipsius fit, non commune: sed societatis iudicio cogitur rem communicare.

258) L. 60. pr. eod. (Pomp.) Socium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret, reddendo moram sddhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque eum praestare debere, Labeo ait: sed non quasi usuras, sed quod socii intersit, moram eum non adhibuisse: sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit, contra esse. Item post mortem socii nullam talem aestimationem ex facto heredis faciendam: quia morte socii dirimatur societas.

259) L. 52. §. 2. eod. (Ulp.) Utrum ergo tantum dolum, an etiam culpam, praestare socium oporteat, quaeritur? et Celsus libro septimo Digestorum ita scripsit, socios inter se dolum et culpam praestare oportet. Si in coeunda societate, inquit, artem, operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum, aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est: pretium enim operae artis est velamentum. Quodsi rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque venire.

259 a) §. 9. J. de societ. (III. 26.) Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est: an etiam culpa, id est, desidia, atque negligentiae nomine, quesitum est. Praevaluit tamen, etiam culpa nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, hoc est, sibi imputare debet.

260) L. 72. eod. (Gajus.) Socius socio etiam culpa nomine tenetur, id est, desidia, atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquiret, de se queri debet.

261) L. 68. pr. eod. (Gajus.) Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare, etsi totorum bonorum socii sint.

262) L. 82. eod. (Papin.) Jure societatis per socium aere alieno socius non obligatur nisi in communem arcam pecuniae versae sunt.

[44] 263) L. 17. §. 1. eod. (Paul.) Si absentis renuntiata societas sit, quoad is scierit, quod is adquisivit, qui renuntiavit, in commune redigi: detrimentum

autem solius ejus esse, qui renuntiaverit: sed quod absens adquisiit ad solum eum pertinere: detrimentum ad eo factum commune esse.

264) L. 3. C. comm. utr. jud. (III. 38.) (Imp. Dioclet. et Maxim. AA. CC. Aurel. et Sept.) Majoribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri: quia in bonae fidei iudiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur. P.P. XVI. Kal. Jul. ipsis AA. et Constantino III. Conss. 293.

265) L. 1. D. fin. reg. (X. 1.) (Paul.) Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.

266) L. 25. §. 16. D. fam. herc. (X. 2.) (Paul.) Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres: quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum: non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias: quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi: et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit. Talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus. Eadem sunt, si duobus res legata sit: nam et hos conjunxit ad societatem, non consensus, sed res. — §. 18. Item culpa nomine tenetur, qui, cum ante alios ipse adisset hereditatem, servitutes praediis hereditariis debitas passus est non utendo amitti.

267) L. 10. pr. D. comm. div. (X. 3.) (Paul.) Item quamvis legis Aquiliae actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio heres socii praestet, si quid defunctus in re communi admisit: quo nomine legis Aquiliae actio nascitur.

268) L. 1. D. de transact. (II. 15.) (Ulp.) Qui transigit, quasi de re dubia, et lite incerta neque finita transigit: qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitata liberalitate remittit.

269) L. 65. pr. D. de cond. indeb. (XII. 6.) (Paul.) In summa, ut generaliter de repetitione tractemus, sciendum est dari, aut ob transactionem, aut ob causam, aut propter conditionem, aut ob rem, aut indebitum: in quibus omnibus quaeritur de repetitione. §. 1. Et quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur: nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse. Sin autem evidens calumnia detegitur, et transactio imperfecta est, repetitio dabitur.

270) L. 38. C. de transact. (II. 4.) (Dioclet. et Maxim.) Transactio nullo dato, vel retento, seu promisso minime procedit. |

271) L. 6. D. eod. (II. 15.) (Gajus lib. 17. ad ed. prov.) De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. [45]

272) L. 1. D. testam. quemadmod. aper. (XXIX. 3.) (Gaj. lib. 17. ad ed. prov.) Omnibus, quicumque desiderant tabulas testamenti inspicere, vel etiam describere, despiciendi describendique potestatem facturum se Praetor pollicetur. Quod vel suo vel alieno nomine desideranti tribuere eum, manifestum est. §. 1. Ratio autem hujus Edicti manifesta est. Neque enim sine iudice transigi, neque apud iudicem exquiri veritas de his controversiis, quae ex testamento proficiscerentur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. §. 2. Si quis neget sigillum suum agnoscere, non ideo quidem minus aperiuntur tabulae, sed alias suspectae fiunt.

273) L. 14. D. de transact. (II. 15.) (Scaev.) Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est, eaque transactione facta, certa lege finita est:

quaero, creditores quem convenire possunt? Respondit, si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent: si alii creditores essent, propter incertum successionis, pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus conveniendus est.

274) L. 3. §. 1. eod. (Scaev.) Cum transactio propter fideicommissum facta esset, et postea codicilli reperti sunt: quaero, an quanto minus ex transactione consecuta mater defuncti fuerit, quam pro parte sua est, id ex fideicommissi causa consequi debeat? Respondit, debere.

275) L. 4. §. 3. D. de doli exc. (XLIV. 4.) (Ulp.) Item quaeritur, si cum eo, a quo tibi sexaginta deberentur, compromiseris, deinde per imprudentiam poenam centum stipulatus fueris? Labeo putat convenire officio arbitri, jubere tantum tibi dari, quantum re vera debeatur: et si non fiat, non vetare ne quid amplius petatur: sed etiamsi id omissum fuerit, peti posse quod debetur, Labeo dicit: et si forte poena petatur, doli mali exceptionem profuturam.

276) L. 32. §. 3. D. de recept. (IV. 8.) (Paul.) Summa rei est, ut Praetor se non interponat, sive initio nullum sit compromissum, sive sit: sed pendeat, an ex eo poena exigi potest, sive postea deficiat poena compromisso soluto die, morte, acceptilatione, iudicio, pacto.

[46] 277) L. 9. §. 2. D. de donat. (XXXIX. 5.) (Pomp.) Quod filiusfamilias patris jussu aut voluntate donavit, perinde est, ac si | pater ipse donaverit: aut si mea voluntate rem meam tu nomine tuo Titio dones.

278) L. 8. C. de revocand. donat. (VIII. 56.) (Constantin. et Constant.) Si unquam libertis patronus filios non habens bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et postea susceperit liberos: totum quicquid largitus fuerat, revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum.

279) L. 18. pr. D. de donat. (XXXIX. 5.) (Ulp.) Aristo ait cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est: et ita et Pomponius eum existimare refert. §. 1. Denique refert, Aristonem putare, si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, non posse ante quinquennium agi: quia donatio aliqua inesse videtur. Aliter atque, inquit, si ob hoc tibi tradidissem, ut continuo manumittas: hic enim nec donationi locum esse: et ideo, esse obligationem. Sed et superiore casu, quid acti sit, inspiciendum Pomponius ait: potest enim quinquennium non ad hoc esse positum, ut aliquid donetur.

280) L. 6. D. de damno infect. (XXXIX. 2.) (Gajus) Evenit, ut nonnunquam damno dato nulla nobis competat actio, non interposita antea cautione: veluti si vicini aedes ruinosae in meas aedes ceciderint: adeo ut plerisque placuerit, nec cogi quidem eum posse, ut rudera tollat, si modo omnia, quae jaceant, pro derelicto habeat.

281) L. 26. eod. (Ulp.) Proculus ait, cum quis jure quid in suo faceret, quamvis promisisset damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione; veluti si juxta mea aedificia habeas aedificia, eaque jure tuo altius tollas: aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces: quamvis enim et hic aquam mihi abducas, et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere: scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur,

prohibetur: multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur: mihi videtur vera esse Proculi sententia.

282) L. 21. eod. (Paul.) Si filiusfamilias inquilinus sit, videamus, an damni infecit nomine in possessionem aedium vicinarum mittendus sit? Quaeritur enim an filiusfamilias non videtur damnum pati, si res peculiares sint, et pater possit stipulari, si quid ei damni fiat? Et placet, utrumque eorum in possessionem mitti, nisi sic filius conduxerat, ut ejus periculo aedes essent: tunc enim, quia solus tenetur ex locato, recte dicitur, ipsum mittendum in possessionem, nisi ei caveatur.

283) L. 33. D. de damno infect. (XXXIX. 2.) (Ulp.) Inquilino non datur damni infecti actio: quia possit ex conducto agere, si dominus eum migrare prohiberet. [47]

284) L. 34. eod. (Paul.) Utique si pro praeterita pensione satisfacere paratus fuit, alioquin justa retentio pignoris domino fieri videretur: Sed etsi quasi pignora retinuerit, et ea interierint ruina vicinarum aedium: potest dici etiam pigneraticia actione locatorem teneri, si poterat eas res in locum tutiorem transferre.

285) L. 27. eod. (Paul.) Plures earumdem aedium domini, singuli stipulari debent sine adjectione partis: quia de suo quisque damno stipulatur: quin immo pars adjecta partis partem faciet. Contra si plures domini sint vitiosarum aedium, pro sua quisque parte promittere debet: ne singuli in solidum obligentur.

286) L. 7. §. 2. eod. (Ulp.) Unde quaeritur, si antequam caveretur, aedes deciderunt, neque dominus rudera velit egerere, eaque derelinquat: an sit aliqua adversus eum actio? Et Julianus consultus, si priusquam damni infecti stipulatio interponeretur, aedes vitiosae corruissent, quid facere deberet is, in cujus aedes rudera decidissent, ut damnum sarciretur: respondit, si dominus aedium, quae ruerunt, vellet tollere, non aliter permittendum, quam ut omnia, id est, et quae inutilia essent, auferret: nec solum de futuro, sed et de praeterito damno cavere eum debere: quod si dominus aedium, quae deciderunt, nihil facit, interdictum reddendum ei, in cujus aedes rudera decidissent, per quod vicinus compelleretur, aut tollere, aut totas aedes pro derelicto habere.

287) L. 8. eod. (Gajus.) Quod forte tunc recte dicitur, cum non ipsius negligentia, sed propter aliquod impedimentum sibi non prospexit.

288) L. 9. §. 3. eod. (Ulp.) Neratius autem scribit, si ratis in agrum meum vi fluminis delata sit, non aliter tibi potestatem tollendi faciendam, quam si de praeterito quoque damno mihi cavisses.

289) L. 7. §. 2. D. de cond. furt. (XIII. 1.) (Ulp.) Condictio rei furtivae, quia rei habet persecutionem, heredem quoque furis obligat: nec tantum, si vivat servus furtivus, sed etiam si decesserit: sed et si apud furis heredem diem suum obiit servus furtivus, vel non apud ipsum, post mortem tamen furis, dicendum est conditionem adversus heredem durare. Quae in herede diximus, eadem erunt et in ceteris successoribus.

290) L. 20. eod. (Tryphonin.) Licet fur paratus fuerit excipere conditionem, et per me steterit, dum in rebus humanis res fuerat, condicere eam, postea autem perempta est, tamen durare conditionem veteres voluerunt:

[48] quia videtur qui primo invito | domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere.

291) L. 8. pr. D. de cond. furt. (XIII. 1.) (Ulp.) In re furtiva conditio ipsorum corporum competit: sed utrum tamdiu, quamdiu exstent: an vero et si desierint esse in rebus humanis? Et, siquidem obtulit fur, sine dubio nulla erit conditio: si non obtulit, durat conditio aestimationis ejus: corpus enim ipsum praestari non potest.

292) L. 17. eod. (Papin.) Parvi refert ad tollendam conditionem. offeratur servus furtivus, an in aliud nomen, aliumque statum obligationis transferatur. Nec me movet, praesens homo fuerit, necne, cum mora, quae eveniebat ex furto, veluti quadam delegatione finiatur.

293) L. 9. §. 3. D. quod metus (IV. 2.) (Ulp.) Sed quod Praetor ait, ratum se non habiturum: quatenus accipiendum est videamus. Et quidem, aut imperfecta res est, licet metus intervenerit, ut puta stipulationem numeratio non est secuta: aut perfecta, si post stipulationem et numeratio facta est, aut per metum accepto debitor liberatus est, vel quid simile contigerit, quod negotium perficeret. Et Pomponius scribit, in negotiis quidem perfectis et exceptionem interdum, et actionem competere: in imperfectis autem, solam exceptionem. Sed ex facto scio, cum Campani, metu cuidam illato, extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab Imperatore nostro, posse eum a Praetore in integrum restitutionem postulare: et Praetorem, me adistente interlocutum esse: ut sive actione vellet adversus Campanos experiri, esse propositam: sive exceptione adversus petentes, non deesse exceptionem. Ex qua constitutione colligitur: ut, sive perfecta, sive imperfecta res sit, et actio, et exceptio detur.

294) L. 9. §. 8. eod. Cum autem haec actio in rem sit scripta, nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est: non inmerito Julianus a Marcello notatus est scribens, si fidejussor vim intulit, ut accepto liberetur: in reum non esse restituendam actionem: sed fidejussorem, nisi adversus reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari. Sed est verius, quod Marcellus notat, etiam adversus reum competere hanc actionem, cum in rem sit scripta.

[49] 295) L. 4. §. 33. D. de doli exc. (XLIV. 4.) (Ulp.) Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat, contentus doli exceptione, quae est generalis. Sed utilius visum est, etiam de metu opponere exceptionem: etenim distat aliquid doli exceptione: quod exceptio doli personam complectitur eius qui dolo fecit: | enimvero metus causa exceptio in rem scripta est, si in ea re nihil metus causa factum est in hac re a quocumque, non tantum ab eo qui agit. Et quamvis de dolo auctoris exceptio non objiciatur, verumtamen hoc jure utimur, ut de metu non tantum ab auctore, verum a quocumque adhibito exceptio objici possit.

296) L. 21. §. 1. D. quod metus (IV. 2.) (Paul.) Quod metus causa gestum erit, nullo tempore Praetor ratum habebit. – §. 4. Si metu coactus sim ab emptione, locatione discedere: videndum est, an nihil sit acti, et antiqua obligatio remaneat: an hoc simile sit acceptilationi, quia nulla ex bonae fidei obligatione, possimus niti, cum finita sit dum amittitur: et magis est, ut similis species acceptilationi sit: et ideo Praetoria actio nascitur. – §. 6. Si coactus hereditatem repudiam, duplici via Praetor mihi succurrit: aut utiles

actiones quasi heredi dan do, aut actionem metus causa praestando: ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat.

296 a) c. 3. C. 3. q. 1. Redintegrandi sunt omnia exspoliatis, vel eiectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco, unde abscesserant, funditus revocanda quacunq[ue] conditione temporis, aut captivitate, aut dolo, aut violentia majorum, aut per quascunq[ue] injustas causas, res ecclesiae, vel proprias, aut substantias suas perdidisse noscuntur ante accusationem, aut regularem ad synodum vocationem eorum, et reliqua.

296 b) L. 26. §. 12. D. de cond. indeb. (XII. 6.) (Ulp.) Libertus, cum se putaret operas patrono debere, solvit: condicere eum non posse, quamvis putans se obligatum solvit, Julianus libro decimo Digestorum scripsit: natura enim operae 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 libro sexto Digestorum putat, eam esse causam operarum, ut non sint eadem, neque ejusdem hominis, neque eidem exhibentur, nam plerumq[ue] robor hominis, aetas temporis, opportunitasque naturalis mutat causam operarum: et ideo nec volens quis reddere potest. Sed haec, 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 sine fraude modico distraxisti: nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes: vel meis sumptibus pretiosiore[m] hominem feci: nonne aestimari haec debent? Sic et in proposito, ait, posse condici, quanti operas essem conducturus. | Sed si delegatus sit a patrono officiales operas, apud Marcellum libro vicesimo Digestorum quaeritur? et dicit Marcellus, non teneri eum, nisi forte in artificio sint: 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 recipit, neque patrono: quia natura ei debentur.

296 c) L. 65. §. 7. eod. (Paulus.) Sic habitatione data, pecuniam condicam: non quidem quanti locare potui, sed quanti tu conducturus fuisses.

296 d) L. 25. D. de praescr. verb. (XIX. 5.) (Marcianus.) Si operas fabriles quis servi vice mutua dedisset, ut totidem reciperet, posse eum praescriptis verbis agere: sicuti si penulas dedisset, ut tunicas acciperet. Nec esse hoc contrarium, quod si per errorem operae indebitae datae sunt, ipsae repeti non possunt: nam aliud dando, ut aliud reddatur, obligari jure gentium possumus. Quod autem indebitum datur, aut ipsum repeti debet, aut tantundem ex eodem genere: puorum n[on]n[on] modo operae repeti possunt.

297) L. 38. pr. D. de cond. ind. (XII. 6.) (Afric.) Frater a fratre, cum in ejusdem potestate essent, pecuniam mutuatus, post mortem patris ei solvit: quaesitum est, an repetere possit? Respondit, utique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres exstitisset, repetiturum, pro ea vero, qua frater heres extiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset: naturalem enim obligationem, quae fuisset, hoc ipso sublatam videri, quod peculii partem frater sit consecutus: adeo ut, si praelegatum filio, eidemq[ue] debitori id fuisset, deductio hujus debiti a fratre ex eo fieret: id-

que maxime coequens esse ei sententiae, quam Julianus probaret: si extraneo quid debuisset, et ab eo post mortem patris exactum esset, tantum iudicio eum familiae erciscundae recuperaturum a coheredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset. Igitur, et si re integra familiae erciscundae agatur, ita peculium dividi aequum esse, ut ad quantitatem ejus indemnis a coerede praestetur: porro eum quem adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse praestandum.

298) L. 26. §. 3. eod. (Ulp.) Indebitum autem solutum accipimus, non solum si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat: quare hoc quoque repeti poterit: nisi sciens se tutum exceptione, solvit.

[51]

299) L. 64. eod. (Tryphon.) Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit: quia naturale adgnovit debitum: ut enim libertas naturali jure continetur, et dominatio ex gentium jure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in conditione naturaliter intelligenda est.

300) L. 40. pr. eod. (Marcian.) Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest. Sed hoc non est perpetuum: nam si quidem ejus causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repetere potest: ut accidit in Senatusconsulto de intercessionibus: ubi vero in odium ejus, cui debetur, exceptio datur, perperam solutum non repetitur: veluti si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit, et paterfamilias factus solverit, non repetit.

301) L. 65. §. 9. eod. (Paul.) Indebitum est non tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur: aut si id, quod alius debet, alius, quasi ipse debeat, solvat.

302) L. 53. D. de R. J. (L. 17.) (Paul.) Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est.

303) L. 44. D. de cond. indeb. (XII. 6.) (Paul.) Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit: tametsi ab alio, quam vero debitore, solutum est.

304) L. 29. eod. (Ulp.) Interdum persona locum facit repetitioni: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is, cui bonis interdictum est, solverit: nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. Et, si quidem exstant, nummi, vindicabuntur: consumptis vero, condictio locum habebit.

305) L. 65. §. 8. eod. (Paul.) Si servum indebitum tibi dedi, eumque manumisisti, si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium ejus: si nesciens, non teneberis: sed propter operas ejus liberti, et ut hereditatem ejus restituas.

306) L. 15. §. 1. eod. (Paul.) Sed et si nummi alieni dati sint, conditio competet, ut vel possessio eorum reddatur: quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicujus rei, tradidissem, condicerem. Sed et si possessionem tuam fecissem, ita ut tibi per longi temporis praescriptionem avocari non possit, etiam sic recte tecum per indebitam conditionem agerem.

307) L. 6. pr. eod. (Paul.) Si procurator tuus indebitum solverit, et tu ratum non habeas, posse repeti, Labeo libris posteriorum scripsit: quod si debitum fuisset, non posse repeti. Celsus: ideo, quoniam cum quis procurato-

rem rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, ut solvat creditori: neque postea exspectandum sit, ut ratum habeat. §. 1. Idem Labeo ait, si procuratori indebitum solutum sit, et dominus ratum non habet, posse repeti. §. 2. Celsus ait, eum, qui procuratori debitum solvit, continuo liberari: neque ratihabitionem considerati: quodsi indebitum acceperit, ideo exigi ratihabitionem, quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandasse videtur: et ideo, si ratum non habeatur, a procuratore repetendum. §. 5. Julianus ait: neque tutorem, neque procuratorem solventes, repetere posse: neque interesse, suam pecuniam, an pupilli vel domini solvant.

307 a) L. 4. C. de dotis promiss. (V. 11.) (Diocl. et Max.) Si voluntate dotantis in dotali instrumento plura tibi tradita scripsisti quam suscepisti: intelligis de his, quae desunt, petendis, pactum esse consecutum.

308) L. 6. §. 4. D. mand. (XVII. 1.) (Ulp.) Si tibi mandavero, quod mea non interratur, veluti, ut pro Sejo intervenias, vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro septimo Digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus.

309) L. 8. §. 6. eod. Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse ejus, qui mandavit: ceterum, si nihil interest, cessat mandati actio: et eatenus competit, quatenus interest: utputa mandavi tibi, ut fundum emereres: si intererat mea emi, teneberis: ceterum, si eundem hunc fundum ego ipse emi, vel alius mihi, neque interest aliquid, cessat mandati actio. Mandavi, ut negotia gereres: si nihil deperierit, quamvis nemo gesserit, nulla actio est: aut si alius idonee gesserit, cessat mandati actio. Et in similibus hoc idem erit probandum.

310) L. 28. D. de neg. gestis. (III. 5.) (Paul.) Si quis mandatu Titii negotia Seji gessit, Titio mandati tenetur: lisque aestimari debet, quanto Seji et Titii interest. Titii autem interest, quantum is Sejo praestare debet, cui vel mandati vel negotiorum gestorum nomine obligatus est. Titio autem actio competit cum eo, cui mandavit aliena negotia gerenda, et antequam ipse quicquam domino praestet: quia id ei abesse videtur, in quo obligatus est.

311) L. 20. §. 1. D. mand. (XVII. 1.) (Paul.) Fidejussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fidejusserit: nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum.

312) L. 6. §. 2. eod. (Ulp.) Si passus sim, aliquem pro me fidejubere, vel alias intervenire, mandati teneor: et nisi pro invito quis intercesserit, aut donandi animo, aut negotium gerens, erit mandati actio.

313) L. 18. eodem. (Ulp.) Qui patitur ab alio mandari, ut sibi credatur, mandare intelligitur.

314) L. 41. eod. (Gajus.) Potest et ab una dumtaxat parte mandati iudicium dari: nam si is, qui mandatum suscepit, egressus fuerit mandatum, ipsi quidem mandati iudicium non competit: at ei, qui mandaverit, adversus eum competit.

315) L. 13. C. eod. (IV. 35.) (Diocl. et Maxim.) A Procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse, juris auctoritate manifeste declaratur.

315 a) L. 21. C. eod. (Constantin.) In re mandata non pecuniae solum, cuius est certissimum mandati iudicium, verumetiam existimationis periculum est. Nam suae quidem quisque rei moderator atque arbiter, non omnia

[52]

[53]

negotia, sed pleraque ex proprio animo facit: aliena vero negotia, exacto officio geruntur: nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.

316) L. 10. §. 5. D. eod. (XVII. 1.) (Ulp.) Idem Papinianus libro eodem refert, fidejussori condemnato, qui ideo fidejussit, quia dominus procuratori mandaverat, ut pecuniam mutuam acciperet, utilem actionem dandam, quasi institoriam: quia et hic quasi praeposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur.

317) L. 31. pr. D. de neg. gest. (III. 5.) (Pap.) Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam, cujus litteras creditor secutus contraxit, et fidejussor intervenit: etiam si pecunia non sit in rem eius versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori; vel fidejussori, scilicet ad exemplum institoriae actionis.

318) L. 1. §. 11. D. depos. (XVI. 3.) (Ulp.) Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur? Et putat, tecum mandati, cum eo vero, qui eas res receperit, depositi. Si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris; ille tibi depositi: quam actionem mihi praestabis, mandati iudicio conventus. §. 12. Quod si rem tibi dedi, ut, si Titius rem non recepisset, tu custodies, nec eam recepit, videndum est, utrum depositi tantum an et mandati actio sit? Et Pomponius dubitat: puto tamen, mandati esse actionem: quia plenius fuit mandatum, habens et custodiae legem. §. 13. Idem Pomponius quaerit, si tibi mandavero, ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, idque feceris, mandati an depositi tenearis? Et magis probat mandati esse actionem, quia hic est primus contractus.

[54]

319) L. 57. D. mand. (XVII. 1.) (Papinian.) Mandatum distrahendorum servorum defuncto, qui mandatum suscepit, intercidisse constitit: quoniam tamen heredes ejus errore lapsi, non animo furandi, sed exsequendi quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emtoribus usucaptos videri placuit: sed venaliciarium ex provincia reversum, Publiciana actione non utiliter acturum, cum exceptio justis dominii causa cognita detur, neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum, adfici damno.

320) L. 4. pr. D. de reb. cred. (XII. 1.) (Ulp.) Si quis nec causam, nec propositum foenerandi habuerit, et tu empturus praedia, desideraveris mutuam pecuniam, nec volueris creditae nomine, antequam emisses, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut, si emisses, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo est ejus, qui suscepit. Nam et qui rem vendendam acceperit, ut pretio uteretur, periculo suo rem habebit.

321) L. 19. D. ad exhib. (X. 4.) (Paulus.) Ad exhibendum possunt agere omnes, quorum interest. Sed quidam consuluit, an possit efficere haec actio, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius interesset? Respondit, non oportere ius civile calumniari, neque verba captari: sed, qua mente quid diceretur, animadvertere convenire. Nam illa ratione etiam studiosum alicuius doctrinae posse dicere, sua interesse, illos aut illos libros sibi exhiberi: quia, si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset.

322) L. 1. §. 16. 17. 18. D. de op. novi nunt. (XXXIX. 1.) (Ulp.) Nuntiatio fit, aut iuris nostri conservandi causa, aut damni depellendi, aut publici iuris tuendi gratia. – Nuntiamus autem, quia ius aliquod prohibendi habemus: vel ut damni infecti caveatur nobis ab eo, qui forte in publico vel in privato quid molitur: aut si quid contra leges, Edictave Principum, quae ad modum aedificiorum facta sunt, fiet, vel in sacro, vel in loco religioso, vel in publico, ripave fluminis, quibus ex causis et interdicta proponuntur. – Quod si quis in mari vel in litore aedificet, licet in suo non aedificet, iure tamen gentium suum facit. Si quis igitur velit ibi aedificantem prohibere, nullo iure prohibet: neque opus novum nuntiare, nisi ex una causa potest, si forte damni infecti velit sibi caveri.

323) L. 5. §. 10. D. eod. (Ulp.) Meminisse autem oportebit, quotiens quis in nostro aedificare, vel in nostrum inmittere, vel projicere vult: melius esse, eum per Praetorem, vel per manum, id est, lapilli ictum prohibere, quam operis novi nuntiatione: ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus. Aut si in suo quid faciat, quod nobis noceat: tunc operis novi denuntiatio erit necessaria. Et si forte | in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimus erit, Interdicto adversus eum quod vi aut clam, aut uti possidetis, uti. [55]

323 a) L. 1. §. 1. 2. D. de arb. caed. (XLIII. 27.) (Ulp.) Ait Praetor, quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet, si per te stat quo minus eam adimas: tunc, quo minus illi eam arborem adimere sibi que habere liceat, vim fieri veto. §. 1. Hoc interdictum prohibitorium est. §. 2. Si arbor aedibus alienis impendeat utrum totam arborem jubeat Praetor adimi, an vero id solum, quod superexcurrit, quaeritur? Et Rutilius ait, a stirpe excindendam, idque plerisque videtur verius: et nisi adimet dominus arborem, Labeo ait permitti ei, cui arbor officeret, ut, si vellet, succideret eam, lignaque tolleretur.

323 b) L. 1. §. 7. 8. 9. eod. Deinde ait Praetor: quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat, quo minus pedes quindecim a terra eam altius coerceas, tunc, quo minus illi ita coercere, lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto. §. 8. Quod ait Praetor, et lex duodecim Tabularum efficere voluit, ut quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur: et hoc idcirco effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceret. §. 9. Differentia duorum capitum interdicti haec est, si quidem arbor aedibus impendeat, succidi eam praecipitur: si vero agro impendeat, tantum usque ad quindecim pedes a terra coerceri.

323 c) L. 2. eod. (Pompon.) Si arbor ex vicini fundo vento inclinata in tuum fundum sit, ex lege duodecim Tabularum de adimenda ea recte agere potes, jus ei non esse ita arborem habere.

323 d) L. 1. pr. D. de glande leg. (XLIII. 28.) (Ulp.) Ait Praetor, glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio quoque die legere, auferre liceat: vim fieri veto.

324) L. 1. §. 2. D. de tigno juncto (XLVII. 3.) (Ulp.) Sed et ad exhibendum danda est actio: nec enim parci oportet ei, qui sciens alienam rem aedificio inclusit, vinxitve: non enim sic eum convenimus, quasi possidentem, sed ita, quasi dolo malo fecerit, quo minus possideat. [56]

325) L. 18. pr. D. de injur. (XLVII. 10.) (Paulus.) Eum qui nocentem infa-

mavit, non esse bonum aequum, ob eam rem condemnari: peccata enim nocentium nota esse, et oportere et expedire.

326) L. 5. C. de injur. (IX. 35.) (Dioclet. et Maxim.) Si non convicii consilio te aliquid iniuriosum dixisse probare potes: fides veri a calumnia te defendit. Si autem in rixam inconsulto calore prolapsus, homicidii convicium objecisti, et ex eo die annus excessit: cum iniuriarum actio annuo tempore praescripta sit, ob iniuriae admissum conveniri non potes.

[56] 327) §. 4. J. quib. modis re (III. 15.) Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia et ipse de ea re, quam accepit, restituenda, tenetur actione pigneratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis pecunia ei crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum: placuit sufficere; quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si praestiterit, et aliquo fortuito casu eam rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere.

328) L. 13. §. 1. D. de pign. act. (XIII. 7. (Ulp.) Venit autem in hac actione et dolus, et culpa, ut in commodato: venit et custodia; vis maior non venit.

329) L. 1. §. 7. 8. D. de obl. et act. (XLIV. 7.) (Gajus.) Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responso, cum quid dari, fieriue nobis stipulemur. — Sed aut proprio nomine quisque obligatur, aut alieno: qui autem alieno nomine obligatur, fideiussor vocatur: et plerumque ab eo quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui eadem obligatione teneantur, dum curamus, ut, quod in obligationem deduximus, tutius nobis debeat.

330) L. 41. pr. D. de evict. (XXI. 2.) (Paulus.) Si ei, cui vendidi, et duplam promisi, cum ipse eadem stipulatione mihi cavisset, heres exstiterim; evicto homine, nulla parte stipulatio committitur: neque enim mihi evinci videtur, cum vendiderim eum, neque ei, cui me promissorem praestarem: quoniam parum commode dicar ipse mihi duplam praestare debere.

331) L. 37. pr. §. 1. D. eod. (Ulp.) Emptori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit: non tamen ut satisdetur, nisi specialiter id actum proponatur, sed ut repromittatur. — Quod autem diximus, duplam promitti oportere, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus, quae pretiosiores essent: si margarita forte, aut ornamenta pretiosa, vel vestis serica, vel quid aliud non contemptibile veneat. Per edictum autem curulium etiam de seruo cavere venditor iubetur.

332) L. 2. eod. (Paulus.) Si dupla non promitteretur, et eo nomine agetur, dupli condemnandus est reus.

333) L. 31. §. 20. D. de aedil. ed. (XXI. 1.) (Ulp.) Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit, etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire.

334) L. 48. §. 8. eod. (Pomponius.) Simpliarum venditionum causa ne sit redhibito, in usu est.

335) §. 1. J. de pat. pot. (I. 9.) Nuptiae autem, sive matrimonium, est viri et mulieris conjunctio, individuum vitae consuetudinem continens.

[57] 336) L. 1. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) (Modestinus.) Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae: divini et humani iuris communicatio.

337) L. 49. §. 4. D. de leg. 3. (XXXII.) (Ulpianus.) Parvi autem refert, uxori, an concubinae quis leget, quae eius causa empta parata sunt: sane enim, nisi dignitate, nihil interest.

338) L. 17. C. de nupt. (V. 4.) (Dioclet. et Maxim.) Nemini liceat contrahere matrimonium cum filia, nepte, vel pronepte: itemque cum matre, avia, vel proavia: et ex latere amita ac matertera, sorore, sororis filia, et ex ea nepte: praeterea fratris tui filia, et ex ea nepte: itemque ex affinibus, privigna, noverca, nuru, socru, ceterisque quae iure antiquo prohibentur, a quibus cunctos volumus se abstinere.

339) §. 4. J. de nupt. (I. 10.) Duorum autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris et sororis iungi possunt.

340) L. 21. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) (Terentius Clemens.) Non cogitur filiusfamilias uxorem ducere.

341) L. 22. D. eodem. (Celsus.) Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur: maluisse hoc videtur.

342) L. 5. D. eodem (Pomponius.) Mulierem absenti per litteras eius, vel per nuntium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur: eam vero, quae abesset, ex litteris vel nuntio suo duci a marito non posse: deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii.

343) L. 21. D. de jur. dot. (XXXIII. 3.) (Ulp.) Stipulationem, quae propter causam dotis fiat, constat habere in se conditionem hanc, si nuptiae fuerint secutae: et ita demum ex ea agi posse, quamvis non sit expressa conditio, si nuptiae, constat: quare, si nuntius remittatur, defecisse conditio stipulationis videtur.

344) L. 22. eodem (Paulus.) Et licet postea eidem nupserit, non convalescit stipulatio.

345) L. 23. eodem. (Ulp.) Quia autem in stipulatione non est necessaria dotis adiectio, etiam in datione tantundem ducimus.

346) L. 20. eodem (Paul.) Julianus scribit, valere talem stipulationem, cum morieris, dotis nomine tot dari? quia et pacisci soleant, ne a viva exhibeatur: quod non esse simile accipi: aliud est enim differre exactionem, aliud, ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit: idque et Aristoni, et Neratio, et Pomponio placet.

347) L. 76. eod. (Tryphoninus.) Si Pater mulieris mortis suae causa dotem promiserit, valet promissio: nam et si in tempore, quo ipse moreretur, promisisset, obligaretur: sed si convaluerit, cur ei non remittatur obligatio per conditionem, atque si stipulanti quivis alius promisisset, aut dotem alicuius nomine? nam ut corporis vel pecuniae translatae, ita obligationis constitutae mortis causa conductio est. Non idem dicendum est in persona mulieris, si mulier mortis suae causa dotem promiserit: quia nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est.

348) L. 6. §. 2. eod. (Pomponius.) Si in dote danda circumventus sit alteruter, etiam maiori annis vigintiquinque succurrendum est: quia bono et aequo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum.

349) L. 16. D. de fundo dotali (XXIII. 5.) (Tryphoninus.) Si fundum, quem Titius possidebat bona fide, longi temporis possessione poterat sibi quae-

rere, mulier ut suum marito dedit in dotem, eumque petere neglexerit vir, cum id facere posset, rem periculi sui fecit: nam licet lex Julia, quae vetat fundum dotalem alienari, pertineat etiam ad huiusmodi acquisitionem, non tamen interpellat eam possessionem, quae per longum tempus fit, si, antequam constitueretur dotalis fundus, iam coeperat: Plane, si paucissimi dies ad perficiendam longi temporis possessionem superfuerunt, nihil erit quod imputabitur marito.

350) L. 75. D. de j. dot. (XXIII. 3.) Tryphonin.) Quamvis in bonis marito dos sit, mulieris tamen est: et merito placuit, ut si in dotem fundum inaestimatum dedit; cuius nomine duplae stipulatione cautum habuit; isque marito evictus sit; statim eam ex stipulatione agere posse: porro cuius interest non esse evictum, quod in dote fuit; quodque ipsa evictionem pati creditur ob id quod eum in dotem habere desiit, huius etiam constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, emolumentum potestatem esse creditur, cuius etiam matrimonii onera maritus sustinet.

351) L. 7. pr. §. 1. eod. (Ulp.) Dotis fructum ad maritum pertinere debere, aequitas suggerit: cum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est, eum etiam fructus percipere. — Si fructus constante matrimonio percepti sint, dotis non erunt: si vero ante nuptias percepti fuerint, in dotem convertuntur, nisi forte aliquid inter maritum futurum, et destinatum uxorem convenit: tunc enim, quasi donatione facta, fructus non redduntur.

[59] 352) L. 7. §. 1. D. sol. matr. (XXIV. 3.) (Ulp.) Papinianus autem libro undecimo Quaestionum, divortio facto fructus dividi ait, non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit: neque enim si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex calendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Januarii suprema die facto divortio, retinere virum et vindemiae fructus, et eius anni quo divortium factum est, quartam partem mercedis aequum est: alioquin si coactis vindemiis, altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit: itaque si fine mensis Januarii divortium fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus, et quarta portio mercedis instantis anni confundi debent, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquantur.

353) L. 22. §. 1. D. eodem. (Ulp.) Si post solutum matrimonium filiafamilias citra patris voluntatem exactam communem dotem consumat: patri et viva ea et mortua, actio superest, ut dos ipsi solvatur. Quod ita verum est, si perditurae solvatur: ceterum, si non perditurae, et ex iustis causis soluta sit, non supererit actio: sed mortuo patre, nec etiam heredes agent, nec mulier.

354) L. 5. D. de divort. (XXIV. 2.) (Ulp.) Si filia emancipata idcirco diverterat, ut maritum lucro dotis adficiat, patrem fraudet, qui profectitiam dotem potuit petere, si constante matrimonio decessisset: ideo patri succurrendum est, ne dotem perdat: non enim minus patri quam marito succurrere Praetorem oportet: danda igitur est ei dotis exactio, atque si constante matrimonio decessisset filia.

355) L. 4. C. sol. matr. (V. 18.) (Alexander.) Dos a patre profecta, si in matrimonio decesserit mulier filiafamilias, ad patrem redire debet.

356) L. 6. C. de iur. dot. (V. 12.) (Maximinus.) Avia tua eorum, quae pro filia tua in dotem dedit, etsi verborum obligatio non intercessit, actionem ex

fide conventionis ad te, si heres extitisti, transmittere potuit. Nec enim eadem causa est patris et matris paciscentium: quippe matris pactum actionem praescriptis verbis constituit: patris dotis actionem profectitiae nomine competentem conventionem simplici minime creditur innovare.

357) L. 17. pr. D. de iur. dot. (XXIII. 3.) (Paul.) In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam: quia causa sua dotem accipit: sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet.

358) L. 24. §. 5. D. sol. matr. (XXIV. 3.) (Ulp.) Si maritus saevus in servos dotalis fuit, videndum, an de hoc possit conveniri? et, si quidem tantum in servos uxoris saevus fuit, constat eum teneri hoc nomine: si vero et in suos est natura talis, adhuc dicendum est, immoderatam eius saevitiam hoc iudicio coercendam: quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus suis exhibet, nec plus possit, sitamen saevitia, | quae in propriis culpanda est, in alienis coercenda est, hoc est, in dotalibus.

359) L. 28. D. de pactis dot. (XXIII. 4.) (Paulus.) Quaeris, si pacta sit mulier, vel ante nuptias, vel post nuptias, ut ex fundi fructibus, quem dedit in dotem, creditor mulieris dimittatur, an valeat pactum? Dico, si ante nuptias id convenerit, valere pactum, eoque modo minorem dotem constitutam: post nuptias vero, cum onera matrimonii fructus relevaturi sunt, iam de suo maritus paciscitur, ut dimittat creditorem, et erit mera donatio.

360) L. 31. eodem. (Scaevola.) Si inter virum et uxorem convenit, ut extremi anni matrimonii fructus nondum percepti mulieris lucro fiant, huiusmodi pactum valet.

361) L. 9. §. 2. D. de don. int. vir. (XXIV. 1.) (Ulp.) Inter virum et uxorem mortis causa donationes receptae sunt.

362) L. 10. eodem. (Gajus.) Quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt.

363) L. 44. eodem. (Neratius.) Si extraneus rem viri, ignorans eius esse, ignorantem uxori, ac ne viro quidem sciente eam suam esse, donaverit: mulier recte eam usu capiet. Idemque iuris erit, si is qui in potestate viri erat, credens se patrem familias esse, uxori patris donaverit. Sed si vir rescierit suam rem esse priusquam usu capiatur, vindicareque eam poterit, nec volet, et hoc et mulier noverit, interrumpetur possessio: quia transit in causam ab eo factae donationis ipsius mulieris scientia: proprius est, ut nullum acquisitioni dominii eius adferat impedimentum, non enim omnimodo uxores ex bonis virorum; sed ex causa donationis ab ipsis factae acquirere prohibita sunt.

364) L. 28. §. 2. eodem. (Paulus.) Si quas servi operas viri uxori praestiterint, vel contra: magis placuit, nullam habendam earum rationem. Et sane non amare, nec tamquam inter infestos ius prohibita donationis tractandum est: sed ut inter coniunctos maximo affectu, et solam inopiam timentes.

365) L. 15. pr. eodem. (Ulp.) Ex annuo vel menstruo, quod uxori maritus praestat, tunc quod superest revocabitur, si satis immodicum est, id est, supra vires dotis.

366) L. 33. §. 1. eodem. (Ulp.) Si uxor marito annum versa vice praestiterit, restituatur ei hoc, et poterit vindicare id quod exstat: credo; poterit et condicere, in quantum locupletior factus est: quia non tam sollemne est an-

num, quod maritus uxori pendit, et quod uxor marito praestat: immo incongruens est, et contra sexus naturam.

[61] 367) L. 25. eodem. (Terentius Clemens.) Sed et si, constante matrimonio, res aliena uxori a marito donata fuerit, dicendum est, confestim ad usucapionem eius uxorem admitti: quia et si non mortis causa donaverat ei, non impediretur usucapio: nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier, et pauperior maritus in suis rebus fit. Itaque licet mortis causa donatio interveniat, quasi inter extraneas personas fieri intelligenda est in ea re, quae, quia aliena est, usu capi potest.

368) L. 12. §. 1. D. de pactis dot. (XXIII. 4.) (Paulus.) Ex pactis conventis, quae ante nuptias, vel post nuptias interponi solent, alia ad voluntatem pertinent, ut mulier dote promissa se alat, et donec nupta sit, dos ab ea non petatur, aut certam summam viro praestet, et ab eo alatur, et his similia: alia ad ius pertinent, veluti quando dos petatur, quemadmodum reddatur: in quibus non semper voluntas contrahentium servatur. Ceterum si convenit, ne omnino dos petatur, indotata erit mulier.

369) L. 16. eodem. (Paulus.) Ut autem longiore die solvatur dos, convenire non potest: non magis, quam ne omnino reddatur.

370) L. 1. pr. §. 1. D. de dote praelegata. (XXXIII. 4.) (Ulp.) Cum dos relegatur, verum est, id dotis legato inesse, quod actione de dote inerat. — Et ideo, si inter virum et uxorem convenerat, ut morte viri soluto matrimonio, filio communi interveniente, dos apud mariti heredem remaneret, et maritus decedens dotem relegaverit: stari pacto non debet ob hoc, quod dos relegata est: verum et citra relegationem hac probari debet: nam quod est admissum, posse deteriorem conditionem dotis fieri intervenientibus liberis, totiens locum habet, quotiens ipsa in matrimonio decedit, vel divortium intervenit.

371) L. 20. §. 1. D. de pactis dot. (XXIII. 4.) (Paulus.) Si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult, pacisci et ignorante muliere, sicut et stipulari, potest: legem enim suae rei dicit: postquam vero dederit, pacisci consentiente muliere debet.

372) L. 29. pr. D. sol. matr. (XXIV. 3.) (Ulp.) Quotiens pater dotem dat, et stipulatur, ita demum in suam personam de dote actionem transfert, si ex continenti stipuletur: ceterum, si interposito tempore stipulari velit, non nisi consentiente filia poterit, quamvis in potestate sit: quia deteriorem conditionem in dote filiae facere non potest, nisi consentiat: plane si ante nuptias dotem dederit, poterit ex intervallo, ante nuptias tamen, et citra voluntatem quoque filiae stipulari.

[62] 373) L. 33. D. de rit. nupt. (XXIII. 2.) (Marcellus.) Plerique opinantur, cum eadem mulier ad eundem virum revertatur, id matrimonium idem esse: quibus adsentior, si non multo tempore interposito reconciliati fuerint: nec inter moras aut illa alii nupserit, aut hic aliam duxerit: maxime si nec dotem vir reddiderit.

374) L. 5. pr. D. de pactis dotalibus. (XXIII. 4.) (Paulus.) Illud convenire non potest, ne de moribus agatur, vel plus vel minus exigatur: ne publica coercitio privata pactione tollatur.

375) L. 18. D. de donat. ante nupt. (V. 3.) (Zeno.) Si liberis ex priore matrimonio procreatis pater ad secundas migraverit nuptias, vel von mprave-

rit: nihil omnino filii prioris conjugii ex donatione ante nuptias, quam ipse, vel alius pro ipso uxori quondam eius matri communium liberorum donaverit, servare cogitur: quoniam et mater liberis ex prioro matrimonio extantibus, post secundas nuptias, multoque amplius si non fuerit alteri marito sociata, nihil iisdem filiis ex dote, quam patri eorum ipsa, vel alius pro ea obtulerit, servare compellitur.

376) L. 1. §. 2. D. de rei vind. (VI. 1.) (Ulp.) Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, utputa liberi, qui sunt in potestate, non petuntur. Petuntur igitur, aut praeiudiciis, aut interdictis, aut cognitione Praetoria: et ita Pomponius libro trigesimo septimo, nisi forte, inquit, adjecta causa quis vindicet. Si quis ita petit filium suum in potestate, ex iure Romano, videtur mihi et Pomponius consentire, recte eum egisse: ait enim, adjecta causa ex lege Quiritium vindicare posse.

377) L. 5. D. de adopt. (I. 7.) (Celsus.) In adoptionibus, eorum dumtaxat, qui suae potestatis sunt, voluntas exploratur: sin autem a patre dantur in adoptionem, in his utriusque arbitrium spectandum est, vel consentiendo, vel non contradicendo.

378) L. 2. D. ad Leg. Corn. de sicar. (XLVIII. 8.) (Ulp.) Inauditum filium pater occidere non potest: sed accusare eum apud Praefectum, Praesidemve provinciae debet.

379) L. 10. §. 2. D. de fideiuss. (XLVI. 1.) (Ulp.) Filius familias pro patre poterit fideiubere, nec erit sine effectu haec fideiussio: primo quidem quod sui iuris effectus poterit teneri in id, quod facere potest: dein, quod et dum in potestate manet, condemnari potest. Sed an pater ex hac causa quod iussu teneatur, videamus? Et puto ad omnes contractus quod iussu etiam referri: sed si ignorante patre pro eo fideiusserit, cessat ista actio: tamen quasi in rem patris versum sit, potest agi cum patre. Plane si is emancipatus solverit, utilis ei actio debet competere: in potestate etiam manenti eadem actio competit, si de peculio castrensi pro patre solverit.

380) L. 20. §. 10. D. de her. petit. (V. 3.) (Ulp.) Non solum autem in hereditate utimur Senatusconsulto, sed et in peculio castrensi, vel alia universitate.

381) L. 56. §. 1. D. de fidejuss. (XLVI. 1.) (Paulus.) Item si filius a patre, vel servus a domino stipuletur, nec fideiussor acceptus tenetur: quia non potest pro eodem, et eidem esse obligatus. Ex diverso ergo patre a filio, vel domino a servo stipulato, fideiussor acceptus tenetur.

382) L. 9. §. 1. D. de tutelae et rat. distr. (XXVII. 3.) (Ulp.) Si duobus impuberibus fratribus tutor datus sit, et alter eorum in legitimam tutelam fratris sui perfectae aetatis constituti recidit, eum, qui datus esset, tutorem esse desiisse Neratuis ait. Quia igitur desinit, erit tutelae actio etiam ex persona impuberis: quamvis si testamento datus fuisset, non desineret esse tutor eius, qui adhuc erat impubes: quia semper legitima tutela testamentariae cedit.

383) L. 12. D. de test. tut. (XXVI. 2.) (Ulp.) Certarum rerum, vel causarum testamento tutor dari non potest, nec deductis rebus.

384) L. 13. eodem. (Pomponius.) Et, si datus fuerit, tota datio nihil valet.

385) L. 14. eodem. (Marcianus.) Quia personae, non rei vel causae datur.

386) L. 1. pr. D. de tutelae etc. (XXVII. 3.) (Ulp.) In omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit, rationem reddet hoc indicio: praestando dolum, culpam, et quantam in rebus suis diligentiam.

386 a) L. 7. C. arbitr. tut. (V. 51.) (Diocl. et Max.) Quicquid tutoris dolo vel lata culpa, aut levi, seu curatoris, minores amiserint, vel, cum possent, non adquisierint: hoc in tutelae seu negotiorum gestorum utile iudicium venire non est incerti juris.

387) L. 32. §. 6. D. de administr. (XXVI. 7.) (Modestinus.) Lucius Titius coheres et curator sororis suae, cum esset ex civitate, in qua usitatum erat ipsos dominos praediorum, non conductores, onera annonarum et contributionum temporalium sustinere, morem hunc et consuetudinem semper observatam secutus, et ipse pro communi et individua hereditate annonas praestitit. Quaero, an in rationibus dandis opponi curatori possit, quia non recte pro parte sororis tales impensas fecerat? Modestinus respondit, in id demum curatorem adultae reputare ex causa de qua quaeritur posse, quod ipsa, si rem suam administraret, erogare compelleretur.

388) L. 10. eodem. (Ulp.) Generaliter, quotiescunque non fit nomine pupilli quod quisvis paterfamilias idoneus facit, non videtur defendi: sive igitur solutionem, sive iudicium, sive stipulationem detrectat, defendi non videtur.

[64] 389) L. 33. pr. eodem. (Callistratus.) A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide praebere debet.

390) L. 50. eodem. (Hermogenianus.) Si res pupillaris incursu latronum pereat, vel argentarius, cui tutor pecuniam dedit, cum fuisset celeberrimus, solidum reddere non possit: nihil eo nomine tutor praestare cogitur.

391) L. 1. §. 3. D. de minor. (IV. 4.) (Ulp.) Et ideo hodie in hanc usque aetatem adolescentes curatorum auxilio reguntur: nec ante rei suae administratio eis committi debet, quamvis bene rem suam gerentibus.

392) L. 2. eodem. (Ulp.) Nec per liberos suos rem suam maturius a curatoribus recipiat. Quod enim legibus cavetur, ut singuli anni per singulos liberos demittantur, ad honores pertinere Divus Severus ait, non ad rem suam recipiendam.

393) L. 3. pr. eodem. (Ulp.) Denique Divus Severus, et Imperator noster huiusmodi Consulium, vel Praesidium decreta quasi ambitiosa esse interpretati sunt. Ipsi autem perraro minoribus rerum suarum administrationem extra ordinem indulserunt: et eodem iure utimur.

394) Pr. et §. 2. J. de curatoribus. (I. 23.) Masculi puberes et feminae viripotentes, usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt: qui licet puberes sint, adhuc tamen eius aetatis sunt, ut sua negotia tueri non possint. Item inviti adolescentes, curatores non accipiunt, praeterquam in litem: curator enim et ad certam causam dari potest.

395) L. 3. C. de in int. rest. min. (II. 22.) (Diocletianus et Maximianus.) Si curatorem habens minor quinque et viginti annis, post pupillarem aetatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet: cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a Praetore curatore dato, bonis interdictionem est. Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti: implora-

re in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis.

396) L. 101. D. de verb. obl. (XLV. 1.) (Modestinus.) Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.

397) L. 141. §. 2. eodem. (Gajus.) Pupillus, licet, ex quo fari coeperit, recte stipulari potest, tamen si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre obligatur: pubes vero qui in potestate est, proinde, ac si paterfamilias, obligari solet. Quod autem in pupillo dicimus, idem et in filiafamilias impubere dicendum est.

398) L. 43. D. de obl. et act. (XLIV. 7.) (Paulus.) Obligari potest paterfamilias, suae potestatis, pubes, compos mentis. Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur jure civili. Servus autem ex contractibus non obligatur.

[65]

399) L. 22. pr. D. ad Leg. Falc. (XXXV. 2.) (Paulus.) Nesennius Apollinaris Julio Paulo. Ex facto, domine, species eiusmodi incidit. Titia filias suas tres numero aequis ex partibus scripsit heredes, et a singulis legata invicem dedit, ab una tamen ita legavit tam coheredibus eius, quam extraneis, ut Falcidiae sit locus. Quaero, an adversus coheredes suas, a quibus legata et ipsa accepit, uti possit Falcidia: et si non possit, vel doli exceptione summovenda est, quemadmodum adversus extraneos computatio Falcidiae iniri possit? Respondi, id quidem, quod a coherede legatorum nomine percipitur, non solet legatariis proficere, quo minus Falcidiam patiantur: sed cum is, qui legatum praestaturus est, ab eodem aliquid ex testamento petit, non est audiendus, desiderans uti adversus eum Falcidiae beneficio, si id, quod percepturus est ex voluntate testatoris suppleat, quod deducere desiderat. Plane ceteris legatariis non universum, quod coheredi praestat, imputabit: sed quantum daturus esset, si nihil ab eo perciperet.

400) L. 1. pr. D. de reg. Caton. (XXXIV. 7.) (Celsus.) Catoniana regula sic definit: quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere. Quae definitio in quibusdam falsa est.

401) L. 41. pr. D. de leg. 2. (XXXI.) (Jovalenus.) Maevio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego, eundem fundum Titio lego: si Seius decesserit, pars eius utriusque ad crescit: quia cum separatim et partes fundi, et totus legatus sit, necesse est, ut ea pars quae cessat, pro portione legati cuique eorum, quibus fundus separatim legatus est, ad crescat.

402) L. 34. §. 12. D. de leg. 1. (XXX.) (Ulp.) Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et eis fundus legatus sit: unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum: coheredem unciam.

403) L. 86. D. ad L. Falcidiam. (XXXV. 2.) (Julian.) Titia testamento suo Titium fratrem suum ex parte tertia heredem instituit, fideique eius commisit, ut hereditatem, retenta quarta parte, Secundae et Proculae restituat: eadem fratri quaedam praedia praelegavit. Quaero, an Titius ea, quae praelegata sunt, etiam pro ea parte hereditatis, quam rogatus est restituere, an integra retinere debeat? Respondi, Titium legata integra retinere debere: sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum: sed si non esset adjectum, ut pars quarta deduceretur, totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere, quoniam contra sententiam matris familiae lex Falcidia induceretur.

[66]

404) L. 91. eodem. (Marcianus.) In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas jure hereditario capit, non quas jure legati vel fideicommissi, vel implendae conditionis causa accipit: nam haec in quartam non imputantur. Sed in fideicommissaria hereditate restituenda, sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi, sive praecipere, vel deducere, vel retinere jussus est, in quartam id ei imputatur: pro ea vero parte, quam accepit a coherede, extra quartam, id est quod a coherede accipitur. Sed esti accepta pecunia hereditatem restituere rogatus sit, id quod accipit, in quartam ei imputatur, ut Divus Pius constituit. Sed et quod implendae conditionis causa fideicommissum heredi datur, in eadem causa esse admittendum, sciendum est: si quid vero implendae conditionis causa heres accipiat a legatariis, in Falcidiae computationem non prodesse: et ideo si centum praedium legaverit defunctus, si quinquaginta heredi legatarius dederit: centum legatis computationem fieri, et quinquaginta extra hereditatem haberi, ne in quartam ei imputentur.

405) L. 24. C. famil. hercisc. (III. 36.) (Diocletianus et Maximianus.) Filium quem habentem fundum, portionem hereditatis fratribus, et quibusdam aliis, sub conditione verbis precariis restituere sanxit testator: post eius eventum, hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta, compensato praeterea quod ea coheredibus vice mutua percepit, et si quid deest, in supplementum deducto, quod a ceteris in eo fundo solvitur, supra quartam habens, reddere compellitur.

406) L. 5. §. 5. D. quando dies. (XXXVI. 2.) (Ulp.) Item si qua conditio sit, quae per legatarium non stat, quo minus impleatur: sed aut per heredem, aut per eius personam, in cuius persona jussus est parere conditioni: dies legati cedit: quoniam pro impleta habetur, utputa si jussus sim heredi decem dare, et ille accipere nolit. Sed et si ita mihi legatum sit, si Sejam uxorem duxero, nec ea velit nubere: dicendum erit, diem legati cedere: quod per me non stat, quo minus paream conditioni, sed per alium stat, quo minus impleatur conditio.

[67] 407) L. 1. C. de codicillis. (VI. 36.) (Alexander.) Rupto quidem testamento postumi agnatione, codicillos quoque ad testamentum pertinentes non valere, in dubium non venit. Sed cum post ruptum testamentum patrem pupillorum vestrorum literas emisisse proponatis, quibus praecedens iudicium confirmavit: Praetor nihil contra jus fecit, si novissimam eius voluntatem secutus, relictum testamento Reipublicae fideicommissum, ut ex codicillis relictum, praestandum esse pronuntiavit.

408) L. 3. C. unde liberi. (VI. 14.) (Constantinus.) Qui se patris post avum intestatum defuncti negat heredem: mortui avi paterni suscipere facultates non potest: maxime emancipatus, nisi per bonorum possessionem ad huiusmodi beneficium pervenerit.

409) L. 12. pr. D. de injust. (XXVIII. 3.) (Ulp.) Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit: licet juris scrupulositate, nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest: remque obtinebit, ut et Divus Hadrianus et Imperator noster rescripserunt. Idcircoque legatarii et fideicommissarii habebunt ea, quae sibi relicta sint,

securi. Idem et circa injustum et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.

410) L. 17. eodem. (Papinianus.) Filio praeterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit. Quod si bonis se patris abstinuit, licet subtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur.

411) L. 12. §. 1. D. de bon. poss. contra tab. (XXXVII. 4.) (Gajus.) Si prius testamentum exstet jure factum, quo filius exheredatus est: sequens imperfectum, in quo praeteritus sit filius: posteriore testamento praeteritus recte petet bonorum possessionem, si remoto quoque filio potiores sunt in ea hereditate posteriore testamento scripti heredes: et ita jus habet, ut cum is, contra quem filius petit bonorum possessionem, amoto filio possit obtinere hereditatem, filius quoque recte videatur petere bonorum possessionem: si vero ille non possit obtinere hereditatem, filius quoque excludatur.

412) L. 9. C. qui admitti. (VI. 9.) (Constantinus.) Ut verborum inaniam excludimus captiones: ita hoc observari decernimus, ut apud quemlibet iudicem, vel etiam apud Duumviros, qualiscunq; testatio amplectendae hereditatis ostendatur, statutis prisco jure temporibus coarctanda, eo addito, ut etiamsi intra alienam vicem, id est prioris gradus, properantius exeratur, nihilo minus tamen efficaciam parem, quasi suis sit usa curriculum, consequatur.

413) §. 6. 7. J. de bon. poss. (III. 9.) In petenda autem bonorum possessione dies utiles singuli considerantur. – Sed bene anteriores Principes et huic causae providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet: sed quocunq; modo si admittentis eam iudicium, intra statuta tamen tempora, ostenderit, plenum habeat earum beneficium.

414) L. 7. §. 3. C. de curat. furiosi. (V. 70.) (Justinianus.) ... Cum petitio bonorum possessionis Constantiniana lege sublata sit, et ab ea introducta observatio quae pro antiqua sufficis petitione ...

415) L. 1. pr. D. quorum bonorum. (XLIII. 2.) (Ulp.) Ait Praetor: quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est: quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve, si nihil usucaptum esset: quod quidem dolo male fecisti, uti desineres possidere: id illi restituas.

416) L. 2. pr. §. 1. 2. 4. D. de cap. minutis. (IV. 5.) (Ulp.) Pertinet hoc edictum ad eas capitis deminutiones, quae *salva civitate* contingunt: ceterum sive amissione civitatis, sive libertatis amissione contingat capitis deminutio cessabit edictum: neque possunt hi penitus conveniri: dabitur plane actio in eos, ad quos bona pervenerunt eorum. – Ait Praetor: qui quaeve, posteaquam quid cum his actum, contractumve sit, capite deminuti deminutavae esse dicentur, in eos easve perinde quasi id factum non sit, iudicium dabo. – Hi, qui capite minuuntur, ex his causis, quae capitis deminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter: ceterum si postea, imputare quis sibi debet, cur contraxerit, quantum ad verba huius edicti pertinet. Sed interdum, si contrahatur cum his post capitis deminutionem, danda est actio. Et quidem, si adrogatus sit, nullus labor: nam perinde obligabitur, ut filiusfa-

[68]

a.

a. minima cap: deminutio

miliās. — Ei qui debitorem suum adrogavit, non restituitur actio in eum, postquam sui iuris fiat.

417) L. 3. §. 4. D. de minor. (IV. 4.) (Ulp.) Ego autem verissimam arbitror sententiam existimantium, filium familias minorem annis in integrum restitui posse ex his solis causis, quae ipsius intersint: puta, si sit obligatus. Proinde si iussu patris obligatus sit: pater utique poterit in solidum conveniri: filius autem, cum et ipse possit vel in potestate manens conveniri, vel etiam emancipatus, vel exheredatus, in id, quod facere potest, et quidem in potestate manens, etiam invito patre ex condemnatione conveniri, auxilium impetrare debet, si ipse conveniatur.

I. CORP. JUR. CIV.

A. Institutiones.

De p.p. I. 9.

§ 1. (335.)

De nupt. I. 10.

§ 4. (339.)

De cap. dem. I. 16.

§ 3. 4. (7.)

De curat. I. 23.

pr. et §. 2. (394.)

De div. rer. II. 1.

§ 35. (51.)

De serv. II. 3.

§ 4. (103.)

De usufr. II. 4.

§ 1. (104.)

§ 3. (111.)

De bon. poss. III. 9.

§ 6. 7. (413.)

Quib. m. re. III. 15.

§ 4. (327.)

De emt. III. 24.

§ 3. (238.)

De leg. Aq. IV. 3

§ 16. (206 a.)

De act. IV. 6.

§ 4. (68.)

§ 30. (219.)

De off. jud. IV. 17.

§ 2. (50.)

B. Digesta.

De adopt. I. 7.

L. 5. (377.)

De in j. voc. II. 4.

L. 4. §. 3. L. 5. (9.)

De pact. II. 14.

L. 7. §. 3. (197.)

L. 7. §. 4. (152.)

L. 17. pr. (248.)

L. 27. §. 4. (198.)

L. 38. (199.)

L. 45. (60.)

L. 48. (31.)

L. 61. (29.)

De transa. II. 15.

L. 1. (268.)

L. 3. §. 1. (274.)

L. 6. (271.)

L. 14. (273.)

De neg. gest. III. 5.

L. 28. (310.)

L. 31. pr. (317.)

Quod met. IV. 2.

L. 9. §. 3. (293.)

L. 9. §. 8. (294.)

L. 21. §. 1. (296.)

L. 21. §. 5. (183.)

De Dolo IV. 3.

L. 7. §. 7. (207.)

L. 18. §. 3. (186.)

De minor. IV. 4.

L. 1. §. 3. (391.)

L. 2. (392.)

L. 3. pr. (393.)

L. 3. §. 4. (417.)

De cap. min. IV. 5.

L. 2. p. §. 1. 2. 4. (416.)

L. 3. p. §. 1. (8.)

L. 10. (95.)

Ex q. caus. maj. IV. 6.

L. 30. pr. (67.)

De recept. IV. 8.

L. 32. §. 3. (276.)

De her. pet. V. 3.

L. 20. §. 10. (380.)

De rei vind. IV. 1.

L. 1. §. 2. (376.)

L. 9. (15.)

L. 18. (45.)

L. 23. §. 2. (37.)

L. 23. §. 5. (38.)

- L. 25. (41.)
 L. 36. (46.)
 L. 41. pr. (35.)
 L. 46. (43.)
 L. 47. (44.)
 L. 66. (34.)
 L. 68. (42.)
 L. 72. (72.)
 L. 80. (40.)
De p. in rem act. VI. 2.
 L. 1. (69.)
 L. 11. §. 1. (100.)
De usufr. VII. 1.
 L. 3. pr. (102.)
 L. 9. §. 7. (85.)
 L. 13. §. 5. (87.)
 L. 15. §. 7. (88.)
 L. 16. (89.)
 L. 25. §. 7. (105.)
 L. 27. §. 4. 5. (90.)
 L. 58. pr. (86.)
Quib. m. ususfr. VII. 4.
 L. 1. pr. (101.)
De usufr. ea. rer. VII. 5.
 L. 5. §. 2. (94.)
Si usufr. VII. 6.
 L. 5. pr. (98.)
De usu VII. 8.
 L. 1. §. 1. (91.)
 L. 2. pr. (92.)
 L. 22. pr. (93.)
De serv. VIII. 1.
 L. 8. pr. (82.)
 L. 15. §. 1. (74.)
 L. 20. (75.)
De serv. p. urb. VIII. 2.
 L. 4. (84.)
 L. 6. (79.)
 L. 20. pr. (78.)
 L. 32. §. 1. (80.)
Comm. praed. VIII. 4.
 L. 13. pr. (81.)
Si serv. VIII. 5.
 L. 6. §. 1. (96.)
 L. 8. §. 3. (97.)
 L. 10. pr. (108.)
Ad L. aquil. IX. 2.
 L. 31. (164.)
 L. 33. §. 1. (203.)
 L. 40. (205.)
Fin. reg. X. 1.
 L. 1. (265.)
Fam. herc. X. 2.
 L. 25. §. 16. (266.)
 L. 29. (137.)
Comm. div. X. 3.
 L. 10. pr. (267.)
Ad exh. X. 4.
 L. 3. §. 15. (16.)
 L. 6. (39.)
 L. 19. (321.)
De reb. cred. XII. 1.
 L. 3. (249.)
 L. 4. pr. (320.)
 L. 5. (158.)
 L. 11. §. 1. (246.)
 L. 14. (250.)
 L. 15. (247.)
 L. 23. (47.)
De in l. jur. XII. 3.
 L. 2. §. 1. (172.)
 L. 3. (174.)
 L. 4. §. 2. (173.)
De c. c. dat. XII. 4.
 L. 3. §. 2. (254.)
 L. 5. pr. (255.)
 L. 16. (230.)
De cond. ind. XII. 6.
 L. 6. pr. (307.)
 L. 15. §. 1. (306.)
 L. 26. §. 3. (298.)
 L. 26. §. 12. (296 b.)
 L. 28. (223.)
 L. 29. (304.)
 L. 30. (221.)
 L. 38. pr. (297.)
 L. 40. pr. (300.)
 L. 44. (303.)
 L. 60. pr. (222.)
 L. 64. (299.)
 L. 65. pr. (269.)
 L. 65. §. 2. (193.)
 L. 65. §. 7. (296 c.)
 L. 65. §. 8. (305.)
 L. 65. §. 9. (301.)
De cond. furt. XIII. 1.

- L. 7. §. 2. (289.)
 L. 8. pr. (291.)
 L. 17. (292.)
 L. 20. (290.)
De eo q. c. loc. XIII. 4.
 L. 4. §. 1. (156.)
Commod. XIII. 6.
 L. 5. §. 2. (166.)
 L. 18. pr. (245 a.)
De pignor. act. XIII. 7.
 L. 13. §. 1. (328.)
 L. 29. (120.)
 L. 41. (125.)
De Scto Mac. XIV. 6.
 L. 3. §. 4. (6.)
De compens. XVI. 2.
 L. 4. (220.)
 L. 6. (216.)
 L. 14. (217.)
Deposit. XVI. 3.
 L. 1. §. 11. (318.)
 L. 32. (165.)
Mandati. XVII. 1.
 L. 6. §. 2. (312.)
 L. 6. §. 4. (308.)
 L. 8. §. 6. (309.)
 L. 10. §. 5. (316.)
 L. 18. (313.)
 L. 20. §. 1. (311.)
 L. 41. (314.)
 L. 57. (319.)
Pro soc. XVII. 2.
 L. 17. §. 1. (263.)
 L. 30. (256.)
 L. 52. §. 2. (259.)
 L. 60. pr. (258.)
 L. 68. pr. (261.)
 L. 72. (260.)
 L. 74. (257.)
 L. 82. (262.)
De contr. emt. XVIII. 1.
 L. 1. pr. (225.)
 L. 10. (191.)
 L. 11. §. 1. (188.)
 L. 14. (189.)
 L. 16. pr. (226.)
 L. 25. §. 1. (229.)
 L. 34. §. 4. (227.)
 L. 45. (192.)
 L. 62. §. 2. (237.)
De peric. XVIII. 6.
 L. 2. §. 1. (236.)
 L. 3. (235.)
 L. 11. (163.)
 L. 19. (171.)
De act. em. XIX. 1.
 L. 11. §. 2. (228.)
 L. 5. §. 1. (194.)
 L. 21. §. 3. (170.)
 L. 50. (232.)
Locati XIX. 2.
 L. 13. §. 11. (245.)
 L. 22. §. 1. (239.)
 L. 25. §. 7. (240.)
 L. 36. (241.)
 L. 52. (190.)
De aestim. XIX. 3.
 L. 1. §. 1. (253.)
De prae. v. XIX. 5.
 L. 1. §. 1. (251.)
 L. 5. (252.)
 L. 11. (204.)
 L. 25. (296 d.)
De pign. XX. 1.
 L. 1. pr. (123.)
 L. 1. §. 2. (118 a.)
 L. 18. (119.)
 L. 21. §. 1. (126.)
 L. 27. (147.)
 L. 31. (36.)
Qui p. in p. XX. 4.
 L. 2. (139.)
 L. 3. §. 2. (122.)
 L. 7. §. 1. (129.)
 L. 8. (131.)
 L. 9. §. 3. (127.)
 L. 11. §. 2. (128.)
 L. 12. §. 4. (140.)
 L. 14. (121.)
 L. 21. §. 1. (132.)
De dist. p. XX. 5.
 L. 2. (136.)
 L. 5. §. 1. (134.)
 L. 6. (135.)
 L. 7. §. 2. (32.)
Q. m. p. XX. 6.

- L. 6. pr. (144.)
 L. 9. §. 1. (142.)
 L. 10. §. 1. (130.)
 L. 12. pr. (141.)
 L. 12. §. 1. (138.)
 L. 13. (146.)
De aed. Ed. XXI. 1.
 L. 31. §. 11. (233.)
 L. 31. §. 20. (333.)
 L. 48. §. 8. (334.)
De evict. XXI. 2.
 L. 2. (332.)
 L. 37. pr. §. 1. (331.)
 L. 41. pr. (330.)
De exc. r. v. XXI. 3.
 L. 2. (71.)
 L. 3. §. 1. (70.)
De usur. XXII. 1.
 L. 1. pr. (176.)
 L. 1. §. 3. (175.)
 L. 17. §. 4. (160.)
 L. 32. pr. (157.)
De rit. nupt. XXIII. 2.
 L. 1. (336.)
 L. 5. (342.)
 L. 21. (340.)
 L. 22. (341.)
 L. 33. (273.)
De jur dot. XXIII. 3.
 L. 6. §. 2. (348.)
 L. 7. pr. §. 1. (351.)
 L. 17. pr. (357.)
 L. 20. (346.)
 L. 21. (343.)
 L. 22. (344.)
 L. 23. (345.)
 L. 25. (54.)
 L. 26. (55.)
 L. 27. (56.)
 L. 54. (58.)
 L. 75. (350.)
 L. 76. (347.)
De pact. dot. XXIII. 4.
 L. 5. pr. (374.)
 L. 12. §. 1. (368.)
 L. 16. (369.)
 L. 20. §. 1. (371.)
 L. 21. (53.)
 L. 28. (359.)
 L. 31. (360.)
De fund. dot. XXIII. 5.
 L. 16. (349.)
De don. int. v. XXIV. 1.
 L. 9. §. 2. (361.)
 L. 10. (362.)
 L. 15. pr. (365.)
 L. 25. (367.)
 L. 26. pr. (18.)
 L. 28. §. 2. (364.)
 L. 33. §. 1. (366.)
 L. 44. (363.)
De div. XXIV. 2.
 L. 5. (354.)
Sol. mat. XXIV. 3.
 L. 7. §. 1. (352.)
 L. 22. §. 1. (353.)
 L. 24. §. 5. (358.)
 L. 29. pr. (372.)
De test. tut. XXVI. 2.
 L. 12. (383.)
 L. 13. (384.)
 L. 14. (385.)
De adm. et per. XXVI. 7.
 L. 2. pr. (180.)
 L. 10. (388.)
 L. 32. §. 6. (387.)
 L. 33. pr. (389.)
 L. 50. (390.)
De tutel. XXVII. 3.
 L. 1. pr. (386.)
 L. 9. §. 1. (382.)
Qui test. fac. XXVIII. 1.
 L. 5. (27.)
De injusto XXVIII. 3.
 L. 12. pr. (409.)
 L. 17. (410.)
De cond. inst. XXVIII. 7.
 L. 15. (196.)
Test. q. a. m. ap. XXIX. 3.
 L. 1. (272.)
De leg. XXX.
 L. 34. §. 12. (402.)
 L. 108. §. 12. (167.)
De leg. 2. XXXI.
 L. 41. pr. (401.)
De leg. 3. XXXII.

- L. 49. §. 4. (337.)
 De dot. prael. XXXIII. 4.
 L. 1. p. §. 1. (370.)
 De alim. leg. XXXIV. 1.
 L. 14. §. 3. (83.)
 De reg. Cat. XXXIV. 7.
 L. 1. pr. (400.)
 De condic. XXXV. 1.
 L. 24. (14.)
 Ad leg. Fal. XXXV. 2.
 L. 22. pr. (399.)
 L. 86. (403.)
 L. 91. (404.)
 Quando d. XXXVI. 2.
 L. 5. §. 5. (406.)
 De b. p. c. t. XXXVII. 4.
 L. 12. §. 1. (411.)
 De obs. par. XXXVII. 15.
 L. 2. pr. (10.)
 De op. n. n. XXXIX. 1.
 L. 1. §. 16. 17. 18. (322.)
 L. 5. §. 10. (323.)
 L. 15. (99.)
 De dam. inf. XXXIX. 2.
 L. 6. (280.)
 L. 7. §. 2. (286.)
 L. 8. (287.)
 L. 9. §. 3. (288.)
 L. 15. §. 26. 27. (115.)
 L. 21. (282.)
 L. 26. (281.)
 L. 27. (285.)
 L. 33. (283.)
 L. 34. (284.)
 L. 38. pr. (234.)
 De donat. XXXIX. 5.
 L. 9. §. 2. (277.)
 L. 18. pr. (279.)
 De ad. r. d. XLI. 1.
 L. 20. pr. (52.)
 L. 31. pr. (59.)
 L. 53. (1.)
 De a. v. a. p. XLI. 2.
 L. 3. §. 13. (24.)
 L. 18. pr. (21.)
 De usurp. XLI. 3.
 L. 4. §. 29. (106.)
 L. 5. (66.)
 L. 6. (25.)
 L. 7. (26.)
 L. 10. §. 1. (107.)
 L. 16. (17.)
 L. 27. (64.)
 L. 44 §. 5. (118.)
 Pro emt. XLI. 4.
 L. 11. (65.)
 Pro Don. XLI. 6.
 L. 1. §. 2. (20.)
 De re jud. XLII. 1.
 L. 13. §. 1. (154.)
 Quor. bon. XLIII. 2.
 L. 1. pr. (415.)
 De vi. XLIII. 16.
 L. 1. §. 9. 10. (19.)
 De it. ac. pr. XLIII. 19.
 L. 1. §. 6. (76.)
 L. 7. (77.)
 De arb. caed. XLIII. 27.
 L. 1. p. §. 1. 2. (323 a.)
 L. 1. §. 7. 8. 9. (323 b.)
 L. 2. (323 c.)
 De gl. leg. XLIII. 28.
 L. 1. pr. (323 d.)
 De exc. r. j. XLIV. 2.
 L. 7. §. 4. (1 a.)
 L. 11. §. 5. (3.)
 L. 14. §. 2. (2.)
 L. 30. §. 1. (143.)
 De div. t. praes. XLIV. 3.
 L. 2. (28.)
 De dol. exc. XLIV. 4.
 L. 4. §. 3. (275.)
 L. 4. §. 13. (209.)
 L. 4. §. 27. (178.)
 L. 4. §. 31. (208.)
 L. 4. §. 32. (73.)
 L. 4. §. 33. (295.)
 De o. et a. XLIV. 7.
 L. 1. §. 7. 8. (329.)
 L. 3. pr. (148.)
 L. 11. (179.)
 L. 17. (211.)
 L. 43. (398.)
 L. 46. (182.)
 L. 57. (187.)
 De verb. ob. XLV. 1.

- L. 13. §. 1. (155.)
 L. 41. §. 1. (195.)
 L. 75. §. 10. (231.)
 L. 101. (396.)
 L. 137. §. 2. (164 a.)
 L. 137. §. 4. (169.)
 L. 138. §. 1. (155.)
 L. 141. §. 2. (397.)
De fidej. XLVI. 1.
 L. 10. §. 2. (379.)
 L. 16. §. 4. (153.)
 L. 56. §. 1. (381.)
De nov. XLVI. 2.
 L. 11. pr. (214.)
 L. 29. (213 a.)
De solut. XLVI. 3.
 L. 38. pr. (212.)
 L. 61. (210.)
 L. 76. (177.)
 L. 93. pr. (215.)
 L. 95. §. 4. (151.)
De accept. XLVI. 4.
 L. 19. §. 1. (213.)
R. rem hab. XLVI. 8.
 L. 8. §. 1. (224.)
De tig. j. XLVII. 3.
 L. 1. §. 2. (324.)
De injur. XLVII. 10.
 L. 18. pr. (325.)
Ad 1. Cor. de s. XLVIII. 8.
 L. 2. (378.)
De ju. fis. XLIX. 14.
 L. 28. (133.)
De v. sign. L. 16.
 L. 103. (12.)
De reg. jur. L. 17.
 L. 23. (168.)
 L. 27. (201.)
 L. 45. §. 1. (200.)
 L. 53. (302.)
 L. 66. (150.)
 L. 84. §. 1. (149.)
 L. 116. pr. (184.)
 L. 151. (206.)
 L. 153. (22.)
 L. 161. (13.)
C. Codex.
De pact. II. 3.
 L. 20. (61.)
De transa. II. 4.
 L. 38. (270.)
De in int. rest. m. II. 22.
 L. 3. (395.)
In q. c. in int. II. 41.
 L. 3. (162.)
 L. 5. (5.)
De inoff. test. III. 28.
 L. 27. (11.)
De rei vind. III. 32.
 L. 22. (49.)
De usufr. III. 33.
 L. 16. §. 1. (113.)
De serv. III. 34.
 L. 1. (109.)
 L. 2. (110.)
 L. 13. (114.)
Fam. herc. III. 36.
 L. 24. (405.)
Comm. ut jud. III. 38.
 L. 3. (264.)
Fin. reg. III. 39.
 L. 5. (62.)
 L. 6. (63.)
De cond. ob c. d. IV. 6.
 L. 3. (30.)
De compens. IV. 31.
 L. 2. (218.)
Mand. IV. 35.
 L. 13. (315.)
 L. 21. (315 a.)
De resc. vend. IV. 44.
 L. 10. (185.)
De act. emt. IV. 49.
 L. 5. (161.)
De reb. al. non al. IV. 51.
 L. 1. (48.)
 L. 7. (33.)
Locati. IV. 65.
 L. 3. (244.)
 L. 25. (242.)
 L. 28. (243.)
De don. a. nupt. V. 3.
 L. 18. (375.)

De nupt. V. 4.	L. 1. (23.)
L. 17. (338.)	De praesc. XXX. VII. 39.
De dot. prom. V. 11.	L. 3. (4.)
L. 4. (307 a)	L. 8. pr. §. 1. (61 a)
De jur. dot. V. 12.	De praecar. VIII. 9.
L. 6. (356.)	L. 1. (116.)
L. 12. (57.)	Si al. res. VIII. 16.
Sol. mat. V. 18.	L. 5. (124.)
L. 4. (355.)	L. 6. (117.)
Arb. tut. V. 51.	De luit. pig. VIII. 31.
L. 7. (386 a.)	L. 2. (145.)
De cur. fur. V. 70.	De contr. et comm. st. VIII. 38.
L. 7. §. 3. (414.)	L. 10. (181.)
Qui admitti. VI. 9.	L. 12. (159.)
L. 9. (412.)	De inut. stip. VIII. 39.
Unde lib. VI. 14.	L. 2. (202.)
L. 3. (408.)	De revoc. don. VIII. 56.
De cod. VI. 36.	L. 8. (278.)
L. 1. (407.)	De injur. IX. 35.
De adq. poss. VII. 32.	L. 5. (326.)

II. CORP. JUR. CAN.

Decret. Grat.
c. 3. C. 3. qu. 1. (296 a.)