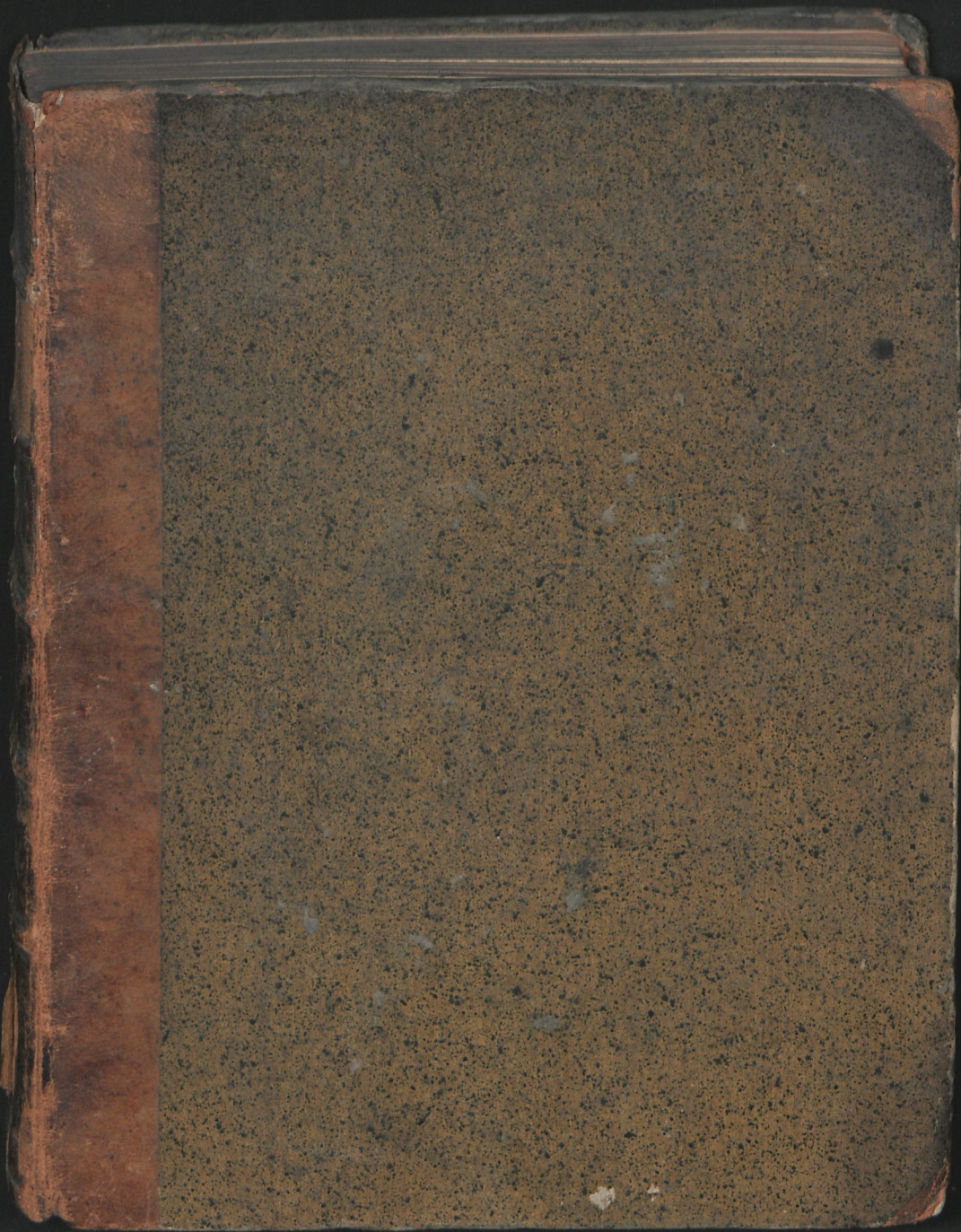






Amicus

4. 7989

Johann Christian Edlen von Quistorps,
des heil. Römischen Reichs Ritters, weyland Königl. Schwedischen Ober:Apella-
tions: Rathes, auch ordentlichen Besizers beym Bismarschen hohen Tribunal
und Ober: Appellations: Gericht in Sr. Königl. Majestät
von Schweden teutschen Staaten

Rechtliche Bemerkungen

aus allen Theilen

der

Rechtsgelahrtheit,

besonders für practische

Rechtsgelehrte.

Zweyter Theil;

nach des Verfassers Tode

aus

dessen hinterlassenen Papieren

herausgegeben

von

D. Georg Wiese

Fürstl. und Gräfl. Neuplainschen gemeinschaftl. Hof- und Regierungs- Rath, auch
Besizers des gemeinschaftlichen Consistorii und Mitansseher
des Gymnasii zu Gera.

Leipzig, 1798.

bey Johann Benjamin Georg Fleischer.

Das Buch ist Eigentum der
Bibliothek der Universität
Sachsen-Anhalt
Magdeburg

Stücknummer
101101
und
des
Verlags

des
Verlags

Das Buch ist Eigentum der
Bibliothek der Universität
Sachsen-Anhalt
Magdeburg



V o r r e d e

des Herausgebers.

Nach dem im Jahr 1795. erfolgten Tode des berühmten Verfassers der nachfolgenden rechtlichen Bemerkungen fand sich unter dessen Papieren die ausgearbeitete Handschrift zur Fortsetzung derselben, welche für mehr als einen Theil hinreichte. Da sowohl dessen hinterlassene Frau Wittve die Vortheile der Herausgabe zu genießen wünschte, als auch der Verleger des ersten Theils, da solcher nicht ohne Beyfall geblieben, sich zur Uebernahme dieser Fortsetzung bereitwillig zeigte, so ward mir, als einem Verwandten des Verstorbenen, die Besorgung dieser Fortsetzung angetragen und ich übernahm dieselbe um so williger, als ich theils die Handschrift schon fast ganz ausgearbeitet fand, theils mir die einzelnen Aufsätze ihres Verfassers und der weitem Bekanntmachung würdig zu seyn schienen.

Wenn dieses also, wie ich glaube, wirklich der Fall ist, und die practische Rechtsgelahrtheit dadurch einigen Gewinn erwarten darf; so ist das Verdienst davon doch auf meiner Seite sehr gering, da ich nur die Durchsicht und Anordnung beschafft habe, und die wenigen von mir hinzugefügten An-

Anmerkungen den innern Werth des Ganzen wenig erhöhen dürften, da sie weder zahlreich noch ausführlich sind, sondern nur Berichtigungen in Nebepuncten oder kurze hingeworfene Zweifel enthalten, welche die Aufmerksamkeit der Leser etwa zu weiterer Untersuchung reizen könnten. Ich muß also alles wirkliche Verdienst hiebei dem verstorbenen Verfasser zurückgeben; so wie ich mich auch wegen keines hauptsächlichlichen Tadels verantwortlich machen kann.

Uebrigens bemerke ich noch, daß das hohe Wißmarsche Tribunal die Handschrift dieses zweyten Theils von Einem seiner ansehnlichen Mitglieder durchsehen lassen, um daraus alles wegzustreichen, was durch namentliche Anführung streitender Partheyen oder ausdrücklichen Bezug auf die angenommene Meinung und den Ausspruch dieses hohen Gerichtshofes unterstützt seyn möchte. Es kommt mir nicht zu, in eine Untersuchung der Gründe einzugehen, welche dieses berühmte Tribunal zu diesem Verfahren veranlaßt; es ist dies aber der Grund, weshalb die ausdrücklichen Beziehungen auf den Ausspruch dieses illustren Gerichtshofes in gegenwärtigem Theile fehlen, obgleich sie bey den mehresten Bemerkungen zum Grunde liegen, und also insofern wirklich darauf gebaut sind.

Das jetzt hinzugefügte Inhaltsverzeichnis über die in beyden Theilen bearbeiteten Materien schien mir zweckmäßiger als das beym ersten Theil befindliche alphabetische Register und ich wünsche hiedurch dem Leser und Besizer des Ganzen möglich geworden zu seyn, und dessen Beyfall zu erhalten.

Geschrieben Gera im März 1798.

Inhalts-

Inhaltsverzeichnis

des ersten Theils

der rechtlichen Bemerkungen.

	Seite
I. Von Verweisen und Weisungen.	1.
II. Ueber den Vorzug des alten Pächters vor dem Neuen.	22.
III. Wieferne einem Frauenzimmer bey Bürgschaften ohne Renunciation des <i>Soci Vellej.</i> die vorherige Kenntniß ihrer weiblichen Geschlechter rechtseame nachtheilig sey?	28.
IV. Ob aus dem Besitz der erbsehaftlichen Güter sicher auf eine Immiſſion zu schließen ſiehe.	37.
V. Die Gebauung, Wiederherstellung und Veränderung einer Mühle auf eigenem Grund und Boden erfordert gewöhnlich keinen laus desherlichen Consens.	39.
VI. Ueber die Befugniß eines Gerichts, den ihm wiederfahrenen Unſchlupf ſofort zu beſtrafen.	42.
VII. Einem	

- VII. Einem Producenten steht frey, wenn kein Beweisstermin vorges-
schrieben, auch nach erdneten Zeugenrotul bis zum Beschluß
der Sache sich auf Urkunden zu berufen. Seite 54.
- VIII. Ueber den Vorzug des Kindergeldes im Concurse nach lüb. schen
Recht. 57.
- IX. Ob bey Testamenten, insbesondere unter Eheleuten, die Andring-
lichkeit des Erben, oder dem Erblasser nachhin erwiesene able-
Behandlung das Testament ungültig mache? 68.
- X. Ob bey Subhastationen eine addictio in diem tacita anguneh-
men sey? 70.
- XI. Ausnahme von der Regel, daß jeder Zeuge besonders zu verneh-
men sey. 71.
- XII. Wann die Hofwehr eine Lehnspertinenz anzusehen? 73.
- XIII. Einem Sunftgenossen, der in der Vorstadt wohnt, ist die Aus-
übung des Handwerks nicht zu wehren. ibid.
- XIV. Die Zinsen richten sich nach der Zeit der Cession des Capitals. 74.
- XV. Bloße Schiffschedereyen und Schiffsbauten sind nicht als aus-
schließliches kaufmännisches Verkehre zu betrachten. 75.
- XVI. Ueber den Gebrauch der Edictal Citation gegen einen Abwesens-
den um ihn für todt zu erklären nach gemeinem Recht. 76.
- XVII. Wer einem Sachwalde den Prozeß seines Dienstboten aufträgt,
muß für die Bezahlung des ersten Haftens, wenn er sich gleich
nicht dafür verbürgt. 84.
- XVIII. Ueber den Reichspfennig und dessen Größe bey ungebührlicher
Veränderung des Reichstalers. 85.
- XIX. Ueber Frachten und Kajüten Geld bey Schiffen. 88.
- XX. Eine im gerichtlichen Protocoll festgesetzte Hypothek ist der zu Stadt-
buch verzeichneten gleich zu achten. 90.
- XXI. Eine öffentliche Ladung ist denen unnachtheilig, welche ihr
Recht mittelst einer Exception gültig machen können. 91.
- XXII. Ueber die Befugniß der Schlächter mit Schlachtersieh zhan-
deln. 92.
- XXIII. Ueber die Correalität der Mitschuldigen in Hinsicht auf den
Kostenersatz. 93.
- XXIV. Ueber die Anwendung des L. 13. §. 7. D. locati. 102.
- XXV. Ob eine Ehefrau mit einer Klage über Unvermögenheit
des Mannes noch zu hören, wenn die Ehe bereits einige Jahr-
re gedauert haben sollte. 103.
- XXVI. Ueber die Genugthuung der ob adulterium mariti geschieder-
nen Frau nach lüb. schen Recht. 104.
- XXVII. Die Litisdennunciation ist auch in der Appellations Instanz
zulässig. 105.

XXVIII. Die

- XXVIII. Die hypotheca tacita pupilli in bona tutoris erstreckt sich auf des Lehren ante tutelam contrahierte Activa pupilli. 107.
- XXIX. Kann ein Sachwalder in seinen Advocaturgeschäften sich seines Bruders als Notarii bedienen? 109.
- XXX. Vom Iuramento quantitatis. 111.
- XXXI. Zu einer Säusuchung bey gewissen Personen und Orten bedarf es nicht allemal halben Beweises. 122.
- XXXII. Eine mittelbare Stadtrobrigkeit kann ihren temporären Judenschutz nur bey einheimischen, nicht bey fremden Juden ausüben. 127.
- XXXIII. Ueber die richterliche Bestimmung einzelner Zahlungstermine. 129.
- XXXIV. Ein Pächter kann den Prediger wegen unstreitiger Pfarrgerechtsame nicht an seinen Verpächter verweisen. ibid.
- XXXV. Auf Gewerks, Rollen ist sodann kein Betracht zu nehmen, wenn sie überflüssige Beweise der Geschäftlichkeit zum Meistern werden erfordern. 130.
- XXXVI. Nützliche Voricht bey Eheverträgen. 131.
- XXXVII. Ob man einem Fiscal die von ihm beygetriebene Geldbuße mit der Wirkung einer völligen Befreyung von aller künftigen Ansprache auch auszahlen könne? 133.
- XXXVIII. Wenn solche Concurs. Gelder aus dem gerichtlichen Gewahrsam zufallen, die einem gewissen Gläubiger schon zugesprochen waren, der aber bey der Auszahlung der Gelder selbst nicht auszumachen ist? 136.
- XXXIX. Ob bey dem, einem flüchtig gewordenen Schuldner zu ertheilenden sichern Geleite der Widerspruch einzelner Gläubiger von Einfluß sey? 137.
- XL. Nützliche Voricht bey Abhörung von Zeugen, die noch nicht zum Abendmal gewesen. 138.
- XLI. Ob der Mangel eines Lehrbriefs allein der Aufnahme eines Meisters oder Gefellen entgegen sey? ibid.
- XLII. Eine verpfändete Schuldverschreibung ist als ein Faustpfand zu betrachten. 140.
- XLIII. Ob Schutz: Juden auf die Rechte eines handhabenden Pfandes Anspruch machen können? 145.
- XLIV. Von einem Vermächtniß, woben in Hinsicht der Religion des Legatarii etwas bedungen ist. 147.
- XLV. Die Exceptio Agitationis ad causam liberirt von der Pflicht der Lit. Contest. ibid.
- XLVI. Wie ein Arrest auf Schiffe anzulegen. 149.
- XLVII. Einem Käufer steht in der Regel nicht frey, mehrere Sicherheit vom Verkäufer, als bey Schließung des Kaufs bedungen, zu verlangen. 150.
- XLVIII. Die

- XLVIII. Die Direction einer Zahlenlotterie ist nicht verbunden einen Gewinn zu zahlen, der auf eine vor der Ziehung gestrichene Nummer gefallen ist. 151.
- XLIX. Ueber Schad-n und Kosten die in einem rechtskräftigen Urtheil übergegangen worden. 152.
- L. Einige Fälle, da ohne vorgängiges *Juram*, im litem die Größe des Schadens sofort von Gerichtswegen bestimmt werden kann. 156.
- LI. Ob ein Bräutigam der von seiner Braut wider ihn angestellten Eheklage entgegen setzen könne, daß ihm von ihren Eltern noch gewisse Versprechen bey der Verheyrathung nicht erfüllt worden? 159.
- LII. Von dem Unterschied des *beneficium competentiae* das Jemand aus eignen und aus dem Rechte eines Dritten zusteht. 161.
- LIII. Einschränkung des stillschweigenden Pfandrechts der Städte in den Gütern ihrer Administratoren. 162.
- LIV. Folgen der Absolution vor der Instanz in Civilsachen wegen der Kosten. 163.
- LV. In wieferne das väterliche Verbot, eine gewisse Person zu heirathen noch nach des Vaters Tode das Kind verbindet. *ibid.*
- LVI. Ob eine Parthey oder Sachwalt sich gerichtliche Acten zum Zweck einer nachzusuchenden Belehrung von einer Juristen Facultät ausbitten könne. 175.
- LVII. Ueber Geldbußen, die einem jeden Gericht anheimfallen. 178.
- LVIII. Ob es bey Berechnung der Beweisfrist auf die erfolgte Zurücksendung der Acten vom Obergerichte ankomme? 184.
- LIX. Ausnahmen von der Regel, daß zwar dem Kläger, nicht aber dem Beklagten die Führung des Beweises zum ewigen Gedächtniß frey zu lassen. 192.
- LX. Vom Zeugniß eines Gerichtsbedienten in einer Privat Angelegenheit. 194.
- LXI. Ob eine Krämersfrau, deren Mann nach den Concurss entsetzt, oder die von ihrem Mann geschieden, oder die Tochter oder Schwester desselben, oder eines Mädlers dessen Geschäfte fortzuführen befugt sey? *ibid.*
- LXII. Ueber den Vorzug der unzinnsbaren Anleihen nach Läßschen Recht. 202.
- LXIII. Einschränkung des Sages, daß ein Ehemann nicht auf Scheidung wegen Ehebruchs klagen kann, wenn er selbst Veranlassung gegeben. 211.
- LXIV. Ausnahme, wo auch nach Läßschen Recht im Concurse mehr als eines Jahres Zinsen zugestilligt zu werden pflegen. 213.
- LXV. Nichtgebrauch der redhibitorischen Klage bey den Franzosen des Rindviehs. 214.
- LXVI. Eine

- LXVI. Eine Kündigung muß, wo nicht vor, doch am Tage des vertragmäßigen Termins geschehen. 218.
- LXVII. In wie ferne die Präsumtion wider den Pächter sey? 218.
- LXVIII. Die Einrichtung der Corsumhre liegt dem Verpächter ob. 219.
- LXIX. Ueber Ehecheidung und Trennung von Tisch und Bett wegen Lebens- Nachstellung und ungebührlichen Betragens der Eheleute. ibid.
- LXX. Fälle, wo die *Ignorantia facti proprii* entschuldigt. 224.
- LXXI. Ueber das Zeugniß eines Denunciantis in peinlichen oder Räu gesachen. 226.
- LXXII. Pfarrer und andern Kirchenbedienten pflegen die Prozeßkosten, die sie wegen ihrer Pfarrehebungen und Amtsgebühren verwenden müssen, aus Kirchenmitteln bestanden zu werden. 233.
- LXXIII. Ob und wieferne die *Condictio indebiti* sich auch auf Zinsen erstreckt? 235.
- LXXIV. Der Vorzug des unterschlagenen Depositi nach Lüsschen Recht findet beim Deposito irregulari nicht Statt. 249.
- LXXV. Fälle, wo ein Handwerk ohne Gesellen und Lehrlingen zu treiben ist. 250.
- LXXVI. Beobachtungen über die Genugthung geschwächter Personen. 251.
- LXXVII. Ueber die Compensation der Kosten bey Prozeßsen. 259.
- LXXVIII. Ueber Ausbesserungs- und Erhaltungskosten, die Prediger und andere Kirchenbediente an ihre Pfarregebäude verwenden. 269.
- LXXIX. Von Schuldscheinen in des Schulners Händen und dem Beweis dadurch der geschehenen Zahlung. 273.
- LXXX. Wann die Anlegung eines neuen Wirthshauses oder einer Schenke landesherliche oder obrigkeitliche Erlaubniß erfordere? 278.
- LXXXI. Ein Vormund kann von Rechtswegen nicht verlangen bey der Ernennung eines Mit- oder kriegerrischen Vormunds gefragt zu werden. 280.
- LXXXII. Wann ein Kind, ob translationem heredit. für lebendig zu achten? ibid.
- LXXXIII. Ob derjenige, der bey einem Füscher hatte arbeiten lassen, mit dem Verlust der Materialien zu bestrafen sey? 282.
- LXXXIV. Ob der Aufenthalt der Wanzen in einem Hause den Kauf oder Tausch aufheben könne. 284.
- LXXXV. Ueber Eidbußen ad plas causas. ibid.
- LXXXVI. Mittel wider die Soenische Cautel. 303.
- LXXXVII. Ueber das Gebot eines Testators sein Testament noch eine Zeitlang uneröffnet zu lassen. 305.
- LXXXVIII. Ein Mittel zur Cautio *de iudicio fisci et indicatum solvi* anzubalten. 307.
- LXXXIX. Einige Beobachtungen über Bürgschaften. ibid.

XC.	Ob dem Vater der Niesbrauch des Pflichttheils von der Mutter oder mütterlichen Ascendenten genommen werden könne?	317.
XCI.	Zur Erledigung der except. laesionis ultra dimidium bedarf es gerade keines eidlischen Verzichts.	321.
XCII.	Ueber das Vorrecht des Armen: Geldes nach Läßchem Recht.	322.
XCIII.	Ueber Annahme der Schenkungen von Todeswegen.	335.
XCIV.	Die Erhebung der Stipendien ist auf die Studierzeit zu beschränken.	337.
XCV.	Ueber die Zulässigkeit der Appellation nach 3 conformen Urtheilen.	338.
XCVI.	Bei den den Aeltern gereichten Alimenten findet keine Präsumtion der Schenkung gegen die Geschwister statt.	341.
XCVII.	Ob und wann die unterlassene Versteigerung bey Verpachtung von Stadtgütern eine Nichtigkeit mit sich führe	343.
XCVIII.	Vor welchen Richter gehört der Streit über Lehnbarkeit einer Hufe.	347.
XCIX.	Ob ein neuer Amtsmeister eine vor seiner Aufnahme geschähe: ne Veräußerung vom Amtsvermögen anfechten könne?	348.
C.	Ob die actio de receptis auch auf casuellen Schaden gehe?	354.
CI.	Ueber Entschädigung der Wittwe und Kinder eines Getödteten.	357.
CII.	Handwerksarbeiten kann Jeder für sich verrichten.	361.
CIII.	Ob eine Parthey wegen Nachlässigkeit des Sachwalers contra rem iudicatam in integrum zu restituiren sey?	363.
CIV.	Ueber Berechnung des Termins zum Gegenbeweise.	366.
CV.	Wie ferne der Consensus tacitus parentum zur Verlobung genüge?	373.
CVI.	Ob noch jetzt usurae centesimae vom Vormunde zu zahlen seyn?	374.
CVII.	Ueber den Begriff des Dienstlohns.	376.
CVIII.	Ob die Uebergabe des Connossements iura pignoris gebe?	377.
CIX.	Gegen Kunstverständige bedarf es keiner iuram. perborresc.	391.
CX.	Von Zinsen ultra alterum tantum.	393.
CXI.	Ob rückständige Zinsen bey der Appellationssumme zu berechnen seyn?	396.
CXII.	Ob ein obligatus ad evictionem sich mit einer allgemeinen Bekanntmachung des Prozesses genügen müsse?	399.

Inhaltsverzeichnis

des

zweiten Theils

der rechtlichen Bemerkungen.

- | | |
|--|---------|
| I. Ueber muthmaßliche Verbrechen. | Seite 1 |
| II. Ueber die Gültigkeit eines Reverses, den ein Candidat vor Erhaltung der Pfarre an seinen Patron ausstellt. | 16. |
| III. Ausnahmen von der Regel, daß eine Pfändung in continenti geschehen müsse. | 19. |
| IV. Cons | |

(2

- IV. Conventional : Strafen wegen unrichtigen Abtrags der Zinsen pflegen von den Gerichten nicht gebilligt zu werden. Seite 20.
- V. Einem obrigkeitlich erklärten Verschwender verstattet man nach römischen und deutschen Rechten nicht ein Testament zu machen. 21.
- VI. Ausnahmen von der Regel, daß schon der Besitz unbeweglicher Güter ohne besondere Verhypotheccirung derselben von der Cautionsleistung befreiet. 23.
- VII. Die Stimme eines Gläubigers, wenn er gleich Käufer eines zur Schuldmasse gehörigen Grundstücks ist, muß beym Concurse und in Angelegenheiten desselben mitgezählt werden. 24.
- VIII. Ueber die Art der Klage, die einem Käufer wider den Mieths mann, der bey noch nicht abgelaufener Miethzeit nicht räumen will, zusteht. 26.
- IX. Curanden können bey ihren Klagen wider ihre Vormünder unter gewissen Einschränkungen einen Vorschuß der erforderlichen Kosten verlangen. 31.
- X. Die Befugniß eines Pfandgläubigers, das Jus Retentionis auch wegen anderer, am Schuldner habenden Ansprüche auszuüben, beschränkt sich nur auf ein solches Pfand, das der Gläubiger mittelst Vertrages in seinem Besitz hatte. 33.
- XI. Ueber den Mangel des Rechtsgrundes der Schuldverschreibung (causae debendi.) 37.
- XII. Von Arrestverhängungen ist es ohne Einfluß, daß derjenige, wider den Arrest gebeten wird, für seine Person sonst einer Grundobrigkeit unterworfen ist. 40.
- XIII. Die Eideszuschreibung mag, außerhalb Sachsen, auch eventuell mit dem Beweise durch Urkunden und zwar über eben denselben Gegenstand verbunden werden. 41.
- XIV. Ueber einige Fragen, die bey einem Fideicommiss vorkommen können, worin es dem eingesetzten Erben zur Pflicht gemacht worden, nach seinem Tode einer bestimmten Person dasjenige zu lassen, was übrig seyn werde. 44.
- XV. Ueber die Anwendbarkeit des Leg. unic. C. de studiis liberalibus. 59.
- XVI. Ob ein Testamentum reciprocum unter Eheleuten als ein eigentliches pactum successorium, besonders auch in der Maasse anzusehen sey, daß die Gläubiger und die Erben des verstorbenen Ehegatten sich darauf zur Erfüllung der von letzterem dem Ueberlebenden auferlegten Verbindlichkeiten berufen können? 60.
- XVII. Ob ein öffentlich bestellter Beamter oder Berechner, der eine rechte Quittung auf eine gewisse Summe Geldes gegeben, an noch

- noch zum Beweise des angeblich entweder überall nicht, oder doch zu wenig erhaltenen Geldes zuzulassen sey? Seite 63.
- XVIII. Ueber die Cautionem de non offendendo unter Eheleuten. 71.
- XIX. Ein Cessionarius kann sich auch wider einen Dritten gültig auf das Kaufmannsbuch des Cedenten berufen und dessen Vorlegung verlangen. 73.
- XX. Die Cessio bonorum giebt den Gläubigern an sich kein Eigentum. 75.
- XXI. Wann ist ein Kauf oder Pacht als in Pausch und Bogen abgeschlossen anzunehmen, und deshalb der Verkäufer oder Verpächter nicht zur Gewährleistung verbunden? 76.
- XXII. Ueber die Unterfägung der Unterfägung (suspensio ab officio) und den rechtlichen Gründen dazu. 80.
- XXIII. Handwerker und Fabrikanten können in der Regel zwar mit den von ihnen verfertigten Waaren handeln, nicht aber auch die dazu nöthigen rohen Materialien verkaufen. 99.
- XXIV. Ein in der untern Instanz strafflos gebliebenes oder doch nicht gehörig geahndetes Verbrechen kann dennoch in der höhern Instanz bestraft werden. 102.
- XXV. Einschränkung der Regel, wornach kein Vergleich über ein Testament bestehet, das noch nicht eröffnet worden. 103.
- XXVI. Leibeigene können für ihre Person zur Aufhebung einer Verlobung sich nicht auf den Mangel der Einwilligung ihrer Herrschaft berufen. 106.
- XXVII. Ob und inwieferne von auswärts belegten Capitalien Abfatzsgelder in dem Foro domicilii zu bezahlen sind? 107.
- XXVIII. Ein privilegiertes Testament mag nicht lediglich aus dem Grunde angefochten werden, weil der Testator seinen Vorsatz, solches fernerlich zu vollziehen, nicht ausgeführt hatte. 114.
- XXIX. Einschränkung des Grundsatzes, daß ein bloßes gerichtliches Zeugniß keine Gewohnheit beweise. 115.
- XXX. Ob in dem Fall, da der heres institutus innerhalb der Bedenzzeit über eine angefallene Erbschaft versterben sollte und ihm ein anderer substituirt worden, die Erben des directen Erben oder der Substituirt zur Erbschaft zuzulassen? 117.
- XXXI. Ob es dem Eigenthümer eines triftspflichtigen Grundstücks zu verwehren stehe, sein Land zum Kornbau zu gebrauchen? 120.
- XXXII. Der Lex Anastasiana ist nicht auf Forderungen, die im Concurse stehen, anzuwenden. 122.
- XXXIII. Der Fuzstzwang erstreckt sich auch auf Mebeuten, die von fremden Dritten oder vom ande hereingebracht werden. 123.
- XXXIV. Ob und wie ein abziehender Pächter wegen der vom Verpächter an ihn gemachten illiquiden Forderungen gehörige Sicherheit zu leisten habe? 124.

XXXV. Die

- XXXV. Die billige Erklärung des einen Theils in einem zum Versuch der Güte angesetzten Termin ist, unter den nöthigen Einschränkungen, auch wider Willen des andern Theils von Gerichte wegen zu bestätigen. Seite 126.
- XXXVI. Ausnahmen von der Regel, daß ein Eigenthümer seine bey einem Dritten befindliche Sachen unentgeltlich begehren könne. 127.
- XXXVII. Ob ein bey Lebzeiten des Vaters oder der Mutter abgetunsenes oder der Erbschaft entsagt habendes Kind bey der Berechnung des Pflichttheils mitzuzählen. 129.
- XXXVIII. Von einigen Handlungen, woraus auf die Antretung der Erbschaft und deren Folgen kein Schluß zu machen. 136.
- XXXIX. Ob die mit einem entführten Frauenzimmer durch priesterliche Einsegnung bereits vollzogene Ehe mit dem Entführer auf Verlangen der Mutter der Erstern wiederum zu trennen sey? 139.
- XL. Von Alimenter, die einer Wittve aus dem Concurse, der über ihres Mannes Vermögen entstenden, gebühren. 159.
- XLI. Was eigentlich bey den Vermächtnissen unter dem allgemeinen Titel von Mobilien zu begreifen sey? 161.
- XLII. Eine Pfändung die lediglich zur Erhaltung und und Vertheilung habender Rechte vorgenommen wird, darf sich nur auf ein oder anderes Haupt-Vieh einschränken. 168.
- XLIII. Ueber eine versprochene Zahlung nach Bequemlichkeit. 169.
- XLIV. Ein Sachwalder, der die gerichtliche Besorgung der Geschäfte seines Klienten einem Procurator aufgetragen hatte, wird in der Regel wegen der Procuraturgebühren nicht gehalten. 174.
- XLV. Der Beweis eines Vermächtnisses oder Fideicommisses, das sich auf mündliche Erklärung des Erblassers gegen den gegenwärtigen Erben gründet, mag außer der Eideszuschreibung auch durch andere Beweismittel geführt werden. 175.
- XLVI. Kirchen, Provisoren können eigenmächtig kein Pacht- oder Mietungsrecht auf Lebenszeit des Pächters gestatten. 177.
- XLVII. Ob derjenige, der vorhin in Possessorio obgesiegt hatte, demnächst aber in Petitorio unterliegt, zum Ersatz der erhobenen Nutzungen gehalten werde? 178.
- XLVIII. Ausnahmen von der Regel, daß die Aufforderung zur Vertretung (Litis denunciatio) dem nächsten und unmittelbaren Urheber geschehen müsse. 180.
- XLIX. Ueber die Frage, ob ein Blinder bey einem mündlich ausgesprochenen Testament Zeuge seyn kann? 182.
- L. Das den Pupillen, in Ansehung der Sachen, die mit ihrem Gelde angekauft worden, zustehende bevorzugte Pfandrecht ist billig von allen und jeden Minderjährigen zu verstehen. 185.

LI. Dem:

- LI. Demjenigen, dessen Vermögen mit Arrest beschlagen ist, müssen
daraus die Kosten, deren er zu seinem nothwendigen Unter-
halt bedarf, verabsolgt werden. Seite 187.
- LII. Ueber den Unterschied inter condemnationem ad opus publi-
cum et poenam operarum publicarum. 188.
- LIII. Ueber die exceptionem non impleti contractus. 190.
- LIV. Ueber den heutigen Gebrauch des L. 17. §. 5. D. de Vfuris. 197.
- LV. Ob unter einer Erbens; Einsetzung von Brüdern und Schwes-
tern und deren Kindern auch Halb; Brüder und Schwes-
tern und deren Kinder stillschweigend begriffen werden? 200.
- LVI. Ein Schutz; Jude bedarf dennoch auch der Erlaubniß der Städti-
schen Obrigkeit zum Ankauf eines Hauses, wenn er gleich
von der Landesregierung bereits eine Concession zur Erwer-
bung gewisser Grundstücke erhalten haben sollte. 205.
- LVII. Ob ein Pächter befugt sey, Zinsen auf seinen Vorschuß zu bez-
rechnen, wenn er sich gleich solche so wenig im Pacht; Contract
ausbedungen, als dem Verpachter eine Cämmniß in Auskehr-
ung der Vorstandselder zu Schulden käme? 207.
- LVIII. Ueber die Regel: Anweisung macht keine Zahlung; auch wie-
ferne eine Novation aus bloßen Handlungen zu schließen
sey? 216.
- LIX. Vom unbeeidigten Zeugniß der Adlichen. 229.
- LX. Ein Kaufmann kann sich wider seinen Gesellschafter zum Be-
weise einer an ihn habenden Forderung nicht füglich auf sein
Handlungsbuch berufen. 230.
- LXI. Ueber die Verbindung der Provocation ex Lege Diffamari
mit einer Injurienklage. 231.
- LXII. Etwas über Aufstands; und Accords; Bewilligung von Seiten
der Gläubiger. 234.
- LXIII. Wann es einem Verbrecher zu einiger Entschuldigung gerei-
che, daß anfänglich seine Absicht gut oder doch unschuldig
gewesen? 246.
- LXIV. Ein Erkenntniß auf Schadens; Ersatz berechtigt nicht zugleich,
auch auf die zugewilligte oder zuzubilligende Summe Zinsen
zu berechnen. 250.
- LXV. Die Entschädigungsklage darf dem Provocations; Prozeß nicht
eingemischt werden. 251.
- LXVI. Einschränkung des Sages, daß dem Cessionario der Beweis
obliege, wenn ihm die Exceptio Legis Anastasianae ge-
macht wird. 252.
- LXVII. Ob und wann ein Nachbar dem Andern den Weg über sei-
nen Acker zu gestatten, angehalten werden könne? 254.
- LXVIII. Auch einem Fiscal steht frey, pro Verba anzusetzen. 255.

LXIX. Ein;

- LXIX. Einschränkung der Regel: *Illiquidi cum Liquido non est Compensatio.* 257.
- LXX. Aus der bloßen Uebersendung der verlangten Waaren ist die Gebung des Credits noch nicht zu folgern. 258.
- LXXI. Es ist für keinen Einbruch in die bürgerliche Nahrung zu halten, wenn man sich diese oder jene Möbblen an einem andern Ort machen läßt, die auch von den Handwerkern der Stadt, worin man wohnt, gemacht werden können. 259.
- LXXII. Wann ein Dritter oder bloßer Pfandbesitzer des, einem Andern unterpfändlich verhafteten Grundstücks, bey einer wider ihn angestellten hypothecarischen Klage die auf die Reparatur und Ausbesserung verwandten Kosten verlangen könne? 262.
- LXXIII. Wider ungelehrte Gerichtsbesitzer findet wegen Amtsfehler bey ermangelndem groben Exceß keine Entschädigungs- oder Injurienklage Statt. 266.
- LXXIV. Nach geschehener Einkindschaft steht Keinem von den Eltern frey, einem Kinde mehr, als dem Andern zuzufießen zu lassen. 267.

I. Bemerkung.

Ueber muthmaßliche Verbrechen.

Die Frage: ob überhaupt ein muthmaßliches Verbrechen (*Delictum praesumtum*) in der Bedeutung, daß solches ein Gegenstand der obrikeitlichen Bestrafung werde,füglich anzunehmen stehe? scheint dem ersten Anschein nach im Allgemeinen verneinet werden zu müssen. Denn schon ein jedes gerichtliche Verfahren wider einen bisher unbescholtenen Bürger, das der Ehre, oder auch nur dem guten Namen desselben auf irgend einige Weise nachtheilig seyn kann, oder auch sonst in Ansehung seiner Folgen von einiger Erheblichkeit ist, setzt zum wenigsten die moralische Gewißheit desjenigen Verbrechens, wovon die Rede ist, zum voraus. Die peinliche Gerichtsordnung macht es daher billig den Criminal-
Zweyter Th. 21 rich.

richtern zu einer Hauptpflicht, vor allen Dingen darüber nachzuforschen, ob eine Missethat, deren Jemand bezüchtigt wird, auch wirklich geschehen sey, oder nicht, a) und sie verbietet hingegen, daß irgend jemand auf bloßen Verdacht oder Anzeigen zur peinlichen Strafe zu verurtheilen, und will, daß jede Verurtheilung in peinlichen Fällen nur auf Bekenntniß oder vollständigem Verweis beruhen solle b). Mit diesen in den Gesetzen selbst gebilligten Grundsätzen scheint es nun im Widerspruch zu stehen, wenn man annehmen will, daß auch schon ein Delictum praesumptum der Gegenstand einer obrigkeitlichen Rüge werden könne, und gleichwohl ergeben eine Menge von Criminal- und Straferkenntnissen, daß auf einen starken Zusammenfluß von Anzeigen nicht allein das Erkenntniß einer geringen oder bürgerlichen Strafe c), sondern auch in eigentlichen Criminalfällen bey einem vorhandenen hohen Grad des Verdachts sogar eine Leibes- oder Zuchthausstrafe, allenfalls auf mehrere Jahre statt finden könne d). In Ansehung der bürgerlichen Folgen eines Verbrechens pflegt gar zuweilen unter einem völlig bewiesenen und muthmaßlichen Verbrechen kein grosser Unterschied gemacht zu werden. Denn so kann den Rechten nach eine Ehescheidung und wohl gar der Verlust des Brautschazes e) nicht lediglich wegen eines völlig bewiesenen vollbrachten Ehebruchs, sondern auch schon wegen eines vor-gehabten oder muthmaßlich begangenen Ehebruchs statt finden, wenn anders die Anzeigen dieserhalb von einigem Gewicht seyn sollten f). Es vermindern sich jedoch diese scheinbaren Widersprüche, wenn man auf die näheren Bestimmungen und Einschränkungen Betracht nimmt, unter denen das Canonische Recht die Ehescheidung und wohl gar den Verlust des Brautschazes wegen eines muthmaßlichen Ehebruchs zuläßt und der Gerichtsgebrauch die Bestrafung eines Verbrechens auf starken Verdacht erlaubet. Denn so genüget z. B. nicht schon ei-
ne

ne jede *Suspicio fornicationis* zur Ehescheidung, sondern sie muß zugleich, wie es heißt, *certa et violenta* seyn. Welcher Verdacht aber nun dafür eigentlich zu achten, läßt sich aus den, im *Cap. 12. X. de Praesumpt.* angeführten Beyspielen beurtheilen s). Es soll nämlich für einen starken Verdacht eines verübten Ehebruchs geachtet werden, wenn eine verhehlte Frau mit einer fremden Mannsperson in einem Bett in der muthmaßlichen Absicht, um Unzucht zu verüben, angetroffen wird, auch wohl sonst schon mit demselben an geheimen oder einsamen Orten einen verdächtigen Umgang unterhalten hat. Eigentlich findet daher die Ehescheidung und die gesetzmäßigen Folgen des Ehebruchs in dem angeführten Fall nicht sowohl wegen eines nur muthmaßlich begangenen Ehebruchs, als vielmehr wegen der eingestandenen, oder sonst bewiesenen leichtfertigen Aufführung mit Personen des andern Geschlechts statt. Dergleichen leichtfertige Aufführung ist aber schon an und für sich der ehelichen Treue entgegen und verdienet daher billig die angeführte Rüge. Man nennt aber die bemerkte oder eine andere ähnliche Art von Liederlichkeit, die sich jemand, der schon verheirathet ist, zu Schulden kommen läßt, um deswillen ein *Adulterium praesumptum*, weil solche eine auf die Verübung des Ehebruchs abzielende Absicht vermuthen läßt.

Unter ähnlichen Einschränkungen und Bestimmungen kann man sich überhaupt ein *Delictum praesumptum* denken. Denn so wie es auf der einen Seite viele Ungerechtigkeit mit sich führen würde, wenn man bey diesem und jenem Menschen ein Verbrechen ohne alle genugsame Beweise vermuthen und den Angeschuldigten auf schwache Anzeigen zur ordentlichen Strafe desselben verurtheilen, oder auch von einer unerlaubten Handlung auf andere ähnliche oder wohl gar noch größere und ganz unterschiedene Unthaten schließen wollte, so geschieht

A 2

gleich-

gleichwohl auf der andern Seite demjenigen gewiß kein Unrecht, der zwar die wirkliche Vollendung der bezüchtigten Missethat in Abrede stellet, derselben auch durch vollgültige Zeugen nicht zu überführen stehet, inzwischen gleichwohl geständlicher oder bewiesenermaßen solche ungebührliche Handlungen, die mit dem Verbrechen wahrscheinlich in Verbindung stehen und darauf abzwecken, vorgenommen hat, wenn er nach Beschaffenheit seiner wirklich vorgenommenen Handlungen verhältnißmäßig bestraft, dabey aber auch auf das angeschuldigte größere Hauptverbrechen zum wenigsten einigermaßen Betracht genommen wird. Eine Strafe aber, die wegen solcher ungebührlichen Handlungen, die wahrscheinlich um des bezüchtigten Hauptverbrechens willen vorgenommen worden, oder zum wenigsten darauf Beziehung haben, erkannt wird, kann um so weniger einiges Bedenken haben, als in Hinsicht auf jene Handlungen schon ein wirkliches und zu Stande gekommenes Verbrechen vorhanden ist. Die etwanige Erhöhung oder Schärfung der Strafe wegen der völlig ausgemachten Ungebühr in Mitbetracht des bezüchtigten grösseren oder Hauptverbrechens rechtfertiget neben dem dadurch zu bewirkenden stärkeren Eindruck, auch besonders der Umstand, daß demjenigen auch zum wenigsten eine Fahrlässigkeit zu Schulden zu kommen pfleget, wider den der Verdacht wegen eines vorgehabten grösseren oder härteren Verbrechens vorhanden ist.

Nach dieser Einleitung wird nunmehr die Frage: worin bestehet denn eigentlich ein *Delictum praelatum*? zu beantworten seyn. Meinem wenigen Bedünken nach kommt alles darauf an, ob nur lediglich von dem gerichtlichen Verfahren und der Art der anzustellenden Untersuchung wegen dieses oder jenes wahrscheinlich verübten Verbrechens gegen dessen muthmaßlichen Urheber, oder, ob schon

schon von der Bestrafung des Angeschuldigten in Hinsicht des gegen ihn vorhandenen Verdachts wegen eines gewissen, entweder schon verübten, oder doch beabsichtigten Verbrechens die Rede sey? Im ersten Fall genüget, um ein *Delictum praesumptum* annehmen zu können, wann wegen eines bezüchtigten Verbrechens wider dessen muthmaßlichen Urheber ein Zusammenfluß von vernünftigen Verdachtsgründen vorhanden ist; inzwischen verslehet sich von selbst, daß die Verfahrungsart sich nach der Stärke und dem Grade der Anzeigen richten müsse, der bey jedem Theil des Criminal-Prozesses insbesondere erfordert wird. In dem andern Fall aber kann es nicht lediglich auf einen Zusammenfluß von Anzeigen ankommen, daß nämlich der Angeschuldigte das ihm bezüchtigte Verbrechen verübet habe, sondern es wird auch erfordert, daß von ihm zugleich eine oder mehrere unerlaubte Handlungen ¹⁾ bewiesen oder eingestanden werden, die nach einer vernünftigen Wahrscheinlichkeit mit dem bezüchtigten Hauptverbrechen in Verbindung standen, und auf dessen Verübung hauptsächlich abzwecften. Allenfalls könnte man im letzten Fall das muthmaßliche Verbrechen ein *Delictum praesumptum* im engeren Verstande nennen, und es dadurch zugleich von dem *Delicto praesumpto* in der ausgedehnteren Bedeutung, so wie solches bereits angegeben worden, unterscheiden.

Da meine Absicht hauptsächlich auf die Festsetzung des Begriffs eines *Delicti praesumpti* in der engeren Bedeutung zu thun ist, so wird auch davon in dem folgenden hauptsächlich nur die Rede seyn. So wie nun aber die ungebührlichen Handlungen nach Wahrscheinlichkeitsgründen auf einen Kindermord, Giftmischung, Diebstahl, Nothzucht oder ein anderes namentliches Verbrechen abgezwecket haben, so würde unter solchen Umständen ein *Infanticidium praesumptum*, Fur-

tum

tum praesumtum, Stuprum violentum praesumtum, oder ein anderes Delictum praesumtum anzunehmen seyn. Je mehrere zusammenreffende Umstände, wohin besonders der vorige Lebenswandel und die ehemalige Ausübung eben desselben, oder doch eines ähnlichen Verbrechens gehöret, es glaublich machen, daß zwischen einer bereits eingestandenenen oder doch bewiesenen gesetzwidrigen Handlung und dem bezüchtigten Hauptverbrechen eine gewisse Verbindung oder Zusammenhang Statt finde, desto größer und ahndungswürdiger ist dann auch ein solches Delictum praesumtum zu achten. Allein gleichwohl kann doch auch der höchste Grad des Verdachts es nicht verursachen, daß sogar auf die gesetzliche oder ordentliche Strafe desjenigen Verbrechens, dessen Jemand zwar aus gemingsamen Anzeigen bezüchtigt wird, dessen er aber gleichwohl nicht überwiesen ist, erkannt werde.¹⁾

Einige Beispiele dürften die bisher vorgetragenen allgemeinen Grundsätze von einem Delicto praesumto in der engeren Bedeutung noch mehr aufklären, und deren Ausführung wird daher hier nicht am unrichtigen Ort stehen. So ist z. B. ein Infanticidium praesumtum vorhanden, und nach der Beschaffenheit der eintretenden Umstände nach richterlichem Ermessen zu bestrafen, wann eine Angeeschuldigte ihre Schwangerschaft geßsentlich verhehlet, danächst auch heimlich und ohne Beystand geböhren, und wohl gar die Frucht verheimlicht haben sollte, inzwischen dennoch den bezüchtigten Kindermord selbst gänzlich in Abrede stellen würde, und dessen Vollbringung auch nicht anderweit zu überführen stünde. Daß nun eine solche Person wegen ihres schon an und für sich ungebührlichen Betragens in geßsентlicher Verheimlichung ihrer Schwangerschaft und Niederkunft, das wahrscheinlich auf einen Kindermord abgezwecket hatte, eine verhältnißmäßige Leibesstrafe

beßtrafe wohl verdiene, und diese um so geschärfter seyn müsse, wann nämlich durch die gefässentlich veranlaßte hilflose Niederkunft, oder sonstige schwere Verschuldung der Mutter, der Tod eines vollkommenen und gliedmäßigen Kindes verursacht seyn sollte, kann kein Bedenken haben^{k)}. In Ansehung der unter solchen Umständen zu verhängenden Strafe besonders werde ich mich jedoch nur auf dasjenige beziehen können, was davon in der fünften Ausgabe meines peinlichen Rechts §. 274. bemerkt worden. Es ist ferner ein Crimen procurati Abortus praesumptum in der engeren Bedeutung sodann vorhanden, wann eine wirklich schwanger gewesene Person geständlicher = oder bewiesenermaßen solche Mittel wissentlich gebraucht hatte, die der Gesundheit überhaupt nachtheilig sind, mittelbar aber auch von schädlichen Folgen fürs Kind, womit die Person schwanger ging, seyn konnten, und nach der gehegten Absicht dabey auch seyn sollten, deren eigentliche Wirkung aber gleichwohl in einem jeden einzelnen Fall sich nicht mit genügsamer Zuverlässigkeit bestimmen läßt. Daß nun wegen einer solchen ungebührlichen Absicht eine willkührliche Strafe statt finden könne, leidet kein Bedenken. Es ist jedoch bey Bestimmung einer solchen willkührlichen Strafe darauf besonders Betracht zu nehmen, wie weit eine solche Person in ihrer Schwangerschaft schon fortgeschritten gewesen, und ob starke oder geringe Anzeigen vorhanden sind, daß die wissentlich und vorsätzlich gebrauchten schädlichen und gefährlichen Mittel den Tod des Kindes im Mutterleibe, wo nicht verursacht, doch beschleuniget und befördert haben.

Sollte ein Angeschuldigter die ihm bezüchtigte Nothzucht zwar in Abrede stellen, derselben auch rechtsbeständiger Weise nicht überführt werden können, so ist er dennoch wegen eines Stupri violenti praesumpti verhältnißmäßig und nach richterlichem

lichem Ermessen zu bestrafen, wann er nicht in Abrede zu stellen vermag, oder rechtlich überwiesen wird, daß er die angeblich von ihm genothzüchtigte Person zur Treibung der Unzucht zu verleiten gesucht, ferner zur Anwendung hinterlistiger oder gewaltsamer Mittel, um seine unzüchtige Absicht zu erreichen, Anstalt gemacht hatte, auch in dem wirklichen Gebrauch jener Mittel wohl gar schon begriffen gewesen ist. Könnte es ein Angeschuldigter nicht leugnen, oder würde er auch überwiesen, daß er sich heimlicher oder gewaltsamer Weise zu der Zeit an dem Ort betreten lassen, wo der Diebstahl, von dem die Rede, begangen worden, so ist er, bey nicht genugsamem Beweise in Ansehung eines von ihm vollführten Diebstahls, des *forti praesumpti* halber verhältnismäßig zu bestrafen, wenn er die wider ihn vorhandenen Anzeigen nicht entkräften, von seinem Betreten werden an dem Ort des begangenen Diebstahls, oder von seiner Führung gewaltsamer Werkzeuge keinen unschuldigen Grund angeben kann, auch wohl noch überdies wegen seines vorigen schlechten Lebenswandels die Vermuthung wider sich hat. Unter ähnlichen Umständen läßt sich auch ein *Incendium praesumptum* gedenken.

Würde ferner Jemand eingestehen müssen, oder doch von ihm zu beweisen stehen, daß er falsche Wechsel oder Urkunden gemacht habe, dabey aber doch eines, zum Schaden Anderer davon wirklich gemachten Gebrauches nicht zu überführen seyn, so ist er gleichwohl wegen vorgehabter Fälscherey oder des *falsi praesumpti* den Umständen nach zu bestrafen, weil ja das bloße Verfertigen falscher Wechsel oder Urkunden, wenn gleich zum Schaden Anderer davon noch kein Gebrauch gemacht seyn sollte, eine unerlaubte Handlung schon an sich, oder ein Geschäft von dem bösesten Beyspiel ist.

Sollte

Sollte ferner bey einem verübten Todtschlag ein Ange-
 schuldigter nicht läugnen, oder doch rechtlich überwiesen wer-
 den können, daß er mit dem Entleibten unmittelbar vorher,
 da dessen gewaltsamer Tod darauf gefolget, gewisse Händel,
 die demnächst in Thätlichkeiten ausgebrochen, gehabt hätte, so
 ist er bey dem Mangel einer völligen Rechtfertigung wegen sei-
 nes Antheils an der bezüchtigten Entleibung und in Entstehung
 einer genugsamen Ueberführung wegen eines von ihm vollführe-
 ten Todtschlages des homicidii praesumti halber nach der
 Grösse und dem Verhältniß der von ihm eingestandenen oder
 doch bewiesenen Thätlichkeiten und der wider ihn vorhandenen
 Verdachtsgründe zu bestrafen.

Diese wenigen Beispiele werden hoffentlich zur Erläute-
 rung solcher Fälle genügen, worin ein Delictum praesumtum
 in der engeren Bedeutung anzunehmen. Ein jeder begrei-
 fet vermöge des Angeführten wohl ohne mein Erinnern, daß
 die Frage von einem Delicto praesumto nur sodann seyn kön-
 ne, wann es an einem Bekenntniß oder vollständigen Beweise
 in Ansehung des jemanden bezüchtigten Hauptverbrechens feh-
 let. Denn nur sodann kann wegen des Delicti praesumti ei-
 ne Strafe statt finden, die wegen der bezüchtigten Hauptthat
 in Ermangelung des Bekenntnisses oder der Ueberführung nicht
 anwendlich ist. Fehlet es jedoch auch an dem hauptsächlich
 Erforderniß zu einem Delicto praesumto, nämlich an einer
 schon an und für sich unerlaubten und sträflichen Hand-
 lung, die wahrscheinlich oder den Umständen nach auf
 die Vollbringung eines grösseren Verbrechens abzwecte
 und muthmaßlich in Beziehung auf die Hauptthat unter-
 nommen worden, so ist kein eigentliches Delictum praesum-
 tum im engeren Verstande vorhanden und die Frage von der
 Bestrafung desselben fällt sodann weg. Ein bloßer Zusammen-
 2ter Th. B fluß

fluß von Anzeigen und Verdachtsgründen wider einen Angeschuldigten wegen der wirklichen Vollbringung der bezüchtigten Hauptthat genüget daher nicht, um schon ein Delictum praesumtum bestrafen zu können, in sofern anders nicht die Anzeigen aus einer eingestandenen, oder sonst bewiesenen an sich schon unerlaubten Handlung entspringen ¹⁾. Ein bloßer starker Verdacht daher, der wider jemand wegen eines gewissen ihm bezüchtigten Verbrechens vorhanden ist, bestimmt zwar die Art der zur Hand zu nehmenden Mittel, um die Wahrheit heraus zu bringen, genüget aber nicht, um einen Angeschuldigten schon sofort außerordentlich bestrafen zu können. In dergleichen Fällen pfleget, wann alle andere Mittel, um einen Angeschuldigten zum Geständniß zu bringen, oder überführen zu können, fehlgeschlagen sind, nichts weiter übrig zu seyn, als denselben von der Instanz zu absolviren, in sofern anders nicht in schweren Criminalfällen das öffentliche Wohl dessen längere sichere Verwahrung erfodern sollte ^{m)}.

Nachdem ich nunmehr hoffentlich den Begriff eines Delicti praesumti genugsam erörtert zu haben glaube, wird nun annoch zu bemerken seyn, wie solches sich von einem versuchten Verbrechen (Delicto attentato) und einem unbenannten Verbrechen (Delicto innominato) unterscheide, auch wie es eigentlich zu bestrafen sey? Ob nun gleich ein Delictum praesumtum darin mit einem Delicto attentato und innominato übereinkommt, daß es, so wie beide letztere nur willkürlich oder außerordentlich bestrafet zu werden pfleget, so ist es gleichwohl von denselben in gar vielen Stücken unterschieden. Denn bey einem versuchten Verbrechen oder sogenannten Delicto attentato ist es völlig ausgemacht, daß die von einem Angeschuldigten gemachten Anstalten, oder die gewählten Mittel gesüßentlich in der Absicht gebraucher worden, um

um ein völlig schon beschlossenes Verbrechen zu vollbringen, und daß nur der Zufall oder die eigene Reue des Angeeschuldigten die wirkliche Zustandbringung des Verbrechens verhindert habe. Dagegen ist es bey einem *Delicto praesumpto* sowohl in der einen, als andern Bedeutung zwar wahrscheinlich, allein doch noch ungewiß, daß die von dem Angeeschuldigten eingestandene oder bewiesene ungebührliche Handlung mit dem bezüchtigten Verbrechen in Verbindung stehe, mithin bleibt es, so viel die Hauptthat anbelangt, noch intimer zweifelhaft, ob der Angeeschuldigte schuldig oder unschuldig sey. Bey einem bloß versuchten Verbrechen (*Delicto attentato*) können die etwa gemachten Anstalten an und für sich und ohne Beziehung auf das bezüchtigte Verbrechen gleichgültig seyn, und nur um deswillen eine Rüge nach sich ziehen, weil sie geständlicher oder bewiesenermaßen die Mittel zur Ausführung eines beschlossenen Verbrechens seyn sollen. Bey einem *Delicto praesumpto* in der engeren Bedeutung setzt man aber vermöge des von mir angegebenen Begriffs zum voraus, daß diejenige Handlung, die wahrscheinlich auf dieses oder jenes Verbrechen eine Beziehung hatte, schon an und für sich unerlaubt und sträflich gewesen sey. *)

Kommt gleich ein *Delictum praesumptum* darin mit einem sogenannten *Delicto innominato* überein, daß die Bestrafung von beyden der richterlichen Willkühr überlassen bleibet, so sind sie doch darin von einander unterschieden, daß die Handlung

B 2

die

*) Der wichtigste Unterschied scheint dieser zu seyn, daß bey dem *Delicto attentato* die Vollbringung der Hauptthat gewiß fehlt, bey dem *praesumpto* aber ein *Corpus delicti* vorhanden ist, oder die Hauptthat als vollbracht angenommen wird.

die man ein *Delictum innominatum* nennet, schon ein besonderes Verbrechen ohne Beziehung auf ein anderes ist, bey einem *Delicto praesumpto* aber die unerlaubte Handlung nur ein Mittel seyn sollen, um das beabsichtigte Hauptverbrechen zu Stande zu bringen.

Ein *Delictum praesumptum* unterscheidet sich endlich von einem wiederholten, fortgesetzten und von zusammenfließenden Verbrechen dadurch, daß es bey letzteren über alle Zweifel erhaben ist, daß jemand die in Frage befangenen mehreren Unthaten wirklich verübet habe, bey einem *Delicto praesumpto* aber es noch einigermaßen zweifelhaft ist, ob die anscheinlich um eines grösseren Verbrechens willen vorgenommene böse Handlung mit derselben in Verbindung gestanden, und mehrere böse Handlungen von dem Angeschuldigten verübet oder doch beabsichtigt worden.

Es ist nun zwar noch die Beantwortung einer Hauptfrage übrig, wie nämlich ein *Delictum praesumptum* eigentlich zu bestrafen? Es läßt sich jedoch dieselbe um so weniger im Allgemeinen beantworten, als solches von gar vielen besonderen Umständen abhängt und das meiste aufs Ermessen eines vernünftigen Richters ankommt. Die Grösse der unerlaubten und gesetzwidrigen Handlung an und für sich muß auch das Maaß der Bestrafung derselben am meisten bestimmen. Würde daher diejenige ungebührliche Handlung, die jemanden geständlicher oder bewiesenermaßen zu Schulden kommt, und die nach aller Wahrscheinlichkeit in der Absicht, um ein anderes grösseres Verbrechen zu verüben, vorgenommen worden, von der Beschaffenheit seyn, daß um deren willen schon eine Leibesstrafe statt finden könnte, so würde solche ungezweifelt zur Anwendung kommen müssen, da wegen der vom Angeschuldigten nach Wahrscheinlichkeit beabsichtigten grösseren Unthat nicht füglich einige

einige Nachsicht gebraucht werden mag. Ich kann mich dieserhalb auf die oben angeführten Fälle beziehen, wonach ein *Delictum praesumtum* wegen der besonders beschwerenden Umstände und der Beschaffenheit der jemanden beweislich zu Schulden kommenden bösen Handlungen mit einer Leibesstrafe und vornämlich mit der Verurtheilung zum Zuchthause auf ein oder mehrere Jahre füglich zu bestrafen ist. Sollte jedoch die wahrscheinlich um eines grösseren Verbrechens willen und um selbiges zu Stande zu bringen, vorgenommene und an und für sich schon ungebührliche Handlung nicht von der Beschaffenheit seyn, daß um deren willen eine Leibesstrafe statt finden könnte, so pfeget man es gewöhnlich bey einer Gefängniß- oder einer andern ähnlichen gemäßigten Strafe bewenden zu lassen n).

Ich hoffe durch die Entwicklung des Begriffs eines *Delicti praesumti* keine ganz überflüssige Arbeit unternommen und meine eigentliche Meinung deutlich genug erkennen gegeben zu haben. Letztere gehet in keine Wege dahin, die Grundsätze der vormahligen Zeiten, die theils auf Aberglauben beruheten, theils aus andern unlauteren Quellen entsprangen, zu verteidigen und aus bloßen Anzeigen Verbrechen zu vermuthen und darauf die Bestrafung zu bauen, oder von einer ungebührlichen Handlung auf andere und wohl gar noch grössere Unthaten ohne vernünftige und gesetzhche Anzeigen einen Schluß zu machen. Mit dergleichen muthmaßlichen Verbrechen habe ich hier nichts zu thun, und sie sind sowohl der Vernunft, als klaren Gesetzen entgegen. Dagegen wird aber die Bestrafung eines *Delicti praesumti* nach dem Begriff, den ich davon angegeben, und unter den näher entwickelten Einschränkungen sich gar füglich vertheidigen lassen, und der Vorwurf einer ungebührlichen Strenge oder Härte dawider eben nicht statt finden können.

a) Art.

- a) Art. 6. P. G. O. „Dazu soll auch ein jeder Richter in diesen grossen Sachen vor der peinlichen Frag, so viel möglich und nach Gestalt und Gelegenheit einer jeden Sache, beschicken kann, sich erkundigen, und fleißig Nachfragens halten, ob die Missethat darum er angenommen, verübt und verdacht, auch geschehen sey oder nicht, wie hernach in unser Ordnung ferner verstanden wird.
- b) Art. 22. 67. 69. P. G. O.
- c) Meine Grundsätze des peinlichen Rechts. §. 711.
- d) Meister in den rechtlichen Erkenntnissen in peinlichen Fällen Th. 3. Dec. 78. n. 29. S. 349. und Dec. 86. n. 13. S. 391. und 392. PUFENDORF in *Processu crimin.* c. 15. §. 3, Von Seldow in den *Rechtssällen* B. 3. Resp. 88. S. 222.
- e) Cap. 4. X. de Donat. inter Virum et Vxorem. BOEHMER in *Iur. Eccles. Protest.* Tom. 4. lib. 4. Tit. 19. S. 29, und Tit. 20. S. 31. de BOEHMER ad CARPZOV §. 64. obs. 1. Meine Abhandlung, ob ein Ehemann bey vorhandenem starken Verdacht, daß seine Ehefrau einen Ehebruch begangen habe, außer der Abscheidung auch auf den Verlust des Brautschages klagen könne? (Meine Beyträge in der neuesten Auflage n. 54. S. 841.)
- f) Cap. 12. X. de Praesumpt. c. 4. C. XXVII. q. 1. c. 27. X. de Test. Nouella 117. c. 8. §. 3. 4. 5. 6. BOEHMER in *Iur. Eccles. Protest.* c. 4.
- g) Es heist nämlich in dem angezogenen Cap. 12. X. de Praesumpt. folgendergestalt: „Litteris Fraternitatis tuae receptis nobis innotuit, quod cum P. ab A muliere, quam in vxorem acceperat, peteret separari, Accusatores matrimonii produxerunt Testes firmiter asserentes, quod postquam mulier cum praedicto Viro contraxerat matrimonium, consanguineum Viri ejusdem solum cum sola, nudum cum nuda in eodem lecto jacentem, ea (ut credebant) intentione, ut eam cognosceret carnaliter, viderunt, multis locis secretis et Latebris ad hoc commodis, et horis electis (et infra) consuli taliter respondemus, quod ex hujusmodi violenta et certa suspitione fornicationis, potest sententia Divortii promulgari: ita quidem, vt Vir licentiam habeat, mortua illa ducendi aliam, muliere sine spe conjugii remanente.“
- h) Da es bey der Bestrafung eines Delicti praesumpti vorzüglich auf die dem Angeschuldigten zu Schulden kommende unerlaubte Handlung, in der er sich entweder bekennet, oder der er auch genugsam überwiefen ist, am meisten ankommt, so könnte es das Ansehen gewinnen, daß solche

solche unerlaubte Handlung schon ein für sich bestehendes, mithin wahres Verbrechen, das eine gebührlige Strafe nach sich zieht, ausmache, mithin sodann von einem *Delicto praesumpto* eigentlich nicht eben die Rede seyn könne. So scheinbar nun gleich ein solcher Einwurf ist, so finde ich doch darin keinen Widerspruch, wenn man in dem Fall, da diese oder jene ungebührliche Handlung eine Beziehung auf ein größeres Verbrechen hatte und, um letzteres vollbringen zu können, hauptsächlich verübt wurde, jene ungebührliche Handlung nach dem beabzielten Verbrechen, oder dem Verhältniß, da es nur zu Stande gekommen, bezeichnet und solchergestalt die böse Thathandlung, von deren Bestrafung die Rede, z. B. ein *Adulterium praesumptum*, ein *Falsum praesumptum* nennet.

d. V.

Hieraus ergibt sich aber auch wohl, daß der bloße Inbegriff der vorhandenen Anzeigen gegen eine bestimmte Person, selbst nicht in aussagebühnterer Bedeutung, ein *Delictum praesumptum* zu nennen seyn dürfte, wie der Verf. meynet, wenigstens dies als eine unnütze Vermehrung der Terminologien betrachtet werden könnte.

d. Z.

l) L. 25. *Cod. de Probat.* Art. 22. 54. 67. und 69. P. G. O. In wiefern überhaupt auf Verdachtsgründe, oder bey dem Mangel des Bekenntnisses oder einer genugsamen Ueberweisung das Erkenntniß einer außersordentlichen Strafe und wohl gar die Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten zu bauen stehe, dieserhalb beziehe ich mich auf die neueste Ausgabe meiner Grundsätze des peinlichen Rechts von 1794. §. 711. und auf den Versuch einer Anweisung für Richter, bey dem Vorfahren in Criminalsachen wider solche, die die Wahrheit nicht gestehen wollen, in Ländern, wo die Tortur abgeschafft worden. Leipzig 1789.

k) Streuben im fünften Theil der Rechtl. Bedenken n. 28. LEYSER *Spec.* 154. n. 9. *Spec.* 602. Meister in den Rechtl. Erkenntnissen *Dec.* 58. 88. 91. von Selchow in den Rechtsfällen B. 3. *Dec.* 77. S. 1522.

e) Meister in den Rechtlichen Erkenntnissen *Dec.* 16. n. 13. 14. Meine Grundsätze des peinlichen Rechts §. 711. der neuesten Ausgabe.

m) Ich kann mich dieserhalb nur auf meinen angeführten Versuch der Anweisung für Richter 2c. und meine Grundsätze des peinlichen Rechts §. 711. 750. beziehen.

n) In Fällen, da es zu keiner Leibstrafe kommen kann, pflegt man bey genugsam bewiesenen *Corpore delicti* und bey dem Zusammenfluß starker *Indiciorum*, besonders mehrerer *proximorum*, oder doch eines *proximi* und mehrerer *remotorum* wider einen Angeschuldigten, auch wohl ohne daß es eines vollständigen Beweises einer demselben zu Schulden

Strafen kommenden unerlaubten Handlung bedürfte, die sofortige Erkennung einer poenae extraordinariae der Aufhebung des Reinsigungsbedes besonders sodann vorzuziehen, wann letztere den leichtsinnigen Charakter des Angekuldigten Bedenklichkeiten haben sollte. de BOEHMER *ad art. 22. C. C. §. 6.* KRESS *ad eundem Articulum §. 1.*

II. Bemerkung.

Ueber die Gültigkeit eines Reverses, den ein Candidat vor Erhaltung der Pfarre an seinen Patron ausstellet.

Da das Canonische Recht alle solche Verträge, die dahin abzielen, um ein geistliches Amt gegen einen gewissen Vortheil des Verleihers zu erhalten, als eine Art von Simonie ansieht und sie daher für kraftlos und unverbindlich erklärt ^{a)}, so pflegen daher auch viele protestantische Rechtslehrer alle Reverse, die Kirchenpatrone von den Candidaten vor ihrer Berufung zum Predigtamt verlangen, als unzulässig und ungültig zu verwerfen, ^{b)} und selbige auch nicht einmahl sodann zu erlauben, wenn sie sich gleich nur auf einen anständigen Lebenswandel beziehen sollten ^{c)}. Nun leidet es freilich kein Bedenken, daß solche Verträge zwischen dem Patron und dem Candidaten, oder ein von letzterem vor seiner Berufung gegebener Revers, vermöge dessen sich derselbe gefallen läßt, daß die Pfarrergerechtsame geschmälert und die Pfarreinkünfte entweder auf immer, oder doch während seiner Amtsführung vermindert werden, auf keine Weise bestehen können ^{d)}. Eben so wenig kann ein solcher Revers für gültig geachtet werden, der mit dem Stande, oder den Berufspflichten des künftigen Predigers im Widerspruch steht.

steht e). Dasjenige, was bisher von unzulässigen Reversen eines Candidaten gesagt worden, leidet jedoch keine Abfälle, wenn diejenige Verpflichtung, die ein Kirchenpatron vom dem Candidaten vor seiner Berufung zum Predigamt fodert, nicht auf Neuerungen oder Erreichung ungebührlicher Absichten abzielt, vielmehr darauf hinausgeht, um diese und jene einschlägliche offenbare Mißbräuche zu heben und wohl gar ein künftiges Scandal, oder unerhebliche Rangstreitigkeiten zu verhindern. Denn wenn es gleich nicht zu leugnen steht, daß es am besten sey, wenn auch zu solchen zu erfordernden Reversen die Bestätigung der Obern vorher gesucht wird, so pflegen doch die Reverse von der letzteren Art, die offenbar die Förderung eines Guten zum Endzweck haben, auch schon ohne hinzugekommene Bestätigung für verbindlich und zu Recht bestehend geachtet zu werden f).

a) C. 8. X. *de pactis*, v. *Pactiones factae a vobis* (vt iudicimus) pro quibusdam spiritualibus obtinendis, cum in huiusmodi omnis pactione, omnisque conventio debeat omnino cessare, nullius penitus sunt momenti. Quod etiam de aliis est dicendum, quae observatae vergunt in animae detrimentum. Nam etiam juxta legitimae sanctiones, pactum turpe, vel rei turpis, aut impossibile de iure, vel de facto, nullam obligationem inducit.

b) Ob und in wiefern es einem Prediger frey stehe, wegen eines zuvor mit dem Patron getroffenen Vertrags von seinem Amt abzudanken, untersucht CRELL in *Dissert. de Clerico ob pactionem cum patrono factam sacerdotio se abdicante*, (*Dissertationes et Programmata Fascic. 5. n. 36. p. 813.*)

c) CARPZOV in *Jurisprudenz. Consil. Lib. I. Tit. 2. Def. 20. n. 7. 8.*

d) Balthasar in den Anmerkungen über die Pommerische Kirchenordnung, Th. I. S. 310. Dieser Rechtslehrer bemerkt zugleich, daß dem Prediger wider seinen ausgestellten ungebührlichen Revers die Exceptio onerandae Libertatis causa utilis zustehe. Der beym Balthasar angeführte STEPMAN *de Salaris clericorum*, Gryphwaldiae 1650.

2ter Th.

E

c.

c. 7. n. 50. schreibt von Reversen, die am meisten auf ungebührliche Bereicherungen des Patronus abzielen, folgendermaßen: Imo quod horrendum est, audio, exhibitas fuisse his annis aliquot vocationes, in quibus Pastores se obligarunt, quod in futurum nihil amplius, quam a patronis ipsis promissum fuerit, petere velint. Quae certa viriusque est turpitudine, propter quam, licet patronus ultra soluat, tamen nihil condicere potest.

e) Wenn gleich einige Rechtslehrer das Versprechen eines Candidaten vor seiner Berufung eine gewisse Person heirathen zu wollen zu den ungünstigen Verträgen gerechnet und wohl gar für eine Art von Simonie gehalten wissen wollen, Hommel *Epitome Juris sacri* c. 42. §. 2. p. 165. so bemerkt doch Balthasar a. a. D. S. 516. 517, daß die Verpflichtung eines Candidaten, des verstorbenen Predigers Witwe oder Tochter zu heirathen, an und für sich so wenig in Pommern als in Mecklenburg für ungünstig anzusehen sey, vielmehr besonders in ersterem Lande vom geistlichen Consistorio darauf erkannt worden, insofern anders die Heirath nicht als eine *Conditio sine qua non* angefüget und dadurch ein unwürdiger einem würdigen Candidaten vorgezogen seyn sollte.

f) Wenn gleich I. H. Boehmer in *Jur. Eccles. Protest.* T. 3. L. 3. Tit. 38. §. 105. die Reverse eines Candidaten gegen seinem Patron überhaupt für unzulässig ansiehet und sich dieserhalb auf Ziegler *de Superintendent.* c. 14. §. 1. beziehet, auch G. L. BOEHMER in *princip. Juris canonici* §. 614. ein gleiches lehret, so reden doch alle diese Rechtslehrer hauptsächlich nur von solchen Fällen, da der Patron durch einen dem Candidaten abgeforderten Revers suchet, die gewöhnlichen Pfarreinkünfte zu schmälern, oder sich ungebührlicher Weise mehreres Ansehen und mehrere Gerechtsame zu verschaffen, als ihm verfassungsmäßig zustehet, und sie sind daher dem von mir behaupteten Grundsatz eigentl. nicht entgegen.

III. Bemerkung.

Ausnahme von der Regel, daß eine Pfändung in *continenti* geschehen müsse.

Wenn es gleich die Regel ist, daß eine jede rechtmäßige Pfändung in *continenti* und nicht eben *post intervallum temporis* geschehen muß, wie die Rechtslehrer sich auszudrücken pflegen, a) so pfleget man doch auch diejenige Pfändung einer in *continenti* geschehenen gleich zu achten, welche gleich anfangs rechtmäßiger Weise hätte geschehen können, und allererst bey weiterer unerlaubten Handlung erfolgt b). Auch steht die Regel, daß eine Pfändung gerade in *continenti* geschehen müsse, sodann nicht anzuwenden, wenn die Aecker desjenigen, der den Schaden gelitten, mit demjenigen, dessen Vieh den Schaden zugefüget hatte, grenzen, oder gar vermischt untereinander liegen c). Unter solchen Umständen ist es billig für einerley zu achten, ob die Pfändung gerade bey der ersten Uebertritt, oder am frühen Morgen, oder bey dem Rückzuge am Mittag oder Abend geschehen seyn mögte. Man pfleget auch auf dem Fall, daß man viele Stücke Landes auf einem Felde bey einander liegen haben sollte, nicht darauf zu sehen, daß die Pfändung gerade auf dem Aecker, auf dem der Schade zugefüget worden, geschehe, sondern auch diejenige Pfändung für rechtmäßig zu halten, die auf einem andern dem Pfänder ebenfalls zugehörigen Platz geschieht, wenn man darauf das Vieh, das auf einem andern Aecker Schaden zugefüget hatte, antreffen sollte d).

a) HELLFELD in *Iurisprudencia forensi.* §. 697.

b) Sarprecht vom Pfändungsrecht im Anhang S. 54.

c) STRYCK *de Iure pignovandi* vom Pfändungsrecht. *Francofurti* 1690. c. 4. n. 17. 18. 20. Runne man von der Privatpfändung. Stralsund 1733. (Das letztere Werk wird dem seligen Vicepräsidenten von Balthasar zugeschrieben).

d) Es ist daher auch diejenige Pfändung billig für rechtmäßig zu halten, die auf einem Acker angefangen, allein wegen der Flucht des Viehes auf einem andern demselben Herrn zugehörigen Acker erst wirklich vollendet werden können. STRYCK c. l. c. 4. n. 17. 18. 19.

IV. Bemerkung.

Conventional-Strafen wegen unrichtigen Abtrags der Zinsen pflegen von den Gerichten nicht gebilliget zu werden.

Da alle Bedrückungen, denen sich etwa ein Schuldner, um eine benöthigte Anleihe zu erhalten, unterwirft, sie mögen auch unter einem Titel vorkommen, worunter sie wollen, von den Befehlen gemisbilliget werden ^{a)}, so kann es auch keine Bedenklichkeiten haben, daß Conventional-Strafen, die auf dem Fall eines unrichtigen Zinsenabtrags verabredet werden, in so fern sie anders im baaren Gelde bestehen ^{b)}, hierunter ebenfalls begriffen werden müssen.

a) Meine Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 446.

b) Daß es einem Gläubiger frey stehe, auf dem Fall eines unrichtigen oder unordentlichen Abtrags der Zinsen zu bedingen, daß sodann das Capital sogleich als aufgekündigt angesehen, oder diese und jene dem Schuldner zugestandene Vortheile wegfallen sollen, hat kein Bedenken, und nur die Erpressung mehrerer Gelder, als die Grösse rechtmäßiger Zinsen ausmacht, es mag dergleichen unter diesem oder einem andern Titel geschehen, ist verboten; weil auch verdeckter Wucher ausdrücklich für unerlaubt erklärt ist.

V. Be-

V. Bemerkung.

Einem obrigkeitlich erklärten Verschwender verstatet man nach römischen und deutschen Rechten nicht, ein Testament zu machen.

Einem, von Obrigkeit wegen erklärten, Verschwender steht bekanntlich nach Vorschrift gemeiner Rechte nicht die Befugniß zu, so lange er unter der Curatel steht, ein Testament zu machen ^{a)}. Will gleich die bekannte Novelle Leonis 39 das Testament eines erklärten Verschwenders sodann gültig geachtet wissen, wenn er seine nächsten Verwandten zu Erben einsetzet, oder letztere zum wenigsten dem eingesetzten Erben bepfüget, oder seinen Nachlaß den Armen vermachet, oder solchen zur Befreiung armer Gefangenen, oder zu andern milden Zwecken bestimmt, und sich dabey keine Merkmale einer unrichtigen Urtheilskraft zeigen, so ist doch bekanntlich dasjenige, was in den Leonischen Novellen enthalten, in Deutschland nicht angenommen und kann daher auch darauf nicht gesehen werden. Diesem ungeachtet giebt es viele Rechtslehrer, die zum wenigsten so viel die Vorschrift von der Gültigkeit des Testaments eines Prodigii betrifft, die Leonische Novelle angewandt wissen wollen, und deren Annahme in Deutschland, was diesen Punkt betrifft, behaupten ^{b)}. Ja einige bewährte Rechtslehrer berufen sich gar auf Präjudicien, wornach das Testament eines erklärten Verschwenders unter den schon angeführten Einschränkungen bestätigt worden, ob sie es gleich am sichersten halten, daß ein Prodigus zum Zweck des Testamentmachens sich die obrigkeitliche Bestätigung erbitte ^{c)}. Da jedoch in klaren Gesetzen verbothen, daß ein erklärter Verschwender ein Testament machen könne und er darnach vielmehr den Wahnsinnigen gleich geachtet wird, die Leonischen Novellen auch in Deutsch-

Deutschland keine gesetzliche Kraft haben, überdies ein Prodigus auch nach alten deutschen Rechten als ein der Vernunft Beraubter angesehen wird, auch zum wenigsten zu der Zeit, wie die Deutschen die Lehre von dem Testamentmachen von den Römern annahmen, für unfähig, um ein Testament machen zu können, gehalten wurde^{d)}, wie noch ausdrücklich unterschiedene Statutarische Rechte in Deutschland vorschreiben, so finde ich es unbedenklich, mich denjenigen bezugustellen, die das Testament eines von der Obrigkeit erklärten Verschwenders schlechterdings für ungültig halten ^{e)}. Es finden sich auch viele Präjudicien von Juristenfacultäten, wodurch das Testament eines von Obrigkeit wegen erklärten Verschwenders für ungültig erkannt und diese Meinung durch mehrere überzeugende Gründe gerechtfertiget worden ^{f)}.

a) §. 2. *Inst. quib. non est permiss. fac. Testament.* L. 18. *D. qui Testament. fac. poss. arg. L. 40. de Reg. Iur.*

b) CARPZOV P. 3. *Const. 6. Def. II. SONDE Decis. Frisc. Lib. 4. Tit. 1. def. 3* MEY. *ad Ius Lubec. Lib. 2. Tit. I. art. 1. n. 10.* GROENWEGGER *de Legib. abregat. ad §. 2. Inst. quib. non est permiss. Fac. Testament. p. 33.* HANACCIUS *Ius testandi prodigo contra communem sententiam assertum. Viteb. 1724.*

c) VOETIUS *ad Pandect. Lib. 28. Tit. I. §. 34. SONDE c. l.*

d) WALCH *de Testament. prodigi Iure germanico inualido s. dessen Opuscula Tom 2. Sect. 2. Ex. 4.*

e) STRYCK *in usu modern. Lib. 28. Tit. I. §. 12. UND in Cautel. Testament cap. 3 §. 27.* HUBER *ad Pandect. Lib. 28. Tit. I. §. 3.* EISENHARDT *de Iure testandi prodigo non competent. Helmst 1749.* L. G. MADIHN *de Iur. testandi prodigis frustra vindicato. Hal. 1771.* Einige Rechtslehrer wollen inzwischen den Fall angenommen wissen, wenn der Prodigus zum Besten einer piae Causae disponiret haben sollte. BRUNNEMANN *ad Pandect. Lib. 28. Tit. I. p. 172. 173.*

f) RICHTER P. I. *Dec. 43.* LYNCKER P. I. *Resp. 631. p. 933.* Daß jedoch das Testament eines Prodigis, das vor untersagter Güterverwaltung gemacht worden, besteshe, leidet kein Bedenken, in sofern der Prodigus

Prodigus anders bey Verstand und Ueberlegung gewesen seyn sollte.
 L. 18. *Qui Testament. fac. poss. S. 2. Inst. quib. non est permiss. fac. Testament.*

VI. Bemerkung.

Ausnahmen von der Regel, daß schon der Besitz unbeweglicher Güter ohne besondere Verhypothekirung derselben von der Cautionsleistung befreyet.

Es ist zwar bekanten Rechts, daß derjenige, der, in einem im Fragestehenden Prozeß nicht befangene, unbewegliche Güter unter dem Richter, vor welchem der Rechtsstreit hängt, besitzt, von aller Sicherheitsleistung befreyet sey ^{a)}. Die meisten Prozeßordnungen stimmen auch damit überein ^{b)} und verordnen zum Theil noch besonders, daß Begüterte keine Cautio de Iudicio sibi et Iudicatum solui weder mit Bürgen noch in andere Wege bestellen sollen, und wollen auch, daß ihnen nicht angemuthet werde, ihre Güter desfalls zu verpfänden ^{c)}. Allein, wenn gleich dieses, in sofern bloß von der Sicherheit wegen der Kosten, der Reconvencion, oder von der Cautione de Iudicio sibi et Iudicatum solui die Rede seyn sollte, keinem Zweifel unterworfen ist, auch für jeden Eigenthümer und Besitzer in der Regel die Vermuthung, daß er wegen Ausgangs und der Folgen des Processes genugsam sicher sey, obwaltet, so leidet doch der Satz in einigen Fällen seine Ausnahmen. Denn in sofern von der Veränderung einer schon in einem Contract deutlich bestimmten Sicherheit oder von der Abwendung eines anzulegenden, oder von der Wiederaufhebung eines wirklich schon angelegten Arrestes ^{d)} die Rede seyn sollte, so pflegt nur eine ausdrückliche und allenfalls gar unter gerichtlicher Auctorität und Bestätigung

gung geschehene Verpfändung der Immobilien für eine hinlängliche Caution geachtet zu werden ^{c)}.

- a) L. 15. pr. qui satisd. cog. BERGER in *Oecon. Jur.* Lib. 4. Tit. 19. §. 2. n. 5. und in *Elect. Discept. forens.* P. 8. Obs. 485. Daß in den Grundsätzen des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes. Stuttgart 1791. Th. 2. Hauptst. 3. §. 465.
- b) Die Pommersche Hofgerichtsordnung, Th. 2. Tit. 12. §. 1. Die Mecklenburgsche Hofgerichtsordnung Th. 2. Tit. 15. §. 1. Die Gerichtsordnungen pflegen jedoch bey der Befreyung eines Besitzers von Immobilien zum voraus zu setzen, daß er darauf nicht übermäßig schuldig sey, sonst aber einen solchen, der fundbarlich in gutem Gewerbe und Nahrung stehet, demjenigen, der Immobilien besitzt, gleich zu achten.
- c) Dieses verordnet besonders der bey der Stelle der Pommerschen Hofgerichtsordnung angeführte Resch n. 67, inzwischen will derselbe, daß gleichwohl die Güter des unterliegenden Theils dem siegenden a tempore litis motae tacite verpfändet seyn sollen.
- d) COCH *Praxis fori Germaniae*, Lips. 1785. c. 3. §. 14. P. 4.
- e) MEYRUS P. 8. Dec. 332.

VII. Bemerkung.

Die Stimme eines Gläubigers, wenn er gleich Käufer eines zur Schuldmasse gehörigen Grundstücks ist, muß beym Concurse und in Angelegenheiten desselben mit gezählt werden.

Dem ersten Ansehen nach scheint zwar das Gegentheil statt finden zu müssen, oder daß bey ausgebrochenen Concursen diejenigen Gläubiger, die zugleich Käufer von den zur Schuldmasse gehörigen Grundstücken sind, vom Votiren ausgeschlossen werden müssen, oder doch zum wenigsten ihre Stimmen bey Berechnung der Pluralität, in sofern besonders von dem Kauf

Kauf eines Grundstücks die Rede, oder doch von Dingen die Frage vorkäme, die darauf Beziehung hätten, nicht mit im Anschlag gebracht werden könnten. Denn bey Annahme des Gegentheils hat es vielen Schein, daß dergleichen Gläubiger zugleich Käufer und Verkäufer seyn, folglich in ihrer eigenen Sache votiren würden. Bey einer näheren Prüfung dürfte sich jedoch alles dieses anders verhalten, folglich es auch bey dem angeführten Satz im Allgemeinen nur das Bewenden behalten müssen. Denn so kann man bey einem entstandenen Concurs nicht sowohl die Gläubiger, als vielmehr den gemeinsamen Schuldner für den eigentlichen oder wahren Verkäufer ansehen ^{a)}. Ueberdies ist auch der Satz, daß ein habendes Interesse den Gläubiger sofort vom Votiren entferne, im Allgemeinen, oder wann besonders von Berathschlagungen über Concursangelegenheiten die Rede, unrichtig, und er würde zum wenigsten zu viel beweisen. Denn würde schon ein jedes etwa bey der Sache habendes Interesse jemand stets von Berathschlagungen über gemeinschaftliche Concursangelegenheiten entfernen, so würde bey Concursen überall nichts von dem Beschluß der Mehrheit der Gläubiger abhängen, weil ja alle und jede Geschäfte bey Concursen, die eine Berathschlagung der Gläubiger erfordern, auf deren näheres oder entfernteres Interesse immer Einfluß haben. Nach der Analogie der Rechte sind auch die verschiedenen Verhältnisse einer und derselben Person gewöhnlich nur dergestalt zu erklären, daß das eine dem andern nicht nachtheilig werde ^{b)}. Es ist daher die Stimme eines Gläubigers, der zugleich Käufer von einem zur Schuldmasse gehörigen Grundstück oder einer andern Sache ist, bey Bestimmung des Kaufprekiums, oder bey den etwa beim Verkauf zum Grunde zu legenden Bedingungen nicht zu verwerfen, vielmehr allerdings mitzuzählen, in sofern anders nicht von einem gewissen mit ihm besonders auszumachenden und von der

2ter Th. D Mehr-

Mehrheit der Gläubiger genehmigten Prozeß die Rede seyn sollte.

a) *Arg. L. 2. C. qui bon. ced. poss.*

d. V.

Noch treffender beweisen dies L. 4. C. eod. (VII. 71.) und L. 8. C. de bon. auct. iud. possid. (VII. 72.), welche ausdrücklich bestimmen, daß die Gläubiger durch die Güterabtretung des Schuldners nicht Eigenthümer werden, mithin Jener es bleibe. Man sehe auch meine diss. de concursu creditorum lites. alibi pendentes non turbante. (Rost. 1789) §. 3.

d. 2.

b) *Arg. L. 22. de his quae vt. indign. Arg. L. 26. C. de Administ. Tut.*

VIII. Bemerkung.

Ueber die Art der Klage, die einem Käufer wider den Miethmann, der bey noch nicht abgelauener Miethszeit nicht räumen will, zustehet.

Wann gleich die Regel, wornach Kauf vor Miethe gehet ^{a)}, der dawider gemachten Einwürfe ungeachtet ^{b)}, dennoch keinem Zweifel unterworfen ist ^{c)}, so pfleget man doch zuweilen die Rechtsmittel, die einem Käufer wider denjenigen zustehen, der das gekaufte Grundstück Mieths- oder Pachtweise im Besiz hat, um ihn zur Räumung zu zwingen, nicht genau genug von einander zu unterscheiden und gegentheils mit einander zu verwechseln. Einige Rechtslehrer geben zwar die Rechtsmittel, die unter solchen Umständen zur Anwendung kommen können, im Allgemeinen an, ohne jedoch zugleich sich darüber zu erklären, wann eher dieses, als ein anderes Rechtsmittel zu gebrauchen, ^{d)} andere jedoch, worunter vornämlich auch der verdiente ^{e)} Ahrer, haben sich bemühet, die Fälle genau anzugeben, da dieses und jenes Rechtsmittel zur Anwendung gebracht werden könne, und dabey diejenigen genannt, die dahin nicht

nicht zu rechnen. Da diese Ayrersche Abhandlung vielen Practikern nicht dergestalt bekannt zu seyn scheint, als sie es verdienet, so will ich hier den wesentlichen Inhalt derselben kürzlich bemerken. Zuvörderst bemerket nun jener Rechtslehrer sehr richtig

I) daß man zu den Rechtsmitteln, wodurch ein Käufer den Miethmann, der ihm nicht weichen will, austreiben könne, nicht die sogenannte *Prouocationem ex Lege si contendat* rechnen müsse, und daß man bey deren Gebrauch die *Exceptionem inepti Libelli* zu gewärtigen habe. Denn so gehe bekanntlich die Absicht der *Prouocationis ex Lege si contendat* dahin, daß der *Provocat ad Agendum* gebracht werden möge, damit der *Provocat* Gelegenheit habe, seine Einreden, deren Verlust er bey einem längeren Aufenthalt besorgen muß, anbringen zu können. Nun aber hat ja ein Miethmann wider den Käufer des gepachteten Grundstückes halber kein rechtliches *Fundamentum agendi*, das doch bey einer jeden Klage zum voraus zusetzen, und daher ist denn auch das Erbiethen des *Emtoris ad excipiendum* in allem Betracht vergeblich, folglich das *Provocationsmittel* ganz unstatthaft 1). Anstatt der zwecklosen *Prouocationis ex Lege si contendat*, ist jedoch

II) das *Interdictum unde vi* ein besseres Mittel, um dem Käufer den Besitz des gekauften und von einem andern pachtweise inne habenden Grundstücks zu verschaffen. Dessen sucht sich der Verkäufer oder Vermiether zu Nuße zu machen, wenn der Miethmann sich dem Käufer widersetzen und an der Besitznahme des gekauften Grundstücks verhindern sollte 2). Im Fall jedoch dieses Rechtsmittel nicht anwendlich seyn dürfte, so unterscheidet Ayrer

III) Ob das von Verpächter jemanden pachtweise überlassene Grundstück von jenem nicht allein verkauft, sondern auch dem Käufer zugleich zum Eigenthum übergeben worden, oder ob über das besagte Grundstück zwischen dem Verkäufer oder Verpächter und dem Käufer zwar ein *Contractus Emptionis Venditionis perfectus* vorhanden, die wirkliche Uebergabe des Eigenthums aber von Seiten des Verkäufers noch nicht erfolgt sey. In dem ersten Fall ist es unbedenklich, daß der Käufer wider den Miethmann, der nicht räumen will, die Eigenthumsklage, oder *Rei Vindication* *) anstellen könne. In dem andern Fall scheint nun zwar um deswillen nicht ein gleiches stattfinden zu können, oder die Eigenthumsklage auf Seiten des Käufers wegfallen zu müssen, weil das Eigenthum einer gekauften Sache vor geschehener Uebergabe nicht auf dem Käufer zu übergehen pfleget ^{h)}. Da jedoch den Rechten nach sodann, wann etwa ein Verkäufer zur Zeit des geschlossenen Kaufcontractes die verkaufte Sache nicht besitzen sollte, der Käufer auch ohne Uebergabe der *vacuae possessionis* als der wahre und wirkliche Eigenthümer anzusehen ist ⁱ⁾, so folget von selbst, daß ihm auch schon von jener Zeit an ein dingliches Recht an der gekauften Sache zustehet, und er mittelst der *actionis realis* auch dasjenige, was schon als das seinige anzusehen, im Wege Rechtens fordern könne ^{k)}. Dieses leidet sodann vollends kein Bedenken, wann Käufer und Verkäufer, nachdem sie auch über die Art der Bezahlung der Kaufsumme völlig einig sind, sich vereinigen, um den Miethmann zur Räumung des gepachteten Grundstücks anzuhalten, oder wann auch der Verkäufer dem Käufer die *Rei vindication* besonders abgetreten haben sollte ^{l)}. Es bemerket jedoch der oft angeführte *Ayrer* ^{m)}, daß

IV)

IV) besonders heutiges Tages außer der Eigenthumsklage, schon die bloße Imploratio Officii Iudicis genüge, um mittelst derselben einen Miethmann, der dem Käufer des Grundstücks nicht weichen wolle, dazu rechtlich anzuhalten. Sähe man etwa eine solche Klage für zu allgemein an, so leide es doch kein Bedenken, daß

V) ein Käufer den Miethmann, der ihm nicht weichen wolle, entweder mittelst der *Condictio sine causa*, oder der *Condictio ex Lege 9. Cod. de Locato et Conducto* dazu zwingen könne. In Ansehung der ersteren könne um so weniger einiges Bedenken eintreten, als der Pacht- oder Miethscontract durch den geschenehen Verkauf des Grundstücks von selbst aufgehört habe und daher auch das *Ius Retinendi* auf Seiten des Miethmannes von selbst wegfallt ^{a)}. Und weil die *Condictio ex Lege* so dann immer Statt findet, wann gewisse Verbindlichkeiten durch ein neues Gesetz zwar eingeführt seyn sollten, die dieserhalb zuständige Action aber nicht zugleich bestimmt seyn mögte ^{b)}, so könne auch die beregte *Condictio ex L. 9. Cod. de Locato conducto* kein Bedenken leiden ^{c)}.

a) Stehet gleich unter solchen Umständen dem *Condictori* frey, mittelst der *Actionis ex Conducto* sein Interesse vom Vermieter wahrzunehmen, so ist doch letzteres in Ansehung des zu führenden Beweises mit vielen Schwierigkeiten verbunden. Damit nun der Miethmann während der Zeit, da ihm die Pacht, oder Miethe versprochen worden, dabey gelassen werden möge, pflegen einige demselben anzurathen, auf die eidliche Versicherung des *Locatoris* zu bestehen, andere aber glauben, daß es für jenem besser sey, wenn er sich in solcher Hinsicht das gewöhnliche Grundstück zur Hypothek verschreiben lasse. Es kann jedoch jene Versicherung wider den Käufer als einen dritten keine Wirkung hervorbringen und die letztere kann hauptsächlich nur zu einiger Sicherheit wegen des etwanigen Interesses dienen. Andere halten es daher mit gutem Grunde für dem Pächter am vortheilhaftesten, wenn er es nicht lediglich bey der Verschreibung des Verpächters, die mit Ertheilung einer Hypothek auf die vermietete Sache verbunden, bewenden läßt, sondern

bern damit auch besonders ein pactum de non alienando verbindet und nur unter dieser Einschränkung sich die Pachtung oder Miete gefallen läßt. CARPZOV *Lib. 5. Tit. 3. Resp. 17. n. 20.* STRUV *Ex. 24. Th. 27.*

b) Die Schriften, die über die Materie, ob Kauf vor Miete gehe, vorhanden sind, fi der man vollständig bemerkt vom Ayrer in *Prolusione de genere actionis adversus conductorem emptori cedere nolentem instituendae.* (Man sehe Ayters *Opuscula minora Göttingae 1740. Tom. I. n. VI. p. 220. seq.*)

c) L. 25. D. und L. 9. *Cod. de Locato Conducto.* d. V. womit noch L. 12. und 18. D. de vi et vi armata (XLIII. 16.) zu verbinden sind.

d) So bemerkt zwar Hellfeld in *Jurispr. f. renf. §. 1062.*, daß der Käufer wider den Resistenten sich des Interdicti unde vi, der Rei Vindicatio- nis, der Condictio- nis sine causa vel ex Lege bedienen könne, ohne sich jedoch über die eigentliche Anwendung dieser ganz unterschiedenen Rechtsmittel besonders zu äußern.

e) *Cit. Prolusione.*

f) LAUTERBACH in *Dissert. de Remedio ex Lege si contendat c. 4. §. 34.* AYRER *c. I. p. 244.*

g) WERNHER P. 7. *Obs. 3.* BODINUS *Diss. de expellendo conductore Th. 14.* Daß jedoch in dem Fall, da der Emtor unmittelbar wider dem Conductorem zu gewaltsamen Mitteln, um den Besitz der Rei emtae zu erhalten, schreiten sollte, auch der letztere allenfalls wider den ersten zum Interdicto unde vi seine Zuflucht nehmen könne, leidet kein Bedenken. WERNHER und AYRER *c. I. l. d. V.* Besonders vermöge der ausdrücklichen Vorschrift der L. 12. D. de vi et vi armata (XLIII. 16.) d. 2.

*) Oder viel mehr nach der strengen Theorie die Actionem publicianam gegen den Pächter als infirmiori jure possidentem wegen des leichtern Bewei- ses. d. 2.

h) L. 20. C. de pact. WERNHER P. 9. *Obs. 132.*

i) L. 18. §. 1. de acquirend. vel amittend. possess.

k) L. 9. D. de Rei Vindicatione.

l) §. 3. *Inß. de emt. vend.*

m) *c. I. p. 242. 243.*

n) *Arg. L. 1. §. ult. und L. 2. de condict. sine causa.* MEVIUS P. 2. *Dec. 33. n. 3.*

o)

o) *L. unic. D. de condiet. ex: Lege*; BOEHMER *de Actionibus* sect. 2. cap. 5. §. 39.

p) AYRER *c. l. p.* 243. 244.

IX. Bemerkung.

Curanden können bey ihren Klagen wider ihre Vormünder unter gewissen Einschränkungen einen Vorschuß der erforderlichen Kosten verlangen.

Das Gegentheil von diesem Satz scheint zwar deutlich im *L. 17. D. de Tutel. et Rat. distrabend.* vorgeschrieben zu seyn, als welcher dahin lautet: „*Imperatores Severus et Antoninus, rescripserunt in haec verba: Cum hoc ipsum quaeratur, an aliquid tibi a Tutoribus vel curatoribus debeatur, non habet rationem postulatio tua, volentis in sumptum litis ab his tibi pecuniam subministrari.*“ Einige Rechtslehrer wollen daher auch einen Vormund, der seine Vormundschaft niedergelegt und von dem vormundschaftlichen Vermögen nichts weiter in Händen hat, in keine Wege gehalten wissen, dem Curanden einen Vorschuß zu den Kosten eines Prozesses wider ihn zu geben ^{a)}. Andere behaupten jedoch mit mehrerem Grunde, daß das Gesetz eigentlich nur von dem Fall zu verstehen sey, wann der Curande die nöthigen Mittel zur Betreibung seines Prozesses wider den Vormund in Händen haben sollte, hingegen aber sodann keine Anwendung finde, wenn der Curande arm seyn müßte und es ihm daher an den nöthigen Mitteln zu seinem Prozeß gegen den Vormund fehlen sollte, gleichwohl aber viele Gründe und Vermuthungen für die Gerechtigkeit seiner Sache vorhanden wären ^{b)}. Unter solchen Umständen läßt sich nun freylich nicht absehen, woher ein Curande, der mit seinem Vormunde prozessirt, gerade schlimmer, als eine andere arme Parthey, die scheinbare Gründe der Gerechtigkeit ihrer Sache für sich

sich hat, seyn sollte, der nämlich bewandten Umständen nach von ihrem Gegner ausser den Prozeßkosten wohl gar die Alimenter gereicht zu werden pflegen c). Sollte vollends der Prozeß, den ein Curande wider seinen Vormund führet, einen gemeinschaftlichen Gegenstand betreffen, z. B. eine gemeinschaftliche Pachtung, dabey auch für die Sache des Curanden gute Gründe, um solche gerecht zu halten, vorhanden seyn, so kann es noch weniger einiges Bedenken haben, daß der Vormund einen Vorschuß zu den Kosten des Prozeßes wider ihn thun müsse d).

a) BRUNNEMAN ad L. 17. de Tutel. et Rat. distrahend.

b) SAM. STRYCK *Diff. de Decreto interemissico. Cap. 2. S. 141. 142. P.*
 „Sed quaeritur, an si pupillus tutorem conveniat pro debitis ex-
 „soluendis, hac lite pendente, sumtus litis ei assignare interim ex
 „bonis Tutoris ludez possit? Et hoc expresse negatur in L. 17. de
 „Tut. et Rat. distr. quem textum ita explicat Caes. Vrsil. annotat. ad
 „Math. de Afflict. Decis. Neapolitan. 10, quod scilicet loquatur de
 „casu, quo appareat Tutorem aliunde bona habere, quam ex admi-
 „nistratone tutelari, et sic pupillus habeat praesumptionem Iuris
 „contra se, forte per Inventarium nullis bonis pupilli repertis. Sed
 „putarem Textum illum explicandum esse de casu, ubi ipse pupillus neces-
 „saria subsidia habet. Si enim inops esset et praesumptiones sufficientes pro
 „se haberet contra Tutorem, non deterioris conditionis esse ac cacteri
 „pauperes deberet; sed ipsi quoque a Tutore, cum quo litigatur, sumptus li-
 „tis suppeditandi. WESENBEC. Conf. 245. n. 31. 37. seq. LEYSER
 d. V.
 „Spec. 84. n. 8.

Bei der so deutlichen und generellen Vorschrift des angezogenen L. 17. D. de tutelae et rat. distrah. (XXVII. 3.) dürften dieser doch ziem-
 lich gezwungenen Interpretation wohl um so gegründeterer Zweifel ents-
 gegenzusetzen seyn, als selbst in dem Fall, in welchem das Gesetz unan-
 wendbar seyn soll, einem Curanden gesetzlich schon durch Zugeschiebung
 des Armenrechts geholfen werden muß, da Stryck selbst voraussetzt,
 daß dessen Armuth erwieslich sey und er probabilem litigandi causam
 habe. Aller rechtlich gegründeten Begünstigung der Curanden ungeach-
 tet, sollte man doch auch so billig seyn, nicht zu übersehen, daß die Vor-
 munder gewöhnlich eine nicht erkannt noch vergolten werdende Last auf
 sich haben und der Regel nach kein Beklagter, so lange er nicht sachfäl-
 lig geworden, dem Gegentheil die Prozeßkosten im voraus zu erstatten
 angehalten werden kann, wenigstens ein Vormund seinem Mündel selbst
 nicht Alimenter aus eignen Mitteln zu geben verbunden ist, in welcher
 Hinsicht

Hinsicht doch nur einem Ehemann, die beiderseitigen Kosten eines Ehescheidungsprocesses allein zu tragen, auferlegt wird. Es müssen also wohl, wie auch der Herr Verfasser voraussetzt, noch andere besondere Gründe in concreto hinzutreten, wie z. B. eine gemeinschaftliche Pachtung, welche den Grund zu einer Alimentenreichung enthalten kann, um diese Meinung annehmlich zu finden.

d. 3.

c) L. 27. §. 3. *de inoffic. Testam.* LEYSER c. l. n. 5.

d) BERLICH *Conclus. pract. P. I. Concl. 7. u. 55.*

X. Bemerkung.

Die Befugniß eines Pfandgläubigers, das *Ius Retentionis* auch wegen anderer, am Schuldner habenden Ansprüche ausüben zu können, beschränket sich nur auf ein solches Pfand, das der Gläubiger mittelst Vertrag in seinem Besitz hatte.

Es gehöret bekanntermaßen zu den ausgemachten Rechtswahrheiten, daß das *Ius Retentionis*, wann es gleich überhaupt eine gewisse Verbindung, oder einen besondern Regum der Forderung mit der zurückzubehaltenden Sache voraussetzt, doch, in sofern es an einem im wirklichen Besitz habenden Pfande ausgeübet werden will, nicht allein wegen derjenigen Forderung, weshalb das Pfand eigentlich gegeben, oder das Pfandrecht verschrieben worden, sondern auch wegen einer jeden andern und selbst wegen einer bloß chirographarischen Forderung, dem Pfandinhaber zustehe ^{a)}. So wenig nun gleich darüber einiger Zweifel seyn kann, weil eine deutliche gesetzliche Vorschrift dieserhalb vorhanden ist ^{b)}, ich mich auch nur auf eine unter dem Vorßiß des Herrn Professor Wiese gehaltene Dissertation ^{c)} beziehen kann, so ist jedoch die Beantwortung der Frage:

2ter Th.

E

Ob

Ob das Retentionsrecht an einem Pfande, das unbefristeternmaßen auch wegen anderweitiger und sogar chirographarischer Forderungen an dem Schuldner statt findet, grade den Fall zum voraussetze, daß das Pfand, wovon die Rede, mittelst Convention oder förmlichen Vertrages in die Hände des Gläubigers gekommen sey, oder ob dazu auch schon ein stillschweigendes, oder gesetzliches Pfandrecht genüge?

nicht eben über alle Zweifel erhaben. Nun fehlet es zwar nicht an Rechtslehrern, die bey Ausübung des Retentionsrechts an einem Pfande wegen anderweitiger Forderungen an dem Schuldner unter einem ausdrücklichen und mittelst besonderer Convention erhaltenen, und einem stillschweigenden oder gesetzlichen Pfande keinen Unterschied gemacht wissen wollen ^{d)}. Diese Rechtslehrer halten es daher bey der Frage über die Ausübung des Retentionsrechts am Pfande für gleichgültig, ob von einem *Pignore conventionali*, oder *legali*, *praetorio*, oder *judiciali* die Rede sey, wann anders der Pfandgläubiger sich nur noch im wirklichen Besitz desjenigen Pfandes, in Ansehung dessen er ein *Ius Retentionis* auch wegen anderweitiger oder bloß chirographarischer Forderungen auszuüben suchet, befinden sollte ^{e)}. Ja einige gehen gar so weit, daß sie selbst einem bloßen hypothekarischen, dabey aber im Besitz der Hypothek sich befindenden Gläubiger gestatten, sein *Ius nudae Hypothecae* auch wegen neuer oder anderweitiger Forderungen zu behaupten ^{f)}.

Diesem allen ungeachtet verdient gleichwohl diejenige Meinung, vermöge deren die Zurückbehaltung eines Pfandes, das man nicht mittelst eines besonderen Vertrages, sondern vermöge der Gesetze an einer gewissen Sache erhalten hatte, wegen anderweitiger chirographarischen Forderungen nicht statt finde, um so mehr den Vorzug, als solche den Gesetzen nur für angemessen

messen geachtet werden kann. Denn so heißt es unter andern
 im *Leg. vnic. Cod. etiam ob Chirographariam pecuniam pignus
 retineri posse*, folgendermaßen: „*Si in possessione fueris con-
 stitutus: nisi ea (quoque) pecunia tibi a debitore reddatur
 vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter
 Exceptionem Doli mali non cogaris. Iure enim contendis, de-
 bitores, eam solum pecuniam, cuius nomine ea pignora obli-
 gauerunt, asserentes, audiri non oportere, nisi pro illa etiam
 satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt.*“ Bey
 einer solchen Vorschrift der Gesetze, die keiner weiteren Erklä-
 rung bedarf, kann es keiner mehreren Gründe für die letztere
 Meinung, mithin für den Satz, daß das *Ius Retentionis* we-
 gen anderweitiger Forderungen sodann nicht statt finden könne,
 wenn das habende Pfandrecht sich nicht sowohl in einer Con-
 vention, als vielmehr nur in einer gesetzlichen Vorschrift oder
 Privilegio gründet, bedürfen, und darf ich mich dieserhalb nur
 auf diejenigen Rechtslehrer, die gleicher Meinung sind ^{s)}, und
 die etwanigen Einwürfe zur Genüge widerleget haben ^{h)}, be-
 rufen. Das Zurückbehaltungsrecht ist überdieß eine Art von
 Selbsthülfe, die zu vielen Streitigkeiten und Prozessen Anlaß
 giebet, und die Ausübung desselben ist daher eher einzuschrän-
 ken, als ohne genugsam dazu vorhandene Anleitung zu er-
 weitern.

Es stehet demnach fest, daß das *Ius Retentionis* an einem
 Pfande nur sodann wegen anderweitiger oder gar neuer An-
 sprüche an den Schuldner ausgeübet werden könne, wann näm-
 lich der Gläubiger sich vermöge eines besondern mit dem erste-
 ren geschlossenen Vertrages wirklich noch im Besiz eines Pfan-
 des, das durch die Bezahlung der Schuld, weshalb es gege-
 ben worden, noch nicht erloschen gewesen ist, befindet ⁱ⁾, auch
 dabey die neuen oder anderweitigen Ansprüche eines Gläubi-

gers in aller Hinsicht für liquid oder ganz unzweifelhaft angesehen werden müssen k).

- a) G. L. BOEHMER in *Elect. Iur. ciuil. Tom. 2. Ex. 13. §. 12. v.*
 „Ob Debita, quorum nullus est cum Re retinenda Nexus,
 „neque jure ciuili, neque Iure Praetorio datum est Ius
 „Retentionis, praeterquam in pignore, in quo, quod huic inest Ius
 „Retentionis, ex Speciali Constatutione Gordiani Imp. productum
 „est ad alienam pecuniam mutuam, quam idem Debitor simplici-
 „ter, hoc est sine pignore accepit.“ Mit Recht bemerket daher
 ERXLEBEN in *Princip de Iur. Pignorum et Hypothecarum* S. 201. n. 6.
 und 203, daß bey einem Pfande sich die einzige Ausnahme finde, wo
 den Rechten nach das Ius Retentionis auch ob Debitum non con-
 nexum statt finde, und daß der L. 11. §. 3. de Pign. Act. zum Bes-
 weise des Gegentheils nicht angeführet werden möge.
- b) L. vnic. Cod. etiam ob Chirographariam pecuniam pignus retineri posse.
- c) De Retentione Pignoris tam ob eadem quam ob diuersa. Restochii 1780.
- d) BERLICH P. 1. concl. 74. n. 40. MÜLLER ad STRUV. Ex. 26.
 §. 42. lit. γ. n. 3. LUD. MENCKEN Pract. Synopt. Pandect. p. 287.
 MEVIUS ad Ius Lubecense Lib. 1. Tit. 5. art. 13. n. 7. 8.
- e) BERGER in *Oeconom. Iur. Lib. 2. Tit. 5. Th. 14. n. 2.* BERLICH
 c. l.
- f) FABER ad Codicem Lib. 8. Tit. 16. Def. 5. STRYCK de Cautel. con-
 tract. Sect. 2. cap. 4. §. 39. BRUNNEMANN ad Leg. vnic. Cod.
 etiam ob Chirographar. pecun. pignus retineri posse. MEVIUS P. 2. Dec.
 114. n. 4.
- g) CRELL Dissert. de Retentione Hypothecae ob nouum Debitum non per-
 missa §. 3. 4. (Dissertationes et Programmata) Fascic. 9. n. 77.)
 WIESE cit. Dissert. §. 30. 31.
- i) Würde ein Debitor nur diejenige Schuld, wesshalb er das Pfand
 eigentlich gegeben hatte, bezahlen wollen, und selbiges zurückfordern,
 ohne eine andere gleichfalls unbestrittene Schuld ebenfalls zu berich-
 tigen, so würde derselbe bey der Wiederforderung seines Pfandes do-
 lose handeln. Hieraus ist es denn leicht zu erklären, woher die Ges-
 setze das Zurückbehaltungsrecht an einem Pfande, auch wegen anders-
 weitiger Personalansprüche gestattet wissen wollen. ERXLEBEN c. l.
 §. 201.
- k) Da das Zurückbehaltungsrecht wegen anderweitiger Forderungen nur
 an einem Pfande, das man Vertragsweise, nicht aber an einem sol-
 chen,

hen, das man nur vermöge der Befehle, oder eines Privilegiums besitzt, ausgeübt werden darf. CRELL c. 1. ERXLEBEN c. 1. §. 200. und 201, so selget daraus von selbst, daß es einem Vermiether, der seine Miete und die Ersehung seines Schadens, den er aus der Vermietung seiner Sachen durch Verschulden seines Miethmannes erlitten, wirklich erhalten hat, nicht gebühren könne, sich wegen etwaniger anderer Ansprüche an dem Miethmann an dessen Invenctis und Illatis zu halten, oder wegen jener Ansprüche sich ein *Ius Retentionis* an selbigen anzumachen. Eben so wenig mag eine Ehefrau, die ihren Dotem aus dem Vermögen ihres Mannes erhalten hat, dessen Güter wegen anderer weitiger Forderungen an jenem zurückbehalten.

XI. Bemerkung.

Ueber den Mangel des Rechtsgrundes (*Causae debendi*)
in Schuldverschreibungen.

Wann gleich aus einer Handschrift, der die *Causa debendi* mangelt, in der Regel nicht executiv geklaget werden mag ^{a)}, ja wohl gar dem Kläger, der aus einer Handschrift, welcher die *Causa debendi* fehlet, und die sonst nicht bekannt ist, die *Exceptio Doli* gemacht werden kann ^{b)}, so folget doch hieraus noch nicht, daß ein Kläger, der aus einer Schuldverschreibung klaget, bey der sich keine *Causa debendi* findet, sofort abgewiesen werden müsse ^{c)}. Denn sodann lieget dem Kläger, nach der richtigen Bemerkung des Leyfers ^{d)} in Bestimmung der Befehle, ob, die gleichwohl wirklich vorhandene *Causa debendi* im ordentlichen Prozeß auszumachen und zu beweisen ^{e)}.

So ausgemacht nun gleich alles dieses ist, so giebt es doch unterschiedene Fälle, wo es nicht eben auf einen strengen Beweis der *Causae debendi* ankommt, oder wo doch deren Daseyn aus diesen und jenen Umständen geschlossen, und sie solchergestalt als genugsam bewiesen voraus gesetzt wird.

Man

Man kann dahin vornämlich rechnen: 1) wann Jemand eine Schuld, deren Größe die Handschrift enthält, bereits gerichtlich¹⁾, oder doch 2) außergerichtlich zu mehreren Malen bekannt haben sollte²⁾. 3) In Dertern, wo Römischer Recht gilt, hat es gleichfalls kein Bedenken, daß bey einer mit Wissen und Willen des Schuldners geschehenen Eintragung einer Schuld zu Stadtbuch auf Grundstücke, die jenem zugehören, aller weiterer Beweis der *Causae debendi* nur überflüssig sey³⁾. Außer den bisher angeführten Fällen, da man nämlich die *Causam debendi* für hinlänglich bewiesen annimmt, und keinen weiteren Beweis derselben zu erfordern pflegt, führen die Rechtslehrer noch mehrere an, nämlich 4) wenn anderweit wegen der *Causae debendi* vernünftige Ruthmachungen vorhanden sind⁴⁾. Dahin pflegt man zu rechnen, wann der Schuldner in der Handschrift sagt, daß er vom Gläubiger bares Geld empfangen und in seinem Nutzen verwandt habe⁵⁾; 5) wann in der Verschreibung die Bezahlung der Schuld zwar ohne Gründe anzuführen, inzwischen doch eidlich versprochen⁶⁾, oder wenn 6) Jemand seit mehreren Jahren auf eine in Frage befangene Schuld die in jedem Termin fälligen Zinsen richtig bezahlet haben sollte⁷⁾. Daß jedoch schon die bloße Begebung der *Exceptionis deficientis causae debendi*⁸⁾, oder das Anführen des Schuldners in der Handschrift, daß er sich aus eigenem Wissen, oder aus Ueberzeugung von der Richtigkeit der Schuld zu derselben verstehe, den Kläger schon von der Führung des Beweises der vorhandenen *Causae debendi* befreien könne⁹⁾, solches würde ich bey dem Mangel anderer Gründe, die sonst dem Gläubiger zu statten kämen, und seine Forderung glaublich machten, bezweifeln.

a) L. 2. §. 3. de doli mali et met. except. L. 3. de Condict. sine causa.

b) LEYSER Spec. 132. n. 2. Sollte jedoch der Rechtsgrund auch nur durch solche Worte, die keine andere Auslegung erlauben, ausgedrückt werden,

werden, so pfleget solches auch schon im Executionsprozeß zu genügen.
Danz in den Grundsätzen der summatischen Prozesse. Stuttgart 1792.
S. 32.

- e) Das Gegentheil behauptet SCHOEPPER in *Synopsi Pandectar. Lib. 127 Tit. 1. n. 37.*
- d) c. l. STRYCK de Cautel. Contract. Sect. 2. Cap. 7. §. 4.
- e) L. 25. §. fin. de Probat. Cap. 14. X. de Fide Instrument. CARRZOV P. I. Const. 17. Def. 39. HERTIUS Dec. 752. n. 2.
- f) L. I. D. und L. I. C. de Confess. CARPZOV P. 1, Const. 17, Def. 40.
- g) STRYCK c. l. §. 7.
- h) Das Lübsche Recht B. 5. Tit. 6. Art. 1. MEVIUS ad cit. artic. n. 36.
- i) CANGIESSER *Decisiones Castellanae. T. 1. Dec. 124. n. 3.*
- k) WERNHER Tom. I. P. 4. Obf. 185. Struben in dem fünften Theil der rechten Bedenken n. 26. Sollte in einer Handschrift nicht allein des richtigen Empfangs des Capitals, sondern auch der Verzinsung desselben Erwähnung geschehen, so ist sodann in derselben wirklich schon eine *Causa debendi tacita*, mithin auch die Vermuthung *pro Contractu Mutui* anzunehmen. WERNHER c. l.
- l) STRYCK c. l. §. 6.
- m) L. 6. de Vfur. MEVIUS P. 2. Dec. 318.
- n) STRYCK c. l. §. 6.
- o) Arg. L. 53. de Reg. Jur. STRYCK c. l. §. 7. Dieser Rechtslehrer will jedoch bey der Clausel *ex certa scientia* vorausgesetzt wissen, daß der Aussteller der Handschrift nicht in einem offenkundigen Irrthum gewandelt habe. Denn auf dem Fall, daß der Aussteller der Handschrift das Indebitum nicht gekannt und im Gegentheil eine rechtmäßige Forderung vorausgesetzt haben sollte, hält Stryck die Verurtheilung des Schuldners lediglich vermöge der angeführten Clausel für unbillig, und will daher den Schuldner sodann zum Beweise seines Irrthums noch vorher zugelassen wissen.

XII. Bemerkung.

Bei Arrestverhängungen ist es ohne Einfluß, daß derjenige, wider den Arrest geberthen wird, für seine Person sonst einer Grundgerichtsbarkeit unterworfen ist.

Als eine bekannte Rechtswahrheit kann ich hier zum voraus setzen, daß es allein aufs Forum privilegiatum eines Menschen nicht ankomme, oder solches einige Bedenklichkeiten verursache, wann wider ihn in Foro Contractus oder Praestationis auf seine Person oder Sachen ein Arrest nachgesuchet werden sollte, in sofern anders nur überhaupt genugsame Gründe zur Verhängung eines Arrestes vorhanden seyn sollten ^{a)}. Hiernach nun kann es eben so wenig einiges Bedenken leiden, daß auch diejenigen, die sonst einer adlichen oder Grundgerichtsbarkeit angehören, auch selbst von einem Stadtgericht, wann solches anders nur als das zuständige Forum Contractus und Solutionis anzusehen ist, bey dem Mangel gegenseitiger Landesgesetze oder eintretender Privilegien, in Ansehung ihrer Personen mit Arrest belegt werden können.

^{a)} MEVIUS *Tract. de Arrestis* cap. 8. n. 126. und in *Decisionibus* P. 2. Dec. 4. CARPZOV. *Lib. 2. Resp.* 29. n. 20.

XIII. Bemerkung.

Die Eydeshuschiebung mag außerhalb Sachsen auch eventuell mit dem Beweise durch Urkunden, und zwar über eben denselben Gegenstand verbunden werden.

Wann es gleich kein Bedenken leidet, daß derjenige, dem ein Beweis obliegt, über verschiedene Umstände, worauf es dabey ankommt, sich auch verschiedener Beweismittel bedienen könne ^{a)}, so ist es doch eben so unzweifelhaft nicht, ob ein Beweisführer sich denn auch über einen und denselben Umstand mehrerer Beweismittel, entweder zugleich, oder doch successive bedienen, und solche Beweismittel mit einander verbinden könne? Einige Rechtslehrer wollen diese Frage nur sodann bejahet wissen, wann die unterschiedenen Beweismittel zur Verstärkung des obliegenden Beweises dienen, oder wann etwa der Beweis durch Urkunden mit dem Beweise durch Zeugen, oder den Augenschein verbunden werden soll; sie verwerfen aber die Verbindung verschiedener Beweismittel sodann, wann von der Eydeshuschiebung die Rede ist, oder wann man sich derselben zugleich mit andern Beweismitteln bedienen will ^{b)}. Man glaubet den Grund zu dieser Behauptung selbst in der Vorschrift des Canonischen Rechts zu finden, woselbst die Eydeshuschiebung nur bey dem Mangel anderer Beweismittel gebilliget wird. Es heißt nämlich im *Cap. 2. X. de Probat.* „Sic, „ut consuetudo laudabilis: sane quoniam apud vos con- „fectum esse didicimus, vt cum aliquis intentionem suam „fundauerit Instrumentis, aut Testibus; ei sacramentum „nihilominus deferatur: quod si subire noluerit, fides „probationibus non habetur. Nos (cum tunc demum ad „huiusmodi Suffragium sit recurrendum, cum aliae legitimae „probationes deesse noscuntur) talem consuetudinem reproba- „mus.“

2ter Th. §

„mus.“ Einige Rechtslehrer gehen vermöge dieser Vorschrift so weit, daß sie nicht allein alle und jede Verbindung dieser und jener Beweismittel mit der Eydeszuschreibung über eben denselben streitigen Gegenstand verwerfen, sondern auch solche nicht einmal auf allem Fall, oder wann vielleicht der Beweisführer durch andere von ihm hauptsächlich gewählte Beweismittel seine Absicht nicht erreichen sollte, gestattet wissen wollen ^{c)}. Nach dieser Theorie will denn Nettelbladt ^{d)} bey der Verbindung anderer Beweismittel mit der Eydeszuschreibung, besonders auf den Fall, da noch keines von andern Beweismitteln fortgesetzt seyn sollte, dahin erkannt wissen, daß der Beweisführer sich zu erklären habe, ob er den Eyd, oder die andern Beweismittel fallen lassen wolle ^{e)}. Sollte es aber schon zum Gebrauch, oder zur Fortsetzung anderweitiger Beweismittel gekommen seyn, so will Nettelbladt unterschieden wissen, ob der zugeschobene Eyd von dem andern Theil schon acceptiret worden sey, oder nicht. In dem ersten Fall heißt es, bleibe es lediglich bey dem Eyd. In dem letzten Fall aber, oder da der Eyd noch nicht acceptiret, die Zeugen aber bereits vernommen, oder die Urkunden schon recognosciret worden, falle der Eyd überall weg, und bleibe es sodann nur bey dem Beweise durch Zeugen oder Urkunden.

Da es jedoch in Bestimmung verschiedener Gesetze ^{f)} nach dem gemeinen Gerichtsgebrauch in Deutschland, zum wenigsten außer Sachsen, keinem Zweifel unterworfen ist, daß die Eydeszuschreibung als ein subsidiarisches Beweismittel sowohl überhaupt nach dem Ablauf der vorgeschriebenen Beweisfrist ^{g)}, als auch sodann noch Statt finde, wann es mit andern Beweisen schon versucht worden, solche aber wo nicht fehlgeschlagen, doch eben nicht nach Wunsch ausgefallen seyn sollten ^{h)}, so scheint daher von selbst zu folgen, daß die angezogene Meinung, vermöge deren die Cumulation der Eydeszuschreibung

schiebung mit andern Beweismitteln für unzulässig zu achten, und auch nicht einmal auf allem Fall oder successive Statt finden könne, für gegründet eben nicht zu achten sey ⁱ⁾). Es erscheint zum wenigsten kein verschiedener Grund, woher ersteres für erlaubt zu halten, und hingegen die angeregte Cumulation für verwerflich zu achten sey. Bewährte Rechtslehrer verteidigen daher die successive Cumulation der Eydeszuschiebung mit andern Beweismitteln mit Recht, und halten dieselbe zum wenigsten in der Appellationsinstanz für ganz unbedenklich ^{k)}). Andere behaupten zwar eben dieses, machen jedoch die richtige Einschränkung, daß es unter den angeführten Umständen zur wirklichen Ableistung des zugeschobenen Eydes nur sodann kommen könne, wann sich ergeben sollte, daß die mit der Eydes- Delation verbunden gewesene anderweitigen Beweismittel wirklich fehlgeschlagen seyn sollten ^{l)}).

a) SCHAUMBURG *Princip. Prax. Jurid. Iudic. Lib. I. Sect. 1. membr. 3. c. 1. §. 6.*

b) SCHAUMBURG *c. 1.*

c) RENNER *ad SCHAUMBURGII Princip. Prax. Jurid. Iudic. p. 35.* und der dort angeführte KROHN in *Dissert. de Probat. et Reprobat. Obs. 6.*

d) in seiner praktischen Rechtsgelahrtheit. Th. 3. Tit. 4. §. 750. S. 319.

e) Ein gleiches, oder daß der Beweisführer sich zu erklären habe, ob er bey der geschehenen Eydeszuschiebung sich blos dieser, oder auch andrer Beweismittel über eben denselben Gegenstand bedienen wolle, behauptet auch RENNER *ad SCHAUMBURG c. 1.* Es bemerkt jedoch von Pufendorf *Tom. I. Obs. 134.* mit Recht, daß dergleichen vorläufige Erklärungen über die eventuelle Eydes- Delation ihre Bedenklichkeiten habe, weil sich theils vor Eröffnung der Beweisthümer nicht vorher sagen lasse, ob es nicht nach deren Beschaffenheit zum Erfüllungs- oder Reinigungsende kommen könne, theils aber auch oft das durch überflüssige Eyde, die doch billig zu vermeiden, veranlaßt werden dürften.

f) *L. 12. C. de Reb. Cred. Novella 73. c. 4.*

g) BRUNNEMAN *ad L. 12. C. de Reb. cred* BOEHMER in *Elect. Iur. civil.* T. 2, Ex. 14, §. 13, p. 670. und in *Princip. Iur. Canonici* §. 812. Struben im ersten Theil der Rechtl. Redenten n. 164. KOCH de *Init. Termin. probat. Th.* 10.

h) DANZ im gemeinen ordentlichen bürgerlichen Prozeß. §. 262.

i) Daß es auch in solcher Hinsicht nicht einmal einer Restitution bedürfe, wie VOETIUS *Tit. de Iurejurando* §. 11. behauptet, bemerkt STRUBEN c. 4.

k) MEVIUS P. 4. Dec. 5. Struben a. O.

l) PUFENDORF c. 1. Damit scheint auch die Königl. Tribunals-Ordnung Th. 2, Tit. 34. §. 1. übereinzustimmen. Sollte auch der Beweisführer den schlimmen Ausgang seiner gewählten Beweismittel nicht haben vorhersehen können, so erfordert vollends Recht und Billigkeit, daß man sodann annoch die Eydes-Delation frey lassen müsse. Struben a. O.

XIV. Bemerkung.

Ueber einige Fragen, die bey einem Fideicommiss vor-
kommen können, worin es dem eingesetzten Erben zur
Pflicht gemacht worden, nach seinem Tode einer be-
stimmten Person dasjenige zu lassen, was
übrig seyn werde.

Die Frage: Ob und in wiefern ein Erbe, dem es der Erb-
lasser aufergelegt hatte, dasjenige, was dereinst nach dessen
Tode von der Verlassenschaft a) übrig seyn werde, einer na-
mentlich bestimmten Person zukommen zu lassen, sich eine Dis-
position über die ihm angefallene Erbschaft anmaßen könne?
wird in der Novelle 108 Cap. 1. in der nachfolgenden Maasse
beantwortet: „Sancimus vsque ad Falcidiam solum suae
„Institutionis necessitatem habere servare eum qui onera-
„tus est Fideicommissi restitutione, et non posse aliquid
„penitus ex illa minuere sufficiens existens: Sed heredi qui-
„dem

„dem supersint tres partes, illi autem quartae solius relinqua-
 „tur ratio. Non enim concedimus ei, qui grauatus est,
 „etiam donationibus vti aliquibus, et forsan ex studio in-
 „teruertendi fideicommissi causa, vt etiam quarta minua-
 „tur Institutionis ejus: sed hoc omnino relinquere fideicommis-
 „sum: aliis omnibus in ejus potestate positis: et Licentiam ha-
 „bere cum his sicut voluerit vti, quemadmodum perfectis do-
 „minis competit. Si vero et ipsam quartam is qui grau-
 „tus est, contingat: necessarium est, perscrutari causam,
 „secundum quam hoc egit: Et si quidem aut dorem vo-
 „luerit dare, aut sponsalitiā largitatem, aliam non ha-
 „bens Substantiam, oportet ei hoc permitti agere; hoc
 „videlicet quod nostra jam continetur Lege, in qua ei
 „omnino non negauimus talem deminutionem. Si vero
 „et in Captiuorum Redemptionem (hanc enim excipi-
 „mus et dicamus Deo causam) et hoc Licentiam habere
 „eum facere, et minuere etiam quartam pietatis ratione,
 „quod omnium nobis pretiosius videtur“^{b)};

Es ist meine Absicht nicht darauf gerichtet, über den gan-
 zen Inhalt der Novelle zu commentiren, solche mit den Vor-
 schriften des älteren Römischen Rechts zu vergleichen, und alle
 dabey vorkommende mögliche Fragen zu beantworten. Es ist
 dieses bereits von andern c), vornämlich aber von dem berühm-
 ten Herrn Hofrath Reichardt d) geschehen, auf die ich daher
 den Leser hauptsächlich verweise. Die nachfolgenden Fragen
 scheinen inzwischen einige besondere Erörterung oder Bemerk-
 ung zu verdienen. Ich rechne dahin:

- 1) Ist ein Erbe, der nach dem Testament dasjenige,
 was nach seinem Tode übrig ist, einem bestimmten
 fideicommissarischen Erben lassen soll, dem aber die
 Formirung eines Inventariums erlassen worden, auch
 von

von der Herausgabe einer jeden Specification des Nachlasses befreiet, oder kann letztere, der Erlassung des Inventariums ungeachtet, vom fideicommissarischen Erben gefodert werden?

Daß in der Regel ein fideicommissarischer Erbe, der dasjenige, was nach dem Tode des eingesetzten Erben übrig ist, haben soll, in der Regel von dem letzteren schon bey dessen Lebzeiten die Herausgabe eines ordentlichen Inventariums fodern könne, kann wohl um so weniger einiges Bedenken haben, als er nach einer solchen Verfügung gesetzlich berechtigt, zu seiner Zeit zum wenigsten auf den vierten Theil der ganzen Verlassenschaft Ansprüche zu machen. Nur durch ein ordentliches Inventarium erhält er aber die gewisse Ueberzeugung, wie hoch sich bereinst sein vierter Theil belaufen werde, und nur darauf scheint er auch in Zukunft seinen Klagegrund mit genugsamer Zuverlässigkeit bauen zu können. Da es jedoch überhaupt von der Willkühr des Testators abhing, ob und in welcher Maaße er seinen eingesetzten Erben mit einem Fideicommiss zu beschweren, und ob er dabey diesen oder jenen Dritten zu begünstigen für gut fand, so folget hieraus von selbst, daß er die Aufnahme eines Inventariums verbieten könne, und der fideicommissarische Erbe sich hierunter den Willen seines Erblassers gefallen lassen müsse. Es ist jedoch eine andere Frage: ob denn das Verboth eines Inventariums stillschweigend schon ein jedes Güterverzeichnis, oder eine beendigte oder sonst beglaubte Specification unter sich begreife, und ob letztere sodann ebenfalls von dem fideicommissarischen Erben nicht gefodert werden könne? Da nach der Praxi eine eydliche Specification einem Inventario meistens gleich geachtet zu werden pfleget *), so scheint daraus zu folgen, daß, was von dem Inventario gilt, auch zum wenigsten von einer eydlichen Specification gelten müsse, und letztere unter dem Verboth des Inventariums mit begriffen werde.

werde. Es läßt sich jedoch von diesen Grundsätzen nicht flüchtig die Anwendung auf den gegenwärtigen Fall machen, und ist hingegen sowohl nach der wahrscheinlichen Absicht des Testirers, als nach Recht und Billigkeit anzunehmen, daß das Verbot des Inventariums nur von einem feyerlichen Inventario, nicht aber von einem jeden Güterverzeichnis überhaupt zu verstehen sey. Denn wann der fideicommissarische Erbe, der nach dem Absterben des eingesetzten Erben alles haben soll, was übrig bleibt, hierunter aber nach den Gesetzen zum wenigsten der vierte Theil verstanden werden muß ¹⁾, so liegt ja demselben unstreitig daran, die Größe der ganzen Verlassenschaft, so wie sie zur Zeit des Ablebens des Erblassers war, mit Zuverlässigkeit zu wissen. Sollte aber derselbe hierunter ohne genügsame Kenntniß gelassen werden, so würde ihm die Vorschrift der Rechte, wornach unter dem, was übrig ist, der vierte Theil verstanden wird, wenig nützen, vielmehr es damit auf Vergeblichkeiten hinauslaufen, da ja der fideicommissarische Erbe niemals wissen könnte, worauf er zu seiner Zeit seine Klage eigentlich richten sollte. Unmöglich konnte aber solches mit der Absicht des Erblassers bey der Erlassung des Inventariums übereinstimmen, der ja eine besondere Zuneigung dem fideicommissarischen Erben dadurch zu erkennen gab, daß er ihm nach dem Tode seines eingesetzten Erben alles gönnte, was dieser übrig lassen würde ²⁾. Es mag daher der Untersagung des Inventariums ungeachtet, die Herausgabe eines beeyndigten oder sonst beglaubten Privatgüterverzeichnisses nicht versaget werden, besonders wenn der fideicommissarische Erbe wohl gar erhebliche Gründe, um es zu verlangen, für sich haben, und sich zu den erforderlichen Kosten erbieten sollte ³⁾. Würde jedoch der Fideicommittent beydes, nämlich ein feyerliches Inventarium und eine jede Specification deutlich und ohne Einschränkung verbotzen haben, so kann auch der fideicommissarische

sche Erbe, der nur das, was übrig bleibt, haben soll, kein Güterverzeichnis, es sey von welcher Art es wolle, von dem eingefetzten Erben verlangen ¹⁾. Es kann auch überhaupt keines Güterverzeichnisses bedürfen, wann der Erblasser den Bestand des Fideicommisses in seinem letzten Willen angegeben hätte, oder solcher sonst mit Zuverlässigkeit bekannt und ausgemacht seyn sollte.

Es ist weiter die Frage:

- II) Ob der eingefetzte Erbe für befugt zu achten, über drey Theile der Erbschaft, in Absicht deren er als Eigenthümer nach den Gesetzen angesehen werden soll, von Todes wegen zu disponiren?

Diese Frage ist billig ohne alle Einschränkung zu verneinen ²⁾. Denn soll der fideicommissarische Erbe alles haben, was nach des eingefetzten Erben Tode übrig seyn wird, so stehet damit ein etwa von letzterem errichtetes Testament, oder eine sonstige Verfügung von Todes wegen im offnbaren Widerspruch ³⁾. Die Absicht des Erblassers bey der Verordnung, daß sein Erbe alles, was nach dessen Tode übrig seyn würde, einer bestimmten Person lassen soll; konnte ja keine andere seyn, als daß der eingefetzte Erbe sich nur bey seinem Leben des Nachlasses nach Wohlgefallen bedienen, nach seinem Tode aber es dem bestimmten fideicommissarischen Erben, ohne daß ihm darunter etwas zu verfügen frey stünde, lassen sollte. So wenig nun darüber einiger Zweifel seyn kann, ob es einem Erben nicht frey stehen möge, über einen Nachlaß durch letzte Willensverordnungen etwas zu verfügen, wann es ihm dabei vom Erblasser zur Pflicht gemacht worden, dasjenige, was übrig seyn werde, einer bestimmten Person zu lassen, so entsteht doch eine

- III. Frage: Ob ein Erbe, der dasjenige, was übrig bleibt, welches nach gesetzlicher Bestimmung der vierte Theil des ganzen Nachlasses ist, einer bestimmten Person

Person lassen muß, so lange er lebet, über die übrigen drey Theile nach eigenem Wohlgefallen disponiren könne?

Fehlet es gleich nicht an Rechtslehrern, die diese Frage nur sodann bejahet wissen wollen, wann dem Erben kein Dolus oder kein Animus interuertendi Fideicommissum zur Last fallen sollte^m), so ist dieselbe doch billig im Allgemeinen, oder ohne Einschränkung zu bejahen n). Denn so läßt sich bey einem Erben, der sich seines Rechts, allenfalls drey Theile der Erbschaft verzehren oder darüber als Eigenthümer nach Wohlgefallen verfügen zu können, bedienen, kein Dolus oder kein Animus interuertendi fideicommissum gedenken, oder es kann zum wenigsten darauf nicht besonders ankommen o). Hieraus folget denn von selbst, daß es dem Erben nicht zu bestreiten stehe, bey Lebzeiten von dem Fideicommissvermögen sich gegen diesen oder jenen freygebig zu beweisen, oder ihm Schenkungen zu machen, in sofern anders dadurch der vierte Theil des Fideicommissvermögens nicht verletzt werden sollte p). Da der Fideicommissent bey seinem Vermögen und dessen Nutznießung keine andere Einschränkung machte, als daß dasjenige, was nach des Erben Tode übrig seyn würde, einer bestimmten Person anheim fallen solle, so ergiebet sich hieraus von selbst, daß ein solcher Erbe nach der muthmaßlichen Absicht des Testators nicht nach dem Muster eines bloßen V usufructuarii beurtheilet werden könne, sondern ihm bey Lebzeiten alle Rechte eines Eigenthümers zu statten kommen müssen. Hiermit stimmen denn auch die oben angeführten Gesetze deutlich und im Wesentlichen überein, und machen nur in Ansehung des vierten Theils des Nachlasses die Einschränkung, daß solcher zum wenigsten demjenigen, der das, was übrig ist, haben soll, ohne alle Abfürzung verbleiben soll, in sofern nicht die eigene Noth des Erben, oder andere löbliche Ursachen ihn etwa berechtigen könnten, auch

2ter Th. den

den vierten Theil des Nachlasses angreifen zu müssen 9). Nach dem Sinn der Gesetze und der muthmaßlichen Absicht des Testators bey dergleichen Fideicommissen mag es daher dem fideicommissarischen Erben nicht gebühren, sich bey Lebzeiten des eingesezten Erben diesen oder jenen Verfügungen über das Vermögen zu widersetzen, oder dessen Erben demnächst in Anspruch zu nehmen, in sofern anders der vierte Theil des Nachlasses noch immer unverfehrt geblieben ist, ihm nach dem Tode des Erben auch wirklich ausgekehret wird, auch über den Nachlaß vom Erben keine Verordnungen von Todes wegen gemacht worden sind. Die Worte in der Novelle: „Aliis omnibus in „ejus potestate positus, et Licentiam habere cum his (sc. „tribus partibus) sicut voluerit vti, quemadmodum perfectis Dominis competit“, in Verbindung der vorhergehenden und nachfolgenden Worte lassen keinen Zweifel übrig, daß die Befugnisse des Erben über die drey Theile des Nachlasses ohne alle Einschränkung zu erklären sind und dem Erben daher bey Lebzeiten oder unter Lebendigen darüber eine willkührliche Disposition zustehe.

Aus dem bisher Angeführten ergiebet sich die Beantwortung der vierten Frage gewissermaßen von selbst, die ich darin setze: Ob dasjenige, was von dem Fideicommissvermögen etwa zum Ankauf von Grundstücken, oder andern Dingen angewandt worden, in sofern anders der vierte Theil demjenigen, der das, was übrig ist, haben soll, unverkürzt verblieben ist, dem letzteren, oder dem Erben des ersten Fideicommissinhabers zu gute komme? In Ansehung der hauptsächlichsten Gründe, die dazu dienen, um diese Frage zum Besten der Erben des ersten Fideicommissinhabers bejahen zu können, beziehe ich mich auf die ausführlichen Gründe, die dieserhalb in der oben angeführten Reichardischen Dissertation vorkommen *). Es sind hiernach die aus
drey

drey Theilen des Fideicommissvermögens angeschafften Immobilien als ein Eigenthum des hauptsächlich eingesetzten Erben oder ersten Fideicommissinhabers anzusehen, und können daher auch nur seinen Erben, nicht aber demjenigen, der nur das, was übrig bleibt, haben soll, anheim fallen. Denn wenn gleich, in sofern von Besitzern fremder Erbschaftsstücke die Rede, Pretium in locum rei zu succediren pfleget ^{s)}, so ist doch dieser sonst bekannte Rechtsatz nicht auf den gegenwärtigen Fall anzuwenden. Denn so ist ein Erbe, der nur dasjenige, was nach seinem Tode übrig ist, einem andern benannten Fideicommiss-erben lassen soll, zwar in Ansehung des vierten Theils und seiner Verfügungen von Todes wegen überhaupt eingeschränkt, nicht aber in Ansehung der übrigen zur Verlassenschaft gehörigen drey Theile. Denn in Hinsicht der letzteren ist er nicht sowohl als ein Besitzer oder Inhaber fremder Sachen, als vielmehr für einen völligen Eigenthümer, so lange er lebet, anzusehen. Was er nun in solcher Eigenschaft vornahm, konnte er muthmaßlich nur zu seinem eigenen und seiner Erben Besten thun. Dahingegen hatte er sich ums Interesse desjenigen, der nur nach seinem Tode dasjenige, was übrig geblieben, haben sollte, in keine Wege zu bekümmern. Es läßt sich daher bey ermangelnder Erklärung vom Gegentheil in keine Wege voraussetzen, in sofern im Testament des Fideicommittenten nicht ein anderes verordnet worden, daß der eingesetzte Erbe bey Verwendung der ihm zur Disposition überlassenen Gelder zum Ankauf von Grundstücken und andern Sachen gleichsam nur die Geschäfte des Fideicommiss-erben, der das, was übrig bleibt, haben soll, besorge, und ihm daher stillschweigend diejenigen Vortheile aus dem Ankauf, die seinem eigenen Erben zu Gute kommen konnten, habe zuwenden wollen ^{t)}. Ein Fideicommiss-erbe, der nach der Testamentarischen Disposition nur das, was übrig bleibt, haben soll, und der seinen gesetzmäßigen vierten Theil

fürzet erhält, macht daher auf die aus dem Fideicommißvermögen sonst angeschafften Grundstücke vergeblichen Anspruch, indem solche in der Regel nur auf die Erben des Erwerbers übergehen.

Es ist nun noch die Beantwortung der fünften Frage übrig: Ob nämlich in dem Fall, da der Erbe das etwa in baarem Gelde bestandene Fideicommißvermögen aufgezehret, inzwischen in der Folge anderes Vermögen erworben und hinterlassen hätte, der Fideicommißerbe, der das, was übrig, haben soll, auf das erworbene Vermögen Anspruch machen könne, und wie hoch sich derselbe belaufe? Diese Frage kann freylich von einer sehr verschiedenen Seite betrachtet und darnach auch verschieden beantwortet werden. In solcher Hinsicht beziehe ich mich auf den Rechtsfall, der in der oft angezogenen Reichardtschen Dissertation vorkommt. Ein Vater hatte nämlich in seinem Testament die überlebenden Brüder einem andern Bruder in demjenigen substituirt, was nach seinem Tode übrig seyn würde, wann er anders ohne Kinder versterben sollte. Da nun dieser Fall eingetreten, so foderten die Brüder von dem eingesetzten Testamentserben ihres Bruders das ganze Vermögen zurück, so wie es letzterer von seinem Vater erhalten hatte. Der Testamentserbe leugnete, daß überall ein Fideicommißvermögen vorhanden sey, behauptete, daß solches, oder vielmehr die baaren Gelder, worin es bestanden, von seinem Erblasser in seiner Jugend im Kriege und mit den bey Gelegenheit desselben erlittenen Unglücksfällen völlig aufgezehret worden, und daß er dasjenige Vermögen, worin er ihn jetzt zum Erben eingesetzt, in späteren Jahren allererst erworben hätte und daß hierauf die väterliche fideicommissarische Disposition unmöglich gezogen werden könne. Ob nun gleich der Testamentserbe erbbüßig war, allenfalls seine Angabe in der gehörigen Weise zu beweisen, so waren ihm doch zwey von Halle und Göttingen eingeholte

holte Erkenntniße entgegen. Die vom ersteren Ort eingegangene Erkenntniß lautete dahin: „Obwohl eingewandt werden wollen, daß nach der fideicommissarischen väterlichen Disposition No. 1. sowohl, als nach dem brüderlichen Vergleich No. 5. die Brüder v. S. auf dem Fall, wann einer oder der andere von ihnen ohne Männliche Leibeserben versterben würde, nur dasjenige von dessen erhaltenen väterlichen Erbportion, so bey dessen Absterben noch übrig seyn mögte, vi pacti et fideicommissi zurückzufodern berechtiget, allhier aber noch nicht erwiesen sey, daß der Defunctus General von S. von seiner erhaltenen väterlichen Erbportion wirklich etwas oder wie viel eigentlich verlassen habe — dennoch dagegen in Erwägung zu ziehen ist, daß das quästionirte Fideicommiss in baarem Gelde, mithin in re fungibili, cujus restitutio in eodem genere praestanda, bestanden hat, und da der Defunctus General von S. nach dem Documento No. 9 23507 fl. an baaren aussenstehenden Capitalien und sonstigen Effecten verlassen hat, hierbey aber nichts darauf ankommen kann, ob unter diesem verlassenen Vermögen diejenigen Gelder, so derselbe auf seine väterliche Erbportion erhalten, wirklich annoch vorhanden sind oder nicht, es daher eines Beweises nicht erst bedarfe. Wurde gleich vom Testamentsrben dawider ein Rechtsmittel eingewandt, so war doch auch der Spruch der Göttingischen Juristenfacultät, wohin die Akten demnächst versandt wurden, mit der Hallischen Erkenntniß übereinstimmend und lautete solches besonders dahin: „Vergleichen Fideicommiss, welches der Testator auf dasjenige, so der Erbe nach seinem Tode an Erbtheil übrig haben dürfte, gerichtet, die Rechte gegen dessen letzte Willenverordnungen nicht schlechterdings auf den vierten Theil einschränken, sondern nur dem Erben, dasselbe in seinem Leben bis zum vierten Theil zu veräußern, nachlassen, gleichwohl im gegenwärtigen Fall

„Fall das auf einer Geldsumme beruhende Fideicommiß als ein „unstreitiges Debitum generis anzusehen und daher, so wie „solches aus des Erblassers F. H. v. S. nachgelassenem Vermö- „gen zu leisten ist, von ihm bey seinem Leben hinterlassen wor- „den, mithin der geordneten und zugesagten Restitution unter- „worfen sey.“

So vielen Schein nun auch beyde Erkenntnisse für sich ha- ben, so ist gleichwohl offenbar, daß wenn man nach selbigen voraussetzen könnte, daß ungeachtet der Clausel, vermöge deren der heres fideicommissarius nur dasjenige, was übrig ist, haben soll, gleichwohl aus des heredis fiduciarii eigenem Ver- mögen, in sofern es dazu hinreichte, das ganze Fideicommiß ohne Abkürzung zu leisten wäre, jene Clausel in vielen Fällen ganz überflüssig seyn würde, auch einem solchen heredi fiducia- rio der ihm gleichwohl in den Gesetzen selbst beygelegte Vortheil, wornach er in Ansehung der drey Theile der Verlassenschaft als ein Dominus perfectus anzusehen, nicht zu Ruken kommen könnte. Diese und mehrere andere Gründe, die den in ange- führten Erkenntnissen enthaltenen Sätzen entgegenstehen und wes- halb ich meine Leser auf die oft erwähnte Dissertation des Hn. Hofrath Reichard verweise ^{u)}, geben mir auch eine genugsame Veranlassung, um demselben und andern von ihm angeführ- ten Rechtslehrern darunter beyzusplichten, daß in sofern einem Fideicommiß die Clausel, daß der substituirt Erbe davon nur das, was übrig bleibet, haben soll, beygefüget seyn mögte, der letztere aus des Heredis fiduciarii Vermögen von Rechtswegen nur den vierten Theil fordern könne, in sofern selbiger auch nicht gleichfalls aus Noth oder andern löblichen Ursachen ver- zehret seyn sollte. Das vom Hn. Hofrath Reichard beygefügte und in der vorbemelbeten Rechtssache von der Jenaischen Juristenfacultät gefällte Urtheil bestärket den vorhin ange- führten Satz mit mehreren Gründen und da die Reichardsche
Differ:

Dissertation nicht in Jedermanns Händen ist, so glaube ich,
 Vielen meiner Leser einen nicht unangenehmen Dienst zu erwei-
 sen, wann ich selbiges hier anführe. Es lautete nämlich fol-
 gendergestalt: „Dieweil nach Inhalt des von Hrn G. v. S.
 „errichteten Testaments nicht schlechterdings die völlige Summe
 „der 23000 fl., sondern nur so viel, als von der einem jeden
 „seiner fünf Herren Söhne zugefallenen Erbportion der 25000
 „fl. nach eines derselben Tode noch übrig seyn wird, den über-
 „lebenden Herren Brüdern verbleiben soll, solchen Falls aber in den
 „Rechten klar versehen, daß ein mit dergleichen Fideicommiß
 „beschwerten Erbe ein mehreres, als den vierten Theil der em-
 „pfangenen Erbschaft dem Fideicommißerben zu verlassen nicht
 „schuldig sey. Nov. 108. cap. 1. *Auth. contra cum Cod ad*
 „*Scrum Trebellian.* und sogar in dem Fall, da der Erbe entweder
 „durch Unglücksfälle um die Erbschaft gekommen, oder selbige
 „in Ermangelung andern Vermögens aus nothdringenden löbli-
 „chen Ursachen dergestalt, daß der vierte Theil derselben nicht
 „erhalten werden können, aufgezehret hat, nicht einmal der
 „vierte Theil von dem nachher anderweit erworbenen Vermö-
 „gen des Erbens gefodert werden kann, Nov. 108. cap. 1. und 2.
 „*Auth. contra cum Cod. ad Scrum Trebellian.* maßen in der an-
 „gezogenen *Authentica* deutlich versehen, daß im Fall von der
 „Fideicommißerbschaft so viel, als der vierte Theil ausmacht,
 „nicht mehr vorhanden, der an solcher Quarta sich findender
 „Abgang aus des Verstorbenen mit einem Fideicommiß be-
 „schwerten Erbens eigenem Vermögen ersetzt werden soll, je-
 „doch diese Ersetzung aus dem eigenen Vermögen des Erbens fei-
 „nesweges gefodert werden kann, wann die quarta ex causa
 „dotis seu propter nuptias donationis vel si non habet,
 „unde faciat expensas, vermindert oder gar aufgezehret wor-
 „den, und dann vor richtig angenommen wird, daß der Herr
 „General v. S. seine väterliche Erbschaft völlig aufgezehret,
 und

„und dessen gesamnter Nachlaß in eigenem neu erworbenem
 „Vermögen bestche, wovon die Fideicommissarben, Inhalts
 „des oben angezogenen Gesetzes, auf alle Fälle mehr, als den
 „vierten Theil von den 25000 fl. väterlichen Erbe, nicht ver-
 „langen können: und auch diese Quarta nicht einmal gefordert
 „werden könnte, falls des Herrn Generals v. S. eingesetzter
 „Erbe erweislich zu machen vermögte, daß sein Erblasser ent-
 „weder durch Unglücksfälle selbige verlohren, oder in Erman-
 „gelung andern Vermögens aus dringender Noth und löblich-
 „en Ursachen sie zu verzehren gemüßiget gewesen — über-
 „dieß die sonst bekante Rechtsregel, *res succedit in locum*
 „*pretii et pretium in locum rei*, hierum deshalb keine An-
 „wendung findet, weil, dem Anführen nach, von der väterli-
 „chen Erbschaft des Herrn General von S. weder *res* noch
 „*pretium* vorhanden, sondern alles aufgezehret, und dessen ge-
 „samnter Nachlaß in lauter neu erworbenem beweglichem Ver-
 „mögen bestehet, auch ohnehin, nach Inhalt der Novelle
 „108. Cap. 1. und der Authenticae allegatae das eigene
 „Vermögen von dem Fideicommissvermögen abgefondert bleibet.

a) Ein Fideicommiss, wornach jemand das, was nach dem Tode des he-
 redis fiduciarii übrig ist, haben soll, kann sich nur auf das eigene Ver-
 mögen des Fideicommittenten erstrecken, und nur in Ansehung des Nach-
 laßes von letzterem, nicht aber in Ansehung des eigenen Vermögens
 von ersterem von Folgen und Wirkung seyn. L. 67. §. 8. de Legat. 2.
 L. 71. eod. L. 41. §. 3. de vulg et pupill. Subst.

b) Ein gleiches verordnet die *Authentica contra cum Cod. ad SCrum Trebel-
 lianum*, als welche folgendergestalt lautet: „Contra cum rogatus fue-
 „rit quis, vt sine Liberis decedens, quod tunc ex hereditate super-
 „est, restituat, vel aliis huiusmodi fideicommissi verbis grauatus,
 „quartam Institutionis fideicommissario restituere cogitur. Super
 „hoc igitur et cautionem nisi a defuncto remissa sit, exponet. Quod-
 „si contingat eam deminui, aut ex ipsius substantia suppletur, aut
 „ea deficiente, in rem actione et hypothecaria fideicommissario vt
 „permittitur aduersus acceptores. Ex causa tamen Dotis, seu pro-
 „pter Nuptias donationis, seu captiuorum redemptionis, vel si non
 „habeat

habeat unde faciat expensas, hujus quartae permittitur deminutio.

- c) MYLIUS de Fideicommisso sub clausula quicquid fuerit, relicto. STRECKER de Fideicommisso sub clausula quicquid post mortem superfuerit, relicto.
- d) In Dissert. de Fideicommisso ejus quod superfuturum erit, ejusque differentia a debitis, quibus accepta reddenda sunt in eodem genere ad Nouellam 108. Ienae 1785.
- e) MEVIUS P. 2. Dec. 96. n. 2. P. 6. Dec. 59. n. 1.
- f) Nouella 108. c. 1. Authent. cum rogatus fueris Cod. ad SCtum Trebellianum.
- g) LEYSER Spec. 404. n. 6 - 8.
- h) LAUTERBACH in Colleg. Th. pract. Lib. 36. Tit. 1. §. 23. STRYCK de Cautel. Testament. c. 21. §. 12.
- i) HOMMEL Obs. 659.
- k) PUFENDORF Tom. 2. Obs. 87. §. 2. v. „Illud facile perspicitur, „vsum et potestatem heredis ad ea demum, quae viuis alienet vel „diminuat, pertinere, quae autem in patrimonio relinquat, restituenda „esse, neque mortis causa desuper disponi posse. Man sehe auch BRUNNEMANN ad Authent. contra cum rogatus fuerit Cod. ad SCtum Trebellianum, HOMMEL c. 1.
- l) Arg. L. 54. D. ad SCtum Trebellianum.
- m) WERNHER P. 2. Obs. 452. VOETIUS ad Pandectas L. 36. Tit. 1. §. 54. BRUNNEMANN c. 1. HOMMEL c. 1.
- n) BERGER in Oeconom. Jur. Lib. 2. Tit. 4. Th. 34. n. 5. v. „Heredem „fiduciarium regulariter alienare non posse: quodsi autem a Testatore rogatur, restituere id solummodo, quod post mortem ejus „supererit, hereditatem ad quartam vsque partem alienare valet, „modo non alienet dolo, at contrarium verius est, vt ex verbis Nouell. „108. c. 1. satis elucet, cum et is, qui Iure suo utitur, nemini injuriam „facere intelligatur.
- o) REICHARD in cit. Dissert. S. 11.
- p) Sehr anpassend schreibt hierüber FACHINAEUS in Controuersis Iuris Lib. 5. Cap. 53, nachdem er die Disposition der Nouelle 108. c. 1. angeführt, folgendergestalt: „His verbis Iustinianus mandat quartam „partem integram restitui fideicommissario, prohibetque eam minui, 2ter Th. 5 vel

„vel donationibus, vel aliis causis, praesertim ex studio evertendi
 „fideicommissum. Deinde reliquas tres partes heredi grauato libere assignat,
 „ut sicut voluerit, eis vii possit, tanquam perfectus dominus. Igitur
 „tur donare poterit tres illas partes grauatus heres, eisque vii, sicut voluerit,
 „rit, etiam animo seu studio fideicommissum interuertendi. Hoc discrimen
 „enim est constitutum ab Imperatore inter ipsam quartam fideicommissario
 „resituendam ac seruandam et caeteras partes, ut illa minui non possit
 „donationibus, vel aliis modis studio evertendi fideicommissum, caeterae
 „tamen partes possint. Itaque non de singulis verbis disputare oportet,
 „sed tota Orationis series contemplanda est illius constitutionis.
 „Sic enim apparebit, controuersiam istam plane definitam esse.
 „Atque ita mihi videtur. add. PUFENDORF c. l. §. 1.

q) RITTERSHUSEN ad Nouellas, P. 6. c. 10. n. 4. GUEDELINUS in Iure Nouissimo L. 2 c. 10. p. 78. SCHARSCHMID in Exercitat. ad Nouellas Ex. 17. Th. 48.

r) Cit. Dissert. §. 12. seq.

s) L. 22. D. de hered. petiti.

t) Nichtig schreibt daher REICHARD c. l. „Longe diuersa est conditio
 „fiduciarii, vbi ex nouem vnciis hereditatis aliquid vendit. Eo,
 „quo gaudet, perfecti domini iure, hoc fecisse omnino censendus est, actio-
 „nem, quam nactus est, iure uenditionis sibi acquirit, fideicommissarii ne-
 „gotium gessisse minime intelligitur, adeoque rerum distractorum preti-
 „um, propter negotiationem, quam sibi suoque emolumento fecit,
 „perceptum in patrimonio ejus jure retinetur. d. B.

Aber ist ein fideicommissum ejus quod supererit nicht auch ein
 uniuersale? Warum soll also die Regel: res succedit in locum
 pretii hier wegfallen? Wenn mehr als ein Viertel der Erbschaft übr-
 rig ist, so muß es doch wohl der substituirt Erbe erhalten? Die No-
 uelle 108. c. l. verbietet es wenigstens nicht und erlaubt nur Veräuße-
 rungen bis auf ein Viertel. Ist aber ein Ankauf eine Veräußerung?

d. 46.

u) in cit. Dissert. §. 15 — 20.

XV. Bemerkung.

Ueber die Anwendbarkeit des Leg. vnic. Cod. de studiis liberalibus.

Pflegt man gleich gewöhnlich den Satz, daß Gelehrte, besonders aber solche, die von der Gelehrsamkeit gewissermaßen Profession machen, es nicht nöthig haben zu leiden, daß Handwerker, die bey Ausübung ihrer Handthierung Lärm oder Geräusch machen, in ihrer Nachbarschaft ihre Wohnung aufschlagen, als richtig und ausgemacht anzusehen ^{a)}, und sich in solcher Hinsicht auf den L. vnic. Cod. de studiis liberalibus ^{b)} zu beziehen, so ist doch offenbar, daß das Gesetz nur von öffentlichen Hörsälen, nicht aber von den Privathäusern der Gelehrten rede, wie der Inhalt des Gesetzes selbst genugsam zu erkennen giebet. Mehrere Rechtslehrer ^{c)} haben bereits diesen richtigen Sinn des Gesetzes gezeigt und ich kann ihnen darunter nur beypfahlen, daß solches nicht wider seine Absicht auszudehnen, folglich nicht auf die Privatwohnungen öffentlicher Lehrer anzuwenden sey. Am wenigsten wird das Gesetz bloßen Privatgelehrten z. B. Gerichtspersonen, Sachwälden, Notarien, Aerzten und andern, die nicht im eigentlichen Sinn lehren, zu statuten kommen können, um Geräusch machende Gewerker, die sich in ihre Nachbarschaft kauf- oder miethsweise zu wohnen begeben wollen, zu entfernen, es wäre denn, daß besondere Landesgesetze oder Privilegien jenen darunter begünstigen sollten.

a) STRYCK in *Tract. de Iur. sensuum Dissert.* 3. cap. 2. n. 10 — 13. CARPZOV P. 2. *Const.* 37. def. 23. SCHOEPPER in *Synopsi Pandect.* L. 19. Tit. 2. n. 8. u. a. m. Einige Rechtslehrer wollen das Gesetz zum Besten der Gelehrten, auch von Gewerfern verstanden wissen, die bey Treibung ihres Gewerbes einen Gestank machen, oder sonst lästig sind. SCHOEPPER c. l.

b) Dieses Gesetz lautet am Ende folgendergestalt: „Habeat igitur Auditorium specialiter nostrum in his primum, quos romanae eloquentiae doctrina commendat, oratores quidem tres numero: grammaticos vero decem. In his etiam, qui facundia gravitatis polleant, re noscuntur, quinque numero sint Sophistae, et Grammatici aequae decem. Et quoniam non his artibus tantum adolescentiam gloriosam optamus institui: profundioris quoque scientiae atque doctrinae memoratis magistris sociamus auctores: vnum adjungi caeteris volumus, qui Philosophiae Arcana rimetur: duos quoque, qui Iuris et Legum voluntates pendant: ita ut unicuique Loca specialiter deputata assignari faciat tua sublimitas: ne discipuli sibi invicem possint obstrepere, vel magistri: neque linguarum confusio permixta, vel vacuum, aures quorundam, aut mentes a studio litterarum auertat.

c) WALCH in *Controuers. Iur.* p. 392. Weber über die Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung. S. 206. 207. n. 206. Köpfner im Commentar über die Heineccius'schen Institutionen §. 885.

XVI. Bemerkung.

Ob ein Testamentum Reciprocum unter Eheleuten als ein eigentliches pactum successorium, besonders auch in der Maaße anzusehen sey, daß die Gläubiger und Erben des verstorbenen Ehegatten sich darauf zur Erfüllung der von Vesterem dem Ueberlebenden auferlegten Verbindlichkeiten berufen können?

Daß ein Testamentum Conjugum Reciprocum schon an und für sich die Natur eines unwiderrüßlichen Vertrags habe, folglich auch nicht bloß von einer Seite aufgerufen werden könne, und es auch nicht einmal nach dem Tode des einen Ehegatten dem Ueberlebenden freystehe, davon wieder abzugehen, solches behaupten bekanntlich viele Rechtslehrer ^{a)} und beziehen sich zum Theil zu ihrer Bestärkung auf die Erkenntnisse der angesehensten Gerichte ^{b)}. Es ist jedoch die gegenseitige Meinung, ver-

vermöge deren ein eigentliches Testamentum Reciprocum zweyer Eheleute, das nicht gerade in der Form eines wirklichen Ehevertrags errichtet worden, wann übrigens gleich beyde Eheleute solches ausdrücklich für ihren gemeinschaftlichen letzten Willen erklärt haben sollten, dennoch in Ansehung des Ueberlebenden nach der Natur eines jeden andern letzten Willens dem Widerruf unterworfen sey, mehr gegründet, und sie pfleget daher heutiges Tages auch von den angesehensten Rechtslehrern vertheidiget zu werden J. Ein Testamentum reciprocum giebet daher dem überlebenden Ehegatten in der Regel nur ein freywilliges Erbrecht, dessen er sich, wenn ihn sonst kein Vertrag bindet, oder aus dem Testament selbst, oder aus andern Gründen der Wille, es unwiderruflich zu machen, hinlänglich erhellet, nach eigenem Belieben begeben kann J. Hiernach leidet es nun vollends kein Bedenken, daß Gläubiger des verstorbenen Ehegatten nicht schon allein aus dem Testamento reciproco sich ein Recht anmaßen können, von dem Ueberlebenden die Bezahlung der Schulden des Verstorbenen zu verlangen, zumal wann der erstere die Erbschaft des letzteren entweder ausgeschlagen hätte, oder auch ein eigentlicher Nachlaß des verstorbenen Ehegatten nicht vorhanden gewesen seyn sollte.

Ob nun gleich nach der richtigeren Meynung beyde Ehegatten, so lange ein jeder von ihnen lebet, ihr Testament entweder gemeinschaftlich, oder auch einseitig wieder aufrufen können, es auch dem Ueberlebenden frey stehet, die Erbschaft des Verstorbenen entweder anzunehmen oder auszuschlagen, so hat es doch auch eben so wenig einiges Bedenken, daß die Verfügungen des verstorbenen Ehegatten an sich nicht den Abänderungen des Ueberlebenden unterworfen sind J. Stehet es gleich dem letzteren frey, die Erbschaft des verstorbenen Ehegatten auszuschlagen, wenn die Bedingungen, worunter sie ihm
nur

nur zufallen soll, nicht nach seinem Geschmach seyn mögten, so ist es gleichwohl die Pflicht des überlebenden Ehegatten, die Verordnungen des verstorbenen Ehegatten und seine Obliegenheiten auch in Hinsicht anderer pünktlich zu erfüllen, wenn er die Erbschaft einmal angetreten, oder seinen Willen dazu durch ungezweifelte Facta zu erkennen gegeben haben sollte ^{f)}. Sollten daher zwei Ehegatten ihr Vermögen gleichsam in eine Masse geworfen, sich einander zwar alles vermacht, inzwischen zugleich verfügt haben, daß ihr beyderseitiger Nachlaß nach ihrem Tode an ihre Verwandten von beiden Seiten gelangen sollte, so versteht es sich von selbst, daß der Ueberlebende nur über die eine Hälfte von Todes wegen oder unter Lebendigen disponiren ^{g)}, in Hinsicht der andern Hälfte der Erbschaft aber durch neue Verfügungen zum Nachtheil der auf allem Fall von dem Verstorbenen eingesetzten Erben nichts vornehmen könne ^{h)}, vielmehr ihnen ihren Halbscheid als ein Fideicommiß unverkürzet hinterlassen müsse ⁱ⁾.

a) BOEHMER *Tom. 2. Resp. 688.* Cramer in seinen akademischen Reden Th. 2. S. 684.

b) Beiträge zur juristischen Litteratur in den Preussischen Staaten, 6te Sammlung S. 73.

c) CARPZOV P. 3. *Conf. 7. Def. 21.* STRYCK *de Testament. Conjug. reciproco. Hal. 1702.* und im *Tractat de cautel. Testament. c. 24. §. 21.* WERNHER P. 10. *Obs. 388.* FABER *ad Codicem Lib. 6. Tit. 5. def. 18.* LEYSER *Spec. 339. n. 3. 4.* STREIT *de Testament. conjug. reciproco. eorumque reuocat. Decisiones Cassellanae Dec. 42. n. 6. Dec. 44. n. 28.* BREUNING *an Testamentum reciprocum superstiti adimat liberam testandi facultatem. Lips. 1766.* MEVIUS P. 9. *Dec. 148.* BECKMANNORUM *Consilia et Decisiones P. 2. Conf. 84. u. a. m.* Ein Promissum de non mutando testamento pfleget auch bey einem bloßen Testamento reciproco nicht für verbindlich geachtet zu werden. BECKMANNORUM *Consilia et Decisiones c. 1. Th. 2. FINCKELTHEUS Obs. 90. n. 32.*

- d) Einige Rechtslehrer halten dafür, daß die gerichtliche Uebergabe eines Testamenti reciproci und die angefügte Erklärung der Ehegatten, daß es ihre beyderseitiger Wille sey, daß es von einer Seite unter keinen Umständen widerrufen werden solle, alle eigenmächtige Wiederaufhebung des Testamenti reciproci, in sofern solches lediglich von einer Seite gesucht werde, verhindere. SCHILTER *Ex. 39. Tb. 57. 58.* RICHTER *Dec. 22.* denen auch freylich in sofern bezupflichtet ist, als solche Erklärung in der Art eines eigentlichen Vertrags geschehen seyn sollte. Siebenkees von letzten Willen nach gemeinen und Nürnbergischen Rechten, Nürnberg 1793.
- e) BERGER in *Oecon. Iur. Lib. 2. Tit. 4. Tb. 22. n. 4.* MEVIUS *R. 9. Dec. 148.*
- f) *L. 69. §. 2. de Legat. 2. L. 17. ad Scum Trebellian.* BERGER *c. 4. HOMMEL Obs. 166.*
- g) LEYSER *Spec. 359. n. 5. 6. und 449 n. 8. 9.* MEVIUS *c. 1.*
- h) HOMMEL *c. 4. Schott im Eherecht §. 232. *. C. 555.*
- i) Wie es auf dem Fall zu halten, da beyde Ehegatten in ihrem Testamento reciproco gewollt haben, daß ihre beyderseitigen Anverwandten nur dasjenige haben sollen, was nach ihrem Tode etwa übrig seyn werde und wie weit sich sodann die Befugniß des überlebenden Ehegatten in Hinsicht des Nachlasses des Verstorbenen erstrecken könne, dieserhalb darf ich mich auf die vorhergehende Bemerkung n. XIV. C. 44. nur lediglich beziehen.

XVII. Bemerkung.

Ob ein öffentlich bestellter Beamter oder Berechner, der eine reine Quittung auf eine gewisse Summe Geldes gegeben, annoch zum Beweise des angeblich entweder überall nicht, oder doch zu wenig erhaltenen Geldes zuzulassen sey?

Es ist nach den gegründeten Bemerkungen der angesehensten Rechtslehrer nicht daran zu zweifeln, daß die Exceptio non numeratae pecuniae in Hinsicht der ausgestellten Schuldverschrei-

schreibungen nur in der Uebernahme des Beweises für bevorzuget zu achten sey ^{a)}. Der Beweis der wirklich geleisteten Zahlung fällt nämlich auf den Gläubiger oder den klagenden Theil, so lange die zur Verjährung des Einwandes des nicht empfangenen Geldes bestimmte Zeit von zwey Jahren noch nicht verfloßen ist. In sofern jedoch derjenige, der sich jener Einrede des nicht empfangenen Geldes auch nach dem Verlauf von zwey Jahren bedienet, den Beweis derselben freywillig übernehmen will, so kann ihm die Verjährung nicht entgegen stehen ^{b)}, besonders wann solche besondere Umstände zusammenfließen sollten, die nicht allein die *exceptionem doli*, sondern auch wohl gar die *exceptionem usurariae prauitatis* begründen müssen ^{c)}. Daß auch derjenige, der sich noch nach zwey Jahren der Einrede des nicht empfangenen Geldes bedienet, außer andern Beweisen auch der Eideszuschiebung gebrauchen könne, kann um so weniger als wider die Regel, daß wider einen schon vorhandenen Beweis keine Eideszuschiebung statt finde, laufend angesehen werden ^{d)}, da in dem Fall der Frage dasjenige, was bewiesen werden soll, selbst in Zweifel gezogen wird ^{e)}.

Ob nun aber, in sofern nicht sowohl von eigentlichen Schuldverschreibungen, als vielmehr von Quittungen, die schon dreßßig Tage alt geworden, die Rede seyn sollte, eben dieselben Grundsätze statt finden müssen? dürfte dem Ansehen nach größeren Bedenklichkeiten unterworfen seyn. Denn so scheint der deutliche Ausdruck der Gesetze ^{f)}, nach welchem kein Beweis wider eine Quittung, oder zur Begründung des Einwandes des nicht empfangenen Geldes weiter für zulässig geachtet werden soll, wenn ihn gleich der Gläubiger oder der Aussteller einer Quittung, die dreßßig Tage alt geworden, freywillig übernehmen wollte, althier alle und jede mildere Auslegung zu verwerfen. Weil jedoch nach den gegründeten Bemerkungen der

Rechts-

Rechtslehrer dasjenige Gesetz, auf das man sich gewöhnlich zur Begründung des Satzes, daß wider eine reine Quittung, die sich dreißig Tage in des Schuldners Händen befunden, schlechterdings kein Gegenbeweis zulässig, nicht über alle Zweifel erhaben ist ^g), so pflegen auch bey Quittungen, eben dieselben Grundsätze, die von solchen Schuldverschreibungen, die sich bereits seit zwey Jahren im Besiz des angeblichen Gläubigers befinden, angenommen, und daher dem Aussteller einer Quittung, die schon dreißig Tage außer seinen Händen gewesen, der Beweis des nicht empfangenen Geldes freigelassen zu werden ^h). Es ist solchergestalt ein Schuldner, der einer Quittung, die dreißig Tage alt ist, zu seiner Befreyung vorzeiget, mit dem Beweise der von ihm geleisteten Zahlung zwar nicht weiter zu beladen, allein auch dem Aussteller oder dem Gläubiger der Gegenbeweis wegen der entweder überall nicht, oder doch nicht völlig erhaltenen Bezahlung nicht abzusprechen ⁱ), und zwar um so weniger, wann die Quittung vielleicht dem Contract selber eingerückt seyn sollte ^k).

Es dürften jedoch diesem allen ungeachtet ganz verschiedene oder entgegengesetzte Grundsätze bey den sogenannten Amts- oder öffentlichen Quittungen statt finden müssen, als die eben von der Beweisraft der Privatquittungen angeführet worden. Denn so scheint der deutliche Ausspruch der Gesetze alle etwanige dawider zu machende Zweifel aufzuheben, da nach derselben der Inhaber einer öffentlichen Quittung dergestalt wider alle und jede Ansprüche gesichert seyn soll, daß dem Aussteller dawider auch nicht einmal der Gegenbeweis zu gestatten ^l). Die Erhaltung und Beförderung des öffentlichen Glaubens dürfte auch diese Strenge der Gesetze um so mehr rechtfertigen, als die vornehmsten Gründe, warum angeführtemaßen der Gegenbeweis wider eine Privatquittung dem Aussteller erlaubt, und hingegen wider eine öffentliche Quittung

2ter Th. J tung

tung versaget zu werden pfleget, gar sehr von einander unterschieden sind. Denn so werden Privatquittungen oft aus unzeitiger Gefälligkeit vor der Zeit gegeben, aus Unvorsichtigkeit und Nachlässigkeit dreißig Tage alt, und verschaffen solchergestalt bösen Schuldnern einen höchst ungebührlichen Vortheil. So sehr daher unter den angeführten und oft zutreffenden Umständen die offenbarste Billigkeit die Zulassung des Gegenbeweises wider eine Privatquittung, die dreißig Tage alt geworden, rechtfertigen dürfte, eben so auffallend scheint das Gegentheil schon aus dem Begriff der öffentlichen Quittungen zu erhellen. Die Aussteller der letzteren sind nämlich gewöhnlichermaßen geschworne Leute, stehen in öffentlichen Aemtern und Bedienungen, haben bey der voreiligen Ausstellung einer Amtsquittung kein scheinbares Interesse, und eine ungebührliche Nachgiebigkeit oder Irthum läßt sich bei deren Auslieferung kaum gedenken. Die Erhaltung und Beförderung des öffentlichen Credits müßten daher anscheinlich billig allen und jeden Einwand wider eine öffentliche Quittung entfernen, und jener daher der Regel nach so wenig in Betracht der ganzen Forderung, als eines Theils derselben für zulässig geachtet werden. Es ist zwar nicht schlechterdings unmöglich, oder der Fall ungedenkbar, daß auch nicht bey der Ausstellung öffentlicher Quittungen diese oder jene Mißbräuche oder Irthümer vorgehen können. Allein, sie sind einestheils nicht zu vermuthen, und verdienen anderntheils zum wenigsten sodann keine Aufmerksamkeit oder Entschuldigung, wann sie in dem eigenen Verschulden des Ausstellers einer solchen Quittung ihren Grund haben sollten. Es ist auch in einem solchen Fall immer besser, daß derjenige den Schaden trage, dessen eigene Unvorsichtigkeit ihn veranlasset, oder wenn derselbe dazu nicht im Stande seyn sollte, die öffentliche Casse den Verlust leide, als daß der öffentliche Glaube dadurch vermindert werde.

Allein,

Allein, diesem allen ungeachtet wollen gleichwohl die berühmtesten Rechtslehrer die Lehre, daß eine öffentliche Quittung nicht allein sofort beweise, sondern auch dem Aussteller der Gegenbeweis, daß er nämlich keine Bezahlung erhalten, schlechterdings nicht zustehet, eingeschränket, und jenem besonders den Beweis der *Exceptionis doli* unter allen Umständen freigelassen wissen ^m). Es ist auch diese Meinung der Ähnlichkeit des Rechts völlig angemessen, und ihre Annahme kann daher, indem sie auf Recht und Billigkeit beruhet, keinen Zweifel haben.

Außer der eben angeführten Ausnahme von der Regel will man auch die Vorschrift des *L. 4. C. de apoch. publ.* hauptsächlich nur von sogenannten *Subdiciis tribugariis* verstanden, und daher auf Berechner unter einander, oder wann bey gehaltenen Einrechnung der Unterberechner eine reine Quittung auf eine höhere Summe, als er abgetragen, erhalten hat, nicht angewandt, vielmehr den Gegenbeweis des gleichwohl zu wenig erhaltenen zugestanden wissen ⁿ).

Noch andere Rechtslehrer machen im Betracht der Zulassung zum Gegenbeweis unter eine öffentliche und Privatquittung überall keinen Unterschied. Diese Rechtslehrer, die sich zur Bestärkung ihrer Meinung auf den Gerichtsgebrauch beziehen, wollen daher auch einem öffentlich bestellten Berechner und Verwalter öffentlicher Einkünfte wider seine in dieser Eigenschaft ausgestellte Quittung den Beweis der entweder überall nicht, oder doch nicht gehörig erhaltenen Bezahlung freigelassen wissen ^o). Diese Meinung dürfte sich auch anscheinlich von Seiten der Billigkeit empfehlen. Denn eben so wie der Inhaber einer öffentlichen Quittung schon lediglich wegen des Besizes derselben die Vermuthung der geleisteten Bezahlung vor sich hat, und bey einem habenden guten Gewissen eben keine Ansprache besorgen darf, so würde es auch auf der andern

Seite eine Art von Unbilligkeit seyn, wann dem unvorsichtigen Aussteller einer öffentlichen Quittung auch sogar der Gegenbeweis, oder daß er auf seine Quittung gleichwohl keine Bezahlung erhalten, abgeschnitten werden sollte. Es lassen sich überdies gar viele Fälle gedenken, daß auch Quittungen unter öffentlichem Siegel und Unterschrift erschlichen, und damit sodann ein sträflicher Mißbrauch getrieben werden könne. Diejenige Meinung, daß dem Aussteller einer öffentlichen Quittung der Gegenbeweis einer darauf nicht erhaltenen Bezahlung zu erlauben, scheint auch daher gerechtfertiget werden zu können, weil ja sogar wider gerichtliche Protocolle und andere öffentliche Urkunden der Gegenbeweis für zulässig geachtet wird p). Zu allem diesem kommt noch hinzu, daß die Römer bey der Abfassung öffentlicher Quittungen unterschiedene Feyerlichkeiten, die allen etwanigen Mißbrauch verhindern konnten, zu gebrauchen pflegten q). Jene setzt der *L. 14. C. de non numerat. pecun.* bey dem, den öffentlichen Quittungen beygelegten Vorzug wahrscheinlich zum voraus. Da solche aber heutiges Tages nicht statt finden, so dürften auch die römischen Gesetze, die allen Gegenbeweis wider eine öffentliche Quittung auszuschließen scheinen, nicht eben buchstäblich mehr anzuwenden seyn.

Ob nun gleich dem Aussteller einer öffentlichen Quittung der Gegenbeweis wegen einer gleichwohl nicht erhaltenen Bezahlung eben nicht zu bestreiten, so ist doch die Beantwortung der Frage, wie denn ein solcher Gegenbeweis zu führen? nicht über alle Zweifel erhaben. Denn, da der Inhaber einer öffentlichen Quittung wegen des darin enthaltenen Bekenntnisses der geschehenen Bezahlung eine Rechtsvermuthung vor sich hat, so kann dem Aussteller einer öffentlichen Quittung auch nur ein solcher Gegenbeweis, der entweder durch beeydigte Zeugen, die etwa gegenwärtig gewesen, oder durch Reverse und Gegenschaine, oder auch durch andere öffentliche Urkunden zu führen.

führen stehet, frey zu lassen ^{r)}), keinesweges aber der Gebrauch der Eydeszuschreibung ihm zu erlauben seyn ^{s)}). Es ist jedoch nicht zu leugnen, daß zum wenigsten nach dem Gerichtsgesbrauch das meiste hierunter dem richterlichen Ermessen zu überlassen, und solchergestalt dem Aussteller bey der Anführung glaublicher Nachrichten ^{t)} auf der einen, und bey dem Abgang der Beweissthümer auf der andern Seite, und also bewandten Umständen nach der Erfüllungsend ^{u)} aufgelegt, oder auch wohl gar die Eydeszuschreibung gestattet werden könne ^{x)}).

a) MEV. P. 2. Dec. 22. SCHILTER Ex. 22. §. 31. PUFENDORF T. I. Obs. 64. §. 3.

b) Arg. L. 13. C. de non numerat. pecun. BOEHMER in Consult. Tom. 3. P. 2. Resp. 386. MEVIUS c. l. PEREZ ad Cod. lib. 4. Tit. 30. n. 14.

c) Pütter in den Rechtsfällen B. 3. Th. 3. n. 202. p. 238.

d) BOEHMER c. l. PUFENDORF Tom. I. obs. 64. §. 7.

e) LEYSER Spec. 136. med. 7. PUFENDORF Tom. I. obs. 64. §. 7. seq.

f) L. 14. §. 2. C. de non numerat. pecun. v. Super caeteris vero securitatibus, quae super priuatis debitis conscribuntur, partem debiti fortis vel usurarum nomine solutam esse, significantes vel adhuc foeneratitia cautione apud creditorem manente, solidi tamen debiti solutionem factam esse demonstrantes, vel etiam futuram esse redhibitionem instrumenti foeneratitii promittentes, vel si qua alterius cuiuscunque contractus gratia, in quo numeratio pecuniarum, vel datio certarum specierum scripta est, securitas similiter data sit, depensas esse pecunias, vel alias res, vel partem earum significantes: intra triginta tantummodo dies post huiusmodi securitatis expositionem connumerandos, exceptionem non numeratae pecuniae posse objici: ut si hi transacti fuerint eadem securitas a Iudicantibus omnibus modis admittatur: nec ei liceat, qui securitatem exposuit, post excessum memoratorum triginta dierum non esse sibi solutas pecunias vel alias res dicere. Illo videlicet semper obseruando, ut in quibus non permittitur exceptionem non numeratae pecuniae opponere, vel ab initio, vel post taxatum tempus elapsum, in his nec Iusiurandum offerre liceat.

g) BERGER in Oeconom. Iur. Lib. 3. Tit. 4. Tb. 4. not. 10.

h) VOGEL.

- h) VOETIUS in *Comment. ad Pandect. Lib. 12. Tit. 1. §. 33. seq.* LEY-
SER *Spec. 530. med. 4 — 7. Consilia Gryphiswaldensia Resp. 30. n. 4.*
Es kann auch die Zulassung eines solchen Gegenbeweises um so weniger
sobald einiges Bedenken haben, wann der Aussteller mittelst desselben
den dolum des Empfängers der Quittung beweisen wollte. WERN-
HER *Tom. 1. P. 2. Obs. 355. und T. 3. P. 1. Obs. 177.*
- i) PUFENDORF *T. 1. Obs. 64. §. 7.* BOEHMER *c. l.*
- k) PÜTTER a. O. B. 3. Th. 3. n. 301. p. 753.
- l) L. 4. C. de apoch. publ. v. Securitatibus quae publicarum functionum
gratia siue in solidam siue ex pacto solutae esse conscribuntur, nul-
lam exceptionem non numeratae pecuniae penitus opponi concedimus. Man
siehe auch den L. 14. C. de non numerata pecunia.
- m) BERGER *c. l.* WERNHER *Tom. 3. Suppl. ad P. 1. Obs. 177.*
- n) BERGER *c. l.* Etwas über das Römische Recht, und besonders über
die Ausflucht des nicht empfangenen Geldes für Rechnungsbeamte.
Zelangen 1787.
- o) Zöpfer's theoretiſch, practiſcher Commentar über die Zeinecciusſi-
ſchen Institutionen. §. 876. MÜLLER's *Promtuarium Iuris Tom. 1.*
p. 407.
- p) c. 2. X. de fid. instrument. c. 11. X. de praesumpt. c. 7. X. de probat. G.
L. BOEHMER in princip. *Iur. Canonici. §. 897.*
- q) BRUNNEMANN *ad Cod. Lib. 10. Tit. 22.*
- r) PEREZ *c. l. n. 15.* VOET. *ad Pandect. Lib. 12. Tit. 1. §. 34.* COC-
CEIL in *Iur. controu. Lib. 12. Tit. 1. q. 29.* BALTHASAR *Diff. de probat.*
in continent. c. 2. n. 6. p. 13.
- s) *Arg. L. 14. §. 3. C. de non numerat. pecun. v. Illo videlicet semper*
obseruando, ut in quibus non permittitur exceptionem non nume-
ratae pecuniae opponere vel ab initio vel post taxatum tempus elap-
sum in his nec iusiurandum offerre liceat c. 2. x. de probat.
- t) Zu solchen glaublichen Ursachen könnte man rechnen, wann unter einer
öffentlichen Quittung das Amt; oder gewöhnliche Siegel desjenigen
Departements, wohin eigentlich die Sache gehöret, fehlen sollte. Denn
daraus entsteht unstreitig einiger Zweifel wider die Richtigkeit der Quits-
tung selber, es wäre dann, daß jener Mangel nach der an einem Ort
besonders herrschenden Gewohnheit gleichwohl für unerheblich angeſe-
hen werden müſſe. BOEHMER in *Iur. Eccl. proceſſ. T. 1. L. 2. Tit.*
22. §. 5.
- u) LEYSER *c. l. n. 7.* BERGER *c. l.*
- x) de CRAMER *Tom. 3. Obs. 956.* STRYCK in *usu modern. Lib. 12.*
Tit. 1. §. 15.

XVIII. Bemerkung.

Ueber die Cautionem de non offendendo unter Eheleuten.

Daß für die künftige Sicherheit einer Ehefrau, die wegen ungebührlicher Begegnung, die mit Gefahr ihres Leibes und Lebens verbunden gewesen, von ihrem Mann getrennt worden, und nun wieder zu ihm zurückkehren soll, gehörig zu sorgen, kann kein Bedenken haben ^{a)}. Allein, worin denn diese Sicherheit eigentlich bestehen könne, darüber ist man sich nicht eben durchgängig einig. Denn viele Rechtslehrer wissen sich überall keine solche Art von Sicherheit zu gedenken, die eine Ehefrau gegen alle Gefahren, die sie von ihrem Mann etwa zu besorgen hat, genugsam sicherte, und verwerfen besonders alle eidlische Caution ^{b)}; andere aber wollen es lediglich dem eigenen Willen der Ehefrau oder ihrer eigenen Entschliessung überlassen wissen, ob sie mit einer Cautione de non Offendendo und besonders einer eydlichen zufrieden, oder von Tisch und Bett getrennet seyn, oder bleiben wolle ^{c)}. Noch andere wollen besonders auf den vorigen Lebenswandel des Ehemannes gesehen wissen, und verwerfen hauptsächlich sodann die eydliche Caution, wann die Vermuthung aus dem vorigen Lebenswandel wider den Ehemann seyn sollte ^{d)}. Man ist aber sodann mit der bloßen Versicherung wegen einer künftigen bessern Begegnung zufrieden, oder hält schon eine Cautionem nude promissoriam für hinlänglich, wenn anders der vorige Lebenswandel des Ehemannes zu seinem Vortheil zeugen sollte, und dabey alle Umstände ergeben würden, daß die üble Begegnung nur in einer aufbrausenden Hitze geschehen sey, und der Mann dennoch seine Frau aufrichtig liebe ^{e)}. Dieser Meinung kann ich auch nicht anders, als meinen Beyfall geben. Denn wenn

dem:

dem Ehemann die gegen seine Frau bewiesene Ungebühr nicht eben zur Gewohnheit geworden seyn sollte, er vielmehr darüber Reue bezeugte und Besserung angelobte, und man im Uebrigen, nach allen Umständen zu urtheilen, seiner Versicherung trauen könnte, so dürfte in dessen Versprechen auf die Zukunft eben kein Mißtrauen zu setzen seyn, und mögte zum höchsten nur eine besondere Weisung und Warnung von Obrigkeit wegen hinzuzufügen seyn. Sollte sich jedoch von allen angeführten Umständen das Gegentheil finden, oder eine harte und grausame Begegnung der Ehefrau deren Mann gleichsam zur andern Natur geworden und keine Hoffnung der Besserung auf die Zukunft vorhanden seyn, so dürfte vor allen Dingen ein Unterschied zu machen seyn, ob die ungebührliche Begegnung des Mannes zugleich mit Lebensnachstellungen oder Lebensgefahr verbunden gewesen sey, oder nicht. Im ersten Fall kann nur die gänzliche Trennung des Ehebandes ein sicheres Mittel gegen weiteres Unheil seyn ¹⁾, und ich würde sie allen ferneren Versuchen, um Einigkeit unter beiden Eheleuten zu stiften, vorziehen ²⁾. Im andern Fall und wenn mit der ungebührlichen Begegnung des Mannes grade keine Lebensnachstellungen oder Lebensgefahr verbunden gewesen seyn sollte, dürfte nur die Trennung von Tisch und Bett, die allenfalls nach Befinden in Ansehung des Termins zu erweitern, das einzige Mittel seyn, um vor der Hand Ruhe und Ordnung unter beiden Theilen zu stiften, besonders wenn damit geschärfte obrigkeitliche Verbote, daß keiner dem Andern weiter einiges Leides zufüge, vielmehr allen Umgang mit ihm meide, verbunden werden sollten, und sonst alles nöthige während der Trennung von Obrigkeit wegen reguliret würde, damit daher keine Veranlassung zu neuen Thätlichkeiten entstünde. Sollte jedoch die innere Wirthschaft beider Theile ohne grossen Nachtheil für Frau und Kinder nicht erlauben, daß Mann und Frau auch nur in Hinsicht ihrer Woh-

nung

nung auf eine Zeitlang getrennet würden, so pffet nach dem Unterschiede, ob der Ehemann zugleich ein Säufer und unordentlicher Mann seyn mögte, oder nicht, der Frau die gänzliche Besorgung der Wirtschaft, imgleichen die Einnahme und Ausgabe überlassen, und sonst durch Androhung von Strafen und andere Mittel für ihre Sicherheit gesorget, oder es lediglich nur bei letzteren gelassen zu werden.

- a) C. I. X. *ut Lite non contestata*. C. 13. X. *de Restitut. Spoliat. Art.* 176. P. G. D.
- b) STRYCK *in usu moderno Lib.* 24. *Tit.* 2. S. 32. BOEHMER *in Iur. Eccl. Protest. Lib.* 4. *Tit.* 19. § 31. PUFENDORF *Tom.* 4. *Obs.* 223.
- c) BRÜCKNER *in Decissionibus matrimonialibus*, c. 25. n. 15. 16. MEVIUS im Commentar über das Libysche Recht. L. 4. *Tit.* 8. *art.* 7. n. 3. 4. Balthasar in den Anmerkungen über die Pommersche Kirchenordnung. Th. I. S. 644.
- d) BOEHMER *ad CARPZOV q.* 176. *Obs.* 7.
- e) PUFENDORF c. I. LEYSER *Spec.* 553. n. 21.
- f) BOEHMER *in Iur. Eccl. Protest. Lib.* 4. *Tit.* 19. S. 31. STRYCK *de Divortio totali ob Insidias vitae structas*. Erford. 1751. Schott im Ehe-Recht S. 222.
- g) Ich beziehe mich dieserhalb auf die besondere Abhandlung n. LXIX. im ersten Theil dieser Bemerkungen S. 219. f.

XIX. Bemerkung.

Ein Cessionarius kann sich auch wider einen dritten gültig auf das Kaufmannsbuch des Cedenten berufen und dessen Vorlegung verlangen.

Wenn gleich Handlungen und Urkunden, die sich nur auf gewisse bestimmte Personen beziehen, andern in der Regel weder
 2ter Th. K zum

zum Nutzen gereichen, noch schaden können a), so leidet doch dieser Satz unter andern besonders auch sodann eine Ausnahme, wann es darauf ankommt, einen Actum inter alios, wovon jezo die Gerechtsame der streitenden Theile abhängen, zu beweisen b). So steht es dem Gläubiger frei, wider den Bürgen sich auf die Handschrift des Hauptschuldners, und dem Cessionario des Gläubigers sich auf den zwischen seinen Cedenten und den Beklagten eingegangenen Contract zu berufen und dessen Vorlegung zu verlangen. Dasjenige, was nun von Privatinstrumenten überhaupt gilt, ist auch auf Handlungsbücher, die eine jezo eben nicht hauptsächlich im Streit begriffene Person geführt hat, anzuwenden c). Es kann sich daher ein Debitor cessus zum Beweise des bereits geschehenen Abtrages der Schuld, vor deren Abtretung wider den Cessionarium auf die Handlungsbücher des Cedenten berufen d), und eben so wenig kann darüber einiges Bedenken seyn, daß ein Cessionarius sich des Handlungsbuchs seines Cedenten, mit dem er in causa cessa für eine Person zu halten, bedienen, und dasselbe als ein Beweismittel gebrauchen könne, wann es von dem Cedenten in Ansehung der Punkte, worauf es dormalen ankommt, beschworen wird.

a) L. 27. §. 4. D. de Pactis. L. I. C. Inter alios Acta vel Indicata aliis non nocere.

b) LEYSFR Spec. 275. n. 4. SCHAUMBURG in Princip. Prax. Iurid. Iudic. Lib. I. Sect. 1. membr. 3. Cap. 3 §. 1. not. ****.

c) MASCARD de Probat. Vol. 3. Concl. 979. MÜLLER ad STRUV. Ex. 28. Th. 26. not. x. n. III. BERGER in Oeconom. Iur. Lib. 4. Tit. 24. Th. 6. n. 14. RÜNDE im deutschen Privatrecht. §. 458.

d) BECKMANNORUM Consilia et Decisiones Tom. 2. Dec. 68. n. II.

e) BERGER in Discept. Forens. Tit. 23. Obs. 1. n. 6. HOMMEL Obs. 211. p. 214.

XX. Bemerkung.

Die *Cessio bonorum* giebet den Gläubigern an sich
kein Eigenthum.

Bei der *Cessione bonorum* gehet die Absicht des gemeinsamen Schuldners gewöhnlich nur dahin, seinen Gläubigern Gelegenheit zu geben, durch die Veräußerung der Güter zu ihrer Bezahlung zu gelangen, nicht aber den Gläubigern sofort das unwiderrufliche Eigenthum davon zu überlassen. Die Gesetze stimmen hiermit überein und sie geben den Gläubigern nur ein Pfandrecht in den abgetretenen Gütern und die Befugniß, sich durch den Weg der Veräußerung aus denselben bezahlt zu machen. So lange es aber dazu noch nicht gekommen ist, verbleibt das Eigenthum der abgetretenen Güter mit allen davon abhängenden Folgen bei dem gemeinsamen Schuldner ^{a)}.

- a) L. 3. und 5. D. de *Cessione bonorum*. L. 2. und 4. C. qui bon. ced. possunt. BECKMANNORUM *Consilia et Decisiones* P. 2. Dec. 94. n. 9. p. 506. Da die *Cessio bonorum* noch kein völliges Eigenthum auf die Gläubiger bringet, sie dadurch nur ein *Pignus praetorium* und die Befugniß erhalten, sich mittelst der Veräußerung solcher Güter aus deren Werth bezahlt zu machen, so folget hieraus von selbst, daß die *Cessio bonorum* aus ähnlichen Ursachen widerrufen werden könne, L. 3. und 5. D. de *Cessione bonorum*, daß die vor der Veräußerung der Güter entstandenen Accessionen dem Schuldner in Anrechnung zu bringen, daß die Gläubiger sich in Hinsicht der abgetretenen Güter nicht als uneingeschränkte Eigenthümer ansehen und darüber nach Wohlgefallen und bloßer Willkür disponiren können, vielmehr in Ansehung ihrer Verwaltung dem gemeinsamen Schuldner, oder demjenigen, der seine Stelle vertritt, und allenfalls der Obrigkeit verantwortlich bleiben, daß der etwaige Ueberschuß und diejenigen Gelder, wozu sich keine gefunden, die Ansprüche daran hätten, nachdem gesammte Gläubiger abgeunden und die Kosten abgezogen worden, nicht als ein *bonum vacans*, das allenfalls dem Fisco gebühret, anzusehen, sondern vielmehr dem gemeinsamen Schuldner oder dessen Erben und auf allen Fall dessen neuen Gläubigern auszuflehen u. s. w.

XXI. Bemerkung.

Wann ist ein Kauf oder Pacht als in Pausch und Bogen abgeschlossen anzunehmen, und deshalb der Verkäufer oder Verpächter nicht zur Gewährleistung verbunden?

Bei Kauf- und Pachtcontracten kommt es auf dem Fall, da nach der Behauptung des Käufers oder Pächters dieses oder jenes an dem gekauften oder gepachteten Grundstück fehlet, am meisten darauf an, ob, wie man zu reden pflegt, in Pausch und Bogen, oder ad Corpus, oder, ob vielmehr nach einer gewissen Größe, Länge und Breite contrahiret und darnach der Werth eines jeden einzelnen Theils genau bestimmt worden. In diesem Fall pflegt man zu sagen, daß der Kauf- oder Pachtcontract ad Mensuram geschlossen worden. So unbedenklich nun gleich letzteres anzunehmen ist, wenn die Worte des Contracts es deutlich ergeben sollten, daß nur nach einem gewissen Pachtranschlag contrahiret sey, so zweifelhaft ist es jedoch oft in manchen Fällen, wohin eigentlich die Absicht der contrahirenden Theile gegangen seyn mögte. Die meisten Rechtslehrer wollen nun eine Pachtung ad Mensuram besonders sodann angenommen wissen, wann nicht allein der Inbegriff, oder die Größe einer gepachteten Länderey nach deren einzelnen Theilen und Stücken genau angegeben seyn, sondern auch aus dem Contract erhellen sollte, wie hoch die Pacht in Ansehung eines jeden einzelnen Theils oder Stücks, und in sofern von sogenannten Gerechtigkeiten die Rede, wie hoch das Quantum einer jeden einzelnen Gerechtigkeit gerechnet worden ^{*)}. Dagegen hält man dafür, daß nur ad Corpus oder in Pausch und Bogen contrahiret worden, wann das Grundstück, wovon die Rede, zwar namentlich, auch nach seiner Lage und Grenzen angegeben, der eigent-

eigentlichen Größe desselben aber entweder überall nicht, oder doch nur beiläufig zur nützlicheren Bezeichnung des Inbegriffs b) Erwähnung geschehen c), zum wenigsten aber vom Pächter auf keinen gewissen Pachtanschlag namentlich gepachtet und darnach der Pacht insbesondere bestimmt seyn sollte d). Unter solchen Umständen bleibt daher allemal die Vermuthung für eine Pachtung in Pausch und Bogen anzunehmen, wann gleich die Pertinenzen eines Grundstücks im Contract angegeben, inzwischen solches nur Erzählungsweise geschehen, oder auch zwar bei der Verpachtung den Licitanten eine Art von Anschlag bekannt gemacht, allein beim Contract selbst nicht zum Grunde gelegt seyn sollte e). So unstreitig es nun gleich ist, daß, wenn bereits wirklich in Pausch und Bogen, oder ad Corpus contrahirt seyn sollte, das Pachquantum so wenig, wenn sich etwa mehr Pachtstücke finden mögten, zu erhöhen, als wenn sich etwa weniger fänden, zu vermindern sey f), so ist es doch oft in einzelnen Fällen streitig, ob die Grundsätze, die von einer Verpachtung in Pausch und Bogen gelten, anzuwenden sind. Es fehlt darunter zum wenigsten nicht an Verschiedenheit in den Meinungen bei den Rechtslehrern g). Nach Anführung derselben behauptet jedoch der berühmte Struben h), daß, wann im Pachtcontract eine gewisse und bestimmte Zahl der gepachteten Aecker benannt worden, sodann niemals angenommen werden könne, daß man über Pausch und Bogen gehandelt habe, auch daher, daß etwa im Contract nicht ausgedruckt worden, wie hoch jeder Morgen im Anschlag gebracht sey, keinesweges gefolgert werden könne, daß die Contrahenten auf deren Anzahl kein Augenmerk genommen hätten. Struben will vielmehr, daß in der Regel zu vermuthen sey, daß nur um deswillen eine gewisse Morgenzahl im Contract ausgedruckt worden, weil man selbige zum Grunde der Handlung gelegt, auch das Pachtgeld nur so und so hoch bestimmt habe, weil die Contra-

hen-

henten zum Voraus gesetzt hätten, daß die im Contract benannten Morgen sich wirklich fänden, und ein jeder derselben mit einem bestimmten Quanto bezahlet werden solle, indem es ja sonst nur überflüssig gewesen seyn würde, die Anzahl der gepachteten Ackerstücke zu benennen, wenn man darauf gar kein Augenmerk nehmen und nur in Pausch und Bogen handeln wollen.

Alle dieser scheinbaren Gründe ungeachtet, verdient gleichwohl die gegenseitige Meinung, wornach in zweifelhaften Fällen eher zu vermuthen, daß ad Corpus, als ad mensuram verpachtet worden, oder daß aus einer bloß beiläufigen Erwähnung der Größe oder der Stücke, woraus die verpachteten Ländereien bestehen sollen, und aus einem in solcher Hinsicht den Pacht Liebhabern bei der Licitation vorgezeigten Anschlag, in sofern anders bei ersterem das Pachtquantum im Allgemeinen oder nur im Ganzen bestimmt worden, keine Verpachtung ad Mensuram herzuleiten seyⁱ⁾, billig den Vorzug^{k)}. Denn, um annehmen zu können, daß man nach einer gewissen Maße, Größe und Breite, oder ad Mensuram gepachtet habe, setzt man zum Voraus, daß entweder ein besonderer Anschlag bei dem Pachtecontract selbst zum Grunde gelegt, jener allenfalls von diesem die Anlage geworden, und man solchergestalt nach einem gewissen Pachtranschlag ausdrücklich gepachtet habe, oder daß zum wenigsten die Absicht, ad Mensuram pachten zu wollen, dadurch deutlich zu erkennen gegeben sey, daß man die Pacht für jedes einzelne Stück, oder für jeden Morgen Acker genau und deutlich bestimmt hat. In Ermangelung des einen oder andern entsteht unstreitig wider den Pächter die Vermuthung, daß er nur in Pausch und Bogen gepachtet habe, folglich auch auf keine Verminderung des Pachtquantums Anspruch machen könne, wenn sich bei den gepachteten Grundstücken nicht alles dasjenige finden sollte, was der Pächter zwar voraus gesetzt hatte, daß

das ihm aber gleichwohl im Contract nicht deutlich und bestimmt versprochen worden. Sollte nun vollends einem Pächter nur dasjenige versprochen seyn, was seine Vorfahren in Pacht gehabt hatten, er solches auch wirklich im Besitz haben, so ist sein Anspruch, den er aus einem bey der Licitation zwar vorgezeigten, aber bey dem Pachtcontract selbst eben nicht zum Grunde gelegten Anschlag herzuleiten sucht, in allem Betracht vergeblich, und er mag dieserhalb auf eine Vergütung oder Verminderung des Pachtquantis keinen Anspruch machen.

a) *ESBACH ad CARPZOVII Iurisprud. forens. P. 2. Conf. 33. Def. 100. Consilia Tübingensia P. 6. Conf. 70. n. 100. de CRAMER Tom. 2. Obs. 558. §. 8.*

b) Im neuen Königl. Preuss. Gesetzbuch Th. I. Tit. 17. im ersten Abschnitt §. 122. heisst es daher: „Ist die Zahl der Stücke bloß zur näheren Bezeichnung des Inbegriffs angegeben worden, so wird dadurch die Natur des Kaufs, als eines in Pausch und Bogen geschlossenen, nicht verändert.“

c) *HERTIUS* schreibt daher *Dec. 177. n. 2.* „Si contractus incipit a nomine designante certum corpus, et postea enunciative additur certa quantitas, venditionem ad corpus factam censeri.“

d) *BERGER in Oeconom. Iur. Lib. 3. Tit. 5. Th. 2. n. 4. v.* „Demonstrationem fundi, emptioni venditioni, ad corpus adjectam, sammt dazu gelegten 3 Hufen Acker, welche der geschworne Landmesser ausgemessen, minus efficere, vt idem ille fundus ad mensuram venditus esse censetur, dixi 2. R. 210. Namque toties venditio ad corpus facta intelligitur, quoties ea contracta est vno pretio, simpliciter constituto, et initio, certi corporis. postea autem, quantitatis demum mentione est injecta, quum verba initio dispositiue, sequentia vero narratiue, et demonstrationis tantum gratia, adjecta esse censentur.“ Man sehe auch *LEYSER Spec. 206. n. 6.*

e) Sehr richtig schreibt daher *MÜLLER ad LEYSERUM Obs. 430. p. 138.* „Praeterea exhibitio Specificationis, eines Anschlags, antea facta, naturam venditionis, per corpus posthac initae, nullo modo mutare potest et quantitas, in eadem expressa, demonstratiue tantum adjecta censeri potest. Ein Anderes wäre jedoch, wenn der Emptor den dolum venditoris zu beweisen im Stande seyn sollte, welchen Fall auch *MÜLLER c. l.* annimmt, wenn er weiter schreibt: „Quodsi tamen Emptor dolum venditoris“

„ditoris probare possit, tum prout vel causam dans vel incidens sit,
 „eum audiendum esse arbitror.“

f) *Arg. L. 35. §. 5. 6. de contrahend. emt. L. 4. §. 1. 2. D. de peric. et comm. rei vend. de CRAMER c. 1.*

g) Einige Rechtslehrer wollen zwar den Käufer und Pächter wegen des Abganges, nicht aber den Verkäufer und Verpächter wegen des Ueberschusses schadlos gehalten wissen, weil diesen ohne ihre Schuld die eigentliche Beschaffenheit desjenigen, so sie im Besitz gehabt, nicht unbekannt seyn können. BRUNNEMANN *de venditione ad Corpus et mensuram* n. 29. Andere hingegen lassen überhaupt sodann keine Vergütung statt finden, sondern vermuthen immer einen Handel in Pausch und Borgen, wenn der Preis nicht ausdrücklich auf jeden Morgen, oder jedes einzelne Stück bestimmt seyn sollte. BERGER et LEYSER *cc. 11.* und noch Andere behaupten auch sodann ein gleiches, wenn erst des ganzen Guts Meldung geschehen, demnächst was dazu gehdret, angeführt seyn sollte, indem die Contrahenten das letztere muthmaßlich nur Erzählungsweise gethan hätten. *ESBACH und HERTIUS cc. 11.*

h) in den rechtlichen Bedenken *Th. 1. n. 96. S. 225. und 226.*

i) *de CRAMER, de BERGER und MÜLLER cc. 11.*

XXII. Bemerkung.

Ueber die Untersagung der Amtsführung (*Suspensio ab Officio*), und die rechtlichen Gründe dazu.

Eine *Suspensionem ab Officio* ^{a)} nennen die Rechtslehrer den Fall, da jemanden entweder schlechterdings alle Verrichtung seiner bisherigen Amtsgeschäfte, oder doch die Ausübung gewisser mit dem Amt verbundenen Befugnisse von Obrigkeit wegen untersaget wird, ohne ihn jedoch zugleich seines Amtes völlig zu entsetzen ^{b)}. Obgleich die *Suspension* vom Amt sowohl nach den Gesetzen, als nach den Meinungen der Rechtslehrer verschiedentlich eingetheilt zu werden pfleget ^{c)}, auch nach dem canonischen Recht sogar in einigen Fällen *ipso Iure* statt finden kann ^{d)}, so pfleget man jedoch heutiges Tages zu einer

einer jeden Suspension vom Amt nicht allein rechtmäßige Ursachen, sondern auch eine vorgängige gerichtliche Untersuchung und darauf erfolgtes richterliches Erkenntniß zu erfordern ⁹⁾. So wie die Dauer der Suspension entweder genau festgesetzt worden, welches jedoch heutiges Tages gewöhnlich zu geschehen pfleget, oder nicht, oder so wie einem Officianten sowohl die Verwaltung des Amtes untersaget, als die Einkünfte davon genommen werden, oder etwa nur eines von beenden verfügt wird, kann man die Suspension in eine bestimmte und unbestimmte, in eine uneingeschränkte und eingeschränkte eintheilen ¹⁰⁾. Am meisten pfleget jedoch die Suspension entweder als eine Art von Strafe erkannt, oder wider solche verhängt zu werden, die aus hinlänglichen und schon zur speciel-
len Inquisition genügenden Ursachen eines criminalen Verbrechens bezüchtigt, oder auch eines groben Amtsmißbrauches, oder einer Vernachlässigung des Dienstes beschuldigt werden.

Dem ersten Ansehen nach hat nun freilich der Gebrauch, wornach man einen Officianten, der aus gewissen Verdachtsgründen in Inquisition gerathen ist, von seinem Amt, Würde und andern gesellschaftlichen Verbindungen so lange entfernt, bis er sich in Ansehung der ihm gemachten Beschuldigungen genugsam gerechtfertiget hat, gar vieles wider sich. Denn so scheint derselbe mit dem eben so vernünftigen als rechtlichen Grundsatz, daß man niemals mit der Execution den Anfang eines rechtlichen Verfahrens machen müsse ¹¹⁾, im Widerspruch zu stehen, und es überdieß eine nicht zu billigende Strenge mit sich zu führen, wann man einen Beamten auf bloßen Verdacht wegen eines von ihm begangenen Verbrechens von seinem Amt, wenn es auch nur vor der Hand wäre, entfernt, und ihn dadurch dem Spott und der Verachtung dererjenigen, mit denen er bisher in Verbindung gestanden, aussetzet. Denn selbst die beste nachherige Entbindungsurtheil, die etwa einen

2ter Th. Ange:

Angeschuldigten von allen ihm gemachten Bezüchtigungen freyspricht, und solche für grundlos erkläret, leistet gleichwohl für den mittlerweile ausgestandenen Kummer und Verdruß keinen völligen Ersatz. Ueberdieß pflegen die Exor ein, oder die zufälligen Einkünfte demjenigen zuzufallen, der die Amtsverrichtungen übernommen hat ^{h)}, und nicht leicht hat ein Suspensionirter, auch bey der besten Ausführung seiner Unschuld, Hoffnung, jene wieder zu bekommen. Es ist inzwischen nicht zu leugnen, daß in einigem Betracht eine schon während der Untersuchung wegen gemeiner Verbrechen oder Amtsvergehungen verhängte Suspension vom Amt nicht eben für ganz verwerflich zu achten sey. Denn so verhindert sie unstreitig bey ungetreuen Cassenverwaltern und Rechnungsführern die Gelegenheit, mehreren Schaden zu stiften, und es erheischet daher schon eine kluge Vorsicht, solchen verdächtigen Beamten die Geschäfte nicht ferner unter Händen zu lassen. Wollte man Richter, Prediger oder Schullehrer, welche man solcher groben Verbrechen bezüchtiget, die mit ihrem Amt einen auffallenden Contrast machen, ferner und während der Untersuchung bey ihren Amtsverrichtungen lassen, so dürfte das dadurch zu gebende Aergerniß sammt dessen Folgen, z. B. Aufruhr und Zwietracht, oft ganz unvermeidlich seyn.

Wenn daher in einer Hinsicht die Suspension vom Amt während der Untersuchung zwar hart zu seyn, in einer andern aber eine vernünftige Vorsicht dieselbe anzurathen scheint, so kann es nicht überflüssig seyn, die Fälle etwas genauer auseinander zu setzen, da eine Suspension vom Amt während der Untersuchung statt finden kann. Unstreitig kommt dabey das meiste darauf an, ob von gemeinen, oder vielmehr von solchen Verbrechen die Rede sey, die sich auf das Amt eines Angeschuldigten beziehen und damit in Verbindung stehen. In dem ersten Fall sind die meisten Rechtslehrer der Meinung, daß die

die Suspension vom Amt nur eine Folge des articulirten Verhörs oder der Beantwortung der Inquisitionalarartikel seyn, und nur erst sodann verhängt werden könne, wann das Verbrechen, dessen ein Officiant bezüchtigt wird, an und für sich, und so viel zur Begründung der Special-Inquisition erforderlich, gewiß und bewiesen ist, auch der Angeschuldigte mit seiner Vertheidigung wider die ihm gemachte Beschuldigung genugsam gehdret worden ¹⁾. Hieraus folget denn von selbst, daß eine Suspension vom Amt, bezüchtigter gemeiner Verbrechen halber, während der Untersuchung sodann von selbst wegfallt, wann die Special-Inquisition entweder wegen Mangels eines peinlichen Verbrechens, oder in Entstehung genugsamer Verdachtsgründe nicht statt finden kann. Wann nun gleich durch diese Bestimmung einer bloß nach richterlichem Gutbefinden zu verhängenden Suspension vom Amt einigermaßen die gehörigen Grenzen angewiesen worden, zumal man heutiges Tages weit seltener als ehemals auf die Special-Inquisition zu erkennen pfleget ^{k)}, selbige hauptsächlich nur in Capital- und sehr wichtigen Fällen zuläßt, auch überhaupt, wann das summarische Verhör ergeben sollte, daß durch die Special-Inquisition eben nicht ein mehreres, oder gravirlicheres herauszubringen seyn dürfte, die Sache durch einen sofort abzufassenden und zu eröffnenden Spruch abzukürzen sucht ^{l)}, so ist gleichwohl der Satz, daß die Suspension vom Amt nur eine Folge der Special-Inquisition sey, zu allgemein, beruhet dabei, wann man auf den Gerichtsgebrauch siehet, zu wenig auf gewisse und allemal anwendbare Grundsätze, als daß er nicht verdiente, etwas näher untersucht und bestimmt zu werden. Denn so wie auf der einen Seite der Satz, daß die Suspension vom Amt nur eine Folge des articulirten Verhörs sey, nicht für eine allgemeine Regel zu achten ist, so pfleget auch auf der andern Seite jene Suspension zuweilen statt zu finden, wenn eben nicht von An-

stellung der Special-Inquisition die Frage ist. Um ersteren Satz zu rechtfertigen, will ich hier einige Beispiele anführen, da nämlich die Suspension vom Amt verhängt zu werden pfleget, wann gleich von Aufstellung der Special-Inquisition nicht die Rede ist oder zum wenigsten zur Zeit nicht seyn kann. Denn so pfleget man obrigkeitlichen Personen, besonders Rathsgliedern in den Städten den Zugang zur Rathsstube nicht ferner zu erlauben, auch selbige an den Vorzügen und Gerechtsamen des Collegiums nicht ferner Theil nehmen zu lassen, sobald es mit ihrem Vermögen zum Concurse gediehen, und besonders bereits zur Versiegelung und Erkennung einer öffentlichen Ladung gekommen seyn sollte^{m)}, wann sie gleich über den Grund oder die Entstehung des Concurses noch nicht vollständig vernommen seyn möchtenⁿ⁾. Einem Vormunde oder Rechnungsführer, der aus glaubwürdigen Anzeigen des Diebstahls oder eines Cassenbetruges bezüchtigt worden, pfleget man nach geschehener summarischen Untersuchung die Verwaltung der Vormundschaft und des Rechnungswesens zu nehmen, wann auch gleich der bezüchtigte Diebstahl oder die Betrügerey mit der Vormundschaft oder Cassenverwaltung eben nicht in Verbindung stehen sollte, auch jene Verwaltung dem Vormunde oder Rechnungsführer erst wieder anzuvertrauen, wann selbige ihre Unschuld aufs überzeugendste dargethan haben. Einer Zunft oder Zunftgenossen pflegt man es ebenfalls nicht anzumuthen, einen Zunftgenossen in ihren Zusammenkünften zu dulden, den man aus rechtlichen Anzeigen Diebstahls, Betrügereien oder ähnlicher Verbrechen bezüchtigt, wann er gleich dieserhalb noch nicht über Inquisitionartikel vernommen, am wenigsten aber jener Verbrechen gar überwiesen seyn sollte. Prediger und öffentliche Schullehrer, denen man Blutschande, Ehebruch, Sodomie und ähnliche Laster beimist, pfleget man so lange, bis sie sich wegen solcher Beimeßungen genugsam gerechtfertiget haben,

ben, zu der ferneren Verwaltung ihrer Aemter nicht zuzulassen, ob sie gleich über förmliche Inquisitionalartikel noch nicht vernommen worden^{o)}. Das Uergerniß, das sie bei einem fernern Unterricht leicht stiften könnten, dürfte auch unter solchen Umständen mit dem Guten eben nicht in Verhältniß stehen, das sie etwa unmittelbar befördern mögten^{p)}.

So viel nur aber den Gegensatz, daß die Suspension vom Amt nicht grade immer nur eine Folge der Specialinquisition sey, anbelangt, so läßt sich zwar nicht bezweifeln, daß in dem Fall, da ein Ungeschuldigter bereits zu gefänglichen Haft gebracht seyn, oder wie man zu reden pflegt, aus dem Kerker antworten sollte, von der verhängten Specialinquisition auf die Suspension vom Amt geschlossen werden könne. Allein, außer diesem Fall fehlet es eben nicht an Ausnahmen von der Regel, daß die Specialinquisition, die gemeiner Verbrechen halben wider jemand angestellt worden, die Suspension vom Amt zur Folge habe. Denn so wie man heutiges Tages Standespersonen, in sofern nicht von eigentlichen Capitalfällen die Rede, nicht leicht wegen eines andern bezüchtigten gemeinen Verbrechens gefänglich einzuziehen pflegt^{q)}, so pflegt man auch dergleichen Personen während der Untersuchung nicht von ihren Aemtern zu suspendiren, im Fall sie nicht grade solcher Vergehungen beschuldigt würden, die den Charakter eines jeden rechtschaffenen Mannes entehren, und ihn daher der ferneren Verwaltung eines öffentlichen Amts ohne geschehene Rechtfertigung unwürdig machen sollten. Bei Leuten niederen Standes, die zwar gewisser Verbrechen wegen in Inquisition gerathen sind, sich aber bei dem erhaltenen sichern Geleit nicht im gefänglichen Gewahrsam befinden, muß man bei der Frage, ob sie nicht während der Untersuchung von ihren Aemtern zu suspendiren? einen Unterschied machen, ob das bezüchtigte Verbrechen, in

in sofern der Angeschuldigte dessen zu überführen stünde, von der Beschaffenheit sey, daß es entweder alle Treue und Glauben verletzen, oder doch die fernere Dienstverwaltung in Hinsicht der Beschaffenheit des bezüchtigten Verbrechens zu einem öffentlichen Scandal Anlaß geben würde, oder, ob so wenig das eine als das andere sey. In den ersten beiden Fällen kann die Suspension vom Amt und die Ausschließung von andern bürgerlichen Verbindungen ²⁾ kein Bedenken leiden und pfeget solches auch in dem ertheilten Geleitsbriefe besonders ausgedruckt zu werden. In dem letzten Fall aber, oder wann der Angeschuldigte so wenig eines solchen Verbrechens bezüchtigt wird, das schon an und für sich Treue und Glauben verletzet, als sonst bei der ferneren Verwaltung des Amtes ein Scandal zu besorgen stehet, so pfeget auch die Suspension vom Amt und die Entfernung von bürgerlichen Verbindungen eben keine stete oder nothwendige Folge von der Specialinquisition zu seyn, auch wohl das Gegentheil im Geleitsbriefe besonders ausgedruckt zu werden.

Sollte jedoch nicht sowohl von gemeinen, als vielmehr nur von solchen besonderen Verbrechen die Rede seyn, die jemand bei der Verwaltung des ihm anvertrauten Amtes begangen hatte, oder die doch mit dem Amt in genauer Verbindung stehen, so pfeget die Suspension vom Amt während der Untersuchung nur sodann statt zu finden, wann der Officiant einer groben Verletzung seiner Amtspflichten oder eines großen Mißbrauchs der letzteren bezüchtigt wird ³⁾, dessen auch aus glaubwürdigen Anzeigen, deren Fehlsamkeit er zu zeigen nicht vermag, verdächtig ist ⁴⁾. Andere fügen diesem nicht ohne Grund hinzu, daß das Verbrechen auch von der Beschaffenheit sey, daß um deswillen bei vorhandenem Bekenntniß oder vollständigem Beweise die gänzliche Remotion statt finden könne ⁵⁾. Unter solchen
 Um-

Umständen pflegen denn obrigkeitliche Personen, Prediger, Gerichtschreiber, Kassenverwalter und Vormünder ^{x)}, im Fall sie der bezüchtigten Bestechung oder Fälscherei bei ihrer Dienstverwaltung, zum wenigsten zur Hälfte für überführet zu achten sind ^{y)}, schon während der wider sie angestellten Untersuchung von ihren Ämtern suspendiret zu werden ^{z)}. Wann jedoch auch ein solcher Fall vorhanden seyn sollte, da schon während der Untersuchung zur Suspension vom Amt zu schreiten, so mag gleichwohl ein bloßes Justizkollegium darauf nur mit Vorwissen des Landesherrn, oder dessenigen Departements, das dem Angeschuldigten den Dienst anvertrauet hatte, und dem der Letztere in Ansehung seines Amtes unterworfen war ^{aa)}, auf Suspension vom Amt erkennen ^{bb)}. Sollte jedoch von Sachwäldern ^{cc)}, Vormündern, oder andern Officianten, die ihre Stellen von einem Justizkollegio erhalten hatten, die Rede seyn, so kann es kein Bedenken haben, daß erstere bewandren Umständen nach von dem letzteren gar füglich von ihren Ämtern suspendiret werden können.

Außer den bisher angezogenen Fällen, da eine Suspension vom Amt schon während der Untersuchung hauptsächlich um deswillen verhänget werden kann, damit die Gelegenheit, mehreren Unfug und Aergerniß zu stiften, verhütet, und die Verbreitung des Scandals verhindert werde, pfleget auch zuweilen auf Suspension vom Amt als Strafe erkannt zu werden. Eine Suspension vom Amt als eine Strafe betrachtet, unterscheidet sich aber in Ansehung der Verfahrensart und der Folgen gar sehr von derjenigen, die während der Untersuchung zur Verhütung mehreren Nachtheils vorläufig verhänget wird. Erstere setzt nämlich allemal eine hinlängliche Untersuchung, Ueberweisung und daß der Angeschuldigte mit seinen Entschuldigungsgründen genugsam gehört worden, voraus

aus ^{dd}). Allein, bei der letzteren genügt es gewöhnlich schon, daß hinlängliche Verdachtsgründe zur Specialinquisition vorhanden sind. Denn unter solchen Umständen pfleget die Suspension während der Untersuchung dem Inquisiten entweder bloß mündlich angedeutet, oder durch ein Dekret zu erkennen gegeben zu werden. Eine Suspension vom Amt, die anstatt der Strafe dienen soll, erfordert hingegen einen vorgängigen förmlichen Prozeß und eine rechtskräftige Urtheil ^{ee}), und hat gewöhnlich den Verlust sowohl des stehenden Gehalts, als der zufälligen Hebungen zur Begleiterin ^{ff}). Hingegen hat eine Suspension, die nur als eine Folge der Specialinquisition anzusehen, diese Wirkungen nicht und zum wenigsten nicht in ihrem ganzen Umfange. Denn wenn auch gleich im letzten Fall die zufälligen Hebungen demjenigen Amtsgehilfen zugeheißt zu werden pflegen, der mittlerweile den Dienst des Suspendirten versehen muß, so pfleget doch das Gehalt selbst sequestrirt und dem Suspendirten davon der nöthige Unterhalt ^{gg}) verabsolget zu werden.

Eine Suspension vom Amt pfleget als Strafe nur wegen Amtsvergehungen, nicht aber gemeiner Verbrechen halben erkannt ^{hh}) und besonders sodann verhängt zu werden, wann Officianten sich bei Verwaltung ihrer Dienste eine grobe und wohl gar wiederholte Nachlässigkeit ⁱⁱ) sollten haben zu Schulden kommen lassen. Hieraus ist es denn zu erklären, woher Prediger, oder Richter, die ihr Amt misbrauchen, oder sich sonst bei demselben nachlässig beweisen, woher Sachwälde, die sich grobe Anzänglichkeiten in ihren Schriften, oder sonst in mündlichen Anträgen zu Schulden kommen lassen, und weher Grundgerichtsherren, die bei Verwaltung ihrer Gerichtspflege Mißbräuche begehen, auf eine Zeitlang von ihren Amtsverrichtungen entfernt zu werden pflegen. Es finden sich inzwischen Bei-

Beispiele, daß auch außer Dienstfehlern, in Fällen, wo sonst wegen Uebertretung eines gewissen Verbotthes gewöhnlich nur eine willkürliche Strafe erkannt wird, bei Leuten, die in öffentlichen Aemtern und Diensten stehen, eine zeitliche Suspension vom Amt gewählt oder doch gedrohet zu werden pfleget ^{kk}).

Um eine Suspension vom Amt als Strafe verhängen zu können, kommt es weiter darauf an, daß der begangene Dienstfehler in der Nachlässigkeit seinem Grund habe: denn sollte derselbe willkürlich und vorsätzlich begangen, auch wohl gar mit einer wirklichen Untreue verbunden seyn, so kann bewandten Umständen nach wohl gar auf völlige Remotion erkannt werden ^{ll}).

Im Fall jedoch der Vorsatz an dem Dienstvergehen nur in einem geringen Grade Antheil hätte, daneben der verursachte Schade, oder das etwa gegebene Aergerniß nicht von Erheblichkeit wäre, und auch dem Angeschuldigten überdies ein oder anderer scheinbarer Entschuldigungsgrund zu statten käme, besonders aber es an allen beschwerenden Umständen, z. B. der Wiederholung mangelte, und es daher nicht an Hoffnung der Besserung fehlen dürfte, so pfleget nicht sowohl auf Remotion, als vielmehr nur auf angemessene Suspension vom Amt und wohl gar auf eine verhältnißmäßige Geldbuße erkannt zu werden.

Um wegen Fahrlässigkeit im Dienst auf Suspension vom Amt erkennen zu können, pfleget man endlich zu erfodern, daß erstere in einem ziemlich hohen Grade vorhanden gewesen seyn müsse, oder auch dem Angeschuldigten entweder die Wiederholung des Dienstvergehens, oder ein dadurch gestifteter großer Nachtheil, oder doch auch der Mangel der Besserung nach vorgängiger Bestrafung wegen anderer Dienstvergehungen zur Last

2ter Th.

M

komme

komme ^{mm}). Ausser diesen Fällen pfleget eine zum ersten Mal bewiesene Dienstvergehung nur verwiesen, oder mit einer verhältnismässigen Geldbuße, Entziehung der Sporteln oder anderer Einkünfte geahndet, und in sofern von Officianten der niedrigsten Classe die Rede, mit einem verhältnismässigen Gefängniß, oder einer andern angemessenen Züchtigung bestraft zu werden.

Nachdem ich nun die Fälle angeführet, da eine Suspension vom Amt sowohl während der Untersuchung, als zur Strafe statt findet, werde ich nun noch die Frage zu beantworten haben: Wie lange eine Suspension vom Amt gewöhnlich daure? wer mittlerweile die Amtsverrichtungen zu übernehmen habe? wem die Einkünfte des Suspendirten, die er von seinem Amt sonst genossen, anheimfallen? und ob die verhängte Suspension vom Amt eine Art von Anrüchrigkeit mit sich führe? So viel nun die erste Frage anbetrifft, so versteht sich von selbst, daß diejenige Suspension vom Amt, die während der angestellten Untersuchung wider einen Officianten verhängt worden, nur so lange dauern könne, bis das Endurtheil erfolgt und nach derselben der Angeschuldigte entweder freigesprochen, oder doch mit einer solchen Strafe, womit die fernere Dienstverwaltung nicht bestehen kann, belegt wird. In letztem Fall pfleget das Verdammungsurtheil zugleich die Verwirkung des Dienstes mit in sich zu begreifen. Eine Suspension vom Amt, die wider einen Officianten als eine Art von Strafe erkannt wird, pfleget sich gewöhnlich, in sofern die Dauer nicht gänzlich ohne Bestimmung gelassen worden, wie zuweilen geschieht, nur auf einzelne Monate ⁿⁿ), oder etwa auf ein Viertel, halbes oder ganzes Jahr zu erstrecken ^{oo}). Einem Urtheil worin auf Suspension als Strafe erkannt wird, pfleget gewöhnlich die Androhung einer völligen Remotion

tion bei ähnlichen Vergehungen hinzugefüget zu werden pp). Sach- und Anwälde, die entweder wegen ungebührlicher Schreibart, geßessenlich gesuchten Aufenthalts, oder wegen anderer Vernachlässigung ihrer Amtspflichten Strafe verdienen, pflegen bewandten Umständen nach, zumal wann die beleidigende Schreibart das Gericht, oder einzelne Mitglieder desselben angehen sollte, auf ein halbes oder gar auf ein ganzes Jahr von Treibung der Advocatur suspendiret zu werden qq). Würde aber die verhängte Suspension vom Amt den Sachwald nicht bessern, und er sich wohl gar gleicher oder doch ähnlicher Vergehungen schuldig machen, so pfleget sodann auf die gänzliche Remotion von aller Advocatur erkannt zu werden. In sofern nun dieselbe von dem obersten Landesgericht erkannt werden sollte, so hat dieselbe gewöhnlich auf alle und jede untergeordnete Gerichte Beziehung.

Die Amtsverrichtung eines zur Strafe suspendirten Officianten pfleget gewöhnlich einem andern Amtsgehilfen, wann solcher vorhanden, übertragen, oder anderweit dafür gesorget zu werden. Derjenige, dem die Amtsverrichtung eines suspendirten Officianten aufgetragen worden, erhält für seine Bemühung gewöhnlich die zufälligen Hebungen oder sogenannten Accidenzen desselben rr). Sollten jedoch letztere nur unbeträchtlich seyn, so pfleget demjenigen, der die Amtsgeschäfte übernimmt, wohl ein Theil des stehenden Gehalts des Suspendirten angewiesen zu werden rr). Auf den Fall jedoch, daß der Verlust der zufälligen Hebungen für denjenigen, der zur Strafe suspendiret worden, schon eine beträchtliche Einbuße ausmachen sollte, pfleget demselben, in sofern er sonst nicht leben oder seine Familie nicht gehörig unterhalten könnte, die Hälfte seines stehenden Gehalts während der Suspension vom Amt gelassen zu werden. Auf ähnliche Weise wird es mit dem Gehalt und Einkünften ei-

nes solchen gehalten, der wegen der wider ihn erhobenen Specialinquisition während derselben von seinem Amt suspendirt worden. Denn auch in einem solchen Fall fallen die Accidenzien demjenigen zu, der mittlerweile den Dienst des Suspendirten zu verrichten hat^{ss}). Das stehende Gehalt pflegt während der Inquisition nur sequestrirt, nach völliger Rechtfertigung des Angeschuldigten aber und darauf erfolgtem absolutorischem Spruch aber demselben wieder zugestellet zu werden^u). So wie einem Angeschuldigten und den Seinigen von dem sequestrirten Gehalt der nothdürftige Unterhalt zu reichen ist, in sofern es ihm sonst daran fehlen sollte^{uu}), so kann jedoch davon nicht weiter die Frage seyn, und der Angeschuldigte muß sich mit der gewöhnlichen Kost anderer Gefangenen behelfen, wann derselbe eines criminellen Verbrechens überwiesen, oder solches ohne erhebliche Vertheidigungsgründe zu haben, bekennen sollte, und in solchem Betracht schon während der Inquisition auf eine gänzliche Remotion des Angeschuldigten von seinem Amt erkannt werden mögte.

Prediger, die wegen dieser oder jener Ungebühr zur Strafe von ihren Aemtern suspendirt gewesen sind, pflegen gewöhnlich erst nach geschעהener Abbitte von der Kanzel, die zuweilen von einem andern Prediger abgelesen wird, und solchergestalt allererst nach geschעהener Ausöhnung mit ihrer Gemeinde wieder zu Amtsverrichtungen zugelassen zu werden.

Eine Suspension vom Amt, die als Strafe verhängt gewesen, kann der Ehre eines suspendirt gewesenen keinen Nachtheil zuziehen, zumal dieselbe wegen eigentlicher Criminalverbrechen nicht erkannt wird, und nur zu den bürgerlichen Strafen zu rechnen ist. Eine Suspension vom Amt, die während der Untersuchung oder Specialinquisition wider jemand, der eines
pein-

veinlichkeit Verbrechens bezüchriget war, verhänget worden, kann dem Angeschuldigten nur sodann einen Nachtheil an seiner Ehre zuziehen, wann darauf die Verurtheilung zu einer Leibes- oder doch ehrlosen Strafe folgen sollte ^{xx}). Denn ausser einem solchen Fall und wann der Angeschuldigte demnachst unschuldig befunden und ohne Bedingung völlig frei gesprochen werden sollte, kann eine während der Specialinquisition verhängt gewesene Suspension vom Amt an und für sich dem Angeschuldigten nicht zum Vorwurf und Verkleinerung gereichen.

- a) Bei dieser Abhandlung beziehe ich mich zwar überhaupt auf die bekann-
te Dissertation des Herrn L. Stryck *de Suspensione ab officio*. (Man sehe
dessen *Dissertationes Select.* Francfurt, Vol. 4. Disp. 4. ^{xx}). Es werden je-
doch auch gegenwärtige Bemerkungen über die Unternehmung der Amts-
führung nicht eben für überflüssig zu achten seyn, da meinem wenigen
Bedanken nach verschiedene Grundsätze in jener Dissertation bedenk-
lich sind, andere aber eine nähere Bestimmung und Erläuterung, so viel
den heutigen Gebrauch anbelanget, zu erfordern scheinen.
- b) Stryck in der angeführten Dissertation *Cap. 1. n. 21.* definiret die Sus-
pension vom Amt *per Interdictionem Iuris ad Tempus, ex iusta Cau-
sa alicui vel ipso iure vel mediante sententia dictatam*, hingegen
drückt sich I. H. BOEHMER in *Institut. Iur. Canonici Lib. 5. Tit. 27.*
§. 8. über den Begriff der Suspension vom Amt in der nachfolgenden
Maasse aus: „*Suspensio ab Officio est poena, quae ad Tempus Ex-
secutionem officii et beneficii perceptionem suspendit.*“
- c) In sofern von Geistlichen, oder andern Kirchenbedienten die Rede ist,
von deren Unterfugung der Amtsführung das Canonische Recht haupt-
sächlich handelt und sie als eine *Censuram ecclesiasticam* ansiehet, c. 20.
x. *de verb. Sign.* c. 11 x. *de Privileg.*, pfleget man die Suspensionem ab
Officio in totalem et partialem einzutheilen, so wie sie sich entweder
aufs Officium und Beneficium zugleich, oder nur auf eines von beiden
erstrecket. Ja man pfleget noch mehrere Arten davon anzunehmen. Vor
im pe nlichen Recht, ersten Bande, §. 42. S. 132. Nach dem Canonis-
chen Recht soll die Suspension auch *ad Contumaciam refractariam* ca-
stigandam praeiudicio monitorio gebraucht werden, c. 26. x. *de Appellat.*
c. 1. *de Sentent. Excomm. in 6to.* I. H. BOEHMER *Instit. Iur. Canon. In*
5. Tit. 27. §. 8.

d) Dahin pfleget man den Fall zu rechnen, wann Geistliche nicht per ordines inferiores ad superiores, sondern, wie man zu reden pfleget, per saltum promoviret seyn sollten. STRYCK c. l. c. 3. n. 11. seq.

e) STRYCK c. l. cap. 2. n. 11 seq.

f) STRYCK c. l. c. 1. n. 53. seq.

g) L. 58. de Re judicata. L. 1. Cod. de Except. Rei judicatae.

h) WERNHER Tom. 3. P. 1. Obs. 148. v. „Sportulae, quae vulgo Accidentia vocantur, durante Inquisitione ei cedunt, qui Inquisiti ab Officio suspensi munus obit, etsi is postea ab Inquisitione plane absolutus fuerit“ Die gegenseitige Meinung vertheidiget jedoch STRYCK c. l. cap. 4. §. 30, MEVIUS P. 8. Dec. 144. n. 1.

i) L. 13. §. 1. ad L. Cornel. de Fals. L. 15. pr. ad Municip. STRYCK c. l. cap. 3. n. 33. 34. 43. 44. und 60.

k) Püttmann in der Referir- und Decretirkunst. Leipzig 1785. S. 225.

l) NETTELBLADT Dissert. de Sentent. Condemnat. sine praevia inquisitione speciali §. 12. I. H. BOEHMER in Jur. Eccles. Protest. Lib. 5. Tit. 34. §. 28. Westphal im Criminalrecht §. 750. Anmerkung 143. §. 4. 5. 7.

m) Es pfleget jedoch lediglich wegen etwa contrahirter übermäßiger Schulden, in sofern nicht zugleich von einem Vergehen in Officio die Rede, oder ein Rathsmitglied nicht eben öffentliche Gelder zu verwalten hätte, die Suspension vom Amt nicht sofort verhänget zu werden.

n) Daß jedoch ein solches Rathsmitglied, dem wegen erlittener Unglücksfälle Beneficium Cessionis bonorum verstatet worden, oder das einen anständigen Accord mit seinen Gläubigern getroffen hat, demnächst wieder zur vorigen Verwaltung seines Amtes zu lassen, kann kein Bedenken leiden.

o) Westphal im Criminalrecht. S. 873.

p) Mit Recht lehret jedoch PUFENDORF Tom. 4. Obs. 250. „In Delictis extra officium commissis suspensio ab officio, antequam crimen probatum fuerit, minime procedit.“

q) L. 17. C. de Dignitat. HORN Class. 15. Resp. 83. n. 3. von Selchow in den Rechtsfäden, Th. 2. Dec. 37. S. 93.

r) Unter dem Ausdruck bürgerliche Verbindungen werden hier besonders solche Verhältnisse verstanden, worin sich jemand als ein aufgenommenes Mitglied einer gewissen Gemeinde, Zunft oder Zünnung befunden hatte.

s)

- s) Der Hauptgrund, woher wegen Amtsverbrechen die Amtsführung schon während der Untersuchung untersaget zu werden pflegt, ist wohl unstreitig darin zu setzen, daß fernere Amtsmisbräuche und die Gelegenheiten dazu verhindert werden. Arg. § ult. de suspect. Tut. L. 7. §. 1. de suspect. Tut. WERNHER ad Pandect. Tit. de suspect. Tut. §. 6.
- t) Sehr richtig schreibt daher Van derow in der gerichtlichen Decretir Kunst, Halle 1783. §. 639. „Anzeigen, welche auf Verletzung einer übernommenen Amtspflicht gehen, bewirken gegen den Anzeigenden die Suspension vom Dienst, dessen Verwaltung bis nach geendigter Untersuchung einem andern übertragen wird.“
- u) STRYCK cit. Dissert. c. 3. n. 51. v. „Modo delictum etiam tale fuerit, ac tantum, ob quod, si fuerit probatum, penitus quis ab Officio remoneri possit. Arg. L. 3. Cod. ex quib. Caus. Infam. MEYERUS ad Ius Lubec Lib. I. Tit. 7. Art. 5. n. 19.“
- x) In sofern besonders von Vormündern die Rede, die man aus scheinbaren Gründen einer schlechten Verwaltung des Vermögens ihrer Pflegsgefohlnen bezüchtigt so pflegt denselben die fernere Verwaltung der Vormundschaft sofort untersaget zu werden, dabei aber es auf die Stärke der wider sie vorhandenen Anzeigen, wenn solche anders nicht von allem Schein entblößet sind, nicht eben anzukommen. STRYCK c. l. c. 3. n. 55. 56. 57.
- y) Bei demnächst sich völlig ergebenden Beweise der bewiesenen Untreue, oder einem dieserhalb vorhandenem Bekenntnisse kann selbst die Remotion kein Bedenken leiden L. 7. §. 3. de Suspect. Tut. von Seichow im dritten Bande seiner Rechtsfälle n. 88. S. 222.
- z) L. 7. Cod. de Suspect. Tut. FABER ad Codicem Lib. 5. Tit. 26. Def. 2. BERGER in Elect. crimin. Supplement. p. 7. von Seichow im zweiten Bande seiner Rechtsfälle S. 27. n. 28. HERTIUS T. I. Resp. 172. n. 7.
- aa) Der gegenseitigen Meinung scheint zwar STRYCK c. l. c. 2. n. 62. zu seyn, wann er schreibt: „Caeterum non statim a supremo Iudice seu Camera opus est, ut quis suspendatur, sed uti correctio Officialium primo loco potius spectat ad Iudicem inferiorem competentem, ita ipsa Suspendio, quae ad Correctionem morum tendit.“ Es scheint nun zwar, daß Stryck hauptsächlich nur von einer solchen Untersagung der Amtsführung rede die als eine wirkliche Strafe verhängt wird. Allein in beiden Fällen können nur einerlei Grundsätze zur Anwendung kommen.

bb) Sollte von Leuten, die in Bedienungen oder Aemtern Städtischer Obrigkeit stehen, oder von andern niederen Officianten die Rede seyn, so leidet es kein Bedenken, daß Obergerichte die Suspension vom Amt bei wandigen Umständen nach auch ohne vorherige Anzeige bei der Behörde verfügen und darauf erkennen können.

cc) Ich pflichte daher STRYCKEN *c. l. cap. 2. n. 63.* völlig bei, wenn er schreibt: „Hinc quilibet Magistratus oppidanus Aduocatum, eoram se postulantem et suae Iurisdictioni obnoxium suspendere possit, nullum dubium; quin etsi forsitan huius Iurisdictioni non esset subjectus, adhuc tamen vel ideo suspendere eundem posset, quia eatenus videretur competens, quatenus officium Aduocati coram Iudicio exercetur et quatenus Aduocatus in suo Iudicio deliquit. MEVIUS *P. 5. Dec. 373.* et ita delinquendo in Forum consensit. MEVIUS *c. l. Dec. 274.*

dd) Die bloße Androhung einer Suspension vom Amt, die besonders bei nachlässigen Officianten als ein gutes Mittel, um sie zur bessern Beobachtung ihrer Amtspflichten anzuhalten, gebraucht wird, pfleget auch, schon bei hinlänglich dazu vorhandenen Gründen, die sich entweder aus den Akten ergeben, oder sonst keines weitem Beweises bedürfen, ohne daß darüber der Officiant insbesondere noch vernommen worden, für anwendlich geachtet zu werden.

ee) Daß auch wider eine Suspension vom Amt, die zur Strafe verhänget worden, alle in Strafsachen gewöhnlichen Rechtsmittel gebraucht werden können, leidet kein Bedenken. STRYCKEN *c. l. cap. 4. n. 40.*

ff) STRYCKEN *c. l. cap. 4. n. 29 - 36.*

gg) Hierunter wird jedoch auch der Unterhalt dererjenigen begriffen, denen der Suspendirte zu den Alimenten gehalten ist.

hh) Führet gleich STRYCKEN *c. l. cap. 3. n. 76.* als ein Beispiel vom Gegenheil an, daß man einen zänkischen und grausamen Ehemann zur Strafe auf gewisse Zeit allen Umgang mit seiner Ehefrau zu untersagen und ihn wohl eine Zeitlang von selbiger zu entfernen pfleget, so geböret doch solches nicht hieher, da nicht eine jede untersagte Ausübung gewisser Befugnisse eine Suspensionem ab Officio im rechtlichen Verstande ausmacht.

ii) Würde jemand wohl gar aus Geistesheit und mit Vorsatz etwas gethan, oder unterlassen haben, was seine Amtspflichten erforderten oder ihnen entgegen war, so kann bewandten Umständen nach sogar auf die Dienstentsetzung oder gänzliche Remotion erkannt werden.

kk)

kk) So wird z. B. in einer Hamburgischen Verordnung von 1785, die wider die Lotocollecturen und Einsezer in Zahlenlotterien publicirer worden, den in Stadtdiensten stehenden Leuten nach Befinden Suspension und Cassation, denenjenigen aber, die milde Gaben von der Stadt erhalten, die Austilgung aus den Armenlisten angedrohet, wann sie des Lotospieles überführt werden sollten. Im Mecklenburgischen pfleget einer ertheilten Dispensation von aller Proclamation die Bedeutung angefügt zu werden, daß wann sich über kurz oder lang fände, daß einer oder anderer Theil zur Zeit der erhaltenen Dispensation in anderweitige Sponsalien bereits verwickelt gewesen und die Dispensation nur erschlüßchen haben sollte, die zu vollziehende Ehe nicht nur zum voraus mit Vorbehalt des einem Dritten zustehenden Rechts für null und nichtig erkläre, sondern auch der schuldige Theil ausserdem eine Geldstrafe verwirkt haben solle. Wäre derjenige, der die Dispensation gesucht, ein Riegierung, oder Canzleibedienter, so hat man Beispiele, daß die Suspension vom Dienst in solchen Fällen anstatt anderer Strafen gewählt und angedrohet worden. Ob es jedoch in einem solchen Fall zur wirklichen Suspension gekommen seyy, ist mir nicht bekannt.

ll) *L. 7. §. 3. de Suspect. Tut. L. 12. C. de Susceptoribus. v. Seldow* im 2ten Theil seiner Rechtsfälle Dec. 37. S. 116.

mm) Es kommt dabei auch einigermaßen auf den Stand der Person an, die sich dergleichen Nachlässigkeit hatte zu Schulden kommen lassen. Aus dieser Ursache pfleget man z. B. Geistliche auch wegen geringer Dienstvergehungen auf eine Zeitlang von ihren Aemtern zu suspendiren, in so fern durch jene eine großes Aergerniß gestiftet seyn, folglich auch einem Geistlichen ein höherer Grad der Moralität zur Last fallen sollte. *STRYCK c. l. cap. 3. n. 4. und 68.*

nn) Es finden sich beim *CARPZOV in Jurisprud. Eccles. Lib. 3. Def. 114. n. 14.* und *STRYCK c. l. c. 2. n. 55.* Beispiele, wornach die Suspension nur auf vier Wochen erkannt worden. Ihres merkwürdigen Inhalts wegen füge ich die vom letzteren angeführte Urtel bei, die dahin lautete: „Anlangend die Bestrafung des Diaconi, wenn der Kläger „auf dieselbe dringet, und der Beklagte also geständig und überwiesen, „daß er beides die Anhörung der Beicht und Absolution dem N. N. ver- „saget, so ist er schuldig, dem Beleidigten christlich zu depreciren, seinen „Ereß und Praecipitantiäm ludicii öffentlich jedoch seinem Amt und „Ehre ohne Schaden zu erkennen, und mag er hierüber andern zum Abs- „schießen, willkürlich entweder auf vier oder fünf Tage mit leidlichem pries- „terlichem Gehorsam belegen, oder auf vier Wochen lang ab Officio sus- „pendiret werden.“

oo) Wenn gleich die Untersagung der Amtsführung auf gewisse Zeit, in sofern sie als Strafe verhänget wird, sich nicht leicht auf ein oder gar mehrere Jahre zu erstrecken pfleget, so finden sich gleichwohl Beispielen, da man zur Schonung des Verbrechers und um das Auffallende einer förmlichen Remotion zu vermeiden, zwar nur auf Suspension vom Amt erkannt, die Dauer derselben aber ganz unbestimmt gelassen und den Dienst, ohne ihn anderweit zu vergeben, durch andere bis zum Tode des Suspendirten verwalten lassen.

pp) So erging im Mecklenburgischen in Denuntiationsfachen wider den Pastor N. N. das Urtheil dahin: „Daß der Denuntiat seiner eintzigen unanständigen Aufführung wegen auf drei Monate von seinem Amt zu suspendiren, und zwar mit der ausdrücklichen Verwarnung, daß, wenn er sich dergleichen unschickliches Betragen fernerhin zu Schulden kommen lassen würde, er seines Amtes für verlustig erklärt werde, den solle.“

qq) Pflaget man gleich einen Sachwalder während einer, wegen eines gemeinen Verbrechens wider ihn verhängten Untersuchung, nicht von der Advocatur zu suspendiren, damit er Gelegenheit behalte, sich seinen Unterhalt zu verschaffen, PUEENDORF *Tam. 4. Obs. 250.* so leidet doch dieser Satz sothane eine Ausnahme, wann ein Advocat eines Criminalverbrechens halben in Haft und Inquisition gerathen ist, oder wenn demselben zugleich wegen seines gefehlten Betragens, das er auch als Sachwalder bewiesen, der Prozeß gemacht wird. Sollte überhaupt von eigentlichen Advocatenfünden die Rede, und vorhergehende Weisungen und Geldbußen fruchtlos geblieben seyn, so pfleget die Suspension von der Advocatur auf ein halbes Jahr ein gewöhnliches Strafmittel zu seyn, das man nicht leicht unversucht läßt, ehe man zur gänzlichen Remotion schreitet.

rr) Ich kann mich zur Erläuterung alles dieses auf eine in dem vorhin erwähnten Fall von der Herzoglich Mecklenburg-Schwerinschen Justiz-Canzlei im Jahr 1773 an den Superintendenten Zacharia zu Warshim erlassene Verordnung beziehen, die dahin lautete: „Wir communiciren Euch die in Untersuchungsfachen wider den Prediger N. N. zu M. in Puncto diuersorum unterm 18. Julii dieses Jahres publicirte Urtheil, diebei abschriftlich und befehlen Euch zugleich, nunmehr die zurckannte Suspension des gedachten Predigers N. N. zu veranlassen und für die mitterweilige Bestellung des Gottesdienstes und sonstiger Amtverrichtungen zu sorgen. Und wie diese Suspension eine Strafsuspension ist, welche daher auch vom Beneficio, so wie vom Officio ausschließt, so haben die jedesmal aufwartende Prediger die Accidenzien zu einer etwanigen Vergütung zu genießen, wegen des Juri oder der stehenden

stehenden Hebungen aber Habet Ihr des forderfamsen eine Designation
zur weiteren Verfügung einzureichen.⁶⁶

ss) WERNHER *Tom. 3. P. 1. Obs. 148.*

tt) L. I. und fin. §. ult. *Cod. de Sentent. pass.* PUFENDORF *Tom. 4. Obs. 208.*

uu) de CRAMER *Tom. I. Obs. 229.*

xx) Eine Anruchtigkeit läßt sich auch daher nicht annehmen, weil etwan das Verbrechen, weshalb ein Officiant in Inquisition gerathen war, an und für sich betrachtet zu den infamirenden gehöret. Denn so kommt es hauptsächlich darauf an, ob jener auch eines solchen Verbrechens überwiesen gewesen sey, oder solches bekann habe. Denn wenn gleich die eines criminellen Verbrechens halber vorhängte Specialinquisition schon eine Anruchtigkeit mit sich zu führen pfleget, und daher auch ein gleiches von der Suspension während jener gelten muß, so ist doch mit einer unbedingten Freisprechung die Restitutio Famæ allemal verbunden. s. Meine Grundsätze des peinlichen Rechts, S. 779.

XXIII. Bemerkung.

Handwerker und Fabrikanten können in der Regel zwar mit den von ihnen verfertigten Waaren handeln, nicht aber auch die dazu nöthigen rohen Materialien verkaufen.

Daß ein zünftiger Handwerksmann, imgleichen auch in der Regel ein jeder Künstler und Fabrikant mit den von ihm und seinen Leuten verfertigten Waaren und Sachen Handel treiben^{a)}, auch solches sowohl auf, als außer Jahrmärkten^{b)}, inner- und außerhals Landes thun könne, leidet theils nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen^{c)}, theils aber auch nach dem deutschen Reichs- und Landesgebrauch kein Bedenken^{d)}. Man pfleget dergleichen Waaren und Sachen zum Handwerksfram^{e)} zu rechnen, deren Verkauf, er mag übrigens bestellet seyn, oder nicht,

nicht, zur bürgerlichen Nahrung der Handwerker gehöret, und daher den letzteren nicht zu verwehren steht. Es ergeben auch viele Präjudizien angesehenen Gerichte in Deutschland, daß, wann es etwa zwischen den zünftigen Handwerkern und Krä-
mern, oder auch zwischen ersteren mit andern verwandten Hand-
werkern zum Streit über die öffentliche Zeitbiethung eines ge-
wissen Handwerkstrams gekommen, man gleichwohl die zünf-
tigen Handwerker bei der letzteren geschüzt habe ¹⁾, bis das
Gegentheil oder das *ius prohibendi* von demjenigen, der sich
darauf berufen, nicht allein überhaupt, sondern auch, so viel
den streitigen Gegenstand betroffen, aufs überzeugendste darge-
than worden ²⁾.

So wenig nun gleich den zünftigen Handwerkern und
überhaupt Künstlern und Fabrikanten zu wehren steht, mit
den von ihnen und den ihrigen verarbeiteten Waaren Handel
und Wandel treiben zu können, so ist doch hievon auf die Be-
fugniß, auch mit rohen Materialien, woraus ihr Handwerks-
tram bestehet, oder mit den Instrumenten, die sie bei ihrer Ar-
beit gebrauchen, handeln zu können, kein Schluß zu machen.
Denn im Fall sie dieserhalb keine Landesherrliche Privilegien,
obrigkeitliche Erlaubniß, Vergleich, Verjährung, unvorordent-
lichen Besitz, oder sonst einen rechtmäßigen Titel für sich anfüh-
ren können, so pflöget ihnen solches auf Beschwerdeführung der
Krämer, die mit dergleichen rohen Materialien zu handln be-
fugt sind, von Obrigkeit wegen untersaget zu werden ³⁾. Ja
wann gleich an manchen Orten den Handwerkern der Handel
im Kleinen mit den zu ihrem Handwerk gehörigen Materialien
nicht eben bestritten zu werden pflöget ⁴⁾, so hat es doch bei
dem Mangel eines besondern von den Handwerkern hierunter
nachgewiesenen Titels zu dergleichen kleinen Handel bei dem all-
gemeinen Grundsatz, daß Handwerker nicht mit den zu ihrem
Hand-

Handwerkskram gehörigen Materialien besondern Handel treiben können, das Bewenden ^{k)}). Dagegen steht es einem Künstler und Handwerker nicht füglich zu verwehren, diese und jene zu seiner Kunst oder Profession unstreitig gehörige und in der Fremde gefertigten Handwerksartikel kommen zu lassen, und solche als eigenen Handwerkskram zu verkaufen ^{l)}).

a) Will gleich Kunde im deutschen Privatrecht §. 474. den Handel mit gefertigtem Handwerkskram nur als ein Ansehung des zünftigen Meisterrechts angesehen wissen, so lehret doch die Erfahrung, daß auch einem jeden Künstler und Fabrikanten, in sofern er nur überhaupt zur Treibung seiner Nahrung an einem Ort die Befugniß erhalten hat, dergleichen Handel mit seinen gefertigten Waaren nicht pflege bestritten zu werden, wenn er gleich eben kein Genosse von dieser und jener Zunft sein sollte. Da Künste und Fabriken an jedem Ort nach Möglichkeit aufzuheben, so beruhet solches auch auf guten Gründen.

b) Auf Jahrmärkten pflegt man auch gewöhnlich eben nicht darauf zu sehen, ob dasjenige, was ein Handwerksmann zum Verkauf anbietet, zu seinem eigenthümlichen Handwerkskram gehöre oder nicht. Streuen im 2ten Theil der richtl. Bedenken Bd. 138. S. 490. Es pflegen jedoch oft diese und jene einheimische Handwerker das Recht zu haben die Feilbiethung eines fremden Handwerkskrams selbst auf Jahrmärkten, wo nicht gänzlich verhindern, doch einschränken zu können. Bei der Absicht der Jahrmärkte und der Freiheit, die billig auf selbigen herrschen muß, ist jedoch dergleichen Widerspruch in Ansehung der Befugniß dazu, gehörig zu beweisen, sonst aber in der Regel nicht als gegründet anzunehmen.

c) Arg. L. 14. C. de contrahend. Em. Vend.

d) Kunde a. O. §. 474. in den Grundsätzen des Rechts der Handwerker §. 92. MEVIUS P. 2. Dec. 187. n. 1. P. 5. Dec. 168. n. 5. Dec. 228. n. 3—5.

e) In sofern diese oder jene verarbeitete Waare oder Sache schon ohne Verbindung mit andern Dingen einen mit derselben beabsichtigten Gebrauch haben kann, so ist sie unstreitig für Handwerkskram zu achten. Dagegen bemerkt Streuben a. O. sehr richtig, daß z. B. nicht sofort für Posamentirerwaare zu achten, wozu vielleicht etwas von Posamentirer fabricirtes gebraucht wird.

f)

f) MEVIUS P. 5. Dec. 255. Struben a. O.

g) MEVIUS Resp. 9. p. 84.

h) BEYER *de Officiis et Tabern. Opific. c. 4. p. 99.* STRUVE Dec. 41. p. 77.

i) *Er ainer in den Weslarischen Nebenstunden Th 60. Abhandl. 2. §. 4.*

k) Daß diejenigen jedoch, welche nicht um Tagelohn, sondern auf den Kauf arbeiten, und die dazu erforderlichen Materialien selber anschaffen und aus der Fremde kommen lassen, auch den Handel damit treiben können, in sofern der letztere nicht besonders einer dazu an dem Ort privilegirten Innung eigen seyn sollte, bemerken STRUVE *de Opific. Th. 29. p. 198. §. 1. c. a. O. n. d.*

l) In Ermangelung eines besonderen Privilegiums hat jedoch der Handwerker auf dergleichen von andern Orten kommenden fertigen Handwerksstücken kein ausschließendes Recht, oder daß er den Krämerinnen könne, ebenfalls solche fremde Handwerksartikel zu führen. Es versteht sich jedoch dabei von selbst, daß letztere dergleichen Befugniß nicht auch auf Handwerksartikel ausdehnen können, die unstreitig zum Handwerksstamm dieses oder jenen Gewerks gehören und von letzterem auch an dem Ort mit eigenen Händen, oder doch mit Hülfe ihrer Leute, gefertigt werden.

XXIV. Bemerkung.

Ein in der untern Instanz straflos gebliebenes oder doch nicht gehörig geahndetes Verbrechen kann dennoch in der höheren Instanz bestraft werden.

Hat es gleich in der Regel in Criminal- und Strassachen dabei das Bewenden, daß die einmal erhaltene Absolution dergestalt in die Rechtskraft übergehe, daß aus den vorherigen Beweisen und Anzeigen kein neuer Prozeß wider den Angeeschuldigten formiret werden könne; ja pfleget sogar das Schicksal eines Verbrechers bei einer neuen Actenversendung nicht leicht härter auszufallen, als es einmal durch das erste Urtheil bestimmt

stimmet worden ^{a)}, so steht doch alles dieses dem angeführten Satz nicht entgegen. Denn so lassen sich jene Grundsätze so dann nicht anwenden, wenn eine Sache in der untern Instanz bloß eivöller behandelt worden, dabei aber ein Vergehen mit einschläget, das in der untern Instanz entweder unbeachtet und daher ganz straflos geblieben, oder doch nur mit einer bloßen Weisung geahndet worden, das aber gleichwohl von der Beschaffenheit ist, daß es sowohl wegen des Unfugs an sich selbst, und des Vergehens wider offenbare Gesetze, als um des Publikums willen, eine gehörige oder ordentliche Bestrafung verdienet. Unter solchen Umständen mag daher ein Verbrecher sich zu seiner Befreiung von der Strafe auf einen wichtigen Urtheilspruch des Unterrichters nicht füglich berufen.

^{a)} Meine Grundsätze des peinlichen Rechts S. 775. 776.

XXV. Bemerkung.

Einschränkung der Regel, wornach kein Vergleich über ein Testament bestehet, das noch nicht eröffnet worden.

Es heißt bekanntlich in *L. 6. D. de Transact.* „*de his controversiis, quae ex Testamento proficiuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis, cognitisque verbis Testamenti.*“ Hiernach und nach mehreren andern Gesetzen ^{a)} gewinnt es denn das Ansehen, daß Testamentstreitigkeiten nie gültig und verbindlich abgemacht oder verglichen werden können, wofern nicht zuvor das Testament selbst vorgeleget und von den dabei interessirenden Theilen seinem ganzen.

zen Inhalte nach gelesen worden ^{b)}. Da jedoch nach den richtigen Bemerkungen anderer Rechtslehrer ^{c)} die angezogene Stelle keine eigentliche gesetzliche Vorschrift (*Verba dispositiva*) enthält, nicht sowohl *de Iure*, als vielmehr *de Facto* redet, oder daß man nicht ohne Gefahr, Schaden zu leiden, dergleichen Vergleiche treffen könne, überhaupt auch die eigentliche Absicht des Gesetzes nur dahin gehet, daß Testamentsstreitigkeiten, *non nisi inspectis Tabulis Testamenti* im Wege Rechtsens, oder gerichtlich abgemacht und entschieden werden sollen, welches alles sich aus der Zusammenhaltung des *L. 6. D. de Transact.* mit dem *L. 1. D. Testam. quemadm. aperiantur* ^{d)}, deutlich ergibt, so ist es fast überflüssig, an Ausnahmen zu denken, da die Regel selbst auf keinem sichern Grund beruhet. Es sind daher berühmte Rechtslehrer mit Recht der Meinung, daß Testamentsstreitigkeiten überhaupt und ohne Unterschied durch einen Vergleich gehoben werden können, wenn dieser anders *bona fide* und *sine dolo* zu Stande gekommen seyn sollte ^{e)}. Es kann daher vollends kein Bedenken leiden, daß ein Vergleich über Testamentsstreitigkeiten besonders sodann zu Recht beständig sey, wenn entweder bei Schließung des Vergleichs der wesentliche Inhalt des Testaments den Interessenten genugsam bekannt gewesen seyn sollte ^{f)}, oder auch wohl gar nicht von den Rechten aus dem Testament, sondern von den besonderen Gerechtsamen des eingesetzten Erben, oder von der Befugniß des Erblassers zu disponiren, oder seinen Eigenthumsrechten die Rede gewesen wäre ^{g)}. Ja man pfleget überhaupt die Absicht, um gewisse Streitigkeiten, die nach vieler Wahrscheinlichkeit aus einem Testament erwachsen würden, zu entfernen, schon für hinreichend zu achten, um einen darauf sich Beziehenden Vergleich für rechtsbeständig zu achten ^{h)}, besonders wenn dabei keine Hinterlist oder Dolus von der einen Seite bewiesen,

bewiesen, und die Begebung der Rechte aus dem Testament wohl gar eidlich geschehen seyn sollte ¹⁾).

- a) L. 1. D. de Testament, quemadm aper. L. 16. D. de Condit. et Demonstrat.
- b) GUNDLING de Transact. Tab. Testam. non inspect. SCHULTING de Transact. super controuers. quae ex ultima voluntate proficiuntur, etiam non inspect. car. verb. recte incund. Rhente im Versuch einer system. Beleuchtung der Lehre von den Transacten. Rostock und Leipzig 1789.
- c) ECKHARD in Hermeneutica Iur. Lib. 1. Cap. 5. §. 172. 173. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung. S. 231. n. 228.
- d) Dieses Gesetz ergiebet nämlich deutlich, daß es eben so, wie der Lex 6. de Transact., wie auch dessen Ueberschrift zeigt, aus des Caji siebzehnten Buch ad Edictum provinciale, wo auch das Edictum quemadmodum Testamenta aperiantur erklärt ist, genommen worden. Es lautet aber der L. 1. D. Testamenta quemadm. aper., wo auch CAJUS in Lib. 17. ad Edictum provinciale voransieheth, folgendergestalt: „Omnibus, quicunq, que desiderant Tabulas Testamenti inspicere, vel etiam describere, despicendi describendique potestatem facturum se Praetor pollicetur — §. 1. Ratio autem hujus Edicti manifestata est. Neque enim sine Iudice transigi, neque apud Iudicem exquiri veritas, de his con-, trouerfis, quae ex Testamento proficerentur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis Testamenti.
- e) CRELL Dissert. quando efficaciter de Testamento transigatur non inspectis Tabulis (Crellii Dissertationes et Programmata fascic. 6. n. 41.) ECKHARD S. 1.
- f) PUFENDORF Tom. 1. Obs. 142. FABER ad Codicem Lib. 2. Tit. 4. Def. 1. STRUCK de Causel. Contract. Sect. 3. Cap. 7. §. 7.
- g) CRELL cit. Dissert. §. 5.
- h) Da das neuere Römische Recht sogar einen Vergleich in dem Fall für zulässig hält, wenn er sich etwa auf ein Dolum praeteritum beziehen sollte, L. 4. Cod. de Transact., so kann es den Gesetzen vollends nicht entgegen seyn, wenn man durch einen Vergleich nur künftigen Streitigkeiten vorzubeugen, oder die Veranlassungen dazu zu entfernen sucht, in sofern anders kein Betrug daran Antheil haben dürfte.
- i) CRELL cit. Dissert. §. 6.

2ter Th.

D

XXVI.

XXVI. Bemerkung.

Leibeigene können für ihre Person zur Aufhebung einer Verlobung sich nicht auf den Mangel der Einwilligung ihrer Herrschaft berufen.

So wenig gleich Leibeigene, wenn ihnen dazu die Einwilligung ihrer Herren mangelt, sich mit rechtlicher Gültigkeit verloben können ^{a)}, und darunter den Kindern, die sich noch unter väterlicher Gewalt befinden und sich ohne Consens ihrer Eltern verloben ^{b)}, völlig gleich sind, so ist doch hievon der Fall gar sehr unterschieden, wann die Herrschaft des Leibeigenen sich der Verheurathung desselben nicht widersetzen und derselbe gleichwohl den Mangel der Einwilligung seiner Herrschaft für sich anführen sollte, um solchergestalt von einem gültigen Eheversprechen wieder abzukommen, oder der von ihm geschwächten Person keine Genugthuung geben zu dürfen, die er gleichwohl nur durch die Vollziehung der Ehe mit derselben zu leisten sich im Stande befindet. Ein Leibeigener verdienet unter solchen Umständen eben so wenig Gehör ^{c)}, als Kinder für ihre Personen den Mangel der Einwilligung ihrer Eltern zu der Verlobung, um davon wieder abzukommen, anführen können, wenn jene der Verlobung sich nicht widersetzen ^{d)}. Dergleichen Berufung auf den Mangel der Einwilligung von andern, von denen man sonst abhänget, die aber selber davon keinen Gebrauch machen, ist billig als eine Exceptio de iure tertii anzusehen, und verdienet sowohl daher, als weil sie von dem Dolo des Beklagten zeuget, keine Beachtung ^{e)}.

^{a)} MEVIUS P. 5. Dec. 129. de SELCHOW in *Elementis Iuris Germanici* S. 380.

^{b)} G. L. BOEHMER in *Princip. Iuris Canonici* S. 369. v. „Sponsalia clandestina, per parentum dissentium improbat, iniusta et invalida sunt.“

„sunt, nec inter contrahentes vim obligandi habent; illorum Consensu
„vero expresso vel tacito ex post accedente valida fiunt.“

c) de BALTHASAR *Diff. de hominibus propriis* P. 1. c. 2. §. 15. p. 56;
„Notandum tamen, quod ipsi Rustici ex defectu consensus domini non
„competat contra eorum connubiale exceptio, sed domino vel expresse vel ta-
„cite consentiente, ipse matrimonium inuitus consummare tenetur.“

d) I. H. BOEHMER in *Iur. Eccles. Proseß. Lib. 4. Tit. 2. §. 17.* MEVIUS
P. 8. Dec. 41.

e) TITTEL de *Exceptione Claudefinitatis ab ipso contrahente opposita.*

XXVII. Bemerkung.

Ob und in wiefern von auswärts belegten Capitalien
Abfahrtselder in dem Foro Domicilii zu bezahlen
sind?

Da die Deutschen Reichsgesetze es in Ansehung des Rechts
von einem aus dem Staat gehenden Vermögen gewisse Abfahrts-
gelder oder sogenannte Nachsteuer zu fordern, bei dem alten Ge-
brauch oder Herkommen lediglich bewenden lassen ^{a)}, es aber in
den meisten Ländern über viele, das Abzugsrecht betreffende
Fragen an einer gesetzlichen Bestimmung fehlet ^{b)}, so ist es
leicht begreiflich, woher die Ausübung des Rechts, Nachsteuer
zu fordern, in einzelnen Fällen oft vielen Zweifeln unterworfen
ist, und woher die aufgeworfene Frage von einigen Rechtsleh-
rern verneinet ^{c)}, von andern aber bejahet wird ^{d)}. Diejeni-
gen Rechtslehrer, welche die Frage bejahen, pflegen sich zum
Theil des Arguments zu bedienen, daß, weil Nomina zu den
Mobilibus gerechnet würden ^{e)}, bei letzteren es aber nicht auf
Iura Rei sitae, sondern Domicilii ankäme, man sich auch dar-
nach bei der aufgeworfenen Frage richten müsse ^{f)}. Ja wenn
gleich

gleich Andere sich nicht grade dieses Arguments bedienen, da es auffallend unrichtig geschlossen ist, daß, weil Nomina zu den Mobilibus gerechnet zu werden pflegen, das *Ius Detractus* sich auch auf alle auswärts belegte Capitalien erstrecken müsse, so nehmen es doch die meisten als einen ausgemachten Grundsatz an, daß es bei der Ausübung des *Iuris Decimandi* nicht auf die ursprüngliche Beschaffenheit des abzufahrenden Vermögens, oder auf den Titel, die Art und Zeit der Erwerbung ankomme, sondern solches sich vielmehr auf alle und jede zu dem Nachlaß eines Verstorbenen oder zu dem Eigenthum des Auswandernden gehörige Mobilien und ausstehende Forderungen erstrecke, wenn letztere sich gleich niemals unter der Landeshoheit, oder dem Schutze desjenigen *s.*, der den Zehnten verlanget, befunden haben sollten. Man hält auch dafür, daß Nomina activa mit der Person desjenigen, der sie angehören, dem *Foro Domicilii*, dem er unterworfen war, als wirklich inferiret anzusehen und es also auf den Ort, wo sich dergleichen Nomina activa etwa befinden, nicht ankommen könne, im Gegentheil es sich vielmehr von selbst verstehe, daß diejenige Obrigkeit, der ein Auswandernder für seine Person unterworfen war, im Fall ihr anders das *Ius Detractus* nur überhaupt zustehet, das Abfahrtsgehd auch von den außer Lande belegten Capitalien fordern könne.

Bemerkenswerth ist daher die Aeußerung *CAREZOVSI in Iurispr. forens. P. 3. Const. 38. Def. 19. n. 10.* „*Probata Consuetudine, Magistratus domicilii Ius detractiois potest exercere in mobilibus vel Nominibus, etiam alibi extra Territorium existentibus, quia haec personam sequuntur, ut multis tueretur Raucher. P. 1. quæst. 17.* Eben so und fast noch bestimmter schreibt *MEVIUS ad Ius Lübecense P. 2. Tit. 2. Art. 4. n. 16.* „*Subjacent Detractioni, dem Abschlisse, omnia, quae exportantur*

„tantur, bona Exportari autem intelliguntur, quae ejus Locum censentur, ubi Defunctus habitavit, etsi eo in loco re vera non existunt; qualia sunt Nomina et Mobilia, quae etiam alibi existentia personae, vel hereditati affixa et Magistratus Jurisdictioni subiecta censentur.“ Auch der verstorbene von Balthasar in der *Dissertation de Jure Detractus* §. 6. hält die Lehre, daß auch von anwärts belegten Capitalien in Foro Domicilii ohne Unterschied der Zehnte zu entrichten sey, für so ausgemacht, daß er schreibt: „Etiam Nomina alibi existentia, personae et hereditati affixa habentur;“ und eben so unbezweifelt hält es der berühmte Struben ^{b)} daß von allen Activschulden, so außer Landes befindlich, der Abschoss entrichtet werden müsse. Andere wollen jedoch die außer Landes befindlichen Nomina nur sodann bei der Berechnung der Abfahrtselder mitgerechnet wissen, wenn statistische Verordnungen entweder im Allgemeinen durch die Erklärung, daß das Jus Detractus sich auf alle und jede Güter erstrecken solle, dafür sprechen, oder sie gar besonders und ausdrücklich mit darunter begreifen mögten ^{c)}.

Nun leidet es zwar nicht das mindeste Bedenken, daß besonders solche außer Landes belegte Capitalien, oder Forderungen, die aus dem inländischen Erwerb entstanden sind, oder aus dem inländischen Vermögen genommen worden, unter dem Abschoss mit begriffen werden müssen ^{d)}, und es folglich an und für sich eben nicht darauf ankomme, wo sich die beschriebenen Capitalien zu der Zeit, da der Zehnte davon zu bezahlen ist, wirklich befinden. Mit vielem Grunde ordnet auch daher das Neue Königlich Preussische Gesetzbuch im 4 Theil Tit. 17. 2ten Abschnitt §. 151. 152, daß alles dasjenige, was ein Landesbewohner mit seinem inländischen Vermögen außerhalb Landes erworben hat, zu dem inländischen Vermögen gerechnet und dem

dem Auswandernden bei den Abfahrtsgeldern in Rechnung gebracht werden solle.

Es kann auch eben so wenig einiges Bedenken haben, daß Capitalien, die einmal in dem Lande, wo Jemand sein Domicilium hatte, bestätigt gewesen, demnächst aber ausserhalb Landes beleget worden, gleichfalls bei Berechnung der Abfahrtsgelder in Betracht kommen müssen¹⁾, und daß eben dieses auch von solchen Capitalien gelte, die von den Reventen der auswärts belegenen Güter nach und nach gesammelt worden²⁾. Allein, im Allgemeinen scheinet denn doch die Meinung derjenigen Rechtslehrer, die von den ausserhalb Landes belegenen Capitalien keine Abfahrtsgelder bezahlet wissen wollen, den Vorzug zu verdienen. Vollends aber dürfte dieses der Fall seyn, wenn von solchen Capitalien, die einer schon vorher, ehe er in ein Land oder in eine Stadt gezogen war, auswärts geerbt oder ausserhalb Landes beleget, niemals aber inferirt hatte, die Rede seyn sollte. Es läßt sich zum wenigsten kein überzeugender Grund gedenken, woher das Abzugsrecht auch auf solche Capitalien zu erstrecken, die niemals unter der Landeshoheit oder dem Schutze einer Stadtoberkeit beleget gewesen, folglich auch nicht zu dem Vermögen eines Landes oder einer Gemeinde im Ganzen gehören³⁾. Ein Schade, oder ein Verlust, den ein Land, oder eine Stadt unter solchen Umständen litte, läßt sich nicht annehmen, mithin mag auch dieserhalb keine Art von Entschädigung durch die Bezahlung gewisser Abfahrtsgelder Statt finden. Mit Recht läßt daher das Königlich Preussische Gesetzbuch a. D. S. 153. dem Auswandernden, der seine auswärts

¹⁾ Ja es widersteht in diesem Fall selbst dem Begriff des Abzugsgeldes, welcher eine Exportation voraussetzt, die aber bei Gegenständen unmöglich ist, bei welchen es an der Importation fehlt.
d. H.

wärtigen Besitzthümer anders woher, als aus dem inländischen Vermögen erworben haben will, den Beweis offen und spricht ihn folglich von der Bezahlung der Abfahrtselder frei, wenn er jenen zu führen im Stande seyn sollte.

Die Verneinung der aufgeworfenen Frage dürfte inzwischen auch um deswillen den Vorzug verdienen, weil die Ausübung des Iuris detractus als eine große Last der Unterthanen und als eine Kränkung der natürlichen Freiheit angesehen zu werden pfleget, folglich nach Möglichkeit einzuschränken ist ⁿ⁾, auch überdies die Rechtslehrer in einigen Fällen das Abzugsrecht nicht ausgeübt wissen wollen, wo doch noch weniger Zweifel über dessen Anwendung vorhanden seyn dürfte, als wenn von Capitalien, die außerhalb Landes belegen gewesen und die niemals zum inländischen Vermögen gehört haben, die Rede seyn sollte. Denn so will man in der Regel, daß ein Vermögen, das in einem Lande oder in einer Stadt frei hereingebracht, auch ohne Abzug wieder herausgebracht werden müsse und daß folglich ein Fremder, der seine Gelder zum Ankauf eines Landguts oder Grundstücks angewandt und nachhin wieder an einen Einheimischen verkauft, oder seine ins Land gebrachten Gelder gekündigt hat, keine Abfahrtselder bezahlen dürfe ^{o)} indem er ja in beiden Fällen nur dasjenige, was er ins Land gebracht, wieder zurückgenommen hatte. Eben so hält es selbst Leshner ^{p)} nicht für zweifelhaft, daß derjenige, der in einem fremden Lande Güter angekauft, oder Gelder zinsbar belegen, inzwischen in beiden Fällen sein Domicilium nicht verändert hatte, nicht verbunden sey, Abfahrtselder zu entrichten ^{q)}. Den erstern Satz, daß nämlich Gelder, die lediglich zum Ankauf gewisser Grundstücke von Fremden hereingebracht worden, nach dem Verkauf solcher Immobilien ohne allen Abzug wieder zurückgenommen werden können, bestätigt auch das Neue Königlich Preussische

sche Gesetzbuch a. D. S. 148. folgendermaßen: „Haben Auswärtige ohne sich im Lande wirklich niederzulassen, Grundstücke daselbst angekauft, und in der Folge wieder veräußert: so können sie von dem erhaltenen Kaufgelde so viel, als sie zu dem Ankauf, und zu den an der Substanz gemachten Verbesserungen, von ihrem auswärtigen Vermögen erweislich verwenden haben, frei wieder zurücknehmen.“ Da nun durch Gesetze nicht ausdrücklich bestimmt worden, daß auch von Capitalien, die ausserhalb Landes belegen, aus dem inländischen Vermögen aber nicht erwachsen und niemals in einem Lande oder Stadt inferiret gewesen sind, ein Abschoss entrichtet werden solle, im Gegentheil aber die Gründe, daß solches nicht geschehen dürfe, nicht allein bei weitem überwiegender sind, sondern auch von Seiten der Billigkeit und vermöge der Grundsätze, die man in ähnlichen Fällen beobachtet, sich am meisten empfehlen, so würde ich denjenigen Rechtslehrern unter den angeführten näheren Bestimmungen ebenfalls beitreten, welche die aufgeworfene Frage verneinen, oder die ausserhalb Landes belegene Capitalien unter den gemachten Voraussetzungen bei der Berechnung der Abfahrtselder nicht mit in Betracht gezogen wissen wollen.

- a) Reichsabschied von 1555. S. 24. und von 1594. S. 82. 84.
- b) In dem Neuen Königlich Preussischen Gesetzbuch Th. 4. Tit. 17. Abschn. 2. S. 127 u. f. f. sind jedoch die meisten Fragen, die Abfahrtselder betreffend, gesetzlich bestimmt worden.
- c) Westphal Reichsständisches Privatrecht Th. 1. n. 4. S. 18. MÜLLER ad LEYSERUM Obs. 681.
- d) CARPZOV in Jurisprudens. Forens. P. 3. Const. 38. Def. 19. n. 10. MEVIUS in Comment. ad Jus Lubec. P. 2. Tit. 2. Art. 4. n. 16. BERGER Occ. Jur. L. 1. Tit. 2. Th. 18. n. 3. LEYSER Spec. 430. n. 5. BERLICH P. 3. Concl. 57. n. 79. de BALTHASAR Diff. de Jure Detraclus. Gryphisw. 1745. S. 6. n. 3.

e)

e) *Arg. L. 36. de Legat. 3. L. 35. §. 3. de hered. instituend.*

f) LEYSER c. l.

g) Die Rechtslehrer sind über den Grund und den Ursprung des Iuris Detractas nicht einig. Denn so wie ein Theil von Rechtslehrern solches aus dem vormaligen Haß der Fremden gegen Einheimische, oder aus dem Iure Albinagii herleitet, oder weil Fremde nur nach einem gewissen erst gelegten Abzugsgelde zu den Erbschaften der Einheimischen zugelassen wurden, PÜTTER in *Element. Iur. Publici Edit. noviss.* S. 369. so wollen hinsten gegen andere solches aus dem Dominio Reipublicae eminenti in bonis subditorum, oder aus einem Iure Retorsionis, oder einer allgemeinen Observanz, oder aus der Absicht, die Auswanderung zu verhüten und noch aus andern Gründen hergeleitet wissen. MÜLLER ad LEYSERUM *Obs.* 680. Mit vielem Grunde bemerken jedoch von Seldow in *Elem. Iur. German.* S. 223. und Runder in den Grundsätzen des allgemeinen deutschen Privatrechts. Göttingen 1792. S. 322. daß bei der Auswanderungsgabelle auch ein Billigkeitsgrund zutrefte, weil ein begütertes Mitglied des gemeinen Wesens sich der Gesellschaft nicht wohl entziehen könne, ohne einen Theil seiner Güter zur Bezahlung der allenfalls gemachten gemeinen Schulden anzuwenden. Sonsten ist es wohl am richtigsten, wenn man annimmt, daß nicht sowohl allein der Schutz, den die abzufahrenden Güter bisher genossen, wie einige wollen, zu der Einführung des Abschosses die Anleitung gegeben, de BALTHASAR c. l. c. 1. §. 7. sondern daß es deren in manchen Ländern mehrere Gründe gegeben, die jene gerechtfertiget haben s. MÜLLER ad LEYSERUM c. l.

h) Im fünften Theil der rechtlichen Bedenken n. 143. Gleiche Grundsätze äußert BERGER *Oecon. Iur. L. 1. T. 2. Th. 18. n. 3.*

i) ESBACH ad CARPZOVII *Iurispr. forens. c. l. p. 573.*

k) Ganz richtig schreibt daher MÜLLER ad LEYSERUM *Obs.* 581. p. 114. „Patet inde, nomina, extra Territorium posita, non semper, sed tunc tantum Detractui subiacere, si quis ea ex patrimonio suo, quod in Territorio possidebat, sumserit uel ibidem adquisierit et extra Territorium collocaverit. Nomina vero, quae nunquam illata sunt, v. gr. si quis ea hereditate accepta, in loco, ubi foenori exposita erant, reliquit, nunquam Objectum Detractus consistere possunt, quum nunquam sub superioritate territoriali fuerint.“

l) Daß inzwischen von dem außer Lande gehenden Brautschatz, oder der Mitgift keine Abzugsgelder zu entrichten sind, wenn diejenigen, von denen der Brautschatz herrühret, im Lande bleiben, bemerken STRUBEN a. O. und HOMMEL in *Rhapsodia Quaestionum Obs.* 445.

m) HOYM *de Turē Detractus in genere et in specie secundum Leges Prutenicas. Roskchii et Lipsiae 1783. § 11.*

n) MEVIUS P. 2, Dec. 160. n. 8. LYNCKER *Resol.* 37. BERGER *Occ. Jur.* c. 1.

o) ENGELBRECHT in *Select. Obs. Jorens.* Obs. 142.

p) *Spec.* 431. n. 6.

q) Die Königlich Schwedisch Pommersche Regierung hat es ebenfalls nach ihrem auf die Vorstellung des Hn. Capitains von Alinkowströms erlassenen Bescheide vom 1. Julii 1776 für recht und billig gehalten, zu verordnen: „Daß wenn bescheiniget werden wird, wie viel Vermögen „des Supplicanten künftige Ehefrau wirklich ins Land gebracht, derselben, wenn sie in der Folge das Land wieder verlassen sollte, eben so viel frei von der Decimierung wieder ausgestattet werden solle.“ (Man s. Dähners Sammlungen Pommerscher und Rügianischer Landesurkunden und Gesetze im 2ten Supplementenbände, S. 633.)

XXVIII Bemerkung.

Ein privilegiertes Testament mag nicht lediglich aus dem Grunde angefochten werden, weil der Testator seinen Vorsatz, solches feierlich zu vollziehen, nicht ausgeführet hatte.

Mit vielem Grunde sagt Ulpian im L. 3. D. de Testamento militis, daß es dem von einem Soldaten gemachten privilegierten Testament keinen Nachtheil zuziehen könne, daß er sich vorgenommen gehabt, nach gemeinem Recht zu testiren, diesen Vorsatz aber nicht ausgeführet habe. Denn so sey theils aus dergleichen Vornehmen noch nicht auf eine Begebung der Beneficiorum militarium zu schließen und theils sey auch von Niemand zu vermuthen, daß er diese oder jene Testamentsform ad impugnanda sua ludicia gewählt habe. Im Gegentheil stehe

he vielmehr von einem jeden Testator zu vermuthen, daß er es auf allem Fall bei der privilegierten Form bewenden lassen wollen. Es ist auch diese gesetzliche Vorschrift nicht lediglich auf Testamente der Soldaten anzuwenden, sondern vielmehr wegen der Gleichheit des Grundes auch auf andere Arten von privilegierten Testamenten zu ziehen *).

*) WERNHER P. 5. Obs. 248. EYBE de Interpretat. Legati ad pias Causas in Formula dubia S. II. Beiträge zur juristischen Literatur in den Preussischen Staaten, 6te Sammlung.

XXIX. Bemerkung.

Einschränkung des Grundsatzes, daß ein bloßes gerichtliches Zeugniß keine Gewohnheit beweise.

Sind sich gleich die Rechtslehrer größtentheils darin einig ^{a)}, daß eine zu Recht beständige Gewohnheit nicht lediglich durch das bloße Zeugniß des Richters, oder ein allgemeines gerichtliches Attestat ^{b)} bewiesen werden könne ^{c)}, und daß darauf nur sodann zu achten sey, wenn darin zugleich besondere vorgekommene Rechtsfälle mit Beziehung auf die Arten angegeben werden ^{d)}, so leidet doch dieser Satz in einigen Fällen eine Einschränkung. Denn so pflegt man dergleichen gerichtlichen Attestaten die Glaubwürdigkeit zum wenigsten sodann nicht abzusprechen, wenn die Analogie des deutschen Rechts das Zeugniß des Richters unterstützen ^{e)}, oder wenn in einem solchen gerichtlichen Attestat nur bloß die noch fortdauernde Gültigkeit eines nirgends aufgehobenen Gesetzes bezeuget, oder wenn endlich auch nicht sowohl von den Rechten der Parteien gegen einander

der, als vielmehr von andern bloßen Gerichtsgebräuchen, und besonders von den Gerichtsgebühren der Unterbedienten die Rede seyn sollte.

- a) Es ist zwar *Leyser Spec. 9. n. 9.* der Meinung, daß allgemeines richtliche Attestate zum wenigsten eine probationem *semiplenam* von der vorhandenen Gewohnheit verschaffen; allein in der *Dissertation de consensu principis unico consuetudinis fundamento Th. 38.* die sich *Vol. 12.* seiner *Meditationum ad Pandectas Spec. 9.* befindet, stimmt derselbe der gemeinen Lehre bei.
- b) Bekannten Rechten nach pflegen überhaupt Zeugnisse, die nicht bestimmt, sondern nur in allgemeinen Ausdrücken und in folle abgefaßt sind, nicht zu beweisen *L. 4. und L. 9. §. 1. Cod. de Testibus c. 28. x. de Testib.*
- c) *REINHARD ad CHRISTIANAEUM Vol. 4. Obs. 66. HARTLEBEN ad LEYSERUM Spec. XI. n. 13.*
- d) *PUFENDORF Tom. 2. Obs. 138. §. 2. WERNHER T. 1. P. 4. Obs. 110.* Struben im 2ten Theil der rechtl. Bedenken *n. 59. §. 4. COCCEJI in Iur. Controv. L. 1. Tit. 3. Qu. 15. n. 4. BECKMANNOR. Consilia et Decisiones P. 1. Resp. 6. n. 8.* *Eichmann* in der Erklärung des bürgerl. Rechts *Th. 1. S. 403. 409.* *Glück* in der Erläuterung der Pandekten *Th. 1. S. 475. 476.*
- e) *Pütter* in den auserlesenen Rechtsfällen 1 Band 2 Theil *Drc. 43. Glück a. V. n. 49.*

XXX. Bemerkung.

Ob in dem Fall, da der Heres institutus innerhalb der Bedenkzeit über eine angefallene Erbschaft versterben sollte, und ihm ein anderer im Allgemeinen substituirt worden, die Erben des directen Erben, oder der Substituirt zu Erbschaft zuzulassen?

Diese Frage mögte nun zwar anscheinlich zum Vortheil der Erben des instituirten oder directe eingesetzten Erben zu beantworten seyn, weil nach der Vorschrift des *L. 19. C. de iur. Deliberandi* das Spatium anni, das darin einem Erben zur Erklärung über die Erbschaftsantretung frei gelassen worden, auch den Erben des instituirten Erben in sofern zu Gute kommen soll, als es bei dem Ableben des letzteren noch nicht völlig abgelaufen seyn mögte ^{a)}.

Erwäget man jedoch dagegen, daß in dem *L. 72. D. de adquirend. vel omittend. hereditat.* deutlich im Allgemeinen verordnet worden, daß auf den Fall, da der heres institutus sich innerhalb einer gesetzten Frist nicht über die Annahme der Erbschaft erklären, vielmehr darüber hinsterven sollte, sodann der auf allem Fall Substituirt zur Succession gelassen werden sollte ^{b)}, so wird auch der *L. 19. C. de iur. delib.* nur dem *L. 72. de adquirend. vel omittend. hered.* gemäß erklärt werden können. Es fehlet auch dieser Meinung nicht an andern hinlänglichen Gründen, welche vom Crellen in einer besonderen Dissertation ^{c)} weiter ausgeführt worden. Denn so hat der Erblasser unstreitig für den auf allen Fall substituirt Erben eine größere Liebe geheget und zu erkennen gegeben, als für die Erben seines directe instituirten Erben. Hätte er gewollt, daß die

die letzteren auf allen Fall zur Succession kommen sollten, so würde es überall keiner Substitution bedurft haben, und daher ist denn nach dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers nicht anders zu vermuthen, als daß die Rechte des instituirten Erben bloß persönlich seyn sollten, die auf keinem Fall auch auf dessen Erben übergehen können. Da auch Crell in der angeführten Dissertation S. 6. mit Grunde bemerkt, daß das *Ius deliberandi* überhaupt als verhaßt anzusehen ^{a)}, so ist es vollends nicht glaublich, daß die Absicht des Kaisers in dem *L. 19. C. de Iur. delib.* auch auf dem Fall zu ziehen sey, daß der Erblasser seinen Willen durch die Substitution deutlich zu erkennen gegeben hätte, vielmehr nach der Vorschrift des *L. 72. de adquir. vel omitt. hered.* als ausgemacht anzunehmen, daß der substituirt Erbe unter allen Umständen den Vorzug vor den Erben des instituirten Erben haben müsse ^{e)}, wann dieser vor der Erbschaftsantretung, oder doch vor Annahme der angefallenen Erbschaft verstorben seyn sollte.

a) Es heißt in dem *L. 19. C. de Iur. delib.* unter andern folgendergestalt: *Ideoque sancimus, si quis vel ex Testamento, vel ab intestato vocatus, deliberationem meruerit: vel si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur: sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducat: praedictum arbitrium in Successionem suam transmittat: ita tamen ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa. Et si quidem is, qui sciens hereditatem vel ab intestato vel ex Testamento sibi esse delatam, deliberatione minime petita, (intra annale tempus) decesserit: hoc Ius ad suam successionem intra annale tempus extendat. Si enim ipse, postquam testamentum fuerit insinuat, vel ab intestato, vel ex testamento vel aliter ei cognitum sit, heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam, vel renunciandam hereditatem manifestaverit: is cum successione sua ab huiusmodi beneficio excludatur. Sin autem instante annali tempore decesserit, reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat: quo completo nec heredibus ejus alius regressus in hereditatem habendam servabitur.*

b)

b) Es heißt im L. 72. D. de acquirend. vel omitt. hered. folgendergestalt :
Si quis heres ita scriptus fuerit, ut intra certum tempus adeat hereditatem ; et si non ita adierit, alius ei substituitur, prior autem heres, antequam adiret, decesserit: nemo dubitat, quin substitutus ultimum aditionis diem expectare non solet.

c) *Virum herede instituto intra annum deliberandi mortuo substitutus admitatur?* Vitembergae 1731. S. 5. (Man sehe die Crellischen Dissertationen und Programmen Fascie, 3. n. XIX.

d) *Arg. L. 22. S. 13. C. de iur. delib.*

e) Nach dem L. 72. D. de acquir. vel omitt. hered. kann es auch bei dem Vorzug des heredis substituti nicht darauf ankommen, ob das spatium deliberandi vom Testatore, oder vom Gesetz, oder vom Praetore bestimmt worden, CRELL cit. Dissert. S. 5. und müssen vielmehr die Erben des instituirten Erben dem substituirten unter allen Umständen nachstehen.
 d. V.

Ob die hier ausgeführte Meinung des Verf. allgemeinen Beifall verdiene, scheint wohl um so größern Zweifeln unterworfen, als dabei wes der auf die derogirende Kraft des Codex gegen die Pandekten im Ganzen sowohl, als des bestimmten neuern und allgemeinem L. 19. C. de iure delib. worauf man bekannlich die transmissionem Iustinianeam gründet, einige Rücksicht genommen ist, noch sodann diesem Gesetz einige Kraft oder Sinn übrig bleibt, da die Intestaterben hier völlig in derselben Kategorie stehen, wie der substituirte Erbe.

d. Z.

XXXI. Bemerkung.

Ob es dem Eigenthümer eines triftspflichtigen Grundstücks zu verwehren stehe, sein Land zum Kornbau zu gebrauchen?

Da bekannten Rechten nach das einem andern zustehende *Ius Pascendi* in Ermangelung einer gegenseitigen Verabredung oder Verfügung dem Eigenthümer des *Praedii servientis* von den ihm zustehenden Eigenthumsrechten nichts entziehen kann, in sofern andern die *Servitut* selbst nicht darunter leidet ^{a)}, so scheint zum wenigsten unter dieser Einschränkung die Verneinung der aufgeworfenen Frage keinen Zweifel zu haben. Es ist solchergestalt ganz unbedenklich, daß wenn das Getreide zu den gewöhnlichen oder ordentlichen Früchten desjenigen Feldes, woran einem andern die *Servitut* zustehet, gehören, auch das Feld schon vor Einräumung des *Iuris Pascendi* zum Kornbau genühet seyn sollte, auch noch ferner von dem Eigenthümer in solcher Maasse gebraucht werden, und diesem von Seiten des *Praedii Dominantis* nicht widersprochen werden könne ^{b)}. In Ermangelung des Beweises vom Gegentheil stehet es zum wenigsten nicht zu vermuthen, daß der Eigner des Feldes durch Einräumung der *Servitut* sich der gewöhnlichen Früchte, wozu etwa der Kornbau gehöret, habe begeben wollen, sondern es ist vielmehr mit Grunde anzunehmen, daß beide Theile vorausgesetzt haben, daß das *Ius Pascendi* in der Maasse zu beschränken sey, daß es mit dem gewöhnlichen Kornbau zusammen bestehen könne und demselben nicht hinderlich falle. Solchergestalt muß denn derjenige, dem das *Ius Pascendi* auf Kornfeldern zustehet, mit der Ausübung der Weidgerechtigkeit in einem jeden Jahr so lange Anstand nehmen, bis das Getreide von demselben abgeerntet worden.

Es

Es findet jedoch von den bisher angeführten Grundfällen, wornach ein Feld, ungeachtet des einem andern darauf zustehenden Iuris pascendi, auch zum Kornbau zu gebrauchen ist, sodann eine Ausnahme statt, wann von einem eigentlichen Heidelande (oder Leede) die Rede, wo nämlich die Einrichtung desselben zum Kornbau mit vielem Nachtheil des Praedii dominantis verbunden seyn müßte und wo auch der Bau von Getreide selbst zu den ungewöhnlichen Früchten des Feldes, wovon die Rede, gehören würde. Denn sodann fällt der oben angeführte Vermuthungsgrund von selbst weg, und es behält bei dem Grundsatze, wornach der Dominus Praedii servientis nichts vornehmen darf, was zum Nachtheil des einem andern zustehenden Iuris pascendi gereicht, das Bewenden ^{d)}. Nach der Regel ist daher dem Eigner des Praedii servientis wider Willen des Praedii Dominantis nicht zu gestatten, sich eines Heidelandes, worauf sonst kein Korn gebauet worden, zum Kornbau zu bedienen, und es in solcher Absicht umzupflügen.

a) CARPZOV P. I. *Const.* 41. *Def.* 1.

b) HELLFELD in *Iurispr. forens.* §. 679.

c) VOETIUS *ad Pandectas Lib.* 8. *Tit.* 3. §. 10. v. „Hac vero Servitute constituta non amplius liberum est, praedii servientis domino ex pascuis facere Noualia; cum generaliter in Servitutis constitutae praepjudicium nihil inuito praedii dominantis domino innouandum sit. *Arg.* L. 5. et 6. C. de Servitut. et aqua.

d) *Arg.* L. 14. D. de Servitut. praedior. rusticor. CARPZOV c. 1. *Def.* 5.

XXXII. Bemerkung.

Der Lex Anastasiana ist nicht auf Forderungen, die im Concurs stehen, anzuwenden.

Nach dem Lege Anastasiana darf sich bekanntlich der Cessionarius, oder der Emtor Nominis nicht mehr bei der Eintreibung der Forderung geben lassen, als er selbst seinem Cedenten dafür gegeben hatte. Hiedurch wird den Bucherern und Andern, die von der Noth ihres Nebenmenschen Nutzen zu ziehen suchen, ein Ziel gesteckt, um nicht einen armen Gläubiger dahin zu bringen, seine etwa noch gewissermaßen streitige Forderungen für geringen, oder wenigstens unverhältnißmäßigen Gewinn einem andern zu überlassen. Ueber die Fragen, ob der Lex Anastasiana annoch heutiges Tages gelte, und in welcher Maaße? darüber sind die Rechtslehrer bekanntlich nicht gleicher Meinung. Denn einige wollen den Legem Anastasianam überall außer Anwendung gebracht wissen ^{a)}; andere schränken den Gebrauch darauf ein, wenn von dem Emtore Nominis der Animus vexandi zu beweisen stehet ^{b)}; noch andere aber wollen, daß der Lex Anastasiana noch völlige Kraft und Verbindlichkeit mit sich führe ^{c)}, und diese Meinung ist auch unstreitig die richtigste ^{d)}. Demungeachtet ist es nicht zu leugnen, daß es unterschiedene Ausnahmen von der Regel oder Fälle gebe, bei denen der Lex Anastasiana entweder seiner Natur, oder seiner Absicht nach nichtfüglich anzuwenden stehet ^{e)}. Zu diesen Ausnahmen kann man mit gutem Grunde die Abtretung solcher Forderungen rechnen, die im Concurs stehen, von denen ungewiß ist, ob und wann sie zahlbar, und wie viel am Ende davon noch zu retten seyn werde. Einen solchen Handel pflegt man gewissermaßen als einen Glückshandel anzusehen, wo bei

bei Gewinn und Verlust sich im voraus nichtfüglich bestimmen läßt, und daher die Abtretung einer Forderung unter solchen Umständen eben nicht als ein verbotenes Geschäft anzusehen ¹⁾).

- a) THOMASIIUS *Dissert. de aequitate cerebrina et exiguo usu practico Legis Anastasianae. Halae 1717. HOMMEL Obs. 531.*
- b) LEYSER *Spec 203. n. 2.*
- c) *Arg. L. 22. und 23. C. Mandati. LAUTERBACH in Colleg. Theores. pract. Lib. 18. Tit. 4. §. 7. MÜLLER ad LEYSERUM Spec. 203. Med. 1. Obs. 423.*
- d) BECKMANN *Tom. 1. Resp. 26. n. 8. und Tom. 2. Resp. 9. n. 21.*
- e) MEVIUS *P. 6. Dec. 228. VOETIUS Lib. 18. Tit. 4. §. 20. PUENDORF Tom. 1. Obs. 204.* Der Letztere schreibt sehr richtig: *Lex Anastasiana 22. C. Mandati ad redemptores alienarum Litium pertinet, qui alienis rebus fortunisque inhiantes cessiones aliis competentium actionum in se exponi properant hocque modo diuersis personas Litigatorum Vexationibus afficiunt. Neutiquam igitur ad eos accommodatur, qui exprobat non tantum, sed et necessaria causa solvunt.*
- f) WERNHER *P. 6. Obs. 283. und im Commentar über die Pandecten Lib. 18. Tit. 4. §. 2.*

XXXIII. Bemerkung.

Der Zunftzwang erstrecket sich auch auf Arbeiten, die von fremden Dörtern oder vom Lande hereingebracht werden.

Da der Zunftzwang sich in der Regel nicht nur auf die Stadt, sondern auch auf die benachbarten Dörfer erstrecket, in sofern nicht dieses oder jenes unentbehrliche Handwerk auch auf dem Lande aufgenommen seyn sollte ²⁾, so fällt es von selbst auf, daß

es rechtmäßigen und recipirten Zünften bei Ausübung ihres Zunftzwanges nicht entgegen stehen könne, daß die Arbeit des Pfuschers vom Auswärtigen oder Landleuten bestellet sey. Bei Annahme des Gegentheils würde es einem jeden, der überall nicht zu einer Zunft gehdret, frei stehen, für Auswärtige einen Handwerker abzugeben und mit jenen einen städtischen Handel und Wandel treiben zu können. Hiemit aber würde die Einrichtung und Abtheilung des bürgerlichen Verkehrs nicht bestehen, und der Staat selbst würde am Ende durch unrichtige Berichtigung der bürgerlichen Abgaben leiden müssen. Ueberhaupt kann es auch bei Ausübung des Zunftzwanges nicht sowohl darauf, wo etwa die Arbeit des Pfuschers hergekommen, als vielmehr nur darauf, wo sie gefertigt wird, ankommen, und ist es folchergestalt bei der suglosen Arbeit eines Pfuschers oder einer fremden Zunft einerlei, ob die nicht zuständige Arbeit für Fremde, oder Einheimische gemacht seyn sollte.

a) Freie Grundsätze des Rechts der Handwerker S. 79. Serchow in *Elementi Jur. Germ.* S. 332. Stein im *Lübischen Recht*. Theil 3. S. 497.

XXXIV. Bemerkung.

Ob und wie ein abziehender Pächter wegen der vom Verpächter an ihn gemachten illiquiden Forderungen gehörige Sicherheit zu leisten habe?

Wenn gleich die Vorstandsgelder eines Pächters, die er bei dem Antritt seiner Pachtung bezahlen muß, für alle beweisliche oder liquide Forderungen des Verpächters haften, so läßt sich doch ein gleiches bey dem Mangel einer andern Verabredung im Con-

Contract nicht füglich auch von illiquiden Ansprüchen behauptet. Denn wegen der letzteren allein mag der Verpächter seinem abziehenden Pächter nicht einen Theil des in Händen habenden Vorschusses vorenthalten, sondern muß in der Regel damit zufrieden seyn, wana ihm für seine zur Zeit nicht gehörig erwiesene Ansprüche, oder für seine illiquiden Forderungen aus der Pachtung genugsame Sicherheit bestellt wird. Ob nun gleich in solcher Hinsicht eine annehmliche Bürgschaft, oder eine dem Werth der Ansprüche gleichkommende Caution durch Pfänder umstreitig wohl genüget, so läßt sich solches doch von dem Besitz der Immobilien a) nur sodann annehmen, wann solche zu dem Ende ausdrücklich verpfändet werden sollten b). Nur nachdem letzteres geschehen, pfleget der Verpächter zur Auskehrung der wegen seiner illiquiden Ansprüche bisher einbehaltenen Affecurationsgelder auch wider Willen angewiesen zu werden.

- a) Die Frage jedoch: ob ein Pächter, der in seinem Pachtcontract gewisse Vorstands- oder Affecurationsgelder versprochen hatte, bei der Erwerbung liegender Gründe seinen Verpächter auch wider Willen zwingen könne, jene Art der Sicherheit fahren zu lassen? ist billig ohne Einschränkung zu verneinen. Denn so ist ein Verpächter bekannten Nachtheilen nach bei dem Besitz der in seinen Händen befindlichen Affecurationsgeldern, der alle Präferenz anderer Gläubiger entfernt, weit mehr gesichert, als es durch liegende Gründe und auch allenfalls durch deren Verhypothesirung, oder durch andre Sicherheitsmittel geschehen kann. Beim Antritt, oder während der Pachtung kann daher von einem Surrogat der Affecurationsgelder überall nicht die Frage seyn.

- b) Mévius. P. 8. Dec. 332. n. 4.

XXXV. Bemerkung.

Die billige Erklärung des einen Theils in einem zum Versuch der Güte angesetzten Termin ist unter den nöthigen Einschränkungen auch wider Willen des andern Theils von Gerichtswegen zu bestätigen.

In der Regel hat es zwar nicht den mindesten Zweifel, daß ein streitender Theil wider seinen Willen zu einem Vergleich nicht genöthiget werden könne *), es mögen übrigens die Vergleichsvorschläge von Gerichtswegen, oder von dem andern Theil, im angesetzten Termin oder außgerichtl. gemacht worden seyn. Es ist jedoch derjenige Fall hievon ganz unterschieden, wann etwa einer von den streitenden Theilen in dem zum Versuch der Güte anberaumten Termin sich zur Befriedigung des andern Theils dergestalt billig erklären sollte, daß ein mehreres von ihm nach Recht und Billigkeit nicht zu verlangen stünde und solchergestalt eine längere Fortsetzung des bisherigen Processes nur lediglich zur Vermehrung der Kosten dienen würde. Denn unter solchen zusammenfließenden Umständen pflegt die billige Aeußerung oder Erklärung des einen Theils, besonders sodann, wann nach allen actenkündigen Umständen durch Urtheil und Recht ein mehreres nicht zu erwarten stünde, die Weigerung des andern Theils, die Vorschläge anzunehmen, nur in Chicanen ihren Grund hätte, und die längere Fortsetzung des Schriftwechsels lediglich zur Vermehrung der Kosten von beiden Seiten dienen würde, von Gerichtswegen bestätigt und der widersprechende Theil auch wider Willen angewiesen zu werden, sich die billigbefundene Anbiederung des andern Theils oder die von letzterem angenommenen gerichtlichen Vorschläge gefallen zu lassen.

*) Einige Rechtslehrer wollen von der Regel, wornach Niemand zum Vergleich zu zwingen, Alimenter, geringfügige Sachen, besonders aber die Fälle ausgenommen wissen, da bei einer längeren Fortsetzung des Streits Gewaltthätigkeiten, oder Unruhe im Staat zu besorgen ständen, oder wenn eine Streitsache sehr verwickelt seyn, dabei auch schon lange gedauert haben sollte, oder endlich auch solche Leute mit einander streiten mögten, die einander Ehrerbietung schuldig, oder mit einander nahe verwandt wären. CARPZOV P. I. Const. 1. Def. XI. n. 3. MEVIUS P. I. Dec. 224. 225. MÜLLER in *Promptuario Iuris nouo* T. I. p. 346. DEINLIN *Diss. de triplici salutari Remedio temerariis ac calumnijs Litibus præcauendi*. Alt. 1746.

XXXVI. Bemerkung.

Ausnahmen von der Regel, daß ein Eigenthümer seine bei einem dritten befindlichen Sachen unentgeltlich begehren könne.

Es ist gleich ein Eigenthümer unstreitig dazu berechtigt, die ihm von Abhänden gekommenen Sachen, sobald er deren Eigenthum bewiesen, von dem Besizer unentgeltlich wieder zu fordern ^{a)}, so leidet doch diese Regel in einigen Fällen eine Ausnahme. Denn so behaupten bewährte Rechtslehrer ^{b)} nicht ohne Grund, daß ein Käufer nach Recht und Billigkeit verlangen könne, daß ihm dasjenige, was er selber für die Sachen einem andern gegeben, ersetzt werde ^{c)}, wann er anders nach den angeführten scheinbaren Gründen nicht gewußt haben sollte, daß sie einem andern schon eigenthümlich angehören. Sollte auch die Sache, wovon die Rede, sich in den Händen eines andern in der That befinden haben, daß für den Eigenthümer entweder wegen der Entfernung, oder der Schwierigkeiten einer gerichtlichen Verfolgung, oder wegen anderer Verhältnisse keine Hoffnung gewesen, sie den Händen ihres Besizers zu entreißen und un-

entgeltlich wieder an sich zu bringen, und sollte dabei der vermahlige Einhaber die Sache nur in der Absicht an sich gebracht haben, um sie nach Wiedererhaltung seiner Auslage ihrem rechtmäßigen Eigenthümer wieder zuzustellen, auch alles gehörig darzuthun im Stande seyn, so dürfte der Eigenthümer von der Wiedererstattung der Auslagen nicht abkommen können. Würde auch ein Eigenthümer seine Sache verſetzt, der Gläubiger und Pfandinhaber aber solche wiederum bei einem andern zum Pfande geſetzt haben, so mag ebenfalls der Eigenthümer seine Sache aus den Händen des letzteren oder dritten Besizers nur zurückfordern, wann er sie zuvor durch Befriedigung seines Pfandgläubigers von der Pfandverbindlichkeit befreiet haben sollte ^{d)}.

a) L. 23. Cod. de Rei Vindicatione.

b) Westphal von den Fällen, in welchen ein Eigenthümer seine in eine dritte Hand geliehene Sache entweder gar nicht, oder doch nicht unentgeltlich abfordern könne. Halle. 1787.

c) Arg. L. 6. D. de Captiv. et Postlimin.

d) Westphal a. O.

XXXVII. Bemerkung.

Ob ein bei Lebzeiten des Vaters oder der Mutter abgefundenes, oder der Erbschaft entfaget habendes Kind bei der Berechnung des Pflichttheils mit zu zählen?

Da es mit Recht scheinen könnte, daß eine nähere Untersuchung der aufgeworfenen Frage fast für überflüssig zu halten, wenn diejenige, ob ein rechtmäßiger Weise enterbtes Kind bei der Berechnung des Pflichttheils mit zu zählen ^{a)}? mit Zuverlässigkeit zu beantworten stünde, so will ich hier die Meinungen der Rechtslehrer über diese letztere Frage zuvörderst kürzlich bemerken. Einige derselben sind der Meinung, daß ein Enterbter überall nicht bei der Berechnung des Pflichttheils mit zu zählen sey, und zwar ohne zu unterscheiden, ob durch eine solche Mitzählung der Pflichttheil der übrigen Kinder vergrößert oder vermindert werde ^{b)}. Diejenigen, die dieser Meinung zugethan sind, beziehen sich zur Bestärkung derselben darauf, daß ein solches Kind, das aus gesetzmäßigen Ursachen enterbet worden, den Rechten nach für todt zu halten sey ^{c)}, verstorbene Kinder aber bei Erbtheilungen nicht mit in Berechnung kommen könnten, und daß man den Grundsatz im Allgemeinen als ausgemacht bei dieser Materie anzunehmen hätte: *quicumque concurrere non possunt in successione, illi nec connumerantur in legitima* ^{d)}.

Allein, die gegenseitige Meinung, wornach ein rechtmäßiger Weise enterbtes Kind bei Berechnung des Pflichttheils der übrigen Kinder in der Regel mit zu zählen ist, verdient gleichwohl unstreitig den Vorzug. Es steht derselben nicht allein ein deutlich redendes Gesetz ^{e)} zur Seite, sondern auch die Ähnlichkeit des Rechts und viele vernünftige Gründe, die am voll-

ster Th.

R

ständig:

sten von dem Professor Westphal ¹⁾ vorgetragen worden, be-
stärken die Richtigkeit des Satzes, daß ein Enterbter bei Be-
rechnung des Pflichttheils der übrigen Kinder stets mit zu zählen
sey, und der größte Theil der aufgeklärtesten Juristen stimmt
dieser Lehre bei ²⁾.

Es ist jedoch eine andere Frage: ob denn auch ein bei
Lebzeiten des Vaters oder der Mutter durch erhaltene
Nutzniesser oder sonst abgefundenes Kind bei Berechnung
des Pflichttheils der übrigen Kinder mit zu zählen sey?

³⁾ Bei den Römern konnte diese Frage eigentlich nicht vor-
kommen, weil alle Verträge, die sich auf künftige Erbschaften
bezogen, sie mochten nun *adquisitiua* oder *renuntiatiua* seyn,
nicht für zulässig geachtet wurden ¹⁾. Da es solchergestalt an
einer deutlichen Bestimmung im römischen Recht darüber feh-
let: ob ein bei Lebzeiten der Eltern in Ansehung deren Erb-
schaft abgefundenes Kind bei der Berechnung des Pflichttheils
nach dem Tode der Eltern mit zu zählen sey, so ist es leicht be-
greiflich, woher die Rechtslehrer in Hinsicht der Fragen, ob
auch der Pflichttheil eines abgefundenen Kindes mit in Anschlag
zu bringen? und wem er zu Gute komme? sehr unterschiedene
Meinungen hegen. Denn einige wollen ein abgefundenes Kind
eben so wenig, als ein enterbtes Kind mit gezählet wissen, und
behaupten, daß dessen Antheil am Pflichttheil den übrigen Kin-
dern von selbst zuwachse ²⁾; Andere hingegen unterscheiden, ob
ein Kind, das sich bei Lebzeiten seines Vaters oder seiner Mut-
ter des Antheils an ihrer Erbschaft begeben, solches ohne alle
Bergütung, oder vielmehr nach vorgängiger Abfindung gethan
habe. In dem ersten Fall wollen sie ein solches Kind mit, in
dem andern aber nicht mitgerechnet wissen ¹⁾. Noch andere
Rechtslehrer wollen jedoch ein abgefundenes Kind bei Berech-
nung des Pflichttheils sodann mit gezählet wissen, wenn dadurch
die

die Größe des Pflichttheils überhaupt vermindert, nicht aber, wenn er vergrößert werden sollte ^m). Noch andere verwerfen diese Lehre und wollen ein Kind, das sich nach vorgängiger Abfindung bei Lebzeiten des Vaters oder der Mutter der väterlichen oder mütterlichen Erbschaft begeben hatte, bei Berechnung des Pflichttheils der übrigen Kinder ohne Unterschied mitgerechnet wissen, es möge übrigens jener dadurch vergrößert oder vermindert werden ⁿ). Diese letztere Meinung verdienet nun unstreitig den Vorzug. Denn so kann es bei Berechnung des Pflichttheils nur darauf ankommen, wie groß derselbe, ohne auf diese und jene Facta, die etwa von andern Kindern, die auch Antheil am Pflichttheil hatten, vorgenommen worden, Betracht zu nehmen, an und für sich in Ansehung aller derjenigen gewesen, die dem Erblasser ab Intestato succedirten, oder den Pflichttheil fordern konnten ^o). Mit diesen Grundsätzen stimmen auch die meisten Rechtslehrer überein, und es scheint daher nach dem heutigen fast allenthalben angenommenen Gerichtsgebrauch keinen Zweifel zu haben, daß ein bei Lebzeiten seines Vaters oder seiner Mutter abgefundenes Kind bei der Berechnung des Pflichttheils der übrigen Kinder allezeit mit zu zählen sey ^p).

Es herrschen jedoch selbst unter den Rechtslehrern, die das Letztere behaupten, noch darüber verschiedene Meinungen, wenn denn der Antheil eines abgefundenen Kindes eigentlich zu Gute komme. Einige wollen ^q), daß man unterscheiden müsse, ob die Begebung des Pflichttheils hauptsächlich zum Besten dieses und jenes von den Geschwistern geschehen, oder ob solches nicht der Fall, auch solches genugsam zu erkennen gegeben sey. In dem ersten Fall legen sie demjenigen den Antheil des entsagget habenden Kindes bei, zu dessen Besten die Entsagung geschehen ist. In dem andern Fall aber wollen sie den beregten

Antheil den gesammten Geschwistern zu Gute gerechnet wissen ¹⁾. Diejenige Meinung scheint jedoch billig den Vorzug zu verdienen, wornach der Antheil des abgefundenen Kindes dem von dem Vater begünstigten, oder ausser dem Pflichtheil eingesetzten Haupterben zu Gute kommen muß, und dieses besonders in zweifelhaften Fällen zu vermuthen stehet. Denn da ein bei Lebzeiten seines Vaters oder seiner Mutter abgefundenes Kind nur zu Gunsten des einen oder andern seinem Antheil an dem künftigen Nachlaß entsaget, so kann es keinen Zweifel haben, daß es auch unter solchen Umständen einem Vater oder einer Mutter freistehen müsse, den *Titulo oneroso* erworbenen Antheil des abgefundenen Kindes dem von ihm eingesetzten oder am meisten begünstigten Haupterben zuzuwenden. So wie nun dieses bei dem Mangel einer bestimmten Erklärung des Erblassers im zweifelhaften Fall billig anzunehmen ist, so läßt sich auch dabei um so weniger einige Unbilligkeit gedenken, als bei der *Pufendorf'schen* Lehre, wornach der Pflichtheil eines abgefundenen Kindes bei dem Mangel einer deutlichen Aeußerung des Erblassers gesammten übrigen eingesetzten und sonst vorhandenen Intestat-erben anheim fallen soll, der Pflichtheil des abgefundenen Kindes gewissermaßen gedoppelt gerechnet werden müßte. Denn einmal würde solches durch die Vergütung geschehen, wogegen das abgefundene Kind der väterlichen oder mütterlichen Erbschaft entlagert hatte, und zum andernmal durch die Berechnung des Antheils, den das abgefundene Kind am Pflichtheil hatte und der allen übrigen zuzuwachsen soll.

Ob nun gleich viele Rechtslehrer mit den angeführten Grundsätzen in der Maasse übereinstimmen, daß die Abfindung eines Kindes nur immer nach der Absicht des Vaters oder der Mutter, von welchen jene veranlaßt worden, mithin auch zum Besten des eingesetzten oder doch bevorzugten Erben anzuneh-
men

men sey und demselben der Antheil des abgefundenen Kindes zuwachse, so wollen sie doch zum Theil diese Grundsätze nur so-
dann in Anwendung gebracht wissen, wenn durch die Abfindung
des einen Kindes die Größe des Pflichttheils überhaupt vermin-
dert, nicht aber wenn er dadurch vergrößert werden sollte. Denn
im letzteren Fall halten diese Rechtslehrer dafür, daß die bei
Lebzeiten eines Vaters oder einer Mutter geschehene Abfindung
des einen Kindes den übrigen Kindern nicht zum Nachtheil ge-
reichen könne, mithin ein abgefundenes nicht in der Maasse mit-
gerechnet werden dürfe, daß dadurch die Größe des Pflichttheils
sogar bis zur Hälfte anwachse ^o).

Es ist jedoch vermöge der angeführten Grundsätze billig an-
zunehmen, daß ein abgefundenes Kind bei Berechnung des
Pflichttheils der übrigen Kinder unter allen Umständen mitzu-
rechnen, es möge nur der Pflichttheil dadurch im Ganzen ver-
größert oder vermindert werden ¹⁾, daß aber der Theil des ab-
gefundenen Kindes dem Vater oder der Mutter, so die Vergü-
tung geleistet, und in Ermangelung einer besondern näheren Er-
klärung von jenen dem eingesetzten Haupt- oder vorzüglich be-
günstigten Erben zu Gute gerechnet werden müsse ²⁾.

a) DARIES Dissert. an iuste riteque exheredatus in computationem legitimae
sit connumerandus? Francofurti 1774.

b) CARPZOV P. 3. Conf. 10. Def. 12. 13. GAIL Lib. 2. Obs. 112. n. 18.
STRUCK de Causel. Testament. c. 17. membr. 1. §. 22. MERLIN de
Legitima L. 1. Tit. 4. Qu. 3. n. 12. 13. 33. 37. 39. HOPP in Comment.
ad Institutiones Lib. 2. Tit. 18. p. 436. CÖPPEN in usu pract. Institu-
tionum Imperialium Obs. 121. n. 17. u. a. m.

c) L. 10. §. 4. de bonor. possess. contra Tabulas. L. 1. §. 5. de conjungend.
cum emancipat. Lib. ej. Novell. 22. cap. 21.

d) HOPP c. l.

e) L. 8. §. 8. D. de inoffic. Testament.

f) In der Theorie des römischen Rechts von Testamenten. Leipzig 1790. Cap. 4. Abschn. 3. Membre. 2. §. 392. S. 280. u. f. w.

g) STRUV Ex. 10. Th. 32. VINNIUS Select. quaest. L. 1. c. 21. WERSTERBERG in princip. Iur. secund. Ord. Pandectar. L. 5. Tit. 2. §. 51. HUBER ad Pandect. Lib. 5. Tit. 2. §. 14. COCCEJ in Iur. Controuers. Tit. de inoffic. Testament. Qu. 18. n. 19. SCHORCH de inoffic. Testam. §. 4. 5.

h) Der Fall, da ein Kind nach dem Tode seines Vaters oder seiner Mutter sich der Erbschaft des einen oder andern freiwillig begiebet, gehöret eigentlich nicht hieher. Denn im Fall eine solche Begebung nicht ausdrücklich zum Besten von diesen und jenen geschehen sollte, so kann es kein Bedenken leiden, daß der Pflichttheil des Kindes, das sich der Erbschaft begeben hatte, allen übrigen Kindern zuwachse. L. 1. C. quando non petent. part. petent. accresc. Einige Rechtslehrer wollen inzwis- schen ein solches Kind, das sich der väterlichen oder mütterlichen Erbschaft nach dem Tode desjenigen von dessen Erbschaft die Rede, begiebet, bei Berechnung des Pflichttheils mitgerechnet wissen, STRUV Ex. 10. Th. 32. Andere aber behaupten mit Recht das Gegentheil, CARPZOV c. 1. Def. 15.

i) L. 94 D. de adquirend. vel omittend. hered. BACHOW ad TREUTLERUM Vol. 1. Diff. 13. Th. 14. Lit. c. d. BAUER de pacto hereditatis-renuntiationis. §. 1—4.

k) Arg. L. 1. C. quando non petent. part. petent. accresc. HOPP und STRUV cc. II.

l) BERGER in Oeconom. Iur. Lib. 2. Tit. 4. Th. 16. n. 4. 5.

m) CARPZOV P. 3. Const. 10. Def. 14. STRUV Lib. 2. T. 21. §. 1.

n) GAIL Lib. 2. Obs. 112. n. 17. BERLICH P. 3. Dec. 3. n. 7. MANTZ de Testament. valid. vel inualid. T. 12. q. 4. n. 39. SCHÖPFER in Synopsi Pandect. Lib. 5. T. 2. p. 146. KLEIN in Annotat. ad SCHÖPFERUM p. 164. n. 29.

o) VINNIUS, HUBER und COCCEJ cc. II.

p) PUFENDORF T. 1. Obs. 238. §. 3. HOMMEL Obs. 199.

q) PUFENDORF c. 1. §. 4. und 5. und die von ihm angeführten Rechtslehrer.

d) Diefes wird auch von I. C. CLAPROTH in *Dissert. de Computo Legitimae secundam personas* §. 28. behauptet.

e) FACHINAEUS in *Controuers. Iuris* L. 4. Tit. 31. Concl. 4. welcher folgendergestalt schreibt: „Filia exclusa ab hereditate paterna juxta formam c. quamvis de pact. L. 6. non est referenda in filiorum numero ad augendam aliorum filiorum, qui non renuntiarunt, portionem, sed ad minuendam inter filios reputanda est. Probatur, utraque pars Conclusionis hoc modo: ubi filia renuntiat hereditati paternae, illa Renuntiatio cedit in fauorem et commodum patris: quia pater dote ei data non tenetur amplius eam instituere. Ergo si v. g. pater habeat tres filios et filiam eaque renuntiauerit, jam pater ejus portionem consequutus est, et consequenter in numero filiorum est habenda; ad hoc, ut triens diuidatur in quatuor partes, quarum una cedat patri vigore renuntiationis, aliae tres cedant aliis tribus filiis. Non habetur autem in numero filiorum ad augendam aliorum Legitimam; quia scilicet pater damnum sentiret ex renuntiatione. Et quia si verbi gratia sint quinque filii et inter eos filia renuntians, soli quatuor inter se diuiduat Trientem.“ CARPZOV c. l. Def. 14. STRUV Ex. 10. Tb. 32.

t) VOET. ad *Pandectas* L. 5. Tit. 2. §. 49.

u) GAIL Lib. 2. Obs. 112. n. 17. SCHÖPFER in *Synopsi Pandectarum* L. 5. Tit. 2. n. 23. seq. v. „Repudiantis vero persona connumeratur, et ejus portio reliquis accrescit liberis: Si autem repudians dotem, vel alia bona ob renuntiationem acceperit, eum connumerandum esse ad Legitimam minuendam, sed non ad augendam vult CARPZOV P. 3. Const. 10. Def. 14. Melior tamen opinio, quod Renuntians quoque connumerandus ad augendam legitimam v. g. si quintus viuo patre Legitimam accepit adhuc connumerandus, quo reliquorum Legitima sit semis, portio vero Renuntiantis ex semisse remaneat penes heredem a patre scriptum, ne alias Renuntiatio omnes reliquos laedat Liberos. KLEIN ad SCHÖPFER *Synopsin* p. 164. n. 29. BRUNNEMAN ad *Authentic. Nouissima. Cod. de inoffic. Testam.* §.

XXXVIII. Bemerkung.

Von einigen Handlungen, woraus auf die Antretung der Erbschaft und deren Folgen kein Schluß zu machen.

Da den Gläubigern eines Verstorbenen, die dessen Erben in Anspruch nehmen wollen, vor allen Dingen obliegt, im Leugnungsfall die geschehene Erbschaftsantretung zu beweisen ^{a)}, so pfleget zu solchem Endzweck oft zu diesen und jenen Vermuthungen und Gründen der Wahrscheinlichkeit die Zuflucht genommen zu werden. Dahin gehöret nun, daß der angebliche Erbe kein Inventarium von der Verlassenschaft binnen der ihm nach den Gesetzen obgelegenen Frist errichtet habe. Die Unterlassung der Errichtung eines Inventariums sehen viele als einen offenkundigen Beweis der Erbschaftsantretung an und wollen daher in solchem Fall den angeblichen Erben mit der Einrede, daß er nicht so viel aus der Verlassenschaft erhalten habe, als zu der Befriedigung der Gläubiger erfordert werde, überall nicht weiter gehöret wissen. Hommel schreibt daher in seinen Rhapsodien Obs 782. „Inventario haud confecto heres simpliciter et „in solidum solvere cogitur L. 22. §. 14. C. de iur. delib. L. 8. „D. de adquir. vel omitt. hered. L. 23. solut. matr. Nou. 1. Cap. „2. §. 2. etiam hodie MEY. P. 2. Dec. 96. et P. 6. Dec. 411. secundum illum ab HERTIO in Opusc. Vol. 2. P. 3 p. 348. explicatam paroemiam: wer einen Heller erbt, muß einen Thaler bezahlen, quocum aliae Leges conveniunt. Ut autem non sufficere hereditatem, heres demonstrare possit, „opus est Inventario. Est enim, non sufficere, propositio negatiua praegnans, quae in affirmatiuam sic conuer- „ti potest: plura passiva in hereditate fuisse, quam actiua; „ergo id heres probare tenetur. Non solum igitur utile „est,

„est, sed etiam necessarium, vt intra annum heres credi-
toribus aut iudici declaret se cum beneficio iuratae spe-
cificationis hereditatem adire.“ Diesem allen ungeachtet
aber läßt es sich jedoch nicht bezweifeln, daß eine angebliche Erb-
schaftsantretung aus der unterlassenen Errichtung des Inventar-
iums allein nicht zu beweisen stehe. Denn so ist die Richter-
richtung des Inventariums nur die Unterlassung einer gewissen
Handlung, die man billig zum eigenem Besten vornehmen sollen.
Diese Unterlassung kann aber dem Erben nur die Wohlthat be-
nehmen, die er sonst hatte, nämlich nicht mehr bezahlen zu dür-
fen, als die Erbschaftsmasse zuließ^{b)}. Hierauf aber kann es
nicht ankommen, so lange sonst noch nicht ausgemacht und be-
wiesen worden, daß eine angefallene Erbschaft auch wirklich für
angereket zu halten sey.

Es gehöret zwar zu den ausgemachten Rechtswahrheiten,
daß Handlungen, die ein eingesetzter oder natürlicher Erbe ledig-
lich aus Liebe und Hochachtung gegen seinen Erblasser, oder
um den Nachlaß zu erhalten, oder doch aus andern Gründen
und nicht grade als Erbe unternimmt, keine Additionem oder
pro herede gestionem beweisen^{c)}. Auch heist es wohl im
L. 20. §. 1. *De acquirenda vel omittenda hered.* „Et ideo solem-
„testari Liberi, qui necessarij existunt, non animo heredis se ge-
„rere, quae gerunt:“ sed aut pietatis, aut custodiae cau-
sa, aut pro suo. Es können jedoch diese Worte nichtfüglich
anders, als von einem gutem Rath oder Vorsicht verstanden
werden, oder daß es von Kindern zu geschehen pflege, oder für
selbige rathsam sey, in Fällen, wo ihre actus pii leicht für
Handlungen eines wirklichen Erben angesehen werden könnten,
sich durch eine Protestation zu verwahren, um künftigen Streit
zu verhüten. Es ist aber die Absicht des Gesetzes nicht dahin
gerichtet, daß solche Protestation grade von Nothwendigkeit heyn
2ter Th. S und

und die Unterlassung der Einlegung derselben von der Absicht, sich als Erbe betragen zu wollen, zeugen solle. Es hat daher nicht allein bei Kindern, sondern noch vielmehr bei *heredibus extraneis* bei der allgemeinen Regel, daß bloße *Actus pii* noch keine *Adicionem*, oder *pro herede Gestionem* beweisen, schlechterdings das Bewenden, und steht daher das Gegentheil lediglich aus der unterlassenen Protestation in keine Wege zu folgern ^d).

a) Nach dem *Vsu fori* pfleget zum wenigsten in diesem Stück *inter heredes suos et extraneos* nicht mehr unterschieden zu werden. STRUCK in *Vsu moderno Lib. 29. Tit. 2. §. 4.*

b) Daß jedoch aus einer ohne allen Vorbehalt geschehenen Erbschaftsan-
tretung nicht sofort auf eine Begebung des *Beneficii Inventarii* zu
schließen sey, wird bemerkt in *BECKMANNORUM Consiliis und Decisio-
nibus Tom. 2. Conf. 92. n. 12.*

c) *L. 20 D. de adquirend. vel omittend. hereditate.* VOETIUS *b. Tit. §. 7.*
Struben im ersten Theil der rechtl. Bedenken n. 107. S. 251.

d) Es ist in gleicher Maasse von der Königlichen Hannöverschen Justiz-
kanzlei erkannt worden. s. Struben a. O.

XXXIX. Bemerkung.

Ob die mit einem entführten Frauenzimmer durch priesterliche Einsegnung bereits vollzogene Ehe mit dem Entführer auf Verlangen der Mutter der ersteren nach gemeinem oder Pöblichem Recht wiederum zu trennen sey ^{a)}?

Nach der unumschränkten Gewalt, die dem Vater nach dem älterem Römischen Recht über seine Kinder zustand, hing die Verheirathung derselben bekanntlich dergestalt von seiner Willkühr ab, daß er sie wohl gar zwingen konnte, diese oder jene von ihm gewählte Person zu heirathen ^{b)}, in sofern er nur, besonders seiner Tochter, keinen offenbar lasterhaften oder nichtswürdigen Mann aufzudringen suchte ^{c)}. Da auch die späteren Römischen Gesetze es zum wenigsten in Ansehung der Nothwendigkeit der väterlichen Einwilligung in die Verheirathung der Kinder bei den vorhandenen Vorschriften bewenden lassen ^{d)}, so läßt sich nicht bezweifeln, daß auch eine ohne Willen des Vaters bereits vollzogene gewesene Ehe nach dem Sinn des römischen Rechts überhaupt für nichtig und unverbindlich angesehen worden ^{e)}.

Diesem Grundsatze, die nach dem Römischen Recht in Ansehung der Nothwendigkeit der väterlichen Einwilligung zu den Verheirathungen der unter väterlicher Gewalt befindlichen Kinder statt fanden, lassen sich jedoch nach solchem Recht nicht auch in Ansehung der Mutter annehmen. Denn da sich die Mutter selbst unter der Gewalt des Vaters als ihres Ehemannes befand, so konnte es auch auf deren Einwilligung nicht eben schlechterdings ankommen, wann gleich die Kinder zur Nachsichung der mütterlichen Genehmigung vermöge der natürlichen

ichen Pflichten der Liebe und Ehrerbietung verbunden waren ^{f)}. Wdgte es nun gleich nach dem L. 20. Cod. de Nupt ^{g)} das Ansehen gewinnen, daß zum wenigsten in dem Fall, da ein Mädchen minderjährig und dabei des guten Rathes ihres Vaters beraubt gewesen seyn sollte, das Gegentheil statt gefunden habe, so erhellet doch aus dem ganzen Zusammenhang des Gesetzes, besonders aber aus den Schlußworten desselben ^{h)}, daß eigentlich nur von einem ganz besonderen Fall, oder wann ein Mädchen sich etwa aus übertriebener Schamhaftigkeit über die Wahl ihres Geliebten nicht erklären können, die Rede gewesen. In einem solchen Fall hatten jedoch die Anverwandten gleiche Rechte und konnte es daher bei einem Mädchen, das keinen Vater mehr hatte, bei der Wahl ihres Ehegatten, nur am meisten auf ihre eigene Entschliessung ⁱ⁾ nicht aber eben durchaus auf die mütterliche Einwilligung ankommen ^{k)}.

Wenn gleich das Canonische Recht in Ansehung der Nothwendigkeit der Einwilligung der Eltern bei den Verheirathungen der Kinder sich am meisten aufs Römische Recht beziehet, und daraus auch nur hauptsächlich zu erklären ist, so wird gleichwohl darnach die Einwilligung beider Eltern zu der Verlobung der Kinder erfordert ^{l)}.

Die Gesetze der alten Deutschen Völker pflegten gleichfalls die Einwilligung beider Eltern zu den Verlobungen der Kinder zu erfordern, inzwischen doch im Collisionsfall die Einwilligung des Vaters dem Widerspruch der Mutter vorzuziehen ^{m)}.

So wenig nun gleich nach den bisher angeführten Rechten darüber einiger Zweifel seyn kann, daß besonders nach dem Canonischen und Deutschen Recht beider Eltern Einwilligung zu

zu der Verheirathung ihrer Kinder erfordert werde, so ist es doch eine andere Frage: Ob denn eine ohne der Eltern Einwilligung durch priesterliche Einsegnung bereits vollzogene Ehe der Kinder auf gerichtliches Verlangen ihrer Eltern wieder aufzuheben und zu trennen sey ⁿ⁾? Diese Frage pflegt heutiges Tages sowohl von Catholischen, als Protestantischen Rechtslehrern verneint zu werden ^{o)}, so wenig auch die Gründe, die zuerst am meisten zu der Verneinung der Frage die Veranlassung gegeben, mit den Grundätzen des Protestantischen Kirchenrechts übereinstimmen. Denn so beruhen solche Gründe unstreitig auf der Lehre von dem Sacrament der Ehe, wornach es den Eltern nicht frei stehen konnte, aus diesen oder jenen Gründen ihres Widerwillens das Sacrament der Ehe zu verlehen, oder die einmal vollzogene Ehe ihrer Kinder wiederum zu trennen. Fand gleich anfänglich diese Lehre nur auf solche Kinder Anwendung, die bereits das achtzehnte Jahr ihres Alters zurückgeleget hatten, und denen die Eltern unbilliger Weise ihre Einwilligung versagten ^{p)}, so wurde gleichwohl dieselbe von der Tridentinischen Kirchenversammlung im Allgemeinen für richtig anerkannt und ohne weitere Einschränkung, als daß die Kirche darüber, ob dieses oder jenes Matrimonium pro Rato zu achten, zu urtheilen habe, bestätiget, zugleich aber denen der Fluch gedrohet, die lediglich wegen des Mangels der Einwilligung der Eltern eine mit priesterlicher Einsegnung bereits vollzogene Ehe bezweifeln würden ^{q)}. Hieraus und aus dem Ansehen, das die Schlüsse der Kirchenversammlungen jederzeit gehabt haben, ist es dennfüglich zu erklären, woher die Canonisten zu behaupten pflegen, daß nach den Zeiten der Tridentinischen Kirchenversammlung die Einwilligung der Eltern zu den Verheirathungen der Kinder nicht unumgänglich nothwendig geblieben, sondern nur des äußeren Anstandes halben für nöthig geachtet worden, folglich

lich auch eine Ehe allein aus dem Grunde, weil dabei der Eltern Einwilligung gefeilet, nicht getrennet werden könne¹⁾. Verwarf gleich Luther bei der angefangenen Kirchenreformation unter andern Mißbräuchen auch die Lehre von dem Sacrament der Ehe²⁾, und bedarf es gleich keines Beweises, daß die Schlüsse der Tridentinischen Kirchenversammlung, indem sie hauptsächlich von Männern abgefaßt worden, die die päpstlichen Hierarchie auf alle Weise begünstigten, bei den Protestanten nicht verbindlich sind³⁾, so hat man gleichwohl auch hierin, da ein allgemeines Protestantisches Kirchenrecht bis hieher noch immer ein frommer Wunsch geblieben, die Schlüsse oder Folgerungen aus falschen Vordersätzen beibehalten. Es sind daher auch die meisten protestantischen Rechtslehrer darunter einig, daß auch bei den Protestanten eine einmal durch priesterliche Einsegnung vollzogene Ehe lediglich aus dem Mangel der Einwilligung des Vaters oder der Mutter, oder beider Eltern nicht wieder zu trennen sey⁴⁾. Es fehlet zwar nicht besonders an älteren Landesgesetzen, wornach eine ohne der Eltern Einwilligung, obwohl durch priesterliche Einsegnung bereits vollzogene Ehe auf Verlangen der ersteren wieder aufzuheben ist⁵⁾, und mehrere theologischer und juristischer Facultäten Aussprüche stimmen damit ebenfalls überein⁶⁾. Allein diesem allen ungeachtet empfiehlt sich gleichwohl die durch den Gerichtsgebrauch bestätigte Meinung, nach welchem eine Ehe, die zwar ohne Willen der Eltern, inzwischen mittelst priesterlicher Einsegnung und wohl gar durch den hinzugekommenen Beischlaf vollzogen worden, auf bloßen beharrlichen Widerspruch vom Vater oder Mutter, oder von beiden Eltern von Obrigkeit wegen nicht wieder aufzuheben ist⁷⁾, auch von Seiten der Billigkeit, in sofern anders eine solche Ehe nicht durch einen besonders hohen Grad von Bosheit und Hinterlist bewerkstelliget seyn, im Gegentheil vielmehr beide Hauptheile die Fortsetzung der einmal geschloss-

fenen Ehe sehnlichst wünschen sollten. Unter diesen Einschränkungen kann ich auch nur denjenigen Rechtslehrern beifallen, die es einer Geschwächten von sonst gutem Leben und Wandel gestatten, wider ihren Schwängerer, der sich mit ihr, wiewohl ohne Einwilligung seiner Eltern verlobet hatte, auf die Ehe zu klagen und sodann den Widerspruch der Eltern nicht weiter in Betracht ziehen wollen ^{aa}).

Die angeführten milderen Grundsätze, wornach eine ohne Einwilligung der Eltern, wiewohl durch priesterliche Einsegnung zu Stande gekommene Ehe nicht wieder zu trennen ist, verdienen um so mehr Beifall, als sie ohnehin gute Gründe zu ihrer Unterstützung haben. Denn so ist eines Theils die Nothwendigkeit der Einwilligung der Eltern zu den Verheirathungen der unter ihrer Gewalt stehenden Kinder nur eine bürgerliche Einrichtung, läßt sich aber aus dem natürlichen Zwangsrechte und aus dem Recht zur Erziehung nicht unmittelbar herleiten, oder beweisen ^{bb}), und andern Theils würde in den meisten Fällen die Trennung, besonders die Frau und vielleicht auch gar ihr Kind höchst unglücklich machen und beide dem Verderben aussetzen. Man würde erstere als eine Entehrte ansehen, die, wenn jene eheliche Verbindung mit ihrer Einwilligung zu Stande gekommen seyn sollte, sich gewiß keine Hoffnung zu einer sonst angemessen gewesenen Verbindung machen kann, und die im Gegentheil nun der Verachtung, oft auch wohl gar dem Elende und der Verzweiflung Preis gegeben worden. Es ist freilich nicht zu leugnen, daß Kinder, die sich ohne Rath und Einwilligung ihrer Eltern verheirathen, den Pflichten der Ehrerbietung, die sie ihren Eltern schuldig sind, gar sehr entgegen handeln und auch deshalb eine angemessene Rüge wohl verdienen. Allein, eine andere Frage ist es denn doch, ob grade wegen versäumter Nachsichtung der Ein-

willi-

willigung der Eltern eine schon vollzogene Ehe wieder zu trennen sey, die selbst nach verschiedenen Stellen im alten Testament und den Beispielen des Esau, Jacobs, Josephs und Davids zu verneinen ist ^{cc}). Da wollte man auch auf alle diese Gegenstände nicht achten und bei den schwankenden Vorschriften des Canonischen Rechts, auch der Nichtanwendung der Schlüsse der Tridentinischen Kirchenversammlung nur darauf sehen, was das Römische Recht von der versäumten Einwilligung der Eltern bei den Ehen ihrer Kinder vorschreibt, so würde doch zum wenigsten eine Ehe, die ohne der Mutter Einwilligung zu Stande gekommen, nicht wieder geremitt werden können ^{dd}), wie aus den oben bereits angeführten Beweisstellen zur Genüge erheller ^{ee}). Da inzwischen nach dem Römischen Recht eine Ehe, die von einem Kinde, das noch unter väterlicher Gewalt stehet, ohne des Vaters Einwilligung geschlossen worden, auf des letzteren Verlangen nicht bestehen kann ^{ff}), so mügte der Zweifel entstehen, ob nicht eine Mutter, wenn sie gleich aus eigenem Rechte die ohne ihre Einwilligung vollzogene Ehe ihrer Tochter nicht vernichten könnte, doch zum wenigsten sodann mit ihrem Widerspruch zuzulassen sey, wenn sie sich etwa aus dem Rechte ihres Mannes, oder des Vaters widersetzte und beweisen wollte, daß auch letzterer bei Lebzeiten mit der in Frage stehenden Ehe unzufrieden gewesen seyn und ihr den Befehl gegeben hätte, solche nimmer zuzugeben, und auch in diesen Gesinnungen verstorben sey. Ist es nun gleich nicht zu leugnen, daß der gehörig bezugte Widerwille eines Vaters wider die Verlobung seines unter väterlicher Gewalt sich befindenden Kindes, unter den nöthigen Einschränkungen auch noch nach dem Tode des Vaters alle Aufmerksamkeit verdiene ^{gg}), so ist es doch ein ganz anderer Fall, wenn aus dergleichen Verlobung schon eine wirkliche Ehe geworden und die priesterliche Einsegnung bereits erfolgt seyn sollte. Denn ausserdem, daß nach dem oben An-

geführt-

geführten und dem Zeugniß vieler Rechtslehrer eine Ehe, die ohne Betrug und Hinterlist durch priesterliche Einsegnung einmal zu Stande gekommen ist, bei dem Mangel besonderer Landesgesetze nicht lediglich aus dem Grunde, weil des Vaters Einwilligung fehlet, wiederum getrennet zu werden pfleget, so kann man ja auch nicht wissen, wie vielleicht der Vater gedacht haben würde, wenn etwa sein Sohn, oder seine Tochter die ihm so unangenehm gewesene Heirath gleichwohl wirklich vollzogen hätte und ob nicht zum wenigsten auf diesem Fall das väterliche Mitleid rege geworden seyn mögte. Es ist zum wenigsten im Zweifelsfall eher dieses, als ein fortwährender oder hartnäckiger Widerspruch des Vaters billig zu vermuthen ^{hh}).

So wenig nun diesernach eine durch priesterliche Einsegnung bereits vollzogene Ehe an Dertern, wo das gemeine Recht gilt, in der Regel aus dem Grunde wieder getrennet zu werden pfleget, weil dabei die väterliche oder gar nur die mütterliche Einwilligung gefehlet hatte, so kann doch an Dertern, wo das Lübische Recht angenommen worden, die Frage entstehen, ob hiernach andre Grundsätze anzunehmen seyn? Diese Frage muß ich denn mit den vornehmsten Commentatoren über das Lübische Recht ebenfalls verneinen ⁱⁱ). Denn will gleich letzteres, daß eine Wittve oder Jungfrau sich ohne ihrer Freunde Rath nicht in die Ehe begeben solle ^{kk}), so verbindet es gleichwohl dieses Verboth nicht mit der Strafe der Nichtigkeit, wenn jenes demungeachtet geschehen wäre, sondern will nur, daß diejenige Person, die dieser Vorschrift zuwider handelt, von ihrem Gute nichts weiter, als ihre täglichen Kleider haben, ihr übriges Vermögen aber ihren nächsten Erben anheim fallen solle. Nach den Bemerkungen der Rechtslehrer kann jedoch diese Härte, oder der Verlust des Vermögens nur sodann statt finden, wenn die Eltern ganz offenbar gegründete Ursachen gehabt

2ter Th. Z haben

haben sollten, um ihre Einwilligung zu der H irath zu versagen, nicht aber, wenn hierüber noch Zweifel vorhanden wären, und zum wenigsten darüber noch erst eine weitere Untersuchung nöthig seyn dürfte ¹¹⁾.

Allein, auch selbst unter jenen Umständen dürfte doch diese Vorschrift an Dertern, wo das Lübsche Recht nur vermöge einer besonderen Aufnahme gilt, nichtfüglich zur Anwendung kommen können. Denn da der im Lübschen Recht angebrohete Verlust des Vermögens unstreitig einer Leibesstrafe gleich zu achten ist ^{mm)}, das Lübsche Recht aber an Dertern, wo es nur vermöge einer besonderen Aufnahme gilt, in Strassachen nicht zur Anwendung kommt ⁿⁿ⁾, so kann auch jenes Recht in Ansehung der Strafe, die den Kindern gedrohet wird, die sich ohne Einwilligung oder ohne Rath ihrer Freunde verheirathen, an solchen Dertern nichtfüglich zur Anwendung kommen.

Das bisher Angeführte wird anstatt einer Einleitung dienen können, um nunmehr die bisher vorgerragenen Grundsätze auf die Beantwortung der Frage anzuwenden: Ob nämlich eine Mutter, besonders an Dertern, wo Lübsches Recht gilt, nicht die Trennung der Ehe des Entführers mit ihrer Tochter verlangen könne, wenn letztere zwar eingewilliget hatte, inzwischen gleichwohl der ersteren geraubet, oder wider deren Willen um die Ehe mit der Tochter zu vollziehen, entführet seyn sollte? Um nun diese Frage zum Besten der Mutter bejahen zu können, dazu fehlet es eben nicht an mehreren scheinbaren Gründen. Denn so verbieth bekanntlich das Justinianische Recht die Ehe zwischen dem Entführer und der entführten Person schlechterdings und ohne alle Ausnahme ^{oo)}. Da nun auch Kaiser Karl der Fünfte bei Gelegenheit, da er die Strafe der Entführung in
der

der peinlichen Gerichtsordnung bestimmt, befiehlt, daß der Entführer nach Sazung der Vorfahren und den Kaiserlichen Rechten darum gestraft werden solle pp), so ist es nicht ohne Schein, daß nach des Kaisers Absicht auch das im Justinianischen Recht enthaltene Verbot der Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten bestehen solle. An Orten, wo Lübsches Recht gilt, würde auch dergleichen Ehe zum wenigsten sodann nicht bestehen können, wenn die Entführte noch unter sechzehn Jahren seyn sollte 99). Diesem allen ungeachtet dürfte denn doch eine Mutter, die angeführtemassen sonst eine bereits vollzogene Ehe ihrer Tochter allein darum, weil sie wider ihren Willen geschehen, nicht vernichten kann, lediglich in der Entführung schwerlich einen Grund zur Begründung ihrer Absicht finden, mithin die aufgeworfene Frage nur zu verneinen seyn.

Es ist nämlich noch überhaupt zweifelhaft, ob eine Entführung, die lediglich wider Willen der Mutter der Entführten und mit freiem Willen der letzteren geschehen, für eine wahre Entführung im rechtlichen Sinn zu halten sey, und ob solchergestalt diejenigen Grundsätze, die sonst von der Entführung gelten, sodann anwendlich werden können. Nach dem Canonischen Recht leidet es zum wenigsten kein Bedenken, daß die heimliche oder gewaltsame Wegbringung eines Frauenzimmers, die aber mit dessen Einwilligung und um die Vollziehung der Ehe zu erleichtern, der sich die Eltern etwa widersehten, geschehen ist, für keine eigentliche Entführung zu achten sey 100). Eben dieselben Grundsätze scheint auch die peinliche Gerichtsordnung zu billigen, wenn es im Artikel 118 heißt: „So einer jemanden sein Eheweib, oder eine unverleumdete Jungfrau wider des Ehemanns, oder des ehelichen Vaters Willen, einer unehelichen Weis entführet 2c.

Aus den Worten unehrlichen Weiß scheint sich nämlich so viel ohne Zwang zu ergeben, daß, wenn die Entführung nicht sowohl aus unzünftigen Ursachen, als vielmehr nur um die Vollziehung der Ehe mit einer gewissen Person zu erleichtern, geschehen seyn sollte, sodann keine eigentliche Entführung vorhanden sey, womit denn auch die bewährtesten Rechtslehrer übereinstimmen ^{ss}).

Scheinet gleich der L. vnic. Cod. de Raptu Virg. *) bei dem allgemeinen Verbot zwischen dem Entführer und der Entführten darauf eben keinen Betracht zu nehmen, ob man eine Verlobte, oder eine andere Person entführet habe, so kann es doch darauf, wenn man auch die Meinung, daß in dem Gesetz hauptsächlich nur von der Braut eines andern die Rede sey ^{uu}), nicht annehmen will, nicht ankommen, weil ja angeführtermassen die peinliche Gerichtsordnung eine ganz ungezwungene Anleitung giebet, um eher die Vorschriften des Canonischen Rechts, die auf die Beförderung der Ehe abzuwirken, in dieser Materie zu befolgen, als das Römische Recht darunter zur Richtschnur anzunehmen.

Ausser dem eben angeführten Zweifel darüber, ob die Entführung eines ledigen Frauenzimmers, die mit dessen Einwilligung und in der Absicht, um sie zu ehlichen, geschehen, für eine eigentliche Entführung zu achten, ist es ferner bedenklich, ob auch eine Entführung der Tochter, die nur wider Willen ihrer Mutter geschehen, für eine wahre Entführung zu halten sey ^{xx}). Denn so wird zum wenigsten dieser Fall in dem Art. 118 P. G. O. nicht mit begriffen, und es läßt sich daher auch nicht rüthlich von ihm annehmen, daß unter solchen Umständen die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten, die das Römische Recht misbilliget, in der peinlichen Gerichtsord-

ordnung durch das Verufen aufs Römische Recht verworfen worden ^{yy}). Da auch das Lübsche Recht ^{zz}) in Hinsicht der Mutter denselben Begriff von der Entführung annimmt, den sowohl das Canonische Recht, als die peinliche Gerichtsordnung voraus setzen, so scheint auch hiernach keine eigentliche Entführung vorhanden zu seyn, wenn solche mit Einwilligung der Entführten und lediglich nur wider Willen der Mutter der entführten Person geschehen seyn sollte.

Gesetzt inzwischen, daß es auch für eine eigentliche Entführung zu achten wäre, wenn ein lediges Frauenzimmer zwar mit ihrer Einwilligung und um die Ehe mit ihr zu vollziehen, inzwischen gleichwohl wider Willen ihrer Mutter entführt seyn sollte, so erlaubt gleichwohl das Canonische Recht die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten schlechterdings, womit denn auch das Lübsche Recht, wenn anders die Entführte über sechszehn Jahre alt ist, übereinstimmt. Nun aber behauptet bekanntlich das Canonische Recht in Ehesachen einen Vorzug vor dem Römischen und es kann daher auch nur bei ersterem, so viel die Zulassung der Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten betrifft, das Bewenden behalten.

Heißt es gleich in dem Art. 118. der peinlichen Gerichtsordnung: „Und soll der Thäter nach Säkung unser Vorsahren und unser Kaiserlichen Rechte darum gestraft, und deshalb bei den Rechtsverständigen Rath geb. auchet werden“ und mögte es daher das Ansehen gewinnen, daß selbst in der peinlichen Gerichtsordnung das Verbot der Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten stillschweigend bestätigt werde, so dürfte doch auch jene Vorschrift einer solchen Ehe eben nicht entgegen seyn.

Dem:

Denn so ergiebet sich aus dem ganzen Zusammenhange des angeführten Artikels, daß daselbst lediglich von der eigentlichen Strafe der Entführung die Rede sey. Man wird hievon dadurch noch mehr überzeuget, weil auch in dem berogen Artikel nichts von der dem Anverwandten zuständigen Privatlache, dem Verlust des Vermögens und des Iuris Asyli vorkommt, da doch alle diese Folgen nach Römischen Recht mit der Entführung verbunden waren, die aber heutiges Tages unstreitig wegfallen ^{aaa}). Da nun solchergestalt sogar die eigentlichen Strafen der Entführung, die doch der Kaiser Karl der Fünfte durch das allgemeine Verufen aufs Römische Recht zu bestätigen scheint, zum Theil nicht mehr in Anwendung kommen, so kann noch weniger über die Zulässigkeit der Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten, besonders aber in dem Fall, da nur die Mutter der letzteren widerspricht und die Ehe zwischen dieser und dem Entführer vernichtet wissen will, einiger Zweifel vorhanden seyn. Denn so fehlet es ja nicht an einer ausdrücklichen Vorschrift des Canonischen Rechts, wornach die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten, nachdem die letztere ihre Freiheit wieder erhalten und sich die Ehe mit dem ersten gefallen läßt, nicht nur für unstatthaft geachtet, vielmehr sogar gebilliget wird ^{bbb}), und hiemit pfleget denn auch der Gerichtsgebrauch an den meisten Orten übereinzustimmen ^{ccc}). Ja wenn auch einige Rechtslehrer dem Römischen Recht und der sich darauf nur beziehenden peinlichen Gerichtsordnung gemäß behaupten wollen, daß die von dem Entführer etwa in Vorschlag gebrachte Ehe denselben nicht von der Lebensstrafe befreie ^{ddd}), so kann doch auch selbst diese Meinung den von mir angeführten Sätzen nicht entgegen seyn. Denn so räumen jene Rechtslehrer selber ein, daß die Praxis gleichwohl entgegen, die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten zugelassen werde, und jene einen wichtigen Grund zur Milde rung der Strafe

Strafe wegen der Entführung abgebe ^{eee}). Ueberdies berühren jene Rechtslehrer gewöhnlich nicht den Fall, da die zwischen dem Entführer und der Entführten zu Stande gekommene Ehe lediglich auf Verlangen der Mutter wieder getrennt werden soll und sie können daher auch nicht zum Beweise der gegenseitigen Meinung dienen. Scheinbar mögte inzwischen eine Mutter, wenn sie auch gleich der bereits vollzogenen Heirath ihrer entführten Tochter mit dem Entführer nicht widersprechen könnte, doch in Gemäßheit der Vorschriften der Tridentinischen Kirchenversammlung ^{ff}), wornach die Entführung nach einem vom dem Entführer abgeordneten Ort zu bringen ist, damit man zu bemerken Gelegenheit habe, ob sie sich freiwillig zur Ehe entschliesse, verlangen können, daß ihr ihre Tochter zurückgegeben werde, damit letztere sich über den Bestand ihrer Ehe freiwillig nochmal erklären möge. Es kann jedoch dessen nicht bedürfen, wenn die Entführte bei Gelegenheit des Widerspruchs der Mutter sich gerichtlich erklären haben sollte, daß sie auch noch jetzt mit der mit dem Entführer vollzogenen Ehe zufrieden sey und darin zu verbleiben wünsche.

Dürfte nun gleich nach dem bisher weiter Ausgeführten als unzweifelhaft anzunehmen seyn, daß die bereits durch priesterliche Einsegnung vollzogene Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten, in sofern anders die letztere, nachdem sie ihre Freiheit erhalten, sich die Fortsetzung der Ehe gefallen läßt, nicht auf den gerichtlichen Widerspruch von Seiten der Mutter der Entführten wieder zu trennen sey, so leidet es dennoch kein Bedenken, daß gleichwohl hauptsächlich der Entführer Strafe verdiene, besonders wenn er durch die Entführung gesucht hätte, die mütterliche Einwilligung zur Ehe gleichsam zu erzwingen. Worin nun aber solche Strafe bestehen soll, darin sind die Rechtslehrer sehr verschieden in ihren Meinungen. Einige schlagen

schlagen unter ähnlichen Umständen die Landesverweisung vor, ^{ggg}) andere wollen auf die Größe der gebrauchten Gewaltthatigkeiten und auf beschwerende Umstände gesehen und nach solchem Verhältniß auf eine Leibesstrafe, oder Landesverweisung, oder auf dem Fall, da die Entführte völlig vorher eingewilliget haben sollte, auf eine willkührliche Strafe, die etwa in einem vierzehntägigen Gefängniß oder verhältnißmäßigen Geldbuße zu milden Sachen meinem Bedünken nach bestehen kann, erkannt wissen ^{hhh}).

Daß inzwischen auch eine Mutter, der man wider ihren Willen ihre Tochter entführet und sich mit ihr verheirathet hatte, eine angemessene Privatgenugthuung sowohl von dem Entführer ihrer Tochter, als von letzterer, die zwar freiwillig, wie wohl ohne mütterliche Einwilligung, jenen geheirathet, verlangen kann, leidet kein Bedenken, und kann nur noch davon die Frage seyn, worin selbige am zweckmäßigsten bestehen könne? Von den bekannten Arten dürfte nun wohl unstreitig die gerichtliche Abbitte, allenfalls bei offenen Thüren der Gerichtsstube, die angemessenste seyn. Noch zweckmäßiger würde ich jedoch eine Privatgenugthuung halten, die etwa darin bestünde, daß die Entführte sich auf eine kurze Zeit wieder zu ihrer Mutter begeben, den Entführer förmlich um sie werben lassen müßte, und demnächst das Ehebündniß von einem Prediger in Gegenwart der Mutter und einiger Zeugen oder Anverwandten in der Mutter Hause bestätigt würde ⁱⁱⁱ).

a) Wann gleich die Frage: In wiefern die versäumte Nachsachung der Einwilligung der Eltern zu der Verheirathung der Kinder letztere ungültig mache? von vielen andern Rechtsgelehrten, z. B. von G. L. BOEHMER in *Dissert. de necessario parentum consensu in Nuptiis Liberiorum* (*Electa Iuris civilis* T. 1, Ex. 16. p. 642.) THOMASIVS *de validitate conjugii inuitis parentibus contracti et per benedictionem sacerdotis depositi consummati* Lips. 1689. de LUDWIG *de Differentiis Iuris Romani et Germanici*

nici in connubiali imperio consensuque Parentum, und andern mehrerer beantwortet worden, so hoffe ich doch keine ganz vergebliche Arbeit zu unternehmen, wann ich die Frage in Beziehung auf die Mutter, besonders bey hinzugekommener Einführung der Tochter beantworte, und anstatt einer Einleitung einige damit in Verbindung stehende allgemeine Grundsätze vorangehen lasse.

- b) L. 22. D. de Rit. Nuptiarum.
- c) L. 12. § 1. D. de Sponsal. v. „Tunc autem solum dissentienti a patre Licentia filiae conceditur, si indignum moribus, vel turpem Sponsum, cui pater eligat.“
- d) L. 7. § 12. und L. 20. Cod. de Nupt. L. ult. Cod. de Repud. et diuort. L. unic. Cod. de Rapt. Virg.
- e) Weber in der systematischen Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung in der 2ten Abtheilung S. 304. n. 311. Vey demselben findet man auch die Gründe vom Gegentheil angeführt.
- f) G. L. BOEHMER in cit. Dissert. §. 25. v. „Tandem quoniam nec matris iure Romano erat potestas, ratio civilis impetrandi consensus materni in Liberorum nuptias cessabat, nec ille necessario considerabatur. In der Note g schreibt aber dieser berühmte Rechtslehrer: Quamvis obligatio civilis hoc loco deesset, illud tamen pietati et Reuerentiae erga matrem deberi crediderunt Romani, huius consilia in eligendo matrimonio non penitus contemnere.“
- g) „Sed si sui iuris puella sit intra quintum et vicesimum annum constituta, ipsius quoque consensus exploretur. Si patris auxilio destituta, matris et propinquorum, et ipsius quoque adultae requiratur Iudicium.“
- h) „Si puella cultu Verecundiae propriam noluerit voluntatem depromere, coram politis propinquis, Iudici deliberare permissum est, cui melius adulta societur.“
- i) VOETIUS ad Pandectas Lib. 23. Tit. 2. §. 10.
- k) L. 1. C. de Nupt. v. „Cum de Nuptiis puellae quaeritur, nec inter Tutorem et matrem et propinquos de eligendo futuro marito convenit: arbitrium praesidis Prouinciae necessarium est.“
- l) c. 1. 3. 4. C. XXX. q. 5. d. V.
Nach dem neuern kanonischen Recht, insbesondere nach der Vorschrift des Concilii Tridentini Sess. XXIV. c. 1. de reform. matrim. kann eine schon vollzogene Ehe wegen Mangel des väterlichen Consensus nicht
2ter Th. 11 anges

angefochten werden. Meine Grundsätze des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts §. 267.

d. 2.

m) HEINECCIUS in *Element. Iur. German. T. I. §. 138. de SEICHOW in Element. Iur. Germanici §. 491. REINHARD de arbitrio patris et Iure matris in Nuptias filiarum* Erford. 1732. de LUDWIG de different. Iur. Rom. et germanici in connubiali Imperio consensuque parentum Hal. 1721.

n) Daß es jedoch einem oder andern Theil von den Verheiratheten oder Verlobten nicht gebühren könne, den Mangel der Einwilligung der jen- seitigen Eltern anzuführen, um von dem Andern wieder abzukommen, wenn anders jene nicht auf die Aufhebung der Verlobung dringen, leidet kein Bedenken. BOEHMER in *Iur. Ecclæs. Protest. Lib. 4. Tit. 2. §. 17. MEVIUS P. 8, Dec. 41.* Da nach Sächsischen Rechten solche Kinder, die sich ohne Willen der Eltern verloben, enterbet werden können, GRIBNER de *Exheredatione Liberosum sine parentum Consensu sponsalia contrahentium §. 9.* so will man nach solchen Rechten einem Verlobten, dessen Vater oder Mutter dem zuständigen Rechte nicht entsetzt hatte, annoch freylassen, den Mangel der elterlichen Einwilligung für sich an- zuführen, um von der eingegangenen Verlobniß wieder abzukommen, s. *KIND quaestiones forenses. c. 82. p. 320. BERGER in Supplement. ad Elect. Process. matrimon §. 9.*

o) *Cap. 6. X. de Raptor. Concil. Trident. Sess. 24. c. 1. de Reform. matrim. G. L. BOEHMER in Princip. Iur. Canonici §. 358. G. WIEß in den Grundsätzen des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts. §. 267.*

p) G. L. BOEHMER cit. *Dissert. §. 51. 52.*

q) In solcher Hinsicht heißt es denn in den Schläffen der Tridentinischen Kirchenversammlung a. V. folgendergestalt: „Tamen si dubitandum non est, clandestina matrimonia, libero contrahentium consensu facta, rata et vera esse matrimonia, quamdiu ecclesia irrita non fecit, et proinde Iure damnandi sunt illi, ut eos sancta Synodus Anathemate damnat, qui ea vera ac rata esse negant, quique falso affirmant, matrimonia a filiis familias sine consensu parentum contracta irrita esse, et parentes ea rata vel irrita facere posse: nihilominus Sancta ecclesia, ex iustissimis causis illa semper detestata est atque prohibuit.“

r) CORVINUS in *Iure Canonico Lib. 2. Tit. 13. §. 29. v. „Si nuptias contrahentes, parentes habeant, eorum consensum, olim ex necessitate c. non omnis 12. C 32. q. 2., hodie ex Concilio Tridentino Sess. 24. c. 1. ex honestate tantum debent adhibere.“*

s) SECKENDORF in *historia Luther anismi L. 3. Sect. 32. §. 126.*

t) G. L.

- t) G. L. BOEHMER in *Princip. Iur. Canonici*. §. 208. b.
- u) BOEHMER in *Iur. Eccl. Protest.* Lib. 4. Tit. 2. §. 24. 25. G. L. BOEHMER c. l. §. 368. Kunde in den Grundsätzen des deutschen Privatrechts. §. 564. u. a. m.
- x) Dergleichen Verordnungen finden sich im Hannoverschen, PUFENDORF Tom 3. Obs. 43. und Brandenburgischen BOEHMER in *Iur. Eccl. Protest.* c. l. §. 368. Fleischer im geistlichen Recht 2ten Buch, Hauptst. 7. §. 47. und in andern Ländern. Merkwürdig ist auch dieserhalb eine strenge Verordnung in Holland, s. Pütter im 3ten Bande seiner Rechtsfälle im ersten Th. n. 247. 248. Es pflegt jedoch in den meisten Ländern heutiges Tages die mildere Meinung in der Regel den Vortzug zu behalten.
- y) BERGER in *Oecon. Iur.* Lib. 1. Tit. 3. Th. 8. n. 4.
- z) Reichsabschied von 1548. Tit. 21. §. 9. Kunde a. O. Anderer Meinung sind Lauterbach in *Colleg. Theoret. pract.* Lib. 23. Tit. 1. §. 14. 44. Schott im Eherecht S. 185. 187. SIEGLER de *acquiescente Iuris sicuti in Francofurtensis circa validitatem Matrimonii sine parentum consensu contracti*. Goettingae 1750.
- aa) CARZOV *Iurisp. Eccles.* Lib. 2. Tit. 3. Def. 60. n. 10. 11. WERNHER P. 2. Obs. 421. G. L. BOEHMER in *Princip. Iur. Canonici*. §. 369. Edit. 6tae, welcher letztere folgendergeartt schreibt: „Sponsalia clandestina, per illorum (Parentum) dissesum improbara, iniusta et inualida sunt, nec inter contrahentes vim obligandi habent; illorum consensu vero expresso vel tacito ex post accedente valida sunt. Quod si eis accessit concubitus, et vitata ac seducta ad consummandum matrimonium agit; causa redit ad constitutum Iuris parentum et juris vitatae, in quo, quoad ea de re jure particulari nihil cautum est, cuius jus potius habetur ob laesionem et satisfactionem; non nisi honesto matrimonio praeslandam. Anderer Meinung sind VORTIUS ad *Pandectas* Lib. 23. Tit. 2. n. 1. GROENWEGEN de *Legibus abrogatis* Lib. 1. Tit. 10. n. 3. BRÜCKNER in *Decis. matrimon.* c. 2. n. 95. HOMMEL Obs. 244. Schott im Eherecht S. 185. not. ***. Wiese a. a. O. §. 418.
- bb) LEYSER *Spec.* 291. n. 2. 3. HUBER ad *Pandectas* Lib. 23. Tit. 2. n. 4. COCCETTI in *Iur. Controuers.* Lib. 23. Tit. 2. q. 4.
- cc) 1. E. Josef. XXVI. 35. XXVIII. 9. XLI. 45. 1 Sam. XVIII. 26. Michaelis von den Ehegesetzen Moses S. 359. COCCETTI c. l. q. 3.
- dd) G. L.

dd) G. L. BOEHMER cit. Dissert. § 64. v. „Liberorum vero nuptiae pa-
 „tre jam defuncto, sine matris consensu peractae secundum Ius commune
 „hanc sunt dirimendae. Nam et in hac specie legibus patriis genera-
 „libus destituimur. Et Romanae leges ne matris quidem consensum
 „in Liberorum nuptiis necessarium habuerunt, tantum abest, ut
 „easdem injustas nullasque esse statuerint. Quamquam vero in eo a
 „Romanis Legibus discesserimus, quod matris consensus ad Liberorum con-
 „jugium ex Iure patrio omnino sit requirendus: quoniam tamen tum patrii
 „tum peregrini Iuris Sanctio de eiusmodi coniugiis dirimendis deficit, illa
 „secundum Ius commune nec dirimi posse manifestum est.“

ee) Arg. pr. Inst. de Nupt. L. 20. C. de Nupt.

ff) Pr. Inst. de Nuptiis, L. 22. de R. N. L. 12. §. 1. de Spanfal.

gg) s. Meine Abhandlung über die Frage: In wiefern das väterliche Ver-
 „bot, diese oder jene Person nicht zu heirathen, noch nach des Vaters
 „Tode das Kind verbindet? (Rechtliche Bemerkungen n. LP. S. 163.
 „u. f. w.).

hh) Arg. L. 5. D. ad L. Pompejanam de Parricid. in fine: „Nam patria
 „potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.“

ii) MEVIUS ad Ius Lübeckense Lib. 1. Tit. 4. Art. 2. n. 16. v. „Num re-
 „stitutioni matrimonii post Concubitu locum sit? disceptatur. Si
 „strictum Ius respicias, dubium vix esse potest, illegitimam et tur-
 „pem ab initio conjunctionem concubitu non posse consolidari, ne-
 „dum parentibus Ius suum auferri. Inspecta vero aequitate et publica
 „utilitate, quatenus patriae potestatis rigore bene concordantia matrimonia
 „turbanda non sunt. L. 1. in fin. de Lib. exhib. pudori jam virginitatis consu-
 „lendum, pro turbis et scandalis vitandis, non tanta celeritate ad dissol-
 „vendum, quam ad impediendum ea res proficere debet.“

kk) Das Lübische Recht B. 1. Tit. 4. art. 2. „Wann eine Wittfrau
 „oder Jungfrau ohne ihres Freunde Rath, die sich dessen aus wichti-
 „gen erheblichen Ursachen verweigern, welches doch bey Erkennung des
 „Raths oder Consistorii stehen soll, ob die Ursachen wichtig genug seyn
 „oder nicht, sich in die Ehe begiebet, die soll von allem ihrem Gut
 „nicht haben, dann ihre tägliche Kleider, von ihrem Gute gebühret
 „dem Rathe zwanzig Mark, das übrige sollen ihre nachste Erben haben.

ll) Stein in der Abhandlung des Lübischen Rechts, B. 1. Tit. 4. § 94.

mm) Meister im Peintlichen Proceß, S. 31.

nn) MANTZEL in Iur. Mecklenb. et Lübeckens. illustrato. Cent. 3. Ind. 10.
 Select. Inrid, Roskobienfia fascic. 1. Spec. 2. q. 8. 9. MEVIUS ad Ius
 Lübeckense

Lübbeckse quæst. prælimin. 7. HEI.WIG de non usu Iur. Lübec. in Ter-
ris Pomeran. S. 2. §. 2. Von Balthasar von den in Doe. und Lün-
terp. mineen geltend gewordenen Rechten, besonders dem Lübschen.
S. 71.

oo) L. unic. Cod. de Raptu virg. S. 1. v. „Nec sit Facultas raptæ vir-
gini vel viduæ, vel cuilibet mulieri raptorem suum sibi ma-
ritum, exposcere, sed cui parentes voluerint (excepto Rapto-
re) eam legitimo copulent matrimonio: quoniam nullo modo nulloque tempore
datur a nostra Serenitate licentia eis consentire, qui hostili more in nostra
republica matrimonia student sibi conjungere. Oportet etenim, vt qui-
cunque vxorem ducere voluerit, siue ingenuam siue Libertinam:
secundum nostras Leges et antiquam consuetudinem, parentes, vel
alios quos decet, petat, vt cum eorum voluntate fiat legitimum
conjugium.“

pp) Art. 118. P. G. O.

qq) Denn so heist es im Lübschen Recht, B. 4. Tit. 7. art. 2. „Wird
einem Mann seine Tochter, Schwester oder Freundin mit ihrem Wils-
sen entführt, da sie anders kein Gut mit sich nimmt, dann ihre täg-
liche Kleider, nimmt dann der Entführer sie zur Ehe, ist sie sechs
zehn Jahr alt und darüber, so können sie an Leib und Leben nicht ge-
strafet werden. Ist sie aber unter sechszehn Jahren, soll der Thäter
mit dem Schwerdt gerichtet werden.“

rr) C. 6. X. de Raptor. v. „Respondemus, quod cum ibi Raptus dica-
tur admitti, vbi nil ante de Nuptiis agitur: iste Raptor dici non de-
bet, cum habuerit mulieris assensum, et prius eam desponsauerit, quam
cognouerit, licet parentes reclamarent, a quibus eam dicitur rapuisse.“

ss) Koch in Inst. Iur. crimin. S. 364. Schol. drückt sich unter andern
hierüber folgendergestalt aus: „Sed quid, si Raptus matrimonii causa
sit? distinguo, aut vxor rapitur, aut femina soluta. In illo casu
matrimonii prætextus per se cessat. In hoc vero vel femina soluta
consentit, vel non. Si prius, raptum non statuo, licet abducatur filia inuitis
parentibus, quoniam abductio non fit in hoc casu.“ Man sehe auch
MEISTERSEN in princip. Iur. Crimin. S. 319. Sch. a.

tt) v. Raptores Virginum honestarum, vel ingenuarum siue jam despon-
satae fuerint, siue non, vel quarumlibet viduarum feminarum, licet
libertinae, vel seruae alienae sint, pessima criminum peccantes,
capitis Supplicio plectendos decernimus — weiter unten heist es:
„quibus connumeramus etiam eum, qui saltem sponsam suam per vim ra-
pere ausus fuerit.“

uu)

uu) HENNE *Dissert. de Raptu Sponsae* Erford. 1776. MEISTER *Iun. in princip. Iur. Crimin.* §. 303.

xx) *Arg. Art. 118. P. G. O. PÜTTMANN in Aduersar. Iur. Lib. 2. cap. 28. p. 199. 200. und in Element. Iur. crimin. §. 667.*

yy) Denn so heißt es nur in dem *Art. 118. P. G. O.* „So einer jemans den sein Eheweib, oder eine unverleumdete Jungfrau wider des Ehemanns, oder des ehelichen Vaters Willen, einer unehrlichen weis entföhret, darum mag der Ehemann, oder Vater, unangesehen, ob die Ehefrau oder Jungfrau ihren Willen dazu giebt, peinlich klagen.“

zz) Das Lübsche Rechte, B. 4. Tit. 7. Art. 2. in den Worten: „Wied einem Mann seine Tochter, Schwester oder Freundin mit ihrem Willen entföhret.“

aaa) de BOEHMER *ad Art. 118. C. C. §. 9.* MEISTER *Iun. in Princip. Iur. crimin.* §. 305.

bbb) *Cap. 6. I. de Raptu.*

ccc) de BOEHMER *ad Art. 118. C. C. §. 9* STRYCK *in usu moderno Lib. 48. Tit. 5. §. 31* LAUTERBACH *coll. Th. pract. L. 48. Tit. 6. §. 19.* KLEIN *Dissert. de favore matrimonii contracti.*

ddd) I. H. BOEHMER *in Iur. Eccl. Protest. Lib. 5. Tit. 17. §. 148. 149.*

eee) de BOEHMER *in Obseruat. ad CARPZOV q. 40. Obs 3.* Dieser Rechtslehrer schreibt daher folgendergestalt: „Praxis vero communiter reclamatur, et ex coeca Iuris Canonici adoratione benigniorem sententiam, secundum quam subsequens matrimonium capitale Supplicium cum Relegatione commutat, probat. BOEHMER beziehet sich zugleich zur Bestärkung dieses Satzes auf mehrere von ihm angeführte Rechtslehrer.

fff) *Seß 24. de Reformat. matrim. c. 6.*

ggg) KRESS *ad Art. 118. C. C. §. 7. 8.* de BOEHMER *ad CARPZOV c. 1.*

hhh) *Ius Meckleb. et Lübec. illustrat. cent. 5. Ind. 100. Select. Iurid. Roschtiensia fascic. 1. Spec. 1. q. 7. und Spec. 4. q. 7.* BEYER *ad Art. 118. C. C. §. 7.*

iii) Diese Bestätigung der Ehe durch einen Prediger in der Mutter Gegenwart geschieht jedoch hauptsächlich nur zur etwaigen Genugthuung der Mutter, indem auch die bereits von einem fremden ordinirten Prediger nach der Entführung geschehene Trauung, zum wenigsten bei den Protestanten, alle Rechtsgültigkeit hat. BOEHMER *in Iur. Parochiali, Sect. 4. cap. 3. §. 14. v.* „In nostris, ni fallor, Ecclesiis vbiqne“

„fere Locorum res aliter sese habet. Nihil ibi frequentius, quam
 „vt Liberi metuentes, ne parentes eorum sint dissensuri, clanculum
 „Parochos Ruri compellent, eosque ad hierologiam lis impertien-
 „dam inducant, *vbi matrimonium ex ea ratione, quod ab alieno parcho
 „benedictio suscepta fuerit, non est nullum.*“ Man sehe auch *de CRAMER*
Tom. 2. Obs. 515. § 2. Daß jedoch ein Prediger, der fremde Leute
 ohne vorhergegangene Kündigung und ohne Landesherrliche oder Cons-
 istorial's Dispensation in der Stille trauet, eine angemessene Strafe ver-
 diene, leidet kein Bedenken. Gewöhnlich pfeget solche in einer halbjähr-
 rigen Suspension vom Amt, bei beschwerenden Umständen aber wohl
 in der gänzlichen Amtsentsetzung zu bestehen.

XL. Bemerkung.

Von Alimenten, die einer Wittve während dem Con-
 curse, der über ihres Mannes Vermögen entstanden,
 gebühren.

Es lehret zwar der selige Vicepräsident von Balthasar in sei-
 nem bekannten *Tractat de Classificatione Creditorum* P. 2. Sect.
 2. p. 28, daß necessaria Alimenta der Wittve des Debitoris
 Communis, auch pendente Concurſu aus der Concursmas-
 se gereicht werden müſten, und hiernach könnte es denn das An-
 sehen gewinnen, daß zum wenigsten nach dem Gerichtsgebrauch
 in Pommern es für ausgemacht anzunehmen, daß eine jede
 Wittve ohne Unterschied, ob sie aus dem Concurs ihres Man-
 nes etwas zu fordern und zur Hebung zu gelangen Hoffnung ha-
 be oder nicht, auf solche Alimente Anspruch machen könne, in
 sofern anders ihre Armuth sie nur überhaupt berechtigen mögte,
 dergleichen Unterstützung zu ihrem und der Ihrigen nothwendig-
 en Unterhalt begehren zu können. Wollte man nun aber hier-
 nach eine jede Wittve ohne Einschränkung begünstigen, so
 würde solches oft mit Ungerechtigkeit für andere Gläubiger ver-
 bunden und daher in Aufsehung derselben von den nachtheilig-
 sten und ungebührlichsten Folgen seyn, die *Mevinus* P. 7. Dec.

138. sehr wohl bemerket, wenn er schreibet: „Est mulierum,
 „quae ex iure Retentionis in bonis mariti commorantur,
 „ea persuasio, sibi alimenta, et quidem eorum nomine,
 „id omne deberi, quod in se familiamque suam consumunt.
 „Vnde plerumque contingit, nihil omnino reddituum cre-
 „ditoribus euenire, omnia in domum ejus impendi, ali-
 „quando et eo nomine debita contrahi. Non tamen mi-
 „rum est, seu avaritiam seu luxuriam muliebrem hoc in-
 „tendere, atque desiderare, quam etiam ex Ictis esse,
 „qui ipsis faueant et omnes redditus bonorum alimentorum
 „velut loco cedant. Quod jure ac indefinite constitutum
 „non reperi, sicut nec rationem, ex qua uxor vel vidua
 „istos sibi arrogare queat. Etsi enim maritus ipsi ad alimen-
 „ta teneatur, haud tamen ad alia quam quae congrua sunt. In
 „quo si ad solum maritum respiciendum esset, forte latior fieri
 „posset definitio. At postquam eo res mariti deueniunt, ut cre-
 „ditores de suo recuperando et damno vitando certent, utique ab-
 „sonum est, cum horum detrimento uxorem aliquid ultra, quam
 „debetur, lucrari, et sua commoda aliorum incommodis curare.
 „Modus itaque in eo seruandus est, quem desumere et desuare
 „oportet ex modo illorum, quae uxor ad maritum attulit ut quan-
 „tum usurarum pro iis debetur repetenti, tantum alimentorum
 „loco deducendum sit retinenti.“ Es mag daher eine Frau oder
 Witwe nitmal auf Kosten der Gläubiger ihres Mannes auf
 Alimente während dem Concursu Anspruch machen, in sofern
 anders nicht zugleich nach der höchsten Wahrscheinlichkeit erhel-
 let, daß sie ihr Eingebrahtes, wovon sie die verlangten Alimente
 nur erhalten kann, retten werde.

XLI. Bemerkung.

Was eigentlich bei Vermächnissen unter dem allgemei-
nem Titel von Mobilien zu begreifen sey?

Eine gewisse Dame in Niedersachsen hatte zum Besten einer Freundin in ihrem Testament folgendes verordnet:

„Meine sämtlichen Mobilien mit Inbegriff der vier schwarzen ledernen Koffer und des darin befindlichen Leinenzeuges, jedoch mit Ausnahme der Kleider, sollen der verwitwereten N. N. zufallen.“

Es fragt sich daher, was hiernach die Legataria nach der muthmaßlichen Absicht der Erblasserin, die in einer Stadt gewohnt hatte, und darin verstorben war, und besonders auch den Rechten nach eigentlich begehren konnte? Die Beantwortung dieser Frage hätte freilich keine besondern Schwierigkeiten haben können, wenn man dabei lediglich aufs Römische Recht sehen, Mobilien überhaupt für bewegliche Sachen annehmen und folglich zu denselben alles dasjenige rechnen wollen, was besonders nach dem Römischen Recht zu letzteren gehört. Denn hiernach hätte der Legataria alles dasjenige gebühren müssen, was unbeschadet seiner Substanz von einem Ort zu dem andern gebracht werden konnte, ohne auf die eigentliche Beschaffenheit der Sachen, ihre Größe oder Kostbarkeit und ohne auf den Zweck, wozu sie bestimmt worden, irgend einigen Betracht zu nehmen ^{a)}. Ja man hätte der Legataria wohl gar die vorhandenen nutzbaren Hausthiere, die nach dem Römischen Recht ebenfalls zu den Rebus mobilibus gehören ^{b)}, imgleichen die vorräthigen baaren Gelder zubilligen müssen ^{c)}. Daß nun aber der deutsche Ausdruck Mobilien auch noch heutiges Tages eben

2ter Th. X so

so viel, als *Res mobiles* bedeute, und daß dieses gewöhnlich dafür gehalten werde, welches mögte sich auch unter andern aus dem Neuen Preussischen Gesetzbuch ergeben, wo nämlich im ersten Theil Tit. 2. §. 10. und 18. der Römische Begriff von den *Rebus mobilibus* auf den deutschen Ausdruck *Mobilien* angewandt wi d. Denn so heißt es an der ersten Stelle: „Unter dem Ausdruck: *Mobiliar* oder bewegliches Vermögen, sind alle bewegliche Sachen, in sofern sie nicht als *Pertinenzstücke* zu einer unbeweglichen Sache gehören, zu verstehen“, und an der andern Stelle heißt es: „Der allgemeine Ausdruck: *Mobilien*, begreift *Möbeln*, *Hausrath* und *Geräthschaften* unter sich“. Hiernach gewann es nur das Ansehen, daß, da *Mobilien* gewöhnlich eben so viel, als *Res mobiles* zu bedeuten schienen, auch die *Legataria* befugt sey, ihren Anspruch aus dem Vermächtniß auf alle diejenigen Sachen erstrecken zu können, die nur irgend zu den beweglichen Sachen zu rechnen, und hievon zum höchsten nur diejenigen ausgenommen werden könnten, die entweder als wirkliche *Pertinenzstücke* zu einer unbeweglichen Sache gehören, oder die auch im juristischen Sinn als unbewegliche Sachen angesehen werden, und die Rechte derselben genießen.

Es schien daher das Vermächtniß überall keine Dunkelheit oder Unbestimmtheit zu enthalten, woraus denn von selbst sich ergeben mußte, daß die der *Legataria* am vortheilhaftesten fallende Erklärung unter allen Umständen den Vorzug behalten müsse, und sie daher vermöge ihres Vermächtnisses alles dasjenige verlangen könne, was man im weitesten Verstande zu den *Rebus mobilibus* rechnen konnte.

Diesem allen ungeachtet kam ich denn doch nur denjenigen Rechtslehrern beistimmen, die nämlich bei dem Mangel beson-

befonderer Landesgefetze, die etwa das Gegentheil vorschrieben, behaupten, daß man den Römischen Begriff von Rebus mobilibus nicht schlechterdings auch auf das deutsche Wort **Mobilien** anwenden könne, vielmehr die letzteren in der Regel weniger enthalten, als man unter ersteren zu verstehen pfleget. Anstatt mehrerer beziehe ich mich auf **Stryck** in *Vsu moderno L. 1. Tit. 8. §. 16*, als welcher daselbst folgende Bestimmung macht: „*Vlus enim Germaniae et Voci der Mobilien strictiorem significationem conciliauit, vt ea amplitudine non patet, qua Res mobiles in Iure Romano. Gallicisaut enim in non paucis Germani, et pro eo, quo in peregrinam nationem feruntur amore, et Linguae genium in Germaniam traducunt. Vnde cum Menbles ad Supellectilem domesticam vsu recepto restringant Galli, idem vsu venit Germanis in Vocabulo Mobilien, vt ita omnino latius pateat appellatio der beweglichen Güter, quam der Mobilien.*“

Hat es zwar dennoch seine Richtigkeit, daß der deutsche Ausdruck **Mobilien** ein mehreres enthalte, als was man unter **Möbeln** zu begreifen pfleget, wohin man nämlich alle solche bewegliche Sachen rednet, welche zum bequemen Gebrauch oder Verzierung einer Wohnung oder eines andern Aufenthalts bestimmt sind ^e), so mag er sich doch angeführtermassen nicht eben aufs gesammte bewegliche Gut erstrecken ^f), es wäre denn, daß die Meinung dererjenigen, die darüber contrahiret, oder sonst darüber disponirt hätten, das Gegentheil ergeben sollte. Dergleichen dürfte in zweifelhaften Fällen sodann anzunehmen seyn, wenn sich ein Schenkungsbrief, oder Vermächtniß nicht sowohl auf **Mobilien** einschränken, als es vielmehr darin heissen sollte, daß man einem andern sein gesammtes **Mobiliar-** oder bewegliches Vermögen überlassen wolle ^g).

So weit meine Erfahrung gehet, pfleget man unter Mobilien nicht allein gesammte Möbeln, oder solche Sachen, die zum bequemen Gebrauch, oder zur Zierde einer Wohnung oder andern Aufenthalts gereichen, zu verstehen, sondern auch darunter besonders den sogenannten Hausrath zu begreifen. Zu letzterem gehöret nun alles dasjenige, was zu einer ordentlich eingerichteten Haushaltung erfordert wird, oder zum Gebrauch in einer gewissen Haushaltung besonders angeschafft worden, und dabei nicht zu einer andern Classe von Sachen, die einen besondern Namen hat, gerechnet werden kann ^{h)}. Sind nun aber die Haushaltungen in den Städten von denen auf dem Lande sehr unterschieden, so ergiebet sich von selbst, daß auf dem Lande andere und mehrere Dinge zu den Mobilien gerechnet werden müssen ⁱ⁾, als in den Städten, und daß umgekehrt wiederum in den Städten, besonders nach Verschiedenheit des Standes, mehrere Dinge für Mobilien gelten müssen, als auf dem Lande ^{k)}.

Nach dem bisher Angeführten muß man daher zu den Mobilien nicht allein alle Möbeln rechnen, die zur Zierde eines Zimmers oder einer Wohnung dienen, als z. B. Schlags- und Wanduhren, Kron- und Armleuchter, Statuen ^{l)}, Gemälde, Schildereien, Toilette, Spiegel, Tische, Stühle, Schränke, Canapee, Commoden, Gardin u. dgl.; sondern es gehören auch dahin alle diejenigen Sachen, die überhaupt zum Hausrath zu rechnen. Hieher gehöret alles Silberzeug, das wirklich sich im Gebrauch derjenigen Haushaltung, wovon die Rede, befindet, oder dazu bestimmt ist, es mag auch im übrigen eine Form haben, welche es will. Ferner kann man dahin rechnen alle kupferne, zimmerne, messingne, eiserne, hölzerne, irdene, Stein- und andere Geräthschaften, in sofern sie anders zum Gebrauch derjenigen Haushaltung, wovon die Rede gewesen

wesen, wirklich gedienet haben, und nicht zum Betrieb eines gewissen Geschäfts oder Gewerbes inner- oder außerhalb der Wohnung bestimmt gewesen ^{m)}). Unter diesen Einschränkungen gehören noch weiter zu den Mobilien, außer eigentlichen Möbeln, Betten, Vertstellen, Bänke, Gläser zum Trinken, Bouteillen, Schwenk- und andere Kessel, Küchen- und Braugeräthe ⁿ⁾, Leinen und Bettzeug, und überhaupt alle diejenigen Sachen, die zu einer ordentlichen Haushaltung gehören, und zum wenigsten in derjenigen, wovon die Rede, entweder wirklich schon gebraucht worden, oder doch dazu bestimmt gewesen waren.

Dahingegen aber sind nach dem vorhin Angeführten unter dem Titel der Mobilien folgende Sachen nicht zu begreifen, in dem solche weder für Möbeln, noch für Hausrath angesehen werden können, nämlich sogenannte Preciosa, Juwelen, Perlen, sie mögen eingefast seyn oder nicht, ferner Ringe, Medaillen, seltene Münzen, baare Gelder und Capitalien, Dames- und Taschenuhren, Kutschen, Wagen, Porrechaissen, Drauerie, Statuen im Garten, die zur Unterhaltung der Gebäude, Bestellung eines Lust- Obst- und Küchengartens erforderliche Materialien, Geräthschaften, Gesäme und Bäume in der Baumschule. Man kann ferner nicht zu den eigentlichen Mobilien nach dem heutigen Gebrauch rechnen, das etwa vorhandene Brennholz, die vorräthigen Victualien, vom Felde oder Garten eingesammelte Früchte, nützliches Haus- und Schlachtvieh, das noch nicht zum wirklichen Gebrauch gekommene und verarbeitete Fleisch, Garn und Leinwand. Ein gleiches gilt von musicalischen Instrumenten, insofern sie nicht zur Verzierung eines Zimmers dienen, folglich schon als Möbeln anzusehen sind, ferner von Büchern, Bücherbehältnissen, Naturaliensammlungen, Wollen- Bett- und Böhren Zeuge, insofern

insofern solches noch nicht zu einem gewissen Gebrauch in der Haushaltung bestimmt und in der Arbeit gewesen seyn sollte, auch überhaupt von allem demjenigen, was so wenig für Möbeln zu achten, als zum eigentlichen Hausrath zu rechnen stehet.

In dem angeführten Rechtsfall konnte es um so weniger einiges Bedenken haben, daß die angeführte Erklärung von Mobilien billig anzunehmen, als sie einestheils, so viel ich weiß, die gewöhnlichste ist, anderntheils aber auch die Testatrix sich darüber, was sie denn eigentlich unter dem Ausdruck bey ihrem Vermächtniß, *meine sämmtlichen Mobilien*, verstanden wissen wolle, nicht deutlich geäußert hatte, folglich auch die Auslegung des Legats billig in solcher Maasse gemacht werden mußte, daß sie dem eingeseßten Erben, dessen Vortheil der Erblasser wahrscheinlich nicht unbeherziget gelassen hatte, am wenigsten zum Nachtheil gereichte ^{o)}. Da ferner oben angeführtermassen die Testatrix bei dem Vermächtniß ausdrücklich die Worte hinzugefüget hatte, mit Inbegriff der 4 schwarzen ledernen Koffer und des darin befindlichen Leins, an einer andern Stelle ihres Testaments aber, noch einer andern Person alles Lein- und Tischzeug, so im Gebrauch war, insbesondere vermacht hatte, so ließ sich auch nicht anders vermuthen, als daß sie es als sich von selbst verstehend vorausgesetzt habe, daß alles übrige Lein, besonders aber alles vorräthige Flach und Garn nicht sowohl der Legataria, als ihren eingeseßten Erben anheim fallen solle. Die bekannte Regel, daß eine unrichtige oder überflüssige Demonstration einem Vermächtniß an und für sich nichts von seiner Kraft entziehe ^{p)}, konnte auch nicht von Einfluß seyn, da hier nicht das Vermächtniß an und für sich, sondern nur dessen Erklärung und Umfang den eigentlichen Gegenstand des Streits ausmacht.

- a) VOETIUS *ad Pandectas Lib. 1, Tit. 8, §. 11, 13.*
- b) *L. 93. D. de Verbor. significat.*
- c) *Novella 22. cap. 45. §. 2. CARPZOV in Jurisprud. forens. P. 3. Const. 23. Def. 7.*
- d) *L. 3. D. de Tritico, vino vel oleo legat. L. 69. pr. de Legat. 2. FACHINAEUS in controuers. Iuris L. 13, c. 73. p. 780.*
- e) Das neue Preussische Gesetzbuch, a. O. §. 14.
- f) Daß jedoch der Ausdruck Effecten, alle bewegliche Sachen, außer dem baaren Gelde, und dem Capitalsvermögen, unter sich begreife, bestimmt das neue Preussische Gesetzbuch a. O. §. 13.
- g) Hiemit stimmt das neue Preussische Gesetzbuch a. O. §. 10. überein, in sofern nicht von solchen Dingen, die sonst zwar zum Mobilien oder Mobilienvermögen gehören, die Rede seyn sollte, die aber dermaßen als Pertinenzstücke zu einer unbeweglichen Sache zu rechnen sind.
- h) Hommel im Pertinenz- und Erbfindungs-Register (dessen *Rhapsodia Quaestionum in foro quotidie obuenient, neque tamen Legib. decisar. Obs. 438.*).
- i) Hierüber verweise ich den Leser auf *Stryckens Usum modernum, Lib. 30 — 32. §. 43.*
- k) Daß jedoch bey Bestimmung derjenigen Sachen, die zu den Mobilien zu rechnen, gar vieles auf die Gewohnheit eines jeden Landes ankomme, versteht sich von selbst. So werden z. B. in Sachsen noch andere Dinge zu den Mobilien gerechnet, als man in andern Ländern dahin zählt. Hommel c. l. Herrmann im *Syst. Iur. civil. Lib. I. Tit. 8. §. 14.*
- l) Es ist jedoch nur von solchen die Rede, die zur Verzierung eines Zimmers dienen. Denn diejenigen, die im Garten stehen, sin. als Pertinenzstücke desselben anzusehen.
- m) Bloße Geräthschaften, das ist solche bewegliche Sachen, welche zum Betrieb eines gewissen Geschäfts oder Gewerbes, in oder außer der Wohnung, bestimmt sind, will das Neue Preussische Gesetzbuch a. O. §. 16. 18. zwar auch unter den Mobilien begriffen wissen. Ja zweifelte jedoch, ob bey dem Mangel einer solchen besonderen Vorschrift sich solches im Allgemeinen behaupten lasse, und kann daher den Satz nur unter der gemachten Einschränkung als einen solchen, der allenthalben anwendlich, annehmen.

n) In

n) In sofern jedoch von einer Bräuerergerechtigkeit oder Mahrung die Rede, versteht sich von selbst, daß Brauergerechtigkeit nicht für gemeine Mobilien geachtet werden können, sondern als Pertinenzstücke vom Brauwesen zu achten sind.

o) L. 34. §. 5. und L. 67. §. 3. de Legat. 2. FINCKELTHAUSS Obs. 121. n. 9.

p) L. 17. pr. L. 34. pr. L. 40. §. 4. de Cond. et Demonstrat. ibus.

XLII. Bemerkung.

Eine Pfändung, die lediglich zur Erhaltung und Vertheidigung habender Rechte vorgenommen wird, darf sich nur auf ein oder anderes Haupt (Stück) Vieh einschränken.

Mit Recht schreibt MEVIUS P. 1. Dec. 34. n. 17. „Immoderata Pignoratio semper improba est, inde quae pro lure tantum conservando vel Praejudicio auertendo usurpatur, contenta est modico, sicuti ex grege pecoris unum vel alterum caput tantum retinetur, non totus Grex Si pro damno sit pignoratio, non ultra illius aestimationem, et quod in alimenta sumtusque exigitur, fit retentio.“ Wenn es daher gleich einem Pfandnehmer erlaubt ist, nach der Größe des von einem Andern Vieh erlittenen Schadens und künftigen Pfandgeldes, auch nach demjenigen, was dem Gericht gebühret, etliche Häupter Vieh zu pfänden *), so muß sich jedoch die Pfändung, insofern sie lediglich zur Verhütung eines gewissen Nachtheils und zur Erhaltung bey habenden Gerechtsamen ausgeübet werden soll, nur auf ein oder anderes hauptsächlich einschränken, und gewöhnlich genüget schon die Pfändung eines einzigen Hauptes. Bewährte Rechtslehrer sehen die Pfändung des Viehes eines Andern als eine Art von Nothwehr an, die nicht weiter ausgeübet

bet werden darf, als es die Grenzen einer rechtmäßigen Vertheidigung erfordern ^{b)}. Fände sich daher das Gegentheil, so ist dem Pfandnehmer alles Futter- und Pfandgeld wegen des unnothigermesse gepfändeten Viehes billig abzusprechen, besonders wenn es nur auf die Abwendung eines Nachtheils und die Erhaltung bei gewissen Gerechtsamen ankommen sollte ^{c)}.

- a) Diese Bestimmung findet man gewöhnlich in den Landesgesetzen. (Man sehe die Pommer'sche Land- u. Hauer- Gesinde Tagelöhner- und Schäfersordnung Tit. 17. (Dähner's Sammlungen, Th. 3. S. 840. 841.) Die Mecklenburg'sche Land- und Hofgerichtsordnung, Th. 2, Tit. 4. §. 1.

- b) LEYSER *Spez.* 595. n. 5. 6.

- c) Brunnemann von den Privatpfändungen. Daß überdies wegen einer sehr ungebührlichen Pfändung eine willkürliche Strafe statt finden könne, leidet kein Bedenken.

XLIII. Bemerkung.

Ueber eine versprochene Zahlung nach Bequemlichkeit.

In einem Vergleich war unter andern bestimmt: „Die 400 Thlr. Capital, welche A. dem B. restiret, werden von erstem, sobald es ihm bequem fällt, und nach seinem Tode sogleich aus desselben Nachlaß an den B. oder desselben Erben entrichtet.“ Hier entstand die Frage: Wann nun der A. nach diesem Vergleich eigentlich zur Zahlung angehalten werden könne? Kann es nun gleich keinen Zweifel leiden, daß der Ausdruck „sobald es ihm bequem fällt, zum Besten eines Schuldners mehr sage, als wann die Bezahlung etwa nur sobald als möglich wäre versprochen, weniger aber gleichwohl, als wenn die Bezahlung etwa lediglich dem Gutbefinden ^{a)} des Schuldners wäre überlassen worden; so bleibt es dennoch ein-
2ter Th. D ger

germaßen zweifelhaft, welchen Sinn man eigentlich jenen Worten im Vergleich beizulegen habe, ohne dem einen oder andern zu nahe zu thun. Denn so ist es zwar unbedenklich, daß in dem Fall, da die Bezahlung lediglich der Willkühr oder dem Gutbefinden, oder dem Gefallen eines Schuldners überlassen seyn sollte, der letztere bei Lebzeiten dieserhalb überall nicht besprochen, oder zur Bezahlung angehalten, und solche nur nach seinem Ableben von seinen Erben gefodert werden könne ^{b)}, daß aber in dem Fall, wo die Zeit der Abtragung der Schuld nur nach Möglichkeit geschehen sollen ^{c)}, der Zahlungsstermin nach richterlichem Ermessen zu bestimmen sey ^{d)}. Allein ein anderes ist es, wenn gesagt worden, daß die Bezahlung, sobald es bequem fälle, geschehen solle. Nun kann es zwar auf der einen Seite scheinen, daß die Absicht mit dieser Clausel eigentlich nur dahin gegangen sey, daß der Schuldner mit der Bezahlung nicht übereilet, und ihm eine geräumige Frist zur Bezahlung gelassen werden solle, er aber demnächst, insofern er keine noch fortdauernde Unbequemlichkeit würde zeigen, oder einen Zuwachs seines Vermögens erwarten können, zur Bezahlung anzuhalten sey. Auf der andern Seite kann es aber auch das Ansehen gewinnen, daß die Bezahlung lediglich in dem Gutbefinden des Schuldners verstelllet worden, weil es im Vergleich heißt, daß auf den Fall, daß er bei Lebzeiten keine Bezahlung leisten würde, solche nach seinem Tode sogleich aus seinem Nachlaß geleistet werden solle. So viel hat nun unstreitig zwar seine Richtigkeit, daß die Clausel im Vergleich, daß die Zahlung geschehen solle, sobald es dem Schuldner bequem fällt, zu seinem Besten gekehrt, und daher die erstere Erklärung nichtfüglich ohne Einschränkung statt finden könne; allein gleichwohl läßt sich denn doch auch nicht behaupten, daß es schlechterdings dem Gutbefinden des Schuldners überlassen seyn solle, ob und wann er die Bezahlung leisten, und ob er noch bei seinem Leben dazu Anstalt

Anstalt machen wolle. Wäre letzteres die Meinung der Transigirenden gewesen, so hätten sie die Bezahlung nicht grade von der Bequem- oder Unbequemlichkeit des Schuldners abhängen lassen dürfen, sondern es vielmehr lediglich seiner Willkühr überlassen müssen. Natürlicherweise kann man daher der angeregten Stelle im Vergleich nur die Deutung geben, daß der Schuldner, sobald es ihm bequem fiele, zahlen sollte, und wann dieser Fall bei seinen Lebzeiten nicht eintrete, die Schuld aus seinem Nachlaß berichtigt werden müßte. Hiernach kommt nun alles darauf an, wie man denn eigentlich den Zahlungstermin nach der Clausel, sobald es ihm bequem fällt, bestimmen soll? Die Gesetze haben nun zwar diese Frage eben nicht ganz unbeantwortet gelassen. Denn so heißt es im L. 79. §. 1. D. de iur. Dotum folgendergestalt: „Pater filiae nomine centum doti ita promissit cum commodissimum esset, Atejus scripsit, Servium respondisse, cum primum sine turpitudine et infamia dari possit, deberi;“ und im L. 125. de Verb. significat. „Ab eo, qui ita dotem promissit: cum commodum erit, dotis filiae meae tibi erunt aurei centum, putasne, protinus nuptiis factis dotem peti posse? quid, si ita promississet, cum potuero, doti erunt? Quod si aliquam vim habeat posterior obligatio, possit verbum quomodo interpretaris? utrum aere alieno deducto, an extante? Proculus: cum dotem quis (ita) promissit, cum potuero, dari tibi erunt centum: existimo, ad id, quod actum est, interpretatiorem redigendam esse; nam qui ambigue loquitur, quod ex his, quae significantur, sensus: propius tamen, ut hoc cum sensisse existimem, deducto aere alieno potero: potest etiam illa accipi significatio, cum salva dignitate mea potero: quae interpretatio eo magis accipienda est, si ita promissum est, cum commodum erit, hoc est, cum sine incommodo meo potero.“

Es bemerkt jedoch ein jeder leicht, daß diese Gesetze in keine Wege alle Zweifel über die richtige Erklärung eines Versprechens, wornach man nur nach Bequemlichkeit zahlen soll, heben, und daher Leyser ^{e)} eben nicht unrecht habe, wann er von dem L. 125. de verb. Sign. behauptet, daß Proculus darin ein Obscurum per magis obscurum erkläre. Die- nem Bedünken nach ist jedoch in zweifelhaften Fällen nicht ohne Beistimmung der angeführten Gesetze eine versprochene Zahlung nach Bequemlichkeit dahin zu erklären, daß man sodann die Bezahlung leisten wolle, wann man solches ohne Schaden und Unrecht anderer Gläubiger, und ohne Nachtheil seiner eigenen und dererjenigen, denen man dazu verpflichtet ist, nöthigen Unterhaltung thun könne. Wann man inzwischen auch diese Erklärung annimmt, so entsteht jedoch eine neue Frage, wem denn eigentlich der Beweis der vorhandenen Bequem- oder Unbequemlichkeit obliege? und worauf ein solcher Beweis eigentlich zu richten sey? Da jedoch die Clausel, daß der Schuldner nur nach Bequemlichkeit Zahlung leisten solle, sie mag sich übrigens in einer Verschreibung oder in einem mündlichen Versprechen gründen, untreitig zu Gunsten des Schuldners gemacht worden, so scheint daraus von selbst zu folgen, daß nicht sowohl demselben, als vielmehr dem Gläubiger der Beweis obliegen müsse, daß ersterer ohne seine Unbequemlichkeit zahlen könne. Es fällt jedoch von selbst auf, daß ein solcher Beweis besonders sodann mit vielen Schwierigkeiten verbunden sey, wann der Erwerb oder die Vermögensumstände des Schuldners seit seinem Versprechen, oder der erhaltenen Erlaubniß, nach Bequemlichkeit zahlen zu können, dieselben geblieben, und seit dieser Zeit keinen Zuwachs gehabt haben sollten. Denn wahrscheinlicher Weise haben da die Contrahenten auf eine solche Ereigniß ihr Augenmerk gerichtet gehabt, weil ja sonst nicht abzusehen, warum sie den Zahlungstermin zur Ver-

Verhütung unnöthiger Streitigkeiten nicht sofort bestimmt und außer Zweifel gesetzt haben sollten. Billigerweise wird daher der den Gläubiger treffende Beweis, daß sein Schuldner nunmehr ohne Unbequemlichkeit zahlen könne, dahin näher bestimmt, daß nämlich die Vermögensumstände des letzteren seit der Zeit des gethanen Versprechens, nach Bequemlichkeit zu zahlen, einen Zuwachs und Verbesserung gewonnen haben ^h).

- a) Der Ausdruck, daß es mit der Zahlung Zeit genug habe, ist mit demjenigen nach Gutbefinden von gleicher Wirkung. LEYSER *Spec.* 528. n. 13.
- b) *Arg. L. 4. Locati.* BERGER in *Oeconomia Iuris*, Lib. 3. Tit. 1. Th. 8. n. 1. WERNER T. 1. P. 3. *Obs.* 113. LEYSER c. 1. Eben so heißt es im *Neu u. Preussischen Gelehrtenbuch*, Th. 1. Tit. 5. §. 238. „Wann die Zeit der Erfüllung der Willkühr des Verpflichteten ausdrücklich überlassen ist, findet die Anstellung einer Klage darauf erst nach dem Tode des Verpflichteten statt.“
- c) Daß auch derjenige, der nur sobald möglich, oder nach guter Gelegenheit zu zahlen versprochen hat, allererst nach geschehener Interpellation in Mora versetzt werde, leidet keinen Zweifel. HOMMEL *Obs.* 137. und 215.
- d) WERNER *Tom.* 3. P. 4. *Obs.* 93. Klaproth von *Contracten*, Th. 2. §. 125. Daß auch sodann der Zahlungsstermin von dem richterlichen Ermessen abhängt, wann entweder überall kein Termin zur Zahlung vom Schuldner gesetzt worden, oder auch der letztere sich nur dergestalt erklärt hätte, daß er zahlen wolle, sobald er könne, leidet kein Bedenken.
- e) c. 1.
- f) Daß jedoch dem Schuldner der Gegenbeweis darüber, daß entweder der angebliche Zuwachs oder die Verbesserung seiner Umstände ungegründet sey, oder dem ungeachtet noch fortwährend es ihm nicht bequem falle, die verlangte Zahlung zu leisten, frey bleiben müsse, leidet kein Bedenken.

XLIV. Bemerkung.

Ein Sachwalder, der die gerichtliche Besorgung der Geschäfte seines Klienten einem Procurator aufgetragen hatte, wird in der Regel wegen der Procuraturgebühren nicht gehalten.

Scheinet gleich dem ersten Ansehen nach das Gegentheil von diesem Satz statt zu finden, zumal wenn vielleicht gar von einem Klienten, der außer Landes gewohnt und dem Procurator gänzlich unbekannt gewesen, die Rede seyn sollte, und mögte sich daher der letztere zur Erhaltung seiner Gebühren von dem Advokaten, der ihm die Sache aufgetragen hatte, auf den L. 6. § 5. *Mandati* und §. 6. *Inst. eod.* berufen können, so gehören doch diese Gesetze nicht hieher, und es hat bei dem angeführten allgemeinen Satz das Verwenden, wie von dem Königlichem Ober-Appellationsgericht zu Celle ^{a)} dafür gehalten worden ^{b)}. Es leidet jedoch der angeführte Satz, wie sich schon von selbst versteht, sodann eine Ausnahme, wenn der Advokat bei Uebertragung der Sache dolose gehandelt ^{c)} oder die Sache als eine eigene dem Procurator aufgetragen, oder demselben der Sicherheit und Bezahlung halben sich verpflichtet haben sollte ^{d)}. Da jedoch diese Ausnahmen nicht zu vermuthen stehen, auch aus einer bloßen Empfehlung der Geschäfte eines andern keine eigene Verbindlichkeit erwächst ^{e)}, so liegt dem Procurator zur Begründung seines Klagerechts gegen den Advokaten ob, die von dem letzteren übernommene Verbindlichkeit zu seiner Schadloshaltung, oder andere Fälle der Ausnahme zu beweisen ^{f)}.

a) PUFENDORF *Tom. I. Obs.* 128.

b) Es ist jedoch in dem gemeinem Bescheide des K. G. Tribunals von 1831, n. 15 zum Besten der Procuratoren verordnet, daß wenn etwa Advok.

Advokaten den Procuratoren gewisse Sachen für sich allein recommendiren, und nicht die Parteien an dieselben verweisen, damit sie ihrer Sicherheit halber sich mit ihnen vergleichen können, und Procuratoren lediglich der Advokaten guten Glauben, weil sie die Parteien und deren Umstände am besten kennen, folgen, die Advokaten auch sowohl der Arrhorum und Salarien, als auch der vorgeschossenen Gerichtsgebühren halber gehalten seyn sollen.

e) Dahin gehöret auch der Fall, wenn beweislichermassen der Advokat die Gebühren des Procuratoris seiner Partei in Rechnung gebracht, solche auch bereits bezahlet erhalten und nicht wieder abgegeben haben sollte.

d) MEVIUS P. 8. Dec. 72. PUFENDORF cc. II.

e) L. 12. §. 12. Mandati, L. fin. Cod. quod cum eo qui in alien. potest.

f) PUFENDORF c. I.

XLV. Bemerkung.

Der Beweis eines Vermächnisses oder Fideicommisses, das sich auf mündliche Erklärung des Erblassers gegen den gegenwärtigen Erben gründet, mag ausser der Eideszuschreibung auch durch andere Beweismittel geführet werden.

Ist es gleich entschiedenen Rechts, daß zwar Vermächnisse zu ihrer Gültigkeit die Gegenwart von fünf Zeugen erfordern ^{a)}, inzwischen es darauf eben nicht ankomme, wenn der Erblasser seinen Willen, dieser oder jener Person ein gewisses Vermächniß zu hinterlassen, dem gegenwärtig gewesenen Erben mündlich erklären haben sollte ^{b)}, und ist man sich gleich nach dem deutlichen Ausspruch der Gesetze auch darüber einig, daß in solcher Hinsicht vom Legatar dem Erben der Eid zugesprochen werden könne ^{c)}, so fehlet es doch nicht an unterschiedenen Meinungen darüber, ob denn grade die Eidesdelation das einzige Mittel sey, dessen

dessen sich der Legatar bedienen könne, um dadurch die Sache selbst, oder daß der Erblasser seinem Erben mündlich seinen Willen, ihm ein bestimmtes Vermächtniß auszukehren, erklärt, zu beweisen? Obgleich die bejahende Meinung ^{d)} in den angeführten Gesetzen selbst scheinbare Unterstützung findet, so ist sie jedoch der Analogie der Rechte, wornach dem Beweisführer die Wahl unter mehreren überhaupt nach den Gesetzen zulässigen Beweismitteln gebühret ^{e)}, entgegen, und selbst die Gesetze, die dem Legatar erlauben, zum Beweise, daß der Erblasser dieses oder jenes seinem gegenwärtig gewesenen Erben mündlich aufgetragen habe, sich der Eidesdelation zu bedienen, schließen andere Beweismittel nicht aus. Mit Recht vertheidigen daher verschiedene Rechtslehrer auch den Gebrauch anderer Beweismittel, und besonders den Beweis durch Zeugen, oder Urkunden in dem angeführten Fall ^{f)}, und der neuere Gerichtsgebrauch pflegt damit ebenfalls übereinzustimmen ^{g)}.

a) L. 22. Cod. de Fideicommiss. L. ult. Cod. de Testament. I. ult. Cod. de mort. Cauf. donat.

b) L. 32. Cod. de Fideicommissis §. ult. Inst. de Fideicommissar. hereditat.

c) Cit. L. 32. C. de Fideicommiss. und §. ult. Inst. de Fideicommissar. hereditat. CARPZOV P. 3. Conf. 8. Def. 40. BRUNEMANN ad legem 32. C. de Fideicommissis.

d) WERNHER Comment. ad Pandect. L. 36. T. 1. §. 6. WALCH in Controuers. Iur. civil. S. 3. C. 4. m. 2. §. 49.

e) Dantz in den Grundsätzen des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processus. §. 238.

f) WERNHER P. 3. Obs. 2.

g) KIND in Quaestionibus forensibus Observationibus ac passim Decisionibus Elect. Saxon. Supremi Prouocat. Tribunalis collustrat. Lips. 1792. Cap. 62. §. 238.

XLVI. Bemerkung.

Kirchenprovisoren können eigenmächtig kein Pacht-
oder Miethungsrecht auf Lebenszeit des Conductoris
gestatten.

Da Kirchenbeamte, oder sogenannte Kirchenprovisoren nur als bloße Verwalter des Kirchenvermögens anzusehen sind und sich darüber keine willkürliche Disposition anmaßen können ^{a)}, so folget von selbst, daß eine Verpachtung oder Vermietung, in sofern sie auf ungewöhnliche, oder gar auf Lebenszeit desjenigen, an dem sie geschieht, ertheilt werden soll, nicht lediglich von solchen Kirchenbeamten abhängen, sondern, besonders in protestantischen Ländern nur mit Bewilligung des Landesherren, oder desjenigen Gerichts, dem der Landesherr seine Befugnisse übertragen, geschehen könne. Es sind daher außer einem solchen Fall, die von Kirchenprovisoren einseitig auf Lebenszeit bewilligten Vermietungen als *Alienationes prohibitas* anzusehen und können daher sowohl von dem Alienante als dessen Nachfolgern widerrufen werden ^{b)}. Daß überdem solche Kirchenbeamte auf allem Fall zum Schadenersatz aus eigenen Mitteln wegen ihres übereilten Versprechens angehalten werden können, leidet kein Bedenken.

a) Wie sie in den Grundsätzen des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts. § 441.

b) G. L. BOEHMER in *Princip. Iuris Canonici Edit.* Cap. §. 622.

XLII. Bemerkung.

Ob derjenige, der vorhin in Possessorio obgesieget hatte, demnächst aber in Petitorio unterlieget, zum Ersatz der erhobenen Nuzungen gehalten werde?

Die ältere und neuere Praxis beim Reichskammergericht stimmt in Beantwortung dieser Frage nicht überein. Gail ^{a)} scheint die Frage zu verneinen und denjenigen daher, der in possessorio gewonnen, hingegen im petitorio verloren hatte, zum Ersatz der Fructuum nicht gehalten wissen zu wollen. Ludolf ^{b)} ist hingegen der entgegengesetzten Meinung. Er bemerkt, daß ein Beklagter in Petitorio sich zwar darauf berufen habe, daß er vorhin im Possessorio obgesieget hätte und daher a Restitutione Fructuum frei seyn müsse, daß man aber dafür gehalten habe, daß die Erkenntniß im Petitorio die vorhergehende im Possessorio ungültig mache, der Beklagte sich sodann auch nicht mit einer probabili litigandi causa schützen könne, und im Gegentheil vielmehr als ein Possessor malae fidei zum Ersatz der erhobenen Nuzungen gehalten werde. Lauterbach ^{c)} will unterschieden wissen, ob von fructibus ante litem Contestationem, oder post litem Contestationem in Petitorio die Rede sey. Die ersteren gebühren demjenigen, der in Possessorio geschützt worden, die letzteren aber demjenigen, der in Petitorio eine obsiegliche Urtheil erhalten. Lauterbach bemerkt zugleich, daß die Meinung, vermöge deren dem Kläger in Petitorio nur von der Zeit der im letzteren geschehenen Litis Contestation die Fructus gebühren, die billigste und die richtigste sey, und daß damit die tägliche Praxis beim Reichskammergericht übereinstimme. Der Reichskammergerichtsassessor von Cramer ^{d)} gehet vom Verlich, Gail, und Ludolf ab, stimmt am meisten mit Lauterbach überein, und schreibt über diese Materie, nachdem er die Ludolfische Theorie

rie angeführet, folgendergestalt: „Allein wie kann derjenige,
 „welcher autore Praetorum im Besiz sich befindet, und fructus
 „percipiret, pro possessore malae fidei gehalten werden, und
 „eben deswegen Sententia in petitorio, praecedentem in
 „possessorio irritam machen, die wie jene cum causae cogni-
 „tione ertheilet worden. Man lasse es auch seyn, quod mul-
 „ta, vt ait Vir beatus, hujus rei iudicata sint in Imperia-
 „li Camera. Praxis Camerae ist diesfalls nicht gleichförmig.
 „In Sachen Georg Philip v. Fleckenbühl contra weiland
 „Christian Albrecht Müllern modo dessen Erben ist das Ge-
 „gentheil beobachtet worden. Das Possessorium war 1689
 „decidirt, und das Petitorium Anno 1711, also 22 Jahre
 „hernach instituirt, und fructus ausdrücklich von Zeit erlang-
 „ter Possession begehret, jedoch nur a die litis in Petitorio
 „coeptae zuerkannt.“ Die neuere Praxis beim Reichskam-
 „mergericht scheint inzwischen doch von der Cramerschen Theo-
 „rie zum wenigsten in dem Fall abzugehen, wenn das Petitori-
 „um nicht besonders angestellet seyn sollte, sondern die Sache
 „nach und nach in denselben Verhandlungen ins Petitorium
 „übergegangen wäre. Denn sodann pfleget man den Beklagten,
 „der im Petitorio verloren, als einen Possessorem malae fidei
 „anzusehen, und ihn daher zum Ersaz der Früchte schuldig zu
 „erkennen. Ich kann mich dieserhalb auf die Höscherische
 „Sammlung merkwürdiger am Kaiserlichen Reichskam-
 „mergericht entschiedenen Rechtsfälle mit ausführlicher
 „Erörterung wichtiger Rechtsfragen beziehen, als woselbst
 „es in dem 1794 herausgekommenen sechsten Theil §. 117.
 „heißt: „In einem Fall, wie der von Cramern angeführte
 „war, da zwischen dem entschiedenen Possessorio und angestell-
 „ten Petitorio ein ziemlicher Zwischenraum verstrich, wo also
 „Victor in Possessorio sich in b. f. zu befinden berechtigt ist,
 „bis der Kläger petitorische Gründe bringt, würde die Cramer-
 „sche

„sche Meinung ebenber einleuchten. In dem vorliegenden Fall
„aber ist das Petitorium nicht separatim angestellt worden,
„sondern die Sache ist nach und nach in den nämlichen Verhand-
„lungen ins Petitorium übergegangen. Man kann daher den
„Appellantischen Theil in so weniger von den a morte ultimi
„Vasalli zu ersiehenden fructibus frei sprechen, als derselbe bei
„den in Händen habenden Testamente und Ehepacten nicht an-
„ders als in mala fide seyn konnte.“ Ein zugleich vom Jahr
1789 beim Reichskammergericht gesprochenes Urtheil stimmt
auch mit diesen Lehnsätzen überein, und ich mag die letzteren auch
nicht anders als ein sehr angemessenes Temperament in dieser
Materie finden.

a) *Lib. 1. Obs. 63.* Gail sagt an dieser Stelle ganz bestimmt: „Et quod
„Victori in possessorio fructus percepti debeantur, etiam si in eodem
„sententia in petitorio succumbat. Man sehe auch BERLICH *P. 2.*
Dec. 7. n. 485.“

b) *Tom. 4. Obs. 341.*

c) *In Collegio Theoret. pract. Lib. 41. Tit. 1. §. 115.*

d) In den Weglarschen Nebenstunden *Th. 13. n. X. §. 1. 2. p. 87.*

XLVIII. Bemerkung.

Ausnahme von der Regel, daß die Aufforderung zur
Vertretung (Litis Denuntiatio) dem nächsten und unmittelbaren
Urheber geschehen müsse.

Der Satz, daß die Aufforderung zur Vertretung oder die
Streitsverfindigung (Litis Denuntiatio) dem unmittelbaren
Urheber, von dem man eine gewisse Sache, worauf Jemand
Anspruch

Anspruch macht, oder weshalb man doch Streit besorget, geschehen müsse, ist zwar der Natur der Sache und auch bekannten Rechten gemäß. Denn so ist es ja nur derselbe, mit dem man den Contract geschlossen hatte, und mit dem entfernten Urheber, von dem die im Streit befangene Sache ursprünglich herkommt, hat man hingegen eigentlich nichts zu thun, da derselbe zum wenigsten gewöhnlich nicht mit in dem Contract aufgenommen wird, und daher sich auch auf allem Fall nicht eben ausdrücklich zur Vertretung und Schadloshaltung gegen den jetzigen Besitzer verbindlich gemacht hat. Die Rechtslehrer pflegen jedoch von dem Satz, daß die Streitsverkündigung dem entfernten Urheber nicht geschehen könne, sodann eine Ausnahme zu machen, wenn derjenige, von dem man unmittelbar die Sache, worüber man jetzt besprochen wird, erhalten hat, seine Rechte dem Beklagten cediret und abgetreten haben sollte ^{a)}. So wenig sich nun diese Ausnahme bezweifeln läßt, so sündet auch dieselbe sodann überhaupt Start, wann der nächste Urheber verarmet, oder es doch sonst offenbar seyn sollte, daß damit, oder wenn man sich nur an ihn halten wollte, nur Zeit und Kosten vergeblich würden versplittert werden, und der entferntere Urheber doch auf allem Fall den Schaden ersetzen müßte ^{b)}. Denn unter solchen Umständen kann der entfernte Urheber die von ihm verlangte Vertretung nicht füglich ablehnen.

a) WERNHER *Tom. 2. P. 9. Obs. 28.*

b) BERGER in *Elect. Discept. forens. Tit. 14. Obs. I. n. 5.*

XLIX. Bemerkung.

Ueber die Frage, ob ein Blinder bei einem mündlich ausgesprochenen Testament Zeuge seyn könne?

So richtig auch die Verneinung dieser Frage dem ersten Ansehen nach zu seyn scheint, so fehlet es doch, um solche bejahen zu können, eben nicht an allen scheinbaren Gründen ^{a)}. Denn so pfleget man überhaupt einen Blinden als einen vollgültigen Zeugen anzusehen, wenn es eben nicht grade auf Dinge, wozu das Gesicht erfordert wird, ankommen sollte ^{b)}, und dieses dürfte doch bei einem Testamento nuncupatio in alle Wege der Fall seyn, indem er ja bei letzterem, da es hauptsächlich aufs richtige Hören ankommt, alles dasjenige anscheinlich leisten kann, was die Gesetze zu einem Testamentszeugen überhaupt erfordern. Im §. 6. *Inst. de Testament. ordinand.* heißt es auch im Allgemeinen: „*Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus Testamenti factio est,*“ und dieses scheint denn auch in dem angenommenen Fall auf Blinde zu passen. Wollte man etwa dagegen einwenden, daß gleichwohl im L. 9. C. *de Testament.* vorgeschrieben worden: „*Si non speciali privilegio patriae tuae iuris observatio relaxata est, et testes non in Conspectu Testatoris testimoniorum officio functi sunt: nullo iure Testamentum valet,*“ so gehen doch die Worte, in Conspectu Testatoris allem Ansehen nach nicht sowohl auf die Beschaffenheit der Zeugen, als vielmehr nur auf den Testirer ^{c)}. Muß gleich der eingesetzte Erbe im Leugnungsfall durch zwei vollgültige Zeugen beweisen, daß er in dem Privattestament, wovon die Rede ist, vor sieben Zeugen zum Erben wirklich eingesetzt worden, so findet sich doch nirgends darüber eine gesetzliche Vorschrift, daß auch bei mündlich ausgesprochenen Testamenten das Gesicht zur Fähigkeit eines dabei gebrauchten Zeugnisses nöthig

nöthig sey. So wenig in dem Fall, da ein Fremder an einem Ort testiret, wo man ihn nicht kennet, erforderlich ist, daß er grade den gesammten Testamentszeugen bekannt seyn müsse, wenn anders nur zwei Zeugen mit Gewißheit behaupten können, daß der Testirer derjenige, wofür er sich ausgiebet, auch wirklich sey, eben so wenig dürfte es auch darauf ankommen, daß bei einem mündlich ausgesprochenen Testament die Zeugen insgesammt den Testirer sehen müßten. Bei einem Testament, das mündlich ausgesprochen worden, folglich bloß dem Gedächtniß der Zeugen anvertrauet ist, kann es auch, wie sonst freilich erforderlich ist, eben nicht auf Anerkennung von Hand und Siegel ankommen ^{d)}, und fällt daher auch aller Grund weg, um bei einem Zeugen, der nur die Richtigkeit des vom Erblasser Gesagten bezeugen soll, das Gesicht als etwas Nothwendiges zu einem beim mündlich ausgesprochenen Testament gebrauchten Zeugen zu erfordern. Hiezu kommt endlich noch, daß es nach den von mündlichen Testamenten handelnden Gesetzen zwar allerdings darauf ankomme, daß die Zeugen den Willen des Testirers in einer denenselben verständlichen und bekannten Sprache verstehen, und sich daher im Stande befinden müssen, die Gewißheit seines ihnen bekannten letzten Willens bezeugen zu können ^{e)}, sonst aber es ganz gleichgültig sey, ob sie auch grade die Sprache, worin das Testament abgefaßt worden, verstehen ^{f)}. Daß nun aber auch ein Blinder das erstere bezeugen könne, ist über alle Zweifel erhaben, und solchergestalt dürfte denn die Blindheit allein kein hinreichender Grund seyn, um bloß dieserhalb einen Zeugen von einem mündlichen Testament zu entfernen.

Dieser scheinbaren Gründe ungeachtet, weshalb auch ein Blinder bei einem mündlichen Testament als ein gültiger Zeuge anzusehen, würde ich dennoch denselben in der Regel doch nicht
für

zulässig achten. Denn so gilt in Ansehung der Feierlichkeiten von mündlichen Testamenten eben dasselbe, was von schriftlichen letzten Willensverordnungen^{a)} Rechtsens ist und die Gesetze erfordern bei jenen außer den gemeinen Feierlichkeiten keine besondern und setzen im übrigen bei ihnen nur das voraus, was die Natur der Sache an die Hand giebt ^{c)}. Ist aber dieses, so folget dann von selbst, daß im zweifelhaften Fall für diejenigen Erfordernisse in Absicht der Eigenschaften der Zeugen zu vermuthen sey, die bei schriftlichen Testamenten vorgeschrieben worden. Wenn nun gleich einige Rechtslehrer auch die Eigenschaft des Sehens bei einem Zeugen, der zu einem schriftlichen Testament erfordert wird, eben nicht für nothwendig halten, und den entgegenstehenden Gesetzen einen andern Sinn beilegen wollen ^{b)}, so dürfte es gleichwohl schon der Natur der Sache gemäß seyn, daß blinde Zeugen, um Verzug und Irrthümer in der Person des Testirers zu vermeiden, bei keiner Art von irgend einem Testament und daher auch nicht bei einem mündlichen zugezogen werden können ⁱ⁾, und allein schon in diesem Betracht scheint mir die Verneinung der aufgeworfenen Frage ganz unbedenklich zu seyn, welches auch selbst diejenigen erkennen, die der gegenseitigen Meinung zugethan sind, als welche es doch als das sicherste anrathen, daß man keine blinden Leute zu Testamentzeugen wähle ^{k)}.

a) Leht über die Frage, ob ein Blinder bei Testamenten Zeuge seyn könne? 1788.

b) HOMMEL *Obs.* 211. p. 214.

c) COCCEJI in *Iur. Controuers.* Lib. 28. Tit. 1. Qu. II. Leht a. O.

d) L. 4. D. Testament, quemadm. aper.

e) §. 14. *Inst. de Testament. ordinand.* L. 21. pr. qui Testam. fac. poss. L. 21. D. und C. de Testament.

- f) *L. 20. §. 9. qui Testam. fac. poss. v.* „Non tamen intelligentiam ser-
monis exigimus: Hoc enim diuus Marcus Didio Iuliano in teste,
„qui latine non nouerat, rescriptit: nam si vel sensu percipiat quis,
„cui rei adhibitus sit, sufficere.
- g) Ernst Chr. Westphal Theorie des Römischen Rechts von Testa-
menten. Leipzig 1790. Kap. I. Abschn. 1. Sect. 3. §. 206. S. 146.
- h) Cocceji c. 1. Lehr a. O.
- i) LAUTERBACH in *Colleg. Th. pract. L. 28. Tit. 1. §. 60.* WESTEN-
BERG *ad Pandect. Lib. 28. Tit. 1. §. 50.*
- k) Lehr a. O.

L. Bemerkung.

Das den Pupillen in Ansehung der Sachen, die mit
ihrem Gelde angekauft worden, zustehende bevorzugte
Pfandrecht, ist billig von allen und jeden Min-
derjährigen zu verstehen.

Bekanntlich billigen die Gesetze den Pupillen ein bevorzugtes
Pfandrecht in Ansehung derjenigen noch vorhandenen Sachen
zu, die von dem Vormunde oder einem andern in seinem eige-
nen Namen ^{a)} mit ihrem Gelde angekauft worden ^{b)}. Da
nun ein Pupill im *L. 29 de Verb. Significat.* folgendergestalt
beschrieben wird: „*Pupillus est, qui cum impubes est, de-*
„sinit in patria potestate esse aut morte aut emancipatione“,
so könnte es scheinen, daß das den Pupillen in den Gesetzen zu-
gebilligte Pfandrecht in Ansehung der Sachen, die mit ihrem
Gelde angeschafft worden, nicht eben auf Kinder zu ziehen sey,
die sich noch unter der väterlichen Gewalt befinden. Es be-
merket jedoch Hellfeld ^{c)} unter Beziehung auf mehrere Gesetze
nicht ohne Grund, daß nach dem wahren Sinn der hier zur An-
2ter Th. Aa wien-

wendung kommenden Geseze, und da nicht lediglich von Sachen, die vom Vormunde oder Curator mit dem Gelde der Pupillen angeschafft worden, sondern überhaupt von allen solchen die Rede sey, die in eigenem Namen mit dem Gelde der Pupillen angekauft worden, im gegenwärtigen Fall unter Pupillen alle diejenigen zu begreifen seyn, die sich überhaupt nur noch in **pupillari** oder **minori aetate** befinden ^{d)}, und in Voraussetzung dessen daher auch die Kinder in Hinsicht solcher Gelder sich ein bevorzugtes Pfandrecht anmaßen können, die vom Vater mit ihrem Gelde angekauft worden ^{e)}.

a) *L. 7. pr. D. de his, qui pot. in Fign. L. 2. D. quando ex fact. tut. L. 6. C. de Serv. pign. dat. manum. L. 3. pr. D. de Reb. cor. qui sub. Tut. Westphal vom Pfandrecht §. 100.*

b) Man pfleget jedoch das bevorzugte Pfandrecht nicht auch auf solche Fälle zu erweitern, wenn eines Pupillen Geld ausdrücklich zur Erlangung einer gewissen Sache jemanden angelehnet und damit etwas erkaufet seyn sollte. Gmelin Ordnung der Gläubiger Cap. 5. §. 7. S. 200. d. V.

Der Herr Verf. scheint hier den Unterschied zu übersehen, ob der Vormund selbst oder ein Dritter mit des Pupillen Gelde etwas gekauft habe? Im ersten Fall hat der Pupill nach *L. 2. D. quando ex fact. tut. (XXVI)* und *L. 3. C. arbit. tutel. (V. 51.)* nicht bloß ein Pfandrecht, sondern selbst ein Eigenthum und Absonderungsrecht; im letztern aber nur ein privilegiertes Pfandrecht. Ersteres scheint auch nicht auf Kinder, die noch in väterlicher Gewalt sind, ausgedehnt werden zu können, da ihnen hierin keine ausdrücklichen Geseze zur Seite stehen, und nur nach der Analogie und Billigkeit allenfalls ein Pfandrecht wegen Pecus hängender eingeräumt wird. S. unten rechtl. Bed. B. 54. J. Clapreths Einl. in sämtl. summar. Proc. §. 388.

d. 3.

c) *Diss. de Diverso pignoris Iure Liberis in parentum bonis competente §. 37. (Opuscula n. VII. p. 135)*

d) *L. 141. §. 2. D. de Verbor. Obligat. L. 18. §. 4. Cod. de Inst. delib. randi.*

e) Anderer Meinung ist Gmelin a. O., weil es an einem ausdrücklichen Geseze, um dergleichen Erweiterung des Vorzugsrechts in Ansehung der

der Sachen, die mit eines Pupillen Gelde von einem Andern in seinem eigenen Namen angeschafft worden, fehlet. Ausser den bereits angeführten Rechtsgründen verdienet jedoch die angeführte Meinung auch aus offensbaren Gründen der Billigkeit den Vorzug.

LI. Bemerkung.

Demjenigen, dessen Vermögen mit Arrest beschlagen ist, müssen daraus die Kosten, deren er zu seinem nothwendigen Unterhalt bedarf, verabfolget werden.

Die Nichtigkeit dieses Satzes erkennen Mevius ^{a)} und mehrere Rechtslehrer, und sie wollen, daß eine jede Anlegung des Arrestes nur unbeschadet der nöthigen Alimente zu verstehen oder zu erklären sey. Man pfleget auch wegen der Angabe, daß der Arrestant nur von seinem bekümmerten Vermögen seinen Unterhalt haben könne, keinen strengen Beweis zu erfodern, sondern auf dem Fall, daß die Umstände die Behauptung des Arrestanten glaublich machen sollten, solche schon für genugsam gegründet anzunehmen, oder doch mit dessen eidlichen Erhaltung zufrieden zu seyn. Dasjenige, was von den Alimenten gilt, ist auch billig auf die Prozeßkosten anzuwenden, und zwar ohne zu unterscheiden, ob von solchen, die sich grade auf die bekümmerten Güter beziehen, oder von andern die Rede sey. Denn auch dergleichen Prozeßkosten sind dem Arrestanten billig von seinem mit Arrest beschlagenen Vermögen zu verabfolgen ^{b)}.

^{a)} MEVIUS P. 3. Dec. 281. und P. 4. Dec. 338.

^{b)} MEVIUS c. 1.

LII. Bemerkung.

Ueber den Unterschied inter condemnationem ad opus
publicum und poenam operarum publicarum.

Ueber diese Materie hat Kleinschrodt in einer besonderen Abhandlung, die den Titel führet: Ueber die Strafe öffentlicher Arbeiten. Würzburg 1789, sehr wohl geschrieben. Nach demselben begreift die condemnatio ad opus publicum besonders diejenige Arbeit unter sich, die von den Missethättern an öffentlichen Plätzen und im Angesicht des Publicums verrichtet werden muß, und die auch schon bei den Römern gebräuchlich war. Bei den öffentlichen Arbeiten kann man förglich folgende Stufen annehmen, nämlich solche Arbeiten, die 1) mit Lebensgefahr verbunden sind ^{a)}, 2) die zwar nicht mit eigentlicher Lebensgefahr, aber doch mit beschimpfenden Zeichen und Umständen verknüpft sind ^{b)}, 3) die zwar ohne beschimpfende Abzeichnung aufgelegt, auch zuweilen wohl gar Salva Fama erkannt werden, inzwischen doch mit vielen Lasten und Beschwerden verbunden sind ^{c)} 4) die ohne schimpfliche Abzeichen, Beschwerden und Lasten verrichtet werden können, und sich daher nur in dem Mangel der Freiheit von dem gewöhnlichen Arbeiten eines geschäftigen Menschen unterscheiden. ^{d)} Ob nun gleich die öffentlichen Arbeiten gar wohl in der angeführten Maaße classificirt werden können, wenn gleich diejenigen von der ersten Classe bei unsern heutigen gemilderten Grundsätzen eben nicht viel mehr zur Anwendung kommen, so ist es auch ein allerdings zu billiger Gebrauch, wornach dem Befinden nach die Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten, besonders aber zum Zuchthause, theils mit Willkommen und Abschied verbunden wird, theils aber ohne beide Statt findet und wornach man die Züchtlinge entweder monatlich, oder jährlich

lich an einem bestimmten Tage mit der Karbatsche oder Ruten insgeheim oder öffentlich peitschet, um das Andenken an ihre verübte That zu erneuern. So wie nun der Willkommen und Abschied sowohl an und für sich, als in der Art und Weise, wie sie ertheilet werden, den richterlichen Spruch und obrigkeitliche Aufsicht voraus setzen ^{c)}, so pflegen auch solche überhaupt nur sodann Statt zu finden, wenn das Verbrechen mit einer besondern Geflissenheit und unter beschwerenden Umständen verübet seyn sollte. Auch pfleget man nicht leicht auf Willkommen und Abschied zu erkennen, wenn die Zuchthausstrafe nicht zum wenigsten auf zwei Jahre Statt finden sollte. Denn auf dem Fall, daß jene nicht einmal so lange dauern kann, würde es eine Härte seyn, die Strafe noch durch Willkommen und Abschied schärfen zu wollen ^{d)}. Es versteht sich jedoch von selbst, daß diese Grundsätze sodann keine Anwendung finden, wenn die Landesgesetze gleichwohl ein anderes vorschreiben. Ein Schlagen oder Peitschen mit der Karbatsche oder mit Ruten an einem gewissen Tag im Monat oder Jahr, und zwar an demjenigen, da das Verbrechen begangen worden, pfleget gewöhnlich nur sodann Statt zu finden, wenn der auf Lebenszeit zu öffentlichen Arbeiten verurtheilte Verbrecher die Unthat, besonders aber einen Todtschlag mit vieler Grausamkeit und Geflissenheit oder beschwerenden Umständen verübet haben sollte, und die verdiente Todesstrafe entweder auf Landesherrlichen Befehl in diejenige zum Zuchthause verwandelt werden sollte, oder solche auch aus andern Ursachen nicht Statt finden könnte.

a) Zu dieser Art von Arbeiten will Kleinschrodt a. O. besonders Mörder, Räuber und Brenner, wenn es nicht zur Todesstrafe kommen kann, verurtheilet wissen.

- b) Diese bestimmt Klein schrodt mit Recht den Betrügnern, wozin-
 doch daher Diebe, Münzfälscher, falsche Wechsler, Banqueroutirer und
 dgl. gehören.
- c) Diese wird gewöhnlich verstanden, wenn auf Zuchthaus, als eine Leis-
 bes- oder peinliche Strafe erkannt wird.
- d) Diese findet bei Weibspersonen, jungen und andern Leuten Statt, die
 nach ihrer Leibesbeschaffenheit keine schweren Arbeiten ertragen können.
- e) Meine Grundsätze des peinlichen Rechts §. 78. fünfte Ausgabe von
 1794.
- f) Der Eindruck den die Zuchthausstrafe machen soll, scheint in einem
 solchen Fall schon erreicht zu seyn ohne daß dergleichen Schärfungen,
 die gewöhnlich mit der Art und der Dauer der Zuchthausstrafe in Ver-
 hältniß stehen, erfordert würden.

LIII. Bemerkung.

Ueber die *Exceptionem non impleti contractus*.

Es würde überflüssig seyn, hier die Lehre von der Einrede ei-
 nes nicht erfüllten Contracts umständlich abzuhandeln, da sol-
 ches bereits von so vielen Rechtslehrern, theils beiläufig, theils
 in eigenen und besondern Abhandlungen geschehen ist ²⁾. Ich
 beschränke mich daher nur auf einige Bemerkungen, die sich
 auf die Einrede des nicht erfüllten Contracts beziehen. Hier
 gedenke ich nun zuvörderst und hauptsächlich derjenigen Distinc-
 tion, die einige Rechtslehrer inter *Exceptionem non adimpleti*
et non rite adimpleti contractus in Hinsicht des entweder
 dem Kläger, oder dem Beklagten obliegenden Beweises anneh-
 men. Denn so will man, daß zwar bei einer in Anregung ge-
 brachten *Exceptione non impleti contractus* nicht dem Beklag-
 ten der Beweis seiner Einrede obliege, sondern vielmehr dem
 Kläger gebühre, die schon von seiner Seite geleistete Erfüllung
 des

des Contracts zu beweisen, dagegen aber bei der angelegten Exceptione *non rite impleti contractus* es bei der gewöhnlichen Regel, vermöge deren der Beklagte seine Einreden beweisen muß, das Bemwenden behalte ^{b)}. Mit Recht verwerfen jedoch andere Rechtslehrer diesen willkürlich angenommenen Unterschied und behaupten im Allgemeinen, daß der Kläger in beiden Fällen, oder es möge von der Exceptione *non impleti* oder *non rite adimpleti contractus* die Rede seyn, die von seiner Seite gechehene Erfüllung aller und jeder Contractsverbindlichkeiten zuvor beweisen müsse ^{c)}, in sofern anders von Bilateral-contracts, bei denen nämlich die Einrede des nicht erfüllten Contracts hauptsächlich nur die bemerkte Wirkung hat ^{d)}, die Rede seyn sollte.

Denn so ist die Erfüllung des Contracts von Seiten des Klägers desselben eigentlicher Klaggrund, und muß daher auch auf dem Fall des Leugnens vom Beklagten, vom Kläger bewiesen werden. Hieraus fließet denn von selbst, daß aus einem Bilateralcontract so lange überall kein Klagrecht erwachsen könne, als der klagende Theil seine übernommene Verbindlichkeiten noch nicht insgesamt erfüllet hat, und ihm in solcher Hinsicht Einwurfe gemacht werden können ^{e)}. Es ist auch daher ein Beklagter mit dem Einwande des nicht erfüllten Contracts selbst nach der Kriegsbefestigung, ja selbst zu der Zeit, da die Sache schon zur Execution steht, billig zu hören ^{f)}. Ein Verkäufer kann nicht auf die Auszahlung der Kaufsumme gerichtliche Anträge machen, wenn er selbst seine gesamten Contractsverbindlichkeiten noch nicht erfüllet hat, und zum wenigsten bei Auszahlung der Kaufsumme dazu nicht erbdig ist. Eben so wenig kann auch ein Käufer gegen den Verkäufer auf die Uebergabe klagen, wenn er den Kaufschilling noch nicht abgetragen, oder sich zum Abtrag desselben nicht gehörig erboten haben

haben sollte ^{l)}, es wäre denn, daß ihm der Verkäufer freiwillig Credit gegeben hätte ^{s)}. Dem Pächter steht eben so wider den Verpächter auf dem Fall einer von letzterem wider ihn erhobenen Klage der Einwand des nicht erfüllten Contracts zu, so lange derselbe die miethsweise überlassene Sache noch nicht übergeben, oder den versprochenen Dienst noch nicht geleistet hat ^{h)}. Es kann auch unter solchen Umständen von keinem Einfluß seyn, daß etwa der Käufer oder Miethmann die verlangten Praestanda nicht sofort genau und vollständig angeben können, indem es schon genügt, wenn der Käufer oder Pächter die vom Verpächter oder Verkäufer nicht geschene Erfüllung des Contracts durch scheinbare Gründe wahrscheinlich macht ⁱ⁾. Da jedoch ein Verpächter zuerst erfüllen muß, so kann derselbe sich auch der exceptioni non impleti contractus nicht füglich wider den Pächter, der die Pacht nicht vorausbezahlt hat, bedienen, wenn der Pächter auf die Uebergabe dringet, im Fall die Vorausbezahlung der Pacht nicht besonders bedungen seyn sollte. Beim Gesellschaftscontract kann jedoch die Einrede des nicht erfüllten Contracts gegen einen solchen Gesellschaftsgenossen von Nutzen seyn, der den Gewinn nicht mittheilen, und den Verlust nicht mittragen will ^{k)}.

In allen Fällen daher, oder wenn zwei Contrahenten sich zu wechselseitigen Verbindlichkeiten gegen einander anheischig gemacht haben ^{l)}, muß ein jeder, der daraus klagen will, vorher den Beweis übernehmen oder doch sofort beibringen, daß er von seiner Seite den Contract vollständig, und in der vertragsmäßigen Art und Weise erfüllt habe ^{m)}, und zwar ohne zu unterscheiden, ob von wesentlichen oder minder wesentlichen Dingen ⁿ⁾ die Rede, ob es auf die Erfüllung unbestrittener Contractsverbindlichkeiten an und für sich, oder auf die Art und Weise, wie solche zu leisten, ankomme. Bis daher der Kläger

Kläger alles von ihm versprochene erfüllt hat, oder zu erfüllen erböthig ist, siehet es dem Beklagten in Bilateral-Contracten niemals anzumuthen, dasjenige zu erfüllen, wozu er sich nur auf jenem Fall anheischig gemacht hatte.

Des bisher Angeführten ungeachtet gebühret es doch auch einem Beklagten, der sich bereits im Besitz der gekauften oder gemietheten Sache befindet, nicht, wegen angeblicher Nichterfüllung des Contracts auch sogar die Zinsen vom Kaufgelde, oder die ganze Pacht, oder den ganzen Miethzins zurückzubehalten^{a)}, da ja selbst ein aufs Capital gelegter Arrest den Lauf der Zinsen nicht zu hemmen pfleget^{c)}. Sollten ferner diejenigen Forderungen, die der Mit-Contrahent aus einem Contract macht, aus demselben nicht deutlich erhellen, mithin selbige auf illiquide Präensionen hinauslaufen, so leidet die Regel, vermdge deren derjenige, der ad implendum contractum klagen will, vor allen Dingen seine eigene Obliegenheiten aus dem Contract erfüllet haben, oder doch dazu bereit seyn muß, keine Anwendung, weil ja die Auskehrung des Liquidum nach der Aufklärung des Illiquidum nicht aufgehalten werden darf, und wegen des letzteren die Bestellung einer angemessenen Caution gewöhnlich schon zu genügen pfleget^{p)}.

Sollte ferner nicht sowohl von gewissen namentlich im Contract enthaltenen Verbindlichkeiten, als nur von einigen dem Beklagten nützlichen Cautelen, z. B. daß ihm zuvor die Grenzen des gekauften Landguts in Gegenwart aller Grenz-Nachbarn angewiesen werden müssen, oder daß vor allen Dingen die Landesherrliche oder gerichtliche Bestätigung des Contracts nachzusuchen, wenn diese dort nicht wesentlich nothwendig, die Rede seyn, so kann der Beklagte mit der Exceptione non impleri vel non rite impleri contractus nicht abkommen, oder den Kläger dadurch nöthigen, der:

2ter Th.

B 5

gleichen

gleichen Prästanda vorher zu erfüllen, ehe er zu seinen Contractis: Vollengeheiten angehalten werden könnte, sondern er muß vor allen Dingen den Beweis der Richtigkeit seiner Behauptungen und Annahmen führen, mittlerweile aber dasjenige, wozu ihn der Buchstabe des Contractis anweist, erfüllen.

Die *Exceptio non adimpleti vel non rite impleti contractus* unterscheidet sich im übrigen jedoch gar sehr von der *Exceptione non numeratae pecuniae*, von der *Exceptione praestandae Evictionis* und der *Exceptione modi non impleti* 4). Die erstere entspringt bekanntlich aus einem einseitigen Contract, macht als eine zerstörende Einrede dem ganzen Streit ein Ende, und kann selbst gegen das Geständniß des angeklagten Schuldners in der Contracts-Urkunde gebraucht werden, insofern anders die anerkannte Handschrift noch nicht zwei Jahre alt seyn sollte. So viel nun aber die *Exceptionem praestandae Evictionis* anbelangt, so unterscheidet sich so sehr dadurch gar sehr von der *Exceptione non impleti contractus*, weil es in Hinsicht jener bei der bekannten Regel, daß ein Beklagter allemal den Beweis seiner Einrede führen muß, lediglich das Bewenden behält. Es steht auch einem Beklagten aus dem Grunde der etwa imminirenden Eviction nicht frei, sich von seinen Contractsverbindlichkeiten los zu machen, oder doch deren einstweilige Erfüllung zu verweigern. Denn wann auch gleich einem Beklagten aus dem Grunde der nach Wahrscheinlichkeit zu besorgen habenden Eviction die Zurückbehaltung der Kaufsumme, so weit solche zu seiner Sicherheit nöthig, nicht bestritten werden kann, so findet doch die Ausübung des *Iuris Retentionis* zum höchsten nur so lange statt, bis der Verkäufer für die etwa zu besorgen habende Eviction genügsame Sicherheit bestellet hat 5).

a) SCHWEDER *de Exceptione non impleri contractus* (Dissertationes ejus T. 1. n. 7. p. 364 — 380) WEISSMANTEL *Dissert. de Exceptione non adimpleri contractus*. Erford. 1790.

b) HELLFELD in *Iurisprudenz, forens.* §. 1043. v. Alias agenti obstat Exceptio non adimpleri contractus, quae in omni Iudicii parte, omnique processus genere, etiam executiuo eo effectu actori obijci potest, ut tamdiu actio non habeat locum, ac contractus implementum ex parte actoris doceri nequit. *Differt tamen ab Exceptione non adimpleri contractus non debito modo, aut non plenarie adimpleri, ad cuius probationem excipiens tenetur.* Gleiche Grundsätze äußert Schmidt im Lehrbuch von Klagen und Einreden, §. 125.

c) LEYSER *Spec.* 513. n. 12. CARPZOV P. I. *Const.* X. *Def.* XVIII.

d) Bei dem Contractu Mandati, Depositum, mutui und pignoris kann die Einrede des nicht erfüllten Contracts die bemerkte Wirkung nicht haben, weil bei denselben ein Theil in der Regel zuerst den Vertrag erfüllen muß, ehe der andere seiner Verbindlichkeit nachkommen darf.

e) BRUNNEMANN *ad Pandect. Lib.* 19. *Tit.* 1. §. 26. 27. STRYCK *in usu modern.* *Lib.* 19. *Tit.* 1. §. 1. PUFENDORF *Tom.* 2. *Obf.* 163. Es ist jedoch ein anderer Fall, wenn etwa der Beklagte selbst daran Schuld gewesen seyn sollte, daß die Contractsverbindlichkeiten vom Kläger nicht in der gehörigen Maasse erfüllt werden können, indem er etwa seiner Seite nicht erfüllt hatte, was ihm zuerst zu erfüllen obgelegen. Denn in einem solchen Fall, oder wenn der Kläger beweisen kann, daß er wirklich alles dasjenige geleistet habe, was er leisten sollen, daß es aber der Beklagte selber verhindert habe, daß er, der Kläger, seine Contractsverbindlichkeiten nicht gehörig habe erfüllen können; so pflegen dieselben für wirklich erfüllt und geleistet angesehen zu werden. PUFENDORF *c.l.*

*) Die Exceptio non secuti implementi gehört ad Exceptiones liquidas wann zugesändlichermaßen von der Gegenseite nicht erfüllt worden. LEYSER *Spec.* 513. n. 12. Dieser und FRANZTIUS *ad Pand. Lib.* 19. *Tit.* 1. n. 18. lassen die exc. non secuti implementi in Terminis executionis zu. Allein nach dem jüngsten N. Abschied ist dieses sehr zweifelhaft. STRYCK *V. M. cod. Tit.* §. 2. n. 2.

f) L. 13. §. 8. *D. de actione emti v.* Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo si pretii partem offerat, nondum est ex empto actio. Venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam uendidit.

g) L. 19. *D. de contrahend. emt. vend.*

h) L. 24. §. 4. *Locati conducti*.

i) Nach dem Römischen Rechte kann die Einrede des nicht erfüllten Contracts bey einem unbenannten Vertrage eigentlich nicht gebraucht werden, weil bekanntlich aus letzterem nur sodann allererst eine Klage entspringet, wenn er von dem klagenden Contractanten erfüllt worden. Diesem steht sodann die *Condictio causa data causa non secuta* zu, im Falle der andere Theil seine Verbindlichkeit nicht ebenfalls erfüllen sollte. Da jedoch nach deutschem Rechte schon aus einem jeden Vertrage eine Verbindlichkeit entspringet, so kann darnach auch die *Exceptio non adimpleti contractus* bei unbenannten Contracten statt finden. WEISSMANTEL *cit. Dissert.* (Klüber in der Juristischen Bibliothek im 21sten Stück, S. 92.).

k) Billig muß man dem Herrn Prof. Klüber darunter beipflichten, wenn er a. O. die nach folgende Regel festsetzt „So oft beide Contractanten gleich stark verbunden sind, den Vertrag zu gleicher Zeit wechselseitig zu erfüllen, so oft kann die Verbindlichkeit desjenigen, der dieser Verbindlichkeit nicht nachkommt, durch den Einwand, er habe selbst noch nicht geleistet, was ihm zu leisten obliege, gehoben werden.“

l) Es stimmt auch mit diesen Grundsätzen, vermöge deren der Kläger als lezt, wenn ihm die Nichterfüllung des Contracts entgegengesetzt wird, ohne *inter Exceptionem non impleti et non rite impleti contractus* zu unterscheiden, beweisen muß, daß der Contract von ihm in allen seinen liquiden Puncten erfüllt worden, MEVIUS P. 7. Dec. 102. überin.

m) Wann gleich einige Rechtslehrer bei der *Exceptione non adimpleti contractus* inter *essentialia* und *accidentalia* unterscheiden, und in Ansehung der Erstern dem Kläger, in Ansehung der Letztern aber dem Beklagten den Beweis aufgelegt wissen wollen, BERLICH P. 1 Dec. 174. n. 10. so ist jedoch nach der richtigern Bemerkung des STRYCK a. O. § 3. auch dieser Unterschied ungegründet. Es ist vielmehr ein Kläger, der auf die Erfüllung des Contracts klagt will die von seiner Seite geschehene Leistung aller und jeder Contracts Obliegenheiten zu beweisen verbunden, wenn solche von dem Beklagten auch nur in Ansehung minder wesentlicher Dinge geleugnet werden sollte, soferne anders nur die letzteren wirklich im Contract enthalten sind.

n) Auch selbst eine rechtmäßige Ausübung des *iuris retentionis* in Hinsicht der Kaufgelder ob non impletum contractum kann gleichwohl den Lauf der Zinsen und deren Bezahlung nicht verhindern, insofern der Retinent nicht erweislich noch sonst einiger Unsicherheit dergestalt ausgefetzt bleiben sollte, daß er selbst die Zinsen zu seiner Sicherheit zurückbehalten müßte.

o) MEVIUS P. 3. Dec. 55. P. 7. Dec. 368.

P)

p) MEVIUS P. 2, Dec. 16. P. 7. Dec. 102.

q) Daß die Exceptio modi non impleti auch bei einseitigen Verträgen und Vermächtnissen Statt finde, bemerkt WEISSMANTEL c. 4.

r) CARPZOV P. 2. Conf. 34. Def. 31. 32.

LIV. Bemerkung.

Ueber den heutigen Gebrauch des L. 17. §. 5. D. de Vfuris.

Es heist im L. 17 §. 5. D. de Vfur. *Fiscus ex suis contractibus usuras non dat; sed ipse accipit*, und hiernach scheint es denn keinen Zweifel zu leiden, daß der Fiscus, zum wenigsten in der Regel, zu Verzugszinsen nicht gehalten, und folglich auch nicht dazu zu verurtheilt sey. Es fehlt jedoch nicht an Rechtslehrern, die heutiges Tages das angeführte Gesetz entweder überall nicht mehr, oder doch nur unter verschiedenen Einschränkungen in Anwendung gebracht wissen wollen, und zu dem Ende einige Beispiele anführen, da das angeführte Gesetz nicht zur Anwendung kommt. Zu den ersteren gehöret Groenwegen ^{a)}, der nämlich dem Gesetz allen heutigen Gebrauch abwüthet; zu den letzteren aber Struben ^{b)}, der das beregte Gesetz besonders sodann nicht in Anwendung gebracht wissen will, wenn Landesgesetze mit der Bezahlung säumig seyn sollten. Denn sodann hält Struben unter Beziehung auf Noodt ^{c)} dergleichen Etsen zu Zinsenzahlungen verbunden. Nach klaren Gesetzen leidet es nun zwar auch keinen Zweifel, daß in Fällen, da der Fiscus in die Stelle eines Schuldners tritt, und dessen gesammte Verbindlichkeiten übernimmt, er auch die darunter mit begriffene Zinsen übernehmen und bezahlen müsse ^{d)}, oder, da ein Anderer die Geschäfte des Fiscus vtiliter geriret hat, dem ersteren auch die Zinsen auf seine gemachten Vorschüsse zu vergüten sind.

sind ¹⁾. Da nun einem jeden *Negotiorum gestori* die Zinsen auf seine Vorschüsse zu vergüten sind, so leitet Balthasar ²⁾ daraus mit Grunde her, daß auch einem Pächter auf seine im Kriege gemachten Lieferungen und an den Feind bezahlte Contributionen die Zinsen gutgethan werden müssen. Es ist jedoch eine andere, und von dem bisher Angeführten unterschiedene Frage, ob nämlich auch der *Fiscus* besonders sodann zur Zinsenzahlung gehalten sey, wenn kein anderer Grund dazu, als dessen Säumniß vorhanden ist, und ob folglich ein *Domanial-Pächter* auf seine *Contractsmäßig* gegen Vergütung übernommene Baukosten und sonstige Auslagen *Verzugszinsen* zu berechnen, oder zu begehren befugt sey? Diese Frage ist nun vermög des oben angeführten *L. 17. §. 5. D. de vsur.* in der Regel zu verneinen. Da jedoch die deutschen Reichsgesetze die *Verzugszinsen* ohne Einschränkung billigen ³⁾, die buchstäbliche Anwendung des *L. 17. §. 5. de vsur.*, wornach der *Fiscus* zu keinen *Verzugszinsen* gehalten ist, in manchen Fällen eine große Unbilligkeit mit sich führen würde, so pfleget man bei vielen Gerichten, wann ein solcher Fall der Unbilligkeit vorhanden, auch die *Verzugszinsen* dem Gläubiger einer fürstlichen Kammer zuzubilligen. Wann daher der *Fiscus* oder eine Kammer sich ungebührlicher Weise mit eines andern Schaden bereichern, item und *Præmium* zugleich besitzen, und von eines Andern Vorschüssen und Auslagen den Gewinn gezogen haben sollte, so kann es kein Bedenken haben, daß der *Fiscus* oder die fürstliche Kammer außer dem Hauptstuhl, auch zur Bezahlung der *Verzugszinsen* zu verurtheilen sey, und stehet auch nicht zu vermuthen, daß das oft angeführte Gesetz einen solchen Fall unter sich begreife ⁴⁾. Ein gleiches muß auch billig sodann statt finden, wann der *Fiscus* sich in einer offensbaren *Temeritate litigandi* befunden, folglich zur Ungebühr rechtmäßig befundene Forderungen bestritten, und durch grundlose Einreden nach gehobener

höherer Klage die Bezahlung des Vorschusses oder der Auslagen aufgehalten haben sollte i). Es fehlet daher auch nicht an Beispielen, da unter den angeführten Einschränkungen wider eine fürstliche Kammer auf Bezahlung von Verzugszinsen erkannt worden.

a) Im *Tractat de Legibus abrogatis* Lib. 22. Tit. 1. p. 194. v. *Hodie Fiscus Iure communi vitur, adeoque ex suis contractibus Usuras non minus accipit, quam dat, et contra.*

b) im vierten Theil der rechtl. Bedenken n. 16.

c) *de foenore et usuris* Lib. 3. cap. 8.

d) *L. 2. C. de Fiscalibus usuris.* PEREZ *ad cit. Legem.*

e) *L. 19. §. 4. D. und L. 18. C. de negot. gestis.*

f) in dem rechtl. Bedenken über die Liquidation u. Erstattung der Kriegsschäden. Göttingen 1786. S. 63.

g) Reichsabschiede von 1600. §. 152. und von 1654. §. 174.

h) *Arg. L. 10. D. de Iur. Fisci.* MEVIUS P. 6. Dec. 33. BRUNNEMANN *in consiliis* Conf. 76. n. 60, 61. *Consilia Halensia* Lib. 1. Conf. 47. n. 49.

i) Sollte der Fiscus, oder die Kammer selbst unter diesen Umständen zu keinem Verzugszinsen gehalten seyn, so dürfte sich schwerlich einer finden, der für eine Kammer Vorschüsse oder Auslagen übernähme, was bei er nach vielleicht Jahre lang gedauerten Processen zum wenigsten die Zinsen auf demnachst liquide erkannte Forderungen entbehren müßte. So wie demnach die offenbarste Billigkeit die angeführte Einschränkung des *L. 17. §. 5. D. de usuris* zu erheischen scheint, so dürfte auch selbst dem Domanio eine buchstäbliche Strenge oder Anwendung des oft angezogenen Gesetzes eben nicht vorthailhaft seyn.

LV. Bemerkung.

Ob unter einer Erbenzeinsetzung von Brüdern und Schwestern und deren Kindern auch Halbbrüder und Schwestern und deren Kinder stillschweigend begriffen werden.

In einem Testament, das zwei Eheleute mit einander gemacht hatten, hieß es: „Was der, oder die lebt Lebende von uns nachlassen wird, es bestehe dasselbe in wohlverordneten, in geerbten, in beweglichen oder in unbeweglichen Gütern, oder worin es wolle, nichts überall davon ausgeschlossen; in dem allen setzen wir unsere beiderseitigen Brüder und Schwestern, Brüder- und Schwester-Kinder, so viele derselben, alsdann am Leben seyn werden, zu Erben ein, dergestalt, daß sie solches alles nach Häupter Zahl, oder in capita unter sich theilen, und ein jeder über sein Erbtheil als sein wahres Eigenthum schalten und walten könne und solle.“

Nach dem Absterben der beiden Ehegatten ward nun die Frage aufgeworfen: ob nach dem Sinn des Testaments auch die Halbgeschwister und allenfalls deren Kinder mit den Vollgeschwistern und deren Kindern gleiche Rechte haben sollten?

Nun ist zwar bekannt, daß sowohl nach gemeinem, als besonders auch nach Lübschem Recht, volle Brüder und Schwestern, und allenfalls auch deren Kinder bei Erbfolgen ab intestato allemahl einen Vorzug vor Halbgeschwistern und deren Kindern haben ^{a)}, und in diesem Betracht konnte es scheinen, daß die Erblasser bei ihrer Erbenzeinsetzung nur auf die gewöhnliche Erbfolge gesehen, und daher unter den Ausdrücken: unsere beiderseitigen Brüder und Schwestern, Brüder- und Schwe-

Schwesterkinder nur die vollbürtigen verstanden, die Halbgeschwister und deren Kinder aber stillschweigend ausgeschlossen haben wollten. Die bewährtesten Rechtslehrer sehen auch dieses um deswillen als die Regel an, weil in zweifelhaften Fällen von einem Erblasser billig zu vermuthen stehet, daß er bei Bestimmung seiner Erbfolge sich am meisten nach den Vorschriften des gemeinen Rechts gerichtet habe ^{b)}. Bei Erbenseinsetzungen und deren Erklärungen ist auch nicht lediglich auf die Worte ^{c)}, sondern auch auf die muthmaßliche Absicht des Testirers zu sehen ^{d)}. Bei Vermächtnissen besonders, die den Geschwisterkindern vermacht werden, bleibt man auch bekanntlich genau bei den Worten des Testirers, und dehnet solche auch nicht auf Geschwisterkinder aus, im Fall anders nicht der gegenseitige Wille des Erblassers aufs überzeugendste bewiesen werden könnte ^{e)}.

Bei genauerer Erwägung der aufgeworfenen Frage scheint jedoch die Bejahung derselben kein erhebliches Bedenken zu haben, oder daß auch Halbgeschwister und deren Kinder unter der allgemeinen Erbenseinsetzung von Brüdern und Schwestern, Brüdern und Schwesterkindern zu verstehen sind. Denn so ist es zuvörderst ein ausgemachter Rechtsgrundsatz, daß man bei der Erklärung eines letzten Willens am meisten auf die vom Erblasser gebrauchten Ausdrücke und deren gewöhnliche Bedeutung sehen müsse. Sind daher die letzteren deutlich und lassen sie ohne Zwang keinen Mißverständnis oder verschiedene Erklärung zu, so findet auch keine Erklärung, die dem gewöhnlichen Wortverstande entgegen, Statt ^{f)}. Dieses aber schien in dem Testament grade der Fall zu seyn, indem nicht abzusehen stand, daß die Testirer sich der allgemeinen Ausdrücke von Brüdern und Schwestern, Brüdern und Schwesterkindern bedienen haben würden, wenn die eigentliche

2ter Th.

C c

che

che Absicht damit nur auf die vollbärtigen Geschwister und deren Kinder, mithin auf eine gänzliche Ausschließung der Halbgewisser und deren Kinder gegangen wäre. Denn so wußten ja die Testirer, daß sie noch Halbgewisser und deren Kinder hatten, und sie würden daher nach aller Wahrscheinlichkeit nicht verfehlet haben, sich deutlicher zu erklären, wenn ihr Wille gewesen wäre, die Halbgewisser und deren Kinder von aller Erbfolge auszuschließen. Bei einer solchen mutmaßlichen Absicht der Erblasser kann es nicht darauf ankommen, daß bei Vermächtnissen, die Brüdern und Schwestern und deren Kindern hinterlassen worden, die Erklärung nur dahin auszuulegen sey, daß jene sich nicht auf Brüder- und Schwesterkinder erstrecken könne. Denn so ist dieser Satz gleichsam als eine Ausnahme von der Regel, wornach bei Erklärung eines Testaments die erweiterte oder ausgedehnte vorzuziehen ^{h)} anzusehen, die nur bei vorhandenen erheblichen Vermuthungen vom Gegentheil Statt findet. In Ermangelung derselben hat es bei dem angeführten allgemeinen Grundsatz das Bewenden, und werden vermöge desselben unter der allgemeinen Benennung von Kindern in grader Linie auch Enkel und alle weitere Descendenten, denen kein näherer vorgehet, verstanden werden ^{h)}. Schließen gleich bekannte Rechte die Halbgewisser und deren Kinder, wenn noch volle Brüder und deren Kinder vorhanden sind, von der Erbfolge aus, so ist es doch offenbar ein anderer Fall, wenn Jemand seine Brüder und Schwestern und deren Kinder ohne genauere Bestimmung zu Erben eingesetzt haben sollte. Denn dadurch giebet er ja deutlich zu erkennen, daß er es in Ansehung seiner Erbfolge nicht bei der allgemeinen Vorschrift der Gesetze lassen, sondern davon gewisse Ausnahmen, oder andere nähere Bestimmungen machen wolle. Denn wenn es ihm darum nicht zu thun war, so konnte es keiner testamentarischen Verordnung bedürfen, weil ja auch in Ermangelung derselben

selben die Halbgeschwister und deren Kinder nicht zur Erbfolge kommen konnten, wenn noch vollbürtige Brüder und Schwestern, oder deren Kinder vorhanden waren ¹⁾. Dieses aber suchten ja die Erblasser in dem angeführten Testament zu vermeiden und es stand daher nur zu glauben, daß sowohl nach den Worten, als der wahrscheinlichen Absicht der Testirer die Halbgeschwister und deren Kinder mit den vollbürtigen Brüdern und Schwestern und deren Kindern auf gleiche Weise zur Erbfolge zugelassen und mit den letzteren gleiche Rechte haben mußten, da zumal der gemeine Sprachgebrauch zwischen vollbürtigen und Halbgeschwistern nicht unterscheidet.

Es ist jedoch ein anderer Fall, wenn ein Testirer, bei der Benennung seiner Brüder und Schwester gewisse nähere Umstände und Bestimmungen hinzugefügt haben sollte, die dessen nur auf volle Geschwister gerichtete Absicht deutlich zu erkennen geben. Ich kann auch diesen Satz durch ein Beispiel erläutern. Es hieß nämlich in einem gewissen Testament: „2) Gebe ich nach meinem Tode an meine alsdann noch lebende Geschwister zu gleicher Theilung ein tausend Thaler, statt alles Erbtes, das sie sonst nach mir, als einem, der unverheirathet gestorben, begehren könnten.“ Hier schiene nämlich der Testirer bei seiner Vorschrift auf die gemeine Erbfolge gesehen zu haben, und die Halbgeschwister könnten daher, da noch volle Geschwister vorhanden waren, die nur auf einen Erbtheil ihres Bruders Anspruch machen durften, nicht verlangen, daß man auch sie bei der Vertheilung der tausend Thaler zulasse. Denn hier stand nicht anders zu vermuthen, als daß der Testirer seine Halbgeschwister ausgeschlossen wissen wolle, und unter solchen Umständen muß man billig den Rechtslehrern Beifall geben, die unter der allgemeinen Benennung von Brüdern und Schwestern niemals Halbbrüder und Halbschwestern verstanden wissen wollen ²⁾.

- a) Koch in *Tractat. de Successione ab Intestato* Class. 3. §. 79. Stein in der Abhandlung des Sächsischen Rechts im 2ten Theil S. 401. u. f. f.
- b) STRYCK *Tr. de Cantel. Testament.* c. 4. S. 30.
- c) L. 15. C. de Testament. (BOEHMER de verb. direct. et obliquis §. 17. 19. Tom. 1. Exercitatt. ad Pandect. p. 19) PUFENDORF Tom. 3. Obs. 2.
- d) L. 24. de reb. dub. v. Cum in Testamento ambigue, aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari, et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est. CONRADI Diff. de voluntate testatoris dubia ob errorem in nomine vel demonstratione heredis commissum §. 19. von Selchow im dritten Bande der Rechtsfälle n. 66. S. 72. 73. Einige Rechtslehrer wollen unter solchen Umständen auch auf die Gewohnheiten des Orts, wo der Testator geboren und erzogen worden, gesehen wissen.
- e) PUFENDORF Tom. 3. Obs. 4.
- f) L. 69. pr. de Legat. 3. v. Non aliter a significato verborum recedi oportet, quam quum manifestum est, aliud fecisse Testatorem. Man sehe auch L. 137. in fin. de V. O. LEYSER Spec. 401. n. 1.
- g) C. 6. x. de donat. BOEHMER Tom. 1. Resp. 45. n. 90. p. 213. und Resp. 64. n. 27. p. 303. von Selchow in den Rechtsfällen im ersten Bande n. 10. S. 141.
- h) L. 201. und 220. de Verb. Sign. L. 59. de R. N. BECKMANNORUM *Consilia et Decisiones* Tom. 2. Dec. 91. n. 10. von Zangen in der Sammlung einiger practischen Rechtsverordnungen. Wetzlar 1783. med. 3.
- i) Noucha 118. c. 3. Koch c. 1.
- k) PRUCKMANN in *Consil. Vol. 2. n. 7. seq.* ENGELBRECHT in *Consul. Gryphisw. Resp. 90. n. 8. 9. p. 398.*

LVI. Bemerkung.

Ein Schutzjude bedarf dennoch auch der Erlaubniß der Städtischen Obrigkeit zum Ankauf eines Hauses, wenn er gleich von der Landesregierung bereits eine Concession zur Erwerbung gewisser Grundstücke erhalten haben sollte.

Da ein Jude vermöge des ihm ertheilten Schutzbriefes nur in die Gemeinschaft derjenigen Rechte tritt, die allen andern Unterthanen, ohne Rücksicht auf einen besondern Stand in der bürgerlichen Gesellschaft zustehen, keinesweges aber dadurch ein eigentliches Bürgerrecht erhält, sondern nur als Schutzverwandter sich derjenigen Rechte zu erfreuen hat, bei deren Genuß weder Indigenat, noch eigentliches Bürgerrecht voraus gesetzt wird ^{a)}, so ist er auch in der Regel unfähig, zu öffentlichen Aemtern und Würden zu gelangen und Grundstücke zu erwerben ^{b)}. Die Landesgesetze stimmen hiemit an den mehrsten Orten überein und schließen gewöhnlich auch die Schutzjuden von der Erwerbung der Immobilien aus ^{c)}. Da jedoch bewandten Umständen nach hievon dispensirte und den Juden die Erlaubniß, dieses oder jenes Grundstück zu kaufen, oder sonst zu erwerben, ertheilt zu werden pfleget, so entsteht die Frage: Ob ein Jude vermöge der ihm von der Landesregierung gegebenen allgemeinen Erlaubniß, gewisse Grundstücke erwerben zu können, daher schon für befugt zu achten, sich in dieser oder jener Stadt ohne Anfrage bei der Städtischen Obrigkeit ein Haus zu kaufen? Diese Frage ist nun billig, wenigstens sodann zu verneinen, wann die Rede von solchen Städten ist, die mit dem Köschen Recht bewidmet sind ^{d)}, indem es nur der Städtischen Obrigkeit selber zustehet, von der Vorschrift des Köschen Rechts, wornach nur Bürger Städtische Immobilien

und

und zu Bürgerrecht liegende Grundstücke erwerben können, eine Ausnahme zu machen, oder davon in einzelnen Fällen zu dispensiren e).

- a) Kunde in den Grundsätzen des allgemeinen Deutschen Privatrechts. Göttingen 1791, S. 641. Die Rechtslehrer pflegen von einem Schutzjuden zu sagen, daß, wenn er gleich in ciuitate, doch nicht de ciuitate sey. s. Cramers Nebenstunden Theil 3, S. 94. oder dessen rechtliche Ausführung, daß die Schutzjuden in Teutschland zwar in ciuitate, aber nicht de ciuitate sind.
- b) de SELCHOW in Element. Iur. Germanici §. 214. Kunde a. O. FRANKENSTEIN de Iuribus singularibus Iudaeorum in Germania, Lips. 1722.
- c) In Pommern ist dieserhalb die besondere Constitution von 1777 vorhanden, und in Mecklenburg ist vermöge des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs §. 377. den Juden untersaget, liegende Gründe eigens thümlich an sich zu bringen.
- d) Es heißt im Lübschen Recht B. 1. Tit. 2. Art. 5. „Es soll kein Bürger sein Erbe, Rente und Eigenthumb, einem Gast, oder Fremdbden, oder andern welche unser Bürger nicht seyn, vorsetzen oder vorpfanden, verkaufen, oder zu trewen Händen, demselben zum Besten, zuschreiben lassen, es geschehe auch durch was Weiß oder Unterschleiff es wolle ic.
- e) MEVIUS in Comment. ad Ius Lübec. Lib. 1. Tit. 2. Art. 5. n. III. 112. seq. d. B.
Es tritt hiebei auch noch die besondere Rücksicht ein, daß nach dem gemeinen deutschen Privatrecht, wie die Landesordnungen und Stadtsatzungen allenthalben bestimmen, das Eigenthum von Grundstücken nur gesichtlich übertragen werden kann, mithin auch deswegen die Einwilligung der unmittelbaren Obrigkeit von dem Schutzjuden beim Erwerb eines Grundstücks nachzusuchen ist. d. H.

LVII. Bemerkung.

Ob ein Pächter befugt sey, Zinsen auf seinem Vorschuß zu berechnen, wann er sich gleich solche so wenig im Pachtcontract ausbedungen hätte, als dem Verpächter eine Säumniß in Auskehrung der Vorstandsgelder zu Schulden käme?

Unter dem Vorschuß oder unter Vorstandsgeldern (*Pecunia Assuractionis*), die ein Pächter beim Antritt seiner Pachtung an seinem Verpächter zu bezahlen pfleget, versteht man gewöhnlich diejenige Summe baaren Geldes, die ein Pächter nach seinem Pachtcontract bei dem Antritt der Pachtung zu dem Ende an den Verpächter zahlen muß, damit der letztere auf dem Fall, da ersterer entweder vorsätzlich, oder doch aus Fahrlässigkeit dem Grundstück Schaden zufügen, oder die bedungene Pacht Contractsmäßig in den festgesetzten Terminen nicht bezahlen sollte, sich daraus allenfalls sofort und ohne Gebrauch einer gerichtlichen Hülfe bezahlt machen könne ^{a)}. Wann gleich die Größe der von dem zuziehenden Pächter zu bezahlenden Vorstandsgelder am meisten von der Uebereinkunft der beiden Contractanten abhänget, und daher auch im Pachtcontract namentlich bestimmt zu werden pfleget, so beträgt gleichwohl der Vorschuß, indem er sowohl zur Sicherheit des Verpächters wegen der richtigen Bezahlung der jährlichen Pacht, als der etwaigen Schadensansprüche dienen soll, gewöhnlich ein mehreres, als eine einjährige Pacht ^{b)}, und unterscheidet sich daher auch von einer bloßen Vorausbezahlung der Pacht ^{c)}.

So viel nun aber die Frage insbesondere betrifft: Ob nämlich ein Pächter auch ohne besondern Vertrag oder ohne Säumniß auf Seiten des Verpächters auf seinem Pachtvorschuß ^{d)} sich die jährlichen Zinsen zu gute rechnen

nein und allenfalls am Ende der Pachtung auf die zu bezahlende Pacht abrechnen könne? so ist nicht zu leugnen, daß die Bejahung dieser Frage, die auch von einigen Rechtslehrern vertheidigt wird ¹⁾, gar vieles für sich habe. Denn wenn gleich die Hauptabsicht, woher von dem Pächter bei dem Antritt der Pachtung gewisse Vorstandsgelder zu bezahlen sind, dahin gehet, damit der Verpächter nicht allein wegen richtiger Erhaltung seiner jährlichen Pacht, sondern auch wegen des Schaden- und Kostenersatzes, in sofern jencin dem Verschulden des Pächters ihren Grund haben, genugsam gesichert bleiben möge, so scheint doch damit die Befugniß des Pächters, auf seinem Vorschuß landübliche Zinsen zu rechnen, nicht im Widerspruch zu stehen, und im Gegentheil vielmehr der Natur eines *Pignoris frugiferi*, wofür der Vorschuß eines Pächters dem Anschein nach billig zu achten, in alle Wege gemäß zu seyn. Denn so werden die *Assurations-* oder Vorstandsgelder dem Verpächter nicht eigentlich angeliehen, sondern nur zum Pfande gesetzt, und daher scheint es denn, daß in Ansehung jener Gelder eben dasjenige, was im Allgemeinen von einem jeden Pfande gilt, gleichfalls gelten müsse ¹⁾. Wenn nun aber solches der Fall seyn dürfte, so folget von selbst, daß der Verpächter in Ansehung der Vorschußgelder sich nur den Besitz zu seiner Sicherheit anmassen könne, den etwa davon gezogenen Nutzen aber dem Pächter als dem Eigenthümer zu gute kommen lassen müsse ²⁾. Ja wollte man auch das Gegentheil wider die Natur eines *Contractus pignoratitii frugiferi* annehmen und den Verpächter nicht verbunden achten, sich die Zinsen des Vorschusses in Anrechnung bringen zu lassen, so würde doch solches dem Ansehen nach mit den bekannten Grundsätzen, die von einem *Bilateralcontract*, als einem *Contractu bonae fidei* gelten, streiten, wornach es in der Regel nicht zu vermuthen ist, daß ein Contractant sich mit dem Schaden des andern zu bereichern

chern Macht haben solle. Eine solche Bereicherung des Verpächters mit dem Schaden des Pächters ist aber sodann wohl unstreitig vorhanden, wann es dem ersten erlaubt seyn sollte, ausser seiner bedungenen Pacht sich auch die Zinsen des Vorschusses anzumachen. Es scheint überdies in Ansehung der Nutznießung der Vorschusses billig dasselbe, was gewöhnlich bei Geldanleihen der Fall ist, nämlich daß sich dabei nach dem Zeugniß bewährter Rechtslehrer die Zinsen von selbst verstehen ^{h)}, gelten zu müssen. Da auch in zweifelhaften Fällen allemal wider den Verpächter zu vermuthen ⁱ⁾, so scheint er auch daher verbunden zu seyn, sich die Zinsen des Vorschusses, die er sich im Pachtcontract nicht vorbehalten hatte, in Anrechnung bringen zu lassen. Die einzige Ausnahme von der Regel, wonach der Pächter auf keine Zinsen von seinen Vorschußgeldern Anspruch zu machen, für befugt zu achten, müßte die seyn, wann die Vorschußgelder dem Verpächter in einem versiegelten Beutel zugestellet seyn sollten, auch derselbe sich hätte gefallen lassen, daß sie ausser dem Fall, da er sich ihrer zur Vergütung seines Schadens bemächtigen könnte, unentsiegelt blieben. Denn sodann fällt freilich alle Berechnung der Zinsen von selbst weg, wenn die versiegelt gewesenen Vorschußgelder dem Pächter unentsiegelt wieder zurückgegeben werden.

Es dürfte jedoch die aufgeworfene Frage: Ob ein Pächter für befugt zu achten, auf seine dem Verpächter übergebene Vorschußgelder Zinsen zu berechnen? überhaupt und in der Regel zu verneinen seyn, es wäre denn, daß im Pachtcontract ein anderes verabredet oder bedungen seyn sollte ^{k)}. Zur Vermeidung künftiger Streitigkeiten ist es unstreitig rathsam, wenn die Frage, wie es mit den Zinsen des Vorschusses zu halten, schon im Pachtcontract selbst entschieden, und folchergehalt außer Zweifel gesetzt wird. Sollte jedoch in Ansehung der Zinsen

D d

sen

sen wegen des Vorschusses im Pachtcontract nichts bestimmt seyn, so mag auch der Pächter in der Regel solche so wenig begehren, als sich zu Gute rechnen, oder von der Pacht abziehen ¹⁾).

Es ist jedoch unstreitig ein anderer Fall, wenn nach völlig geendigter Pachtung, auch geschעהer Ablieferung, der Verpächter bei ermangelnden rechtlichen Ansprüchen an den Pächter säumen sollte, die Affecurationsgelder wieder zurückzugeben. Denn unter solchen Umständen kann es kein Bedenken leiden, daß die Zinsen vom Vorschuß dem Pächter von der Zeit der eingetretenen Säumnis von Seiten des Verpächters allerdings zu Gute kommen müssen ^{m)}. Unter der Säumnis des Verpächters in Zurückgebung der Affecurations- oder Vorstandsgelder kann jedoch der Fall nur verstanden werden, wenn die Pachtung bereits völlig abgelaufen seyn sollte, der Pächter gesammte Pachtstücke richtig abgeliefert hätte und keine gegründete Ansprache weiter wider ihn vorhanden wäre. Denn von dieser Zeit findet sich der Verpächter in Ansehung der Zurückzahlung der Vorstandsgelder in Mora und muß daher bis zu dem Zeitpunkt, da er selbige wirklich ausbezahlt, die Zinsen vergüten ⁿ⁾.

Außer einer besondern Verabredung oder einer Säumnis in Zurückgabe der Vorstandsgelder findet daher keine Berechnung der Zinsen auf letztere statt. Denn wenn man auch darauf nicht sehen wollte, daß nach bekannter Vorschrift der Rechte eine jede Zinsenfoderung entweder ein Versprechen oder eine Säumnis von Seiten des Schuldners oder doch eine gesetzliche Verordnung voraus setzt, so würde doch eine dem Pächter auf seinen Vorschuß freizulassende Berechnung von Zinsen der eigentlichen oder Hauptabsicht des Vorschußcontracts, die nur auf Sicherheit und etwaige Schadloshaltung des Verpäch-

pächters gerichtet ist, folglich am meisten zum Besten desselben abzuwecken, zuwider seyn. So lange nämlich der Pachtcontract dauert, ist der Verpächter nicht sowohl als bloßer Pfandinhaber, sondern gewissermaßen auch schon als Eigenthümer der Vorschußgelder anzusehen, und er muß daher auch die Gefahr der Vorschußgelder übernehmen ^o). Hieraus erklärt sich denn bei dem Mangel gegenseitiger Verabredung die Nutzniessung der Assurancegelder auf Seiten des Verpächters beinahe schon von selbst. Dazu kommt noch, daß der Pächter auf dem Fall, daß er entweder die jährliche Pacht in den festgesetzten Terminen nicht gehörig abtragen, oder Schaden verursachen sollte, seinen Verpächter gewissermaßen schon im voraus den geleisteten Vorschuß angewiesen, auch unter solchen eintretenden Umständen sich der Wiederforderung desselben begeben hat. Man kann daher nicht ohne Grund sagen, daß die Rechte des Pächters auf seinen Vorschuß, so lange die Pachtung dauert, ohne alle rechtliche Wirkung sind, und sodann eigentlich erst wieder aufleben, wenn die Pachtung ihre Endschafft erreicht haben, auch die Ablieferung in der gebührenden Maasse geschehen seyn sollte, und der Verpächter sodann wegen Schaden und Kosten keine gegründete Ansprüche an den Pächter machen könnte. Die bekannte Rechtsregel, vermöge deren in zweifelhaften Fällen die Erklärung wider den Verpächter zu machen, kann auch dem Pächter nicht zur Anleitung dienen, um die nicht ausbedungenen Zinsen von den Assurancegeldern sich anmaßen, oder auch dem Verpächter in Abrechnung bringen zu können. Denn so setzt jene Regel zum voraus, daß der Verpächter irgend etwas verlange, was nicht schon zu den Naturalibus Contractus Locationis Conductionis gehöre, und sich daher in der Regel nicht schon von selbst verstehe. Dieses ist aber bei der aufgeworfenen Frage nicht der Fall, da die Vorschußgelder dem Verpächter zur Sicherheit

wegen seiner Schäden und Kostenansprüche dienen; mithin als ein handhabendes Pfand angesehen werden, und daher in der Regel, oder wenn keine Verabredung, Säumniß oder gesetzliche Vorschrift vorhanden, keine Berechnung von Zinsen statt findet. Da es nun auch an einer gesetzlichen Vorschrift fehlt, vermöge deren es dem Pächter für erlaubt geachtet werden könnte, auf seine Vorstandselder Zinsen zu berechnen und solche seinem Verpächter in Abrechnung zu bringen, im Gegentheil vielmehr dem ersteren eine solche gesetzliche Befugniß mangelt, so kann derselbe sich auch solche Zinsen nur sodann anmassen, wenn ihn entweder sein Pachtcontract dazu berechtigen sollte, oder auch der Verpächter nach geendigtem Pachtcontract und geschעהener rechtlichen Ablieferung des gepachteten Grundstücks und dessen Zubehörde mit der Auskehrung der Vorstandselder säumig befunden werden sollte.

Nach den bisher angeführten Grundsätzen sind daher die sogenannten Affecurrations- oder Vorschußgelder der Pächter in Ansehung ihrer Ragnieffung so wenig nach der Natur einer Anleihe, oder eines *Pignoris frugiferi*, als vielmehr nach den Grundsätzen, die von einem *Dominio interemistico et utili* gelten, zu beurtheilen. Weil nun hiernach der Verpächter die Zinsen des in seinen Händen befindlichen Vorschusses, als *Fructus* allenfalls zu genießen berechtiget ist ¹⁾, so kann es darauf überhaupt nicht weiter ankommen, was sonst etwa von Zinsen bei einer gemachten Anleihe Rechtsens seyn mögte. Selbst der oben als Vertheidiger der gegenseitigen Meinung angeführte von Balthasar bekennet a. O. S. 18, daß seine Meinung nicht eben durchgehends angenommen und vielmehr in Ansehung der Zinsen des Vorschusses auch wider den Pächter gesprochen werde ²⁾. Letzteres scheint auch um so weniger unbillig zu seyn, als sich ja der Pächter die Zinsen seines Vorschusses im Con-

Contract, oder doch zum wenigsten bei der Auszahlung ausbedingen sollen, wann er darauf in der Folge Anspruch machen wollen. Hat er aber solches unterlassen, so hat er es auch mit seinem eigenen Verschulden heizumessen, wann man ihm in der Folge die Zinsen abspricht. Eben so wenig läßt sich auch auf Seiten des Verpächters, der sich die Zinsen des Vorschusses außer der Pacht anmaßet, eine ungeführliche Bereicherung annehmen. Denn, insofern davon im Pachtcontract nichts bestimmt worden, ist ja billig zu vermuthen, daß auch darnach die Pacht und deren Bedingungen bestimmt worden, und der Pächter sich der Berechnung der Zinsen auf seinem Vorschuss stillschweigend begeben habe ^r).

a) Dergestalt beschreibt Doctor Nehm in seiner unter Beckers Vorsth gehaltenen Dissertation de Indole contractus Locationi Conductioni adjecti Affecrationis, vulgo sic dicti (vom Vorschuss der Pächter) ejusque pecuniae in Concursu Creditorum Iure ac favore, Rostochii 1757. den Vorschuss-Contract, meinem Bedanken nach, richtig: „Contractus Affecrationis, est contractus Locationi Conductioni adjectus, ut ejus Conductor certam Sortem soluit, ex qua in casum, quo Praedium locatum, sua culpa aut dolo deteriorat, aut Pensionem nec ea qualitate, quantitate, loco, nec tempore debito soluit, Locator ipso Iure se red-det indemnem.“

b) de BALTHASAR de Pecunia Affecrationis in Locatione Conductione Praediorum soluta ejusque in concursu Creditorum Iure. Gryphiswaldiae 1735. cap. 1. §. 18. v. „Pecunia Affecrationis non securitatem mercedis solum, sed aliorum etiam damnorum indemnitatem respicit, ideoque ut plurimum annua mercede major est.“ Nach der Oeconomia forensi im 2ten Bande 5ten Hauptst. S. 366. heißt es jedoch, daß die Größe der vom Pächter zu bezahlenden Vorstandselder gewöhnlicher Weise auf die Hälfte des Pachtgeldes bestimmt zu werden pflege.

c) Die Vorausbezahlung der Pacht geschieht gewöhnlich in der Absicht, damit der Verpächter auf alle Fälle zum wenigsten wegen der bedungenen Pacht gesichert seyn möge. Dagegen beziehen sich die Affecrationas gelder, oder die bare Caution, die der Pächter bei dem Antritt der Pachtung zu bezahlen hat, nicht lediglich auf die Pacht, oder daß der Verpächter auf alle Fälle gesichert seyn möge, sondern auch auf alle durch die Fahrlässigkeit des Pächters dem Verpächter verursachte Schäden

Schäden und Kosten. Hieraus ergibt sich von selbst, daß die Vorstands-gelder, oder der eigentliche Vorschuß nur lediglich den Vortheil des Verpächters zur Absicht haben. Dagegen kann die Vorausbezahlung einer einjährigen Pacht auch dem Pächter zuweilen einige Vortheile gewähren. Denn wann der Pächter seine einjährige Pacht schon vorausbezahlt, und folchergehalt die Früchte des Praedii eines ganzen Jahres schon gekauft hat, so mag er auch bei einem mittlerweile über des Verpächters Vermögen ausgebrochenen Concurse unter keinem Umständen aus seiner Pachtung eher gesetzt werden, als bis er die von ihm schon bezahlten Früchte auch wirklich erhalten hat. *de BALTHASAR c. 1 §. 5. LEYSER Spec. 494. n. 5.*

d) So wenig gleich darüber Zweifel seyn kann, daß bei dem Ende des Pactcontracts, wann nämlich der Pächter alles richtig abgeliefert, und der Verpächter aus der Pachtung weiter keine rechtmäßige Ansprüche an ihn hat, der Vorschuß ohne alle Kürzung und in der Maaße, wie er bezahlt worden, wieder ausgekehrt werden muß, auch der Pächter bei entstandenem Concurse über das Vermögen des Verpächters bekannte Vorzüge genießt; *de BALTHASAR de Classificat. creditorum p. 14.*, so ist gleichwohl die Frage: ob ein Pächter bei entstandenem Concurse über das Vermögen seines Verpächters das rückständige Pachtgeld mit dem dem letzteren geleisteten Vorschußgeldern compensiren könne? nicht eben über alle Bedenklichkeiten erhaben. Die mehresten wollen dabei unterscheiden wissen, ob der Pactcontract völlig zu Ende, das Pachtstück auch bereits abgeliefert worden, und der Pächter nichts an den ihm obliegenden Verbindlichkeiten habe ermangeln lassen, oder ob von allem diesen das Gegentheil sey. Im ersten Fall pfleget man die Compensation dem Pächter zuzugestehen, nicht aber im andern. *de WINKLER de Iure compensandi in Concursu creditorum, Lips. 1786 §. 9.* Freiherr von Höym in dem Versuch über die Classification der Vorstands-gelder bei entstehendem Concurse des Verpächters. Rostock u. Leipzig 1786. §. 8. Der Herr Prof. Dabelow vom Concurs der Gläubiger. Halle 1792. im ersten Theil §. 135. S. 30. unterscheidet jedoch mit vielen Gründen, ob die Pachtung schon vor ausgebrochenem Concurse zu Ende gewesen, folglich auch der geleistete Vorschuß zurückgefodert werden können, oder ob die Pachtung allererst während dem Concurse zu Ende gehe. Im ersten Fall hält Herr Dabelow die Compensation unbedenklich, nicht aber im letzteren. Er fügt jedoch §. 32 die nachfolgende Bemerkung hinzu: „So lange jedoch der Pächter nicht alle Obliegenheiten des Pactcontracts erfüllt hat, so fällt auch die Zurückforderung der Vorstands-gelder weg. Der Pächter muß daher die rückständigen Pachtgelder zur Concursmasse zahlen, und sich wegen des Vorstands, des classificirenden lassen, wenn er nicht andere Gründe zur Compensation haben sollte.“

e)

e) de BALTHASAR cit. *Dissert. cap. 1. §. 5. 13. 18.*

f) BALTHASAR c. 1. c. 1. §. 10.

g) L. 3 *Cod. de Pignorat. Act. L. 35. §. 1. de pignorat. Act.*

h) „*Usurae regulariter insunt Mutuo ex Iuris Praesumptione de Lucro inde quaesito, et non promissae etiam debentur a Tempore factae Numerationis,*“ schreibt SCHILTER *Ex. 22. §. 14.*

i) L. 39. *de Pact. v.* „*Veteribus placuit, Pactionem obscuram vel ambiguum Venditori, et qui locauit, nocere, in quorum potestate fuit, legem apertius conscribere.*“

k) Der berühmte Verfasser der *Oeconomiae forensis* im 2ten Bande 2ten Hauptstück §. 367. will vorzüglich darauf gesehen wissen, ob das bedungene Pachtgeld von der Größe und Beschaffenheit sey, daß es mit dem Pachtschlag und dem darin aufgeführten wahrscheinlichen Ertrage des Guts im Verhältniß stehet, und demselben zum wenigsten nahe komme; oder ob der Pächter eine leidliche und wohl gar mehr unter dem Anschlage gehende Pacht zu bezahlen habe. In dem ersten Fall hält er dafür, daß der Verpächter zur Verzinsung der Vorschußgelder gehalten sey, weil ja der Pächter so zu reden mit doppelten Nutzen begünstigt werden würde, wann er bei einer schon an sich hohen Pacht auch noch die Zinsen von seinem baaren Vorschuß entbehren sollte. In dem andern Fall hält er es hingegen für billig, daß die Vorschußgelder dem Verpächter ohne Verzinsung gelassen werden. Sodann müsse man nämlich diesen kleinen Vortheil des Verpächters als eine Art von Vergütung des zu wenig bedungenen Pachtgeldes ansehen.

l) BECKMANNORUM *Consilia et Decisiones P. 2. Dec. 50. p. 35. Oeconomiae forensis c. 1. §. 368. BEHM cit. Dissert. §. 16.*

m) *Arg. L. 17. §. 8. de Usur. et Fruct.*

n) *Oeconomia forensis c. 1. §. 368.* Sollte der Verpächter bei Gelegenheit der Ablieferung mit dem Pächter in Prozeß gerathen, und es daher noch von der richterlichen Entscheidung abhängen, ob die Vorschußgelder nicht allenfalls zur Entschädigung des Verpächters zu verwenden, so mag der Verpächter den Zinsanspruch auf die Vorschußgelder von Zeit der Ablieferung nur durch eine gerichtliche Niederlegung derselben vermeiden.

o) BEHM cit. *Dissert. §. 16.*

p) BEHM cit. *Dissert. §. 16. Coroll. 1. auch §. 3. und 17., wie auch §. 24. n. 3. §. 25. n. 2.*

Q) Es heißt nämlich in einer vom Balthasar s. O. vom Jahr 1643 angezogenen Rostock'schen Belchrung folgendergestalt. „Auf die dritte „und letzte Frage ist unsere rechtliche Meinung, daß der Müller a Tempore Combustionis Molendini, und zwar a tempore Morae von den gezahlten Affecurationsgeldern Zinsen und Interesse zu fordern wohl befugt, jedoch aber solche ex Aequitate und gestaltn Sachen nach zu moderiren und zu mildern sey.“ Balthasar macht dabei die Anmerkung: „Ratio huius Decisi indubie, quod visurae promissae non debeantur, etiam si alter pecunia commode usus fuerit.“

R) *Oeconomia forensis* s. O. S. 368., allwo es heißt: „Man muß überhaupt, wann man die Sache außer vorigen Rechtsfäsen, auch nur nach der bloßen natürlichen Billigkeit in Erwägung ziehen will, die übergangene Verzinsung der Caution als einen Theil des Pachtgeldes annehmen, und daß deren nur aus dieser Ursache nicht gedacht worden, vermuthen. Und in der That pflegen auch die meisten Pächter bei ihrem Pachtgeboth auf die durch die Caution verlohren gehende Zinsen Rechnung zu machen, und solche daher desto geringer einzurichten.“

LVIII. Bemerkung.

Ueber die Regel: Anweisung macht keine Zahlung; auch wieserne eine Novation aus bloßen Handlungen zu schließen sey?

Unter einer Schuldanweisung (*Assignatio*) versteht man gewöhnlich die vom Schuldner geschehene Benennung einer gewissen Person, von welcher der Gläubiger seine Befriedigung erhalten soll ^{a)}. Es ist daher eine bloße Schuldanweisung von einer *Delegation* gar sehr unterschieden, indem bei der letzteren allemahl eine völlige Veränderung mit der Person des bisherigen Schuldners vorgehet, so daß der eigentliche Schuldner außer aller Verbindung mit seinem Gläubiger gesetzt wird, und ein anderer an seine Stelle kommt ^{b)}, bei der ersteren aber eine solche Veränderung in der Person des Hauptschuldners in der Regel nicht vorgehet, und dieser vielmehr bis zur

zur wirklichen und völligen Bezahlung, die der angewiesene dritte leistet, in seinem vorigen Verhältniß gegen seinen Gläubiger bleibe ¹⁾. Hieraus folgt nun von selbst, daß die bloße Schuldanweisung gewöhnlichermaßen so wenig die Gefahr der Schuld auf die angewiesenen Gläubiger bringe, als den eigentlichen Schuldner von der zu leistenden Eviction befreie ²⁾, und es daher bei der bekannten Parodie: Anweisung macht keine Zahlung in der Regel das Verwenden behalte ³⁾. In Entstehung der wirklichen Bezahlung von Seiten des neuen Schuldners und in Ermangelung einer besonderen zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner geschehenen ausdrücklichen Verabredung, vermöge deren der erstere sich gefallen läßt, anstatt seines bisherigen Schuldners einen andern anzunehmen, und jenen außer aller Ansprache und Verbindlichkeit mit ihm setzen zu wollen, und es solchergestalt keinem Zweifel unterworfen ist, daß die Absicht des Schuldners auf eine Delegation gegangen, 1) behaupten die Rechtslehrer mit Recht, daß die bloße Schuldanweisung niemals die Wirkungen einer Delegation oder völligen Befreiung haben könne ⁴⁾.

Es gehen auch unterschiedene Rechtslehrer gar so weit, daß sie bei dem Mangel einer mit ausdrücklichen Worten geschehenen Erklärung eines Gläubigers, seinen bisherigen Schuldner gänzlich zu befreien, oder außer aller Verbindung mit ihm zu setzen, der Schuldanweisung auch nicht einmal sovorn die Wirkung einer Delegation beigelegt wissen wollen, wann die gegebene Assignment gleich förmlich vom Gläubiger acceptiret seyn sollte ⁵⁾, oder der letztere viele Jahre durch seine Zinsen von dem angewiesenen Schuldner erhalten, oder wohl gar eine neue Handschrift von ihm angenommen, oder sich von demselben einen Theil der Schuld bezahlen lassen, oder ihn wegen der angewiesenen Schuld gerichtlich belanget und seine Sachen mit Arrest beschlagen hätte ⁶⁾.

2ter Th.

E e

Die

Die Fälle, da die Rechtslehrer von den angeführten Grundsätzen eine Ausnahme gemacht, oder da sie einer Schuldanweisung die Wirkung einer Delegation beigelegt wissen wollen, sind, wenn die offenbarsten Handlungen, die nach der Vernunft keiner andern Erklärung Raum lassen, die Absicht, den bisherigen Schuldner gänzlich zu befreien, deutlich und ganz ungezweifelt zu erkennen geben. Dahin ist denn unstrittig zu rechnen, wenn der Gläubiger seinen bisherigen Schuldner nach geschehener Anweisung an einen andern seine ausgestellte Handschrift zurückgiebet, oder dieselbe zerreißet, überstreicht oder verbrennet ^{k)}, oder wohl gar über den Abtrag der Schuld von Seiten des bisherigen Schuldners eine unbedingte Quittung ertheilet ^{l)}.

Die bisher angeführte Meinung vieler Rechtslehrer, daß nur eine ausdrückliche Erklärung, oder durch die offenbarsten Handlungen zu erkennen gegebene Einwilligung eines Gläubigers, mit dem angewiesenen Schuldner zufrieden zu seyn und dagegen den eigentlichen und unmittelbaren befreien zu wollen, die Schuldanweisung in eine Delegation verwandeln könne ^{m)}, scheint auch dem wahren Sinn der Gesetze ganz angemessen zu seyn. Denn so heißt es unter andern im *L. 8. C. de Nouat. et Delegat.* „*Nouationum nocentia corrigentes volumina, et veteris iuris ambiguitates rescantes, sancimus: Si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutauerit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam vel minuemendam esse crediderit, vel conditionem seu tempus addiderit, vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris Creditores introducebant nouationes: nihil penitus prioris Cautelaе innouari, sed anteriora stare, et posteriora incrementum illis accedere: nisi ipsi specialiter remiserint quidem*“ ppri-

„priorē obligationē, et hoc expresserint, quod secundam pro
 „anterioribus elegerint. Et generaliter definimus, Voluntate
 „solum esse, non lege novandum etc. n).

Ob nun gleich das eben angeführte Gesetz hauptsächlich
 nur von einer *Novatione in specie*, oder einer *Novatione objectiva*,
 wo nur die bisherige Verbindlichkeit an und für sich, oder die
 Form derselben verändert wird, wo aber gleichwohl eben der-
 selbe Gläubiger und Schuldner bleiben, zu reden scheint, so
 suchen doch unterschiedene Rechtslehrer aus der Absicht und dem
 Zusammenhange des angeführten Gesetzes zu beweisen, daß in
 beiden Fällen, oder ohne Unterschied, ob von einer *Novatio-*
ne objectiva, oder einer eigentlichen *Novatione*, oder vielmehr
 von einer *Novatione subjectiva*, oder von einer eigentlichen
 Delegation die Rede sey, allemal die ausdrückliche Erklärung
 eines Gläubigers, seinen Schuldner außer aller Verbindlichkeit
 und Ansprache setzen zu wollen, erfordert werde n). Eine sol-
 che ausdrückliche Erklärung des Gläubigers wird nun nicht al-
 lein nach unterschiedenen Landesgesetzen zur Befreiung eines
 Schuldners, der einen andern an seiner Stelle angewiesen, er-
 fordert n), sondern scheint auch der Nöthigkeit des Rechts
 völlig angemessen zu seyn. Denn nach derselben stehet eine
 Rechtsbegebung nicht zu vermuthen, sondern muß allemal be-
 sonders bewiesen, demungeachtet aber doch auch im engsten
 Verstande genommen, oder strictissime erklärt werden n).

Nach diesen Grundsätzen stehet daher von einem Gläubi-
 ger eben nicht zu vermuthen, daß er dadurch, daß er etwa bei
 angewiesenen Schuldner an der Stelle seines eigentlichen oder
 Hauptschuldners angenommen, sich sofort auch aller seiner An-
 sprache wider den letzteren habe begeben, und ihn außer Ver-
 bindung mit sich habe setzen wollen. Könnte von der Annah-

me einer Schuldanweisung sofort auf eine vorgegangene Delegation geschlossen werden, so dürfte anscheinlich bald aller Unterschied zwischen der letzteren und der ersteren wegfallen, weil ja nichts leichter ist, als einen Gläubiger, den man vielleicht schon lange aufgehalten, dahin zu bewegen, daß er sich die Anweisung auf einen Dritten, in der Hoffnung, von demselben seine Bezahlung zu erhalten, gefallen lasse. Es scheint vielmehr, daß es mit dergleichen Anweisungen, wo nicht eine gleiche, doch eine ähnliche Verwandtschaft, als mit Wechsels habe. Denn dadurch, daß der Aussteller des Wechsels auf einen andern trassirt, und dieser sich solches gefallen läßt, wird bekanntlich jener noch nicht befreiet. Solches geschieht nämlich nur allererst sodann, wann der Einhaber des Wechsels auch wirklich seine Bezahlung darauf erhalten hat ¹⁾. Eine Schuldanweisung geschieht überdies meistens in dem Besten des Gläubigers, oder damit derselbe desto geschwinder seine Bezahlung erhalten möge. Auch in dieser Hinsicht dürfte es unbillig seyn, wann der Gläubiger seiner Hauptabsicht bei der angenommenen Schuldanweisung verfehlen, und seine Willfährigkeit ihm wohl gar zum Schaden gereichen sollte ²⁾. Hierzu kommt, daß nach der Natur der Sache und nach den Bemerkungen der Rechtslehrer in zweifelhaften Fällen um so mehr für eine bloße Schuldanweisung, und wider eine Delegation zu vermuthen ist ³⁾, als der Animus novandi bei dem Mangel gehöriger Beweise davon nicht vorausgesetzt zu werden pfleget ⁴⁾.

Allein diesem ungeachtet dürfte gleichwohl diejenige Meinung, wornach zu einer Delegation nicht eben eine mit ausdrücklichen Worten geschehene Erklärung eines Gläubigers, seinen bisherigen Schuldner frei zu lassen, und einen andern an seiner Stelle nehmen zu wollen, erfordert wird, sondern dazu auch schon solche Muthmaßungen genügen, die im gemeinen Leben

ben einen hohen Grad der Wahrscheinlichkeit verschaffen, billig den Vorzug verdienen *). Denn so ergeben es sowohl die Worte, als der ganze Zusammenhang des zum Beweise des Gegentheils gewöhnlich angeführten *L. 8. C. de Novat.*, daß in demselben vornämlich von einer Novation in engerer Bedeutung, oder einer sogenannten *Novatione objectiva* die Rede sey †). Es scheint aber kein genügsamer Grund vorhanden zu seyn, um dasjenige, was die Gesetze von einer *Novatione objectiva*, oder einer eigentlich sogenannten *Novation* vorschreiben, auch grade auf eine *Novationem subjectivam* oder eine eigentliche Delegation anwenden zu wollen, besonders da nach den Bemerkungen berühmter Rechtslehrer ‡) der *L. 8. C. de Novat.* gewissermaßen als ein *Lex correctoria* anzusehen, weil es nämlich nach dem älteren römischen Rechte zu einer *Novation* eben nicht erfordert wurde, daß der *Animus novandi* grade mit ausdrücklichen Worten zu erkennen gegeben worden aa). Hieraus folget nun von selbst, daß der oft angezogene *L. 8. C. de Novat.* billig *stricte* zu erklären, und daher nur von einer eigentlichen *Novation* zu verstehen sey. Allein auch selbst sodann, wenn von einer eigentlichen *Novation* die Rede, wollen unterschiedene Rechtslehrer solche ausstärken und dringenden Muthmaßungen, und besonders wenn eine Handlung mit der andern nicht bestehen kann, gefolgert wissen. Diese Rechtslehrer wollen ihre Meinung selbst vermöge der Vorschrift des *L. 8. C. de Novat.*, und besonders der darin vorkommenden Worte: *Voluntate solum, non Lege novandum*, gerechtfertiget wissen, weil nämlich hiedurch keine Vermuthungen, denen der wahrscheinliche Wille der Contractanten zur Seite stehe, verworfen würden bb).

Wenn nun aber zum wenigsten nach dem Sinne der Gesetze nicht allein ausdrückliche Worte, sondern auch Handlungen,

gen, diefüglich nicht anders erklärt werden können, als daß sie auf eine Veränderung der bisherigen Verbindlichkeit abzuwirken, schon eine eigentliche Novation zu erkennen geben ^{cc}), so muß eben dasselbe von einer eigentlichen Delegation um so mehr gelten ^{dd}), als selbst diejenigen Gesetze, welche eine mit ausdrücklichen Worten zu erkennen gegebene Erklärung des Animi novandi zu einer eigentlichen Novation zu erfordern scheinen, der Delegation nicht einmal besonders oder ausdrücklich erwehnen ^{ee}). Ja wenn man auch den Grundsatz, daß zur Delegation eben sowohl, wie zu einer eigentlichen Novation eine ausdrückliche Erklärung des Animi novandi erfordert werde, unbedingt annehmen wollte, so würde doch billig unter der Art und Weise, wie eine Delegation zu Stande kommen könne, und den Mitteln, wodurch sie allenfalls im Leugnungsfall zu beweisen, ein Unterschied zu machen seyn. Denn das letztere kann nach den gegründeten Bemerkungen der Rechtslehrer ^{ff}) unstreitig auch durch Handlungen, die keiner zweideutigen Erklärung fähig sind, folglich eine Delegation auffallend zu erkennen geben, geschehen, und dürfte daher selbst die Annahme der Meinung, daß auch zur Delegation der mit ausdrücklichen Worten erklärte Animus novandi erfordert werde, ohne Einfluß seyn.

Ob es nun gleich vermöge desjenigen, was bisher von mir angeführt worden, für ausgemacht anzunehmen, daß eine Delegation auch durch starke und eindringende Mauthmaßungen, woraus man auf die Absicht, seinen bisherigen Schuldner befreien, und außer Verbindung mit sich setzen zu wollen, schließen kann, bewiesen werde, so entsteht dennoch besonders die Frage: ob eine Delegation schon daher für wirklich geschehen anzusehen, weil die Schuldanweisung sowohl von dem angewiesenen Schuldner, als dem Gläubiger

biger ohne Vorbehalt des Rücktritts oder des Regresses angenommen worden? Diese Frage dürfte nun nach dem Zeugniß berühmter Rechtslehrer, die sich auf rechtskräftige Erkenntnisse der höchsten Landesgerichte berufen, keinem Zweifel unterworfen seyn. Denn so schreibt MEVIOS P. 7. Dec. 12. „Est delegare vice sua alium rem dare creditori vel cui iusserit. Cuius gratia duo veluti diversi actus interueniunt, prior est inter delegantem et eum, cui fit delegatio, qui consistit in mutuo consensu debitorem suum pro se liberando cedentis, alter inter creditorem et debitorem delegatum, qui consistit in stipulatione et promissione. Ad utrumque non requiruntur expressa verba, sed sufficit rem ipsam interuenisse et apparere. Quocirca ad probandam delegationem oportet allegare primo mentem debitoris delegantis, quod liberationis causa voluit nomen cedere, quae praesumitur ex permissione exactionis et receptionis pecuniae a debitore suo. Deinde voluntatem creditoris in satisfactionem alium vice illius recipientis. Tertio promissionem delegati debitoris. In quae omnia cum sonarunt grauamina ad impetrandos processus visa sunt sufficientia. Narratum enim est, quod cum Appellans debuisse mille Appellatis, ipsius tutores suo debitori mandasse, vt illis solveret idque illos acceptasse. In quo omnia ea concurrunt adeoque perfecta, est delegatio ideoque et nouatio.“

Mit diesen Mevianischen Grundsätzen stimmen nun andere berühmte Rechtslehrer überein 88), die nämlich eine vom Seiten des Gläubigers und des neuen Schuldners unbedingt genehmigte Schuldanweisung zur Befreiung des ersten oder Hauptschuldners für hinreichend halten.

Noch weniger kann jedoch daran zu zweifeln seyn, daß durch die vom Schuldner geschehene Anweisung an einen andern die

die völlige Befreiung des ersteren erwachse, wann der Gläubiger sich mit dem neuen oder angewiesenen Schuldner in einen besondern Vergleich eingelassen haben sollte, wodurch die vorige Verbindlichkeit, wo nicht gänzlich aufgehoben, doch in eine andere verwandelt, oder zum wenigsten die Art und Weise, wie die Zahlung zu leisten, näher bestimmt worden ^{h)}). Wann nun gleich ein solcher Vergleich nach römischen Rechten nur mittelst der Stipulation zu Stande kommen konnte ⁱ⁾), so pflegt man doch heutiges Tages darauf nicht zu sehen, wann der Vergleich an und für sich seine Richtigkeit hat und zu beweisen steht ^{k)}). Eine Ausnahme hievon, oder daß aus einer von Seiten des Gläubigers und des neuen Schuldners genehmigten Anweisung eine völlige Befreiung für den Hauptschuldner, der die Anweisung gegeben, erwachse, mügte seyn, wann der angewiesene Gläubiger sich gleichwohl den Rücktritt auf allem Fall vorbehalten, oder denselben wohl gar wirklich genommen, und der Hauptschuldner, der die Anweisung ausgestellt gehabt, sich dieses entweder ausdrücklich oder stillschweigend gefallen lassen hätte.

Wenigern Schwierigkeiten ist jedoch die Frage: ob eine bloße Schuldanweisung, der es an einer ausdrücklichen Genehmigung von Seiten des angewiesenen Gläubigers fehlet, die Wirkung einer Delegation, oder einer völligen Befreiung in Ansehung des eigentlichen oder Hauptschuldners haben könne? unterworfen. Denn die Verneinung dieser Frage hat nicht das mindeste Bedenken, besonders wenn der angewiesene Gläubiger sich wohl gar auf allem Fall den Rücktritt an seinen unmittelbaren und eigentlichen Schuldner ausdrücklich vorbehalten, auch sich nachhin mit dem angewiesenen Schuldner nicht im Vergleich eingelassen hätte, oder auch sonst keine vernünftige Muthmaßungen wegen einer gleichwohl vorgegangenen Delegation vorhanden seyn sollten.

Zu

In den Fällen aber, da aus den auffallenden Handlungen eines Gläubigers zu schließen siehet, daß er seinen unmittelbaren Schuldner gänzlich befreien und ausser Verbindung mit sich setzen, folglich mit dem angewiesenen neuen Schuldner allein zufrieden seyn wolle, sind besonders zu rechnen, wenn der Gläubiger seinen bisherigen Schuldner seine an ihn ausgestellte Verschreibung zurückgiebet, oder dieselbe zerreiſset, verbrennet oder überstreicht, oder jenem über den völligen Abtrag der Schuld rein quittirer, oder gar von dem neuen oder angewiesenen Schuldner dessen besondere Verschreibung annimmt ¹¹⁾. Diese Fälle werden selbst von denjenigen Rechtslehrern ^{mm)}, die sonst der gegenseitigen Meinung zugethan sind, als Ausnahmen von der Regel, daß auch schon auf starke Vermuthungen eine Delegation anzunehmen, anerkannt. Allein auch ausser diesen Fällen dürfte es unbedenklich seyn, daß eine bloße Schuldanweisung für Delegation zu halten, mithin der Hauptschuldner dadurch ausser Verbindung mit seinem vorigen Gläubiger gesetzt werde, wann nämlich der Gläubiger von dem angewiesenen Schuldner viele Jahre durch die Zinsen von seinem Capital erhalten, oder von demselben wohl gar schon einen Theil des Capitals selbst entgegen genommen, oder den angewiesenen Schuldner gerichtlich belanger, oder dessen Sachen wohl gar mit Arrest beschlagen, oder sich von mehreren ihm schuldigen Miterben einen besondern zu seinem Schuldner ausgebeten haben sollte ⁿⁿ⁾. Hätte sich nun in diesen und andern ähnlichen Fällen der angewiesene Gläubiger demungeachtet nicht ausdrücklich den Rücktritt, oder sonstige Gerechtsame an seinen vorigen unmittelbaren Schuldner vorbehalten, so läßt sich dabei unmöglich eine andere Absicht gedenken, als daß der Gläubiger mit der erhaltenen Anweisung zufrieden sey und sich dadurch als abgefunden ansehe. Eine solche Vermuthung ist auch um so mehr gegründet, als nach der Analogie der Rechte in zweifelhaften Fällen billig für den

2ter Th. § f Be-

Beklagten, oder den eigentlichen Hauptschuldner zu vermuthen und für ihn zu sprechen ist ^{oo}). Zum wenigsten würde unter den angeführten Umständen ein Gläubiger sich es selber zuschreiben haben, daß er sich auf allem Fall nicht seine Gerechtsame wider seinen ersten Schuldner vorbehalten hatte und mit der bloßen Schuldanweisung zufrieden gewesen war. Sollte jedoch im Gegentheil ein Gläubiger sich über eine ihm geschehene Schuldanweisung überall nicht erklären, sich auch in keinem Vergleich oder Verbindung mit dem angewiesenen Schuldner einlassen und auch sonst nichts vornehmen, wodurch man angeführtermäßen auf eine Begebung seines Rechts an den ersten oder Hauptschuldner mit Grunde schließen könnte, so kann es kein Bedenken haben, daß es bei der bekannten Regel: Anweisung macht, oder heißt keine Zahlung, das Bewenden behalten müsse.

So wenig nun die Anweisung eines Schuldners, außer dem Fall, daß der Gläubiger solche ausdrücklich angenommen haben, oder doch nach den eintretenden Vermuthungen damit zufrieden gewesen seyn sollte, anstatt wirklich geschehener Bezahlung gelten kann, eben so wenig stehet sie auch einem Gläubiger wider Willen aufzudringen ^{pp}), im Fall nicht von Gerichtswegen zur Auseinandersetzung der Gläubiger eine Schuldanweisung für unumgänglich nöthig, der Lage eines Debitwens gemäß befunden und nach vorgängiger hinlänglich untersuchter Sache verfügt werden sollte ^{qq}).

- a) SCHMIDT *Institutiones Iuris civilis*. §. 462. 1265.
- b) *L. II. D. de Nouat. et Delegat. v.* Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui iusserit.
- c) COCCEJ *Dissert. de Affignationibus. Francof. 1703.* HARPRECHT *de Affignationibus. Tubing. 1703.*

d)

- d) *L. 4. C. de Evict.* BECKMANNORUM *Decisiones et Consilia* Tom. I. Resp. 13. n. 11.
- e) STRYCK *in Vsu moderno* Lib. 18. Tit. 4. §. 19.
- f) *L. 49. de Solat.*
- g) HARPRECHT ad §. 2. *Inst. quib. mod. toll. obl.* CARPZOV *Lib. 5. Resp. 105.* BRUNNEMAN ad *L. 8. C. de Nouat.* GROENWEGEN ad §. 3. *Inst. quib. mod. toll. obl.*
- h) WERNHER T 2. P. 7. *Obs.* 181.
- i) LEYSER *Spec.* 5:7. n. 2. 3. HOMMEL *obs.* 690.
- k) HOMMEL c. l. LEYSER c. l. *med.* 4 und 5.
- l) VOETIUS *in Comment. ad Pandect. Lib. 46. Tit. 2. §. 13.*
- m) Wann lediglich von Kaufleuten unter einander die Rede ist, so pflegt man jedoch von der sonstigen Strenge vieles abzulassen und einer bloßen Assignation weit eher die Wirkungen einer Delegation beizulegen. HOMMEL c. l. STRYCK *Diss. de Assignationis inter mercatores Iure.* Hal. 1708.
- n) Eben dasselbe ist auch in dem §. 3. *Inst. quib. mod. toll. obl.* vorgeschrieben, worin es unter andern heist: *Ideo nostra processit constitutio, quae apertissime definiuit, tunc solum nouationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit: quod propter nouationem prioris obligationis conuenerunt: alioqui et manere pristinam obligationem, et secundum ei accedere, ut maneat ex vi et causa obligatio secundum nostrae constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertius cognoscere.*
- o) CARPZOV P. 2. *Const.* 19. *Def.* 16.
- p) *Const. Elect. Saxonica* 66. BERGER *Elect. proc. Ex.* 53. HOMMEL c. l.
- q) *L. 27. §. 4. und L. 47. §. 1. de pact.* CARPZOV P. 2. *Const.* 46. *Def.* 12. n. 6.
- r) STRYCK *de camb. litt. accept. c. 4. §. 7.* Ludovici Einleitung zum *W. d. s. l. p. o. z. e. s.* Cap. 4. §. 57.
- s) STRYCK *in Vsu Modern. Lib. 18. Tit. 4. §. 21.*
- t) STRYCK *in Vsu Modern. c. l. §. 25. und Lib. 46. Tit. 2. §. 3.*
- u) *L. fin. C. de nouat.*

- x) MEY. P. 2. Dec. 240. und P. 6. Dec. 12. BERGER in *Oeconom. Iur.* Lib. 3. Tit. 15. Tb. 6. n. 3.
- y) BERGER c. 1. n. 2.
- z) HUBER ad Tit. Inst. quib. mod. toll. obl. n. 7. VOET. ad Pandect. Lib. 46. Tit. 2. §. 2. et 3. BRUNNEMANN ad L. ult. C. de Nouat.
- aa) Obgleich aus dem L. 58. de Verb. Obl. und aus dem L. 29. und L. 31. §. 1. de nouat. das Gegentheil zu erhellen scheint, so dürfte es doch nach den Bemerkungen berühmter Rechtslehrer kaum zu bezweifeln seyn, daß diejenigen Stellen in den angeführten Gesetzen, die man zum Verweise gewöhnlich anführet, in einer vom Textomissio gen. 4ten Interpolation ihren Grund haben. HUBER und VOET. cc. III.
- bb) GAIL Lib. 1. Obs. 30. n. 3. 4. 5. MENOCH de praesumpt. Lib. 3. pract. 134 n. 35 sq. HAHN ad WESENBECK Tit. de nouat. n. 8. VOET. c. 1. n. 3.
- cc) SCHILLER Ex. 9. §. 24. und Ex. 37. §. 191. LEYSER Spec. 527. med. 4. 5.
- dd) Andere Rechtslehrer wollen jedoch sowohl zur eigentlichen Novation, als zur Delegation die ausdrückliche Erklärung des Animi nouandi für notwendig geachtet wissen und sie halten solches besonders dem Sinn des L. 8. C. de nouat. und dem ganzen Zusammenhange desselben gemäß zu seyn. CUIAC. Lib. 19. Obs. 36. CARPZOV P. 2. Const. 19. Def. 16.
- ee) HUBER c. 1. TITIVS ad LAUTERBACH Obs. 1174. COCCIJUS Vol. 2. Resp. 468. Streuben in dem 4ten Theil der rechtl. Bedens Fen n. 194. S. 502.
- ff) MEY. P. 2. Dec. 241. P. 5. Dec. 295. P. 7. Dec. 11. 12. 13. 14.
- gg) LAUTERBACH in Colleg. Theoret. pract. Lib. 46. Tit. 2. §. 20. v. Sed si Cajus mandauerit Titio, vt soluat Meuius, Titius hunc desuper certificet et libro suo inferat, quod et Meuius ratificet vel acceptauerit, Cajus plane liberatus erit, quod vocat Vice nouationem HERING de fideiuss. c. 20. §. 3. n. 3.
- hh) FABER ad Cod. Lib. 2. Tit. 4. Def. 2. LEYSER c. 1. n. 5.
- ii) L. 11. §. 1. D. de Nouat. et delegat. v. Fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem L. 1. C. de Nouat. et delegat.
- kk) VOET. c. 1. §. 3.

ll) MEY. P. 7. Dec. 13. et 14.

mm) VOETIUS c. 1. Lib. 46. Tit. 2. §. 13. LEYSER Spec. 527. med. 4.
5. HOMMEL c. 1.

nn) MEY. P. 7. Dec. 13.

d. B.

Ob die wiederholte Annahme der Zinsen von einem Miterben des Schuldners allein an und für sich sol che Novation involvire daß die übrigen Miterben eo ipso liberirt seyn? — dies möchte doch noch großen Zweifeln unterworfen seyn. quum nomina passiva sint ipso jure divisa, und der Gläubiger die Zinsen vom Miterben als vom Mandatar seiner Miterben angenommen haben kann, mithin hierin keine praesumptio praegnantans liegt.

d. H.

oo) L. 125. de Reg. Jur. L. 17. C. de probat. c. 5. x. de Except. c. 6. x. de fid. Instrument.

pp) STRYCK de Assignat. inter mercatores Iure. Halae 1708. MÜLLER in den Grundsätzen des Handelsrechts. Hamburg 1785. §. 35.

qq) SCHMALCALDER Dissert. de Judiciali bonorum Oboerati assignatione. Tübingae 1749. Fischer im Cameral- und Polizeirecht im 2ten Bande §. 381.

LIX. Bemerkung.

Vom unbeendigten Zeugniß der Adlichen.

Wenn gleich das Zeugniß adlicher Personen bei vielen deutschen Völkern auch ohne eydliche Bestärkung eine völlige Beweisskraft hatte, so finden doch diese Grundsätze nach der richtigen Bemerkung des Herrn Geheimen Justizrath Walch ^{a)} nicht mehr Statt, in sofern darüber nicht besondere Gebräuche oder Gewohnheiten an diesem oder jenem Ort vorhanden seyn sollten. Man kann es daher als eine ausgemachte Rechtswahrheit ansehen, daß auch das Zeugniß adlicher Personen, sie mögen im übrigen vom höheren oder niederen Adel seyn, nur sodann

sodann eine zu rechtsbeständige Wirkung haben könne, wenn es mittelst Eydes bekräftet worden.

a) *Dissert. de Testimonio Nobilium injurato* §. 7. (Man sehe die *Walch'schen Opuscula Tom. 2. Ex. 4.*)

LX. Bemerkung.

Ein Kaufmann kann sich wider seinen Gesellschafter zum Beweise einer an ihn habenden Forderung nicht süglich auf sein Handlungsbuch berufen.

Nach der richtigen Bemerkung der Rechtslehrer kann ein Kaufmann sich nicht auf sein Handlungsbuch beziehen, oder zur Beschwörung desselben gelassen werden, wenn er sich mit dem Beklagten in einer Art von Societät befunden haben und aus der Führung gemeinschaftlicher Geschäfte zur Verantwortung und Rechnungsablegung verbunden seyn sollte a).

a) *Meyrus P. 1. Dec. 241. P. 2. Dec. 92.* und im *Commentar ad Ius Lu-
becense Lib. 5. Tit. 6. art. 4. n. 19.* *Klein Diss. de probatione, quae
fit per Libros mercatorum cap. 2. n. 62. seq.* d. B.

Vorzüglich dürfte der Rechtsgrund hiervon wohl in der Regel zu setzen seyn, daß ein Privilegirter gegen einen gleich Privilegirten sein Privilegium nicht anwenden könne. d. H.

LXI. Bemerkung.

Ueber die Verbindung der Provocation ex Lege Diffamari mit einer Injurien-Klage.

So viele erhebliche Einwürfe auch, die in der Natur der bekannten Provocation ex lege diffamari gegründet sind, dem Gebrauch, daß man gemeiner Injurien halber jenes Rechtsmittel anstellen könne ^{a)}, gemacht zu werden pflegen, so müssen doch eben dieselben Rechtslehrer, die jene Einwürfe am meisten machen, zugeben, daß gleichwohl nach dem Gerichtsgebrauch, besonders sodann, wann von solchen Injurien, die in bloßen Worten bestehen, die Rede seyn sollte, das Gegentheil statt findet ^{b)}. Hiezu geben zum Theil selbst diejenigen Rechtslehrer Anlaß, die jene Verbindung als überflüssig, und daher als ganz unzulässig verworfen wissen wollen ^{c)}. Denn nach der Meinung dieser Rechtslehrer hat der vorher angestellte processus provocatorius in Injurien-Sachen zum wenigsten den Nutzen, daß, wenn darin dem Diffamanten ein ewiges Stillschweigen aufgelegt worden, er nun nicht weiter exceptionem veritatis machen kann, und Ludovici ^{d)} ist der Meinung, daß das ladicium provocatorium in Injurien-Sachen hauptsächlich demjenigen vortheilhaft sey, dess'n Injurien-Klage bereits verjähret worden, oder, der auch wider die Erben eines Injurianten klagen will. Ob nun gleich die provocatio ex lege diffamari als eine Vorbereitung zur Injurien-Klage leichter zu dulden und weniger bedenklich ist, so scheint gleichwohl die Verbindung beider Rechtsmittel wegen der Verschiedenheit der Zwecke, die man dadurch zugleich zu erreichen sucht, in allem Betracht ganz unzulässig zu seyn ^{e)}.

Diesem allen ungeachtet hat gleichwohl diejenige Meinung in den meisten Gerichten den Vorzug, nach der die bemeldete

meldete Verbindung nicht eben schlechterdings für unstatthaft zu achten, sondern vielmehr zum wenigsten sodann zu dulden ist, wann der gerichtliche Antrag darauf gehen sollte, daß nämlich auf den Fall, da der Provoocat die Diffamation eingestünde, ihm der Beweis der Richtigkeit derselben aufgelegt, bei dem Mangel genügsamer Beweisführung aber ihm nicht allein ein ewiges Stillschweigen anbefohlen, sondern er auch wegen der solchergestalt genügsam gegründeten Injurien: Klage zu der verwirkten Strafe und Leistung der Privargenugthuung verurtheilt werde ¹⁾. Weil auch nach den Bemerkungen angesehener Rechtslehrer das Remedium provocationis nicht sowohl aus dem L. 5. C. de ingen. manumiss. herzuleiten, als vielmehr lediglich in dem eingeführten Gerichtsbrauch seinen vornehmsten Grund hat ²⁾, so scheint die Verbindung des Provocationsmittels mit der Injurienklage, wenn solche in der bereits angeführten Maasse geschieht, zu Verwirrungen eben keinen Anlaß zu geben. Die Cumulationes actionum sind überdies heutiges Tages so ungewöhnlich nicht mehr, als sie es bei den Römern waren ³⁾, indem solche, wenn sie auf eben dieselben Zwecke gehen, auch keine Widersprüche enthalten, zugelassen zu werden pflegen ⁴⁾.

a) MEVIUS P. I. Dec. 144. SCHAUMBURG in princip. Prax. Jurid. Iudiciar. Lib. 2. cap. 6. §. 4. ****.

b) MEVIUS c. l. n. 14. v. Postquam autem consuetudine et stylo curiae sic invaluit, ut injuriarum causa ex lege diffamari agatur, effi id primum per errorem et abusum contigerit, tamen sequi oportet, donec lege corrigetur. Quam condere sicut non est iudicis, ita nec consuetudinem tollere. Praevalere debet apud iudicem consuetudo suae opinioni.

c) CARPZOV Lib. 2. Resp. 57. n. 4. FINCKELTHAUS Obs. 55. SCHAUMBURG c. l.

d) in der Einleitung zum Civil-Prozeß Cap. 5. §. 25.

- e) WERNHER P. 5. *Obs* 12. v. Regulariter injuriarum actio cum iudicio diffamatorio in eodem libello cumulari nequit, quia nempe diffusus utriusque finis et scopus est. Illa ad reuocandam injuriam, aut aestimationem soluendam tendit; hoc vero id intenditur, ut diffamator sub comminatione perpetui silentii agat et veritatem probet. Cessat autem haec ratio, quando utriusque iudicii diversum est objectum; tunc igitur cumulationi citra ineptitudinem locus est.
- f) BERGER in *Oeconom. Iur. Lib. 4. Tit. 32 n. 3. v.* Iudicio diffamatorio locum esse in injuriis verbalibus, quae conjunctam habent causam debendi, in aliis minus. Nec cumulari actio illa praeparatoria potest cum actione injuriarum, ob contrarietatem earum, nisi petatur, in casum secutae a reo responsionis affirmativae, probationem reo injungi, eaque vel plane intermissa, vel minus rite facta, eidem non silentium perpetuum modo imponi, sed et injuriarum eum condemnari. Neque actio injuriarum extinguitur, cum actio ex lege diffamari est instituta ab injuriato, ut injurians probet veritatem injuriarum, modo injurians intra annum comparuerit et injuriam confiteatur; alioquin mora ab injuriante actione diffamatoria, praescriptio minus interrumpitur.
- g) VOET. in *Comment. ad Pandect. Lib. 5. Tit. 1. §. 21.* BERGER in *Elect. proc. prouocat. §. 4.* BECKMANN *Cons. 38. n. 7.*
- h) L. 6. D. de except. rei judicatae.
- i) BOEHMER de actionibus Sect. 3. §. 3. MENCKEN de act. forens. §. 90. d. v.
- Als ein wichtiger Grund für die Zulässigkeit solcher Cumulation verbietet auch das, wohl jetzt allgemein angenommene, Princip betrachtet zu werden, daß der Richter soviel möglich alle Diversitätsgründe der Prozeße zu hindern müsse, wovon doch das Gegentheil erfolgen würde, wenn die Cumulation verworfen, und der Kläger also gezwungen würde, erst die Probation und demnach die Injurienslage anzustellen. Die Nichtigkeit jenes Principis dürfte aber arg. c. 3. de rescriptis in 6. und nach Gründen der Moralität wohl nicht zu bezweifeln seyn.
- d. 3.

 LXII. Bemerkung.

Etwas über Anstandes- und Accords-Bewilligung von Seiten der Gläubiger.

Einen Anstand in der Bezahlung oder eine geräumige Zahlungsfrist, die sich weiter erstreckt, als die Gerichtsordnungen in jedem Lande erlauben, hängt, besonders bei liquiden Forderungen, nicht von einem Unterrichter, sondern von dem Landesesherrn, oder dem den letzteren etwa repräsentirenden Regierungscollégio ab ^{a)}. Es fällt jedoch von selbst auf, daß wenn gleich die Anstandsbevolligung oft nur aus Landesherrlicher Macht und Gewalt ertheilet zu werden pfleget, es jedoch außer diesem Fall von den Gläubigern nur abhänge, ob und in wiefern sie ihrem gemeinsamen Schuldner einen Anstand bewilligen, und ob sie solchen auf kurze oder längere Zeit ertheilen wollen ^{b)}. Im Fall nun aber ein Schuldner sich mit seinen Gläubigern wegen eines gewissen Aufschubs in der Bezahlung vereinbaret, oder daß solche ihm gewisse Zahlungsfristen gestatten, ohne jedoch von ihren Forderungen selbst etwas fallen zu lassen, so nennt man einen solchen Vergleich einen Indult, Anstandsbevolligung (*Pactum moratorium*). Ein solcher Vertrag ist jedoch von einem eigentlichen Accord, wann nämlich ein gemeinschaftlicher Schuldner mit seinen Gläubigern dahin übereinkommt, daß sie einen Theil ihrer Forderungen zu seinem Besten schwinden lassen (*Pactum remissorium*), gar sehr unterschieden ^{c)}. Ich will zuvörderst von dem bloßen Anstande, demnächst aber von dem Accorde hier einige, zum wenigsten für einen Theil meiner Leser nicht ganz überflüssige Bemerkungen anführen.

Ein Anstand, insofern er nicht aus landesherrlicher Macht ertheilet wird, sondern von der Bewilligung der Gläubiger

biger abhänget, wird entweder gerichtlich, oder außergerichtlich, oder insgeheim bei den Gläubigern gesucht und zu Stande gebracht. Wann ersteres, wie gewöhnlich, der Fall ist, so kommt es dabei auf unterschiedene Dinge an, die Vangerow ¹⁾ sehr richtig bemerkt, wenn er schreibt: „Ein nachgesuchter Indult setzt, wenn er nicht an sich verwerflich, voraus, daß er bei einem Gerichtshofe nachgesucht werde, unter welchem der gemeine Schuldner unmittelbar stehet, daß bei der ersten Prüfung der übergebene Vermögenszustand zu übersehen ist, wie derselbe den Gläubigern die nöthige Sicherheit gewähren könne, oder die Einkünfte davon zur Bezahlung des jährlichen Zinsabtrags zureichen werden, daß der Schuldner erlittene Unglücksfälle anzuführen vermag, wodurch er unvermuthet in Verfall seiner Güter gekommen, oder daß derselbe sich auf flüchtigen Fuß nicht schon begeben habe, und folglich durch die Gestattung der gebetenen Nachsicht der Schuldner wahrscheinlich erhalten, und seine Gläubiger zu befriedigen in Stand gesetzt werde. Wann diese Erfordernisse zusammen nicht angetroffen werden, da erfolgt eine Abweisung des Antrags, und die Bedeutung, ob und auf welchem Wege der Suchende nur zu seinem Zweck gelangen könne.“ Im Fall nun gegen den Wunsch eines gemeinsamen Schuldners, ihm einen Anstand oder Indult auf gewisse Zeit zu bewilligen, nichts erhebliches zu erinnern ist, so hängt jedoch die Bewilligung selbst von dem gemeinsamen Beschluß der Gläubiger ab. Es ist aber entschiedenens Rechts, daß es hierbei nur bloß auf die Mehrheit der Stimmen ankommen könne, ohne eben unter Bevorzugte oder hypothekarische und andere einen Unterschied zu machen ²⁾. Denn wenn gleich einige den *L. ult. C. qui bon. ced. poss.* nur von der Wahl inter Cessionem bonorum et Inducias erklären, und nur sodann die mildere Meinung, die auf Bewilligung des Anstandes gerichtet ist, vorgezogen wis-

sen wollen ^f). so zeigen doch andere das Irrige dieser Meinung, und nehmen es daher als einen allgemeinen und ausgemachten Grundsatz an, daß, so oft von der bloßen Bewilligung einer Zahlungsfrist auf ein oder mehrere Jahre die Rede ist, es lediglich auf die Einwilligung der mehrsten Gläubiger ankomme, und sich daher auch die hypothecarischen hierunter demjenigen gleich bezeigen müssen, was überhaupt die mehresten Gläubiger beschlossen haben ^g). Nur versteht sich von selbst, daß für die Sicherheit der Gläubiger überhaupt und der widersprechenden besonders gehörig gesorget werde ^h). In solcher Hinsicht pflegt denn selbst auf dem Fall, daß dem gemeinsamen Schuldner kein Curator oder Aufseher, wie oft geschieht, zur Seite gesetzt werden sollte, bedungen zu werden, daß, wann der Schuldner während der Anstandsjahre sein Vermögen auch nur zum Theil veräußern, oder nicht gehörig wirtschaften, oder die Zinsen nicht in bestimmten Terminen bezahlen würde, die Gläubiger Macht haben sollten, des bewilligten Anstandes ungeachtet, auf die Bezahlung der Capitalien und der Zinsen zu klagen, und ihnen darunter von Gerichtswegen die prompteste Hilfe geleistet werden solle ⁱ). Was hierunter von allen Gläubigern insgesammt gilt, ist auch von einem jeden einzelnen derselben besonders zu sagen. Ein unter den beschriebenen Umständen bewilligter Anstand oder Indult aber pflegt auf Ansuchen der Gläubiger von Gerichtswegen bestätigt zu werden, und den Schuldner gegen alle zur Zeit des erhaltenen Indults bekannte Gläubiger in der Regel zu schützen, ob es gleich nicht an einigen Ausnahmen fehlet, die zum Theil ihren guten Grund haben, zum Theil aber nur auf Meinungen der Rechtslehrer beruhen ^k).

Ob nun gleich ein Indult oder Anstand allenfals wohl gar aus Landesherrlicher Macht und Gewalt erteilet werden kann,

kann, oder doch die Ertheilung desselben von der Mehrheit der Gläubiger den Summen nach abhänget, so läßt sich doch nicht ein gleiches von einem Accorde oder Erlassung der Schuld zu einem gewissen Theil behaupten. Denn so würde der Landes- herr die heiligen Rechte des Eigenthums verletzen, wenn er die Gläubiger wider Willen zwingen wollte, ihrem Schuldner diesen oder jenen Theil ihrer Forderung zu erlassen, oder wider Willen mit ihm sich in einen Accord einzulassen. Die Mehrheit der Gläubiger, die sich einen Accord gefallen läßt, kann dem Schuldner daher nur unter verschiedenen Einschränkungen behülflich seyn. Es ist auch der Grund der Verschiedenheit bei einem Accorde und bei einem bloßen Anstande sehr einleuchtend, da ja angeführtermassen bei letzterem ein Gläubiger weder an seiner Forderung selbst, noch an den Zinsen einigen Verlust leidet, und seine Sicherheit zum wenigsten eben so groß, als sie vorher war, bleibt. Dahingegen ist es bei einem Accorde, den die mehresten Gläubiger beschloßen haben, und den sich daher auch die übrigen widersprechenden gefallen lassen sollen, ganz anders. Denn bei einem Accorde soll ja ein jeder Gläubiger etwas von seiner Forderung verlieren, und wenn dieser und jener sich dergleichen sogar wider Willen gefallen lassen soll, so steht solches gewissermassen mit dem rechtlichen Grundsatz, daß dasjenige von Allen und Jedem genehmiget werden müsse, was Alle und Jede angehet ¹⁾, im Widerspruch. Ein jeder Eigenthümer kann zwar mit dem seinigen machen, was ihm beliebt, nicht aber darf solches auf Kosten anderer geschehen ^{m)}. Oft kann es dem Anschein nach sogar wider alle Billigkeit laufen, wenn z. B. ein Gläubiger, der oft nichts weiter im Vermögen hat, als was er aus dem Concurse fodert, entweder zum Besten eines muthwilligen Schuldners, der etwa durch üppige und verschwenderische Lebensart das Seinige durchgebracht hat, oder nach dem Wunsch anderer Gläubiger, die vielleicht durch

unzei

unzeitiges Mitleid sich zum Accord bewegen lassen, oder wohl gar durch ihre unvorsichtige Anleihen, den Schuldenstand vergrößert haben, sich einen gewissen Rabbat wider Willen gefallen lassen, und dem gemeinsamen Schuldner einen Theil seines Vermögens gleichsam schenken sollte. Oft erlauben sich böse Schuldner auch mancherley Arten von Collusionen mit diesem und jenem ihrer Gläubiger, und es würde sodann vollends hart seyn, wann die niedere Zahl der Gläubiger wegen eines dem gemeinsamen Schuldner zu bewilligenden Rabbats sich schlechterdings den Beschluß der Mehrheit gefallen lassen müßte. Der öffentliche Credit, der doch zur Beförderung von Handel und Wandel so nothwendig ist, leidet auch unstreitig darunter, wenn ein Gläubiger, der mit aller ihm möglich gewesenem Vorsicht sein Geld ausgeliehen zu haben glaubt, ohne sein Verschulden und lediglich um deswillen, weil es die mehresten Gläubiger so wollen, oder dem Schuldner einen Rabbat zugestehen, um einen Theil des Seinigen gebracht werden könnte. Kann gleich ein dem Schuldner bewilligter Accord zuweilen dazu dienen, um denselben bei Ehre und Brod, und zum Besten seiner Familie zu erhalten, oder in seiner gesunkenen Nahrung wieder aufzuhelfen, oder um den jüngeren Gläubigern dazu, daß sie nicht grade alles verlieren, behülflich zu seyn, so können dergleichen Betrachtungen freilich in einzelnen Fällen Anleitung geben, um diesen und jenen Gläubiger, der sich zu einer Nachlassung nicht bequemen will, dazu zu bewegen, nicht aber auch dazu, um diesen und jenen Gläubiger grade wider Willen zu einem Accorde zu zwingen. Es dürfte daher die Meinung derjenigen Rechtslehrer, welche bei der Frage: ob die Mehrheit der Gläubiger die mindere Zahl derselben auch wider Willen zwingen könne, sich den von ihnen dem gemeinsamen Schuldner bewilligten Rabbat gefallen zu lassen? solche in der Regel verneinenⁿ⁾, sowohl der Nethlichkeit des Rechts, als der Billigkeit

am

am angemessensten seyn, zumal wenn der, oder diejenigen Gläubiger, die sich den Rabbat nicht gefallen lassen wollen, vielleicht eben so vermögenslos, als der Schuldner selber seyn möchte o).

Diesem allen ungeachtet kann es gleichwohl unter gewissen Einschränkungen kein Bedenken haben, daß die geringere Anzahl der Gläubiger sich den von der Mehrheit derselben bewilligten Accord auch wider Willen zuweilen gefallen lassen müsse. Es kommt aber bei einem solchen rechtmäßigen Accorde, der diesen Namen mit Grunde verdienen kann, darauf an:

I. Daß zur völligen Befriedigung gesammter Gläubiger kein Zugang oder Gelegenheit vorhanden seyn müsse, und dies durch Aufnehmung eines legalen Inventariums erwiesen sey p). Denn wenn hierüber noch einige Ungewißheit vorhanden, oder der Fall der Unzureichlichkeit des Vermögens des gemeinsamen Schuldners nicht außer allem Zweifel gesetzt seyn sollte, so ist die Frage: ob einer oder anderer Gläubiger sich den Rabbat, den die mehresten andern Gläubiger bereits bewilliget haben, wider Willen gefallen lassen müsse? vergeblich. Denn unter solchen Umständen ist dieselbe der Regel nach um so mehr zu verneinen, als bei Annahme des Gegentheils ein böser Schuldner grade die gewünschte Gelegenheit haben würde, durch diese und jene Cabbalen seine Gläubiger um einen Theil des Ihrigen zu bringen, und sich solchergestalt mit deren Schaden höchst ungebührlicher Weise zu bereichern. Die Gesetze, welche die Frage betreffen, und sie unter gewissen Einschränkungen bejahen q), setzen auch die Gewißheit der Unzureichlichkeit des Vermögens zur Abbürdung der Schuldenlast voraus, oder daß zur völligen Befriedigung gesammter Gläubiger keine Aussicht vorhanden sey. Außer dem Fall der Unzureichlichkeit

keit

keit des Vermögens zur Befriedigung gesamnter Gläubiger
setzet man noch weiter bei einem rechtmäßigen Accord
voraus :

11. Daß die mehresten Gläubiger *) nach der Größe ihrer
Forderungen gerechnet, sich den vorgeschlagenen Ac-
cord gefallen lassen, und dabei mit den widersprechen-
den oder abstimmmigen Gläubigern zum wenigsten
gleiche oder gar eben dieselben Gerechtsame haben. In
solcher Hinsicht ist es nun unbedenklich, daß blos chirogra-
pharische und überhaupt solche Gläubiger, die blos persön-
liche und keine dingliche Rechte haben, sich denjenigen Ab-
bat auch wider Willen gefallen lassen müssen, den die meh-
resten Gläubiger nach der Größe ihrer Forderungen *) gerech-
net sich haben gefallen lassen *). Es ist jedoch ein ganz an-
derer Fall, wann die Einwilligenden blos persönliche oder
Buchgläubiger, die Widersprechenden aber hingegen Pfand-
gläubiger, oder gar solche, die aus den Rechten des Eigen-
thums das ihrige verlangen, seyn sollten. Denn daß die
letzteren und die Pfandgläubiger überhaupt sich den Beschluß
der mehresten chirographarischen oder persönlichen Gläubiger
wider Willen nicht gefallen lassen dürfen, ist ausgemachten
Rechtens *). Ein Gleiches pfleget auch von solchen Gläu-
bigern zu gelten, die mehr in den Rechten begünstigte Fode-
rungen haben, oder wie man zu reden pfleget, persönlich pri-
villegirte Gläubiger sind *), oder Arreste auf das Vermögen
des Schuldners erlanget haben mögten *). Im Fall jedoch
die mehresten älteren Pfand- und bevorzugten Gläubiger,
was den Accord anbelanget, mit den persönlichen Gläubi-
gern oder deren Mehrheit übereinstimmen, so dürfte an einer
allgemeinen Verbindlichkeit des Accords nicht zu zweifeln
seyn, besonders wenn die Classification der Gläubiger erge-
ben sollte, daß die widersprechenden Gläubiger, entweder
überall

überall nichts, oder zum wenigsten nicht ein mehreres wür-
den retten können, als ihnen aus dem Recorde zufällt z.).

Sollten auch bei einem in Vorschlag gebrachten Accord die Stimmen für und wider denselben gleich seyn, so pfeget der Vorzug der Gläubiger zu entscheiden, und wenn solcher nicht auszumachen oder anzunehmen, so wird gewöhnlich für den Accord, den die Mehrheit der Gläubiger nach der Größe ihrer Forderungen genehmigen, entschieden ^{aa)}. Auf gleiche Weise ist es auch zu haben, wann die meisten Gläubiger sich zwar den Accord überhaupt gefallen lassen, allein in Ansehung der zu erlassenden Summe nicht übereinstimmen sollten, und durch zweckdienliche richterliche Vorstellungen nicht zu vereinbaren ständen ^{bb)}.

Ob zwar nach gemeinem Recht zum wenigsten persönl
liche oder Buchgläubiger sich den Accord auch wider Willen
gefallen lassen müssen, den die Mehrheit derselben entweder
allein oder vereint mit den Pfandgläubigern sich hatte gefal
len lassen, so haben gleichwohl nach Lübischem Recht ^{cc)}
schon alle und jede einzelne Buchgläubiger die Befugniß, dem
in Vorschlag gebrachten Accorde zu widersprechen, und dür
fen sich daher in der Regel einen Rabbat nicht bios darum,
weil die mehresten Gläubiger damit einig sind, gefallen las
sen, und zwar ohne zu unterscheiden, ob sie Pfand- oder
Buchgläubiger seyn mögten, ob der Accord vor oder nach
eröffneter Erstigkeitsurtheil auf die Bahn gebracht werden
sollte ^{dd)}, ob von Kaufleuten oder andern Leuten die Riede
se ^{ee)}. Die Commentatoren des Lübischen Rechts wollen
jedoch sodann die Vorschrift desselben eben nicht buchstäblich
angewandt wissen, wenn ein Buchgläubiger etwa lediglich
aus Chicane, oder zum Verdruß anderer bevorzugten Gläu
biger

biger mit denselben nicht übereinstimmen wollte. Denn so habe das Lübsche Recht bei der bemerkten Vorschrift kein Hauptaugenmerk auf solche Gläubiger, die besonders wegen ihres Handlungsverkehrs zu fodern hätten, und sich im Uebrigen völlig gleich wären, gerichtet, und solchergestalt könne denn auch unter den bemerkten Umständen auf einen Widerspruch, der blos auf Chicanen beruhe, nicht geachtet werden ^{ff}). Nach den Bemerkungen neuerer Schriftsteller soll zwar heutiges Tages diese Bemerkung vermöge eines besonderen Statuts in Lübeck befolget werden, inzwischen dabei das meiste dem richterlichen Ermessen überlassen seyn ^{ss}).

Außer den bisher bemerkten Erfodernissen pfleget man zu einem rechtmäßigen Accorde, den sich unter den angeführten Einschränkungen die mindere Zahl der Gläubiger gefallen lassen muß, zu erfodern,

III. Daß der Accord ehrlich, folglich ohne hinterlistige Veredungen oder Collusionen mit dem gemeinsamen Schuldner zu Stande gekommen seyn müsse, und besonders auch die nahmhaft gemachten Foderungen insgesamt ihre Richtigkeit haben. Denn im entgegengeetzten Fall kann die Mehrheit der Gläubiger, die für den Rabbat stimmt, in Hinsicht anderer, die widersprechen, keine Verbindlichkeiten, sich ein gleiches gefallen zu lassen, hervorbringen ^{hh}). Es ist vielmehr dergleichen Vereinbarung als gesetzwidrig und für null und nichtig zu halten, die Theilnehmer daran aber verdienen noch überdieß eine angemessene Bestrafung. Außer dem Fall einer wirklichen Collusion zum Nachtheil anderer Gläubiger ist jedoch derjenige Accord nicht eben für ungültig und unstatthaft anzusehen, der etwa von einem muthwilligen Banqueroutirer in Vorschlag gebracht worden. Man pfleget weiter

IV.

IV. bei einem Accorde, dem unter den angeführten Einschränkungen der mindere Theil der Gläubiger auch wider Willen beitreten muß, voraussetzen, daß ein Gläubiger vor dem andern nicht ungebührlich gefährdet, oder an Capital oder Zinsen einen höheren Verlust leide, oder härter mitgenommen werde, als andere, oder auch ältere derjenigen Classe, wozu er im Vergleichs- oder Accordplan gleichwohl gerechnet worden. Zu einem gültigen Pacto remissorio wird endlich noch

V. die gerichtliche Bestätigung besonders in der Hinsicht erfordert, um solche Gläubiger, die sich ungebührlicher Weise weigern, demselben beizutreten, dazu anzuhalten ^{jj}). Sollten daher die Gläubiger über die Frage: ob ein Rabbat überhaupt statt finden solle, und in welcher Maasse er zu bewilligen sey? völlig einig seyn, so ist die gerichtliche Bestätigung auch noch rathsam, sie mag aber nicht dergestalt für nothwendig geachtet werden, daß aus ihrer Unterlassung allein ein Grund zur Anfechtung des Accordes hergenommen werden könnte ^{kk}).

Zu den Fällen, da die Schließung eines Accordes oder Vergleichs, zum wenigsten unter Gläubigern unter einander, allemahl rathsam und billig ist, kann man rechnen, wenn man mit den Erben eines Schuldners zu thun haben, oder dieser abwesend, oder auch ein förmlicher Concurß entweder schon an und für sich, oder doch in Ansehung seiner Dauer, gesammten Gläubigern zum Nachtheil gereichen sollte ^{ll}).

Wann auch gleich im übrigen die Exceptio Pacti remissorii zu solchen persöhnlichen Einreden gehöret, die mit und bei der Kriegsbefestigung in Anregung gebracht werden müssen ^{mm}),

und daher in der Regel darauf von Amtswegen kein Betracht zu nehmen ist, so pflegt jedoch ein Accord alle diejenigen Forderungen gewöhnlich unter sich zu begreifen, die zur Zeit der Schließung desselben gerichtlich anhängig gemacht worden, oder worüber bereits die richterliche Entscheidung erfolgt ist ⁿⁿ). In Hinsicht der Frage: ob die Gläubiger, die einem Accord genehmigen, oder wider Willen sich denselben gefallen lassen müssen, auf dem Fall, daß der gemeinsame Schuldner mit der Zeit zu besseren Glücksumständen kommen dürfte, für befugt zu achten, dasjenige wieder zu fordern, was sie im Accorde verlohren haben? scheint diejenige Meinung, wornach die Frage in der Regel zu verneinen, den Vorzug zu verdienen ^{oo}). Sollte sich jedoch ein accordirender Gläubiger selbst beim Accorde ein anderes ausdrücklich vorbehalten haben, welches gewöhnlich den wider Willen dem Accorde beigetretenen Gläubigern eben nicht zu verwehren steht ^{pp}), so läßt sich nicht bezweifeln, daß unter solchen Umständen jene Frage zu bejahen sey ^{qq}).

Da nach Lübschem Recht einzelnen Gläubigern überhaupt nicht freisteht, einem Abbat oder Accorde, den die Mehrheit der Gläubiger bereits genehmiget hatte, zu widersprechen, so kann die Frage entstehen: ob die widersprechenden Gläubiger sogar auch auf dasjenige Anspruch machen können, was die für den Schuldner gestimmten Gläubiger demselben mit gutem Willen erlassen hatten? Diese Frage wird vom Mevius ^{rr}) nach der Analogie des Lübschen Rechts und besonders aus dem Grunde bejahet, weil es ja den beim Concursе ausgefallenen Gläubigern freistehe, sich an dem Vermögen zu halten, was der gemeinsame Schuldner nach dem Concursе erworben hatte, oder den Schuldner in Ansprache zu nehmen, wenn er demnächst zu besseren Glücksumständen gelanget seyn sollte ^{ss}). Andere machen jedoch hierbei die der Billigkeit gemäße Einschränkung, wenn

wenn anders der Schuldner nicht dasjenige, was ihm andere Gläubiger erlassen hatten, zu seinem nothdürftigen und unumgänglichen Lebensunterhalt gebrauchen sollte ^{u)}.

a) Pütter in den Rechtsfällen, Band 2. Resp. 238. n. 172. CRAMER T. 2. P. 1. Obs. 469. Die besondere Meinung des LEXSERS Spec. 12. n. 4. ist vom MÜLLER ad LEYSERUM c. 1. Obs. 61. untersucht, und das Fehlsame derselben gezeigt worden.
Man sehe auch Koch Staatsrecht der deutschen Reichelände. Frankfurt u. Leipzig, 1792. 2. Th. S. 26. und die daselbst angezogenen Schriften.
d. V.
d. S.

b) Obgleich der L. 8. C. qui bon. ced. possi. nur von einer quinquenniali dilatione redet, so leidet es dennoch kein Bedenken, daß die Mehrheit der Gläubiger dem Schuldner den Anstand auch noch über den Zeitraum von fünf Jahren bewilligen könne.
Und eben so zeigt der angeführte L. 8. deutlich, daß nicht eigentlich die größere Kopfzahl der Gläubiger, sondern die größere Summe der Forderungen entscheide.
d. V.
d. S.

c) WAGLER de Pactis Remissoriis cum Debitore obaerato. Altorf 1785.

d) in der Theorie der gerichtlichen Decreturkunst. Halle 1783. S. 418. S. 268.

e) CARPZOV P. 2. Const. 22. Def. 29. MEVIUS in Discuss. Leuam. Inop. cred. cap. 3. n. 187. 188. GERDES de maiore parte ejusque Praerogativa cap. 3. Th. 2. n. 15. PUFENDORF Tom. 2. Obs. 164.

f) BRUNNEMAN in Comment. ad Pandect. Lib. 2. Tit. 14. n. 10. BERLICH P. 2. Dec. 239.

g) PUFENDORF c. II.

h) PUFENDORF c. I. S. 2.

i) PUFENDORF in Animadversionibus Iuris. Tom. 1. Obs. 121. p. 166.

k) Man sehe MÜLLER in Promtuarie Iuris nouo Tom. 7. p. 1464. n. 9. seq.

l) L. II. de Servitut. praed. rust. L. 75. de Reg. Iur. c. 29. de Reg. Iuris in Gro.

m) L. 27. S. 4. de pace.

n) BERLICH P. 1. Concl. 64. n. 3. Concl. 63. ingleichen Dec. 295. 242. seq. CARPZOV P. 2. Const. 22. Def. 28. VOETIUS ad Pandectas Lib. 2. Tit.

2. Tit. 14. §. 23. GERDES *de maiore parte ejusque Prærogative*, c. 3. Th. 2. §. 15.

o) BRUNNEMAN c. 1. n. 7. BERLICH *cit. Decis.* 235. n. 43. FABER *ad Codicem Lib. 1. Tit. 9. Def. 20.*

p) MEVIUS *in cit. Tract.* n. 159. und 160. BOEHMER *de pacto remissorio* §. 8. (Ex. *ad Pand.* 89.)

q) L. 7. §. 19. L. 10. D. *de pactis.*

r) Wann gleich zur Schließung eines Accordes ein jeder bekannter Gläubiger in Person, die unbekannten oder abwesenden aber zu der vorhabenden gütlichen Behandlung allenfalls edictaliter vorzuladen sind. MEVIUS *in Discuss. Leuam. Inop. debitorum* p. 129. n. 119., so pflegt es doch nach dem Gerichtsgebrauch nicht eben für ganz unumgänglich nöthig geachtet zu werden, daß sämtliche Gläubiger zur Beschließung eines Pacti remissorii förmlich zusammenberufen werden, indem es gewöhnlich schon genüget, wenn auch nur die größere Anzahl der Gläubiger allenfalls abwesend dem gemeinsamen Schuldner den nachgesuchten Rabatt oder Accord bewilliget haben sollte. CANNegiESSER *Decis. Cassellan.* Tom. 2. Dec. 172. n. 19. *seq.* BECKMANNORUM *Consilia et Decisiones* P. 1. Dec. 18. n. 3. p. 271.

s) Daß bei Berechnung der Größe der Forderungen auch auf die Zinsen gesehen werden müsse, bemerkt MEVIUS c. 1. §. 101.

t) L. 10. D. *de pact.* Nach diesem Gesetz muß sich sogar der Fiscus den Beschluß der Mehrheit gefallen lassen, wenn es ihm an einer besondern Hypothek fehlen sollte.

u) L. 10. pr. D. *de pact.* VINNIUS *de pact.* c. 17. n. 3. CARTZOV P. 2. *Const.* 22. *Def.* 28. n. 9. BERGER *in Oeconom. Jur. Lib. 4. Tit. 34. §. 4. not.*, und in *Supplement. ad Elect. Discept. forens.* P. 2. Tit. 52. §. 1. p. 965. I. H. BOEHMER *de pacto remissorio* §. 9.

x) MEVIUS *in Discuss. Leuam. Inop. Debitor.* c. 3. n. 170. *seq.* Schröder in den vermischten Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Privats Rechts, und peinlichen Rechte. Halle 1786 im 2ten Bande P. 36. 37.

y) I. H. BOEHMER c. 1. §. 9.

z) Andere Grundsätze hierunter heget BOEHMER c. 7.

aa) L. 8. D. *de pact.* *Majorem esse partem, pro modo debiti, non pro numero personarum placuit. Quod si aequales sint in cumulo debiti, tunc plurium numerus creditorum praefereendus est: in numero au-*

dem pari creditorum auctoritatem ejus sequetur Praetor, qui dignitate in eos praecellit. „Sin autem omnia vndique in vnam aequalitatem concurrant, humanior sententia a Praetore eligenda est: Hoc enim ex „Diui Marci Rescripto colligi potest.“ Man sehe auch BERGER in *Oeconom. Jur. Lib. 4. Tit. 34. Th. 4. n. 1.*

bb) Wann gleich ein Accord, oder ein Pactum Remissorium, sowohl vor, als während dem Concurse, und sogar noch nach Eröffnung der Erstgütertheilung statt finden kann, so kann doch im letzten Fall, besonders nach eingetretener Rechtskraft, der Beschluß der Mehrheit seinem der Gläubiger mehr einigen Nachtheil verursachen. *I. H. BOEHMER de pacto remissorio, §. 18. LAUTERBACH de pact. praedjudicial. Remissor. WAGLER c. 4.*

cc) Denn so heißt es im dritten Buch im ersten Titel Art. 13. folgendermaßen: „Würde einer in Schulden vertieft mit seinen Creditoren sich vergleichen, und etliche der Creditoren darin nicht begriffen seyn wollen, so siehet denselben frei, den Schuldner mit Recht zu verfolgen.“

dd) MEVIUS in *Comment. ad Jus Lübec. cit. loco n. 15.* schreibt daher folgendergestalt: „Nostro Jure Lübecensi aliud statuitur, nec adtringuuntur Creditores sequi Placita majoris partis, siue hypothecarii, siue Chirographarii, siue privilegiati, siue non. Textus indefinitus loquitur, et communem rationem sequitur, quae non finit, pacta „et facta tertio non consentienti obesse.“

ee) LEMBEKE in *Dissert. de Pacto remissorio quoad creditorem non consentientem ad Art. 13. Lib. 3. Tit. 1. Juris Lübecensis. Ien. 1784.*

ff) Stein in der Abhandlung des Lübschen Rechts. Th. 3. Tit. 1. S. 35. **

gg) LEMBEKE *cit. loco.* Wenn es gleich im Allgemeinen bei dem Satz, daß minor pars creditorum nach Lübschem Recht eben nicht verbunden ist, sich dem Beschluß der Mehrheit zu unterwerfen, oder sich den von der letzteren beschlossenen Accord wider Willen gefallen zu lassen, daß Bewenden behält. GERDES de major. part. ejusque Praerogativa Th. 2. n. 17. s. 3. (*Conf. opera ejus Tom. 2. p. 189.*), so führt doch MEVIUS selbst schon in seinem *Commentar ad Jus Lübec. Art. 13. Lib. 3. Tit. 1. in Addit. ad n. 15.* einige Ausnahmen von der Regel an, die bei demselben weiter nachzusehen sind. In Fällen, da nicht von der Schließung eines Accordes die Rede ist, pflegt es auch nach Lübschem Gebrauch gewöhnlich nur bei dem Beschluß der Mehrheit der Gläubiger das Bewenden zu behalten. MEVIUS P. 2. Dec. 169.

hh) MEVIUS *cit. Tract. c. 3. n. 156. 166. 167.* Es hat jedoch außer dem Fall einer Collusion bei den angeführten Grundsätzen, wornach nach *mein*

meinem Recht bei einem Accorde zuweisen die Mehrheit entscheidet, daß
Bewenden wenn gleich von Banqueroutirern, die sonst aller Rechts-
wohlthaten unwürdig sind, die Rede seyn sollte. MEVIUS c. l. n.
162 - 164.

- ii) L. 7. §. 19. *D. de pactis*, BERLICH Dec. 336. n. 10. feg. BECKMAN-
NORUM *Consilia et Decisiones* c. l. p. 272. n. 8. WAGLER c. l. §. 13.
14. I. H. BOEHMER *de pacto remissorio* §. 12.

kk) MEVIUS *cit. Tract. n. 192*. Eben so wenig findet eine Anfechtung
und Foderung eines Nachkaufes statt, wenn auch der Schuldner in
bessere Umstände gekommen, da *exceptio pacti* obsteht, falls jenes nicht
reversirt worden. Arg. z. 16. *X. de elect. c. 2. de R. T. in 6*. Clap-
roth's Summar. Process, §. 417. In Sachsen verhält es sich anders.
KIND *quaestiones forenses. cap. 74*.

- ll) MEVIUS *ad Ius Lübeckense* c. l. n. 11.

mm) Der neueste Reichsabschied §. 37. 38.

- nn) CANNEGLESSER in *Decis. Cassell* c. l. n. 22. BECKMANNORUM
Consilia et Decisiones c. l. n. 22.

oo) VOETIUS *ad Pandect. Lib. 2. Tit. 14. §. 28*. Das Gegentheil behauptet
BERLICH P. 2. Dec. 245. n. 1.

- pp) CARPZOV P. 2. *Const. 22. Def. 27*. BRUNNEMAN *ad Pandect. L. 2.*
Tit. 14. n. 16. 17. Schröter a. O. im 1ten Bande S. 32.

qq) In Ansehung der *Creditorum dissentientium* will LEMBOKE in *cit.*
Dissert. §. 23, die Frage schon im Allgemeinen bejahet wissen, und es
sammelt, daß er darunter Beifall verdienet.

- rr) MEVIUS *ad Ius Lübec. c. l. n. 21. 22. 23*.

ss) L. 4. und 7. *D. de Cessione bonor. L. 3. C. de hon. auct. Iud. possidend.*

- tt) LEMCKE *cit. Dissert.*, womit auch MEVIUS c. l. übereinstimmt.

*3) Diejenigen Grundsätze, wornach Inhalts-gemeiner Rechte ein Accord
oder Record zu bewilligen, sind auch noch heutiges Tages im Gebrauch,
und pfleget darnach in vorkommenden Fällen unbewußt gesprochen
und geurtheilt zu werden. de CRAMER *Tom. 1. Obs. 364*. CANNEG-
LESSER P. 2. Dec. 172. Moser v. m. Reichständischen Schulden-
wesen Th. 1. S. 6:6. BROCKES *Obs. 395*. Claproth in der Ein-
leitung zum Concursprocess. S. 18.

LXIII. Bemerkung.

Wenn es einem Verbrecher zu einiger Entschuldigung
gelfche, daß anfänglich seine Abficht gut, oder doch un-
fchuldig gewesen?

Da die Größe der Verbrechen am meisten auf den höheren Grad der vorhergegangenen Ueberlegung und des Vorbedachts beruht, so folgt hieraus von selbst, daß ein Verbrechen, auf dessen Ausföhrung die ganze Absicht des Thäters gleich vom Anfange an gerichtet gewesen ist, in der Regel auch für größer zu achten sey, und kleinere Rücksicht verdiene, als ein solches, worauf es der Thäter bei seiner ursprünglich guten Handlung nicht angelegt hatte. Selbst die Gesetze stimmen damit überein, indem sie bei honeste Coeptis keinen Dolus vermuthen, und einen Erceß bei der Züchtigung oder Bestrafung, den sich etwa obrigkeitliche Personen oder andere Vorgesetzte in Aufsehung ihrer Untergebenen zu Schulden kommen lassen, gewöhnlich gelinder gesündet wissen wollen a). Man pfleget auch bekanntlich denjenigen, der eine ihm zum Gebrauch vom Eigenthümer geliehene Sache wider die Absicht des letzteren zu einem andern Zweck in seinem Nutzen verwendet, eben nicht als einen gemeinen Dieb zu behandeln b). Es erinnert jedoch der berühmte Crell c) in einer dieser Materie besonders gewidmeten Dissertation mit Recht, daß ein honestum Initium nur denjenigen zu einiger Entschuldigung oder Milderung ihrer Strafe gereichen könne, die anfänglich bei einer vorgenommenen Handlung an das daraus entsprungene Verbrechen nicht gedachte, und nur aus Verhum und Leichtsinm selbigen demnächst verübet haben, oder sich einen geringen Erceß zu Schulden kommen lassen; dahingegen aber denjenigen nicht zu statten kommen könne, die gesessentlich und mit Ueberlegung ihren an-

2ter Th. 3i fänglich

sänglich guten Vorsatz verändert, und dolose das demnächst verübte Verbrechen begangen haben, und daher diejenigen eher mit Strenge, als mit Nachsicht behandelt werden müßten, die vorsätzlich ihre Gewalt, die sie über einen andern hatten, mißbrauchten, und zu seinem Schaden anwandten ^{d)}, oder bei Geschäften, die ihnen im guten Vertrauen übertragen waren, die gelobte und versprochene Treue vorsätzlich verletzten ^{e)}.

a) L. 13. §. 6. L. 15. §. 38. de Injur. L. 13. §. 4. Locati. L. 5. §. 3. L. 9. §. 4. ad L. Aquil.

b) L. 46. §. 7. de Furt. Struben im 2ten Theil der rechtlichen Bedenken n. 95. PAUL WILHELM SCHMIDT de Effectu possess. et custod. circa Furt. ad illustrand. art. 170. C. C. Ten. 1736.

c) Diss. de Delictis, quibus honestum Initium fuit. (CRELLII Dissertationes et Programmata fascic. 8. n. 72).

d) Arg. L. 5. D. ad Leg. Pompej. de Parricid.

e) CRELL cit. Dissert. §. 5. 6.

LXIV. Bemerkung.

Ein Erkenntniß auf Schadenersatz berechtigt nicht zugleich, auch auf die zugebilligte, oder zuzubilligende Summe Zinsen zu berechnen.

Dieser Satz kann um so weniger einiges Bedenken haben, weil ja dasjenige, was einem unter dem Titel des Schadenersatzes, entweder im allgemeinen, oder unter Bestimmung des Quanti zugesprochen wird, zum wenigsten bis zu dem Zeitpunkt, da darüber rechtskräftig erkannt wird, als ein Illiquidum zu betrachten ist, worauf bekannten Rechten nach keine Zinsen gerechnet werden. Es ist auch überdieß bei einem Erkennt-

kenntniß, daß nur Schadenersatz zuspricht, in keine Wege anzunehmen, oder voraussetzen, daß es auch das *Lucrum cessans* habe zubilligen wollen. Dieses würde aber der Fall seyn, wann einer, dem Schadenersatz nur schlechtthin zuerkannt worden, sofort befugt seyn sollte, auf dasjenige Quantum, was ihm unter diesem Titel zubilliget wird, allenfalls wohl gar von der Zeit an, da der Schade geschehen, Zinsen zu berechnen. Ein anderer Fall ist es jedoch, wann einem die Schadenersetzung unter gerichtlicher Bestimmung der Größe derselben aufgelegt worden. Denn daß sodann derjenige, dem der Schadenersatz in der bestimmten Maaße gebühret, von der Zeit der eingetretenen Rechtskraft auf das Entschädigungsquantum Zinsen berechnen könne, leider kein Bedenken ^{a)}).

a) *L. 1. C. de usur, Rei judicatae.*

LXV. Bemerkung.

Die Entschädigungsklage darf dem Provocationsproceß nicht eingemischt werden.

Da die Aufforderung zur Klage wegen einer nachtheiligen Auspreisung (*Provocatio ex Lege diffamari*) nur dahin gehet, daß der Provocat in Ansehung solcher Auspreisung oder Diffamation, Kläger werden möge, nicht aber, daß ihm auch erlaubt seyn solle, eine Widerklage, oder eine zweyte von der Diffamation unterschiedene Klage anzustellen ^{a)}), so darf daher die Entschädigungsklage dem Provocationsproceß nicht eingemischt werden, sondern ist billig zur besonderen Ausführung zu verweisen.

a) *BERGER in Elect. Process. Provocat. §. 38. 39. MEYER P. 8. Dec. 53. Dantz in den Grundsätzen der summarischen Prozesse. Hauptst. VII. §. 71. 81.*

LXVI. Bemerkung.

See confer
Glyk. 20. 21.
p. XVI. 471.

Einschränkung des Satzes, daß dem Cessionario der Beweis obliege, wann ihm die Exceptio Legis Anastasiana gemacht wird.

Der berühmte Struben im vierten Theil seiner rechtlichen Bedenken, Bedenken 190. hält sich von der Allgemeinheit des angeführten Satzes mit andern Rechtslehrern *) dergestalt überzeuget, daß er folgendergestalt schreibt: „Es ist kein Betrug noch eine Verstellung zu vermuthen, daher zu folgen scheint, als müsse der Schuldner den Beweis übernehmen, wenn er vorschüzet, die Cession sey falsch, und dem Cedenten weniger bezahlet, als das Instrumentum cessionis besaget. Allein daß es auf die Angabe desselben nicht ankommt, erweist der L. 22. C. Mandati, worin versehen, vt si quis datis pecuniis subierit cessionem, vsque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum ejus, actiones permitti, licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit. Es ist nicht möglich, daß der Schuldner Beweis führen mag, er müste es denn auf seines Gegners Eyd ankommen lassen, welches hart ist. Vielmehr liegt also dem Cessionario selbst ob, weil er sich in einem facto gründet, welches, eben angeführten nach, die bloße Cession nicht beweiset.“ Da jedoch der Lex Anastasiana, wann er gleich zu einiger Verhütung des Wuchers dienet, doch unfreitig zu vielen Chicanen und Prozessen Anlaß giebet, der Sicherheit im Handel und Wandel nachtheilig ist †), und daher die Anwendung desselben eher einzuschränken, als auszu dehnen ist ‡), so verdienen diejenigen Rechtslehrer vielen Beifall, die nicht schon eine jede Einwendung des Legis Anastasiana für hinreichend halten, um den Käufer oder Cessionarium

rium in Ermangelung genügsamer Beweise vom Gegentheil, oder daß er die abgetretene Forderung nicht für eine geringere Summe erdieset erhalten, zu verurtheilen, oder doch zur endlichen Reinigung anzuhalten 1). Denn auf dem Fall, daß die Abgabe, daß die Cession wider den Legem Anastasianam anlaufe, lediglich in der Abgabe des Schuldners ihren Grund haben sollte, und sonstien weder durch Beweise, noch durch andere genügsam beschienigte Umstände oder Vermuthungen dargethan werden könnte, daß die Cession, von der die Rede, für eine geringere Summe, als die Forderung war, geschlossen, und auch wirklich zu Stande gekommen sey, ist die Erklärung des Cedenten im Cessionsinstrument billig für richtig anzunehmen, und dem Cessionario die Leistung des Reinigungserbes nicht anzumuthen, indem letzterer ohne vorhandene Verdachtsgründe nicht aufgeleget werden mag 2), und unnöthige Beweise billig zu vermeiden sind.

a) STRYCK in *usu moderno* Lib. 18. Tit. 4. §. 17. LAUTERBACH *Coll. Th. pract. Lib. 18. Tit. 4. §. 72. u. a. m.*

b) THOMASIIUS *Dissert. de cerebrina Aequitate et exiguo usu Legis Anastasianae.* Hal. 1717.

c) Es ist jedoch der Gebrauch des Legis Anastasianae in Deutschland überhaupt nicht zu bezweifeln. LEYSER *Spec. 203. med. 1. COCCETTI in Jur. controuers. Lib. 18. Tit. 4. §. 23.* Ja man will, daß auch die Gerichte sogar von Amtswegen darauf zu sehen haben. MEVIUS P. 3. Dec. 1.

d) MEVIUS P. 3. Dec. 444. und P. 7. Dec. 213. n. 4.

e) MEVIUS P. 4. Dec. 444. n. 1.

LXVII. Bemerkung.

Ob und wann ein Nachbar, dem andern den Weg über seinen Acker zu gestatten, angehalten werden könne?

Wann gleich in der Regel Niemand wider Willen angehalten werden mag, dem andern gewisse Rechte auf seinem Grund und Boden zu gestatten ^{a)}, so ist jedoch billig der äußerste Nothfall auszunehmen, und auch nur in diesem die aufgeworfene Frage zu bejahen ^{b)}. Insbesondere hat dieselbe der berühmte Cress in der Dissertation de Servitute necessaria compendii causa praedio vicini imponenda ^{c)} untersucht, und sie unter Beziehung auf mehrere gesetzliche Beweisstellen ^{d)} dahin beantwortet, daß nur sodann ein Nachbar dem andern gegen eine verhältnißmäßige Vergütung den Weg über seinen Grund und Boden zu gestatten, rechtlich angehalten werden könne, wann dieser entweder sonst überall nicht, oder doch nicht ohne die größten Beschwerden und größeren Umweg zu seinem Acker gelangen könnte, dabei auch die Ueberfahrt nur über wüste Feldstücke des Nachbarn begehren würde ^{e)}. Denn unter solchen Umständen erheischt eine offenbare Billigkeit, daß der Nachbar sich eine solche nöthwendige Servitut gefallen lasse, und daß er dazu allenfalls per Implorationem officii Iudicis angehalten werden könne ^{f)}. Es macht jedoch Cress ^{g)} bei dieser Gelegenheit noch verschiedene Bemerkungen, die unstreilig bei Festsetzung einer solchen Servitut viele Aufmerksamkeit verdienen. Solche sind vornämlich, daß man von Gerichtswegen vor allen Dingen bemühet seyn müsse, im Wege der Güte beide Nachbarn zufrieden zu stellen; daß man bei Anemachung des Plazes, wo die Ueberfahrt zu gestatten, eher einen wüsten und magern, als einen fetten und einträglichen Ackerplatz wähle; daß der Nachbar, der die Ueberfahrt über seinen Ackerplatz gestatten

stätten soll, nicht mehreren Schaden dabei leide, als der andere Vortheile gewinnen kann, z. B. wann der Nachbar die Ueberfahrt nach seinen mageren Feldstücken über des andern fetten Acker begehren sollte. Endlich sehet man bei einer solchen Servitut allemal voraus, daß die Vergütung, wozu derjenige, der die Ueberfahrt wünschet, bereit ist, und die er entweder zu gewissen Zeiten, oder ein für allemahl zu geben erbittig, oder wozu er rechtlich angewiesen werden soll, den Vortheilen, die er dadurch gewinnet, und dem Nachtheil, den der andere dabei leidet, gemäß sey, und damit im Verhältniß stehe ^{h)}).

a) L. 9. D. de Act. Rer. amotar. L. 11. Cod. de contrahenda emtione venditione.

b) WERNHER Tom. 1. P. 5. Obs. 57.

c) Man sehe Crellens Dissertationes et Programmata Fascic. 9. n. 75.

d) L. 14. §. 1. Cod. de Servitut. et aqua. L. 1. §. 1. 2. si ususfruct. pet. L. 10. de Servitut. praed. urban. L. 15. §. 1. de usu et usufruct. legat. L. 23. §. fin. und L. 41. de Servitut. Praed. Rust. L. 7. comm. diuidendo. L. 22. §. 1. 2. 3. und L. 55. Famil. erciscundae.

e) Crell beziehet sich zur Bestärkung dieser Säge auf einen Ausspruch der Wittenberger Juristen-Facultät.

f) Arg. L. 12. D. de Religiosis et Sumtib. fun.

g) cit. Dissert. §. 7. 8.

h) WERNHER c. 4. CRELL cit. Dissert. §. 8.

LXVIII. Bemerkung.

Auch einem Fiscal steht frei, pro Arrha anzusehen.

Da ein Fiscal nicht lediglich nach dem Beispiel anderer Sach- und Anwalde zu beurtheilen ist, indem er ja ein ordentliches Gehalt ziehet, andere Vortheile genießet, und seine Amtspflicht mit

mit sich bringet, sich von allen denjenigen Dingen, die zu seinem Fach gehören, die nöthigen Kenntnisse zu verschaffen, so könnte es freilich daher einigermaßen bedenklich geachtet werden, wann man einem Fiscal auch noch die gewöhnliche Arrham anderer Advocaten und Procuratoren zusprechen wollte. Es mag jedoch alles dieses nicht hindern, um den angeführten Satz überhaupt zu bezweifeln. Denn da ein Fiscal unbestrittenemassen die Gerechtsame anderer Sach- und Anwälde genießet, seinen Gehalt, der noch dazu selten mit dem Umfang der ihm untergegebenen Geschäfte in Verhältniß stehet, als ein öffentlich angestellter Bedienter des Staats genießet, um auch unaufgesodert *) und allenfalls inientgeltlich sein Amt wahrzunehmen, ihm daher auch seine Bemühungen bei den geführten fiscalischen Processen, wann anders der Beklagte in die Kosten verurtheilet worden, und zu deren Aufbringung im Stande ist, eben so gut, wie andern Sach- und Anwälden bezahlet, und seine in solcher Hinsicht aufgesetzte Rechnung nicht verweisen zu werden pfleget, so läßt sich auch nicht absehen, woher denn grade bei der gewöhnlichen Arrha eine Ausnahme gemacht, und auch diese dem Fiscal nicht zugestanden werden sollte. So wie hiemit nun die Praxis bei vielen Gerichten übereinstimmt, so versteht sich jedoch von selbst, daß von Bezahlung einer Arrha sodann keine Frage seyn könne, wann die fiscalische Klage entweder überall nicht angenommen, oder doch in der Folge des Processus verworfen werden sollte. Denn unter solchen Umständen pfleget selbst Procuratoren keine Arrhä zugestanden zu werden.

*) Nach der Kön. Schwed. Tribunalsorden, Th. 1. Tit. 7. §. 3. Jedoch der Fiscal angewiesen, bei Klagen, die in erster Instanz beim hiesigen königlichen Ober-Appellationsgericht anzubringen sind, zuvor bei selbigem zu denuntziiren, darauf Verordnüng zu erwarten, und wann er zur Beobachtung seiner Amtspflicht, angewiesen wird, die Klage vorzubringen, fortzusetzen, und alles darin zu thun, was der Eaden Rechturste erfordert. Es heißt jedoch daselbst noch weiter, daß er nichts darnach an-
fahen

Prozeß, nicht verworfen werden, sondern es ist vielmehr zu deren weiteren Ausführung der Weg zu verstaten, und auf Weise der *Exceptionis compensationis* zu erkennen ^{b)}.

a) HELLFELD in *Iurisprud. forens.* §. 931.

b) REINHARD ad CHRISTINAEUM Vol. I. Obf. 69. ZANGER de *Exceptionibus* p. 3. c. 8. n. 103—105. VINNI *Selectas Quaestiones* Lib. 1. Cap. 30.

LXX. Bemerkung.

Aus der bloßen Uebersendung der verlangten Waaren ist die Gehung des Credits noch nicht zu folgern.

So unstreitig auch der gegebene Credit daher anzunehmen, daß gewisse Zahlungstermine verabredet worden, der Verkäufer Bürgen oder Pfänder für die Kaufsumme angenommen, oder sich gewisse Zinsen versprechen lassen ^{a)}, so ist jedoch sodann, wenn von der Bezahlung des Kaufpreziums nichts vorher bestimmt worden, aus der bloßen Uebersendung oder Uebersendung gewisser Waaren auf briefliches oder mündliches Verlangen nicht sofort auf die Gehung von Credit, mithin auf die Uebergangung des Eigenthums der Waaren ein gültiger Schluß zu machen ^{b)}.

a) BERGER in *Oeconomia Iuris* Lib. 2. Tit. 2. §. 18. n. 3. HUBER ad *Institutiones* Lib. 2. Tit. 1. §. 55. HORR ad *Institutiones* Lib. 1. Tit. 1. §. 41.

b) §. 41. *Inst. de Rer. Div.* L. 19. D. de *contrahenda emptione* L. 10. C. de *non numerata pecunia*. SCHULTER Ex. 30. §. 3. FR ESE *Dissert. de pact. domin. in Empt. Vend. usque ad pretii Solutionem reservat.* §. 17. Insbesondere hat BAUER in *Progr. de Vindicatione rei venditae et traditae*

ditae (Opuscula Tom. 2. n. 23. p. 272.) diese Materie erdörtet und den das Gegentheil behauptenden SCHNEIDWIN ad S. 41. Inst. de Res. Dintf widerlegt.

LXXI. Bemerkung.

Es ist für keinen Eindrang in die bürgerliche Nahrung zu halten, wann man sich diese oder jene Möbblen an einem andern Ort machen läßt, die auch von den Handwerkern der Stadt, worin man wohnet, gemacht werden können.

Ein Einwohner einer gewissen Stadt hatte sich in einer andern Stadt im Lande einen Kleiderschrank machen, und selbigen auch daselbst sofort von einem dortigen Schloßer mit Eisen beschlagen lassen. Wie nun solches das Amt der Tischler und Schloßer erfuhr, widersetzten sie sich gemeinschaftlich dem Einbringen des besagten Kleiderschranks, und bedienten sich besonders der nachfolgenden Gründe: Es heiße nämlich in der Schloßer-Rolle: „So wie das Amt von uns und unsern Nachkommen im Amte alle Wege bei ihrem wohlhergebrachten Gerechtsamen geschützt, und demselben durch Einbringen fremder Schmiedearbeit Eindrang in ihre Nahrung zu thun niemanden vergönnet seyn solle.“ Könnte es nun gleich scheinen, daß der in der Rolle vorkommende Ausdruck fremder Schmiedearbeit nicht eben von solchen Handwerksartikeln zu verstehen sey, die in andern Städten im Lande gemacht worden, so rede gleichwohl die Rolle von aller und jeden fremden Arbeit, wodurch Eindrang in ihre Nahrung geschehe. Denn so gehe ja die Absicht der Rolle unstreitig dahin, daß sie bei ihrer bürgerlichen Nahrung erhalten werden sollten. Nun aber sey es augenscheinlich, daß es derselben gleich nachtheilig seyn müsse, ob dieser oder jener Handwerksar-

K f 2

tikel

tikel aus einem auswärtigen Lande, oder aus einem einländischen Ort in die Stadt gebracht werde. Ähnliche Vorschriften mit der Schloßler-Rolle fanden sich auch in der Rolle der Tischler. Es hieß darin, daß Niemand Eindrang in ihre Nahrung und Gewerbe thun solle, im Fall anders die Tischler tüchtig und für civile Preise arbeiteten. Man wollte auch darnach unter Eindrang das Einbringen fremder Arbeit überhaupt und ohne Unterschied verstanden wissen. Ueberdies glaubten beide Gewerker selbst in den Landesgesetzen, worin die Einfuhr aller fremden Handwerks- und Manufactur-Producte, die in den Städten tüchtig und für billige Preise fabricirt wurden, verboten wären, eine Unterstützung in ihrem Verlangen zu finden. Nebenher behauptete man noch, daß die Gewerker in der Stadt bei der Nähe eines angrenzenden Landes ohnehin keine genügsame Nahrung hätten, und bei dem dermaligen Fall, der noch dazu eine obrigkeitliche Person angehe, zu besorgen sey, daß auch andere Einwohner diesem Beispiel folgen, und daher am Ende eine völlige Nahrlosigkeit der Gewerker entstehen würde.

Allein es schien doch zuvörderst den besagten Handwerkern an einem gegründeten Klagerecht wider denjenigen zu fehlen, der sich den Kleiderschrank an einem andern Ort im Lande hatte machen lassen. Denn so erstrecket sich der sogenannte Zunftzwang bekanntlich nur auf Pfücher, nicht aber auch auf solche, die nur bei einem Pfücher haben arbeiten lassen ^{a)}, (Man sehe diese rechtl. Bemerk. im 1. Th. n. LXXXIII.), und überdies ist der Zunftzwang außer dem Ort, wo sich die klagende Handwerksinnung befindet, ohne Wirkung ^{b)}. Verboten gleich die besagten Rollen allen Eindrang in die Nahrung und das Einbringen fremder Arbeit, so konnte doch das Verboth nur von solchem Handwerkskram verstanden werden, der etwa auf den Kauf gemacht, in die Stadt gebracht, und sodann von Frem-

Fremden oder Einheimischen feil gebothen werden möchte. Wollte man hingegen dergleichen Rollen auf alle und jede an einem andern Ort und wohl gar in demselben Lande gemachte und überdieß auf bestellte Handwerksartikel anwenden, so würde solches einesiheils alles Kömmerz oder Verkehr einer Stadt mit der andern stören, folglich die natürliche Freiheit ungebührlich einschränken, andernteils aber zu einer Art von Handwerksdespotismo Anleitung geben, der zu unendlichen Streitigkeiten den Weg bahnen müste. Denn sodann würde fast eine jede verarbeitete Waare, oder Handwerksartikel, der von außen in die Stadt gebracht würde, wann solche auch gleich nicht eben öffentlich feil gebothen werden möchte, doch einer Censur von dieser oder jener Zunft vorher unterzogen werden, ob er entweder überhaupt, oder doch in gewisser Rücksicht zum Handwerksfram gehöre. Unmöglich kann aber irgend eine Rolle dergleichen begünstigen. Ja wann auch diese und jene Worte darin eine der Zunft etwa vortheilhafte Deutung zu ergeben scheinen mögten, so sind sie doch billig in einem jeden einigermaßen bedenklichen Fall dahin zu erklären, daß sie der natürlichen Freiheit am wenigsten entgegen sind ^o). Der etwa der Zunft entgehende Gewinnst kann dabei in keinen Anschlag kommen. Der Widerspruch der Handwerker in Ansehung der in die Stadt zu bringenden fremden Handwerksartikel, oder ihrer Zunft angehörigen Sachen mag sich daher nur auf die Fälle einschränken, da solche widerrechtlich ^a) von Leuten, die dazu nicht befugt ^o), feilgebothen werden; oder da fremde Handwerker die von ihnen verfertigten oder bestellten Sachen an Ort und Stelle zum Gebrauch einrichten sollen ¹), nicht aber und bei dem Mangel ein anderes verordnender Landesgeseze auf anderwärts bestellte oder außer Landes aufgekaufte Handwerksartikel erweitert werden.

a) Hom.

a) HOMMER 102/ 533. § 5. Schenke im Cameral- und Polizeyrecht. B. 2. §. 523.

b) BEIER de iure prohibendi quod competat Opificibus in Opifices. cap. 1. Thef. 2. p. 145.

c) Glück in der Ausführlichen Erläuterung der Zellschloßschen Pandecten B. 1. Tit. 1. §. 212. §. 30.

d) Zu öffentlichen Marktzeiten pfleget die Einbringung fremder Handwerks-
artefice gewöhnlich nicht verwehret zu werden.

e) Ob und in wiefern Kaufleute und Krämer fremden Handwerkskram füh-
ren, oder damit handeln können, solches hängt von den Privilegien,
 ingleichen der Stadt- und Landesverfassung ab.

f) Pfleget es daher gleich einem jeden Stadtbewohner frey zu stehen, sich
Oefen und Fenster von einem andern Ort bringen zu lassen, so gestattet
man gleichwohl fremden Töpfern und Gläsern gewöhnlich nicht, auch
an einem andern Ort, wo sie kein Zunft- und Bürgerrecht haben, die
von ihnen gekauften Oefen zu setzen, oder die Fenster zum nöthigen Ge-
brauch einzuweichen.

LXXII. Bemerkung.

Wann ein Dritter oder bloßer Pfandbesitzer des einem
andern unterpfändlich verhafteten Grundstücks, bei einer
wider ihn angestellten hypothecarischen Klage, die auf
die Reparatur und Ausbesserung verwandten Kosten
verlangen könne?

Ueber die Frage: ob ein dritter Besitzer des einem andern un-
terpfändlich haftenden Grundstücks angehalten werden könne,
solches abzutreten, ehe ihm seine Kosten ersetzt worden, welche
etwa die neue Erbauung des Hauses, auf dessen Grunde eine
Hypothek haftete, oder die Bebauung einer leeren Stätte,
oder die gänzliche Veränderung eines Grundstücks in eine
bessere Gestalt, insofern die Stätte oder das Grundstück einem
andern pfandweise verschrieben war, erforderte? kann kein Be-
denken

denken seyn, weil solche in einem deutlichen Gesetz zum Besten des dritten Besizers entschieden wird ^{a)}).

Es ist jedoch eine andere und hievon sehr unterschiedene Frage, ob dem dritten Besizer auch sodann eine gleiche Befugniß zustehe, wann nicht sowohl das einem andern unterpfändlich verhaftete Gebäude von Grund aus neu erbauet, oder auch das jemanden hypothecarisch verhaftete Grundstück gänzlich, wiewohl in eine bessere Gestalt verändert werden sollte, als wann vielmehr daran nur blos Ausbesserungen oder Meliorationen gemacht seyn sollten. Denn in diesem Fall ist nach der Meinung des Africanus im L. 44. §. 1. D. de damn. infecto zu unterscheiden, ob jemand wider seinen Willen und gleichsam gezwungener Weise, z. B. durch Immission ob damn. infectum, oder vielmehr durch einen Kauf oder ähnlichen Vertrag zum Besitz des Gebäudes oder Grundstücks gekommen seyn sollte. In dem ersten Fall sind die Besserungs- oder Reparaturkosten dem Dritten oder Pfandbesizer allemal zu vergütken, und er ist von Rechts wegen nicht eher anzuhalten, die Hypothek zu räumen, als bis ihm solche Kosten in gesamt vergütet worden. In dem andern Fall aber will Africanus überall keine Besserungs- und Reparaturkosten vergütet wissen, weil es ja des Käufers eigene Schuld sey, daß er sich im Kaufcontract nicht besser vorsehen, und solchergestalt seinen Schaden selber veranlassen habe ^{b)}.

Der berühmte Westphal ^{c)} verwirft jedoch diesen ganzen Unterschied, und erklärt den Grund des Africanus, woher die Besserungs- und Reparaturkosten einem dritten oder bloßen Pfandbesizer sodann nicht zu vergütken seyn sollen, wenn er durch Kauf oder sonstigen Vertrag zum Besitz des Gebäudes oder des Grundstücks gelangt seyn möge, für sehr mittelmäßig. Denn so

so müsse ja jeder Eigentümer, der seine Sachen vindiciren wolle, dem Beklagten die gemachten Verbesserungen vergütten. Der Grund, weshalb die zur Reparatur eines Gebäudes namentlich geliehenen Gelder einen so großen Vorzug hätten, sey kein anderer, als: *quia saluam fecerunt pignoris causam*. Dieser Grund aber treffe so gut zu, wann die Verborgung namentlich zu der Ausbesserung geschehen seyn sollte, als wann dieses zwar nicht die eigentliche Absicht gewesen wäre, inzwischen die Verwendung dazu doch wirklich erfolgt seyn mögte. Es müsse daher ein Pfandgläubiger dem dritten Besitzer auch die Ausbesserungskosten billig vergütten. Nähme man an, daß die Ausbesserung nicht zu vergütten, so könne auch selbst die neue Erbauung eines Gebäudes nicht vergütet werden, weil ja der Grund immer eben derselbe sey. Paulus aber habe im *L. 29. §. 1. D. de pignorib.* gar recht behauptet, daß die letztere Art von Kosten wieder erstattet werden müsse, und dieses sey auch von der ersten Art der Kosten billig zu verstehen. Des *Africani* Meinung sey daher durchaus verwerflich.

Allein, so scheinbar auch alle diese Gründe sind, so verdient doch die gegenseitige Meinung, wornach demjenigen, der nur mittelst Kaufs oder Vertrags zum Besitz des einem andern verpfändeten Gebäudes oder Grundstücks gekommen, die Verbesserungs- und Reparaturkosten nicht zu vergütten sind, in alle Wege den Vorzug ⁴⁾, indem solche, wie selbst von Westphal nicht verkannt wird, der deutlichen Vorschrift des *L. 44. §. 1. de damno infecto* gemäß ist. Denn so heist es in diesem Gesetz ausdrücklich: „*Damni infecti nomine in possessionem missus, possidendo dominium cepit: deinde creditor eas (aedes) pignori sibi obligatas persequi vult; non sine ratione dicitur, nisi impensus, quas in refectionem fecerim, mihi praestare sit paratus, inhibendam aduersus me persecutionem.*“

„Cur

„Cur ergo non emptori quoque id tribuendum est, si forte quis insulam pignoratam emerit? non recte haec inter se comparabuntur, quando is, qui emit, sua voluntate negotium gerat ideoque diligentius a venditore sibi cauere et possit et debeat: Quod non aequè et de eo, cui damni infecti non promittatur, dici non potest.“ Nach dem Inhalt dieses Gesetzes, daß auch der Analogie der Rechte, wornach die auf Reparaturen verwandte Kosten gewöhnlich mit dem gehaltenen Nutzen und Gebrauch der Sache compensiret zu werden pflegen ^{*)}, gemäß zu seyn scheint, hat man schon in vorigen Zeiten beim Königl. Tribunal dafür gehalten, daß ein dritter Besitzer, der durch Kauf und sonstigen Vertrag zum Besitz des einem andern pfandweise verhafteten Grundstücks gekommen ist, eine Vergütung der auf dasselbe verwandten Reparatur- und Besserungskosten nicht begehren könne ^h.

a) L. 29. §. 2. D. de pignorib. verb. „Domus pignori data exusta est, eamque aream emit Lucius Titius et extruxit. Quaesitum est de iure pignoris? Paulus respondit, pignoris persecutionem persolvere: et ideo lus soli superficiem secutum videri, id est: omni iure pignoris: sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus aedificium restituere, quam sumtus in exstrukione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, recipere.“

b) L. 44. §. 1. D. de damno infecto.

c) In der Erklärung der römischen Lehre vom Pfandrecht. §. 134. n. 188.

d) CUIAC. ad African. Tract. 9. p. 607. SANDE in Decis. Frisic. Lib. 3. Tit. 15. def. 6. FABER Lib. 8. Tit. 6. Def. 19. n. 1.

e) VOETIUS ad Pandect. Lib. 20. Tit. 1. §. 4.

f) MEVIUS P. 5. Dec. 396. n. 3.

LXXIII. Bemerkung.

Wider ungelehrte Gerichtsbeisitzer findet wegen Amtsfehler bei ermangelndem groben Exceß keine Entschädigungs- oder Injurienklage statt.

Ist es gleich entschieden, Rechtens, daß solche Richter, die vorsätzlich oder doch aus grober Nachlässigkeit und Unwissenheit ungerecht verfahren und geurtheilet haben, von denenjenigen dieserhalb in Anspruch genommen werden können, die dadurch Schaden und Nachtheil gelitten haben ^{a)}, und leidet dieses gleich an und für sich auch in Ansehung der Gerichtsbeisitzer ebenfalls kein Bedenken ^{b)}, so pfleget man doch ungelehrten Beisitzern und gewöhnlich auch solchen Unter- und Patrimonialgerichten, die mit keinen bedeutenden Rechtsgelehrten (z. B. bloßen Notarius) besetzt sind, am wenigsten aber sich dafür, daß sie die apices iuris wüßten, ausgeben, kleinere Fehler bei der Inquisition, oder bei dem gerichtlichen Verfahren, insofern es dabei auf Rechtskenntnisse ankommt, nicht zur Last zu legen, vielmehr dieserhalb solche Gerichte und Beisitzer zu absolviren ^{c)}. Ob es nun gleich auch im Gegentheil unbedenklich ist, daß ungelehrte Gerichtsbeisitzer und Patrimonial- und Niedergerichte überhaupt wegen aller groben Fehler bei der Untersuchung und dem gerichtlichen Verfahren, insofern solche auch schon ohne Rechtskenntnisse zu besetzen, eingesehen werden können, ingleichen wegen einer jeden auch schon wider das natürliche Recht laufenden Ungerechtigkeit und Unbilligkeit ihren Obern verantwortlich und dem Bekleidigten zur Leistung gehöriger Genugthuung gehalten sind, so pfleget man dieselben doch wegen anderer geringeren Fehler und wohl gar solcher, die sich von verschiedenen Seiten beurtheilen lassen, nicht verantwortlich zu halten ^{d)}, vielmehr die in solcher Hinsicht etwa wider

den umgekehrten Beisitzer, oder wider ein Unter- oder Patrimonialgericht angebrachte Injurien- oder Entschädigungsklage sofort abzuweisen ^{a)}).

a) L. 6. D. de extraord. cognis. L. 2. D. quod quisque Iuris. L. 15. S. 1. D. de Iudic. Struben im 2ten Theil der rechtlichen Reden n. 124. Andere wollen jedoch einen Richter von dem Beleidigten wegen eines ungerechten Urtheilspruchs nur sodann erst in Anspruch genommen wissen, wenn derjenige, dem Unrecht widerfahren, sich auf andere Weise nicht helfen kann. THOMASII Dissert. de usu practico actionis adversus Iudicem. S. 10.

b) L. 2. D. quod quisque Iuris. v. Hoc edicto dolus debet Ius dicentis puniri: nam si adfessoris imprudentia Ius aliter dictum sit, quam oportuit: non debet hoc magistratui officere, sed ipsi Adfessori.

c) LEYSER Spec. 680. n. 40. Struben a. O. Schmidt im Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden S. 1299. n. 7.

d) MEVIUS P. 8. Dec. 290.

e) Sollte es jedoch eine Grundherrschaft an einer gehörigen Bestellung ihres Gerichts haben ermangeln lassen und dadurch jemanden bei seinem Prozeß Schaden und unnütze Kosten verursacht haben, so ist dergleichen für keinen geringen Fehler zu halten, vielmehr die Entschädigungsklage, wenn anders der durch die Unterlassung einer gehörigen Bestellung des Gerichts entstandene Nachtheil zu beweisen, steht in der Regel für wohl gegründet zu halten.

LXXIV. Bemerkung.

Nach geschעהener Einkindschaft steht keinem von den Eltern frei, einem Kinde mehr, als dem andern zuzustehen zu lassen.

Es sind zwar Rechtslehrer, die das Gegentheil, zum wenigsten unter der Einschränkung behaupten, wenn dergleichen Begünstigung nicht mit einer Verletzung oder Verkürzung des Pächtheils der übrigen Kinder verbunden seyn sollte ^{a)}. Es ver.

verdienet jedoch diejenige Meinung unstreitig den Vorzug, wonach Eltern nach geschetzener Einkindschaft nicht mehr frei stehen, zum Besten dieses oder jenes von ihren Kindern zu verordnen, wenn dadurch gleich den übrigen in Hinsicht ihres Pflichttheils nicht zu nahe geschehen sollte ^{b)}, um so mehr den Vorzug, als ja dergleichen Verordnungen unstreitig der ganzen Absicht, warum die Einkindschaft von beiden Eltern beliebt worden, zuwider laufen würde. Im Fall daher nicht vertragsweise ein anderes festgesetzt seyn sollte, so versteht es sich meinem wenigen Bedenken nach von selbst, daß alles Testamentmachen, alle Schenkungen und Verordnungen, die zum Besten eines oder andern Kindes abzielen, nach geschetzener Einkindschaft von selbst wegfallen müssen. Mit vielem Grunde erkannte daher die Königlich Preussische Gesetzcommission: „daß wenn ein zur „wvoten Ehe schreitender Vater zwischen seinen noch lebenden „und den in der bevorstehenden Ehe zu erzielenden Kinder eine „uneingeschränkte *unionem prolium* geschlossen, ein solcher Vater nicht berechtigt sey, *per testamentum* in Ansehung des „in die Ehe gebrachten Vermögens eines seiner Kinder vorzuzuglich zu begünstigen ^{c)}.

a) REUTER *Dissert. de iure testandi vniuersitatis post init. union. prol. competent.*

b) BERGER *in occön. iur. L. I. Tit. 3. Tb. I 4. n. 9.* STRYCK *de Success. ab Intest. Diss. 8. c. 6. n. 29.* HOMMEL *Obs. 500.*

c) Klein's *Annalen* im 6ten Bande, S. 327.

Ka 3595

ULB Halle
006 317 332

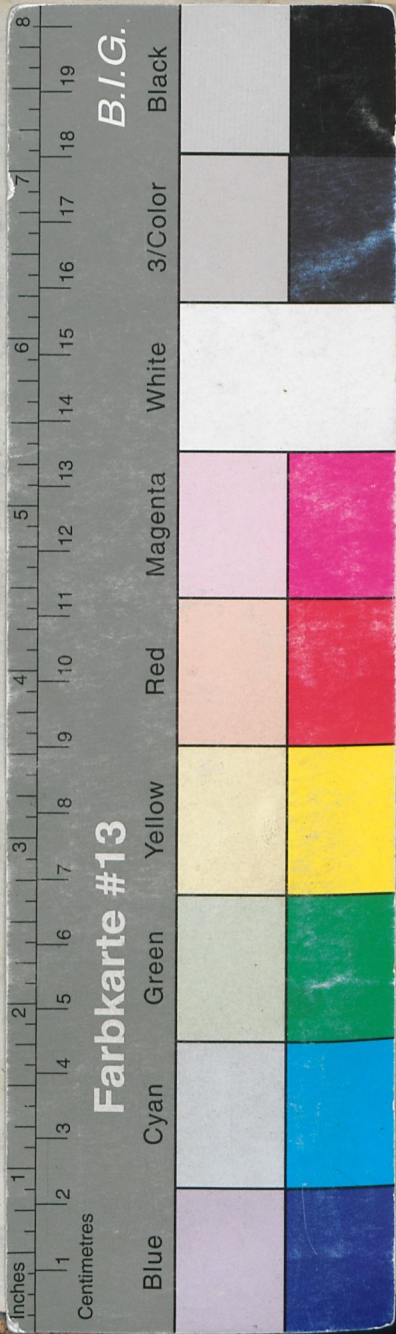
3



Vol 1 = Vol 10-12
Vol 18 = 3







Johann Christian Edlen von Quistorps,
des heil. Römischen Reichs Ritters, weyland Königl. Schwedischen Ober: Appella-
tions: Rathes, auch ordentlichen Besizers beym Wismarschen hohen Tribunal
und Ober: Appellations: Gericht in Sr. Königl. Majestät
von Schweden teutschen Staaten

Rechtliche Bemerkungen

aus allen Theilen

der

Rechtsgelahrtheit,

besonders für practische

Rechtsgelahrte.

Zweyter Theil;

nach des Verfassers Tode

aus

dessen hinterlassenen Papieren

herausgegeben

von

D. Georg Wiese

Fürstl. und Gräfl. Neuplauseischen gemeinschaftl. Hof- und Regierungs- Rath, auch
Besizers des gemeinschaftlichen Consistorii und Mitaußseher
des Gymnasii zu Gera.

1898 1219

Leipzig, 1798.

bey Johann Benjamin Georg Fleischer.